



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

רע"א 6557/20

לפני : כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט ח' כבוב

המבקשים : 1. ערוץ 10 החדש בע"מ
2. חדשות 10 בע"מ
3. גולן יוכפז
4. ספי עובדיה
5. נענע 10 בע"מ

נ ג ד

המשיבה : שרת התרבות והספורט - ח"כ מירי רגב

משיב פורמלי : ברוך קרא

בקשת רשות ערעור על פסק הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים, בע"א 19-10-3386, מיום 2.8.2020, שניתן על-ידי כבוד השופטים: ר' וינוגרד, מ' אילני ושי' לייבוביץ

תאריך הישיבה : ו' בכסלו התשפ"ג (30.11.2022)

בשם המבקשים : עו"ד גיורא ארדינסט; עו"ד תומר ויסמן;
עו"ד אלמוג גילאור; עו"ד יונתן חסדאי

בשם המשיבה : עו"ד אלעד איזנברג; עו"ד חגי חביב;
עו"ד עדו אורלנסקי; עו"ד דורית לרנר

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

סוגיה בדיני לשון הרע. במוקד – שאלת היחס הראוי לתביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אישי ציבור, בהתייחס לפרסומים העוסקים בעשייתם הציבורית. אגב סוגיה זו, בגדרי ההליך שלפנינו מתעוררת גם שאלת המשמעות שיש להקנות להודעת

תיקון שהוציא מפרסם, הסותרת את פרסומו המקורי, מקום בו בהליך מאוחר, ביקש המפרסם לחזור בו מהודעת התיקון.

1. בית המשפט המחוזי בירושלים, בפסק דין מיום 2.8.2020 (ע"א 3386-10-19; השופטים ר' וינוגרד, מ' אילני ו-ש' ליבוביץ), קיבל בחלקו ערעור שהגישה המשיבה על פסק הדין של בית משפט השלום בירושלים, מיום 4.7.2019 (ת"א 38764-10-15; השופט ע' עאטי), כך שהמבקשים חויבו בתשלום פיצויים למשיבה, בסך כולל של 100,000 ₪, בגין פרסום לשון הרע. על כך נסובה בקשת רשות הערעור שלפנינו.

רקע עובדתי וההליכים עד כה

2. בשלהי אוגוסט 2015, פתחו המבקשים 1-2 ו-5 – "ערוץ 10 החדש בע"מ", "חדשות 10 בע"מ" ו"נענע 10 בע"מ" (בהתאמה) – בסדרת פרסומים, אשר הוכתרה בכותרת "מירי רגב והמיליונים"; הוביל את הפרסומים המשיב 4, ספי עובדיה, כתבו הפוליטי של ערוץ 10 בעת ההיא. במוקד הפרסומים ניצבה הקלטת שיחה בין המשיבה – מירי רגב, שכיחנה באותם ימים כשרת התרבות והספורט (וכיום, שרת התחבורה) – לבין גורמים בכירים במשרדה דאז. עניינה של השיחה, כך לפי הפרסומים: ניסיון לבצע 'תיאום גרסאות', בנוגע להעברת סך של 2,500,000 ₪ למשרד הפרסום "יהושע TBWA", שבראשו עומד הפרסומאי רמי יהושע, במסגרת פרויקט "לא לדאוגוסט", שהובל על-ידי משרד התרבות והספורט. העברת כספים זו, על-פי דברי המבקשים בדיווחיהם, נעשתה בניגוד לדין, ללא עריכת מכרז ציבורי, ומבלעדי פנייה ללשכת הפרסום הממשלתית כנדרש. עוד נאמר בפרסומים, כי בין נמען הכספים, יהושע, לבין השרה רגב, התקיימו קשרים, עובר לביצוע ההתקשרות בין משרדו של יהושע לבין משרד התרבות והספורט. כפי שיובהר להלן, לאחר גלגוליו של ההליך עד כה, הדיון הנוכחי מתמקד בעניין זה, האחרון. אפרט אפוא את עיקרי השתלשלות האירועים, החל ממועד קיום השיחה שהוקלטה ועד לנקודת הזמן הנוכחית, תוך התמקדות בתיאוריהם ובדיווחיהם של המבקשים על אודות היחסים שבין רגב לבין יהושע, כפי שבאו לידי ביטוי בפרסומים הנ"ל.

3. השיחה שהוקלטה התקיימה ביום 9.8.2015. ההקלטה הגיעה לידי עובדיה זמן מה לאחר מכן, בסביבות אמצע החודש, ממקור חסוי. עובדיה החזיק בקלטת בין שבועיים ל-3 שבועות, עד שלבסוף, עם תום בדיקות שונות שערך, במהלך סוף השבוע האחרון של חודש אוגוסט 2015, התקבלה ההחלטה על פרסומה.

4. ביום 30.8.2015 פורסמה הפרשה לראשונה, בשעה 20:00, במהדורת חדשות הערב של ערוץ 10. בשידור, הוצג הקטע הרלבנטי מן הישיבה המוקלטת במלואו, וברצף

אחד – קטע שאורכו כ-3 דקות. זאת, למעט משפט אחד, כ-8 שניות אורכו, שבו נשמעת היועצת המשפטית של משרד התרבות והספורט – במענה לשאלת יועץ התקשורת, שתהה מה ישיבו לשאלה מדוע לא התאפשר למשרדי פרסום נוספים 'להציע את מרכולתם' – משיבה כי 'אמר ש'הבאנו אנשים שהם שותפים שלנו בעבודה', תוך ציון כי "הוא [יהושע] שותף שלנו". משמעות השמטת קטע קצר זה, היא שלא הוזכרה לפני הצופים עובדת נוכחותה והשתתפותה של היועצת המשפטית של המשרד בישיבה שהוקלטה.

5. במהלך אותו יום, עובר לפרסום, נעשו ניסיונות לקבל את תגובתה של רגב לפרשה: פניה ראשונה, אל דובר המשרד, נעשתה בסביבות השעה 15:00, ובה שאלו המבקשים "למי להעביר שאלות לתגובה", ללא כל פירוט נוסף; פניה זו נותרה ללא מענה, וכשעתיים לאחר מכן, בשעה 17:08, שלחו המבקשים הודעת דואר אלקטרוני נוספת, הפעם לדוברת האישית של רגב. בהודעה זו, עדכנו המבקשים על אודות הפרסום הצפוי, והעבירו לדוברת 6 שאלות קצרות לתגובה בטרם הפרסום, תוך שביקשו כי תשובות תימסרנה לא יאוחר מן השעה 18:30 – דהיינו, המבקשים העמידו לרשותה של רגב פרק זמן של 82 דקות להגיב על הפרסום. מחצית מהשאלות – נגעו לפרויקט 'לא לדאוגוסט' ולאופן תקצובו; מחציתן האחרת – עסקו בטיב הקשר שבין רגב (ואנשיה) ליהושע. מפאת חשיבותן, אביא את הפניה ואת השאלות כלשונן:

- "היום בערב (יום ראשון ה-30.8) תשודר במהדורה המרכזית של חדשות 10 כתבה בנושא הפרויקט 'לא לדאוגוסט'.
אבקש את תשובתכם לגבי השאלות הבאות:
1. מי הגה ויזם את פרויקט 'לא לדאוגוסט'?
 2. מאיפה יצא תקצוב הפרויקט?
 3. האם תקציב הפרסום לפרויקט עבר מכרז מסודר? האם תקציב הפרסום עבר דרך לפמ [לשכת הפרסום הממשלתית – נ' ס'?]?
 4. האם היתה היכרות מוקדמת בין השרה לפרסומאי רמי יהושע?
 5. האם השרה ומר יהושע נפגשו ערב הרמת הקמפיין?
 6. האם ישנם קשרים עסקיים בין יועץ השרה מאיר סויסה לפרסומאי רמי יהושע?
- אבקש לקבל את תגובתכם עד השעה 18:30 היום".

על 3 השאלות הראשונות ניתנה תגובה בפרק הזמן שהוקצב על-ידי המבקשים, ואילו 3 השאלות האחרונות – נותרו ללא מענה. אשר ליהושע – הפניה לקבלת תגובתו

נעשתה כ-40 דקות לאחר הפניה לרגב, כלומר בסביבות השעה 17:50; תגובה מטעמו לא נמסרה עד למועד השידור, ולכן לא הובאה במסגרת פרסום הכתבה.

6. כאמור, בפתח מהדורת חדשות הערב של יום 30.8.2015, נחשפה 'הפרשה'. במהדורה – כמו גם ב-4 פרסומים עוקבים שבאו לאחריה, באותו ערב וביום המחרת – דווח, לצד השמעת ההקלטה, כי יהושע "מקורב" לרגב; כי יש למבקשים "עדויות המצביעות על קשר בלתי אמצעי" בין השניים; ובאחת מהתכניות התקיים הדיאלוג הבא, בין מגישת התכנית לבין עובדיה: במענה לשאלת המגישה אם הבחירה הלא תקינה ביהושע נעשתה "ממניעים אישיים של השרה", השיב עובדיה כי "אני לא רוצה לומר משהו שכרגע שאני לא יודע לעמוד מאחוריו. צריך לגעת בזה בהמשך. השרה עשתה את הכל כדי להרחיק מהומות מהעניין הזה, זה לא היא זה הטוטו. אז אני קובע זו היא, היא בחרה ברמי יהושע ויש לה היכרות מוקדמת עם הפרסומאי הזה"; עוד אמר עובדיה באחד הפרסומים, גם כן בהתייחס לגרסתה של רגב – שטענה כי 'הטוטו' (המועצה להסדר הימורים בספורט, הפועלת מכוח החוק להסדר הימורים בספורט, התשכ"ז-1967), הוא שהביא עמו את יהושע – כי "השרה רגב קצת מסתבכת כי בידי חדשות 10 קודם כל ישנן עדויות לכך שהיא ויהושע הכירו עוד מלפני ההחלטה להעביר לידיו את התקציב". בשלב זה, התקבלו התייחסויות מטעם רגב ויהושע, אשר הכחישו את יחסי הקרבה ביניהם – רגב באמצעות מכתב ששלח עורך דינה, ביום 31.8.2015; יהושע באמצעות מסרון ששלח באותו יום למשיב 3, גולן יוכפז, ששימש אז כמנכ"ל חדשות 10. סמוך לאחר שנתקבלו הכחשות אלה, הצהיר עובדיה – במסגרת מהדורת חדשות הערב של יום 31.8.2015 – כי "אנחנו מדגישים שבין [רגב ויהושע] לא היתה היכרות מוקדמת"; בהתאם, תוקנה גם כתבה שפורסמה באתר האינטרנט נענע 10, והוסר ממנה תיאורו של יהושע כ"מקורב" לרגב.

7. בעקבות הפרסומים, הגישו רגב ויהושע תביעות לשון הרע נגד המבקשים – ת"א 34600-10-15 (יהושע); ת"א 38764-10-15 (רגב). יהושע חזר בו מתביעתו, נוכח הסכם פשרה שהושג בינו לבין המבקשים, במסגרת הליך גישור. בהסכם הפשרה התחייבו המבקשים, בין היתר, לפרסם הודעה מטעמם בתקשורת, שלפיה יהושע אינו מקורב לרגב. הודעה כאמור אכן פורסמה, ביום 15.3.2016, במסגרת מבזק חדשות ששודר בערוץ 10, בזו הלשון:

"במשרד מבקר המדינה נמשכת בדיקת פרשת 'לא לדאוגוסט' שחשפנו כאן בחשדות 10 לפני כחצי שנה [...] לצד תחקיר זה נאמר, שבכמה דיווחים בעניין שהבאנו בנושא מסע הפרסום של הפרויקט של משרד התרבות והספורט, הוזכר שמם של רמי יהושע וחברת הפרסום שבבעלותו. על אף הנאמר, לא היתה היכרות מוקדמת בין יהושע לבין שרת התרבות

והספורט. [...] אם מהפרסומים הקודמים הובן אחרת, לא
 לכך היתה הכוונה" (ההדגשות הוספו – נ' ס').

על רקע זה, ביום 4.4.2016, נדחתה התביעה, כפי בקשת יהושע.

8. לעומת זאת, תביעתה של רגב נדחתה, על כלל ראשיה, בפסק דין של בית משפט השלום בירושלים, מיום 4.7.2019. כנקודת מוצא, בכל הנוגע לסוגיית הקשר המוקדם שבין רגב ליהושע, הניצבת במרכזו של הדיון הנוכחי, קבע בית משפט השלום כי הפרסומים התמקדו ב"העברת כספי ציבור לגורם פרטי, ללא מכרז של המשרד, בניגוד להמלצות משפטיות, תוך תיאום עמדות ובניית סיפור כיסוי", בעוד שסוגיית הקשר שבין רגב ליהושע נזכרה בדיווחים פעמים מעטות בלבד, "באופן לא מובלט". מכל מקום, נקבע כי הפרסומים, בכללותם, עולים כדי לשון הרע, כהגדרת המונח בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק); כדברי בית משפט השלום: "מי שנחשף לפרסומים יכול להתרשם כי הם עלולים לפגוע בתובעת, להשפיל אותה ולעשותה מטרה לבוז וללעג כלשון החוק".

9. נוכח קביעה זו, פנה בית משפט השלום לבחון אם עומדת למבקשים אחת מן ההגנות הקבועות בחוק. לגבי הגנת 'אמת הפרסום', המעוגנת בסעיף 14 לחוק, ציין בית משפט השלום, כי "שאלת אמיתות הפרסומים הינה שאלה פרשנית, התלויה בפרשנות שיש לתת לביטויים מושא המחלוקת", וכי "מדובר בשאלות מורכבות שיש להן פנים לכאן ולכאן". בית משפט השלום נמנע מלהכריע בעניין זה, מאחר שמצא כי המבקשים עומדים באמות המידה שנקבעו בדנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2014) (להלן: דנ"א דיין), כך שעומדת להם הגנת 'העיתונאות האחראית', שיסודותיה נטועים בסעיף 15(2) לחוק. אשר על כן, דחה בית משפט השלום את תביעתה של רגב.

10. ביום 2.10.2019, הגישה רגב ערעור על פסק הדין, לבית המשפט המחוזי בירושלים. הערעור – התקבל בחלקו. תחילה, מצא בית המשפט המחוזי לנכון להתערב בנקודת המוצא האמורה של בית משפט השלום, שלפיה טיב הקשר שבין רגב ליהושע אינו ניצב במוקד הפרסומים. נקבע, כי היבט זה הוא-הוא ששיווה לפרשה כולה "נופך פלילי", וזאת "בפרט לנוכח העובדה שבפרסומים מיוחסים המעשים כולם ל[רגב] עצמה". משכך, הובהר גם, כי אם הפרסומים היו מתמצים בחשיפת הקלטת או ההתנהלות השלטונית הבלתי תקינה, "דומה שהתביעה לא היתה באה לעולם", ואילו בכל זאת היתה באה – "יש להניח כי היא היתה נדחית על רקע ההלכות הנוגעות לפרסומים אודות פעולותיהם של אנשי ציבור"; מטעם זה נדחה, כבר באותו שלב, הערעור בעניינו של ברוך

קרא, המשיב הפורמלי בהליך הנוכחי, שכן דבריו-שלו נתחמו אך להיבטים אלה, ולא כללו כל אמירה בדבר קשרי רגב ויהושע. עוד נקבע, בשים לב לחשד הפלילי שכלול היה בפרסומים, כי "עוצמת לשון הרע השזורה [בפרסומים] [...] היא במדרג גבוה במספר רמות ממה שקבע בית משפט [השלום]", כך שהנטל שבו צריכים לעמוד המבקשים לשם קבלת הגנה – גבוה יותר; כלשון בית המשפט המחוזי: "ככל שהביטוי או הפרסום הפוגע הוא עוצמתי יותר, כך יידרש יותר בשלב ההגנות הקבועות בסעיפים 14-15 לחוק" (זאת, בהסתמך על ע"א 751/10 פלוני נ' דיין אורבך, פ"ד סה(3) 369, 504 (2012) (להלן: ע"א דיין)).

11. בשלב זה נפנה בית המשפט המחוזי לדון בהגנות האפשריות. תחילה, נקבע כי הגנת אמת הפרסום אינה עומדת למבקשים. הכרעה זו נומקה הן בקיומו של השתק שיפוטי, בהינתן הודעת המבקשים לתקשורת, שבה הצהירו כי יהושע ורגב אינם מקורבים – הודעה שפורסמה, כאמור, כחלק מהסכם הפשרה עם יהושע, אשר קיבל תוקף של פסק דין; הן בטעמים ראייתיים – נוכח תיקון הפרסומים, בעקבות תגובותיהם של רגב ויהושע, ומאחר שלא הובאו די ראיות לתמיכה בטענה כי אכן התקיימה היכרות מוקדמת בין השניים.

12. בית המשפט המחוזי הוסיף וקבע כי לא עומדת למבקשים הגנת העיתונאות האחראית, בין היתר, משום שלא ניתנה לרגב הזדמנות הוגנת להגיב לכתבה בטרם פרסומה. נפסק, כי סד הזמנים שהוקצב לתגובה – בשים לב גם לתפקידה הציבורי העמוס של רגב, המקשה על זמינותה – היה דוחק ביותר, באופן שלא הותיר לה שהות למתן מענה ראוי. בהקשר זה צוין, כי אילו ניתן אותו מענה בזמן, עובר לפרסום, הרי שיכולה היתה להימנע, מבעוד מועד, התקלה בדיווחים על אודות קשרי הקרבה בין רגב לבין יהושע – כפי שעולה מן התיקון המיידני שנקטו בו המבקשים, סמוך לאחר שהגיעו אליהם הכחשות רגב ויהושע. עוד הובהר, כי אין לקבל את טענת המבקשים, שלפיה תיאור הקשר בין רגב ליהושע כקשר 'בלתי אמצעי' היה לגיטימי, על רקע העדר תגובתה של רגב לשאלות שנשאלה בעניין, בבחינת 'שתיקה כהודאה'; ביחס לכך הודגש, כי פרשנות המבקשים את אי-המענה "כמעין הודאה בקיומה של היכרות" – איננה אלא "תקלה", ו"פועל יוצא של פרק הזמן הקצר שניתן למערערת להשיב לשאלות ושל אי ההמתנה לקבלת מענה לשאלות בעניין".

13. טעם נוסף לרחיית הטענות בדבר תחולת הגנת העיתונאות האחראית, מצא בית המשפט המחוזי בכך שלא הוכח כי נערך תחקיר עיתונאי ראוי ורציני עובר לפרסום, בהתייחס לטענת המקורבות. הוטעם, כי בית משפט השלום לא בחן את טיב התחקיר ביחס לסוגיית המקורבות, וכי קביעותיו בעניין זה הסתמכו כמעט לחלוטין על תצהירו ועדותו של עובדיה, הגם ש"אמירות של עיתונאי לפיהן הסתמך על מקורות רבים ואיכותיים

אינו תחליף לראיות של ממש". לפיכך, בהינתן שיתר הראיות שהביאו המבקשים לעניין זה התמצו בשתי תרשומות בלבד, שתוארו כ"בעלות משקל נמוך ביותר על פניהן" – סיכום בית המשפט המחוזי כך: "אין להניח כי עיתונאי סביר היה יוצא בהאשמה כה חמורה על רקע אמירות מעין אלה". בהקשר זה הוסף, כי לא היתה מניעה להציג תרשומות של שיחות, וכיוצא בזה, תוך השחרת פרטים מזהים, לשם שמירה על מקורות המידע. בענייננו, לא רק שפעולות כגון דא לא בוצעו כדבעי, אלא שתיקון הפרסומים – שנעשה במהירות, זמן קצר ביותר לאחר שרגב ויהושע הכחישו את המקורבות ביניהם – מלמד אף הוא כי הדיווח המקורי נשען על מסד רעוע למדי.

בשורת הסיכום נקבע אפוא, כי המבקשים עוולו בלשון הרע כלפי רגב; כי לא עומדת להם הגנה מכוח החוק; וכי עליהם לפצותה בסך של 100,000 ₪.

מכאן הבקשה שלפנינו.

עיקרי טענות הצדדים

14. המבקשים לא הותירו אבן על אבן בפסק הדין של בית המשפט המחוזי, והאריכו לטעון כי נפלו בו שגיאות כבדות משקל. תחילה, נטען כי שגה בית המשפט המחוזי בכך שבחר להתמקד באופן שבו תוארה מערכת היחסים שבין רגב ליהושע, שכן נדרש היה לבחון את הפרסומים כמכלול, ולא להיצמד לפרט ספציפי אחד. כך גם, לשיטת המבקשים, מאחר שהתנהלותה הבלתי תקינה של רגב, כפי שעולה מההקלטה – היא ליבת הפרסומים ועיקרם; שאלת המקורבות בינה לבין יהושע, לעומת זאת – הריהי אך פרט לוואי, טפל.

15. לגבי הגנת העיתונאות האחראית נטען, כי הלכה למעשה הפכה בית המשפט המחוזי להגנה ריקה מתוכן. כך נטען, בעיקרו של דבר, מפני שהפרמטרים שנקבעו בע"א דיין ובדנ"א דיין נבחנו על-ידי בית המשפט המחוזי כתנאים מצטברים, ולא כאמות מידה, על רקע מכלול נסיבות העניין; וכן משום שהקביעה כי לא הובאו די ראיות להוכחת קיומו של תחקיר עיתונאי ראוי, מכרסמת קשות במוסד החסיון העיתונאי, באופן המאלץ עיתונאים לבחור בין שמירה על חיסוי מקורותיהם, לבין הסרת החסיון לשם הצלת עורם- שלהם, מפני תביעות שתוגשנה נגדם. בתוך כך נטען גם, כי הקפדת בית המשפט המחוזי עם המבקשים, לגבי משך הזמן שבו ניתנה לרגב הזדמנות להגיב, מנוגדת לפרקטיקות עיתונאיות מקובלות ושגורות. הקפדה זו, כך המבקשים, עלולה לאפשר למושא הפרסום לחבל בפרסום מבעוד מועד, באמצעות 'פיצוץ מבוקר', שיבוצע בתיאום עם גורם עיתונאי אחר – מהלך שיינקט על-ידי מושא הפרסום בבחינת הרע במיעוטו, אם יסבור

כי כלתה אליו הרעה. על כך הוסיפו המבקשים וטענו, כי בית המשפט המחוזי גם נמנע מלייחס כל משקל למעמדה ולתפקידה של רגב כנבחרת ציבור, וזאת חרף הפסיקה הברורה והמפורשת בעניין זה.

16. באשר להגנת אמת הפרסום, טוענים המבקשים כי התקיים גם התקיים קשר בלתי אמצעי בין רגב ליהושע עובר להתקשרות המשרד עמו, וכי הפרסומים הראשונים – היו אמת לאמיתה. לעמדתם, לא היה מקום להשתיקם מלהעלות טענה זו במסגרת ההליכים דנן, רק בשל הסכם הפשרה שאליו הגיעו עם יהושע. הסכם זה, כך נטען, גובש מבלי להודות בטענות העובדתיות, ומכאן שהודעת ההבהרה שפורסמה בעקבות הפשרה – איננה הודאה "במובן המשפטי"; ומכל מקום, לדבריהם, אין הצדקה להשתקת בעל דין מלסתור טענות המשתמעות ונלמדות מהסכם פשרה מוקדם, שהוא היה צד לו. עוד נטען בהקשר זה, כי כלל לא היה מקום לדון בסוגיית ההשתק, שעה שהצדדים לא העלו כל טענה ביחס לכך.

17. במישור הכללי, סבורים המבקשים כי עניינם מעורר שאלה עקרונית הנוגעת לאופן הטיפול הראוי בתביעת לשון הרע, מקום בו הפרסום עוסק בעשייתם הציבורית של אישי ציבור. שאלה זו, לדבריהם, לא זכתה להתייחסות ממצה בפסיקתו של בית משפט זה, ובשלה העת להחיל את הסטנדרט האמריקני שנקבע בעניין *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) (להלן: עניין Sullivan). על-פי סטנדרט זה, כאשר עסקינן בפרסום על איש ציבור בקשר לתפקידו, אפילו אם התגלה בדיעבד שהפרסום חטא לאמת – יש להעניק לעיתונאי הגנה מפני תביעת לשון הרע, כל עוד הפרסום לא נעשה בזדון, בידיעה כי הוא שקרי ("actual malice"), או מתוך פזיזות או קלות דעת ביחס לאמיתותו ("reckless disregard").

18. על סמך האמור, טוענים המבקשים כי בקשתם עומדת באמות המידה למתן רשות ערעור ב'גלגול שלישי'. לגישתם, פסק הדין נושא עמו השלכות רוחב – על מוסד העיתונאות וחופש הביטוי בכלל, ועל התנהלות עיתונאים אל מול אישי ציבור בפרט; הוא מעורר שאלות משפטיות עקרוניות ונכבדות, הן בנוגע למקרים שבהם יש מקום לחייב עיתונאים בתביעות לשון הרע, הן בנוגע למוסד החסיון העיתונאי, הן ביחס לסוגיית ההשתק השיפוטי; ולבסוף, פסק הדין יוצר עיוות דין של ממש, בהינתן דרך ניהול הדיון, בכל הנוגע למחסום ההשתק השיפוטי שהוצב בדרכם של המבקשים.

19. רגב מצדה, סומכת ידיה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, על נימוקיו. לדבריה, אין הצדקה בדין למתן רשות ערעור ב'גלגול שלישי', שכן הבקשה איננה אלא ניסיון ליתן בידי עיתונאים חסינות דה-פקטו מאחריות לפגיעה בשם הטוב של אישי

ציבור, וזאת מבלי שקיימת הצדקה לכך בנסיבות המקרה דנן. נטען, כי הגנת העיתונאות האחראית נבחנה בהתאם להלכה הפסוקה; כי המסקנות שאליהן הגיע בית המשפט המחוזי, אינן אלא פועל יוצא של המסד הראייתי שהונח לפניו; וכי בדין החיל בית המשפט המחוזי את כלל ההשתק השיפוטי, וגדע באיבו את הניסיון של המבקשים להעלות טענות עובדתיות סותרות.

20. בכל הנוגע לטענותיהם העקרוניות של המבקשים, גורסת רגב כי 'יבוא' הסטנדרט האמריקני, בכל הנוגע להגנה העומדת לעיתונאים המפרסמים לשון הרע על אישי ציבור, מנוגד מכל וכל לאיזון העדין הקיים בדין הישראלי, בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי. סטנדרט אמריקני זה, לדידה, לא רק ששוכן הרחק מן הדין הישראלי המצוי, אלא שהוא מרוחק מרחק רב גם מן הדין הרצוי. לשיטתה, מבלי לחלוק על מעמדו של חופש הביטוי והאינטרס החברתי בעיתונות חופשית ואמיצה, אין הצדקה להסרה כה נרחבת של האחריות מכתפי עיתונאים שדיווחיהם פגעו בשם הטוב של אנשי ציבור, ונתגלו בדיעבד כחסרי בסיס מבחינה עובדתית. מטעמים דומים טוענת רגב, כי גם אין לקבל את טענת המבקשים בדבר הפגיעה במוסד החסיון העיתונאי: אילו יוכל עיתונאי-נתבע להוכיח את זכאותו להגנת עיתונאות אחראית על בסיס עדותו בלבד, ללא ראיות תומכות, משמעות הדבר תהיה, הלכה למעשה, מתן 'שיק פתוח' לעיתונאים להכפיש אישי ציבור, ללא בירור עובדתי כדבעי, מבלי שניתן יהיה לבוא עמם חשבון על כך. עוד מטעימה רגב, כי בענייננו סוגיה זו כלל אינה מתעוררת, באשר עובדיה הצהיר שאפילו לא ניסה להביא לעדות את מקורותיו, שעליהם נועד החסיון להגן, כך שלא נבחנה אפשרות הסרת החסיון מרצון, לשם הוכחת טענות ההגנה.

21. ביום 24.2.2021, התרתי למבקשים להגיש תגובה קצרה לתשובת רגב. בתגובתם, שבו אלה על עיקרי טענותיהם, תוך שהדגישו את השאלות העקרוניות שההליך מעורר – הצורך בקביעת אמות מידה להטלת אחריות עיתונאית, כאשר מדובר בפרסומים על התנהלות אישי ציבור במילוי תפקידם, כמו גם הפגיעה במעמד החסיון העיתונאי. כמו כן הדגישו המבקשים את עיוות הדין החמור שנגרם להם, לשיטתם, נוכח השתקתם מהצגת טענותיהם לגבי אמיתות הפרסומים.

22. ביום 15.6.2022, הוריתי על העברת הבקשה לדיון לפני מותב תלתא, וביום 30.11.2022 שמענו את טענות הצדדים בעל-פה. משהושלמו טענות הצדדים, בשלה העת להכרעה.

23. כמתואר לעיל, בפי המבקשים טענות למכביר, בשלל מישורים; חלקן שוכנות בגדרי הדין המצוי, חלקן מפליגות למחוזות הדין הרצוי. נזכור, עם זאת, כי עניין לנו ב'גלגול שלישי', שבו הרשות לפתיחה נוספת של ההתדיינות ניתנת במשורה, במקרים חריגים, כאשר עולות שאלות עקרוניות החורגות מעניינם הפרטני של הצדדים, או כאשר מתעורר חשש לעיוות דין (ראו: תקנה 148א לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט-2018 (להלן: התקנות); רע"א 385/93 בית נח – בית החלמה מזור בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מז(3) 221, 222 (1993); רע"א 4193/11 כראדי נ' נרקיס, פסקה 7 (14.6.2011) (להלן: עניין כראדי)). לאחר בחינת טענות הצדדים, בכתב ובעל-פה, ולאחר עיון בפסקי הדין של בית המשפט המחוזי ושל בית משפט השלום, אציע לחברי כי נעשה שימוש בסמכותנו, שמכוח תקנה 149(2)(ב) לתקנות, ונדון בבקשת רשות הערעור כבערעור. עוד אוסיף ואציע, על-פי אמות המידה המקובלות ב'גלגול שלישי', כי בהתאם לתקנה 149(2)(א) לתקנות, רשות הערעור תינתן אך ורק ביחס לסוגיות הכלליות והעקרוניות שניצבות לפנינו: האחת – סוגיית היחס לתביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אנשי ציבור, בגין פרסומים המתייחסים לפועלם הציבורי, עניין שלא קיבל משקל הולם בהכרעתו של בית המשפט המחוזי; בתוך כך, נתמקד בטענת המבקשים, שלפיה נכון שנאמץ את הלכת Sullivan האמריקנית. השנייה – סוגיית היחס להודעות התיקון שפרסמו המבקשים בתקשורת, ובתוכה גם השאלה אם הודעות אלה משתיקות את המבקשים מלטעון בהליך דנן את טענת 'אמת הפרסום'.

לטעמי, רק לגבי שתי הסוגיות הללו מתמלאים התנאים שנקבעו לעניין מתן רשות לערער ב'גלגול שלישי', שכן מדובר בסוגיות המעוררות שאלות משפטיות עקרוניות, שאינן תחומות רק לגזרת המחלוקת הצרה שבין הצדדים; אך לצד זאת, מדובר גם בסוגיות ממוקדות, שלא תדרושנה מאתנו לרדת לזירת המחלוקת העובדתית (לעניין זה ראו, למשל: רע"א 2855/20 פלונית נ' פלוני, פסקה 22 (6.10.2022); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 797 (מהדורה שביעית, שלמה לוין עורך, 1995) (להלן: זוסמן)). על כן, איני מוצא מקום להרחיב את הפתח מעבר למידת שתי הסוגיות הנ"ל, עד כדי פתח שעגלות וקרוניות נכנסות בו (על-פי: מדרש שיר השירים רבה, ה, ג) – יתר טענות המבקשים מסתכמות, בעיקרו של דבר, בשגיאות שסבורים הם כי נפלו בפסק הדין המחוזי; בכגון דא, כידוע – אין כדי להצדיק מתן רשות ערעור, ב'גלגול שלישי' (ראו: עניין כראדי, פסקה 7; חמי בן-נון וטל חבקין הערעור האזרחי 214 (מהדורה שלישית 2012) והאסמכתאות שם).

24. אקדים אחרית לראשית ואומר, כבר עתה, כי בסוגיה הראשונה – קרי, שאלת היחס לתביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אנשי ציבור – מקובלת עלי גישת בית המשפט

המחוזי, ואיני מוצא מקום להתערב בה. לעומת זאת, בסוגיה השניה, סוגיית ההשתק השיפוטי, אני סבור כי יש מקום לדייק את קביעותיו של בית המשפט המחוזי, חרף העובדה שלא יהיה בכך כדי לשנות מן התוצאה הסופית; הכל כפי שאפרט בהמשך.

בטרם אעשה כן, הערה קצרה לגבי טענות המבקשים באשר לסוגיית החיסיון העיתונאי, שלגביה לא מצאתי לנכון ליתן להם רשות ערעור.

הוכחת טענות הגנה בתביעת לשון הרע לצד שימוש בחיסיון עיתונאי 25. כאמור, בהקשר זה, מלינים המבקשים על הדרישות הראייתיות שהציב לפנייהם בית המשפט המחוזי, ועל השלכתן האפשרית על מוסד החיסיון העיתונאי. נטען על-ידם, כי התשתית הראייתית שהציגו היתה מפורטת דיה, על מנת לבסס את הטענה להגנת העיתונאות האחראית. כמו כן, במישור העקרוני טוענים המבקשים, כי אין להגביה את הרף הראייתי הנדרש מעיתונאי המבקש להתגונן מפני תביעת לשון הרע, מקום שבו הוכחת טענת ההגנה כרוכה בחשש מפני חשיפת מקורות עיתונאיים חסויים, וזאת בשים לב לחשיבותו הרבה של עיקרון החיסיון העיתונאי. הטענה היא אפוא, כי אין מקום להציב עיתונאים בצומת הכרעה 'בין דבר לכולרה', היינו: בין חשיפת המקור החסוי, לבין כישלון בהוכחת טענות ההגנה, וכי בהתאם לכך יש לעצב את הדרישות הראייתיות, שיוצבו בדרכו של העיתונאי המבקש להתגונן מפני תביעת לשון הרע.

אין בידי לקבל את הטענות. בדין דרש בית המשפט המחוזי את שדרש מן המבקשים, ואיני מוצא גם מקום לשינויו של דין זה.

26. 'נקודת האפס' בכל הנוגע לדרישות ההוכחה, בהעדר קביעה נוגדת, היא כמובן תחולתם של כללי הראיות הרגילים, ככל משפטם וחוקתם: "ככלל, בעל-דין נדרש להוכיח את הנושאים הנחוצים לו במשפט. צד הטוען לקיומה של עובדה מסוימת יחויב בהוכחתה. 'He who asserts must prove' [...] הכלל הרגיל הוא שעל התובע מוטלת החובה לשכנע את בית המשפט בכל הנוגע ליסודותיה העובדתיים של עילת התביעה. עם זאת, יש עניינים והקשרים שבהם נטל השכנוע מונח דווקא לפתחו של הנתבע. כך הדבר, למשל, לגבי טענות הגנה מסוימות שהוא גורס להתקיימותן" (גיאי שני חזקות רשלנות: העברת נטל ההוכחה בדיני נזיקין 31-33 (2011)). בהתאם לכך, נטל הוכחת טענות ההגנה בתביעת לשון הרע – רובץ על כתפי הנתבע (ראו, מגי רבים: ע"א 844/12 מולקנדוב נ' פורוש, פסקאות 35 ו-44 (22.2.2017), והאסמכתאות שם (להלן: עניין מולקנדוב); ע"א דיין, עמוד 493). אם לא יעמוד בו, בין אם בשל שמירה על חיסיון מקורותיו, בין אם מכל סיבה אחרת – יהיה עליו לשאת בתוצאה (ע"א 256/57 אפלבויס נ' בן גוריון, פ"ד יד 1205, 1238 (1960)). הלכה נושנה זו אמנם ניתנה בטרם בא למשפט הישראלי מוסד החיסיון העיתונאי; ברם,

כאמור, זוהי נקודת מוצא מתבקשת ופשוטה המתחייבת מכללי הראיות ונטלי ההוכחה, כמו גם מתחומי פעולתם של חסיונות בכלל, ושל החיסיון העיתונאי בפרט – מדובר בפטור מהצגת ראיות וממסירת מידע לבית משפט או לרשויות חקירה, אך אין בו כדי לפטור מחובת ההוכחה והשכנוע (ראו: סעיפים 44-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן: פקודת הראיות); רע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54, 61-62 (1995); יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 345-346 (2021) (להלן: עמית)).

27. בהינתן האמור, עמדו מלומדי משפט בפירוש על צומת ההכרעה המעיק שבו עלול העיתונאי להימצא: להגן על עצמו מפני חרב התביעה תוך סיכון לחשיפת המקור, או לשמור על חסיון מקורותיו, אך ליטול סיכון בהליך המשפטי; "אוי לי מיצרי, אוי לי מיוצרי" (בבלי, עירובין יח, א). לצד זאת, נראה כי שוררת בקרבם תמימות דעים, שלפיה זהו אמנם רע הכרחי, אלא שההכרעה לגביו, שלפיה כללי ההוכחה הרגילים נותרים על מכונם – ברורה; זוהי גם הגישה הנהוגה בערכאות הדיוניות (עמית, עמוד 842; אורי שנהר דיני לשון הרע 473-474 (1997) (להלן: שנהר); ישגב נקדימון חיסיון עיתונאי 255, 264-266 (2013) והאסמכתאות הרבות שם (להלן: נקדימון); וראו גם: האלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוטז שנור דיני לשון הרע: הדין המצוי והדין הרצוי 328 (מהדורה שניה מורחבת 2019) (להלן: גנאים, קרמניצר ושנור)). אף לי הזדמן, בעבר, לקבוע כדברים הללו (ת"א (שלום י-ם) 1839/01 נתניהו נ' רשת שוקן בע"מ, פסקה 14 (25.7.2002); ת"א (שלום י-ם) 8000/02 אמיר נ' רשת שוקן בע"מ, פסקה 10 (26.6.2004)).

28. אוסיף, כי בפסיקה, בארץ ובעולם, נדונה דווקא השאלה ההפוכה – האם עמידתו של עיתונאי על החיסיון תביא להסקת מסקנות ראייתיות לחובתו; לא לטובתו. על שאלה זו אמנם היה מי שהשיב בשלילה, ולו על דרך הכלל (ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט(2) 843, 875-876 (1995); Reynolds v. Times Newspapers Ltd. (H.L.) 205, 127 A.C. 2 (2001) (להלן: עניין Reynolds)); אך היה גם מי שהשיב עליה בחיוב (ראו למשל: Downing v. Monitor Publishing Co., 120 N.H. 383, 415 A.2d (1980) 683). כאן אולי המקום לציין, כי בכמה ממדינות ארצות הברית נקבע בחקיקה כי עיתונאי המבקש לתמוך את הגנתו על מקור או על מידע חסויים, לא יוכל בד בבד לטעון לחיסיון (ראו הסקירה שאצל נקדימון, עמודים 94, 264).

29. די באמור עד כה כדי להבהיר מדוע אין בטענות המבקשים, בכל הנוגע לסוגיית הדרישות הראייתיות המוטלות על עיתונאי המבקש לחסות את מקורותיו, כדי להצדיק מתן רשות ערעור; גם לא עילה להתערבותנו בקביעות בית המשפט המחוזי. אין צריך לומר, שגם בכל הנוגע לטענות הפרטניות שהעלו המבקשים, בעניין דיות הראיות

להוכחת טענת הגנת העיתונאות האחראית, אין מקום להתערבות ערעורית. בעניין זה, לא מצאתי לנכון לסטות מהכלל שלפיו ערכאת הערעור ממעטת להתערב בשאלות מעין אלה, בפרט כאשר עסקינן ב'גלגול שלישי' (רע"א 4705/22 אליהו נ' ישראל-פור (אליהו), פסקה 9 (29.9.2022); רע"א 2064/23 נפתלי נ' כהן, פסקה 6 (27.3.2023)).

אם כן, כזכור, שתי סוגיות ניצבות על המדוכה: האחת – אמות המידה לבחינת תביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אישי ציבור, בהתייחס לפרסומים העוסקים בעשייתם הציבורית; השנייה – משמעותן המשפטית של הודעות התיקון שהוציאו המבקשים, ובפרט, השאלה אם אכן יש בהודעות אלה כדי להצדיק את חסימתם באמצעות השתק שיפוטי, כפי שקבע בית המשפט המחוזי. אפנה לדון בהן, כסדרן.

תביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אנשי ציבור בגין פרסומים הקשורים לעשייתם הציבורית 30. כאמור, בהקשר זה, טענתם העקרונית של המבקשים היא כי יש לקבוע סטנדרט יחודי ומחמיר, שיחול בכל הנוגע לתביעות לשון הרע שמגישים אישי ציבור, בגין פרסומים העוסקים בפועלם הציבורי. זאת, בעיקרו של דבר, נוכח חשיבותם הרבה של פרסומים העוסקים בנושאים אלה לשיח הציבורי ולקיומו של משטר דמוקרטי. מה גם, שהצבת סטנדרט מחמיר, תפיג, ולו במקצת, את החשש מפני 'אפקט מצנן', שבגיננו ימנעו עיתונאים מלהוציא תחת ידם פרסומים חשובים מן הסוג האמור. לגישת המבקשים, הפסיקה בסוגיה זו אינה ברורה דיה, ואין בה כדי ליתן מענה הולם לחששות הנזכרים. על כן, כמתואר לעיל, האריכו המבקשים לטעון כי נכון יהיה לאמץ את גישת הפסיקה האמריקנית בסוגיה האמורה, כפי שנקבעה בהלכת Sullivan, אשר לפיה איש ציבור המגיש תביעת לשון הרע נדרש להוכיח יסודות שאדם מן היישוב פטור מהוכחתם – עליו להראות כי הפרסום נעשה מתוך כוונת זדון, במובן זה שהמפרסם ידע כי מדובר בשקר, או כי המפרסם נהג בפזיזות או בקלות דעת לגבי אמיתות הפרסום; אחרת – תידחה תביעתו.

לאחר עיון בדבר, ושקילת טענות הצדדים, מזה ומזה, לא השתכנעתי כי אכן נדרש שינוי מן הגישה שהנהיג עד כה בית משפט זה.

