

## לשון הרע במבחן הבריות

שולמית אלמוג\* ואבינועם בן זאב\*\*

א. מברא. ב. גישות משפטיות להכרה בתביעות בדבר לשון הרע.  
ג. קשיי הגישה המכירה בתביעות לשון הרע בגין פגיעה בחוגו של  
התובע. ד. קבוצות מיעוט שהשקפותיהן חורגות מהמקובל בחברה.  
ה. עניין חביבי לעומת עניין שאהה וסיכום ההלכה. ו. על טבען של  
אמות-מידה סובייקטיביות ואמות-מידה אובייקטיביות. ז. עקרונות  
למבחן מאוזן. ח. סיכום.

### א. מברא

הארכיהגמון אג'מיאן שאהה, תושב יהודה ושומרון, הגיש תביעה בגין הוצאת לשון הרע נגד מי שפרסם עליו כי שיתף פעולה עם שלטונות ישראל, וכי הוא תומך במדיניותה ובפעולותיה. בית-המשפט דחה את התביעה ופסק כי הדברים שפורסמו לא יחשבו ללשון הרע.<sup>1</sup>

כעשר שנים לאחר מכן תבע הסופר הישראלי ערבי אמיל חביבי בגין לשון הרע את השבועון "אל סינארה", שפרסם כתבה המתארת אותו כמי שסייע למדינת ישראל בימיה הראשונים. בית-המשפט המחוזי בנצרת קיבל את התביעה,<sup>2</sup> וערעורם של המפרסמים נדחה, ברוב דעות, בבית-המשפט העליון.<sup>3</sup>

קיימים הבדלים אחדים בין עניין שאהה לעניין חביבי. הארכיהגמון אג'מיאן שאהה היה אורת ירדני ומילא תפקידים בכירים בעדה הארמנית, בעוד שהסופר אמיל חביבי,

\* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

\*\* מרצה במכללת אורנים.

1. ע"א שאהה נ' אג'מיאן, פ"ד לט (4) 734 (להלן, עניין שאהה).

2. ת"א (נצ) 388/88 חביבי נ' משעור ואח', פ"מ נא (3) 3 (להלן, פסק-הדין המחוזי בעניין חביבי).

3. ע"א 809/89 משעור ואח' נ' חביבי, פ"ד מז (1) 1 (להלן, עניין חביבי).

שגם הוא איש ציבור, הוא אורח ישראלי. הארכיגמון אג'מיאן טען כי הפרסומים, נשוא תביעתו, הפכו אותו מטרה לשנאה בקרב חלק מתושבי מדינות ערב ובקרב חלק מתושבי ארצות ערב, העוינות את ישראל. לעומת זאת, נראה כי חביבי נפגע בשל הפרסומים בעיקר בקרב הציבור הערבי ישראלי.<sup>4</sup> אולם נראה שהבדלים אלה ואחרים אינם מהותיים, וכי יש דמיון רב בין ה"אשמה" שיוחסה לחביבי לבין זו שיוחסה לארכיגמון אג'מיאן. אך כאמור על אף הדמיון התוצאה בשני המקרים היתה שונה.

כדי לעמוד על השוני בין שני המקרים ועל הסוגיות העקרוניות העולות מהם, נתייחס להלן בהרחבה לסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן, החוק או חוק איסור לשון הרע) המגביל את איסור לשון הרע לדבר שפרסומו עלול "להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצידם".

הגדרה זו מעוררת שאלות רבות באשר לזהותם של הבריות לצורך החוק, ובצידן דילמות של התנגשות בין ערכים. כך, לדוגמה, מהו הדין הרצוי כאשר מדובר בתביעה על הוצאת לשון הרע בעיני קבוצת מיעוט שערכי היסוד שלה נדחים על-ידי החברה בכללותה, כמו קבוצה המבקשת לגרום להרס המדינה או לשינוי משטרה? מה דין תביעה של עברייין כנגד מי שייחס לו שיתוף פעולה עם המשטרה או הלשנה על עבריינים אחרים, ובכך עשה אותו מטרה לשנאה בעיני חבריו העבריינים? האם כאשר אורח ישראלי מואשם בהשתייכות ל"מחתרת היהודית", ניתן להתחשב כשיקול להפחתת הפיצוי והנוק, בקביעה כי בסביבת מגוריו של אורח זה, ייחוס השתייכות למחתרת היהודית אינו עשוי לפגוע במוניטין שלו?<sup>5</sup> כיצד נתייחס לתביעה של יהודי ישראלי, המתלונן שיהודי ישראלי אחר מכנה אותו "ערבי"? האם חברה דמוקרטית יכולה לקבל טענה כי פרסום מוצאו הערבי של אדם מסוים יש בו כדי לפגוע בו?<sup>6</sup> האם נבדיל, לענייננו, בין קבוצה שעל ערכיה או מטרתיה חל איסור משפטי לבין קבוצה שערכיה או מטרתיה אינם אסורים, אך נשללים נורמטיבית על-ידי מרבית בני החברה האחרים? ומהו הדין במקרה של התנגשות בין שתי

4. בפסק-הדין המחוזי בעניין חביבי (לעיל, הערה 2, בעמ' 19) מצוין כי תפוצת עיתונם של הנתבעים באזורי יהודה, שומרון ועזה וחול'ל היא קטנה וחסרת משמעות.

5. שאלה זו עלתה לאחרונה בבית-המשפט העליון, בע"א 492/89 סלונים נ' דבר בע"מ ואח', פ"ד מו (3) 827. בית-המשפט העליון קבע כי בית-המשפט המחוזי, אשר ראה בקביעה המוזכרת שיקול לצורך הפחתת סכום הפיצויים – טעה. הסיבה לכך, כפי שקובע השופט מלץ, היא כי

"... לא היתה בפני השופטת המלומדת כל ראייה לכך שבעיני כלל מתישבי יהודה, שומרון ועזה חשד של השתייכות למחתרת היה נטול פגם. זאת ועוד, המשמעות של לשון הרע והנוק בעטייה השתרעו על-פני כל המדינה ולא רק על יהודה, שומרון ועזה, כפי שעולה מהראיות". (שם, 832)

6. שאלה כזו אכן התעוררה בבית-משפט השלום בחיפה, בפני השופט י' כהן (תיק או' 89/15962 עוקבי ואח' נ' זוהר ואח' ניתן ביום 15.12.1991; וטרם פורסם). באותו עניין נדחתה התביעה מטעמים עובדתיים, אולם השופט קבע כי לדעתו אל לו לבית-המשפט להיזקק לתביעת לשון הרע מעין זו מטעמים של מדיניות שיפוטית.

מערכות ערכים לגיטימיות בחברה המוקרטית פלורליסטית? כך, לדוגמה, מה הדין כאשר יהודי חילוני מפרסם על יהודי חרדי שהוא צופה בחשאי בטלוויזיה, האסורה בחברה החרדית?

בין אם נטען כי נושאי הדיון חורגים מהתחום המיוחד של סוגיית לשון הרע, וגולשים לתחומים של קביעת מדיניות משפטית כללית,<sup>7</sup> ובין אם נגרוס כי ניתן למצוא להם פתרון מספק בתחום דיני לשון הרע, דומה שיש בשאלות שהוצגו עניין רב, במיוחד בחברה פלורליסטית כשלנו, שניגודי הדעות והעמדות בין קבוצות שונות הכלולות בה הם לעתים קוטביים.

כפי שקבע לא אחת בית-המשפט העליון, המבחן להתקיימות התנאים הנדרשים לצורך יצירת לשון הרע הוא מבחן אובייקטיבי, שעל-פיו הקובע הוא לא תחושת הפגיעה האישית של התובע, אלא כיצד עשויה החברה כולה לקבל את הפרסום.<sup>8</sup> ברשימה זה נבדוק אם מבחן זה הוא אכן המבחן המתאים לצורך זיהויים של הבריות. לשם כך נסתייע בסוגיית משנה, שזכתה להתייחסות בפסיקת בית-המשפט העליון בעניין שאהה ובעניין חביבי: תביעות בגין הוצאת לשון הרע, שבהן ייחסו התובעים לגתבעים פעולות המהוות שיתוף פעולה עם מדינת ישראל או סיוע לה.

בהמשך הדברים נבדוק, אם המבחן הנוהג בבית-המשפט הוא אכן משולל יסודות שמקורם בתחושה האישית של התובע. בהקשר זה נצביע על כיווני מחשבה, שעל-פיהם יש לתחושה האישית השפעה על קיומם ועיצובם של קבוצות וחוגים חברתיים, ולפיכך (כפי שיוסבר בהרחבה) אין, לדעתנו, להתעלם לגמרי מן התחושה האישית שבואנו ללמוד מה נחשב לפגיעה בעיני הבריות. לצורך העניין טבענו שני מושגים: "מבחן הבריות" ו"מבחן התחושה האישית". שני מושגים אלה יובהרו ויידונו בהרחבה במאמר. באמצעות מבחן הבריות נבקש לבדוק כיצד ניתן לקבוע מיהם הבריות שבעיניהם פרסום כלשהו נחשב לפגיעה בהתאם לחוק. באמצעות מבחן התחושה האישית, נבקש להבהיר שהתחושה האישית של הנפגע כוללת אמות-מידה לקביעת זהותם של הבריות אשר בעל התחושה רואה עצמו נפגע בעיניהם.

מחמת הקשיים העולים מניתוח המבחן האובייקטיבי המקובל ויישומו בעניין חביבי ובעניין שאהה, נציע גישה שיפוטית המשלבת יסודות אובייקטיביים ויסודות סובייקטיביים. גישה זו דורשת לעשות איוון משתנה, בהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. איננו מציעים נוסחת זיהוי אחת של הבריות, אלא גישה רחבה של זיהוי, שעל-פיה יש להתחשב בכל מקרה ביסודות האובייקטיביים והסובייקטיביים המצויים בו.<sup>9</sup>

7. כפי שעולה מדעות השופטים דב לוין ואלון בעניין שאהה.

