

## אמת, שקר ומה שביניהם – התפתחויות בדיני לשון הרע בשנת תשע"ב

מאת

בועז שנור\*

ההתפתחות המרכזית בדיני לשון הרע בשנת תשע"ב אירעה בעניין פלוני נ' דיין-אורבך, שם נדונו גבולות יכולתו של עיתונאי לפרסם תחקיר עיתונאי שהוא אינו בטוח בנכונותו. בדעת רוב נקבע כי הגנת "אמת דיברתי" תחול גם על אמירות שאינן נכונות, ובלבד שהן נחשבו לנכונות ברגע הפרסום. כן נקבע פה אחד כי במסגרת הגנת תום הלב מוטלת על עיתונאי חובה כלפי הציבור לפרסם פרסומים שיש בהם עניין ציבורי משמעותי, ובלבד שהוא נוהג לפי סטנדרטים מחמירים של עיתונות אחראית.

דעת הרוב מעוררת בעיות קשות. היא מערכת בין הגנת "אמת דיברתי" העובדתית לבין הגנת "תום הלב" שנשענת על יסוד נפשי; היקף תחולתה והיסוד הנפשי הנדרש לצורכה אינם ברורים; היא חורגת מהמשפט המצוי וחריגה ביחס למשפט המשווה; חמור מכול – ההגנה לא תשיג את המטרות שלשמן היא נקבעה ותוביל לתוצאות לא רצויות. לפיכך עדיפה עליה בהרבה הרחבת הגנת תום הלב כפי שהוצע בפסק דינו של השופט פוגלמן. לצד התפתחות זו, שמשמעה העדפתו של בית המשפט את חופש הביטוי על חשבון הכבוד, נראה כי הכנסת פעלה דווקא בכיוון ההפוך: בשנה זו תוקן חוק בתי המשפט כדי למנוע פרסום שמות חשודים עד לאחר הבאתם בפני שופט. כמו כן נעשה ניסיון להעלות את סכומי הפיצויים בחוק איסור לשון הרע. מהלכים חקיקתיים אלה מלמדים על פער שקיים בין עמדת המחוקק לעמדת בית המשפט בשאלת האיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין הכבוד.

**מבוא. א. פסק דין פלוני נ' דיין-אורבך; 1. פסק הדין – כללי; 2. פרסום לשון הרע שיש בו עניין ציבורי ומתברר כשגוי – מבט משווה; 3. הלכת הרוב – "אמת לשעתה"; 4. שאלות וביקורות על דעת הרוב; 5. הלכת בית המשפט – חובתו של עיתונאי כלפי הציבור לפרסם בתום לב פרסומים הנוגעים לעניין ציבורי; 6. האיזון הערכי בין חירות הביטוי לבין הכבוד; 7. סיכום. ב. התפתחויות**

\* מרצה בכיר, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים.

ברצוני להודות לחברי הפאנל: השופט אמיר טובי, עו"ד גלי בהרב-מיארה ועו"ד אורי שנהר. הרצאותיהם והערותיהם סייעו רבות למאמר. כן ברצוני להודות מעומק הלב לאייל כתבן, לנעמי בקון-שנור ולחברי מערכת דין ודברים, אשר עברו על טיוטות של המאמר, הצביעו על טעויות והעירו הערות ששיפרו אותו מאוד.

**חקיקתיות: תיקון מספר 69 לחוק בתי המשפט והצעות לתיקון חוק איסור לשון הרע; 1. חוק בתי המשפט (תיקון מס' 69), התשע"ב–2012; 2. הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 10) (הרחבת סעדים), התשע"ב–2011. ג. סיכום ומסקנות.**

## מבוא

במוקד דיני לשון הרע עומד הצורך לאזן בין שני ערכים בסיסיים בכל חברה ותרבות: <sup>1</sup> הכבוד מחד<sup>2</sup> וחופש הביטוי<sup>3</sup> מאידך.<sup>4</sup> שני מושגים אלה הם בעלי משמעות המשתנה מחברה לחברה.<sup>5</sup> על אחת כמה וכמה נקודת האיזון שבה החברה מעוניינת לאזן בין שניהם עשויה להשתנות מתקופה לתקופה.<sup>6</sup> יתר על כן, בכל נקודת זמן נתונה אפשר

- 1 האלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור, **לשון הרע – הדין המצוי והרצוי** (2005) בעמ' 53–68. ראוי לציין כי האיזון בין הכבוד לבין חופש הביטוי נעשה גם בהקשרים אחרים מחוץ לדיני לשון הרע. ראו: שם, בעמודים 193–198.
- 2 מובנו של המושג כבוד אינו ברור לחלוטין. קמיר למשל מציעה ארבע פרשנויות שונות למושג כבוד: אורית קמיר, **שאלה של כבוד – ישראליות וכבוד האדם** (2005) בעמ' 19–41. בדומה לזה, סטטמן מציג שתי הבנות שונות של המושג כבוד: דני סטטמן, "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד (תש"ס–תשס"א) 541. ראו גם את הצעתו של רייכמן לפרש את המונח בדרך שונה מהדרך המקובלת להבנתו: אמנון רייכמן, "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהיליה המוסרית", **משפט וממשל** ז (תשס"ד–תשס"ה) 469.
- 3 לרציונלים שבבסיס חופש הביטוי ראו: ע"א 751/10 **פלוגי נ' דיין-אורבך**, פסקאות 61–66 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 8.2.2012). (להלן: **פסק הדין** או פסק הדין **בעניין דיין-אורבך**) והמקורות הרבים המובאים שם; אמנון רייכמן, "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית המשפט הישראלי אל הדין האמריקאי בסוגיית חופש הביטוי", **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** (מיכאל בירנהק – עורך, תשס"ו) 185, בעמ' 187–189; גיא פסח, "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" **משפטים** לא (תש"ס–תשס"א) 895, בעמ' 897–933; אילנה דיין-אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", **עיוני משפט** כ (תשנ"ו–תשנ"ז) 377; גנאים, קרמניצר, שנור (לעיל, הערה 1) בעמ' 200–204.
- 4 בחלק מהמקרים משפיעים על האיזון הראוי גם ערכים נוספים, אך אלה אינם אינהרנטיים לדיני לשון הרע. לדיון במקרה שבו שיקולים אחרים משפיעים על דיני לשון הרע, ראו: אייל כתבן ובוועז שנור, "בין תרבות הדיון ובין השם הטוב של האדם (בעקבות רע"א 1104/07 חיר נ' גיל), **המשפט** טו (תש"ע) 71.
- 5 תמר גדרון, "מפת תיירות הדיבה העולמית ודיני לשון הרע בישראל", **המשפט** טו (תשע"א) 385, בעמ' 393–395.
- 6 על האיזונים המשתנים בגרמניה שלפני מלחמת העולם הראשונה בעקבות השינויים החברתיים שם, ראו: Ann Goldberg, *Honor, Politics, and the Law in Imperial Germany*, 1871–1914 (2010) pp. 19–36; בארצות הברית, ראו: *New York Times v. Sullivan* [1964] 376 U.S. 254. פסק הדין, אשר הטח את הכף באופן ברור לטובת חופש הביטוי, נבע מהשינויים החברתיים שיצרו מאבקי זכויות האדם בדרום ארצות הברית או. להצגת השיקולים שעמדו "מאחורי הקלעים" של ההחלטה, ראו: *The Supreme court in*

שתגלע מחלוקת בין אנשים שונים וחלקים שונים בחברה כאשר לנקודת האיזון הרצויה. בשל תופעות אלה דיני לשון הרע הם תחום דינמי ומתפתח, אשר משקף את ההתפתחויות הערכיות והחברתיות בכל חברה. מטבע הדברים שבתחום דינמי שכזה גם בתי המשפט וגם המחוקק מנסים להשפיע על נקודת האיזון בין הכבוד לחופש הביטוי לכיוון הרצוי לדעתם.<sup>7</sup>

בשנה האחרונה היו התפתחויות משמעותיות ביותר בתחום היחס שבין הכבוד לבין חופש הביטוי הן בחקיקה והן בפסיקה. מניחות התפתחויות אלה עולה כי בית המשפט נטה בשנה האחרונה לצמצום עוולת פרסום לשון הרע בעיקר בכל הקשור לפרסומים עיתונאיים תוך מתן משקל יתר לחופש הביטוי, ואילו המחוקק נטה דווקא לכיוון של מתן משקל יתר לכבוד תוך הגבלת הפרסומים שמותר לפרסם תוך פגיעה בכבוד.

*Conference (1940–1985) – The Private Discussions Behind Nearly 300 Supreme Court Decisions*, 378–381 (Del Dickson Ed., 2001). מאוחר הרבה יותר התפתחות האינטרנט הביאה למחשבות על צורך בהיפוך מגמה וביטול חלק מהלכה זו: Allen E. Shoenberger, “Connecticut Yankee, Speech in Europe’s Court: An alternative Vision of Constitutional Defamation Law to *New York Times Co. v. Sullivan*”, 28 *Quinnipiac L. Human Rights Act 1998* בעקבות הצטרפות אנגליה לגוש האירופי סימנה את תחילתו של דיון שנמשך עד לימים אלה בדבר האיזון הראוי בין שני הערכים בחברה האנגלית לאחר ההצטרפות לאירופה. ראו למשל: *Reynolds v Times Newspapers Ltd* [2001] 2 A.C. 127, [1999] 4 All E.R. 609, [1999] 3 W.L.R. 1010 (להלן – עניין Reynolds), אשר יצר הגנה חדשה כלשון הרע בעקבות חוק זה, הגנה שהדיון על גבולותיה נמשך עד היום. ראו למשל: *Flood v Times Newspapers Ltd* [2012] UKSC 11 (להלן – עניין Flood). לדיון מקיף בשינויים באנגליה ולהשוואת המצב שם למצב בארצות הברית, ראו להלן, סעיף א.2. כן ראו: גדרון (לעיל, הערה 5) בעמ' 408–429. כך, כל התיקונים שנעשו בחוק איסור לשון הרע מאז 1970 ועד היום (למעט תיקון 4, שהוא תיקון טכני אשר אינו משפיע על האיזון הערכי בחוק) נועדו להרחיב את הגנת החוק על הכבוד. כמעט בכל דיון בכנסת בנושא לשון הרע עולה רצונם של חברי הכנסת להשפיע על איזון זה. ראו למשל את דברי ח"כ ארדן בדיון מיום ה-23.7.2008; את דברי ח"כ יריב לוי ומאיר שטרית בדיון מיום 30.3.2011 ועוד. בדומה לזה, גם שופטי בית המשפט העליון מנסים להשפיע על האיזון בין השם הטוב לבין חופש הביטוי כדי שיתאים לדעתם. ראו למשל: ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (להלן – עניין אבנרי), אשר בעקבות העדפה ערכית של שופטי ההרכב סטה מהוראות החוק בנושא (אריאל בנדור, "חופש לשון הרע", משפטים כ (תש"ן-תשנ"א) 549, 557 ואילך); רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308 (להלן – פסק הדין בעניין אטינגר) אשר המשיך את מגמת פסק הדין בעניין אבנרי, תוך הרחבת הפער בין החקיקה לבין הפסיקה; את רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית, פ"ד נג(1) 26, אשר בו בית המשפט קובע כי צווי איסור פרסום יינתנו רק במקרים נדירים אף שהמחוקק בחר להכניס אותם במודע לחוק, ועוד.

ברשימה זו ננתח לעומקה את ההתפתחות המרכזית בדיני לשון הרע בשנה האחרונה בישראל – פסק הדין בעניין פלוני נ' דיין-אורבך<sup>8</sup> – אשר משקפת את נטיית בתי המשפט לטובת חופש הביטוי. דעת הרוב של פסק דין זה הרחיבה את הגנת "אמת דיברתי" באופן שתחול גם על פרסומים שקריים שהמפרסם חשב שהם נכונים. כפי שיוצג להלן, היקף תחולתה של הלכה זו בעייתי ביותר. יתר על כן, הלכה זו מנוגדת ללשון החוק ולהלכה הפסוקה, מעוררת שאלות מדיניות קשות, מביאה לתוצאות לא ראויות ומשקפת שינוי משמעותי באיזון האינטרסים שבין כבוד לחופש הביטוי. מנגד, השופט פוגלמן, שלפסקיתו הסכימו גם שופטי הרוב, הגיע לאותה תוצאה דרך הגנת תום הלב. זאת, באמצעות הקביעה כי לעיתונאי יש חובה כלפי הציבור לפרסם פרסומים שיש בהם עניין ציבורי רב, ובלבד שהם נעשים בהקפדה על עיתונאות אחראית. דרכו של השופט פוגלמן נראית דרך המלך לעסוק בסוגיה של פרסום שקרי בתום לב, ולפיכך ראוי כי היא, ולא הלכת הרוב, תהפוך להלכה.

לשם הנגדה בלבד נציג בקצרה גם שתי התפתחויות חקוקות אשר משקפות את נטיית המחוקק לטובת הכבוד, תיקון מס' 69 לחוק בתי המשפט, אשר מגביל את האפשרות לפרסם שמות חשודים,<sup>9</sup> והצעת החוק להעלאת סכומי הפיצוי בגין לשון הרע.<sup>10</sup> חלקו הראשון והמרכזי של המאמר יעסוק בניתוח עניין דיין-אורבך. בשני הפרקים הראשונים של חלק זה יוצגו עובדות פסק הדין והמשפט המשווה. בפרק השלישי תוצג דעת הרוב. הפרק הרביעי יוקדש לביורור ספקות המתעוררים בעקבות דעת הרוב ולשם מתיחת ביקורות שונות עליה: שלושת הסעיפים הראשונים של הפרק יוקדשו לחוסר בהירות ביישום ההלכה: חוסר האפשרות לקבוע את זמן בירורה של עובדה; חוסר בהירות באשר ליסוד הנפשי הנדרש בהלכה; חוסר בהירות באשר לתחולתה על נתבעים שאינם אמצעי תקשורת. בסעיף הרביעי יובהר כי בניגוד לאמור בפסק הדין ההלכה החדשה סוטה מהלכות מבוססות של בית המשפט; הסעיף החמישי יעלה ביקורות מהותיות על ההלכה – יצירת תמריצים לא ראויים אצל אמצעי תקשורת ומתן משקל מוגזם לעניין הציבורי כשיקול בזירוז פרסומים; בסעיף השישי והאחרון של הפרק תבוקר הדרך שבה יישמו שופטי הרוב את ההלכה החדשה. בפרק החמישי תוצג דעתו של השופט פוגלמן – ניתוח הבעיה דרך הגנת תום הלב. הפרק השישי יעסוק במחלוקת שהתגלעה בין השופטים באשר לאיזון הערכי שבין הכבוד לבין חירות הביטוי, במקורות אשר משפיעים על עריכת איזון זה בפועל ובמקורות אשר ראוי שישפיעו על עריכת איזון זה.

8 פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3). לביקורת על פסק דין זה אשר פורסמה לאחר כתיבת מאמר זה, אך בטרם הוא ירד לדפוס, ראו אלעד פלד, "אופייה הראוי של ההגנה על פרסומי לשון הרע שגויים בכלי התקשורת: בעקבות ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך" משפטים על אתר גיליון ה מאמר שני (31.1.2013).

9 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 69), התשע"ב–2012, ס"ח 124.

10 הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 10) (הרחבת סעדים), התשע"ב–2011, ה"ח 22.

חלקו השני של המאמר יעסוק בהתפתחויות חקיקתיות כדי להראות כי עמדת המחוקק נוטה דווקא לטובת השם הטוב באיזון שבינו לבין חופש הביטוי. בפרק הראשון נציג וננתח את התיקון לחוק בתי המשפט, אשר אוסר על פרסום שמות חשודים, ובפרק השני נציג בקיצור את הצעת החוק להעלאת סכומי הפיצוי ללא הוכחת נזק בחוק איסור לשון הרע.

## א. פסק דין פלוני נ' דיין-אורבך

### 1. פסק הדין – כללי

פסק הדין בעניין דיין-אורבך עסק בתחקיר ששודר בתכנית "עובדה עם אילנה דיין" בדבר אירוע שהתרחש במוצב גירית, שהיה ממוקם על גבול רפיח-עזה. במהלך האירוע ירה סרן ר' בילדה שהתקרבה למוצב ושבתו זמן הוא חשד שהיא מחבלת. אף שהתחקיר הצבאי קבע כי סרן ר' פעל כשורה, קמה סערה תקשורתית סביב האירוע, שהובילה לחקירת מצ"ח בעניינו של סרן ר'. ביום שבו הוחלט להעמיד את סרן ר' לדין, שודרה התכנית שעסקה במעשיו של סרן ר', במצב החברתי במוצב ובתחקירים הצבאיים.<sup>11</sup>

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 שזו 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 ולבוזתו.<sup>12</sup>

כמו כן שידרה חברת טלעד קדימונים שכללו ציטוטים חלקיים מתוך התכנית. בסוף ההליך הפלילי זוכה סרן ר' מכל האישומים, לאחר שנקבע כי מדובר בעלילת שווא שרקמו נגדו החיילים הוותיקים בפלוגה על רקע ניסיונו לשרש נורמות חברתיות פסולות

11 תיאור העובדות והכתבה מתבסס על התיאורים שבפסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקאות 2–32 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.  
12 שם, בפסקה 85 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

מן הפלוגה. מאוחר יותר קבע בית המשפט העליון כי עדיין נותרו שאלות בלתי פתורות בנוגע לאירוע אף שאלו אינן נוגעות לשאלת אשמתו של סרן ר'.<sup>13</sup> לאחר זיכוי הגיש סרן ר' תביעה נגד האחראים לשידור התכנית, אשר התקבלה בבית המשפט המחוזי.<sup>14</sup> כל המעורבים בתיק ערערו על פסק הדין לבית המשפט העליון. פסק הדין קיבל את ערעורה של אילנה דיין-אורבך, קיבל בחלקו את ערעורה של טלעד (בשל ההבדל בין תוכן הכתבה לבין תוכן הקדימון) ודחה את ערעורו של סרן ר'.

הדילמה שהתעוררה בפני בית המשפט העליון נגעה לסוג מקרים, שאינו נדיר, שבו עיתונאי (או אדם אחר) מפרסם פרסום שיש בו חשיבות ציבורית מתוך מחשבה שהדברים הכלולים בפרסום נכונים, ובדעבד מתברר שלפחות חלקם שגויים. בסוג זה של מקרים מתנגשים שני אינטרסים נוגדים: מחד אינטרס החברה לאפשר עיתונות חוקרת, ומאידך האינטרס לעודד אנשים בעלי ערך להיכנס לשירות הציבורי. מצד אחד החברה מעוניינת לעודד פרסומים שחושפים את העולות והשחיתויות אשר פוגעות במרקם החיים החברתיים, ובכלל זה לאפשר קיום עיתונות חוקרת. אנשים (ובעיקר עיתונאים) אשר אינם זוכה להגנה משפטית מספקת עלולים להירתע מפרסום מידע הנוגע לפעילויות לא רצויות של אישי ציבור, עובדי ציבור ובעלי הון, ובכך יימנע מהחברה מכשיר בקרה חשוב על פעולותיהם של אלה; מצד אחר, כל חברה מעוניינת לעודד אנשים טובים להיכנס לשירות הציבורי, לאפשר להם לנסות לקדם מטרות חברתיות על ידי העמדת ערכיהם לשיפוטו של הבוחר, ובאופן כללי לפעול בספרה הציבורית. אנשים אשר יודעים שאם כבודם ייפגע מפרסום עיתונאי מוטעה הם לא יזכו להגנת המערכת המשפטית וכבודם יהיה למרמס ללא תרופה, עלולים להירתע מכניסה לפעילות ציבורית אשר מעמידה אותם במוקד תשומת הלב של העיתונות ומגבירה את הסכנה לפגיעה בכבודם, ובכך תיפגע איכותם של הפועלים בספרה הציבורית, וממילא תיפגע החברה.<sup>15</sup> שופטי ההרכב התמודדו עם הבעיה בשתי דרכים שונות, ושתייהן הביאו במקרה הנוכחי לאותה תוצאה. המשנה לנשיאה ריבלין והשופט עמית התמודדו עם הבעיה דרך הגנת "אמת דיברתי".<sup>16</sup> מנגד, השופט פוגלמן התמודד אתה דרך הגנת "תום הלב". חדשנותן של ההלכות שנקבעו בפסק הדין וחשיבותן הרבה הביאו את הנשיא גרוניס לקבוע דיון נוסף בעניין בהרכב של תשעה שופטים.<sup>17</sup>

13 בג"ץ 741/05 אל המין נ' צה"ל התובעת הצבאית הראשית, פסקאות 1, 13 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 7.1.2007).