31. מן המפורסמות הוא, ש"הדינים בדבר איסור לשון הרע מהווים איזון עדין בין זכויות אדם מרכזיות בכל משטר דמוקרטי: הזכות לשם הטוב ולפרטיות מזה והזכות לחופש הביטוי מזה" (רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, 518 (2001) (להלן: עניין אמר)). אין צורך שארחיב את הדיבור באשר למתח שבין שני המאורות הגדולים, הזכות לשם טוב ולפרטיות אל מול הזכות לחופש הביטוי; נהרות דיו נשפכו לגבי חשיבות עקרונית אלה, ולגבי מארג היחסים העדין, לעתים הסבוך, השורר ביניהם (ראו, מני רבים: ע"א 214/89

אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 855, 840 (1989) (להלן: עניין אבנרי); ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פסקאות 12-14 (4.8.2008) (להלן: עניין נודלמן); רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקר, פסקאות 11-15 (12.11.2006) (להלן: עניין בן גביר); שנהר, עמודים 19-21, 35-52). אדרוש אפוא רק מקצת שבחם. מן העבר האחד, מקובלנו כי "אין לקיים חברה שוחרת חירות בלא הגנה על שמו הטוב של כל אחד מבני החברה [...] הגוזל את רכושי עשוי לפצות אותי בממון. הגוזל את שמי הטוב גוזל את טעם קיומי. [...] משטר דמוקרטי המגן על החירות של כל אחד מיחידיו רשאי וצריך להגן לא רק על גופו של הפרט אלא גם על נפשו ושמו הטוב. בישראל נגזרת ההגנה על השם הטוב גם מההגנה על כבוד האדם" (עניין אמר, עמוד 518). מן העבר השני: "חופש הביטוי הוא מרכיב מרכזי בכל משטר דמוקרטי. יש לו 'מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם' [...] הוא מהווה את '...ציפור נפשה של הדמוקרטיה' [...] אין לקיים משטר דמוקרטי בלא שיובטח בו חופש הביטוי. בישראל נגזרת הגנה זו על חופש הביטוי גם מההגנה החוקתית על כבוד האדם" (שם).

32. אשר להיררכיה שבין שני הערכים הנ"ל, נשמעו בפסיקה עמדות שונות ומגוונות: מהן כאלה המקנות את משפט הבכורה לחופש הביטוי (דנ"א חברת החשמל, עמודים 358-359 (השופט מ' שמגר); ע"א דיין, עמוד 432 (המשנה לנשיאה א' ריבלין); דנ"א דיין, עמוד 831 (השופט הנדל)); מהן כאלה שלפיהן "כתר שם טוב עולה על גביהן" (משנה, אבות ד, יג) (דנ"א חברת החשמל, עמוד 343 (מ"מ הנשיא מ' לנדוי); דנ"א דיין, עמוד 777 (השופט רובינשטיין)); ומהן – וזוהי הגישה הרווחת – שגורסות כי "יש להותיר את קביעתו של [ה]איזון" בין הזכות לשם הטוב לבין חופש הביטוי "לכל מקרה לגופו ולהימנע מקביעה גורפת אפריורית כי ידה של הזכות האחת או השנייה היא תמיד על העליונה" (שם, עמוד 766 (השופט ארבל)); וראו גם: שם, עמודים 864 (חברי, השופט עמית), 872-873 (השופט ג'ובראן). בעמדה זו צידדתי אף אני, בהקשר אחר – ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691, 760-764 (2014) (להלן: עניין פלוני)). זאת, בין היתר, בשם לב לזיקה החזקה במיוחד שבין השם הטוב לבין כבוד האדם, שהגנתו נקבעה בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ע"א דיין, עמודים 500-502; דנ"א דיין, עמוד 777; עניין פלוני, עמודים 763-764).

כך – על דרך הכלל; ואולם, הפסיקה הוסיפה והבהירה, כי נקודת האיזון שבין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי משתנה קמעא, בכל הנוגע לתביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אישי ציבור, בהתייחס לפרסומים הנוגעים לעשייתם הציבורית. אעבור אפוא לכך.

33. תביעות לשון הרע שמגישים אישי ציבור, עקב פרסומים העוסקים בפועלם הציבורי – אינן מחזה נדיר במחוזותינו; שמא להפך (לניתוח אמפירי-כמותני, המתייחס

בין היתר לסוג תביעות זה, במהלך השנים 2004-2011, ראו: תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינזילבר "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית" משפטים מג 453, 491-493 (2013) (להלן: גדרון, אילוז וריינזילבר). כמה מן התביעות הנ"ל התגלגלו אף לפתחו של בית משפט זה. במסגרת אותם הליכים, עמדה הפסיקה על האיזונים היחודיים, על ההתאמות הנדרשות, ובפרט על המשקל הרב שיש לייחס לחופש הביטוי כתביעות אלה (ראו למשל: ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 621-623 (2002) והאסמכתאות שם (להלן: עניין אפל); עניין אבנרי, עמודים 863-864; ע"א 4534/02 דשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558, 570 (2004) (להלן: עניין הרציקוביץ'); ע"א דין, עמודים 427, 431-432, 451-453; רע"א 817/23 עמותת חוזה חדש נ' זוהר, פסקה 14 (30.5.2023) (להלן: עניין חוזה חדש); גנאים, קרמניצר ושנור, עמודים 130-138).

34. לא זו אף זו: נראה, כי ישנם תימוכין אמפיריים לכך שקביעות עקרוניות אלה מיושמות, הלכה למעשה, על-ידי כלל הערכאות השיפוטיות: "מספרי התביעות שהוגשו על ידי אנשי ציבור והתקבלו אינם מגיעים אפילו למחצית מספר התביעות שהתקבלו לטובתם של מי שאינם אנשי ציבור" (גדרון, אילוז וריינזילבר, עמוד 501 (ההדגשה הוספה – נ' ס'); מנגד, ראו השערה אפשרית ביחס לפער הקיצוני: שם, עמוד 506, ה"ש 144, וכך ראו שם, עמוד 479, לגבי הקשיים שבהגדרת המונח "אנשי ציבור", ועל כן גם באיתור ובניתוח הפסיקה הרלבנטית).

35. לצד איזון יחודי זה, שנקבע כי יש לערוך במסגרת תביעות דיבה המוגשות על-ידי אישי ציבור, הוכרע בפירוש גם כי אין מקום לאימוצה של הלכת Sullivan בשיטת המשפט הישראלית. זאת, במסגרת דיון נוסף – שבקרוב ימלאו לו יובל שנים – שבו נדחתה גישת השופט מ' שמגר, שביקש לעשות כן (דנ"א 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337 (1978) (להלן: דנ"א חברת החשמל); ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281 (1977)).

36. כללו של דבר: בית משפט זה הכיר ביחס היחודי שיש ליתן לתביעות דיבה המוגשות על-ידי אישי ציבור, ובחשיבותו היתרה של חופש הביטוי במסגרתן; אולם, לצד זאת, הכריע מפורשות, בעבר, כי יש לדחות את האפשרות לילך בהקשר זה עד לקוטב שבו מצויה הלכת Sullivan האמריקנית – קביעה שניתנה לפני כמעט שתי שנות דור (לעמדות שלפיהן אבד הכלח על כמה מן ההכרעות שנתקבלו בדנ"א חברת החשמל, מבלי להתייחס – לחיוב או לשלילה – להכרעה הספציפית בדבר דחייתה של הלכת Sullivan, ראו: ע"א דין, 461-462, 482, 487; והשוו: דנ"א דין, עמוד 793 (השופט רובינשטיין):

“שופטי בית המשפט העליון בשנות השישים והשבעים לא היו דינוזאורים שמרנים שלא ראו את האור”.

37. אם כן, התמונה המתקבלת היא שאין מדובר בקרקע בתולה, בבקעה שעוד נותר לנו להתגדר בה; רחוק מכך. נראה אפוא, כי יש לדייק את טענת המבקשים. טענתם, הלכה למעשה, היא שכשרה השעה לסטות מגישתו הנוהגת של בית משפט זה; לאמץ את הגישה שעוגנה בהלכת Sullivan, או גישה הקרובה לה; ולעצב דרישות קונקרטיות שתחולנה בתביעות דיבה של אישי ציבור, להבדיל מן ההסתפקות בהתווית האיזון הייחודי, לטובת חופש הביטוי, ההולם מקרים אלה. משאלה פני הדברים, עלינו לזכור ולהזכיר את האתגר כבד המשקל, הניצב לפני בעל דין המבקש לשנות הלכה נוהגת. היטיב לנסח זאת השופט א' ברק, ברע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח פ"ד מו(5) 159, 172 (1992):

“סטייה מתקדים קודם של בית המשפט העליון היא עניין רציני. אמת, אין כל קדושה בתקדים ואין כל מיסטיות ביצירתו. אך גם אין כל חזון בסטייה ממנו. בית המשפט העליון רשאי לסטות מתקדימיו (סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה), אך הוא יעשה שימוש בסמכותו זו, במקרים הקשים, רק במקרים מיוחדים [...]. כל שניתן לומר בדרך ההכללה הוא, כי בכל מקרה ספציפי על השופט לקחת בחשבון, מחד גיסא, את מכלול השיקולים התומכים בכיבוד התקדים ובהליכה בעקבותיו, ומאידך גיסא, את ההיקף המלא של השיקולים המצביעים לכיוון סטייה מהתקדים והבחירה באפשרות חדשה. על השופט ליתן לכל אחד ממערכות השיקולים הללו את משקלו הראוי. משעשה כן, עליו להעמיד השיקולים זה כנגד זה, ועליו לבחור באותה אפשרות אשר ידה על העליונה. על השופט לשאול עצמו, אם הנזק בקיום הדין הקיים עולה על הנזק בשינויו בדרך שיפוטית. השאלה היא, אם השיקולים התומכים בדין החדש משקלם עולה על השיקולים התומכים בדין הישן ומהו הנזק הנגרם בשל עצם השינוי. [...] אכן, לא די בכך שהלכה קודמת אינה נראית לשופט טובה כדי להצדיק סטייה ממנה. רבות הן ההלכות שלא הייתי שלם עמן אשר חזרתי ואימצתי אותן בפסיקתי. השאלה שעל השופט לשאול עצמו הינה, אם ההלכה הקודמת היא כה בלתי ראויה, עד כי החלפתה בהלכה חדשה וטובה ממנה מוצדקת היא, בהתחשב בנזק הנגרם בעצם השינוי” (וראו גם: שם, עמודים 173-174; ע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד

מט(1) 369, 378-380 (1995); בע"מ 1059/17 פלוני נ' פלונית, פסקה ה (9.2.2017); רע"א 9371/16 דהרי נ' לדרמן, פסקה ז (10.1.2017); יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161-162 (2001); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 239-247 (2004); ובהקשר הספציפי של דיני לשון הרע: ע"א דיין, עמוד 487; כך אפילו לגבי פתיחת הלכה קיימת לדיון מחודש – ראו, למשל: ע"א 7336/18 פלוני נ' קופת חולים מאוחדת, פסקה 10 (19.9.2019).

בהינתן האמור, לא מצאתי כי המבקשים צלחו משוכה גבוהה זו; זאת, הן בשים לב לדין המצוי, הן בהתחשב בדין הרצוי. אפרט.

(א) אין יסוד לגישת המבקשים בהוראות חוק לשון הרע

38. אפתח בכך שאיני סבור כי ניתן להלום את הלכת Sullivan האמריקנית עם הוראות חוק לשון הרע הישראלי. ברובד המעשי, והפשוט ביותר, קבלת גישת המבקשים משמעותה כינון דרישות ותנאים נוספים, אשר יוצבו בדרכם של אישי ציבור המגישים תביעות לשון הרע; ואולם, כפי שהבהיר וניסח בחדות המשנה לנשיאה א' ריבלין: "חוק איסור לשון הרע אינו מתעלם מזכותם של אנשי הציבור לשם טוב. החוק אינו נוקט את גישת המשפט של ארצות-הברית המתנה את הטלתה של אחריות על המפרסם של דברי לשון הרע על אנשי ציבור בכך שהפרסום יהיה כוזב ובכך שיהיה זדון בפרסום" (ע"א דיין, עמוד 453).

39. וביתר פירוט. גישת המבקשים קוראת לתוככי החוק החרות את מה שאין בו – הבחנה בין תובעים שונים, תוך הוספת יסודות ודרישות, שאינם מופיעים בחוק, ומכוחם לדחות תביעות אשר מתמלאים לגביהן כלל היסודות שנקבעו בחקיקה, ושאלמלא אותם יסודות נוספים, יצירי הפסיקה – היו מתקבלות. המבקשים אמנם נימקו את בקשתם בטענה שאימוץ גישתם יביא ליתר הגנה על חופש העיתונות, ובדרך זו ימצאו נתרמים חופש הביטוי והשיח הציבורי. ואולם, לא הובהר על-ידם מהו 'הקולב' הסטטוטורי, במסגרת הדין הקיים, שעליו ניתן לתלות את 'החליפה' האמריקנית, שאותה הם מבקשים לייבא לארצנו; למעשה, המבקשים נמנעו כמעט מכל התייחסות לסוגיה זו. מובן, עם זאת, כי עיגון חקוק 'לאו מילתא זוטרתי' הוא, שכן יצירת סטנדרט יחודי כאמור, על משמעויותיו הדרמטיות – מצריך גם מצריך יתד ופינה בהוראות המחוקק (ראו למשל:

דנ"א דיין, עמודים 718-723, שם ברור היה שעבור הגנת העיתונאות האחראית, דרוש מקור בחוק). דא עקא, שאיני מוצא בחוק הישראלי עיגון אפשרי מעין זה, ולמעשה, בחינת הוראות החוק, מזווית זו – עשויה אף לצייר תמונה הפוכה.

40. המונח "לשון הרע", מוגדר בחוק הישראלי כדבר שפרסומו עלול להביא לפגיעות שונות ב"אדם", המוגדר בתורו כ"יחיד או תאגיד" (סעיף 1 לחוק). אין צריך לומר כי 'אישי ציבור' – נכלל בהגדרה רחבה זו. אם כן, לכל הפחות בנוגע להגדרת 'לשון הרע' – החוק אינו מתווה לגבי אנשי ציבור הסדר מיוחד, לחיוב או לשלילה (למחלוקת פסיקתית קרובה, הנוגעת לישום החוק ולאיוזנים הפרשניים שבגדרו, ראו למשל: עניין הרציקוביץ', עמודים 570, 575; ולעומתו, עניין נודלמן, פסקה 30). במסגרת ההגנות הקבועות בחוק, ניתנה אמנם התייחסות גם לזהות מושא הפרסום, בהקשרים שונים (התייחסות שאף תוארה כגרסה 'תוצרת-הארץ' של הלכת Sullivan – ע"א דיין, עמוד 427); ועדיין, אין בחוק הבחנה דומה לזו המוצעת על-ידי המבקשים, בכל הנוגע לאישי ציבור. מבין ההגנות הנ"ל, אזכיר את זו שנראית קרובה ביותר לסוגיה שבה עסקינן – ההגנה הנתונה לפרסום שהוא "הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לענין ציבורי, או על אופיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות" (סעיף 15(4) לחוק). עינינו הרואות, כי בחוק אמנם קיים יחס מיוחד להתבטאות שעניינה ב'התנהגות הנפגע בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לענין ציבורי', אלא שיחס מיוחד זה מוגבל אך למקרי 'הבעת דעה'; מנגד, הגנה זו אינה חלה על הצגת פרסום הנחזה להיות תיאור עובדתי (לעניין הפער שבין הלכת Sullivan, לבין הוראת סעיף 15(4) לחוק, ראו: דנ"א חברת החשמל, עמודים 347-349; לעיסוק נוסף בהגנה זו, כמו גם בהבחנה בין דעה לבין עובדה, ראו: עניין חוזה חדש, פסקאות 18-21, 35)).

41. הפועל היוצא מן האמור הוא, שהגישה המוצעת על-ידי המבקשים נעדרת עיגון בהוראות החוק; על כן, אימוץ גישתם כרוך בחריגה מתפקידו הראוי של בית המשפט, אל עבר הכרעות הנוגעות לקביעת המדיניות ועיצובה; זהו עניין למחוקק לענות בו. סבורני, כי על בית המשפט להימנע מלעשות כן, ולבוא בתחומה של הרשות המחוקקת – כל רשות, ותפקידה היא; עלינו להימנע מעירוב תחומין. כך, אפילו הייתי משתכנע כי האיזון הקיים בחוק מעורר קשיים; קל וחומר, משמסופקני אם אלו הם פני הדברים, כפי שיפורט בהמשך (לחלוקת התפקידים בין הרשויות ראו: ע"א 1579/20 אנגל נ' פקיד שומה תל אביב, פסקה 9 לפסק דיני (18.8.2021)); רע"א 6642/13 רוקסי בניה והשקעות בע"מ נ' פלקובי חברה לבנין והשקעות בע"מ, פסקה 20 (1.1.2015); אהרן ברק מבחר כתבים כרך א 796-797 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 2000) (להלן: ברק, מבחר כתבים)). הקושי

הכללי שתואר מקבל משנה תוקף בהקשר שבו עסקינן, מאחר שבדיני לשון הרע טרח המחוקק ועיצב הסדרים מדויקים, תוך קבלת הכרעות ערכיות ויצירת איזונים ספציפיים. יפים לעניין זה דבריו של השופט ת' אור, בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 46 (1998) (להלן: דנ"א קראוס):

"דיני לשון הרע בישראל הם פרי החקיקה. חקיקה זו משקפת איזון ערכי מסוים. הכנסת תמורות מהותיות בחקיקה זו היא פונקציה שעל המחוקק להגשימה. [...] שיקולים של הפרדת רשויות מצדיקים כי שינוי כזה בחוק ייעשה על-ידי המחוקק.

זאת ועוד, נקיטת עמדה כי מהלך נורמטיבי כזה נחוץ מחייבת תשתית נאותה [...]. מהלך כזה מחייב תשתית נאותה גם בדבר ההשלכות הכלל-חברתיות אשר עשויות לנבוע משינויים באיזון הבסיסי שבחוק איסור לשון הרע. מוסדית, הגוף אשר יש בידי הכלים הנדרשים ליצירת התשתית המתאימה ולקביעת המסקנות העולות ממנה, הוא הגוף המחוקק" (לגישה דומה ראו גם: גנאים, קרמניצר ושנור, עמוד 344).

42. דברי עד כה היו בהתייחס להוראות הסטטוטוריות של חוק איסור לשון הרע. אוסיף על כך, כי מסקנה דומה מתקבלת, לטעמי, גם בהתחשב ב'רוחו' של החוק, ב'כוכב הצפון' המכוין את דרכו מלמעלה; זאת, אף בשים לב לפיתוחי הדין הפסיקטיים. כפי שהזכרתי לעיל, דיני לשון הרע מבטאים איזון ערכי-עקרוני, בין שני המאורות הגדולים – חופש הביטוי מזה, והזכות לשם טוב מזה (ראו: עניין אמר, עמודים 518-519 והאסמכתאות שם). כאמור, שיטתנו כוללת עמדות שונות בכל הנוגע לשאלת העדפתו העקרונית של אחד מן הערכים, על פני משנהו, תוך שהגישה המקובלת היא של איזון אד-הוק, כל מקרה לגופו בהתאם לנסיבותיו (ראו לעיל בפסקה 31). דומני, כי תמונה מורכבת זו, אינה עולה בקנה אחד עם הרוח הנושבת מהלכת Sullivan, המבטאת העדפה מובהקת לחופש הביטוי, על פני הגנת השם הטוב, באופן התואם את התפיסה המקובלת בארצה-מכורתה של הלכה זו, אך הנבדל מן המקובל במחוזותינו (ראו בהקשר זה את דבריו הנכוחים של השופט לנדוי, בדנ"א חברת החשמל, עמוד 344; וכן ע"א דיין, עמודים 482-483, שם תוארה הגישה האמריקנית כ"גישה מונוליתית", הנבדלת בכך ממקבילתה הישראלית. לעיסוק נוסף בהבדלים שישנם בין השיטה הישראלית, לזו האמריקנית, בנוגע למעמד חופש הביטוי בכלל, ובהתייחס לדרך הטיפול בו בפרט, ראו למשל: תמר גדרון "מפת תיירות הדיבה העולמית ודיני לשון הרע בישראל" המשפט טו 385,

390-391, 395-404 (2011); ברק, מבחר כתבים, עמודים 388-389, 391; אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית-המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 185, 186, 191-192, 201 (2006); ובהקשר אחר: עניין פלוני, עמודים 762-766). עלינו להיזהר אפוא מ'השתלת איברים', 'איברי' פסיקה משיטות משפט זרות, בשיטתנו-שלנו, מבלי לוודא כי קיימת התאמה (לאזהרות דומות, שהושמעו בהקשר שבו עסקינן, ראו: דנ"א דיין, עמודים 825-826, 836; ע"א דיין, עמוד 480)).

חרף האמור עתה, עשוי הטוען לטעון – וגישה שכזו נשקפת גם מטענות המבקשים – כי אכסניה מתאימה לקליטת הלכת Sullivan בדין הישראלי, מצויה בהגנת העיתונאות האחראית, כפי שפותחה בע"א ובדנ"א דיין. איני סבור כן, ואגש עתה להסברת עמדתי זו.

(ב) גישת המבקשים אינה ניתנת לעיגון בהגנת העיתונאות האחראית

43. הדרך שבה עיצבה הפסיקה את הגנת העיתונאות האחראית, בין היתר בדנ"א דיין, אינה מאפשרת, לטעמי, לקרוא לתוך הגנה זו את אשר נקבע בהלכת Sullivan, או סטנדרט הדומה לה. כלומר, לא ניתן לקבוע כי כאשר מדובר בפרסום על אודות פועלו הציבורי של איש ציבור, בהעדר ידיעה לגבי שקריות הפרסום, או בהעדר פיזיות או קלות דעת לגבי אמיתותו – תחול הגנת העיתונאות האחראית. על מנת להסביר מדוע 'קריאה' זו אינה אפשרית, ארחיב מעט על אודות המשמעויות הטמונות בקבלת גישת המבקשים, ובאימוץ הלכת Sullivan. אחר זאת, אסביר מדוע קשה ליישב בין משמעויות אלה לבין הגנת העיתונאות האחראית, כפי מובנה בדין הישראלי.

44. אם כן, ראשית – משמעויות 'יבוא' הלכת Sullivan. מבחינה אופרטיבית, כאמור, הלכת Sullivan מבססת משטר אחריות של ידיעה, פיזיות או קלות דעת, מצד המפרסם ביחס לאמיתות הפרסום, בנסיבות של פרסום לשון הרע על אודות איש הציבור. המבקשים, כנזכר, מיקדו את טענותיהם בתוצאות החיוביות, לטענתם, הגלומות בהלכת Sullivan: צמצום המקרים שבהם עיתונאים יחובו בתביעות לשון הרע. האם קיימת הצדקה לצמצום שכזה? איני סבור כך.

45. כיום, קו הגבול בין פרסום שיביא לחיוב נזיקי בעוולת לשון הרע, לבין פרסום שלא יוביל לאחריות נזיקית שכזו, נקבע על-פי משטר אחריות שהוא בעיקרו אובייקטיבי, כפי שנפסק בדנ"א דיין. לעומת זאת, אימוץ הלכת Sullivan, כגישת המבקשים, יוביל לאימוץ משטר אחריות שהוא בעיקרו סובייקטיבי. זאת, בדומה למוכר לנו מדיני העונשין, הדורשים, ככלל, קיומה של מחשבה פלילית, דהיינו רכיב הכרתי-שכלי, בין היתר ביחס

לנסיבות המעשה (סעיפים 20(א) ו-20(ג) (1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 485-486, 516-530 (1984) (להלן: פלר)). על-פי הלכת Sullivan, רכיב הכרתי זה יבחן ביחס לנסיבת אי-אמיתות הפרסום, שלגביה תידרש מודעות, או למצער פזיזות או קלות דעת (לדיון במצבים תודעתיים אלה בהתייחס לנסיבות העבירה הפלילית, ובפרט לזיקה שבין כלל עצימת העיניים לבין הפזיזות, ראו: קרן שפירא-אטינגר "עצימת עיניים – סיפור על שועלים ועל יענים" ספר מנשה שאוה 636 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים 2006)). מבלי לצלול לעומקן של סוגיות עונשיות אלה, אציין כי זיקה הכרתית לנסיבות המעשה, היא חלק מתפקידו של היסוד הנפשי בדין הפלילי, אשר בתורו נועד לשמש כ"חוליה המקשרת בין העושה לבין העשייה מן הבחינה הערכית. העושה אינו יכול להיחשב כעבריין אלא אם כן עשייתו לוותה באשמה הנדרשת כדי להפוך את העשייה לעבירה, לפי העיקרון שאין עבירה ללא אשמה [...]. האשמה היא, כידוע, שם נרדף ליסוד הנפשי שבעבירה" (פלר, עמוד 488). אם נחזור לענייננו, קריאת המבקשים היא אפוא לצמצום היקף האחריות הנזיקית, בדרך של תליית החיוב הנזיקי ב'אשמה אישית', המשקפת חומרה מוסרית המיוחסת למעשי המזיק, להבדיל מהסתפקות ב'אשמה חברתית' (ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 625, 823, 1159-1162 (2012) (להלן: גלעד)). אלא מאי? דרישה מעין זו, השגורה ומוכרת במשפט הפלילי, זרה, ככלל, למשפט הנזיקי, ואיני מוצא, בנדון דידן, טעם טוב לחריגה מדרך כללית זו.

46. אמנם, גם בדיני הנזיקין ישנן עוולות הכוללות יסוד של אשם מוסרי-אישי (כך בעוולת הנגישה; עוולת שקר במפגיע; עוולת גרם הפרת חוזה). קרובה במיוחד לנדון דידן עוולת התרמית, הדורשת זיקה הכרתית של המעוול לאחת מנסיבות העוולה: נדרש במסגרתה כי מציג העובדה הכוזבת יעשה כן "בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות ראש, כשלא איכפת למציג אם היא אמת או כזב" (סעיף 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]; ע"א 293/70 מורדוך נ' דעבול, פ"ד כד(2) 811, 814 (1970), שם קושרה דרישה זו למצב של עצימת עיניים; ע"א 9057/07 אפל נ' מדינת ישראל, פסקאות 35, 40-41 (2.4.2012); עדה בר-שירה "תרמית" דיני הנזיקין: העוולות השונות 12 (גד טדסקי עורך 1982)). ואכן, יסוד זה תואר ככזה שמבטא "ממד מסוים של אשם", וככזה שמקיים קרבה רבה ליסודותיה של עבירת המרמה הפלילית (מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית 58 (2009); וראו גם: ע"א 4842/05 גרניט הנדסה לתעשייה נ' כלל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 12 (12.8.2007) (להלן: עניין גרניט)).

47. מן המקובץ עולה, אם כן, כי הלכת Sullivan מבטאת תפיסה שלפיה יש מקום להטיל אחריות על מפרסם לשון הרע נגד איש ציבור, רק כאשר להתנהגותו נלווה יסוד נפשי המבטא אשם אישי – מודעות, קלות דעת או פזיזות (ואין צריך לומר – כוונה); בהעדר אשם אישי – לא יקום חיוב נזיקי, חרף התקיימות האשם החברתי. על רקע זה,

עולה השאלה האם חיוב נזיקי הנחצב מיסודות של אשמה אישית ופגם מוסרי, ואשר שואב מהם את צידוקיו, יכול להיכלל ב'תחום הפטור' המצוי תחת צל קורתה של הגנת העיתונאות האחראית? ומן הכיוון השני: האם ניתן לומר שמפרסם אשר במעשיו אינה גלומה אשמה אישית כאמור, מיניה וביה ממלא בכך אחר תנאיה של הגנת העיתונאות האחראית? תשובתי לכך – בשלילה.

48. גרס חברי, השופט עמית, בדנ"א דיין, כי משמעותה של הגנת העיתונאות האחראית, הריהי העמדת "אחריותו של העיתונאי באותו מישור כמו בעלי מקצוע אחרים, כך שעיתונאי יימצא חייב בעולות לשון הרע מקום שסטה מסטנדרט הזהירות הנוהג על פי עוולת הרשלנות" (שם, עמוד 862; וראו גם שם, עמוד 854 (השופט י' דנציגר); והשוו: גנאים, קרמניצר ושנור, עמודים 343-344, אשר אמנם מתנגדים לגישה זו, אולם עושים כן מטעמי היצמדות לשון החוק, ועל כן, בהחלט מסתבר כי לא יקבלו את החריגה שמציעים המבקשים מהוראות החוק; מה גם, שנראה מדבריהם, כי עוולת הרשלנות הריהי הקלה, בהשוואה לסטנדרט הראוי לשיטתם, בהתחשב בהוראות החוק, כמו גם בדין הרצוי). כמו כן, יתר שופטי ההרכב בדנ"א דיין, אף אלה שלא תיארו את הגנת העיתונאות האחראית בדרך זו, לבטח לא באופן מפורש ומוצהר – היו רחוקים ת"ק פרסה מן הווייתור, אף מן ההקלה הניכרת, בכל הנוגע לבחינת הפרסום במשקפיים אובייקטיביות ובהתאם לרף החברתי (ראו למשל: דנ"א דיין, עמודים 733-736 (הנשיא א' גרוניט), 851 (השופט דנציגר) – שסברו שניהם כי ההגנה כוללת רכיבים אובייקטיביים וסובייקטיביים גם יחד; כן ראו שם, עמודים 760-761 (השופטת ע' ארבל), 775 (השופט ע' פוגלמן), 876-877 (השופט ס' ג'ובראן) – שגרסו כי יש לעסוק רק, או כמעט רק, בהיבטים האובייקטיביים). כידוע, אחריות נזיקית הנובעת מרשלנות – ובהקשר זה דין זהה גם לאחריות שאינה מתייחסת בפירוש למילה זו, אולם הלכה למעשה נשענת, בעיקרו של דבר, על בחינתו של רף התנהגות אובייקטיבי – משקפת חיוב נזיקי הנובע מ'אשמה חברתית', להבדיל מ'אשמה אישית' (ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 498, 506 (2004); עניין גרוניט, פסקה 12; גלעד, עמודים 1159-1162). מובן אפוא, כי כלל העמדות הנזכרות בהתייחס להגנת העיתונאות האחראית, מרוחקות מרחק רב מן הגישה המוצעת על-ידי המבקשים.

49. על רקע זה, יש לתת את הדעת גם על ה'אבולוציה' של דיני לשון הרע, כפי שזו מוצעת על-ידי המבקשים. משך זמן רב נהג בתביעות בלשון הרע, כלפי עיתונאים ככלפי כולי עלמא, משטר של אחריות חמורה (דנ"א דיין, עמודים 723, 861-862). במעלה הדרך, הכירה הפסיקה במורכבות הטמונה בדבר, והמירה את משטר האחריות שבתביעות אלה, בחלק מן המצבים, שלא אחת עיתונאים הם שיבואו בגדרם (שם, עמודים 730-732),

למשטר אחריות אובייקטיבי המבוסס על אשם חברתי, בדומה לזה החל באשר לאחריותם הנזיקית של בעלי מקצוע נוספים (ראו: שם, עמוד 862). הדרך לעשות כן, לא היתה באמצעות שינוי יסודות העוולה, אלא באמצעות יצירת הגנת העיתונאות האחראית, כפי שתואר לעיל. עתה, מבוקש כי נפסע צעד נוסף, ובמקרים מסוימים אף נקל את משטר האחריות החל על עיתונאים, בהשוואה לזה החל על יתר בעלי המקצוע, כך שנקבע כי ידרש בעניינם אשם אישי. משמעות הדבר היא, כי עיתונאים שסטו מן הסטנדרט החברתי-אובייקטיבי – לא ימצאו אחראים בלשון הרע. מסופקני אם נכון יהיה שנרחיק לכת עד כדי כך, בפרט בשים לב לפיתוחים הפסיקטיים הענפים שנבנו זה מכבר על יסודות החוק הקיים, שהם כשלעצמם "הררים התלויין בשערה" – חוק "מועט והלכות מרובות" (משנה, חגיגה א, ח; כן ראו, בהקשר זה, את המקורות שנזכרו לעיל: דנ"א קראוס, עמוד 46; גנאים, קרמניצר ושנור, עמוד 344); "היא גופה גזירה, ואנן ניקום ונגזר גזירה לגזירה?" (בבלי, ביצה ג, א).

50. זאת ועוד. דומה כי הגישה המוצעת על-ידי המבקשים אינה מתיישבת עם הרציונל שעמד בבסיס יצירת הגנת העיתונאות האחראית; כפי שהסביר חברי, השופט עמית, בהמשך דבריו שהובאו לעיל: "קשה להלום כי אחריותו של עיתונאי תהיה חמורה מזו של רופא שעוסק בדיני נפשות, וכפי שאיננו מטילים אחריות על רופא שגרם למותו של מטופל עקב טעות, להבדיל מהתרשלות, כך אין להטיל אחריות על עיתונאי שפרסם ידיעה שאינה אמת עקב טעות, להבדיל מהתרשלות. הן הרופא, הן העיתונאי, הן טכנאי המעליות – כל אלה בעלי מקצוע הממלאים תפקידים שהחברה חפצה ביקרם, ומכאן האינטרס של החברה שלא להטיל עליהם אחריות ללא התרשלות (ללא אשם)" (דנ"א דיון, עמוד 862). לגישתי, דברים אלה יפים לשני צדי המשוואה. כלומר, כשם שהצד השווה שבין העיתונאי לבין הרופא, למשל, הצדיק את השוואת משטרי האחריות החלים על שני בעלי מקצוע אלה, באופן שהקל על עיתונאים; כך מצדיק הוא גם הימנעות מיצירת הבחנה בין שני בעלי המקצוע, באופן שייטיב עם העיתונאים, ביחס לבעלי מקצוע אחרים. לשון אחר: הרופא, כמו כל בעל מקצוע אחר, עשוי לחוב בניזיקין, אם יסטה מרף התנהגות אובייקטיבי-חברתי, מבלי שידרש בעניינו יסוד נפשי מסוג ידיעה, פזיזות או קלות דעת, וזאת חרף הפונקציה החברתית החשובה שהוא ממלא. כשם שמצב דברים זה ראוי, על-פי שיטתנו, כלפי רופאים, כך יפה הוא גם כלפי בעלי מקצוע אחרים, הממלאים אף הם תפקידים חשובים חברתית, ובכללם העיתונאים. חשיבה 'השוואתית' זו מלמדת אפוא, כי בעצם חשיבותו של העיסוק העיתונאי – לא סגי, עבור השינוי המוצע במשטר האחריות.

51. אם כן, הצעת המבקשים טומנת בחובה לא רק שינוי כמותי, המסתכם בצמצום היקף המקרים שבהם עיתונאים יחובו בלשון הרע, אלא שינוי מהותי של יסודות עוולת לשון הרע, באופן שמחריג אותה ממרבית העוולות בדיני הנזיקין, ושזר להגיונה

ולשורשיה של הגנת העיתונאות האחראית, כפי שעוצבה בדנ"א דיין – "פנים חדשות באו לכאן" (כבלי, בבא קמא צו, ב). התמונה המתקבלת היא אפוא, כי גם הגנת העיתונאות האחראית אינה יכולה לשמש עוגן לכינונם של תנאי הלכת Sullivan. על רקע האמור, נראה כי קיים קושי של ממש לאמץ את הדרישות המוצעות על-ידי המבקשים בדרך של חקיקה פסיקתית, 'יש מאין', מבלעדי עיגון או רמז בדבר החקיקה.

52. לסיכום נקודה זו: איני רואה כיצד ניתן יהיה להלום את עמדת המבקשים, עם הוראות חוק לשון הרע; אף לא עם ההלכה הפסוקה בסוגיות אלה, בפרט לעניין הגנת העיתונאות האחראית. מטעם זה, של העדר עוגן בדין המצוי, היה ניתן לעצור את הדיון כבר כאן. ואולם, משבאנו עד הלום, מצאתי לנכון להבהיר, מדוע לגישתי מסקנה דומה מתקבלת, גם לאחר בחינת האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים. לכך אעבור עתה.

(ג) הלכת Sullivan אינה רצויה גם לגופה

53. אין חולק, כי תביעות לשון הרע של אישי ציבור, אשר עניינם פרסומים בדבר עשייתם הציבורית, עשויות לעורר שאלות סבוכות ומורכבות. כפי שציינתי, דיני לשון הרע מושתתים, בעיקרו של דבר, על איזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב; עוד ציינתי, כי כאשר מדובר בפרסום שעניינו בפועלו הציבורי של איש ציבור, משתנה נקודת האיזון שבין הערכים הנ"ל, ונכנסים לתמונה שיקולים חדשים ומגוונים. הזכרתי את העיקר בפתח דברי, כאן המקום להרחיב.

54. מן העבר האחד, בית משפט זה עמד, בעבר, על הצורך ליתן הגנה עודפת לחופש הביטוי הפוליטי, כדי לאפשר שיח וביקורת בתחום זה (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 761 (2008); רע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל, פסקאות 33-34 (2.11.2017)). אינטרס זה בא לידי ביטוי, כמובן, גם בכל הנוגע לתביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אישי ציבור (למשל, ע"א דיין, עמודים 418, 504). כחלק מכך, עמדה הפסיקה על החשש מפני הרתעת יתר ו'אפקט מצנן', שבעטיים עשויים מפרסמים להימנע מפרסום ידיעות חשובות, שהבאתן לפני הציבור רצויה ומועילה (ראו, למשל, דנ"א דיין, עמודים 725-726; זוהי, כידוע, גם ההצדקה המרכזית להלכה האמריקנית בעניין Sullivan). עוד יש להזכיר, בהקשר זה, גם את החשש מתביעות השתקה; את נגישותם העודפת של אישי הציבור למדיה ולשיח הציבורי, המאפשרת להם להתמודד עם פרסומים לגבי פועלם, אף להזימם; את בחירתם המודעת של אישי הציבור להביא עצמם בקלחת הציבורית, על כלל המחירים הנלווים לדבר; וכן את הלגיטימציה המוגברת למתיחת ביקורת על פועלם של אישי הציבור, בהשוואה לאנשים פרטיים, נוכח השפעתם המכרעת של הראשונים על הקצאת משאבי ציבור ועל

חיי הפרטים השונים במדינה (עניין אפל, עמוד 621; ע"א דיין, עמוד 452; גנאים, קרמניצר ושנור, עמודים 132-133).

55. מן העבר השני הודגש, חזור והדגש, כי שמם הטוב של נבחרים הציבור אינו הפקר, ואינו מושם למרמס. לעתים דווקא בשל מעמדם הציבורי, מדובר במי שהפגיעה בשמם הטוב עשויה להסב נזק גבוה במיוחד, ולהובילם "מַאֲיָגָא רַמָּא לְבִירָא עִמְיָקְתָא" (עניין נודלמן, פסקאות 14 ו-74; ע"א דיין, עמודים 452-453; כן ראו: גדרון, אילוח ורייזנילבר, עמודים 491-493). צמצום האחריות הנזיקית של מפרסמים כלפי אנשי ציבור, עשוי גם להקים חשש מהדרת רגליהם של רבים, טובים ומוכשרים, מלעסוק בצרכי ציבור באמונה (עניין אפל, עמוד 621; שנהר, עמודים 72-73). צמצום כאמור יביא גם לכרסום משמעותי ב'תג המחיר' הנלווה לפרסומי כזבים וחצאי אמיתות ביתר קלות, על אף שמדובר בנושאים חשובים כגון הדיווח על אודות פועלם הציבורי של אישי הציבור – סיכון שהולך ומתגבר בהאידינא, עם התפשטות תופעת חדשות הכוזב (fake news), במחוזותינו ובכלל (על כך ראו, למשל, בג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים בישראל – הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' ראש הממשלה, פסקאות 3-4 לפסק הדין של השופט מ' מזוז (23.1.2019) (להלן: עניין ארגון העיתונאים)). מובן, כי מצב דברים שכזה, יביא דווקא לפגיעה ב"תכליתה האמיתית של עיתונות חופשית בחברה דמוקרטית", ועמה גם לנזקים חמורים שיגרמו לשיח הציבורי (ע"א דיין, עמוד 486; וראו גם: גנאים, קרמניצר ושנור, עמודים 336-337).

56. תפיסה הרואה בדיני לשון הרע כלי אפקטיבי שבכוחו להשיא תרומה לשיח הציבורי, הוצגה לפני זמן לא רב, במאמר פרי עטם של המלומדים דניאל המל ואריאל פורת (Daniel Hemel & Ariel Porat, *Free Speech and Cheap Talk*, 11 J. LEGAL ANALYSIS 46 (2019) (להלן: Hemel & Porat)); סבורני שראויים דברים אלה להרחבת-מה. תחילה, מבקשים המחברים לקרוא תיגר על התפיסה המקובלת, שלפיה דיני לשון הרע מהווים מעין 'משחק סכום אפס', בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם הטוב, כאשר הנמכת הרף שבו נדרשים לעמוד תובעים בלשון הרע, משמעה העדפה של השם הטוב על פני חופש הביטוי, וכן להפך (למשל, שם, עמוד 48; לביטויי הגישה הרווחת ראו את המקורות שנזכרו לעיל בפסקה 31, ולמשל עניין אמר, עמוד 519: "כל שנוסף לדיני לשון הרע נגרע מחופש הביטוי"); נטען, חלף תפיסה זו, כי לדיני לשון הרע השפעות מגוונות, 'מושכות' לכיוונים שונים. לענייננו, חשובה במיוחד ההשפעה שאותה מכנים המחברים 'אפקט מחמם' (warming effect), בהנגדה לאותו 'אפקט מצנן' שהוזכר לעיל, ושלחשש מפניו ניתן משקל רב בדיני לשון הרע. עניינו של האפקט המחמם הוא בכך שתחת משטר של דיני לשון הרע אפקטיביים, דובר שקרים ישא באחריות משפטית לדבריו, וכתוצאה

מכך תחול עליה ב'מחיר' הנלווה לפרסום דברי שקר, בהשוואה לדברי אמת. מטעם זה, ידוע ידעו המאזינים, כי לדובר שלפניהם תמריץ משפטי להחזיק מדבר שקר, להיצמד לאמת; "דבר שקרים לא יכון לנגד עיני" (תהלים, קא, ז). משמעות הדבר – הגברת האמון בפרסום. פועל יוצא מכך הוא, שלצד החשש מפני אפקט מצנן, אשר יביא להפחתת 'כמות' הביטויים בשוק הרעיונות, קיים אפקט מחמם, שבכוחו ליצור, לפחות בהקשרים מסוימים, וקטור נגדי, ה'מושך' להגדלת 'כמות' הביטוי, כך שדוברים מסוימים יבחרו להתבטא, בעוד שאלמלא האפקט המחמם שמייצרים דיני לשון הרע, שמגביר את האמון שניתן בדבריהם ואת השפעתם הפוטנציאלית – הם היו בוחרים לשתוק (ליתר הרחבה ביחס לאפקט זה, ראו: Hemel & Porat, עמודים 66-72). ההקשר הראשון והמרכזי שנזכר במאמר, כזו שעשויה לבוא לידי ביטוי בו פעולתו של האפקט המחמם, הוא מצב דברים כבעניינינו-אנו – עיתונות חוקרת, שלגביה נטען כי חשוב לה במיוחד האמון שמייחס הציבור לפרסומיה; זו גם, לא למותר לציין, אחת מן ההצדקות החשובות לחופש הביטוי:

“Consider, for example, an upstart news website that is deciding whether to invest resources in investigative journalism. The website may decide not to make the investment because even if its investigate efforts yield significant scoops, potential readers are unlikely to believe the website’s reporting, and so the scoops are unlikely to generate large flows of traffic or ad revenue. If the prospect of defamation liability leads audiences to ascribe more credibility to the statements they encounter, then defamation liability may alter the website’s calculus and induce it to invest more in investigative work [...]. [T]he warming effect [...] condition is most likely to obtain when potential speakers derive benefits from having their statements believed. This will be true in a wide range of contexts: news organizations likely care whether readers trust their reporting” (שם, עמוד 67; להבחנה בין השפעות האפקט המחמם על סוגים שונים של גופים עיתונאיים, הנובעת מהבדלים ברמת האמון שנותן בהם הציבור, ראו: שם, עמוד 69).