8. מכאן ואילך, כאשר נשתמש בביטוי "פגיעה" נראה בו מייצג של כל סוגי הפגיעה המוזכרים בתוק: השפלה בעיני הבריות, ועשיית אדם מטרה לשנאה, לבוז וללעג בעיניהם.

9. עניינן של רשימה זו והגישה המוצעת בה הוא ביסוד העובדתי של "לשון-הרע". יסוד זה מתייחס להשפעת הפרסום על הנפגע. עם זאת, יש לזכור כי היקף ההגנה על השם הטוב תלוי במידה רבה גם ביסוד הנפשי של המפרסם. כך, למשל, גם אם כ"לשון הרע" יוגדר כל פרסום שהתובע - מבחינתו האישית - רואה עצמו נפגע ממנו, הרי שעל המפרסם

### ב. גישות משפטיות אפשריות להכרה בתביעות בדבר לשון הרע

ההלכה המקובלת בפסיקה הישראלית כי יש להחיל בתביעות בדבר לשון הרע מבחן אובייקטיבי, שעל-פיו המבחן להוצאת לשון הרע אינו "על-פי רגישותו האישית של התובע הרואה עצמו נפגע, אלא על-פי השקפתם של כלל החברה של בני אדם ישרי המחשבה"<sup>10</sup>. בהתאם להלכה זו, אין די בכך שאדם סבור שדברים שפורסמו בעניינו משפילים אותו או פוגעים בו. השופט ח' כהן מנסח זאת כך:

לא תחושת האדם הנעלב היא אמת-המידה, אלא הסבירות האובייקטיבית שהעלבון יביא לידי אחת התוצאות או ההשלכות כפי שפורסו בחוק. "סבירות אובייקטיבית" זו אינה שאלה שבעובדה, לאמור האם אמנם קרתה אותה תוצאה או האם טעונה היא הוכחה, אלא היא שאלה שבדין, לאמור האם לפי הפירוש שהשופט נתן לדברים שנאמרו או נכתבו, עלולים היו לגרום לאותן תוצאות.<sup>11</sup>

ואכן, אין צורך להביא ראיות בדבר המשמעות שקורא מסוים או סוג קוראים זה או אחר ייחס לפרסום, שלגביו נטען כי יש בו משום לשון הרע. בית-המשפט יבחן את הפרסום בעיניו של קורא סביר, ויקבע אם הדברים מהווים לשון הרע.<sup>12</sup> אולם יישומו של המבחן האובייקטיבי אינו תמיד קל ופשוט. כאשר באים לבחון אם פרסום מסוים מהווה לשון הרע, תיתכנה שתי גישות יסודי: 1. המבחן לקיום לשון הרע הוא התשקפות הרווחות בחברה כולה, ופירושו של דבר שאין להתחשב בדעותיהם או ברגישויותיהם של מגזרים מסוימים באוכלוסייה, גם אם התובע משתייך אליהם; 2. המבחן לקיום לשון הרע הוא התוג שבו מתנהלים חייו של התובע, ופירושו של דבר שיש להתחשב בפגיעה בשמו הטוב של אדם בעיני מגזר מסוים באוכלוסייה שאליו משתייך התובע. גרון בכל גישה על סמך קביעות בית-המשפט בעניין שאהה ובעניין חביבי. כאמור, בעניין שאהה נטען כי הארכיגמון אג'מיאן שאהה, תושב יהודה ושומרון, שיתף פעולה עם שלטונות ישראל והוא תומך במדיניותה ובפעולותיה. שאהה טען כי פרסומים אלה היו עלולים לעשותו מטרה לשנאה, לבוז וללעג מצד חלק מהתושבים

תוסל אחריות פלילית רק אם הפרסום היה מתוך "כוונה לפגוע" (סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע) או, למצער, שהמפרסם היה יכול וצריך לדעת על אפשרות הפגיעה (בדיני הנויקין). (לעניין ההבדל בין אחריות פלילית לאחריות אזרחית בגין הוצאת לשון הרע, ראו ע"פ 677/83 בדרכוב נ' ישת, פד"י לט (3) 205.)

10. ע"א 534/65 דיאב נ' ריאב, פ"ד כ (2) 269, 274.

11. חיים ה' כהן, "לא תלך רכיל בעמך – מקצת רכילות ולשון הרע מהלכה ואגדה", רכילות, אהרון בן זאב ואבינועם בן זאב – עורכים, (1993) 96.

12. ראו ע"א 334/89 מיכאלי ואח' נ' אלמוג, פ"ד מו (5) 555, 562.

ביהודה ושומרון ובמדינות ערב. בית-המשפט דחה את הטענה ופסק כי הדברים שפורסמו לא ייחשבו ללשון הרע, אולם נימוקי שלושת השופטים שישבו בדיון – המשנה לנשיא בן-פורת, השופט (כתוארו אז) אלון והשופט דב לוין – היו שונים. נבחן את דעות השופטים לאור שתי גישות היסוד שהוזכרו.

הגישה הראשונה, שעל-פיה המבחן לקיום לשון הרע הוא השקפות הרווחות בחברה כולה, נדרשת לאמת-מידה אובייקטיבית הבאה לידי ביטוי במונח "אדם סביר". כידוע הסבירות היא יציר הדין, שהוקם "... כדי למדוד את ההתנהגות הנדרשת מן הבריות".<sup>13</sup> דומה כי בגישה זו דוגל השופט דב לוין בעניין שאהה, בהזכירו "אדם סביר ובר-דעת",<sup>14</sup> אשר בו יש להתחשב כשבאים לקבוע אם פרסום דבר שיתוף פעולה עם הממשלה השלטת בתחום המושב שלו הוא פרסום הממיט על אדם שנאה, השפלה וביזוי. לדעתו של השופט לוין, אדם המשתף פעולה עם מדיניות הבאה להשליט את שלטון החוק,

ייחשב בעיני אדם סביר ובר-דעת כמי שראוי לשבח ולעידוד. העובדה כי בקרב מיעוט זה או אחר מקרב אויבי ישראל שיתוף הפעולה האמור הוא בווי ועל-כן מעורר שנאה, לא היא שתהווה את אמת-המידה, שלפיו ייבחן הפרסום מבחינת מהותו ומשמעותו.<sup>15</sup>

מטעם זה, בין השאר, החליט השופט לוין כי על-פי מבחן אובייקטיבי אין לראות בפרסומים הנדונים בעניין שאהה לשון הרע.<sup>16</sup> לא ניכנס לפירוט הקשיים הכלליים, המתעוררים לעתים עקב שימוש משפטי בדגם של אדם סביר,<sup>17</sup> ונסתפק בהערה כי אימוץ דגם האדם הסביר לענייננו, עלול להוביל לתוצאה

13. ע"פ 478/72 פנקס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 617, 622.

14. עניין שאהה (לעיל, הערה 1) 747.

15. שם.

16. עוד סבר השופט דב לוין כי יש עניינים, ובהם הפרסום שייחס לארכיגמון אגימאן שיתוף פעולה עם ממשלת ישראל, שאינם ראויים להתייחסותו של בית-המשפט ושאת הדיון בהם יש לדחות על הסף, מסיבות של מדיניות שיפוטית ערכית, ודי בטעם זה כשהוא לעצמו כדי לדחות את הערעור (לעיל, הערה 1) 739.

17. נציין אולם כי הלכה דומה באשר לשימוש בדגם של אדם סביר, המתעלמת מהבדלי עדות ומנטליות, נוהגת בעניין המבחן לקיום קינטור במשפט הפלילי. לדוגמה, ע"פ 139/86 עאזם נ' מדינת ישראל, פ"ד מא (1) 347, שם נאמר (בעמ' 349): "המבחן האובייקטיבי אינו מאפשר לסווג את הקינטור על-פי מגזרים מסוימים של האוכלוסיה או על-פי רגישות למינהגי עדות, כגון פגיעה בכבודה של אשה". לסקירת ההלכות הדנות בדמותו של האדם הסביר כאדם אחד לעניין הקינטור ראו י' שטר, "האדם הסביר והמשפט הפלילי, הפרקליט לט (תש"ן) 78, 81-89. הביקורת שמשמיע שטר על ההלכה בעניין הקינטור, יפה בעיקרה, לדעתנו, גם לענייננו.

מלאכותית ולא צודקת. לדוגמה, אם אדם חרדי החי בסביבה חרדית תובע את מי שפרסם עליו כי הוא מחלל שבת, נראה כי לא יהיה זה צודק או נכון להשתמש בדגם של ישראלי חילוני סביר לצורך בחינת השאלה אם האדם החרדי נפגע בעיני הבריות.

גישת היסוד השנייה מבקשת לעצמה אמת-מידה אובייקטיבית בחוג חברתי מסוים או בחברה המצומצמת, שבהם מתנהלים חייו של האדם שעליו פורסמו הדברים, דהיינו - גישה המכירה בפגיעה בשמו הטוב של אדם בעיני קבוצה מן האוכלוסייה. זוהי גישה המקובלת על המשנה לנשיא מרים בן-פורת בעניין שאהה. לדעתה, גועד חוק איסור לשון הרע, בראש ובראשונה, לאפשר לאדם להגן על שמו בקרב החברה שבה הוא חי ופועל, ועל המערכת המשפטית לספק לו כלים לשם כך.<sup>18</sup> עם זאת, סבורה המשנה לנשיא שגישתה עלולה לערער את היסוד האובייקטיבי של מבחנה. לדעתה, גישה זו עלולה לדרוש מביית-המשפט להתאים מעת לעת וממקרה למקרה את אמת-המידה המשפטית ואת הקריטריונים המנחים, ועקב כך קיים חשש, שההתאמה המתמדת תמנע גיבוש גישה קבועה ואחידה, וכך ייפגם יסוד הוודאות שהוא מרכיב חיוני בכל מערכת משפט. המשנה לנשיא סברה כי המקרה שלפניה אינו מצריך הכרעה ישירה או קביעת מסמרות בסוגיה הנדונה. היא מבססת את הכרעתה על טעם שניתן לשייכו גם כן לתחום המדיניות השיפוטית: ירדן היא מדינה עויינת לישראל, ואין לצפות, לדעתה של המשנה לנשיא, שהמערכת השיפוטית בישראל תכיר כלשון הרע בפרסום (ולו גם כוזב) שתושב מתושביה פועל נגד האינטרסים של מדינה עויינת.<sup>19</sup> כאמור, המשנה לנשיא אינה מציעה מענה לשאלות שהיא מזכירה. מענה לשאלות אלה עשוי להימצא, לדעתנו, בגישה השיפוטית הרחבה שאנו מציעים, ועל כך נרחיב בהמשך.