14 ת"א (י-ם) 8206/06 סרן ר' נ' דיין (פורסם בנבו, 7.12.2009). פסק הדין ניתן על ידי השופט סולברג, שמונה בינתיים לבית המשפט העליון.

15 עניין Reynolds (לעיל, הערה 6) בעמ' 621-622.

16 להלן נקרא לדרך ההתמודדות שלהם "דעת הרוב". עם זאת אין כוונת הדברים לרוב במובן הקלאסי שלו, שכן כל השופטים כאמור הסכימו לתוצאה הסופית.

17 דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין-אורבך (פורסם בנבו, 2012). השופטים שידונו בתיק הם הנשיא גרוניס, המשנה לנשיא נאור והשופטים ארבל, רובינשטיין, ג'ובראן, חיות, פוגלמן, עמית והנדל.

## 2. פרסום לשון הרע שיש בו עניין ציבורי ומתברר כשגוי – מבט משווה

שיטות משפט שונות הגיעו לתוצאות שונות בכל הקשור לאיזון בין הכבוד לבין חופש הביטוי וחופש העיתונות בהקשר של פרסום המתייחס לעניין ציבורי ושמתברר בדיעבד כשגוי.<sup>18</sup> בארצות הברית פסק הדין המרכזי בסוגיה זו הוא פסק הדין בעניין *New York Times v. Sullivan*.<sup>19</sup> באותו עניין נפסק כי התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית, אשר קובע כי "Congress shall make no law... abridging the freedom of speech, or of the press..." אינו מאפשר פסיקת פיצוי לאישי ציבור שנפגעו מהוצאת דיבה<sup>20</sup> אלא אם כן יוכח כי הנתבע פעל מתוך actual malice.<sup>21</sup> יסוד נפשי זה דורש, כך נקבע שם, שהנתבע יפרסם את הפרסום מתוך מודעות לשקריותו או מתוך חוסר אכפתיות לאפשרות שהוא שקרי.<sup>22</sup>

כלומר, ההגנה שניתנת לעיתונות בארצות הברית מפני תביעות דיבה בשל פרסום שגוי פוגע המתייחס לאישי ציבור, תלויה ביסוד הנפשי של המפרסם. הגנה זו אינה קשורה לנכונות הפרסום או לשקריותו, שכן בארצות הברית ממילא על התובע להוכיח כי הפרסום נגדו הוא שקרי כדי להצליח בתביעתו.<sup>23</sup>

באנגליה השתנה המצב המשפטי באשר לפרסומים שיש בהם עניין ציבורי ושממתבררים בדיעבד כשגויים בד בבד עם אימוץ האמנה האירופית לזכויות האדם אל תוך המשפט האנגלי.<sup>24</sup> סעיף 10 לאמנה האירופית מתייחס מפורשות לחופש הביטוי, וסעיף 8 שלה מפורש בבית המשפט האירופי, כמו גם בבתי המשפט באנגליה, כמתייחס

18 להבדלים בין המצב המשפטי באנגליה לבין המצב המשפטי בארצות הברית באופן כללי, ראו: תמר גדרון, "מפת תיירות הדיבה העולמית ודיני לשון הרע בישראל", המשפט טו (תשע"א) 385, בעמ' 414–421.

19 *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

20 הפסיקה הוחלה גם על הדין המדינתי דרך התיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית. שם, בעמ' 264.

21 שם, בעמ' 279–280. משמעות הדרישה היא כי על הנתבע לדעת ידיעה סובייקטיבית על שקריות הפרסום.

22 שם, בעמ' 280.

23 פרסום נכון לא יקים עילת תביעה בכל מקרה, שכן לפי דיני לשון הרע בארצות הברית, על התובע מוטל הנטל להוכיח את שקריות הפרסום כתנאי מקדים לתביעת לשון הרע. ראו: David A. Logan and Michael D. Green, "The protection of Personality Rights Against Invasions by Mass Media in the United States of America", *The Protection of Personality Rights Against Invasions by Mass Media* (Helmut Koziol, Alexander Werzilek eds., 2005) 383, p.383. (הספר להלן – **תקשורת המונים**).

24 The Human Rights Act 1998 אימץ אל תוך המשפט האנגלי את האמנה האירופית לזכויות אדם כדי לתת "תוקף נוסף" (further effect) לזכויות המנויות באמנה. החוק נכנס לתוקף בעיקרו בשנת 2000.

גם לכבוד.<sup>25</sup> מאחר שבתחום לשון הרע קיים עימות בין ערכים אלה, היו חייבים בתי המשפט באנגליה לבדוק את התאמתן של ההלכות הקודמות לאמנה. פסק הדין המנחה בסוגיה זו הוא פסק דינו של בית הלורדים בעניין *Reynolds v. Times Newspapers* משנת 1999.<sup>26</sup> בעניין ריינולדס קבע בית הלורדים כי פרסום לציבור אשר כולל פגיעה בכבודו של התובע יהיה מוגן מתביעה בתנאי שהיה עניין ציבורי שהמידע יפורסם, ושהמפרסם פעל בצורה אחראית בפרסום המידע.<sup>27</sup> בית הלורדים אמר כי אין מבחן יחיד לקביעת העניין הציבורי בפרסום,<sup>28</sup> אך ראה בחיוב את מבחן התועלת שיש לציבור בפרסום: האם הציבור היה צריך לדעת את המידע? והאם המפרסם פעל בסבירות כאשר הניח שזוהי חובתו כלפי הציבור?<sup>29</sup> לפי מבחן אחר שהוצע שם, יש עניין ציבורי בפרסום אם לציבור יש זכות לדעת את שפורסם.<sup>30</sup>

בית הלורדים הוסיף וקבע עשרה קריטריונים לא בלעדיים שיקבעו יחדיו אם המפרסם פעל בצורה אחראית בפרסום המידע או לא.<sup>31</sup> קריטריונים אלה כוללים את חומרת ההאשמה, סוג המידע והעניין הציבורי שיש בו, מקור המידע והאמינות המיוחסת לו, הצעדים שנקטו לבירור אמתות המידע, אם המידע כבר שימש בסיס לחקירה בעבר, דחיפות הפרסום, אם נעשתה פנייה לנפגע הפוטנציאלי בטרם הפרסום כדי לברר אם יש לו מידע שעשוי לשפוך אור חדש על הממצאים, אם הפרסום כלל את תמצית תגובת הנפגע, טון הדברים (אם מדובר בקריאה לחקירה, בהאשמה או בקביעה עובדתית) וכן שאר נסיבות העניין, לרבות תזמון הפרסום.<sup>32</sup> הגנת ריינולדס צמחה מהגנת ה־ fair comment האנגלית,<sup>33</sup> אשר מעניקה הגנה ל־ fair comment on a matter of public interest.<sup>34</sup> לפיכך היא אינה חלק מהגנת האמת אלא הגנה העומדת בפני עצמה ומבוססת על תוכן הפרסום והתנהגות המפרסם.<sup>35</sup> במקביל ובנפרד מהגנת ריינולדס, אם יוכיח המפרסם כי הפרסום נכון, הוא ייחנה מהגנת האמת (justification), שאינה מותנית בעניין

*Cumpana and Mazare v. Romania*, (2004) 41 EHRR 200 (GC) at para 91, [2004] 25 ECHR 33348/96; *Pfeifer v. Austria*, (2007) 48 EHRR 12556/03 175 at paras 33 and 35;

*Polanco Torres and Movilla Polanco v. Spain*, [2010] ECHR 1341 34147/06

עניין *Reynolds* (לעיל, הערה 6).

שם, בעמ' 204–205. משמעות ההגנה הובהרה כמה שנים לאחר מתן פסק הדין בעניין *Reynolds* בפסק הדין בעניין *Jameel v. Wall Street Journal*, [2007] 1 A.C. 359 (Eng.)

(להלן – עניין ג'מיל). כן ראו: פסק הדין בעניין *Flood* (לעיל, הערה 6).

לדיון מאוחר יותר במבחנים השונים ראו: פסק הדין בעניין ג'מיל (שם).

עניין *Reynolds* (לעיל, הערה 6) בעמ' 239. כן ראו: שם, בעמ' 213–215, 224.

שם, בעמ' 197.

עניין *Flood* (לעיל, הערה 6) בפסקה 29–30.

עניין *Reynolds* (לעיל, הערה 6) בעמ' 204–205.

*Patrick Milmo Q.C., W. V. H. Rogers, Gately on Libel and Slander* (2008), p. 308

שם, בעמ' 335.

*Loutchansky v. Times Newspapers Ltd (Nos 2-5)*, [2001] E.W.C.A. Civ 1805, [2002]

38–35; Q.B. 783, [2002] 1 All ER 652, paras 32–35. בפסקה 38.



ציבורי כלשהו או בהתנהגות אחראית.<sup>36</sup> דהיינו, מפרסם שפרסם פרסום אמת ייחנה מהגנה במשפט האנגלי גם אם בפרסום אין שום עניין ציבורי וגם אם פעל בזדון. מנגד, מפרסם שפרסם פרסום שאינו נכון יצטרך להוכיח את אחת מהגנות תום הלב המסורתיות או את הגנת ריינולדס כדי לזכות בהגנה.

### 3. הלכת הרוב – "אמת לשעתה"

חוות הדעת הראשונה והמרכזית (73 מתוך 118 עמודי פסק הדין) בפסק הדין היא חוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין. חוות דעת זו, ועמה חוות דעתו של השופט עמית, שהוסיף ופיתח אותה, מרכיבה את דעת הרוב אשר יוצרת את הלכת ה"אמת לשעתה".

יובהר כי השימוש במונח "דעת הרוב" נעשה במאמר שלא במובנו הקלאסי-פורמלי. מבחינה פורמלית שלושת השופטים הסכימו לתוצאה, ולפיכך אין בפסק הדין דעות רוב ומיעוט כמובנן בחוק בתי המשפט.<sup>37</sup> יתר על כן, גם באשר להנמקות פסק הדין אין לדבר על דעת רוב ודעת מיעוט. זאת, כיוון שהשופט פוגלמן לא חיווה דעתו כלל על הלכת האמת לשעתה והשאיר אותה בצריך עיון, בעוד שהשופטים ריבלין ועמית הסכימו באוביטר לחוות דעתו החלופית של השופט פוגלמן. עם זאת מטעמי נוחות גרידא אכנה את הנמקות של השופטים ריבלין ועמית "הלכת (או דעת) הרוב", ואת הנמקת השופט פוגלמן (שלה הסכימו כאמור שאר השופטים באוביטר) אכנה "הלכת (או דעת) בית המשפט".

הלכת הרוב בחרה להתייחס לסוגיה של פרסום פוגע בעל חשיבות ציבורית שמתברר בדעיבד כפרסום שגוי דרך סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, שכותרתו היא "הגנת אמת הפרסום", ואשר קובע כי –

במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום ענין ציבורי; הגנה זו לא תישלל בשל כך בלבד שלא הוכחה אמיתותו של פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש.

דעת הרוב דנה בשאלה אם כדי להיחשב ל"אמת" לפי סעיף 14 נדרש כי מבחינה אובייקטיבית יהיה הפרסום נכון, או שדי ביסוד סובייקטיבי כלשהו כדי להקים את הגנת אמת הפרסום. זאת, כיוון שאם הגנת אמת דיברתי אינה דורשת כי מבחינה אובייקטיבית יהיה הפרסום נכון, ייתכן כי ניתן להעניק הגנה למי שפרסם פרסום שיש בו עניין ציבורי ושדעיבד התברר כשגוי.

J.F Clerk, W.H.B Lindsell, Margaret Brazier, *Clerk and Lindsell on Torts* (17th ed., 36 pp. 21–76; Defamation Act 1952, 15 & 16 Geo. 6 & 1 Eliz. 2, ch. 66, §5 .1995).  
37 סעיף 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, ס"ח 198.

עד לעניין דיין-אורבך הייתה ההלכה בנושא ברורה וחד-משמעית. לשם התקיימות הגנת אמת הפרסום נדרש כי הפרסום יהיה פרסום נכון (וזאת למעט פרטי לוואי שאין בהם פגיעה של ממש) מבחינה עובדתית אובייקטיבית.<sup>38</sup> יתר על כן, לפי ההלכה שהייתה בתוקף עד עניין דיין-אורבך, אם הפרסום נכון מבחינה עובדתית ויש בו עניין ציבורי, אין משמעות כלשהי ליסוד הנפשי של המפרסם, וגם פרסום שנעשה מתוך מחשבה (מוטעית) שמדובר בשקר זדוני, יהיה מוגן אם יתברר בדיעבד שהוא נכון.<sup>39</sup> במילים אחרות, בהנחה שיש עניין ציבורי בפרסום, הרי שהאמתות האובייקטיבית של הדברים היא תנאי נדרש ומספיק לצורך קיום הגנת אמת דיברתי, והיסוד הנפשי של המפרסם אינו רלוונטי לה.

אולם בעניין דיין-אורבך שינה המשנה לנשיאה ריבלין הלכה זו ופסק כי "עובדות שהתבררו רק בשלב מאוחר יותר לא ישפיעו על קיום יסוד האמת".<sup>40</sup> דהיינו, לפי הלכת הרוב, גם אם מתברר בדיעבד כי הדבר שפורסם לא היה נכון, עדיין עשויה לקום למפרסם הגנת אמת הפרסום, בהנחה שיש בפרסום עניין ציבורי. שינוי הלכה זה נשען לדברי הרוב על הלכת דנ"א קראוס.<sup>41</sup>

הלכה חדשנית זו, שלה אין כאמור לעיל מקבילות במשפט המשווה, מעוררת כמה שאלות: ראשית, מתי מתברר שעובדה מסוימת אינה נכונה; שנית, בהנחה שמתברר כי

38 ראו למשל, בשנים האחרונות: ע"א 8345/08 בן-נתן נ' בכרי, פס' 3–6 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 27.7.2011) (להלן – עניין בכרי); ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פס' 22 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 4.8.2008) ("הפרסום היא שאלה עובדתית, הבוחנת את תוכן הפרסום מול המציאות העובדתית" (ההדגשה במקור – ב"ש)); ע"א 10281/03 קורן נ' ארגוב, פס' 11–14 (פורסם בנבו, 12.6.2006) ("יסוד אמיתות הפרסום עיקרו בבחינה האם תואם תוכנו של הפרסום את האמת, את המציאות האובייקטיבית"). כן ראו להלכות דומות באנגליה: Patrick and Rogers (לעיל, הערה 33) בעמ' 309–312; ובקנדה: Roger D. McConchie, David A Potts, *Canadian Libel and Slander Actions* (2004) p. 497.

39 עניין חוסר המשמעות של היעדר תום לבו של המפרסם על תחולת הגנת אמת דיברתי ראו למשל: דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 (להלן – פסק הדין בעניין קראוס). לכך שהגנת האמת היא הגנה מוחלטת, ראו באנגליה: Patrick and Rogers (לעיל, הערה 33) בעמוד 309; "The Protection of Personality Rights Against Invasions by Mass Media in England", W. V. H. Rogers, 59, 66–67; "The Protection of Personality Rights Against Invasions by Mass Media in the United States", Logan and Green, 383, 386. בגרמניה ראו: Gerhard Wagner, "The Protection of Personality Rights Against Invasions by Mass Media in germany", שם, 137, 146. לסקירה משווה של המצב במדינות המערב, שממנה עולה תמונה שלפיה במדינות דוברות אנגלית האמת היא הגנה מוחלטת, ואילו במדינות הקונטיננטל ייתכנו לה חריגים נדירים, ראו: Alexander Warzilek, "Comparative Report", שם, 613, 621–622.

40 פסקה 92 לפסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3).

41 פסק הדין בעניין קראוס (לעיל, הערה 39).

פרסום כלשהו היה פרסום שגוי בזמן עשייתו, מהו היסוד הנפשי הנדרש כדי להקים את הגנת סעיף 14; **שלישית**, אם ההגנה חלה על כל מפרסם או רק על גופי תקשורת; **רביעית**, אם הלכת "אמת לשעתה" אכן עולה בקנה אחד עם ההלכה שנקבעה בדנ"א **קראוס**; **חמישית**, אם הלכה זו נותנת פתרון טוב לבעיית הפרסום שנעשה בתום לב מתוך מחשבה כי יש בו עניין ציבורי אך מתברר בדיעבד כשגוי. נדון בשאלות אלה כסדרן.

#### 4. שאלות וביקורות על דעת הרוב

##### (א) מועד בירורה של עובדה וההשלכות על היקף תחולתה של הלכת ה"אמת לשעתה"

ההלכה החדשה מבדילה בין שני זמנים ב"חייה" של עובדה: פרק הזמן הראשון מתחיל ברגע שבו העובדה קרתה בפועל, במציאות, ומסתיים ברגע שבו היא נתבררה; פרק הזמן השני מתחיל ברגע שבו העובדה "נתבררה". לפי ההלכה החדשה, במהלך פרק הזמן הראשון ייתכן כי הגנת אמת דיברתי תחול על פרסומים גם אם הם מציגים תמונת מצב לא נכונה בנוגע לעובדה. אולם הלכה זו מעוררת בעיה של איתור הזמן שבו אכן "התבררה" העובדה ושלאחריו כבר אי אפשר יהיה ליהנות מהגנת אמת דיברתי באשר לאמירות שגויות. עד להלכת **דיין-אורבך**, לצורך התקיימות טענת אמת דיברתי היה הנתבע נדרש להוכיח לבית המשפט כי הפרסום נכון.<sup>42</sup> אולם לפי הלכת הרוב, גם אם ייכשל הנתבע בהוכחה זו, ואף אם יצליח התובע לשכנע את בית המשפט מעבר לכל ספק סביר כי העובדה שגויה, לא יהיה בכך בהכרח די כדי להכשיל את טענת אמת דיברתי,<sup>43</sup> שהרי בית המשפט יידרש לשאלה מתי התברר כי הטענה שפורסמה אינה נכונה. אם בית המשפט יקבע כי התברר שהפרסום אינו נכון רק לאחר עשייתו, עדיין יוכל הנתבע להסתמך על הגנת אמת דיברתי.

לצורך המחשת נקודה זאת ניתן לקחת עובדה משפטית שבה הליך הבירור אמור להיות חד וחותר:<sup>44</sup> נניח שפלוגי נחשד ברצח ומוגש נגדו כתב אישום. לאחר מכן קורים

42 ראו: האסמכתאות בהערה 38 לעיל.

43 והשוו לגנאים, קרמניצר, שנור (לעיל, הערה 1) בעמ' 92–94, 309–311.