שהועלו בראשית דרכו של תיקון חקיקתי זה: *Mark Tushnet, New York Times v. Sullivan*: ההיבט (2014) 337, 355–6 *AL.A. L. REV.* *Around the World*, 66 (להלן: Tushnet). ההיבט ההשוואתי סוכם על-ידי המלומדת Susanna Fredrick Fisher במילים הללו:

“In *Lange v. Australian Broadcasting Corporation*, *Lange v. Atkinson*, and *Reynolds v. Times Newspapers*, the highest courts of the Australian, New Zealand, and English legal systems were confronted with the same challenge faced by the U.S. Supreme Court in *New York Times v. Sullivan*. They had to decide the proper constitutional balance between protection of reputation and protection of free expression in defamation actions brought by public officials over statements of fact. This Article's review of these Commonwealth decisions shows that none of them followed Sullivan by creating a new and freestanding constitutional defense like the 'actual malice test'” (Susanna Fredrick Fisher, *Rethinking Sullivan: New Approaches in Australia, New Zealand, and England*, 34 *GEO. WASH. INT'L L. REV.* 101, 101 (2002) (ההדגשה הוספה – נ' ס') (לתיאור דומה, ראו גם: עניין בן גביר, פסקה 19 לפסק הדין של השופט דיבלין; Tushnet, בפרט בעמוד 338, שם צוין כי התחקות אחר היחס להלכת *Sullivan* בעולם, היא למעשה התחקות אחר סיבות דחייתה).

59. לבסוף אזכיר, בקיצור, שני טעמים נוספים, אשר שוקלים אף הם נגד אימוץ הלכת *Sullivan*. טעם ראשון, עניינו בתועלת שתופק משימור משטר אחריות אובייקטיבי, של רשלנות או 'מעין רשלנות', בכל הנוגע להתנהלותם *ex-ante* של עיתונאים וגופי תקשורת. תועלת זו, יסודה בכך שמשטר אחריות אובייקטיבי יתמרץ מפרסמים לנקוט אמצעי זהירות – בירורים, דרישות וחקירות – ההולמים את תוחלת הנזקים, טרם יצאו בפרסומיהם (ראו: גנאים, קרמניצר ושנוור, עמודים 336–337 והאסמכתאות שם; ובכלליות: אריאל פורת “דיני נזיקין” הגישה הכלכלית למשפט 273–275, 296–299 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012)). זאת, להבדיל מן הוויתור המוצהר על יחס ראוי זה, והוספתן של דרישות שונות בתכלית, במסגרת משטר אחריות תלוי-אשם-אישי, כפי

שמכוננת הלכת Sullivan. הטעם השני נוגע להגנה שיש ליתן לפרט (לרבות איש הציבור, גם אם במידה פחותה), אל מול גופי התקשורת, שפגיעתם עשויה להיות קשה והרסנית; "תָּחַץ שְׁחוּט לְשׁוֹנָם" (ירמיהו ט, ז) (לצדדי החומרה המייחדים לשון הרע המכוונת נגד אישי ציבור, ראו למשל: ע"א דיין, עמוד 452). יפים לכך דבריו של י' זמיר:

"כוח העיתונות, ככל כוח, יוצר סכנה. הסכנה טמונה קודם-כול בכל עיתון כשהוא לעצמו, שכן כל עיתון ועיתון יכול לפגוע קשה בעניין מסוים או באדם מסוים. מנקודת-המבט של עניין או אדם כזה, העיתון יחם, חוקר, מדווח, תובע, שופט, ולא פעם נראה כאילו הוא גם מוציא-לפועל. זהו כוח עצום, המרוכז לא-פעם בידי אדם אחד, כמעט בלא-ביקורת, בניגוד לתורת הריסונים והאיזונים, ולכן טמונה בו סכנה. סכנה גדולה עוד יותר טמונה בעיתונות כסקטור, חברתי וכלכלי, הכולל את כל העיתונים. הסכנה גדלה והולכת משום שכוחה של העיתונות כסקטור מתרכז והולך בידי קבוצה קטנה, קטנה והולכת, של אנשים. [...] הם מחזיקים בכוח עצום. לא בכדי אומרים כי בצד הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת, העיתונות היא הרשות הרביעית. במצב זה גדלה הסכנה של שימוש בלתי-ראוי בכוח העיתונות" (יצחק זמיר "העיתונות הכתובה – כוח וביקורת" משפט וממשל ו 179, 182-183 (2001); וראו גם: דנ"א דיין, עמודים 728-729).

60. הנה כי כן, לא זו בלבד שאין עיגון לעמדת המבקשים בהוראות החוק, כמו גם בפסיקתו של בית משפט זה ביחס להגנת העיתונאות האחראית; אלא שאף טעמים נכבדים – הנוגעים לגוף העניין – אינם תומכים בגישתם, המבקשת לפטור מאחריות נזיקית בגין לשון הרע עיתונאים שהתרשלו וסטו מסטנדרט התנהגות ראוי, זולת כאשר ימצא שדבק בהם אשם אישי. משכך, לא שוכנעתי כי המבקשים עמדו בנטל הכבד, להצדיק שינויה של ההלכה הקיימת, אשר יצרה איזון עדין, דק מן הדק, בין הזכויות החוקתיות והערכים המתחרים בתביעות לשון הרע, ובפרט אלה המוגשות על-ידי אישי ציבור (ראו: דנ"א דיין, עמודים 776-784, 794-808, והאסמכתאות הרבות שם, בפרט בהתייחס למקורות המשפט העברי (השופט רובינשטיין, בדעת מיעוט)).

61. לסיכום עניין זה: המבקשים ניסו לקרוא תיגר על ההלכה הנוהגת בבית משפט זה, בכל הנוגע לתביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אישי ציבור, עקב פרסומים העוסקים בפועלם הציבורי. לצורך כך, פנו ל'דוד סם', על מנת שיוורנו מדרכיו. ברם, לדידי, שורת

טעמים כבדי משקל, 'מושכים' לכיוון ההפוך; מסקנתי היא אפוא, כי אין מקום לקבל גישה זו שהציעו המבקשים, וכך אציע לחברי כי נעשה.

מכאן, לשאלה הנוספת שלגביה מצאתי לנכון ליתן למבקשים רשות ערעור – סוגיית היחס להודעות התיקון שהוציאו המבקשים, ובכלל זאת, השאלה אם יש בהודעות מעין אלה כדי להקים מחסום של השתק שיפוטי.

השפעותיהן והשלכותיהן של הודעות התיקון שפרסמו המבקשים

62. כאמור, המבקשים טענו כי עומדת להם הגנת אמת הפרסום, המעוגנת בסעיף 14 לחוק, מאחר שהעובדה הנוגעת לקשר המוקדם בין רגב ליהושע, לשיטתם, היא אמת לאמיתה, ויש בה כדי לעורר עניין ציבורי רב. בית המשפט המחוזי דחה טענה זו, בין היתר, על יסוד הקביעה כי המבקשים מושתקים מלטעון 'אמת בפרסום', נוכח הודעת התיקון שיצאה תחת ידם כחלק מהסכם הפשרה שהושג בינם לבין יהושע: כזכור, במסגרת תביעתו של זה האחרון, באו הצדדים לכלל פשרה, שבגדרה פרסמו המבקשים הודעת התנצלות, שלפיה "לא היתה היכרות מוקדמת בין יהושע לשרת התרבות והספורט", וכי "אם מהפרסומים הקודמים הובן אחרת, לא לכך היתה הכוונה". בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי, כי עצם העלאת הטענה לאמיתות הפרסום, בכל הנוגע לקשרים והיכרות מוקדמת בין רגב ליהושע, "עולה כדי העלאת טענה סותרת בשני הליכים שונים, וכל זאת לאחר ש[המבקשים] קצרו[ן] את פירות הטענה הסותרת בהליך אחר" – מצב דברים שאותו נועד למנוע כלל ההשתק השיפוטי.

63. כפי שיפורט להלן, סבורני כי בסוגיה זו טרם ניתנה הכרעה פסיקתית ברורה, כאשר יש מקום להעמדת דברים על דיוקם, הגם שכאמור אין בכך כדי לשנות מן התוצאה בענייננו. אחר זאת, אתייחס למשמעויות המשפטיות שבכל זאת יתכן לייחס להודעות התיקון שהוציאו המבקשים לגבי הפרסומים מושאי ההליך (הן זו שתוארה עתה, שפורסמה ביום 15.3.2016, הן שזו שפורסמה עוד לפני כן, ביום 31.8.2015, ללא קשר ישיר להליך משפטי קונקרטי).

ההשתק השיפוטי – מסגרת נורמטיבית

64. ההשתק השיפוטי (judicial estoppel) הוא כלל דיוני, האוסר על בעל דין להעלות טענות סותרות בהליכים משפטיים שונים, בבחינת 'תַּמְר-גַּמְל' (על-פי: משנה, עירובין ג, ד; כלומר, אדם אינו יכול להוליך בה-בעת חמור וגמל, המושכים כל אחד לכיוון מנוגד; השוו: תקנה 27 לתקנות; עידו באום ואבישג ברוך "השתק שיפוטי: עיון ביקורתי בכלל ההצלחה הקודמת" ספר אליקים רובינשטיין 1488 (אהרן ברק ואחרים

עורכים 2021) (להלן: באום וברוך), המתייחסים לתקנה המקבילה, והשונה קמעא, שקבועה היתה בתקנה 72 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984). כלל זה חל גם כאשר ההליכים המשפטיים מתנהלים נגד יריבים שונים. הכלל נוצק כתבניתו של עקרון תום הלב, והוא נשען על רציונלים של הגינות; מניעת ניצול ההליך השיפוטי לרעה; שמירה על אמון הציבור במערכת המשפט; והגנה על טוהר ההליך השיפוטי (לתיאורי הכלל, על טעמיו ומקורותיו ההיסטוריים, בישראל ובמדינות הים, ראו: ע"א 513/89 Interlego 'נ' Exin-Lines bros. פ"ד מח(4) 133, 193-200 (1994) (להלן: עניין Interlego); רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625, 632-633 (2005) (להלן: עניין בית ששון); ע"א 4170/14 כהן נ' כהן, פסקה 8 (14.1.2016) (להלן: עניין כהן); רע"א 2401/21 ג'אעוני נ' נחלת שמעון בע"מ, פסקה 35 לחוות דעתי (1.3.2022) (להלן: עניין ג'אעוני); יששכר רוזן-צבי ההליך האזרחי, 258-255 (2015) (להלן: רוזן-צבי, ההליך האזרחי) אבישי אדד טיעון בלתי-עקיב: סופיות, מניעות והשתק 240-213 (2021) (להלן: אדד)).

65. ניתן לזהות, אם כן, כי הרציונלים האמורים נחלקים לשני סוגים: האחד נטוע בטעמים מוסריים הנוגעים להתנהלות בעלי הדין (הגינות ומניעת שימוש לרעה בהליך); האחר נעוץ בטעמים מעשיים הנוגעים להליך השיפוטי (שמירה על אמון הציבור במערכת המשפט ומניעת הכרעות סותרות). בפסיקה התעוררה מחלוקת ביחס לשאלה אם 'הצלחה קודמת' בהתדיינות הראשונה, מהווה תנאי בל-יעבור לצורך החלת כלל ההשתק השיפוטי. המענה לשאלה זו תלוי, בעיקרו של דבר, במשקל שיינתן לכל אחד משני סוגי הרציונלים שבבסיס כלל ההשתק השיפוטי. כך, ישנה גישה שאינה דורשת זכיה או הנאה כתנאי ליצירת השתק שיפוטי, וזאת נוכח ביסוס הכלל על רציונלים של הגינות ומניעת שימוש לרעה בהליכים משפטיים לבדם. גישה זו יש שמכנים גישת 'הכלל המוחלט' (absolute rule) (ראו: רוזן-צבי, ההליך האזרחי, עמודים 256-258; Rand G. Boyers, *Precluding Inconsistent Statements: The Doctrine of Judicial Estoppel*, 80 NW. U. L. REV. (1986) 1244, 1254-58 (להלן: Boyers)); והשוו: באום וברוך, עמודים 1471, 1487; לביטויי גישה זו, או גישה הקרובה לה, בין אם כתפיסה כללית ורחבה, בין אם בשים לב לנסיבות ייחודיות ספציפיות, ראו: עניין בית ששון, עמודים 633-634, 637-638; ע"פ 1019/13 פאירס נ' מדינת ישראל, פסקה ד (6.7.2015); ע"א 9056/12 קינג נ' פקיד שומה ירושלים, פסקה 13 (4.8.2014); ע"א 892/20 פקיד שומה חיפה נ' פאר, פסקאות 17-19 (4.11.2020); אדד, עמודים 262-263; באום וברוך, עמודים 1493-1494). לעומתה, גישה נגדית דורשת 'הצלחה מוקדמת' כאמור, בשל תמיכתה את כלל ההשתק השיפוטי, בין היתר, בטעמים של מניעת הכרעות שיפוטיות סותרות ושמירה על אמון הציבור בבית המשפט (לגבי המחלוקת, ראו: בר"מ 8689/14 הוועדה המקומית לתכנון ובניה מגדל

העמק נ' מבני תעשייה בע"מ, פסקאות 9-10 (4.5.2015) (להלן: עניין מגדל העמק); רע"א 8297/12 הפניקס הישראלי לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקאות 12-13 (16.7.2013) (להלן: עניין הפניקס); עניין ג'אעוני, פסקה 35 לחוות דעתי; רוזן-צבי, ההליך האזרחי, עמודים 256-258, 260, 264-265, 270-271 והאסמכתאות שם; אדד, עמודים 240-263 והאסמכתאות שם).

ועתה לסוגיה הממוקדת המתעוררת בנדון דידן: אפשרות היווצרותו של השתק שיפוטי כתוצאה מהליך שלא הסתיים בהכרעה שיפוטית אלא בפשרה.

השתק שיפוטי הנובע מהליך שהסתיים בפשרה

66. קביעתו של בית המשפט המחוזי, שלפיה יש להחיל את כלל ההשתק השיפוטי בדנן, נתמכה במקורות רבים ומגוונים – הן כאלה הנוגעים לשורשיו ולטעמיו הכלליים של ההשתק השיפוטי; הן כאלה שעניינם בהשתק הנוצר בעקבות הליך שהסתיים בפשרה, שקיבלה תוקף של פסק דין. ואולם, אף כי נראה שלהכרעת בית המשפט המחוזי יש על מה שתסמוך, סבורני כי יש מקום לדיוקה, בפרט מאחר שעובדות המקרה דנן מלמדות על בעייתיות הטמונה בה.

לשם כך, אתאר תחילה שתי אפשרויות שנדונו בפסיקה, שבגדרן עשוי להיווצר השתק שיפוטי, בעקבות הליך מוקדם שהסתיים בפשרה.

67. אפשרות ראשונה: השתקת בעל דין מלסתור טענות שהעלה במהלך ההליך המוקדם, עובר להגעה לפשרה. על-פי אפשרות זו, שעיקר הדיון לגביה נערך בעניין מגדל העמק, טענות שהעלה בעל-דין במהלך ההליך השיפוטי-אדברסרי בהתדיינות הראשונה, טרם סיומה בהסכם פשרה, עשויות להקים כלפיו השתק שיפוטי בהתדיינות מאוחרת. המשמעות היא, אם כן, שדין אחד יהיה הן ביחס לטענות שנטענו בהליך שהסתיים בפסק דין מנומק, הן ביחס לטענות שנטענו בהליך שהסתיים בפשרה שקיבלה תוקף של פסק דין; בשני המקרים, לא ניתן יהיה להעלות בהתדיינות מאוחרת טענות סותרות. אעיר, כי דברים אלה סויגו במידת-מה, במובן זה שנקבע כי ההשתק השיפוטי חל באותו מקרה מאחר שבהסכם הפשרה קיבל בעל הדין "תמורה ממשית"; לעומת זאת, שאלת היווצרותו של השתק גם כאשר לא נכללה בהסכם הפשרה תמורה ממשית – הושארה בצריך עיון, אף שצוין כי ב"עניין הפניקס [...] נמצא כי מחיקת הליך היא 'טובת הנאה', כבר כשלעצמה (ראו: עניין מגדל העמק, פסקאות 17-18; עניין הפניקס, פסקה 16; לצידוד בגישת עניין הפניקס בסוגיה זו: באום וברוך, עמוד 1473)).

ברי, כי אפשרות זו אינה יפה לנדון דידן. אין חולק על כך שהמבקשים לא טענו במסגרת חלקו האדברסרי של ההליך שהתנהל בינם לבין יהושע, כי רגב ויהושע אינם מקורבים; ההפך הוא הנכון. אמירה מעין זו נאמרה על-ידם אך כחלק מן ה'תמורה', שאותה סיפקו ליהושע, בגדרי הסכם הפשרה. אכן, נוכח אופיו של הסכום, דובר בתמורה ורבליית (להבדיל, למשל, מתמורה כספית), אולם אין בכך כדי לשנות מן המסקנה כי ההצהרה הנזכרת לא שימשה כטענה בהליך משפטי-אדברסרי; לפיכך, קביעות עניין מגדל העמק – אינן שייכות לענייננו.

68. אפשרות שניה: ניתוח הסכם הפשרה המוקדם, והשתקת בעל דין מלסתור עמדות הנשקפות ממנו. מקורה העיקרי של אפשרות זו מצוי בעניין הפניקס, שם גרסו שופטי הרוב כי כאשר התדיינות מוקדמת מסתיימת בפשרה המקבלת תוקף של פסק דין, אזי בהתדיינות מאוחרת יש מקום לעיין בהסכם הפשרה, כאשר "את עמדות בעלי הדין שבאו לידי ביטוי במסגרתו – בין אלה המפורשות ובין אלה המשתמעות – יש לראות כעמדות שננקטו בפני בית המשפט" (שם, פסקה 18). כפועל יוצא מדרך ראייה זו, בעל דין יושתק מלהעלות, במסגרת ההליך המאוחר, טענות הסותרות את העמדות שקיבלו ביטוי – מפורש או משתמע – בהסכם הפשרה שהושג בהליך המוקדם. כבר עתה אעיר, כי הדברים שנאמרו בסוגיה זו, במסגרת עניין הפניקס, לא נדרשו להכרעה באותו מקרה, והובאו למעלה מן הצורך. עוד אציין, כי את חוות הדעת העיקרית בעניין הפניקס כתב השופט צ' זילברטל, שאליו הצטרף השופט דנציגר. תלק עליהם בנקודה זו חברי, השופט עמית, אשר התנגד לנכונותה הגורפת של דעת הרוב ללמוד על עמדות משתמעות מהסכמי פשרה, ואף סבר כי בנסיבות אותו מקרה, כלל אינה נובעת מהסכם הפשרה שנדון העמדה שיחסה מכוחו דעת הרוב לחברות הביטוח (לתמיכה בגישה זו, שהוצגה אמנם בהקשר מעט שונה, ראו: יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים 831 (מהדורה שניה 2023) (להלן: רוזן-צבי, מורה נבוכים)).

69. אם כן, נראה כי שורשיו של ההשתק השיפוטי שבו עסקינן, נטועים בדעת הרוב בעניין הפניקס. כך, בית המשפט המחוזי בחן את הסכם הפשרה שאליו הגיעו המבקשים במסגרת ההליך שהתנהל בינם לבין רמי יהושע (או לפחות את החלק בו שהיה גלוי לו – הודעת התיקון הפומבית שפרסמו המבקשים), הסיק כי מן ההסכם נשקפת עמדה שלפיה רגב ויהושע אינם מקורבים, ועל כן, השתיק את המבקשים מלסתור עמדה זו, בגדרי ההליך המאוחר. ואולם, אין בידי לקבל את קביעת הרוב בעניין הפניקס, כפי שיפורט להלן, ועל כן, אינני סבור כי קיים השתק שיפוטי נגד המבקשים בענייננו.

70. תחילה אשוב ואזכיר, כי קשה לראות בקביעות שניתנו בסוגיה זו, במסגרת עניין הפניקס, משום התוויה פסיקתית של מסלול ליצירת השתק שיפוטי. דובר, כאמור, בדיון

שנערך למעלה מן הצורך, מבלי שהדברים נדרשו לצרכי הכרעה. משאלה הם פני הדברים, יכול אני ביתר קלות לצרף דעתי לדעתו של חברי, השופט עמית, שסבר באותו מקרה כי אין מקום ליצירת ההשתק השיפוטי שאותו עיצבו שופטי הרוב, אך נותר במיעוט. אסביר את גישתי.

71. כמבוא לדברים אצייץ, כי את הדיון בדבר גבולות תחולתו של כלל ההשתק השיפוטי, שומה עלינו לערוך גם בשים לב למשמעויות מרחיקות הלכת שישנן להשתק זה, שעליו עשויים לקום וליפול הליכים משפטיים שלמים – זאת, הן בכל הנוגע לזכויותיהם של בעלי הדין, המבקשים לממש את זכות גישתם לערכאות ולקבל את יומם בבית המשפט; הן בהתייחס למטרת גילוי האמת, המהווה מטרה ראשונה במעלה של ההליך השיפוטי – שני עניינים השלובים זה בזה (לגבי השלכותיו הניכרות של כלל ההשתק השיפוטי על זכויות בעלי הדין, ראו: עניין מגדל העמק, פסקה 13; ע"א 6283/12 צדוק נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פסקה 9 (26.3.2014). לגבי חשיבות ההגעה לחקר האמת, כמו גם לפגיעה הנגרמת לכך כתוצאה מההשתק השיפוטי, ראו: תקנה 1 לתקנות; בע"מ 7367/22 פלונית נ' פלונית, פסקה 22 (26.1.2023) והאסמכתאות שם; ע"א 7497/07 רינגל נ' לינדאור, פסקה 17 (22.2.2010) (להלן: עניין רינגל); רוזן-צבי, ההליך האזרחי, עמוד 258). מן האמור נובעת הזהירות אשר נדרשת בכל הנוגע להרחבת תחומי התפרשותו של כלל השתק השיפוטי, חרף הטעמים הצודקים והנכבדים אשר ניצבים בבסיסו של הכלל.

לאחר הערה מבואית זו, יכול אני להציג את הטעמים לגישתי.

72. ראשית, בפסיקה נשמעה עמדה שלפיה "כאשר הליך מסתיים בפשרה ללא הכרעה שיפוטית עוצמתו של האינטרס הציבורי שביסוד [כלל ההשתק השיפוטי] אינה גבוהה" (ע"א 8378/11 יגל מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' הסוכנות היהודית לארץ ישראל, פסקה 31 (27.10.2016) (להלן: עניין יגל); עניין כהן, פסקה 10). דברים אלה נאמרו בהתייחס לסוג ההשתק השיפוטי שנדון בעניין מגדל העמק; האם יפים הם גם באשר לסוג ההשתק השיפוטי שבו עסק עניין הפניקס? לטעמי, התשובה היא בחיוב.

73. הסיבה לפיחות בהצדקה לשימוש בכלל ההשתק השיפוטי, מקום בו ההליך המוקדם בא על סיומו בפשרה, נעוצה בכך שבכגון דא פוחת משקלם של טעמי מניעת ההכרעות הסותרות והשמירה על האמון בבית המשפט, ונותרים בעיקר טעמי הגינות בעל הדין ומניעתו מניצול ההליך המשפטי לרעה (ראו: עניין כהן, פסקה 10; עניין מגדל העמק, פסקה 18 והאסמכתאות שם; *Edwards v. Aetna Life Insurance Company*, 690 F.2d 595, 599 (6th Cir. 1982); *Eric A. Schreiber, The Judiciary*;

Says, You Can't Have It Both Ways: Judicial Estoppel—A Doctrine Precluding Inconsistent
 סבורני, (1996) 30 LOY. L.A. L. REV. 323, 327, 354, *Boyers ; Positions*, עמוד 1267). כי זהו המצב גם בכל הנוגע לסוג ההשתק שנדרש בעניין הפניקס. פסק דין המעניק תוקף להסכם פשרה אינו אלא גושפנקה, כמעט 'טכנית', להסכמות שאליהן הגיעו הצדדים. העוגן שעליו הוא נשען אינו הכרעה בין טענות הצדדים, המתקבלת לאחר שהועברו אותן טענות בכור ההיתוך של ההליך השיפוטי; הוא נסמך על ההסכמה שאליה הגיעו הצדדים (גורן, עמוד 877; א&T, עמודים 306, 327). ואכן, בית המשפט אינו בוחן את שאלת אמיתותן של הקביעות וההסכמות הכלולות בהסכם הפשרה, בבואו לאשרו וליתן לו תוקף של פסק דין (זוסמן, עמודים 547-548). אשר על כן, גם במצב שבו אכן תתקבל בעתיד הכרעה שיפוטית, המנוגדת לעולה מהסכם הפשרה שקיבל תוקף של פסק דין – אין לראות בכך משום הכרעות שיפוטיות סותרות. מכאן, שבכגון דא, לא מתקיים הרציונל של חשש מפני הכרעות עובדתיות סותרות, שתגרמנה אלמלא יעשה שימוש בכלל ההשתק השיפוטי.

74. לא זו אף זו: חשיבה על מהותו של הסכם הפשרה מלמדת, לטעמי, כי ניסיון מאוחר לסתירת עמדה שגולמה בו, לא יהיה בו בהכרח חוסר הגינות או ניצול לרעה של ההליך השיפוטי. "כידוע, הסכם פשרה הינו הסכם שמטרתו ליישב ולסיים את הסכסוך בין הצדדים, תוך ביצוע ויתורים הדדיים והסכמה על תנאים שנואים לשני הצדדים כהוגנים (אופטימליים) גם אם לא מיטביים (אידיאליים). הסכם פשרה הינו, במהותו, אקט של 'קניית סיכון' של הצדדים" (ע"א 7726/10 מדינת ישראל נ' מחלב, פסקה 31 (16.10.2012); להרחבה נוספת, ראו: ע"א 2495/95 בן לולו נ' אטראש, פ"ד נא(1) 577, 590 (1997); עניין מגדל העמק, פסקה 16; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 103-104 (מהדורה שניה 2020)). משמעות הדבר היא, שהסכם פשרה הריהו מעין "קדירה דבי שותפי" (על-פי: תלמוד בבלי, בבא בתרא כד, ב, וראו גם, לעניין זה: פירוש המשנה לרמב"ם, כתובות י, ו), שעליה טביעות אצבעותיהם של שני בעלי הדין, תוך שאין מדובר במצב שבו כל אחד מהם מאמץ את טענות רעהו, על קרבן ועל כרעיהן. על כן, כאשר מגישים בעלי דין הסכם פשרה לבית המשפט, אין לראותם כמי שמבקשים מן המותב 'כזה ראה – וקדש'. במקום זאת, ההצהרה אשר יש לראותה כנלווית להגשת הסכם פשרה, היא הצהרה שלפיה זהו התוצר שאליו הצליחו הצדדים להגיע, תוך שכל אחד קנה את סיכונו; הפיק רווח כזה, ושילם מחיר אחר. תחת פריזמה זו, איני סבור כי בטענה מאוחרת של בעל דין, העומדת במתח עם עמדה המגולמת בהסכם פשרה שאותו כרת, ושקיבל תוקף של פסק דין, יש כדי ללמד על חוסר תום לב או על חוסר הגינות, באופן שיצדיק הצבת מחסום דיוני קשיח, בדמותו של ההשתק השיפוטי; ודאי לא בכלל המקרים.

75. שנית, בכל הנוגע להסכמי פשרה רבים, השימוש בהשתק השיפוטי שעוצב בעניין הפניקס לא יתאפשר כלל, או שהוא יהיה קשה, בעייתי ויפתח פתח לריבוי התדיינויות, שלאחריו גם סיכון לטעויות שיפוטיות. לא פעם ולא פעמיים, כורתים בעלי דין הסכמי פשרה 'שותקים', כלומר: הסכמים המתייחסים לשורת התוצאה בלבד, ללא קביעות המתייחסות ישירות לפלוגתות הפרטניות שהתגלעו ביניהם במסגרת ההליך. במצב דברים זה, על מנת להחיל את כלל ההשתק השיפוטי, במסגרת ההליך המאוחר, ידרש בית המשפט לנתח את ההסכם השותק, כדי 'לחלץ' ממנו את העמדות שגולמו בו. תהליך 'הנדסה לאחור' שכזה, נראה ככר פורה להתדיינות לא פשוטה, ובסופו רובץ גם הסיכון לטעות; בשים לב למשמעויות מרחיקות הלכת של החלת ההשתק השיפוטי, כמפורט לעיל, סבורני כי יש לנקוט משנה זהירות בהתייחס לטעויות מעין אלה (ראו: עניין הפניקס, פסקה 2 לפסק הדין של חברי, השופט עמית; לעמדה דומה, בהתייחס להשתק פלוגתא שלאחר הסכם פשרה, ראו: רוזן-צבי, מורה נבוכים, עמוד 831). אמנם, טעם זה יפה בעיקר להסכמי פשרה 'שותקים', כך שאין בו בהכרח כדי ללמד על היחס הראוי להסכמי פשרה הכוללים קביעות מפורשות ביחס לפלוגתות ספציפיות; ברם, נראה כי לא אחת קו הגבול בין המצבים לא יהיה בהיר לחלוטין, מה שעשוי גם כן לשמש פתח להתדיינות ולמחלוקות – טעם שגם בעטיו תיתכן עדיפות לשלילה גורפת של השתק כאמור, חלף נתינת דברינו לשיעורין.

76. שלישית, סבורני כי השתק בעלי דין מלסתור כל עמדה המגולמת בהסכם פשרה שלו הם היו צד, כפי שנהג בית המשפט המחוזי בדנן, יכולה להביא למצבים בעייתיים ביותר, שבהם בעלי דין יושתקו מלסתור עמדות של בעלי דין יריבים, אשר קיבלו ביטוי בהסכם הפשרה. כך אכן קרה בדנן, שכן בית המשפט המחוזי השתיק את המבקשים מלסתור את הצהרתם, שניתנה במסגרת הסכם הפשרה המוקדם, שלפיה רגב ויהושע אינם מקורבים. משמעות הדבר היא, שהמבקשים הושתקו מלסתור טענה שהציג נגדם יהושע במסגרת ההליך המוקדם, ושאותה הם נכוננו לקבל כחלק מן הפשרה.

77. עניין זה מעורר, לטעמי, קושי לא מבוטל. לצורך עמידה על קושי זה, נדָּהָה מצב שבו היה מגיע ההליך שבין המבקשים לבין יהושע עד לפסק דין סופי. ברי, כי במצב דברים זה, לא היה מקום לטעון כי המבקשים מושתקים מלסתור את הטענות שהעלה יהושע במסגרת ההליך (מצב שכזה עשוי היה אולי להתאים להשתק פלוגתא, ככל שיתמלאו תנאים שונים, אך כפי שאסביר להלן – רבים מאוד המכשולים שנדרש יהיה לעבור לשם שימוש בהשתק זה, במקרה הדומה לעניין דנן, עד כי קשה לראות בכך אפשרות ממשית). קשה אפוא להלום מצב, שבו הסכם הפשרה ייצר 'פי שניים' השתק שיפוטי מאשר פסק דין, באשר הסכם הפשרה ייצר השתק שיפוטי הן ביחס לטענות בעל

הדין שהשתקתו מתבקשת, הן ביחס לעמדות יריבו, שגולמו בהסכם הפשרה. מעבר לכמות ההשתק הנוצרת, נראה כי הדבר בעייתי במיוחד גם מבחינת מהות הטענות שביחס אליהן נוצר ההשתק. זאת, שכן השתקת בעל דין מלסתור טענות שטען יריבו בעבר עשויה להיות עבורו בעייתית במיוחד, מאחר שסביר כי טענות אלה מנוגדות לאינטרסים שלו באופן מובהק ואולי גם תמידי (להבדיל ממצב של טענה שהעלה בעל הדין המושתק בעצמו בעבר, אשר לכל הפחות תאמה לאינטרסים שלו בנקודת זמן מסוימת). כך, למשל, בעניינינו קשה לדמיין מצב שבו היתה משרתת את המבקשים טענה שלפיה רגב ויהושע אינם מקורבים, כך שפרסומם המקורי היה מוטעה; כתוצאה מכך, ההשתק שהחיל עליהם בית המשפט המחוזי הוא בעייתי במיוחד עבורם, שכן בעקבותיו הם נכבלו לטענה שהיתה מנוגדת במובהק לאינטרסים שלהם, ושאותה לא התאפשר להם לנסות לסתור.

78. פועל יוצא מן האמור, עשוי להיות הרתעה לא רצויה של בעלי דין מהגעה להסכמי פשרה. הבהיר חברי, השופט עמית, כי הקביעה בעניין הפניקס, שלפיה ניתן לנתח הסכמי פשרה ולהסיק מהם על קיומו של השתק שיפוטי, "עלולה להקשות בעתיד על מבטחים ונפגעים להגיע לפשרה" (שם, פסקה 2 לחוות דעתו). חשש זה הובע, ובצדק לטעמי, כבר ביחס לאפשרות להקים השתק שיפוטי משתמע מהסכמי פשרה 'שותקים'; מכל מקום, דומני כי כוחו במותניו, ביתר שאת, אם הסכם הפשרה יביא להשתקה נרחבת יותר מזו שעשוי היה לייצר פסק דין, אילו ניתן באותו ההליך – כפי שפורט לעיל. משמעות הדבר תהיה, שכאשר בעל דין חוכך בדעתו אם להתפשר עם רעהו, יהיה עליו להביא בחשבון גם את העובדה שהסכם הפשרה עשוי להגבילו במידה ניכרת יותר בעתיד. מובן כי תוצאה זו פוגעת באינטרס הציבורי בעידוד הסכמי פשרה (ע"א 624/80 אמארה נ' נימני, פ"ד לו(2) 606, 614 (1983); רע"א 7817/99 אבנר איגוד לביטוח נפגעי רכב בע"מ נ' קופת חולים מכבי, פ"ד נז(3) 49, 60 (2003); דברים ידועים בהקשר זה מצויים גם במקורות המשפט העברי, וראו, מני רבים: מכילתא, יתרו ב, טז). לעניין זה אזכיר, כי גם ביחס להשתק פלוגתא הנובע מהודאה של בעל דין או מפסק דין שניתן בהסכמת הצדדים, הובהר כי יש ליתן משקל, בין היתר, לחשש מצינון פשרות והסכמות (ראו, למשל: רע"א 682/07 לבייב נ' גילד, פסקה יב (21.6.2007) (להלן: עניין לבייב); נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 181-182, 334 (1991) (להלן: זלצמן); רוזן-צבי, מורה נבוכים 826-828, 833).

79. אמנם, כאשר מגיעים בעלי דין לתוצאה סופית מכוח הסכם פשרה, ניתן לייחס לכל אחד מהם 'חלק' מסוים בכל אחד מרכיביה של ההכרעה; אולם, בשים לב להיותו של הסכם הפשרה תוצר משותף, הנטוע בשיקולים מעשיים של קניית סיכונים וכיו"ב (ראו האמור בפסקה 74 לעיל) – איני סבור כי ניתן לראות את כלל רכיבי הסכם הפשרה,

לרבות כאלה המבטאים במובהק דווקא אינטרסים של אחד מבעלי הדין, "כעמדות שננקטו בפני בית המשפט", על-ידי כל אחד מן הצדדים להסכם (עניין הפניקס, פסקה 18). אין צורך לומר, כי כאשר כלל אין מדובר במה שניתן לראותו כטענה שהעלה בעל הדין במסגרת ההליך המוקדם, לא מתקיים התנאי הבסיסי ביותר לתחולתו של כלל ההשתק השיפוטי, המוגדר כך: "כאשר צד להליך העלה טענה משפטית או עובדתית בהליך אחד, הוא מושתק מלהתכחש לטענה זו ולטעון היפוכם של דברים בהליך אחר, אפילו נגד יריב אחר" (עניין כהן, פסקה 8 (ההדגשה הוספה – ג' ס'); רחן-צבי, ההליך האזרחי, עמוד 255).

80. במענה לדברי אלה, עשוי הטוען לטעון כי ניתן יהיה להיזהר, ולהשתיק בעלי דין אך מלסתור עמדות המגולמות בהסכם הפשרה, ושמשקפות אינטרסים שלהם שבאו אל קרבו; מעין 'פלגינן דיבורא'. חרף היתרונות המסוימים שנראה כי ניתן לייחס לגישה זו, סבורני כי בסופו של דבר, תהליך של 'שיוך' עמדות ואינטרסים לכל אחד מן הצדדים להסכם, יכול להגדיל עוד יותר את הסרבול ואת המורכבות שצפויה להיגרם כתוצאה מן הניסיון להשתק בעלי-דין, בעקבות הסכם פשרה שאותו כרתו. על כן, איני רואה בכך פתרון ראוי.

81. זאת ועוד. סבורני, כי חשיבה על ההשתק שעוצב בעניין הפניקס, על רקע מקבילו שבעניין מגדל העמק, עשויה ללמד כי בסופו של דבר, 'תועלתו השולית' של השתק עניין הפניקס, עשויה להתמצות דווקא בסוג מצבים בעייתי זה, שבו משתיק בית המשפט בעל דין מלסתור טענות שהעלה יריבו, במסגרת ההליך המוקדם. כזכור, בעניין מגדל העמק נקבע, כי גם כאשר הליך מוקדם הסתיים בפשרה, בעלי דין לא יוכלו לסתור טענות שהועלו על-ידם בחלקו האדברסרי של אותו הליך. הדעת נותנת, כי ככל שעסקינן ברכיבי הסכם פשרה המגלמים אינטרסים של בעל הדין שהשתקו מתבקשת, הרי שמדובר יהיה בטענות שהועלו על-ידו בחלקו האדברסרי של ההליך המוקדם. משכך, ניתן יהיה להשתיקו מכוח המסלול ששורטט בעניין מגדל העמק. מתי יוסיף ניתוח הסכם הפשרה השתק שאליו לא ניתן היה להגיע, באמצעות הנתיב שנסלל בעניין מגדל העמק? מסתבר, שפעמים רבות יהיו אלה דווקא המצבים שבהם תבוקש השתקו של בעל דין, מלסתור את הטענות שהעלה יריבו בהליך המוקדם, ושנקלטו אל תוך הסכם הפשרה. אם מקבלים את דברי שלעיל, בדבר הבעייתיות שבמהלך דיוני זה, התוצאה יכולה להיות שכמעט לכל תוצאותיו החיוביות של עניין הפניקס ניתן להגיע גם בלעדיו, בדרך שהותוותה בעניין מגדל העמק, ונותרים דווקא ההשתקים שאינם רצויים.

82. על האמור אוסיף, כי גם השתק פלוגתא אינו צפוי להתאים למקרים דוגמת העניין דנן. תחילה יש לציין, ביחס לכך, כי השתק הפלוגתא הרלבנטי למצב דברים מעין זה,

הריהו השתק פלוגתא לא הדדי התקפי. זאת, מאחר שמדובר על ניסיון של מי שלא היה צד להליך הראשון (בענייננו, רגב), להיבנות, כתובעת, מן ההליך שהתנהל בין בעלי-דין אחרים (בענייננו, המבקשים ויהושע). לגבי סוג השתק זה הובהר, כי אפשרות השימוש בו "מעוררת קשיים רבים היורדים לשורש הדוקטרינה של מעשה בית דין"; על כן, נקבע כי "ככלל, אין לאפשר לבעל דין לטעון לקיומו של השתק פלוגתא כטענת התקפה בהתבסס על הכרעה בהליך שהוא לא היה צד לו", כך שהדבר יתאפשר אך במקרים נדירים וחריגים (ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקאות 17-19 (12.10.2009); ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי, פסקה 3 לפסק הדין של השופטת ד' ברק-ארז (3.9.2015); זלצמן, עמודים 549-552; רוזן צבי, מורה נבוכים, עמודים 906-915; והשוו: מיכאל קרייני "השימוש ההתקפי בהשתק הפלוגתא – כורח שיש לו תקנה" ספר שלמה לווין 85 (2013) (להלן: קרייני)). אם לא די בכך, אזי הקושי האמור בכל הנוגע להשתק פלוגתא לא הדדי התקפי, מועצם אף יותר שעה שעסקינן בהליך מוקדם שנסתיים בפשרה. צורת סיום זו, בהתייחס להליך המוקדם, מעוררת מורכבות אף בהתייחס להשתק פלוגתא 'רגיל' והדדי – עניין שבגיננו נקבע, כי לא יקום השתק פלוגתא כתוצאה מכל הליך שהסתיים בפשרה (עניין לבייב, פסקה יב; עניין ג'אעוני, פסקה 68 לחוות הדעת של השופטת ברק-ארז; לקריאה לגישה מצמצמת אף יותר ביחס לכך, ראו: רוזן-צבי, מורה נבוכים, עמודים 827-831). כך, ביתר שאת, שעה שמדובר על השתק פלוגתא לא הדדי, אף הגנתי, מצב דברים שגם לגביו נאמר כי אינו מתאים להחלת השתק הפלוגתא (שם), עמוד 900 והאסמכתאות (שם); ומכאן, כמעט 'קל וחומר' ל'תרכובת' המוקשה ביותר, אשר היא שניצבת על הפרק בעניין שלפנינו – השתק פלוגתא לא הדדי התקפי הנובע מהליך שנסתיים בפשרה. ואכן, אף מי שצידד, ככלל, בהשתק פלוגתא לא הדדי התקפי, הבהיר כי ישנו דין שונה, בהקשר זה, להליך שהסתיים בפשרה (קרייני, עמוד 124). הנה כי כן, ומאחר שהצדדים כלל לא טענו לקיומו של השתק פלוגתא בענייננו, דומני כי די בהצטברות האמורה כדי להסיר גם אפשרות זו מן הפרק.

