



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 751/10

ע"א 1236/10

ע"א 1237/10

לפני :
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

המערער בע"א 751/10 והמשיב
1 בע"א 1236/10 ובע"א
1237/10 :

פלוני

נגד

המשיבה 1 בע"א 751/10
והמשיבה 2 בע"א 1236/10
והמערערת בע"א 1237/10 :
המשיבה 2 בע"א 751/10
ובע"א 1237/10 והמערערת
בע"א 1236/10 :

1. ד"ר אילנה דין -אורבך
2. טלעד אולפני ירושלים בע"מ

המבקשת להצטרף :
מועצת העיתונות

ערעורים על פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים
מיום 7.12.09 בת.א. 8206/06 שניתן על-ידי כבוד השופט
נ' סולברג

תאריך הישיבה :
ג' באדר א התשע"א (7.2.11)

בשם המערער בע"א 751/10
והמשיב 1 בע"א 1236/10
ובע"א 1237/10 :
עו"ד אלעד איזנברג ; עו"ד יואב מני

בשם המשיבה 1 בע"א 751/10
והמשיבה 2 בע"א 1236/10
והמערערת בע"א 1237/10 :
עו"ד גיורא ארדינסט ; עו"ד רן שפרינצק ;
עו"ד מיטל טויסטר רוזנטל

המשיבה 2 בע"א 751/10
 ובע"א 1237/10 והמערערת
 בע"א 1236/10:

עו"ד יוסי עבאדי; עו"ד חן דקל

בשם המבקשת להצטרף: עו"ד אורנה לין

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

1. לפנינו שלושה ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט נ' סולברג). בית המשפט המחוזי קבע כי בכתבה ששודרה בערוץ ה-2 של הטלביזיה ביום 22.11.2004, במסגרת התכנית "עובדה", נמצאה לשון הרע כלפי המערער בע"א 751/10 (להלן: סדן ר').

הערעור הראשון (ע"א 751/10) הוגש מטעם סדן ר', ובו מעלה הוא טענות כנגד גובה הפיצוי שנפסק לו בגין פרסום לשון הרע. שני הערעורים האחרים (ע"א 1236/10 וע"א 1237/10) הוגשו מטעם ד"ר אילנה דיין (להלן: דיין), אשר ערכה והגישה את הכתבה, ומטעם חברת טלעד אולפני ירושלים בע"מ (להלן: טלעד), אשר שידרה את הכתבה. דיין וטלעד יקראו להלן יחד גם: המערערות.

סיפור המעשה

(א) האירוע

2. הבסיס לכתבה הוא אירוע בטחוני שאירע במוצב גירית (להלן: המוצב), אשר עד לפינוי כוחות צה"ל מרצועת עזה היה ממוקם בדרום הרצועה, בסמוך לגבול המצרי ולציר פילדלפי, כמאתיים מטרים מהעיר רפיח. מוצב גירית היה אחד בשרשרת של מוצבים שהוקמו ברצועת החול שבין רפיח לבין ציר פילדלפי. השטח בן כשלוש מאות מטרים שבין מוצב גירית לבין רפיח הוגדר כ"אב"ם" – אזור בטחוני מיוחד, בו חלות הוראות מיוחדות לפתיחה באש, וחל איסור על תנועת פלסטינים. בעלי הדין חלוקים, גם היום, על הדרך הראויה לתאר את ההתרחשויות אשר אירעו באותו היום, אך כהרגלה של ערכאת הערעור, לא נהרהר אחר קביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית, ונתבסס על התיאורים כפי שתוארו על-ידי בית המשפט קמא.

3. פיגועים ומתקפות טרור היו דבר שבשגרה באזור, באותה העת, במוצב גירית ובמוצבים הסמוכים. כשבועיים לפני האירוע חדר מחבל לאחד המוצבים הסמוכים והרג קצין ושני חיילים. התרעות מודיעיניות התריעו על כוונות מחבלים לערוך פיגוע דומה גם במוצב גירית. על כן, בתקופה שלפני האירוע ובמהלכו היו חיילי המוצב מצויים במצב של כוננות. רמת הכוננות הגבוהה התבטאה גם בכך שחיילי המוצב ישנו בחדר האוכל הממוגן ולא בחדרי המגורים הרגילים, מחשש לחייהם.

4. סרן ר' שירת אז כמפקד הפלוגה המסייעת בגדוד שקד של חטיבת גבעתי, היא הפלוגה שאישה באותה עת את המוצב. הוא נכנס לתפקיד זה כחודשיים לפני האירוע. בליל האירוע ישן סרן ר' בג'יפ כדי להיות מוכן יותר להגיב לאירוע בטחוני. בבוקר יום ה-5.10.2004. נראתה דמות חשודה בסמוך למוצב. בדיעבד נודע כי הייתה זו אימאן אל-האמס, תושבת רפיח בת שלוש עשרה שנים ועשרה חודשים (להלן: המנוחה). אל-האמס נצפתה לראשונה בסמוך לשער רחבת הרק"ם של המוצב (רחבה הסמוכה לשער המוצב, חיצונית לו, בה מתבצעים טיפולים בכלי רכב משוריינים). החיילים שהיו אמורים לאייש את עמדות התצפית של המוצב לא מילאו את תפקידם, ולכן זוהתה אל-האמס בשלב מאוחר, כשהיא כבר קרובה מאוד לשער המוצב.

כאשר שמעו חיילי הפלוגה על זיהוי הדמות החשודה, סברו הם כי מתרחש האירוע הביטחוני שמפניו הוזהרו. החיילים אשר שמרו בשער המוצב פתחו בירי לעברה, אזעקת חירום הופעלה במוצב, ומערכת הכריזה השמיעה קריאה של "מחבל במוצב". במקביל, העיר החובש הפלוגתי את סרן ר' בקריאה דומה. מיד לאחר מכן רץ סרן ר' אל עבר שער המוצב. בזמן זה השליכה המנוחה תיק שחור בסמוך לסוללה והחלה לרוץ לכיוון מזרח. המנוחה נפגעה מן הירי שנורה לעברה, ונשכבה מאחורי תלולית חול שהסתירה אותה מעיניהם של חיילי המוצב. סרן ר' עשה את דרכו בריצה לכיוונה, יחד עם הקשר שלו ועם שני קצינים נוספים. או אז הודיע החייל שישב בעת"ף (עמדת התצפית הממוקמת על מגדל גבוה בסמוך לשער המוצב), כי מדובר ב"ילדה בת עשר בערך". הדיווח לא הגיע לאוזניו של סרן ר', שלא האזין לקשר.

5. בשלב זה לא ידע סרן ר' אם המנוחה נהרגה מן הפגיעה. הוא הודיע בקשר כי "אני ועוד גפרור מתקרבים עוד יותר קדימה, לוודא את ההריגה". ביחד עם קשר הפלוגה התקרב סרן ר' אל המקום בו הייתה המנוחה. הוא התקרב לעברה וירה שני כדורים ממרחק קצר כדי "לנטרל" את הסכנה הנובעת ממנה, ושב לאחור. לאחר מספר רגעים חזר על עקבותיו וירה צרור לעבר המרחב שממזרח למקום שבו שכבה המנוחה.

אחר כך חזרו סרן ר' והקשר אל הסוללה. ר' זיהה את התיק שאותו השליכה המנוחה, וירה לעברו כדי לנסות להפעיל את חומרי הנפץ למקרה שהתיק מכיל כאלה. התיק לא התפוצץ, לכן הורה סרן ר' להוציא דחפור ממוגן שיקבור את התיק בחולות. במקביל, צלף שהיה ברפיח ירה כדור אל עבר אחד הלוחמים שהיה בסמוך לסרן ר'.

6. לאחר מכן עדכן סרן ר' את החמ"ל ואת העמדות בקשר, במילים אלה: "קבל תמונת מצב. שים לב, אחרי זיהוי של הדמות שהגיעה מכיוון רחבת הרק"ם. הדמות הזאת הגיעה עד הסוללה של רחבת הרק"ם שנמצאת למטה. הגיעה לסוללה המערבית, עצרה, שינתה כיוון תנועה לכיוון דרום שזה לכיוון המגן. הגיעה לפתחה בסוללה שנמצאת מול אחד א' ואחד ב'... הונח שם התיק והיא רצה וחזרה לכיוון מזרח. תוך כדי היציאה שלנו מהמגן ביצענו אש. נשכבנו על הסוללה ברק"ם, ביצענו אש והרגנו אותה. אני מעריך שמדובר בנערה בין 15 ל-18. לא יכול להגיד לך בדיוק כמה. 15-18. לא בטוח שזו בחורה, לא בטוח, יש לה, לבשה מכנסיים ג'ינס וגופייה, חולצה. כמו כן היתה עם כאפייה על הראש...". הדובר בחמ"ל המוצב שאל אז "מה עם התיק? עדיין בנקודה? יש חשש למתנה?" סרן ר' המשיך והשיב: "התיק בנקודה, היא התרחקה 15 קצרים, אני, אני גם וידאתי את ההריגה. התיק בינתיים פה נמצא, נמתין ונשמור עליו בנקודה חמה, עד שיגיעו מקצוענים, עבור... כאן קודקוד, צריך לחדד את זה לכולם. תחנות ספרד קודקוד. יכולים להגיע עד הרחבה, יכול להיות שגם היה מתוכנן אירוע משיכה. יכול להיות שנשלחה עם תיק. יכול להיות שהיתה לה חגורת נפץ על הגוף שלה, ובכלל יכול להיות שרצתה לעשות לנו מבחן לראות איך אנחנו מגיבים. כאן קודקוד, כל מי שנע, זו, במרחב, גם אם זה בן שלוש, צריך להרוג אותו. עבור". (ההדגשות הוספו – א' ר').

לאחר סיום האירוע שיבח סרן ר' את החיילים שלקחו חלק בפעולה מחד גיסא, אך נזף מאידך גיסא בחיילים ששמרו בעת"ף על כישלונם לזהות את הדמות החשודה בשלב מוקדם יותר. בשבוע שלאחר האירוע נערכו תחקירים צה"ליים אודותיו, על ידי המג"ד, מפקד חטיבת גבעתי, מפקד החטיבה הדרומית ברצועת עזה ותחקיר על-ידי מפקד אוגדת עזה. בתחקיר האחרון נקבע כי סרן ר' פעל כראוי. מסקנות התחקירים אושרו על-ידי הדרגים הגבוהים בצה"ל, לרבות הרמטכ"ל.

7. בהודעת דובר צה"ל שהוצאה לכתבים בעקבות האירוע נאמר כך: "כח צה"ל זיהה פלסטינית חשודה מתקרבת לעבר מוצב צה"ל, מרחק מאות מטרים מרפיח, תוך כדי שהיא נעה בשטח אסור לתנועת פלסטינים ומאופיין בפיגועים כנגד כוחותינו,

כאשר היא נושאת עימה תיק. כוח צה"ל פתח לעברה באש והנ"ל זוהתה משליכה את תיקה ובורחת חזרה לשטח פלסטיני, במקביל נפתחה אש מהשטח הפלסטיני אל המוצב... הנערה החשודה נפגעה והתיק אשר חשוד כמוטען ייבדק על-ידי כוחות החבלה".

8. ברקע הדברים, יש לציין כי שררה אווירה קשה בקרב חיילי הפלוגה. הפלוגה התאפיינה במשמעת ירודה ומערכת היחסים בין המפקדים לחיילים הייתה עכורה. כמו כן התנהלה בפלוגה מערכת של חלוקת מעמדות בין "צעירים" ל"ותיקים". ה"ותיקים" הטילו על ה"צעירים" איסורים רבים ושונים, וביניהם איסור להיכנס למועדון הפלוגה ואיסור להיכנס למקלחות בזמן שנמצאים שם "ותיקים". ה"ותיקים" קיבלו גם זכויות יתר, כמו הזכות לקבל אוכל ראשונים בחדר האוכל. סרן ר', שהצטרף כאמור לפלוגה רק כחודשיים לפני האירוע, לקח על עצמו את הפיקוד עליה כאתגר, נלחם במציאות זו בגלוי, והורה על ביטולם של כמה מה"נהלים" שהיו נהוגים בה. מאבק זה עורר התנגדות חריפה בקרב ה"ותיקים", אשר בתגובה השחיתו רכוש בפלוגה וניסו להלך אימה על סרן ר' ועל יתר חיילי הפלוגה.

(ב) הסיקור התקשורתי

9. האירוע הכה גלים באמצעי התקשורת וזכה לסיקור תקשורתי נרחב. על אף נוסחה של הודעת דובר צה"ל, בו נשמר טון ניטרלי יחסית, היה הסיקור מלווה, על-פי רוב, בביקורת חריפה כלפי סרן ר' ובאווירה עוינת כלפי אופן התנהלותו. במהדורת החדשות ששודרה בערב האירוע בערוץ 2 נאמר כי "הטענה היתה שהחיילים חששו מפגיגוע אבל מהר מאד התברר שהיא היתה בדרך לבית הספר. בילקוט היו ספרים"; בגוף הכתבה צוין "הבוקר היא יצאה מביתה לכיוון בית הספר בדרך שהיא רגילה לעשות מדי יום יחד עם בני כיתתה. עדי ראייה סיפרו שלפתע נפתחה לעברה אש מעמדת צה"ל שניצבת על קו הגבול והיא נהרגה במקום". בעיתון "ידיעות אחרונות" של סוף אותו השבוע, מיום 8.10.2004, התפרסמה כתבה נרחבת שכותרתה "המ"פ רוקן מחסנית על גופת בת ה-13". צוטט שם, מפי חיילים בפלוגה, כי "המ"פ יצא עם החפ"ק שלו... הוא הסתער לכיוון שלה לבד. הוא ירה בה שני כדורים, חזר אחורה לחפ"ק - ואז נתן לה צרור אוטומט... אין שום סיבה הגיונית למה שהוא עשה - לא לירות בה את שני הכדורים ובטוח לא את הצרור שאחרי. זה הדבר הכי מחליא שראיתי בשירות שלי..." וכי "הוא פשוט רוקן עליה מחסנית וחזר לכיוון הכח".

10. כעבור יומיים הוציא דובר צה"ל הודעה לעיתונות לפיה: "בצה"ל מודעים לכך שמדובר באירוע שתוצאותיו קשות. ההאשמות המיוחסות הינן כבדות ומחייבות סדרת תחקירים מקיפה ויסודית, אשר החלה אתמול, 09/10/04, בתחקיר מפקד הגדוד ותמשיך בתחקירי מפקד אוגדת עזה ואלוף פיקוד הדרום ותוצג לבסוף לרמטכ"ל". באותו ערב שודרה במהדורת חדשות ערוץ 2 כתבה נוספת, אשר השמיעה "עדויות של חיילי המוצב ברפיח שטוענים כי המפקד שלהם וידא את הריגתה של ילדה פלסטינית...". כעבור יומיים נוספים הודיע דובר צה"ל כי בעקבות התחקירים שנעשו "הוחלט כי מפקד הפלוגה... יושעה בשלב זה מתפקידו, זאת לאור כשלים שהתגלו בתפקודו במהלך האירוע". בינתיים נפתחה חקירה מטעם המשטרה הצבאית החוקרת. במוסף שבת של העיתון "ידיעות אחרונות" מיום 15.10.2004 התפרסמה כתבה אשר דחתה בזלזול את גירסת צה"ל לאירועים. ידיעה נוספת בעיתון 'ידיעות אחרונות', ביום 17.10.2004, סיפרה לקוראים כי "הרמטכ"ל מאמין למ"פ", וכי "קיבל את טענתו שלא ביצע וידוא הריגה", בעוד "חקירת מצ"ח בנושא נמשכת".

11. גם לאחר שנעצר סרן ר' הוסיפו להתפרסם כתבות בנושא בכלי התקשורת. במוסף '7 ימים' של העיתון 'ידיעות אחרונות' מיום 12.11.2004 פורסמה כתבה תחת הכותרת "וידוא הריגה? לא מכיר דבר כזה". בכתבה הזו הובאה בהרחבה גירסתו של סרן ר', וצוטטו דברים מפיו ומפי אביו, לצד ציטוטים מדברי החיילים נגד סרן ר'. זאת על אף שלטענת סרן ר' הוא נמנע מלמסור את גירסתו לכלי התקשורת בכל התקופה הזו. סרן ר' העיד כי ייתכן שהדברים שהוצגו כאילו הם מפיו הוצאו ממנו בערמה, מבלי שבן שיחו מסגיר את עובדת היותו עיתונאי.

לכל אורך תקופה זו פורסמו באמצעי התקשורת גם דיווחים ופרשנויות על אודות הפרשה, שעדכנו גם בהתפתחויות החקירה ובמעצר סרן ר'.

(ג) הכתבה ב"עובדה"

12. ביום 22.11.2004 – ביום בו הוגש כתב אישום נגד סרן ר' לבית הדין הצבאי – שודרה כתבה העוסקת באירוע, במסגרת התכנית "עובדה עם אילנה דיין". דיין ערכה והגישה את הכתבה. חברת טלעד, שהייתה זכיינית ערוץ 2 באותה תקופה, שידרה את התכנית. קדמו לשידור התוכנית קדימונים ("פרומואים") מטעמה של טלעד.

הכתבה התבססה על שלושה מקורות מידע עיקריים. (1) "קלטת הפסקל" – אמצעי תצפית אלקטרוני שצפה על סביבות המוצב בזמן אמת. הפסקל תיעד את האירוע

עד ללקיחת גופת המנוחה מהמקום. בקלטת מתואר גם כל מה שנאמר ברשת הקשר הפלוגתית בזמן אמת. (2) "קלטת הלקט" – קלטת שבה שובצו חלקים מחקירת סרן ר' במצ"ח. אורכה של הקלטת הוא כשעה וארבעים וחמש דקות, מתוך חקירה בת שעות וימים ארוכים. הקטעים המופיעים בה נבחרו על-ידי המקור העיתונאי שהדליף את חמרי החקירה באמצעות מתווכים למערכת "עובדה". (3) "הקלטת הביתית" – קלטת שצולמה על-ידי אחד מחיילי המוצב, בה מתועדים קטעים מהווי הפלוגה, מהשגרה ומהפעילות המבצעית שבוצעה בה. בקלטת מופיע חלק קצר מהאירוע, שצולם באחת העמדות, וכן חלק מהדיבור בקשר. בסופה נראים חיילי הפלוגה כשהם מתנועעים לצילי מוזיקה באחד מחדריהם, במעין מסיבה ספונטנית. בנוסף לכך, צורפו לכתבה צילומי אילוסטרציה שנועדו להמחשה ולהשלמה של הפרטים המופיעים בכתבה.

בית המשפט קמא תיאר באריכות את הכתבה על חלקיה השונים. ברור הוא כי אין כמראה עיניים וכמשמע אוזניים כדי להתרשם מהכתבה. עם זאת, נחזור על עיקרי הדברים ההכרחיים להכרעה כאן.

13. בתחילת המשדר מודיעה דיין לצופים כי היא תציג בפניהם את "התמונות, הקולות והמסמכים, שצה"ל סירב לשחרר והגיעו אלינו רק בשעות האחרונות. האם בוצע וידוא הריגה בגופתה של ילדה בת 13 שנהרגה ליד רפיח? כך זה נשמע בזמן אמת, ברשת הקשר הצה"לית". בעת דבריה נראים על המסך בתי רפיח כפי שהם נצפים מן המוצב, וקטע מקלטת הפסקל המתעד את פינוי גופת המנוחה. לאחר מכן מובא קטע קצר מרשת הקשר: "היא מאחורי המחפורת, מתה מפחד, הפגיעות היו ממש לידה, סנטימטר ממנה", ומוצגות תמונת סריקת חולות מקלטת הפסקל. מייד לאחר מכן מוצג קטע מקלטת הלקט, שבה נראה סרן ר' עומד בחדר החקירות ואומר "התקרבותי, בצעתי שני הכדורים וראיתי שאין ממנה יותר תזוזה"; ומיד אחריו קטע נוסף מרשת הקשר, "רות, קבל קודקוד ווידא את ההריגה, הוא בדרך חזרה", עם חוזי מקלטת הפסקל של פאתי רפיח. דיין מודיעה כי "התמונות האלה, מייד תראו, לא משאירות כמעט פירור מהתחקיר המבצעי שבוצע בתוך הצבא".

14. הפתיח לכתבה מורכב משידור חי מהאולפן. דיין מציינת כי "היום הוגש כתב אישום נגד סרן ר' מגבעתי בפרשת וידוא ההריגה של הילדה אימאן אל-האמס, בת ה-13, ליד רפיח. "יש להניח, שהתביעה הצבאית תגיש לבית המשפט גם את המסמך הזה, שחושף לראשונה שמפקדים בכירים בצה"ל פשוט לא מאמינים לתחקירים שלהם עצמם". בזמן זה מוצג על המסך מסמך של המשטרה הצבאית, שכותרתו: "ספקות

בדבר מהימנות הפרטים שנמסרו בתחקירים המבצעיים". דיין מסבירה כי המסמך, אשר חובר במצ"ח דרום, כולל "ציטוטים משיחות שעשו החוקרים גם עם מח"ט גבעתי... שמספר על קצין צעיר שהודה בפניו ששיקר בתחקיר של אירוע וידוא ההריגה, משום שהוא פוחד מסרן ר', המ"פ". דיין מוסיפה: "גם מפקד הגדוד... אומר במפורש, הועלו פרטים שונים בתחקירים השונים כל פעם כשהועלה הדרג הפיקודי שתיחקר. יש לו ספק אם התחקירים האלה מדויקים ואמיתיים. והסמג"ד גם הוא אומר במילים פשוטות שהפרטים שנמסרו לו בשטח שונים במעט מן הפרטים שנמסרו בתחקירים המבצעיים". המשפט האחרון בכל קטע מדבריה של דיין מופיע, עם אמירתו, בהגדלה על המסך.

15. אחר כך מסכמת דיין: "אז עכשיו גם המפקדים בשטח מודים: התחקיר המבצעי כשל. צה"ל לא ידע לברר את האמת על מה שקרה שם ליד מוצב גירית בבוקר שבו נורתה למוות הילדה אימאן שהלכה שם עם תיק בית-ספר על הגב". דיין מוסיפה: "מה שעולה מתוך חומרי החקירה, שהגיעו לידי עורך המשנה שלנו אבי זילברברג, הוא די ברור מבחינת העובדות". בשלב זה עוברת דיין לתאר את הרקע לאירוע: "ברור גם שהסיטואציה שם עצבנית מלכתחילה: שומעים בקשר שהחיילים חוששים מאפשרות שהילדה נושאת מטען, או שנשלחה כפיתיון כדי למשוך אותם אל מחוץ למוצב". דברי הפתיחה נחתמים כך: "אבל, מה שמטריד באמת, הוא מה שקורה במהלך התקרית עצמה. אחרי שרשת הקשר מדווחת שמדובר בילדה קטנה, כל המוצב ממשיך לירות עליה, והמ"פ מסתער עליה, וממשיך לירות, גם אחרי שנהרגה". בסוף קטע הפתיח נשמע האות המוזיקלי של התכנית, ומוקרנת הכותרת לכתבה: "קבל וידוא הריגה".

16. הכתבה המוקלטת נפתחת בהצגת צילומים מקלטת הפסקל, של סריקת אזור המוצב ובתי רפיח. ברקע נשמעים דברים מתוך רשת הקשר, בהם נשמע החייל בש"ג כשהוא קורא לחמ"ל, "קבל זיהינו ערבייה כמאה מטר מתחת למוצב באזור השער רק"ם, רחבת הרק"ם", לאחר שביקש החמ"ל כי יחזור על כך הוא קורא, "קבל, זיהיתי הולכת על שתיים, מאה מטר מהמוצב". החמ"ל מודיע כי גם הוא מזהה: "חיובי זה ילדה קטנה, היא רצה כרגע במגמה מזרחה". התמונה המוצגת בשלב זה היא סריקת שטח ובתים מתוך קלטת הפסקל. על גביה מופיעה כתובית בצבע אדום "בלעדי. רשת הקשר במוצב".

17. בהמשך מלווה קריינות מפי דיין: "בוידאו הצה"לי מסומנת השעה המדויקת. ב-06:48 מזהה הש"ג של מוצב גירית דמות שנעה לכיוון הבסיס. היא במרחק של כמאה מטר מהמוצב", ברקע מוצגות תמונות נוספות של סריקת השטח מקלטת הפסקל,

ולאחר מכן משקפת גדולה הנעה בסריקה, מתוך עמדה במוצב. מייד לאחר מכן מושמעת שוב רשת הקשר, והחוזי הוא של תמונות סריקה. החמ"ל שואל "מה מיקומה", ונענה על-ידי העת"ף "היא נמצאת כרגע צפונית למשה [למוצב – א' ר'], מיקום ממש לא תקין". קריינות נוספת מפי דיין מציינת: "זה הנתון המכריע כרגע. הדמות שזוהתה מתקרבת למרחק כ-70 מטר מהמוצב. מבחינת החיילים, מרגע שנכנסה לאב"ם – האזור הבלתי מורשה – מותר להם לירות לעברה על מנת לפגוע". התמונה המלווה את דבריה היא מתוך הקלטת הביתית, של תצפית לעבר בתי רפיח מתוך עמדה שבמרכזה כלי נשק.

18. דיין ממשיכה: "בשלב הזה מוקפצת כיתת הכוננות. כולם עולים לעמדות ומתחילים לירות". החוזי הוא של מקלע מא"ג, ואת סיום דבריה של דיין מלווה ירי של צרורות אחדים מן המא"ג. אילנה דיין: "את התמונות האלה מצלם אחד הלוחמים, בתוך עמדת הירי". על המסך נראים חיילים המכניסים מקלע רימונים לירי, כאשר האחד דורך את המקלע והשני אומר לו "יאללה תן אש!". ברקע ממשיכים להישמע צרורות של מקלע. אילנה דיין מציינת: "אחרי מכת האש הראשונה היא מתחילה לברוח". או אז נשמעים החיילים מגדפים את החייל היורה במא"ג, וקובעים ש"הוא ינקה את המא"ג". קטע זה, כך ברור היום, לא צולם במהלך האירוע אלא בזמן אימון שגרתי. שוב נשמעת רשת הקשר, ובה מדווחת עמדת התצפית "כרגע מאחורי מחפורת. 250 קצרים מהמכלאות. ממשיכה לרוץ לכיוון מזרח. הפגיעות ממש בצמוד אליה". החמ"ל שואל "מדובר בילדה, מתחת לגיל 10?", החייל שבתצפית משיב כי היא "ילדה, בת 10 בערך". ברקע מוצגות תמונות שכונה של רפיח ובה בתים הרוסים, ולאחר מכן שוב תמונות של סריקת שטח מתוך קלטת הפסקל.

19. אז מוצגת על המרקע תמונתה של המנוחה, ילדה צעירה, לבושה חולצה לבנה וסיכה עם פרח לראשה, ונשמע קולה של אילנה דיין: "שלוש דקות אחרי הזיהוי הראשוני, עמדת התצפית מדווחת לראשונה בקשר שמדובר בילדה קטנה. זו היתה אימאן אל-האמס, בת שלוש-עשרה, משכונת תל-סולטאן, שהייתה בדרך לבית הספר". מייד לאחר מכן מוצגים שוב קטעים מקלטת הפסקל, של סריקת שטח חולי. השמע הוא של דיווח מהתצפית ברשת הקשר: "היא מאחורי המחפורת, מתה מפחד, הפגיעות ממש היו לידה. סנטימטר ממנה". שוב מוצג המא"ג בירי של צרורות רבים למרחק, לכיוון בתי רפיח, ונשמעים צלילי התרמילים וחוליות השרשיר הנופלים ארצה. בקשר נשמע מישהו קורא לאחד להתקדם "עוד מטר קדימה", ומוצגת הכתובית "בלעדי – צולם ע"י אחד הלוחמים בפלוגה". החייל היורה במא"ג אינו לובש אפוד ואינו חובש קסדה.

ירי המא"ג נמשך עד שמתחלף בדיווח מרשת הקשר לפיו: "כרגע מסתערים עליה פה הכוחות שלנו. הם ממש שבעים קצרים ממנה". החמ"ל שואל את התצפית אם חיילי החפ"ק יצאו החוצה ונענה שכן. קול נוסף מציין כי היוצאים החוצה הם "קודקוד, משנה, החפ"ק שלו, ו-1 א1 ב". על רקע הדברים שבקשר נראית שוב תמונה של סריקת שטח מקלטת הפסקל. קריינות נוספת של דיין נשמעת: "השעה 6:52, הקודקוד שעליו מדברים בקשר הוא ר', מפקד הפלוגה". בזמן זה נראה קטע שבו נוסעים ארבעה ג'פים ממוגנים בשיירה לאורך גדר תיל. "דקה קודם העיר אותו החובש בבעיטה. ר' שם על עצמו שכפ"ץ של מישהו אחר..." – נראה קנה מקלע מא"ג סורק בתים קרובים מתוך אחת העמדות – "... ורץ אל מחוץ למוצב..." – תמונת ג'יפ בנסיעה – "...מבחינתו, הוא מסתער לעבר מחבל שחדר פנימה". על מחצית המסך ממשיכה להופיע תמונת ג'יפ בנסיעה ועל המחצית השנייה תמונת סרן ר' לבוש מדים כשהוא הולך ברגל.

20. "התמונה ברשת הקשר בשלב הזה כבר שונה לגמרי", אומרת דיין. הקטע הבא, מתוך רשת הקשר, מלווה בתמונות של סריקת השטח. התצפית מדווחת "נראה לי שאחת העמדות הורידה אותה". החמ"ל משיב "מה, ראית פגיעה שלה? היא נפלה?" והתצפית עונה: "היא נפלה, כרגע היא לא זזה גם". החמ"ל פונה אל "כספיתון קודקוד ספרד", הקשר של סרן ר' – ושואל האם "קיבלת שכנראה הילדה נפלה, נפגעה?". תשובת הקשר: "קבל, אנחנו ביצענו עליה. כן, כנראה היא נפגעה". כעת נראה חייל בתוך נגמ"ש, כשהוא אוחז בשפופרת של מכשיר קשר, ולצדו חיילים נוספים חבושים בקסדות. דיין ממשיכה: "מכאן והלאה התקשורת ברשת היא בין החמ"ל במוצב לבין ר' המ"פ. זה אולי התייעוד המדויק ביותר של מה שקרה שם. ר' מדווח כאן בזמן אמת על כל צעד שלו בשטח, מרחק של מטרים מהילדה, שכבר מוטלת על הקרקע". ואז נשמע קולו של סרן ר' ברשת הקשר: "אני ועוד גפרור, מתקרבים עוד יותר, קדימה, לוודא את ההריגה. תהיה בחיפוי".

21. דיין ממשיכה: "תוך ימים יהפוך אירוע מותה של הילדה אימאן לפרשת המ"פ ווידוא ההריגה. אבל הפרשה הזו תסתבך באמת כרגע שחיילים מתוך הפלוגה יחליטו לספר מה ראו שם". על המסך נראים שני גזרי-עיתון: "כשהש.ג. הבחין בילדה כל הלחץ התפוצץ"; ו"כתב אישום נגד המ"פ: וידא הריגה". מיד אחר כך מובאת הקלטה של חייל, שקולו מעוות, והוא מספר על האירוע: "ואז המ"פ שלנו הסתער עליה כאילו, ונתן לה שני כדורים, וידוא הריגה, חזר אחורה, ואז לא יודע מה קרה כאילו מה הוא

החליט, חזר אליה ונתן לה צרור אוטומט, וכאילו, זהו". על המרקע נראים חיילים נעים בתוך המוצב בלילה, ולאחר מכן מופיעות תמונות שצולמו באמצעי ראיית לילה, בהן נראים חיילים מכוונים כלי נשק מתוך עמדה. הכתוביות המוצגות על המסך מציינות כי הדובר הוא חייל המוצב, בשיחה עם כתב ידיעות אחרונות, וכי למצולמים אין קשר לכתבה.

22. בשלב הבא עוברת הכתבה לעסוק בהתרחשויות שאירעו לאחר האירוע. דיין מצהירה: "עשרה ימים אחרי האירוע צה"ל סוגר תחקיר מבצעי שיש בו הכול חוץ מעובדות אמת. המ"פ יוצא נקי לגמרי, הרמטכ"ל נותן בו אמון מלא". אחר כך מובא ציטוט מדברי הרמטכ"ל בקריינות של קול גברי: "אני מקבל לעת עתה את גרסת המ"פ. לא היה וידוא הריגה. טפלו עליו אשמות שלא הוכחו", כאשר נראה על המסך סרט המציג את הרמטכ"ל דאז, רב-אלוף משה יעלון, פוסע יחד עם פמליה של בכירי צה"ל נוספים. דיין מוסיפה: "ואז ר' נעצר, ומובא לחקירה במצ"ח", כאשר על המסך מוקרנת תמונה של סרן ר' ניגש לדלת שעליה כתוב 'הסנגוריה הצבאית'.

הקטע הבא הוא מתוך קלטת הלקט, ובו נראה סרן ר' יושב בחדר החקירות, ומושמע קטע בקולו של סרן ר' מתוך רשת הקשר: "קבל תמונת מצב. ביצענו אש והרגנו אותה. יש לה... לבשה מכנסיים, ג'ינס וגופיה, חולצה. כמו כן היתה עם כפייה על הראש. אני גם וידאתי את ההריגה. עבור". לקראת סוף הקטע הזה משתנה החוץ לסריקת שטח נוספת מתוך קלטת הפסקל. התמונה מתחלפת ומוקרן קטע אחר מתוך קלטת הלקט, המציג את החקירה. סרן ר' נראה יושב ומדבר: "וכשאני הגעתי, ובצעתי את שני הכדורים, לא ראיתי שום תזוזה אחרי שני הכדורים שביצעתי. מבחינתי ניטרלתי את זה". החוקר שואל: "מבחינתך, היא היתה הרוגה אחרי שני הכדורים?" וסרן ר' משיב "רק אחרי שני הכדורים שלי יכולתי להגיד באופן מלא, כנראה היא הרוגה. לא יודע מה, יכול... 20 שניות אחרי שעזבתי אותה היה לה עוד נשימה שהיא נשמה".

23. לאחר מכן מוקרן קטע מתוך הקלטת הביתית שצולם בעת האירוע עצמו. ברקע הכתובית "צולם ע"י אחד הלוחמים בפלוגה". חיילים, עטויי אפודים וקסדות, נמצאים באחת העמדות ואומרים: "ווי, איך שהוא ריסס אותה מטווח אפס..."; "לא, אני לא רואה אותה, אפשר לראות את המצלמה?"; "תראה לנו רגע את המצלמה". לאחר מכן נראית לרגע קצר תעלת קשר במוצב. מייד אחר-כך נראה קטע של מעין מסיבה מאולתרת של חיילי הפלוגה. החיילים יושבים בחדרם ונעים לצלילי מוזיקה קצבית, כשהם מחייכים ונינוחים, אחדים מנופפים בידיהם ומצביעים לכיוון המצלמה. אילנה

דיין מסבירה: "התמונות האלה מופיעות מייד אחרי אירוע הירי על קלטת הוידאו שצילמו חיילי המוצב. משהו בפלוגה המסייעת של גדוד שקד התחיל להשתבש מזמן".

24. כאן עוברת התמונה להציג חיילים העומדים ליד החמ"ל. דיין: "בבוקר שבו נהרגה הילדה אימאן בעצם מתפרץ סיר הלחץ שבתוכו פועלת הפלוגה של ר'. הוא בסך הכול חודשיים בתפקיד המ"פ אבל הוא מתקשה להשתלט על האנשים". החוזי מתחלף לתמונת חיילים מן הקלטת הביתית המציגה את החיילים היושבים בעמדת החמ"ל, מחייכים. דיין מוסיפה "בשלב מסויים נשקלה אצל המג"ד ואצל מח"ט גבעתי האפשרות להדיח אותו". בקטע הבא דנה הכתבה בנורמות הבעייתיות הנהוגות בפלוגה ובמציאות החיים בה בכלל. קטע מתוך הקלטת הביתית מוקרן, ובו מספר אחד החיילים חייל בפלוגה: "שימו לב. יש התראה על חדירה למוצב שלנו, והחברה לא ישנים במגורים שלהם, אז הם ישנים בחדר-אוכל". המצלמה נכנסת בעקבות החייל אל חדר האוכל ובו מסודרות מיטות רבות. דיין נשמעת: "זאת פלוגה לחוצה, עם עומסי עבודה מטורפים, ור' הוא מ"פ תובעני שמנסה לשבור מסורת".

25. הקטע הבא הוא קטע מן הקלטת הביתית המצולם בתוך חדר האוכל, בו מדברים החיילים על הזמן שנשאר להם בשירות הצבאי. דיין ממשיכה בקריינות: "הוותיקים מצפים לזכויות יתר, החדשים טוחנים שמירות, והמ"פ הקשוח יודע שיש חיילים שמחפשים אותו". על המסך נראים צילומים מתוך חדרי המגורים. "כשהם רואים אותו יורה לכיוון גופתה של ילדה קטנה, הם בטוחים שביצע וידוא הריגה. אבל לא בטוח שהסיפור הזה היה יוצא החוצה לולא מצב היחסים בתוך הפלוגה". וכאן עובר החוזי לצילומים של החיילים באוטובוס, מתוך הקלטת הביתית. החיילים באוטובוס מדברים ביניהם: "מה דעתך על ערבים שמשרתים בצה"ל? ספר מה שאמרת לנו מקודם". "דעתי על ערבים שמשרתים בצה"ל זה...". וכאן מעווה החייל את פניו לפרצוף מגוחך. חברו מגיב "שתבינו, שתבינו, שזה החברים שלי בצה"ל. זה מה שקורה אחרי שלוש שנים שמשרתים...". – "...אתה נהיה מטומטם", משלים הראשון, ושוב מעוות את פניו.

26. לאחר מכן מוצג שוב קטע ארוך מתוך החקירה במצ"ח, בו אומר סרן ר': "מישהו מדויק, מישהו הראשון שפגע בה, אי אפשר לדעת. למרות שאני אומר לך, אחרי האירוע, בהתחלה, כולם סיפחו את ההצלחה בשבילם. כאילו הם פגעו בה". כאן נעצר שידור הכתבה בשל יציאה לפרסומות. לפני היציאה לפרסומות שלפניה מכריזה דיין: "אחרי הפרסומות – סוף חייה הקצרים של אימאן אל-האמס", על רקע תמונות

מקלטת הפסקל המתעדות את פינוי גופתה, ונשמע קולו של סרן ר' ברשת הקשר: "כאן קודקוד, כל מי שנע, זו במרחב, גם אם זה בן שלוש, צריך להרוג אותו", המשפט האחרון מופיע באותיות גדולות על המסך.

27. לאחר הפרסומות מופיעה דיין בקריינות בשידור חי מן האולפן: "קודם כל לחלק השני של סיפור וידוא ההריגה. יכול להיות שהקטע הזה, מתוך החקירה במצ"ח, ממחיש יותר מכל את הלך הרוח של המ"פ שירה". כאן חוזרת דיין לשידור הכתבה המוקלטת, שבה מוצג קטע ארוך מחקירתו של סרן ר'. סרן ר' נראה בחדר החקירות, כשהוא אומר: "מה אתה עושה בתור מ"פ, או בתור מפקד, או בתור חייל? ככה מלמדים אותך, וככה צריך להיות. שאתה תיצור כמה שיותר מגע עם הדמות הזאת, כדי לנטרל את האיום. בשפה אחרת, בקשר – וידוא הריגה". בשפה שאני נמצא על הסוללה, אני הולך לנטרל את האיום. איך אני מנטרל את האיום? אם אני יכול לדעת באופן מלא, שמי ששוכב שמה, המחבל ששוכב שמה, מת, והוא לא יכול לעשות שום דבר, הוא לא יבצע ירי נ"ט, לא לברוח, לא לזחול, ולא לעשות, לא לקום להפעיל מתג הפעלה, בסדר? ולא להילחם בי, בסדר? אז אני יוצא לקראת הסתערות אליו, ועצם העובדה, ההתנהגות שלי בשטח, שפתחתי חיפוי מהמוצב; וירי מהמוצב; וההתקדמות שלי אליה לא היתה התקדמות של להגיד לה שלום ולהסתכל עליה. אני טמבל? אז אני אומר לס' שלי... "סרן ר' נקטע על-ידי החוקר ששואל "התקדמת בשביל לנטרל אותה?" הוא משיב "בטח!". החוקר מוסיף – "בשביל לוודא הריגה שלה?", וסרן ר' משיב "בשפה שאתה רוצה להבין אותה...", החוקר מתעקש: "בשפה שלך", וסרן ר' משיב "כן!".

28. דיין ממשיכה: "מילולית הוא מודה בוידוא הריגה, מהותית הוא כאילו לא מבין מה רוצים ממנו. יכול להיות שדווקא החקירה האמיתית במצ"ח ממחישה את עיקר הבעיה: מבחינת הקצין החוקרים האלה לא מחוברים למציאות שלו. בשלב הזה, אגב, הם מנסים להבין מה קורה אחרי שירה את שתי היריות בילדה, הוא הולך אחורה, חוזר לכיוון שלה, ויורה עוד צרור. עכשיו החוקרים מבררים באיזו זווית בדיוק כיוון את הנשק, כשהיה במרחק של מטר או שניים מן הילדה". בהמשך מוקרן קטע נוסף מהחקירה, בו מדגים סרן ר' באמצעות מטאטא כיצד החזיק את הנשק. סרן ר' מפנה את הנשק כלפי מטה בזווית של 45 מעלות, ואומר "אני מעריך שזה ככה זה היה". התמונה מתחלפת ונראה חוקר מחזיק ברובה מקביל לקרקע, כשסרן ר' היושב לידו מעצב את זווית הנשק. אחר כך קם סרן ר', מחזיק את הנשק בעצמו, מפנה אותו כלפי הקרקע ואומר "לא היה ירי ככה". הוא ממשיך, ומדגים כיצד החזיק את הנשק בכמה דרכים,

באופן כללי במקביל לקרקע. הוא מחזיק את נשקו מכוון כלפי הקרקע ומצהיר כי "לא היה ירי ככה. אין מצב. לא היה ירי. לא היה". אחר כך סרן ר' נראה שוב עם הנשק ואומר "אני לא יכול להגיד לך בדיוק מה הזווית". "שים לב, כשאתה חוזר ואתה יורה" – מדגים סרן ר' ירי – "אתה יודע איפה אתה פוגע?" חוקר אחר מקשה עליו "אבל אם אתה גם עדיין לא יודע – אתה לא פוגע עדיין למרחק של מטר לפי הזווית שאתה מחזיק את הנשק!", וסרן ר' מרים שוב את נשקו ומדגים "ככה, בסדר?". החוקר חוזר – "גם לא, אתה לא יורה למטר, סליחה, אנחנו מראים את זה בפעם אני לא יודע כמה..." וסרן ר' קוטע אותו: "חבר'ה, חבר'ה, עוד פעם, אני לא יודע מה המטרה מהשאלה הזאת".

29. בהמשך לכך מוצג קטע נוסף מקלטת הלקט. סרן ר' נראה מדגים לחוקרו דבר-מה, ודיין נשמעת ברקע: "מי שמכיר את ר' מדבר על השרוולים שלו, שמופלים גבוה חושפים שרירים. הוא בן 25, מכפר דרוזי בגליל. ר' הלך לצה"ל כדי לעשות קריירה קרבית. התנדב לאגוז. אחר כך היה בסיירת גולני. לא מזמן לקח מקום ראשון בתחרות כושר קרבי, משאיר מאחור את המתחרה מסיירת מטכ"ל". קטע נוסף מחדר החקירות מוצג, ובו נראה סרן ר' יושב ואומר: "בצבא, אני למדתי, לפחות, בכל איום שיש כמה שיותר מהר תיצור איתו מגע. יש מחבל – כמה שיותר מהר תיצור איתו מגע. לפעמים עולה לך בחיים שלך. יש ס' מ"פ, ומ"פ... מה עשו? יצאו. אמרו להם שיש מחבל, יצאו ישר לשמה. בסדר? בסדר. קיבלו 2 כדורים, אבל קיבלו צל"ש על זה. בסדר? אני קיבלתי את הטר"ש ממכם, ועם הצדק, אני אקבל רק את האמת". בהמשך נראה סרן ר' כשהוא נשאל על-ידי החוקר: "הרגת אותה?", סרן ר' עונה: "אני מאמין, בשני הכדורים האלה, ניטרלתי האיום". החוקר מקשה עליו: "מה זה ניטרלתי האיום? דבר עברית! הרגת אותה?", וסרן ר' משיב: "אז העברית בשטח נקראת 'ניטרלתי האיום'". שוב שואל החוקר: "בסדר, מה זה אומר ניטרלתי?". על כך עונה סרן ר': "אני לא יכול להגיד גם כשהיא... בוא נגיד, ידעתי שסכנה הלכה, ברגע שאני ביצעתי שני כדורים לשם".