גישתו של השופט אלון דומה לגישתה של המשנה לנשיא. גם לדעתו המבחן ללשון הרע הוא:

אם יש בה כרי לפגוע באדם בקרב החוג שעמו הוא נמנה, לפי המקובל והנהוג באותו חוג; והלשון רעה היא, אף אם החוג מצומצם הוא במספר חבריו, ואף אם אין בדברים משום פגיעה כל שהיא בעיני רובו של הציבור; ולא זו בלבד, אלא כך הוא, גם אם המקובל באותו חוג מצומצם נראה מוזר ותמהוני בעיני האדם הרגיל וה"חושב נכונה".<sup>20</sup>

עם זאת, קובע השופט אלון, כי תפיסות יסוד של שלטון וסדר והצורך לשמור על

18. עניין שאהה (לעיל, הערה 1) 748-749.

19. שם, 749.

20. עניין שאהה (לעיל, הערה 1) 750. כדוגמה מביא השופט אלון חוג חברתי קטן, שבו נחשבת הצפייה בטלוויזיה לחסא. אחד מתברי החוג מפרסם כי חבר אחר צופה בטלוויזיה. אם הפרסום כוזב, קובע השופט אלון, יא בו משום לשון הרע בהתחשב בנורמה החברתית של אותו חוג (שם).

ביטחונה של ישראל דוחים את זכותו של הארכיגמון אגימאין לשם טוב, ומונעים מבית- המשפט להכיר בתביעתו.<sup>21</sup>

לסיכום, נראה כי ההלכה העולה מדעת הרוב בעניין שאהה נוקסת גישה הסוברת שבחינת קיום לשון הרע צריכה להיעשות בהתאם לחוג או למגזר, שבהם מתנהלים חיי התובע, אף אם הוא משתייך לקבוצת מיעוט.

לדעתנו, גישה זו רצויה וצודקת. אדם חי את חייו, בראש ובראשונה, במעגל או בחוג חברתי שגבולותיו מצומצמים למדי, ושעם חבריו הוא בא במגע שוטף ורצוף. אם גשול את ההגנה על שמו הטוב של אדם בקרב מעגל או חוג מצומצם זה, תסוכל מטרותו הראשונית של חוק איסור לשון הרע. ההגנה על שם טוב בעיני חוג חברתי שאדם משתייך אליו, חשובה במיוחד בחברה דמוקרטית, הכוללת עדות, קבוצות ומגזרים רבים, השונים אלו מאלו בתפיסות העולם המקובלות על חבריהם, באורחות-החיים, בדת ובאמונה ובמאפיינים אחרים. משטר דמוקרטי מחויב, מעצם הגדרתו, להכיר בלגיטימיות של קיומם ולהגן על מגזרי אוכלוסייה כאלה; על עיקרון יסודי זה להשתקף, בין השאר, בנכונות לתת הגנה מפני פגיעה בשם טוב גם לתובע ששמו נפגע רק בקרב החוג המצומצם שבו הוא חי, ולא בקרב הציבור כולו או בעיני נציג אופייני של הציבור. אולם דעתנו החיובית על גישה זו נקלעת לקשיים לא מבוטלים בבואנו לדון בטיבו, בסוגו ובגודלו של החוג החברתי שיש להכירו לצורך החוק. בקשיים אלה נדון להלן.

### ג. קשיי הגישה המכירה בתביעות לשון הרע בגין פגיעה בחוגו של התובע

בעניין שאהה מצביעה המשנה לנשיא על מקצת הקשיים המתעוררים עקב הכרה בתביעות בגין הוצאת לשון הרע בעיני קבוצת מיעוט. לדעתה, בשל קשיים אלה, מן הראוי שהנכונות להכיר בתביעות מסוג זה תהיה מוגבלת בהיקפה ותיעשה במשורה.<sup>22</sup>

21. ראו לעיל, הערה 1, 747-748.

22. שם. כאמור, המשנה לנשיא מתייחסת, בהקשר זה, ל"קבוצות מיעוט", אולם דומה שמינות זה עלול להטעות. נראה שהתלוקה בין רוב למיעוט תלויה בקיומו של נושא או עניין, שהוא רלוונטי גם לקבוצת הרוב וגם לקבוצת המיעוט, בעוד שבהקשר שלנו ייתכנו עניינים שיש להם רלוונטיות לגבי קבוצה אחת, ושאינן להם רלוונטיות לגבי קבוצה אחרת, העשויה (אך לא חייבת) להיות הרוב. לדוגמה, נהגי המשאיות שבעיניהם נפגע בעל תחנת הדלק עקב הפרסום על "הלשנה" (להלן, הערה 25 והסקסט הצמוד אליה) אינם "קבוצת מיעוט", אלא פלח אוכלוסייה מסוים שיש לו חשיבות מיוחדת בעיניו של בעל תחנת הדלק. נראה לנו, על כן, כי דבריה של המשנה לנשיא יפים גם לגבי המקרים, שבהם אין מדובר בקבוצות מיעוט דווקא, אלא גם לגבי מקרים שבהם מדובר בפלחים או בחלקים מסוימים של החברה.

על אחד הקשיים שהיא מציינת – שלילת יסוד הוודאות – כבר עמדנו בסעיף הקודם. קשיים אפשריים אחרים שהמשנה לנשיא מזכירה הם: חשש מפני הצפת בית-המשפט בתביעות המתייחסות לקבוצות מיעוט; פגימה ביסוד הוודאות, בשל אמות-המידה השונות ללשון הרע בעיני כל קבוצה; הקושי בהגדרת קבוצת מיעוט; וקושי מיוחד המתעורר לגבי קבוצת מיעוט שערכיה נדחים על-ידי החברה בכללותה.<sup>23</sup>

לצורך הדיון שלנו נמקד קשיים אלה ואחרים בשלוש שאלות: 1. האם יש להכיר לצורך החוק רק בחוגים שערכיהם מתיישבים עם הערכים של כלל החברה? (אם התשובה לכך היא חיובית, הרי שבפועל אנחנו חוזרים במידה רבה אל המבחן האובייקטיבי של השופט דב לוין בעניין שאהה); 2. האם יש להגביל את החוגים המוכרים לפי רמת ההומוגניות שלהם? 3. האם יש לגודל החוג המוכר משמעות כלשהי לצורך החוק? באשר לשתי השאלות האחרונות אנו מסתכנים באי הכרתו במספר רב מאוד של חוגים חברתיים או אחרים. בשתי שאלות אלה נדון כאן, ובשאלה הראשונה (אליה מתייחסים עניין שאהה ועניין חביבי) נדון בהמשך (בסעיף ד).

**מבחן ההומוגניות.** באשר לרמת ההומוגניות הפנימית, נטען כך: ניקח לדוגמה עדה המצויה בתהליך מתמיד של השתנות (למשל, ויתור על מסורת אבות ואימוץ אורחות-חיים מערביים) ולכן כוללת אנשים בעלי דעות ומנהגים שונים אף שמנהיגי העדה, שכולם מכבדים אותם, אוחזים עדיין במנהגים המסורתיים. האם עדה זו ניתנת לאפיון לצורך תביעה בגין לשון הרע?

האם קבלת התביעה היא הכרה בכך שיש לעדה זו או אחרת מאפיינים הומוגניים ברורים? מה מאפיין את העדה – מנהגים מסורתיים שגיבשו במשך שנים רבות או מנהגים זרים לה, המקובלים עכשיו בצורה זו או אחרת על חלק הארי של חבריה? זאת ועוד. ניקח לדוגמה, חוג חברים הנפגשים מדי ליל שבת. החוג כולל חברים בעלי דעות ומנהגים שונים, לפעמים בדרגת שוני קיצונית ביותר. חוג זה מתאפיין בבסיס רחב מאוד של חוסר הומוגניות מובהק ובבסיס משותף צר ביותר – הרצון להיפגש מדי שבוע – אך איתן ועמיד במשך שנים רבות. האם אדם זכאי להרגיש עצמו פגוע בעיני חוג כזה? האם לצורך זכאותו זו הוא ראוי לתבוע אך ורק על פרסום דברים, המתייחסים לבסיס המשותף הצר (למשל, שאיחוריו הרבים לפגישות החוג הם למעשה הבעת דעה שלילית וסמויה על החוג עצמו)? שאלות אלו מובילות למחשבה שייתכן שאין נמצא חוגים חברתיים שניתן בנקל, אם בכלל, להגדיר את כללי הכבוד שלהם, שעל-פיהם יש להתייחס לתביעה בגין לשון הרע, וזאת על אף העובדה שאדם חש עצמו פגוע דווקא בחוג חברתי מסוים ולא בחוג אחר.

23. ראו לעיל, הערה 1, 752-753. דומה כי השנים שחלפו מאז ניתן פסק-הדין בעניין שאהה הוכיחו כי חששות אלה לא התממשו. למרות דעת הרוב, שעל-פיה ניתן להכיר, במקרים מסוימים, בתביעות בגין הוצאת לשון הרע בעיני קבוצת מיעוט, לא הוצפו בתי-המשפט בתביעות המתייחסות לקבוצות מיעוט, ועל כן לא נתעוררו גם הקשיים האחרים שמזכירה המשנה לנשיא.