83. לסיכומה של נקודה זו: כבר עצם הנכונות לנתח הסכמי פשרה, וללמוד מתוכם על השתקים שיפוטיים, עשויה להוביל לתוצאה בעייתית, של הרתעת בעלי דין מכריתת הסכמים כאמור. חשש זה מקבל משנה תוקף, בשים לב לטיבם ולמהותם של לפחות חלק מן ההשתקים שעשויים להיווצר בדרך זו – השתקים שאינם מתייחסים לטענות שהעלה בעל הדין שהשתקו מבוקשת, במסגרת ההליך המוקדם, אלא לטענות שהעלה יריבו באותו הליך.

האם נובע מגישתי העדר מענה להתנהלות פסולה של בעלי דין?

84. על אף כלל האמור, עשוי הטוען לטעון כי הדעת עודנה אינה נוחה מהתנהלות המבקשים. סוף-סוף, הללו הצהירו בראש חוצות כי אין כל קשר בין רגב לבין יהושע, הן לאחר מכתבי רגב ויהושע, הן במסגרת הסכם הפשרה עם יהושע, אולם עתה רוצים הם להתגונן בטענת 'אמת דברתי', ולטעון לפני ערכאה שיפוטית כי רגב ויהושע קשורים גם קשורים. בעוד שבגישת בית המשפט המחוזי יש כדי לספק לכך מענה הולם (ועמו גם תמריץ להימנעות ex-ante מאותה ההתנהלות), לכאורה גישתי-שלי – שלפיה התנהלות כאמור לא תביא להקמת מחסום השתק שיפוטי – אינה מספקת פתרון למצב דברים זה.

85. במענה לכך אבהיר, תחילה, כי לא כל התנהלות דיונית שאינה רצויה, סרת טעם או כל כיוצא באלה – מצדיקה שימוש בדוקטרינת ההשתק השיפוטי (לזהירות הנדרשת בכל הנוגע לשימוש בכלי דיוני זה, ראו לעיל בפסקה 71). כך עולה לטעמי גם מתוך עיון בתכליות הכלל בדבר השתק שיפוטי. כבר בעניין בית ששון, שבו נזרע זרע הספק הראשון בנחיצותו של 'כלל הצלחה', הובהר גם כי "הדגש בהשתק השיפוטי הינו על היחס בין בעל-הדין לבין בית-המשפט", תוך שבהתאם לרציונל זה יעוצבו גדריו ההשתק ותיקבע קשת המצבים שבהם יחול (שס, עמוד 633; אדד, עמוד 216 והאסמכתאות שם). מכאן, שעל כלי ההשתק השיפוטי לשמש, ככלל, כ'תרופה' דווקא להתנהגויות המתבצעות בתוככי 'שדה' זו, ואין בו כדי לשמש מזור לכל התנהלות מוקשית באשר היא.

86. סבורני, כי דברים מעין אלה למעשה מוסכמים על הכל, שכן לא נמצאה דעה שלפיה כל 'אמרת חוץ' של בעל דין, יהיה בה כדי להביא להשתקו מסתירתה במסגרת הליך משפטי המאוחר לה, וזאת אף אם סתירה כאמור מייצרת חוסר נוחות ניכר. למעשה, גם בית המשפט המחוזי, בדנן, חרף נכונותו להרחיב את ההשתק השיפוטי, לא סבר כי בהבהרת המבקשים מיום 31.8.2015 – שפורסמה כבר לאחר מכתביהם הראשונים של רגב ושל יהושע, ללא כל קשר להליך משפטי – יש כדי לייצר השתק שיפוטי (לשלילה מפורשת של השימוש בכלל ההשתק השיפוטי בהתייחס לאמירות שניתנו שלא בהליך משפטי או מעין-משפטי – שאלה שהתעוררה ונדונה אף היא רק ביחס לאמירות שניתנו תחת שבועה, ובהקשרים ספציפיים – ראו: Boyers, עמודים 1266-1267).

87. כמו כן, דומני כי כבר עצם קיומה של התלבטות בכל הנוגע להשתקת בעל דין מלסתור טענות שהעלה במסגרת הליכים מינהליים (לבטים שאפיינו גם את המצדדים ב'כלל המוחלט' – ע"א 4330/07 מוזס נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות – בית חולים רמב"ם חיפה, פסקה מד (5.3.2009); ע"א 739/13 בן-ציון נ' המועצה המקומית אבן יהודה, פסקה י (6.10.2014)), מלמדת אף היא, כי לא כל אמרה שנאמרה מחוץ לגדריו הליך משפטי, תקים מחסום דיוני בדמות השתק שיפוטי; ודברים אלה יפים אף לאחר שנתקבלה הגישה אשר נכונה להחיל השתק שיפוטי גם בהתייחס לטענות שהועלו לפני גופים

מינהליים (על כך ראו למשל: ע"א 8659/12 רויכמן נ' מדינת ישראל – פקיד שומה חיפה, פסקה 19 (10.12.2014); ע"א 732/15 פקיד שומה נ' בנלי, פסקה 7 (21.3.2016)). אף אם אין באמור ראייה ניצחת לדבר, נראה כי יש בכך לכל הפחות 'זכר' לדבר (על-פי: משנה, שבת ט, ד).

88. בעניין זה אעיר, כי עמדת שופטי המיעוט (לגבי ההנמקה) בבג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023) אינה רלבנטית לעניין שלפנינו, ולו בשל העובדה ש'כיוון' ההשתק שנדון באותו מקרה היה הפוך לזה שבו עסקינן – נדונה שם השאלה אם אמירה שנאמרה במסגרת התדיינות משפטית, יכולה להשליך על פעילות הדובר הנעשית מחוץ לכתלי בית המשפט (לחריגותו של השתק זה, בהשוואה לשגור והמקובל בכל הנוגע לדיני ההשתק השיפוטי, המהווה כשלעצמה טעם לאי-התאמתו של מקרה זה לדיון הנוכחי, ראו: אבישי אדד "השתק שיפוטי כעילת התערבות בהליכי בג"ץ: הערה בעקבות בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (18.1.2023) (בג"ץ דרעי)" פורום עיוני משפט (תגובות משפט) מח (27.8.2023)).

89. על רקע כלל האמור, צצה כמו מאליה השאלה הבאה: אם אכן מתעורר קושי, מקום בו בעל דין מבקש לסתור דברים מפורשים שאמר במו פיו, בעבר, אלא שבמצב דברים זה אין מקום לשימוש בכלל ההשתק השיפוטי, האם ישנה בכל זאת תגובה שיפוטית הולמת? סבורני, כי התשובה לכך בחיוב, כאשר 'מיקומה הגיאומטרי' של אי-הנחת מן הסתירה לאותן 'אמרות חוץ' של בעל הדין, עשוי להימצא בשני הקשרים אחרים וספציפיים: מהימנות טענותיו של בעל הדין, ובמקרים דוגמת הנדון דידן, שעניינם בהודעות תיקון ובתביעות לשון הרע – גם יכולתו של נתבע לטעון להגנת העיתונאות האחראית. משכך, איני סבור כי גישתי מובילה להעדר מענה הולם להתנהלות לקויה של בעל דין, המבקש לטעון טענה המנוגדת חזיתית לאמירות עבר שאותן אמר. ארחיב את הדיבור בנוגע לשתי ההשפעות הנזכרות.

המשמעויות שיש לייחס ל'אמרות חוץ' המנוגדות לטענות משפטיות, ובפרט להודעות תיקון שפרסם נתבע בלשון הרע

90. טרם שאגש לגוף הדברים, שתי הערות מקדימות:

ראשית, משעזבנו את סוגיית ההשתק השיפוטי, הרי שאין הבדל מהותי בין הודעת תיקון שפורסמה בזיקה להליך משפטי (בדנן – ההודעה שפורסמה במסגרת הסכם הפשרה עם יהושע), לבין הודעת תיקון שפורסמה ללא זיקה להליך משפטי קונקרטי (בדנן – ההודעה המוקדמת יותר שפורסמה מיד לאחר מכתבי רגב ויהושע). לפיכך,

המשמעויות של הודעות התיקון, שבהן אדון להלן, אינן תלויות במסגרת שבה פורסמה הודעת התיקון, או בשאלת זיקתה להליך שיפוטי זה או אחר.

שנית, חשוב לדייק – הודעות התיקון שבהן אעסוק להלן, אינן ההודעות שבהן עוסק סעיף 17 לחוק. סעיף 17, כידוע, שולל את הגנת תום הלב ממפרסם לשון הרע, אשר נמנע מלפרסם "תיקון או הכחשה מצד הנפגע"; כלומר, הסעיף "אינו שולל את הגנת תום הלב בשל סירוב מצד אמצעי התקשורת להתנצל בשמו הוא אלא רק בשל סירוב לאפשר לנפגע להביא את גרסתו. לפיכך, אם התובע ישלח דרישת התנצלות וזו לא תיענה לא יוכל התובע להסתמך על סעיף 17 בטענה שהנתבעים או הנאשמים אינם רשאים להתגונן בהגנת תום הלב" (שנהר, עמודים 279-280 (ההדגשות הוספו – נ' ס'); וראו גם: דנ"א דיין, עמוד 855; ע"א 552/73 רוזנבלום נ' כץ, פ"ד ל(1) 589, 596-597 (1976)). ומן העבר השני: ברי, כי כאשר מתפרסם תיקון או הכחשה משמו של הנפגע-התובע (שבהם עוסק סעיף 17), לא יהיה בכך כדי להוות שיקול נגד קבלת טענותיו של הפוגע-הנתבע, בדבר תחולת הגנת העיתונאות האחראית, או של יתר הגנות תום הלב; ההפך הוא הנכון. זאת, מאחר שהודעות כאמור הן חלק מחובת ההגינות של המפרסם, הנדרש לאפשר למושא הפרסום להגיב ולבטא את עמדתו (דנ"א דיין, עמוד 739; ע"א דיין, עמודים 491-492). בכגון דא, כמובן, גם לא יהיה בדבר כדי להטעות את הציבור, שכן ישכילו השומעים להבין כי הודעות אלה אינן מבטאות עמדה עדכנית של המפרסם וכיו"ב, אלא רק את תגובתו החולקת – לא אחת הכחשתו – של מושא הפרסום. לעומת זאת, בעניין דנן עסקינן בהודעות תיקון שהובאו בשם המפרסמים-המבקשים, ולא בשם רגב או יהושע. לא מדובר בהכחשה של יהושע את הטענות לקשרים שנתקיימו בינו לבין רגב, אלא בחזרה של גוף התקשורת המפרסם מן התיאורים המוקדמים, תוך הבהרה כי פרסומים אלה היו שגויים. בהודעות מסוג זה, המוצגות לציבור כעמדתו העדכנית של המפרסם עצמו – יש כדי להטעות את הציבור, ככל שהן אינן נכונות (כפי שמשמע ממצב שבו טוען המפרסם, במסגרת הליך משפטי מאוחר, כי עומדת לפרסומיו המקוריים הגנת אמת הפרסום, חרף העובדה שהם הוכחו על-ידו, במסגרת הודעות התיקון).

לאחר הבהרות אלה, אפנה לתיאור כל אחת מההשפעות האפשריות של 'אמרות החוץ' והודעות התיקון.

(א) השפעה ראשונה: מהימנות טענותיו של בעל הדין

91. הקשר זה הוא הפשוט מבין השניים, ועניינו במהימנות הטענות העובדתיות שמציג בעל דין, לתמיכה בטענותיו. אכן, אמינות גרסתו של בעל דין שיצא ב'אמרת חוץ' נחרצת, ולאחר מכן מבקש להציג טענה המנוגדת לה מכל וכל, במסגרת הליך משפטי – עשויה להיפגם; מובן, כי בעל דין שמשנה את טעמו כמו 'שבשבת רוח', סודק במו ידיו את

גרסתו האחרונה, והדברים פשוטים (ראו: עניין מגדל העמק, פסקה 18; עניין רינגל, פסקה 18). בהקשר שבו עסקינן, מסקנה זו יפה, בראש ובראשונה, ביחס להגנת אמת הפרסום, אך היא תקפה גם ביחס להגנת העיתונאות האחראית, שכן נסיגה מן הפרסום הראשון, בפרט כאשר להודעת ההכחשה לא צורף כל מידע או ראיה חדשים – עשויה ללמד על מסד תחקירי רעוע שניצב בבסיס הפרסום המקורי.

(ב) השפעה שניה: טענת המפרסם להגנת העיתונאות האחראית ולהגנת אמת הפרסום באופן סימולטני

92. הקשר נוסף, מורכב אף יותר, נוגע להשפעת הודעת התיקון על העלאת טענת הגנת העיתונאות האחראית, בד בבד עם טענת הגנת אמת בפרסום – כפי שנהגו המבקשים בענייננו. לפני שאסביר זאת, אשוב לרגע קט ליסודותיה ומקורותיה של הגנת העיתונאות האחראית. כפי שנזכר לעיל, שורשיה של ההגנה נטועים בסעיף 15(2) לחוק, שכותרתו "הגנת חובת הפרסום" (דנ"א דיין, עמוד 719), המורה כדלקמן:

הגנת תום לב

15. 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 הטיילו עליו חובה, חוקית, מוסרית או חברתית לעשות אותו פרסום" (ההדגשה הוספה – נ' ס').

93. בדנ"א דיין, כור מחצבתה וחדר הורתה של הגנת העיתונאות האחראית, הבהיר הנשיא גרוניס כי הגנת חובת הפרסום "בנויה משלושה רכיבים ששילובם מקים חובה לפרסום: היחסים שבין המפרסם לנמען הפרסום; תוכנו של הפרסום; הנורמה החוקית, החברתית או המוסרית המחייבת לפרסם דברים אלה", כאשר "יסוד היחסים ויסוד התוכן נבחנים שניהם על רקע נורמה כללית. הנורמה משקפת את החשיבות שמייחסת שיטת המשפט ליחסים הנדונים ולפרסומו של המידע המדובר. הנורמה קיימת במנותק מיסודות אלה והיא הקובעת כי בהינתן סוג יחסים מסוים וסוג תוכן מסוים תקום חובת פרסום" (שם, עמודים 720-721) (ההדגשות במקור – נ' ס'). בהתאם לכך, הנכונות להכיר "בקיומה של חובה עיתונאית בסעיף 15(2) לחוק", כפי שנעשה בדנ"א דיין, "היא תולדה של נורמה המצדיקה את הפרסום על רקע יחסים ומידע מסוג מסוים"; ומהי אותה נורמה?

"חופש הביטוי הוא [...] שיקול בעל משקל ניכר בכל אחת מן ההגנות בחוק. מקום שמדובר בפרסום בעל אופי עיתונאי של מידע אשר טמונה בו תועלת ממשית עבור הציבור, נושא שיקול זה משקל מיוחד. פרסומים מסוג זה מצויים בליבת

חופש הביטוי [...] נוסף לכך, מקום שמדובר בפרסומים בעלי אופי עיתונאי יש להביא בחשבון גם את כובד משקלו של חופש העיתונות. [...] לענייננו די אם אזכיר כי חופש העיתונות מגלם בתוכו לא רק את זכותו של העיתונאי, אלא גם את זכותו של כל פרט ופרט בחברה ליהנות מפירוטיה של עבודת העיתונות ואת אינטרס הציבור בעצם קיומה (שם, עמודים 723-724) (ההדגשה הוספה – נ' ס').

הנני אומר: טענת העיתונאות האחראית נועדה לשרת, בראש ובראשונה, את הציבור. היא אמנם לובשת לבוש משפטי של הגנה משפטית על עיתונאי מפני תביעות לשון הרע, אך תכליתה העיקרית היא הגנה על הציבור בכללותו, באמצעות יצירת סביבה שתאפשר לפרסם פרסומים בעלי חשיבות ציבורית, המשרתים "את גילוי האמת, את ההליך הדמוקרטי ואת היציבות החברתית" (בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונאות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 76 (2004); וראו גם: דנ"א קראוס, עמוד 53; ע"א דיין, עמודים 434-435; עניין ארגון העיתונאים, פסקה 35 והאסמכתאות הרבות שם; תקנה 2.א. לתקנון האתיקה של מועצת העיתונות והתקשורת בישראל (להלן: תקנון האתיקה); לתיאור דומה, גם בכל הנוגע למוסד החיסיון העיתונאי, ראו למשל: ב"ש 298/96 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, 358-359 (1987)).

יפים לעניין זה דבריו של ח' כהן:

"חופש העיתונות [הוא] זכות כמו זכויות רבות יסודיות אחרות, וגם חירות כחירויות אחרות; והיא איננה זכות של העתונות ואיננה זכות של עתונאי. היא זכות של כל אחד ואחד מאתנו. היא זכות הפרט. זכותי היא לקבל בצינורות האפשריים והמקובלים והחוקיים את האינפורמציה הטובה והמדויקת והמוסמכת והמקיפה והרבה ביותר, וזכותי היא להביא לאחרים בצינורות המקובלים והחוקיים והאפשריים [ה]אלה את כל מה שאני יכול להביא לידיעתם, על מנת שיידעו הם ויכירו מה דעתי על העניינים העומדים על סדר יומה של הציבוריות. זוהי זכות ביטוי, זכות דיבור, לא רק זכות הביטוי והדיבור הפעיל – אלא גם זכות הביטוי והדיבור הסביל" (חיים כהן "חופש הביטוי וזכויות הפרט" ספר השנה של העיתונאים 189, 189 (יהודה גוטלהלף, ישראל אבן-נור ואהרון קלאוס עורכים 1958) (ההדגשה הוספה – נ' ס')).

94. על רקע האמור, מובן מדוע פרסום הודעת תיקון שאינה נובעת ממידת 'מודה ועוזב – ירוחם', אלא משיקולים טקטיים של סיום הליך משפטי, אינה עולה בקנה אחד עם הגנת העיתונאות האחראית. הודעה שכזו, מזינה את הציבור במידע מטעה, הנמסר לו אך בשל האינטרסים של המפרסם ורצונו להימנע מבירור תביעה נגדו. התנהגות מעין זו עומדת, לטעמי, במתח ניכר עם התנהלות עיתונאית אחראית, וזאת נוכח תכליתיה ויסודותיה המתוארים של הגנה זו, שבראשם האינטרס הציבורי בקבלת מידע אמין ואיכותי. כמפורט לעיל, עיתונאי המבקש להתגונן מפני תביעת לשון הרע, באמצעות הגנת העיתונאות האחראית, טוען למעשה כי יש לדחות את התביעה שהוגשה נגדו, שכן הוא פעל באופן ראוי, מכוחם של ערכי חופש הביטוי וחופש העיתונות. זאת, אף במחיר של פגיעה במושא הפרסום, שהסתבר כי הדברים שנאמרו לגביו – לא היו אמת. דא עקא, שפרסום הודעת תיקון, אשר נטען לאחר מכן, כחלק בלתי נפרד מהטענה להגנת אמת הפרסום, כי כלל לא שיקפה את האמת, ולמעשה הטעתה את הציבור – אינו יכול לעלות בקנה אחד עם ערכים אלה; בדיוק להפך. קיים אפוא קושי ניכר בקביעה שיפוטית שלפיה עיתונאי יהנה מהגנת העיתונאות האחראית, כאשר במו פיו הוא מודה שמסר, במסגרת הודעת התיקון, מידע מוטעה ומטעה (לעומת זאת, במצב של שילוב טענות הגנה כאמור, לאחר פרסום הודעת תיקון מוקדמת – איני סבור כי יתעורר קושי מהותי לטעון להגנת 'אמת הפרסום', להבדיל מן הקושי הראיתי שתואר לעיל; ביחס לכך ראו: דנ"א קראוס, עמודים 36-39).

95. בהקשר זה יש להזכיר, כי השפעת התנהלותו של המפרסם לאחר מועד הפרסום, על אפשרותו להיבנות מהגנת תום הלב, ובפרט מהגנת העיתונאות האחראית – אינה זרה להגנות אלה כלל ועיקר. זאת, הן בשים לב להוראת סעיף 17 לחוק, התולה את תחולתה של הגנת תום הלב בהיענות לבקשת מושא הפרסום "לפרסם תיקון או הכחשה מצד הנפגע"; הן בשל השפעתם של תיקון או עדכון מאוחרים, על-פי בקשתו של מושא הפרסום, על תחולת הגנת תום הלב (ראו: דנ"א ד"ן, עמודים 742-745). ברי אפוא, כי שאלת תום הלב והעיתונאות האחראית אינה נבחנת אך בהתייחס לפרסום המקורי מושא הלשון הרע, אלא מביאה היא בחשבון את מכלול התנהלות המפרסם ביחס לפרסום, לרבות התנהלותו במועדים המאוחרים למועד הפרסום.

מספר הערות לגבי דברי אלה.

96. ראשית, בהתייחס לשתי ההשלכות שאותן תיארת, שתהיינה להודעת תיקון מוקדמת – יש לזכור כי אין מדובר בשיקולים קונקלוסיביים ומכריעים (ראו: ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 565 (1992)). כך, בכל הנוגע למהימנות

טענותיו העובדתיות של בעל דין, הרי שעשויים להתקיים שיקולים אחרים, שיכריעו את הכף. זאת, בפרט, בהתייחס לשאלת איכות התחקיר, במסגרת טענה להגנת העיתונאות האחראית, שכן אם התגלה כי מידע שפורסם היה מוטעה, הרי שתיקון מאוחר עשוי להיות תנאי הכרחי לתחולתה של הגנה זו (דנ"א ד"ן, עמודים 742-745; וראו גם: סעיף 25 לחוק). לפיכך, אל לנו לקלוע את המפרסם למלכוד, כך שימצא עצמו בוחר בין הימנעות מתיקון, שסופה שלילת הגנת העיתונאות האחראית, נוכח התייחסות שאינה הולמת להתפתחויות מאוחרות; לבין מצב שבו כל תיקון יביא לשלילה גורפת של יכולת העיתונאי להיבנות לאחר מכן מהגנת העיתונאות האחראית, עקב ההשלכות הראייתיות שתיוחסנה לתיקון כאמור בכל הנוגע לאיכות התחקיר שמעיקרא. על כן, השאלה שנדרש יהיה לבחון היא אם יש בתיקון המאוחר – בשים לב למכלול נסיבותיו – כדי ללמד, מבחינה ראייתית, גם על פגמים בתחקיר העיתונאי, אם לאו. כך, למשל, לא הרי תיקון חפוז, המתבצע מיד לאחר הכחשת מושא הפרסום, מבלי שהוא מבוסס על נתונים או על מידע שנוספו לאחר הפרסום המקורי; כהרי תיקון שנעשה לאחר שהובאו לידיעתו של המפרסם בדבר פרטי מידע חדשים, ולאחר שיקול דעת.

97. הוא הדין גם לגבי ההשלכה, שעניינה העמידה בתנאיה של הגנת העיתונאות האחראית. כך, למשל, ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם תפורסם הודעת תיקון לפרסום המקורי, שלימים יתברר כי נבעה ממידע מטעה מאוחר שנמסר למפרסם – שאז לא יהיה מקום לשלול ממנו את הגנת העיתונאות האחראית ביחס לפרסום המקורי, אם יוכיח כי עמד בסטנדרטים העיתונאיים הראויים. נוסף על כך, מאחר שהגנת העיתונאות האחראית כוללת מספר תבחינים ואמות מידה שיש לבחון בכל מקרה ומקרה (ראו, למשל: ע"א ד"ן, עמודים 490, 492), הרי שאם לצד ליקוי הנוגע לבחירת עיתונאי לפרסם תיקון מאוחר שגוי, יעמדו לו מאפיינים אחרים המלמדים על עיתונאות אחראית ביחס לפרסום המקורי – בהחלט יתכן כי יזכה להגנה, חרף התיקון הבעייתי.

98. שנית, כאמור, הודעות התיקון שבהן עסקינן – אינן אלה שבהן עוסק סעיף 17 לחוק. כמו כן, עצם הוצאתה של הודעת תיקון, אין בה כדי לסתור בהכרח טענה מאוחרת לעיתונאות אחראית; לא אחת אף להפך (דנ"א ד"ן, עמודים 742-745). מה שפוגע, לטעמי, בטענה להגנת העיתונאות האחראית, הוא דווקא השילוב שבין הודעת התיקון לבין טענות הן לאמת הפרסום הן לעיתונאות אחראית. זאת, שכן טענת אמת הפרסום עשויה לצבוע את הודעת התיקון בצבעים טקטיים ואסטרטגיים, המנוגדים לצידוקיה ולתכליותיה של הגנת העיתונאות האחראית. חיבור שתי נקודות אלה, יש בו, לשיטתי, כדי ליתן מענה הולם לחשש – שאותו הדגישו לפנינו המבקשים, ושרחוק אני מלהקל בו ראש – מכך שהחמרה עם עיתונאים תייצר אפקט מצנן, שבמסגרתו ימנעו עיתונאים

מהצגת פרסומים חשובים, התורמים לציבור, עקב הסיכון לכך שלא יעלה בידם להוכיח כי עומדות להם הגנות החוק. ביטויו הספציפי של חשש כללי זה, בהתייחס לסוגיה שניצבת עתה על הפרק, הוא שעיתונאי יחשוש מכך שימצא עצמו בין הפטיש לסדן, כפי שתואר לעיל: אם לא יתקן – תיפגע טענתו לעיתונאות אחראית, מאחר שלא טיפל כראוי בהתפתחויות מאוחרות; אם יתקן – עשויה, על-פי שיטתי שהוצגה עתה, להיפגע טענתו לעיתונאות אחראית, מאחר שהוציא תיקון שהזיק לציבור. המענה לדבר מצוי כבר בגוף הדברים: בהחלט לא כל תיקון יפגע בטענה לעיתונאות אחראית; יעשה כן רק תיקון שלאחריו נטען, במסגרת טענת אמת הפרסום שמוצגת במשפט, כי הוא כלל לא היה תיקון אמיתי, וזאת מבלי שהוצגה סיבה לגיטימית להחלטה על פרסומו, חרף אי-נכונותו שנטענת עתה.

99. טענה קרובה, מורכבת יותר, היורדת לנבכי המבנה ששרטטתי, עשויה להיות שמדובר בהכבדה שאינה ראויה על כתפי העיתונאי-הנתבע. כך, שכן לגיטימי והגיוני שעיתונאי יפרסם הודעת תיקון על מנת להימנע מתביעה, גם כשזו אינה נכונה לטעמו, וזאת נוכח הקשיים הניכרים בהוכחת עמידתו בתנאי הגנות החוק – קשיים שנובעים מנוקשותן של דרישות ההוכחה המשפטיות, כמו גם מחיוניות השמירה הקפדנית על סודיותם של המקורות העיתונאיים. יחד עם זאת, כך תמשיך הטענה, אם אכן תגיע תביעה משפטית – יש לאפשר לעיתונאי למצות את מלוא ארסנל הכלים שמעמיד החוק לרשותו, לרבות ההבהרה כי נכון היה לתקן את שתיקן רק משום 'דרכי שלום'; אך משאלה כשלו – נכון הוא להשיב מלחמה שערה, בפרט בטענה כי הפרסום המקורי היה אמת לאמיתה.

אכן, מדובר בטענה משמעותית, אולם איני סבור שיש בה כדי לשנות מן הקביעה שאליה הגעתי. בסופו של דבר, הדילמה שלפניה ניצב עיתונאי שעה שהוא שוקל אם לפרסם הודעת תיקון, אם לאו – אינה שונה מהתלבטותו הראשונית אם לצאת בפרסום פלוני, או שמא להותירו גנוז עמו. משבחר העיתונאי לצאת לאור עם הפרסום – מהלך שסביר כי ינקט לאחר שהתקבל גם ייעוץ משפטי, לצד בחינת שיקולים נוספים – איני רואה טעם לכך שהלה ימהר לפרסם הודעת תיקון, מיד לאחר שיתבקש לעשות כן על-ידי מושא הפרסום; כשם שמעיקרא סבר העיתונאי כי בידיו 'קייס' טוב לפני כל תביעה שלא תבוא, כך עשויה אותה תפיסה להביאו לסרב לפרסום תיקון משמו-הוא, תוך הפניית מושא הפרסום למסור הודעה מן הסוג שבו עוסק סעיף 17. אין זה מובן אפוא מדוע דווקא בקשת התיקון היא ש'תכפה' על העיתונאי לפרסמה כמי שכפאו שד, רק מפאת החשש מכשלון עתידי בהליך משפטי, אף כאשר סבר מעיקרא כי יהיה לאל-ידו להתגונן מפני התביעה.

אם, לעומת זאת, ימָצא בדרישת התיקון של מושא הפרסום גם מידע חדש, המזים את הפרסום המקורי או את חלקו, בכל מקרה ידרש העיתונאי לבחון את הדברים בתום לב, בנפש חפצה, ובמידת הצורך – לתקן שגיאות שנפלו בפרסום המקורי. במצב דברים שכזה, המשך התנהלות קוהרנטית והגונה מצד העיתונאי, תהיה להתייבב להתדיינות המשפטית תוך ויתור על טענת אמת הפרסום, ובאמירה כי אכן, לאחר הפרסום נתגלו לו פרטים שהביאוהו לתקן את דבריו הראשונים, מה שאינו שולל את טענתו להגנת העיתונאות האחראית או להגנות אחרות. תחת תרחיש זה, אם יוכיח העיתונאי כי ביצע תחקיר ראוי, אך חרף זאת נפלה בדבריו טעות כלשהי – לא תיזקף לחובתו הוצאת הודעת התיקון, אלא בדיוק להפך. כידוע, זהו תפקיד מרכזי שנועד להגנת העיתונאות האחראית, הפועלת את פעולתה דווקא במצבים שבהם לא עומדת למפרסם הגנת אמת הפרסום.

100. שלישיית, סבורני כי גישתי עולה בקנה אחד עם ביקורת שהופנתה כלפי דעת הרוב בדנ"א דיין, ושדומני כי עלינו להטות לה אוזן קשבת. חרף חשיבותה הרבה של העיתונות, שומה עלינו לזכור גם, כי "כל מי שיוודע דבר וחצי דבר על התנהלות התקשורת בישראל, ולא רק בישראל, יודע שאינטרסים רבים וזרים לאינטרס הציבורי פועלים עליה. בראשם אינטרסים כלכליים של תאגידים המחזיקים בבעלותם עיתונים, או שיש להם השפעה כלכלית אדירה על כלי תקשורת שונים והם אינם מהססים לנצל אותה לצרכיהם, כולל להביא להעלמת מידע מן הציבור. [...] גם אינטרסים פוליטיים אישיים (להבדיל מאינטרסים אידיאולוגיים) מכתיבים איזה מידע יתפרסם לציבור ואיזה יוסתר ממנו. במציאות כזו, ספק בעיניי אם צדק בית המשפט העליון כאשר רוקן מתוכן את החובה העיתונאית, שכלי התקשורת עצמם טוענים לה, למסור מידע לציבור [...] יש להצטער על כך שבית המשפט ויתר על הזדמנות להבהיר לעיתונות שחובה טומנת בתוכה חובות" (רועי פלד "ניו דיל לעיתונות הישראלית" מבזקי הארות פסיקה 33, 4, 7-9 (2014); וראו גם: דנ"א דיין, עמודים 776, 815, 821-823). האיזון שתואר לעיל, לטעמי, משקלל גם נתון זה, שלפיו התקשורת עצמה עשויה, לעתים, לפעול אף באופנים המנוגדים לאינטרס הציבורי.

101. רביעית, ועל אף שהצדדים לא התייחסו לפרשה זו, אבהיר כי גישתי אינה מנוגדת לדברי בית משפט זה בע"א 4/85 צור נ' הוכברג, פ"ד מב(3) 251, 257 (1988), שלפיהם "אין לייחס חשיבות מיוחדת ל'מכתב ההתנצלות' שנכתב על-ידי [הנתבע]. זהו מכתב שסוגר כנראה מטעמים טאקטיים, ומתוך תקווה שמא ניתן בדרך זו להביא לחיסול התביעה, ואין הדבר מעיד על תום-לבו של [הנתבע] או על העדרו בעת כתיבת מכתב התלונה נושא המשפט". אכן כן, באותו מקרה הכיר בית המשפט בהתנצלות 'טקטית', ושלל את טענת התובעים-מושאי הפרסום, כי יש בדבר "משום הודאה בעוולה" (שם, עמוד 254). ברם, דובר שם בדיון לגבי תחולתה של הגנת סעיף 15(4) לחוק, שעניינה בהבעת דעה לגבי פעילות בתפקיד ציבורי, כך שאינה נשענת על היסודות שעליהם נוסדה הגנת העיתונאות

האחראית; בהתאם, לא היה מקום לשלילת ההגנה כתוצאה ממכתב התנצלות טקטי שנועד לצרכי חיסול המשפט, ושלא קיבל פומביות החורגת ממערכת היחסים שבין בעלי הדין דשם. לעומת זאת, כנזכר, הגנת העיתונאות האחראית בנויה מיסודות ומתכליות שונים, ובהתאם להם – יש מקום לדרוש משנה זהירות מפני נקיטת פעולה הנובעת 'מטעמים טאקטיים', ככל שיש בה כדי להטעות את הציבור. כידוע, "כל הגנה [בחוק] היא תוצר של נקודת איזון נפרדת, על-כן כל הגנה והגנה תתפרש בהתאם לאינטרסים המונחים בבטיסה" (עניין הרציקוביץ', עמוד 565).

102. לבסוף אציין, כי ניתן היה אמנם לטעון שסוגיה זו מתעוררת גם במקרה דנן, כך שהודעות התיקון שפרסמו המבקשים תשקולנה נגד ניסיונם להסתמך על הגנת העיתונאות האחראית. ואולם, משרגב טענה בהתייחס לסוגיה זו בקיצור נמרץ; מאחר שהערכאות הקודמות לא נדרשו לשאלת מניעיהם של המבקשים בפרסמם את הודעות התיקון; ונוכח העובדה שעניין זה גם אינו נצרך לטובת ההכרעה בשאלות שלפנינו, כפי שיוסבר ביתר הרחבה בהמשך – איני מוצא מקום לכך שנבחן אנחנו מה היו מניעי המבקשים בתיקוניהם, ואם אלה עולים או אינם עולים בקנה אחד עם תכליותיה ויסודותיה של הגנת העיתונאות האחראית. בהתאמה לכך, לא אביא בחשבון נתון זה, כחלק מבחינת עמידתם של המבקשים בתנאיה של הגנת העיתונאות האחראית, לחיוב או לשלילה. דברים שאמרתי בעניין זה, נאמרו אפוא אך מאחר שנדונה סוגיית היחס להודעות התיקון, כחלק מן ההידרשות להשתק השיפוטי שהקים בית המשפט המחוזי כתוצאה מכך, וכקריאת כיוון והנחיה למקרים עתידיים.

לסיכום נקודה זו: בהתייחס לשאלה הכללית, שעמה נפתח הפרק הנוכחי, סבורני כי אין מקום להשתק בעל דין מלסתור טענות המנוגדות לרכיבים של הסכם פשרה, שסיים הליך מוקדם. יחד עם זאת, סבורני כי יש מקום להביא בחשבון הודעות תיקון ו'אמרות חוק', המנוגדות לטענות משפטיות, כחלק משאלת מהימנות טענותיו של בעל הדין שאמרן, וכמו כן – בהתייחס להקשר הספציפי שבו התעוררה סוגיה זו בדנן, הודעות תיקון שלאחר פרסום לשון הרע (בין אם הן קשורות להליך משפטי מוקדם, בין אם לאו) – דעתי היא שיש מקום להתחשב בהודעות אלה במסגרת בחינת עמידתו של המפרסם בתנאיה של הגנת העיתונאות האחראית.

מן הכלל אל הפרט

103. כאמור, רשות הערעור ניתנה אך בהתייחס לשתי סוגיות: אמות המידה הראויות לבחינת תביעות לשון הרע המוגשות בגין פרסומים שעניינם בעשייה ציבורית של אישי ציבור; וסוגיית ההשתק השיפוטי שבעקבות הליך שנסתיים בפשרה. בהתאם לזאת, יש עתה מקום לבחון אם קביעותי לעיל, בשתי סוגיות אלה, מביאות לשינוי מהכרעתו

הסופית של בית המשפט המחוזי. הדיון הישומי שלהלן, יעשה תוך התמקדות בשאלת תחולתן של הגנות החוק, בנסיבות ענייננו, ועל רקע הסוגיות שלגביהן ניתנה רשות הערעור; כפי שיפורט להלן, עמדתי היא שהגנות אלה – אינן עומדות למבקשים.

אפתח בהתייחסות לשאלת תחולתה של הגנת אמת הפרסום.

הגנת אמת הפרסום

104. כמפורט לעיל, ההשתק השיפוטי שבגינו חסם בית המשפט המחוזי את המבקשים מלטעון לאמת הפרסום, הוא השתק שיפוטי המתבסס על עמדה המשתמעת מהסכם הפשרה שהביא לסיום ההליך שבין המבקשים לבין יהושע; לעומת זאת, דעתי-שלי היא שאין תחולה להשתק שיפוטי בנסיבות אלה. לפיכך, טענה זו של המבקשים מתקבלת, והם אינם חסומים מלטעון כי דבריהם היו אמת (משזו מסקנתי, איני נדרש להתייחס לטענות המבקשים, שלפיהן בית המשפט המחוזי עורר את סוגיית ההשתק השיפוטי מיוזמתו-הוא, מבלי שניתנה להם הזדמנות הולמת להישמע ביחס לכך). אפנה אפוא לגופה של הטענה.

105. כידוע, הגנת אמת הפרסום, מורכבת משניים: (1) "הדבר שפורסם היה אמת"; ו- (2) "היה בפרסום עניין ציבורי" (סעיף 14 לחוק). המרכיב הראשון "נוגע למידת ההתאמה בין תוכן הפרסום לבין המציאות האובייקטיבית, כפי שהיא מוכחת באמצעות הראיות המובאות במשפט" (עניין מולקנדוב, פסקה 32; דנ"א דיין, עמודים 707-709). בתוך כך, על הפרסום לכלול 'אמת שלמה', קרי: "שלא ייעדרו ממנו פרטים המשנים את הרושם הכללי המתקבל מהפרסום, וכן שלא ייכללו בו פרטים משמעותיים שאינם נכונים" (עניין מולקנדוב, פסקה 34 והאסמכתאות שם; תקנה 3 לתקנון האתיקה). עוד אזכיר, כי "הרף המוצב בפני המפרסם המתגונן בטענה זו הוא גבוה [...] הנטל הרובץ על המפרסם, הנתבע בתביעה בגין לשון הרע, להוכיח את אמיתות הפרסום, אינו עניין של מה בכך. נטל זה אינו קל. הניסיון מלמד, כי הוא מורם לעתים נדירות" (דנ"א קראוס, עמודים 39-40; וראו גם: ע"א דיין, עמוד 483; גנאים, קרמניצר ושנור, עמוד 328). על האמור יש להוסיף כי נוכח אופיו של הפרסום שעל הפרק – האשמת אשת ציבור בפעולה מתוך ניגוד עניינים ובפעילות שלה היבטים פליליים – נטל ההוכחה גבוה אף יותר: "ככל שהביטוי או הפרסום הפוגע הוא עוצמתי יותר, כך יידרש יותר בשלב ההגנות הקבועות בסעיפים 14-15 לחוק, ולהיפך" (ע"א דיין, עמוד 504; עניין נודלמן, פסקה 23).

106. בשלב ראשון, אסיר מן הדרך אבן-נגף, את טענת המבקשים, שלפיה סוגיית הקשר שבין רגב לבין יהושע אינה אלא 'פרט לוואי', מן הסוג שלגביו מורה סעיף 14 לחוק כי "הגנה זו [של אמת הפרסום] לא תישלל בשל כך בלבד שלא הוכחה אמיתותו של

פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש". בעניין זה צדק בית המשפט המחוזי, בקובעו כי הקשר הנטען שבין רגב לבין יהושע שיווה לפרסומים חומרה יתרה, כך שקשה לראות בו משום פרט שולי, הטפל ליתר הפרסום; אף אם עסקינן ברכיב קטן ב'כמותו', בהשוואה למכלול הפרסום, הרי שמדובר במעט המחזיק את המרובה, וצובע את כלל הפרסום בצבעים קודרים בהרבה מאלה שהיו לו, אלמלא הוספת אותו פרט מידע. לעתים יש בו במעט כדי להשפיע השפעה ניכרת על המכלול, בבחינת השאור שבעיסה (ראו: בבלי, ברכות יז, א), וכזה הוא גם המקרה דנן; "משל לאדם שאמר לשלוחו 'העלה לי כור חיטין לעלייה'. הלך והעלה לו. א"ל: 'עירבת לי בהן קב חומטון?' א"ל 'לאו'. א"ל 'מוטב אם לא העליתה'" (בבלי, שבת לא, א).

107. מסקנה זו, סבורני, מקבלת חיזוק משמעותי מהכותרת שבה הוכתרה הפרשה, "מירי רגב והמיליונים", כמו גם מהמשקל הרב שסוגיית המקורבות בין רגב ליהושע קיבלה במסגרת השאלות שהפנו המבקשים לרגב – כמתואר, 3 שאלות מתוך 6 הוקדשו בדיוק לעניין זה. אשר על כן, מקובלת עלי המסקנה כי העניין בפרסומים בהחלט לא נבע רק מדיווח על אי-תקינות מנהלית של רגב או של משרדה, חרף החומרה שטמונה בדברים אלה. חלף זאת, חלק נכבד מן העניין שבפרסומים נבע מכך שיוחסו בהם לרגב מעשים של העדפת מקורבים ופעולה בניגוד עניינים אישי – שחיתות שלטונית ו"נופך פלילי", כלשון בית המשפט המחוזי. אלמלא הוצג יהושע – נמען 'המיליונים' – כמקורבה של רגב, מסתבר כי העניין בפרסומים היה פוחת במידה ניכרת. משכך, נראה כי אופן תיאור הקשר בין רגב לבין יהושע מצוי בליבת הפרסומים, ואין לראותו כפרט לוואי, טפל.