30. התמונות הבאות הן של סריקת שטח מקלטת הפסקל. ברקע נשמעת דיין: "ההקלטה של רשת הקשר מסתיימת בשעה 7:23, במילים האלה שמשום-מה דחוף למ"פ לשדר עכשיו לחמ"ל". ואז נשמע סרן ר' בקשר: "כאן קודקוד. כל מי שנע, זו, במרחב, גם אם זה בן שלוש, צריך להרוג אותו. עבור". לאחר מכן מוצגות תמונות מקלטת הפסקל בהן מתועדות מציאת גופת המנוחה ולקיחתה על גבי אלונקה, מלווה בקריינות של דיין: "חולפות למעלה משעתיים עד שצוות האמבולנס הפלשתיני מעז

להתקרב, כדי לפנות את גופתה של ילדה בת שלוש-עשרה, שהיתה בדרך לבית הספר". על המסך נראית העמסת הגופה על האלונקה ועטיפתה בשמיכה, בזמן שנשמע דיווח מהתצפית: "מדובר בתלמידה, היא היתה עם מדים של בית-ספר, עם מטפחת לבנה על הראש. זה ילדה בת עשר, שתיים-עשרה". " – רות. קודקוד ספרד". " – כאן ארבע, היישר". " – עת"ף".

31. בקטע הסיום שוב נראית דיין באולפן, כשהיא אומרת: "עכשיו התגובות. דובר צה"ל מוסר, משפטו של המ"פ מתנהל בימים אלה בבית דין צבאי, אין מקום לפתוח במקביל במשפט ציבורי טלוויזיוני, תוך הצגת חלקי ראיות מתוך המכלול. יסודיותו של התחקיר המבצעי, אומרת דוברת צה"ל, היא זו שהציפה והעלתה אותם סימני שאלה גם במקרה הזה, גם לפתיחת חקירת מצ"ח, חקירה שהובילה למעצר המ"פ, הגשת כתב אישום, ופתיחת המשפט בבית הדין הצבאי. ראוי להדגיש, אומרת הדוברת, כי גם הרמטכ"ל, בעת שהוצג בפניו תחקיר האירוע, הדגיש, שגירסתו של המ"פ מתקבלת באופן מסוייג ובכפוף לתוצאות חקירת מצ"ח. צה"ל מתייחס בחומרה רבה לאותם מקרים חריגים בהם מתקיים חשד לחוסר אמינות התחקיר המבצעי. ברגע שיש חשד כזה נפתחת חקירה בערוצים פליליים, כפי שנעשה גם במקרה הנדון". לאחר מכן מצטטת דיין את תגובה של לאה צמל, עורכת הדין של משפחת אל-האמס: "המשפחה תובעת להעמיד לדין את כל החיילים שלקחו חלק בירי לעבר בתם. היא אומרת שתישקל פניה לבית הדין הבינ"ל בהאג, אם לא ייעשה הדבר". לבסוף מציינת דיין כי "המ"פ עצמו לא קיבל אישור בשלב הזה להתראיין למרות שביקשנו לקיים ראיון גם איתו".

32. להשלמת התמונה יצוין כי במשפטו הצבאי יוחסו לסרן ר' חמישה אישומים: (1) שימוש בלתי חוקי בנשק, בגין שתי היריות שירה במצב של "בודדת". (2) שימוש בלתי חוקי בנשק, בגין ירי הצרור, שנטען כי נורה אל עבר המנוחה. (3) שיבוש הליכי משפט. (4) חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים, בגין הטענה כי הורה לחייליו לסטות מהוראות הפתיחה באש ולירות על מנת להרוג בכל מי שנכנס לתחום האב"ם" גם אם זה בן שלוש". (5) התנהגות שאינה הולמת.

בסופו של ההליך המשפטי זוכה סרן ר' מכל האישומים.

33. בבית המשפט המחוזי טען סרן ר' כי יש בכתבה משום לשון הרע כלפיו. טענותיו התבססו על חמישה אדנים. ראשית, טען כי בכתבה הושמעו קטעים מרשת הקשר באופן מקוטע ובררני, המוציא את דבריו מהקשרם. שנית, כי בעריכת הכתבה הושמטו עובדות באופן שמצטיירת ממנה תמונה חלקית ומעוותת של האירוע. שלישית, כך טען, צילומי האילוסטרציה שנבחרו להופיע בכתבה יצרו תחושה שגויה בלב הצופה. רביעית, כך נטען, הוצגה בכתבה אינפורמציה לא נכונה. לבסוף טען סרן ר' כי האמירות ששולבו בכתבה מפי אילנה דיין חורצות את דינו ומוצגות כקביעות אמת. כל זאת נעשה במטרה להכפיש את שמו ולהציגו כחיית אדם.

המערערות טענו מנגד כי מדובר בכתבה עיתונאית ברמה גבוהה, אשר שיקפה נאמנה את האירוע. חלקים רבים בכתבה לא עסקו בסרן ר', כך נטען, בעוד חלקים אחרים הציגו אותו באופן חיובי. כמו כן, נטען כי אין עניינה של הכתבה באדם ספציפי אלא באירוע כולו ובשאלות המוסריות העולות ממנו בנוגע לערכי הלחימה ולהשפעת מצב החירום על הלוחמים. דיין וטלעד הוסיפו כי השתמשו בחומרים אובייקטיביים וכי עבודת העריכה שנעשתה היא עריכה בסיסית ואלמנטארית, ולא יותר מכך. בנוסף, ציינו הן כי היו בידיהן חומרים רבים שהיה בהם כדי להפליל את סרן ר' עוד יותר, אך לא נעשה בהם שימוש. לשיטתן, זאת ראייה לכך שהעריכה הייתה הוגנת ושקולה, ולא נועדה דווקא להכפיש את סרן ר'. בנוסף נטען כי רבים מהפרסומים לגבי סרן ר' הופיעו באמצעי התקשורת עוד קודם לכן, וכי אין בכתבה דבר המוציא את דיבתו של סרן ר', או המאפשר את זיהויו ביתר קלות, לעומת הפרסומים הקודמים.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

34. בית המשפט המחוזי סקר היטב את הכתבה ובחן בקפידה את טענות הצדדים. בית המשפט דחה את הטענה לפיה הכתבה לא עסקה בסרן ר', וקבע כי היא עוסקת בעיקר בו וכי היה בה כדי להשליך על תדמיתו. כמו כן נפסק כי הכתבה מתיימרת לקבוע ממצאים עובדתיים ולהציג את ה"אמת". נפסק כי המסר המתקבל מהכתבה בעיני "הצופה הסביר" הוא כי המנוחה הייתה ילדה תמימה שהלכה בבוקר לבית הספר, ומטעמים לא ברורים סטתה מנתיבה אל עבר שטח האב"ם. השומרים הופתעו לראותה, והחלו לירות לעברה בכלי נשק, לרבות בכלי נשק כבדים. זאת, בעקבות לחץ ודריכות ששררו במוצב בעקבות התרעות מפני פיגוע ובגלל עומס עבודה. נפסק כי הכתבה הציגה תמונה לפיה החיילים ירו במשך זמן רב לעברה, גם לאחר שדווח להם כי היא ילדה קטנה, תוך אדישות וזלזול. בתוך כך, הוצג בכתבה כי סרן ר' התעורר, סבר כי

מדובר במחבל ויצא להסתער לעברו בג'יפ ממוגן. בינתיים גילה כי מדובר בילדה קטנה וכי היא נפגעה, אך הוא המשיך בשלו. סרן ר' עצר את הג'יפ, ירה לעברה שני כדורים וצרור מטוח אפס. לפני שחזר למוצב הדגיש לחייליו כי יש לירות בכל דבר שזז במרחב. עוד נותר הרושם כי לאחר האירוע חזרו החיילים לשגרה והיו במצב רוח מרומם. נפסק עוד כי מהכתבה מצטייר כי התחקיר הצה"לי היה שקרי. לפי תמונה זו, האווירה בפלוגה היא רעה, וחייליו של סרן ר' חיפשו לפגוע בסמכותו – ורק בעקבות זאת יצאה האמת אל האור. נפסק עוד כי לפי הכתבה, הכחיש סרן ר' בחקירתו במצ"ח כי ירה במנוחה מטוח אפס, וסיפק גירסה מבולבלת לאירועים, עד שלבסוף נדחק על-ידי החוקרים להודות בדברים שלא חפץ לומר.

בית המשפט קמא פסק כי תמונה זו מוציאה את דיבתו של סרן ר' בכמה אופנים. ראשית, התנהגותו במהלך האירוע הוצגה כ"אכזרית ומרושעת". שנית, החיילים שבפיקודו הוצגו כמי שהתנהלו באדישות וירו מבלי שהיו מוטרדים מאפשרות קטיעת חייה של המנוחה – באופן המשפיע על שמו הטוב. שלישית, נראה מהכתבה כי סרן ר' אילץ את חייליו לשקר בתחקיר, שבו טוּיחו החשדות הקשים שהועלו כנגדו. רביעית, סרן ר' היתמם בחקירתו ונמנע מלהציג גרסה עקבית. נפסק כי דברים אלו יש בהם לשון הרע כפי שמוגדרת היא בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק).

35. בית המשפט קמא עבר לבחון האם מתקיימת למערערות הגנה מפני תביעה אזרחית, ופסק כי הגנת אמת הפרטום שבסעיף 14 לחוק אינה חלה במקרה זה. אמנם, ציין בית המשפט כי עריכה מסוימת של הקלטות חייבת להיות כלולה בכל כתבה עיתונאית. אולם נפסק כי פרטים שהוצגו כעובדות בכתבה סוטים מן האמת. כך, לפי בית המשפט קמא, המנוחה הוצגה כילדה אשר הייתה בדרך לבית הספר, אף שהדבר לא הוכח. כמו כן נפסק כי הכתבה טשטשה את העובדה כי הסיבה לתקיפה הייתה חשש של החיילים לחייהם, ואת העובדה שסרן ר' רץ כשהוא חשוף לירי צלפים ולתיק החשוד כמטען נפץ. עוד קבע בית המשפט כי הכתבה הציגה את הלוחמים כמי שיורים מתוך אדישות ואטימות. כמו כן, נפסק כי מהכתבה נראה היה שסרן ר' ירה צרור אל גופה של המנוחה, ולא למרחב שמעליה. בנוסף, באשר לגרסת סרן ר', הכתבה לא הביאה בצורה ברורה את הטענה כי חייליו העלילו עליו. עוד נפסק כי הדברים שאמר בסוף האירוע נועדו לדרבן את חייליו לשמור על ערנות – ולא היה בכוונתו, בניגוד למה שנראה היה מהכתבה, לפקוד עליהם לירות בפעוטות. הצגת המסיבה במוצב גם היא חוטאת לאמת שכן לא היה לה כל קשר ענייני או כרונולוגי לאירוע, כך נפסק. נוסף על כך נפסק כי

בכתבה הוחסרו פרטי מידע בעלי חשיבות. בסיכומו של דבר, כל אלה יוצרים אצל הצופה מסר שלילי שגוי ביחס לתובע, כך נפסק.

36. עוד פסק בית המשפט כי גם הגנת תום הלב, המעוגנת בסעיף 15 לחוק, אינה עומדת למפרסמות. אמנם, נפסק כי המערערות לא פעלו בזדון נגד סרן ר' וכי כוונת הכתבה הייתה לעורר דיון ציבורי בנוגע לשאלות הרחבות העולות ממנה. אולם בתוך כך הזניחו המערערות את שמו הטוב של סרן ר', כך נפסק, ולכן לא ניתן לומר שפעלו בתום לב. בנוסף, כך נפסק, המערערות לא העלו בכתב הגנתן נימוקים באשר לשאלה על איזו מבין תקנות המשנה של סעיף 15 ביקשו הן להתבסס, ולכן לא ניתן לפסוק לטובתן בעניין זה, מכל מקום, כך ציין בית המשפט, הנסיבות המתוארות בסעיפי המשנה לא התקיימו במקרה זה. לעומת זאת, חזקת חוסר תום הלב שבסעיף 16(ב)(2) חלה במקרה זה, כך נפסק, מאחר שדיין לא נקטה באמצעים סבירים כדי להיווכח אם הפרסום אמת או לא. בית המשפט הוסיף כי בקדימון לתכנית, שנערך על-ידי טלעד, יש משום פגיעה גדולה מהנדרש כלפי סרן ר'. זאת לנוכח חיתוך שעשתה טלעד למשפט שנאמר ברשת הקשר – במקום המשפט "אני ועוד גפרור מתקרבים עוד יותר קדימה, לוודא את ההריגה", נשמע רק החלק האחרון – "קדימה לוודא את ההריגה".

37. בית המשפט קמא דחה, אגב כך, את טענות סרן ר' לגבי תחולת דיני עשיית עושר ולא במשפט על עניינו. כמו כן נדחו טענותיו לגבי הפרת חובה חקוקה. טענות אלה היו מבוססות על שתי חובות חוקיות – עבירת הסוביודיצה, שבסעיף 71(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, והאיסור על פרסום קלטות חקירה בלא רשות בית המשפט, הקבוע בסעיף 13 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשובים), התשמ"ב-2002. בנוגע לעבירת הסוביודיצה נפסק כי לא הוכח שנגרם לסרן ר' נזק מן הפרסום. באשר לפרסום חומרי החקירה, נפסק כי החובה אינה חלה על חקירות מכוח חוק השיפוט הצבאי, בהיעדר צו של שר ביטחון בנוגע לכך. עוולות אלה אינן נטענות עוד לפנינו ולכן אין מקום להרחיב בהן עוד.

38. בית המשפט המחוזי מצא על כן כי המערערות אחראיות לנזקיו של סרן ר' בגין פרסום לשון הרע. באשר לגובה הנזק נפסק כי לא הוכח שנגרם לסרן ר' נזק ממוני – משכורתו לא נפגעה והוא המשיך לעלות בסולם התפקידים בשירותו בצבא קבע. עם זאת, חוייבו המערערות בפיצוי בסך 300,000 ש"ח בגין הנזק הלא ממוני שנגרם לסרן ר'. בנוסף פסק בית המשפט קמא כי על המערערות לתקן את הרושם שיצרה הכתבה –

באמצעות פרסום דבר זיכוי המלא של סרן ר' בבית הדין הצבאי, הבהרה כי הכתבה משדרת מסר שגוי ודיווח על תוצאות המשפט שלפנינו.

מכאן הערעורים שלפנינו. סרן ר' טוען בע"א 751/10 כי הפיצוי שנפסק לו הוא נמוך מדי. דיין וטלעד טוענות בע"א 1236/10 ובע"א 1237/10 נגד עצם החיוב בפיצויים בגין הוצאת לשון הרע, נגד גובה הפיצוי ונגד החובה לפרסם את "הודעת התיקון".

טענות הצדדים בערעורים

(א) ערעורו של סרן ר'

39. סרן ר' מערער על גובה הפיצוי שנפסק לו בבית המשפט קמא וטוען כי קיים פער בין חומרת לשון הרע שהוצאה עליו לבין שיעור הפיצוי שנפסק לו. לטענתו, פעלו המערערות מתוך זדון, זייפו ועיוותו את המציאות, וכמה מהבחירות שנעשו בהליך הכנת הכתבה אינן יכולות לנבוע מרשלנות, אלא מזדון בלבד. בין הבחירות האלה, מציין המשיב את ההחלטה לפרסם רק מספר משפטים מתוך דברים שאמר בקשר הצה"לי; את ההחלטה להדביק פס קול על תמונה ממועד שונה (voice over) – וזאת לטענתו, כדי להציג את המסר הרצוי למערערות; ואת ההחלטה לבחור באילוסטרציות המציגות את פעולתו באופן מעוות. סרן ר' מוסיף כי המערערות הציגו מידע שכבר באותה עת היה ידוע כי הוא שקרי או לא מדויק, כמו הצגת המנוחה כילדה שהייתה בדרך לבית הספר. לטענתו של סרן ר', השימוש בצילומי ירי בנשק כבד – תמונות שלא צולמו באירוע אך הוצגו כחלק ממנו – נעשה בכוונת זדון, שכן לא ניתן היה לטעות ולחשוב שהתמונות צולמו בזמן הירי. יצוין כי בנוגע להצגת התמונות כאילו הן צולמו בעת הירי פרסמה דיין התנצלות בתכנית העוקבת.

סרן ר' מוסיף עוד כי בית המשפט שגה כאשר דרש, לצורך הוכחת הזדון, רצון או מטרה להכפיש את שמו ואת צה"ל. לטענתו, די בכך שהייתה ידיעה על התוצאה וכוונה להשיג אותה. על כן, די בכך, לדעתו, שהמערערות הציגו את סרן ר' כ"חיית אדם" ושהיו מודעות לכך, כדי להוכיח זדון.

40. לטענת סרן ר', הזדון שבו פעלו המערערות צריך היה להוביל את בית המשפט קמא לפסוק פיצויים עונשיים אשר יבטאו את החומרה המיוחדת של המקרה. לגישת סרן ר', פסיקת פיצויים עונשיים מוצדקת גם לנוכח התנהגות המערערות לאחר

הפרסום: הלחץ שהופעל עליו במהלך הופעתו בבית המשפט; עדויות מומחים שתואמו ביניהן; סרבול הליכי המשפט ועוד. נוסף על כך טוען סרן ר' כי היה על בית המשפט לשקול גם את ההכנסות שהתקבלו כתוצאה מן השידור, ואת פערי המעמדות בינו לבין המערערות, במסגרת קביעת שיעור הפיצוי. לשיטתו, יש להחמיר בפסיקת הפיצויים כדי לשפר את יעילות אכיפת האיסור על פרסום לשון הרע.

41. דיין משיבה לעומתו כי הדוגמאות אותן מביא סרן ר' אינן מוכיחות קיומו של זדון, אלא הן פעולות של עריכה לגיטימית. לטענתה, הפעולות של השמעת חלקים מסוימים מתוך הפסקול כולו, של חיבור קטעי שמע וחוזי ושל צילומי האילוסטרציה נובעים כולם משיקולי עריכה. באשר לטענות הנוגעות להצגת המנוחה כמי שהייתה בדרך לבית הספר, טוענת דיין כי לא הוכח שהדבר אינו נכון, וכי מכל מקום, אין בכך כדי להשפיע על עומק הפגיעה בסרן ר'. לטענת דיין, פרשנות סרן ר' למושג "זדון" מרחיבה יתר על המידה את קשת המקרים שבהם ימצא "זדון", שכן היא מסתפקת בכך שכתבה מסוימת נערכה באופן מודע ושקיים בה לשון הרע. לשיטת דיין, "זדון" צריך להיעשות מתוך רשע, כוונה רעה או מניע פסול. היא חוזרת על טענתה כי היו בידיה חומרים מפלילים רבים בהם בחרה שלא לעשות שימוש – ראייה לכך שהעריכה לא נעשתה מתוך כוונה לפגוע בסרן ר', ואף לא מתוך אדישות לפגיעה.

42. דיין טוענת עוד כי הכתבה לא הייתה חמורה או ייחודית באופן שיצדיק הגדלת הפיצוי או פסיקת פיצויים עונשיים. פיצויים עונשיים יינתנו במקרים חריגים בהם התנהגות המפרסם הייתה מרושעת, קיצונית, או מחפירה והפגיעה בניזוק הייתה קשה וזדונית. מקרה זה, טוענת דיין, אינו בא בגדר אותם מקרים. דיין מציינת כי במסגרת הכתבה הוצגו גם צדדים חיוביים של סרן ר', וטוענת כי היא הייתה מאוזנת יותר מיתר הפרסומים שהוצגו באותה עת. הכתבה גם לא תרמה תרומה ייחודית לחשיפת זהותו של סרן ר', כך נטען, שכן היא לא הוסיפה על הפרטים שנמסרו בכל אמצעי התקשורת עוד קודם לכן. כמו כן, טוענת דיין כי הכתבה לא הציגה מסקנות סופיות ולא חרצה את דינו של סרן ר'. גם עיתוי הפרסום אינו מצדיק הגדלת הפיצוי, לטענת דיין, שכן לא היה בכתבה כדי להשפיע על תוצאת פסק הדין בבית הדין הצבאי. כמו כן טוענת דיין כי הייתה לסרן ר' אפשרות אפקטיבית להגיב לכתבה, והוא בחר שלא לנצל אותה. עוד מוסיפה דיין כי לא נפל בהתנהלותה לאחר הפרסום פגם המצדיק פיצויים עונשיים.

43. דיין סבורה כי אין מקום לקבל את עמדתו של סרן ר' לפיה יש להגדיל את הפיצוי משיקולי הרתעה או על בסיס רווחי המערערות. זאת מאחר שפיצוי מסוג זה,

במקרים בהם הפרסום לא נעשה בזדון, יוביל להרתעת יתר ולפגיעה בחופש הביטוי. יתרה מכך, לטענתה, היה מקום אף לפסוק פיצויים מופחתים. זאת מאחר שמניעה היו טהורים ולא הייתה לה כוונה כי מהכתבה ישתמעו דברי לשון הרע, ומאחר שלפרסום הכתבה קדם תחקיר ראוי ומקצועי, והיא הייתה משוכנעת באמיתות דבריה. לבסוף, גורסת דיין כי גובה הפיצוי שנפסק לסרן ר', הגבוה מהפיצוי שניתן לרוב בגין לשון הרע, כולל בתוכו רכיב עונשי כבר עתה, זאת לנוכח קביעותיו של בית המשפט קמא לפיהן לא נפגעה תדמיתו של סרן ר' ולא נגרם נזק להמשך הקריירה העתידית שלו.

44. גם טלעד סבורה כי דין טענותיו של סרן ר' להידחות. לטענתה, הכתבה שיקפה נכונה את האמת, והיא הייתה מאוזנת ונטולת זדון. לא הייתה בכתבה עיוות, ולא לשון משתלחת, שתצדיק פיצויים גבוהים. כמו כן טוענת טלעד כי הפיצוי הינו פיצוי גבוה גם לשיטת בית המשפט קמא, במקרה שבו אין נזק ממוני.

(ב) ערעוריהן של דיין ושל טלעד

45. המערערות, דיין וטלעד, מעלות טענות הנוגעות למעשה לכל אחת מהסוגיות שבהם עסק פסק דינו של בית המשפט קמא. על אף שהן הגישו ערעורים נפרדים, הרי שבשל הדמיון הרב בין טענותיהן, נתייחס לטענות המשותפות יחד – ובנפרד נתייחס לטענות שאינן משותפות.

המערערות טוענות, בראש ובראשונה, כי אין בכתבה לשון הרע כלפי סרן ר'. לטענתן, אופן בחינת לשון הרע על-ידי בית המשפט קמא הינו שגוי, שכן לא ניתן לפרק לגורמים את הכתבה ולבחון כל גורם בנפרד, כי אם יש לראות את הכתבה בכללותה. כך רואה אותה גם הצופה הסביר. בראייה כוללת הכתבה, לשיטתן, היא שקולה, מאוזנת וראויה. הן סבורות כי הכתבה מעלה טענות בעלות חשיבות ציבורית בנוגע להתנהלות צה"ל וחייליו במצבי לחץ, באזור בו קיימת אוכלוסייה אזרחית, ולהשפעת המתח הזה על ערכי הלחימה. לשיטתן, לשון הרע יכולה לקום רק ביחס למשמעות ערכית המצטיירת מן העובדות המוצגות בכתבה, ואילו משמעות זו הותרה לשיקול דעתו של הצופה. המערערות מוסיפות וטוענות גם כנגד הקביעות הפרטניות בנוגע ללשון הרע הטמונה בפרטי הכתבה עצמם.

46. טלעד ודיין סבורות כי אפילו הייתה לשון הרע בכתבה – קמה להן הגנת אמת הפרסום. גם בעניין זה מדגישות הן כי יש לבחון הפרסום בכללותו. לגישתן, אין צורך שכל פריט ופריט יהיה אמיתי – ודי בכך ש"המשמעות והתוכן הכללי של הפרסום

תואמים את המציאות" (בכך סומכות הן על ספרו של אורי שנהר דיני לשון הרע 221 (1997)). לשיטתן, במקרה שבו הגנת אמת הפרסום נדחית בגלל טענות המתייחסות לשיקולי עריכה – יש להקל עם קבלת טענת אמת הפרסום ולאפשר מתחם סבירות רחב לעורכי כתבות עיתונאיות. יש להתחשב בכך שהזמן והמשאבים של עורך הפרסום מוגבלים, ובכך שכל עיתונאי עורך את כתבותיו באופן שונה מחברו, כחלק מחופש אמנותי השמור להם. לטענתן, פרשנותו של בית המשפט קמא להגנת אמת הפרסום נובעת מפרשנותו הסובייקטיבית של האירועים, ולתפיסתו כי אין מדובר באירוע חמור. בפועל, טענות הן, היו בידיהן חומרים המלמדים כי האירועים היו אף חמורים מכפי שהוצגו.

47. במסגרת בירור האמת – כך נטען – אסור היה לבית המשפט להתחשב במידע שהתגלה לאחר פרסום הכתבה, ובכלל זה הקביעות העובדתיות שנפסקו בפסק הדין בהליך הפלילי שהתקיים בעניינו של סרן ר'. לטענת המערערות היה על בית המשפט לפסוק לפי האמת כפי שנחזתה בעת פרסום הכתבה. העובדות המצטיירות מפסק הדין התבררו רק לאחר דיון משפטי ארוך, ולאור נטלי ההוכחה במשפט הפלילי. העמדתן במוקד בחינת האמת, כפי שניתן היה לבררה באופן סביר לאחר פרסום הכתבה, יוצרת לדעת המערערות, נטל כבד מדי על עיתונאים המתבקשים להמתין לבירור סופי ומוחלט של העובדות.

48. המערערות מעלות טענות גם כלפי קביעות בית המשפט קמא לפיהן חלק מהפרטים שהובאו בכתבה אינם אמת. בין הפרטים האלה ניתן למנות את הצגת המנוחה כילדה בדרך לבית הספר, את דרך הצגת הירי, את תיאור האופן בו הגיע סרן ר' למקום האירוע, את האופן שבו הוצג הירי שביצע המשיב, את הצגת דברי סרן ר' בסיכום האירוע, את התנהלות החיילים לאחר האירוע, את ההתייחסות לתיק שנשאה המנוחה ואת היעדר ההתייחסות לירי הצלף. לגישתן, אפילו הפרסום הנוגע לנקודות אלה היה שונה – לא היה בכך כדי לשנות את המכלול העולה מתוך הכתבה, ולכל היותר מדובר ב"פרט[י] לוואי שאין [בהם] פגיעה של ממש", כלשון סעיף 14 לחוק. המערערות טוענות גם כנגד ההסתמכות על פסק דינו של בית הדין הצבאי לצורך קביעת עובדות בבית המשפט קמא.

49. לטענת המערערות ישנו עניין ציבורי בפרסום, כמובנו בסעיף 14 לחוק, ועניין זה מתבטא בתרומתו להגשמת מטרה ציבורית של העלאת נושא בעל משמעות ערכית-מוסרית לתודעת הציבור. הפרסום תורם לגיבוש דעת הציבור ויש בו כדי לתרום לשיח

הדמוקרטי. לטענת המערערות, לעניין התקיימות התנאי הקבוע בחוק של "עניין ציבורי", אין צורך שיקום עניין ציבורי דווקא בעניינו של סרן ר'. לשיטתן, יש עניין ציבורי בעניין בשאלת התנהלותם הערכית של חיילי צה"ל, וההשלכות של המתח בו מצויים חיילים, המשרתים בגזרה מאוימת ובסביבת אוכלוסייה אזרחית, על נורמות ההתנהגות שלהם.

50. טלעד ודיין טוענות גם להתקיימותה של הגנת תום הלב שבסעיף 15 לחוק. לפי קביעת בית המשפט גופה, פעלה דיין מתוך מניע של העלאת נושא, שבעיניה היה מטריד, על סדר היום הציבורי. דיין לא ביקשה לפגוע בסרן ר' או להשחיר את דמותו. בית המשפט קיבל – כך הן מציינות – גם את טענות דיין כי הכתבה הייתה מאוזנת ביותר, ביחס לכתבות אחרות שפורסמו על סרן ר', וכי לא נכללו בה עובדות שהיה בהן כדי להטיל צל כבד על דמותו. במקרה כזה, טוענות המערערות, היה על בית המשפט לקבוע כי דיין פעלה בתום לב. לטענתן, אין די בפגיעה "אגב אורחא", בלי כוונה, בשמו הטוב של אדם, כדי לשלול את הגנת תום הלב. מאחר שההגנה נבחנת רק במקרה שבו ארעה פגיעה מסוימת בשם הטוב של התובע, פרשנותו של בית המשפט תוביל למצב שבו לעולם לא תתקבל ההגנה.

51. המערערות טוענות עוד כי לא היה מקום לקבוע שהתקיימו החזקות בדבר היעדר תום לב שבסעיף 16(ב). הן טוענות כי הפרסום היה אמת, וכן כי דיין האמינה שהוא אמיתי ונקטה באמצעים סבירים כדי להיווכח בכך, כנדרש על-פי סעיף 16(ב)(1) ו-2). היא התבססה על מידע שהיה לה יסוד להניח שהוא מהימן, וביקשה לקבל גם את עמדתו של סרן ר' – אך נענתה בשלילה. המערערות מציינות כי לא קמה החזקה הקבועה בסעיף 16(ב)(3), שכן דיין לא התכוונה לפגוע בסרן ר' ולא להשחיר את שמו.

52. לדעת המערערות מתקיימות הנסיבות שבסעיפי המשנה של סעיף 15. באשר לסעיף 15(2), המתייחס ל"חובה חוקית, מוסרית, או חברתית לעשות אותו פרסום" טוענות המערערות כי קביעת בית המשפט קמא התבססה על הלכה מסוף שנות השישים של המאה העשרים (ע"א 213/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עיתון הארץ בע"מ, פ"ד כג(2) 87 (1969) (להלן: עניין עיתון הארץ)). הלכה זו קבעה כי חובה עיתונאית תוכר בהקשר להגנה הכלולה בהוראת סעיף 15(2) רק במקרה שבו יש לציבור "אינטרס אישי ספציפי", כגון אזהרת הציבור מפני סכנה לחיי אדם. לטענת המערערות – יש מקום לבחון מחדש עד כמה הלכה זו היא ראויה כיום, לאור ההתפתחות שחלה מאז בהגנה החוקתית על חופש הביטוי. לשיטתן, כל מידע שיש בו כדי להעלות על סדר היום

סוגיות חברתיות ומוסריות חשובות – ראוי להיחשב כמידע שיש לגביו חובה מוסרית או חברתית לפרסמו, באופן המוגן מפני תביעה בגין לשון הרע (השוו: שנהר, בעמ' 292).

53. באשר להוראת סעיף 15(4), הבא להגן על הבעת דעה על נפגע בתפקיד ציבורי או בקשר לעניין ציבורי, טוענות המערערות כי יש לראות בסרן ר' "דמות ציבורית". לטענתן, אדם יחשב ל"דמות ציבורית" אם יש לו הכוח, מתוקף תפקידו, להשפיע על חייהם של פרטים מהציבור (בכך מבקשות הן לסמוך על רע"א 10771/04 רשות תקשורת והפקות 1992 בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308, 316 (2004)). לטענתן, התנהלותו של סרן ר', האופן בו הוא מפקד על חייליו והמסרים שהוא מעביר להם – הופכים אותו לחלק מהדיון הציבורי בישראל, ולכן יש בכתבה "עניין ציבורי". באשר לפרשנות המושג "הבעת דעה" שבסעיפים 15(4) ו-5) לחוק טוענות המערערות כי ככל שיש בכתבה עובדות שנערכו באופן שיש בו כדי להאיר את המשיב באור שלילי – אופן העריכה מהווה הבעת דעה החוסה תחת הגנת החוק.

54. המערערות מלינות גם כנגד גובה הפיצוי שהוטל עליהן. לטענתן, אפילו קיימת בכתבה לשון הרע, לא ניתן לומר כי היא חמורה במיוחד, אלא רק בהשוואה לעמדתו של בית המשפט לפיה לא היה האירוע אירוע חמור. לטענתן, לא הוכח שנגרם לסרן ר' נזק כבד כתוצאה מפרסום הכתבה. הן מציינות כי לא הייתה זו הכתבה היחידה הנוגעת לעניינו ולא הוכח כי הכתבה הגיעה לקהל יעד רחב יותר בהשוואה לפרסומים אחרים בעיתונים היומיים ובשידורי החדשות. לשיטתן אין לומר שנגרם לסרן ר' נזק משמעותי משום שהסערה התקשורתית לא פגעה, בסופו של דבר, בהתקדמותו בצבא. בכתבה, כך הן מציינות, לא פורסם שמו של סרן ר', ודווקא בכתבה אחרת שפורסמה בערוץ 10 בחר אביו של סרן ר' להיחשף ובכך העצים את נזקו.

55. טלעד מוסיפה טענות הנוגעות לקדימון ששודר כהקדמה לתכנית. לטענתה, אין יסוד לטעון כי הקדימון זויף על ידה. הקדימון נועד, כך היא מסבירה, להציג את עיקרי הכתבה בטרם שידורה והוא משקף עבודה של עריכה מקצועית. הקדימון אמנם "סנסציוני", כלשונה, אך אין בו פגיעה נוספת במשיב, טוענת טלעד.

לבסוף טוענות טלעד ודיין כנגד החובה לפרסם התנצלות ולתאר מחדש את קורות האירוע. לטענתן מדובר בחיובן להציג את עמדתו של בית המשפט, באופן

המנוגד לחופש הביטוי שלהן. זאת בזמן שחלק מפרטי ההתנצלות הופיע ממילא בכתבה, ואילו חלק אחר אינו נכון או שלא הוכח.

תגובתו של סרן ר'

56. סרן ר' מסתמך על קביעת בית המשפט כי המשדר מתמקד בו ולא בחייליו או בערכי צה"ל, וכי הוא גיבור הכתבה. הכתבה מציגה אותו לדעתו באור שלילי, וכ"חייט אדם". לשיטתו אין עניינו נופל בגדר ההגנה הניתנת ללשון הרע בעניינם של אנשי ציבור. הוא מסביר כי הבסיס להעדפת חופש הביטוי במקרים של פרסום לשון הרע כלפי אנשי ציבור הוא בחירתם המודעת לתפוס תפקיד ציבורי ולשאת באחריות על הציבור – תנאים שלטענתו אינם מתקיימים לגביו.

57. באשר לאמיתות הפרסום, טוען סרן ר' כי ההכרעה האם קמה הגנת "אמת דיברתי" היא הכרעה עובדתית, בה מבקשות היום המערערות להתערב. לטענתו, הנטל להוכיח את אמיתות הפרסום מוטל על המערערות – הן לא הרימו אותו, והן מנסות לנהל משפט הוכחות לראשונה במסגרת הערעור. לגבי מקצת מהטענות, טוען סרן ר' כי הוא אף הוכיח את שקריות הפרסום. סרן ר' מתנגד לקביעה כי חלק מפרטי הכתבה הם "פרטי לוואי". לטענתו, ההכרעה אלו פרטים הם פרטי לוואי לפי סעיף 14 היא הכרעה שיפוטית, ולכן אין לקבל, לשיטתו, את הדרך שבה מבקשות המערערות לחלק בין פרטים מהותיים ופרטי לוואי.

58. מאחר שהפנה בעדותו הראשית לפסק הדין הצבאי, סבור סרן ר' כי פסק הדין יכול לשמש ראייה במשפט האזרחי. זאת, לשיטתו, מאחר שהמערערות לא חלקו על טענתו כי העובדות הנכונות הן כפי שנקבע בפסק הדין הצבאי והן לא הביאו ראיות משל עצמן באשר לדרך התרחשות האירועים. הוא מציין כי ההסתמכות על פסק הדין במשפט הצבאי התאפשרה רק לאחר שהמערערות עצמן התייחסו אליו בסיכומיהן לאחר שביקשו להסתמך עליו. מכל מקום, כך הוא מציין, בית המשפט קמא הגיע למסקנותיו בהתאם לכללי נטל הראייה ובמנותק מפסק הדין הצבאי.

עמדתו היא כי על מנת שתקבל הטענה של אמת לשעתה, על הפרסום להבהיר כי מדובר באמת לשעתה, וכי נותרו סימני שאלה פתוחים – ואלה לא נתקיימו לטענו בכתבה. דיין לא התבססה לדעתו על כל המידע שהיה זמין לה, שכן כבר בעת פרסום הכתבה היו בפניה העובדות כפי שהתבררו בבית הדין הצבאי.

59. הגנת תום הלב, כך טוען סרן ר', לא פורטה בכתב ההגנה ולכן העלאתה מהווה הרחבת חזית. גם לגופו של עניין מסתמך סרן ר' בעניין זה על הערתו של בית המשפט קמא בנוגע לתום לבן של המערערות. לשיטתו, אין לחרוג מההלכה בעניין עיתון הארץ, המצמצמת את חובת העיתונאים לפי סעיף 15(2) למקרים שבהם יש לציבור "אינטרס אישי ספציפי". קבלת עמדת המערערות בעניין זה תוביל לטענתו להעמדת הגנה חזקה מדי על חופש הביטוי של העיתונאים ואנשי התקשורת. מכל מקום, כך טוען סרן ר', הכתבה לא הוצגה באופן המצביע על כך שמובעת בה דעה אישית, ועל כן אינה מתאימה לחסות תחת ההגנה של סעיף 15(4).

אשר לטענות כנגד החובה לפרסם התנצלות, טוען סרן ר' כי בית המשפט קמא קבע והכריע לגבי עובדות המקרה, ולכן דבריו אינם משקפים את השקפת עולמו הסובייקטיבית אלא את העובדות. התנצלות המבהירה את אותן עובדות היא על כן התנצלות ראויה.

על אלה משיבות המערערות ואומרות כי הן עמדו בנטל להוכיח שהאמור בכתבה הינו אמת. לטענתן, גם לאחר הזיכוי במשפט הצבאי ישנן שאלות רבות שנותרו פתוחות. המערערות מוסיפות כי חלק מפרטי הלוואי אליהם מתייחס סרן ר' אינם עוסקים בו אלא בחיילי המוצב, ולכן לא קמה אחריות בלשון הרע בגינם.

דיין טוענת גם כנגד הקביעה כי בהגנת תום הלב יש משום הרחבת חזית בענייננו. לטענתה, די לנתבע בפירוט העובדות המקימות את טענותיו המשפטיות, ואין צורך כי יעלה טענות משפטיות או יפנה לסעיפי חוק בכתבי טענותיו. דיין מוסיפה כי היא אף העלתה את הטענה במפורש בכתבי הגנתה, וכי התייחסה לכל נסיבותיה – לאמור, המניעים שעמדו מאחורי הפרסום, היותו של סרן ר' בתפקיד ציבורי, והיותו מושא לחקירה. כמו כן טוענת דיין כי התייחסה בפירוט לאמונתה בנכונות המידע שנכלל בכתבה, שהיה מבוסס על מסמכים רשמיים, על הקלטות שהוקלטו בזמן אמת, על התבטאויות של קצינים בצה"ל ועל חומרי חקירה שנערכה במצ"ח. על כן סבורה דיין כי לא ניתן לראות בטענת תום הלב טענה מפתיעה שלא היה ביכולתו של סרן ר' להתמודד עימה.

(ג) בקשת מועצת העיתונות להצטרף להליך כ"ידידות בית המשפט"

60. מועצת העיתונות הינה גוף וולונטרי ששם לו למטרה, "לשמור על חופש העיתונות בישראל, על זכות הציבור לדעת, על חופש הביטוי, חופש המידע וחופש

הבעת דעה", כהגדרתה. מועצת העיתונות סברה כי בעניין שלפנינו עולות שאלות עקרוניות ומהותיות הנוגעות לחופש העיתונות ולזכויות אותן היא מעוניינת לשמור, ולכן ביקשה היא להציג את עמדתה בנוגע לסוגיות אלה בפני בית המשפט. טענותיה של מועצת העיתונות מתמקדות בשלוש מביין הקביעות בפסק הדין: פרשנות ההגנות מפני עוולת לשון הרע לאור פסק הדין בעניין הדיון הנוסף של חברת החשמל; דוקטרינת ה"אמת לשעתה"; והחשיבות הציבורית שבעניין הנדון. המערערות מסכימות לבקשה בעוד סרן ר' מתנגד לה.

לא מצאנו מקום לצרף את מועצת העיתונות כצד להליך. עם זאת, קודם למתן ההחלטה עיינו בטענותיה המפורטות היטב בכתב. דאגתה של מועצת העיתונות לחופש הביטוי נפרשה בפנינו. נתנו לה את דעתנו במסגרת בחינת השאלות המשפטיות העומדות להכרעה.

חרות הביטוי

61. בעת הזו יש לשוב למושכלות ראשונים אשר דומה כי נשתכחו במחוזותינו. מדוע מוגן חופש הביטוי בחברות החופשיות? מדוע יחשב הוא כזכות אדם ראשונית? מדוע בחרה הגדולה שבאומות החופשיות לפתוח את מגילת הזכויות שלה בהוראה האבסולוטית – "הקונגרס לא יחוקק שום חוק המצר את חופש הביטוי או את חופש העיתונות"? שאלות אלה שסבור הייתי כי לא תשאלנה עוד צריכות תשובה מחדש, להזכיר את שנשכח.

אין בנמצא תיאוריה אחת, הנוגעת לחופש הביטוי, ואשר זוכה להכרה אוניברסלית. תחתיה מצויות תפישות עולם שונות המתייחסות לשאלה מדוע יש לראות בחופש הביטוי זכות יסוד. לתיאוריה חשיבות של ממש. בחירה באחת מן התיאוריות הנפרדות עשויה לקבוע את מידת ההגנה המוענקת לחופש הביטוי ואת היקפה.

62. החירות הזו, שיש שניה לה אך אין קודמת לה נועדה, בראש ובראשונה, לאפשר לו לאדם ליתן ביטוי לאישיותו. חירות הביטוי מאפשרת לכל אדם לתת ביטוי לתחושותיו ולתכונותיו האישיות, להביע את אשר על ליבו, וכך לפתח ולטפח את אישיותו (בג"ץ 75/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953) (להלן: עניין קול העם); דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 43 (1998) (להלן: דנ"א קראוס). במובן זה חירות הביטוי היא חלק מן האוטונומיה של האדם, חלק מזכותו להגדרה עצמית וחלק מיכולתו לתת ביטוי לסגולותיו; זוהי הזכות

להגשמה עצמית. רוחו של אדם – כך ציין כבר השופט Thurgood Marshall (*Procurier v. Martinez*, 416 U.S. 396, 427 (1974) (Marshall, J., concurring)) – מבקשת ביטוי עצמי. החירות היא סוד אושרו של האדם (דברי השופט Brandeis ב- *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927) (להלן: עניין *Whitney*)). במובנים אלה יש לביטוי חשיבות כשלעצמו – ערך פנימי. זוהי התיאוריה החשובה ביותר המונחת ביסוד חופש הביטוי.

תיאוריות אחרות רואות בחירות הביטוי אמצעי להשגת תכליות חשובות. הן תופסות את חירות הביטוי כאבן יסוד להגשמת ערכים חברתיים ודמוקרטיים רמי מעלה. חופש הביטוי חיוני לקיום המשטר הדמוקרטי; חופש הביטוי וחירות המידע הם תנאים לבחירות מושכלות בדמוקרטיה. באמצעות הביטוי יכול הציבור להשפיע על בחירתה של הממשלה במדיניות מסוימת. ביקורת מאפשרת פיקוח על רשויות השלטון. על כן ביטוי בנושאים פוליטיים מצוי בגרעין ההגנה על חופש הביטוי (*New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 275 (1964) (להלן: עניין *Sullivan*)).

חופש הביטוי מאפשר גם את ההצגה הפומבית של דעות שונות, אשר התחרות ביניהן מהווה את חומר הבעירה המשמש להתפתחות דעות ורעיונות מתקדמים. החלפת המידע, בעיקר בנושאים ציבוריים, מאפשרת לציבור לגבש את עמדותיו וכך מתאפשר גם פיקוח יעיל יותר על רשויות השלטון (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, בפס' 13 לפסק דיני (טרם פורסם, 12.11.2006); ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי, פס' 24 לפסק דינו של השופט דנציגר (טרם פורסם, 27.07.2011)). חופש הביטוי משקף איפוא את החירות לדעת, לקלוט מידע ולקבל מגוון מסרים של מחשבה ושל דעה.

"חופש הביטוי מאפשר החלפה של דעות, המאפשרת מצדה עיצוב של ההשקפות הפוליטיות המעצבות את המשטר. 'רק בדרך זו הוא יוכל ליצור לעצמו דעה עצמאית ככל האפשר על אותן שאלות העומדות ברומו של עולם החברה והמדינה, שההכרעה עליהן נתונה בסופו של דבר בידיו, ובתוקף זכותו לבחור את מוסדות המדינה' (השופט לנדוי בבג"צ 243/62 הנ"ל, בעמ' 2415). (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 863 (1989) (להלן: עניין אבנרי)).

ואכן, זרימה חופשית של מידע היא תנאי הכרחי לקיום משטר דמוקרטי. על כך כבר נכתב כי חרות הביטוי היא "ציפור נפשה של הדמוקרטיה" (ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968)). "בלא דמוקרטיה אין חופש ביטוי

ובלי חופש ביטוי אין דמוקרטיה" (בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987)). חופש הביטוי הוא היסוד ההכרחי לכל חברה דמוקרטית המבוססת על רצון העם.

חופש הביטוי מאפשר את קיומה של החברה הדמוקרטית המודרנית גם משום שהוא משמש כלי ל"הוצאת קיטור" שהיה מופנה אחרת לכיוון מעשים אלימים –

"ההכרה בחופש הביטוי הפוליטי היא, במידה רבה, צדו השני של מטבע אי-האלימות. המדינה הדמוקרטית מקנה לאזרחיה ולתושביה כלים חוקיים מגוונים להגשמת מטרותיהם הפוליטיות, החברתיות והציבוריות. הקלפי הוא כלי מרכזי אך אין הוא כלי שוטף. הביטוי החופשי הוא אחד הכלים החשובים להגשמת השותפות הדמוקרטית. מכאן החירות העומדת לכל אדם במדינה הדמוקרטית להביע באורח חופשי את התרעומת שבלבו. מכאן החירות העומדת לו לאדם להביע את דעתו בעניינים שעל סדר היום, אפילו יהיו אלה דעות קיצוניות ומכעיסות, ואפילו ינוסחו בלשון צורמת ומקוממת. איש איש ולשונו, איש איש ואופיו, איש איש והרקע התרבותי בו צמח. חירות זו, ולצידה זכויות פוליטיות ואזרחיות אחרות, הן התחליף הטוב ביותר לנקיטה בצעדים אלימים ובלתי-דמוקרטיים, ששיטתנו שוללת מכל-וכל. הביטוי הוא שסתום רב-עוצמה העוצר בעד האלימות הפיזית מלהתפרץ. מטעם זה, אף מגשים חופש הביטוי את האינטרס בשמירה על יציבות החברה והמשטר" (עניין בן גביר, בפס' 17 לפסק דיני. ראו גם עניין בכרי, בפס' 24 לפסק דינו של השופט דנציגר; בג"ץ 806/88 Universal City Studios, Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 33 (1989) (להלן: עניין יוניברסל)).

יש הרואים בחרות לבטא גם רעיונות שאינם פופולאריים תנאי לטיפוח הסובלנות כלפי אחרים וכלפי השקפות הרחוקות מהשקפותינו. הסובלנות היא ערך יסודי על-פי השקפה זו והדרך לטפחה הוא להתייחס בסובלנות לדעות וביטויים מעוררי כעס ורוגז. אולם טעם זה עשוי להתאיין מקום בו הביטוי הוא ביטוי של שנאה (hate speech). ביטוי שכזה אינו ראוי לסובלנות ואינו תורם לסובלנות.

63. על רקע התיאוריות האינסטרומנטליות לצורך בהגנה על חופש הביטוי ניתן להבין את הגישה ה"קטגוריאלית" של משפט ארצות-הברית – המציעה לסווג את הביטוי על-פי סוגיו ולהצביע על קטגוריות מסוימות של ביטוי שאינן זוכות, מצד העיקרון, להגנה – כמו "מילות המריבה" (fighting words) – או שזוכות הן להגנה

פחותה – כמו ביטויי הזימה והתועבה או הביטוי המסחרי. כך נקבע עוד בפרשת *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), כי ישנם סוגי ביטוי, מוגדרים היטב, שהאיסור על השמעתם והצורך במניעתם אינו מעורר שאלה חוקתית. בתי המשפט בארה"ב ביקשו תחילה להוציא מגדר חופש הביטוי את אותם ביטויים אשר "בעצם אמירתם הם גורמים נזק". סוגי ביטוי אלה כוללים את ביטויי הזימה והתועבה, את דברי ההשמצה ואת מלות המריבה "שבצצם השמעתן גורמות נזק" או שיש בהן נטייה להסית לפגיעה מיידית בשלום הציבור. יש לציין כי "זוהרה" של גישה זו עומעם עם השנים. הדגש בפסיקה האמריקנית הוסט מהטעם הקלוקל שבביטוי אל עבר התוצאה האפשרית של תגובה אלימה מטעם השומע. עם הזמן הורחבה ההגנה החוקתית על חופש הביטוי כך שנכנסו בגדריה גם ביטויים גסים (*Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)) וביטויים שיש בהם משום לשון הרע (עניין *Sullivan*). יתרה מכך, בפועל מעולם לא אושרה בארצות הברית הרשעה בשל השמעת "מילות מריבה", כך שגם דברי עימות ומריבה קשים זוכים בפועל להגנת החוקה (*Feines v. New York*, 340 U.S. 315 (1951); *Terminiello v. City of Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Kunz v. New York, Caine, The Burton* של 340 U.S. 290 (1951); ראו סקירה מקפת בעניין זה במאמרו של *Trouble with 'Fighting Words': Chaplinsky v. New Hampshire is a Threat to First Amendment Values and should be Overruled*, 88 Marq. L. Rev. 421 (2004); וראו סקירה גם בע"א אונגרפלד נ' מדינת ישראל, בפס' 9 לפסק דיני (טרם פורסם, 11.07.2011)).

64. תיאוריה תכליתית (אינסטרומנטלית) נוספת רואה בחופש הביטוי זכות יסוד לנוכח חיוניות הביטוי כאמצעי לגילוי האמת. רק בשוק החופשי של הרעיונות ("marketplace of ideas"), כמאמרו של השופט Oliver Wendell Holmes, תבחן האמת ותצא לאור (*Abram v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919)). התחרות הפומבית בין הדעות והרעיונות השונים היא שתאפשר להגיע לאמת (ראו גם דנ"א קראוס, בעמ' 80; עניין קול העם, בעמ' 877-878). "בדרך כלל קיים סיכוי טוב, שסופה של האמת לנצח" (עניין קול העם, בעמ' 891). התרופה לדיבור כוזב, היא דיבור נוסף ולא שקט כפוי (עניין *Whitney* הנ"ל, בעמ' 377).

אכן, שוק הרעיונות אינו חפשי ואינו משוכלל מקום בו לחזקים ולעשירים יתרון על פני העניים והדלים בכל הנוגע לגישת יתר לאמצעי התקשורת בעלי ההשפעה (Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 786 (2d ed. 1988)). אולם

הוא תמיד עדיף על אמת מוכתבת מלמעלה. זריקת מרץ ניתנה לשוק הרעיונות עם התפתחות הנגישות לאינטרנט – באמצעותו יכול גם הדל בכיסו ואף הלוקה בכושר ההתבטאות שלו להביא את דבריו בפני המון עצום בלחיצת כפתור. יכולת ההפצה הבלתי מוגבלת של המידע והדעה מצויה היום בקצה זנבו של עכבר המחשב.

האינטרנט חולל תמורות נכבדות בהיבטים רבים של חיינו, ובכלל זה בתחום של איסוף מידע, היחשפות לו, תקשורת בין בני אדם והתבטאות חופשית. כך, למשל, ניתן בהחלט לומר כי חופש הביטוי של עידן האינטרנט אינו כחופש הביטוי של העידן הקדם-אינטרנטי (כפי שיש הסופרים היום את מניין השנים תוך הבחנה בין תקופת ה"קדם-גוגל" (BG) לבין התקופה שלאחר גוגל (AG)). חופש הביטוי הפך היום לזכות מוחשית הרבה יותר. אם בעבר היכולת להעביר מסרים בתפוצה רחבה, וליטול חלק משמעותי בשיח הציבורי, הייתה שמורה בפועל למתי מעט, ובעיקר לאמצעי התקשורת עצמם או לאלה שהיו בעלי גישה אליהם, בא האינטרנט ופתח את שעריו לכל (רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בזק בינלאומיים בע"מ בפס' 14 לפסק דיני (טרם פורסם, 25.03.2010)).

65. בעוד הטעמים הרואים בביטוי החופשי אמצעי להשגת מטרות חברתיות חשובות מתחמים את הביטוי המוגן בהתאם לטעמים המוצעים, הרי התיאוריה הראשונה, הרואה בביטוי החופשי כבעל ערך עצמי – תנאי לביטוי עצמי של האדם, מקנה חשיבות פנימית לעצם החרות להתבטא ואת ההגנה הרחבה ביותר לחופש הביטוי. האבות המייסדים של האומה האמריקנית, כך מזכיר השופט Brandeis בפסק הדין בעניין *Whitney* – הכירו בזכות לחירות ולהגשמה עצמית:

"Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties; and that in its government the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that without free speech and assembly discussion would be futile; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an

inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of the American government."

(עניין *Whitney*, בעמ' 375-376).

אלה אשר הביאו לנו חירות – מצהיר השופט Brandeis – האמינו כי תכליתה של המדינה להפוך את בני-האדם לבני-חורין החופשיים לפתח את סגולותיהם. הם העריכו את החרות, כך הוא מדגיש, הן כתכלית בפני עצמה והן כאמצעי. הם האמינו כי החירות היא סוד האושר והאומץ הוא סוד החירות.

66. ואכן, חופש הביטוי ניצב בנדבך העליון של זכויות היסוד. פעמים רבות עמד בית משפט זה על הקשר ההדוק שבין הגשמתו של חופש הביטוי לבין ערכי הדמוקרטיה כולם, ועל כך שהזכות לחופש הביטוי היא "תנאי ויסוד לזכויות אדם אחרות, לרבות השם הטוב, ולמשטר הדמוקרטי כולו" (עניין בן גביר, בפס' 10 לפסק דיני; עניין אונגרפלד, בפס' 7; עניין אבנרי, בעמ' 874). כבר הבעתי בעבר את עמדתי כי:

"חרות הביטוי היא אם החרויות. היא גם השברירה שבהן. היא הראשונה להיפגע אך הפגיעה לעולם אינה מסתיימת בה. עמה יחד נופלות החירויות כולן. נפילתה מסמלת את קץ קיומו של כבוד האדם. חרות האדם – כבודו. כבודו של אדם – חרותו." (עניין בן גביר, בפס' 10 לפסק דיני).

בישראל נתפס חופש הביטוי כזכות-על עוד בטרם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא מהווה חלק בלתי נפרד מהאתוס המשפטי שלנו (הנשיא א' ברק בע"א 105/92 דאם מהנדסים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד נז(5) 189, 201 (1993)). הוא הוכר מימים ראשונים כזכות "עילאית" וכ"ציפור נפשה של הדמוקרטיה" (עניין קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, בעמ' 878; עניין בן משה, בעמ' 435; בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 672 (1997) (להלן: עניין סטיישן פילם)).

מזכות שאינה כתובה עלי ספר (כדברי הנשיא לנדאו בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962)), עלתה הזכות לחופש ביטוי למעלה חוקתית (עניין בן גביר, בפס' 10 לפסק דיני; ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ'

הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 565, 558 (2004) (להלן: עניין הרציקוביץ); רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510 (2001)). עמד על כך המשנה לנשיא (אז השופט) א' מצא:

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עיגן את ההכרה
ההלכתית במעמדו החוקתי של חופש הביטוי.

[...]

אמנם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו נוקב בשמו של חופש הביטוי ואינו מגדירו, בלשון מפורשת, כזכות-יסוד. אך אין בכך כלום: אף ללא הוראה מפורשת, כלול חופש הביטוי בכבוד האדם, כמשמעו בסעיפים 2 ו-4 לחוק היסוד. שכן, מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?! (עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 153-152 (1996)).

יש לדרוש את הדברים שהנחילו לנו ראשונים – מחדש.

הסדרת הביטוי על-פי תוכנו – ביטויי הדיבה

67. על-פי כל אחת מן התיאוריות, רגולציה של הביטוי על-פי תוכנו חשודה מעצם טיבה (*R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 382 (1992)). ממילא, בהטלת הגבלות על ביטויי דיבה יש משום רגולציה של הביטוי על פי תוכנו; אכן, מגבלות כאלה מוכרות, בסייגים חשובים, בשיטות המשפט השונות, אולם חרף זאת נפסק באותן שיטות כי יש לבחון מגבלות אלה בחינה דווקנית ודקדקנית – strict scrutiny (עניין *R.A.V. v. City of St. Paul*, בעמ' 377).

רגולציה של הביטוי הדיבתי עשויה ללבוש פנים של קביעת סנקציה פלילית לביטוי הדיבה או ללבוש פנים אזרחיות המשתקפות בחוק המאפשר פסיקת פיצויים למי שנפגע מן הביטוי הפוגע. השופט Brennan, בפסק-הדין שהפך לאבן פינה בהגנה על חופש הביטוי (עניין *Sullivan* הנ"ל), הזהיר מפני פגיעה בחופש הביטוי בדרך של חיוב הדובר בפיצויים. החשש מחיוב בפיצויים – כך הדגיש – עשוי להיות חמור יותר מן החשש מפני סנקציה פלילית (עניין *Sullivan*, בעמ' 278). פסיקת פיצויים בלא צורך להוכיח קיומו של נזק ממזון – עשויה לעלות על הסנקציה הפלילית. באווירה בה פחד

והרתעה פועלים כנגד מי שמשמיע קולו בביקורת ציבורית – כך הזהיר – לא יוכלו העיתוננים להתקיים וחופש הביטוי לא יוכל עוד לשרוד.

"[T]he pall of fear and timidity imposed upon those who would give voice to public criticism is an atmosphere in which the *First Amendment* freedoms cannot survive." (שם, בעמ' 278)

68. הטלת אחריות בנזיקין בגין ביטוי דיבתי מעוררת שאלה חוקתית חמורה. בארצות הברית, נפסק מפורשות כי התיקון הראשון לחוק מגביל את יכולתו של המחוקק להטיל אחריות בנזיקין בגין ביטוי. אף שההתדיינות היא בין יחידים – חוק המדינה הוא שמאפשר את הענקת הפיצויים לנפגע ועל כן נתון הדבר לביקורת חוקתית.

איש הציבור, הדמות הציבורית והדמות הפרטית

69. מקום בו נתבעים פיצויים בגין הביטוי הדיבתי מתקיים הצורך לאזן בין ההגנה על שמו הטוב של הנפגע מן הביטוי, לבין הצורך להגן על הביטוי. בארצות הברית נדרש בית המשפט לארבע סיטואציות אפשריות: האחת – בה התובע הוא עובד ציבור, האחרת – בה התובע פיצויים הוא דמות ציבורית, השלישית – בה התובע הוא אישיות פרטית אך נושא הדיון והביטוי הוא עניין שיש לו חשיבות ציבורית והאחרונה – בה התובע הוא איש פרטי ונושא הביטוי חסר עניין לציבור.

באשר לסיטואציה הראשונה, נקבע כבר בפסק הדין בעניין *Sullivan* כי מקום שבו עובד ציבור (public official) טוען כי דבר מה שגוי שפורסם נגדו מוציא את דיבתו רעה – עליו להוכיח כי ההצהרה השגויה נעשה מתוך כוונת זדון (actual malice). כלומר, מתוך ידיעה כי היא אינה נכונה או מתוך אדישות לאפשרות שאינה נכונה "reckless disregard". יסוד הכוונה צריך להיות מוכח בדרגת הוכחה גבוהה ("convincing clarity"). אם לא הוכחה כוונה או אדישות חוסה הפרסום תחת ההגנה החוקתית לחופש הביטוי (ראו גם עניין אונגרפלד, בפס' 24 לפסק דיני).

עובד הציבור (public official) הוגדר במשפט האמריקאי כמי שנראה בעיני הציבור כאדם שבידו האחריות לפיקוח או שליטה על ענייני הרשות (*Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966)). בית המשפט העליון קבע כי לכל הפחות ייחשב לעובד ציבור מי שיש לו "substantial responsibility for or control over the conduct of

”governmental affairs” מי שאוחז במשרה בעלת חשיבות מן הסוג שלציבור יש עניין עצמאי בתכונותיו של האוחז ובדרך הביצוע שלה.

הערכאות הראשונות בארה”ב יחסו מעמד של עובד ציבור לסוגים שונים של עובדי רשות, גם בדרגות נמוכות.

70. ”הדמות הציבורית” (public figure), זכתה למעמד דומה לזה של ”עובד הציבור” בפסיקה האמריקאית, זאת במטרה להגן על דברי ביקורת המופנים כלפי אנשים שאינם נבחרים ציבור אך יש להם קשר ישיר להחלטות בסוגיות ציבוריות חשובות, או כלפי אנשים שבגלל פרסומם יש להם יכולת לעצב אירועים הנוגעים לחברה באופן כללי ((Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967)). הדמות הציבורית באותו עניין הייתה מאמן הכדורגל. כמוה היה הגנרל בדימוס אליו התייחס פסק הדין (Associated Press v. Walker, 389 U.S. 28 (1967)).

בעניין אחד ((Rosenbloom v. Metromedia, Inc., 403 U.S. 29 (1971)) אמרו שופטי הרוב, מפי השופט ברנן, כי אם העניין עליו נסב הפרסום הוא נושא לעניין ציבורי או כללי, אין הוא יוצא מכלל ההגנה רק בשל שאדם פרטי מעורב בו ובשל שאותו פרט ”לא בחר” להיות מעורב באותו עניין (שם, בעמ’ 43). אולם הנחה זו לא זכתה להסכמה כללית בבית המשפט העליון שם ((Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974)). וההשקפה המקובלת היא כי יש להבחין בין היחיד ”הדמות הפרטית”, שלא בחר במשרה ציבורית ושאינו לו היכולת לגשת לאמצעי התקשורת היעילים לבין עובד ציבור או דמות ציבורית – ששניהם יכולים לזכות בפיצוי רק אם יעמדו בתנאי Sullivan.

71. אשר לדמות הפרטית המעורבת במה שיש בו עניין לציבור, זו תהא זכאית לפיצויים בהוכיחה כי ברשלנות נאמרה עליה אמרת כזב. אך אין היא זכאית לפיצוי שאין צורך להוכיחו או לפיצוי עונשי (presumed or punitive damages), אם לא תוכח כוונת זדון (actual malice). חובת ההוכחה לעניין זה מוטלת על התובע.

השאלה מהו עניין ציבורי לא קיבלה מענה מוחלט בפסיקה האמריקאית. בדרך-כלל הכוונה היא לנושאים שבהם יש לציבור אינטרס לגיטימי ((Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc. 472 U.S. 749 (1985)). לעניין זה, אם האינטרס הלגיטימי מוגדר כמה שהציבור בפועל מתעניין בו – יש משקל רב לשיקול דעתה של

העיתונות באשר להחלטה מה לפרסם. אם המבחן הוא אובייקטיבי והוא מוכרע על-ידי בית המשפט – הדבר מעורר קושי מבחינת חופש הביטוי ומגביל יותר את מרחב התנועה של העיתונות.

72. אף על פי שההלכה האמריקנית לא התקבלה כמות שהיא בישראל, רוחה מנשבת גם במחוזותינו, וחשיבותו של הביטוי העוסק בעניין ציבורי קיבלה ביטוי בחוק איסור לשון הרע ובפרשנותו. כך, הגנות אמת הפרסום והעניין הציבורי בו (סעיף 14 לחוק) וכך גם הבעת דעה בתום לב על דמויות ציבור (סעיף 15(4)) – מבטאות את העדיפות שבחר המחוקק להעניק לביטויים בעניינים ציבוריים.

חופש הביטוי – חובק כל

73. התפישה ה"קטגוראלית" של הגדרת הביטוי הראוי להגנה חוקתית לא אומצה בשיטתנו. חופש הביטוי במשפט הישראלי חובק הכול. חופש הביטוי משתרע "על כל ביטוי יהא תוכנו אשר יהא, תהא השפעתו אשר תהא, ויהא אופן הבעתו אשר יהא" (עניין יוניברסל, בעמ' 34); בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, 81 (2004) (להלן: עניין ש.י.ן); "לעניין היקפו של חופש הביטוי אין בודקים אם הביטוי הוא אמת או שקר; אין בודקים את תוכנו; אין בודקים את תוצאותיו" (דברי הנשיא א' ברק בעניין סטיישן פילם, בעמ' 673). "הטוטאליות של חופש הביטוי מתחייבת מאופיו וממהותו" (בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 11 (1994) (להלן: עניין קידום)).

על כן משתרעת הזכות לחופש ביטוי גם על ביטויים פורנוגרפיים (עניין ש.י.ן); על ביטויים גזעניים (בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 282-283 (1987)), על ביטויים שיש בהם לשון הרע (עניין בן גביר, בפס' 11); ואף על ביטויים שקריים (בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 830 (1999); עניין אבנרי, בעמ' 857). עמדה על כך השופטת ד' דורנר בציינה כי:

"בבחינת הזכות לחופש הביטוי נקודת המוצא במשפטנו היא שכל ביטוי, יהיה תוכנו אשר יהיה, 'מכוסה' על-ידי ההגנה החוקתית. אכן, 'חופש הביטוי, כזכות חוקתית, משתרע על כל ביטוי. 'ביטוי' בהקשר זה הוא כל פעילות המבקשת להעביר מסר או מובן. הוא משתרע על ביטוי פוליטי, ספרותי או מסחרי [...] לעניין היקפו של חופש הביטוי, אין בודקים אם הביטוי הוא אמת או שקר; אין

בודקים את תוכנו; אין בודקים את תוצאותיו' (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, בעמ' 676). אכן, יש לנקוט גישה מרחיבה בפרשנות היקף ההשתרעות של הזכות החוקתית לחופש הביטוי, שלא תחייב בחינה תוכנית ושיפוט ערכי של הביטוי הספציפי. (עניין ש.י.ן, בעמ' 81).

74. אולם ההגנה על חופש הביטוי אינה מוחלטת. הפרשנות המרחיבה באשר להיקפו של חופש הביטוי אינה מכריעה באיזון בינו לבין זכויות ואינטרסים אחרים, אלא אך מאפשרת איזון כזה (פרשת ש.י.ן הנ"ל):

"חופש אין פירושו הפקרות. כך בכלל, וכך ביחס לחופש להתבטא. הזרוע המילולית המשתלחת כואבת לעתים לא פחות מן הזרוע הפיזית, וכשם שהחופש להניף את האחרונה מוגבל על-ידי קצה אפו של הזולת, כך גם החופש לשגר את הראשונה מוגבל על-ידי כבודו של האחר" (עניין הרציקוביץ', בעמ' 573).

ככל זכות – גם הזכות לחופש הביטוי תיסוג, לעיתים, מפני זכויות אחרות. על היקף הזכות ועל מידת ההגנה עליה נכתב כי:

"כל דיון בחופש הביטוי מחייב התייחסות לשתי שאלות נפרדות: האחת, מה כלול בערך היסוד בדבר חופש הביטוי, ומה נתפס מחוצה לו. בחינה זו באה לתחום את היקף הביטויים, 'המכוסים' על-ידי העיקרון של חופש הביטוי [...] גישתנו לסוגיית ה'כיסוי' היא מרחיבה. חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, בין פוליטי, בין ספרותי, בין מסחרי ובין אחר [...]

משניתנה תשובה חיובית לשאלת ה'כיסוי', קמה ומתעוררת שאלה שנייה. עניינה של זו הוא מידת ההגנה ששיטת המשפט נותנת לביטוי. שאלה שנייה זו מניחה, כי עניין לנו עם ביטוי שעקרון חופש הביטוי סוכך עליו. עם זאת, כל שיטת משפט מבקשת לקבוע מגבלות שהדין מטיל על חופש הביטוי. אכן, הכרה בביטוי פלוני כביטוי הנכלל במסגרתו של עקרון חופש הביטוי אין משמעותה, כי הביטוי הוא מוגן בכל הנסיבות. הטעם לכך הוא, שחופש הביטוי אינו הערך היחיד שחברה דמוקרטית מבקשת לקיים. קיימים ערכים נוספים, אשר הכרה בהם מצדיקה הטלת מגבלות והגבלות על חופש הביטוי [...]. אכן, הגישה המקובלת בכל שיטות המשפט הינה, כי חופש הביטוי אינו 'מוחלט'. תפיסתנו הינה, כי חופש הביטוי הוא 'יחסי' (עניין יוניברסל, בעמ' 33-34).

היקף ההגנה על הביטוי הוא איפוא פועל יוצא של ערכים נוספים והוא משתנה בהתאם לנסיבות המקרה ולאופיו של הביטוי (עניין בן גביר הנ"ל). כך, יש לאזן בין חרות הביטוי לבין הזכות לשם טוב.

חופש הביטוי והזכות לשם טוב

75. הזכות לשם טוב גם היא זכות יסוד במשפטנו. יש הרואים בשמו הטוב של אדם נכס מקניינו. יש הרואים בו ביטוי חשוב לכבודו –

”הן כבוד במובן honor, לאמור - ההוקרה וההכרה הנובעים ממעמדו בחברה אליה הוא משתייך, והן כבוד במובן dignity, לאמור - ערכו הפנימי של האדם. שמו הטוב של אדם מאפשר לו להימנות על בני הקהילה, ובכך להגשים את עצמו ולעצב את אישיותו” (עניין מור, בפס' 17 לפסק דיני).

הזכות לשם טוב מהווה ”ערך יסוד בכל משטר דמוקרטי”, שכן ”כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לעתים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר” (עניין אבנרי, בעמ' 856). הם –

”היא תנאי חיוני לחברה שוחרת חירות. היא מבוססת בין השאר על הצורך בהערכה פנימית, בגאווה אישית ובהכרה אישית בין בני-אדם. [...] שמו הטוב של האדם קובע את התייחסותו שלו לעצמו ואת ההתייחסות של חבריו אליו. הוא קובע את יחסה של החברה אליו. הנכס היחיד שיש לרבים – בין המכהנים ברשויות השלטון ובין הפועלים במגזר הפרטי – הוא שמם הטוב. הוא יקר להם כחיים עצמם” (עניין טנש, בעמ' 832).

הזכות לשם טוב כוללת בחובה ערך מקיף של הגנה על הכבוד האישי, הגאווה האישית וההכרה האישית בין בני האדם (עניין אבנרי; שנהר בעמ' 20). היא משתרעת על יחס הכבוד וההערכה שלהם זכאי אדם מן הסובבים אותו. ואכן, ”חופש הביטוי אינו חופש הביזוי, והזכות להשמיע אינה הזכות להשפיל” (עניין בן גביר, בפס' 14 לפסק דיני).

76. חוק איסור לשון הרע משקף את האיזון שאותו קבע המחוקק בין זכות היסוד לחופש הביטוי לבין זכות היסוד לשם טוב. ההגנה על שמו הטוב של הנפגע מעוגנת באיסור על פרסום לשון הרע ובקביעה כי במקרים מסוימים תהא בלשון הרע משום עבירה פלילית או עוולה אזרחית. בה בעת נדרש החוק שבא להגן מפני לשון הרע גם לצורך להבטיח את חופש הביטוי, והדבר בא לכלל ביטוי ברשימת ההגנות וברשימת הפרסומים המותרים המנויים בפרק ג' לחוק (ראו גם ע"א חברת החשמל, בעמ' 299).

שתי הזכויות האלה – הזכות לחופש הביטוי והזכות לשם טוב – נגזרות מהערך החוקתי של כבוד האדם. הן נגזרות מאותה "זכות אם" – "מהערך החוקתי של כבוד האדם" (הנשיא א' ברק בעניין הרציקוביץ', בעמ' 565). "רק בשמירה על חופש הביטוי ניתן להביא לידי הגשמתו העצמית של האדם המתבטא ושל האדם השומע. אולם פגיעה בשמו הטוב של אדם עשויה להציב מכשולים על דרכה של הגשמתו העצמית" (ע"א 6871/99 רינת נ' דום, פ"ד נו(4) 72, בפס' 18 (2002)).

"השם הטוב וחופש הביטוי נגזרים מאותה זכות "אם" עצמה – מכבוד האדם. שני תאומים אלה – השם הטוב וחופש הביטוי – מתרוצצים בקרבה של הדמוקרטיה. לעתים הם משלימים זה את זה. לעתים הם מתנגשים זה עם זה. חופש הביטוי של האחד פוגע בשם הטוב של האחר." (עניין אמר, בעמ' 518).

אכן, הביטוי החופשי הוא חלק מכבודו של אדם, אך הוא גם חלק מן החרות, מן החרות לבטא את אשר עם לבך (למסה יסודית ומקיפה באשר למקור הזכות לחופש ביטוי בערך החרות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו – ראו Guy E. Carmi, *Dignity Versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech* 26 B.U. Int'l L.J. (2008) 277).

77. בעבר, הסברה הייתה כי אין להעניק לחופש הביטוי מעמד עליון א-פריורי על פני הזכות לשם טוב (ראו ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337 (1978) (להלן: ד"נ חברת החשמל), בו נדונה תביעתה האזרחית של חברת החשמל בנוגע לפרסומים שהתייחסו אליה ואל המנכ"ל שלה). כבר אז יצא הנשיא (אז השופט) מ' שמגר, בדעת מיעוט, כנגד התפיסה הזו (ראו שם, בעמ' 362-358). עמדתו אומצה בפסיקה מאוחרת יותר שבמסגרתה הכיר בית המשפט הזה בצורך להקנות יתר משקל לחופש הביטוי לעומת הזכות לשם טוב; במיוחד כך מקום שבו

מדובר בפרסומים בענייני ציבור או בפרסומים העוסקים באישי ציבור (ראו פסק-דינה של כב' הנשיאה ד' ביניש ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 621-622 (2002); עניין אבנרי, בעמ' 863-864; ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205 (1985)). בפרשת אבנרי קבע הנשיא ברק כי:

"באיזון זה בין הערך האישי והציבורי לשם טוב לבין הערך האישי והציבורי לחופש הביטוי יש ליתן משקל מיוחד לערך בדבר חופש הביטוי. בעיקר יש ליתן משקל מיוחד זה כל הנוגע לחופש הביטוי לענייני הציבור ולגופים ולאנשים הנושאים משרות ציבוריות, או שהם בתפקידים של ציבור עניין בהם" (עניין אבנרי, בעמ' 863).

האיזון בין חירות הביטוי לבין הערכים המתחרים בה ובהם ההגנה על שמו הטוב של האחר – כך נפסק – הוא פועל יוצא של מעמדה המיוחד של החירות. בתחרות שוות-משקל תגבר תמיד חירות הביטוי (עניין בן גביר, בפס' 16 לפסק דיני).

78. ההגנה על חופש הביטוי אינה עשויה איפוא מקשה אחת. האיזון בין חופש הביטוי לבין הזכויות או האינטרסים המתנגשים בו יושפע תמיד גם ממושא הביטוי, מנושאו ומחשיבות העניין. "מידת ההגנה שיש ליתן לביטויים שונים נגזרת איפוא מהיותם ביטויים שב'ליבת' חופש הביטוי או מהיותם ביטויים אשר מחוצה לה" (עניין אונגרפלד, בפס' 27 לפסק דיני). לא כל הביטויים נולדו שווים, ועוצמת ההגנה על חופש הביטוי תושפע, בין היתר, מסוג הביטוי ומאפייניו (הנשיאה ד' ביניש בעניין אפל, בעמ' 623-624; הנשיא א' ברק בעניין סטייטון פילם, בעמ' 686). באותו עניין נפסק:

"אמנם כל הביטויים נכללים בשיטתנו ב"קטגוריה" האחת של חופש הביטוי אך לא כל סוגי הביטויים נהנים מהגנה שווה. אמת המידה היסודית לקביעת מידת ההגנה על ביטוי מסוים היא חשיבותו החברתית של הביטוי, ובייחוד חשיבותו בהגשמת המטרות העומדות בבסיס חופש הביטוי" (עניין אונגרפלד, בפס' 28 לפסק דיני).

וכן,

"הפרשנות המרחיבה לחופש הביטוי אינה מכריעה באיזון בינו לבין זכויות ואינטרסים אחרים, אלא אך מאפשרת איזון כזה כך שהדיון מתמקד במידת ההגנה הניתנת לזכות. שאלה זו נבחנת על יסוד המטרות

העומדות בבסיס חופש הביטוי, שעיקרן ההגשמה העצמית של בני-האדם, קידום ההליך הדמוקרטי והעשרת שוק הרעיונות התורמת לגילוי האמת [...] ככל שהביטוי מגשים מטרות אלה בצורה מלאה יותר, כן תגדל מידת ההגנה עליו" (עניין ש.י., בעמ' 82).

79. מקום מיוחד שמור, במסגרת איזון זה, לביטויים בעלי חשיבות ציבורית. שיג ושיח חופשי בנושאים ציבוריים מצוי בלב-ליבו של חופש הביטוי (ראו גם עניין בן גביר, בפס' 16 לפסק דיני). הוויכוח הציבורי ראוי לו שיהא חופשי, איתן, חסר מעצורים ואף בוטה (דברי השופט ברנן ב-Sullivan הנ"ל). בחברה חופשית – אחדות הדעות היא נטל. עתים השקט הוא רפש; השקט אינו חופש והדומיה אינה הרמוניה (עניין בן גביר הנ"ל). האחדה כפויה של הדעות השונות כמוה כ"דומיית בית הקברות" (דברי השופט Jackson בפרשת W. Va. State Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. (1943), 624, 640. ככל שיש ספק בשאלה אם הדיבור שבמחלוקת ראוי להגנה – מוטב לטעות לטובת חופש הביטוי וחופש העיתונות (דברי השופט Stone בפרשת Jones v. Stone, 316 U.S. 584, 623 (1942) (Stone, J., dissenting)).

חופש העיתונות

80. עיתונות חופשית הינה "תנאי הכרחי למשטר ייצוגי, לממשל תקין והוגן, לחירויות האדם. בפועל היא יכולה לשמש נייר לקמוס של הדמוקרטיה: יש עיתונות חופשית – יש דמוקרטיה; אין עיתונות חופשית – אין דמוקרטיה." (דנ"א קראוס, בעמ' 53). לעיתונות החופשית תפקיד קריטי בחברה הדמוקרטית המודרנית. תפקידה מתבטא, בין היתר, בהיותה גורם בדיקה, ביקורת ופיקוח חיצוני על פועלן של רשויות המדינה השונות (ראו גם גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא(4) 895, 935 (תשס"א)). לעיתונות תפקיד חשוב בהבעת ביקורת על מעשי השלטון ובחשיפת תופעות שליליות והבאתן לידיעת הציבור. העיתונות היא הזירה הציבורית שבה מתאפשר שוק דעות יעיל. יש לה תפקיד מפתח בהבאת מידע אקטואלי לעיני הציבור ובהעלאת המודעות לסוגיות בעלות חשיבות ציבורית. תפקיד זה משקף לא רק את זכותו של העיתונאי להשמיע אלא – בעיקר – את זכות הפרט לקבל מידע. על כך כבר נכתב כי:

"חופש העיתונות הוא זכות כמו זכויות רבות יסודיות אחרות, וגם חירות כחירויות אחרות; והיא איננה זכות של העיתונות ואיננה זכות של עיתונאי. היא זכות של כל אחד ואחד מאיתנו. היא זכות הפרט. זכותי היא לקבל

בצינורות האפשריים והמקובלים והחוקיים את האינפורמציה הטובה והמדוייקת והמוסמכת והמקיפה והרבה ביותר, וזכותי היא להביא לאחרים בצינורות המקובלים והחוקיים והאפשריים האלה את כל מה שאני יכול להביא לידיעתם, על מנת שידעו הם ויכירו מה דעתי על הענינים העומדים על סדר יומה של הציבוריות. וזוהי זכות הביטוי, זכות הדיבור, לא רק זכות הביטוי והדיבור הפעיל – אלא גם זכות הביטוי והדיבור הסביל". (חיים כהן "חופש הביטוי וזכויות הפרט" 1909 השנה של העיתונאים 189 (התשי"ח)).

אכן בשל טיבה, תפוצתה וריבוי הנושאים הנדונים בה, עשויה העיתונות לפגוע בזכותם של פרטים מהציבור ומנבחריו לשמר את שמם הטוב. בה בעת, בשל עצם שליחותה כמבקרת המגזר הציבורי עשויה העיתונות להיחשף לפגיעה מסוכנת מטעם גופי השלטון. השליחות אותה מבצעת העיתונות ופגיעותה יצדיקו במקרים מסוימים הבחנה בין חופש הביטוי השמור לה לבין חופש הביטוי השמור לציבור הרחב, עד שלעיתונות יוכרו זכויות וכוחות ייחודיים לה (ראו פסח, בעמ' 946-953).

81. להגנה על חופש הביטוי וחופש העיתונות חשיבות יתר דווקא במקום שבו הביטוי אינו פופולארי, אינו נעים לאוזן. חשיבותו הרבה ביותר של חופש הביטוי מתבטאת דווקא בהגנה על ביטויים קיצוניים וקשים, המעוררים מחלוקת ואף סלידה (עניין בן גביר, בפס' 33 לפסק דיני; עניין *Sullivan*), ולא פחות מכך – על ביטויים שאינם אהודים על רשויות השלטון.

"עיקר תכליתו של חופש הביטוי להבטיח להגנה לביטויים קיצוניים ומעוררי מחלוקת. דברי נועם, הערבים לאוזן והקלים לעיכול, אינם זקוקים להגנה של חופש הביטוי. דווקא אותן אמירות המעוררות תחושות שליליות – הן אלה שחשופות לפגיעה, ולכן הן זקוקות למעטה ההגנה של הזכות הבסיסית" (עניין הרציקוביץ', בעמ' 573).

"הוולגריות של האחד היא לעתים הליריקה של האחר" (*Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)). איש איש וסגנונו, איש איש וטעמו, איש איש ויכולת הביטוי שלו.

82. אכן, לעיתונות "יש כוח רב. בכוחה לרומם או להשפיל, להחשיך עולמו של אדם ולערער מעמדו של גוף" (דנ"א קראוס, בעמ' 53). כוחה זה של העיתונאות צריך

לעמוד לנגד עיניו של כל עיתונאי. לעיתים עשויה כתבה עיתונאית לחרוץ גורלות, לשנות מסלול חיים ולהכתיב מדיניות – והכול במשיכת קולמוס. עם הכוח הרב השמור לעיתונות צריכות לבוא, על כן, אחריות וזהירות רבות (פסח, בעמ' 956-957). הקפדה מצד העיתונאים עשוי שתבוא מתוך רצונם של העיתונאים לקנות לעצמם מוניטין ולהיתפס בציבור כאמינים וכראויים.

כשכל אלה לנגד עינינו נשוב ונבחן את נפקות הוראותיו של חוק איסור לשון הרע בעניין שלפנינו.

האם יש בכתבה לשון הרע?

83. "פרסום לשון הרע לאדם או יותר זולת הנפגע תהא עוולה אזרחית", קובע סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע. כדי להקים אחריות בגין לשון הרע על הנפגע להוכיח "פרסום" שיש בו משום "לשון הרע". אין מחלוקת כי כתבת הטלוויזיה, אשר הגיעה לעיניהם של צופים רבים, עומדת בתנאי ה"פרסום", כהגדרתו בסעיף 2 לחוק.

הגדרת "לשון הרע" מובאת בסעיף 1 לחוק, הקובע:

1. 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;

בבחינת קיומה של לשון הרע יתחשב בית המשפט בדרך שבה נתפס הפרסום בעיני האדם הסביר. זהו מבחן אובייקטיבי, המעמיד עצמו על האופן שבו האדם הרגיל היה מבין את הפרסום, ובענייננו – בדרך שבה היה הצופה הסביר מבין אותו (עניין הרציקוביץ', בעמ' 567; עניין אפל, בעמ' 617). על כן, לא הכוונה שמאחורי הפרסום היא שתצביע על קיומה של לשון הרע, אלא המסר עימו היא מותירה את הצופה. הכוונה יכול שתשפיע על הבחינות האחרות המתבקשות בחוק אך לא על שאלת עצם קיומה של לשון הרע.

84. כאשר פונה בית המשפט לבדוק האם פרסום מסוים כולל בחובו לשון הרע עליו לבחון את הפרסום בכללותו. משמעות הפרסום נבחנת לא רק על סמך המילים המדויקות שבהן השתמש המפרסם, אלא גם אל מול הנסיבות החיצוניות הסובבות את הפרסום (ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 300 (1977) (להלן: עניין ע"א חברת החשמל); ע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 865, 874-876 (2001) ראו גם: *Damon v. Moore*, 520 F.3d 98 105-06 (1st Cir. 2008)).

"המובן הטבעי והרגיל של המילים יימצא לעתים במובן המילולי כפשוטו ולעתים במסקנות מבין השורות. אל המובן הטבעי והרגיל של מילים אין להגיע תוך בידודן וניתוקן מהקשרן אלא נהפוך הוא, יש לראותן על רקען הכללי בו הובאו ובהקשר הדברים בו פורסמו" (ע"א חברת החשמל, בעמ' 300).

זאת ועוד, קיומה של לשון הרע נבחן במנותק משאלת אמיתות תוכן הפרסום (עניין אפל, בעמ' 617). פרסום יכול שיהיה אמת לאמיתה, ועדיין אם יש בו כדי להשפיל או לבזות – ייחשב הוא ללשון הרע. בשלב זה, אין חשיבות כאמור גם למניע או לכוונה שעמדה מאחורי הפרסום (עניין אפל, בעמ' 17; ע"א חברת החשמל, בעמ' 300-301, 293). ודוק – חוק איסור לשון הרע נועד להתמודד עם הפגיעה שנגרמת לאדם כתוצאה מירידת מעמדו וערכו בעיני הבריות. אין הוא נועד למנוע, להבדיל, פגיעה ברגשותיו של מי שרואה את עצמו נפגע מהפרסום (ראו עניין בכרי, בפס' 35 לפסק דינו של השופט דנציגר).

85. האם יש בכתבה משום לשון הרע על סרן ר' ? ראשית, מסכים אני עם הקביעה כי הכתבה עסקה גם בסרן ר' – לפחות בחלקה – ולא רק בשאלות העקרוניות העולות מן האירוע. אמנם, מהכתבה עולות גם שאלות רחבות יותר, הנוגעות להשפעת הלחימה בתנאי לחץ ובסביבת אזורי מגורים על ערכי הלחימה של צה"ל ועל התנהלות חייליו. שאלות אלה תופסות חלק ניכר בכתבה ונראה כי הן גם שהניעו את יצירתה. עם זאת, אין בכך כדי לשלול את העובדה כי הכתבה דנה גם בסרן ר' עצמו. סרן ר' הוא הדמות היחידה המוזכרת במפורש. התנהגותו ואופיו מוצגים בכתבה באריכות. מכל מקום, הצופה הסביר מקבל בהחלט בכתבה מסרים הנוגעים לסרן ר' ולא רק לצה"ל או לחייליו באופן כללי.

מקובלת עלי מסקנתו של בית המשפט קמא לפיה מציגה הכתבה את סרן ר', במובנים אחדים, באור שלילי. התמונה המתקבלת מצפייה בכתבה היא כי סרן ר' יצא לקרב חדור לחימה, על אף שהבין בשלב זה או אחר – או שהיה עליו להבין – כי מולו עומדת נערה צעירה. הוא הוצג כמי שהגיע לוודא את הריגתה של הילדה. בסוף האירוע דירבן סרן ר' את חייליו לירות "בכל מה שזז במרחב", לרבות בילדים ובפעוטות. הרושם העשוי להתקבל מן הכתבה הוא כי סרן ר' זלזל בחיי אדם. גרסתו בתחקיר הצבאי נראית מבולבלת. הכתבה מעלה את האפשרות כי חייליו של סרן ר' הרגישו לחץ לשקר להגנתו בתחקירים. התחקיר הצבאי אשר ניקה אותו מאשמה הוצג כפגום. דברים אלה עלולים היו להשפיל את סרן ר', כלשון החוק, לעשותו מטרה לשנאה ולבזותו.

86. אמת, בכתבה מוצגים גם היבטים חיוביים של סרן ר', של אופיו ושל התנהלותו. ניתן ללמוד ממנה על נאמנותו לצבא ולתפקידים שאותם מילא, על אומץ ליבו, על רצונו "לעשות סדר" ביחידה ועל הישגיו כחייל וכמפקד. ניתן לציין גם כי הכתבה הייתה רק חלק מרצף של פרסומים שבהם הוצג סרן ר' באור שלילי לא פחות ואף יותר מן השלילה שבכתבה. יתירה מכך, בידי דיין היו גם ראיות נוספות, שבכוחן היה לחזק את הרושם השלילי שהתקבל בנוגע לסרן ר' ולהגביר את מידת לשון הרע כלפיו, היא לא עשתה בהן שימוש. כך, היו בידיה עדויות של חיילי הפלוגה לפיהן אמר להם סרן ר' במפורש כי ירה צרור לעבר המנוחה; תוצאות בדיקת פוליגרף לפיה שיקר כאשר טען כי לא ירה צרור לעבר המנוחה; עדויות של רופא פלסטיני לפיהן גופת המנוחה הייתה מנוקבת בכדורים; וביטויים חריפים נגדו מתוך כתב האישום ומסמכי החקירה. את כל אלה נמנעה דיין מלפרסם. בנסיבות אלה ניתן וצריך להתחשב בשלב בחינת ההגנות מפני אחריות בגין הפרסום ובקביעת גובה הנזק, אולם בהן אין כדי לשנות את המסקנה כי הכתבה כוללת לשון הרע – לאמור דברים העשויים לבזות את סרן ר'. די בדברים שפורסמו כדי שהרושם המתקבל מצפייה בכתבה בכללותה יהא שלילי, באופן שיש בו כדי לבזות או להשפיל את סרן ר' בעיני הבריות כלשון החוק. זאת, כאמור, מבלי שנצטרך לבחון את אמיתותם של הדברים.

87. מאידך גיסא, אין ספק כי פרטים חשובים בכתבה אינם עולים כדי לשון הרע, אף אם אין הם נעימים לאוזן, ואף אם יש בהם כדי לפגוע ברגשותיו של סרן ר' (ראו גם עניין בכדי, בפס' 35 לפסק דינו של השופט דנציגר). בוודאי אין הם מגיעים לכדי לשון הרע כלפי סרן ר'. הביקורת כלפי התחקיר הצבאי, למשל, מעידה דווקא ובעיקר על נכונותן ועל יכולתן של רשויות צה"ל להתמודד עם טענות העולות כנגד חייליו. הטענה כאילו "טייח" הצבא את הממצאים נועדה בעיקר לבקר את דרכי הטיפול הראשוניים

בפרשה. בדומה, הצגת חיילי הפלוגה כחיילים בעלי משמעת לקויה אינה מבזה את סרן ר' יותר מכפי שהיא מבזה את מפקד האוגדה או את הרמטכ"ל שתחת פיקודם משרתים אותם החיילים. אכן, הצגת המסיבה בפלוגה, אשר מופיעה במקרה על אותה קלטת שנמסרה לדיין והכוללת את האירוע נשוא ענייננו – ואשר מסתבר כיום כי אין שום קשר בינה ובינו – היא סרת טעם, אם לומר את המעט. אולם בהקשר שבו היא הוצגה – אין בה כדי לבזות או להשפיל את סרן ר', אלא – לכל היותר – מציגה היא באור רע את חייליו. זאת בזמן שסרן ר' הוצג כמי שנלחם בנהלים הפסולים שביחידה. גם בטענות העולות כלפיו בכתבה משולבות שאלות ערכיות רחבות יותר אשר יש בהן אמירה על תפקודו של צה"ל בכלל, ולא רק בענייננו של סרן ר'.

אשר על כן, מסקנתי היא כי בכתבה ישנה לשון הרע – כמשמעותה בחוק – כלפי סרן ר'. בכך לא מסתיימת החקירה. קיומה של לשון הרע אינו סוף פסוק, והוא אינו מוביל מעצמו לאחריות. עלינו לבחון עוד אם מתקיימת אחת ההגנות שמקנה החוק למפרסם לשון הרע.

ההגנות

88. פרק ג' לחוק איסור לשון הרע כולל בחובו שלושה מצבים שבהם יוגן המפרסם מפני אחריות בגין פרסום לשון הרע: פרסומים המותרים על אף שהם כוללים לשון הרע (סעיף 13); הגנות מפני אחריות פלילית או אזרחית (סעיפים 14-18); והקלות בגזירת הדין או בפסיקת הפיצויים (סעיף 19). כאמור, ההגנות, ההיתרים והפרסומים המותרים משקפים את משקלו של חופש הביטוי במאזני הזכויות. הם נותנים ביטוי להשקפת המחוקק לפיה במקרים מסוימים יש לבכר את חופש הביטוי על פני הפגיעה בכבודו של הנפגע. לאור חשיבותו של הביטוי באותם מקרים – יש להגן עליו למרות הפגיעה שהוא גורם (ד"נ חברת החשמל).

(1) סעיף 14 – אמת הפרסום

89. הגנת אמת הפרסום הקבועה בסעיף 14 לחוק דורשת הוכחתם של שני יסודות מצטברים. האחד הוא כי הפרסום המהווה לשון הרע היה אמת. השני, כי מתקיים עניין ציבורי בנוגע לאותו פרסום (ראו גם שנהר, בעמ' 215). אמיתותו של הפרסום וקיומו של עניין ציבורי בו מבטיחים "כי בפרסום טמון המשקל הסגולי הנחוץ כדי להצדיק את הפגיעה בשם הטוב" (דנ"א קראוס, בעמ' 33). ואכן, "סעיף 14 לחוק – המעגן את הגנת

'אמת בפרסום' – מבטא את חשיבותו היתרה של חופש הביטוי מקום בו מדובר בפרסום הנוגע לספירה הציבורית" (עניין בן גביר, בפסק 21 לפסק דיני).

90. יצוין כי הדין הישראלי נוקט בעניין זה בגישה שונה מזו הבאה לידי ביטוי בפסיקה האמריקנית. שם מוטל על התובע הנטל להראות כי הפרסום בעניינו היה שקרי (חלאד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנוור לשון הרע: הדין המצוי והרצוי 226 (2005) (להלן: גנאים, קרמניצר ושנוור); *Philadelphia Newspapers v. Hepps* 475 U.S. 767; (1986)). בדין הישראלי, נטל ההוכחה הוא הפוך. כאשר הוכח פרסומה של לשון הרע – עובר הנטל לנתבע להוכיח את אמיתות הפרסום. אכן ישראל לא אימצה את הכלל אשר הוצב בארצות הברית בפסק דין *Sullivan* הנ"ל, לפיו פרסום שקרי אודות אנשי ציבור יהיה מוגן כל עוד לא נעשה בזדון או בעצימת עיניים פוחזת (actual malice) (ראו עניין אונגרפלד, בפס' 26 לפסק דיני). עם זאת העמדה העומדת ביסוד הדברים האלה מצאה לה ביטוי גם בשיטת המשפט שלנו, שבה האיזון שבין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב משתנה מקום שבו הנפגע הוא דמות ציבורית (זאב סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט 175, 193 (התשמ"ג) (להלן: סגל); ע"א חברת החשמל, בעמ' 239-296; ד"נ חברת החשמל; עניין הרציקוביץ', בעמ' 575; עניין אפל, בעמ' 620-621). בניגוד לסטנדרט האמריקני, עומדת בבסיסה של הגנת אמיתות הפרסום במשפט הישראלי ההשוואה בין העובדות העולות מהפרסום לבין המציאות העובדתית – ולא היסוד הנפשי שעמד מאחורי הפרסום (שנהר, בעמ' 221).

(א) אמיתות הפרסום – אמת לשעתה

91. היסוד הראשון הדרוש לקיומה של הגנת אמת הפרסום הינו, כאמור, כי "הדבר שפורסם היה אמת" (סעיף 14). בפסק הדין בעניין קראוס נדונה השאלה האם מפרסם אשר לא פרסם עובדות שהתגלו בשלב מאוחר יותר מהפרסום – נשללת ממנו הגנת אמת הפרסום. במילים אחרות, האם אמיתות הפרסום נבחנת ביחס לתמונה שהשתקפה בשעת הפרסום בלבד, או שמא על המפרסם להציג את ה"אמת במלואה" ולכן תיבחן האמת ביחס לכל העובדות – גם אלה שלא היו ידועות בעת הפרסום. בדיון הנוסף בעניין קראוס קבעו רוב שופטי המותב כי הגנת אמת הפרסום לא תיפגע במקרה שבו התגלו עובדות מאוחרות יותר, אף אם נמנע המפרסם מפרסום תיקון או השלמה (ראו דנ"א קראוס, בעמ' 35). "נקודת המבט הרלוונטית אפוא היא נקודת המבט שבה מתקבלת ההחלטה על הפרסום נושא התביעה בגין הוצאת לשון הרע" (דנ"א קראוס, בעמ' 33).

92. ניתן למנות מספר טעמים העומדים בבסיס הקביעה כי עובדות שהתבררו רק בשלב מאוחר יותר לא ישפיעו על קיום יסוד האמת. ראשית, הטלת אחריות על גופי תקשורת לגבי פרסום מידע שהיעדר אמיתותו התברר רק בדיעבד, למשל לאחר בירור בהליך פלילי, עשויה לגרום לאפקט מצנן (chilling effect) הפוגע מראש פגיעה אנושה בחופש הביטוי. חובה כזאת תוביל את המפרסמים לחשש חמור מפני תביעה, שתבוסס על דברים שבעת הפרסום לא היו ידועים להם. פעמים רבות לא ניתן לצפות את תוצאותיו של ההליך הפלילי, למשל, ולא ניתן לעמוד על טיבן של הראיות מראש ולפני קיומו של הליך כזה. התוצאה עשויה להיות כי החשש מפני אחריות בגין לשון הרע יתפרש לא רק על פרסום דברי שקר אלא גם על פרסום דברי אמת – מחשש כי אלה יתגלו בדיעבד כשגויים. "יהיה בכך כדי לשתק את הפונקציה החקירתית של כלי התקשורת, אשר לעולם יחששו מפני התפתחות עתידית אשר תטרוף את הקלפים, ותביא להטלת אחריות עליהם. יהיה בכך כדי לצמצם במידה ניכרת את היקפם של פרסומים עיתונאיים, בעניינים אשר יש בהם עניין לציבור. בכך יהיה כדי להביא לדחייה בפרסומים שונים, תוך סכנה כי בינתיים יאבדו את חיותם ויקטן העניין הציבורי בהם" (דנ"א קראוס, בעמ' 34-35).

שנית, אין, בשום פנים, להטיל על המפרסם חובה לבחון את הנתונים המגיעים לידי באותו אופן שבו היו נבחנים במשפט. כדי לאפשר עיתונאות חוקרת וחופשית, על כתבות עיתונאיות ליהנות מהגנה מפני אחריות בגין פרסומים בעלי עניין לציבור, אשר אמיתותם אינה יכולה להתברר אלא אחרי בירור ממושך. דחיית הפרסום עד אשר תתברר אמיתותו בערכאה המוסמכת תוביל לאבדן עצם העניין לציבור (שם, בעמ' 34). בידי העיתונאי עשויות להיות ראיות אשר אמנם אינן קבילות בהליך הפלילי, כמו עדות שמיעה, אלא שאין מניעה כי אלה יוצגו בפני הציבור ויכללו בפרסום.

ולבסוף, המסקנה לפיה אין ההגנה נפגעת מגילוי מאוחר של עובדות נתמכת גם בלשון החוק עצמה. סעיף 14 דורש כי הפרסום "היה אמת", קרי – כי בעת הפרסום היה הוא אמיתי (ראו דנ"א קראוס, בעמ' 32). סעיף 17 לחוק קובע במפורש כי הגנת תום הלב לא תעמוד למי שלא פרסם הודעת עדכון לאחר שהתבקש לעשות כן; אין בחוק הוראה דומה הנוגעת להגנת אמת הפרסום.

על מנת שיזכה לחסות תחת כנפיה של הגנת האמת על המפרסם להראות איפוא כי הפרסום היה אמת כפי שהייתה ידועה בעת הפרסום. אין הוא נדרש להציג אמת שמתגלית בדיעבד.

מרחב המחיה של הביטוי – אמת מהותית

93. הגנת אמת הפרסום חלה גם במקרה שבו קיים אמנם פער, בין המציאות על כל פרטיה לבין הפרסום, אך הפער מתבטא ב"פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש". יתכנו לפיכך מקרים בהם כולל הפרסום פרטי לוואי מסוימים שאמיתותם לא נתבררה עד לפרסום הכתבה. יש והפרסום כולל הדמיות אילוסטרציה שלא נוצרו ברגע האמת. על מנת ליתן משמעות לחופש העיתונות – לנוכח חשיבותו הרבה בהקשר הציבורי ולאור הסכנה שבצינון פעילותם הרצויה של העיתונאים – יש להבטיח לו מרחב מחיה. בפסק הדין החשוב ביותר שניתן בסוגיית חופש הביטוי בכלל וחופש העיתונות בפרט, מפי השופט Brennan (עניין *Sullivan*), נקבע כי חופש הביטוי זקוק למרחב נשימה (Breathing space) על מנת שישרוד. כליאתו במיטת סדום של האמת האבסולוטית – אפילו הייתה כזו בנמצא – תביא לנפיחת נשמתו. אין לצנן את הביטוי ובוודאי שאין להקפיאו. אין להתיר שיטה של צנזורה – דה פקטו – המופעלת על-ידי אחרים או – ביתר חומרה: צנזורה המופעלת על-ידי העיתונות עצמה מחשש לתביעות שתוגשנה נגדה.

כאמור, הפרסום צריך שייבחן כמכלול, בלי לדקדק בכל פרט ופרט מהפרסום הפוגע (ראו ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 564 (1992); ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843, 854 (1995) (להלן: ע"א קראוס). וראו גם *Herbert v. Lando*, 781 F.2d 298, 309 (2d Cir. 1986); ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב, בפס' 12 (טרם פורסם, 12.12.2006)). בהקשר דומה ציין השופט מאיר שמגר בפסק דינו פורץ הדרך בעניין חברת החשמל:

"פרסומים בקשר לעניינים ציבוריים אינם נערכים תמיד בצורה ובאופן בה מגבשים פסק-דין או דבר-חקיקה ויישום של קנה-מידה מחמיר, הדורש מידור מדוקדק בין העובדות לבין הבעות דעה ודן כל סטיה קלה לכף חובה, עלול להיות בה כדי להכביד באופן מהותי ביותר על חופש הביטוי." (ד"נ חברת החשמל, בעמ' 365, פסק דינו של השופט שמגר).

במיוחד כך, מקום בו המדובר בעניינים בעלי חשיבות ציבורית. מרחב התמרון שיש לאפשר במגזר זה מתבטא בקיום שולי סובלנות, שוליים עובדתיים, שאין בהם כדי להשפיע על הרושם הכללי המתקבל מהכתבה בעיני הצופה.

94. ואכן, במרבית מדינות ארצות-הברית, מקובל לבחון האם הפרסום הוא אמיתי על-פי מהותו – substantially true. אמיתות הפרסום אינה נפגעת אפילו קיימים בו אי-דיוקים שאינם מהותיים. הצהרה או אמרה לא תיחשבנה לשגויות אלא אם הרושם שהותירו בעיני הצופה או השומע הוא שונה באופן מהותי מהאמת. די בכך שעיקר דברי האמת נמצא בפרסום:

"The common law of libel takes but one approach to the question of falsity, regardless of the form of the communication. [...] It overlooks minor inaccuracies and concentrates upon substantial truth. As in other jurisdictions, California law permits the defense of substantial truth and would absolve a defendant even if she cannot 'justify every word of the alleged defamatory matter; it is sufficient if the substance of the charge be proved true, irrespective of slight inaccuracy in the details'

Minor inaccuracies do not amount to falsity so long as 'the substance, the gist, the sting, of the libelous charge be justified.' [...] Put another way, the statement is not considered false unless it 'would have a different effect on the mind of the reader from that which the pleaded truth would have produced.'" (*Masson v. New Yorker Magazine, Inc.*, 501 U.S. 496, 516-7 (1991)).

אמיתות הפרסום נמדדת, לפי סטנדרט זה, על-פי מידת הסטייה שבין האמת לבין הרושם שנותר בלב הצופה הסביר בעקבות צפייה בכתבה. אם רוח הדברים אינה משתנה, כי אז לא ישפיעו אי דיוקים זניחים על תחולת ההגנה.

מרחב המחיה של הביטוי – שיקולי עריכה

95. היבט נוסף של "מרחב הנשימה" מתייחס להיבטים הצורניים של הפרסום – לשיקולי העריכה של מציג העובדות. שיקולים אלה, הנוגעים בעיקר ובמורחב לעבודתם של עיתונאי, של יוצר, של במאי ושל תסריטאי. שיקולי העריכה יכולים לבוא לכלל ביטוי בכמה אופנים. האחד הוא, למשל, שימוש בצילומי אילוסטרציה בכתבה עיתונאית – 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 הדבקות קטעי שמע על גבי קטעי חוזי שצולמו בזמן ובמקום אחרים (voice over). לעיתים מעוניין העורך

להציג קטע חוזי רלוונטי, אך השמע המלווה אותו אינו תורם לכתבה. עורכי תקשורת נדרשים גם באופן תדיר לחתוך קטעים קצרים מתוך מצבור של הקלטות או צילומים, ולהציג את החלק הרלוונטי או את הקטע הרצוי להם. מטבע הדברים, אין ברגיל אפשרות להציג את מלוא חומרי הגלם או את מלוא העובדות המרכיבות את המציאות. כך בכלל, וכך בפרט – בעניינים בעלי חשיבות ציבורית. כל עוד אין מדובר בעיוות מכוון של המציאות – כפי שהייתה ידועה למפרסם – או בסילופה, אין לראות באמצעי עריכה אלה משום סטייה אשר תשלול מהמפרסם את הגנת אמת הפרסום.

96. גם יצירה דוקומנטרית – יצירה היא, והיוצר נדרש להשתמש באמצעים אמנותיים ככלי אטרקטיבי להעברת המסר שבפיו בצורה נעימה יותר לעין או להצגתה באופן שימשוך את העין (ראו גם עניין *Lando*, בעמ' 309 (Streamers and graphics) are little more than minimal packaging required to make the piece readable (and attractive)). 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" (עניין בכרי', בפס' 64 לפסק דינו של השופט דנציגר). עבודת העריכה הינה תכופות חלק בלתי נפרד מן העיסוק העיתונאי וכל עוד נופלת היא בגדרה של עריכה מקצועית סבירה, ואין בה עיוות מודע ומהותי של המציאות – אין זה תפקידו של בית המשפט להציע דרכים אלטרנטיביות למלאכת העריכה.

אמת הפרסום – מן הכלל אל הפרט

97. התכנית "עובדה" היא תכנית תחקירים טלוויזיונית אשר עוברת עריכה קודם לשידורה. היא אכן מתיימרת להביא בפני הצופה מצג עובדתי מסויים אולם, עם זאת, היא ערוכה בדרך המשקפת גם את אמונתם הסובייקטיבית של עורכיה. חרף שמה – יש בה בתוכנית ערוב של מצג עובדתי ושל הבעת דעה. בצד התיאור העובדתי מצוי המסר – והוא גלוי לכל.

באשר לתמונה העובדתית: פסק הדין במשפט הצבאי בעניינו של סרן ר' זיכה אותו מכל האישומים כפי שהובאו בפניו. מקצת מן העובדות נשוא הכתבה לא היו צריכות בירור בבית הדין; פרטים אחרים נותרו לוטים באפילה עד עצם היום הזה. בית הדין הצבאי הגיע למסקנותיו כאמור, לאחר דיונים משפטיים שנמשכו מספר שנים, נתבססו על מצבור גדול של עדויות ושל ראיות, והוכרעו על-פי נטל ההוכחה הנהוג במשפט הפלילי. הכרעות אלה לא עמדו לעיני דיין בעת שפרסמה את הכתבה נשוא

המשפט. היא גם לא נדרשה לחרוץ דין פלילי ולא עמדו לה הכלים העומדים לרשותו של בית משפט. תמונת המציאות כפי שעלתה מן הכתבה בכללותה אינה שונה באופן מהותי מהאמת, כפי שהייתה ידועה באותה שעה, בהתאם ליכולות הבירור העומדות בפני עיתונאי סביר. ויש לזכור: העובדות אשר עמדו בבסיס הכתבה העמידו, באותה עת בה שודרה, בסיס לכתב אישום שהוגש על-ידי שלטונות התביעה הצבאית כנגד סרן ר', וזו האמת שעמדה בפני מגישת התוכנית.

98. אכן, בכתבה לא הוזכרו פרטים מסוימים שהיוו חלק מן האירוע. ירי הצלפים מכוון רצועת עזה, למשל, או הדיון בתכולת התיק שנשאה המנוחה. בה בעת, לא הוצגו בכתבה פרטי אמת שהיו בידי דיין ואשר יכלו לשמש לחובתו של סרן ר'. התמונה לא הייתה מלאה – לכאן ולכאן. היא גם לעולם אינה יכולה להיות מלאה. התמונה שמוצגת בעיני הצופה בכתבת טלוויזיה בת עשרים דקות לעולם תהיה חלקית ובלתי מושלמת. אין לתפוס את המפרסם במילתו ולדקדק עמו בדרישה להציג כל פרט ופרט ובלבד שהפרסום אמת על פי מהותו, וכפי שנראתה לו למפרסם בעת הפרסום. סרן ר' הצביע על מספר פריטי פרסום שלא היו מלאים או מדויקים: כך למשל הבחירה שלא להשמיע את כל קטעי הסאונד מרשת הקשר והשמעת המשפט שנאמר מפי ר' בדיעבד: "כל מי שנע, זו, במרחב, גם אם זה בן שלוש, צריך להרוג אותו". אולם, מהותה של הוראה זו לא הייתה משתנית גם אילו נשמעה במלוא ההקשר שלה. העובדה כי נאמרה מיד לאחר אירוע קשה, תוך שסרן ר' מתדרך את חייליו – ברורה היא מהכתבה (אך לא כך במסגרת הקדימון לתוכנית – ולכך עוד נשוב). כך גם לעניין ציון היותה של המנוחה בדרך לבית הספר על אף שלא הוכח הדבר – מידע אשר אינו משנה מהשאלה האם היה ראוי, בהתחשב בגילה, להמשיך לירות לעברה גם במנוסתה – זאת אפילו אם היינו מניחים שהמנוחה שימשה כלי בידי ארגוני טרור להעברת מטען חבלני לשערי המוצב.

99. באשר לשיקולי העריכה ולהצגת תמונת הג'יפ הנוסע בעת שמתוארת בכתבה יציאתו של סרן ר' לפעולה – אף שמדובר בבחירה מצערת – אין היא חורגת מגבולות מרחב שיקול הדעת השמור לעורכי הטלוויזיה, והרושם שהתמונה מותירה בעיני הצופה אינו משנה מהתמונה הכוללת המצטיירת מהכתבה. אפילו היה סרן ר' עושה את דרכו בג'יפ – וכמובן שלא כך הדבר – נותר היה מקום לדיון על דבר הירי שביצע ועל התנהלות המוצב בזמן הלחימה.

הצגת המסיבה והתמונות של חיילים חוגגים, שצולמו בזמן אחר ובמקום אחר, אף כי היו מצויים על אותה קלטת שכללה גם תמונות רלבנטיות אינה מעידה על בחירה

עיתונאית זהירה במיוחד. יש בה משום חוסר טעם משווע אף שהמצג הנראה בהן הוא אמת. הרושם שהתקבל בעת פרסום הכתבה – רושם שנותר גם היום – הינו כי חיילי הפלוגה אכן קיבלו בשוויון נפש את האירוע שאירע באותו בוקר. המסיבה אמנם הוצגה כחלק מהדיון ברמת המשמעת של החיילים, בדרגת העומס הנפשי שהוטלה עליהם ובהשפעה של עומס זה על אמות המוסר שלהם, אך הדרך להצגת הדברים הייתה קלוקלת. טעם קלוקל אינו משמש טעם לפסילת הביטוי (השוו: עניין קידום). מכל מקום, תמונות המסיבה אינן מתייחסות לסרן ר' באופן אישי ואינן מוציאות את דיבתו רעה אלא – ואין אנו נדרשים לכך כאן – את דיבתם של חייליו ושל רשויות הצבא. אכן, יכולתה של העיתונות להשפיע על שמו הטוב של אדם ואף לחרוץ גורלות מחייבת זהירות רבה יותר. עם זאת, במקרה שלפנינו אין בכך לבד כדי לשלול את הגנת אמיתות הפרסום. בית המשפט המחוזי החמיר ודקדק בפרטי הלוואי שבכתבה, באילוצי עריכה ובשיקולי יצירה – ובכך הכביד באופן משמעותי ופסול על חופש הביטוי.

אשר על כן, הכתבה עומדת בתנאי הראשון הכלול בהגנת אמת הפרסום.

(ב) עניין ציבורי בכתבה

100. תנאי נוסף לתחולתה של הגנת אמת הפרסום הינו כי הפרסום עוסק בנושא אשר יש בו "עניין ציבורי". תנאי זה משקף את התפיסה כי "חשיבותו של חופש הביטוי גוברת מקום שמדובר בו בהבעת דעה בעניינים ציבוריים ובנוגע לאישים הנושאים תפקידים ציבוריים" (עניין רינת, בפס' 16; עניין הרציקוביץ, בעמ' 575). הצורך להגן על ביטויים הנוגעים לענייני הציבור נובע מחשיבותם של ביטויים אלה לשם שמירה על שיח חופשי, המאפשר יצירת עמדות פוליטיות, מדיניות וציבוריות בחברה (הנשיאה ד' ביניש בעניין אפל, בעמ' 621; עניין אבנרי, בעמ' 864; ע"א קראוס, בעמ' 861, 875). "מתן האפשרות וההזדמנות להשמעת בקורת מדינית, חברתית ואחרת על פעלו של השלטון, מוסדותיו, חברותיו, שליחיהם ועובדיהם, הוא עיקר-שאיין-בלעדיו לקיום ממשל דמוקרטי תקין" (ע"א חברת חשמל, בעמ' 296; עניין רינת, בעמ' 83; עניין אבנרי, בעמ' 863). עם זאת, נפסק כבר כי:

"הגדרת המונחים 'דמויות ציבוריות' ו'עניינים ציבוריים' אינה משימה פשוטה נוכח מגוון המצבים העשויים להתעורר במציאות." (עניין אפל, בעמ' 620-621).

בענייננו, כך נראה, אין ולא יכול להיות ספק כי הכתבה נשוא הערעורים עוסקת בנושא שיש בו עניין לגיטימי לציבור.

101. ככלל, עניין ציבורי הוא "עניין שידיעתו ברבים רלוונטית להגשמת מטרה ציבורית או שיש לציבור תועלת בידיעה לגביו – אם לצורך גיבוש דעתו בעניינים ציבוריים ואם לשם שיפור אורחות חייו" (עניין אפל, בעמ' 621; ע"א 439/88 רש"מ מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 826, 808 (1994); רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 57-56 (1998)). "עניין ציבורי" לא קיים רק בפרסום המזהיר את הציבור מפני סכנה חמורה לחייו או לבריאותו. "עניין ציבורי" הוא מושג רחב יותר, המתייחס גם לחשיבות שבדיון הציבורי בנושא חברתי או פוליטי (ראו גנאים, קרמניצר ושנור, בעמ' 189-188). "ככל שהפרטים נוגעים ומשפיעים יותר על אנשים אחרים, כך קטנה הזכות למנוע את הפרסום" (שנהר, בעמ' 228-227). באנגליה נהוגה פרשנות רחבה של המושג "עניין ציבורי", והוא מוגדר כ"כל אינטרס ציבורי וכללי", ואף "כל דבר שיש בו משום חדשות לציבור". בארה"ב מוגדר עניין ציבורי באורח גמיש – כל פרסום "שבתחום ההתעניינות הציבורית הלגיטימית", תוך קביעה כי ההחלטה בנוגע לקיומו של עניין ציבורי תוכרע בכל מקרה ומקרה לגופו (ת"א (ב"ש) 503/85 מדינה נ' יבין, פ"מ תשמ"ו(2) 427, 436 (1986); סגל, בעמ' 193; עניין *Rosenbloom*).

102. חלקים רבים בכתבה אינם עוסקים דווקא בסרן ר', אלא באופן שבו מתנהלים חיילים במצבי לחץ, ביעילות החקירה הצבאית בעניינו של סרן ר' ובשאלות ערכיות חשובות. העלאת הדיון העקרוני בערכי צה"ל ובהשפעת הלחימה והעומס על תפקודם של חיילים, לדיון ציבורי, ראויה היא. הפרסום נשוא הכתבה עוסק בעניין ציבורי בעל חשיבות עליונה. אופן פעולתם של חיילי צה"ל ומפקדיו, ההנחיות בנוגע להוראות פתיחה באש, השפעת הלחימה על ערכי הלוחמים – לכל אלה חשיבות רבה ויש עניין להביאם למודעות הציבורית.

103. בית המשפט קמא ציין כי לשיטתו צריך העניין הציבורי להתעורר "דווקא במסרים שהועברו על אודות התובע". על אמירה זו אני חולק. ראשית, חשיבות הדיון הציבורי הנוגע לסוגיות ציבוריות מחייבת כי נפרש את התנאי של "עניין ציבורי" על דרך ההרחבה (עניין מדינה נ' יבין, בעמ' 432). נקודת האיזון הראויה היא, על כן, כי העניין הציבורי ייבחן ביחס לפרסום כולו, ולא ביחס לכל משפט או אמירה שבו. שנית, כפי שציין גם בית המשפט קמא, ההיבטים הערכיים שבסוגיה אינם יכולים להיפרד מהטענות אודות התנהלות סרן ר' בזמן האירוע. הדיון בשאלת ההשפעה של לחימה בשטח אזרחי על חיילי צה"ל ומפקדיו, למשל, אינו יכול להיבחן במנותק מהדוגמה

להתנהגות זו כפי שהוצגה באירוע. אין לכחד גם כי קיים עניין ציבורי במסרים שהועברו בנוגע לסרן ר' עצמו. כשם ש"קשה לנתק דיון חברתי בעמדות וברעיונות שיש לציבור עניין בהם, מדיון בבעלי הדעות ובהוגי הרעיונות במישור הציבורי והפוליטי" (עניין אפל, בעמ' 621) – כך גם קשה לנתק דיון בפעולות צה"ל מהדיון בחיילים ובמפקדים הפועלים במסגרתו.

אין לשכוח כי בכתבה לא הוזכר שמו המלא של ר', פניו טושטשו, ופרטי מידע העשויים להוביל לחשיפת זהותו בקרב הציבור הרחב הוסוו. סביר להניח כי חלק מקרוביו, מחבריו ליחידה, וממפקדיו זיהה אותו על סמך המידע שנכלל בכתבה וגם פגיעה זו – בקרב הסביבה הקרובה – פגיעה היא (ראו גם עניין בכרי, בפס' 34). אולם, לעניין שאלת קיומו של "עניין ציבורי" בפרסום, מסיטה העובדה שלא פורסם שמו המלא של ר' את מוקד העניין ממנו ואל עבר השאלות העקרוניות הנדונות בכתבה. תפקידו של סרן ר' במסגרת השירות הציבורי לא התיר התעלמות מהשמעת ביקורת ציבורית על תפקודו (עניין אונגרפלד, בפס' 26 ו-29 לפסק דיני). "דברי ביקורת המופנים נגד מדיניות של השלטון, אף אם הם מוטחים בפניו של עובד הציבור, נמצאים בליבת חופש הביטוי" (שם בפס' 29). מוכן אני להניח, כפי שעוד יפורט (אף שקיים בסיס איתן גם להנחה ההפוכה), כי אין לראות בסרן ר' איש ציבור (public official) בהקשר שבפנינו – אך עניין ציבורי במעשיו – בוודאי קיים.

104. בעניין זה לא מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט קמא כי המסרים אודות סרן ר' אינם בעלי "עניין ציבורי", שכן הם דנים בעניין שאותה עת היה תלוי ועומד בפני בית המשפט הצבאי. גישה זו אין לקבל. קיומו של הליך תלוי ועומד אינו יכול להוביל, כשלעצמו, למסקנה כי אין בכתבה עניין ציבורי. קביעה שכזו הייתה מוציאה מגדר ההגנה פרסומים מותרים ומונעת דיון בשאלות שיש בהן עניין לגיטימי לציבור – וכך פוגעת בחופש הביטוי ובעקרון פומביות הדיון. לציבור יש עניין גם בנושאים הנדונים בתיקים עומדים ופתוחים, ושאלות הנוגעות לפתיחה בהליכים פליליים עשויים בהחלט להוות בסיס לדיון שיש בו עניין ציבורי. טלו לדוגמה הודעה על העמדתו הצפויה של אדם לדין בעבירות מין, הודעה שבאה לעודד חשיפת תלונות בדבר ביצוע עבירות נוספות. כך גם דיון בהאשמות הנוגעות לעבירות אלימות או מעורבות בתאונות דרכים קטלניות. במקרה שלפנינו דחיית הפרסום עד לסיום המשפט הצבאי מתעלמת מן הקיים. יתרה מכך, רבים המקרים בהם כתבות תחקיר עיתונאיות דווקא הן שמביאות לפתיחה בחקירה או להגשת כתב אישום, ותרומתן לחשיפת האמת במקרים אלה לא תסולא בפז. בכך לא גרענו מאומה מהצורך להקפיד עם כללי הסוב-יודיציה. את המעט

שנותר מהם ראוי לקיים. את הסוגיות שהציף בית המשפט המחוזי בנוגע לפרסום הנוגע לעבירות תלויות ועומדות יש למקם במסגרת הדיון בעבירת הסוב-יודיציה ובמידת רציותו של הפרסום מבחינת יכולת ההשפעה שלו על הליכים פליליים תלויים ועומדים. אך שאלת העניין הציבורי שאלה נפרדת היא.

דמות ציבורית

105. לצורך קביעת קיומו של "עניין ציבורי", לצורך סעיף 14, אין החוק דורש כי מושא הפרסום יהיה בהכרח איש ציבור או דמות ציבורית. האינטרס שמאחורי הגנת אמת הפרסום – הרצון לאפשר שיח חופשי ופתוח בנושאים שיש בהם חשיבות או עניין ציבורי – עומד על רגליו שלו, גם כאשר עוסק הפרסום באדם פרטי שנקלע אל תוך נסיבות המציפות עניין ציבורי. אכן, נטייתו של בית המשפט לסווג פרסום ככזה שיש בו "עניין ציבורי" תגבר מקום בו מתייחס הפרסום לדמות ציבורית (עניין בן גביר, בפס' 21 לפסק דיני; עניין ונטורה, בעמ' 826). עובדת היותו של הנפגע דמות ציבורית היא אחת הנסיבות שלאורן יבחן הביטוי הפוגע. אין זו נסיבה שבלעדיה אין.

106. מלבד חשיבות הדיון בעניינים בעלי עניין ציבורי – הרי מקום בו עוסק הפרסום בדמויות ציבוריות קיימים טעמים ברורים המצדיקים את העצמת ההגנה על הביטוי הפוגע. ראשית, קיימת תועלת חברתית רבה יותר בקבלת מידע הנוגע לאנשים אשר אמונים על קבלת החלטות בשם הציבור. "בחברה דמוקרטית ופתוחה זקוק ומעוניין הציבור במידע מלא, שיאפשר לו לגבש דעה על האנשים המשפיעים על חייו" (שנהר, בעמ' 235; עניין אבנרי, בעמ' 863; עניין אטינגר, בעמ' 316). ועוד: "מתן האפשרות וההזדמנות להשמעת בקורת מדינית, חברתית ואחרת על פעלו של השלטון, מוסדותיו, חברותיו, שליחיהם ועובדיהם, הוא עיקר-שאיין-בלעדיו לקיום ממשל דמוקרטי תקין" (ע"א חברת החשמל, בעמ' 296).

שנית, אדם הבוחר לקחת על עצמו מעמד חברתי, בעל סמכות, בוחר מכללא גם לחשוף את עצמו לפגיעה מסוימת בפרטיות ולביקורת ציבורית רחבה יותר כלפיו. אישי הציבור, על כן, "נוטלים על עצמם מעצם מעמדם ותפקידם סיכונים הקשורים בהתנכלות לשמם הטוב" (עניין אבנרי, בעמ' 863; עניין ונטורה, בעמ' 822; עניין אפל, בעמ' 621). ומי שבוחר לשאת באחריות על גורלם של פרטים מהציבור – צריך שיהיה מוכן גם לספוג ביקורת בנוגע למידת יכולתו שלו לבצע את מה שנטל על עצמו.

שלישית, איש הציבור זוכה על פי רוב גם לנגישות גבוהה יותר לאמצעי התקשורת וליכולת להביע דעתו שלו באשר לפרסומים (עניין אבנרי, בעמ' 864; עניין הרציקוביץ, בעמ' 570). התפיסה היא על כן כי עדיף להוציא את הדיון לאור השמש, ולאפשר לאיש הציבור להתגונן בפומבי מול ההאשמות שטפלו בו. על טעמים אלה עמד הנשיא מ' שמגר:

"בידי המשיבה גם היתה האפשרות לפרסם דעתה ותגובתה ברבים. הרי מדובר באנשים הפועלים בזירה הציבורית, המצויים בענייני התקשורת וגלויים לבטוייה. לפי גישתי לגבי תביעות לשון הרע שעניינן אנשי צבור, מן הנכון שאלו יהיו ערוכים לספיגת בקורת רבה יותר כלפיהם מאשר האדם מן השורה. זהו מחיר החשפותם האישית לצבור והפרסום ברבים, בכתב או בעל-פה, של דבריהם" (עניין מיכאלי, בעמ' 570).

107. אין פירוש הדבר כי שמו הטוב של איש הציבור הינו הפקר. נהפוך הוא, לאיש הציבור עשויה להיגרם פגיעה גדולה יותר כתוצאה מהכפשת שמו הטוב, שכן כוחו שאוב מהערכתו וממעמדו בקרב הציבור. שמו הטוב של איש הציבור הוא הנכס החשוב לו ביותר. בלעדיו – תקשה עליו הדרך לליבו של הציבור (עניין אפל, בעמ' 621). חשיפה מופרזת של אנשי הציבור לביקורת הציבורית עלולה להרתיע אחרים מלחפש אחר מעמד זה. עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש –

"ניתן להציג שיקולים השוללים העדפת חופש הביטוי על פני שמם הטוב של דמויות ציבוריות. כך, למשל, ניתן לטעון כי לשון הרע עשויה לגרום לאיש ציבור נזק רב מאוד, שכן עיקר כוחו הוא בשמו הטוב בעיני הציבור. כן ניתן לטעון כי הרחבת הפגיעה בשמם הטוב של אנשי ציבור תרתיע אחרים מלבקש לעצמם מעמד זה" (עניין אפל, בעמ' 621; ראו גם: שנהר, בעמ' 72; עניין בן גביר, בפס' 19 לפסק דיני).

ואכן, חוק איסור לשון הרע אינו מתעלם מזכותם של אנשי הציבור לשם טוב. החוק אינו נוקט בגישת המשפט של ארצות הברית המתנה הטלת אחריות על מפרסם דברי לשון הרע על אנשי ציבור בכך שהפרסום יהיה כוזב ובכך שהיה זדון בפרסום. עם זאת, אין הדין הישראלי מתעלם מנפקות היותו של התובע דמות ציבורית כנסיבה בעלת משקל בהכרעה האם דבר מה שפורסם בעניינו מהווה לשון הרע, והאם יהא המפרסם מוגן מפני תביעה (ראו עניין בן גביר, בפס' 20 לפסק דיני; פסק דינה של הנשיאה ד' ביניש).

ביניש בעניין אפול, בעמ' 623-624). זו נסיבה שיש לה משקל גם בעת שהתובע אינו איש ציבור כי אם "דמות ציבורית".

108. המבחן לקביעת היותו של אדם "דמות ציבורית" הוא תלוי נסיבות. ניתן לומר כי –

"אדם ייחשב 'דמות ציבורית' ככל שנגיעתו לענייני ציבור והשפעתו עליהם הן רבות יותר, וככל שהופעתו בציבור וגישתו לאמצעי התקשורת רבות יותר. יש שעקב מעורבותו של אדם בעניין הנוגע לציבור יש לראותו כ'דמות ציבורית' לצורך העניין הנדון, ויש שהמעמד הציבורי נקבע בשל היותו נושא משרה ציבורית או תפקיד ציבורי. מכל מקום, 'דמות ציבורית' היא דמותו של מי שיש לו נגיעה לענייני ציבור והשפעה עליהם במידה זו או אחרת, וההגדרה הקונקרטיה כרוכה בנסיבותיו של כל עניין." (עניין אפול, בעמ' 620).

מעמדו של אדם כ"דמות ציבורית" יכול שיהא מוגבל לנסיבות אירוע ספציפי ולצורך פרשה מסוימת (ראו עניין אבי יצחק, בעמ' 79; עניין אפול, בעמ' 620).

"יצוין, כי המעמד של אדם כאישיות ציבורית אינו בהכרח מעמד כללי, היפה לכל דבר ועניין. לעתים, מעמד זה עשוי להיות כרוך בפרשה או בעניין מסוימים, אשר ביחס אליהם 'השליך' עצמו אותו אדם אל חזיתה של מחלוקת ציבורית, מתוך מטרה להשפיע על ההכרעה בעניינים שעל הפרק, ובכך 'הזמין' תשומת-לב וביקורת ציבורית על פעולותיו או התנהגותו (ראו עניין Gertz הנ"ל, בעמ' 3009). במקרים כאלה, המעמד של אישיות ציבורית יהיה מוגבל לאותם פרשה או עניין מסוימים, ולא יחרוג מהם." (עניין אבי יצחק, בעמ' 79).

התאמת אדם לתיאור של דמות ציבורית אינה חד משמעית וחד ערכית; ניתן לראות מעין סקאלה של "ציבוריות": בצד אחד מצויים אנשים אשר מעמדם הציבורי ויכולת השפעתם גבוהים; הם הגיעו לעמדה זו מבחירה אשר ניתן לראות בה נטילת סיכון לפגיעה בשם הטוב, ויש להם כוח השפעה על התקשורת. מן העבר השני מצויים אנשים פרטיים, אשר אין להם יכולת השפעה על חיי אחרים, תפקידם אינו מאפשר להם פתחון פה ציבורי, והם נקלעו שלא מרצונם לסיטואציה ציבורית המצדיקה פרסומי אמת בעניינם.

109. בארה"ב נדרשו בתי המשפט לדון בפרשנות המושגים public official ו- public figure, לצורך החלת סטנדרט ה- actual malice. בעניין Rosenblatt הנ"ל קבע בית המשפט העליון כי לכל הפחות ייחשב לעובד ציבור מי שיש לו "substantial responsibility for or control over the conduct of governmental affairs". בנוגע לאנשי צבא, התייחסו אליהם בתי המשפט, במספר מקרים, כאל עובדי ציבור. בעניין Arnheiter v. Random House, Inc., 578 F. 2d 804, 805 (9th Cir. 1978), רב חובל אשר שירת במלחמת ויאטנם הועבר מתפקידו, לכאורה בעקבות חוסר יכולת למלאו, הוציא הנתבע לאור ספר שבו נטען כי ההעברה מהתפקיד הייתה ראויה. על אף שרב החובל לא בחר מרצונו להיות בעין הציבור, קבע בית המשפט של ה- Ninth Circuit כי העברת רב החובל מתפקידו הינה עניין בעל חשיבות ציבורית, הנוגעת להחלטות צבאיות בזמן מלחמה ולבחירת האנשים האחראיים על הגנת הציבור. על כן, החיל בית המשפט את הגדרת ה-"public official" על התובע, והפעיל את הסטנדרט של actual malice. במקרה אחר (MacNeil v. Columbia Broadcasting System, Inc., 66 F.R.D. 22, 23 (D.D.C. 1975)), הוצגו בטלוויזיה דברים מפי קולונל בחיל הנחתים האמריקני. הקולונל טען כי דבריו הוצאו מהקשרם כך שנראה היה בפרסום שמשמעותם שונה. גם במקרה זה החיל בית המשפט את הסטנדרט של actual malice, בקבעו כי התובע מתאים לסטנדרט של עובד ציבור.

110. האם סרן ר' הוא דמות ציבורית? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה. מחד גיסא, טרם פרסום הכתבה, כבר מצא את עצמו סרן ר' במרכזו של דיון ציבורי סוער. ריבוי הכתבות בעיתונות ובטלוויזיה שעסקו בעניינו אינו משאיר מקום לספק באשר לעניין שעורר האירוע בציבור. הכתבה לא עסקה בפועלו של סרן ר' כאדם פרטי בשעות הפנאי שלו, אלא בתפקודו כחייל וקצין בשירות המדינה, במסגרת ביקורת על התנהלותו בגדרי המערכת הציבורית. לסרן ר' הייתה גם השפעה על חייהם של חייליו ושל האזרחים שנמצאו בקרבת המוצב. הוא נושא בתפקיד בעל השפעה על עניינים צבאיים ומדיניים, בין אם היה מודע לכך ובין אם לאו.

יחד עם זאת, סרן ר' לא בחר לעמוד בעין הסערה. הוא שימש כקצין זוטור בצבא. כוחו להציג את עמדתו הוא יחסית דל. אמנם, ניתנה לו האפשרות לבטא את גרסתו במסגרת הכתבה, או לפנות לערוצים אחרים ולהביא בהם את גרסתו לאירועים, אולם, יכולת זו – השמורה לרוב גם לאנשים פרטיים הנקלעים לעניין ציבורי – היא מועטה בהשוואה לדמויות ציבוריות "קלאסיות". מעמדו הזוטור בצבא לא הקנה לו גישה קלה יותר לאמצעי התקשורת. בתור אדם שאינו בקיא ברזי התקשורת

ובהתמודדות עם החשיפה – אין לזקוף לחובתו את הדרך שבה התנהל מול התקשורת. הייתי מוכן להניח לזכותו כי אין לראות בו עובד ציבור ואף לא דמות ציבורית.

אלא שכאמור, בכתבה היה משום "עניין לציבור", בין אם עניין זה כרוך במי שהוא "דמות ציבור" ובין אם לאו. העניין הציבורי בנושא הכתבה הינו רב ובעל משמעות ודי בו, כשלעצמו, כדי לקיים את היסוד השני שבהגנת אמת הפרסום (ראו בדומה את עניין אטינגר, בעמ' 316). די בכך כדי לקבל את ערעורה של דיין ולדחות את הערעור שהוגש מטעמו של סרן ר'. לטעמי, ראוי היה להגיע לתוצאה זו גם מטעמים נוספים.

(2) סעיף 15 – הגנת תום הלב

111. כאמור, נשתלבו בכתבה מצגי עובדה והבעת דעה. השקפותיה של דיין באשר להתנהגות החיילים ומפקדם במהלך האירוע ואחריו, מצאו להן ביטוי בכתבה. אין קושי לגלות בכתבה את החלקים אשר מרכז הכובד בהם עובר מהצגת עובדות להבעת דעות. אלה גם אלה, עשויים ליהנות מהגנת תום הלב. סעיף 15 לחוק מורה:

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

[...]

(2) היחסים שבינו לבין האדם שאליו הופנה הפרסום הטילו עליו חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות אותו פרסום;

[...]

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

(5) הפרסום היה הבעת דעה על התנהגות הנפגע –

(א) כבעל דין, כבא כוחו של בעל-דין או כעד בישיבה פומבית של דיון כאמור בסעיף 13(5), ובלבד שהפרסום לא נאסר לפי סעיף 21, או

(ב) כאדם שענינו משמש נושא לחקירה, כבא כוחו של אדם כזה או כעד בישיבה פומבית של ועדת חקירה כאמור בסעיף 13(6), או על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות;

[...]

בית המשפט קמא שלל את טענת תום הלב, בין היתר, מאחר שקבע כי היא הועלתה בשלב מאוחר, תוך הרחבת החזית לעומת כתב ההגנה של המערערות.

המערערות מתנגדות לתיאור זה. ממילא, הגעתי מטעמי הגנת האמת למסקנה כי התנהלות המערערות זכאית להגנה מפני האחריות בגין לשון הרע. על כן אין הכרח להכריע גם בסוגיות הקשורות להגנת תום הלב. אולם, לנוכח הערותיו של בית המשפט קמא בנדון ומאחר ששני הצדדים דנו בנושא זה באריכות בכתבי הטענות שלהם בפנינו, ובעקבות פסיקתו של חברי השופט ע' פוגלמן, מצאתי להתייחס גם לתחולתן של הגנות תום הלב על ענייננו.

112. הגנות תום הלב נועדו לחול במקרים שבהם קיים אינטרס כה חשוב בהתבטאות חופשית עד כי הוא מצדיק כי ההגנה למפרסם תכסה גם ביטויים שאינם אמת (שנהר, בעמ' 249). הגנת תום הלב חלה בהתקיים שני תנאים מצטברים. האחד הוא כי הנתבע עשה את הפרסום בתום לב, השני הוא כי התקיימה אחת הנסיבות המנויות בסעיפי המשנה של סעיף 15. שלוש נסיבות עשויות להיות רלוונטיות לענייננו, כאמור – קיומה של חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות את הפרסום (15(2)); הבעת דעה על התנהגות בעל תפקיד ציבורי, בשירות הציבורי או בקשר לעניין ציבורי (15(4)); או הבעת דעה על התנהגות הנפגע כאדם שעניינו משמש נושא לחקירה (15(5)).

(א) תום הלב

113. למושג "תום לב", בהקשרים שונים, אין משמעות אחידה. גם בתוככי סעיף 15 עצמו אין לתת פרשנות אחת לתום הלב הנדרש בנסיבות המנויות בחלופות השונות שבסעיפי המשנה. ככלל, ניתן להתחשב לצורך בחינת תום הלב בהקשר זה במידת הסבירות שבפרסום, במידת אמונתו של המפרסם באמיתות הפרסום ובמידת הזהירות של המפרסם בבודקו את אמיתות הפרסום (שנהר, בעמ' 261; בן גביר, בפס' 32 לפסק דיני). "תום הלב הנדרש בכל אחת מההגנות יתבטא, לפיכך, בדרישה לדרך התנהגות מסוימת ולמצב נפשי מסוים, אשר בהצטרפם לעשיית הפרסום בנסיבות הנדרשות בהגנה הספציפית, יצדיקו את הפגיעה בנפגע, לאור האינטרסים שלמענם נוצרה ההגנה" (שנהר, בעמ' 260).

114. בית המשפט המחוזי פסק כי דיין "לא ביקשה לפגוע בתובע, לא להשחיר את דמותו, ולא להכפיש את חייליו. גם שיקולי פרסום ו'רייטינג' לא הם שהניעוה" (פסקה 174 לפסק הדין). בית המשפט פסק עוד כי דיין שמה לה למטרה להעביר לצופים מסר הנוגע להתנהלות סרן ר' וחייליו, וכי לא הייתה מאחורי הכתבה כוונת זדון כלפיהם. בית המשפט קמא סבר, עם זאת, כי עצם הפגיעה האגבית בשמו הטוב של סרן ר' – די בה כדי לקבוע כי דיין לא עמדה בדרישת תום הלב שבסעיף 15. המערערות מצביעות

על הקושי הקיים בעמדה זו. הגנת תום הלב נבחנת, מטבעה, בשלב שבו כבר נפסק כי קיימת פגיעה בשם הטוב. מבחן לפיו די בקיומה של פגיעה זו כדי לשלול את הגנת תום הלב – עשוי לרוקן את ההגנה מתוכנה.

115. אכן, על עיתונאי אחראי לבחון עצמו קודם לפרסום כתבה שיש בה חשש לביזוי אדם או השפלתו. כוחה הרב והבלתי מעורער של העיתונות החוקרת – בעיקר במדינה שבה מספר אמצעי התקשורת מצומצם – מצריך חובת זהירות יתרה. אולם, אין זו חובה אבסולוטית. קביעותיו של בית המשפט קמא באשר לנטל הדרוש מהמפרסם כתנאי להוכחת תום לב הינן מרחיקות לכת. כאמור, הדרישה לקיומו של זדון בפועל – של actual malice כתנאי לשלילת ההגנה לא נקלטה בשיטתנו, והאחריות בגין פרסום לשון הרע עשויה לעמוד גם במקרה שבו לא הייתה כוונת זדון מאחורי הפרסום, אלא שאין להרחיב את פרישתו של חוסר תום הלב גם למקרים שבהם לא הייתה כלל כוונה או מטרה לפגוע בשמו הטוב של התובע. פרשנות זו הינה רחבה מדי.

המוטיבציה שעמדה מאחורי הפרסום הייתה, כך לפי פסיקת בית המשפט קמא, "להציף על סדר היום הציבורי דבר שנראה בעיניו בעייתי ומטריד, להצביע על שאלות ערכיות, עקרוניות, להציג את הקונפליקט הכרוך להבנתה בהצבת חיילים סמוך לאוכלוסיה אזרחית כשהם נתונים בפני סיכון תמידי ומתח מבצעי קיצוני". (פסק הדין של בית המשפט המחוזי, בפס' 173). דיין לא ביקשה להשחיר את דמותו של סרן ר' או להכפיש את חייליו. היא לא רצתה לפגוע בו.

116. אין גם לומר כי דיין לא נקטה באמצעי זהירות מספיקים ובוודאי שאין לומר שפרסמה את הכתבה ביודעין כי הדבר שפורסם בה לא היה אמת. כאמור, הכתבה שיקפה את האמת כפי שעיתונאי סביר יכול היה להבינה באותה עת. דיין התבססה על מגוון רחב של מקורות – על קטעים שצולמו בזמן אמת, על עדויות החיילים בפלוגה, על חומרי חקירה. המידע שהיה לפניו הספיק באותה שעה אף להגשת כתב אישום כנגד סרן ר'. זו האמת כפי שנגלתה לה באותה עת. שמירה על סודיות שמו המלא של סרן ר' מעידה גם היא על הזהירות שננקטה ועל כך שלא הייתה כוונה להכפישו. כזו הייתה גם הבחירה שלא להציג בכתבה את החומרים שהיו בידה של דיין ואשר היה בהם כדי להטיל צל כבד יותר על דמותו. לא הייתה לה כוונה לפגוע בסרן ר' יותר מכפי שנדרש היה לצורך המסר אותו ביקשה להעביר. על כן, בפועל, לא הוכחו בענייננו חזקות חוסר תום הלב שבסעיף 16(ב). נוכל לפנות על כן ולבחון את הנסיבות הקונקרטיות המקימות

את ההגנות שבסעיף 15, ובתוך כך – גם את תום ליבה של דיין כפי שהוא נדרש בכל אחת מהנסיבות.

(ב) נסיבות סעיף 15

סעיף 15(2) חובת דיווח – החובה העיתונאית

117. סעיף 15(2) מקנה הגנה למפרסם אשר עשה את הפרסום בתום לב, ו"היחסים שבינו לבין האדם שאליו הופנה הפרסום הטילו עליו חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות אותו פרסום". החוק מכיר איפוא בכך כי קיימים מקרים שבהם מוטלת על אדם החובה לעשות פרסום מסוים. סנקציה שתוטל על פרסום הנעשה מתוך מילוי חובה – תוביל להרתעה מפני עשיית הפרסום (שנהר, בעמ' 279). הרתעה זו עלולה להוביל להפרת החובה לעשות את הפרסום גם במקרים שבהם תוכנו אמיתי. כדי שלא להעמיד אדם בדילמה בין החובה המוטלת עליו לבין הפיצוי שבו הוא עשוי לחוב במקרה של אי דיוקים בפרסום – קיים אינטרס ציבורי בהגנה על מפרסמים הפועלים מתוך חובה, גם אם דבריהם אינם נכונים – ובתנאי שפעלו בתום לב. האם חובה זו חלה על עיתונאי שבידו מידע "בעל חשיבות לציבור"?

118. בעניין עיתון הארץ נדונו גבולותיה של החובה העיתונאית. בית המשפט דן שם בשאלה האם רשאי עיתון להסתמך על ההגנה הניתנת בסעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע, ולטעון כי היחסים בינו לבין קוראיו מטילים עליו "חובה חוקית, מוסרית או חברתית" לפרסם את הכתבה הכוללת לשון הרע. בית המשפט קבע שם כי לא מוטלת על עיתונאים חובה מיוחדת לפרסם דברים בעלי עניין ציבורי, מעבר לחובה הרגילה המוטלת על כל אזרח. על כן, פרסום עיתונאי יחסה תחת ההגנה שבסעיף 15(2) – כך נפסק שם – רק כאשר קיים אינטרס אישי ספציפי בפרסום, כגון מקום בו התייחס הפרסום לסכנה לחיי אדם, לבריאות הציבור או לרכושו (עניין עיתון הארץ, בעמ' 94; שנהר, בעמ' 287-291; סגל, בעמ' 196-197). סיכום זאת השופט ויתקון בקבעו כי:

"היחסים הרגילים בין עתון וקוראיו אינם מטילים עליו חובה מיוחדת לפרסם דברים בעלי עניין ציבורי, ועל-כן אף אינם מקנים לו זכיה מיוחדת לגבי פרסומו, לכשימצאו בלתי-נכונים. עתון, ככל אזרח, חב חובה להזהיר את הציבור בפני סכנה הנשקפת לחיי אדם, בריאותו או רכושו" (עניין עיתון הארץ, בעמ' 94, שנהר, בעמ' 287).

פסיקה זו באה ללמד כי האפשרות להתבסס על טענת ההגנה של פרסום מתוך חובה אינה נשללת מהעיתונאים, וכי לזכותם עומדת אותה ההגנה הקיימת לכל אדם פרטי. על-פי פסק הדין בעניין עיתון הארץ, פרסום העוסק בעניינים ציבוריים כלליים – לא יהא מוגן לפי סעיף 15(2). אחד ההסברים לכך, לפי הפסיקה, הינו כי מי שנודע לו על עוולות או על שחיתויות הפוגעות בציבור בכללותו – יכול להסתפק בהגשת תלונה בפני הגוף המתאים לכך (ע"א 256/57 אפלבויס נ' בן גוריון, פ"ד יד 1205, 1250 (1960) (יצוין עם זאת כי כבר בהלכת אפלבויס נאמר כי: "אפשר גם להעלות על הדעת מצב דברים קיצוני, כאשר המנגנון המיועד לקבלת תלונות על פקידי ציבור ולטיפול בהן חדל לפעול כראוי – בחינת התמוטטות כללית של אותו מנגנון, שאינה מותירה ברירה לאזרח הישר, הנתקל בתופעות של שחיתות ציבורית, אלא לנסות ולקומם נגד תופעות אלה את דעת הציבור, כערכאה אחרונה המסוגלת להביא לתיקון המעוות").

ההלכה שנקבעה בעניין עיתון הארץ ביטאה את התפיסה "שאל לו לאזרח למהר ולפנות בתלונתו לעיתונות, בטרם פנה לרשות המוסמכת לדון באותה תלונה." (עניין עיתון הארץ, בעמ' 94). ובהתאם, כי על עיתונאי המקבל מידע אודות פרשה שיש בה עניין לציבור – להקדים ולפנות לרשויות המוסמכות, לפני שיפרסם את המידע שבידיו.

119. המערערות טענו בפנינו כי על הלכה זו אבד הכלח, וכי אין היא מתאימה עוד למציאות דהיום ולתפקיד העיתונאות בעידן המודרני. לשיטתן, מידע שיש בו כדי להעלות על סדר היום סוגיות חברתיות ומוסריות חשובות – ראוי שיחשב כמידע שיש לגביו חובה מוסרית או חברתית לפרסמו, באופן המוגן מפני תביעה בגין לשון הרע.

ואכן, ההלכה שעליה התבסס בית המשפט קמא בקבעו את גבולות החובה העיתונאית – ותיקה היא. במידה רבה אבד עליה הכלח. הלכה זו מבוססת על התפיסה לפיה אין לחופש הביטוי מעמד בכורה במשפטנו (ראו גם ת"א (ת"א) 2382/90 דרעי נ' גילת פ"מ תשנ"ג (2) 28, 35 (1992)), תפיסה אשר השתקפה בעמדת הרוב בעניין ד"נ חברת החשמל. תפיסה זו איננה עוד התפיסה הרווחת. חופש הביטוי הוכר כבעל מעמד חוקתי על חוקי, ועימו הוכרה חשיבותה של העיתונות החופשית (ראו למשל עניין אפל, עניין אבנרי, עניין בן גביר). מובן לכל היום כי תפקידם של העיתונאים בחברה הדמוקרטית אינו מתמצה עוד בהעברת מסרים לידי רשויות המדינה. על העיתונאים לחשוף שחיתויות, להעביר ביקורת על השלטון ועל גופים פרטיים הפועלים במשק (ראו פסח, בעמ' 938-939). תפקידם הוא להאיר את אותו המידע המגיע אליהם ואשר מצביע על פגמים בהתנהלות המערכות הציבוריות ולהעמידו לעיני הציבור; לשמש

כ"כלב השמירה" של הדמוקרטיה ושל כיבוד החוק (גנאים קרמניצר ושנור, בעמ' 297). עוד מובן כיום כי במקרים רבים קיימת חשיבות גם לעצם פרסומו של מידע, לעצם חשיפתן של פרשיות לעין הציבור, גם במקום שבו המידע הועבר במקביל לרשויות המוסמכות וטופל על ידן. הקביעה כי רק פרסומים הכוללים אזהרות מיידיות על סכנה לחיי אדם, לבריאותו או לרכושו יחשבו לפרסומים שחייב עיתונאי לפרסמם אכן נראית צרה מדי.

120. אכן, שיטתן של המערערות – לפיה על העיתונאי קמה חובה לפרסם כל מידע המאפשר דיון בעניין ציבורי – פותחת לכאורה פתח רחב להגנה על ביטויים שאינם עומדים ברף הדרוש לצורך הגנת אמת הפרסום. הטענה היא כי גישה זו עשויה לייתר למעשה את הגנת אמת הפרסום כליל, שכן כל נושא בעל עניין ציבורי יחסה ממילא תחת הגנת תום הלב.

כיוון שלדעתי נתקיימה הגנת האמת, סברתי תחילה כי אין להכריע, במקרה שלפנינו, בשאלת תקפותה של ההלכה המצומצמת לעניין ההגנה המופיעה בסעיף 15(2) לחוק. למקרא פסק דינו של חברי השופט ע' פוגלמן שוכנעתי כי אכן, כפי שמבחיר חברי היטב, אין לדבוק עוד בהלכה שנסמכה, בעתה, על המשפט המקובל – וזאת לאור השינויים שחלו במשפט המקובל עצמו.

ראוי להכיר בחובה עיתונאית רחבה יותר מאשר זו הנוגעת לאותם מקרים מצומצמים של סכנה לחיים או לרכוש. לעיתים עשויה חובה זו לכלול דיונים ערכיים, אשר אין בהם סכנה מיידית לחיי אדם או עניין הדרוש הכרעה של גורם מוסמך – אך יש להם חשיבות חברתית רמת מעלה.

על אלה אוסיף כי במשפט האמריקאי אין הגנה מיוחדת לעיתונאים על בסיס עבודה עיתונאית אחראית. זאת משום שהגנה זו נכללת ממילא בכללים הנהוגים לגבי כל פרסום. אם לא הוכיח התובע שהפרסום היה שקרי (ואם עסק הפרסום בדמות ציבורית – גם שנעשה בזדון) – לא יזכה בפיצויים. עצם הטלת הדרישה על הנתבע להוכיח שהפרסום הוא "אמת" היא זרה לשיטה האמריקאית והיא אף יכולה להיחשב לבלתי חוקתית.

מקובלת עלי איפוא השקפתו של חברי השופט ע' פוגלמן כי ההגנה הנזכרת בסעיף 15(2) רחבה מן הצורך להתריע מפני אסון ומגפה וכי היא עשויה להשתרע גם על יצירת דיון ציבורי בעניינים בעלי חשיבות ציבורית ניכרת. מקובלת עלי לחלוטין גם

השקפתו של חברי כי להגנה זו יש להציב סייגים סובייקטיביים ואובייקטיביים לבל יהא בה משום עידוד לפרסום בלתי אחראי. הסתמכותו של חברי על המשפט המשווה נותנת בידינו כלים להינתק מן הפסיקה הארכאית, מן הסטטוס קוו ההלכתי ולהשיג קדמה.

על היתרון שבמבט השוואתי ככלי לשבירת הסטטוס-קוו ולפיתוח המשפט עמדתי במקום אחר:

Global judicial cooperation can assist domestic courts to depart from local status quo bias. It can serve as a means to achieve progress and overcome irrational judicial conservatism by relying on the "global market" of innovations. At the same time, it can also serve as a restraint imposed upon domestic courts, preventing them from exceeding the borders of the general consensus about what the "novel" should tell. (Eliezer Rivlin "Foreword: Thoughts on Referral to Foreign Law, Global Chan-Novel, and Novelty" *21 Fla. J. Int'l L.* 1, 15 (2009))

ישנה גם השקה מסוימת בין שני המסלולים – הגנת אמת הפרסום מצד אחד והחובה העיתונאית מצד אחר. הדרישות שמציב חברי לעניין הגנת סעיף 15(2) – "עיתונות אחראית" (נקיטת אמצעים סבירים לאימות העובדות, נהסתמכות על מקורות מהימנים) מבטאות נתונים המשפיעים גם על הקביעה אם נתקיימה אמת לשעתה. בפסקה 36 לפסק דינו של השופט פוגלמן מציין הוא כי "תוצר העריכה משקף במידה רבה את תמונת האירוע כפי שנחזתה לעיתונאי האחראי במועד הפרסום". הקביעה כי "הכתבה עומדת באמת המידה של 'עיתונות אחראית' שכן היא משקפת נאמנה את תמונת המציאות כפי שנחזתה בעיני דיין" (פסקה 38) זהה למסקנתי שלי בדבר אמת לשעתה.

סעיפים 15(4) ו-15(5): הגנת הבעת הדעה בעניינים מסוימים

121. סעיפים 15(4) ו-15(5) לחוק עוסקים בהגנה המוקנית להבעת דעה בנוגע להתנהגות נפגע בתפקיד ציבורי או בעניין ציבורי (15(4)), כבעל דין או כאדם שעניינו משמש נושא לחקירה (15(5)).

בעוד שפרסום עובדות אמור לשקף את המציאות האובייקטיבית כפי שהיא, אמירות בעלות ייסוד סובייקטיבי, המתארות עמדה אישית בנוגע למצב דברים מסוים, יחשבו להבעת דעה (עניין בן גביר, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל; ע"א 9406/96 קאקיש נ' ביארט, פ"ד נג(3) 352, 358 (1999); שנהר, בעמ' 309; ד"נ חברת החשמל, בעמ' 322). הבעת דעה כוללת על פי רוב ביטויים בעלי מטען ערכי מסוים או תיאור מצב עובדתי בדרך המנוסחת כדעה (שנהר, בעמ' 309-310). לרוב, כוללת הבעת הדעה ביטויים אשר לא ניתן לסווגם כ"אמת" או "שקר". פרסום ייחשב כהבעת דעה אם האדם הסביר יבין את האמור בו כהבעת דעתו של המפרסם (ע"א חברת החשמל, בעמ' 291). סיווגו של עניין כהבעת דעה ייעשה על פי מבחני השכל הישר ועל פי כללי ההיגיון (ע"א 259/89 הוצאת מודיעין בע"מ נ' ספיר, פ"ד מו(3) 48, 55 (1992)). הבעת דעה תהיה מוגנת על-ידי הסעיף גם כאשר מדובר בעמדה בלתי נכונה, מופרזת או קשה לשמיעה. היא מוגנת גם כאשר היא משאירה לשומעיה לקרוא לתוכה רמזים מרמזים שונים (דנ"א קראוט, בעמ' 42).

122. אכן, לעיתים מתקיים קושי להבחין בין דעה לעובדה. כך למשל, האם כינוי איש ציבור "נוכל" הוא קביעת עובדה או הבעת דעה? בגלל הקושי להתוות הבחנה בין הבעת דעה לבין הצהרה כוזבת נקבע בארה"ב כי אין בנמצא דבר שהוא "דעה כוזבת". "Under the First Amendment there is no such thing as a false idea" (עניין *Gertz* הנ"ל, בעמ' 339). תהא הדעה כוזבת כאשר תהא, תיקונה יבוא לא כעניין למצפונם של השופטים כי אם בדרך של תחרות עם דעות אחרות.

הלכה פסוקה היא כי על הטוען להבעת דעה להראות כי נתקיימה בדבריו הבחנה בין היסוד העובדתי לבין היסוד של הבעת הדעה. ההבחנה בין עובדות לבין הבעת הדעה צריכה להיות ברורה (ד"נ חברת החשמל, בעמ' 350). בעבר כבר הובעה העמדה כי אי הבחנה בין עובדות לבין הבעת דעה בכתבה לא תשלול את תחולתה של הגנת הבעת הדעה, אם היסוד הדומיננטי בפרסום הינו הבעת דעה; דעה זו נדחתה בדיון הנוסף בעניין חברת החשמל (ראו ע"א חברת החשמל, בעמ' 315, 304-305).

123. ובענייננו: גם אם באמירות מסוימות בכתבה יש משום ביטוי ערכי לסיטואציה, הרי חלקן אינן מוצגות כהבעת דעה ועשויות להיראות כהצגת עובדות. אפילו שמה של התכנית, "עובדה", יחד עם המוניטין שלה כתכנית תחקירים רצינית, מצביעים על עיקר כוונתה לחשוף את העובדות ולא להציג דעות אישיות. על כן, כך נראה, כי מרבית האמירות בכתבה אינן מתאימות לחסות תחת סעיף 15 (4) או (5).

אכן, חלק מאמירותיה של דיין במהלך השידור היו מיותרות, אם לומר את המעט. ראוי היה לה כי תנקוט מידה רבה יותר של ריסון עצמי ושל צניעות לנוכח הקושי המובנה בראיית התמונה המלאה עובר לשידור הכתבה. כך, היה אולי מקום לשקול מחדש את המקום להבעת דעה כי "זה אולי התיעוד המדויק ביותר של מה שקרה שם", או, כי התמונות אינן משאירות "כמעט פירור" מהתחקיר המבצעי – אך כאלה בוודאי יש משום הבעת דעה החוסה בנסיבות המקרה הזה תחת הגנת החוק. כאלה הן למשל גם האמירות כי "לא בטוח שהסיפור הזה היה יוצא החוצה לולא מצב היחסים בתוך הפלוגה". או האמירה כי "מהותית הוא כאילו לא מבין מה רוצים ממנו", לגבי חקירת סרן ר' במצ"ח.

עד כאן באשר לכתבה, ומכאן – לקדימון.

הקדימון – הפרומו לתכנית

124. קודם לשידור התכנית פרסמה טלעד "פרומו" קצר המודיע לצופים על דבר שידורה העתידי של הכתבה. בפרומו נשמע קטע מרשת הקשר בו נשמע חייל אומר "מדובר בתלמידה, אין צורך להרוג אותה". לאחר מכן נשמעת דיין מקריינת – "סיפור ההריגה של הילדה בת השלוש עשרה, דקה אחר דקה". על המסך נראה קטע מתוך חקירתו של סרן ר', שבו הוא מדגים כיצד ירה במנוחה, כשהוא מחזיק את הנשק לכיוון הרצפה. מיד לאחר מכן מתחלפת התמונה ומוקרן סרטון ממסע הלוויה, בו נראית גופה עטופה בברד ירוק, הנישאת על כתפי המשתתפים בהלוויה. בהמשך נראה קטע מחקירת סרן ר' במצ"ח, בו הוא אומר "ביצעתי שני הכדורים וראיתי שאין לה יותר תזוזה". אחר כך נשמעת דיין מקריינת: "מה תועד במצלמות החיילים וברשת הקשר בזמן אמת", כאשר התמונה המוצגת היא של חייל בעמדה, מתוך קלטת הפסקל. לבסוף נשמע קטע מרשת הקשר שבו אומר סרן ר' "קדימה לוודא את ההריגה". משפט זה נחתך מתוך קטע ארוך יותר שבו אומר סרן ר': "אני ועוד גפרור מתקרבים עוד יותר קדימה, לוודא את ההריגה". התביעה בגין הפרומו הופנתה כנגד טלעד בלבד.

125. מאפייניו של הפרומו שונים ממאפייניה של הכתבה. הוא פורסם פעמים רבות, במועדים שונים, עד שקהל הצופים בו היה רחב יותר מאשר הקהל שצפה בתכנית, וניתן להניח כי קהלים אלה אינם בהכרח זהים. ישנם אפוא צופים אשר נחשפו רק ל"פרומו". על כן, עליו להיבחן כשהוא לעצמו, בנפרד מהכתבה. במובנים רבים ניתן להשוות את הפרומו לכותרת המופיעה בראש כתבה בעיתון. הכותרת היא לפעמים כ"חי

הנושא את עצמו" (עניין פלוט, בעמ' 876), ועליה לזכות במעמד ובמשקל שונים לעומת הטקסט והכיתוב הרגיל שמתחתיה. במקרים מסויימים, על כן, תיבתן הכותרת במנותק מגוף הכתבה (שם, בעמ' 874-880). טעם עיקרי לכך הוא שקוראים רבים קוראים קריאה סלקטיבית – מדלגים על הכתבות עצמן וקוראים רק את הכותרות העיקריות בעיתון. טעם נוסף קיים במקום שבו הכותרת יוצרת רושם שונה מהרושם הנלווה לכתבה, שאז, לעיתים, אף אם הכתבה מציגה תמונה מאוזנת – לא יהיה די בכך כדי לשנות את הרושם הראשוני שיצרה הכותרת (שם, בעמ' 879). אם כך לעניין כותרת המופיעה בצמוד לגוף הכתבה – קל וחומר לעניין הפרומו, המשודר במנותק מתוכן הכתבה, וצופים רבים ראו רק אותו.

כמו בכתבה, גם בפרומו כלולה לשון הרע כנגד סרן ר'. האמירה "קדימה לוודא את ההריגה", קישורו של סרן ר' עם "סיפור הריגתה של הילדה בת השלוש עשרה" והצגתו כמי שירה בה מטוח קצר – יכולים בהחלט לגרום לביזוי או להשפלתו. הרושם שנותר בעיני הצופה הסביר הינו שלילי ופוגע בשמו הטוב. אולם, בניגוד לכתבה, סבורני כי בשידור הפרומו עברה טלעד את הקו המפריד בין פרסום מידע אמיתי על-פי מהותו ובעל עניין לציבור, לבין פרסום מידע חלקי שמטרתו השגת רווחים כלכליים ותוצאתו פגיעה בשמו הטוב של סרן ר'. בבחירת המידע החלקי שהוצג בפרומו לא הייתה טלעד זהירה מספיק ולא שקלה את הצורך בשמירה על שמו הטוב של סרן ר'. הקדימון היה בוטה, מודע ומכוון. במודע ובמכוון הוא בא להטות את הדברים נשוא הכתבה.

126. הקדימון אינו עונה על ההגנות המנויות בחוק; לעניין הגנת אמת הפרסום – בעניין שיש לו חשיבות ציבורית, הרי שהעניין הציבורי בקיומם של פרסומים מסוגו של הקדימון הזה מעורב בתכלית מסחרית. אין בכוחו – כשלעצמו – להעלות באופן ממשי שאלות ערכיות למודעות הציבורית; הקדימון אינו מתמקד בשאלות אלה כלל כי אם בסרן ר' וב"סיפור ההריגה". הקדימון אינו מתיימר להציג את ההקשר הרחב יותר של האירוע, או את הדילמות האתיות והמעשיות שהוא מעורר. וחשוב יותר: הפרומו אף אינו מציג נאמנה את הכתבה העתידית, שבה עיקר הדגש היה בשאלות הערכיות הרחבות העולות מן הפרסום. בכך לבד אין כמובן פגם – שכן גם המטרה המסחרית שבפרסום היא מטרה לגיטימית; אלא שנדרשת כאן בחינה נוספת של הפרסום.

127. התמונה העולה מהקדימון היא מוטה והחלטית: סרן ר' יצא לוודא את הריגתה של המנוחה בנפש חפצה: "קדימה לוודא את ההריגה". סימני השאלה שבכתבה אינם

ניכרים בו, גרסתו של סרן ר' אינה מובאת. הדרך שבה מוצג סרן ר' חוצה את גבול השוליים ההגיוניים השמורים לעריכה עיתונאית. דבריו של סרן ר' נחתכו במודע ובמכוון באמצע המשפט. בפרומו הוצג קטע וידאו שבו מדגים סרן ר' בחקירתו במשטרה הצבאית כיצד ירה או לא ירה במנוחה, אך לא ניתן להבין ממנו כי למעשה סרן ר' מנסה להראות כי לא ירה בה בזווית זו ולא ניתן להבין כי השאלה מצויה במחלוקת. כל אלה חוטאים במודע לאמת. אמנם, אין לצפות מתשדיר פרסומת באורך של כשלושים שניות שיציג את תמונת המציאות המלאה. אך אין באילוץ זה כדי להכשיר כל אמירה וכל מצג. דווקא בשל שה"פרומו" קצר ומוגבל ואינו יכול לכלול מידע משמעותי – היה על טלעד להיזהר בבואה לבחור את מה שנכלל בו. הקדימון סוטה אל מעבר לשוליים שקיומם מתחייב כתנאי להגנה על חופש הביטוי. הקדימון אינו מציע תמצית אמיתית של הכתבה. הוא עושה לה עוול. הוא סוטה מן האיזון הראוי שהיה בכתבה. הוא אינו מצייר לצופה תמונה על מה שצפוי הוא לראות ולשמוע בכתבה.

בבחירה שעשתה טלעד הוצגה בפרומו תמונה בוטה ופוגענית. ההצגה החלקית של דבריו של סרן ר' סתתה מן האמת המהותית עד שיצאה מגבולות ההגנה על פרסום האמת. התנהלות זו שוללת מטלעד גם את הגנת תום הלב. לא ניתן לומר גם כי מתקיימות הנסיבות שבסעיפי המשנה של סעיף 15.

אשר על כן, אין הפרומו חוסה תחת הגנות החוק. יש לבחון עם זאת, גם בהקשר לקדימון את נאותות ההוראה לפרסם תיקון או הכחשה בדרך שהותוותה על ידי בית המשפט המחוזי.

פרסום תיקון או הכחשה

128. בית המשפט קמא חייב את המערערות לשדר הודעה בה הן מתארות את האירוע בדרך שקבע בית המשפט, מכוח הוראת סעיף 9(א)(2) לחוק. לאור הקביעה כי הכתבה מוגנת תחת ההגנה של אמת הפרסום – מובן גם כי אין מקום לסעד שנתן בית המשפט. אולם גם לגופו של עניין חורג הסעד מגדר גבולותיו של סעיף 9(א)(2) לחוק, העוסק בפרסום תיקון או הכחשה, מטעם זה לא היה מקום ליתן סעד זה גם כנגד טלעד.

אכן, תכופות יכול הסעד של התיקון והכחשה לספק תרופה יעילה לפגיעה שנגרמה לאדם כתוצאה מפרסום לשון הרע כנגדו. בכוחו של סעד התיקון להשיב את מצבו של קרבן הפרסום לקדמותו, במידה מסוימת, שכן הוא מקנה לתובע הצהרה

פומבית המנקה אותו מן הרושם השלילי שדבק בו (גנאים, קרמניצר, שנור, בעמ' 386). עם זאת, לכלי של פרסום תיקון או הכחשה כוח רב. החובה הפוזיטיבית להשמיע עובדות או דעות שאין המפרסם מסכים איתן – יש עמה פגיעה קשה וחמורה בחופש הביטוי ובחופש המצפון. חופש הביטוי במובנו ה"שלילי" – הזכות שלא להביע את מה שאינו דעתך. החיוב לפרסם עמדות שאין הדובר מסכים איתן כמוהו כאיסור להחזיק באותן עמדות. במובן זה חובת התיקון עשויה לגרום לפגיעה חמורה יותר בזכויות ובכבוד האדם של המפרסם מאשר הפגיעה הטמונה בפיצוי כספי ואף מאשר הפגיעה שנגרמת כתוצאה מצנזורה מוקדמת.

כאשר לא הוכח זדון בפרסום – ההנחה היא כי המפרסם האמין בדברים אותם הביא בפני הציבור. אמנם, בדברים המתפרסמים עשויה להיות לשון הרע כמשמעותה בחוק, ובאין הגנה – פרסומם אסור. אולם החובה לפרסם תיקון שאינו לרוחו של המפרסם כמוה כאמירה כי אסור לו למפרסם אף לחשוב את שחשב. בין איסור הפרסום לבין איסור המחשבה עובר קו אדום אשר על בית המשפט לנקוט משנה זהירות בבואו לחצותו; כאשר נחצה הקו, חובה על בית המשפט לגזור את דברי התיקון כראוי ועל-פי הנדרש. אין להרחיבם אל עבר מרחב המחשבה. לפיכך, בפרשנות ההוראה הזו, על בית המשפט לאזן בין שמו הטוב של הנפגע לבין חופש המצפון של המפרסם. על כן, אף כי קיים בידי בית המשפט הכוח לחייב את הנתבע לפרסם תיקון או הכחשה של הפרסום – עליו להיות זהיר ולהשתמש בו במשורה ובגבולות הראוי.

129. החוק מורה כי התיקון בו חב המפרסם צריך להיות של "דבר המהווה לשון הרע". אין להרחיב את חובת התיקון מעבר לכך. מאחר שהסעד נועד בעיקר למקרים שבהם הפרסום כולל בחובו עובדות שקריות – ניתן לדרוש את תיקונן של טעויות עובדתיות, אך אין מקום לכפות על הנתבע לפרסם דברים העולים כדי הבעת דעה על האירוע. הבעת דעה משקפת את אמונתו הסובייקטיבית של המפרסם. מעצם טבעה, דעה אינה יכולה להיות נכונה או לא נכונה, ולכן לא ניתן לחייב מפרסם לתקן אותה (ראו גם גנאים, קרמניצר ושנור, בעמ' 388). אין לחייב אדם לפרסם תיקון שממנו משתמע כי דעתו השתנתה כאשר לא כך הדבר. למפרסם דבר לשון הרע זכות לשמור על דעותיו ואין לכפות עליו לחזור בו מהן. אין לחייבו להכות על חטא, להצהיר על חרטה כאשר הצהרה זו אינה אמת.

130. בית המשפט העליון של ארה"ב התייחס בעבר לסוגיה דומה – חובתם של מפרסמים לאפשר לנתבע זכות תגובה לפרסום הפוגע בו. במדינת פלורידה חוקק חוק

שקבע כי כאשר עיתון מפרסם ביקורת כלפי מועמד למשרה פוליטית – עליו לאפשר למועמד להשיב לביקורת. חוקתיותו של חוק זה נבחנה בעניין *Miami Herald v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974), בו קבע בית המשפט כי החוק אינו חוקתי, שכן הוא מנוגד לתיקון הראשון לחוקה. החוק מטיל חובה על עורכים או מוציאים לאור לפרסם את מה שההיגיון אומר להם שאין לפרסם. חיוב המפרסם לפרסם הודעת תיקון הכוללת בחובה דעות שאינן מתאימות לקול מצפוננו ולהגיונו – פוגעת פגיעה חמורה מדי בחופש הביטוי ובחופש המצפון של המפרסם. התנצלות ותיקון שאין המפרסם עומד מאחוריהם הם ממילא ריקים מתוכן וחסרי משמעות (על הספק הקיים בנוגע לסמכות בית המשפט להטיל חובת התנצלות על הנתבע ראו שנהר, בעמ' 360).

על בית המשפט לבחון גם את מידת חשיבותו של התיקון ולאזן בינה לבין הפגיעה שמסב הוא לזכויותיו של הנתבע. בתוך כך, על בית המשפט להתחשב באפשרות שהמידע המתוקן הגיע ממילא לידיעת הציבור בדרכים אחרות, וכן באפשרות ובמידה שבה הסעד הכספי לבדו יכול להספיק כדי לכפר על הפגיעה בשמו הטוב של התובע. עוד יש להתחשב במידת האפקטיביות של הפרסום כשהוא לעצמו.

131. בענייננו, דבר זיכוי של סרן ר' נודע זמן רב לפני מתן פסק הדין. ספק אם היה ביכולתו של התיקון להניב תועלת נוספת לשמו הטוב. וחשוב מכך: נוסח התיקון שהוכתב על-ידי בית המשפט אינו מתאים למסגרת החוק. חלק מהיסודות אותם ביקש בית המשפט קמא להכניס לתיקון מבוססים על תפיסות סובייקטיביות והם מנוגדים להשקפת עולמה של דיין. בענייננו, אין מקום לדרוש מדיין לומר כי "התובע רץ חשוף לצלפי רפיח בחירוף נפש" או כי "בהודעתו ברשת הקשר עם סיום האירוע דירבן את החיילים לדריכות ולעירנות, ולא הורה לירות בפעוטות". דיין מחזיקה בעמדה אחרת, וזכותה להחזיק בה. יסודות אחרים בתיקון כוללים מידע שממילא היה גם בכתבה.

מכל מקום, אין מקום לדרוש תיקון מן הסוג שנדרש על ידי בית המשפט קמא במקרה שלפנינו. כאמור, דרישת התיקון וההכחשה צריך שתיעשה במדידות ובמתינות. פסק דינו של בית המשפט קמא חרג מגבול זה. הוא צריך להתבטל הן כלפי המערערת דיין והן כלפי טלעד.

סוף דבר

132. סיכומי של דבר: הערעורים בתיקים ע"א 1236/10 ו-1237/10 מתקבלים בחלקם, ע"א 751/10 נדחה. פסק הדין של בית המשפט המחוזי מבוטל, ככל שהוא

מכוון כלפי דיין. אשר לטלעד, הדרישה לפרסם הודעת תיקון מבוטלת. בהתחשב במשקלו של הקדימון ובמיוחד באיזון הראוי בין חרות הביטוי לבין ההגנה על שמו הטוב של אדם, יופחת הפיצוי שתחוב בו טלעד ויעמוד על 100,000 ש"ח.

בנסיבות העניין מצאנו שאין לעשות צו להוצאות.

המשנה-לנשיאה

השופט ע' פוגלמן:

מהו היקף ההגנות מפני תביעות לשון הרע הנתונות לכלי תקשורת, בכל שאמור בפרסומים עובדתיים שיש בהם עניין ציבורי? חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, פרש – בחוות דעתו המקיפה – יריעה רחבה המתייחסת הן לתשתית הנורמטיבית הן לתשתית העובדתית הצריכה לעניין. אומר כבר בראשית הדברים כי מצטרף אני לתוצאה שמציע חברי, על כל רכיביה.

1. חבריי סבורים כי יש לקבל את ערעורה של אילנה דיין, שכן עומדת לה הגנת אמת הפרסום לפי סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע או החוק). לשיטתם, הגנת "אמת לשעתה", כפי שהותוותה בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות נ' קראוט, פ"ד נב(3) 1 (1998) (להלן: דנ"א קראוט), חלה על מצב שבו עיתונאי מפרסם עובדות שהיו ידועות כאמת במועד עשיית הפרסום, גם אם בדיעבד מתברר כי לא היה מדובר באמת לאמיתה. לדברי חברי השופט י' עמית, "בחינת הפרסום בראייה בדיעבד של הדברים, לאחר שהעובדות נתלבנו בהליך שיפוטי, מהווה נטל כבד על אמצעי התקשורת. שאם לא כן, נמצאת מטיל אחריות מוחלטת על מפרסם, בשל התפתחות מאוחרת שלאחריה נתברר כי הפרסום אינו אמת. הטלת אחריות במקרה כזה, מהווה פגיעה אנושה בחופש הביטוי, ויש בה חשש לאפקט מצנן, אם לא מקפיא, של עבודת העיתונות והתקשורת" (פסקה 12 לחוות דעתו). אין מחלוקת ביני לבין חבריי בנדון, שלושתנו סבורים כי ראוי להגן על פרסום עיתונאי עובדתי בעל ערך ציבורי המשקף את התמונה העובדתית במועד הפרסום כפי שנחזית לעיתונאי אחראי. בנוסף, מסכימים אנו כי בנסיבות העניין שלפנינו, הכתבה נושא הערעורים ראויה להגנה מפני תביעת לשון הרע. בעיניי, שאלה היא אם סעיף 14 לחוק הוא המיקום הגיאומטרי הנכון לפתרון הקושי האמור, או שמא ההגנה הקבועה בסעיף 14 לחוק צריכה להישמר לפרסומים שלגביהם הוכיח המפרסם בראיות את אמיתות המצג העובדתי המופיע בפרסום (לדוגמה: אם נטען בפרסום כי פלוני נחקר במשטרה, והדבר

מהווה לשון הרע, אזי כדי ליהנות מהגנת אמת הפרסום, נדרש הנתבע להוכיח בראיות, על-פי מידת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי, כי המשטרה אכן חקרה את אותו פלוני במועד הפרסום; אם המצג העובדתי המשתמע מהפרסום הוא כי אלמוני גנב כספים, יידרש המפרסם להוכיח כי אלמוני אכן ביצע את המעשה), ודוק: פרסומים שהיו האמת לאמיתם בנקודת הזמן של עשיית הפרסום, ולא רק כאלה שהיו אמת כפי שהייתה ידועה או נחזתה באותה שעה (ראו חוות דעתה של השופטת ד' דורנר בדנ"א קראוט, בעמ' 107). נוכח המסקנה שאליה הגעתי, כפי שיובהר בהמשך הדברים, שלפיה עומדת לדיין הגנת סעיף 15(2) לחוק, מצטרף אני לתוצאת חוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה, מבלי שאני נדרש לנקוט עמדה בשאלת תחולתה של הגנת אמת הפרסום בנסיבות המקרה.

הגנת סעיף 15(2) לחוק ותחולתה על פרסומים עובדתיים לציבור הרחב

2. סעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע קובע כי מפרסם יוכל להתגונן מפני תביעת לשון הרע אם יוכיח כי עשה את הפרסום בתום לב, בנסיבות שבהן "היחסים שבינו לבין האדם שאליה הופנה הפרסום הטילו עליו חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות אותו פרסום". מדובר אפוא בשני תנאים מצטברים: האחד, תום הלב של המפרסם; השני, קיומה של חובה (חוקית, מוסרית או חברתית) לעשות את הפרסום. אילנה דיין טוענת כי הפרסום נעשה בתום לב וכן כי מתקיימת הנסיבה הקבועה בסעיף 15(2) לחוק לשון הרע, שעניינה קיומה של "חובה מוסרית או חברתית" לעשות את אותו פרסום. לדבריה, הייתה מוטלת עליה – כעיתונאית חוקרת – חובה לפרסם את המידע שהגיע לידיה – קרי: חומרי החקירה של פרשת הירי במוצב גירית – שיש בו חשיבות ציבורית רבה ועולות ממנו שאלות מהותיות בנוגע להתנהלותם של חיילי צה"ל.

3. שאלת היקף תחולתה של ההגנה הקבועה בסעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע ביחס לפרסומים עיתונאיים המכוונים לציבור הרחב נידונה בע"א 213/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עיתון הארץ בע"מ, פ"ד כג(2) 87 (1969) (להלן: עניין עיתון הארץ). באותו עניין דן בית המשפט בתביעת לשון הרע שהגישה חברת החשמל נגד עיתון הארץ, בהתייחס לידיעה שפרסם האחרון. בידיעה נכתב כי חברת החשמל רכשה רכב לשימושו של מנהלה הכללי בעלות גבוהה – דבר שעורר תרעומת ציבורית על רקע המיתון הכלכלי ששרר באותה עת – ולא מכרה אותו גם לאחר שהודיעה כי בכוונתה לעשות כן. השופט א' ויתקון דחה את טענת העיתון להגנה לפי סעיף 15(2) לחוק, ופסק כי ככלל, היחסים בין עיתון לבין ציבור קוראיו אינם מטילים עליו "חובה" מיוחדת

לפרסם דברים בעלי עניין ציבורי, ולכן, הם גם אינם מקנים לו הגנה מיוחדת לגבי פרסומים אלה אם הם מתבררים בסופו של יום כבלתי נכונים. בית המשפט היה נכון להכיר בקיומה של חובה לפרסם דבר מה לציבור הרחב, לפי סעיף 15(2) לחוק, רק בנסיבות שבהן נשקפת סכנה לחיי אדם, לבריאותו או לרכושו. במקרה שקדם לכך, נקבע כי ההגנה הקבועה בסעיף 15(2) לחוק (ולפני כן, במסגרת סעיף 20(1)(א) לפקודת הנזיקים האזרחיים, 1944) עשויה לעמוד לעיתון (כמו גם לאדם מן הישוב) גם בנסיבות חריגות, שבהן יוכח כי רשויות המדינה המופקדות על כך אינן מסוגלות לטפל בדיעה נושא הפרסום (ראו ע"א 256/57 אפלבויס נ' בן גוריון, פ"ד יד 1205, 1250 (1960)). משכך נלמד כי היעדר פנייה לגורמי אכיפת החוק, עובר לפרסום הידיעה, תשלול את ההגנה לפי סעיף 15(2) לחוק (ע"א 670/79 הוצאת עתון הארץ בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169 (1987)). עוד נקבע כי דינו של עיתון לעניין פרסום לשון הרע וההגנות הוא כדין כל אדם, וכי חשיבותו הציבורית של נושא הפרסום אינה מקנה לעיתון חסינות מיוחדת (ע"א 90/49 בנטוב נ' קוטיק, פ"ד ה 593 (1951)).

4. לאורך שנים, פסעו בתי המשפט בתלמה של הלכה ותיקה זו – שהתבססה, בין היתר, על הפרשנות המצמצמת להגנה המקבילה במשפט האנגלי – ודחו את טענות אמצעי התקשורת כי יש להגן על פרסומים עיתונאיים בעלי עניין לציבור מפני תביעת לשון הרע, במסגרת סעיף 15(2) לחוק (ראו, בין היתר: ע"א 552/73 הרצל רוזנבלום נ' ראובן כץ, פ"ד ל(1) 589 (1975); ע"א 640/85 קופר נ' איגוד המוסכים בישראל, פ"ד מד(1) 594 (1990); ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 568 (1992); ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, מט(2) 843, 875 (1995)). בע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 865 (2001) (להלן: עניין פלוס), שבה ועלתה השאלה אם הגנת סעיף 15(2) לחוק עומדת לעיתון, לאחר שנקבע כי הוא אינו יכול לחסות תחת הגנת סעיף 14 לחוק (אמת הפרסום). באותו מקרה נקבע כי העיתון לא פעל בתום לב, ולכן ממילא לא תוכל לעמוד לו ההגנה, שכן דרישת תום הלב המהותי היא תנאי מצטבר לכל אחת מהחלופות הקבועות בסעיף 15. בצד האמור, עמד השופט (כתוארו אז) מ' חשין על הפרשנות המצמצמת שההלכה הפסוקה נתנה ל"חובה" המוזכרת בסעיף 15(2) לחוק, והזהיר מפני מדרון חלקלק אם תפורש "חובה" זו בהרחבה ביחס לפרסומים באמצעי התקשורת. עם זאת נמנע בית המשפט מדיון נרחב בשאלה זו בשל מורכבותה, שכן, כאמור, היא לא נדרשה לשם הכרעה במקרה הספציפי (שם, בעמ' 905). אזהרה דומה בנוגע ל"מדרון החלקלק" שיגר כבר השופט א' ויתקון בעניין עיתון הארץ:

"סבורני שאף אנו ניטיב לעשות, אם נבדוק כל מקרה בשבע עיניים בטרם נכיר ב'חובה' מצד עיתון לתת לדבר פומבי, כשכרוך בהכרת חובה כזאת שהדבר עלול להיות בלתי-נכון ויגרום לאדם נזק בל-ישוער" (שם, בעמ' 93).

5. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, הלכת עיתון הארץ היא אכן הלכה ותיקה. למעלה מארבעים שנה חלפו מאז שנקבעה. מאז ועד היום, השתנה עולם התקשורת ללא הכר, וחלו תמורות של ממש בתפקיד העיתונות בישראל ובעולם (ראו פסקה 119 לחוות דעתו של חברי). במקביל, גם המשפט הישראלי לא שקט על השמרים. מאז שניתן פסק הדין בעניין עיתון הארץ בשנת 1969, חל שינוי תפיסתי ביחס למעמדו של חופש הביטוי בדין הישראלי, והוא הוכר כבעל מעמד חוקתי על-חוקי. לפיכך, בלשונו של חברי, מדובר בהלכה ש"במידה רבה אבד עליה הכלח" (פסקה 119 לחוות דעתו). נוכח מסקנתו של חברי בשאלת האמת בפרסום, לא נדרש הוא לקבוע את גבולותיה של החובה העיתונאית בגדרו של הסעיף האמור. להשקפתי, בשלה העת לבחון מחדש את הלכת עיתון הארץ, ולבדוק אם ובאילו נסיבות ניתן להחיל את ההגנה הקבועה בסעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע על פרסומים עיתונאיים.

6. לפני שנבחן את השאלה הפרשנית העומדת להכרעתנו, בניסיון להגיע לאיזון ראוי בין הזכויות, הערכים, והשיקולים הנוספים הצריכים לעניין, מצאתי כי יש מקום לבחינה השוואתית של המצב המשפטי באנגליה ובשיטות משפט מקובל נוספות. כפי שנראה, הגנת "חובת הפרסום" הגיעה למשפטנו מהמשפט האנגלי, והלכת עיתון ארץ הסתמכה אף היא על פסיקה אנגלית בת זמנה שיסודותיה בפסק דין משנת 1917 ואף קודם לכן. אמנם החוט המחייב המקשר בין המשפט האנגלי לדין הישראלי נותק לפני מספר עשורים (עם זאת, ראו: סעיף 1 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]), אך משמדובר בהלכה ובהוראת חוק שנשמכה על המשפט המקובל, ראוי – כאחד ממקורות הפרשנות האפשריים הגם שאינם מחייבים – לבחון מה התרחש באותן שיטות משפט מאותו מועד, ולא להגביל את מבטנו לפסיקה אנגלית מתקופת מלחמת העולם הראשונה. חברי המשנה לנשיאה התייחס בחוות דעתו באופן מאיר עיניים למשפט האמריקאי, ולא ראיתי להוסיף על ניתוחו. אוסיף כי בכל הקשור לדיני לשון הרע, מצאתי כי נקודת האיזון בדין הישראלי בין הזכויות והערכים המתנגשים (עליה נעמוד בהמשך), כמו גם ההסדרים החוקיים שבהם בא איזון זה לידי ביטוי, נושאים דמיון רב יותר למשפט האנגלי מאשר למשפט האמריקאי.

התפתחות הגנת "חובת הפרסום" במשפט המקובל

7. במשך שנים ארוכות נחשבו דיני לשון הרע באנגליה נוחים במיוחד עבור התובעים. נטיית הדין האנגלי לטובת הזכות לשם טוב, על השבון חופש הביטוי וחופש העיתונות, בלטה במיוחד בהשוואה לדין האמריקאי (ראו התייחסות לפסק הדין הידוע *New York Times v Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), בפסקה 69 לחוות דעתו של חברי, המשנה לנשיאה). כך למשל, הדין האמריקאי, המקדש את חופש הביטוי, מטיל בנסיבות מסוימות על התובע את הנטל להוכיח כי הפרסום איננו אמת, בעוד שהדין האנגלי קובע חזקה הפוכה שאותה נדרש הנתבע להפריך (ראו: DARIO MILO, DEFAMATION AND FREEDOM OF SPEECH, ch. V (2008); תמר גדרון "מפת תיירות הדיבה העולמית ודיני לשון הרע בישראל" *המשפט טו* (2) 385, 416-418 (2011)). בהינתן שוני זה בהשקפות, לונדון נחשבה במשך שנים לבירת "תיירות הדיבה" (Libel Tourism), בשל התובעים מרחבי העולם המגיעים לאנגליה על-מנת להגיש תביעות לשון הרע נגד מפרסמים (שם, בעמ' 389).

8. הגנת "חובת הפרסום" המוכרת לנו היום מסעיף 15(2) לחוק לשון הרע מקורה במשפט המקובל, והגיעה למשפט הישראלי דרך דיני הנזיקין המנדטוריים. במשפט המקובל, מכונה הגנה זו *qualified privilege* – שתורגם בפסיקתנו כ"זכייה" או חסינות מסויגת – להבדיל מהגנות של חסינות מוחלטת (*absolute privilege*), המכונות בחוק איסור לשון הרע "פרסומים מותרים", דוגמת ההגנה הניתנת לפרסומים שנעשים במסגרת הליך שיפוטי (השוו: סעיף 13 לחוק לשון הרע; רע"א 1104/07 חיר נ' גיל, פסקאות 7-8 לפסק-דינו של חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין (לא פורסם, 19.8.2009)). מדובר בחסינות מסויגת או מותנית, שכן בנוסף להתקיימות נסיבותיה הפרטניות של ההגנה, דורש הדין האנגלי הקלאסי בנוסף כי הפרסום לא ייעשה ב*malice*. נטל ההוכחה לעניין זה, מוטל על התובע. במידה רבה של דמיון (אם כי תוך היפוך נטל ההוכחה), כדי לזכות בהגנה לפי סעיף 15(2) לחוק נדרש המפרסם בישראל להוכיח כי נהג בתום לב (יוער כי היפוך נטל ההוכחה בישראל – כך שהמפרסם הוא זה שצריך להוכיח כי פעל בתום לב – הוא חידוש של חוק איסור לשון הרע משנת 1965, ראו: אורי שנהר דיני לשון הרע 258 (1997)).

9. ניתן למצוא את שורשיה של החסינות המסויגת מפני תביעת לשון הרע המוענקת לפרסום שנעשה מתוך חובה או אינטרס לגיטימי, כבר בפסיקה האנגלית מהמאה ה-18, שעסקה בתביעות לשון הרע של משרתים נגד מעסיקיהם לשעבר שהוציאו את דיבתם במסגרת מכתבי המלצה (ראו: Paul Mitchell, *Duties, Interests and Motives: Privileged Occasions in Defamation*, 18 (3) OXFORD J. LEG. STUD.

(1998) 381). הניסוח הקנוני של החסינות המסויגת, המצוי גם בגרסאות שונות בפסיקה מאמצע המאה ה-19, מצוי בעניין *Adam v. Ward* [1917] A.C. 309, 334, שם קבע לורד Atkinson כי יש להכיר בחסינות מסויגת מפני תביעת לשון הרע לפרסום שנעשה בנסיבות שבהן:

"...the person who makes a communication has an interest or a duty, legal, social, or moral, to make it to the person to whom it is made, and the person to whom it is so made has a corresponding interest or duty to receive it."

ובתרגום חופשי: "כאשר למפרסם יש עניין (interest) או חובה (duty) – חוקית, חברתית או מוסרית – לעשות את אותו פרסום לאדם שאליו הופנה הפרסום, וכאשר לנמען הפרסום יש עניין או חובה מקבילים לקבלו". הנחתי היא שלא נעלם מהקורא הדמיון הרב בין נוסח זה לנוסחו של סעיף 15(2) לחוק. במשך שנים רבות, התייחס המודל הקלאסי של החסינות המסויגת – המקבילה לזו המוכרת לנו מסעיף 15(2) לחוק – בעיקר למקרים של פרסומים בעלי אופי פרטי. סוגי הפרסומים הכוללים לשון הרע שזכו להגנה זו בפסיקה האנגלית הקלאסית הם מכתב המלצה על פלוני ממעסיק לשעבר למעסיק פוטנציאלי; חיווי דעה על אופיו של פלוני או ביחס למצבו הכלכלי, על רקע דרישת מידע זה מצד אדם המתלבט אם להתקשר עם אותו פלוני בקשר עסקי; פרסום בנוגע לפלוני הנעשה במסגרת קשרי משפחה, חברות או הסתמכות בין המפרסם לנמען; ותלונה על מעשה פסול של פלוני המוגשת לרשות המוסמכת (ראו: *GATLEY ON LIBEL AND SLANDER* 460-496 (11th ed. Milmon & Rogers ed. (2008) (להלן: גאטלי). עם זאת, כל מקרה נבחן לפי נסיבותיו הפרטניות – קרי: בתי המשפט האנגלים בחנו את חובתו של מפרסם ספציפי על רקע פרסום קונקרטי. לא ניתנה הגנה כללית לקטגוריות של פרסומים. עוד נקבע כי קיומה של חובה מוסרית או חברתית, או קיומו של אינטרס לגיטימי, הם שאלה שיש לבחנה מנקודת מבט אובייקטיבית – בהתאם לתפיסות הציבור האנגלי באותה עת – ואינה תלויה ביסוד הנפשי של המפרסם (גאטלי, בעמ' 450-455).

10. כפי שהראה השופט א' ויתקון בעניין עיתון הארץ, הפסיקה האנגלית הוותיקה נמנעה באופן מסורתי מהכרה בחסינות מסויגת כאמור ביחס לפרסום של אמצעי התקשורת שיועד לציבור הרחב (שם, בעמ' 91-93. ראו גם: גאטלי, בעמ' 517-518). מגמה זו נמשכה עד שלהי המאה ה-20, ואמצעי התקשורת, ככלל, לא נתפסו כבעלי "חובה מוסרית או חברתית" לפרסם ידיעות לציבור, גם בנסיבות שבהן היה בפרסום אינטרס ציבורי (ראו למשל: *Blackshaw v. Lord* [1984] QB 1 (C.A.). הדין האנגלי,

כמו הדין אצלנו, הכיר כי בנסיבות חריגות יוכל אמצעי תקשורת לחסות תחת החסינות המסויגת מפני תביעת לשון הרע ביחס לפרסום עובדתי שאינו בהכרח אמת, כאשר הייתה דחיפות רבה לפרסם אזהרה לציבור, אם – למשל – נשקפת סכנה מיידית לציבור הרחב מאדם שנחשד בטרור, או אם קיים חשש להפצת מזון מורעל (שם; השוו: עניין עיתון הארץ, בעמ' 94).

11. עם זאת, בעשור האחרון, חלה תפנית של ממש בדין האנגלי בעניין זה. בין היתר, על רקע חקיקת ה-Human Rights Act, 1998, שבגדרו נקלטו בבריטניה הוראות האמנה האירופאית לזכויות אדם, וניתנה עליונות נורמטיבית – בין היתר – לחופש הביטוי. בפסק הדין המכונן של בית הלורדים בעניין *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] UKHL 45, [1999] 4 ALL ER 609 (להלן: עניין Reynolds), נקבע לראשונה כי אמצעי תקשורת יוכל לזכות בחסינות מסויגת מפני תביעת לשון הרע ביחס לפרסום עובדתי שאינו בהכרח אמת, אם יוכיח כי מדובר היה בפרסום בעל עניין ציבורי שנעשה תוך עמידה בסטנדרט של "עיתונאות אחראית" (Responsible Journalism) (להלן, כפי שכוונתה במשפט המקובל: הגנת Reynolds). הבסיס הדוקטרינרי להגנה זו נותר החסינות המסויגת שעניינה קיומה של "חובה" לפרסם (Duty-Interest). בפסק-דין, קבע לורד Nicholls רשימה בלתי ממצה של מבחנים שיילקחו בחשבון בשאלה אם תעמוד לאמצעי התקשורת החסינות המסויגת האמורה במקרה ספציפי. בין היתר, נבחנת חומרת ההאשמות המופיעות בפרסום כלפי הנפגע; אופיו של הפרסום (דהיינו: מה מידת העניין הציבורי בפרסום); מהימנות מקורות המידע שעליהם הסתמך המפרסם; הצעדים שבהם נקט המפרסם לשם אימות המידע; דחיפות הפרסום; אם נתבקשה תגובת הנפגע ואם הובאה תמצית גרסתו במסגרת הפרסום; טון הפרסום וסגנונו; ונסיבותיו הכלליות של הפרסום, לרבות שאלת התזמון. בנסיבות המקרה של עניין Reynolds, מצא בית הלורדים כי ההגנה לא תעמוד למפרסם, בעיקר מהטעם שלא הביא בידיעה שפורסמה את תמצית גרסתו של הנפגע. מספר שנים לאחר פסק הדין בעניין Reynolds, שב בית הלורדים ועמד על העקרונות העומדים בבסיס הלכה זו. בעניין *Jameel v. Wall Street Journal Europe* [2007] 1 A.C. 359 (להלן: עניין Jameel), הובהר כי לא נדרש להחיל את כל המבחנים שמנה לורד Nicholls בעניין Reynolds באופן מצטבר ודווקני, כתנאי לתחולת ההגנה. נפסק כי יש לבחון – באופן גמיש ומעשי – את התנהלות המפרסם כמכלול (שם, בפסקה 56), קרי: אם עמד המפרסם בסטנדרט של "עיתונות אחראית" (שם, בפסקה 53).

12. הנה כי כן, בעשור האחרון הרחיב הדין האנגלי את תחולתה של הגנת "חובת הפרסום" ביחס לפרסום עובדתי של אמצעי תקשורת המיועד לציבור הרחב. כיום אמצעי תקשורת המבקש לחסות תחת הגנת Reynolds נדרש להראות כי מדובר היה בפרסום בעל עניין ציבורי, וכן כי הוא נהג בהתאם לאמת המידה של "עיתונות אחראית". למותר לציין כי המפרסם יידרש להגנה זו רק אם לא תעמוד לו הגנת אמת הפרסום (בין משום שלא יוכל להוכיח בראיות קבילות את אמיתות הפרסום, ובין משום שיתברר בדיעבד באופן פוזיטיבי כי היה מדובר בפרסום שגוי). על כן, שאלת אמיתות הפרסום אינה רלוונטית בבחינת הגנת Reynolds. השאלה היא אם בבחינה אובייקטיבית של המידע שעמד לרשות המפרסם, בעת הפרסום, היה זה ראוי לפרסם את המידע כפי שפורסם (ראו: גאטלי, בעמ' 546). עם זאת, חשוב לציין כי מאפייניה של הגנת Reynolds והיקף תחולתה עדיין מצויים בשלבי התהוות וגיבוש. רק בחודש נובמבר 2011, שמע בית המשפט העליון הבריטי את ערעורו של עיתון הטיימס הלונדוני על פסק-דינו של בית המשפט לערעורים, שבמסגרתו נדחתה טענת הגנה לפי Reynolds בנוגע לדיווח עיתונאי (reportage) על חקירה משטרתית פנימית שהתנהלה נגד קצין משטרה (Flood v. Times Newspapers Ltd [2010] EWCA Civ 804). נראה כי יידרש פרק זמן נוסף קודם שניתן יהיה לעמוד על השלכותיה הכוללות של הגנת Reynolds על דיני לשון הרע האנגליים.

13. לאחרונה, אימץ גם בית המשפט העליון בקנדה את הגנת Reynolds, תוך שינויים והתאמות. בפסק הדין בעניין Grant v. Torstar Corp., [2009] S.C.C. 61 (להלן: עניין Grant), הכיר בית המשפט העליון הקנדי (מפי הנשיאה McLachlin) בהגנה מפני תביעת לשון הרע ל"פרסום אחראי בנושאים של עניין ציבורי" (responsible communication on matters of public interest). בית המשפט קבע כי ההגנה הקיימת מפני תביעת לשון הרע בנוגע לפרסומים עובדתיים שיש בהם חשיבות לשיח הציבורי היא מצומצמת מדי, ואינה נותנת משקל מספיק לזכות החוקתית לחופש הביטוי ולחופש העיתונות, המעוגנות בצ'ארטר הקנדי. גם בשיטות משפט מקובל נוספות, הורחב בשנים האחרונות היקף ההגנה לפרסומים עיתונאיים בעלי אופי עובדתי שיש בהם עניין ציבורי (ראו, למשל, בדרום אפריקה: National Media Ltd. v. Bogoshi; באוסטרליה: Lange v. Australian Broadcasting Corporation [1997] 189 CLR 520; בניו-זילנד: Lange v. Atkinson [2000] 3 NZLR 385; בג'מייקה (פסק-דין של ה-Privy Council): Bonnick v. Morris [2003] 1 A.C. 300). במאמר מוסגר יוער כי בקנדה, נקבע כי ההגנה האמורה אינה מוגבלת לגדרי החסינות המסויגת הקלאסית, ולכן נזנחה הרטוריקה של "חובה לפרסם", לטובת שיח

של "סבירות" התנהגות המפרסם (ראו: עניין Grant, פסקאות 88-95). בכיוון דומה ביקשו ללכת גם שניים מהשופטים בעניין Jameel (שם), פסקה 46 (לורד Hoffmann), פסקה 146 (ברונית Hale); לדעה שונה, ראו: שם, פסקה 135 (לורד Scott)).

14. הנה כי כן, סקירת המצב המשפטי באנגליה ובמדינות המשפט המקובל, מגלה כי התחוללה שם תמורה של ממש בכל הקשור לתחולת הגנת "חובת הפרסום" ביחס לפרסומים עובדתיים בכלי התקשורת. בתי המשפט בבריטניה – ובעקבותיהם בתי המשפט בשיטות משפט נוספות – הרחיבו את תחולת הגנת "חובת הפרסום" על פרסומים בכלי התקשורת, ובמידה רבה הביאו לשינוי המגמה המצמצמת שהייתה נהוגה במשפט המקובל, שלה ניתן ביטוי גם בהלכת עיתון הארץ.

15. בצד התועלת שאותה ניתן להפיק מבחינה השוואתית, עלינו לזכור כי מדובר בשיטות משפט שונות, שבהן איזונים שונים בין זכויות וערכים, כמו גם הסדרים נורמטיביים שונים. כך למשל, חופש הביטוי מעוגן במפורש בסעיף 2 לצ'רטר הקנדי, בעוד שבדין הישראלי הוא פורש בתחילה כזכות יסוד "שאינה כתובה עלי ספר", ובשלב מאוחר יותר כנגזרת של כבוד האדם, המעוגן בסעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פסקה 10 לפסק-דינו של חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין, פסקה 13 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (לא פורסם, 12.11.2006)). בהינתן סייג זה, אל לנו מלעצום את עניינו למתרחש בשיטות משפט נוספות במדינות העולם, לא כל שכן שעה ששורשיהם של סעיף החוק שאותו אנו בוחנים, וההלכה שפירשה אותו – נטועים באותן שיטות ממש.

דיני לשון הרע – איזון בין זכויות ואינטרסים מתנגשים

16. נחזור לענייננו. בבואנו לבחון הסדר הקבוע בחוק איסור לשון הרע, עלינו לזכור כי מדובר באיזון עדין בין זכויות ואינטרסים כבדי משקל, ה"מושכים" לכיוונים מנוגדים. מצד אחד, ניצבים חופש הביטוי וחופש העיתונות. מנגד, זכותו של הפרט לכבוד, לשם-טוב ולפרטיות. הפרשנות הראויה תימצא בנקודת האיזון בין אלה לאלה. חברי המשנה לנשיאה עמד בהרחבה בחוות דעתו על הזכויות והאינטרסים המתנגשים, על אדניהם התיאורטיים והמעשיים, ההיסטוריה שלהם במשפט העמים ובמשפט הישראלי. על מנת להימנע מחזרה על הדברים, אמקד את הדיון בהיבטים הרלוונטיים לענייננו, ואפנה את הקורא לחוות דעתו המקיפה של חברי שתשמש תשתית לדיון.

17. על חשיבותו של חופש הביטוי, אין צורך להכביר במילים. ניתן לסווג את ההצדקות הרעיוניות העומדות בבסיס ההגנה החוקתית על חופש הביטוי לשתי קבוצות עיקריות: האחת, חופש הביטוי כחלק מכבוד האדם וזכותו לאוטונומיה. חופש הביטוי מאפשר לפרט להגשים את עצמו, להביע את דעותיו, להביא לידי ביטוי את תכונותיו האישיות, לחדד את רעיונותיו ולפתח את אישיותו. הדגש הוא על הביטוי כתכלית בפני עצמו (בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953), להלן: עניין קול העם). השנייה, תפישה אינסטרומנטאלית של חופש הביטוי, חופש הביטוי כאמצעי להשגת מטרות חברתיות ודמוקרטיות (ראו פסקה 62 לחוות דעתו של חברי). חרות הביטוי היא תנאי הכרחי לדמוקרטיה (ראו: בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 (1987)). רק כאשר מתקיים שיח חופשי ופתוח, יכול הציבור לגבש את עמדותיו וליצוק באופן מושכל תוכן למונח "רצון העם". כמו-כן, חופש הביטוי הוא אמצעי יעיל לקידום הידע וגילוי האמת. נטען כי רק במסגרת של "שוק פתוח" של ביטויים, נבחנות תפישות, דעות וטענות שונות, האחת אל מול רעותה. לאחר שישקע אבק הקרבות בין התפישות והדעות המנוגדות, תשרוד הטובה מביניהן. כך גם ביחס לטענות עובדתיות סותרות – בשיח ציבורי פתוח וחופשי, קיים סיכוי טוב שהאמת היא שתגבר בסופו של יום (עניין קול העם, בעמ' 891).

להשקפתי, כאשר מדובר בביטוי מסוג של פרסום עיתונאי "עובדתי" בקשר לעניין ציבורי, התכלית הרלוונטית ביותר של חופש הביטוי היא התכלית האינסטרומנטאלית – כאמצעי להשגת תכליות חברתיות ודמוקרטיות חשובות, וככלי עזר לגילוי האמת.

לעיתונות חופשית יש תפקיד מפתח במימוש תכליות אלה. בימינו, תקשורת ההמונים היא כיכר העיר, האגורה, המקום שאליו מגיע הציבור כדי לקבל מידע ולהאזין לדעות שונות. אך תפקידה של העיתונות אינו מתמצה בדיווח על אירועים בעלי עניין לציבור, וגם אינו מסתכם במתן במה לדעות שונות. מקובל גם לומר כי התקשורת היא זו שקובעת את השיח הציבורי, על-ידי העלאת נושאים מסוימים לדיון (והשמטתם של נושאים אחרים מסדר היום). תפקיד מהותי נוסף של התקשורת בעידן המודרני הוא "עיתונות חוקרת" (investigative journalism), המנסה לחשוף מידע הנסתר מהעין בנושאים בעלי עניין ציבורי, לידיעת הציבור הרחב. הלכת עיתון הארץ, כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, ניתנה מתוך תפישה שונה בתכלית של תפקיד העיתונות בחברה דמוקרטית – תפישה שאינה הולמת את מציאות חיינו.

18. בצד השני של המאזניים ניצבת ההגנה על זכותו של האדם לשם טוב. מדובר בערך רחב הכולל בחובו את זכות האדם להערכה עצמית ולכבוד אנושי, ובעיקר את זכותו של אדם לקבל מהחברה ומהסובבים אותו את הכבוד וההערכה שלהם הוא ראוי על בסיס התנהגותו, מעשיו וכישוריו. כפי שציין השופט (כתוארו אז) א' ברק באחת הפרשות:

"כבוד האדם, ושמם הטוב חשובים לעתים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר. בתודעתנו החברתית תופס שמו הטוב של אדם מקום מרכזי. מקורותינו מציינים כי 'לשון הרע הורגת' וכי כל המלבין את פני חברו ברבים 'כאילו שופך דמים', ואפילו סלח האדם עליו הוצא לשון הרע, הריהו 'בוער מבפנים'. אין להתפלא, איפוא, כי תפיסתנו הינה כי 'טוב שם משמן טוב'" (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 857-856 (1989), להלן: עניין אבנרי).

המוניטין של אדם עשוי לחרוץ את גורלו, לשבט או לחסד. הוא שיקבע, במידה רבה, אם אדם יסכים להעסיקו או לעשות עימו עסקים; אם הציבור ייתן בו אמון ככל שירצה לבקש להיבחר למשרה ציבורית; אם הסובבים אותו יבקשו את חברתו או יפנו לו עורף. פגיעה לא מוצדקת במוניטין של אדם, היא פגיעה לא רק בכבודו הוא, אלא גם באינטרס רחב יותר של התנהלות תקינה של החברה.

19. האיזון המצוי בדיני לשון הרע בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב, הוא איזון "אופקי" בין שתי זכויות הנגזרות מהזכות החוקתית לכבוד האדם (ראה פסקאות 77-73 לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה; רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 519 (2001), להלן: עניין אמר). גם אם בעשורים האחרונים, כפי שציין חברי, קיימת מגמה בפסיקה ליתן משקל רב יותר לחופש הביטוי על-פני הזכות לשם טוב (ראו: עניין אבנרי, בעמ' 863, 874; בג"ץ 606/93 קידום נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 9 (1993)), אין מדובר באימוץ גישה מונוליתית כדוגמת השיטה האמריקאית. קביעת המדרג בין הזכויות השונות, ומידת ההגנה על חופש הביטוי ביחס לזכויות ולערכים המתנגשים בו, נגזרת מסוג הביטוי הספציפי ומאפייניו (ראו פסקה 78 לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה והאסמכתאות שם).

20. על רקע דברינו עד כה, נחזור לבחון את השאלה שהצבנו בראשית דברינו – מהו האיזון הראוי בין חופש הביטוי וחופש העיתונות לבין הזכות לשם טוב והזכות לכבוד, כאשר מדובר בפרסום עיתונאי "עובדתי" בעניין ציבורי. ובאופן קונקרטי יותר: מהו היקף ההגנה שיש להעניק לפרסומים עיתונאיים "עובדתיים" בעניין ציבורי מפני

תביעת לשון הרע. האם יש מקום להתמיד בפרשנות המצמצמת של הלכת עיתון הארץ לסעיף 15(2), או שמא יש מקום להרחיב את ההגנה הניתנת לפרסומים עיתונאיים מסוימים במסגרתו?

הלכת עיתון הארץ – משטר של אחריות חמורה ביחס לפרסומים עובדתיים בכלי התקשורת

21. כפי שכבר הוזכר, לפי ההלכה שנפסקה בעניין עיתון הארץ, אמצעי תקשורת לא יוכל ליהנות מההגנה הקבועה בסעיף 15(2) לחוק ביחס לפרסום עיתונאי "עובדתי" בעניין ציבורי, למעט במקרים חריגים ביותר. ההגנות הרלוונטיות היחידות בהקשר זה הן אלה הקבועות בסעיף 13 (דברים שנאמרו בהקשר "מוגן", ולכן נחשבים לפרסום מותר – כגון פרסום שהוא דין וחשבון נכון והוגן על דברים שנאמרו במסגרת הליך משפטי), ובעיקר – הגנת אמת הפרסום לפי סעיף 14 לחוק לשון הרע. כידוע, הנטל המוטל על כתפי המבקש לחסות תחת הגנת אמת הפרסום הוא כבד ולא בנקל יעלה בידי המפרסם להרימו (דנ"א קראוט, בעמ' 40-41). כפי שהראינו, המפרסם נדרש להוכיח בראיות ולשכנע את בית המשפט כי הפרסום היה אמת. לא אחת נפסק כי שאלת היסוד הנפשי של המפרסם אינה רלוונטית בבחינת יסודות הגנת אמת הפרסום לפי סעיף 14 לחוק לשון הרע (דנ"א קראוט, בעמ' 36-39). פרסום שהיה אמת יחסה תחת הגנה זו, אף אם המפרסם לא היה מודע לכך שמדובר באמת במועד הפרסום. מנגד, לפי הפרשנות המקובלת, פרסום שלא הוכחה אמיתותו לא יוכל לחסות תחת הגנת אמת הפרסום, אפילו היה המפרסם משוכנע כי מדובר באמת לאמיתה, וגם אם בדק את הדברים כמיטב יכולתו (דנ"א קראוט, בעמ' 33). משקל מסוים ניתן לשאלת היסוד הנפשי של המפרסם במסגרת סעיף 19(2) לחוק לשון הרע, הקובע כי "בבואו לגזור את הדין או לפסוק פיצויים רשאי בית המשפט להתחשב לטובת הנאשם או הנתבע גם באלה: ... (2) הוא היה משוכנע באמיתותה של לשון הרע". עם זאת, אין מדובר בהגנה, אלא בשיקול לקולה במסגרת פסיקת הפיצויים (בתביעה אזרחית) או בגזירת העונש (בהליך פלילי).

22. הלכת עיתון הארץ, שמשמעותה המעשית היא שלילת אפשרותו של אמצעי תקשורת ליהנות מהגנה לפי סעיף 15(2) לחוק, קובעת אפוא משטר נזיקי מסוג של אחריות חמורה בכל הקשור לפרסומים עובדתיים שלא ניתן להוכיח את אמיתותם בבית משפט. התובע אינו נדרש להוכיח כי נפל פגם כלשהו בהתנהגות המפרסם; והנתבע – גם אם יוכיח שנהג כהלכה ולא יכול היה לדעת שלא מדובר באמת לאמיתה – לא יוכל להתגונן מפני התביעה.

במבט ראשון, ניתן לסבור כי אין מדובר בתוצאה בלתי סבירה, שכן כפי שנפסק בדנ"א קראוס, אמיתותו של פרסום עובדתי, יחד עם העניין הציבורי הנדרש, הם אלה שמבטיחים כי "טמון בו המשקל הסגולי הנחוץ כדי להצדיק את הפגיעה בשם הטוב" (שם, בעמ' 33). ודוק: אין מדובר בהצגת דעה, אלא בהצגת עובדות. בעוד שמתן במה לדעות שונות ומגוונות מפתח את השיח הציבורי ויש בו ערך כשלעצמו, ספק אם ניתן לומר כך ביחס לפרסום של עובדות שאינן נכונות.

במבט שני – התמונה היא מורכבת יותר.

"אפקט מצנן" לחופש הביטוי לעומת "פריצת הסכר" ופגיעה בשם הטוב

23. כאשר מדובר בפרסומים עיתונאיים, מתעורר קושי של ממש בכך שההגנה על פרסומים עובדתיים תצטמצם רק לפרסומים שהמפרסם יכול להוכיח את אמיתותם בבית משפט. הקושי העיקרי, שעליו עמד גם חברי המשנה לנשיאה, הוא "האפקט המצנן" על פעילות העיתונות החופשית בכלל, והעיתונות החוקרת בפרט. אם ההגנה היחידה העומדת לרשותו של עיתונאי מפני תביעת לשון הרע, בגין פרסום עובדות היא "אמת הפרסום" כפי שפורשה בפסיקה, ואין בלתי, עלול להיווצר מצב שבו עיתונאים יימנעו מפרסום ידיעות אמת שיש בהן עניין ציבורי, בשל החשש שמא לא יוכלו להוכיח את דבר אמיתותן בבית המשפט (השוו: ח'אלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוטז שנוור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 310-311 (2005)). פעמים רבות יגיעו לידי עיתונאי ידיעות שאינן קבילות כראיה בהליך משפטי כגון, עדות מפי השמועה או ידיעה מפי מקור חסוי שלא ירצה לחשוף את זהותו על-ידי מתן עדות לפני בית משפט. כך, גם אם העיתונאי בדק את המידע כמיטב יכולתו ושוכנע כי מדובר באמת, אין לו ביטחון כי יוכל להוכיח את אמיתות העובדות בכתבה במסגרת דיון משפטי לשם גיבוש הגנת "אמת הפרסום" נגד תביעת לשון הרע, אם תוגש. בנסיבות אלה, הוא עשוי להעדיף לגנוז את הכתבה מראש (ראו: ERIC BARENDT et al., LIBEL AND THE MEDIA – THE CHILLING EFFECT 139-140 (1997)). במחקר שנערך באנגליה בשנות ה-90 של המאה העשרים, נשאלו עיתונאים ועורכים אנגליים מה היו עושים אילו היו בנעליהם של העיתונאים האמריקאים וודורד וברנסטין, שחשפו את פרשת "וטרגיט". כפי שכבר הוזכר, דיני לשון הרע באנגליה דומים במהותם לדין בישראל ונחשבים "ידידותיים לתובע", במיוחד ביחס לדין האמריקאי המקדש את חופש הביטוי וחופש העיתונות. רוב רובם של המרואיינים סברו כי בנסיבות של פרשת "וטרגיט" הם לא היו נותנים אור לסיפור, בשל החשש מפני תביעת לשון הרע. כידוע, המידע הראשוני שהיה בידי העיתונאים באותה פרשה התבסס בעיקר על עדויותיהם של עדים אנונימיים ועל ידיעות נוספות

שלא היו יכולות לשמש כראיות במשפט לשם הוכחת הגנת "אמת הפרסום" (Russell Weaver et al., *Defamation Law & Free Speech: Reynolds v. Times Newspapers and the English Media*, 37 VAND. J. TRANS-NAT'L L. 1255, (2005) 1287). רואים אנו אפוא כי לאפקט המצנן עלולה להיות השפעה מכרעת. השפעתו של האפקט המצנן אינה מתמצה באופן הפעלת שיקול הדעת של העיתונאי או העורך עובר לפרסום כתבה ספציפית שתראה אור באמצעי התקשורת. ככל שמצטמצמת ההגנה על פרסומים עיתונאיים עובדתיים, עולה הסיכון הכרוך בפרסומם. כפועל יוצא, קיים חשש שמא יעדיפו אמצעי התקשורת הפרטיים להשקיע בתחומים אחרים, על פני כניסה ל"שדה המוקשים" של עבודת העיתונות החוקרת, על הסיכונים הכרוכים בה.

24. מאידך גיטא, הרחבת ההגנה העומדת לרשות אמצעי התקשורת בהתייחס לפרסומים עובדתיים עלולה לגרום לכך ש"אצבעם של אלה תהיה קלה מדי על הדק הפרסום". אם יידע כלי תקשורת כי הוא לא יידרש לעמוד בנטל הכבד של הוכחת אמת הפרסום בראיות ככל שתוגש נגדו תביעת לשון הרע, אלא שתעמוד לרשותו ההגנה "נוחה יותר", עלול לחול שינוי של ממש באופן הפעלת שיקול הדעת העיתונאי במועד ההחלטה בדבר פרסום הכתבה. ממש כתמונת ראי של "האפקט המצנן" שעליו עמדנו לעיל, מפרסמים עלולים לנהוג באופן בלתי זהיר ואף חסר אחריות, ולפרסם ידיעות שיש בהן לשון הרע, כשהן מבוססות על ראיות קלושות וחצאי אמיתות. הסכנה הטמונה בכך היא ברורה. עוצמתו של פרסום בכלי התקשורת היא רבה. בהינף קולמוס, יכול עיתונאי לחרוץ גורלו של אדם לשבט. בכוחה של העיתונות "לרומם או להשפיל, להחשיך עולמו של אדם ולערער מעמדו של גוף" (ד"א קראוס, בעמ' 53). עיתונות שלוחת רסן לא רק תוביל לפגיעה בלתי מוצדקת בשמם הטוב ובפרטיותם של אנשים הגונים, אלא שיהיה זה גם שירות דוב לתכליתה האמיתית של עיתונות חופשית בחברה דמוקרטית. הפצת כזבים וחצאי אמיתות אינה משרתת את השיח הציבורי ואינה מקדמת אותו. פעמים רבות, היא אף תפגע בשיח הציבורי ותעוות אותו. לא זו בלבד, מתן הגנה גורפת לפגיעות בלתי מוצדקות במוניטין של אנשי ציבור הגונים, עלול להביא לדחיקת רגליהם מפעילות ציבורית, ואף לגרום לאחרים לשקול היטב לפני שייכנסו לזירה הציבורית. תוצאות אלה ודאי שאינן רצויות. יש לזכור, כי בצד הערכים הנשגבים שאותם משרתת העיתונות החופשית בחברה דמוקרטית, עומדות גם לנגד עיניה תכליות כלכליות ועסקיות. בהיעדר איזונים ובלמים מתאימים, לא מן הנמנע שיינתן משקל רב מדי לתכליות אלה על חשבון זכויות הפרט והאינטרס הציבורי כאחד.

יציבות ההלכה וודאות משפטית

25. הלכת עיתון הארץ היא, כאמור, הלכה ותיקה. כידוע, "כנגד הרצון להעמיד את ההלכה על מכונה, עומדים שיקולים של יציבות, ודאות, עקביות המשכיות והסתמכות. על השופט להשתכנע, בטרם יסטה מתקדים קודם, כי השיקולים התומכים בדין החדש משקלם עולה על השיקולים התומכים בדין הישן והנזק שנגרם בשל עצם השינוי" (ע"א 5/84 יחזקאל נ' אליהו חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374, 384 (1991); רע"א 9567/08 כרמל אולפנינים בע"מ נ' תעשיות אלקטרוכימיות 1952 בע"מ, פסקה 28 (לא פורסם, 5.1.2011); אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 398 (1987)). הדברים אמורים ביתר שאת ביחס לשינוי מהותי בדיני לשון הרע, המבוססים על איזון עדין בין זכויות ואינטרסים רמי מעלה. כפי שציין השופט (כתוארו אז) א' ברק בהקשר דומה: "טעות, ולו קטנה, בהנחת היסודות, עשויה להביא לטעות רבתי ביציבותו של המבנה כולו. מכאן הזהירות הרבה שעלינו לגלות בנושא זה" (עניין אבנרי, בעמ' 874). גם שיקול זה יילקח בחשבון במסגרת האיזון שנערוך בין הזכויות, האינטרסים והשיקולים הנוספים הישימים בענייננו.

האיזון הראוי: עיתונות אחראית

26. לאחר שעמדנו על הזכויות והערכים המתנגשים, הבאנו שיקולים לכאן ולכאן, ועמדנו על שינויים מקבילים שהתרחשו במשפט המקובל – הגיעה עת סיכום והכרעה. התיבה "חובה מוסרית או חברתית" המופיעה בסעיף 15(2) לחוק היא "רקמה פתוחה" שעל בית המשפט ליצוק בה תוכן בהתאם לאיזון הראוי בין הזכויות, הערכים והשיקולים המתנגשים. לטעמי, הפרשנות המצמצמת שניתנה לתיבה זו, בהתאם להלכת עיתון הארץ הוותיקה, שהתבססה מצידה על הלכה ותיקה עוד יותר מהמשפט המקובל, שזכתה אף היא לתמורות, אינה משקפת עוד את האיזון הראוי בין חופש הביטוי וחופש העיתונות לבין הזכות לכבוד, לשם טוב ולפרטיות. כפי שציין חברי, המשנה לנשיאה:

"מובן לכל היום כי תפקידם של העיתונאים בחברה הדמוקרטית אינו מתמצה עוד בהעברת מסרים לידי רשויות המדינה. על העיתונאים לחשוף שחיתויות, להעביר ביקורת על השלטון ועל גופים פרטיים הפועלים במשק [...] תפקידם הוא להאיר את אותו המידע המגיע אליהם ואשר מצביע על פגמים בהתנהלות המערכות הציבוריות ולהעמידו לעיני הציבור; לשמש כ"כלב השמירה" של הדמוקרטיה ושל כיבוד החוק [...] עוד מובן כיום כי במקרים רבים קיימת חשיבות גם לעצם פרסומו של מידע, לעצם חשיפתן של פרשיות לעין הציבור, גם במקום שבו המידע הועבר במקביל לרשויות המוסמכות וטופל על ידן. הקביעה כי רק פרסומים הכוללים אזהרות מיידיות על סכנה לחיי אדם, לבריאותו

או לרכושו יחשבו לפרסומים שחייב עיתונאי לפרסום
אכן נראית צרה מדי" (פסקה 119).

חברי הוסיף כי יש לשקול פרשנות מרחיבה יותר שתאפשר הגנה על פרסום עניינים בעלי חשיבות חברתית "רמת מעלה", אך הותיר שאלה זו בצריך עיון. לטעמי, מדובר בהרחבה ראויה ונדרשת, אך יש לאזנה באמצעות הצבת חסמים שימנעו את ניצולה לרעה. הפתרון הראוי בעיניי הוא הגנה על פרסום בתום לב של כלי תקשורת שיש בו עניין ציבורי משמעותי, כאשר זה פורסם תוך עמידה בסטנדרטים מחמירים של עיתונות אחראית. להשקפתי, פרשנות זו תשקף נכונה את האיזון הראוי בין הזכויות והערכים המתנגשים. מצד אחד, היא תיתן מענה לחשש מפני "פריצת סכר" על ידי פרסומים בלתי אחראים ורשלניים תוך פגיעה בלתי מידתית בזכות לשם טוב ולכבוד. רק מפרסם שיוכיח כי פעל בהתאם לסטנדרטים מחמירים של זהירות עיתונאית, ועשה כן בתום לב, יוכל לחסות תחת ההגנה. מנגד, תינתן הגנה רחבה יותר לפרסומים עובדתיים בעניין ציבורי בעל חשיבות חברתית משמעותית, ובכך תפחת השפעתו של "האפקט המצנן" על חופש הביטוי וחופש העיתונות, בעניינים המצויים בליבת ערכים אלו.

מהם אותם תנאים אשר בהתקיימם יוכל כלי תקשורת ליהנות מהגנה לפי סעיף 15(2) לחוק ביחס לפרסום בעל אופי עובדתי?

(א) עניין ציבורי "משמעותי"

27. חברי, המשנה לנשיאה, עמד בהרחבה על הפרשנות שניתנה לתנאי "עניין ציבורי", בהקשר של הגנת אמת הפרסום (סעיפים 100-104 לחוות דעתו). כפי שנקבע לא אחת בפסיקתנו, פרסום שיש בו "עניין ציבורי" אין פירושו כל פרסום שמעניין את הציבור, אלא "עניין שידיעתו ברבים רלוונטית להגשמת מטרה ציבורית או שיש לציבור תועלת בידיעה לגביו, אם לצורך גיבוש דעתו בעניינים ציבוריים ואם לשם שיפור אורחות חייו" (ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 621 (2002)). לטעמי, כדי לזכות בהגנת "חובת הפרסום", אין להסתפק בעניין ציבורי גרידא, אלא ראוי לתחום את ההגנה לעניין ציבורי משמעותי. לשון אחר – חובת פרסום, שהגנה מפני לשון הרע בצידה, תקום למפרסם רק כאשר מדובר בעניין שחשיבותו הציבורית רבה. אינני מוצא להגדיר בנקודת הזמן הנוכחית, את היקף פרישתה המדויק של התיבה "עניין ציבורי משמעותי", כמו גם את היקף פרישתם המדויק של התנאים הנוספים לתחולתה של ההגנה, ואלה יותוו בפסיקת בתי המשפט.

(ב) "עיתונות אחראית"

28. להשקפתי, "חובה מוסרית או חברתית" לעשות פרסום שיש בו עניין ציבורי משמעותי, תקום רק ביחס לפרסומים שהם תוצר של עבודה עיתונאית זהירה ואחראית. אין להלום טענה כי עיתונאי "חייב" לפרסם כתבה – גם אם היא עוסקת לכאורה בעניין ציבורי ראשון במעלה – אם מדובר בפרסום פזיז, בלתי מבוסס ומוטה. ניתן אף לטעון כי לציבור אין "עניין" לגיטימי בפרסום מעין זה. בדברינו אלה אין משום חידוש. מדובר באבן יסוד של העבודה העיתונאית, כפי שקובע סעיף 2 לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות: "עיתון ועיתונאי יהיו נאמנים לחופש העיתונות ולזכות הציבור לדעת בהגישם לציבור שרות מקצועי ובפרסום מדויק, הוגן ואחראי של ידיעות ודעות" [ההדגשות שלי – ע' פ']. להשקפתי, שמירה על רף ראוי של "עיתונות אחראית" תוכל ליתן מענה לחשש מפני "פריצת הסכר" שאליו מתייחסת הפסיקה (עניין פלוס, בעמ' 903 וההפניות שם).

29. עמידתו של מפרסם בסטנדרט ההתנהגות שאותו כינינו בשם "עיתונות אחראית" תיבחן על רקע נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה. לשם כך, יש לבחון את פעולות המפרסם, וכן את האופן שבו פורסמה הידיעה לציבור הרחב. יש לזכור כי נקודת המבט הרלוונטית היא זו של המפרסם בנקודת הזמן של עשיית הפרסום, ויש להימנע משימוש ב"חכמה שלאחר מעשה". על כן, המידע שיבחן בית המשפט הוא רק זה שהיה מצוי לפניו של המפרסם במועד הפרסום. בשלב זה, אציע רשימה לא ממצה של מבחנים שייעודם לסייע לבית המשפט לבחון אם עמד המפרסם בנטל להראות כי נהג בהתאם לאמת המידה של "עיתונות אחראית". את המבחנים הללו נחלק לשתי קבוצות: האחת, שעניינה התנהלות המפרסם, ובפרט הפעולות המקדימות שעליו לבצע לפני הפרסום; השנייה, שעניינה אופי הפרסום עצמו. כלי עזר נוסף שיכול לסייע לבית המשפט בהקשר זה, הם כללי האתיקה המקצועית של העיתונות. הגם שאין הם מחייבים מבחינה משפטית, הם יכולים לשמש כאמת מידה נוספת לסבירות התנהלותו של המפרסם במקרה ספציפי. "ההכרעה בשאלה – כבשאלות אחרות מתחום הסבירות – תהא נתונה לטביעת עינו החכמה של השופט, והשופט יתן דעתו על 'כלל נסיבות העניין' ולעוצמתו הפנימית של כלל האתיקה" (עניין פלוס, בעמ' 897).

(I) התנהלות המפרסם – איכות התחקיר העיתונאי והיטוד הנפשי

מהימנות המקורות ומשקלם – יש לבחון אם המפרסם הסתמך על מקורות מהימנים ורציניים. פרסום שהתבסס על מקורות שבעיני עיתונאי סביר בנעליו של המפרסם בנקודת הזמן הרלוונטית היו נתפסים כבלתי מהימנים, לא יעמוד, ככלל, בסטנדרט של "עיתונות אחראית". ככל שמדובר במקורות רבים יותר, ובלתי תלויים האחד במשנהו, תגבר אמינות המצג העולה מהם. במאמר מוסגר יוער כי שאלת חיסיון המקורות עשויה לעלות בהקשר זה. בעניין Reynolds העיר לורד Nicholls כי "ככלל, חוסר נכונותו של עיתון לחשוף את זהותם של מקורותיו לא תשמש לחובתו" (שם, בעמ' 626), אינני רואה להרחיב בשאלה זו, שכן היא אינה עולה בענייננו אנו.

אימות העובדות עובר לפרסום – יש לבחון אם המפרסם נקט אמצעים סבירים לשם אימות העובדות המופיעות בפרסום. "לפני פרסום ידיעה כלשהי, יבדקו העיתון והעיתונאי את נכונותה במקור המהימן ביותר ובוהירות הראויה לפי נסיבות העניין" (סעיף 5 לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות). לשם כך, ניתן לבדוק, בין היתר, אם ביקש המפרסם את התייחסותו של מי שעלול להיפגע מהפרסום. אין מדובר רק בשאלה של הגינות, שכן ברגיל, בידי של הנפגע יהיה המידע הטוב ביותר ביחס לדברים המיוחסים לו.

אמונת המפרסם באמיתות העובדות – יש לבחון אם המפרסם האמין בעת הפרסום כי המצג העובדתי שבפרסום משקף את האמת כהווייתה. "לא יפרסמו עיתון ועיתונאי בודעין או ברשלנות דבר שאינו אמת, אינו מדויק, מטעה או מסלף" (סעיף 4(א) לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות).

(II) הפרסום עצמו – סבירות, מידתיות והוגנות

טון הפרסום וסגנונו – יש לבחון אם נקט המפרסם בלשון חד-משמעית ו"חורצת דין" ביחס לעניינים שאינם וודאיים. ככלל, "עיתונאי אחראי" יימנע מניסוח מידע שהגיע לידי כעניין שבעובדה, אם מדובר בחשדות בלבד.

הצגה הוגנת ומאוזנת של עובדות הפרסום – יש לבחון אם הידיעות שעמדו לפני העיתונאי, לאחר שעברו תהליך סינון ובחינה, הוצגו באופן הוגן וסביר, שאינו מעוות

ומסלף את המצג העובדתי שעמד לפני העיתונאי. "פרסום ידיעות יהיה הוגן וללא הטיה" (סעיף 6(ג) לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות).

נחיצות החלק הפוגעני – יש לבחון אם הכללת החלק שיש בו משום לשון הרע, הייתה הכרחית להשגת תכלית הפרסום. כלומר, אם היה ניתן לוותר על ההיבט הפוגעני בפרסום, או שמא מדובר בחלק בלתי נפרד מהעניין הציבורי המשמעותי שאותו נועד הפרסום לשרת. בהיבט זה, יש להותיר מרווח של שיקול דעת לעורך, בקביעה אם הכללתו של פרט כזה או אחר נדרשת כחלק מהעניין הציבורי המשמעותי (השוו: עניין Jameel, בפסקה 51).

פרסום תגובתו של הנפגע ותמצית גרסתו – יש לבחון אם במסגרת הפרסום ניתן מקום הוגן לתגובתו של הנפגע, אם התקבלה; וכן אם הובאה תמצית גרסתו לתוכן הפרסום שיש בו לשון הרע. "[...] פרסום [דבר הנוגע לפרטיותו או לשמו הטוב של אדם] מצריך ברגיל בירור מוקדם עם הנוגע בדבר, ופרסום הוגן של תגובתו" (סעיף 8 לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות).

30. אין מדובר, כאמור, ברשימה ממצה של מבחנים, שכן בסופו של יום מדובר בשאלה של סבירות פעולתו של המפרסם ובסבירות הפרסום עצמו. אלה יוכלו להיבחן לגופם על ידי בתי המשפט בנסיבות כל מקרה ומקרה, ובחינה זו לא תהיה מוגבלת אך לאמות המידה האמורות. המשקל שיינתן בית המשפט למבחן כזה או אחר יושפע אף הוא מנסיבות המקרה. כך למשל, ככל שלשון הרע הנכללת בפרסום היא חמורה ופוגענית יותר ביחס לשמו הטוב של אדם, אפשר שתידרש עמידה דקדקנית יותר באמת המידה של "עיתונות אחראית". מנגד, דחיפותו האובייקטיבית של הפרסום ועצמת הצורך הציבורי שאותו הוא נועד לשרת יכולים גם הם לקבל משקל מתאים במאזן השיקולים. כל מקרה ונסיבותיו.

(ג) דרישת תום הלב המהותי

31. דרישת תום הלב המהותי היא תנאי יסוד להגנה לפי כל אחת מהחלופות הקבועות בסעיף 15 לחוק, לרבות סעיף 15(2) – קיומה של "חובה לפרסם". כפי שמציין חברי המשנה לנשיאה, יש ליצוק תוכן למונח "תום לב" בהתאם להקשר הנורמטיבי שבו הוא מופיע. כך ככלל, וכך גם בענייננו. לא אחת נפסק כי תיתכן

פרשנות שונה לדרישת "תום הלב" ביחס לכל אחת מהנסיבות המנויות בסעיף 15 (עניין פלוס, בעמ' 905; ע"א 788/79 ריימר נ' רייבר פ"ד לו(2) 141, 148 (1981)).

32. ישאל השואל – מה הרבותא בעמידה על דרישת תום הלב, שעה שאמת המידה של "עיתונות אחראית" ממילא "מכסה" גם היבט זה. אכן, קיימת חפיפה מסוימת בין דרישת תום הלב המהותי כפי שפורשה בהלכה הפסוקה בהקשרו של סעיף 15 לחוק, לבין אמת המידה של "עיתונות אחראית". אלא שלהשקפתי, חשוב להבהיר כי עמידתו של המפרסם באמת המידה של "עיתונות אחראית" היא תנאי הכרחי לשם קביעה כי קמה לו "חובת פרסום" לצורך ההגנה הקבועה בסעיף 15(2) לחוק. כלומר, מדובר באחת מהדרישות הפנימיות של הנסיבה הקבועה בסעיף 15(2), בעוד שדרישת "תום הלב" היא חיצונית לה. בנוסף, בניגוד לדרישת תום הלב המהותי, שהנטל להוכיחה עשוי לנוע ולנווד בין הנתבע לבין התובע מכוח החזקות הקבועות בסעיף 16 לחוק, הנטל להוכיח עמידה בסטנדרט של "עיתונות אחראית" יוטל תמיד על כתפי המפרסם. ודוק: דרישת תום הלב אינה מתייגת ויש לבחון אותה לגופה, אלא שממילא אם ישכנע המפרסם כי פעל בהתאם לסטנדרט של "עיתונות אחראית", קשה לשער מצב שבו ייקבע כי נהג שלא בתום לב.

מן הכלל אל הפרט

האם בענייננו, יכולות המערערות לחסות תחת ההגנה הקבועה בסעיף 15(2) לחוק, שעל יסודותיה עמדנו לעיל, ביחס לכתבה נושא הערעורים?

(1) "עניין ציבורי משמעותי"

33. הכתבה עוסקת בהתנהלותם חיילי צה"ל באירוע שבו מצאה את מותה ילדה בת 13. בעקבות אותו אירוע, נעצר מפקד הפלוגה והוגש נגדו כתב אישום חמור לבית הדין הצבאי. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, "אין ולא יכול להיות ספק כי הכתבה נושא הערעורים עוסקת בנושא שיש בו עניין לגיטימי לציבור" (פסקה 100). ובהמשך דבריו, "הפרסום נושא הכתבה עוסק בעניין ציבורי בעל חשיבות עליונה. אופן פעולתם של חיילי צה"ל ומפקדיו, ההנחיות בנוגע להוראות פתיחה באש, השפעת הלחימה על ערכי הלוחמים – לכל אלה חשיבות רבה ויש עניין להביאם למודעות הציבורית" (פסקה 102, ההדגשה שלי – ע' פ'). אין לי אלא להצטרף לקביעת חברי. מדובר, ללא ספק, באירוע משמעותי שמעלה לדיון סוגיות מוסריות ערכיות ומבצעיות, הכרוכות בפעילות

צה"ל באזורי סיכון הנמצאים בסמיכות רבה לאוכלוסייה אזרחית. ככזה, עונה הוא על אמת המידה של "עניין ציבורי משמעותי".

(2) "עיתונות אחראית"

נפנה עתה לבחון אם עמדו המערערות בנטל להראות כי נהגו בהתאם לאמת המידה של "עיתונות אחראית".

34. האם נקטה דיין אמצעים סבירים לאימות עובדות הפרסום, והתבססה בפרסום על מקורות מהימנים? כפי שמציין חברי המשנה לנשיאה, "דיין התבססה על מגוון רחב של מקורות – על קטעים שצולמו בזמן אמת, על עדויות החיילים בפלוגה, על חומרי חקירה" (פסקה 116 לחוות דעתו). ראוי לציין כי על בסיס אותם מקורות ממש, הוגש באותו יום כתב אישום חמור נגד סרן ר' בבית הדין הצבאי. על כן, בנקודת הזמן של פרסום הכתבה, לא היה בידי דיין אלא לסבור כי מדובר במקורות מהימנים, ולטעמי, הנחה זו הייתה סבירה לשעתה. מפסק דינו של בית המשפט קמא עולה בבירור כי דיין ניסתה במספר הזדמנויות לקבל את תגובתו של סרן ר' לכתבה, אלא שזה לא היה מעוניין למסור את גרסתו לתקשורת (פסקאות 218-219 לפסק הדין קמא). בנוסף, פנתה דיין לקבל את תגובת צה"ל, והביאה את הדברים שמסרה דוברת צה"ל בשולי הכתבה.

35. האם הפרסום עצמו היה סביר, מידתי והוגן? סעיף 12א(א) לתקנון האתיקה העיתונאית קובע כי "עיתון ועיתונאי יכבדו בפרסומיהם את העיקרון היסודי שכל אדם הוא בחזקת חף מפשע אלא אם נמצא אשם בדין". בית המשפט קמא מצא כי הכתבה חרצה את דינו של סרן ר' ללא משפט (פסקה 77 לפסק הדין קמא). הכתבה, כך נמצא, "משופעת באמירות פסקניות שאין עוררין עליהן" (פסקה 75 לפסק הדין קמא). אכן, סגנונה של דיין הוא פסקני, וחברי המשנה לנשיאה עומד על כך שהיה מקום לנקוט מידה רבה יותר של ריסון עצמי נוכח הקושי המובנה בראיית התמונה המלאה במועד פרסום הכתבה (פסקה 123 לחוות דעתו). אין חולק כי עיתונאי אחראי צריך להישמר מאמירות שיכולות להתפרש כחריצת דין במצב דברים מעין זה. בצד האמור, אינני סבור כי נקיטתה של דיין בלשון פסקנית זו מנעה הצגת תמונה רחבה וכוללת של ההתרחשות, שממנה עולה גם גרסת הנפגע. אמנם, תגובתו הישירה של סרן ר' לכתבה כולה לא נתקבלה ולא נכללה בפרסום, שכן הוא סירב להתראיין ולמסור תגובה על אף פנייתו של עורך המשנה של "עובדה". בצד האמור, הכתבה מציגה את התייחסותו – במסגרת התייעוד המצולם של החקירה – לשאלת התנהלותו באירוע בכלל, וכן לשאלת

"וידוא ההריגה" בפרט. מהקטע המצולם מחקירתו של סרן ר', עולה גרסתו כי פעל בהתאם לעקרון "החתירה למגע" אל מול איום אפשרי; כי המונח "וידוא הריגה" שבו נקט בקשר, מתייחס בשפת הדיבור ל"נטרול איום"; כי הסתערותו לעבר הדמות וביצוע הירי, נועדה לנטרל איום אפשרי, בשל החשש שמא גם אם הדמות נפגעה, היא עדיין עלולה "לבצע ירי נ"ט, לברוח, לזחול, לקום ולהפעיל מתג הפעלה ... ולהילחם בי"; כי "אין מצב שהיה ירי", בהתייחסו לטענה כי ירה צרור בכוונו במישרין מטה אל עבר המנוחה. מקטעי החקירה המובאים בכתבה עולה בבירור כי הוא אינו מקבל את ההאשמות המוטחות בו, אלא עומד על גרסתו כי נהג כפי שמצופה מקצין צה"ל בסיטואציה שבה היה מצוי.

36. גם האופן שבו הוצג המידע שהיה בידי דיין, לא חרג מגדרי הסביר. ככלל, השמטות מכוונות, סילופים ועריכה מגמתית ישללו את הגנת "העיתונות האחראית". בית המשפט קמא מצא כי בכתבה שפרסמה דיין הושמטו מספר עניינים שהיה בהם כדי לאזן את התמונה הנשקפת ממנה ביחס להתנהלותו של סרן ר', בין היתר הוא התייחס לנושא ירי הצלפים שהתבצע אל עבר סרן ר' וחייליו כשהיו על הסוללה, ולדין בתכולת התיק שנשאה המנוחה. אלא שדיין גם "השמיטה" במלאכת העריכה עניינים אחרים, שיכלו לשמש באותה נקודת זמן לחובת סרן ר', על אף שאלה עמדו לנגד עיניה (עדויות מפלילות מפורטות יותר של חיילי הפלוגה; תוצאות בדיקת פוליגרף שממנה עלה לכאורה כי שיקר; עדותו של רופא פלסטיני ביחס למצב גופת המנוחה לאחר הירי; וכן ביטויים חריפים נגד סרן ר' מתוך כתב האישום ומסמכי החקירה). מסכים אני אפוא עם קביעתו של חברי כי "התמונה לא הייתה מלאה – לכאן ולכאן. היא גם לעולם אינה יכולה להיות מלאה. התמונה שמוצגת בעיני הצופה בכתבת טלוויזיה בת עשרים דקות לעולם תהיה חלקית ובלתי מושלמת" (פסקה 98 לחוות דעתו). גם בית המשפט קמא לא קיבל את טענת סרן ר' כי הכתבה ערוכה באופן מגמתי ומסולף. המבחן שהציב בית המשפט קמא הוא אם "הצגת החומר באופן שבו הצופה הסביר מקבל תמונה אמיתית על אודות האירועים היא עריכה ראויה; והצגת החומר באופן שהצופה הסביר קולט תמונה שאינה תואמת את פני המציאות לגבי האירועים, היא עריכה פסולה" (פסקה 119 לפסק הדין קמא, ההדגשות שלי – ע' פ'). אינני חולק על מבחן זה. אלא שבמסגרת בחינת עמידת המפרסם באמת המידה של "עיתונות אחראית", יש – להשקפתי – להשוות את התוצר הסופי של מלאכת העריכה אל מול האמת כפי שנחזתה לעיתונאי האחראי במועד הפרסום, לאחר שנקט אמצעים סבירים לוודוא העובדות. להשקפתי, תוצר העריכה משקף במידה רבה את תמונת האירוע כפי שנחזתה לעיתונאי אחראי במועד הפרסום. בהקשר זה, מצטרף אני לעמדת חברי בהתייחס ל"מרווח הנשימה"

שיש לתת למפרסם בכל הקשור לשיקולי עריכה, ולאמירתו כי אין זה מתפקידו של בית המשפט להציע עריכה אלטרנטיבית, כל עוד מדובר בעריכה מקצועית סבירה "שאינ בה עיוות מודע ומהותי של המציאות" (פסקאות 95-96 לחוות דעתו). להשקפתי, הדברים ישימים לא רק בהתייחס להגנת "אמת הפרסום", אלא גם במסגרת בחינת עמידתו של מפרסם באמת מידה של "עיתונות אחראית".

37. זאת ועוד, כפי ששבנו וציינו, אין לנתק את בחינת עמידתו של הפרסום בסטנדרט של "עיתונות אחראית" מהנסיבות שבהן נעשה, לרבות שאלת תזמון הפרסום. הכתבה של אילנה דיין פורסמה כחודש וחצי לאחר האירוע במוצב גירית. כפי שציין חברי המשנה לנשיאה, האירוע במוצב גירית זכה לסיקור תקשורתי נרחב, שהיה ברובו מלווה בביקורת חריפה כלפי סרן ר' ואופן התנהלותו. בין היתר, יש להזכיר את הכתבה בעיתון "ידיעות אחרונות" מיום 8.10.2004, שבה הובאו דברים מפי חייל הפלוגה: "המ"פ יצא עם החפ"ק שלו... הוא הסתער לכיוון שלה לבד. הוא ירה בה שני כדורים, חזר אחורה לחפ"ק – ואז נתן לה צרור אוטומט... אין שום סיבה הגיונית למה שהוא עשה – לא לירות בה את שני הכדורים ובטוח לא את הצרור שאחרי. זה הדבר הכי מחליא שראיתי בשירות שלי..." (פסקה 17 לפסק הדין קמא). עדותו של חייל בפלוגה, ובה דברים ברוח דומה, הובאה גם בחדשות ערוץ 2. במקביל לפרסומים בכלי התקשורת, הושעה סרן ר' מתפקידו, נפתחה נגדו חקירת מצ"ח, ובהמשך הוא אף נעצר, והוגש נגדו כתב אישום חמור. בנקודת זמן זו, ביום הגשתו של כתב האישום נגד סרן ר' לבית הדין הצבאי – פורסמה הכתבה. דיין הציגה בכתבתה, בין היתר, את עובדות כתב האישום החמור, באמצעות חומרי החקירה המצולמים והמוקלטים שהגיעו לידי מערכת "עובדה". אילו הייתה אילנה דיין מקריאה את תמצית האישומים שנכללו בכתב האישום שהוגש באותו יום, איני סבור שהייתה מתקבלת תמונה שונה בעיני הצופה הסביר ביחס למעשים שיוחסו באותה עת לסרן ר'. אלא שכתבתה של דיין לא התמצתה בהצגת האישומים נגד סרן ר', שכן היא הביאה בגדרי הכתבה גם את גרסתו של סרן ר' להאשמות העיקריות שעלו נגדו, כפי שעולה מקלטת החקירה; היא הציגה את הדיסוננס בין האופן שבו הוא תופס את התנהלותו באירוע, לבין גרסת החוקרים והמאשימים; היא הביאה את מערכת היחסים המורכבת בין סרן ר' לבין חייליו, ובינם לבין עצמם. ויותר מכל, במוקד כתבתה של דיין, עמד האירוע עצמו. אירוע שמעלה דילמות הנוגעות להתנהלותם של חיילי צה"ל המצויים בסיטואציה קשה מנשוא.

38. בבחינת מכלול הנסיבות, אני סבור כי הכתבה עומדת באמת המידה של "עיתונות אחראית", שכן היא משקפת נאמנה את תמונת המציאות כפי שנחזתה בעיני

דיין, בהסתמך על מקורות רבים ומגוונים ולאחר שזו נקטה אמצעים סבירים לוודוא עובדות הפרסום. אמנם, הלשון שבה נקטה דיין היא לפרקים נחרצת ואופן הפעלת שיקול הדעת העריכתי שלה יכול להיות שנוי במחלוקת, אך ככלל, היא מציגה את התמונה – כפי שנחזתה באותה עת – בכללותה, דיין מביאה את גרסתו של סרן ר', גם אם לא באופן סדור, ומציגה את המורכבות בסיטואציה שבה היה נתון המ"פ וחייליו.

(3) תום לב מהותי

39. להשקפתי, המערערות הוכיחו כי פרסום הכתבה נעשה בתום לב, לא כל שכן לאחר שמצאתי כי דיין עמדה באמת המידה של "עיתונות אחראית". אוסיף כי בדין קבע בית המשפט קמא כי "דיין לא ביקשה לפגוע בתובע, לא להשחיר את דמותו, ולא להכפיש את חייליו. גם שיקולי פירסום ו'רייטינג' לא הם שהניעוה". בנוסף, מסכים אני עם חברי בקביעתו כי "אין לומר ש[דיין] פרסמה את הכתבה ביודעין כי הדבר שפורסם בה לא היה אמת" (פסקה 116 לחוות דעתו). נוכח כל האמור, ניתן לקבוע כי הפרסום נעשה בתום לב.

הערה לשאלת תחולת ההלכה החדשה

40. מצאנו כאמור, כי יש לשנות את ההלכה הוותיקה שנפסקה בעניין עיתון הארץ. כאשר מחליט בית המשפט העליון לשנות הלכה פסוקה, עולה לעתים שאלת תחולתה בזמן של ההלכה החדשה. נקודת המוצא העקרונית הינה כי הלכה שיפוטית חדשה פועלת הן רטרואקטיבית, הן פרוספקטיבית (ראו: רע"א 8925/04 סולל בונה בניין ותשתיות בע"מ נ' עזבון המנוח אלחמיד, פ"ד סא(1) 126, 141 (2006) (להלן: עניין סולל בונה); דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 ואח' נ' איקאפוד בע"מ (לא פורסם, 14.7.2011) (להלן: עניין איקאפוד)). עם זאת, אין מדובר בכלל מוחלט, וקיימים לו חריגים (בעיקר, כאשר קיימת הסתמכות רחבה על ההלכה הקודמת והסדרת יחסים על רקע הסתמכות זו (ראו עניין סולל בונה, בעמ' 147; ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, פסקה 34 לפסק-דינו של חברי המשנה לנשיאה א' ריבלין (לא פורסם, 30.4.2009) (להלן: עניין פרי)). להשקפתי, אין אנו נדרשים בשלב זה לקבוע מסמרות בשאלת תחולתה של ההלכה על הליכים אחרים. ככל שתתעורר בעיה קונקרטית בשאלת תחולתה בזמן של הפרשנות החדשה שנפסקה, היא תוכרע על יסוד תשתית עובדתית מתאימה ולאחר שמיעת טיעוני הצדדים בנדון (השוו: עע"ם 5575/08 גני מרחביה בע"מ נ' תרשיש (לא פורסם, 1.9.2011); דנ"א 9048/08 גרינוולד נ' תשתית ציוד ובינוי בע"מ,

פסקה 8 (לא פורסם, 15.6.2009); עניין פרי, פסקה 4 לפסק-דינו של השופט מ' נאור ופסק-דינה של השופטת א' חיות).

אשר לתחולת ההלכה החדשה על ענייננו – כידוע, למעט מקרים חריגים, הלכה חדשה תחול על נסיבות העניין הקונקרטי שבמסגרתו נקבעה (ראו: עניין איקאפוד, פסקה 23 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור ופסקה 6 לפסק-דינו של השופט א' גרוניס)). שאם לא כן, יאבד התמריץ של בעלי דין להביא לשינוי הלכה שראוי היה לשנותה, והציבור יצא נפסד (ראו: עניין סולל בונה, בעמ' 172; עניין פרי, פסק-דינה של השופטת א' חיות). מכל מקום, בנסיבות העניין שלפנינו, לשאלת התחולה אין נפקות מעשית, שכן חבריי ממילא מצאו כי עומדת לדיין הגנת אמת הפרסום לפי סעיף 14 לחוק.

סיכומם של דברים

41. מצאתי כי יש מקום לבחון מחדש את הפרשנות לסעיף 15(2) לחוק, שהתבססה עד היום על הלכה ותיקה במשפטנו, ששורשיה בפסיקה ארכאית במשפט המקובל – פסיקה שזכתה לתמורות בעשורים האחרונים. מצאתי כי נדרשת התאמה של הלכה זו להתפתחויות הנורמטיביות במשפטנו, בכל הקשור להיקף ההגנה על חופש הביטוי והעיתונות החופשית, כמו גם לתמורות בתפישת תפקידה של התקשורת בכלל, והעיתונות החוקרת בפרט, בעידן העכשווי. הצעתי אפוא להחיל את הגנת סעיף 15(2) גם ביחס לפרסום עובדתי בעניין ציבורי משמעותי שנעשה בתום לב, תוך עמידה באמת מידה של "עיתונות אחראית". ביישום מבחנים אלה על נסיבות העניין, מצאתי כי הכתבה נושא הדיון חוסה תחת הגנת תום הלב בסעיף 15(2) לחוק. מטעם זה יש לקבל את הערעור ולדחות את התביעה בכל שאמור בכתבה של אילנה דיין. כאמור, אינני נוקט עמדה בשאלת תחולתה של הגנת "אמת הפרסום" בענייננו. בכל שאמור בקדימון, מצטרף אני לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה על הנמקותיה.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. אני מצטרף למסקנה אליה הגיע חברי המשנה לנשיאה השופט ריבלין ולפיה דין הערעור להתקבל בשל הגנת אמת לשעתה. כן מצטרף אני לדעה כי הגיעה העת

ליתן פירוש מרחיב לסעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"א-1961 (להלן: חוק איסור לשון הרע או החוק).

משכך, אקצר בדברים ואוסיף מספר הערות משל עצמי. אתייחס תחילה ליריעה הרחבה שפרשו שני חברי במישור העקרוני-נורמטיבי, ולאחר מכן, אומר מילים מספר אודות הכתבה מושא דיוננו.

חירות הביטוי מול הזכות לשם טוב

2. הלכה פסוקה עמנו כי הזכות לחופש הביטוי והזכות לשם טוב, נגזרות שתיהן מהערך החוקתי של כבוד האדם (ראו, לדוגמה, ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ (לא פורסם, 4.3.2004) (להלן: עניין הרציקוביץ)). המדובר בזכויות שוות-מעמד נורמטיבי-חוקתי, שהאיזון ביניהן הוא אופקי ונעשה במסגרת חוק איסור לשון הרע.

חברי, המשנה לנשיאה השופט ריבלין, חזר בחוות דעתו (פסקה 75) על גישתו ברע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (לא פורסם, 12.11.2006) (להלן: עניין בן גביר). לגישתו, כאשר מדובר בפרסומים בענייני ציבור או בפרסומים העוסקים באישי ציבור, אזי בתחרות שוות-משקל תגבר תמיד חירות הביטוי, נוכח מעמדה המיוחד של חירות הביטוי. לדעה זו תימוכין בפסיקה (השופטת ביניש (בתוארה אז) בע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 621-622 (2002), והשופטים מצא וטירקל בע"א 323/98 שרון נ' בנזימן, פ"ד נו(3) 245 (2002)).

3. כשלעצמי, הייתי נזהר מלקבוע א-פריורית נוסחה מעין זו, בהינתן נקודת המוצא כי ענייננו בזכויות מתחרות שוות במידרג הזכויות החוקתיות, זכויות המעוגנות באותו חוק יסוד ואפילו באותה זכות של "כבוד האדם".

יש הסבורים כי הרעיון לפיו מושג "כבוד האדם" מציע הגנה לשני הצדדים - הן למפרסם הביטוי הפוגע (חופש הביטוי) והן לנפגע מושא-הביטוי (הזכות לשם טוב) - הוא בעייתי. כך, לדוגמה, חופש הביטוי פורש מצודתו גם על אמירות שקריות ואמירות גזעניות. הטענה כי הגבלה על פרסומם של ביטויי שנאה, היא פגיעה בכבוד של המפרסם כפי שפרסומם הוא פגיעה בכבוד של מושא הפרסום, יוצרת רושם של סימטריה מוסרית בין השניים. כביכול, כבודו של הגזען הנפגע מהגבלת חופש הביטוי שלו, יקר בעיני החברה כמו כבודם של מושאי הפרסום בהם הוא פוגע ומבזה בפרסום

(דניאל סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 341, 578-579 (התשס"א)). במאמרו מציע המחבר תפישה "צנועה" יותר של המונח כבוד האדם, ולפרש מונח זה במובן של יחס לא משפיל. לגישה זו, מושג הכבוד אינו כולל את חופש הביטוי).

מכל מקום, שמו הטוב של אדם טבוע אינהרנטית במושג כבוד האדם, זו המשמעות הטבעית והראשונית של כבוד האדם. הכבוד והשם הטוב הם כתאומים בני צביה, הכבוד של אדם הוא שמו הטוב והשם הטוב הוא הכבוד, כמעט מילים נרדפות בדיבור אחד. אדם מן היישוב יזהה פגיעה בשמו הטוב של אדם כפגיעה בכבודו האישי של אדם, שהרי שמו של אדם הוא בנו-בכורו של מושג הכבוד (כלשונו של השופט חשין בבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 866 (1999) (להלן: עניין סנש)).

ההכרה בכבוד וההגנה על הכבוד מעוגנות בסעיף 2 ובסעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הזכות לשם טוב מזוהה במישרין עם הזכות לכבוד, ולמיצער, נגזרת מיידית וישירות מהזכות לכבוד (יש הגורסים כי הזכות לשם טוב נגזרת גם מהזכות לחירות ומהזכות לפרטיות (השופטת פרוקצ'יה בעניין בן גביר, בפסקה 12 לחוות דעתה)). לא כך חופש הביטוי, אשר כמו הזכות לשוויון וזכויות נוספות אחרות, אינו בכלל הזכויות המנויות במפורש בחוק היסוד (הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ד) 257, 318-322. בדומה לסטטמן במאמרו לעיל, גם המחבר סבור כי חופש הביטוי לא נכלל במסגרת כבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). בניגוד לשם הטוב אשר מזוהה באופן טבעי עם כבוד האדם, הרי שהזיהוי של חופש הביטוי עם כבוד האדם אינו זיהוי שבמישרין.

4. מכאן, שיכול הטוען לטעון כי זכות מפורשת (שם טוב=כבוד) מול זכות משתמעת (חופש הביטוי נכלל בזכות לכבוד) - הזכות המפורשת עדיפה, וכי האיזון בין שתי הזכויות המתנגשות השתנה עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לטובת השם הטוב.

טענה זו הועלתה בעבר ונותרה בצריך עיון, תוך הבעת דעה כי אין מקום לשינוי האיזון (השופטת ביניש (בתוארה אז) ברע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308, 318-320 (2004) (להלן: עניין אטינגר)).

אף אני איני סבור כי האיזון השתנה א-פריורית לטובת השם הטוב. הפסיקה חזרה וקבעה כי חופש הביטוי מהווה חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד, באשר חירות הביטוי חיונית להגשמתו העצמית של האדם ומיצוי אישיותו. אוזנים אנו במסורת משפטית רבת שנים, הרואה בחופש הביטוי חירות חוקתית הנגזרת מערכיה היסודיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בין חירות הביטוי לבין הדמוקרטיה יש יחסי גומלין - הדמוקרטיה היא תנאי הכרחי לחופש הביטוי וחופש הביטוי מעניק תוכן לדמוקרטיה. לא בכדי כונתה חירות הביטוי "זכות עילאית", "ציפור נפשה של הדמוקרטיה" (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 857 (1989) (להלן: עניין אבנרי)) ועוד כהנה וכהנה ביטויים ומטבעות לשון שנוצקו ושירי תהילה ששוררו במהלך השנים לכבוד "אותו נפיל הקרוי חופש הביטוי" (כלשונו של השופט חשין בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 76 (1998) (להלן: עניין קראוס)).

5. עם זאת, משבחר המחוקק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לרומם את הזכות לכבוד ולהצניע את חופש הביטוי, אני סבור כי יש ליתן לכך משקל, במובן זה שאין לקבוע מראש כי בהתנגשות בין השניים משקלה של הזכות לביטוי גובר. אציין כי בפסקי דין רבים אנו מוצאים הסתמכות על פסק הדין בעניין אבנרי כחלק מההנמקה להעדפה מראש של חופש הביטוי, אך יש לזכור כי פסק דין זה ניתן לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (וראו, בדומה, דברי השופט חשין בעניין סנש בעמ' 870). לטעמי, כאשר מדובר בהתנגשות בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב במסגרת תביעה פרטית לפי חוק איסור לשון הרע - להבדיל מהתנגשות בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים כמו הגנה על רגשות הציבור - האיזון צריך להיעשות אד-הוק, ויש להישמר מנוסחה הכוללת "מקדם" או "מכפיל כוח" לטובת חופש הביטוי.

המקרה שלפנינו מדגים את הדברים. מחד גיסא, לפנינו נושא בעל חשיבות ציבורית. מאידך גיסא, סרן ר' הוא אדם פרטי ולא איש ציבור, אשר בתפקידו כמפקד פלוגה נקלע לעין הסערה.

כאמור, לשונו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה תומכת במתן משקל עודף א-פריורי לחופש הביטוי, בתחרות בינו לבין שמו הטוב של אדם. זאת, הן מאחר שהמושג הטבעי והראשוני של כבוד האדם הוא שמו הטוב, והן מאחר שחופש הביטוי אינו מעוגן במפורש בחוק היסוד. לכך יש להוסיף גם טעם שבמהות. בעוד שבהתנגשות בין חופש הביטוי לבין ערכים "ציבוריים" אחרים, כמו פגיעה ברגשות, אנו נוטים

להניח כי לציבור כושר סיבולת לשאת את הפרסום הפוגע, לא כך כאשר מדובר בפגיעה בשמו הטוב של אדם. ההנחה היא, שאין להשוות את עמידותו וסבילותו של הפרט לזה של הציבור (השופטת פרוקצ'יה בעניין בן גביר, בפסקה 15).

סיכומו של דבר, שהאיזון בין הזכויות המתנגשות, צריך להיעשות אד-הוק במסגרת ההגנות שבחוק איסור לשון הרע, ויפים לענייננו דברי השופטת פרוקצ'יה בעניין בן גביר (פסקה 17):

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

נקודת האיזון בין שני הכוחות המושכים לכיוונים מנוגדים, נמצאת בחוק איסור לשון הרע עצמו, ועל-כן, נשים פעמנו אל החוק.

חוק איסור לשון הרע

6. תרשים הזרימה בתביעות לשון הרע הוא כלהלן: בשלב הראשון נבחנת השאלה אם הביטוי מהווה לשון הרע על פי אחת מארבע החלופות בהגדרה שבסעיף 1 לחוק, והאם מתקיים יסוד הפרסום כמשמעותו בסעיף 2 לחוק. רק אם התשובה חיובית עוברים לשלב הבא ובוחנים אם הביטוי נהנה מאחת החסינויות המוחלטות (פרסומים מותרים) הקבועות בסעיף 13 לחוק. אם נכנס הפרסום לד' אמות אחת החסינויות - דין התביעה להידחות. אם לא כן, אנו עוברים לשלב הבא ובוחנים אם הפרסום מוגן על פי אמת המידה הקבועה בסעיף 14 לחוק על שתי רגליה - אמת בפרסום ועניין ציבורי. אם הפרסום אינו נהנה מהגנה זו, יש להמשיך ולבחון אם הפרסום מוגן בתום ליבו של המפרסם, בגדר אחת מהחלופות הקבועות בסעיף 15 לחוק במשולב עם חזקות תום הלב בסעיף 16. היה ונתברר כי הפרסום אינו נהנה מהגנת סעיף 14 או מהגנת סעיף 15, או-אז עוברים לשלב הרביעי של הסעדים (לתיאור שונה במקצת של השלבים ראו בע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי בפסקה 7 (לא פורסם, 4.8.2008)).

7. למרות שתרשים הזרימה מוליך אותנו לאורכו של החוק, ולכאורה, שלב אחד מוביל לשלב שאחריו ואיננו נדרשים להסב הילוכנו לאחור, הרי שהמציאות מורכבת יותר. בחינת כל אחד מהשלבים לא נעשית באופן "סטריילי" במנותק מהשלבים האחרים. יש יחסי גומלין בין השלבים השונים, והקו התוחם ביניהם איננו חד כפי שעשוי להשתמע. כך, לדוגמה, עוצמת הביטוי הפוגע, עשויה להשליך על העניין הציבורי במסגרת הגנת אמת דיברתי בסעיף 14 לחוק או בבחינת תום-הלב במסגרת סעיף 15 לחוק (ראו דברי השופט ריבלין בעניין הרציקוביץ). בהשאלה מתחומי משפט אחרים, ניתן לומר כי יש "מקבילית כוחות" בין השלבים השונים - ככל שהביטוי או הפרסום הפוגע הוא עוצמתי יותר, כך יידרש יותר בשלב ההגנות הקבועות בסעיפים 14-15 לחוק, ולהיפך.

8. נתון נוסף שיש לקחת בחשבון לתחילת מסע, הוא עוצמת האינטרס המבקש לחסות תחת חופש הביטוי. יש לבחון את סוג הביטוי במשרעת שבין הביטוי הפוליטי הראוי להגנה מירבית לבין הביטוי המסחרי הראוי להגנה פחותה, יש לבחון את נושא הפרסום ומושא הפרסום במשרעת שבין עניין בעל חשיבות ציבורית נכבדה או דמות ציבורית מפורסמת לבין פרסום בעניין או בדמות שאינם כאלה. בנוסף, יש לבחון מהו הכלי ומה המסגרת של הביטוי:

"יש מאמר בעיתון ויש ספרות יפה, יש תיאור אירועים ויש נאום, יש פרסומת מסחרית ויש ביקורת השלטון, יש ביקורת חברתית ויש תהלוכה. כל אחד מאלה – הם ואחרים זולתם – אמורים לשקף אינטרס מסוים, ועוצמת הזכות תהיה כעוצמת האינטרס. הוא הדין בדרכי הביטוי וההתבטאות: יש עיתון ויש סרט, יש הצגה ויש טלוויזיה, יש רדיו ויש תנועה על בימה" (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 689 (1997)).

9. ולבסוף, יש לזכור את מסגרת הדיון המשפטי. לא תביעה לסעד מניעתי נגד פרסום צפוי בבחינת "צנזורה מוקדמת" (עניין אטינגר; בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 193 (1997) (להלן: עניין נוביק)), כתביעה לאחר הפרסום לתשלום פיצויים בגין נזק לשם הטוב. השיקולים והאיזונים בכל אחד מסוגי הסעדים הם שונים.

בין אמת לשענתה לאמת לאמיתה

10. התובע על פי חוק לשון הרע לא נדרש להוכיח יסוד נפשי או אשם מצד המפרסם. לכן, ולצורך הטלת אחריות, אין נפקא מינה אם פרסום לשון הרע נעשה בכוונת זדון או בהתרשלות ואף ללא התרשלות, ודי בכך שהפרסום מהווה לשון הרע. לפנינו אפוא אחריות חמורה (הכפופה להגנות שונות), שהרציונל שבבסיסה הוא כי העוולה של לשון הרע מגינה על קניינו של אדם בשמו הטוב, בדומה לעוולות המגינות על קניינו של אדם ברכושו (תמר גדרון "לשון הרע – עוולת הרשלנות?" המשפט ד 219, 221 (תשנ"ט) (להלן: גדרון). מכאן, שעשויה להישמע הטענה, כי לצורך הגנת סעיף 14 לחוק, נדרש המפרסם להוכיח כי העובדות שפורסמו הן אמת לאמיתה, ואין נפקא מינה כי אלו היו העובדות הידועות בעת הפרסום. לשיטה זו, פרסום שהיה נכון לשעתו, ולאחר מכן נתברר כי לא היה אמת, לא ייחסה תחת הגנת סעיף 14 לחוק, שהרי החוק מטיל אחריות חמורה.

11. אלא שגישה זו נדחתה במפורש בעניין קראוס בשל מספר טעמים של פרשנות, החל בלשון החוק וסביבתו וכלה בתכליתו של החוק.

סעיף 14 לחוק קובע הגנה מקום בו "...הדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום עניין ציבורי". אילו חפץ המחוקק להטיל אחריות אבסולוטית בגין כל פרסום שאינו אמת לאמיתה, היה נוקט לשון "...הדבר שפורסם הוא אמת...".

בנוסף, את סעיף 14 לחוק יש לקרוא על רקע הגנות תום הלב בסעיף 15 לחוק, הגנות אשר נבחנות בעת הפרסום (החריג היחיד לשלילת הגנת החוק בשל נסיבות שארעו לאחר הפרסום נזכר בסעיף 17 לחוק, מקום בו המפרסם סירב לפרסם תיקון או הכחשה לפי דרישת הנפגע).

לכך יש להוסיף כי חוק איסור לשון הרע מטיל גם אחריות פלילית, וברי כי את המחשבה הפלילית יש לבחון בעת הפרסום, ולא בדיעבד על פי התפתחויות מאוחרות.

כל אלה, נימוקים שבהגיון ובלשון, מבססים את הלכת האמת לשעתה, ועמד על כך השופט אור בעניין קראוס (שם, עמ' 32):

"העיקרון האמור חל על כל יסודותיה של ההגנה הקבועה בסעיף 14 לחוק איסור לשון הרע. הוא מחייב את בחינתם של אמיתות הפרסום, ושל העניין הציבורי הטמון בו, בנקודת הזמן של עשיית הפרסום..."

בדומה, נאמר על ידי השופט מצא כי -

“...שאלת עמידתו של המפרסם בחובה זו, כמו השאלה אם תוכנו של הפרסום היה אמת, צריכה ויכולה להיבחן רק ביחס למועד הפרסום... פרסום פוגע, שבמועד עשייתו הוא אמת ויש בו עניין לציבור, מפרסמו חף מעוולה ומעבירה” (שם, עמ' 57).

אפילו השופט מ' חשין (בתוארו אז), שנותר בדעת מיעוט בעניין קראוס הסכים

כי:

“ברובא-דרובא של המקרים די לה לאמת שתהא אמת- לשעתה והגנת האמת שבפרסום תעמוד לו לעיתון” (שם, עמ' 71)... אודה ואתודה: במקרים רבים – אפשר ברובא דרובא של המקרים – אמת-לשעתה תהא שקולה כנגד אמת-לעולם. וכי כיצד תוכל אמת להפוך ללא-אמת? כך במקרים רבים. אפשר ברוב המקרים. ואולם לא תמיד” (שם עמ' 91).

במאמר מוסגר: ראוי לציין כי דווקא השופט דורנר שהצטרפה לדעת הרוב בעניין קראוס, סברה אחרת, ולשיטתה:

“ אין בפרסום שהיה בגדר אמת-לשעתה אך שהסתבר כלא נכון כדי לחסות תחת כנפי ההגנה של אמת הפרסום. פרסום שהיה אמת-לשעתה ואחר כך התברר כי לא היה אמת, עשוי לבסס רק טענה של תום-לב על-פי סעיף 15 לחוק” (שם, עמ' 107).

12. נוכח חשיבותה של זכות הביטוי, הגנת אמת לשעתה מהווה אמת מידה חיונית לעבודתה של התקשורת. קשה להלום כי התקשורת תידרש לסטנדרט גבוה יותר מהנדרש מרשויות החקירה והתביעה, שהרי במצב הדברים הרגיל, אין לתקשורת את האמצעים והדרכים העומדים לרשות החקירה והתביעה. איננו צריכים להרחיק עדותנו, והמקרה שבפנינו יוכיח.

הנה כי כן, למרות תוצאות התחקירים הצבאיים, ובעקבות חקירת מצ"ח החליטה הפרקליטות הצבאית להגיש כתב אישום נגד סרן ר'. מעמידים אנו את התביעה הצבאית בחזקתה כי לא הייתה מגישה כתב אישום אילולא היו בנמצא ראיות לכאורה על סמך העובדות שהיו בפניה. אם לא עלה בידי רשויות התביעה לגלות כי התצפיתנים העלילו על סרן ר' כביכול ירה צרור אל גופת המנוחה (וחלקם המשיכו והעידו על כך

בבית הדין הצבאי ועדותם נמצאה שקרית), ואם לא מצאו רשויות התביעה כי לאור מיקומו של המוצב ביחס לבית הספר לא הגיוני כי המנוחה הייתה בדרכה לבית הספר, מה לנו כי נלין על מערכת עובדה ואילנה דיין שהלכו בעקבות התביעה?

לשיטתו של סרן ר', הצופה הישראלי היה מבין, לו היו ניתנים לו נתוני האמת, מה המנוחה עשתה בשער המוצב, בדיוק כפי שהבינו כל התחקירים ושתי ערכאות משפטיות ששמעו ראיות (ס' 136 לסיכומי התשובה). אם כך, נשאלת השאלה, מדוע בכלל היה צורך בערכאה משפטית שתשמע ראיות? מדוע לא הבינו זאת חוקרי מצ"ח ורשויות התביעה, שהכלים שעמדו לרשותם בוודאי אפקטיביים יותר מהכלים העומדים לרשות המפרסם? בית הדין הצבאי מצא לזכות את סרן ר' ולקבל את כל טענות ההגנה, לאחר שהונחו בפניו כל הראיות, ולאחר שהעדויות עברו בכור ההיתוך של החקירות הנגדיות אשר לאחריהן נאלצו חלק מהחיילים-העדים להודות כי שקרו. אך לא אלה הכלים שעמדו לרשות מערכת עובדה ואילנה דיין בעת פרסום הכתבה על סרן ר'.

המקרה שלפנינו מדגים אפוא את חשיבותה של הלכת האמת לשעתה. בחינת הפרסום בראייה בדיעבד של הדברים, לאחר שהעובדות נתלבנו בהליך שיפוטי, מהווה נטל כבד על אמצעי התקשורת. שאם לא כן, נמצאת מטיל אחריות מוחלטת על מפרסם, בשל התפתחות מאוחרת שלאחריה נתברר כי הפרסום אינו אמת. הטלת אחריות במקרה כזה, מהווה פגיעה אנושה בחופש הביטוי, ויש בה חשש לאפקט מצנן, אם לא מקפיא, של עבודת העיתונות והתקשורת.

לא אכחד כי הדרישה להמתין עד לסוף ההליך השיפוטי קרובה לליבו של כל משפטן, והתופעה של שפיטה על ידי התקשורת, היא בלתי רצויה בעליל, ובית הדין הצבאי אף עמד על כך בהכרעת דינו המזכה. אלא שבכפוף לאיסור הסוב-יודיזה, התקשורת אינה מנועה מלעסוק גם בנושאים המגיעים למערכת המשפט, ואיסור כגון דא מנוגד לנשמת-אפה של התקשורת ולאינסטנקט הבסיסי של כלי תקשורת – להיות הראשון לחשוף ולהקדים את האחרים.

13. ומזוית אחרת: להבדיל מהמקרה שנדון בע"א 5653/98 פלוס נ' חלון, פ"ד נה(5) 865 (2001), שם הסתמכה הכתבה על מכתב שנשלח על ידי עורך דין, ולהבדיל מעניין קראוס שם היה מדובר בחקירה משטרתית, הרי שהחשדות נגד סרן ר' הבשילו לכתב אישום. אילו הייתה אילנה דיין מקריאה את כתב האישום לצופים, הפרסום היה נופל בגדר החסינות המוחלטת הקבועה בסעיף 13 לחוק. במקרה דנן, לא רק שהכתבה

שיקפה את כתב האישום, לטעמי, היא אף הייתה מאוזנת יותר מכתב האישום, אשר מטבע הדברים הוא חד-צדדי ומשקף את עמדת התביעה בלבד. נקל אפוא לקבוע כי הכתבה שיקפה אמת לשעתה, האמת שהייתה ידועה לרשויות החקירה והתביעה.

14. ומזוית נוספת: עמדנו על כך שהכתבה אינה עוסקת רק בסרן ר', אלא גם - ויש שיטענו בעיקר - בתפקודם של חיילי המוצב בעת האירוע. גם לאחר שניתן פסק דינו המזכה של בית הדין הצבאי, עדיין נותרו שאלות פתוחות, לא רק לצופה בכתבה אלא גם לבית משפט זה. עתירה שהוגשה על ידי הוריה של המנוחה לבית משפט זה בשבתו כבג"ץ, נתקבלה במובן זה, שניתן צו על תנאי המורה לחקור "כלום נקבעו בגזרה הרלוונטית הוראות פתיחה-באש, בין בלילה ובין ביום, אשר חרגו מן הפקודות הרשמיות הנוהגות בצה"ל".

וכך נאמר בפסק הדין:

"...מדוע לא הבחינו בה חיילי העמדות, החולשות בתצפית על השטח, עוד כשסיפק היה בידם לעצור את הילוכה ולהתרות בה לבל תוסיף ותתקרב? כלום קשור מחדל זה בכשל מבצעי ומשמעתי חמור, אותו יש לתלות, בין היתר, במערכת נורמטיבית לקויה בגדרה פעלו חיילי המוצב? כיצד זה טעו השומרים בשערי המוצב לסבור, כי בשל קרבתה אל השער מקימה הנערה סכנה מיידית וממשית לחייהם, וכיצד הסתמכו כל יתר חבריהם על זיהוי שגוי זה והצטרפו כאיש אחד לירי לעברה? מדוע לא חדלו מן האש, עד שמתה, אף שבמנוסתה היו מהם שזיהו כי נערה צעירה היא?

... כמו מאליו מצפה אתה, כי חרף זאת, ייתן הפרקליט הצבאי הראשי דעתו אף להיבט זה של הפרשה, ולצורך במיצויו של הבירור המשפטי באשר לכלל הגורמים שהביאו למותה של אימאן אלהמץ – בירור אשר דומה כי טרם הושלם די צורכו" (בג"ץ 741/05 אלהמץ נ' צה"ל התובעת הצבאית הראשית (לא פורסם, 14.12.2006)).

הכתבה מושא דיוננו הותירה את הצופה עם סימני שאלה, כפי שנותרו סימני שאלה גם לאחר הכרעת הדין המזכה, כפי שנקבע בפסק דינו של בג"ץ. ודוק: בג"ץ לא נדרש לבחינה עובדתית של הדברים ולא התיימר לקבוע עובדות, מעבר למה שהניחו הצדדים בפניו. לכן, שלא כטענת טלעד ואילנה דיין, איני סבור כי סרן ר' מושתק מלטעון כנגד אמירות בפסק הדין (כמו זו שבפסקה 8 ולפיה נבדק התיק שהמנוחה נשאה עמה ונמצאו בו ספרים בלבד כך שהופרך החשש כי הייתה מחבלת מתאבדת, באשר אין חולק כי התיק נקבר בחולות ולא נבדק). ברם, דומה כי קשה לחלוק על

המסקנה הסופית של פסק הדין ולפיה "את מותה של אלהמץ ניתן היה למנוע, לו אך פעלו כל הגורמים המעורבים כנדרש" (שם, פסקה 36).

סיכומו של דבר, שהכתבה נסמכה על החומר ששימש את רשויות התביעה כדי להגיש כתב אישום כנגד סרן ר'. קשה להלום כי בבואנו לבחון את הגנת "אמת דיברתי" נדרוש מאמצעי התקשורת רף אבסולוטי של אמת לאמיתה, מבלי להתחשב באמת הידועה לשעתה, עוד טרם עברה דרך כור ההיתוך של ההליך השיפוטי.

לפרשנות סעיף 15(2) לחוק:

15. חברי, השופט פוגלמן, העלה את האפשרות ליתן למילים "חובה חוקית, מוסרית או חברתית" שבסעיף 15(2) לחוק, פרשנות מרחיבה, החורגת מהפרשנות שניתנה בשעתו בהלכה הותיקה של עיתון הארץ. חברי, המשנה לנשיאה השופט ריבלין, הצטרף אף הוא לדעה זו (פסקה 118 לחוות דעתו).

בעניין נוביק, התבטא השופט מצא באופן ממנו עולה כי על התקשורת מוטלת חובה מקצועית-עיתונאית כלפי הציבור:

"דברים אלה אמנם התייחסו לרשות השידור, אך כל שנאמר בדבר תחולת חופש הביטוי על שדה פעולתה של רשות השידור, חל, מניה וביה, גם על שדות פעולתם של מפעילי הערוץ השני של הטלוויזיה ועל הנהלת הרשות השנייה. בעלי הזיכיון, המפעילים את שידורי הטלוויזיה בערוץ השני, לא רק רשאים אלא אף חייבים, שלא לחסוך מצופיהם תכניות המציגות השקפות ועמדות בנושאים קשים ומעוררי מחלוקת. אם לא יעשו כן, יחטאו לחובתם כלפי הציבור, שלא להיות רק 'דובר', אלא גם 'במה'" (שם, עמ' 203, הדגשה הוספה – י.ע.).

לא נעלם מעיני כי הדברים נאמרו על חובת התקשורת להציג השקפות ועמדות, להבדיל מעובדות, אך בהיבט של חובת התקשורת כלפי הציבור, הדברים יפים גם לענייננו, כך שאין זו הפעם הראשונה בה הכירה הפסיקה בחובה או מעין-חובה של התקשורת כלפי הציבור.

16. הכרה בחובה מקצועית-עיתונאית לפרסם לציבור מידע בנושאים חשובים ומשמעותיים, מהווה סטיה מהלכת עיתון הארץ, ולא בנקל יסטה בית משפט מהלכות קודמות. לאור זאת, התלבטתי אם לצרף את קולי בנושא זה לשני חברי, או שמא ראוי

להותיר למחוקק לתקן את סעיף 15(2) לחוק באופן שיתווספו המילים "חובה עיתונאית" או נוסח כגון דא.

שיקולים שונים מושכים לכיוונים מנוגדים בשאלה זו. הכרה בחובה עיתונאית בגדר חובה "מוסרית או חברתית", משמעה הרחבת כוחה ועוצם ידה של התקשורת. מנגד - ועמד על כך חברי השופט פוגלמן בחוות דעתו - אי הכרה בחובה מוסרית-חברתית-מקצועית של התקשורת ליתן פומבי לידיעה בעניין חשוב ומשמעותי לציבור, משמעה הטלת אחריות חמורה על התקשורת. זאת, גם במצבים בו פעלה בשקידה סבירה וראויה לביורר אמיתות הפרסום, או כאשר לא ניתן להוכיח אמיתות הפרסום בשל מגבלות משפטיות הקשורות בדיני הראיות או בשל רצון העיתונאי לשמור על חסיון מקורותיו.

17. לסופו של יום, החלטתי כי אכן הגיעה העת לסטות מהלכת עיתון הארץ, אשר נותרה "קפואה" על מכונה משך שנים רבות. דומה כי השעה צריכה לכך, והגיעה העת להתאים את ההלכה לשינויי העיתים והתמורות שחלו במהלך עשרות השנים האחרונות, הן במישור הנורמטיבי-משפטי והן באמצעי התקשורת.

הכרה בחובה העיתונאית כחובה "מוסרית-חברתית", תאפשר להכניס אל תוך המשוואה גם את "העורך הסביר" או "העיתונאי הסביר". בכך, נמצאנו מקרבים את האחריות בגין לשון הרע, אל דיני הנזיקין המסורתיים, בהם מבוססת האחריות בנזיקין על קיומו של אשם, ולטעמי, זה המצב הנורמטיבי הרצוי (לשורה של נימוקים וטעמים בגינם ראוי לדרוש יסוד נפשי בעוולה של איסור לשון הרע, ראו גדרון בעמ' 221-224). כפי שהזכרנו, על פי המצב המשפטי דהיום, על מנת להטיל אחריות בגין לשון הרע, התובע לא נדרש להוכיח יסוד של אשם מצד המפרסם, ואין נפקא מינה אם הפרסום נעשה ברשלנות אם לאו. על פי הפרשנות המוצעת על ידי חברי, בחינת הדברים באספקלריה של "עיתונות אחראית" תצריך את בית המשפט לבחון את הפרסום בעיניו של העורך הסביר, בדומה למבחנים הנוהגים לגבי כל בעל מקצוע במסגרת עוולת הרשלנות. אכן, שפת התקשורת אינה כשפת המשפט ושתי השפות מתקשות "להתכתב" ביניהן, בשל המטרות השונות שבבסיס כל אחת מהן, ובשל הכלים והאמצעים השונים העומדים לרשות כל אחת מהדיסציפלינות. אך כפי שהמשפט יודע לגשר על "פערי שפה" בתחומים אחרים המגיעים תדיר לבתי המשפט, כמו רפואה ומשפט, כך הדבר גם בתקשורת ומשפט.

יישום ההלכה החדשה לגבי פרשנות סעיף 15(2) לחוק, צריך להיעשות מכאן ואילך בזהירות, עקב בצד אגודל, על מנת למנוע ניצולה לרעה על ידי התקשורת, ותוך בחינה מתמדת שמא חֲלַף החשש ל"אפקט מצנן" נהיה עדים להתרת הרסן. אחזור אפוא ואזכיר את הדרישות המצטברות שהניח חברי השופט פוגלמן בחוות דעתו, ואשר רק בהתקיימן יחסה הביטוי הפוגע תחת הגנת סעיף 15(2) לחוק, והן: עניין ציבורי חשוב ומשמעותי ועיתונות אחראית (על כל מבחני המשנה ותתי-המבחנים, שעניינם התנהלות המפרסם ואופי הפרסום). ברי כי לאור דרישות ומבחנים אלה, אין לפרש את סעיף 15(2) באופן המבטל את חובת הזהירות שחב המפרסם כלפי הנפגע. נהפוך הוא. דרישות אלה מקרבות, כאמור, את דיני לשון הרע לדיני הנזיקין המסורתיים המצריכים יסוד של אשם וסטיה מחובת זהירות.

מאחר שהגעתי למסקנה כי במקרה דנן עומדת לאילנה דיין הגנת אמת בפרסום לפי סעיף 14 לחוק, במובן של אמת לשעתה, איני רואה להידרש למסקנתו של חברי השופט פוגלמן (סעיף 38 לחוות דעתו) כי עומדת לזכותה גם הגנת סעיף 15(2) במקרה דנן.

מספר הערות לגוף הכתבה מושא הדיון

18. הכתבה מדגימה את האמירה כי הכל בעיני המתבונן. סרן ר' ראה את הכתבה כנסבה עליו אישית. לשיטתו, כמעט בכל שניה במשולש חוזי-שמע-קריינות, יש ניסיון בוטה ומכוון לעוות את העובדות כדי לייחס לו תדמית של בריון ערל-לב שרצח ילדה בדם קר. בעיניו של סרן ר', שורה ארוכה של פריטים קטנים, של אמירות, מילות קישור, הטון בו נאמרו הדברים, כל אלה "כמו החבלים של אנשי ליליפוט" נעשו בתחכום ובעורמה זדונית כנגדו. זאת, למרות שפעל בגבורה ובנחישות, בכך שיצא מהמוצב כשהוא חשוף והסתער על מטרה, שמבחינתו, הייתה מחבל מתאבד, כפי שגם נקבע על ידי בית הדין הצבאי בהכרעת הדין המזכה.

מנגד, אילנה דיין ומערכת עובדה סברו כי הכתבה אינה נסבה כלל על סרן ר', לא הוא מרכז הסיפור, אלא תפקודו של צה"ל בגזרה רגישה. לשיטתן, המדובר בכתבה המביאה לעיני הצופה סיטואציה מורכבת של דרך פעילות חיילי צה"ל תחת תנאים קשים ומאיימים.

הנה כי כן, כתבה אחת ושני נראטיבים שונים בתכלית – זה רואה עצמו כאדם בודד הניצב בפני הכוחות העוצמתיים של התקשורת, בעוד הצד השני אינו מבין כלל

את פשר הטענות המופנות כלפיו, באשר לשיטתו הניח בפני הצופה סיפור מעשה המעורר סוגיות לדיון ושאלות לא פתורות.

19. כשלעצמי, איני סבור כי הכתבה מציגה את סרן ר' כ"חיית אדם, מפלצת במדים, המסתערת על ילדה תמימה שתעתה בדרכה לבית הספר" (סעיף 85 לכתב התביעה). הכתבה אינה חד-צדדית ויש בה בהחלט אמירות מאזנות, כגון: תיאור המציאות המתוחה בה היו שרויים חיילי המוצב עובר לאירוע; כי סרן ר' ניסה להשליט משמעת בקרב החיילים הוותיקים; כי בשל כך זכה סרן ר' לעוינות מצד חלק מהחיילים אשר "חיפשו אותו"; כי המנוחה זוהתה באיזור האב"ם ב"מיקום ממש לא תקין"; כי החיילים חששו שהמנוחה נושאת מטען או שנשלחה כדי לפתותם לצאת מהמוצב; כי את סרן ר' העירו מהשינה בבעיטה, הוא שם על עצמו שכפ"ץ ורץ במהירות מחוץ למוצב כאשר "מבחינתו הוא מסתער לעבר מחבל שחדר פנימה" (מה שמשלב עם הדיווח שלו בקשר כי "וידא הריגה"); כי סרן ר' הועיד עצמו לקריירה צבאית, הוא בעל כושר גופני מעולה ובתחרות כושר קרבי "הותיר מאחור" את נציג סיירת מטכ"ל.

לא התרשמתי שהצילומים מחקירתו של סרן ר' במצ"ח מגחיכים אותו, או מציגים את גרסתו בצורה מעוותת. אדרבה, סרן ר' עומד בתקיפות על שלו מול החוקרים. כאשר החוקר שואל שוב ושוב על זוית הירי, סרן ר' נוטל ממנו את הנשק ומסביר לו בתקיפות מה הייתה זוית הירי, כאשר ניכר עליו כי אינו מתחמק משאלות ואינו מבין כלל מה פשר הטענות נגדו, כך שגרסתו מועברת לצופה.

20. אכן, הכתבה משמיטה מרשת הקשר קטעים שיכולים היו להמחיש טוב יותר לצופה את הלך-רוחו של סרן ר' בעת שיצא להסתערות, כמו הדיווח שלו בזמן אמת כי זיהה את המנוחה כבחורה בת 15-18 "ולא בטוח שזו בחורה". משפט הסיום המצמרר של סרן ר' לחייליו, דוקר את העין כדגל שחור: "כל מי שנע, זו, במרחב, גם אם זה בן שלוש, צריך להרוג אותו. עבור". אלא שגם משפט זה, מקבל משמעות מרוככת בהרבה, כאשר שומעים את כל הקטע, שהובא בשלמותו בפסק דינו של בית המשפט המחוזי (הדגשות הוספו – י.ע.):

"סרן ר': קבל תמונת מצב. שים לב, אחרי זיהוי של הדמות שהגיעה מכיוון רחבת הרק"ם. הדמות הזאת הגיעה עד הסוללה של רחבת הרק"ם שנמצאת למטה. הגיעה לסוללה המערבית, עצרה, שינתה כיוון תנועה לכיוון דרום שזה לכיוון המגן. הגיעה לפתחה בסוללה שנמצאת מול אחד א' ואחד ב'... הונח שם התיק והיא

רצה וחזרה לכיוון מזרח. תוך כדי היציאה שלנו מהמגן ביצענו אש. נשכבנו על הסוללה ברק"ם, ביצענו אש והרגנו אותה. אני מעריך שמדובר בנערה בין 15 ל-18. לא יכול להגיד לך בדיוק כמה. 15-18. לא בטוח שזו בחורה, לא בטוח, יש לה, לבשה מכנסיים ג'ינס וגופייה, חולצה. כמו כן היתה עם כאפייה על הראש...".

הדובר בחמ"ל המוצב: אז מה עם התיק? עדיין בנקודה? יש חשש למתנה? [מטען – י.ע.]

סרן ר': התיק בנקודה, היא התרחקה 15 קצרים, אני, אני גם וידאתי את ההריגה. התיק בינתיים פה נמצא, נמתין ונשמור עליו בנקודה חמה, עד שיגיעו מקצוענים, עבור... כאן קודקוד, צריך לחדד את זה לכולם. תחנות ספרד קודקוד. יכולים להגיע עד הרחבה, יכול להיות שגם היה מתוכנן אירוע משיכה. יכול להיות שנשלחה עם תיק. יכול להיות שהיתה לה חגורת נפץ על הגוף שלה, ובכלל יכול להיות שרצתה לעשות לנו מבחן לראות איך אנחנו מגיבים. כאן קודקוד, כל מי שנע, אז, במרחב, גם אם זה בן שלוש, צריך להרוג אותו. עבור".

המשפט מעורר החלחלה הנ"ל – אשר הוצג על ידי אילנה דיין כמשפט "שמשום-מה דחוף למ"פ לשדר עכשיו לחמ"ל" - מובן בהקשרו המלא כמשפט שנאמר על ידי סרן ר' ב"סערת הקרב" בבואו לעורר את פקודיו לעירנות מכסימלית, לאחר שכבר נכשלו בכך שלא זיהו את המנוחה עד הגיעה לפתח המוצב. בית הדין הצבאי קבע בהכרעת דינו כי תחילתם של הדברים מלמדת על סופם וכי החיילים לא הבינו את הדברים באופן מילולי כשינוי להוראות פתיחה באש, אלא על דרך הגוזמה. בהכרעת הדין נקבע כי "הדברים נאמרו בעיצומו של אירוע מבצעי, במטרה לחדד את ערנות החיילים לחשש כי הם נתונים למתקפת טרור, ולא כשינוי מנוהלי הפתיחה באש... אמנם מוטב היה לו הנאשם היה נזהר יותר בהתבטאותו, אבל ספק אם ראוי לבוא חשבון עם התבטאות כזאת של מפקד בעיצומה של פעילות מבצעית...".

מנגד, מה לנו כי נלין על מערכת עובדה ואילנה דיין, אם הפרקליטות הצבאית, - שהייתה ללא ספק מודעת להקשר הדברים והדבקים - מצאה להעמיד את סרן ר' לדין גם בעבירה של חריגה מסמכות עד כדי סיכון חיים או בריאות, ובכתב האישום יוחס לסרן ר' כי במשפט האחרון הנ"ל הורה לפקודיו לסטות מהוראות הפתיחה באש.

לכך יש להוסיף כי מערכת עובדה ואילנה דיין נמנעו לעשות שימוש בחומרים שיכולים היו להשחיר את דמותו של המערער, ועמדו על כך גם חבריי בפסק דינם. כאמור, גם בית משפט קמא קבע בפסק דינו כי "דיין לא ביקשה לפגוע בתובע, לא להשחיר את דמותו..." (סעיף 174 לפסק הדין).

עוד אציין כי הכתבה הייתה מאוזנת ומעודנת יותר מפרסומים שקדמו לה בעיתונות הכתובה, אשר ייחסו לסרן ר' את האשמה כי רוקן מחסנית שלמה בגופה של המנוחה וכי היה שותף לרשת שקרים שנטוטה כדי לכסות את האירוע. למעשה, וכפי שאמרנו לעיל, הכתבה הייתה מאוזנת הרבה יותר מכתב האישום החד-צדדי שהוגש כנגד סרן ר'.

21. הוטרדתי בשאלה אם אין לראות את הקדימון כחלק בלתי נפרד מהכתבה. יש מקום לדעה כי הצופה הסביר, אשר "נטחן" שוב ושוב בקדימון הדרמטי המלווה בקולה הסמכותי-פסקני-נחרץ של אילנה דיין, מגיע לצפות בכתבה כשדעתו כבר מקובעת לגבי הדברים שהוא עומד לראות. מנגד, ניתן לטעון כי הצופה הסביר, לאחר שנים בהן נתמלאה כרסו בקדימונים דרמטיים ש"לא סיפקו את הסחורה", מקבל את המסר בקדימון עם יותר מקב חומטין.

22. אולם גם אם טעיתי במסקנתי, והתמונה הכללית המתקבעת בתודעתו של הצופה הסביר לגבי סרן ר' היא שלילית, כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא (סעיף 158 לפסק דינו), הרי שלא הכתבה אשמה בכך. המציאות, העובדות הלכאוריות שטרם עברו בכור ההיתוך המשפטי, הן שעמדו בבסיס הכתבה. סרן ר' נקלע שלא בטובתו לסיטואציה קשה, והעובדות הלכאוריות אף הביאו לכך שהפרקליטות הצבאית מצאה להגיש כתב אישום כנגדו, אף בהתעלם מאותן נקודות-זכות שנזכרו בכתבה.

23. לטעמי, נעשו בכתבה שתי טעויות עריכה בולטות:

האחת – החיילים הנחזים כיורים במנוחה בכלים כבדים לא צולמו בשעת האירוע, והמסר העולה מהתמונות הוא של חבורת חיילים נינוחים המתבדחים בינם לבין עצמם בעודם ממטירים אש תופת לעבר ילדה קטנה. זאת, בעוד שמדובר בצילומי ירי שגרתי, ככל הנראה לפתיחת ציר, ללא כל קשר לאירוע מושא הכתבה. עם זאת, יש לזכור כי הדבר לא נעשה בכוונת מכוון במסגרת שיקולי העריכה, ובתוכנית ששודרה בשבוע שלאחר שידור הכתבה, הובהר כי מדובר בטעות.

השניה – אי אזכור העובדה שהחיילים החוגגים בסוף הכתבה צולמו ללא קשר לאירוע. צילומים אלה מלווים בקולה של אילנה דיין המסביר כי "התמונות האלה מופיעות מיד אחרי אירוע הירי על הקלטת שצילמו חיילי המוצב. משהו בפלוגה

המסייעת של גדוד שקד התחיל להשתבש מזמן". בתמונות נחזים חיילים עולצים ושמחים, והצופה הסביר יכול לקשר בין האירוע לבין התהוללות החיילים בפלוגה "שמשו בה השתבש מזמן". הטענה לפיה לא נאמר במפורש כי התמונות צולמו לאחר האירוע טוב הייתה משלא הועלתה, באשר הצופה הסביר נדרש לאוזן מאוד רגישה ומעודנת כדי להבין שמדובר בצילומים המופיעים בקלטת לאחר הירי, אך אין לצילומים כל קשר לאירוע.

למרות זאת, אין בטעויות עריכה אלה כדי לשנות את התמונה הכללית העולה מהכתבה, מה עוד, שהדברים מיוחסים לחיילים ולא לסרן ר'. זאת ועוד. ליבת עבודת העריכה בתקשורת המצולמת והמשודרת, כוללת חיתוך-השמטה-חיבור של קטעי סאונד וצילומים, לכל אלה מצרפים טכסט וכך באה כתבה לעולם. גם אם סבור בית המשפט כי ניתן היה לערוך את הדברים אחרת, יש להישמר מפני התערבות משפטית ביצירה העיתונאית ובאוטונומיה של העורך, למעט באותם מקרים בהם מתרשם בית המשפט מעריכה מגמתית-מניפולטיבית-מסולפת עד כדי עיוות הדברים. לכן, ולמרות שאין דעתי נוחה מאותן טעויות עריכה המפורטות לעיל, אין מדובר בעריכה זדונית ומניפולטיבית, והדברים נופלים בגדר "מרווח הנשימה" שיש להותיר לעורך, ללא התערבות בית המשפט.

24. בשורה התחתונה, איני סבור כי הצופה הסביר קיבל תמונה מעוותת של ההתרחשויות. הצופה הסביר יודע כי המוצב היה נתון בעבר למתקפות טרור וכי עובר לאירוע המוצב היה תחת התרעה מפני תקיפה; כי המנוחה הגיעה לשער המוצב ברגל ונכנסה אל תוך "האזור הביטחוני המיוחד"; כי אף אחד מהחיילים בעמדות התצפית לא הבחין בה עד שהגיעה למרחק קרוב משער המוצב; כי לאחר שזוהתה פתחו החיילים בעמדות לעברה באש הירי שלא פסקה גם כשהחלה בורחת בכיוון ממנו הגיעה; כי סרן ר' "הוקפץ" משנתו ויצא מחוץ למוצב אל המקום בו הייתה המנוחה מוטלת; כי ירה בה שני כדורים על מנת לנטרל את האיום אשר להבנתו נשקף ממנה, ואז ירה עוד צרור (ודוק: לא נאמר בכתבה כי הצרור נורה על גופת הילדה).

כל אלה עובדות שאינן שנויות במחלוקת. את כל המידע הזה קיבל הצופה, ומכאן ואילך – לפרשנותו של הצופה. יש לזכור כי הצופה הסביר רואה את הכתבה פעם אחת וקולט את המכלול, כך שיש להישמר מפירוק הכתבה לרכיביה דקה אחר דקה, ולדקדק ולבחון כל פריים ופריים במשקפיים של משפטן. לעיתים, מרוב עצים לא

רואים את היער, ודומה כי דווקא "פירוק" הכתבה לחלקיקי חוזי-קול-קריינות, עשוי לשבש את התמונה הכללית.

26. הכתבה צלחה אפוא את דיני לשון הרע, אך דומני כי בהיבט של אתיקה עיתונאית, מערכת "עובדה" לא עמדה בחובת ההגינות.

הלכת קראוס אכן אינה מחייבת את אמצעי התקשורת לפרסם את "האמת לאמיתה" כפי שנתבררה לאחר הליכי חקירה או משפט. אולם דווקא מאחר שאילנה דיין ומערכת עובדה ראו בכתבה הישג עיתונאי חשוב - כדי כך שטרחו לשרר את הכתבה פעם נוספת בסוף העונה - אזי בהיבט של חובת ההגינות ניתן היה לצפות כי יעדכנו את קהל הצופים בהבלטה בזיכוי של סרן ר' על ידי בית הדין הצבאי. אלא שהדבר לא נעשה וחובת ההגינות נותרה מיותרת (על דוקטרינת ההגינות בתקשורת בהקשר של תיקון טעות ראו בג"ץ 146/89 אלדורי נ' רשות השידור, פ"ד מד(1) 798 (1990), ולדוקטרינה בהקשר של איזון בהבאת הדעות, ראו בג"ץ 243/82 זכרונני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לז(1) 757 (1983)).

לא נעלם מעיני כי סרן ר' עצמו לא דרש מהמערערות לפרסם את דבר זיכוי, וכפי שנאמר על ידי השופט שלמה לויין בעניין קראוס, ספק אם יש להטיל על המפרסם חובה שנועדה להגנתו של נפגע, אם הנפגע עצמו אינו עומד על זכותו, ושמה אינו מעוניין בפרסום חוזר של הפרשה (שם עמ' 18). ברם, במקרה דנן, אי פרסום דבר הזיכוי, צורם במיוחד בהתחשב בכך שבאי כוחו של סרן ר' שלחו מכתב דרישה להימנע מפרסום הכתבה בשידור חוזר בסוף העונה, ולמיצער, לפרסם את דבר המכתב, מה שלא נעשה. נקל אפוא להבין כי לסרן ר' היה אינטרס כי דבר הזיכוי יובא לידיעת הצופים בתוכנית.

בכך, פעלו המערערות בניגוד לסעיף 12ד לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות הקובע כלהלן:

"פורסם בעיתון דבר חשד, הגשת כתב אישום או הרשעת אדם, ונודע לעיתון ולעיתונאי באופן מוסמך כי הוסר החשד או לא הוגש כתב האישום או בוטל או זוכה הנאשם בדיון או נתקבל ערעורו של מורשע, לפי העניין, יפרסם זאת העיתון בהבלטה הראויה".

התקשורת היא גם נאמן הציבור, וככזו, קשה להלום כי תדרוש מחד, להכיר בחובתה "המוסרית-חברתית" לפרסם עניין ציבורי בעל משמעות, ומאידך, תתנער מחובת ההגינות המוטלת עליה, לגבי אותו עניין מושא הפרסום.

יפים לענייננו דברי השופט מצא בעניין קראוס (שם, עמ' 58):

"כשם שלציבור היה עניין בפרסום המקורי, כך יש לו עניין במידע החדש. וטוב לעיתונאי, שראה כחובתו המקצועית להביא לידיעת הציבור את הידיעה הראשונה, כי יעמיס על שכמו גם את החובה להביא לידיעת הציבור את הידיעה המתקנת. חובה זו אינה חובה משפטית, אבל היא בוודאי חובה מקצועית-אתית, המבוססת על כללים של מוסר והגינות, הן כלפי הנפגע מן הפרסום המקורי והן כלפי הציבור".

אמנם בעניין קראוס היה מדובר בסדרת כתבות על פני תקופה ארוכה, בעוד ענייננו בכתבה ששודרה פעם אחת, ולאחר מכן בשידור חוזר. עם זאת, בעניין קראוס היה מדובר בחשדות שלא הבשילו לכתב אישום, ולמרות זאת סבר בית המשפט כי אי פרסום העובדה שפרקליט המחוז החליט שלא להגיש כתב אישום, מהווה הפרה של כלל אתיקה. ואילו במקרה שבפנינו, הוגש כתב אישום כנגד סרן ר' והוא זוכה לאחר הליך משפטי מלא. במצב דברים זה, על אחת כמה וכמה שחובת ההגינות וכללי האתיקה חייבו פרסום של דבר הזיכוי.

סיכום וסוף דבר

27. לסופם של דברים, אסכם את המסקנות אליהן הגעתי:

א. אין מקום להעדפה א-פרוירית של חופש הביטוי על הזכות לשם טוב במקרה של התנגשות בין השניים במסגרת תביעה פרטית על פי חוק איסור לשון הרע.

ב. יש להכיר בהגנה של אמת לשעתה, להבדיל מאמת לאמיתה, בגדר הגנת סעיף 14 לחוק.

ג. יש להכיר בחובה "מוסרית-חברתית" של התקשורת בגדר סעיף 15(2) לחוק, תוך סטיה מהלכת עיתון הארץ, על פי המבחנים והדרישות אותם התווה חברי השופט פוגלמן בחוות דעתו.

ד. ניתן להצביע על ליקויים וטעויות בכתבה, אולם לא רק שאין לייחס למערכת עובדה ואילנה דיין כוונת זדון, אלא שהכתבה אף הייתה מאוזנת יותר מכתב האישום שהוגש נגד סרן ר'. עם זאת, באספקלריה של חובת ההגינות וכללי האתיקה, היה מקום לפרסם את דבר זיכוי של סרן ר' בבית הדין הצבאי.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין כי הערעור בע"א 1237/10 – בעניינה של אילנה דיין – מתקבל. הערעור בע"א 1236/10 מתקבל בחלקו. ע"א 751/10 נדחה. פסק הדין של בית המשפט המחוזי מבוטל, ככל שהוא מכוון כלפי דיין. אשר לטלעד, הדרישה לפרסם הודעת תיקון מבוטלת. הפיצוי שתחוב בו טלעד יופחת ויעמוד על 100,000 ש"ח. אין צו להוצאות בערכאה זו.

ניתן היום, ט"ו בשבט התשע"ב (8.2.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה-לנשיאה