כיוון שכך, ייתכן שאין ברירה אלא לקבוע את הזכות להרגיש פגוע לפי קריטריונים אישיים ולא דווקא לפי קריטריונים קבוצתיים. לפי קריטריונים אישיים יהיו חברים בעדה ההולכת ומשתנה או בחוג החברתי הנפגש מדי ליל שבת, שפרסום מסוים יגרום להם תחושה אישית של פגיעה בעיני אנשי העדה או החוג, ויהיו חברים שאותו פרסום לא יגרום להם פגיעה. פירושו של דבר, שאמת-המידה היא לא רק העדה או החוג, אם בכלל, אלא גם ואולי רק התחושה האישית. ככל שהגוף הוא פחות הומוגני, נקודת הכובד של אמת-המידה נוטה יותר אל התחושה האישית ופחות אל הבריות.

שאלת ההומוגניות של החוג החברתי מקבלת משנה תוקף עקב אופיים של הקשרים החברתיים שנוצרים באורח-החיים המודרני. בני אדם נפגשים עם יותר ויותר אנשים מחוגים חברתיים שונים, ויוצרים יותר ויותר חוגים חברתיים המצטלבים עם חוגים חברתיים אחרים. החוגים המוצלבים מתאפיינים בדרגות שונות של הומוגניות (בדומה לעדה ההולכת ומשתנה עם הזמן) ובמספרם ההולך ומתרבה ביחס לכל אדם ואדם. מכאן, שאדם אחד שייך לכמה מעגלים חברתיים כאלה. הדבר לא רק מקשה עלינו לגלות מהו חוגו החברתי של האדם, אלא גם מקשה עלינו להתעלם מן התחושה האישית של האדם הרואה עצמו נפגע, ולראותה כבעלת חשיבות לצורך קביעת מעגל הבריות שבעיניהם הוא מרגיש עצמו מושפל. בעניין זה של התחושה האישית כאמת-מידה של הבריות נדון בהמשך.

**מבחן הגודל.** בדיון על גודלו של החוג המוכר לצורך החוק, נתייחס לחוגים החברתיים הבאים: חוג אינטימי של חברים, חוג משפחתי וחוג של שני בני אדם. האם שלושת החוגים הללו הם חוגים סבירים לצורך חוק לשון הרע? לעתים פרסום דיבה על אדם בפני חוג קטן של חבריו, בפני בני משפחתו או בפני אדם אחד בלבד, עלול לגרום לתחושת פגיעה גדולה פי כמה מפרסום אותם דברים בפני העדה או הקבוצה החברתית שאליה הוא מוסיף.<sup>24</sup> פירושו של דבר, שאם עוצמת הפגיעה היא הקובעת, סביר להניח שהפגיעה הגדולה ביותר היא דווקא בחוג הקטן והאינטימי יותר. אולם נראה שהכרה בחוגים חברתיים כה קטנים, שהיא מהותית, לדעתנו, לשיטתם של המשנה לנשיא ושל השופט אלון בעניין שאהה, מקהה במידה משמעותית את היסוד האובייקטיבי של הגישה השנייה, כפי שאמנם חישת המשנה לנשיא באותו עניין.

החוגים הקטנים, ולו גם חוג של שני בני אדם בלבד שבו ה"בריות" הם לא יותר מאשר אדם אחד, מתבססים למעשה על יסוד סובייקטיבי של מבחן הבריות, האמור להיות מבחן אובייקטיבי. היסוד הסובייקטיבי הזה מוצא את מקומו במבחן זה הן משום שאדם אחד מגלם עבור האדם הנפגע את הבריות, והן משום שלעתים קרובות זהותו של אותו אדם יחיד נקבעת על-פי התחושה האישית בלבד של האדם הרואה עצמו נפגע. נסביר זאת כך: האם

24. כך לדוגמה, בהתייחסו לפרסום שמותיהם של נאנסיס, קבע בית-המשפט העליון האמריקני כי אדם המפיץ בזדון מידע בעל-פה על זהותו של נאנסיס באוזני מכריו, עלול לגרום לתוצאות הרסניות באותה מידה שתגרום חשיפת שם הנאנסיס בפני מספר גדול של זרים, צרכני תקשורת המונים. *The Florida Star v. B.G/F.*, 109 S. Ct. 2603, 2609 (1989)

אנחנו יודעים תמיד להגדיר על נקלה מה מעורר כבוד ומה משפיל בעיני הוולת? והרי לעתים קרובות אנחנו מסתירים דברים מזולתנו לא בשל הוודאות שהזולת ימצא בדברים החשאיים שלנו ראיות שיש לבזו לנו, אלא מתוך חשש בלבד שמא הוא יבזו לנו. כלומר, נקודת המוצא שלנו בחששות מעין אלה אינה בהכרח מושגי כבוד ודאיים של הזולת אלא גם, ואולי רק, מושגי הכבוד הפרטיים והסובייקטיביים שלנו. כך, כמו בהקשר של ההומוגניות הקבוצתית, חוזר ועולה הצורך במבחן התחושה האישית.

#### ד. קבוצות מיעוט שהשקפותיהן חורגות מהמקובל בחברה

נדון עתה בשאלה: האם יש להכיר לצורך החוק רק בחוגים שערכיהם מתיישבים עם הערכים של כלל החברה? בעניין זה תיתכנה שתי אפשרויות:

1. בית-המשפט מכיר במערכת עובדתית מסוימת, המהווה עילה בגין לשון הרע בשל פגיעה בעיני קבוצת מיעוט זו או אחרת, אך אינו רואה בכך מתן הכשר או עידוד לאידאולוגיה של אותה קבוצת מיעוט. במקרה כזה בית-המשפט יכול, אם ברצונו לעשות כך, להכיר בתביעה בגין לשון הרע, ובתוך כדי כך להביע בפסק-דינו גינוי או שלילה של האידאולוגיה הנראית בעיניו פסולה.

2. בית-המשפט אינו מאפשר להישען על חוק לשון הרע במצבים, שבהם דעתם של בני החוג המסוים באשר לטיבם של דברים שפורסמו, אינה מתיישבת עם הדעה המקובלת או אף מנוגדת לדין.

האפשרות הראשונה יכולה להתיישב, בנסיבות מסוימות, עם גישתם של המשנה לנשיא בן פורת ושל השופט אלון בעניין שאהה, ויש בה לדעתנו חיוק נוסף לסענה בדבר הצורך ביסודות סובייקטיביים במבחן הבריות של חוק לשון הרע. בהקשר לדין זה מזכיר השופט אלון מקרה שאירע בארצות-הברית (שאותו הביאה אף המשנה לנשיא בן פורת): בעל תחנת דלק הגיש תביעה בגין פרסום כוזב, שעל-פיו הוא מוסר לגוף ציבורי מסוים מידע על עבירות שעברו נהגי משאיות. בפרסום היה כדי להפוך את בעל תחנת הדלק למטרה לשנאה בקרב נהגי המשאיות לקוחותיו, ולגרום לפגיעה במשלח-ידו. למרות זאת לא נענה בית-המשפט לתביעתו של בעל תחנת הדלק נגד מפרסם הדיבה, משום שקבע שמדיניות משפטית רצויה מחייבת שבית-המשפט לא יסייע להשקפה הנוגדת שמירה על עקרונות חוק ומשפט באמצעות קביעה, שהדברים שפורסמו הם בבחינת לשון הרע. הדברים שיוחסו לבעל תחנת הדלק אינם אלא גילוי מעשי עבירה, שיש בהם משום מילוי חובה ציבורית וחוקית, ואין לגנותו.<sup>25</sup> השופט אלון מזכיר (וכך גם המשנה לנשיא בן-פורת) את הביקורת שנמתחה על פסק-הדין, הטוענת כי פרסום מעין זה, העלול אף להיעשות בזדון, יש בכוחו להביא לתוצאות הרות אסון. לעומת זאת, הכרה בפרסום הכוזב כבלשון הרע אין פירושה מתן הכרה של בית-המשפט לתפיסה עולמית עבריינית, אלא רק הכרה בעובדה שהיה בפרסום הכוזב כדי לפגוע בבעל תחנת הדלק על-פי

<sup>25</sup> Connelly v. McKay 28 N.Y. Supp. 2d 327; 176 Misc. (1941) 685.

התפיסה המקובלת בחוג, שבקרבנו הוא מוצא את פרנסתו. על כן, אל לו לבית-המשפט להימנע מדיון והכרעה בעניין. השאלה, ממשיך השופט אלון, חורגת מהתחום המיוחד של לשון הרע, והיא שאלה של מדיניות משפטית ראויה. לצורך פתרונו יש, לדעתו, מקום להידרש לסוגיית החוזה הלא-חוקי: עקרון היסוד בסוגיית החוזה הלא-חוקי הוא כי על בית-המשפט לעשות צדק בין בעלי הדין אף עם "ילכלך ידיו" עקב כך.<sup>26</sup> עשיית צדק בין בעלי הדין היא עניין של שיקול דעת, התלוי בנסיבות כל מקרה ומקרה. נקודת המוצא, לדעת השופט אלון, היא אמנם שמירה ככל האפשר על הזכות שלא להיפגע מלשון הרע, אך עם זאת, בנסיבות מסוימות:

יש שיגבר הצורך שלא לתת יד להשקפות ומעשים החותרים תחת שלטון החוק ומשטר המדינה על האינטרס של שמירת זכותו של אדם שלא להיות לשנאה בעיני בני חוגו ולהיות צפוי לפגיעה במשלח ידו. הכול לפי חומרת המעשים, לפי נסיבותיו המיוחדות של העניין המסוים, לפי התנהגות בעלי הדין ולפי המתחייב בעשיית הצדק והישר.<sup>27</sup>

לעומת זאת, המקרה הנדון בעניין שאהה הוא לדעת השופט אלון אחד מאותם מקרים, שבהם הרצון להגן על ערכים ראויים גובר על זכותו של המערער לשם טוב. השופט אלון מסכים כי בקרב חוגו של המערער קיימת דעה (שהוא מכנה "מסולפת"),<sup>28</sup> שעל-פיה שיתוף פעולה עם ישראל יש בו "משום טעם של פגם וריח של מלשינות".<sup>29</sup> אך דעה זו נוגדת במידה חמורה תפיסות יסוד של שלטון וסדר, וקשה לישיבה עם השמירה על ביטחונה של ישראל ועם היות ישראל מדינת חוק, ועל כן אין המערער זכאי להגנה על זכותו שלא להיפגע בפני בני חבורתו.