108. על רקע זה, יכולים אנו לפנות לתורף העניין – האם עלה בידי המבקשים להוכיח את שטענו בכל הנוגע לקשר שבין רגב לבין יהושע? איני סבור כך. בית משפט השלום, הערכאה המבררת, נמנע מלהכריע בשאלת עמידתם של המבקשים בתנאיה של הגנת אמת הפרסום (בהתייחס לכמה מרכיבי הפרסום), עקב קביעתו כי עומדת למבקשים הגנת העיתונאות האחראית. ואולם, בטרם שבא לכדי הכרעה סופית זו, נערך על-ידו דיון נרחב למדי בשאלה, אשר סוכם כך: "יוצא, כי שאלת הקשר בין [רגב] לבין יהושע היא שאלה פרשנית. האם פגישות שבהן השתתפו [רגב] ויהושע מקימות בסיס לטענה שמדובר בקשר בלתי אמצעי או היכרות מוקדמת; והאם התנהלות [רגב] לרבות אי מתן תגובתה לשאלה זו שהוצגה בפניה על ידי [המבקשים] טרם הפרסום, והאופן שבו נדון עניין ההתקשרות עם יהושע במסגרת הקלטת, עלולה להקים יסוד אפשרי לטענה בדבר מקורבות בין [רגב] ליהושע. כאמור, הפרשנות של הנתבעים בעניין זה אינה משוללת יסוד, והיא מוצאת תימוכין בעדותו של סוויסה שהובאה לעיל" (ההדגשה הוספה – נ' ס'; דברים דומים שבו ונשנו גם בסיכום הכללי שנכתב בפסק הדין בהתייחס להגנת אמת הפרסום). הפגישות שעליהן מדובר הן 3 פגישות שבהן נועדו יחדיו רגב ויהושע, לצד גורמי מקצוע נוספים, ושהתקיימו כחלק

מן ההיערכות לפרויקט שבמסגרתו התבצעה העברת הכספים שלגביה דווח בפרסומים; 'עדות סוויסה' שהוזכרה בדברים, היא עדות יועץ התקשורת, שלפיה אנשי המשרד "לא ענו לשאלת ההיכרות שהופנתה לתובעת בטרם הפרסום, משום שסברו שזה לא העיקר, ומשום שלא ידעו מה הכוונה לשאלת ההיכרות; שכן, שאלת ההיכרות היתה מעורפלת", כפי שתיאר את הדברים בית משפט השלום.

109. נוכח קביעות אלה, שבהן גם 'השאלה הפרשנית' שהותיר בית משפט השלום פתוחה; ובשים לב לרף הראייתי הגבוה שבו נדרש לעמוד בעל דין הטוען לאמיתות הפרסום, בפרט כאשר כלולות בפרסומו האשמות מן הרף הגבוה – מקובלות עלי קביעות בית המשפט המחוזי שלפיהן הגנת אמת הפרסום אינה חלה בנסיבות העניין. כמו כן, איני רואה בקביעותיו של בית המשפט המחוזי משום התערבות בממצאי עובדה של הערכאה המבררת, שכן זו הותירה את הדברים כשאלה פרשנית פתוחה, לאחר שפרשה את המצע הנדרש עבור המענה לה; ומכל מקום, איני סבור כי ההתערבות חורגת מן המבחינים הפסיקטיים שנקבעו בהתייחס להתערבויות מעין אלה (ראו, מגי רבים: ע"פ 37/07 פרג נ' מדינת ישראל, פסקה 28 (10.3.2008) והאסמכתאות שם (להלן: עניין פרג)). בתמצית אציין, כי לא מצאתי שבשני הנתונים שהציג בית משפט השלום לתמיכה בהגנת אמת הפרסום, יש כדי לסייע למבקשים:

אשר ל-3 הפגישות – איני סבור שפגישות מקצועיות, בנוכחות רבים נוספים, שהתקיימו כחלק בלתי נפרד מן ההתקשרות שניצבה בלב הפרסומים, עשויות לייצר 'קשר בלתי אמצעי', 'מקורבות' או 'היכרות מוקדמת'. אם לא נאמר כן, משמעות הדבר תהיה שכמעט כל העברת כספים תחשב מיניה וביה ככזו המתבצעת לטובת 'מקורב' ובעל קשרים מוקדמים, שכן קשה לתאר העברת כספים שתבוצע ללא כל שיח מקדים. דעתי היא אפוא, שאדם מן הישוב, ששמע את הפרסום שלפיו רכב ויהושע מקורבים, הבין כי מדובר בקשר עמוק ומשמעותי, הרבה יותר מקיום 3 פגישות מקצועיות בקשר לזכייתו של יהושע בפרסום פרויקט 'לא לדאוגוסט'.

כך גם בהתייחס לעדות סוויסה, יועץ התקשורת – כפי שעולה מהמשך הקטע שנזכר לעיל, חלק העדות הרלבנטי מסתכם, למעשה, בכך שסוויסה תיאר כי השרה ואנשיה נמנעו מלהשיב לשאלות בדבר המקורבות, משלא הבינו "למה מתכוון ספי עובדיה" באומרו "היכרות מוקדמת", ומשמצאו כי "השאלות היו מעורפלות לגבי כן היכרות, אופי ההיכרות, איזה היכרות". גם מדברים אלה מתקשה אני לראות כיצד צומחת הוכחה כלשהי לאמיתות טענת ההיכרות המוקדמת. בסופו של דבר, גם בית משפט השלום הותיר את הדברים ללא הכרעה, והסתפק באמירה שלפיה "הפרשנות של

[המבקשים] בעניין זה אינה משוללת יסוד"; ובכך, בכך אין די לצורך הרמת הנטל שהונח לפתח המבקשים.

110. מסקנה זו מתחזקת בשים לב למשקל הראייתי שאותו, כמתואר לעיל, סבורני כי יש לייחס להודעות התיקון שפרסמו המבקשים, כמו גם לתיקון בפועל שבוצע על-ידם בפרסום האינטרנטי – פרסום שממנו הוסרה המילה 'מקורב', שעל הוספתה הורה עובדיה זמן קצר קודם לכן. כנזכר, במסגרת הודעות אלה שללו המבקשים במו פיהם, ובאופן מפורש ונחרץ, בדיוק את טענת אמת הפרסום שבה מנסים הם עתה להיאחז; זאת, באומרים כי "אנחנו מדגישים שבין [רגב ויהושע] לא היתה היכרות מוקדמת", וכן כי "בכמה דיווחים בעניין שהבאנו בנושא מסע הפרסום של הפרויקט של משרד התרבות והספורט, הוזכר שמס של רמי יהושע וחברת הפרסום שבבעלותו. על אף הנאמר, לא היתה היכרות מוקדמת בין יהושע לבין שרת התרבות והספורט. [...] אם מהפרסומים הקודמים הובן אחרת, לא לכך היתה הכוונה". דומה אפוא, כי מדובר במקרה מובהק של 'אמרות חוץ', העומדות בסתירה חזיתית לקו הטיעון שמציגים עתה המבקשים. גם אם אין מקום לראות בדבר משום הודאת בעל דין, המייתרת את הצורך להוכיח את הטענה, הרי שמדובר ב"ראיה כשאר הראיות ובין שאר הראיות. הודאת בעל-דין יכולה להיות כבדת משקל או פחותת ערך, מהימנה או בלתי מהימנה על בית-המשפט, הכל לפי נסיבות ההודאה ושאר הראיות במשפט" (ע"א 211/63 יחזקאל נ' קלפר, פ"ד יח(1) 563, 572 (1964); ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, פ"ד סג(3) 577, 599-600 (2013)). בהתאם לכך, נראה כי בעוד שלגבי ההודעה שניתנה כחלק מהסכם הפשרה עם יהושע יש בידי המבקשים הסבר סביר לכך שמסרו הודעה המנוגדת לגרסתם הנוכחית, וזאת בשל היותה חלק מן 'התמורה' שניתנה במסגרת הסכם הפשרה; אין אלו פני הדברים בכל הנוגע להודעת התיקון הראשונה. נתון זה מהווה, ולו ברמה מסוימת, שיקול נגד טענת המבקשים, כי דבריהם בסוגיית המקורבות היו דברי אמת.

כללו של דבר: חרף ההתערבות בקביעתו של בית המשפט המחוזי בסוגיית ההשתק השיפוטי, לא מצאתי מקום להתערב בהכרעת בית המשפט המחוזי, שלפיה לא הוכיחו המבקשים כי פרסומיהם היו אמת.

מכאן, לסוגיה הנוספת שלגביה ניתנה רשות הערעור: היחס לתביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אישי ציבור, ועמה גם בחינת ההגנה הנוספת שלהתקיימותה טענו המבקשים – הגנת העיתונאות האחראית.

תביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אישי ציבור והגנת העיתונאות האחראית

111. תחילה אציין, בהקשר זה, כי משדחיתי את טענות המבקשים העקרוניות, לגבי אימוצה של הלכת Sullivan – ברי כי אין בטענות אלה כדי לסייע למבקשים, בכל הנוגע לעניינם הפרטני וליישום הדין על עובדותיו ועל נסיבותיו. עם זאת, כאמור מעלה, סבורני כי אכן נפלה שגגת-מה לפני בית המשפט המחוזי, שנראה כי לא שקל את היותה של רגב אשת ציבור בכירה, כנתון המטה נגד קבלת תביעתה; משכך, אוסיף התייחסות לעניין זה, ולמקום המרכזי שבו טוענים המבקשים כי היה עליו לבוא לידי ביטוי – הגנת העיתונאות האחראית. השאלה שתידון היא אפוא זו: האם בחינת תחולתה של הגנת העיתונאות האחראית, בשים לב למעמדה ולתפקידה של רגב, יש בה כדי ללמד כי יש מקום להחיל את ההגנה על עובדות העניין דנן? עמדתי היא שלא.

112. כידוע, גם היותו של מושא לשון הרע איש ציבור, אין בה כדי לייצר למפרסם הגנה הרמטית מפני תביעה. אף הגברת ההגנה על חופש הביטוי, שעה שעסקינן בפרסום שעניינו פעילות ציבורית של איש ציבור, אין פירושה "כי שמו הטוב של איש הציבור הוא הפקר. נהפוך הוא, לאיש הציבור עלולה להיגרם פגיעה חמורה יותר כתוצאה מהכפשת שמו הטוב, שכן כוחו שאוב מהערכת הציבור וממעמדו בקרב הציבור. שמו הטוב של איש הציבור הוא הנכס החשוב לו ביותר" (ע"א דיין, עמוד 452; וראו גם: עניין נודלמן, פסקאות 14, 32, 74; גנאים, קרמניצר ושנור, עמוד 134).

113. בספרות נשמעה ביקורת מלומדים, שלפיה רשימת הקריטריונים שנקבעו בע"א דיין, ולאחר מכן גם בדנ"א דיין, אמנם "משקפת את הדרך שבה עיתונות אחראית אמורה לנהוג, גם בדין הרצוי", אלא ש"מדרך יישומם של תנאים אלה [בדנ"א דיין] עולה החשש כי פרשנותם תהא רחבה כל כך עד כי בפועל גם עיתונות לא אחראית תינהנה מהגנה"; פסיקה זו, כך נטען, מעוררת "חשש כבד כי המסר שאותו יפנימו עיתונאים מפסק הדין, לא יהיה רשימת הקריטריונים המרשימה והמאוזנת שנקבעה בפסק הדין, אלא דווקא היישום המקל והמרחיב. אם אכן כך יהיה, כי אז גם פרסומים שיש בהם חריגות מהאמת, ושימוש בטון לא סביר ובלתי מידתי, בכל זאת ייחשבו לפרסומים מוגנים, וכבודם של בני אדם יהיה למרמס" (גנאים, קרמניצר ושנור, עמוד 343). משכך, הוצע שם כי "בדין הרצוי יש לשמר את הקריטריונים שנקבעו [בדנ"א דיין]", אך זאת "תוך מתן פירוש מצמצם ביותר לקריטריונים אלה". אף אם אין לקבל דברים אלה ככתבם וכלשונם – ובפרט את הקריאה לפירוש 'מצמצם ביותר' שינתן לקריטריונים שנקבעו בע"א ובדנ"א דיין – מוצא אני בהם קריאת כיוון חשובה: על אף שצודקים המבקשים בטענתם העקרונית, שלפיה אין לראות את רכיבי העיתונאות האחראית כמבחנים מצטברים שכשלוך באחד מהם יביא לשלילת ההגנה מן המפרסם, הרי שיש גם להישמר ממצב שבגדרו תהפוך הגנת העיתונאות האחראית, מרובת הקריטריונים והתבחינים, המופעלת בהתחשב בנסיבות כל מקרה ומקרה, למעין 'עיר מקלט', שתעמוד לימין מפרסמים כמעט בכל מצב שבו יטענו

להתקיימותה (בהקשר זה ראו גם: דנ"א דיין, עמוד 729 (הנשיא גרוניס), 762 (השופטת ארבל); ע"א דיין, עמוד 488 (השופט פוגלמן)).

114. על רקע זה, לא מצאתי מקום לקבל את טענות המבקשים, שלפיהן "בית משפט קמא סטה באופן מהותי מהלכה מחייבת [...] שקבע בית משפט זה, לפיה בחינת ההגנות שבחוק תעשה תוך התייחסות לפרסום 'כמכלול', מבלי לדקדק בכל פרט ופרט מהפרסום הפוגע". ראשית, חרף ניסוח נחרץ זה, את טענתם האמורה לא עלה בידי המבקשים לתמוך בפסיקה שעסקה בהגנת העיתונאות האחראית, או בהגנת תום הלב בכלל, אלא רק בפסיקה שעסקה בהגנת אמת הפרסום. נוסף על כך, גם אם אכן ישנם מקרים שבהם נכון לבחון את הגנת העיתונאות האחראית בהתייחס לפרסום כמכלול, מבלי לבחון כל רכיב ורכיב ממנו בנפרד; איני סבור כי הדברים יכולים להגיע עד כדי 'התעלמות' מרכיב כה מרכזי בפרסום – בענייננו, סוגיית המקורבות – שמתברר כי הוא חוטא לאמת. זאת, נוכח דברי שלעיל, שעל-פיהם אין מקום לראות בסוגיית המקורבות משום 'פרט לוואי', בכל הנוגע להגנת אמת הפרסום, בשים לב להיבט הפילי שרכיב זה נושא עמו. מדובר אפוא ברכיב פרסום המצוי בליבת הגדרת 'לשון הרע', שממנה מבקש החוק להקנות הגנה – תיאור עובדתי בדבר ביצוע של עבירות חמורות, מה שעלול להסב נזק של ממש למושא התיאור; אין מקום לראות באמירה מסוג זה מיעוט הבטל בשישים, בתוך יתר התחקיר.

115. אם כן, איני סבור כי קמה הצדקה להתערבות בהכרעת בית המשפט המחוזי, ולכך שנקבע כי המבקשים נהגו בהתאם לסטנדרט העיתונאות האחראית, בכל הנוגע לפרסום דבר קיומם של קשרים מוקדמים, אף מקורבות, בין רגב לבין יהושע. לא מצאתי עילה להתערבות בקביעת בית המשפט המחוזי, שלפיה לא עלה בידי המבקשים להוכיח את איכות התחקיר, באשר לסוגיית המקורבות. גם בקביעתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה, איני רואה משום התערבות שאינה מוצדקת בקביעות העובדה של בית משפט השלום, שכן אין מדובר בהתערבות בממצאי עובדה, אלא בשינוי המסקנה המשפטית הנובעת ממכלול הראיות (ראו, למשל: ע"א 6332/15 צלאח נ' עדוי, פסקה 4 לפסק הדין של השופט נ' הנדל (23.11.2017); עניין פרג, פסקה 28). כך, בפרט, בכל הנוגע למשקל שנמצא כי יש לייחס לעדותו של עורך התחקיר – בעל דין ובעל עניין – באשר לאיכות תחקירו; קרי: עדותו של הנחתום על עיסתו (ביחס לכך, ראו: סעיף 54 לפקודת הראיות; ע"א 79/72 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' פולק, פ"ד כז(1) 768, 771 (1973)). כפי שפורט לעיל, שמירת חסיון המקורות היא כמובן חשובה, אולם אין בה כדי להצדיק הקלה או ריכוך של דרישות ההוכחה שבהן היה על המבקשים לעמוד.

116. מסקנה זו, בדבר העדר תחולה להגנת העיתונאות האחראית, מתחזקת לנוכח טיב פנייתם המוקדמת של המבקשים אל רגב. בדנ"א דיין (עמוד 739) תוארה דרישת הפניה

המוקדמת כך: "אחת האינדיקציות החשובות למילוי אמת המידה של עיתונאות אחראית היא פנייה מוקדמת של המפרסם למושא הפרסום ומתן הזדמנות סבירה והוגנת להגיב לפרסום" (וראו גם: תקנה 9.ב. לתקנון האתיקה). דרישת ההזדמנות הסבירה וההוגנת להגיב לפרסום, נפרטה על-ידי המלומדים גנאים, קרמניצר ושנור לשתי דרישות מרכזיות – שהות הולמת לגיבוש תגובה, ומסירת מצע עובדתי המאפשר מתן תגובה עניינית ואפקטיבית; כלשונם:

"חובת בדיקת אמת הפרסום או שקריותו היא רכיב חיוני בדוקטרינה של עניין ציבורי בפרסום. [...] [ניתן] לעשות כן בין השאר, באמצעות פנייה אל הנפגע וקבלת תגובתו. ברור שיש לדרוש פנייה סבירה, קרי: בדרך שתאפשר לנפגע לדעת את החשדות המועלים כלפיו, ועל מה הם מבוססים, וכן תיתן לו שהות סבירה לגבש את תגובתו. פנייה לנפגע זמן קצר לפני הפרסום, או פניה שאינה מפרטת את החשדות המדויקים נגד הנפגע ואת הביסוס להם, באופן שאין הוא יכול להגיב כראוי, אינה בגדר פנייה סבירה ואינה עונה על דרישת ההגנה על כבודו של הנפגע. [...] חובת הבדיקה באה בחשבון גם כאשר אין מתקיים חשד לשקריות, שכן נדרש שהעיתונאי והעיתון יפעלו באופן אחראי, סביר וזהיר" (שם, עמוד 327).

סבורני, כי דרך התנהלות המבקשים בדנן, לקתה בשני מאפיינים אלה.

117. עיקר הפגם טמון בזמן התגובה שניתן לרגב. אף מבלי שאתייחס לשאלה אם יש מקום לקבוע זמן תגובה יחודי לאישי ציבור, דומני כי 82 הדקות שהעמידו המבקשים לרשות רגב – מהוות בכל מקרה זמן קצר ביותר, שלא היה בו כדי להקנות לרגב הזדמנות סבירה והוגנת להגיב לפרסום' (ב-82 הדקות אף לא בא במניין פרק הזמן מרגע משלוח הודעת הדואר האלקטרוני עד לצפייה בה). זאת, בשים לב גם למשך הזמן שבו החזיקו המבקשים את ההקלטה בידיהם טרם הפרסום (משך זמן שבין שבועיים ל-3 שבועות), וכן בהתחשב בכך שלא נטען לדחיפות מיוחדת בחשיפה העיתונאית (ומכל מקום, ראו תקנה 5.א. לתקנון האתיקה: "דחיפות הפרסום אינה פוטרת מבדיקת נכונות הידיעה"). משמעות הדבר היא, שמועד הפניה גרם, ללא הצדקה מספקת, לפגיעה קשה ביכולתה של תגובת רגב להגשים את מטרותיה ואת יעדיה – הגינות כלפי מושא הפרסום, ובדיקת אמיתות התחקיר מכיוון נוסף שעשוי להיות מועיל במיוחד, מעין 'איפכא מסתברא' (שם). על כך אוסיף, כי בהינתן טעם זה, האחרון, של תרומה פוטנציאלית לתחקיר, הרי שגם

הפניה המאוחרת ליהושע, שנעשתה בסביבות השעה 17:50, רק כ-40 דקות בטרם חלוף 'דדליין' מסירת התשובה שנמסר למושאי הפרסום – היא עניין שיש להביאו בחשבון שעה שנבחנת איכות התחקיר, וזאת אף כחלק מהדיון בתביעתה של רגב. סוף-סוף, מדובר בפגם לא מבוטל שנפל בדרך ביצוע התחקיר. דברים אלה אין לנתק גם מן העובדה, שלפיה זמן קצר ביותר לאחר שהגיעו הכחשות רגב ויהושע לטענת ההיכרות המוקדמת או המקורבות – חזרו בהם המבקשים מטענות אלה; לא מן הנמנע אפוא, שלו אכן היה ניתן זמן תגובה הולם, היו מגיעות אותן הכחשות לידי המבקשים עובר לפרסום, בזמן שבו עוד ניתן היה להחזיר את הגלגל אחורנית, ולא רק לצרף לו את תגובות מושאיו בדיעבד – לאחר שכבר נגרם הנזק – כך שלא היינו מגיעים עד הלום.

118. גם המקרים שבהם ניסו המבקשים להיאחזו, כאינדיקציות ל"נורמות המקובלות בקרב עיתונאים בכל הנוגע למועד בקשת התייחסות", עסקו במקרים שבהם ניתנו למושאי הפרסומים "מספר שעות" לתגובה (אף לדברי המבקשים עצמם), כך שאין הנדון דומה לראיה (זאת, מבלי שאדרש לשאלה אם הוכחת קיומה של פרקטיקה עיתונאית מעין זו תלמד כי מדובר בהתנהלות ראויה הבאה בגדרי העיתונאות האחראית, או למצער תהווה שיקול ביחס לכך. לעניין זה, בהתייחס לתקנון האתיקה שהתקינה מועצת העיתונות, ראו: דנ"א דיין, עמוד 739; ע"א 5653/98 פלוס נ' חלוץ, פ"ד נה(5) 865, 897 (2001); ולהרחבה נוספת: דנ"א קראוס, עמודים 50-56. לגישה השוללת היבנות מהשוואה למפרסמים אחרים, בהתייחס לפרסום קונקרטי, ראו: גנאים, קרמניצר ושנור, עמודים 343-344; ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי, פ"ד סה(1) 567, 618 (2011)).

119. בהקשר זה אוסיף, כי אין בידי לקבל גם את טענת המבקשים שלפיה מתן פרק זמן הולם לתגובת מושא הפרסום, עשוי לגרום, בין היתר, לפגיעה ביכולתו של עיתונאי לפרסם בעצמו את פירות עמלו. בפסיקה הובהר זה מכבר, כי מדובר בשיקול שהבאתו בחשבון אינה פשוטה כלל ועיקר, כאשר התנהלות הנעשית לאורו, עשויה להביא דווקא לשלילת הגנת העיתונאות האחראית (ראו למשל: דנ"א דיין, עמודים 737 (הנשיא גרוניס), 837-836 (השופט הנדל), 852 (השופט דנציגר), והשוו שם, עמודים 761 (השופט ארבל), 774-775 (השופט פוגלמן), 877 (השופט ג'ובראן); גנאים, קרמניצר ושנור, עמוד 320; וראו גם: בועז שנור "אמת, שקר ומה שביניהם – התפתחויות בדיני לשון הרע בשנת תשע"ב" דין ודברים ח 197, 228 (2014)). על כל פנים, גם אם היה מקום להעניק משקל-מה לשיקול האמור בבחינת טענת הגנת העיתונאות האחראית, בענייננו התנהלות המבקשים אינה מצדיקה לעשות כן, בשים לב לנסיבות שאפפו את הפרסום, ולפרק הזמן הקצר שבו עסקינן.

120. מעבר לכך, נראה כי גם הדרישה למסור למושא הפרסום מצע עובדתי המאפשר מתן תגובה עניינית – לא התקיימה. כמתואר לעיל, הפניה לרגב כללה שאלות, ללא תיאור בדבר הפרסום הצפוי ותוכנו (והשוו, למשל, לשאלות שנזכרו בת"א (שלום ת"א) 18448-10-15 פזן נ' סגל, פסקה 424 (11.9.2016)), שאותו הביאו המבקשים לתמיכה בטענותיהם, בפרט בהתייחס למקובל בתקשורת בכל הנוגע לבקשות תגובה – שאלות שבמסגרתן גם פורטו נושאי הפרסום הרלבנטיים). על כן, כל שיכולה היתה רגב לעשות הוא להשיב על שאלות, תוך ניסיון להסיק מהן גם על החשדות שמופנים כלפיה. עקרונית, במצב כגון דא, יכול מושא הפרסום לפנות למפרסם בבקשה לקבלת מידע נוסף; דא עקא, שבנסיונות דנן, נוכח משך הזמן הקצר שהוקצב לרגב – לא נראה שמדובר היה באפשרות מעשית.

121. עוד רואה אני להזכיר גם את הוצאת הקטע שממנו עולה כי היועצת המשפטית למשרד נכחה בישיבה שהוקלטה – קטע יחיד, בן כ-8 שניות, שהוצא מתוך הקלטה רציפה בת כ-3 דקות. עניין זה, מעורר אף הוא תהיות לא מבוטלות על הדרך שבה בחרו המבקשים לערוך ולהציג את פרסומם לפני הצופים, ועל השאלה אם מדובר בעיתונאות אחראית; "ככלל, השמטות מכוונות, סילופים ועריכה מגמתית ישללו את הגנת העיתונות האחראית" (ע"א דיין, עמוד 495; וראו גם: תקנה 7 לתקנון האתיקה). אף אם הדברים אינם עולים עד כדי כך בעניינינו-אנו, נראה כי חיוני היה ליידע את הצופים על השתתפותה של היועצת המשפטית בישיבה המדווחת, כמו גם על הדברים שאמרה במסגרתה – עניינים בעלי השפעה וחשיבות על הערכתו של הפרסום ושל ההאשמות שנכללו בו. הקושי מועצם בשים לב להוצאה האקטיבית של דברי היועצת מן ההקלטה (להבדיל 'רק' מאי-הזכרת פרט מידע מעין זה), בדרך שממש הביאה להסתרת השתתפותה בישיבה מן הצופים. לא מצאתי מספק את ההסבר שסיפקו המבקשים להשמטה זו. מדובר בקטע קצר, שהושמט לבדו, הגם שהיה בו כדי להאיר באור אחר את הפרסום; בכגון דא נאמר כבר כי "שיקולי עריכה יצטרכו לסגת לעיתים מפני זכויותיו של הנפגע" (דנ"א דיין, עמוד 751), וכי "אין הצדקה שבשם 'שיקולי עריכה', שביסודם רצון להפוך את המוצר הטלוויזיוני לנגיש יותר, תוסב פגיעה קשה נוספת למושאי הכתבה" (גנאים, קרמניצר ושוור, עמוד 343).

122. כל זאת, כפי שנזכר לעיל, מבלי שאתייחס לשאלת השפעת הודעות התיקון על תחולתה של הגנת העיתונאות האחראית בעניין דנן. כך, מאחר שסוגיה זו אינה נצרכת להכרעה, נוכח יתר קביעותי; משום שהדבר מצריך התחקות אחר מניעי המבקשים בפרסום תיקונייהם, עניין שלא נתברר כדבעי לפני הערכאות הקודמות; ובהינתן שרגב טענה לפנינו בקיצור נמרץ, בכל הנוגע לעניין זה.

אסכם נקודה זו: בהינתן יריעת המחלוקת שאת פתיחתה ראיתי לאפשר, ובשים לב למכלול התנהלות המבקשים בכל הנוגע לסוגיית המקורבות – איני מוצא מקום

להתערבותנו בהכרעת בית המשפט המחוזי, שלפיה לא עומדת למבקשים הגנת העיתונאות האחראית. אכן, התחקיר שפרסמו המשיבים – חשוב ומועיל; עוסק בנושאים שחיוני להביאם לידיעת הציבור ולמשפטו. ברם, דיווח זה כלל גם תיאור עובדתי של האשמות חמורות ביותר, המעביר את הביקורת הנשקפת על רגב מהפרסום מן המגרש הציבורי אל זה הפלילי, ולעולמה של השחיתות השלטונית. ברי אפוא, כי שינוי שכזה טמך בחובו השלכות חמורות ביותר כלפי רגב; משמצאתי את שמצאתי בדבר התנהלות המבקשים בכל הנוגע לרכיב זה של הפרסום, התנהלות שעולה ממנה צָכָר לא מבוטל של ליקויים, הרי שמדובר בפרסום אשר אינו חוסה תחת מטריית הגנתה של העיתונאות האחראית. זאת, אף אם אכן, כפי שטוענים המשיבים, מתמלאים בעניינם קריטריונים אחרים אשר נקבע כי יש לבחון, במסגרת הגנת העיתונאות האחראית; "חכמים היוהרו בדבריהם" (משנה, אבות א, יא).

123. לקראת סיום אציין, כי מאחר שהמבקשים לא טענו לגבי הסעדים שקבע בית המשפט המחוזי, או בהתייחס לאופן מנייתו את הפרסומים האסורים – לא ראיתי להידרש לסוגיות אלה, אשר ממילא מצויות מחוץ לגדרי רשות הערעור שניתנה.

סוף דבר

124. שתיים הן הסוגיות העקרוניות שמצאתי לנכון ליתן בהן רשות לערער: סוגיית היחס העקרוני לתביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אישי ציבור, בהתייחס לעשייתם הציבורית; וסוגיית שכלולו של השתק שיפוטי, בעקבות הסכם פשרה. גדריה של חוות דעתי, נתחמו אפוא על-פי מידותיהן של סוגיות אלה, שביחס אליהן הוספתי ובחנתי גם את הדרך שבה יושם הדין, על-ידי הערכאות דלמטה, בעובדות המקרה. בנקודת הסיום, לא מצאתי לנכון לשנות מן התוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי: חשיפתם של המבקשים היא כמובן חשובה ומועילה; הוציאה לאור השמש התנהלות שלטונית שחיוני להעמידה למשפט הציבור (בכל הנוגע, למשל, להעדר מכרז ציבורי, כנדרש). דא עקא, שבמסגרת זו נכללו גם אמירות שלא הוכח ביסוסן, שלא עמד מאחוריהן תחקיר הולם – כאשר לאמירות אלה השפעה ניכרת ומרכזית לגבי הערכתם הכוללת של הפרסומים. עם התנהלות מעין זו אין להסכין; משכך, סבורני כי בדין חויבו המבקשים בלשון הרע, בגין פרסום דברים אלה.

אשר על כן, אציע לחברי לדחות את הערעור.

אחר הדברים האלה

125. אחר הדברים האלה, הגיעו לידי חוות הדעת של חברי. חברי מסכימים לקביעתי שלפיה אין לאמץ את הלכת Sullivan למשפטנו, כמו גם לקביעתי כי לא קם השתק שיפוטי כלפי המבקשים מכוח הסכם הפשרה שנכרת בינם לבין יהושע. מנגד, חברי חלוקים עלי, ואף ביניהם, בכל הנוגע לתוצאה הראויה בענייננו. חברי השופט ח' כבוב סבור כי עלינו להחזיר את התיק לבית משפט השלום, על מנת שידון מחדש בטענות ההגנה שבפני המבקשים – הגנת אמת הפרסום והגנת העיתונאות האחראית. לעומתו, חברי השופט י' עמית סבור כי עלינו לקבל את הערעור, כאן ועכשיו, ולקבוע כי עומדת למבקשים הגנת העיתונאות האחראית, מבלי שנידרש להכריע בטענת אמת הפרסום. על מנת שלא להאריך, אעיר הערות ספורות בקיצור נמרץ.

126. חברי השופט כבוב מציג את גישתי בכל הנוגע להוכחת הגנת העיתונאות האחראית לצד שימוש בחיסיון עיתונאי, באופן הבא: "חברי מציג את הדילמה העומדת בפני העיתונאי כבעלת שתי אפשרויות: האפשרות הראשונה היא לפרסם את הסיפור, ולהפסיד בתביעת לשון הרע במידה שתביעה כזו תוגש; והאפשרות השנייה היא להימנע מהפרסום ומהתביעה" (פסקה 24 לחוות דעתו). אשוב ואדייק, כי הדילמה שבה מצוי העיתונאי, אליה התייחסתי לעיל, היא – "להגן על עצמו מפני חרב התביעה תוך סיכון לחשיפת המקור, או לשמור על חסיון מקורותיו, אך ליטול סיכון בהליך המשפטי" (לעיל, פסקה 27; ההדגשה הוספה). רוצה לומר: גם לגישתי, עיתונאי הבוחר לפרסם את הסיפור ולעמוד על חסיון מקורותיו, יוכל לחסות תחת כנפיה של הגנת העיתונאות האחראית – ככל שיוכח כי פעל באופן אחראי, והוא ממלא אחר תנאי ההגנה. לצד זאת, סבורני כי שמירה על החיסיון העיתונאי, עשויה להקשות על העיתונאי להוכיח את הגנת העיתונאות האחראית, ובכך הוא אכן נוטל סיכון. על כך הוספתי וקבעתי, כי חרף קושי זה, אין לשנות את הדרישות הראייתיות המוטלות על עיתונאי המבקש להיבנות מהגנה זו. דומני אפוא, כי הפער בין גישתי-שלי לבין גישת חברי, אינו כה גדול.

127. אשר לטענת אמת הפרסום, סבור חברי השופט כבוב, כי עלינו להשיב את הדיון לבית משפט השלום, שכן לא הכריע בטענה האמורה, ואילו בית המשפט המחוזי, כך מוסיף חברי וקובע, "נמנע מהכרעה בדבר מהימנות הראיות המצביעות על נכונותו של הפרסום בסוגיית המקורבות", ודן בטענת אמת הפרסום רק "מעבר לצורך" (פסקה 43 לחוות דעתו). כשלעצמי, אינני סבור כי בית המשפט המחוזי דן בהגנת אמת הפרסום רק 'מעבר לצורך'. עיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי מלמד, כי דחה את הגנת אמת הפרסום משני טעמים: הן מחמת קיומו של השתק שיפוטי, הן לגופה, לאחר ניתוח הראיות שהונחו לפניו. הלכה למעשה, בית המשפט המחוזי דן בראיות הצדדים, ואחר זאת קבע, פוזיטיבית, ובמנותק מסוגיית ההשתק השיפוטי, כי "הדברים שפורסמו אינם משקפים את

המציאות כהווייתה בעת הפרסום ולפיכך לא עומדת למשיבים הגנת האמת בפרסום" (פסקה 33 לפסק הדין המחוזי). על כן, איני מוצא מקום לשנות את קביעתי לעיל שלפיה "חרף ההתערבות בקביעתו של בית המשפט המחוזי בסוגיית ההשתק השיפוטי, לא מצאתי מקום להתערב בהכרעת בית המשפט המחוזי, שלפיה לא הוכיחו המבקשים כי פרסומיהם היו אמת"; ממילא, אינני מוצא הצדקה להחזיר את התיק לדיון מחודש בסוגיה זו.

128. אשר להגנת העיתונאות האחראית, כפי שהסברתי בחוות דעתי: "בכל הנוגע לטענות הפרטניות שהעלו המבקשים, בעניין דיות הראיות להוכחת טענת העיתונאות האחראית, אין מקום להתערבות ערעורית" (פסקה 29 לעיל). אחר שקראתי את חוות הדעת של חברי, לא שוכנעתי כי עלינו להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה, ואף לא להחזיר את הדיון לערכאה הדיונית.

129. בסוף כל הסופות, משנפרדו דרכנו במישור התוצאה ל-3 ראשים, ומטעמים מעשיים, אני מצטרף לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט כבוב, לגבי השבת הדיון לבית המשפט השלום בסוגיית העיתונאות האחראית בלבד. לתוצאה זו הגעתי חרף חוסר הנחת מהתארכות ההליך השיפוטי, שהחל את דרכו עוד בשנת 2015, ועתה נראה, למגינת-הלב, כי עוד נכוננו לו עלילות; אלא אם – וזו משאלת-לב – ישכילו הצדדים להתפשר ביניהם: "יפה כוח פשרה מכוח הדין" (תוספתא, סנהדרין א, טו).

ש ו פ ט

השופט ח' כבוב:

1. לאחר שעיינתי בחוות דעתו המנומקת והמפורטת של חברי, השופט נ' סולברג, מצאתי לצרף את דעתי לדעתו הן בקשר לשתי השאלות שביחס אליהן הוא סבר כי יש ליתן למבקשים רשות לערער; הן לתשובות שהשיב לשאלות אלו. כחברי, אף אני סבור כי בשיטת המשפט הישראלית אין מקום לאימוץ משטר אחריות זהה או דומה לזה שנקבע על-ידי בית המשפט העליון האמריקני בעניין *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) (להלן: הלכת Sullivan), בכל הנוגע לפרסום לשון הרע על אודות אישי ציבור, ואבקש להוסיף הערות אחדות בסוגיה זו. כמו כן, מקובלת עליי עמדת חברי שלפיה המבקשים אינם מושתקים מלהסתמך על הגנת 'אמת הפרסום' בשל הסכם הפשרה שנכרת ביניהם לבין מר יהושע.

2. לצד זאת, סבורני כי יהא זה נכון ליתן למבקשים רשות לערער גם ביחס לשאלת ההשפעה של החיסיון העיתונאי על האופן שבו עיתונאי יכול לנהל את הגנתו בתביעת לשון הרע, כאשר דבריו מבוססים על מקור שאינו מעוניין לוותר על חסיונו. כשלעצמי, סבורני כי נכון יהיה לקבוע כי כאשר עיתונאי נתבע בתביעת לשון הרע והוא טוען להגנתו כי אינו יכול להביא את ראיותיו להגנת אמת הפרסום משום שמקורו אינו מעוניין לוותר על חסיונו – אזי יש לאפשר לעיתונאי להיחקר בחקירה נגדית על גרסה זו; ובנסיבות המתאימות ניתן יהיה לקבוע, על בסיס עדותו, כי עומדת לו הגנת 'העיתונאות האחראית' גם בלי להביא את המקור למתן עדות. בכך, לשיטתי, ניתן לפתור במידה מסוימת את המתח שמתעורר מקום בו פרסום עיתונאי מבוסס על מקור חסוי והעיתונאי אינו יכול להביא את ראיותיו באשר לאמיתות הפרסום לבית המשפט.

3. בנוסף, וכפי שאפרט להלן בהרחבה, אין בידי להצטרף לקביעת חברי כי בנסיבות העניין דנן לא עומדת למבקשים הגנת אמת הפרסום. למעשה, שתי ערכאות שבפניהן הונחה השאלה אם פרסומי המבקשים היו אמת, נמנעו מהכרעה עובדתית בשאלה זו. בית משפט השלום נמנע מלהכריע בכך, בשל הסברה כי ממילא עומדת למבקשים הגנת העיתונאות האחראית; ואילו בית המשפט המחוזי נמנע מהכרעה באותה שאלה, אך הפעם בשל סברה הפוכה, שלפיה המבקשים מושתקים מלטעון להגנתם כי דיברו אמת.

4. הנה כי כן, מאחר שההכרעה בשאלת תחולת ההגנות שלהן טענו המבקשים תלויה, במידה רבה, בקביעת ממצאי עובדה ומהימנות, ומאחר שהערכאה הדיונית נמנעה מקביעת ממצאים אלו – סבורני כי לא יהיה זה נכון או צודק כי נכריע אנו בכך, מבלי ששמענו את העדים ומבלי שהתרשמנו באופן בלתי אמצעי ממכלול הראיות שעל הפרק. לפיכך, לו תישמע דעתי, נורה על השבת הדיון בתיק לבית משפט השלום, על מנת שזה יקבע ממצאים עובדתיים הן ביחס לשאלת אמיתות הפרסום שבמוקד דיונו; הן ביחס לשאלה אם עומדת למבקשים הגנת העיתונאות האחראית.

עד כאן בתמצית שבתמצית. אפנה עתה לפירוט הדברים כסדרם.

על חוסר התאמתה של הלכת Sullivan לנוף הישראלי

5. חברי עמד בהרחבה בחוות דעתו על מספר טעמים, המעוגנים הן בדין המצוי והן בדין הרצוי, שבגינם הוא סבור כי אין מקום לייבא את הלכת Sullivan לשיטת המשפט הישראלית. מצטרף אני למסקנתו של חברי ולדרך הילוכו בסוגיה זו, ואבקש להוסיף הערות אחדות משלי בסוגיה זו.

6. כידוע, אחד ההבדלים המרכזיים בין הדין הישראלי ובין הדין האמריקני בדיני לשון הרע הוא בשאלה, על מי מוטל, ככלל, הנטל להוכיח או להפריך את אמיתות האמרה שבגינה מוגשת תביעת לשון הרע. לפי הדין הישראלי, הנטל הוא זה שצריך להוכיח את אמיתות דבריו (ראו, למשל, באסמכתאות המובאות בפסקה 26 לחוות דעתו של חברי, השופט סולברג; וכן אצל אורי שנהר דיני לשון הרע 248 (1997)); בעוד שלפי הדין האמריקני, הנטל להפריך את אמיתות האמרה רובץ על כתפי התובע (ראו: חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנוור דיני לשון הרע: הדין המצוי והדין הרצוי 212 (מהדורה שניה מורחבת 2019), והאסמכתאות שם).

7. במבט ראשון, ניתן היה אולי לסבור כי ההבדל ביחס לשאלת הנטלים אינו משקף שוני של ממש בין הגישות. אך לאמיתו של דבר, מדובר בהבדל תפיסתי עמוק ביחס למהות העוולה של לשון הרע, וכפי שאפרט להלן, מדובר בשינויים המשליכים על מגוון היבטים הקשורים לפרסומי לשון הרע. השוני בין הגישות השונות מתבטא במהות העוולה ויסודותיה; בטעד שניתן בתביעות לשון הרע ללא הוכחת נזק; במסר העובדתי הנלווה להכרעה המשפטית בתביעת לשון הרע; במידת האמון שהציבור צפוי לתת בפרסומים; במידת הנזק שצפוי להיגרם למי שפורסם על אודותיו דבר לשון הרע; ובמידת הפגיעה הצפויה להיגרם לאמינותו של עיתונאי שחויב בתביעת לשון הרע. כפי שאראה להלן, מכלול ההבדלים הללו מצביע באופן ברור על כך שאין מקום לאמץ בישראל משטר זה או דומה לזה שנקבע בהלכת Sullivan. ואסביר.

8. מהות העוולה ויסודותיה: לפי הדין הישראלי, עוולת לשון הרע ממוקדת בכך שהפרסום עלול להביא לפגיעה באדם שהפרסום ממוקד בו (ראו: סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע), על חלופותיו השונות). המוקד הוא אפוא בתוצאות השליליות הנובעות מהפרסום, ובהתאם לכך הגנת אמת הפרסום מהווה מעין הצדקה לתוצאות אלו. מטעם זה, לא די בכך שהנתבע יוכיח כי הפרסום היה אמת, אלא עליו להוכיח גם כי "היה בפרסום ענין ציבורי" (סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע). בהקשר זה, ניתן לשער כי המשפט העברי שימש כנקודת השראה מסוימת לדין הישראלי, שכן במשפט העברי מקובל לראות את האיסור על פרסום פוגעני שקרי בגדרי איסור 'מוציא שם רע'; בעוד שהאיסור על אמירת 'לשון הרע' מתייחס לפרסום דבר שהוא אמת (ראו, למשל, הרמב"ם בספרו משנה תורה, הלכות דעות, פרק ז', הלכה ב'. להרחבה על אודות יחסו של המשפט העברי לדיני לשון הרע: ראו, דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין אורבך, פ"ד סז(1) 667, בפסקאות 12-14 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל, ופסקאות ד'-ח' לחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין (2014) (להלן: דנ"א דיין)). לעומת זאת, לפי הדין האמריקני, המוקד הוא בעובדה שמדובר בפרסום שקרי. אם הפרסום הוא אמת, הוא לעולם לא יהיה בגדר לשון הרע (*Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S.).