44 לצורך הטיעון נניח כי העובדה שבית המשפט קבע קביעה עובדתית כלשהי בפסק דין חלוט אכן משקפת את המציאות האובייקטיבית. מובן מאליו כי הנחה זו אינה תמיד תואמת את המציאות, וכי ייתכנו בהחלט מקרים שבהם גם קביעה עובדתית בפסק דין חלוט אינה משקפת את המציאות, ראו: נינה זלצמן, "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים "עיוני משפט" כד (תשס"א) 263, בעמ' 264. להימנעות בית המשפט מבירור האמת בתביעות דיבה ראו: ע"א 323/98 שרון נ' בנוזמן, פ"ד נו(3) 245. לביקורת על כך ראו: גנאים, קרמניצר, שנור (לעיל, הערה 1) בעמ' 107–110, וכן עוזי בנוזמן "חופש הביטוי בגוף ראשון: אמת עיתונאית, אמת משפטית – לקחים ממשפט שרון נגד 'הארץ'" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל (מיכאל בירנהק – עורך, תשס"ו) 129. לדיון מקיף בסוגיית האמת המשפטית לעומת האמת העובדתית, ראו למשל הרצאות הכינוס and Truth – The Twenty-First

כמה מאורעות בכמה נקודות זמן: 1. במהלך החקירה הנגדית של עד התביעה הראשי מתברר כי הזיהוי שלו מוטל בספק רב; 2. בשלב ההגנה מובאת חוות דעת אשר מפריכה את הראיה המדעית שעליה הסתמכה התביעה; 3. הנאשם מזוכה מחמת הספק, והצדדים מגישים ערעור; 4. הנאשם מזוכה מכל אשמה בערכאת הערעור.

מובן שבכל שלב שעד לפסק הדין הסופי ניתן לומר כי פלוני חשוד/נאשם ברצח. זוהי אמירה שנכונה לחלוטין בזמן אמירתה, ושלפיכך הייתה מוגנת גם לפני הלכת דין-אורבך.<sup>45</sup> בדומה לזה, במשפט האנגלי כאשר רשות מנהלת חקירה נגד אדם בחשד כלשהו, ניתן לפרסם עליו כי יש יסוד סביר לחשוד כי הוא ביצע את העברות שבהן הוא חשוד.<sup>46</sup>

אולם ההלכה בפסק הדין מרחיבה הרבה יותר את אשר מותר למפרסם לומר. לפי הלכת הרוב, מרגע שרשויות התביעה החליטו להגיש כתב אישום נגד פלוני בחשד לרצח, וכל עוד לא התברר שפלוני לא רצח, יכול מפרסם ליהנות מהגנת אמת דיברתי גם כשמדובר בפרסום שבו הוא טוען על פלוני את האמירה המוחלטת כי הוא ביצע רצח, ולא רק את האמירה המסויגת (ואשר שונה מהותית מבחינה ערכית) שלפיה פלוני חשוד ברצח.<sup>47</sup> זאת, משום שבשלב זה טרם התבררה חפותו של פלוני. הבעיה היא שלא ברור באיזה שלב מהשלבם ניתן לומר כי העובדה שפלוני לא ביצע את הרצח כבר התבררה. כלומר, עד לאיזה שלב תיהנה האמירה כי "פלוני רצח" מהגנת אמת דיברתי, אף שפלוני לא רצח איש, רק משום שהוא נחשד בביצוע הרצח?

בירור השלב שבו העובדה "התבררה" מסובך כמובן הרבה יותר כאשר אין מדובר באמתות שמבוררות בבתי משפט אלא בעובדות שבירוך הוא נושא לבירור ציבורי-היסטורי. בירור כזה עשוי לארוך שנים רבות ואפשר שלא יסתיים במסקנות

,Annual National Student Federalist Society Symposium on Law and Society (2002) שהוקדש כולו לדיון בנושא האמת המשפטית, האמת האובייקטיבית והיחס ביניהן. הרצאות הכינוס פורסמו ב-26 Harvard Journal of Law & Public Policy (2003) pp. 1-238.

45 פסק הדין בעניין קראוס (לעיל, הערה 39) בעמ' 15-17.

46 עניין Flood (לעיל, הערה 6) בפסקה 43. מנגד, במשפט הקונטיננטלי, ובעיקר במשפט הצרפתי, חזקת החפות המהותית גורמת להטלת מגבלות חמורות על פרסום אמירות שמהן עולה כי אדם חשוד במעשה פשע כל זמן שלא הורשע בפלילים. לדיון במשפט הצרפתי בהקשר זה, ראו להלן, ליד הערות 170-175.

47 השוו ל- Chase v. News Group Newspapers Ltd., [2002] E.W.C.A. Civ 1772, [2003] E.M.L.R. 218 (להלן - עניין Chase), שם אמר בית המשפט כי לפרסום שמתייחס לחשדות על פלוני ייתכנו שלוש משמעותות: האחת, שלפיה הוא ביצע את המעשה; השנייה, שלפיה יש יסוד סביר לחשוד שהתובע ביצע את המעשה; השלישית, שלפיה יש סיבה לבדוק אם התובע ביצע את המעשה. כן ראו בהקשר זה: ע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 865 (להלן - עניין פלוס), שם חייב בית המשפט את הנתבע בנוזיקין בשל פרסום שממנו השתמעה המשמעות השנייה (שיש יסוד סביר לחשוד שהתובע ביצע את המעשה), כשבפועל רק הייתה שם סיבה לבדוק אם הוא ביצע זאת (המשמעות השלישית).

ברורות לעולם. למשל, האם אדם שטוען שפלוני טבח בפליטים במהלך קרב לפני עשרות שנים יוכל ליהנות מהגנת אמת דיברתי בלי להוכיח את עצם קיומו של הטבח במציאות ואף שכל המעורבים בדבר מכחישים את קיומו של הטבח,<sup>48</sup> רק משום שהאמין בכך וטרם התברר כי אמירה זו שגויה בעת העלאת הטענה?<sup>49</sup>

הסיבוך גדל עוד יותר כאשר אנו מתייחסים לקבוצה הענקית של עובדות שלעולם אינן "מתבררות": למשל, הניחו כי עיתונאי פונה לאלמוני (שהוא איש ציבור בכיר) ואומר לו שהוא עומד לפרסם כתבה ובה יגיד שאלמוני בגד באשתו, וזאת בהסתמך על דבריהם של מקורות אנונימיים שמסרו מידע בנושא לעיתונאי. האם יוכל העיתונאי ליהנות מהגנת אמת דיברתי אף שאלמוני מכחיש כי בגד באשתו? הבסיס לטיעון בכיוון זה הוא שהכחשתו של אלמוני אינה מבררת מהי האמת אלא רק מציגה גרסה של צד מעוניין. לפיכך העיתונאי יוכל להמשיך ולטעון כי עובדת הבגידה (או אי-הבגידה) טרם התבררה ולהסתמך על הגנת אמת דיברתי. מאותה סיבה גם הכחשה מצד אשתו של אלמוני, ואפילו הכחשה מצד מי שנטען שהיא המאהבת, אינן יותר מהכחשות (או גרסאות) של צדדים מעוניינים, וייתכן שאינן מבררות סופית את עובדת הבגידה. אם כן, האם כתבה שבה נכתב כי "פלוני בגד באשתו" תיחנה מהגנת אמת דיברתי למרות הכחשות כל המעורבים? ומה אם פלוני יציג תוצאות בדיקת פוליגרף שמראות ששלושת המעורבים לכאורה דוברים אמת? האם למרות זאת תיחנה הכתבה מהגנת אמת דיברתי, שהרי פוליגרף אינו בדיקה קבילה?

באופן כללי – הלכת דייץ-אורבך מעלה שאלות רבות הנוגעות לדרך שבה "תתברר" עובדה שאינה עומדת לביור משפטי עצמאי אך אינה נותנת עליהן תשובה. למשל, אילו ראיות יידרש מי שעומדים לפרסם עליו פרסום פוגע, אשר לדעתו אינו נכון, להציג בפני העיתונאי כדי שבית המשפט יקבע מאוחר יותר כי העובדה "התבררה"? כיצד יכול אדם שחושש מפרסום עתידי להביא "לביור" עובדה כך שאמירות עובדתיות שונות ממנה

48 וגמה זו מבוססת באופן כללי, ותוך שינויים, על עובדות עניין ע"א 456/01 כץ נ' עמותת אלכסנדרוני (פורסם בנבו, 6.11.2001).

49 השוו גם לעניין *Irving v. Penguin Books Ltd.*, [2001] All ER (D) 275 (להלן – עניין Irving), שם עסק בית המשפט בשאלת כמות הראיות שהייתה בשנת 1988 שיהודים אכן הושמדו באושוויץ בשיטתיות. הדיון שם נערך בעקבות אמירה של אירווינג שבאושוויץ לא היה טבח שיטתי של יהודים בתקופת השואה, ובתגובה כתבה עליו דבורה ליפשוטדט (בתוך ספר שעסק בתופעת הכחשת השואה) כי הוא היסטוריון גרוע אשר מגויס להגנה על היטלר ולהכחשת השואה בלי קשר לראיות המוצגות לפניו. אירווינג טען כי גם אם מסקנתו בנוגע למה שקרה באושוויץ אינה נכונה, זו הייתה פרשנות לגיטימית של המסמכים שהיו קיימים אז, ושלפיכך הוא אינו היסטוריון גרוע. לאור זאת בחן בית המשפט את הראיות לקיומה של השמדה המונית ומתוכננת של יהודים באושוויץ בזמן השואה. נובע מכאן כי גם בשנת 2001 יצא בית המשפט הבריטי מהנחה שעצם קיומה של השמדה המונית באושוויץ אינה עובדה "שנתבררה".

כבר לא ייהנו מהגנת אמת דיברתי? הלכת הרוב בעניין דיין-אורבך אינה נותנת תשובה לשאלות אלה ומשאירה אותן פתוחות.

מהלכת הרוב גם אי אפשר לדעת מהו המנגנון שיברר את העובדות. ודוק, בירור העובדות אינו נעשה בפני בית המשפט בעקבות תביעת הדיבה אלא בטרם הפרסום, שהרי כדי למנוע ממפרסם להסתמך על כך שעובדה טרם התבררה, יש לוודא כי היא תתברר לפני הפרסום. הבעיה היא כמובן שבשלב שלפני הפרסום עדיין אין שום פורום רשמי שיברר את העובדה,<sup>50</sup> וכך בפועל מי שיעשו זאת יהיו המפרסם והנפגע העתידיים, שעשויים בהחלט לחלוק זה על זה באשר לדרך להוכיח עובדה מסוימת, לאמון שיש לתת בעדים ובראיות ולמסקנות הנובעות מהעיונות בין ראיות שונות. התהליך שבו נפרסות העובדות בפני העולם הוא תהליך הדרגתי, שבו עליות ומורדות, ואשר עשוי להימשך שנים רבות ואשר לעתים אינו מסתיים לעולם.<sup>51</sup>

כל זמן שטענת אמת דיברתי נוגעת לשאלה "מה קרה בעולם", או ליתר דיוק "מה בית המשפט סובר בדבר נכונות העובדה", המצב פשוט. בית המשפט נדרש לקבוע, כעניין שבשגרה, כמעט בכל הליך והליך את עמדתו באשר לנכונותן של עובדות שונות, והוא מיומן ביותר בהליך זה. אולם ברגע שטענת אמת דיברתי מתחילה לעסוק בשאלה מתי "התבררה" עובדה, המצב מסתבך, שכן בשאלה מתי "התבררה" עובדה מסוימת נדרש להוכיח מה אנשים סברו בדבר נכונותה של העובדה בזמן הפרסום. במילים אחרות, הלכת הרוב בעניין דיין-אורבך הפכה את טענת אמת דיברתי מטענה אובייקטיבית, שנקבעת לפי הראיות שהובאו לבית המשפט, לטענה סובייקטיבית, שנקבעת לפי מה שאנשים כאלה ואחרים חשבו על מצב הדברים בעולם, אך זאת בלי להבהיר מהם גבולותיה של אותה טענה סובייקטיבית וכיצד ניתן להוכיחה.

### (ב) היסוד הנפשי הנדרש בהגנת אמת דיברתי לאור הלכת "האמת לשעתה" והיחס בינה לבין הגנת תום הלב

המסקנה שאליה הגענו היא כי הלכת ה"אמת לשעתה" הפכה את טענת אמת דיברתי לטענה סובייקטיבית. לפיכך יש לברר איזה יסוד נפשי יידרש המפרסם להוכיח באשר

50 כמובן, ייתכן כי הנפגע העתידי ימהר לפנות לבית המשפט בתביעה לסעד הצהרתי ש"תברר" את העובדה. אולם בעניין דיין-אורבך לא רמז בית המשפט לאפשרות זו. אפשרות זו בעייתית ביותר. ראשית, בית משפט יהסס מאוד להוציא צו שלפיו הוא מצהיר כי אלמוני לא בגד באשתו עם המאהבת הנטענת, שכן הצהרה על אי-קיומה של עובדה היא בעייתית; שנית, יש להניח כי ההליכים למתן צו הצהרתי לא יסתיימו עד הפרסום, ולפיכך יוכל המפרסם לטעון כי בזמן הפרסום העובדה טרם "התבררה" סופית.

51 השו"ל לע"א 323/98 שרון נ' בנימין, פ"ד נו(3) 245, פסקאות 11-13 לפסק דינו של השופט מצא. שם קבע השופט מצא בדעת יחיד כי בכל הקשור לעובדות היסטוריות, אין זה ראוי כי בית המשפט יקבע מהי העובדה ההיסטורית. כן ראו את הדיון בעניין Irving (לעיל, הערה 49).

לאמתות הדבר שפורסם, במקרה שיתברר שהפרסום שגוי, לצורך הישענות על הגנת אמת דיברתי.<sup>52</sup> אמנם מבחינה תאורטית ניתן לסבור שלצורך טענת אמת דיברתי אין נדרש יסוד נפשי כלשהו, גם כשמדובר בעובדות שהתבררו בדיעבד כלא נכונות, בדיוק כמו שאין נדרש יסוד נפשי לצורך טענה זו בהקשרים אחרים. אולם קביעה מעין זו תביא לתוצאות לא רצויות בעליל, שלפיהן אדם שמפרסם פרסום שמתברר בדיעבד כשקר, בלי לבדוק את נכונותו מראש ותוך שהוא חושב ומאמין כי הפרסום שקרי, יוכל לצאת פטור מאחריות תוך הסתמכות על הגנת אמת דיברתי, רק כיוון שהעובדה לא התבררה דייה בשעת הפרסום. מאחר שברור כי שופטי הרוב לא התכוונו להגיע לתוצאה לא רצויה מעין זו, יש לברר מהו היסוד הנפשי שנדרש הנתבע להוכיח במצבים של פרסום שגוי לצורך הסתמכות על הגנת אמת דיברתי.

המשנה לנשיאה ריבלין לא התייחס לשאלת היסוד הנפשי מפורשות. גם התייחסותו של השופט עמית חלקית ביותר וכוללת רק אמירה כי חוק איסור לשון הרע קובע אחריות חמורה,<sup>53</sup> וכי לצורך הטלת אחריות פלילית בגין הפרת חוק איסור לשון הרע יש להוכיח התקיימות מחשבה פלילית בזמן ביצוע העברה.<sup>54</sup> עם זאת המשנה לנשיאה ריבלין טען שנדרש שהפרסום יסתמך על העובדות שהיו ידועות בזמן הפרסום,<sup>55</sup> ואילו השופט עמית טען שאי אפשר לדרוש מהתקשורת לעמוד בסטנדרט גבוה מזה של רשויות התביעה.<sup>56</sup> מדברים אלה ניתן להסיק כי נדרש שהנתבע יוכיח כי בזמן הפרסום הוא האמין באמתות הפרסום, והיה גם סביר מצדו להאמין בכך לאור המידע שהיה זמין באותה עת. במילים אחרות, נדרש כי הנתבע ינהג בתום לב סובייקטיבי ואובייקטיבי בבואו להישען על הגנת אמת דיברתי.

אולם הדרישה לקיומו של תום לב אינה קיימת בסעיף 14 לחוק. סעיף 14 לחוק עוסק באמת הפרסום, ולכן דורש רק דרישות הנוגעות למצב העובדתי של הדברים שפורסמו – "הדבר שפורסם היה אמת" – וליסוד ערכי-עובדתי של "עניין לציבור".<sup>57</sup> הכנסת דרישה של יסוד נפשי לתוך סעיף 14 היא בגדר חקיקה שיפוטית אשר עומדת בניגוד לכוונת המחוקק. הוספת דרישה זו אף עשויה לפעול לעתים לרעת מפרסמים אשר פרסמו דברים שהם לא האמינו בהם אך בסופו של דבר התבררו כנכונים מאוחר יותר. יתר על כן, המחוקק ייחד את סעיף 15 להגנת תום הלב, אשר מתבססת בדיוק על תום לבו של

52 קביעת נטל ההוכחה על המפרסם נובעת מהיות אמת דיברתי הגנה שנטל הוכחת כל יסודותיה מוטל על הנתבע.

53 פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** (לעיל, הערה 3) בפסקה 10 לפסק דינו של השופט עמית.

54 שם, בפסקה 11 לפסק דינו של השופט עמית.

55 שם, בפסקה 92 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

56 שם, בפסקה 12 לפסק דינו של השופט עמית.

57 ראו למשל: עניין **קורן נ' ארגוב** (לעיל, הערה 38) בפסקה 11; פסק הדין בעניין **קראוס** (לעיל, הערה 39) בעמ' 31; רע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקנר**, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 12.11.2006).

המפרסם מבלי להתחשב בנכונותו האובייקטיבית של הפרסום.<sup>58</sup> דהיינו, המחוקק ביקש להבחין, בעקבות הבחנה אשר קיימת גם באנגליה<sup>59</sup> ובקנדה<sup>60</sup> למשל, בין הגנה אשר מתבססת על התאמה בין הפרסום לבין האמת העובדתית האובייקטיבית, לבין הגנה אשר מתבססת על היסוד הנפשי של המפרסם.

הקשר היחיד בין שני רכיבים אלה – נכונותו האובייקטיבית של הפרסום ותום לבו של המפרסם – נעשה במסגרת סעיף 16 לחוק, אשר קובע חזקות לעניין תום לבו של המפרסם. לפי סעיף 16(ב), אם הפרסום אינו נכון, ובנוסף המפרסם לא האמין באמתות הפרסום, או לא נקט אמצעים סבירים להיווכח אם הפרסום נכון, תקום חזקה שהנתבע פרסם את הפרסום בחוסר תום לב. כלומר, המחוקק ראה צורך להבדיל בין טענות הגנה אשר מתבססות על נכונות הפרסום לבין טענות הגנה שמתבססות על היסוד הנפשי של המפרסם ולחבר ביניהן אך חיבור מוגבל ביותר.

אולם על פי הניתוח של דעת הרוב שנעשה לעיל, הגנת אמת דיברתי תקום – באשר לפרסומים שלא הוכח שהם נכונים ושבוזמן הפרסום טרם התברר כי אינם נכונים – בהתקיים תום לב אובייקטיבי וסובייקטיבי של הנתבע. אם אכן כך המצב, כי אז נמחקת ההבחנה בין ההגנות, והגנת אמת דיברתי המצויה בסעיף 14 הופכת לשלוחה של הגנת תום הלב אשר מצויה בסעיף 15. שכן בהינתן ההלכה החדשה, הרי שגם לצורך התקיימות הגנת אמת דיברתי יש חשיבות מרכזית ליסוד הנפשי של המפרסם, וההתאמה בין הפרסום לבין האמת העובדתית האובייקטיבית מקבלת רק משקל משני.

טשטוש הבחנה זו מקבל משנה משמעות בהינתן הלכת בית המשפט אשר קבעה כי לאמצעי תקשורת יש חובה כלפי הציבור כמשמעות מונח זה בסעיף 15(2), ולפיכך בכל מצב שבו אמצעי תקשורת מפרסם בתום לב, דהיינו מתוך מחשבה סבירה שהפרסום נכון, פרסום שיש בו עניין ציבורי משמעותי בתום לב, הוא ייהנה מהגנה.<sup>61</sup> אולם מכך משתמע כי לפחות כשמדובר באמצעי תקשורת אין הבדל של ממש בין הגנת תום הלב לבין הגנת אמת דיברתי. קרי, שתי ההגנות תהיינה תלויות בסבירות אמונתו של אמצעי התקשורת ולא בנכונותו האובייקטיבית של הפרסום.

סיכומם של דברים הוא כי הלכת האמת לשעתה מייתרת לחלוטין את סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, ככל שהוא מתייחס לאמצעי תקשורת.<sup>62</sup> באשר לאנשים פרטיים, אם

58 בכדי להבדיל בין דרישות שתי ההגנות בלא לשאוב מזו אל זו, ראו גם: דני"א קראוס, שם בעמ' 34–36, 54.

59 Patrick and Rogers (לעיל, הערה 33) בעמ' 307–308; David Price, Korieh Duodu, ; Nicola Cain, *Defamation – Law, Procedure and Practice* (4<sup>th</sup> ed., 2009) p. 55.

60 McConchie and Potts (לעיל, הערה 38) בעמ' 363, 497–501.

61 לניתוח הלכה זו, ראו להלן, סעיף 5.

62 ראו גם דברי המשנה לנשיאה ריבלין שלפיהם יש "השקה מסוימת" בין הלכת האמת לשעתה לבין הגנת תום הלב: פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** (לעיל, הערה 3), פסקה 120 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.



ההגנה תוחל עליהם, הלכת הרוב מרחיבה את הגנת אמת דיברתי באופן שתחול בכל מקרה שבו פעל המפרסם בתום לב אובייקטיבי וסובייקטיבי, בין שמתקיימת בעניינו אחת מנסיבות סעיף 15 ובין שלא. הרחבה זו של ההגנה הניתנת למפרסם מכוח תום לבו היא עקיפה ברורה של רצונו של המחוקק כפי שהובע בסעיף 15 לחוק, להגביל את המקרים שבהם תינתן הגנה למפרסם תוך התבססות על היסוד הנפשי שלו רק למקרים שבהם מתקיימת אחת מנסיבות סעיף 15.<sup>63</sup>

### (ג) הלכת "האמת לשעתה" ונתבעים שאינם אמצעי תקשורת

פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** אינו מבהיר חד-משמעית אם הלכת האמת לשעתה מתייחסת לכל מפרסם, או שהיא מוגבלת אך ורק לאמצעי תקשורת.<sup>64</sup> ההבחנה בין החלת ההגנה על כלל המפרסמים לבין הגנה רק על מפרסמים שהם אמצעי תקשורת היא הבחנה חשובה ומעשית, שכן לפי סקרים חוזרים שנערכו בשנים האחרונות, הרוב המוחלט של תביעות לשון הרע מוגשות נגד מפרסמים שאינם אמצעי תקשורת.<sup>65</sup> חוסר הבהירות בדבר תחולת הלכת האמת לשעתה גם על מפרסמים שאינם אמצעי תקשורת נובע מכך שמחד, בשלב קביעת ההלכה מדובר המשנה לנשיאה ריבלין על כל מפרסם,<sup>66</sup> ומאידך בשלב ההנמקות מתבססות מרבית ההנמקות של המשנה לנשיאה על מעמד המיוחד של אמצעי תקשורת.<sup>67</sup> גם השופט עמית מתייחס בקביעת ההלכה לכל מפרסם,<sup>68</sup> אך בשלב ההנמקה המהותית (בניגוד להתבססות על לשון החוק ועל פסיקה קודמת) הוא מתייחס רק לאמצעי תקשורת.<sup>69</sup> בשל חוסר בהירות זה אתייחס להלן לשתי האפשרויות ואבדוק באיזו מידה מביאה כל אחת מהן לתוצאות רצויות.

החלת הלכת האמת לשעתה על כלל המפרסמים מביאה לתוצאה בעייתית משום שההגנה נשענת על נימוקים הרלוונטיים רק לתביעות נגד אמצעי תקשורת, שהן מיעוט המקרים. משמעות ההחלה הרחבה היא כי בית המשפט קובע הלכה שתחול על קבוצת מקרים רחבה, לפי תוצאה הרצויה רק במיעוט של קבוצת מקרים זו. אמנם, מיעוט זה

63 לכך שעל בית המשפט להקפיד, דווקא בנושא לשון הרע, על שמירת האיזונים שאותם יצר המחוקק, ראו: פסק הדין בעניין **קראוס** (לעיל, הערה 39) בעמ' 44–46.

64 באנגליה התעוררה שאלה דומה בדבר הגנת Reynolds, ושם נפסק כי ההגנה חלה גם על נתבעים שאינם כלי תקשורת אף שבפועל כלי התקשורת יהיו הנהנים העיקריים ממנה. עניין Flood (לעיל, הערה 16) בפסקה 44.

65 הילה רו, "אפקט אילנה דיין: חוק לשון הרע – פגיעה בחופש הביטוי", **TheMarker** (12.2.12); הילה רו, "הסיכוי לזכות בתביעת דיבה ב- 2009 – 50%", **TheMarker** (19.1.2010) 37.

66 פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** (לעיל, הערה 3), פסקה 91 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

67 שם, פסקאות 92, 95–96.

68 שם, פסקאות 10–11 לפסק דינו של השופט עמית.

69 שם, פסקאות 12–14.

הוא "מיעוט קולני", שכן לאמצעי התקשורת יש נטייה לעסוק בתביעות דיבה שמוגשות נגדם הרבה יותר מאשר בתביעות דיבה שמוגשות נגד אנשים פרטיים, אך אין בכך להפוך את המיעוט לרוב. על הלכה משפטית להתאים את עצמה למרבית המקרים שעליהם תחול ולא לאכוף על רוב המקרים תוצאה שאינה נכונה רק כדי להגיע לתוצאה שתתאים למיעוטם.

מנגד, גם יצירת הבחנה בין מפרסם שהוא אמצעי תקשורת לבין מפרסמים אחרים על ידי החלת הגנת האמת לשעתה רק על אמצעי תקשורת אינה פתרון נקי מבעיות. מבחינה פורמלית הבחנה כזו בעייתית מאחר שהיא אינה מופיעה בסעיף 14 לחוק. זאת, כאשר בכל מקום שבו רצה המחוקק להבחין בין אמצעי תקשורת לבין מפרסמים אחרים הוא עשה זאת במפורש. כך, כאשר להטלת אחריות אישית על הקשורים לפרסום באמצעי תקשורת,<sup>70</sup> כאשר להגנת תום הלב<sup>71</sup> ובאשר לחובת עדכון.<sup>72</sup> לפיכך ביצירת הבחנה מסוג זה יש פעולה בניגוד ללשונו הברורה של המחוקק, שהחיל את הגנת אמת דיברתי החלה שווה על כל המפרסמים.

יתר על כן, גם מבחינה מהותית אין לקבל את ההבחנה שלפיה רק אמצעי תקשורת ייהנו מהגנת האמת לשעתה. יצירת הבחנה בין אמצעי תקשורת לבין מפרסמים אחרים, לטובת אמצעי התקשורת, תיצור מצב אנומלי שבו יוחל על בעלי מקצוע סטנדרט מקצועי נמוך מזה המוטל על מי שאינם בעלי מקצוע. דהיינו, אדם פרטי אשר יפרסם דבר על חברו וירצה ליהנות מהגנת אמת דיברתי יצטרך להוכיח את נכונות הדברים שפורסמו, ואילו עיתונאי מקצועי יצטרך להוכיח רק כי חשב בסבירות שהדברים נכונים ולא את עצם נכונות הדברים. הלכה כזו עומדת בניגוד גמור להלכה הכללית כדיני נזיקין שלפיה על בעלי מקצוע מוטל סטנדרט גבוה מזה המוטל על הדיוטות,<sup>73</sup> וזאת מתוך הבנה כי הם בעלי יכולת מוגברת למנוע נזקים לעומת הדיוט שאינם מקצועי. לא ברור מדוע דווקא במקצוע העיתונאות, שפוטנציאל הנזק שעשוי להיגרם ממנו גדול מאוד, תוחל הלכה הפוכה.

אכן, בית המשפט מדגיש חזר והדגש את חשיבותה של עיתונאות חופשית שפועלת בלא פחד מתביעה משפטית, ואת החשש כי הטלת אחריות על עיתונאי שפרסם בתום לב

70 סעיף 11 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240 (להלן – חוק איסור לשון הרע).

71 סעיפים 15(11), 15(12) ו-17 לחוק איסור לשון הרע.

72 סעיף 25א לחוק איסור לשון הרע.

73 סעיף 35 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, נ"ח 266 (להלן – פקודת הנזיקין). ישראל גלעד, דיני הנזיקין – גבולות האחריות (כרך א, תשע"ב) 497. באופן מפורט ראו למשל את הפסיקה באשר לרופאים (למשל ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי על שם חיים שיבא, פ"ד נו(2) 936, 955-958), לבנקים (ע"א 10691/04 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' מולר, פסקאות 12-13 (פורסם בנבו, 28.8.2007), לאנשי כוחות הביטחון (ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, בעמ' 515-516 (פסק דינה של השופטת דורנר) ולעורכי דין (ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446, בעמ' 462-465).

פרסום שיש בו עניין ציבורי ושהתברר בסופו של דבר כשגוי, תגרום לעיתונאים להירתע מפרסום פרסומים רצויים,<sup>74</sup> אך כפי שיובהר בהמשך, טענה זו אינה מבוססת.<sup>75</sup> אמנם תיתכן טענה כי עיתונאים אמורים לפעול נגד השלטון בעוד שבעלי מקצוע אחרים אינם אמורים ככלל לפעול נגד השלטון.<sup>76</sup> לפי טענה זו, יש להעניק הגנה מוגברת לעיתונאים מפני תביעה שלטונית כדי לאפשר חשיפת עוולות שלטוניות,<sup>77</sup> בניגוד למצב הנוגע לבעלי מקצוע אחרים שלא חשופים לבעיה כזו. גם אם טענה זו נכונה, אין לה תחולה כאשר מדובר בתביעות אזרחיות אשר מוגשות בידי מי שאינם נעזרים במנגנון הממשלתי לשם הגשת התביעה.

התוצאה היא כי לא ברור אם הלכת האמת לשעתה אמורה לחול רק על אמצעי תקשורת או על כל מפרסם, ושתי האפשרויות גם יחד מעוררות קשיים ניכרים.

#### (ד) הלכת ה"אמת לשעתה" והלכת דנ"א קראוס

הן המשנה לנשיאה ריבלין והן השופט עמית מתבססים על דנ"א קראוס כתקדים שקבע את הלכת האמת לשעתה.<sup>78</sup> אולם העובדות שעמדו לדיון בעניין קראוס, השאלה המשפטית שנדונה בו וההלכה שהוא קבע שונות לגמרי מהעובדות שנדונו בעניין דיין-אורבך ומהלכת האמת לשעתה שנקבעה אצלנו. הדמיון המרכזי בין שני פסקי הדין נובע מהשימוש באותו מונח – אמת לשעתה – בשני פסקי הדין. אולם המובנים שניתנו למונח זה בכל אחד משני פסקי הדין שונים זה מזה לחלוטין, ולכן ההישענות עליו אינה במקומה.

המילים "אמת לשעתה" בעניין קראוס מייצגות פרסום של היגד עובדתי שתואם את המצב העובדתי האובייקטיבי שלאחריו חל שינוי במצב העולם, ולכן המשך פרסומו של ההיגד כבר לא יתאם את המצב העובדתי האובייקטיבי. למשל: המפרסם אומר על פלוני שהוא נשוי, בעת שהוא אכן נשוי, אך לאחר זמן פלוני מתגרש. בזמן הפרסום הייתה האמירה נכונה, אלא שהמשך אמירתה לאחר הגירושין כבר אינו נכון.

74 ראו: פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקאות 80–82, 95–96, 119 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פסקה 12 לפסק דינו של השופט עמית.

75 ראו: הטקסט ליד ה"ש 87 ואילך, להלן.

76 גם הבחנה זו אינה נקיה. בעלי מקצוע רבים פועלים בשיטתיות למען חשיפת עוולות השלטון או נגד השלטון. עובדי ארגוני זכויות אדם פועלים ככלל נגד השלטון, אך מאחר שהם אינם אמצעי תקשורת, הם לא ייהנו מההגנה. גם עורכי דין (ובעיקר עורכי דין פליליים) פועלים במקרים רבים נגד השלטון, וכך גם לעתים רופאים (ראו את פעולתם של רופאים החברים בארגונים כמו רופאים ללא גבולות וארגונים דומים).

77 ראו: פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקאות 79–81 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פסקאות 17, 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

78 ראו למשל: שם, פסקה 91 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פסקה 11 לפסק דינו של השופט עמית.

בניגוד לכך, המילים "אמת לשעתה" בעניין דיין-אורבך מייצגות פרסום של היגד עובדתי שאינו תואם את המצב העובדתי האובייקטיבי, אלא שבשעת הפרסום סבר המפרסם בטעות כי הוא נכון. למשל: המפרסם לא ידע כי פלוני התגרש ואמר עליו שהוא נשוי. ההבדל בין שני המצבים העובדתיים שהובאו לעיל ברור וגלוי לעין, ומכאן ברור גם ההבדל בין הסיטואציות שנידונו בקראוס ובדיין-אורבך. אולם למרות הבדלים אלה שופטי הרוב בענייננו משתמשים באמירות שנאמרו על המצב הראשון כדי להצדיק הלכה שמתייחסת למצב השני.

בעניין קראוס פרסם אמצעי התקשורת הנתבע כי התובע חשוד בפלילים בזמן שהוא אכן היה חשוד בפלילים.<sup>79</sup> כלומר, בניגוד למצב אצלנו, שבו התברר לבסוף כי העובדות הכלולות בפרסום לא היו נכונות, בעניין קראוס אין ספק, ולא היה ספק בשום שלב, כי הפרסום שנעשה אכן תאם את המצב העובדתי כפי שהיה בעת הפרסום. טענתו של התובע שם הייתה שאף שהפרסום היה נכון, משהתברר לאחר מכן כי הוא חף מפשע, היה על אמצעי התקשורת הנתבע לפרסם עדכון שמטהר אותו. דעת המיעוט בדיון הנוסף קיבלה עמדה זו,<sup>80</sup> אך דעת הרוב בדיון הנוסף הייתה כי אם הדבר שפורסם תאם בזמן הפרסום את המצב העובדתי האובייקטיבי, תחול על המפרסם הגנת אמת דיברתי (סעיף 14) בלי קשר להתפתחויות עובדתיות מאוחרות, ואין מוטלת חובה על המפרסם לעדכן בדבר שינויים מאוחרים.<sup>81</sup> אולם גם לדעת הרוב בעניין קראוס, הגנת אמת דיברתי מותנית בהיותו של הפרסום נכון בשעת פרסומו: "אם בדיעבד נתברר שהדברים שפורסמו אינם אמת, שוב אין לומר על הפרסום שהיה אמת לשעתו והמפרסם יוכל לחסות אך בצלו של סעיף 15 שאמיתות הפרסום אינה נזכרת בין היסודות הכלולים בו".<sup>82</sup>

וכדבריו של השופט אור:

אין כל הצדקה להגן על פרסום אשר בעת עשייתו הוא פרסום שקרי, הטוען לקיומן של עובדות אשר לא התרחשו. הצידוקים העיקריים, המצדיקים הגנה לחירות הביטוי, אינם חלים על ביטוי כזה. בהגדרה, מדובר בביטוי כוזב. ביטוי כזה אינו מקדם את הטעם של חשיפת האמת. הקשר שלו לאמת הוא מקרי ועקיף. גם אם למפרסם יש יסוד להטיל דופי באופיו של אדם, אין בכך כדי להצדיק העלאת טענה עובדתית כוזבת, המייחסת לו דבר שאותו לא עשה. ביטוי כזה גם אינו יכול לעגן את עצמו בזכותו של האדם להגשמה עצמית: זכות זו להגשמה עצמית אינה כוללת את הזכות לפרסם ברבים עובדות אשר אינן נכונות. מעצם הגדרתו אין

79 פסק הדין בעניין קראוס (לעיל, הערה 39) בעמ' 13-15.

80 שם, בעמ' 71-94.

81 שם, בעמ' 17-18, 31-35.

82 שם, בעמ' 17, דברי המשנה לנשיא לויין.

ביטוי כזה משרת את התהליך של החלפת דעות, החיוני לקיומה של דמוקרטיה מתפקדת וחיונית: אין מדובר בהבעת דעה, כי אם בקביעת עובדה לא נכונה...

קשה למצוא הצדקה להגן על פרסום המתיימר לתאר עובדות אשר מתברר כי לא היו ולא נבראו... לא לכך נועדה הגנת האמת בפרסום. הגנה זו מחייבת, לצורך קיומה, כי הפרסום שנעשה הוא אמת. החשיבות שאנו מייחסים לאמת היא המצדיקה, במסגרת סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע, את הפגיעה בשם הטוב. היא המצדיקה את ההגנה מפני אחריות על-פי החוק. מסיבה זו, כאשר הפרסום אינו אמת, הרי שתום-לבו של המפרסם אינו יכול להועיל. גם אם הייתה לו אמונה כנה באמיתות העובדות שפרסם, הרי שלא ייחנה מן ההגנה שבסעיף 14.<sup>83</sup>

מן הדברים עולה בבירור כי גם לדעת הרוב בפסק דין בעניין קראוס (ובוודאי לדעת המיעוט שם) הגנת אמת הפרסום לא תחול על פרסום שהתברר בדיעבד כי לא היה נכון. דהיינו, כל השופטים בעניין קראוס לא היו מוכנים להחיל את הגנת אמת הפרסום על פרסום שאינו נכון, כפי שנעשה אצלנו. לפיכך הלכת האמת לשעתה אינה המשך של הלכה קודמת אלא חידוש מהפכני וחסר תקדים בישראל. לכן לא ברור כיצד הסתמכו שופטי הרוב אצלנו על הלכת קראוס כדי לבסס את עמדתם, ולא ברור מדוע נמנעו מלהצהיר בבירור ובגלוי על המהפכה שהם עושים בדיני לשון הרע.

#### (ה) הלכת ה"אמת לשעתה" לגופה

מהניתוח שלעיל עולה כי עניין קראוס לא יצר תקדים שעליו ניתן לבסס את הלכת האמת לשעתה. בנוסף, דווקא בעניין קראוס התבססו שופטי בית המשפט העליון על לשונו של סעיף 14,<sup>84</sup> בקבעם את ההלכה שלפיה כדי לעמוד בתנאי הגנת אמת דיברתי על הפרסום לתאר את המציאות האובייקטיבית במדויק. לפיכך נראה כי גם לשונו של סעיף 14 אינה מבססת, וודאי שאינה מחייבת, את הלכת האמת לשעתה.<sup>85</sup> אולם היעדר הביסוס הדוקטרינרי להלכה אינו משפיע על רצייתתה של ההלכה. משכך, יש לדון בטעמים המהותיים אשר עשויים להצדיק את הלכת האמת לשעתה לגופה. דעת הרוב נסמכה על שני טעמים עיקריים להלכה החדשה:<sup>86</sup> החשש מאפקט מצנן שיהיה להטלת

83 שם, בעמ' 30–31. כן ראו: שם, בעמ' 36–43 שמהם עולה מסקנה זהה.

84 שם, בעמ' 35–38.

85 לעמדה שונה, ראו: פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקה 11 לפסק דינו של השופט עמית.

86 זאת כמובן מלבד הדיון באיזון הערכי בין חירות הביטוי לבין הכבוד והשם הטוב. לניתוח המחלוקת הערכית בין השופטים, ראו להלן, סעיף 3.

אחריות על עיתונאים והחשש מאבדן העניין הציבורי בפרסום אם הפרסום יעוכב עד לביורר העובדות בידי העיתונאי.<sup>87</sup> נדון בנימוקים אלה כסדרם.

החשש מאפקט מצנן של הטלת אחריות הוא חלק מתופעה רחבה הרבה יותר של חשש מהרתעת יתר של נתבעים בשל הטלת אחריות נזיקית. הרתעת יתר היא תופעה שבה הטלת אחריות משפטית (לרוב, נזיקית) משפיעה על קבוצת האנשים שעשויים להפוך לנתבעים במקרים דומים, לשנות את התנהגותם לרעה.<sup>88</sup> כך למשל הטלת אחריות נזיקית על רופאים עלולה לגרום להם לנקוט רפואה מתגוננת, כלומר לנקוט פעולות שיקטינו את הסיכוי לתביעה נגדם, אך למרות זאת לא יהיו לטובתם של החולים.<sup>89</sup> חשש מהרתעת יתר הוא חשש מהותי, אך כנגדו עומד תמיד החשש מהרתעת חסר – החשש שאי-הטלת אחריות תאפשר פעילות מזיקה ולא אחראית בלא לנקוט אמצעי זהירות רצויים.<sup>90</sup> לפיכך יש לבחון את דפוס הפעילות של אמצעי התקשורת לפני עניין דיין-אורבך ולברוק כיצד תשפיע ההלכה על התנהגותם העתידית.

אין בידי נתונים אמפיריים שיאפשרו לקבוע אם התנהגות אמצעי התקשורת בישראל עד להלכת דיין-אורבך הייתה התנהגות רצויה אם לאו.<sup>91</sup> אולם מהסתכלות מן הצד על עולם העיתונות הישראלי קשה לומר שעד פסק הדין בעניין דיין-אורבך נמנעו אמצעי התקשורת הישראליים מעיסוק בעניינים העומדים ברומו של עולם גם תוך פגיעה באישי ציבור רבים. אם אמצעי התקשורת הישראליים הטילו על עצמם מגבלות בעיסוק בענייני ציבור, אלה נבעו בעיקר מעמדה אידאולוגית של מקבלי ההחלטות באמצעי התקשורת או מקשרים עסקיים שונים<sup>92</sup> ולא מחששות מפני תביעות דיבה. לפיכך ספק אם יש מקום לומר שמשטר האחריות הקודם יצר הרתעת יתר.<sup>93</sup> בהתחשב בזמן הקצר שחלף מאז פסק

87 פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקה 92 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

88 גלעד, (לעיל, הערה 73) בעמ' 651–658.

89 שם, בעמ' 655, וראו גם האסמכתאות המובאות בהערה 37 שם. כן ראו למשל: Y. Tony Yang, David M. Studdert, S. V. Subramanian, "Does Tort Law Improve the Health of Newborns, or Miscarry? A Longitudinal Analysis of the Effect of Liability Pressure on Birth Outcomes" 9 *J. of Empirical Legal Stud.* (2012) 217.

90 Thomas C. Galligan, Jr., "The Risks of and Reactions to Underdeterrence in Torts", 70 *Mo. L. Rev.* (2005) 691, pp. 695–697.

91 כפי שנאמר כמה פעמים לאורך המאמר, קיימים חילוקי דעות עזים באשר לנקודת האופטימום של התנהגות עיתונאים. לפיכך ספק רב אם איסוף נתונים יוכל להביא למסקנה באשר לשאלת קיומה של הרתעת יתר (או חסר) של עיתונאים.

92 נוסף על מגבלות עצמיות אלה מוטלות על אמצעי התקשורת מגבלות חיצוניות שונות מכוחם של צווים שיפוטיים ופעולתה של הצנזורה.

93 יש לשים לב כי גם אם דיני לשון הרע עד הלכת דיין-אורבך יצרו הרתעת יתר, אין זה אומר שיש לבחור דווקא בהלכת האמת לשעתה כפתרון לבעיה. ניתן בהחלט למצוא פתרונות אחרים שיפחיתו את החשש מהרתעת יתר, כמו למשל הרחבת הגנת תום הלב כפי שעשה השופט פוגלמן.

הדין ועד היום אי אפשר גם לבדוק אמפירית אם וכיצד משפיעה ההלכה החדשה על התנהגות אמצעי התקשורת.

עם זאת ניתן לנסות ולשחזר מה היה יכול עיתונאי שפעל בגבולות משטר האחריות הקודם לעשות אם רצה לדווח, וכיצד יפעל היום אם הוא רוצה להבטיח שלא תוטל עליו אחריות.<sup>94</sup> נניח כי עיתונאי מגלה שרשויות התביעה חוקרות חשד לשחיתות חמורה מצדו של נבחר ציבור פלוני, וכי הן מתעתדות להגיש נגד פלוני כתב אישום.<sup>95</sup> לפי ההלכה הקודמת היה העיתונאי יכול לדווח כי "קיים חשד שפלוני ביצע עבירות שחיתות חמורות". מאחר שאין חולק כי דיווח זה נכון, הוא היה נהנה מהגנת אמת דיברתי.<sup>96</sup> מנגד, לפי ההלכה החדשה יכול העיתונאי לדווח גם כי "פלוני ביצע עבירות שחיתות חמורות" תוך השמטת העובדה כי מדובר רק בחשד, משום שבזמן הפרסום טרם התברר אם פלוני אכן ביצע את העבירות.<sup>97</sup> סבורני כי עיתונות אחראית מחויבת לדווח דווקא את הדיווח הראשון מבין השניים, ולא את השני,<sup>98</sup> שכן הדיווח השני אינו נכון בהכרח, ואילו הדיווח הראשון מדווח במדויק על המצב בפועל. לפיכך אם רוצה בית המשפט למצוא את האיזון הנכון בין החשש מהרתעת יתר לבין החשש מעיתונות מופקרת וחסרת אחריות, דווקא משטר האחריות הקודם הוא שיוכל לתוצאה הרצויה.

אכן, ייתכנו מקרים שבהם אמצעי תקשורת אינו מעוניין לדווח על חשדות של רשויות התביעה אלא על חשדות הנובעים ממידע שהצטבר אצלו.<sup>99</sup> מקרים אלה הם אולי המקרים שבהם לעיתונות חופשית חשיבות מיוחדת, ובית המשפט אכן מתייחס למצבים

94 ראו: פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** (לעיל, הערה 3), פסקה 1 לפסק דינו של השופט פוגלמן, אשר מבהיר הבדל זה.

95 אניח לצורך העניין שאין חלות על העניין מגבלות תיקון מס' 69 לחוק בתי המשפט, אשר יידונו בהמשך המאמר.

96 כך הוא המצב בישראל (לגבולותיה של אמירה זו ראו: עניין **פלוס** (לעיל הערה 47) בעמ' 886–890). במדינות אחרות המצב עשוי בהחלט להיות שונה. למשל, באנגליה, גם מי שאומר כי "יש חשד ש...", נדרש להוכיח לא רק את עצם קיומו של החשד אלא גם את נכונותו (Patrick and Rogers) (לעיל, הערה 33) בעמ' 312–314) לשם הסתייעות בהגנת ה-justification המקבילה להגנת אמת דיברתי אצלנו. עם זאת ייתכן כי המפרסם יינה מהגנה באשר לדיווח על חשד של המשטרה מכוח הגנות מסוימות הניתנות למי שחזרו על דברים של אחרים (שם, בעמודים 314–316); בצרפת דיווח על חשדות פליליים צריך להיעשות בכפוף לחזקת החפות המהותית, ולכן אפשר שלא יהיה מוגן (ראו להלן, הדיון ליד הערות 170–175).

97 פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** (לעיל, הערה 3), פסקאות 12–14 לפסק דינו של השופט עמית; שם, פסקאות 92, 97 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

98 השוו לסייוג המשולש הקיים בבריטניה בנוגע לפרסום חשדות, עניין **Chase** (לעיל, הערה 47). כן ראו: עניין **Flood** (לעיל, הערה 6).

99 מידע כזה אף עשוי להיות מידע לא קביל אם משום שמדובר בראיה פסולה ואם משום שהעיתונאי אינו מעוניין לחשוף את מקורותיו ונהנה מחיסיון.

אלה.<sup>100</sup> אולם בדיקה מעמיקה של מצבים אלה תגלה שגם בהם לא תוביל ההלכה החדשה להתנהגות עדיפה של אמצעי התקשורת: לפי ההלכה הקודמת היה עיתונאי שבידו מידע בעל עניין ציבורי יכול לפרסמו כעובדה (תוך התבססות על הגנת אמת דיברתי) רק אם סבר כי יש בידו מידע קביל שאותו הוא יוכל להביא בפני בית המשפט בעת הצורך, ואשר מוכיח את אמתות הפרסום. לפי ההלכה החדשה כבר לא נדרש העיתונאי להוכיח את אמתות הפרסום, אך הוא עדיין נדרש להוכיח כי היה סביר מצדו להאמין באמתות הפרסום לאור המידע שהיה בידו באותה עת. לפיכך אם העיתונאי אינו יכול לחשוף את המידע שבידו, ממילא לא יוכל להוכיח את הגנת אמת דיברתי גם לפי תנאי ההלכה החדשה.

אפשר שיהיה הבדל מסוים בין שתי ההלכות אם יש בידי העיתונאי מידע לא קביל שאותו הוא מוכן לחשוף בפני בית המשפט. לפי ההלכה הישנה, הוא לא היה יכול לפרסם את המידע כעובדה אלא רק כחשדות או שמועות, שכן לא היה יכול להוכיח את אמתות המידע בבית המשפט. מנגד, לפי ההלכה החדשה יוכל העיתונאי לפרסם פרסום שמתייחס למידע הלא קביל כאל עובדה. לאחר מכן יוכל בעדותו שלו בבית המשפט להביא את המידע הלא קביל לא כעדות לתוכנו (שכן המידע אינו קביל) אלא כראיה להיותה של התנהגותו סבירה (ובעניין זה המידע עשוי בהחלט להיות קביל). אולם לא ברור שהמצב החדש עדיף על הקודם כשידוע שחלק גדול מן המידע הלא קביל שבידי עיתונאים הוא עדות שמועה מכלי שני ושלישי, או בלשון אחרת: שמועות שאינן נכונות בהכרח. נראה שפרסום שמועות כעובדות אינו עיתונות אחראית שעליה יש להגן אלא דווקא עיתונות לא אחראית, שאותה ראוי לשנות בהטלת אחריות.

החשש השני שהועלה בפסק הדין הוא החשש מאבדן העניין הציבורי בפרסום אם הפרסום יעוכב עד לבירור העובדות על ידי העיתונאי.<sup>101</sup> בירור עובדתי מעמיק, אשר דרוש לפעמים לצורך אימות המידע שעומד להיות מפורסם, אכן דורש זמן רב ועלול לעכב פרסום כתבות. עיכוב פרסומה של כתבה עשוי במקרים רבים לפגום באטרקטיביות שלה לצופים ולקוראים. חשש זה קשור גם לכך שאמצעי תקשורת נתונים ללחץ כבד להיות הראשונים שיפרסמו ידיעה ולפיכך מוטל עליהם לחץ כבד לפרסם ידיעות גם אם בירור העובדות הרלוונטיות טרם הסתיים.<sup>102</sup> עם זאת ספק רב אם החשש מאבדן העניין הציבורי בפרסום הוא אכן חשש שיש בו כדי להצדיק פגיעה בשמו הטוב של אדם בפרסום מידע פוגע לא נכון על אודותיו אלא במקרים נדירים ביותר.

100 ראו למשל: פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקה 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

101 שם, פסקה 92 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

102 לתיאור הלחץ לפרסם אשר רווח בעולם התקשורת המודרני, ראו למשל: David A. Logan, "All Monica, All of the Time: The 24-Hour News Cycle and the Proof of Culpability in Libel Actions", 23 *U. Ark. Little Rock L. Rev.* (2000) 201, pp. 201–205 (להלן – עניין לוגן).



ניתן לחלק את הפרסומים העובדתיים השונים לכמה סוגים לפי התמריץ לפרסום מהיר שלהם. סוג ראשון של פרסומים הוא פרסומים שדחיפות פרסומם נובעת בעיקרה משיקולים פנים-עיתונאיים.<sup>103</sup> למשל, פרסום תחקיר על התנהגות לא ראויה של רופא עשוי להיחשב לדחוף בעיני אמצעי התקשורת, מאחר שהפרסום מיועד דווקא לתאריך מסוים בשל שיקולי מערכת, אף שאובייקטיבית אין דחיפות באותו תאריך.<sup>104</sup> סוג שני הוא פרסומים שהעניין הציבורי בפרסומם נובע מסמיכות הפרסום לעובדה שהתרחשה. למשל, העניין הציבורי בפרסום ידיעה על הארכת מעצר של חשוד באונס ביום הארכת המעצר יהיה גבוה הרבה יותר מאשר בשבוע שלאחריו. סוג שלישי הוא פרסומים שעיתוי פרסומם חשוב בשל התפתחויות חיצוניות עתידיות, שיהפכו אותו ללא רלוונטי. למשל, פרסום על אודות שחיתות של מועמד לראשות ממשלה, ראשות עירייה או לכנסת יהיה רלוונטי ביותר יום לפני הבחירות, אך רלוונטי הרבה פחות – יום לאחר הבחירות.<sup>105</sup> כאשר לחץ הזמן לפרסום נובע מהסוג הראשון של הלחצים – לחצים פנים-עיתונאיים – קשה לראות בלחץ הזמן סיבה לאפשר פרסום לא בדוק. לא נראה שיש מקום לאפשר פגיעה בכבודו של אדם עקב פרסום שגוי רק לצורך קידום מעמדו המקצועי של עיתונאי או בגלל שיקולי נוחות מערכתית.<sup>106</sup> גם לחצי זמן מהסוג השני – הנובעים מאירוע שקרה – אינם אמורים להצדיק פרסום שגוי. במקרים שבהם קיים לחץ לפרסום מהיר משום שמאורע שקרה גורם לעניין ציבורי אשר ידעך עם חלוף הזמן, מדובר על עניין ציבורי שהוא עניין חולף. כלומר, אין מדובר בעניין שפרסומו חיוני לציבור ואשר יהיה בעל השפעה מתמשכת על חיי הציבור, על תפיסותיו החברתיות וכו', ולפיכך לא ראוי שהוא יצדיק חשש לפגיעה לא מוצדקת בכבודו של אדם.

הסוג השלישי של לחצים אכן עשוי להצדיק פרסום מהיר. אולם הצדקת פרסום כזה – שוברת בצדה. כאשר מגיע לאמצעי תקשורת מידע על שחיתות של מועמד לבחירות יום לפני הבחירות, וקיים סיכוי כי המידע מוטעה, מתעוררים שני שיקולים נוגדים בנוגע לפרסום: מחד החברה מעוניינת בפרסום כל מידע אמתי על אודות המועמדים כדי לאפשר בחירה ביניהם על סמך מידע מלא, ומאידך בדיוק מסיבות אלה החברה אינה מעוניינת בפרסום מידע שגוי על אודותיהם. בדיוק כפי שהחברה אינה מעוניינת שייבחר מועמד שבדיעבד יתברר כי הוא מושחת, כך אין החברה מעוניינת כי מועמד ראוי ונקי כפיים לא ייבחר לתפקיד רק משום שמתנגדיו הצליחו להביא אמצעי תקשורת לפרסום בעיתוי קריטי כי המועמד מושחת.<sup>107</sup> את האיזון העדין הזה נראה שאפשר ורצוי לעשות

103 שם, בעמ' 218–220.

104 תיאור זה לקוח מעובדות פסק הדין בעניין **אטינגר** (לעיל, הערה 7).105 השוו לעובדות עניין **אבנרי** (לעיל, הערה 7).106 עניין **לוגן** (לעיל, הערה 102) בעמ' 218–220.107 ראו למשל את השתלשלות פרשת מסמך הרפז (לתיאור עובדות הפרשה, ראו **דוח ביקורת על פרשת 'מסמך הרפז'** – מבקר המדינה (3.12.2012), עמודים 15–18).

במסגרת הגנת תום הלב אשר מותאמת לבדוק את היקף חובת הפרסום שהייתה מוטלת על העיתונאי, את סבירות פעילותו ושיקולים נוספים.<sup>108</sup> סיכומם של דברים הוא כי שני השיקולים המהותיים שאותם ניתן למצוא בפסק דין **דיין-אורבך** כהצדקה להלכת האמת לשעתה אינם מצדיקים הלכה זו. ספק רב אם ההלכה הקודמת יצרה הרתעת יתר, וברור כי ההלכה החדשה לא תשפיע לחיוב על ההרתעה שיוצר החוק. ההלכה החדשה גם לא תביא לכך שהציבור ירוויח מפרסום מידע בעיתוי מוצלח ומועיל יותר. השפעתה של ההלכה החדשה תהיה רק לאפשר לאמצעי תקשורת להציג לציבור חשדות כעובדות. לפיכך נראה שהלכת האמת לשעתה מובילה לתוצאות לא רצויות, ואין לקבלה.

### (ו) פירוט הלכת ה"אמת לשעתה" ויישומה בפסק הדין

מלבד הבעיות הרבות שמעלה ההלכה העקרונית של אמת לשעתה, גם פירוט ההלכה ויישומה נראים בעייתיים. המשנה לנשיאה ריבלין מפרט שני שיקולים שאמורים להשפיע על הדרך שבה תיושם הלכת האמת לשעתה: "האמת המהותית"<sup>109</sup> ו"שיקולי עריכה".<sup>110</sup> תחת הכותרת "מרחב המחיה של הביטוי – האמת המהותית" מנתח המשנה לנשיאה ריבלין את הפסיקה הישראלית והאמריקאית ביחס לסיפה של סעיף 14, שלפיה "הגנה זו לא תישלל בשל כך בלבד שלא הוכחה אמיתותו של פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש". המשנה לנשיאה ריבלין קובע כי "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".<sup>111</sup>

לאחר מכן דן המשנה לנשיאה ריבלין ב"מרחב המחיה של הביטוי – שיקולי עריכה" ואומר כי במסגרת שיקולי העריכה שלו יכול יוצר התקשורת להשתמש באמצעי אילוסטרציה שונים כמו שימוש בצילומי אילוסטרציה, חיתוך קטעים מתוך הקלטות או voice over. נוסף על כך, הוא אומר כי אמצעים אלו יהיו מוגנים גם אם הרושם שנוצר בעקבות השימוש בהם אינו מדויק, כל זמן שאין מדובר בעיוות מכוון של המציאות.<sup>112</sup> אכן, מוסכם על הכול כי אם הרושם שנוצר בסופו של דבר אצל הצופה בעניינו של התובע אינו שונה מהותית מהעובדות כפי שהן, וטענותיו של התובע מתמקדות בפרטי

108 סבירות הפעולה תישקל במסגרת סעיפים קטנים 16(א) ו-16(ב)(2); שיקולים אחרים יכולים להישקל במסגרת מושגי השסתום "חובה חברתית" ו"תום לב".

109 פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** (לעיל, הערה 3), פסקאות 93–94 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

110 שם, פסקאות 95–96.

111 שם, פסקה 94.

112 השוו לעניין **בכרי** (לעיל, הערה 38), פסקאות 3–5 לפסק דינו של השופט עמית.

לוואי שאינם יוצרים פגיעה של ממש, כי אז לא תעמוד לתובע זכות תביעה.<sup>113</sup> אולם אמירה זו של בית המשפט אינה נוגעת להלכת האמת לשעתה. גם על פי ההבנה הרגילה של הגנת אמת דיברתי יהיו אמירות שאינן שונות מהותית מהאמת מוגנות. אם אכן התכוונו שופטי הרוב כי ההלכה החדשה תוגבל רק למקרים שבהם ההבדל בין המציאות האובייקטיבית לבין הפרסום הוא הבדל בפרטי לוואי, אין בהלכה כל חידוש שהוא. אם כוונת דעת הרוב כי ההלכה תחול גם במקרים שבהם יש הבדל מהותי בין המציאות האובייקטיבית לבין הפרסום, כי אז השיקולים והדוגמאות המובאים בפסק הדין כדי לסייע ביישום ההלכה אינם רלוונטיים ליישומה במקרים שבהם יש בה חידוש – המקרים שבהם יש פער מהותי בין מה שהתפרסם לבין המציאות האובייקטיבית.

מעבר לאמור, יישום ההלכה במקרה הנוכחי<sup>114</sup> לא נעשה על פי הקריטריונים העקרוניים שהוצגו לעיל. ראשית, כל אחד משופטי הרוב מתייחס רק לחלק מאי-הדיוקים בכתבה ולא לכולם;<sup>115</sup> שנית, לפחות המשנה לנשיאה ריבלין אינו בודק אם האפקט הכולל שנוצר מכלל אי-הדיוקים מציג מצג השונה מהותית מהאמת מבחינת הפגיעה בתובע, אלא עוסק באפקט של כל אי-דיוק בפני עצמו. בכך הוא מתעלם מטבעם של אי-דיוקים להצטבר וליצור רושם כללי אשר חורג מהאמור בכל פרט ופרט.<sup>116</sup>

**שלישית**, שני שופטי הרוב אומרים כי כל זמן שהעורך פעל בסבירות ולא פעל במודע או בכוונה להציג תמונה מעוותת של המציאות, יש בכך כדי להביא להתייחסות לתוצר כאמת.<sup>117</sup> אולם בכך שבים השופטים אל היסוד הנפשי של הנתבע, אשר אינו מופיע כלל בסעיף 14, ומתעלמים מכך שבדיקת הרושם שיוצרת הכתבה אמורה להיעשות במישור היסוד העובדתי – הרושם שנוצר אצל הצופה. היסוד הנפשי של הנתבע – מהו הרושם שניסה הנתבע ליצור אצל הצופה – אינו שיקול רלוונטי בבדיקת הרושם שנוצר בפועל.<sup>118</sup> אכן, ייתכן שאדם יגיד אמירה בחשבו שהיא תמימה אך יגלה להפתעתו כי

113 גם לולא סעיף 14 ניתן היה להגיע לתוצאה דומה דרך סעיף 4 לפקודת הנזיקין, אשר שולל את זכות התביעה לגבי פגיעות קלות ערך.

114 פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** (לעיל, הערה 3), פסקאות 98–99 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פסקאות 23 לפסק דינו של השופט עמית.

115 כך למשל, המשנה לנשיאה ריבלין לא מתייחס לשרבוב תמונות הירי בכלים כבדים; בעוד שהשופט עמית לא מתייחס להוספת תמונת הג'יפ הנוסע. והשוו לשם, פסקאות 18–19, 98–99 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין ופסקה 23 לפסק דינו של השופט עמית, שם הם מבהירים כי אין מדובר באמיתות.

116 והשוו לדברי השופט עמית, אשר מציג את המצב מנקודת מבטו של התובע: "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." (שם, פסקה 18 לפסק דינו).

117 שם, פסקאות 95–96 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פסקה 23 לפסק דינו של השופט עמית.

118 השוו לע"א 740/86 **תומרקין נ' העצני** פ"ד מג(2) 333; ע"א 354/76 **עובזן שרף ז"ל נ' שרתי יעוץ כלכלי בע"מ**, פ"ד לה(4) 169.

היא פורשה על ידי שומעיה כאמירה פוגענית. תום לבו של הנתבע במקרים מעין אלה עשוי להקים לו את הגנת תום הלב, ואולי אף לשמש שיקול להפחתת סכום הפיצוי שישלם,<sup>119</sup> אך כדי לעמוד בתנאי הגנת אמת דיברתי יהיה עליו להוכיח את הדברים כפי שהובנו על ידי שומעיהם, ולא כפי שהוא התכוון אליהם. אולם שופטי הרוב במקרה זה בחרו להתמקד ביסוד הנפשי של הנתבע תוך הפחתת משקלו של הרושם העובדתי שנחקק בלבותיהם של הצופים.

### 5. הלכת בית המשפט – חובתו של עיתונאי כלפי הציבור לפרסם בתום לב פרסומים הנוגעים לעניין ציבורי

בניגוד לחברי הרוב, השופט פוגלמן בחר להתייחס למקרים שבהם עיתונאי מפרסם פרסום מתוך מחשבה שהוא נכון ושיש בו עניין ציבורי, ובדיעבד מתברר שהוא שגוי, דווקא דרך הגנת תום הלב, וביתר דיוק – דרך סעיף 15(2) לחוק. סעיף 15 קובע בחלקיו הרלוונטיים, כדלהלן:

במשפט 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;

...

עד לפסק הדין בעניין **דיין-אורבך** היה מקובל כי ככלל, ובכפוף לחריגים מצומצמים ביותר, אין חובה על עיתונאי כלפי כלל הציבור לפרסם פרסומים כלשהם.<sup>120</sup> השופט פוגלמן, בהסכמת שאר חברי המותב,<sup>121</sup> בחר להרחיב את משמעות המילים "חובה מוסרית או חברתית" ובכך ליצור איזון חדש במקרים של פרסום שיש בו עניין ציבורי ושמתברר בדיעבד כשגוי. לפי פסיקת השופט פוגלמן, על עיתונאי ואמצעי תקשורת מוטלת "חובה מוסרית או חברתית" (כניסוחו של סעיף 15(2)) כלפי הציבור לפרסם דבר

119 סעיף 19 לחוק איסור פרסום לשון הרע.  
 120 ע"א 213/69 **חברת החשמל נ' עיתון "הארץ" בע"מ**, פ"ד כג(2) 87, בעמ' 90–91, 93–94 (להלן – עניין **חברת החשמל**).  
 121 פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** (לעיל, הערה 3), פסק דינו של השופט פוגלמן; פסקאות 111–120 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, ובעיקר פסקה 120 שם; פסקאות 1, 15–17 לפסק דינו של השופט עמית.

שיש בו "עניין ציבורי משמעותי, כאשר זה פורסם תוך עמידה בסטנדרטים מחמירים של עיתונות אחראית" (ההדגשות במקור – ב"ש),<sup>122</sup> וזאת אף אם בדיעבד מתברר כי הפרסומים אינם נכונים. לפיכך, ולפי סעיף 15(2), אם אמצעי תקשורת ביצע פרסום כאמור בתום לב, הוא ייחנה מהגנה. הרחבת הגנת תום הלב באופן שהיא תחול על פרסומים עיתונאיים בתנאים אלה דומה במובנים רבים ל-Reynolds defense אשר התקבלה במשפט האנגלי<sup>123</sup> אף כי יש ביניהם הבדלים שונים שעליהם נעמוד בהמשך. הרחבת הגנת תום הלב לפרסומים עיתונאיים שיש בהם עניין ציבורי משמעותי אך התבררו כלא נכונים, כהלכת האמת לשעתה, היא הלכה אשר מרחיבה מאוד את חופש הפעולה של אמצעי התקשורת. הלכה זו, כמצופה מהגנה אשר מתמקדת בהתנהגותו של הנתבע ולא באמתות הפרסום, ממקמת את עצמה בתוך הגנת תום הלב. בכך נוצר ניגוד בין הרחבת הגנת תום הלב להלכת האמת לשעתה אשר ממוקמת בתוך הגנת אמת דיברתי, אשר אמורה להתמקד בנכונות הפרסום ולא ביסוד הנפשי של הנתבע או בהתנהגותו. על אף ההבדלים שבין ההרחבה החדשה לבין הגנת ריינולדס במשפט האנגלי ובין המשפט האמריקאי נראה כי ההגנה החדשה קרובה למצב באנגליה ובארצות הברית יותר מהגנת האמת לשעתה. שם, כמו בהגנת תום הלב אצלנו, ההגנות שניתנות לפרסומים עיתונאיים לא נכונים מתמקדות בהתנהגותו של העיתונאי וביסוד הנפשי שלו.<sup>124</sup>

בדומה להלכת האמת לשעתה, גם הרחבת הגנת תום הלב היא הלכה חדשה<sup>125</sup> אשר משנה את המצב המשפטי שינוי ניכר תוך סטייה מהלכה ותיקה (הלכת עיתון הארץ)<sup>126</sup> שלפיה לא הייתה חובה על אמצעי תקשורת כלפי הציבור אלא במקרים נדירים וייחודיים.<sup>127</sup> עם זאת, בניגוד לאמור בפסק הדין בנוגע להלכת האמת לשעתה, במקרה זה בית המשפט אומר בפה מלא כי אכן מדובר בהלכה חדשה.

הלכת בית המשפט חלה מראש ובכירור רק על אמצעי התקשורת, בניגוד למצב באנגליה, שם חלה הגנת ריינולדס באופן עקרוני גם על מי שאינם עיתונאים,<sup>128</sup> אף שבפועל מי שנהנה ממנה הם כמעט תמיד אנשי עיתונות.<sup>129</sup> לגופו של עניין נראה כי מוצדק להגביל את ההלכה החדשה רק לאמצעי תקשורת ועיתונאים, משום שההלכה

122 שם, פסקה 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

123 לדיון נרחב בהגנה זו ובמשמעויותיה, ראו לעיל, הדיון ליד הערות שוליים 26–36.

124 ראו לעיל, הניתוח ליד הערות שוליים 20–24, 28–34.

125 פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקאות 25–26 לפסק דינו של השופט פוגלמן; פסקאות 118–120 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פסקה 17 לפסק דינו של השופט עמית.

126 עניין חברת החשמל (לעיל, הערה 120).

127 לתיאור נסיבות חריגות כאלה ראו: ע"א 256/57 אפלבוים נ' בן גוריון, פ"ד יד 1205, בעמ' 1250.

128 ראו: עניין Flood (לעיל, הערה 6) בעמ' 927.

129 שם, בפסקה 2 לפסק הדין.

מבוססת על כך שלעיתונאים ולאמצעי תקשורת יש חובה חברתית כלפי הציבור לפרסם פרסומים בעלי עניין ציבורי משמעותי. מאחר שברור כי אין בחברה הישראלית חובה כזו על אנשים פרטיים, אין מקום להגן על מפרסמים פרטיים במסגרת הגנה זו. עם זאת ראוי לברר אם ההגנה החדשה המוענקת לעיתונאים מוצדקת לגופה.

כפי שאומר השופט פוגלמן, השאלה אם קיימת חובה חברתית או מוסרית של אמצעי תקשורת כלפי הציבור היא שאלה ערכית וחברתית.<sup>130</sup> אמנם לא נערך מחקר אמפירי בנושא, אולם מהסתכלות על החברה הישראלית דהיום נראה כי היא סבורה כי קיימת לפחות חובה חברתית על אמצעי תקשורת לפרסם מידע בעל חשיבות משמעותית המגיע לידם, אם לא חובה מוסרית לעשות כן. דהיינו, אכן נראה כי ההלכה החדשה נובעת באופן טבעי מיישום המבחנים שנקבעו בסעיף 15(2) במצב החברתי של ימינו.<sup>131</sup> עם זאת ברור כי התשובה לשאלה מתי מתקיימת חובה חברתית או מוסרית לפרסם, אינה אמורה לשקף את עמדות הציבור הישראלי בנושא באופן טהור אלא להיות מושפעת גם מעמדתו הערכית של בית המשפט באשר לנושא זה. על דרך קביעת האיזונים הערכיים בין חופש הביטוי לבין הכבוד בפסק הדין נעמוד בסעיף הבא.<sup>132</sup> לפיכך נתמקד להלן בהצגת הקריטריונים שנקבעו להלכה החדשה.

השופט פוגלמן הציב בפסק דינו שלושה תנאים, שרק בהצטבר כולם תיחשב פעולת אמצעי התקשורת ראויה להגנה: הראשון, עניין ציבורי משמעותי;<sup>133</sup> השני, עיתונות אחראית – הן לעניין תוכן הפרסום הן לעניין התנהגות המפרסם;<sup>134</sup> השלישי, פעולה בתום לב.<sup>135</sup> הנטל להוכיח את שני התנאים הראשונים יוטל תמיד על המפרסם, ואילו הנטל להוכיח את השלישי עשוי לעבור מצד לצד על פי חזקות סעיף 16 לחוק.<sup>136</sup> התנאי הראשון ברור מאליו. בהיעדר עניין ציבורי משמעותי קשה לראות מדוע תוטל חובה על התקשורת לפרסם מידע שיגרום לפגיעה במי מחברי החברה. רק אם יוכיח אמצעי התקשורת כי הפרסום חשוב ביותר לציבור לצורך גיבוש דעתו בענייני הציבור,

130 פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** (לעיל, הערה 3), פסקה 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן.  
 131 עם זאת ראוי להדגיש כי בהיעדר בדיקה אמפירית מסקנה זו של בית המשפט מצריכה אישוש, בעיקר משום שעמדותיהם של החברים בחברה הישראלית שאינם אנשי תקשורת אינן נחשפות לעינינו באופן תדיר. דהיינו, עמדותינו באשר לעמדתה הערכית של החברה הישראלית נקבעות לאחר היחשפות לחברה הישראלית דרך אמצעי התקשורת. מאחר שברור כי מרבית אמצעי התקשורת ייטו לסבור כי לעיתונות חובות רחבות לפרסם דברים, וכי ראוי להעניק להם חסינות רחבה מתביעה, ספק אם הדרך שבה אנו חווים את החברה הישראלית אכן משקפת את עמדות חברה זו.

132 סעיף 6 להלן.

133 פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** (לעיל, הערה 3), פסקה 27 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

134 שם, פסקאות 28–30 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

135 שם, פסקאות 31–32 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

136 שם, פסקה 32 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

או שהוא מועיל לציבור בדרך משמעותית אחרת, עשויה לקום לו הצדקה לפגוע במי מחברי החברה ללא פיצוי.

התנאי השני דורש שתי דרישות משנה:<sup>137</sup> ראשית, אמצעי התקשורת נדרש להוכיח כי נהג על פי אמות מידה של סבירות ואתיקה מקצועית – בין השאר יידרש אמצעי התקשורת להוכיח כי האמין בפועל באמתות הפרסום, כי הסתמך על מקורות אמינים וכי נקט אמצעים סבירים לאימות הפרסום, לרבות פנייה לנפגעים פוטנציאליים לשם בירור העובדות אתם ולא רק לשם קבלת תגובתם; שנית, אמצעי התקשורת נדרש גם להוכיח כי הפרסום כפי שפורסם בסופו של דבר היה סביר, מידתי והוגן. בין השאר יידרש אמצעי התקשורת להוכיח כי הפרסום מציג את המידע שהיה בידי העיתונאי בצורה מאוזנת והוגנת, כי טון הפרסום משקף את המידע שהיה בידי העיתונאי ואת איכותו, כי הכללת החלק הפוגעני בתוך הפרסום הייתה חיונית לשם השגת מטרת הפרסום, וכי אי אפשר היה לוותר עליה, וכי הפרסום כלל את תגובת הנפגע ותמצית גרסתו.

התנאי השלישי הוא קיומו של תום לב מהותי כמצוות הרישה של סעיף 15 וסעיף 16 לחוק. השופט פוגלמן קובע כי במצב הרגיל אמצעי תקשורת שנהג לפי האמור בשני הקריטריונים דלעיל ייחשב למי שנהג גם בתום לב מהותי, אך הוא דורש כי תום הלב ייבדק פעם נוספת באופן עצמאי תוך השארת פתח צר למקרים חריגים ביותר שבהם אף על פי ששני התנאים הראשונים התקיימו, ייקבע בסופו של דבר כי לא התקיים תנאי תום הלב.<sup>138</sup>

תנאים אלה אכן נראים ראויים. עם זאת דווקא יישומם במקרה הנוכחי אינו נקי לגמרי מספק ומעורר שאלות באשר לדרך שבה ייושמו התנאים בפסיקה עתידית. מחד נראה כי התנאי הראשון מתקיים – היה עניין ציבורי במה שהתרחש במוצב גירית ובהתנהגותו של סרן ר', ומאידך ספק אם חשיפת מידע על התנהגותו של קצין זוטר בודד תסייע לציבור לגבש את עמדותיו או תעזור לו בדרך אחרת כלשהי. לפיכך ניתן היה לקבל גם עמדה שלפיה, אף שיש בפרסום עניין ציבורי, העניין הציבורי אינו משמעותי דיו כדי להקים חובה חברתית או מוסרית לפרסם את הדבר.

נראה גם כי החלק הראשון של התנאי השני מתקיים – מערכת עובדה פעלה לפי אמות מידה של סבירות והגינות.<sup>139</sup> אולם ספק אם החלק השני של התנאי השני מתקיים – לא ברור אם טון הפרסום הנחרץ אשר משדר ודאות באשר להתנהגותו הפסולה של סרן ר' אכן שיקף את העובדה שבידי המערכת היו באותה עת רק חשדות. קל וחומר שכך הוא בשל העובדה שהתכנית כללה גם אמירות (כגון הצגת ירי מנשק כבד ויצירת מצגים

137 שם, פסקה 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

138 שם, פסקה 32 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

139 לא ברור אם על סבירות פעולת הנתבע ניתן ללמוד מדרך פעולתם של אמצעי תקשורת אחרים. מחד ראו: שם, פסקה 20 לפסק דינו של השופט עמית, ומאידך ראו: פסקה 6 לפסק דינו של השופט עמית בעניין בכרי (לעיל, הערה 38).

שלפיהם סרן ר' נע בגי'פ בזמן האירוע, וכי חייליו של סרן ר' עברו מיד בתום האירוע לחגוג אותו במסיבה) שהיה ידוע שאינן נכונות כבר בזמן השידור. בהתחשב בכל אלה לא ברור אם הטון הכולל של הכתבה אכן שיקף את המידע שהיה בידי המערכת בזמן השידור. אם החלק השני של התנאי השני מתקיים, כי אז מתקיים כנראה גם התנאי השלישי – תום הלב. אולם אם החלק השני של התנאי השני אינו מתקיים, אין מתקיימת גם דרישת תום הלב, והגנת תום הלב לא הייתה צריכה לקום.

סיכומם של דברים הוא כי הרחבת הגנת תום הלב באופן שאמצעי תקשורת ייחשבו למי שמוטלת עליהם חובה כלפי כלל הציבור לפרסם דברים שיש בהם עניין ציבורי משמעותי, תוך שמירה על דרך התנהגות של עיתונות אחראית, היא הרחבה ראויה. הרחבה זו מאפשרת לעיתונאים לפרסם פרסומים בעלי עניין ציבורי משמעותי (כמו חשדות לשחיתות) אף אם אינם בטוחים בנכונותם, תוך מתן הגנה אך ורק למי שעשו את כל שביכולתם כדי לוודא את נכונות המידע, ואף פרסמו פרסום שהטון הכולל שלו משקף הן את המידע שבידי העיתונאי והן את האפשרות כי המידע שגוי. עם זאת יש להקפיד שיישום הקריטריונים שנקבעו לדרך התנהגות העיתונאים ולטון הפרסום שיקבל הגנה אכן יעניק הגנה רק לאמצעי תקשורת אשר מכבדים את כבוד האדם ואינם אך משלמים לו מס שפתיים.<sup>140</sup>

## 6. האיזון הערכי בין חירות הביטוי לבין הכבוד

בשולי הדברים ראוי להעיר בקצרה גם על המחלוקת הערכית שהתגלעה בין השופטים בעניין דיין-אורבך, שכן הם הקדישו עמודים רבים לביסוס עמדתם הערכית. עמדתו הערכית של המשנה לנשיאה ריבלין היא כי "בתחרות שוות-משקל תגבר תמיד

140 בהרצאתו של עו"ד ד"ר אורי שנהר במהלך המושב הוא העלה את הטענה כי אין אמצעי תקשורת אשר יצליח לעמוד בקריטריונים שקבע השופט פוגלמן, ושלפיכך יש להקל עם העיתונות ביישום הקריטריונים. לטעונו זה אין בידי להסכים. הסיבה העיקרית שבגללה עיתונאים טוענים כי הם אינם יכולים לעמוד בקריטריונים שנקבעו לצורך בדיקת אמתות הפרסום היא לחץ הזמן לקראת המועד האחרון (דד ליין). אולם לחץ זה נובע רק מרצונם של עיתונאים לפרסם דברים לפני אחרים ולהשיג מדרוג (רייטינג) גבוה, ולא מסיבה הקשורה לחופש הביטוי. יתר על כן, את הלחץ הזה קיבלו עליהם העיתונאים מרצונם, ואין סיבה להעביר את עלותו אל כתפי הנפגעים הפוטנציאליים. לפיכך לא ראוי להתחשב בלחץ זה בקביעת האיזון בין חופש הביטוי לבין הכבוד (עניין לוגן (לעיל הערה 102) בעמ' 201–205). יתר על כן, העובדה שרוב העיתונאים מתקשים לעמוד בסטנדרט מסוים אינה אומרת שזהו אינו הסטנדרט הנכון והרצוי. למשל, אם רופאים יטענו כי סטנדרט מסוים נפוץ בין הרופאים, בית המשפט לא יקבע בהכרח שהסטנדרט אכן סביר. את סבירות הסטנדרט יש לבדוק לפי מידת היותו רצוי ולא לפי הנוהג המצוי, ראו: דנ"א 7794/98 משה נ' קליפורד, פ"ד נז(4) 721, בעמ' 744 והאסמכתאות המובאות שם.



חירות הביטוי"<sup>141</sup>, וכי "... 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"<sup>142</sup>. עמדתו מוצגת בצורה קולעת ביותר על ידי השופט עמית: "לגישתו [של המשנה לנשיאה ריבלין – ב"ש], כאשר מדובר בפרסומים בענייני ציבור או בפרסומים העוסקים באישי ציבור, אזי בתחרות שוות-משקל תגבר תמיד חירות הביטוי, נוכח מעמדה המיוחד של חירות הביטוי"<sup>143</sup>. ובמילים אחרות – אף על פי שמשולם מס שפתיים לעמדה שלפיה האיזון בין חירות הביטוי לבין הכבוד הוא איזון אופקי, הרי שבפועל מדובר באיזון אנכי, שבו יגבר תמיד חופש הביטוי.<sup>144</sup> בעניין זה פוסע המשנה לנשיאה ריבלין בעקבות האיזון הערכי של ארצות הברית, "הגדולה שבאומות החופשיות", כדבריו.<sup>145</sup>

על עמדתו של המשנה לנשיאה ריבלין בדבר האיזון הראוי בין הערכים ניתן ללמוד גם מהניגוד שבין העיסוק הנרחב שיש בפסק דינו בחשיבותם של חופש הביטוי וחופש העיתונות ובטעמים להם,<sup>146</sup> לבין היעדר כמעט כל עיסוק בחשיבותם של הכבוד ושל השם הטוב ובטעמים להם. למעשה, הדיון היחיד באלה נעשה במסגרת הניסיון לאזן בינם לבין חופש הביטוי ולא כדיון בפני עצמו.<sup>147</sup> את חירות הביטוי הוא מתאר, באמרו: "החירות הזו, שיש שניה לה אך אין קודמת לה..."<sup>148</sup> דהיינו, חופש הביטוי הוא לדידו של המשנה לנשיאה ריבלין חופש שחשיבותו הערכית עדיפה על כל חופש אחר. מנגד, כאשר הוא מתאר את השם הטוב הוא פותח את הדברים במילים: "הזכות לשם טוב גם היא זכות יסוד במשפטנו"<sup>149</sup> (ההדגשה שלי – ב"ש) דהיינו, הזכות לשם הטוב היא תוספת ולא עיקר.

141 פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקה 77 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

142 שם, שם.

143 שם, פסקה 2 לפסק דינו של השופט עמית.

144 לאיזון הערכי בין שני ערכים אלה בעיני המשנה לנשיאה ריבלין, ראו גם את דבריו בעניין בן גביר (לעיל, הערה 57), בפסקאות 10–20.

145 לעניין הצעידה בעקבות האיזונים הערכיים של שיטת המשפט האמריקאית, ראו גם: פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקה 93 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין. כן ראו: פסקה 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן, אשר עומד על ההצדקות לסטות מהאיזונים האמריקאיים.

146 שם, בפסקאות 61–66 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין עוסקות ב"חופש הביטוי"; פסקאות 73–74 עוסקות ב"חופש הביטוי – חובק כל"; פסקאות 80–82 עוסקות ב"חופש העיתונות". פסקאות 75–79 עוסקות ב"חופש הביטוי והזכות לשם טוב".

147 שם, פסקאות 75–79 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

148 שם, פסקה 62 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

149 שם, פסקה 75 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

אולם בעניין זה נשאר המשנה לנשיאה ריבלין בדעת מיעוט. כפי שמציינים בצדק השופטים פוגלמן<sup>150</sup> ועמיתו,<sup>151</sup> מקובל לומר כי האיזון הערכי בשיטת המשפט בישראל אינו מעניק עדיפות כה ברורה לחירות הביטוי.<sup>152</sup> המחוקק הישראלי העדיף לציין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפורשות רק את ערך הכבוד, אך בחר להשמיט מרשימת הערכים המוגנים במפורש את חופש הביטוי. אמנם הפסיקה קבעה בשורה ארוכה של פסקי דין כי חופש הביטוי הוא נגזרת של הכבוד, ובכך מצאה עיגון חוקתי גם לערך חופש הביטוי,<sup>153</sup> אך עדיין ניתן בהחלט לטעון כי יש לתת משקל לבחירת המחוקק להתמקד מפורשות דווקא בערך הכבוד ולא בנגזרת חופש הביטוי.<sup>154</sup> יתר על כן, בחקיקת חוק איסור לשון הרע ויצירת האיזונים הכלולים בו הושפע המחוקק הישראלי דווקא משיטת המשפט האנגלית, שגם היא אינה מעניקה עדיפות ברורה לחירות הביטוי.<sup>155</sup>

איזון בין ערכים שונים הוא בסופו של דבר תוצאה של ההעדפות הערכיות של כל אדם ואדם. העדפות אלה נובעות מהערכים שהוטמעו בו לאורך השנים, מן המאורעות שקרו לו, ממעשיו ומחשיבתו. כך הם הדברים באשר לאנשים מן השורה, וכך הם גם באשר לשופטים.<sup>156</sup> מאחר שכך, אין לומר כי איזון מסוים נכון מחברו. מחלוקות בין שופטים לבין עצמם ובין בית המשפט לבין הכנסת באשר לאיזון הערכי הראוי בין חופש הביטוי לבין הכבוד הן מחלוקות אידאולוגיות לגיטימיות, שכל הבעת דעה בעניינן תנבע מעמדתו האידאולוגית של מחוה הדעה. לפיכך לא אחווה דעה במסגרת זו על עדיפותו

150 שם, פסקאות 6, 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן.  
 151 שם, פסקאות 3–5 לפסק דינו של השופט עמית.  
 152 שם, פסקה 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן. ראו לעניין זה גם את החלטת השופט (כתוארו אז) גרוניס ברע"א 5395/09 פלוגי נ' אלמונית, פסקאות 4–5 להחלטה.  
 153 ראו למשל: עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, בעמ' 152–153; ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558, בעמ' 565–566; פסקה 66 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.  
 154 פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקאות 2–5 לפסק דינו של השופט עמית. לעמדות שונות באשר למצב הרצוי בכל הקשור לנושא זה ראו גם, מחד, גנאים, קרמניצר, שנו (לעיל, הערה 1) בעמ' 64–68, ומאידך, שם, בעמודים 193–198.  
 155 פסק הדין בעניין דיין-אורבך (לעיל, הערה 3), פסקה 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן.  
 156 ראו למשל את דבריו של הנשיא לשעבר ברק בע"פ 4223/02 עליאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 655, בעמ' 659: "שופט, ככל אדם, הוא תבנית נוף מולדתו. אך טבעי הוא כי תפיסת עולמו עוצבה במרוצת השנים על פי נסיונו וחוויותיו". כן ראו את דבריו: "השופט הוא פרי תקופתו. הוא חי בזמן נתון ובחברה נתונה. מטרתה של האובייקטיביות אינה לשחרר את השופט מסביבתו. נהפוך הוא: מטרתה לאפשר לו לגבש בצורה ראויה את עקרונות היסוד של תקופתו. מטרתה של האובייקטיביות אינה לשחרר את השופט מעברו, מחינוכו, מנסיונו, מאמונתו ומערכיו. נהפוך הוא: מטרתה להמריצו לעשות שימוש בכל אלה כדי לשקף בצורה הזכה ביותר את ערכי היסוד של האומה. אדם המתמנה שופט אינו צריך ואינו יכול לשנות את עורו. אך עליו לפתח רגישות לכובד משרתו ולכבלים שהיא מטילה עליו" (אהרון ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) בעמ' 190).

של איזון ערכי זה או אחר שעושים השופטים. עם זאת ניתן להעיר כמה הערות על דרך קביעת האיזון ועל הגורמים המשפיעים עליו בלי להתייחס לתוצאה הערכית שאליה הגיע כל שופט.

**ראשית**, הגורמים אשר משפיעים על האיזון האידאולוגי שנעשה בלבו ובמוחו של שופט אמורים להיות משותפים בחלקם לכלל השופטים. אמנם כל שופט גדל בבית אחר, עבר חוויות אחרות, והוא בעל אידאולוגיה שונה. עם זאת כל השופטים אמורים להיות מושפעים מגורמים אשר משותפים לכלל הקהילייה המשפטית הישראלית – הדרך שבה איזון המחוקק בין הערכים שביניהם מנסה השופט לאזן כפי שהיא מתבטאת בחוקי היסוד ובחוקים רגילים; המסורת הפסיקתית של בית המשפט הישראלי באשר לאיזון בין ערכים אלה כפי שהיא מתבטאת בפסקי הדין שניתנו בעבר.<sup>157</sup> טיעונים שהובילו מדינות אחרות לבחור באיזון זה או אחר עשויים כמובן לשכנע גם שופטים ישראלים, אך בחירות אלה כשלעצמן אינן נימוק לבחור באותו איזון גם בארץ. בעיניי, אשר מושפעות כמובן מההעדפות הערכיות שלי, נראה כי בדרכם להגיע אל האיזון הערכי שלהם נסמכים השופטים עמית ופוגלמן במידה רבה יותר על גורמים משותפים אלה של החקיקה ומסורת הפסיקה הישראלית ובוחרים פחות ללכת בעקבות איזונים שנבחרו במדינות אחרות, ובכך יש יתרון לדרך ההנמקה שלהם.

**שנית**, האיזון הערכי שאליו מגיעים שופטים מושפע מגורמים רבים. בין השאר הוא מושפע מחשיפה לתקשורת המונים. כל אדם אשר חי בחברה בת ימינו נחשף לתקשורת ההמונים – טלוויזיה, רדיו, עיתונות מקוונת ועיתונות כתובה – בהיקף חסר תקדים. המחקר מראה שלדברים אשר נאמרים בתקשורת השפעה רבה ביותר על קביעת סדר היום הציבורי.<sup>158</sup> ועל עמדותיהם של מקבלי ההחלטות.<sup>159</sup> עמדות אשר נאמרות בתקשורת מעודדות אחרים להביע אותן, ובכך יוצרות סדר יום ציבורי אשר משפיע על מקבלי ההחלטות תוך השתקת דעותיהם של מי שעמדותיהם אינן מובעות בתקשורת.<sup>160</sup>

157 והשוו לציטוט מדבריו של השופט ברק שהובא בהערה הקודמת, ושלפיו "השופט הוא תבנית נוף מולדתו". ודוקן, מולדתו ולא מולדת אחרת.

158 להדגמת השפעתה של התקשורת על דעת הקהל בהקשר הישראלי, ראו: Anat First, "Television and the Construction of Social Reality", *Communication and Democracy: Exploring the intellectual Frontiers in Agenda-setting theory* (Maxwell McCombs, Donald L. Shaw, David Weaver ed., 1997) 41.

159 לדיון מעמיק בהיבטיו השונים של נושא זה ראו באופן כללי: Public Opinion, The Press, and Public Policy (J. David Kennamer ed., 1994). להשפעת התקשורת על מקבלי ההחלטות ראו למשל: J. D. Kennamer, "Public Opinion, the Press, and Public Policy – Introduction", *Public Opinion, The Press, and Public Policy* (J. David Kennamer ed., 1994) 1, pp. 6–9, 11.

160 לתיאור מקיף של מנגנון זה ראו: Elisabeth Noelle-Neumann, *The Spiral of Silence* (1993).

במידה רבה החשיפה לתקשורת היא למעשה חשיפה לדעותיהם של אנשי התקשורת – כתבים, שדרים, עורכים וכו' – בין שהם מביעים את דעותיהם במפורש, ובין שדעותיהם משפיעות על דבריהם בצורה לא מודעת. אולם העובדה שאנשים בוחרים לעסוק בתקשורת ובכך בוחרים להקדיש את חייהם להבאת דבריהם לציבור, אף שאינה מלמדת על עמדותיהם במרבית הנושאים העומדים על סדר היום, מלמדת כנראה שהם אנשים המחשיבים את חופש הביטוי יותר מהאדם הממוצע. לכן ההשתקפות התקשורתית של האיזון הערכי בין חופש ביטוי לבין הכבוד היא השתקפות שכנראה תהיה מוטה לטובת חופש הביטוי. החשיפה החוזרת של כולנו, לרבות שופטים, להטיה זו משפיעה על קביעת האיזון הראוי בין שתי הזכויות הללו.

להשפעה התקשורתית על בית המשפט יש ממד נוסף:<sup>161</sup> בית המשפט, כמו כל מוסד, הוא מוסד שמחפש לגיטימיות. בספרות האמפירית והתאורטית על בית המשפט העליון האמריקאי קיים מחקר עשיר<sup>162</sup> אשר מראה כי החלטותיו של בית המשפט בעשורים האחרונים מושפעות מדעת הקהל. מאחר שהשקפתם של שופטים על דעת הקהל תגובש בין השאר, ואולי בעיקר, לפי ההשקפות שלהן הם נחשפים מהתקשורת, יש השפעה רבה לעמדת התקשורת בקביעת עמדתו של בית המשפט. מאחר שכפי שנאמר לעיל, האיזון בין חופש הביטוי לבין הכבוד מוצג בתקשורת בעקיבות תוך הטיה לטובת חופש הביטוי, החיפוש של בית המשפט אחר לגיטימיות עשוי להשפיע עליו לטובת חופש הביטוי.

161 התקשורת משפיעה על החלטות שופטים באיזון בין חופש הביטוי לבין הכבוד גם בדרך נוספת, שנדונה רבות בארצות הברית (ראו למשל את הדיון הציבורי שנולד בעקבות טביעת המונח Greenhouse effect בידי Lawrence Silberman ב-1992. המשתמשים במונח טוענים כי שופטים עליונים שמרנים נוטים להצביע הצבעות ליברליות כדי שכתבת המשפט של ה-New York Times דאז Linda Greenhouse תכתוב עליהם כתיבה אוהדת): שופטים שאמורים להכריע בעניין שישפיע על זכויותיהם וחובותיהם של כלל אמצעי התקשורת עשויים לחשוש כי פסיקה נגד אמצעי התקשורת תוביל לסיקור לא אוהד של ההחלטה, שעלולה להציג אותם באור שלילי. יתרה מכך, הם עלולים אף לחשוש כי אמצעי התקשורת ישתמשו בכוחם בעתיד כדי להמשיך ולהציג את השופטים באור שלילי לאורך שנים (בין כנקמה מודעת ובין בדרך לא מודעת). מנגד, הם עשויים לקוות כי פסיקה שתרחיב את זכויות אמצעי התקשורת תוביל לסיקור אוהד של ההחלטה ושל החלטות עתידיות שלהם (ושוב, לא דווקא מחמת החלטה מודעת של אמצעי התקשורת אלא משום ההשפעה התת-הכרתית של קרבה רעיונית על הדרך שבה נשפטות החלטות עתידיות). ציפיות מעין אלה, אף אם אין בהן ממש, עשויות להשפיע על שופטים (ולו באופן תת-הכרתי) לנסות ולכתוב החלטות שימצאו חן בעיני התקשורת.

162 ראו למשל: Or Bassok, "The Two Counter-majoritarian Difficulties", 32 *St. Louis U. Pub. L. Rev.* (2012) 333; Tom R. Tyler & Gregory Mitchell, "Legitimacy and the Empowerment of Discretionary Legal Authority: The United States Supreme Court and Abortion Rights", 43 *Duke L.J.* (1994) 703, p. 733; Tom S. Clark, *The Limits of Judicial Independence* (2011) pp. 89–90.

## 7. סיכום

סיכומם של דברים לעניין פסק הדין בעניין **דיין-אורבך** הוא כי הלכת האמת לשעתה היא הלכה חריגה בעולם. הלכה זו היא בעלת גבולות מטושטשים והיא יוצרת תוצאות לא רצויות. ההלכה, אשר מוחקת את ההבחנה בין הגנת אמת דיברתי להגנת תום הלב, הופכת הלכות ותיקות ומוצדקות. כדי להגיע לתוצאה שאליה רצה להגיע בית המשפט היה ראוי ללכת בדרך המלך על ידי שימוש בהגנת תום הלב כפי שעשה השופט פוגלמן. הלכת האמת לשעתה משקפת נכונות לעקוף את האיזונים שיצר המחוקק, תוך (לפחות בדברי המשנה לנשיאה ריבלין) התבססות על איזונים ערכיים אשר משקפים את מערכת הערכים של בית המשפט/השופט הספציפי ואשר מתבססים על שיקולים חוקתיים של המשפט האמריקאי ולא על מערכת הערכים שיצר המחוקק הישראלי ואשר הנחתה את בתי המשפט בישראל לאורך העשורים האחרונים.

### ב. התפתחויות חקיקתיות: תיקון מספר 69 לחוק בתי המשפט והצעת תיקון חוק איסור לשון הרע

לצד ההתפתחות הפסיקתית החשובה שבעניין פלוני נ' **דיין-אורבך** היו לאורך השנה גם התפתחויות בחקיקה הנוגעת לאיזון בין הכבוד לבין חופש הביטוי. כפי שנאמר במבוא, בעבודת הכנסת קיים רצון ברור להשפיע על האיזון הערכי שבין חופש הביטוי לבין הכבוד.<sup>163</sup> בשנה האחרונה התבטא רצון זה של חברי הכנסת, או למצער של חלקם, בניסיון להרחיב את ההגנה על הכבוד והשם הטוב על חשבון חופש הביטוי וחופש העיתונות.<sup>164</sup> דיון כללי במגמות הערכיות העולות מעבודת הכנסת מצריך ניתוח אמפירי של עבודת הכנסת לאורך שנים רבות. דיון כזה חורג בהרבה מגבולות רשימה זו אשר מתמקדת בהתפתחויות בדיני לשון הרע בשנת 2012 בלבד ומצדיק מאמר נפרד. עם זאת

163 ראו למשל: האסמכתאות בהערה 7 לעיל.

164 על קיומה של מגמה כזו ניתן ללמוד אולי בדרך הטובה ביותר דווקא מדברי המתנגדים להצעת החוק. ראו למשל את דבריה של ח"כ זהבה גלאון בפרוטוקול ישיבה מס' 458 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת השמונה-עשרה (10.10.2011):

אני ערה כבר מזה זמן למגמה, שבעיניי היא מאוד מסוכנת, בכנסת הזו, של ניסיון להתנקש בעיתונות החוקרת, ניסיון לפגוע בעיתונות החופשית. זו שורה של הצעות חוק. הכנסת הזו, באיזשהו שטף של אקטיביזם חקיקתי, רק לאחרונה חוקקה את איסור פרסום שם חשוד, כל מיני חוקים שמבקשים להטיל צווי איסור פרסום, היה ניסיון לחוקק חוק נגד "ישראל היום". יש כאן מגמה מאוד-מאוד מסוכנת, שמבקשת לפגוע בחופש העיתונות.

להלן נציג את שני דברי החקיקה העיקריים שבהם עסקה הכנסת בשנת 2012, ואשר שניהם מייצגים רצון להרחיב את ההגנה על הכבוד על חשבון חופש הביטוי.<sup>165</sup>

### 1. חוק בתי המשפט (תיקון מס' 69), התשע"ב-2012

הדוגמה הראשונה למגמה החקיקתית להעדיף את הכבוד על פני חופש הביטוי אינה חלק מחוק איסור לשון הרע אלא דווקא תיקון לחוק בתי המשפט. תיקון זה אוסר על פרסום שמו של חשוד בעברה פלילית במשך 48 שעות מהמועד שבו נודע לחשוד על קיום חקירה נגדו, או עד לקיום דיון בפני שופט בעניינו, לפי המוקדם. זאת, כדי לאפשר לחשוד הזדמנות לבקש מבית המשפט לאסור על פרסום שמו.<sup>166</sup>

חקיקה זו משקפת את עמדת המחוקק שלפיה בפרסום שמות חשודים, כפי שהיה נהוג עד לחקיקת התיקון, יש משום פגיעה לא מוצדקת בכבודם של החשודים. כדי למנוע פגיעה זו היה המחוקק מוכן לצמצם את חופש הביטוי והעיתונות.<sup>167</sup> ברור שעמדה ערכית זו אינה מתיישבת עם עמדתו הערכית של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין **דיין-אורבך**, שלפיה עקרונית יש להעדיף את חופש הביטוי על פני הכבוד והשם הטוב.<sup>168</sup> ספק רב גם אם התיקון שנועד להרחיב את ההגנה על הכבוד עולה בקנה אחד עם המגמה של הרחבת ההגנה על חופש הביטוי שעולה מעמדות כל השופטים בעניין **דיין-אורבך**.<sup>169</sup>

לגופו של עניין, התיקון משקף התרחקות של המחוקק מהגישה האנגלית-אמריקאית הצרה באשר לחזקת החפות והתקרבות מסוימת אל הגישה הקונטיננטלית (ובעיקר

165 יושם אל לב כי מלבד בדברי החקיקה התבטא רצונם זה של חברי הכנסת גם (ואולי בעיקר) בהתבטאויות של חברי כנסת במהלך דיונים בנושאים שונים. ראו למשל את הדוגמאות האלה משנת 2012 שבהן נדון (שלא בהקשר של חקיקה שמשנה את חוק איסור לשון הרע) האיזון בין הכבוד מחד לבין חופש הביטוי והעיתונות מאידך: ד"כ י (תשע"ב) 94 (במסגרת דיון על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 114) (שינוי הוראות לעניין ריגול), התשע"ב-2011); ד"כ ט"ז (תשע"ב), הדיון בנושא פסק הדין בעניין **פלונני נ' דיין-אורבך**. בשני הדיונים הביעו רוב הדוברים חוסר שביעות רצון ממשקל היתר שניתן לדעתם בבתי המשפט ובפרקליטות לחופש הביטוי במסגרת האיזון הערכי בחוק איסור לשון הרע.

166 ראו: סעיפים 70(ד) ו-70(ה) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב].

167 דברי הסבר להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 60) (איסור פרסום), תש"ע-2010, ה"ח הממשלה 1180. כן ראו דברי חבר הכנסת דוד רותם ביום ה-9.1.2012 בדיון בקריאה שניה ושלישית על הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 69), התשע"ב-2012.

168 ראו לעיל, פרק א.6.

169 ראוי לציין כי לאחר חקיקת החוק הציג בית המשפט העליון עמדה ערכית הפוכה, שלפיה ככלל אין להוציא צו מניעה שיאסור פרסום שעלול להשפיע על מהלך המשפט ועל זכויות נאשמים, ראו: ע"א 409/13 **שידורי קשת בע"מ נ' קופר** (פורסם בנבו, 11.4.2013); רע"א 4783/13 **כהן נ' יצחק** (פורסם בנבו, 7.7.2013).

הצרפתי) הרחבה באשר לחזקה זו: <sup>170</sup> במשפט האנגלי-אמריקאי חזקת החפות היא רק כלל ראייתי שקובע כי על התביעה מוטל נטל השכנוע, ואילו במשפט הצרפתי הקביעה כי אדם הוא זכאי עד שלא תוכח אשמתו היא גם קביעה מהותית.<sup>171</sup> משמעותו של הבדל זה היא כי במשפט האנגלי-אמריקאי, ובעיקר במשפט האמריקאי, חזקת החפות אינה משפיעה על האיזון שבין חופש הביטוי לבין כבודו של אדם. לפיכך מותר לעיתונות<sup>172</sup> לפרסם אמירות קשות על חשודים בפשעים ועל הליכי החקירה והמשפט שלהם אף שפרסומים אלה (מלבד הפגיעה בכבוד) עשויים לפגוע גם בהליך השיפוטי ובזכותו של הנאשם למשפט הוגן.<sup>173</sup> מנגד, במשפט הצרפתי הצורך להגן על חזקת החפות גורם

170 לתיאור ההבדלים בין הגישות בשיטות המשפט השונות ולקריאה לאמץ את הגישה הרחבה, ראו: Francois Quintard-Morenas, "The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions", 58 *Am. J. Comp. L.* (2010), 107.

171 שם, בעמ' 108–109.

172 ההיתר על פרסומים אינו מוגבל רק לעיתונות. גם אנשים פרטיים נהנים מהחופש לפרסם אמירות על חשודים. עם זאת בתי המשפט עשויים במקרים מתאימים להוציא צו (gag order) שאוסר על אדם מסוים, שאינו צד להליכים, לדון בנושאים הקשורים להליכים אלה כדי למנוע סכנה של פגיעה בהליך השיפוטי (ולא כדי להגן על כבודו של מושאי הפרסום). לתיאור פרשה שבה הוצא צו כזה ולטענה כי צווים כאלה אינם חוקתיים, או כי למצער יש לצמצמם ביותר, ראו: Michael D. Seplow & Paul L. Hoffman, "Punishing Pundits: People v. Dyleski and the Gag Order as Prior Restraint in High-Profile Cases", 39 *Loy. L.A. L. Rev.* (2006) 1197.

173 לתיאור ביקורתי של המצב בארצות הברית, אשר מתייחס להשפעה החריפה של פרסומים תקשורתיים על זכותם למשפט הוגן של נאשמים בפרשיות שעומדות בעין התקשורת, ולהצעה לייבא לארצות הברית את דיני ביזיון בית המשפט הבריטיים כדי שניתן יהיה לתבוע עיתונים בשל פרסומים שפוגעים בזכויותיהם של נאשמים, ראו: Mark J. Geragos, "The Thirteenth Juror: Media Coverage of Supersized Trials", 39 *Loy. L.A. L. Rev.* (2006) 1167. להצעה דומה קודמת ראו: Stephen J. Krause, "Punishing the Press: Using Contempt of Court to Secure the Right to a Fair Trial", 76 *B.U. L. Rev.* (1996) 537, p. 574. ניתן לטעון כי קיימים הבדלים גדולים בין המצב בארצות הברית לבין המצב בארץ אשר משפיעים על מידת נחיצותן של הצעות מסוג זה, אולם ספק אם יש בטיעונים אלה ממש. כך, ייתכן לטעון כי העיתונות בארצות הברית חודרנית מזו שבארץ. אולם ספק אם הבחנה זו עדיין משמעותית בעידן שבו חלק גדול מהפרסומים על נאשמים נעשים ברשת האינטרנט על ידי מי שאינם רואים עצמם כפופים לכללי האתיקה העיתונאית המסורתית; ניתן גם לטעון כי בארץ קיימים כלים אחרים, כמו הוראת סעיף 21 לחוק איסור לשון הרע, אשר מאפשרים לבית המשפט, לפחות בחלק מן המקרים, למנוע השפעות של פרסומים מעין אלה על כבודו של צד להליך ועל זכותו למשפט הוגן. אולם בשל המגמה המצמצמת ביותר של הפסיקה באשר לאפשרות לאסור פרסומים המתייחסים להליכים בבית המשפט, ספק אם כלים אלה אכן אפקטיביים (ראו למשל: רע"א 3788/06 יפת נ' ידיעות אחרונות בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2012); רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית, פ"ד נג(1) 26, בעמ' 66); בנוסף, ייתכן בהחלט לטעון כי קיימים הבדלים מהותיים בין שופטים מקצועיים לבין מושבעים שאינם מקצועיים בכל הקשור להשפעת התקשורת עליהם. טיעון זה נראה על פניו מושך, אך בשל הידע הקיים בספרות על ההבדלים החלקיים והלא ברורים בין שופטים למושבעים, באשר לדרך שבה הם מושפעים מהטיות פסיכולוגיות

שהעיתונות, ואף רשויות החקירה עצמן, מוגבלות בפרסומים לציבור על אודות האפשרות שפלוני ביצע פשע, ובפועל כל פרסום שבו נרמז שאדם מסוים ביצע פשע, לרבות אמירות שלפיהן הוא חשוד בביצוע הפשע,<sup>174</sup> מוגבל על ידי הצורך להגן על חזקת החפות של אותו אדם.<sup>175</sup>

נראה כי מידת הפגיעה בחופש הביטוי, בחופש העיתונות ובזכות הציבור לדעת הגלומה בעיכוב פרסומים על אודות זהותם של חשודים בעברות פליליות למשך זמן של כמה ימים, אינה גדולה. במרבית המקרים זהותו של חשוד בעברה פלילית אינה בעלת ערך חדשתי רב, ולכן אי-פרסומה אינו פוגע פגיעה אנושה בחופש העיתונות. קל וחומר שכן הם הדברים באשר לדחיית פרסום של כמה ימים. ניתן להיווכח בכך מתוך המספר הקטן של מקרים שבהם אכן מתפרסם עדכון עם שם החשוד לאחר שחולף זמן האיסור. מנגד, הפגיעה שנגרמת לכבודו של אדם ששמו מתפרסם כחשוד עשויה להיות קשה ובלתי הפיכה. לכן נראה כי התיקון לחוק משקף איזון ראוי בין הערכים המתנגשים במקרה הספציפי, וזאת בלי קשר לשאלת האיזון הראוי בין הכבוד לבין חופש הביטוי בכלל המקרים.

## 2. הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 10) (הרחבת סעיפים), התשע"ב-2011

המחשה ברורה עוד יותר למגמה ששלטה בבית המחוקקים בשנת 2012 היא הניסיון להעלות את רף הפיצויים שניתן לקבל ללא הוכחת נזק בגין פרסום לשון הרע. הצעת חוק זו מנסה לתקן את סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע באופן שהסכום המרבי שאותו ניתן לפסוק כפיצוי ללא הוכחת נזק יעלה מ-50,000 ש"ח (או 100,000 ש"ח במקרים של פרסום שנעשה בכוונה לפגוע) ל-300,000 ש"ח (או 600,000 ש"ח, בהתאמה). תיקון זה

שונוט (ראו למשל: "Inside the Judicial Mind": C. Guthrie, J.J. Rachlinski, A.J. Wistrich 86 *Cornell L. Rev.* (2001) 777; J.J. Rachlinski, L.H. Johnson, A.J. Wistrich, C. Guthrie "Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?" 84 *Notre Dame L. Rev.* (2009) 1195), הוא מצריך הוכחה בטרם יהיה ניתן להסתמך עליו.  
174 ראו Quintard-Morenas (לעיל, הערה 170) בעמ' 138 והאסמכתאות המובאות שם בהערה 289.

175 ראו למשל את הוראת ה-Code Civil, שלפיה: "Everyone has the right to the respect of the presumption of innocence. Where, before any sentence, a person is publicly shown as being guilty of facts under inquiries or preliminary investigation, the court, even by interim order and without prejudice to compensation for the injury suffered, may prescribe any measures, such as the insertion of a rectification or the publication of a communique, in order to put an end to the infringement of the presumption of innocence, at the expense of the individual or legal entity liable for that infringement" (C. civ. art. 9-1).



גם קובע כי אמצעי תקשורת שלא יפרסם את תגובתו המלאה של נפגע לדברים שפורסמו עליו יחויב בתשלום של 1,500,000 ש"ח.

הצעת החוק מבוססת על התפיסה כי באיזון הקיים היום בישראל בין הכבוד והשם הטוב מחד לבין חופש הביטוי וחופש העיתונות מאידך, יש משקל יתר לחופש הביטוי והעיתונות, מעל ומעבר למשקל שיש לתת לו במשפט הרצוי. הצעת החוק נועדה לשנות את האיזון הערכי כדי שיתאים לתפיסה הרצויה לדעת מגישי הצעת החוק, תפיסה שלפיה יש לחזק את הכבוד ואת השם הטוב.

הצעת חוק זו עוררה סערה עזה בכנסת. בדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט לקראת הכנת ההצעה לקריאה ראשונה ניכר הפער הרב בין תפיסתם של תומכי החוק לבין תפיסת מתנגדיו. תומכי החוק טענו כי כיום ניתן משקל יתר לחופש הביטוי:<sup>176</sup>

תחת כנפיים של חופש הביטוי כביכול נוצרה מציאות שבה דמם של אנשים נשפך, שמם הטוב נפגע והם עומדים חסרי אונים כאשר מתפרסמים לגביהם דברים שפוגעים בשמם הטוב ללא שום בסיס אמיתי עובדתי ומבלי שיש להם יכולת של ממש להתגונן ולמנוע את הפרסום או אפילו להביא לפחות את עמדתם ואת תגובתם.<sup>177</sup>

מנגד, מתנגדי החוק טענו כי לטענות אלה אין שום בסיס אמפירי.<sup>178</sup> יתר על כן, מתנגדי הצעת החוק טענו כי הצעת החוק תגרום שהכבוד יגבר על חופש הביטוי ונגזרותיו: "מה שאנחנו אומרים בהצעות האלה זה שהזכות לשם טוב או הרצון להגן על זכות הפרט גוברת על זכות הציבור לדעת". לדעת המתנגדים להצעה, מטרתה של הצעת החוק היא לפגוע בעיתונות, ואימוצה יביא לחיסולה של העיתונות החוקרת.<sup>179</sup> ברור בעליל כי האיזון הערכי שאליו שואפים מגישי הצעת החוק מנוגד לחלוטין למגמה ההפוכה העולה מן הפסיקה בעניין דיין-אורבך, שהרחיבה עוד יותר את חופש הביטוי והעיתונות. עם זאת חשוב להזכיר כי הצעת חוק זו לא הפכה לחוק בכנסת השמונה-עשרה.<sup>180</sup> לפיכך קשה להסיק ממנה מסקנות על עמדת הכנסת השמונה-עשרה בנוגע לאיזון שבין הכבוד לבין חופש הביטוי. קל וחומר שקשה להסיק ממנה מסקנות על עמדת הכנסת בכלל.

176 דברים דומים עולים מתוך דברי ההסבר להצעת החוק: הצעת חוק איסור לשון הרע. דברי ח"כ יריב לוין בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 10.10.2011 (לעיל, הערה 164).

177 שם, דברי ח"כ חנא סוויד: "אני חושב שהצעת החוק הזו היא שרירותית ומחוסרת בסיס עובדתי". כן ראו דברים דומים שאמרה ח"כ זהבה גלאון באותו דיון.

178 שם, דברי ח"כ זהבה גלאון.  
179 ההצעה עברה קריאה טרומית ברוב של 10 נגד 1 ואושרה בוועדת החוקה, חוק ומשפט להמשך טיפול.

## ג. סיכום ומסקנות

פסק דין דיין-אורבך עוסק בהגנות שיינתנו למפרסם מפני תביעת לשון הרע במקרה של פרסום שגוי שיש בו עניין ציבורי. כידוע, ברוב רובן של תביעות לשון הרע מתמקד עיקר הדיון בשאלת תחולתן של ההגנות. לפיכך לדיון במשמעות ההגנות השונות יש משמעות רחבה בעיני כל מי שעוסקים בדיני לשון הרע. כלל השופטים בעניין דיין-אורבך העדיפו להרחיב את ההגנה הניתנת לחופש הביטוי על חשבון הכבוד, באמצעות הרחבת ההגנות. עם זאת השופטים נחלקו ביניהם בדבר הדרך להגיע לתוצאה זו.

השופטים ריבלין ועמית בחרו לדון בסוגיה של פרסום שגוי שיש בו עניין ציבורי דרך הגנת אמת דיברתי וקבעו כי ההגנה תחול גם על פרסומים שאין בהם אמת, ובלבד שהדבר לא היה ידוע בעת הפרסום. הלכה זו, שמאפשרת להסתמך על הגנת אמת דיברתי גם אם מתברר כי הפרסום שגוי, בעייתית ביותר. הלכה זו תקשה על יישום הגנת אמת דיברתי בשל חוסר הבהירות באשר לשלב שבו מתבררת עובדה, גבולותיה של ההלכה אינם ברורים, היא סוטה מלשון החוק ומן הפסיקה, והיא יוצרת תמריצים לא ראויים אצל מפרסמים פוטנציאליים, דבר שעלול להביא לתוצאות לא ראויות. עמדת השופט פוגלמן, שמגיע לאותה תוצאה דרך הקביעה כי על עיתונאי מוטלת חובה כלפי הציבור לפרסם פרסומים מסוימים – עדיפה. היא נמנעת ממרבית הבעיות שיוצרת עמדת הרוב ומאפשרת לקבוע הנחיות ברורות ורצויות יותר לדרך עבודתם של עיתונאים, אנשי תקשורת ומפרסמים אחרים.

נוסף על השינוי בהלכה הפסוקה עניין דיין-אורבך חשף חילוקי דעות ערכיים של ממש בין השופטים בסוגיית האיזון שבין חופש הביטוי לבין הכבוד: השופט ריבלין ביקש לקבוע עדיפות ברורה לחופש הביטוי, ואילו השופטים עמית ופוגלמן העדיפו משטר ערכים מאוזן יותר. מלבד המחלוקות הערכיות החשובות לגופן, יש בחילוקי הדעות כדי ללמד על המקורות שמהם שואבים שופטי בית המשפט העליון בישראל את איזוניהם הערכיים: השופט ריבלין הסתמך על איזוני המשפט האמריקאי והעמיד שיטה משפטית זו כאידאל, והשופטים עמית ופוגלמן בחרו להסתמך על האיזונים המקובלים בשיטת המשפט הישראלית (כמו גם באנגליה ובאירופה הקונטיננטלית).

לצד התפתחות פסיקתית זו, ניתן היה לראות בדיוני הכנסת ובחקיקה שהכנסת קידמה או ניסתה לקדם בשנת תשע"ב מגמה הפוכה – מגמה של הרחבת ההגנה על הכבוד על חשבון חופש הביטוי.

המסקנה העולה מניתוח פסק דין דיין-אורבך מחד ומהצגת השינויים בחקיקה מאידך היא כי רשויות המדינה השונות חלוקות ביניהן באשר לכיוון ההתפתחות הרצוי של דיני לשון הרע. הכנסת סבורה כי יש כיום משקל עודף לחופש הביטוי, ויש לשנות את האיזון לטובת הכבוד, ובית המשפט סבור כי יש לשנות את האיזון דווקא לטובת חופש הביטוי.

במחלוקת ערכית זו אין עמדה נכונה ואין עמדה לא נכונה. כל אחת מהעמדות משקפת עמדה ערכית לגיטימית שנובעת מערכי האנשים המרכיבים את הרשויות השונות.<sup>181</sup> גם אין פסול בחילוקי דעות בין הרשויות השונות או בתוכן. מחלוקת כאלה הן דבר לגיטימי. אין בעובדה שלכל רשות עמדה משלה משום אמירה שרשות אחת חותרת תחת רשות אחרת או עוקפת אותה. הרשויות השונות נקבעו מראש מתוך הבנה שלכל אחת עשויה להיות עמדה משלה, ולכל אחת הזכות להשפיע על הדין באמצעים העומדים לרשותה: חקיקה מחד ופרשנות מאידך.<sup>182</sup> בדיאלוג מתמשך זה, שלעתים יהיה מתוח ולעתים רגוע, יש כדי להעשיר את הדין באופן כללי, ואת דיני לשון הרע במיוחד.

---

181 ראו לעיל, פרק א.6 וכן הטקסט שליד הערות הושליים 163–169 לעיל.

182 להשקפה דומה באשר למצב בארצות הברית, ראו: Colton C. Campbell and John F. Stack, Jr., "Diverging Perspectives on Lawmaking: The Delicate Balance Between Congress and the Court", *Congress Confronts the Court – The Struggle for Legitimacy and Authority in Lawmaking* (Colton C. Campbell and John F. Stack, Jr. eds., 2001) 1