לדעתה של המשנה לנשיא בן-פורת, ההכרה בתביעות בגין ערכים המנוגדים לערכים של החברה הכוללת אכן אפשרית, אך הגנה זו צריכה להיות מוגבלת. כך למשל, היא מוכנה לשקול, בנסיבות יוצאות דופן, הכרה כבלשון הרע בפרסום כוזב המייחס לתושב ישראל, בעל אזרחות כפולה (ישראלית וזרה), שיתוף פעולה עם שלטונות ישראל תוך פגיעה באינטרסים של המדינה הזרה שהוא אזרח. עם זאת, תנאי בל יעבור הוא שהמדינה הזרה תהיה ידידותית לישראל, לרוגמה – ארצות-הברית. בעניין שאהה, למרות אזכור מצבו המיוחד של המערער – היותו איש דת שמחויבותו הראשונית היא לעמו ולקהילתו – אין לצפות, לדעתה של המשנה לנשיא, כי בית-משפט ישראלי יכיר בעילת תביעתו המבוססת על טענה ששיתף פעולה עם מדינת ישראל.

26. ראו לעיל, הערה 1, 752-753.

27. שם, 754.

28. שם.

29. שם.

ניתן לסכם זאת כך: ההלכה העולה מדעת הרוב בעניין שאהה היא, כי בחינת קיום לשון הרע צריכה להיעשות בהתאם לחוג או למגזר שבהם מתנהלים חיי התובע, אף אם הוא משתייך לקבוצת מיעוט או לחוג מצומצם. עם זאת, ייבחר כל מקרה על-פי נסיבותיו. מבחינת נסיבותיו של עניין שאהה עולה כי פרסום כוזב, שעניינו השקפות החורגות מן המקובל (במקרה הנוכחי – שיתוף פעולה עם ישראל), לא יקיים עילה של לשון הרע. תוצאה זהה עולה גם משיטתו של השופט ר' לוי, השונה משיטת הרוב, כפי שפורט לעיל.

מה ניתן ללמוד מכך לעניינו של המבחן הסובייקטיבי? אין ספק שהגבלת חוק לשון הרע לערכים מקובלים בלבד, מצמצמת את המבחן הסובייקטיבי עד כדי ביטולו. במקרה כזה תוכרנה רק תביעות, המתבססות על ערכים שזכו להסכמה ציבורית רחבה שקל לעמוד עליה. ובמקרה כזה קל גם לזהות את הבריות לצורך מבחן הבריות של חוק לשון הרע. הבריות הם כלל בני האדם בחברה, וזיהויים קל משום שעל-פי המקובל על כולנו הכול מחויבים לציית לחוק, והכול אחוזים בערכים מסוימים (כמו "צדק" ו"נאמנות"), גם אם אין הכול מצליחים ליישםם בחיי היום-יום.

אולם ניתן למצוא אחיות מה למבחן הסובייקטיבי גם בעניין זה. לשם כך, עלינו להבחין בין שני סוגים של ערכים חריגים: ערכים הסותרים ערכי יסוד וערכים שאינם סותרים ערכי יסוד. ערכי יסוד מצווים על כלל בני האדם או על כלל אורחי המדינה, ואין זה מן הראוי שאדם ירגיש פגוע בגין מעשים שהוא עושה או בגין מעשים שמיוחסים לו בתוקף ערכים אלה. לעומת זאת חברה דמוקרטית, הדוגלת בערך של סובלנות, נותנת הכשר גם לדעות חריגות, לרבות דעות חריגות של אדם אחד בלבד. לפיכך נראה, שמבחן אובייקטיבי לקיומה של פגיעה יכול להתקיים רק לגבי השקפות לא מקובלות לגבי ערכי היסוד.

אולם גם ודאות זו אינה מובנת מאליה. ניתן להצביע על לפחות שני מצבים, שבהם יש להעניק מעמד לגיטימי ליסוד הסובייקטיבי בהקשר של ערכי יסוד: 1. כפי שכבר אמרנו, תיתכנה גישות נורמטיביות שונות כלפי יישומו של אותו ערך (לדוגמה, ערך של נאמנות ללאום יכול להוביל למעשי טרור מצד אחד, ומצד אחר לגינוי חריף מן הטעם, למשל, שהטרור מאיים על האיכות והשלמות הלאומית של החברה שהטרוריסטים משתייכים אליה. בדוגמה זו, אלה ואלה מסוגלים לראות באנשי הצד האחר בוגדים); 2. ייתכנו מקרים, שבהם מתקיימת התנגשות בין יישומו הספציפי של ערך יסוד אחד לבין יישומו הספציפי של ערך יסוד אחר. בשני המצבים הללו, ראוי, לדעתנו, להידרש לתחושת האישית של התובע, וזאת להבדיל ממקרים אחרים של התנגשות בין ערכים העומדים לשיפוטו של בית-המשפט. בתביעה בגין לשון הרע, כולל בזו שעניינה ערכי היסוד, בית-המשפט, לגישתנו, אינו נדרש להכריע לאיזה ערך יסוד יש לתת את הבכורה במקרה מסוים נדון, אלא להכריע אם מתקיימים במקרה הזה תנאים ההופכים פרסום לפוגע, ובתוך כך לתת לתובע עצמו להכריע בהתאם לתחושתו האישית על-פי איזה ערך הוא חש עצמו פגוע. כך למשל, מה הדין כאשר אדם חש השפלה בגין פרסום שיש בו כדי לערער על נאמנותו ללאום שלו, אף שנאמנות זו אינה מתיישבת עם תפיסות יסוד של שלטון וסדר במדינה שהוא חי בה? במקרה כזה אם בית-המשפט נדרש להכריע, אם להעדיף את

ערך הנאמנות הלאומית או את ערך השלטון והסדר, אלא עליו לפסוק תחילה אם שני הערכים הללו הם ערכים מקובלים על בית-המשפט, ואם כן (לאחר שקבע כבר את דעתו החיובית על הלגיטימיות של שני הערכים, כשכל אחד מהם עומד בפני עצמו) עליו לפסוק אם מתקיימת פגיעה בתובע, כפי שהתובע מציג אותה. רק אם בית-המשפט ימצא את הערך בגינו הועלתה התביעה כלא לגיטימית, וזאת ללא קשר למצב ההתנגשות בין הערכים המובא בפניו, ניתן, לדעתנו, לנהוג על-פי שיטתם של השופטים בעניין שאהה ולפסול את התביעה בלי להידרש לתחושתו האישית של התובע. כדי להרחיב ולהבהיר בעניין זה, נעבור לדון מעט בהרחבה בתביעה של הסופר אמיל חביבי.

### ה. עניין חביבי לעומת עניין שאהה וסיכום ההלכה

כאמור, השבועון הערבי "אל-טיגארה" פרסם כתבה על הסופר אמיל חביבי. חביבי הגיש תביעה כנגד המפרסמים, וסען בה כי קטעים אחדים מתוך הכתבה הם משום לשון הרע. בית-המשפט המחוזי בנצרת קיבל את התביעה, ובית-המשפט העליון דחה את ערעורם של המפרסמים.

אף שהתביעה שהגיש חביבי התייחסה לקטעים מספר בכתבה, חלקים נכבדים הן בפסק-הדין המחוזי והן בפסק-דינו של בית-המשפט העליון נסובים סביב אחר מקטעים אלה (להלן – קטע א), שזו לשונו:

בשנת 1948 נסע אמיל חביבי, בחברת מיקוניס, לצ'כוסלובקיה במשימה לאומית מרגשת, להבאת נשק עבור מדינת ישראל הצעירה וגדולי המדינה זוכרים לו זאת...

כזכור, בעניין שאהה נפסק כי ייחוס שיתוף פעולה עם מדינת ישראל ותמיכה בפעולותיה ומדיניותה בשטחי יהודה ושומרון אינו בגדר לשון הרע; בעניין חביבי נפסק כי ייחוס סיוע למדינת ישראל וגיוס נשק עבורה הוא לשון הרע. בא כוחם של הנתבעים בעניין חביבי ניסה להיתמך בעניין שאהה, וסען, ברוח הדברים שנפסקו שם, כי לא ניתן לראות משום לשון הרע בפרסום, שעל-פיו עסק פלוגי בהבאת נשק למדינת ישראל בשעותיה הראשונות.<sup>30</sup> השופט המחוזי גינת דחה את הטענה. לדבריו, השאלה שיש לשאול במקרה הנדון היא "האם בנו של עם הנמצא במצב מלחמה עם עם אחר, המשתתף בהבאת נשק לעם האחר, ראוי לשבח אם לאו". על שאלה זו השיב השופט גינת בשלילה. הוא קבע כי גם אם מתחשבים באמת-המידה שקבעו רוב השופטים בעניין שאהה, יש בדברים שפורסמו בקטע א משום לשון הרע. לדבריו, גם מי שקיבל עזרה בעת מלחמה מאדם השייך לצד שכנגד, לא יכשיר את התנהגותו של העוזר.<sup>31</sup> דהיינו, גם בעיני כלל הציבור וגם

30. ראו לעיל, הערה 2, בעמ' 9.

31. שם, 12.