(1974) 339). הטעם לכך נעוץ, במידה רבה, בחשש הקיים בדין האמריקני מפני 'צנזורה עצמית', שעלולה להיגרם בעקבות חששו של המפרסם כי לא יעלה בידו להוכיח את אמיתות דבריו (הלכת Sullivan, בעמוד 279). הנה, השימוש במינוח 'לשון הרע', המשמש לתיאור עוולה נזיקית בשיטות המשפט השונות, עלול להטעות. שכן, יסודות העוולה בשיטות השונות, כמו גם שאלת נטל הראיה ומשטר האחריות, אינם חופפים כלל ועיקר.

9. הסעד בתביעות לשון הרע: הבדל משמעותי אחד בין הדין האמריקני ביחס לעוולת לשון הרע לבין הדין הישראלי, קשור בפיצויים הניתנים בתביעות לשון הרע ללא הוכחת נזק. בדין האמריקני, מי שנקבע לגביו כי הוא ביצע עוולה של לשון הרע, עלול להיות מחויב בפיצויים בסכום אסטרונומי, אף ללא הוכחה בדבר כימות הנזק, וזאת בהתאם לדין המדינה בה התנהלה התביעה. כך למשל, בעניין Sullivan, שאת הדוקטרינה שפותחה בו המבקשים מעוניינים שנאמץ בישראל, הנתבעת – עיתון ניו-יורק טיימס – חויבה בערכאה הדיונית בתשלום פיצויים בסך של 500 אלף דולרים, וזאת בגין אי-אלו אי-דיוקים במודעה אחת שפורסמה בעיתון, אשר ביקרה את המשטר על פגיעה חמורה בזכויות האזרח. יתרה מכך, בשלב שבו נדון ערעורה של ניו יורק טיימס בבית המשפט העליון הפדראלי של ארצות הברית, 'המתינו בקנה' מספר תביעות נוספות שהוגשו נגד העיתון, בגין אותו פרסום; ואילו ערעורה היה נדחה, היא הייתה מחויבת בתשלום פיצויים כוללים בסכומים אסטרונומיים (IAN ROSENBERG מציין בספרו THE FIGHT FOR FREE SPEECH: TEN CASES THAT DEFINE OUR FIRST AMENDMENT FREEDOMS, (2021), כי סכום הפיצויים הכולל שבו ניו יורק טיימס הייתה עלולה להיות מחויבת, בגין פרסום מודעה אחת בעיתון, היה שווה לכ-30 מיליון דולרים בערכם בשנת 2021); והשוו לפסקי הדין שניתנו לאחרונה במדינות קונטיקט וטקסס (ראו למשל, *Lafferty v. Jones*, No. X06-UWY-CV18-6046436-S, 2022 LEXIS (Conn. Super. Ct. Nov. 10, 2022), שבהם חויב מנחה תכנית רדיו, מר אלכס ג'ונס, בתשלום פיצויים בסכום של למעלה ממיליארד דולרים, לאחר שנמצא על-ידי חברי המושבעים של אותן מדינות כי הוא העליל עלילת שווא על משפחות הנרצחים בטבח שהתרחש בבית הספר היסודי סנדי הוק במדינת קונטיקט בארצות הברית. בהקשר זה ניתן לציין גם את פסק הדין שניתן לאחרונה במחוז הדרומי במדינת ניו-יורק, בגדרו חויב נשיא ארצות הברית לשעבר, מר דונלד טראמפ, בפיצוי עתק בסכום של 83.3 מיליון דולר, בגין מספר הצהרות כוזבות שמסר כלפי התובעת, אשר האשימה אותו בתקיפתה המינית במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת (ראו: *Carroll v Trump*, 2024 US Dist LEXIS 21663 [SDNY Feb. 7, (2024, No. 20-cv-7311 (LAK))]. בשל השלכות אפשריות אלו, הדין האמריקני רגיש,

אולי אף ביתר, לחשש מפני צנזורה עצמית. היטיב לעמוד על הדברים השופט Brennan בהלכת Sullivan (בעמוד 279), בצינו כדלהלן:

"A rule compelling the critic of official conduct to guarantee the truth of all his factual assertions and to do so on pain of libel judgments virtually unlimited in amount leads to a comparable 'self-censorship'. Allowance of the defense of truth, with the burden of proving it on the defendant, does not mean that only false speech will be deterred".

10. בישראל, לעומת זאת, קיימת תקרה מגבילה למדי של פיצויים שניתן לפסוק ללא הוכחת נזק (ראו בסעיף 7א לחוק איסור לשון הרע, שנחקק במסגרת תיקון מס' 6 לחוק. לסקירה על אודות סכומי הפיצויים שנפסקו בתביעות לשון הרע בישראל לפני תיקון מס' 6 לחוק איסור לשון הרע, ראו: יובל קרניאל ועמירם ברקת "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמן" עלי משפט ב 205 (תשס"ב). וראו גם: רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, בפסקה 33 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (12.11.2006); ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, בפסקאות 44-45 ו-61 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה (04.08.2008)). בנוסף, סעיף 7א(ד) לחוק מגביל את הפיצוי האמור, כך שלא ניתן לקבל פיצויים "בשל אותה לשון הרע, יותר מפעם אחת" (לדיון במשמעות הוראה זו, ראו: רע"א 2855/20 פלונית נ' פלוני (06.10.2022)). לא מן הנמנע אפוא, כי אחת הסיבות לכך שבמשטר הישראלי קיים חשש פחות מצנזורה עצמית, הוא קיומו של מנגנון המגביל את תקרת הפיצויים שבהם מחויב מי שפרסם לשון הרע ללא הוכחת נזק.

11. הבדל משמעותי נוסף בין מערכות הדינים בארצות הברית ובישראל, קשור במסר העובדתי הנלווה לתוצאת הדיון המשפטי בתביעת לשון הרע. בארצות הברית, הקביעה בדבר חבותו של אדם בתביעת לשון הרע תלויה בממצא עובדתי פוזיטיבי בדבר שקריות הפרסום; ואילו הקביעה כי הנתבע לא חייב בפיצויים, אין בה משום קביעת ממצא עובדתי בדבר נכונות הפרסום. בישראל, לעומת זאת, המצב הוא הפוך: אם הנתבע חויב בתשלום פיצויים אין בכך משום קביעה בדבר שקריות הפרסום, שכן ברמה העקרונית די בכך שהנתבע לא יצליח להוכיח את אמיתות הפרסום כדי שהוא יחויב בפיצויים; ואילו אם הנתבע לא חויב בפיצויים, פעמים רבות הדבר תלוי בקביעה פוזיטיבית כי דבריו הם דברי אמת (למצער, אם נקבע כי עומדת לו הגנת אמת הפרסום).

12. מכך גם נובע כי, ככלל, הנזק שצפוי להיגרם לעיתונאי עקב חיובו בתביעת לשון הרע לא יהיה דומה בשיטות המשפט השונות. כך, כאשר עיתונאי חב בפיצוי בגין לשון הרע במשפט האמריקני, משמעות הדברים היא כי נמצאו ראיות פוזיטיביות המוכיחות

את שקריות פרסומו, והדבר יפגע באמינותו. לעומת זאת, כאשר עיתונאי חב בתביעת לשון הרע בשיטת המשפט הישראלית, המשמעות שניתן להסיק מהדברים – מוגבלת. לעתים רבות, כל שניתן להסיק מכך הוא כי לא הובאו די ראיות להוכחת אמיתות הפרסום. לכך יכולות להיות מגוון סיבות. למשל, ונתון זה רלוונטי לענייננו, יתכן שהפרסום מבוסס על עדותו של מקור שאינו מעוניין להיחשף. במצב דברים שכזה, קשה להסיק מקביעת האחריות בלשון הרע על אמינות העיתונאי, לכאן או לכאן. כל שניתן להסיק הוא כי העיתונאי, מסיבות כאלו ואחרות, לא הצליח להוכיח את אמיתות הפרסום בבית המשפט. במילים אחרות, ככלל, הנזק שצפוי להיגרם ליוקרתו של עיתונאי שחויב בפיוציים בישראל בגין תביעת לשון הרע, הוא נמוך מהנזק שצפוי להיגרם למקבילו בארצות הברית. שכן, אמינותו של העיתונאי אינה מוטלת על הכף באותה מידה (והשוו לדברי הנשיא א' גרוניס בדנ"א ד"ן, בעמוד 747).

13. לנקודה זו קיימת השפעה במספר מישורים נוספים. חברי, בהתבסס על מאמרם של המלומדים דניאל המל ואריאל פורת (Daniel Hemel & Ariel Porat, *Free Speech and Cheap Talk*, 11 J. LEGAL ANALYSIS 46 (2019) (להלן: החל ופורת)), עמד על כך שדיני לשון הרע "אפקטיביים" יכולים ליצור 'אפקט מחמם' אשר עשוי להביא לא רק להגדלת 'כמות' הביטוי, אלא גם להגדלת 'איכותו' (פסקה 56 לחוות דעתו). זאת, בעיקר משום שדינים שיגדילו את הסנקציה המושתת על מי שמפרסם דברי שקר, עשויים להביא לתמריץ חזק יותר לפרסם פרסומים הכוללים דברי אמת, וכתוצאה מכך האמינות שתיוחס לפרסומים בעיני הציבור תהיה גבוהה יותר. בנסיבות אלו, כך הטענה, גופים עיתונאיים יקבלו תמריץ נוסף לערוך חקירה מיטבית, ולפרסם את המידע הנובע מחקירה זו, כיוון שקוראי העיתון ייטו לייחס לממצאי התחקיר אמינות גבוהה.

עמדה זו הגיונה בצידה, אך ניתן גם לתהות לגבי האופן שבו ניתן לכוון את אותם דינים 'אפקטיביים' בעולם המעשה. כך, למשל, יתכן כי החשש מפני קביעה מוטעית של חבות בעוולת לשון הרע, יוביל למניעת פרסומי אמת חשובים וראויים מכיוון שלא יהיה ניתן להוכיחם בהליך משפטי (לסוגיה זו אדרש להלן ביתר הרחבה בכל הנוגע לתחקירים עיתונאיים המבוססים על מידע שהגיע ממקור חסוי), זהו למעשה – החשש מ'אפקט מצנן', עליו גם עמד חברי, השופט סולברג, ואשר עליו גם עמדו המל ופורת. החשש בדבר הרתעת יתר משמעותי במיוחד בשיטת המשפט הישראלית, שלפיה הנתבע הוא זה שעליו הנטל להוכיח שדבריו הם דברי אמת. דרוש אפוא בסיס מידע אמפירי נרחב על מנת לקבוע מהו המשטר האפקטיבי ששיגי את ההרתעה האופטימלית. הרתעה כזו צריכה, מחד גיסא, לצמצם את החשש מפני הרתעת יתר שעליה עמדת לעיל; ומאידך גיסא, לצמצם את החשש מפני הרתעת חסר שתביא לכך שמפרסמים לא יחששו לפרסם פרסומים שקריים, באופן שיפגע במהימנות הפרסום. אם כן, ניתן לתהות האם שיטת המשפט

הישראלית בסוגיה זו מיטיבה את מצב חופש הביטוי ביחס לגישה האמריקנית. לא די בטיעון התיאורטי שעליו עמדו המל ופורת כדי להכריע בכך. מכל מקום, מקובלת עליי עמדת חברי כי ראוי שההכרעה בשאלת האיזון הערכי העדין העומדת במוקד דיני לשון הרע, תיעשה על-ידי מחוקק ולא על-ידי בתי המשפט. גם במישור המוסדי, בידי המחוקק קיימים כלים טובים יותר לדון ולהכריע בשאלות המחייבות הנחת הנחות והיפותזות לגבי המדיניות שתשיג את ההרתעה האופטימלית, מאשר לבתי המשפט (בהקשר זה, ראו למשל: אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25, 70 (1983)).

14. לצד זאת, קיים מישור נוסף שבו משפיעה שיטת המשפט הישראלי בדיני לשון הרע, אשר קשור בקשר הדוק לענייננו – מידת האמון שהציבור צפוי לתת בפרסומי לשון הרע בשיטות המשפט השונות. כאמור לעיל, בהתאם לדין בישראל, הנטל להוכיח כי הפרסום הוא אמת מוטל על הנתבע (בכפוף לקיומן של אי-אלו הגנות נוספות). במצב עולם שכזה, כאמור, האמון שיינתן בפרסומים צפוי להיות גבוה יותר מאשר בעולם שבו התובע הוא זה שצריך להוכיח את שקריות הפרסום בבית המשפט, כבשיטת המשפט האמריקנית. לצד זאת, וכתוצאה מכך, ניתן גם להניח כי ככלל, הנזק שצפוי להיגרם לתובע כתוצאה מפרסום שקרי לגביו, במצב עולם שכזה, יהא גבוה יותר מאשר במצב העולם ההפוך. זאת, לנוכח רמת האמון הגבוהה יותר (באופן יחסי) שלה יזכה הפרסום. הנה, בשיטת המשפט הישראלית, האמון שיינתן בפרסומים צפוי להיות גבוה יותר; וכתוצאה מכך, הנזק שצפוי להיגרם לתובע בעקבות אותם פרסומים יהיה אף הוא גבוה יותר.

15. לטעמי, מכלול האמור עד כה מוביל למסקנה כי הלכת Sullivan האמריקנית היא נטע זר בישראל. ואבאר.

16. כאמור בחוות דעתו של חברי, הלכת Sullivan קובעת כי על מנת שאדם יחוב בתביעת לשון הרע ביחס לפרסום על איש ציבור, זה האחרון נדרש להוכיח כי הנתבע ידע או שהיה יכול לדעת כי מדובר בפרסום שקרי. דרישה זו יכולה להתאים לדין האמריקני שבמסגרתו על התובע מוטל להוכיח כי הפרסום שקרי. אולם, הדין הישראלי בחר בגישה שונה. בישראל, לא זו בלבד שלא מוטל על התובע להוכיח שהפרסום הוא שקרי, אלא שהשאלה אם מדובר בפרסום אמת אם לאו, אינה מהווה חלק מיסודות העוולה. שכן, לפי הדין הישראלי, גם פרסום אמת יכול לקיים את כל יסודות עוולת לשון הרע. כאמור, עובדת היות הפרסום אמת יכולה לשמש כטענת הגנה, אך שלילתה אינה מהווה יסוד מיסודות העוולה. יוצא אפוא, כי אם תאומץ הלכת Sullivan בדין הישראלי, יהיה בכך לא רק כדי לשנות את נטל ההוכחה ביחס ללשון הרע על איש ציבור, מבלי שיש לכך כל אחיזה בלשון החוק, אלא גם לשנות את יסודות העוולה. שכן, על מנת להוכיח שהמפרסם ידע, או יכול היה לדעת, שמדובר בפרסום שקרי, נדרש להוכיח תחילה

כי הפרסום היה שקרי. זאת, בעוד דרישה כזו כלל לא קיימת בדין הישראלי. שינוי כזה בהגדרת העוולה של לשון הרע, ככל שיש לו הצדקה, חייב להיעשות על-ידי המחוקק ולא על-ידי בתי המשפט.

17. אך בכך לא סגי. שכן, קיימים כאמור הבדלים נוספים בין עוולת לשון הרע בדין הישראלי והאמריקני. כך, משמעות הקביעה בהלכת Sullivan כי התובע הוא זה שנדרש להוכיח שהנתבע ידע או שיכול היה לדעת כי מדובר בפרסום שקרי, משמעה כי כאשר התביעה מתקבלת – בית המשפט נדרש לקבוע, כקביעה עובדתית, כי הפרסום הוא שקרי. לנתון זה יש חשיבות במספר היבטים: ראשית, בניגוד לתביעת לשון הרע נגד אדם 'רגיל' שבה בית המשפט מכריע כי אמיתות הפרסום לא הוכחה; כאשר מדובר באיש ציבור, בית המשפט נדרש להכריע, באופן פוזיטיבי, כי מדובר בפרסום שקרי. מכך נובע, כי תחת משטר משפטי כאמור, לפרסומים בישראל על אודות אנשי ציבור ניתן יהיה לייחס רמה פחותה של אמינות מזו שניתן לייחס לפרסומים על אדם 'רגיל'. שכן, בהתאם לתפיסה זו, מי שמפרסם מידע שלילי על איש ציבור יידע כי הוא לא יידרש להוכיח את אמיתות טענותיו. תוצאה זו תפגע ביכולתו של הציבור לצרוך מידע אמין במקום שמידע כזה הוא קריטי ביותר – פועלם של אישי ציבור. יתרה מכך, בשיטה האמריקנית, שבה נקבעה הלכת Sullivan, סכום הפיצוי שניתן להשית על הנתבע, כאמור, יכול להגיע לכדי סכום אסטרונומי. קיים בכך היגיון מסוים – ככל שהנתבע פרסם דבר שקר ביודעין, או למצער נהג בפזיזות או בקלות דעת ביחס לאמיתות הפרסום, קיימת לכאורה הצדקה לחייב אותו בפיצויים בסכום גבוה. מנגד, ככל שלא הוכח יסוד נפשי שלילי בפרסום, קיים היגיון בהגבלת סכום הפיצויים ללא הוכחת נזק, כפי שנקבע בחוק איסור לשון הרע. דומה, כי המבקשים בענייננו מעוניינים ליהנות משני העולמות במקביל: מחד גיסא, אם יתקבל מבוקשם תידרש הוכחה של 'יסוד נפשי שלילי' מצידם ביחס לפרסום; ומאידך גיסא, הם יזכו בהגבלה משמעותית של הסכום שניתן לפסוק לחובתם ללא הוכחת נזק. לא ניתן להחזיק את המקל משני קצותיו וליהנות מכל העולמות גם יחד. כל שיטה ויתרוניתה, כל שיטה וחסרוניתה.

18. תוצאה בעייתית נוספת שיכולה להיגרם כתוצאה מאימוץ הלכת Sullivan בשיטתנו היא שהמסר הנובע מתוצאות הדיון המשפטי בתביעות לשון הרע בישראל עלול להיתפס באופן שגוי על-ידי הציבור. כפי שכבר ציינתי לעיל, כאשר נתבע בתביעת לשון הרע מחויב בפיצויים בישראל, המסר לציבור, ככלל, אינו כי הפרסום שקרי; אלא שהנתבע לא הצליח לבסס את אמיתותו. לעומת זאת, אם תאומץ הלכת Sullivan בישראל, המשמעות של חיוב נתבע בפיצויים בתביעת לשון הרע של איש ציבור תהא כי הוכח באופן פוזיטיבי כי מדובר בשקר. נקודה זו אינה בעייתית בארצות הברית, שבה ממילא ניתן לזכות בפיצויים בתביעת לשון הרע רק אם מוכח שהפרסום הוא שקרי. בניגוד לכך,

בישראל, אם תאומץ הלכת Sullivan, המסר העובדתי העולה מחיוב בפיצויים בתביעת לשון הרע של איש ציבור ושל אדם 'רגיל', תהיה שונה מהיסוד.

גם דחיית התביעה יכולה לשלוח מסר מבלבל לציבור מבחינת המשמעות העובדתית שניתן לייחס לכך ביחס לאמיתות הפרסום (אם כי במידה פחותה). כאמור לעיל, כאשר תביעת לשון הרע נדחית בישראל מחמת הגנת אמת הפרסום, ככלל, משמעות הדברים היא כי הוכח שהפרסום היה אמת. לעומת זאת, ככל שתאומץ הלכת Sullivan בישראל, משמעות הדברים תהיה כי אם איש ציבור הפסיד בתביעתו – עדיין יתכן שמדובר בפרסום שקרי, אלא שלא הוכח קיומו של 'יסוד נפשי שלילי' מצד הנתבע. זהו מסר שעלול לפגוע יתר על המידה באיש הציבור שתביעתו נדחתה, כאשר הציבור עלול להסיק מכך, בטעות, כי הונח בסיס של ממש לפרסום. אמנם, דחיית תביעת לשון הרע בישראל איננה מחייבת את העובדה כי הפרסום היה אמת, שכן קיימות הגנות נוספות על ההגנה שעניינה אמת הפרסום (למשל, הגנת העיתונאות האחראית). עם זאת, ההגנות הנוספות חלות באופן דומה, בין אם מדובר באיש ציבור ובין אם לאו, ולכן קיים חשש פחות מפני שליחת מסר מבלבל לציבור כתוצאה מההבחנה בין איש ציבור לאדם 'רגיל'.

יש לכך השלכה גם על השאלה מהי מידת הנזק שנגרם למי שפורסם נגדו דבר לשון הרע. כפי שהוסבר לעיל, במצב הרגיל בישראל, מי שפורסמה בעניינו לשון הרע סופג נזק משמעותי יותר ממקבילו האמריקני, מאחר שהאמינות המיוחסת לפרסום עלולה להיות גבוהה יותר, בפרט אם הוא החליט שלא להגיש תביעת לשון הרע. שהרי, בישראל קל יותר לתובע לזכות בתביעת לשון הרע. לעומת זאת, אם תאומץ הלכת Sullivan בישראל, משמעות הדברים תהיה כי איש ציבור שיבקש לתבוע תביעת לשון הרע יעמוד בפני קושי כפול (הוא יצטרך להוכיח הן את שקריות הפרסום, הן את היסוד הנפשי של המפרסם). עם זאת, מאחר שבישראל, ככלל, קל יותר לזכות בתביעת לשון הרע מאשר בארה"ב, הציבור עלול לסבור בטעות כי איש הציבור אינו תובע מאחר שהוא יודע כי יש אמת בפרסום. עובדה זו עלולה להעמיק את הפגיעה באיש ציבור שפורסם נגדו דבר שקר, ללא כל הצדקה.

19. ישאל השואל מהי אחריותו של בית המשפט לשאלה אם הציבור יקלוט את המסר העובדתי הנלווה לדיון המשפטי בתביעת לשון הרע באופן ברור וקוהרנטי. לשאלה זו אשיב, כי אחד מתפקידיה הבולטים של תביעת לשון הרע היא לאפשר לפרט שנפגע מהפרסומים וששמו הטוב נגזל ממנו, לזכות בחזרה בשמו הטוב במהלך בירור עובדתי בבית המשפט; ולאפשר למי שפרסם את הדברים, בפרט אם מדובר בעיתונאי, להגן על אמינותו ולהוכיח את אמיתות הפרסום בבית המשפט (ראו למשל דברי הנשיא גרוניס

בדנ"א דיין, בעמודים 747-748), ובכך – להשיב את המצב לקדמותו (אשר להכרה בעיקרון זה כעיקרון בסיסי בדיני הנזיקין, ראו למשל: אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים" משפט ועסקים י 499, 501 (התשס"ט)). משכך, קיימת חשיבות רבה למסר העובדתי הנלווה לתוצאות פסק הדין בתביעת לשון הרע. יש אפוא מקום להיזהר מפני מצב שבו בתי המשפט משדרים לציבור מסרים, שעלולים להיתפס באופן שגוי על-ידי הציבור, בדבר משמעות ההכרעה השיפוטית בתביעות לשון הרע.

20. בשורה התחתונה – פסק הדין שניתן בעניין Sullivan הוא חלק אחד מתוך מכלול שלם של הסדרים ביחס לדיני לשון הרע במערכת המשפט האמריקנית. לא ניתן לאמץ מרכיב אחד בלבד משיטת משטר שונה תוך התעלמות מהסדר כולו. מצאתי אפוא לצרף את דעתי למסקנת חברי, לפיה אין מקום להחיל משטר זהה או דומה לזה שנקבע בהלכת Sullivan במסגרת הדין הישראלי.

הערה קצרה ביחס לסוגיית 'אמרות החוץ' וההשתק

21. כאמור בפתח חוות דעתי, מקובלת עליי מסקנת חברי כי הסכם הפשרה שנכרת בין המבקשים לבין מר יהושע, אינו משתיק אותם מלטעון טענות שעומדות בסתירה לאמור בו. כתוצאה מכך, המבקשים אינם מושתיקים מלטעון להגנת אמת הפרסום. מאחר שחברי האריך בנדון, ארשה לעצמי לקצר. אציין רק כי כחברי, אף אני נוטה לעמדה כי ניתן לעשות שימוש ב'אמרות חוץ' של עיתונאי, שעומדות בסתירה לפרסום מושא תביעת לשון הרע, במסגרת בחינת מהימנות הפרסום העיתונאי בגדרי הגנת אמת הפרסום. אמרות אלו הן ראיות ככל ראייה אחרת, והערכת משקלן בנסיבות כל עניין מוטלת על הערכאה הדיונית, אשר עליה מוטלת מלאכת ההתרשמות הישירה ממכלול הראיות שעל הפרק.

22. עם זאת, לגישתי, לא מן הנמנע כי בסופו של יום יינתן לראיות אלו משקל מוגבל, לנוכח הסברים משכנעים שיינתנו על-ידי העדים ביחס למניעים שעמדו ביסוד אמרות החוץ שנאמרו מחוץ לכותלי בית המשפט. כך למשל, יתכן שעיתונאי יבחר לפרסם סיפור המבוסס על מקור חסוי, מתוך סברה כי מאחר שמדובר בפרסום אמת – לא תבוא הכחשה מהצד שכלפיו מופנה הסיפור. עם זאת, לאחר שתתקבל הכחשה גורפת מצד מושא הפרסום, עשוי העיתונאי לבחור לחזור בו בפומבי מהפרסום כדי להימנע מתביעת לשון הרע (שכן החיסיון העיתונאי עלול להקשות עליו להוכיח את אמיתות הפרסום בבית המשפט), וזאת מבלי שיהיה בכך כדי ללמד בהכרח על מהימנות הסיפור שפורסם.

התמונה נעשית מורכבת יותר בכל הנוגע לשאלה אם התנהלות עיתונאית מעין זו – פרסום שלאחריו באה נסיגה ממנו, ללא שהובא לידיעת העיתונאי כל מידע חדש

מלבד הכחשה סתמית – עולה בקנה אחד עם הגנת העיתונאית האחראית. כשלעצמי, אני נוטה לדעת חברי, השופט סולברג, כי קיים קושי לחסות בצלה של הגנת העיתונאות האחראית כאשר העיתונאי מוכן לחזור בו בפומבי מפרסום מסוים, חרף אמונתו באמיתות הפרסום, תוך שבכך הוא מוכן להוליך את הציבור שולל. עם זאת, כפי שציין חברי, משהצדדים לא הרחיבו בענייננו על המניעים שעמדו ביסוד 'אמרות החוץ' שנאמרו על-ידי המבקשים, ומשהערכאות הקודמות לא נדרשו לכך – לא יהא זה נכון שנכריע בדברים לראשונה, כעת, בגלגול שלישי.

על החיסיון העיתונאי ועל יכולתו של עיתונאי להגן על עצמו מתביעת לשון הרע

23. עד כאן תמימות דעים ביני ובין חברי. בכל הנוגע לשאלת ההשפעה של החיסיון העיתונאי על יכולתם של עיתונאים להתגונן מפני תביעות לשון הרע המוגשות נגדם, כאשר הפרסום מבוסס על מקורות חסויים – דעתי שונה מזו של חברי.

24. אסביר את כוונתי. נניח למשל, שפלוגי, העובד במשרד ממשלתי מסוים, מגיע לעיתונאי ומספר לו שבמהלך עבודתו במשרד הוא נחשף לכך שהשר פעל בניגוד לנהלים וקיבל החלטה בניגוד עניינים שממנה עולה חשש כבד לשחיתות שלטונית. העיתונאי מבקש לאמת את הדברים באמצעות מקור נוסף שעובד במשרד, וזה מציג בפניו תמונה דומה. כעת נניח כי העיתונאי מאמין לדברי מקורותיו הבלתי-תלויים, לאחר שהתרשם מאמינותם באופן בלתי אמצעי, אך אין בנמצא ראיות חיצוניות לעדותם שיכולות לתמוך בגרסתם, ובשל חסיונם העיתונאי לא ניתן לזמנם לעדות (ודוק, על אף ששאלת הבעלות על החיסיון טרם הוכרעה עד תום בפסיקתנו, דומה כי על-פי עיקר הפסיקה, מקום בו העיתונאי מעוניין בחשיפת המקור אך המקור אינו מסכים לכך, אין העיתונאי רשאי לחושפו. להרחבה ראו: יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 856-858 (2021)). מה על העיתונאי לעשות במקרה כזה? חברי מציג את הדילמה העומדת בפני העיתונאי כבעלת שתי אפשרויות: האפשרות הראשונה היא לפרסם את הסיפור, ולהפסיד בתביעת לשון הרע במידה שתביעה כזו תוגש; והאפשרות השנייה היא להימנע מהפרסום ומהתביעה. כשלעצמי, דומני כי נחוצה גם אפשרות שלישית, שיהיה בה כדי לפתור את הדילמה האמורה. זאת, לאור החשיבות של עיתונות חופשית ותפקידה המשמעותי בביקורת על מעשי השלטון (ראו מני רבים: דנ"א ד"ן, בעמוד 724).

25. לגיטימי, מדובר בסוגיה מורכבת, שהתשובה לה לא תימצא באמצעות פניה לכללי הראיות ונטלי ההוכחה הרגילים. אכן, יש היגיון בעמדת חברי, שלפיה ניתן להשליך מדיני החיסיון הכלליים גם על סוגיית החיסיון העיתונאי בדיני לשון הרע. עם זאת, קיים הבדל משמעותי בין הדינים השונים. כאמור לעיל, בעוד שברגיל הנטל להוכיח

את התקיימות כלל רכיבי העוולה מוטל על התובע; הנטל להוכיח הגנות מפני חבות בנזיקין מוטל, על דרך הכלל, על שכם הנתבע, ובפרט בסוגיה דנן – הנטל להוכחת אמיתות הפרסום מוטל, כידוע, על המפרסם. ואולם, כפי שארחיב להלן, ישנם מקרים שבהם אם לא נכיר באפשרות של עיתונאי להגן על עצמו מבלי לחשוף את מקורותיו, אנו עלולים למצוא את עצמנו שוללים מהעיתונאי את יכולתו לפרסם מידע חיוני לציבור, ומהציבור את יכולתו לקבל מידע קריטי, בין היתר, על אודות הנעשה במחשכים על-ידי אישי ציבור, וזאת לאור חששם של אנשי אמונם להיחשף בזהותם כמי שהוציאו את הדברים לאור (ראו למשל: דברי הסבר להצעת חוק הגנה על עובדים (חשיפת הפרת חיקוק ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), התשנ"ז-1997, שם מתואר כי "לא אחת קורה שעובדים שהגישו תלונה על מעשים בלתי תקינים במקום העבודה מוצאים את עצמם חשופים להתנכלות ורדיפה מצד המעבידים, הממונים והחברים לעבודה. לעתים אף מפטרים אותם מעבודתם"); והדברים ידועים.

26. זאת ועוד, דומני כי לא יהיה מי שיחלוק על הקושי להוכיח ולבסס שחיתות שלטונית המתבצעת במחשכים. מטעם זה, למשל, הורה המחוקק כי אף שבדרך כלל אין להרשיע אדם על בסיס עדות שותפו לעבירה ללא שנלווה 'חיזוק' לעדותו (סעיף 54א(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש]), הרי שכאשר מדובר בעבירת השוחד – ניתן להרשיע אדם על בסיס עדותו של השותף לבדה (סעיף 296 לחוק העונשין, התשל"ז-1977); וזאת אף אם השותף הוא עד מדינה שעדותו, ככלל, טעונה 'סיוע' (ראו: ע"פ 385/87 תלאוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(1) 140, 147-149 (1988)). בבסיס הוראה זו עומדת ההנחה כי קיים קושי מובנה לחשוף שחיתות שלטונית המתבצעת, מטבע הדברים, בחדרי חדרים, ועל כן, לעתים, לא יהיה מנוס משימוש בראיות שבדרך כלל לא היה בהן די על מנת להוכיח את אשמתו של הנאשם (ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פסקה 38 לחוות-דעתו של השופט ס' ג'ובראן (29.12.2015)). שהלוא, לא אחת, עדותו של מי שהיה נוכח בעת ביצוע העבירה תהא הראיה היחידה שניתן להציג לחובת הנאשם.

27. הוראה זו, המגמישה את כללי הראיות במקרים שבהם קיים אינטרס ציבורי גבוה בביעור השחיתות, לצד הקושי בחשיפתה ובהוכחתה על-פי דיני הראיות הרגילים, צריכה, לגישתי, לעמוד לנגד עינינו כאשר אנו דנים במצב שבו עיתונאי מקבל מידע שקיים אינטרס ציבורי משמעותי בפרסומו, וכאשר לא ניתן לאמת את דברי המקור באמצעות ראיות חיצוניות (למשל, מידע על אודות שחיתות שלטונית שהתבצעה בחדרי חדרים). לפיכך, סבורני כי טוב נעשה אם 'נחשב מסלול מחדש' בסוגיה זו, ונסטה מעט מהאופן שבו הערכאות הדיוניות התייחסו אליה עד כה.

לשיטתי, נכון לקבוע כי במצב הדברים שתואר לעיל, העיתונאי יוכל לפרסם את הסיפור שנמסר לו ממקורותיו החסויים, ואם וכאשר הוא ייתבע על פרסום לשון הרע, הוא יוכל להעיד בבית המשפט על כך שהיו לו מקורות מהימנים שמסרו לו את תוכן הפרסום, ולהיחקר בחקירה נגדית על גרסתו. בית המשפט אשר ישמע את עדותו של העיתונאי יבחר אם להאמין לגרסתו שהתחקיר שבוצע על-ידו היה תחקיר הולם (להבדיל מהשאלה האם עומדת לו הגנת אמת הפרסום), ויקבע האם העיתונאי פעל כעיתונאי סביר, או במילים אחרות: האם עומדת לעיתונאי הגנת העיתונאות האחראית.

28. ארחיב ואחדד קמעא את הדברים. כאמור, הטעם העיקרי שבגיניו נכון לאפשר לעיתונאי להעיד על מה שנמסר לו מאת מקורותיו לשם הוכחת הגנת העיתונאות האחראית, קשור באינטרס הציבורי שבחשיפת מידע בעל עניין ציבורי משמעותי שעל העיתונאי מוטלת חובה חברתית לפרסם (ראו: סעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע). אינטרס זה משמעותי במיוחד כאשר לא ניתן לאתר ראיות חיצוניות שאינן חסויות לתמיכה בפרסום האמור. שהרי, אם ניתן לאמת את הידיעה ממקור שאינו חסוי, אין כל מניעה שהעיתונאי יעשה כן וזה ישמש אותו לביסוס הגנתו. משום כך, נכון להציב שני תנאים מצטברים בפני עיתונאי המבקש להעיד בעצמו על כך שהפרסום נמסר לו ממקור חסוי, ועדיין לחסות תחת הגנת העיתונאות האחראית.

ראשית, החובה העיתונאית לפרסם את המידע מותנית, בראש ובראשונה, בכך שהעיתונאי האמין בכנות באמיתות הפרסום. לתנאי זה קיימים שני היבטים: בהיבט הסובייקטיבי – ככל שקיים בלבו של העיתונאי ספק של ממש בנכונות הפרסום, עליו להמשיך ולחקור עד להסרת ספקותיו. אין זה ראוי שהסיכון בדבר שקריות הפרסום יוטל על התובע, בשעה שהעיתונאי אינו מאמין בכנות בנכונות הפרסום. בהיבט האובייקטיבי – מובן כי אמונתו של העיתונאי צריכה להיות סבירה על מנת שייקבע כי הוא התנהל כעיתונאי סביר בנסיבות העניין.

שנית, ובמידה מסוימת כהמשך לתנאי הקודם, ככל שניתן לאמת את הפרסום באמצעות ראיות עצמאיות שאינן חסויות, מצופה כי העיתונאי יפעל לאמת את הפרסום ולא יישען על מה שנאמר לו מאת מקור המעוניין לשמור על חסיונו. נקודה זו קשורה בכך שלא תמיד ניתן יהיה למצוא ראיות עצמאיות לשחיתות המתרחשת במחשכים, על אף שקיים אינטרס ציבורי מהמעלה הראשונה בחשיפת אירועים מעין אלו.

ודוק, על העיתונאי להראות כי בזמן אמת אמונתו בכנות הפרסום הייתה מבוססת וכי הפרסום נמנה על סוג הפרסומים שאותם לא ניתן לחזק ולאשש באמצעות ראיות חיצוניות שאינן חסויות. שהלוא, המוקד בהגנת העיתונאות האחראית הוא בבחינת דרך פעולתו של העיתונאי ובשאיפה להכווין סטנדרט התנהגות עיתונאית ראוי: עיתונאי אשר

פעל כראוי, כאשר נדרש הוא לתור אחר ראיות עצמאיות כאמור, אך לא איתר ראיות שכאלו בסופו של דבר – בין אם מפאת חוסר מזל בין אם מפאת העובדה שראיות שכאלה לא היו בנמצא – יהא זכאי להגנת העיתונאות האחראית אם היה זה סביר להאמין למידע שנמסר לו. לעומת זאת, עיתונאי אשר לא יוכיח כי פעל כך בזמן אמת כאמור – לא יזכה להגנת העיתונאות האחראית. המוקד הוא, אפוא, בזיהוי סוג הפרסומים שבטרם פרסומם יש לפעול להשגת ראיות עצמאיות שאינן חסויות, ובשאלה האם העיתונאי פעל באופן סביר באמונתו בכנות הפרסום; וכפי שהיטיב לבטא חברי, השופט סולברג "משטר אחריות אובייקטיבי [של הגנת העיתונאות האחראית – ח' כ' יתמרץ מפרסמים לנקוט אמצעי זהירות – בירורים, דרישות וחקירות" (בפסקה 59 לחוות-דעתו), ובזמן אמת.

29. מאליו מובן כי נטל הראיה להוכחת תנאים אלו מוטל על העיתונאי, אשר נדרש לשכנע את בית המשפט, במסגרת עדותו וחקירתו הנגדית, כי בהתבסס על מקורותיו היה לו יסוד סביר להיות משוכנע באמיתות הפרסום, וכי לא הייתה לו כל דרך אחרת לאשש או להפריך את תוכן הפרסום. אמנם עדותו של העיתונאי תהיה כפופה לגבולות החיסיון העיתונאי; אך בעדותו יוכל העיתונאי להצביע על אינדיקציות אשר הובילו אותו בזמן אמת להסתמך על המקור, ולהראות, גם בעזרת ראיות פוזיטיביות דוגמת תרשומות ותכתובות, כי התנהלותו עלתה בגדרי עיתונאות אחראית בנסיבות העניין.

30. כמו כן, אין צריך לומר כי הגנת העיתונאות האחראית במקרה כזה אינה באה להקל על הדרישות הקיימות בכל מקרה אחר, אלא במצטבר לכל דרישה אחרת, ובראשן, החובה ליתן זכות תגובה הולמת למושא הכתבה, ולהקפיד על כך שהלה יידע היטב מה העובדות המיוחסות לו.

31. ודוק, גישתי זו איננה מבקשת לייבא בעקיפין את הסטנדרט האמריקני שפותח בהלכת Sullivan לגבי תביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אישי ציבור. במקום זאת, הצעתי היא כי כאשר מדובר בפרסום שיש לגביו עניין ציבורי משמעותי והוא עומד ביתר התנאים שפורטו לעיל, יהיה מקום לאפשר לעיתונאי לבסס את הגנת העיתונאות האחראית באמצעות עדותו, מבלי להביא לעדות את מקורותיו החסויים. אין הדבר קשור, בהכרח, לאישי ציבור, במובנם בהלכת Sullivan.

32. בהקשר זה יצוין, כי גם אין בקביעתי זו משום סטייה מההלכה שנפסקה בע"א 256/57 אפלבוים נ' בן גוריון, פ"ד יד 1205, 1238 (1960), באשר למשמעות הסירוב להעיד מקור עיתונאי לשם הוכחת אמיתות הפרסום; שכן, אותה הלכה ניתנה בטרם נחקק חוק איסור לשון הרע, ובטרם הוכרה בפסיקתנו הגנת העיתונאות האחראית.

33. אכן, כאשר עיתונאי אינו יכול להביא את מקורותיו למתן עדות בבית המשפט, קשה מאוד לקבוע ממצאים עובדתיים ביחס לאמיתות הפרסום, על בסיס עדותו לבדה. קביעה כזו לא תהא מהימנה, והיא אף לא תהא הוגנת ביחס לתובע, אשר אינו יכול לעשות שימוש בכלי של החקירה הנגדית על מנת להפריך את הפרסום שיוחס לו על-ידי המקור העיתונאי (על הקשיים בביסוס תשתית עובדתית מהימנה על עדות שמיעה, עמדתית לאחרונה בהרחבה בע"פ 305/22 איובי נ' מדינת ישראל, פסקאות 40-46 (07.09.2023)), ואין זה המקום לחזור על הדברים). דברים אלו נכוחים במיוחד בתביעות לשון הרע כגון דא, כאשר בעקבות החיסיון העיתונאי, התובע לא יודע את זהות המקור, ועל כן הוא אינו יכול להצביע על מניעיו האפשריים להעליל עליו עלילות שווא.

34. עם זאת, הדברים שונים בכל הנוגע לביסוס טענת הגנה של עיתונאות אחראית על עדותו של העיתונאי בדבר הפעולות שעשה כדי לוודא את אמיתות הפרסום בטרם הוציא את הפרסום לאור. שמיעת עדותו של העיתונאי בדבר מה שנמסר לו ממקורותיו אינה נופלת לקטגוריה של 'עדות שמיעה', שכן עדותו נשמעת כראיה לכך שהוא התנהל כעיתונאי סביר ולא כראיה לאמיתות תוכן הדברים שמסר לו המקור. לפיכך, גם אם ייקבע שעומדת לעיתונאי הגנה זו, אין בכך משום קביעת ממצא עובדתי בדבר אמיתות הפרסום, המחייבת הישענות על עדות שמיעה. מסגור טענה בדבר מקורות חסויים כטענה במישור העיתונאות האחראית, מוליך לכך שבית המשפט לא נדרש לבחון אם הפרסום היה אמת אם לאו. מכך גם נובע, כי הנזק האקספרסיבי שנלווה לקביעה משפטית שכזו ביחס לתובע (שתביעתו נדחתה) הוא נמוך באופן משמעותי מאשר במצב שבו התובע אינו יכול לתבוע כלל מבלי להוכיח זדון מצד המפרסם, או ממצב שבו הנתבע זוכה בהגנה של אמת הפרסום.

35. סיכומו של דבר – כאשר עיתונאי נחשף לסיפור שיש לגביו עניין ציבורי משמעותי, בעקבות מקור חסוי, על העיתונאי לחקור ולדרוש היטב האם יש ממש בסיפור, והאם ניתן לאמתו בראיות חיצוניות. ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב והתשובה לשאלה השנייה היא בשלילה – אזי פרסום כאמור יתכן שיחסה בצלה של הגנת העיתונאות האחראית. זאת, ככל שבית המשפט ישוכנע, על בסיס עדותו של העיתונאי ומכלול הראיות שעל הפרק, כי הלה האמין בכנות ובאופן סביר באמיתות הפרסום; וככל שהתקיימו יתר תנאי הגנת העיתונאות האחראית.

היתרון המרכזי הטמון בגישתי זו, הוא בכך שעיתונאי שנמסר לו מידע ממקור חסוי, לא ייאלץ לעמוד "בצומת הכרעה 'בין נבילה לבין טריפה'", כלשון חברי (בפסקה 25 לחוות דעתו). שהלוא – הוא יוכל לפרסם את המידע שנמסר לו, תוך הסתמכות על כך שתעמוד לו הגנת העיתונאות האחראית ככל שהוא יתנהל כמצופה מעיתונאי סביר.

האם עומדות למבקשים הגנת אמת הפרסום או הגנת העיתונאות האחראית?

36. לאחר שהשיב חברי לשאלות שהעמיד במוקד חוות דעתו, נפנה הוא לבחון אם עומדת למבקשים איזו הגנה. תשובתו הייתה שלילית.

אשר להגנת אמת הפרסום – משנמצא כי המבקשים אינם מושקקים מלטעון להגנה זו, ומשהערכאות קמא נמנעו, כל אחת מטעמיה, להכריע בשאלה אם הפרסום בסוגיית 'המקורבות' היה אמת, דן חברי בטענה זו ודחה אותה לגופה. בעשותו כן, התייחס חברי לטעמים שבגינם הותיר בית משפט השלום את שאלת אמיתות הפרסום כ'שאלה פרשנית', וקבע כי טעמים אלו אינם יכולים לעמוד.

אשר להגנת העיתונאות האחראית – חברי קבע כי המבקשים לא ביססו את טענתם בדבר קיומו של תחקיר עיתונאי הולם בסוגיית המקורבות. את מסקנתו זו מבסס חברי, בעיקרו של דבר, על כך שהמקור העיתונאי לא הובא לעדות, ועל כך שבית משפט השלום הסתמך בהקשר זה על עדותו של עורך התחקיר לבדה (פסקה 115 לחוות דעתו של חברי). חברי הוסיף ופירט שני טעמים נוספים שהובילו אותו למסקנה כי המבקשים לא התנהלו כעיתונאים אחראיים בפרסום בסוגיית המקורבות: היעדר מתן שהות מספקת לתגובה, ומסירת תשתית עובדתית חסרה לצורך קבלת תגובה.

דעתי שלי שונה.

37. בטרם אסביר את עמדתי בסוגיה זו, אזכיר מושכלות ראשוניים. ככלל, מלאכת קביעת העובדות מסורה בידי הערכאה הדיונית, אשר שומעת את העדים באופן ישיר ובלתי אמצעי ומתרשמת מכלל הראיות ומהאופן שבו הן משתלבות זו בזו. אכן, ערכאת הערעור מוסמכת להתערב בקביעותיה העובדתיות של הערכאה הדיונית, אך הדבר נעשה במשורה "במקרים חריגים וקיצוניים, כגון במקרים שנפל בהכרעתה של הערכאה הראשונה פגם היורד לשורשו של עניין, או כשהדברים אינם מבוססים על פניהם" (ע"א 3601/96 בראשי ואח' נ' עיזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל, פ"ד נב(2) 582, 594 (1998)).

38. בענייננו, כאמור לעיל, בית משפט השלום נמנע מלהכריע בשאלה אם הפרסום בסוגיית המקורבות היה אמת, וזאת לנוכח סברתו כי ממילא עומדת למבקשים הגנת העיתונאות האחראית. בית משפט השלום הותיר את הדברים כשאלה פרשנית שיש בה פנים לכאן ולכאן, ולא ניתן לדעת כיצד הוא היה מכריע אילו סבר כי לא עומדת למבקשים הגנת העיתונאות האחראית. על מנת לחדד את השאלה הפרשנית האמורה, הבה נחזור לעובדות אשר אינן שנויות במחלוקת בין הצדדים, בדבר השתלשלות האירועים בנוגע לפרסום שבמוקד דיוננו.

- ביום 09.08.2015 התקיימה שיחה בהשתתפות המשיבה לבין גורמים בכירים במשרד התרבות והספורט. בשיחה זו, נערך 'תיאום גרסאות' בנוגע לטעמים שבעטיים המשרד בחר להתקשר עם יהושע בפרויקט פרסום בשווי של 2,500,000 ש"ח, ללא מכרז, שלא דרך לשכת הפרסום הממשלתית, ובניגוד לנהלים.
- בסביבות אמצע חודש אוגוסט 2015, הגיעה הקלטת השיחה לידי המשיב 4, מר ספי עובדיה, מאת מקור חסוי. נזכיר כי לטענת עובדיה, המקור החסוי הוסיף ומסר לו כי קיימת קרבה בין המשיבה ומר יהושע, וכי זו הסיבה שבגינה המשיבה החליטה להעביר ליהושע את ביצוע הפרויקט.
- ביום 30.08.2015 בסביבות השעה 15:00 נעשתה פנייה מטעם המבקשים אל דובר משרד התרבות והספורט, על מנת להבין ממנו אל מי ניתן להעביר שאלות להתייחסות. פנייה זו לא זכתה למענה.
- בו ביום, בשעה 17:08 נעשתה פנייה נוספת אל הדוברת האישית של המשיבה, בבקשה להתייחס לשש שאלות עד השעה 18:30. שאלות אלו צוטטו כבר על-ידי חברי, אך מפאת חשיבותן לענייננו מצאתי להביאן פעם נוספת:
 1. "מי הגה ויזם את פרויקט 'לא לדאוגוסט'?"
 2. מאיפה יצא תקצוב הפרויקט?
 3. האם תקציב הפרסום לפרויקט עבר מכרז מסודר? האם תקציב הפרסום עבר דרך לפמ?
 4. האם היתה היכרות מוקדמת בין [המשיבה] לפרסומאי רמי יהושע?
 5. האם [המשיבה] ומר יהושע נפגשו ערב הרמת הקמפיין?
 6. האם ישנם קשרים עסקיים בין יועץ [המשיבה] מאיר סויסה לפרסומאי רמי יהושע?"
- סמוך לשעה 19:00 באותו יום, השיבה דוברת המשיבה לשלושת השאלות הראשונות, בציינה, בין היתר, כי "משרד התרבות והספורט ביקש ממשרדי הפרסום והיח"צ שעובדים עמו בשגרה רעיונות לשיווק הפרויקט. ההצעה שנמצאה הטובה ביותר הייתה הצעתו של הטוטו, באמצעות משרד הפרסום רמי יהושע – ולכן הקמפיין נעשה ע"י ספק זה".
- במהדורת החדשות של אותו ערב פורסמה השיחה המוקלטת, ונטען כי המשיבה, ולא הטוטו, בחרה להתקשר עם יהושע, וכי יש לה היכרות מוקדמת עמו.

• בשעה 20:09-20:11, במקביל למשדר החדשות, הבהירה דוברת המשיבה למבקשים כי תגובתה דלעיל הייתה מטעם המשרד ולא מטעם המשיבה, וכי "כרגע אין תגובת [המשיבה]".

• בשעה 20:20 הגיעה תגובת המשיבה בזו הלשון: "כל ההליך מתחילתו ועד סופו אושר על ידי המשפטנים של המשרד ובוצע כדיון. נקודה".

39. התיאור העובדתי האמור מעורר סימני שאלה רבים. ניתן לתהות, בין היתר, מדוע פעלה המשיבה על מנת להעביר את תקציב הפרסום לידי יהושע, ולא עצרה את הדיון (בשיחה המוקלטת) וביקשה לקיים מכרז לשם כך, כאשר נודע לה שהדבר אינו פשוט מבחינה משפטית; מדוע החליטה דוברת המשיבה להשיב למבקשים, תחילה, על דעת המשרד, מבלי לעדכן אותם שהתשובה איננה על דעת המשיבה; ככל שדוברת המשיבה לא הצליחה להשיג את תשובת המשיבה בזמן, מדוע החליטה לעדכן את המבקשים בכך שאין תגובה מטעם המשיבה רק במהלך המשדר; מדוע החליטה דוברת המשיבה להשיב לשלושת השאלות הראשונות תוך התעלמות מוחלטת משלושת השאלות האחרונות, המתייחסות להיכרות קודמת בין המשיבה ואנשיה ליהושע; ככל שלדוברת המשיבה נדרש פרק זמן נוסף על מנת להשיב לשלושת השאלות האחרונות, מדוע לא ביקשה כי יינתן לה זמן נוסף לשם כך; מדוע נמנעה המשיבה ממתן תגובה לשאלות על אודות היכרותה המוקדמת עם יהושע, ובפרט לשאלה אם נפגשה עמו "ערב הרמת הקמפיין", וזאת גם כאשר נשלחה תגובה מטעמה למבקשים בשעה 20:20.

40. לאחר העלאת סימני שאלה אלה, הבה נניח, למשל, כי בית משפט השלום היה קובע כקביעה עובדתית, כי הסבריה של המשיבה לשיחה שהוקלטה, במסגרתה בוצע "תיאום עמדות ובניית סיפור כיווני" (כלשון בית משפט השלום, בפסקה 45 לפסק הדין) – אינם משכנעים, וגרסתה הייתה נדחית לנוכח התרשמותו הבלתי אמצעית של בית המשפט ממהימנותה. הבה נניח עוד כי בית משפט השלום היה מתרשם כי המשיבה הייתה מודעת לשאלות שהעבירו המבקשים לדוברת האישיית שלה מבעוד מועד, וכי היא לא הצליחה לספק כל הסבר מניח את הדעת להימנעותה ממתן מענה לשאלות בסוגיית ההיכרות המוקדמת בינה ובין מר יהושע טרם הפרסום. זאת ועוד, נניח כי לאור סימני השאלה שפורטו לעיל וכן לנוכח הערכת מהימנות העדים, בית משפט השלום היה מגיע לכלל מסקנה כי הוכח, ברמה הנדרשת במשפט אזרחי, שבבסיס החלטת המשיבה להעביר את התקציב ליהושע עמדה היכרות וקרבה מסוימת בינה לבינו, וכי משכך עומדת למבקשים הגנת אמת הפרסום. האם נכון היה כי אנו, הערכאה שמעל ערכאת הערעור, נבוא ב'גלגול שלישי', ונקבע כי ממצאי עובדה ומהימנות אלו אינם תקפים חרף התרשמותו הישירה של בית המשפט מהעדים שהעידו לפניו?

41. ויוזכר, כי בהקלטת השיחה, שתוארה כאמור על-ידי בית משפט השלום כשיחת תיאום עדויות ובניית סיפור כיסוי, הועלו הצעות שונות לבניית סיפור כיסוי לבחירתו של יהושע כפרסומאי (הצעות שלא ברור לחלוטין אם התיישבו עם המציאות); והיא זו שעמדה, בין היתר, בבסיס קביעת בית משפט השלום כי יש פנים לכאן ולכאן בכל הנוגע לאמיתות טענת המקורבות. יתכן כי כפי המשיבה הסברים שונים באשר לשיחה זו ולטעמים שבגינם היא נערכה, ויתכן שבפיה תשובות ליתר סימני השאלה שהועלו לעיל, אך מי לידינו יתקע כי מדובר בהסברים נכוחים, מבלי שהתרשמנו מהעדים ומהראיות באופן ישיר ובלתי אמצעי? בהקשר זה אציין, כי אף בחוות דעתו של חברי לא מצאתי מענה שהניח את דעתי לשאלה מדוע נערכה שיחת תיאום עמדות ובניית סיפור כיסוי לכך שהופרו הנהלים בכל הנוגע להתקשרות עם יהושע. לעומת זאת, בית המשפט המחוזי פטר עצמו מלדון בשאלה זו בציינו כי "העובדה [שהמשיבה] ומשרד התרבות והספורט לא היו אדישים לבחירת יהושע אינה מלמדת דווקא על קרבה. ייתכנו הסברים אחרים הנוגעים לטיב הקמפיין שהוצע, סגנונו או מיומנות הפרסומאי כפי שבאה לידי ביטוי בהצגת הפרוייקט" (פסקה 50 לפסק דינו). ברם, העובדה שיתכנו הסברים אחרים אינה מספיקה כדי למנוע מהערכאה הדיונית את האפשרות להכריע בעניין.

42. ודוק, אין בכוונתי לומר כי ניתן ללמוד מפסק דינו של בית משפט השלום כי זו הייתה התרשמותו הישירה מהעדים ומהראיות, אלא רק כי לא ניתן לשלול את האפשרות שזו הייתה המסקנה שאליה הוא היה מגיע, ככל שהייתה נדרשת הכרעתו בהגנת אמת הפרסום. אף אין בכוונתי לקבוע דבר, ולו ברמז, באשר למהימנות ואמינות ההסברים שניתנו לתהיות שהעלה בית משפט השלום במישור אמיתות הפרסום. כל שבכוונתי לומר הוא כי ראוי שקביעות המהימנות הללו ייערכו על-ידי הערכאה הדיונית שהתרשמה באופן ישיר ובלתי אמצעי מהעדויות שהובאו לפניה. משכך, סבורני כי לא יהיה זה נכון או צודק כי אנו נכריע בשאלה העובדתית שעל הפרק – האם הפרסום היה אמת אם לאו; מבלי ששמענו את העדים והתרשמנו באופן ישיר ממכלול הראיות.

43. אמנם, לא מן הנמנע כי אילו בית המשפט המחוזי היה דן במכלול הראיות שעל הפרק וקובע כי יש בהן כדי לשלול את מהימנות הפרסום – לא הייתה קיימת עילת התערבות בגלגול שלישי. בכל זאת, קשה להניח כי טענה זו הייתה מקימה עילה למתן רשות ערעור לפי אמות המידה המחמירות המנחות אותנו מאז הלכת חניון חיפה. אלא מאי? בית המשפט המחוזי נמנע אף הוא מהכרעה בדבר מהימנות הראיות המצביעות על נכונותו של הפרסום בסוגיית המקורבות. בית המשפט המחוזי אמנם התייחס בקצרה לטענה כי הפרסום היה אמת מבחינה עובדתית, ודחה אותה גם לגופה (פסקאות 30-31 לפסק הדין). ברם, דומה כי הדיון בסוגיה זו נעשה 'מעבר לצורך', ומבלי לדון במכלול הראיות הנוגעות לעניין, וזאת כאמור בשל הסברה כי המבקשים מושתקים מלטעון

להגנתם כי דיברו אמת. כך, בית המשפט המחוזי קבע כי המבקשים "לא הביאו כל ראיה לקיום היכרות מוקדמת בין יהושע ל[משיבה]" (פסקה 31 לפסק הדין), וזאת על אף שהמבקשים הביאו ראיות להוכחת טענת ה'מקורבות', כפי שפורט בפסקאות 38-41 לעיל (ומבלי להביע עמדה לעניין דיות הראיות. ראו גם: סעיפים 131.1-131.6 לנימוקי הבקשה לרשות ערעור). מכל מקום, משקבענו כי משוכת ההשתק אינה ניצבת בפני המבקשים – איני סבור כי נכון יהיה שנשלול מהם את זכותם כי הערכאה הדיונית תכריע בטענתם העובדתית, באשר לאמיתות הפרסום, לגופה.

44. בהקשר זה אוסיף, כי אין בידי להצטרף לקביעתו של חברי אף במישור הגנת העיתונאות האחראית. בהתאם לעמדתי שהובאה לעיל, ניתן ברמה העקרונית לאפשר לעיתונאי להעיד בעצמו על איכות תחקירו מבלי להביא לעדות את מקורותיו החסויים, וזאת תוך שבית המשפט יכריע בדבר המשקל שיש ליתן לעדות זו. משכך, לטעמי, אין מקום לשלול גם את האפשרות כי תעמוד למבקשים הגנת העיתונאות האחראית בנסיבות העניין, אף מבלי להעיד את מקורותיהם החסויים.

זאת ועוד, לגישתי, גם הקביעה שלפיה לא ניתנה למשיבה שהות הולמת לצורך מתן מענה לשאלות שהופנו אליה – אינה חפה מקשיים. שכן, סבירות זמן התגובה תלויה בנסיבות העובדתיות של כל מקרה, המשליכות על השאלה אם ניתן היה לצפות לתגובה בפרק הזמן שניתן על-ידי העיתונאי. לצורך קביעה כאמור, נדרש לקבוע כי עיתונאי סביר היה מאפשר למשיבה זמן תגובה ארוך יותר (ראו, למשל, בפסקה 116 לחוות דעתו של חברי, והאסמכתאות שם). ברם, כפי שציינתי לעיל, אופן מתן המענה מצד הדוברת האישית של המשיבה מעורר סימני שאלה עובדתיים מסוימים, ואלו בתורם מקימים ספק בשאלה האם עיתונאי סביר היה ממתין זמן רב יותר מאשר המתינו המבקשים.

כך למשל, ניתן לתהות מדוע המענה הראשוני מצד דוברת המשיבה התייחס רק לשלושת השאלות הראשונות, תוך התעלמות מיתר השאלות שהופנו אליה; ואילו ככל שנדרש זמן נוסף למתן מענה לשלושת השאלות בסוגיית ההיכרות המוקדמת, או שנדרשו הבהרות נוספות – מדוע לא התבקש זמן נוסף או הבהרות מצד המשיבה או מצד הדוברת שלה. בשים לב לאמור, עולה גם השאלה האם המבקשים סברו, בזמן אמת, כי המשיבה הייתה מודעת לפניה אל הדוברת האישית שלה, והאם הם הבינו כי תשובות הדוברת לשאלות משקפות את תשובות המשיבה. ודוק, לא מדובר כאן במקרה שבו המבקשים לא הצליחו לאתר את המשיבה לצורך מתן תגובה, או שהמשיבה אמרה שנדרש לה פרק זמן ממושך יותר לצורך מתן תגובה. אדרבא, קריאה תמה של תגובת דוברת המשיבה עשויה להצביע על כך שזו קיבלה את מלוא השהות שנדרשה לה לצורך הכנת התגובה; כי לא נדרשו הבהרות נוספות ביחס ליתר השאלות; וכי התגובה שניתנה על-ידי הדוברת הייתה

על דעת המשיבה, שבחרה להשיב רק על מחצית מן השאלות שהופנו אליה. תהיות אלו משקפות שאלות מעורבות של עובדה ומשפט, אשר עשויות להשפיע על השאלה אם זמן התגובה שניתן למשיבה היה סביר בנסיבות העניין. לשון אחרת, האם עיתונאי סביר שקיבל מענה דומה לזה שקיבלו המבקשים בנסיבות המקרה דנן, היה רשאי להסיק מכך כי זמן התגובה שניתן לשאלות היה הולם, וכי לא נדרשו הבהרות נוספות.

מכל מקום, מאחר שעמידה בתנאים שנקבעו בדנ"א דיון באשר לתחולת הגנת העיתונאות האחראית נבחנת כמכלול, ובהינתן שעדות המבקשים באשר לטיב התחקיר שנערך על-ידם לא נבחנה כדבעי על-ידי הערכאה הדיונית – סבורני כי טוב נעשה אם נותר גם את ההכרעה בסוגיה זו, בשלמותה, בפני הערכאה הדיונית, אשר תכריע בעניין כחוכמתה.

סוף דבר

45. מקובלת עליי עמדת חברי, השופט סולברג, הן ביחס לכך שאין מקום לאמץ בישראל הלכה דומה לזו שנקבעה בהלכת Sullivan, הן ביחס לכך שהמבקשים אינם מושתקים מלטעון להגנת אמת הפרסום. עם זאת, דרכי נפרדת מדרכו של חברי בשתי סוגיות: האחת, עניינה בהשפעת החיסיון העיתונאי על יכולתו של עיתונאי להגן על עצמו מתביעת לשון הרע, כאשר ההוכחה היחידה לאמיתות הפרסום טמונה במקור חסוי; והשנייה, קשורה לאופן יישום קביעותינו על המקרה דנן.

46. לפיכך, לו תישמע דעתי, נורה על ביטול פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ועל השבת הדיון בתיק לבית משפט השלום. בית משפט השלום יכריע האם עומדת למבקשים הגנת אמת הפרסום ביחס לסוגיית ההיכרות המוקדמת והמקורבות; והאם התחקיר העיתונאי שנערך על-ידם בהקשר זה מקים להם טענת הגנה של עיתונאות אחראית. כל זאת, לאור ממצאי עובדה ומהימנות שייקבעו על-ידו בשאלות שעל הפרק, ובשים לב לעקרונות המנחים שנקבעו בפסק-דינו.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

1. אני מסכים עם חברי השופט נ' סולברג כי המבקשים אינם מושתקים מלטעון 'אמת דיברתי' בשל הסכם הפשרה, ולמעשה, חברי אימץ את הקו שנקטתי בעניין הפניקס

(רע"א 8297/12 הפניקס הישראלי לביטוח בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקאות 12-13 (16.7.2013)). חברי, השופט ח' כבוב, הצטרף אף הוא למסקנה זו.

2. כמו כן אני מסכים כי הלכת *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) (להלן: הלכת *Sullivan*), אינה חלה במשפטנו וכי אין מקום להחילה. נקודת האיזון בדין הישראלי שונה מנקודת האיזון שנקבעה בהלכת *Sullivan*, אשר מעמידה בפני אנשי ציבור משוכה גבוהה בדמות הדרישה להוכיח כי המפרסם פעל מתוך "*actual malice*" או "*reckless disregard*" ביחס להיות הפרסום כוזב. הלכה זו נבדלת מהדין הישראלי הן בהיבט ההליכי, שכן במשפטנו הנטל הראשוני להוכחת ההגנות רובץ על כתפיו של המפרסם, והן בהיבט המהותי, שכן בכך מועננת בשיטתנו הגנה חזקה יותר באופן יחסי לשמם הטוב של אנשי ציבור.

בית משפט זה קבע זה מכבר כי "החוק אינו נוקט בגישת המשפט של ארצות הברית המתנה הטלת אחריות על מפרסם דברי לשון הרע על אנשי ציבור בכך שהפרסום יהיה כוזב ובכך שהיה זדון בפרסום", וכי "ההלכה האמריקאית לא התקבלה כמות שהיא בישראל" (ע"א 751/10 פלוני נ' דיין, בפסקה 107 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (8.2.2012) (להלן: ע"א דיין), וראו גם בפסקה 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן העומד על כך שהסדר החוקי בישראל דומה למשפט האנגלי יותר מאשר למשפט האמריקאי). עם זאת, "אף על פי שההלכה האמריקנית לא התקבלה כמות שהיא בישראל רוחה מנשבת גם במחוזותינו, וחשיבותו של הביטוי העוסק בעניין ציבורי קיבלה ביטוי בחוק איסור לשון הרע ובפרשנותו" (ע"א דיין, בפסקה 72 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; וראו גם ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337 (1978); ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558, 570 (2004); דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פ"ד סה(1) 23, 26 (2011)).

לא שוכנעתי כי המקרה שבפנינו מגלה טעם לסטות מקביעה זו המשקפת היטב את מערך האיזונים שהתפתח בדיני לשון הרע הישראליים. כפי שצינתי בבג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015) בפסקה 4 לפסק דיני:

"ההגנה המוקנית בארצות הברית לחופש הביטוי בכלל, ולחופש הביטוי הפוליטי בפרט, רחבה יותר מההגנה המוקנית לחופש הביטוי בישראל. לשוני זה סיבות רבות [...] הזכות לחופש הביטוי בחוקה האמריקאית כוללת אפוא בנשימה אחת את הזכות לחופש העיתונות, הזכות להתאסף, והזכות לעתור לסעד מהמשלה [...] מקור הזכות לחופש הביטוי, לצד סיבות רבות נוספות שאיני רואה להידרש להן, מביא לכך שהיחס לחופש הביטוי

בכלל, וחופש הביטוי הפוליטי בפרט, בארצות-הברית ובמדינת ישראל אינו זהה, ונוסחאות האיזון הן שונות".

אין לי אפוא אלא להצטרף לחברי, השופט ח' כבוב, שהגיע למסקנה כי הלכת Sullivan היא נטע זר במשפט הישראלי.

הנה כי כן, שלושתנו מסכימים בשתי נקודות אלה.

3. חברי, השופט סולברג, הגדיר את השאלה הראשונה לגביה מצא ליתן רשות ערעור כסוגיית היחס לתביעות לשון הרע המוגשות על-ידי אנשי ציבור בגין פרסומים המתייחסים לפועלם הציבורי. הגדרה רחבה זו כורכת בחובה מיניה וביה את סוגיית הגנת העיתונאות האחראית – "חובת הפרסום" או "החובה העיתונאית" לפי סעיף 15(2) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק), וכן כורכת בגדרה אף את הסוגיה של מתן זכות תגובה לנפגע הפוטנציאלי מהפרסום – סוגיה שטרם נדונה בבית משפט זה.

אקדים ואומר כי בניגוד לעמדת חברי השופט נ' סולברג, אני סבור כי יש לקבל את הערעור מהטעמים שיפורטו להלן.

רקע עובדתי ודיוני

4. הדין נגזר מהעובדות (*ex facto jus oritur*). אזכיר בקצרה כי עסקינן בשבעה פרסומים שבמרכזם הקלטה של ישיבה פנימית שנערכה במשרד התרבות והספורט (להלן: המשרד) כהכנה למסיבת עיתונאים בנושא פרויקט "לא לדאוגוסט" שיזם המשרד. בהקלטה נשמעים המשיבה, שהייתה באותה עת שרת התרבות והספורט (להלן: המשיבה), ובכירים נוספים במשרד, כשהם דנים בשאלה כיצד ניתן להסביר את הבחירה במשרדו של הפרסומאי רמי יהושע (להלן: יהושע) להובלת קמפיין הפרסום של הפרויקט, קמפיין שעלותו 2.5 מיליון ₪ הממומנים על ידי הטוטו, וזאת ללא מכרז, ושלא באמצעות לשכת הפרסום הממשלתית (להלן: לפ"מ).

5. הפרסומים, שהתבססו על תחקיר שערך המבקש 4 (להלן: עובדיה), עסקו במספר סוגיות שהתעוררו למשמע ההקלטה, לרבות עקיפת חובת המכרז, השימוש בכספי הטוטו, והניסיון לתרץ את הבחירה ביהושע בדיעבד. נוסף על כך, בחלק מהפרסומים נאמר כי בין המשיבה לבין יהושע קיים "קשר בלתי אמצעי" ו"היכרות מוקדמת", וכי יהושע "מקורב" למשיבה. מאחר שעיקר דיוננו נסב על אותו חלק בפרסומים שעוסק בקשר בין המשיבה ויהושע, אסקור בקצרה את שבעת הפרסומים, בדגש על ההתייחסות

שנכללה בכל אחד מהם לנושא ההיכרות המוקדמת ביניהם (לתיאור של הפרסומים ראו גם פסקאות 4-6 לחוות דעתו של השופט סולברג, ופסקאות 6-12 לפסק דינו של בית משפט השלום (ת"א 15-10-38764)):

(-) הפרסום הראשון (30.8.2015; המהדורה המרכזית של חדשות 10): בתחילת הכתבה הושמעה ההקלטה מהחלק הרלוונטי בישיבה כמעט במלואו (ועל כך להלן), והוצגו הסברים מפיו של עובדיה, שחתם בהערה הבאה: "בסיומה של שיחת הוועידה, נבחרה בעצם הגרסה הבאה – רגב לא קשורה, מנסים להרחיק ממנה את העניין, ומי שהביא את יהושע זה בכלל הטוטו, אלא שבידי חדשות 10 עדויות המצביעות על קשר בלתי אמצעי בין השרה לבין יהושע קודם להחלטה להפקיד בידיו את הסכומים הללו". בחלק השני של הכתבה הושמעו תגובות המשרד והטוטו ונערך דיון בשאלות המשפטיות העולות מן הפרשה. בהמשך המהדורה, הוקראה תגובתה של המשיבה עצמה. יוער כבר כעת כי תגובותיהם של המשרד והמשיבה לא התייחסו לסוגיית ההיכרות המוקדמת.

(-) הפרסום השני (30.8.2015; אתר נענע 10): בפסקה הרביעית של כתבה זו תוארה ההקלטה כ"שיחת ועידה של אנשי משרד התרבות והספורט, שבה מנסים לכאורה לתאם גרסה שתבהיר מדוע המשרד הממשלתי, בראשותה של מירי רגב, העביר מיליונים לפרסומאי בכיר ומקורב, ולא פעל כפי שנדרש ופנה למכרז". זהו האזכור היחיד לקשר בין השניים בפרסום זה. כבר למחרת היום, נמחקה מהכתבה המילה "מקורב", בעקבות מכתב התראה ששלח בא כוח המשיבה למבקשים ובעקבות שיחה בין המשיבה למבקש 3, מנכ"ל חדשות 10.

(-) הפרסום השלישי (30.8.2015; תכנית "היום שהיה"): המגיש גיא זוהר חזר על עיקרי התחקיר והשמיע חלקים מההקלטה. לקראת סיום, התייחס זוהר להסבר שהתגבש בישיבה המוקלטת לבחירה במשרדו של יהושע, שלפיו "יהושע הוא זנב שמגיע בעקבות הטוטו", ואמר כי "השרה רגב קצת מסתבכת כי בידי חדשות 10 קודם כל ישנם עדויות לכך שהיא ויהושע הכירו עוד מלפני ההחלטה להעביר לידיה את התקציב".

(-) הפרסום הרביעי (31.8.2015; מבזק חדשות בוקר בשעה 6:45): בפתח הפרסום נאמר כי המשיבה נשמעת בהקלטה כשהיא "מתאמת גרסאות" בשאלה "מדוע בניגוד להנחיות המשפטיות העבירה מיליוני שקלים לפרסומאי הבכיר רמי יהושע המקורב לה". בהמשך הדברים הושמעו ההקלטה והתגובות.

(-) הפרסום החמישי (31.8.2015; תכנית "הבוקר עם אורלי וגיא"): שיחה בין מגישי התכנית, אורלי וילנאי וגיא מרוז, לבין עובדיה, שעיקרה נסב על השימוש בכספי הטוטו

ועקיפת חובת המכרז. במהלך השיחה, וילנאי ביקרה את הבירוקרטיה הכרוכה במכרזים ציבוריים שלפעמים קצת "תוקעת תהליכים", ותהתה אם עקיפת המכרז נעשתה ממניעים אישיים. מרוז הנחה את עובדיה להשיב ב"משפט, כי יש לנו חדשות", ועובדיה השיב כך: "אני לא רוצה לומר משהו שכרגע שאני לא יודע לעמוד מאחוריו. צריך לגעת בזה בהמשך. השרה עשתה את הכל כדי להרחיק מהומות מהעניין הזה – זה לא היא זה הטוטו – אז אני קובע: זו היא. היא בחרה ברמי יהושע ויש לה היכרות מוקדמת עם הפרסומאי הזה".

(-) הפרסום השישי (31.8.2015; המהדורה המרכזית של חדשות 10): במסגרת פרסום זה נסקרו התפתחויות שונות בפרשה, לרבות פתיחתו של מבקר המדינה בבדיקה, והובאה תגובתה המצולמת של המשיבה, שבה היא ציינה, בין היתר, כי "אין לי מקורב בשם רמי יהושע, אין כזה. פעם ראשונה שפגשתי את רמי יהושע זה היה בפגישה מקצועית עניינית במשרד התרבות והספורט". עובדיה הוסיף כי "אנחנו מדגישים שבין השניים לא הייתה היכרות מוקדמת".

(-) הפרסום השביעי (1.9.2015; המהדורה המרכזית של חדשות 10): הפרסום השביעי עסק בשיעור הכספים שנעשה בו שימוש בפועל מתוך הכספים שהוקצו לקמפיין, ולא כלל כל התייחסות לשאלת ההיכרות המוקדמת.

מסקירת הפרסומים עולה כי חלק משמעותי מהפרסום נסב על עצם ההתקשרות ללא מכרז ותוך עקיפת לפ"מ, וכי בשלב מסוים, למעשה החל ממחרת הפרסום, הסתמנה נסיגה מסוימת מהטענה כי יהושע "מקורב" למשיבה. על רקע עובדות אלה, ניגש לדיון בסוגיות שלפנינו ותחילה נזכיר כי ענייננו בפרסום על איש ציבור במסגרת תחקיר עיתונאי.

פרסומים הנוגעים לאנשי ציבור

6. מאז פסק הדין בע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989) (להלן: עניין אבנרי), בית משפט זה עמד בעקביות על ההלכה שלפיה יש ליתן משקל מיוחד לחופש הביטוי בפרסומים על פעילותם הציבורית של אנשי ציבור, וזאת בשל חשיבותו הדמוקרטית של שיח ציבורי פוליטי, הסיכון שאנשי ציבור נוטלים על עצמם בנוגע לשמם הטוב בהיכנסם לזירה הציבורית, ונגישותם המוגברת של אנשי ציבור לאמצעי התקשורת המאפשרת להם להתגונן מפרסומים המכילים לשון הרע נגדם (עניין אבנרי, בעמ' 867-866; רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקור, פסקה 19 לפסק דינו של השופט ריבלין ופסקה

25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (12.11.2006) (להלן: עניין בן גביר); ע"א דיין, פסקאות 72, 105-106 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

כשלעצמי, אני סבור כי הגיעה העת לדיוק ולהבחין בתוך הקטגוריה של אנשי ציבור, בין נבחרי ציבור לבין עובדי ציבור, באשר חלק מהנימוקים למשקלו של חופש הביטוי בפרסומים על אנשי ציבור, נכון יותר לנבחרי ציבור מאשר לעובדי ציבור. האחרונים לא בחרו להיכנס "למטבח" הפוליטי, לא נטלו על עצמם סיכון בנוגע לשמם הטוב בשל עצם היותם עובדי ומשרתי ציבור, ולעיתים ידיהם כבולות או מוגבלות ביכולתם להגיב על הפרסום ואין להם נגישות מוגברת לאמצעי התקשורת כפי שיש לנבחרי ציבור (על הבחנה זו בין נבחרי ציבור לבין עובדי ציבור ראו בג"ץ 17/1983 נפתלי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 18 לפסק דינו של השופט מ' מזוז ופסק דינו של השופט י' דנציגר (27.4.2017), שנסב על חופש המחאה בסמוך למעונם הפרטי של אנשי ציבור; כן ראו רע"פ 4743/20 לייבל נ' מדינת ישראל, פסקה 26 (21.7.2022) בנושא של הגנת הפרטיות).

מכל מקום, אל מול המשקל של חופש הביטוי, הפסיקה הכירה גם בחשיבותו של השם הטוב מבחינתם של אנשי ציבור ובחשש מפני יצירת הרתעה מכניסה לחיים הציבוריים (ראו, לדוגמה, ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 621 (2002) (להלן: עניין אפל)).

7. "אין הדין הישראלי מתעלם מנפקות היותו של התובע דמות ציבורית כנסיבה בעלת משקל בהכרעה האם דבר מה שפורסם בעניינו מהווה לשון הרע, והאם היא המפרסם מוגן מפני תביעה" (ע"א דיין, פסקה 107 לפסק דינו של השופט ריבלין). בפסיקה שוררת תמימות דעים כי השיקולים הנוגעים לזהותו של הנפגע צריכים להיבחן במסגרת פרשנותן ויישומן של ההגנות הקבועות בפרק ג' לחוק (עניין אפל, בעמ' 623; עניין בן גביר, בפסקה 20 לפסק דינו של השופט ריבלין; ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פסקה 29 (4.8.2008) (להלן: עניין נודלמן)). עם זאת, נכון הדבר, כי ישנה עמימות-מה לגבי הנפקות של זהות הנפגע במסגרת יתר השלבים ב"תרשים הזרימה" של החוק, ובפרט בפרשנות הביטוי והקביעה אם הוא מהווה לשון הרע (ראו עניין נודלמן, בפסקה 30), אך מאחר שבענייננו אין מחלוקת שהפרסומים מהווים לשון הרע, והדיון מתמקד בשלב ההגנות בלבד, אין צורך להידרש לשאלה זו.

עיתונות חוקרת

8. "לא כל הביטויים נולדו שווים" (ע"א דיין, פסקה 78 לפסק דינו של השופט ריבלין). לעיתונות החוקרת ערך סגולי גבוה במיוחד:

"אחת הפונקציות החשובות של כלי התקשורת השונים היא חשיפתם של אירועים ועובדות שאינם גלויים לעיני כל ואשר מצריכים לעיתים עבודת תחקיר. פרסומים מסוג זה מסתמכים לא פעם על מקורות שאינם פומביים או רשמיים ועשויה להיות בהם תועלת ייחודית לשיח הציבורי. זהו פועלה של העיתונות החוקרת" (דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין, פסקה 53 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (18.9.2014) (להלן: דנ"א דיין)).

"תחקירים רבים שנערכו על ידי עיתונאים חשפו מידע חשוב ביותר לציבור וחוללו שינויים חברתיים וציבוריים אמיתיים וחשובים. הרתעת עיתונאים מלבצע תחקירים קפדניים ומעמיקים מחשש שברבות הימים יתברר כי האמת המשפטית היא שונה או כי לא ניתן יהיה להוכיח את אמיתותם בבית המשפט תביא למצב בו יצא שכרו של הציבור בהפסדו" (שם, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת ארבל).

יש תחומים וסוגים שונים של עיתונות – יש עיתונות של דיווחי חדשות, של דעות, של סאטירה, של רכילויות ועוד. אך לעיתונות החוקרת (investigative journalism) יש מעמד משל עצמה בכותל המזרח של העיתונות, מעמד הראוי במיוחד להגנת "חובת הפרסום", דווקא בשל התמעטותה. בעידן של "פייק-ניוז", בעידן של רייטינג ויכולת קשב מוגבלת – תופעות המאיימות להשטיח ולעוות את השיח הציבורי, ובעידן של משבר כלכלי בעולם העיתונאות, אין זה כלכלי להשקיע בעיתונות חוקרת. מה עוד, שעיתונות חוקרת חשופה מעצם טיבה לסיכונים הכרוכים בתביעות לשון הרע, במיוחד בהינתן הקושי להוכיח אמת בפרסום בשל הצורך לשמור על חיסיון המקורות (על החשש לאפקט המצנן על העיתונות החוקרת ראו ע"א דיין, פסקה 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

אלא שהעיתונות החוקרת היא נשמת אפה של העיתונות החופשית. העיתונות החוקרת היא שמקימת את זרימת המידע, תנאי הכרחי לקיום משטר דמוקרטי; העיתונות החוקרת היא שמאפשרת חשיפת שחיתויות ומגשימה במיוחד את הערך של בדיקה, ביקורת ופיקוח על רשויות השלטון: "מתן האפשרות וההזדמנות להשמעת בקורת מדינית, חברתית ואחרת על פעלו של השלטון, מוסדותיו, חברותיו, שליחיהם ועובדיהם, הוא עיקר-שאיין-בלעדיו לקיום ממשל דמוקרטי תקין" (ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 296 (1977) (להלן: עניין חברת החשמל); גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של

העיתונות" משפטים לא (4) 895 (התשס"א); העיתונות החוקרת היא שמגשימה במיוחד את הערכים של קידום הידע וגילוי האמת – ולכן העיתונות החוקרת מצויה בגרעין ההגנה על חופש הביטוי וככזו ראוייה במיוחד להגנה של עיתונאות אחראית. הגנה זו, שמצאה לה עוגן בסעיף 15(2) לחוק, תכליתה להחליש את האפקט המצנן שעלול להיות לדיני לשון הרע על העיסוק בעיתונות חוקרת מחד גיסא, ולהבטיח כי פרסומים עיתונאיים יעמדו בסטנדרטים עיתונאיים ראויים מאידך גיסא. הגנה זו רואה את זכותו של העיתונאי להשמיע את דבריו כחובה מוסרית-חברתית, ומול "חובת הפרסום" של העיתונאי עומדת זכותו של הפרט לקבל מידע. דווקא בשל כל אלה, נודעת חשיבות רבה להגנת ה"עיתונאות האחראית" לפי סעיף 15(2) לחוק. "השליחות אותה מבצעת העיתונות ופגיעותה יצדיקו במקרים מסוימים הבחנה בין חופש הביטוי השמור לה לבין חופש הביטוי השמור לציבור הרחב, עד שלעיתונות יוכרו זכויות וכוחות ייחודיים לה" (ע"א דיין, פסקה 80 לפסק דינו של השופט ריבלין). הדברים נכונים במיוחד לגבי עיתונות חוקרת, אשר בין העיתונאות על סוגיה השונים, ניצבת לה כ"כלב השמירה של הדמוקרטיה", לא כפודל מחמד אלא כמי שלנביחתה ולנשיכתה יש השפעה אפקטיבית במגרש הדמוקרטי.

וכעת, משלמדנו כי ענייננו בעיתונות חוקרת ובתחקיר הנוגע לנבחרי ציבור, נצא לדרכנו.

הגנת העיתונאות האחראית (Responsible Journalism)

9. המבקשים טענו כי בית המשפט המחוזי צמצם את הגנת העיתונאות האחראית כפי שנקבעה בע"א דיין ובדנ"א דיין עד כדי הפיכתה לאות מתה, וזאת בשלושה אופנים עיקריים והם:

- (-) יישום מבחני העזר של עיתונאות אחראית כמבחנים מצטברים;
- (-) הצבת רף ראייתי גבוה יתר על המידה להוכחת הסתמכות על מקורות מהימנים;
- (-) קביעת סטנדרטים מחמירים למתן הזדמנות סבירה למושא הכתבה להגיב.

אדון להלן בשלושת רכיבים אלה.