בעיני הקבוצה שחביבי מתייחס אליה, המעשה שיוחס לחביבי בקטע א אינו יכול לעורר אלא יחס שלילי; ואכן נתקבלה תביעתו של חביבי בהקשר לקטע זה. ערעורם של המפרסמים לבית-המשפט העליון נדחה ברוב דעות. השופט מצא, בדעת מיעוט, קיבל את הערעור באשר לקטע א, ודחה את קביעותיו של בית-המשפט המחוזי בעניין זה. לדעתו של השופט מצא, ייחוס מעשה של היחלצות לסיוע לישראל בשעותיה הקשות – בין שיש ובין שאין לו אחיזה עובדתית – מעצם טיבו, אינו נושא לגנאי לא בקרב כלל אזרחי ישראל ולא בקרב אזרחיה הערבים.<sup>32</sup> בהקשר זה אמר השופט מצא את הדברים הבאים:

אינני נכון להניח קיום של כלל (שיסודו בטבע האדם, בהיגיון, או בניסיון ההיסטורי), כי, בכל הנסיבות, סיועו של בן עם אחד למלחמתו של עם אחר, בעת מלחמה בין שני העמים, צפוי לעורר יחס של גנאי אף מצד בני עמו של המסייע; לא כל שכן, שאין, לדעתי, יסוד להניח שגם בני העם המסתייע עתידים (לפחות בסתר ליבם) לכוז למעשה כזה. טיבו של המעשה, בעיני אלה ובעיני האחרים, הוא פועל-יוצא של נסיבות רבות ושונות...<sup>33</sup>

באשר למעשה המסוים, נשוא הדיון, סובר השופט מצא, כאמור, כי השגת נשק חיוני עבור מדינת ישראל אינה יכולה להיות נושא לגנאי. לדעתו, גם לשיטתם של שופטי הרוב בעניין שאהה אין לייחס למפרסמים לשון הרע בגין קטע א, וזאת עקב נסיבות המקרה – אופיו של המעשה שיוחס לחביבי ועיתוי פרסומו.<sup>34</sup> לנוכח מסקנה זו, אין השופט מצא רואה צורך להידרש לשאלה העקרונית, אם גם פרסום שנושאו עלול לפגוע רק בעיני חלק מן הציבור – אף אם המדובר במי שאינם אזרחים נאמנים או שומרי חוק – יכול להיחשב כלשון הרע.<sup>35</sup>

32. ראו לעיל, הערה 3, סעיף 5 לפסק-דינו של השופט מצא.

33. שם.

34. בעיני השופט מצא יש משמעות לכך שהמאמר, נשוא הדיון, פורסם כארבעים שנה לאחר התרחשות המעשה שיוחס בו לחביבי. כך הוא קובע בעניין זה: "לוא גם נניח שבשעתו לא יכול היה מעשה שכזה, שלא להיוקף (בעיני ערביי הארץ) לגנותו של המשיב; הרי משחלפו שנות-דור, ולנוכח השתלבותם של האזרחים הערביים במערכות החיים של המדינה (להבנות שירות בצה"ל של רבים מהם) שוב אין להנחה זו כל אחיזה". ראו שם.

35. השופט מצא מציין כי היה על התובע להביא ראיות לכך שבעיני קורא רגיל וסביר יעורר המעשה, המתואר במאמר, יחס של גנאי כלפיו (לעיל, הערה 3, סעיף 5 לפסק-דין של השופט מצא). אין השופט מצא מציין אם כוונתו לקורא רגיל וסביר מקרב ערביי ישראל או מקרב הציבור הישראלי בכלל, ומהמשך דבריו אכן עולה כי אין הוא מבקש לנקוט עמדה בשאלת המחלוקת שנפלה בין השופט ד' לויין לשופטים אלון ובן-פורת בעניין שאהה.

לשופט בך, שכתב את דעת הרוב (השופט ד' לויין הסכים עמו), עמדה שונה, שאינה תורמת לדיון שלנו, אולם בפתח דבריו הוא מציג את הסוגיה הבאה: האם עשוי בית-משפט ישראלי להגיע למסקנה כי פרסום בדבר סיוע לישראל עלול להוות לשון הרע, במיוחד כשמדובר באזרח ישראלי, ובמצב שבו עלול הפרסום להזיק לתובע בקרב חוג מסוים שהוא משתייך אליו? משאלה זו, ממשיך השופט בך, עולות שאלות נוספות הקשורות אליה והמעלות בעייתיות דומה: האם יוכל אדם לתבוע את מי שפרסם עליו כי הוא סוכן משטרת סמוי, המסייע למשטרה לתפוס עברייני סמים, ובכך סיכן את חייו או לפחות הביא לתרם חברתי עליו? האם יהודי חרדי יוכל לתבוע את מי שפרסם עליו כי הוא צופה באופן קבוע בטלוויזיה?<sup>36</sup> אולם בעניין הנדון, סבור השופט בך, אין צורך להכריע בסוגיה זו, כי הכתבה בשלמותה מהווה לשון הרע על-פי ההגדרה שבחוק לשון הרע, וההבחנה בין האמור בקטע א לבין ההשמצות בשאר קטעי הכתבה נראית מלאכותית.<sup>37</sup>

לסיכום הדברים עד כה, על-פי ההלכה המבחן להתקיימות תנאי סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע הוא מבחן אובייקטיבי.<sup>38</sup> כפי שראינו, מבחן זה מציב בפנינו בעיות סבוכות של

36. דוגמה זו מובאת גם על-ידי השופט אלון בעניין שאהה (לעיל, הערה 1) 750. לדעת השופט אלון, פרסום כזה, אם הוא כוזב, יהיה בו משום לשון הרע בהתחשב בנורמה החברתית המקובלת בחוגו של התובע.

37. נראה לנו כי ההפרדה בין קטע א לבין שאר חלקי הכתבה אינה בהכרח מלאכותית, וכי היה מקום לרדן בנפרד בקטע א, כפי שעשה השופט מצא. לעתים עלול פרסום, שלגביו נטען כי הוא בשלמותו מהווה לשון הרע, לכלול משפט או קטע קשים במיוחד, שהשמתם היתה נוטלת מהפרסום כולו את עוקצו. ייתכנו מקרים, שבהם דווקא קטע אחד או משפט אחד מתוך פרסום שכולו לשון הרע עלולים לסכן את חייו של תובע, כאשר, לדוגמה, באותו משפט או קטע מאשימו המפרסם בבגידה. בנסיבות כאלה נראה שפיצול הדברים אינו מיותר, ועשיית הצדק מחייבת התייחסות נפרדת לכל אחד מהקטעים שפורסמו. לענייננו, דומה כי הדברים שנכתבו בקטע א אכן קשים וחמורים יותר מחלקים אחרים בכתבה. להתייחסות נפרדת לחלקים שונים בפרסומים, שלגביהם נקבע כי יש בהם לשון הרע יש חשיבות גם כאשר באים לקבוע את שיעור הפיצויים שייפסקו לתובע. בבוא בית-המשפט לקבוע את סכום הפיצויים הכלליים בגין לשון הרע שפורסם בעיתון, יביא בית-המשפט בחשבון את מכלול העניינים שנתעוררו בדיון, בין השאר – חומרת ההאשמות שהובאו בכתבה (ראו ע"א 552/73 רחנבלום נ' כץ, פ"ד ל (1) 589, 596-595). בפסק-הדין המחוזי בעניין חביבי אכן מוזכר, בין השיקולים לחומרה בקביעת שיעור הפיצויים, דווקא קטע א והאמור בו. אפשר שאם היתה מתקבלת בערעור דעתו של השופט מצא, ובית-המשפט היה קובע כי האמור בקטע א אינו לשון הרע, היתה לדבר השפעה ניכרת על שיעור הפיצויים המגיעים לתובע. ערעור וערעור שכנגד שהוגשו לבית-המשפט העליון בעניין שיעור הפיצויים נדחו: ע"א 1370/91 וערעור שכנגד משעור ואח' נ' חביבי, ניתן ביום 9.3.1993 (טרם פורסם).

38. לאחרונה חזר על כך בית-המשפט העליון בע"א 334/89 מיכאלי ואח' נ' אלמוג ולעיל,

זיהוי הבריות. בהקשר זה קובעת ההלכה, כי יש ליישם את המבחן האובייקטיבי תוך התחשבות בחוגו של האדם. נראה אולם כי גבולותיה ודרך יישומה של הלכה זו, העולה מדעת הרוב בעניין שאהה, אינם ברורים. עניין חביבי, אף שעולה מתוצאתו התחשבות ברורה בחוגו של התובע, אינו מספק מענה לשאלות הקשורות לזיהויים של הבריות ולאמות-המידה שיש לנקוט לצורך כך.

כמבוא לדיון באופי המבחן המתאים לעניין זה, נעמוד על טבען של אמות-מידה סובייקטיביות ואמות-מידה אובייקטיביות.

### ו. על טבען של אמות-מידה סובייקטיביות ואמות-מידה אובייקטיביות

המבחן האובייקטיבי, שנקבע כהלכה בעניין חוק איסור לשון הרע, מבוסס על זיהויים של הבריות שבעיניהם נפגע התובע. כינינו מבחן זה בשם "מבחן הבריות". מבחן אפשרי אחר הוא מבחן סובייקטיבי, שאמת-המידה שלו היא רגישותו האישית של האדם הרואה עצמו נפגע ולא התייחסותם של חוגים חברתיים או אחרים שאליהם הוא שייך. כינינו מבחן סובייקטיבי זה בשם "מבחן התחושה האישית".

ננתח את הדברים על-פי המשתמע מהמבחן האובייקטיבי שנקבע כהלכה, והנראה לכאורה וזהו "מבחן הבריות". השאלה שנדרש בה היא: עד כמה, אם בכלל, משולל מבחן זה היבטים סובייקטיביים, המצויים במבחן התחושה האישית?

כדי לענות על שאלה זו נביא שלוש פרשנויות יסוד אפשריות למושג "בריות", כמושג אובייקטיבי: 1. כלל בני האדם (כלל בני אדם בחברה או כלל המין האנושי); 2. חלק מבני האדם (חוגים חברתיים בתוך חברה-על), 3. כל אדם בנפרד (אדם לבדו).

האפשרות הראשונה – תפיסת הבריות ככלל בני האדם, מתבססת על הגדרה מילונית,<sup>39</sup> ומניחה שיש לכלל בני האדם בחברה כמה ערכים הנוגעים לעניינים של כבוד אישי ושם טוב, ומטרת החוק היא למנוע פגיעה בהם או חריגה מהם. על-פי פרשנות זו אדם זכאי לתבוע בגין הוצאת לשון הרע, רק אם הוא טוען בשם הערכים של החברה בכללותה. האפשרות השנייה – תפיסת הבריות כחלק מבני האדם, מכירה בזכותן של קבוצות בתוך החברה הגדולה לאחוז בערכי כבוד משלהן, שאינם בהכרח זהים או דומים לערכי הכבוד של חברה-העל. על-פי פרשנות זו, יוכל אדם לתבוע בגין הוצאת לשון הרע לא רק בשם הערכים של חברה-העל, אלא גם בשם הערכים הקבוצתיים.

האפשרות השלישית – תפיסת הבריות ככל אדם בנפרד, מכירה בערכי כבוד אישיים של זולת יחיד (מי שהתובע חש מושפל בעיניו בלבד), והאיסור להוציא לשון הרע הוא הוראה המחייבת להתחשב בערכים אישיים, שאינם בהכרח דומים או זהים אצל כל אדם ואדם. על-פי פרשנות זו תוכר עילתו של אדם בגין לשון הרע לא רק בשם הערכים של

הערה 12, 562.

39. א' אבן שושן, המילון העברי המרוכז (1981) מגדיר "בריות" כך: "כלל האנשים, בני-אדם".



חברת-העל או הערכים הקבוצתיים, אלא גם בשם ערכים אישיים של זולת יחיד, שהוא בעל משמעות לגביו.

לכאורה, גם הפרשנות לפי "כלל בני האדם" וגם הפרשנות לפי "חלק מבני האדם" מתבססות על יסוד אובייקטיבי מוצק, משום שהן מתייחסות לערכים שאינם תלויים בהרגשתו האישית של האדם, בין אם אותם ערכים נתפסים כערכי יסוד של כל חברה אנושית מתוקנת או בת תרבות ובין אם הם כערכי יסוד של חוג חברתי מצומצם. ערך כזה הוא, למשל, הערך של כיבוד הורים. בהתייחסו לקשר הקיים בין ילד והוריו, כותב המשנה לנשיא אלון את הדברים הבאים:

יסוד מוסד ועיקרון מקודש במורשת ישראל מקדמת דנא, ובכל חברה אנושית בת תרבות, והוא הדיבר החמישי שבעשרת הדיברות: "כבד את אביך ואמך".<sup>40</sup>

מהדברים עולה כי פרסום על אדם שאינו מכבד את הוריו הוא בבחינת פגיעה מבוה בעיני כלל בני האדם בחברה. בדומה לכך ציין לא פעם בית-המשפט העליון ערכים דומים כמו צדק, הגינות, תום-לב וכיוצא בהם, כערכים שהם נחלתם של מדינות מתוקנות ונאורות.<sup>41</sup> באופן זה, כל פרסום שיש בו הטלת ספק, למשל, ביושרו, בהגינותו או בתום-ליבו של אדם, הכולל יסוד אובייקטיבי, המאפשר להגדירו כפוגע בעיני כלל בני האדם בחברה הישראלית או בכל חברה אנושית מתוקנת, דמוקרטית ובת תרבות.

לעומת זאת, קל להראות כיצד הפרשנות השלישית – תפיסת הבריות לפי "כל-אדם", חורגת מן היסוד האובייקטיבי של מבחן הבריות, משום שהיבטים הסובייקטיביים שהיא סומנת בחובה. פרשנות זו מתייחסת לערכים של אדם אחד בלבד. על-פי פרשנות זו רשאי אדם לתבוע בגין הוצאת לשון הרע, כאשר נאמרים עליו דברים הפוגעים בו בעיני אדם אחד וכאשר אותם דברים אינם פוגעים בו בפני אף אדם אחר. במקרה זה ההתייחסות היא אמנם אל הזולת, בהתאם לדרישה הבסיסית של מבחן אובייקטיבי, אך צצה ועולה סובייקטיביות ממין חדש והיא הנותנת לפרשנות זו את ממדה הסובייקטיבי. הסובייקטיביות החרשה היא זו של האדם שבעיניו מתקיימת ההשפלה. כאשר אנחנו מכירים בתביעה המתבססת על אופן ראייתו ותפיסתו של אדם אחד, התחושה האישית שלנו נותנת לגיטימציה לתחושות ולערכים הסובייקטיביים של אדם זה, ולא רק לגיטימציה לתחושות ולערכים המשותפים לו ולבני אדם אחרים. פירושו של דבר, שעצם הפנייה אל הזולת אינה שוללת בהכרח את היסוד הסובייקטיבי.

אולם דומה כי ההבחנה שעשינו בין הפרשנות של תפיסת הבריות לפי "כל-אדם" לבין שתי הפרשנויות האחרות ("כלל בני האדם" ו"חלק מבני האדם"), היא פשטנית מדי, שכן גם השתיים האחרות כוללות בתוכן היבטים סובייקטיביים. לשם כך ננתח מעט כל אחת

40. ע"א 1481/92 וערעור שכנגד הגר נ' הגר ניתן ביום 3.6.1993 (טרם פורסם).

41. לפירוט פסקי-דין המאזכרים ערכי יסוד ראו בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח', פד"י מב (2) 312, 329-321.

מהן. בפרשנות לפי "חלק מבני האדם", ערכים של חלק מבני האדם מקיימים את שני ההיבטים: במובן-מה הם אובייקטיביים ובמובן-מה הם סובייקטיביים. הם אובייקטיביים מעצם היותם מנותקים מתחושותיו וערכיו הייחודיים של אדם אחד, אבל הם סובייקטיביים מעצם היותם מקובלים על חלק בלבד מכלל החברה, ולפעמים על חלק קטן ביותר. הפרשנות לפי "כלל בני האדם" נותנת תוקף לכללים משותפים, מעצם היותם משותפים, אך בה בעת היא מכירה בשונות נורמטיבית ובמימוש הכללים האלה בקבוצות חברתיות שונות, החיות בנפרד זו מזו או זו בתוך זו. כך למשל, יש נורמות שונות של "כיבוד אב ואם" בחברות השונות, ולעתים קרובות התנהגות נורמטיבית בשם ערך זה בחברה אחת, נתפסת כהתנהגות לא נורמטיבית בחברה אחרת. כללי הפגיעה בעיני הבריות חייבים לתת ביטוי לשוני הנורמטיבי הקיים בין חברה לחברה. בדרך זו, האובייקטיביות מתפצלת לגישות סובייקטיביות רבות ומגוונות, באותו אופן שהסובייקטיביות מופיעה בפרשנות לפי "חלק מבני האדם".

גישה זו מתבססת על ההיבט היחסי (או תלוי ההקשר) של הסובייקטיביות, להבדיל מן ההיבט המוחלט (או משולל ההקשר) של האובייקטיביות. במובן זה ערך סובייקטיבי הוא ערך המקובל בחברה אחת או על אדם אחד, אך אינו מקובל בכל חברה או על כל בני האדם בחברה נתונה, ולכן יש להתייחס אליו בהקשר של החברה או של האדם האוחזים בו; בעוד שערך אובייקטיבי הוא ערך המקובל בכל חברה אנושית או על כל בני האדם בחברה נתונה, לכן אין להתייחס אליו כמותנה בחברה או באדם מסוימים. כך, יש ערכים שהם סובייקטיביים ביחסים בין החברות, אך אובייקטיביים בחברה נתונה. הם סובייקטיביים משום שהם שונים מחברה לחברה, והם אובייקטיביים משום שבחברה מסוימת הם מקובלים על כל חבריה. הם סובייקטיביים במובן שהם נתפסים אחרת על-ידי הגורמים השונים, והם אובייקטיביים במובן שהם נתפסים בצורה אחידה או דומה על-ידי כל הגורמים. ניתן להבהיר זאת גם באמצעות המושג המוסרי "ראוי". סובייקטיביות מוסרי אינו מוצא פסול בכך שלכל חברה או אדם יש ערכים שונים, בעוד שאובייקטיביות מוסרי דוגל בערכים שראוי שיהיו בכל חברה אנושית מתוקנת ובת תרבות. בית-המשפט העליון מבטא לעתים קרובות גישה של אובייקטיביות מוסרי, כפי שהראינו לעיל.<sup>42</sup>

על-פי גישתנו, ערכים אובייקטיביים, לרבות הערכים האוניברסליים שבית-המשפט מדבר עליהם, אינם משוללים היבט סובייקטיבי, וזאת משום שנורמות היישום של ערכים רבים שונות לעתים מחברה לחברה ויש לשוני זה מעמד ערכי ושיפוטי חשוב ביותר. וסענה דומה אך הפוכה, ניתן להעלות בהקשרה של הסובייקטיביות של האדם היחיד, שבה דנו קודם לכן בעניינה של הפרשנות לפי "כל-אדם". הסובייקטיביות של "כל אדם" אינה מוציאה מכלל חשבון אפשרות שהתוקף האישי של הערכים והמעשים של כל אדם ואדם נגזר למעשה מתפיסות אחידות ומשותפות של כלל המין האנושי או כלל בני האדם בחברה. ניקח לדוגמה שני זוגות הורים, שהאחד מהם נוהג להכות את ילדיו ולכלוא אותם בחדריהם בשם הערך האוניברסלי של חינוך וגידול ילדים, בעוד הזוג האחר מגנה זאת בחריפות בשם אותו ערך. אלה ואלה מוצאים באותו ערך תוקף אוניברסלי לתפיסות

ערכיות שונות ביחס לילדיהם. יתר על כן, אלה ואלה יכולים להיפגע מפרסום המתאר אותם כמי שאינם מיטיבים לחנך ולגדל את ילדיהם. שני הזוגות נותנים בכך תוקף סובייקטיבי לערך יסודי, הנתפס לענייננו כאובייקטיבי. עולה מכך שגם אם יש לבני אדם ערכי כבוד שונים, ואפילו כאלה המייצגים דבר והיפוכו, עדיין ניתן לגרום כי הם מתבססים על תפיסה אחידה, כלל אנושית או כלל חברתית, של הדברים המהווים פגיעה בעיני הבריות.

וכך, הלכה האובייקטיביות אצל הסובייקטיביות (בפרשנות לפי "כלל בני האדם" ולפי "חלק מבני האדם") והלכה הסובייקטיביות אצל האובייקטיביות (בפרשנות לפי "כל אדם"). לאור זאת, האם אין מקום לצרף למבחן האובייקטיבי של חוק איסור לשון הרע מבחן נוסף, שיבטא את ההיבטים הסובייקטיביים שכפי שראינו אינם מבוטלים כלל ועיקר?

אנו מציעים לא לבטל על הסף תשובה חיובית לשאלה זו, ולהתייחס בכבוד ראש ל"מבחן התחושה האישית" של האדם הרואה עצמו נפגע.

## ז. עקרונות למבחן מאוזן

ראינו כי המבחן האובייקטיבי, המוכר כהלכה בעניין הוצאת לשון הרע, אינו משולל היבטים סובייקטיביים שעניינם תחושתו האישית של האדם הרואה עצמו נפגע, והיבטים אלה מצויים גם בתביעות הנוגעות בערכי יסוד. ננסה, לסיכום, לבחון את היחס בין מבחן אובייקטיבי זה לבין מבחן התחושה האישית, אך לא לפני שנעיר הערות אחדות בדבר תפקידו של מבחן התחושה האישית במציאות חיינו.

כאמור, החברה המודרנית מכתובה מצבים חברתיים מגוונים, היוצרים חוגים חברתיים רבים ומוצלבים. במובן זה החברה המודרנית שונה מחברות מסורתיות, שבהן המבנה החברתי יציב יותר, גמיש פחות והשינויים המתחוללים בו הם אטיים או מעטים בלבד. ההשוואה בין שני הדגמים החברתיים הללו מוסיפה היבט מעניין לדיוננו.

נבדוק מהי מהותה של התחושה האישית ביחס לכל אחד מן הדגמים האלה. נראה שבחברה המסורתית התחושה האישית משמשת כמראה ומשקפת לאדם את מצב כבודו. המצב החברתי נתפס, אצל האדם החושש לכבודו, כבלתי תלוי בו, באדם, והוא מורד את כבודו העצמי או את שמו הטוב ביחס למצב חברתי נתון. בחברה המודרנית התחושה האישית מקבלת על עצמה תפקיד נכבד יותר. היא לא רק מאבחנת ומשקפת מצב קיים אלא גם, ולפעמים בעיקר, יוצרת או מעצבת מצבים חברתיים. כלומר, לעתים קרובות אין בנמצא חוגים חברתיים אלא בתחושתו של האדם. החוגים החברתיים קיימים רק אם האדם יוצר אותם בתודעתו. כך לדוגמה, "מקבץ של בני אדם" (מושג חלופי ולא מחייב למושג "חוג חברתי") שיסודו בהתכנסות חד-שבועית, חד-חודשית או חד-שנתית, אינו נתפס בהכרח כחוג חברתי בעיני כל חבריו. ייתכן שאחרים מהם אינם מייחסים לו אף ערך מן הערכים המקובלים בחוגים חברתיים, ולכן גם סף הפגיעה שלהם בעיני אותו חוג הוא גבוה ביותר. לעומת זאת, ייתכן שאחרים מהם מייחסים לו כמעט את כל הערכים החברתיים האפשריים, המקובלים בחוגים חברתיים, ולכן סף הפגיעה שלהם בעיני אותו

חוג הוא גמוך ביותר. בדרך זו ניתן לטעון שהתחושה האישית היא הקובעת איזה מקבץ של בני אדם הוא בבחינת חוג חברתי, ואיזה איננו חוג חברתי כלל ועיקר. מגוון האפשרויות הרחב, שיוצרים החיים המודרניים, הוא במובן מה לוח שרטוט, שעליו מתווה התחושה האישית את החוגים הנראים לה. אמנם התחושה האישית איננה יוצרת יש מאין, אך אין ספק שבמקרים רבים היא יוצרת מתוך מקבצים שונים של בני אדם, יש חברתי בדרגות גבוהות יותר של ארגון ואיכות. טענתנו היא, שבימינו אנו יש לתחושה האישית מעמד נכבד ביצירתם ובעיצובם של הבריות, שבעיניהם נשפטת עצם הפגיעה וטיבה. עם זאת, איננו טוענים שבכך אנחנו מבטלים את מעמדו של מבחן אובייקטיבי. לכל היותר, אנחנו מצמצמים את חשיבותו, ונותנים לו מעמד משתנה בנסיבות שונות. כך למשל, יש לו מעמד חשוב מאוד בתביעות שעניינן הוא חשש להפרה של ערכי יסוד, ויש לו מעמד פחות חשוב ולפעמים משני בתביעות שעניינן התנגשות בין ערכים לגיטימיים. כמו כן אנחנו מבקשים לתת מעמד של נכבדות למבחן התחושה האישית.

המבחן הנדרש, לדעתנו, בתביעות בגין לשון הרע, הוא עריכת איזון משתנה, בהתאם לנסיבות, בין שני המבחנים הללו. כאמור, בית-המשפט הוא הקובע ממצא בשאלה אם דברים מסוימים מהווים לשון הרע, ואין צורך להביא ראיות בדבר המשמעות שקורא מסוים או סוג קוראים מסוים מייחס לפרסום.<sup>43</sup> ראוי על כן שבית-המשפט, בבואו לקבוע ממצא בשאלת קיום לשון הרע, יערוך מאזן, ויכלול בשיקוליו גם את מבחן התחושה האישית. נושא זה מתקשר לוויכוח, הצץ ועולה מעת לעת, בדבר מהותה של הדמוקרטיה – כור היתוך חברתי או פלורליזם חברתי. התפיסה המצדדת בכור היתוך מובילה יותר לכיוונו של מבחן אובייקטיבי, בעוד שהתיאוריה של פלורליזם מובילה יותר לכיוונו של מבחן שיש בו היבטים סובייקטיביים חוקים או לכיוונו של מאזן משתנה של מבחן הבריות ומבחן התחושה האישית. זאת ועוד – יש קשר בין הדיון שלנו לבין הדרך, שבה יש להבין את ערך הסובלנות. ככל שמייחסים לערך זה מרחב קיום רחב יותר, כך גדל חלקו של מבחן התחושה האישית בתביעות בגין לשון הרע. ובכך הדיון מתקשר גם לגישה הנקוטה בדמוקרטיה לגבי חופש הביטוי. חופש הביטוי, בדומה לערך של סובלנות, מתיר ביטוי לדעות חריגות, כולל דעות אשר רוב הציבור סולד מהן.<sup>44</sup> באופן דומה, יש להגן על הזכות לשם טוב גם במקרים, שבהם אופיה של התביעה מעורר סלידה או התנגדות בקרב רוב הציבור. ובעניין זה יש להפעיל ביתר תשומת לב את מבחן התחושה האישית, כי ככל שהתביעה מתייחסת לעניין שנוי במחלוקת או לעניין חריג, כך יש, לדעתנו, לתת משקל רב יותר למבחן התחושה האישית.

43. ראו לעיל, הערה 12.

44. ראו, לדוגמה, בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא

(1) 423, 433.

## ת. סיכום

כאמור, סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע מגביל את איסור לשון הרע לרבר שפרסומו עלול "להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצידם". סעיף זה מציב בפני בית-המשפט, הדין בתביעות בגין איסור לשון הרע, מטלה שאיננה פשוטה כלל ועיקר והיא - זיהוי הבריות, אשר בעיניהם פרסום כלשהו נחשב לפגיעה. מטלה זו קשה במיוחד לאור המציאות המודרנית, שבה מצויים בני אדם רבים בקשרים חברתיים מגוונים, שלא כולם מתבססים על אחידות דעות, על מסורת משותפת או על נורמות דומות. בהתאם לכך, מי הם הבריות שבעיניהם חשוב לבני אדם לשמור על שמם הטוב - כלל בני האדם, רובם, בעלי השקפות או נורמות דומות או חברים אינטימיים בלבד?

ניתחנו את המבחן האובייקטיבי להתקיימות תנאי סעיף 1 לחוק לשון הרע, המקובל כהלכה, וראינו כי אין בו מענה מספק לשאלות אלה וגוספות בדבר זיהוי הבריות. גם ההלכה העולה מדעת הרוב בעניין שאהה, שעל-פיה יש מקום להתחשב בחוגו של הנפגע (הלכה אשר לא יושמה באותו עניין), מותרה רבות מהשאלות שהעלינו ללא מענה. מעניין חביבי, שבו נפסק כי ייחוס סיוע לישראל הוא לשון הרע, לא עולים שינוי או הרחבה של ההלכה הקיימת. נראה שרצוי למצוא תשובה בתביעות בגין לשון הרע במבחן המשלב עקרונות סובייקטיביים ואובייקטיביים, שיעשה שימוש במבחן הבריות וגם בתחושתו האישית של האדם הרואה עצמו נפגע, ויתן לה בנסיבות מסוימות משמעות משפטית.

---