יישום מבחני העזר של עיתונאות אחראית כמבחנים מצטברים

10. הגנת העיתונאות האחראית מעניקה למפרסמים הגנה מתביעות לשון הרע גם כאשר הפרסומים אינם אמת, אם יש בהם עניין ציבורי משמעותי ומתקיימת דרישת תום הלב הסובייקטיבית (אמונה באמיתות הפרסום) והאובייקטיבית (הפרסום עומד בסטנדרטים מחמירים של עיתונאות אחראית). מבחני העזר לאמת המידה של עיתונאות אחראית נחלקים לשניים: מבחנים הנוגעים להתנהלות המפרסם – ובכללם הסתמכות על מקורות מהימנים ובעלי משקל, נקיטת פעולות לאימות העובדות שבפרסום, לרבות מתן הזדמנות סבירה למושא הפרסום להגיב לדברים, ופרסום תיקונים והכחשות במידת הצורך; ומבחנים הנוגעים לפרסום עצמו – כגון טון הפרסום וסגנונו, הצגה הוגנת ומאוזנת של העובדות, נחיצות החלק הפוגעני, ופרסום תגובתו של הנפגע ותמצית גרסתו (ע"א ד"ן, בפסקאות 29-30 לפסק דינו של השופט פוגלמן; דנ"א ד"ן, בפסקאות 73-78 לפסק דינו של הנשיא גרוניט).

לבית המשפט שיקול דעת ביישום ההגנה בנסיבותיו הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה, לרבות בקביעת המשקל הראוי לכל מבחן עזר בנסיבות העניין. כך למשל, ככל שלשון הרע חמורה ופוגענית יותר, ייתכן כי תידרש עמידה קפדנית יותר באמת המידה של עיתונאות אחראית (ע"א ד"ן, בפסקה 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

11. בענייננו, הפרסומים עוסקים בטענות להתנהלות בלתי תקינה של משרד ממשלתי והשרה שבראשו ואין חולק כי יש בהם עניין ציבורי של ממש.

אשר לתום הלב הסובייקטיבי, המתייחס לאמונתו של המפרסם בנכונות הפרסומים, בית משפט השלום קיבל את עדותו של עובדיה שלפיה הוא האמין ועודנו מאמין בנכונות הדברים שפורסמו. אך בית המשפט המחוזי, בהתייחסו לשינויים שנעשו בפרסומים השני והשישי בעקבות פניית בא כוח המשיבה, קבע כי "התנערותם המהירה של המשיבים [המבקשים כאן – י"ע] מהאמירות לגבי הקרבה מעידות על הטיב הרעוע של המסד העובדתי לטענה זו, או למצער על טיב אמונת המשיבים בחוסנו של מסד זה" (פסקה 21 לפסק הדין). כשלעצמי, אני סבור כי נכונותם של המבקשים לחזור בהם מטענת ההיכרות המוקדמת לאחר הפניה אליהם, אפילו אם היא מעידה כי השתכנעו בדיעבד שלא היה ממש בטענה זו, אינה מלמדת כי מלכתחילה לא האמינו בנכונותה. לדידי, נהפוך הוא. מצופה מעיתונאי אחראי והגון שלא "יתבצר" מאחורי הפרסום, אלא יתייחס ברצינות ובכובד ראש לתגובתו של איש הציבור שמכחיש את נכונות הפרסום או מבקש לתקנו. ובכלל, לחובת העיתונאי לתקן את הפרסום יש זיקה הדוקה לעיתונאות אחראית והוגנת (דנ"א ד"ן, פסקה 82 לפסק דינו של הנשיא גרוניט). לכן, ובהינתן שהתרשמותו של בית המשפט המחוזי מבוססת על נימוק זה בלבד, ראיתי להעדיף

בנקודה זו את קביעתו של בית משפט השלום, שהתרשם באופן ישיר מעדותו של עובדיה והשתכנע כי פעל מתוך אמונה כנה ושיקולים מקצועיים.

12. אין חולק כי מבחני העזר שנקבעו בע"א דיין וכדנ"א דיין אינם מבחנים מצטברים. ולא רק זאת, אלא שכפי שהדגיש השופט פוגלמן בע"א דיין, אין מדובר ברשימה ממצה של מבחנים (שם, פסקה 30). חברי, השופט סולברג, הגיע למסקנה כי יש ממש בטענתם המרכזית-העקרונית של המבקשים, וכלשונו: "על אף שצדדים המבקשים בטענתם העקרונית, שלפיה אין לראות את רכיבי העיתונאות האחראית כמבחנים מצטברים שכשולן באחד מהם יביא לשלילת ההגנה מן המפרסם [...]" (פסקה 113 לפסק דינו, הדגשה הוספה). למרות זאת, סבר חברי כי בשורה התחתונה המבקשים לא עמדו בהגנה זו. טעם עיקרי לקביעתו זו היה שסוגיית המקורבות של יהושע לשרה הייתה רכיב מרכזי בפרסום ולא "מיעוט הבטל בשישים, בתוך יתר התחקיר" (פסקה 114 לפסק דינו). זאת, לנוכח ה"נופך הפלילי" הנלווה לפרסום, ומשהוצג יהושע כמקורבה של השרה, אזי "אופן תיאור הקשר בין רגב לבין יהושע מצוי בליבת הפרסומים, ואין לראותו כפרט לוואי, טפל" (פסקה 107 לפסק דינו). בתוך כך ציין חברי כי הטענה לפיה בחינת ההגנות שבחוק צריכה להיעשות תוך התייחסות לפרסום 'כמכלול', נכונה לפסיקה שעסקה בהגנת אמת הפרסום, אך לא לפסיקה שעסקה בהגנת העיתונאות האחראית או בהגנת תום הלב (פסקה 114 לפסק דינו).

בכך הלך חברי לשיטתו של בית המשפט המחוזי שהדגיש את לשון הרע הנוגעת לקיומה של היכרות מוקדמת בין המשיבה ויהושע, רכיב המשווה לפרסומים גוון פלילי חמור. זאת, לעומת בית משפט השלום שהגיע למסקנה כי הקו הדומיננטי בפרסומים נוגע ל"העברת כספי ציבור לגורם פרטי, ללא מכרז של המשרד, בניגוד להמלצות משפטיות, תוך תיאום עמדות ובניית סיפור כיסוי".

13. דעתי שונה, ואני סבור כדעת בית משפט השלום וכי גישתם של בית המשפט המחוזי ושל חברי מצמצמת את הגנת העיתונאות האחראית.

אחזור ואזכיר את תפקידה של הגנה זו: "באמצעות סעיף 15(2) לחוק אנו מונעים אפוא את התוצאה הבלתי רצויה של הטלת אחריות על עיתונאי ללא אשם 'שיש בה חשש לאפקט מצנן, אם לא מקפיא, של עבודת העיתונות והתקשורת'" (דנ"א דיין, פסקה 6 לפסק דיני).

לפ"מ (לשכת הפרסום הממשלתית) היא הגוף שעוסק, ברגיל, במתן שירותי פרסום למשרדי הממשלה השונים, הן פרסומי חובה והן פרסומי "קמפיין" במגוון של תחומים ציבוריים וחברתיים. לכן, עצם השימוש בגוף חיצוני לשם עריכת קמפיין חלף פנייה אל לפ"מ הוא נושא הראוי לבחינה בפני עצמו, על אחת כמה וכמה, גוף חיצוני שנבחר ללא מכרז. בפרסום נאמר שיהושע מקורב לשרה, אך טיב הקרבה – אישית, משפחתית, מקצועית, פוליטית – לא נזכר בפרסום, אם כי אני נכון להניח כי הצופה או המאזין, עשה את החיבור בין "המקורבות" לבין ההתקשרות ללא מכרז ותוך עקיפת לפ"מ.

14. אף איני סבור כי יש לצמצם את בחינת הפרסום בכללותו, רק לצורך הגנת אמת הפרסום לפי סעיף 14 לחוק. לדידי, בחינה של ראיית הפרסום כמכלול תוך בחינת המסר הכללי על פי מהותו, נכונה גם לצורך הגנת "חובת הפרסום", לאור המבחנים הנוגעים לפרסום עצמו כמפורט לעיל. כך, בדנ"א ד"ן הגעתי למסקנה כי "לאור מכלול הכתבה כהוגנת ולא בלתי-מאוזנת" חלה הגנת סעיף 15(2) לחוק. עוד אזכיר כי אחד המבחנים של עיתונאות אחראית הוא פרסום תגובתו של הנפגע, כך שגם במובן זה יש התייחסות לפרסום כ"מכלול", ועל כך עוד אעמוד בהמשך.

הוכחת הסתמכות על מקורות מהימנים ושאלת החיסיון העיתונאי

15. האופן השני שבו נטען על ידי המבקשים כי בית משפט קמא צמצם את הגנת העיתונאות האחראית הוא באמצעות הצבת רף ראייתי גבוה להוכחת ההגנה, ובפרט המבחנים הנוגעים לטיב התחקיר וההסתמכות על מקורות מהימנים.

בית המשפט המחוזי קבע כי "אמירות של עיתונאי לפיהן הסתמך על מקורות רבים ואיכותיים אינן תחליף לראיות של ממש", וכי שתי התרשומות שהוצגו משיחות עם מקורות "נחזות להיות בעלות משקל נמוך ביותר על פניהן [ו]אין להניח כי עיתונאי סביר היה יוצא בהאשמה כה חמורה על רקע אמירות מעין אלה" (פסקה 50 לפסק הדין). המבקשים סבורים כי קביעות ברוח זו עלולות להציב עיתונאים בפני דילמה קשה – או שיסכנו את מקורותיהם בניגוד לתכליות החיסיון העיתונאי או שיסתכנו באחריות לפרסום לשון הרע. לכן, לשיטתם, יש לקבוע כי הראיות שהוגשו עמדו בנטל ההוכחה, ולא היה מקום לדרוש ראיות נוספות, גם אם מושחרות, שיש בהן כדי לסכן את מקורותיו העיתונאיים.

מנגד, המשיבה טענה כי שיטתם של המבקשים יוצרת למעשה חזקה שעיתונאי פועל תחת הגנת העיתונאות האחראית, בניגוד לדין הקיים ולפיו נטל ההוכחה על

המפרסם. נטען כי ההסתמכות על החיסיון מוקשה במיוחד בהינתן עדותו של עובדיה כי כלל לא פנה למקורותיו בבקשה להסרת החיסיון. מכל מקום, נטען כי אין בחיסיון כדי לפטור את המפרסם מלהביא ראיות עקיפות על טיב התחקיר, שאינן חושפות את זהות המקורות.

16. החיסיון העיתונאי מעניק הגנה חזקה, גם אם לא מוחלטת, למקורות המידע של עיתונאים, מן הטעם שזכותם של עיתונאים לחיסיון מקורותיהם "יונקת מעקרונן חופש הביטוי ומהווה, לכן, נדבך חשוב במערכת הזכויות והחירויות, עליהן מושתת משטרנו הדמוקרטי" (ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, 357 (1987)). מטעם זה, במסגרת תביעת לשון הרע, אין לכפות על עיתונאי לגלות את מקורותיו, ו"כבר לפני למעלה ממאה שנה הכירה הפסיקה באנגליה בכלל הידוע בשם "newspaper rule", שלפיו בהיעדר נסיבות מיוחדות, אין מקום לכפות על עיתונאי שנתבע בתביעת לשון הרע לגלות את זהותו של מקור המידע מושא התביעה" (יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים – הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 861 (2021) (להלן: עמית חסיונות)). בהקשר של תביעות לשון הרע, החיסיון מונע הסקת מסקנה לחובת עיתונאי כי הוא אינו תם לב אך ורק עקב השימוש שעשה בחיסיון העיתונאי (ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות, פ"ד מט(2) 843, 876-877 (1995)).

17. ברם, העובדה שלא ניתן להסיק מהסתמכותו של עיתונאי על החיסיון כי הוא חסר תום לב, אינה משמיעה כי די בהסתמכות על החיסיון כדי להקים חזקת תום לב. על הטוען להתקיימות ההגנה להוכיח את התקיימותה באמצעות הראיות העומדות לרשותו, ובהחלט ייתכנו מקרים שבהם העמידה על החיסיון תקשה על נתבע-עיתונאי ליהנות מההגנות שהחוק מעמיד לזכותו כמפרסם. אין לכחד, מצב דברים זה קולע עיתונאים לדילמה שממנה התייראו המבקשים, בין שמירה על חיסיון מקורותיהם לבין הסתכנות באחריות בגין פרסום לשון הרע:

"החיסיון משמש את העיתונאי בעבודתו השוטפת, אך לעיתים הוא נאלץ לשלם מחיר יקר, תרתי משמע, על מנת לשמור על חסיון מקורותיו. כך, בתביעות לשון הרע נדרש לעיתים העיתונאי להוכיח טענת 'אמת דיברתי' כאשר ידו האחת קשורה מאחור, מאחר שאינו נכון לחשוף את מקורותיו, ובכך הוא ניצב בעמדת נחיתות. ובכלל, החיסיון קולע את העיתונאי לדילמה. ככל שהעיתונאי שומר בקנאות רבה יותר על תוכני המידע כדי שלא לחשוף את זהות המקור, כך יקשה עליו יותר להתגונן מפני תביעת לשון הרע, מאחר שיהא עליו להוכיח את

הגנתו תוך התבססות על ראיות קבילות אחרות, מבלי להיזקק לאותם מקורות" (עמית חסיונות, עמ' 842).

(עוד על דילמה זו ראו גם פסק דיני בע"א 9705/11 ברקוביץ נ' קרא, פסקה 44 (21.10.2014) (להלן: עניין ברקוביץ)).

הגנת "אמת הפרסום" עלולה אפוא להתנגש עם השאיפה להגן על עיתונות חופשית, שהשמירה על חשאיות מקורותיה היא נשמת אפה. הדברים רלוונטיים במיוחד לעיתונות חוקרת, להבדיל מעיתונות של פובליציסטיקה, חדשות, דעות ורכילויות. ואולם, הדרך להיחלץ מ"מלכוד" זה אינה באמצעות הענקת פטור גורף מהוכחת ההגנה. חלף זאת, על עיתונאים להקפיד לתעד ו"למסמך" את התנהלותם מול מקורותיהם ואת פעולות התחקיר שביצעו, על מנת שיוכלו, במידת הצורך, להתגונן מפני תביעות לשון הרע באמצעות ראיות שאינן חסויות: "העיתונאי האחראי נדרש להיות גם 'ממוסמך' כדי להתגונן מפני תביעות לשון הרע (עניין ברקוביץ, פסקה 44).

עמד על כך המלומד נקדימון בספרו:

"נראה לי אפוא כי האיזון הראוי בין עניינו של תובע בלשון הרע לבין עניינו של עיתונאי-נתבע בנסיבות שבהן האחרון טוען לחיסיון ובית המשפט מחליט שלא להסירו, צריך להיות מוגשם באופן הבא: בית המשפט לא יסיק מסקנות ראייתיות לחובת העיתונאי מחמת עמידתו על החיסיון (למשל באמצעות קביעה כי למעשה לא היה לעיתונאי מקור מידע) מזה, אך בצד זאת הוא לא יפטור את העיתונאי-הנתבע מהחובה להוכיח את הגנתו באמצעות ראיות אחרות, שאינן המקור או המידע החסוי מזה... ניתן לטעון לחיסיון עיתונאי גם כאשר המפרסם מתגונן בטענת תום לב, שאז על העיתונאי להוכיח את תום הלב בלא שימוש במקורות המידע או במידע שלא פורסם. כך למשל באפשרותו של העיתונאי להראות כי הוא האמין באמיתות המידע או נקט אמצעים סבירים לבחינת אמיתות הפרסום באמצעות הצגת פעולות התחקיר שביצע והמקורות הגלויים שעיינם בדק את המידע בלא לחשוף את זהותם של מקורות חסויים" (ישגב נקדימון חיסיון עיתונאי 265 (2013)).

לא למותר לציין כי דין דומה נקבע בהלכת Reynolds האנגלית (*Reynolds v. Times Newspapers Ltd.* [1999] 4 ALL ER 609, UKHL 45), שהיוותה מקור השראה לפיתוחה של הגנת העיתונאות האחראית בשיטתנו. באותו עניין נקבע כי עיתון שבוחר להגן על מקורותיו נוטל סיכון ביחס למסקנות שבית המשפט או חבר המושבעים יסיק

מהפער הראייתי שייווצר כתוצאה מכך, וכי העיקרון המצדיק הגנה על מקורות עיתונאיים, מחירו בצדו, ומחיר זה הוא הנטל על המפרסם להצדיק בראיות את טענותיו לתחולת ההגנה (שם, בפסקאות 90, 163-164).

18. חברי, השופט כבוב, הציע להגמיש "את כללי הראיות במקרים שבהם קיים אינטרס ציבורי גבוה בביעור השחיתות [...] וכאשר לא ניתן לאמת את דברי המקור באמצעות ראיות חיצוניות", כך שהעיתונאי ייחקר נגדית על גרסתו ובית המשפט יקבע אם פעל כעיתונאי סביר.

קריאה זהירה של דברי חברי, מעלה כי הוא הבחין בין הגנת "אמת הפרסום", הגנה שלא תוכל לעמוד לעיתונאי בשל השמירה על חיסיון מקורותיו (פסקה 27 לפסק דינו), אך כפי שמוצע על ידו, השמירה על חיסיון המקורות אינה סותרת את הגולל על הגנת העיתונאות האחרת. לעמדה זו של חברי אני מצטרף בלב שלם. הגנת "אמת הפרסום" לפי סעיף 14 לחוק לחוד והגנת "חובת הפרסום" מכוח עיתונאות אחרת לחוד. היעדר היכולת להוכיח הגנה של "אמת הפרסום" בשל השמירה על חיסיון מקורות, אינה מקרינה בהכרח על ההגנה של עיתונאות אחרת, על אף שהמקורות נותרו עלומים בצל החיסיון. בדרך זו נמצאנו מחזקים הן את החיסיון העיתונאי והן את הגנת העיתונאות האחרת.

19. ומהתם להכא. עובדיה היה רשאי לעמוד על החיסיון העיתונאי של מקורותיו והיה רשאי שלא לפנות למקורות ולבקש מהם להסיר את החיסיון, בקשה שקשה להלום מעיתונאי חוקר שמעוניין בשמירה על מקורותיו גם לתחקירים הבאים. עם זאת, אין בכך כדי לפטור אותו מן הנטל לשכנע את בית המשפט בראיות אחרות כי התנהלותו עומדת באמות המידה של עיתונאות אחרת, לרבות הסתמכות על מקורות מהימנים ועריכת תחקיר מקיף וראוי. ויודגש: השאלה אם ראיות אלה, שאינן חסויות, מבססות את ההגנה אם לאו, אינה מושפעת בהכרח משאלת החיסיון ועליה להיבחן בכל מקרה לגופו על פי המבחנים הרגילים הנוהגים בכגון דא. בענייננו, בית משפט המחוזי קבע כי הראיות שסופקו "כתמיכה לטענה בעניין קיומו של תחקיר עיתונאי איכותי וראוי מעלה כי לא די באלה לביסוס טענה עובדתית בהליך משפטי" (פסקה 50 לפסק הדין).

20. דעתי שונה. עובדיה טען כי היו לו מספר מקורות בסוגיית ההיכרות המוקדמת: הקלטת עצמה שהועברה לו על ידי מקור אחד, שורה של שיחות עם שני מקורות נוספים מהמעגל הקרוב של המשיבה, וצילום של דף מיומנה של המשיבה שהועבר לו ממקורות אלה ומעיד על מהימנות המקורות ונגישותם לחומר מלשכת השרה. הראיות שהוגשו

לכית המשפט כתימוכין לטיבו הנטען של התחקיר היו שתי תרשומות תמציתיות שערך עובדיה במהלך השיחות האחרונות שניהל עם שני המקורות, שבהן אישרו כי המשיבה ויהושע נפגשו ביחידות ונראו קרובים ביותר, וכן הוגש צילום היומן.

ראיות אלה תומכות בטענת המבקשים כי הכתבה לא התבססה על מקור אחד, אלא נעשתה הצלבה של מקורות. התרשומות אמנם תמציתיות ולאקוניות, אך תוכנן ומידת הפתיחות שמתגלה בהן מלמדים שקדמו להן שיחות נוספות עם המקורות, מה שמחזק את עדותו של עובדיה. לאלה הצטרפה גם ראייה אובייקטיבית בדמות ההקלטה אשר ממנה עולה כי המשתתפים חיפשו דרך כדי להסביר את ההתקשרות שלא דרך לפ"מ ושלא באמצעות מכרז. ודוק: אני מקבל טענתה של המשיבה כי היה מדובר בהקלטה של תדרוך לקראת מסיבת עיתונאים, בבחינת "דע מה שתשיב". באספקלריה של הסבר זה, ענייננו בנבחר ציבור מיומן שמתכוון היטב לקראת מסיבת עיתונאים. אולם בזמן אמת, ניתן היה להתרשם אחרת. לצורך הגנת "חובת הפרסום" יש לבחון את המידע שעמד לרשות המפרסם בעת הפרסום, ואם בנקודת הזמן של הפרסום היה ראוי לפרסם את המידע כפי שפורסם, "ויש להימנע משימוש ב'חכמה שלאחר מעשה'. על כן, המידע שיבחן בית המשפט הוא רק זה שהיה מצוי לפניו של המפרסם במועד הפרסום" (ע"א דיין, פסקה 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן). בפני עובדיה עמדו שני מקורות שהוצלבו זה עם זה בצירוף ראייה אובייקטיבית, כך שאין לפנינו פרסום פזיז ושלוח רסן.

21. ובנקודה זו אבחן את סבירות הפרסומים מושא דיוננו. לטעמי, מרבית הפרסומים נוסחו בלשון מאוזנת וזהירה, הציגו את הסוגיות שעל הפרק בתור שאלות ותהיות, הביאו את תגובותיהם של המעורבים בדבר במלואן ומיד עם קבלתן, והשתמשו בביטויים ממתנים. לא מצאתי ממש בטענה כי ההשמטה של 8 שניות מתוך ההקלטה שבהן נשמעת היועצת המשפטית של המשרד, עולה כדי הצגה מוטה ומסולפת של המציאות. ככלל, בית המשפט ימנע מלהתערב בשיקולי עריכה, למעט אם מצא שיש בהם "עיוות מודע ומהותי של המציאות" (ע"א דיין, בפסקאות 95-96 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; וראו גם פסקה 35 לפסק דינו של השופט פוגלמן). בענייננו, אלה היו דבריה של היועצת המשפטית, עורכת הדין עפרה שרון, שנחתכו בעריכה:

"מאיר: לא אבל תראה. ישאלו למה לא תתנו לעוד משרדים הזדמנות להציע את מרכולתם? (מדברים ביחד)

שרון עופרה: ...הבאנו אנשים שהם שותפים שלנו בעבודה.

יוסי: בדיוק.

עפרה: ...הוא שותף שלנו.

יוסי: בדיוק, כאן, כאן באה,

עפרה: נקודה".

קשה לחלוק על כך שדברים אלה אינם מהווים חוות דעת משפטית. יתרה מכך, בתחילת ההקלטה היה זה דווקא מנכ"ל המשרד שהביא את עמדת הגורמים המשפטיים במשרד: "התברר שזה לא כל כך מחזיק מים מהבחינה המשפטית. כי אומרים כאן המשפטנים, תקשיבו. עזבו. זה לא נכון מה שאתם אומרים לגבי הטוטו"; ובהמשך: "הפתרון הזה מקובל גם על המשפטנים". מכאן שעמדת הייעוץ המשפטי קיבלה ביטוי בחלק ששודר, ולא הוצג מצג כאילו הישיבה התקיימה בלא כל ייעוץ משפטי, כנטען. בנסיבות אלה, אין מדובר בעיוות המציאות, לא כל שכן עיוות מודע ומהותי, ואין בהשמטה כדי לגרוע מסבירות הפרסומים.

22. אשר לסבירותן של ההתבטאויות הנוגעות לסוגיית ההיכרות המוקדמת, גם אם אין מדובר ב"פרט לוואי", עמדתי על כך שטיב הקרבה בין יהושע לשרה לא נזכר בפרסומים, וכאמור, הטענות לקשר מוקדם הוצגו במרבית הפרסומים בצורה מסויגת דיה ולטעמי, לא הם שעמדו במוקד העניין.

כך, למשל, בפרסומים הראשון והשלישי, המבקשים נמנעו מלקבוע בנחרצות כי יש בין המשיבה ליהושע קשר בלתי אמצעי או היכרות מוקדמת, וציינו רק כי יש בידיהם עדויות המצביעות על כך. כלומר, אין מדובר בלשון החלטית המציגה את הדברים כאמת שאין בלתי, אלא בהתייחסות לכך שעובדיה שמע עדויות כאמור ממקורותיו. במנותק מהשאלה אם הדברים נכונים או לא, נראה כי מדובר בהצגה מסויגת אשר מותרת מקום למשיבה להפריך את הנטען ומאפשרת לצופים להביט בדברים בעין ביקורתית וספקנית. כמו כן, הנפח שתפסה סוגיית ההיכרות המוקדמת בפרסומים אלה הוא קטן בהשוואה לדיון הנרחב בפגמים המשפטיים בהליך בחירת המפרסם ומימון הקמפיין.

הפרסום השישי והשביעי הם בוודאי סבירים מבחינת אופן הסיקור של ההיכרות המוקדמת, שכן בפרסום השישי הובאה תגובתה המצולמת והמפורטת של המשיבה שבה הכחישה את הטענות בעניין, וכן הובהר על ידי עובדיה כי אין בין המשיבה ויהושע היכרות מוקדמת; ובפרסום השביעי הנושא כלל לא הוזכר.

הפרסום החמישי אכן מעורר, על פניו, קושי, לאור דבריו הפסקניים של עובדיה בסופו – "אני קובע: זו היא. היא בחרה ברמי יהושע ויש לה היכרות מוקדמת עם הפרסומאי הזה". עם זאת, יש להביט על הפרסום כמכלול ולא לנתח באופן טכני את

מידת הפסקנות של מילה זו או אחרת מתוכו. מדובר בשיחה ארוכה, שעסקה ברובה בשימוש שנעשה בכספי הטוטו ובהתקשרות ללא מכרז. במהלך השיחה, וילנאי דיברה בגנותה של הבירוקרטיה של מכרזים ממשלתיים ורמזה על האפשרות כי זה היה המניע לעקיפת המכרז ולא הטענות לקשר אישי עם יהושע. עובדיה התבקש להגיב לכך "במשפט", והוא פתח את דבריו בהסתייגות – "אני לא רוצה לומר משהו שכרגע שאני לא יודע לעמוד מאחוריו". בהמשך דבריו הקצרים, רגע לפני סיום הכתבה, הוא נכשל בלשונו והשתמש במילים "אני קובע" שאינן תואמות את הזהירות שבה נאמרו הדברים אך רגע לפני כן. ניתן לסבור כי צמד מילים זה, שנאמרו בשידור חי, בתום דיון שעסק בעיקר בהיבטים אחרים של הפרשה, אינו גורע מהתמונה המלאה והמורכבת שהוצגה לאורך הפרסום כולו. אולם אם אלך לצד המחמיר, ואניח כי מילים אלה "צבעו" את כל כתבת הבוקר בלשון הרע, הרי שנקודת המוצא של דיוננו היא שהמבקשים אכן חטאו בלשון הרע, וענייננו מתמקד בשאלה אם חלה הגנת "העיתונאות האחראית". על רקע מכלול הנתונים כמפורט לעיל, אני סבור כי יש בפרסום החמישי כדי להסיר הגנה זו מהמבקשים.

23. טענה נוספת שנשמעה בהקשר של סבירות הפרסומים היא שהמבקשים התעלמו לחלוטין משיחת טלפון שהתקיימה לכאורה בין מאיר סוויסה, יועץ התקשורת של המשיבה, וליאור לנדנברג, ראש דסק התחקירים בערוץ 10, שבה טען הראשון כי אין היכרות מוקדמת בינו לבין יהושע או בין המשיבה לבין יהושע, וביקש להקפיד את שידור הכתבה. אולם, בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי לא הכריעו בשאלה אם השיחה אכן התקיימה ומה נאמר בה. חרף הקושי שבדבר, בית משפט זה אינו הפורום המתאים להכריע בעניין כערכאה ראשונה.

24. למעלה מן הצורך, אציין כי סוויסה טען בעדותו כי פנה ללנדנברג לאחר שעובדיה לא ענה לו, כך שניתן להסיק שרצה לדבר עם שניהם על אותו עניין. מעיון בצילום ההודעות ששלח לעובדיה, עולה כי הן מתמקדות בטענותיו של סוויסה כי הוא עצמו אינו מכיר את יהושע ובביקורת שלו על הבחירה לכלול את שמו בכתבה. אין בהודעות כל התייחסות להיכרות של המשיבה עם יהושע או בקשה להשהות את השידור. ייתכן כי ניתן לראות בכך משום חיזוק לעדותו של לנדנברג, שלפיה לא נאמר לו דבר לגבי היעדר היכרות מוקדמת בין המשיבה ויהושע, ואילו הייתה מגיעה אליו התייחסות בנושא, היה פועל להביא את העניין בפני עובדיה או עורך המהדורה הרלוונטי. עם זאת, כאמור, אני סבור כי יש מקום להכריע בסוגיה בשלב זה.

מתן הזדמנות סבירה להגיב

25. ההיבט השלישי בפסק דינו של בית המשפט המחוזי שנטען כי צמצם את הגנת העיתונאות האחראית, נוגע לקביעת סטנדרטים מחמירים במתן הזדמנות סבירה לתת תגובה.

אחד ממבחני העזר לבחינת התקיימותה של אמת המידה של עיתונאות אחראית, הוא מתן הזדמנות סבירה והוגנת למושא הפרסום להגיב לדברים עובר לפרסום (דנ"א ד"ן, בפסקה 76 לפסק דינו של הנשיא גרוניט). בקשת התגובה חיונית הן מטעמי הגינות ואתיקה עיתונאית והן כאמצעי לאימות העובדות הכלולות בפרסום (ע"א ד"ן, בפסקה 29 לפסק דינו של השופט פוגלמן). ואמנם, הימנעות מקבלת תגובת הנפגע עשויה בנסיבות מסוימות להיחשב כאי-נקיטת אמצעים סבירים לבירור אמיתות הפרסום לפי סעיף 16(ב)(2) לחוק, ולהקים חזקת היעדר תום לב (אורי שנהר דיני לשון הרע 272 (1997)).

26. אין מניעה כי מפרסם יעמיד לרשות מושא הפרסום זמן מוגבל למתן תגובה, אך על זמן זה להיות סביר ולאפשר הזדמנות הולמת להתייחס לדברים. על כן, איני רואה לקבל את טענתם העקרונית של המבקשים כי פנייה למושא הפרסום בסמוך לפרסום, שעות ספורות ולפעמים אף פחות מכך, עומדת ברף זה.

על העיתונאי לזכור שאיש הציבור לא עובד אצלו, ולא אמור לרקד על פי חלילו ועל פי לוח הזמנים הקצר שהקציב למתן תגובה. קשה להלום כי תימנע מאיש ציבור האפשרות להגיב כדבעי לפרסום המכיל לשון הרע נגדו רק משום שבמשך הזמן שהוקצה לו הוא לא היה זמין מחמת שהיה עסוק בדברים דחופים יותר, בפגישה, באימון, בבילוי משפחתי, בנסיעה, או בכל פעילות אחרת. הדברים אמורים במיוחד ביחס לאנשי ציבור, שעסוקים בענייני הציבור ואינם זמינים להשיב לעיתונאים בכל עת. הזמן שיש ליתן לצורך מתן תגובה נגזר, בין היתר, מהיקף הפרסום; האם הפרסום הוא תולדה של תחקיר שנערך לאורך זמן; האם מדובר בעניין דוחק; הצורך לערוך בדיקות והתייעצויות כאלה ואחרות לשם גיבוש התגובה וניסוחה, ועוד. מי שעבד על תחקיר משך ימים ושבועות, אינו אמור לקצוב זמן קצר לתגובה, בהינתן שלעיתים נדרש זמן על מנת לערוך בירורים שונים לצורך מתן התגובה וגם ניסוח התגובה מצריך זמן. דווקא משום הזהירות המיוחדת הנדרשת מאיש ציבור במתן התגובה, והציפיה כי ידיק בעובדות שנכללות בתגובתו, יש ליתן לאיש הציבור שהות מספקת לעריכת התגובה.

27. המבקשים טענו כי מתן זמן תגובה ארוך יאפשר למושא הפרסום, בייחוד אם מדובר באיש ציבור רב השפעה, לסכל את הפרסום. זוויית ראייה זו של העיתונאי, ושיקולים נוספים של העיתונאי, שייכתן כי הם סמויים מעינו של מי שאינו משתייך

למקצוע, כבודם במקומם מונח. מכל מקום, בנסיבות שבהן יש יסוד לחשש כזה, הנטל על המפרסם להצדיק את פרק הזמן הקצר שניתן בנסיבות אותו עניין. ככל שהחשש הוא שמושא הפרסום יקדים את המפרסם ויטיחס לפרסום באופן שייטול ממנו את עוקצו, או חשש מפני כלי תקשורת מתחרה, נזכיר כי הגנת העיתונאות האחראית נועדה להגן על האינטרס הציבורי בפרסום מידע שיש בו עניין ציבורי, ולא על האינטרס של העיתונאי לפרסם "סקופים" או לזכות בתהודה מרבית לפרסומיו. ולא רק זאת, אלא שיש הגורסים כי אם יתברר שניתן משקל עודף לשיקולים של אגו, סקופ ורייטינג, הדבר אף עלול להביא למסקנה כי הפרסום נעשה בחוסר תום לב (דנ"א דיין, פסקה 72 לפסק דינו של הנשיא גרוניט, אך ראה דעתו החולקת של השופט פוגלמן בפסקה 15 לפסק דינו).

28. יחד עם זאת, ייתכנו מצבים, שבהם זמן תגובה קצר יספיק למושא הפרסום בפועל כדי להעביר את תגובתו, בין אם מדובר בתגובה מלאה או בתגובה חלקית שאין בצידה בקשה לדחיית מועד הפרסום או למתן ארכת זמן לצורך העברת התייחסות מפורטת יותר. בנסיבות אלה, ייתכן כי ניתן לומר, שעל אף זמן התגובה הקצר שניתן לא תישלל תחולתה של הגנת העיתונאות האחראית (ראו והשוו לת"א (שלום ת"א) 15-10-18448-10 חזן נ' סגל, בפסקה 430 (11.9.2016)). לעיתים, מסירת תגובה חלקית עשויה להיות בחירה אסטרטגית ומודעת של מושא הפרסום שנועדה לאפשר לו לדחות את גיבוש גרסתו עד לאחר שייחשף לפרסום ויידע מול מה עליו להתמודד. ההגנה המשפטית על זכות התגובה לא נועדה להגן על "מסעות דיג" כאלה מצד דוברים ואנשי יחסי ציבור, ולכן בנסיבות שבהן הועברה בפועל תגובה או תגובה חלקית, ולא התבקשה כל דחייה או ארכה, אין מקום לדקדק בדרישות שפורטו למתן זמן תגובה סביר. מנגד, מקום שבו נתבקשה דחיה או ארכה סבירה למתן תגובה מטעם מושא הפרסום, והעיתונאי בחר לצאת עם הפרסום מבלי להיעתר לבקשה, עשוי הדבר לשלול את הגנת העיתונאות האחראית.

29. ומהתם להכא. על מנת לבחון אם ניתנה למשיבה הזדמנות סבירה והוגנת להגיב, אתאר תחילה את השתלשלות האירועים בשעות שקדמו לפרסום הראשון.

הפנייה למשיבה נעשתה ביום 30.8.2015 בשעה 17:08 בדואר אלקטרוני לדוברת האישית שלה (ולא לדובר המשרד, בהתאם להנחיית המשרד עצמו). בפנייה צוין כי באותו ערב תשודר במהדורה המרכזית של ערוץ 10 כתבה בנושא פרויקט "לא לדאוגוסט", והתבקשה תגובה לשש שאלות "עד השעה 18:30 היום". שלוש השאלות הראשונות עסקו באופן אישורו ותקצובו של הקמפיין ושלוש השאלות האחרונות עסקו בקשר בין המשיבה ואנשיה ליהושע. חבריי השופטים סולברג וכבוב פירטו את השאלות בפסק דינם (פסקאות 5 ו-39 בהתאמה) ולא אחזור עליהן.

30. אין בידי לקבל את הטענה שהשאלות לא היו ברורות דיין משום שלא הובהר טיב ההיכרות המוקדמת שאליו הן מתייחסות. היכרות מוקדמת הוא מונח ברור ביותר, ואם רצתה המשיבה להבהיר כי יש לה וליהושע היכרות מסוג זה ולא אחר, יכלה לעשות זאת במסגרת תגובתה. הטענה תמוהה אף יותר לאור עמדת המשיבה כי אין לה היכרות מוקדמת מכל סוג שהוא עם יהושע. ואכן בתגובה שהועברה בהמשך צוין כי המשיבה ויהושע נפגשו רק במסגרת פגישות הנוגעות לפרויקט עצמו.

31. אשר לפרק הזמן שהוקצה למתן התגובה, אומר כי 82 דקות אינן עולות לטעמי כדי הזדמנות סבירה והוגנת להגיב לדברים, ובתחילת הדרך שקלתי לדחות הערעור אך ורק מטעם זה. אלא שבנסיבות העניין פרק זמן זה הוכח כמספיק. במסגרת הזמן שהוקצה, הדוברת של המשיבה העבירה שתי תגובות המתייחסות לשלוש השאלות הראשונות, וניתן היה להסיק כי בזאת מתמצה תגובתה. זאת ועוד. במהלך השידור שלחה הדוברת לעובדיה מסרון שהבהיר כי התגובה שהועברה אינה מטעם המשיבה אלא מטעם המשרד, ובהמשך לכך, לאחר שידור הכתבה, שלחה את תגובת המשיבה, שזו לשונה: "כל ההליך מתחילתו ועד סופו אושר על ידי המשפטנים של המשרד ובוצע כדין. נקודה". גם בתגובה זו אין כל התייחסות לנושא ההיכרות המוקדמת, ויש בכך כדי לחזק את ההתרשמות שהתגובות שהועברו ממצות את תגובתם של המשרד והמשיבה [במאמר מוסגר: לטעמי, יש בכך כדי לחזק את הטענה כי לוז הכתבה הוא שהקמפיין נערך שלא באמצעות לפ"מ ושלא על דרך המכרז, באשר התייחסות הדוברת היא לשאלות העוסקות בכך]. רק למחרת, ביום 31.8.2015, שלח בא כוחה של המשיבה מכתב שנשא את הכותרת "דרישה להתנצלות בגין פרסום דברי לשון הרע" ובו הוכחה ההיכרות המוקדמת.

32. שתיקתן של התגובות בסוגיית ההיכרות המוקדמת לא הייתה רק עדות לכך שהמשיבה מיצתה את זכות התגובה שלה, אלא במידה מסוימת שימשה גם כחיזוק לגופם של דברים. בעניין זה כבר נפסק כי היעדר תגובה יכול להתפרש כחיזוק לחשדות שלגביהם התבקשה התגובה:

"אין גם להתריס נגד המערער הרביעי שלא נקט באמצעים סבירים כדי להיווכח אם היה הפרסום בגדר אמת או לאו, כי הרי פנה למשיבה הראשונה ודוברת מיאן לדבר עמו... הסירוב של החברה, תהיה אשר תהיה סיבתו האמיתית, היה בו כדי להגביר את החשד בנסיבות הענין וזהו סיכון מחושב אותו נוטל כל מי שמצטעף בהעדר תגובה. מי שפונה אל רשות ציבורית ומבקש תגובתה אינו חייב לפרש שתיתקתה בדרך הנוחה לה דוקא, אלא רשאי גם לחשוך שיש דברים בגו. מכל מקום, מי שמסרב להגיב אינו יכול להלין,

לאחר מעשה, כי המפרסם לא נקט בדרכים חלופיות כדי לעקוף את המחסום אותו יצר במו ידיו מכוח סירובו" (עניין חברת החשמל, עמ' 312; ההדגשות הוספו – י"ע).

אדגיש כי ברגיל, היעדר תגובה יכול לשמש כחיזוק לחשדות הנתמכים בראיות אחרות, אך לא כראיה עצמאית לביסוס חשדות או טענות. במקרה דנן, לאור הראיות שכבר היו בידי עובדיה כמפורט לעיל, היעדר התגובה דווקא לשאלות הנוגעות להיכרות המוקדמת בין המשיבה ליהושע, חיזקו במידה מסוימת את החשד.

בנוסף, יש ליתן משקל למחיקת המילה "מקורב" כבר בפרסום השני, לאחר פנייתו של בא כוח המשיבה: "פרסום של תיקון ביחס לפרסום אשר נתגלה כי אין הוא נכון או מדויק, עשוי להעיד על תום לבו של המפרסם" (דנ"א דיין, בפסקה 82 לפסק דינו של הנשיא גרוניס). ודוק: ככלל, הכוונה היא לפרסום אקטיבי של דבר התיקון ולא למחיקת מילה מפרסום קיים שנעשית "מתחת לרדאר" כפי שהיה במקרה דנן (והשוו לסעיף 19(4) לחוק המאפשר להתחשב בתיקון לצורך קביעת שיעור הפיצוי, אם התיקון פורסם " במקום, במידה ובדרך שבהן פורסמה לשון הרע"). עם זאת, לביצוע המהיר של התיקון עשויה להיות משמעות בבחינה כוללת של הגנת "עיתונאות אחראית".

100 דבר

33. פסק דינו של בית המשפט המחוזי מצמצם לטעמי את הגנת "העיתונאות האחראית" אשר מצאה לה מקום משכן בסעיף 15(2) לחוק. התנאים שנקבעו לצורך הגנה זו אינם מצטברים; הפרסום בכללותו התמקד בכך שהקמפיין הפרסומי לא נעשה באמצעות לשכת הפרסום הממשלתית אלא על ידי גורם חיצוני וללא מכרז; הפרסום התבסס על מספר מקורות שהוצלבו לרבות ראיה חפצית כמו הקלטת הישיבה.

עוצמת ההגנה על חופש הביטוי נגזרת, בין היתר, מסוג הביטוי ומאפייניו (הנשיאה ד' ביניש בעניין אפל, עמ' 623-624; הנשיא א' ברק בבג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 686 (1997)). במקרה דנן, ענייננו בפרסום על איש ציבור, שרה בממשלת ישראל, על ידי עיתונות חוקרת שהיא המושא העיקרי להגנת העיתונאות האחראית. בהינתן המבחנים הנוגעים להתנהלות המפרסם ולפרסום עצמו, אני סבור כי עומדת למבקשים הגנה זו.

אשר על כן, לו דעתי תישמע, הערעור יתקבל ובנסיבות העניין כל צד ישא

בהוצאותיו.

ש ו פ ט

לפיכך, הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט ח' כבוב, בכל הנוגע להחזרת הדיון לבית משפט השלום, לגבי טענת העיתונאות האחראית בלבד; תוצאה שאליה הצטרף, מטעמים מעשיים, השופט נעם סולברג.

בנסיבות העניין – לא יעשה צו להוצאות.

ניתן היום, ג' באדר ב' התשפ"ד (13.3.2024).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט