

הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על חיילי צה"ל), התשע"ג-2013:

מיותרת, מזיקה ומחטיאה את המטרה

תמר גדרון ואורי וולובלסקי*

מבוא

חוק איסור לשון הרע¹ הפך בשנים האחרונות לזירת התגוששות רווית אמוציות בה מתכתשים אינטרסים מגוונים – אישיים, פוליטיים, מוסריים, תרבותיים וגם כלכליים. השיח בנושא זה, בין בתי המשפט לבין בית המחוקקים, בין המחוקקים לבין עצמם ובין כל אלו לציבור הרחב משקף קוטביות יוצאת דופן ורווית יצרים. העיתונות הכתובה והמשודרת, האקדמיה וגם "אנשים מהישוב", כותבי המכתבים למערכת העיתונים, בלוגרים וטוקבקיסטים עוסקים כולם בשאלה: מתי ועד כמה צריך להגן על כבודו ושמו הטוב של האדם מחד, ומהו המחיר שיש לשלם תמורת הגנה זו בוותיקור על חופש הביטוי, חופש העיתונות, חופש המידע ואינטרסים נוספים אחרים, אשר חשיבותם מקובלת על הכול, מי יותר ומי פחות, מאידך.

כך, ההצעות להטיל אחריות על בעלי אתרים ברשת המפרסמים תכנים פוגעניים,² להקים קרן שתסייע במימוש זכות הציבור לדעת,³ למנוע שימוש לרעה בהליך השיפוט, ⁴ לחשוף שמות מפרסמים אנונימיים ברשת,⁵ להכיר בהגנת "אמת לשעתה" למפרסם לשון הרע,⁶ להגדיל את תקרת הפיצויים ללא הוכחת נזק ולהוסיף עילת תביעה ברשלנות,⁷ לחייב בקבלת תגובת הניזוק בטרם הפרסום,⁸ להרחיב חובת עדכון בנוגע לפרסומים קודמים,⁹ להטיל פיצוי עונשי על פרסום לשון הרע תוך ניצול מרות,¹⁰ עמדו כולן במרכזם של דיונים ציבוריים לוהטים הן בבית המחוקקים עצמו והן מחוצה לו.¹¹

* פרופ' תמר גדרון, המסלול האקדמי המכללה למנהל והאוניברסיטה העברית בירושלים; עו"ד אורי וולובלסקי, משרד עו"ד כספי ושות'; המחברים מבקשים להודות לרון ליבסון על עזרתו המועילה, ולמערכת כתב העת "חוקים בקצרה" על הערות חשובות ותמיכה מקצועית מרשימה.

¹ התשכ"ה-1965, ס"ח 464 (להלן: "חוק איסור לשון הרע").

² הצעת חוק המסחר האלקטרוני, התשע"א-2011, פ/3418/18, המיישמת את התהליך של "הודעה והסרה".

³ הצעת חוק קרן לאומית להגנה על זכות הציבור לדעת, התשע"ב-2011, פ/3839/18.

⁴ הצעת חוק למניעת שימוש לרעה בהליך משפטי, התש"ע-2010, פ/2403/18 (חוק ה- Strategic Lawsuits Against Public Participants – SLAPP).

⁵ הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – מסירת פרטי גולש בידי ספק שירותי אינטרנט), התשע"א-2011, פ/2816/18; הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מעוול), התש"ע-2010, פ/2476/18.

⁶ הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – המועד הקובע להגנת אמת הפרסום), התשע"ב-2012, פ/4117/18.

⁷ הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – אי ייחוד העילה והוספת סעדים), התש"ע-2010, פ/2584/18; הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 10) (הרחבת סעדים), התשע"ב-2011, ה"ח 415 (להלן: "תיקון מס' 10 לחוק איסור לשון הרע").

⁸ חובה זו מופיעה בחלקו השני של תיקון מספר 10 לחוק איסור לשון הרע – הוספת סעיף 12א לחוק.

⁹ הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – הרחבת חובת העדכון), התשע"א-2011, פ/2872/18.

¹⁰ הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – פיצוי עונשי), התשס"ח-2007, פ/3151/17.

¹¹ יובל יועז "עוינות תקשורת" גלובס 16.8.2011 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000673871; פרוטוקול ישיבה מס' 458 של ועדת חוקה, חוק ומשפט הכנסת ה-18 (10.10.2011); אבנר פינצ'וק "משתיק קול: משפטי דיבה כאיום על חופש הביטוי" האגודה לזכויות האזרח בישראל 22.3.2013 www.acri.org.il/he/?p=25633. מיכאל בירנהק "חשיפת גולשים אנונימיים ברשת" חוקים ב 51 (2010). ראו סקירת מאמרים בעיתונות היומית לדוגמא אבישי עברי "כיצד לא להיות מטומטם, בעניין תיקון חוק איסור לשון הרע" לאטמה – למה שתעצבן לבד www.latma.co.il/article.aspx?artid=5621.

גם הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון- לשון הרע על חיילי צה"ל),¹² הנמצאת כיום בשלבי הכנה לקריאה ראשונה,¹³ גררה, כצפוי, תגובות סוערות, ועוררה דיון מחודש בשאלת ערכי היסוד של החברה הישראלית וההיררכיה הראויה ביניהם.¹⁴

בהערת חקיקה זו ברצוננו לדון, על קצה המזלג, ברקע להצעת החוק, בהסדר המוצע בה ובביקורת עליה, כשמטרתנו הינה לעורר דיון מעמיק ורב היבטים ככל שניתן, כפי שנושא חשוב זה ראוי לו.

מהלך הערת החקיקה יהיה כדלקמן: בחלק הראשון של הערת חקיקה זו נסקור את הדין הקיים ואת האופן בו פרשה הפסיקה את ההסדר החקיקתי בנדון – סקירה זו תבהיר את הרקע והמניעים שהולידו את הצעת החוק; בחלק השני נסקור בקצרה את הרציונל של הצעת החוק וההסדר המוצע בה; בחלק השלישי נמנה את הבעיות הנובעות מההסדר המוצע בהצעת החוק; לבסוף וכהמשך ישיר לדיון בבעיות, נמליץ לזנוח את ההסדר הפשטני שאימצו יוזמי ההצעה ולהתמודד עם הקשיים – שהם תולדת המצב הקיים, ושביטוי להם ניתן למצוא בפסק הדין הקונטרוברסלי בעניין ג'נין ג'נין – באמצעים אחרים.

א. ההגנה על שמה הטוב של קבוצה בחוק איסור לשון הרע: החוק ופרשנותו

סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, כפי שתוקן ב-1967,¹⁵ קובע:

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

הסעיף משקף אמירה ערכית ברורה וכפולת פנים. ראשית, לשון הרע על קבוצה בלתי מאוגדת מבחינה מהותית – חבר בני אדם או ציבור שאינו תאגיד – דינה כדין כל לשון הרע אחרת. הואיל ולפי סעיף 1 לחוק "אדם" הוא לא רק יחיד אלא גם תאגיד, והואיל ולפי סעיף 1 דבר שפרסומו עלול להשפיל "אדם", לבזותו, לפגוע במשרתו או לעשותו ללעז לשנאה ולבוז הוא "לשון הרע" שפרסומו גורר אחריות לפי החוק, כך גם פרסום בעל תוכן כאמור, העלול לפגוע בציבור שאינו תאגיד, מהווה "לשון הרע" כהגדרת החוק ופרסומו אסור.

¹² התשע"ג-2013, פ/1133/19 (להלן: "הצעת חוק חיילי צה"ל"). להצעה זו קדמה הצעת חוק פרטית שהונחה על שולחן הכנסת השמונה עשרה, של חבר הכנסת דני דנון. הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על ציבור), התש"ע-2010, פ/2263/18 שהכירה בקיומה של עילת תביעה אזרחית במסגרת סעיף 4 לפי חוק תובענות ייצוגיות; הצעת הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על ציבור ועל רשויות המדינה), התשע"א-2011, פ/2937/18 של חברי הכנסת יעקב כץ, ציון פיניאן וציון שנלר שגם היא הייתה מכוונת ליצירת עילת תביעה אזרחית בגין השמצת קבוצה לא מאוגדת ובנוסף נקבע בה גם כי דינה של השמצת המדינה כדין השמצתו של תאגיד.

¹³ החלטה 274 (חק/70) של עדת השרים לענייני חקיקה. הצעת חוק חיילי צה"ל אושרה בקריאה טרומית בכנסת: ישיבה מספר 31, ביום 22.5.2013 (יו"ר משה פייגלין). 44 חברי כנסת הצביעו בעד ו-16 חברי כנסת הצביעו נגד. הוחלט להעביר את הצעת החוק לוועדת חוקה, חוק ומשפט. אתר הכנסת www.knesset.gov.il/vote/heb/Vote_Res_Map.asp?vote_id_t=18811. ישיבת הוועדה התקיימה ביום 25.6.2013 **כנסת פתוחה** / oknesset.org/bill/7438/. מטעם היועץ המשפטי התייצבה לדיון המשנה ליועמ"ש לענייני חקיקה אורית קורן והתנגדה לנוסח המוצע.

¹⁴ יוסף תמיר 50 גוונים של חופש הביטוי" מדור "דעות" מעריב 16.5.2013; דור לוינד "למה רק צה"ל" הארץ 10.5.2013; www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2016184; "ח"כ יוסי שטבון" "לתת גב ללוחמים" מעריב – דעות 19.5.2013; www.nrg.co.il/online/1/ART2/470/779.html; מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "יורים ותובעים" מעריב 11.6.2013; www.nrg.co.il/online/1/ART2/479/280.html; חנוך מרמרי "צה"ל נעלב" העין השביעית 8.5.2013; www.the7eye.org.il/62449. ראו גם השיח ברשת מדעי החברה socsci-il@listserv.huji.ac.il.

¹⁵ על גלגוליו של הסעיף, ההיסטוריה החקיקתית והצעות החוק שקדמו לנוסחו הסופי ראו ע"א 8345/08 נתן נ' בכרי, פס' 39-46 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 27.7.2011) (להלן: עניין בכרי בעליון).

שנית, המחוקק מפקיד את מימוש ההגנה המשפטית על קבוצה שאינה תאגיד בידי מי שממונה על שלום הציבור. הגשת תביעה אזרחית או קובלנה פלילית אינה אפשרית ואילו כתב אישום יוגש רק על ידי היועץ המשפטי או בהסכמתו. דהיינו, מבחינת האיזונים שאימץ החוק, פרסום לשון הרע על הקבוצה הוא אסור בדיוק כפי שהוצאת לשון הרע על אדם אסורה. ואולם, ה"התחשבות" המשפטית עם המפרסם מופקעת מידי הפרט או הפרטים או הקבוצה ומופקדת בידי היועץ המשפטי לממשלה.

ודוק. סעיף 4 נכנס לפעולה וחוסם תביעה של קבוצה שאינה תאגיד רק כשמדובר בפרסום שאכן מהווה לשון הרע על הקבוצה הבלתי מאוגדת הזו כ"קבוצה" או כ"חבר". כשלשון הרע יכולה להתפרש כמתייחסת לכל אחד מיחיד הקבוצה, מלכתחילה אין למגבלה שבסעיף 4 נפקות. אם ניתן לזהות בהשמצה הקבוצתית התייחסות לפרטים מסוימים בתוכה כי אז יכול כל אחד מהפרטים המזוהים מתוך הקבוצה להגיש תביעה ככל נפגע אחר שנגדו פורסם תוכן בעל פוטנציאל פגיעה כאמור בסעיף 1 לחוק.¹⁶

מאז חקיקתו של סעיף 4, הפסיקה הישראלית עסקה בסוגיה זו של איתור זהות המושמץ במקרים של השמצת קבוצה במספר רב של פסקי דין. שאלת המפתח הינה תמיד מהו תכנו המדויק של הפרסום המשמיץ וכיצד הוא יובן ויתפרש על ידי אדם ממוצע מן הישוב.¹⁷ המבחנים שאומצו בפסיקה מנסים לאתר גורמים שיסייעו בסיווג הפרסום כפרסום המתייחס לקבוצה כקבוצה או לחלופין, כפרסום המתייחס ליחידה של הקבוצה ולפיכך נופל מחוץ למגבלות סעיף 4. המבחנים המקובלים הינם בעיקר: גודל הקבוצה, אופייה וזהותה, תוכן ההשמצה ומידת חומרתה, מידת ההיכרות של הציבור עם יחידה של הקבוצה, מהות הקשר בין תוכן ההשמצה לזהות הקבוצה, הנסיבות, קהל מקבלי הפרסום ועוד.¹⁸ מקבץ מבחנים אלו, לפיו קובע בית המשפט אם הפרסום מהווה לשון הרע לגבי התובע לפי הגדרת סעיף 1 לחוק, נשען גם על הוראת סעיף 3 לחוק, המשלימה את הוראת סעיף 1. סעיף 3 קובע כי הגדרת פרסום כפרסום שיש בו משום לשון הרע אינו מותנה בכך שינקבו בשם התובע במפורש או במישרין או שיתייחסו אליו באופן ממוקד, ודי שהקשר בין התוכן המשמיץ לבין התובע משתמע מהפרסום או מנסיבות חיצוניות לו. יישום שילוב שני הסעיפים הללו על המקרה שלנו מלמד כי בית המשפט צריך לבדוק אם השמצת הקבוצה כקבוצה ניתנת לייחוס לתובע כפרט בקבוצה באופן יחידי, ומהווה לשון הרע אישית עליו, לפי הנסיבות, התוכן, או האפקט הכללי שיוצר הפרסום.¹⁹

¹⁶ שם, פס' 34 לפסק דינו של השופט דנציגר ופסקי הדין המפורטים בפסקה זו.
¹⁷ כך למשל נקבע כי פרסום המתייחס לשופטי בית המשפט העליון ייחשב כמתייחס לכל אחד מהם, בעיקר מהיותם קבוצה קטנה שיחידה מוכרים בציבור לעומת פרסום המתייחס לדייני בתי הדין הרבניים: שם, פס' 34 לפסק דינו של השופט דנציגר מאזכר את פסק הדין שניתן בע"פ 37/50 שטרנהל נ' היועץ המשפטי, פד"י (1) 119 (1952). פסק הדין ניתן לפני שנקבע הכלל שבסעיף 4 לחוק אך הוא עדיין משמש כאסמכתא לפרשנות שנקבעה בו. דוגמא נוספת ליישום האבחנה מובאת גם היא על ידי השופט דנציגר באותה פסקה בפסק דינו והיא מאבחנת בין פרסום שקובע "השוטרים מושחתים" לבין פרסום שתכנו "השוטרים המכהנים בלשכת ניצב X הם מושחתים". השופט עמית נותן דוגמא של אמירה בגנותם של "ציבור עורכי הדין" לבין אמירה "בגנותם של עורכי דין המעורבים בפרשיה מסוימת". בכרי, עליון, לעיל ה"ש 15, פס' 12 לפסק דינו.
¹⁸ בכרי, עליון, לעיל ה"ש 15 נחלקו השופטים דנציגר ועמית בנוגע למבחן הקונקרטיזציה של הביטוי כמבחן מבדיל בין השמצה קבוצתית לבין השמצה אישית אע"פ שלגופה של תוצאה הסכימו השופטים כי הסרט אינו מתפרש כמתייחס באופן ספציפי לחיילים התובעים. ראו עוד ע"א 698/77 ועד עדת הספרדית בירושלים אגודה עותומנית רשומה נ' ארנון, פ"ד לב(2) 183 (1978); ת"א 1686/00 (מחוזי ת"א) כ"ץ נ' עמותת אלכסדרוני (פורסם בדינים ועוד, 1/6/2003). בר"ע (מחוזי י-ם) 3254/98 צימרמן נ' גרוס (פורסם בדינים ועוד, 27.12.1998); ע"פ (מחוזי ת"א) 2025/92 אבן נ' רוטר, פ"מ תשנ"ד(1) 309 (1993) והמבחנים שנמנו בספרם של

בהמשך, וכהשלמה למבחנים אלו, הפסיקה התלבטה גם בשאלת ההבדל בין "ציבור" לבין "חבר בני אדם שאינו תאגיד".²⁰ לאבחנה זו יכולה להיות נפקות בשני הקשרים. ראשית, לאבחנה יכולה להיות נפקות בשאלה אם ניתן להבין את תוכן הפרסום הקבוצתי כמתייחס באופן פרטני אל התובע כחלק מהמכלול המושמץ או לא. בפסיקה נטען שככל שמדובר ב"ציבור" שגבולותיו בלתי מוגדרים, תהא פחות נטייה לראות את הפרסום כמתייחס לכל אחד מיחיד הציבור ואילו כשמדובר ב"חבר בני אדם" ייתכן שהנטייה להכרה בקיומה של משמעות אישית לפרסום תהיה גדולה יותר. עוד נטען בפסיקה שייתכן שכשהפרסום מתייחס ל"ציבור", לא ניתן יהיה לראות בו מלכתחילה לשון הרע בכלל.²¹ עמדת הפסיקה בשאלות אלו בלתי אחידה;²² שנית, לאבחנה יכולה להיות נפקות נוספת – המבוססת על הנפקות הראשונה – והיא קשורה גם לשיקול דעתו של היועץ המשפטי בהפעלת סמכותו לפי סעיף 4. כאן הטענה היא שרק מיחיד ציבור שאינו מסוים נשללה זכות התביעה האזרחית לפי סעיף 4 ואילו "חבר בני אדם", שהם בגדר ישות מצומצמת ומוגדרת יותר, אינו נכלל מלכתחילה במגבלה של סעיף 4.²³ גם טענה זו תצריך דיון מחודש בעתיד הואיל ובית המשפט העליון לא הכריע בה.²⁴

על רקע המצב המשפטי הזה, תוצר שילובה של עמדת המחוקק השולל עילת תביעה של ציבור או חבר בני אדם שאינו תאגיד, עם המבחנים שעוצבו בפסיקה, שהותירו שיקול דעת רב מאוד לבית המשפט לקבוע אם אכן פרסום המכפיש ציבור או חבר בני אדם שאינו תאגיד ניתן להבנה כמתייחס לכל אחד מיחידיו אישית, התפוצצה פרשת ג'נין ג'נין.

גלגוליה פורטו כבר בעבר ארוכות.²⁵ הסוגיה שהגיעה לפתחו של בית המשפט העליון התמקדה בקליפת אגוז בשאלה האם למערערים, חמישה חיילים שלחמו במחנה הפליטים בג'נין במהלך מבצע "חומת מגן" שנערך בשנת 2002, יש עילת תביעה נגד המשיב, מוחמד בכרי, המפיק והבמאי של הסרט "ג'נין-ג'נין", בגין פרסומים מכפשים הכלולים בסרט שהתבטאו בייחוס מעשים חמורים לחיילים שהשתתפו באותו מבצע.

להליך הזה קדמו פניה לבג"ץ²⁶ שבה התבקש בית המשפט העליון למנוע את הקרנת הסרט, וכן, תביעה אזרחית נגד הסינמטקים שהקרינו אותו.²⁷ החלטת הבג"ץ דחתה את הבקשה למניעת הקרנת הסרט על אף עוצמת הפגיעה ברגשות הגלומה בהצגה הסובייקטיבית של הטיעון

חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובעוז שנור לשון הרע: הדין המצוי והרצוי 129–140 (2005). ראו גם ת"א (מחוזי מר') 6053-08-07 **בן-נתן נ' בכרי** (פורסם בנבו, 26.6.2008) (להלן: **עניין בכרי, מחוזי**).
²⁰ לסיכום המחלוקת בנושא זה ראו **בכרי, עליון**, לעיל ה"ש 15. סוגיה זו לא זכתה להתייחסות הואיל ובית המשפט קבע כי אין לה נפקות לעניין הנדון.
²¹ שם, השופט דנציגר פס' 49 לפסק דינו; השופט עמית פס' 12 לפסק דינו.
²² השופטים דנציגר ועמית עומדים על חוסר האחידות הזו. יש לשים לב שכל אחד מהשופטים כאן ממקם את חשיבות האבחנה בין ציבור לפרטים או קבוצה במיקום שונה על רצף רף ההכרעות בשאלה אם מדובר בלשון הרע אישית או קיבוצית.
²³ סעיפים 62-80 לחוות דעתו של היועץ המשפטי שהוגשה לבית המשפט העליון בתיק **בכרי עליון**, לעיל ה"ש 15.
²⁴ שם, פס' 50 לפסק דינו של השופט דנציגר.
²⁵ לדיון ממצה, מסודר ומעמיק על גלגוליהם של הדיונים המשפטיים בעניין ג'נין ג'נין, על הפער בין "התפיסה המשפטית" שבוטאה על ידי בית המשפט העליון והכשירה את הקרנת הסרט לבין ה"תרבות הכללית" שהתבטאה בעמדת המועצה לביקורת סרטים שפסלה את הסרט להקרנה - החלטה שבוטלה, כידוע, על ידי הבג"ץ יש בה ניצנים של התפיסה שהולידה את הצעת החוק דא עסקינן - ראו דפנה ברק-ארז "על שקרים קולנועיים ואמיתות הסטוריות: בין "קול העם" לקול העם" **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 141, 162 (מיכאל בירנהק עורך, 2006). דניאל פרידמן **הארנק והחרב** 271–277 (2013).
²⁶ **בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח(1) 249 (2003) (להלן: **בכרי בג"ץ**). בקשה לד"נ נדחתה בדג"ץ 10480/03 **בוסידין נ' בכרי** נט(1) 625 (2004).
²⁷ בש"א (מחוזי ת"א) 16581/03 **בן נתן נ' בכרי** (פורסם בתיקדיון, 2.8.2004). כאן הוגשה בקשה לדחיה על הסף שדחתה על ידי השופט אילן שילה.

הפלטטיני כפי שהוצג בו.²⁸ התביעה נגד הסינמטקים הסתיימה בפשרה. היועץ המשפטי, שעד אז מעולם לא פתח בהליך פלילי במקרים מסוג זה,²⁹ החליט גם באותן נסיבות לא לפתוח בהליכים פליליים על אף הלחץ הציבורי, והאפיק היחיד שנותר פתוח בפני החיילים ששירתו בג'נין בעת ההיא ובקשו להגן על כבודם שנפגע, לטענתם, הוא פתיחת הליך אזרחי המבוסס על הפרת חוק איסור לשון הרע. כך הם מצאו עצמם נאבקים לבסס טיעון לפיו הסרט, שתוכן לשון הרע שבו חמור פוגעני ומזיק, מייצר מבחינת הצופה הממוצע אמירה עובדתית המתייחסת לכל אחד ואחד מהם, כמי שניתן לזהותם לפחות על ידי מי שמכיר אותם או את נסיבות שירותם הצבאי. מן הצד השני נטען, בין השאר, שהצופה הממוצע מתרשם שהסרט מתאר קבוצה חסרת פנים ונטולת זהות, וה"חיילים" המוצגים בו הם רק "ציבור" או "חבר בני אדם שאינו תאגיד" בלבד.³⁰ כמוסבר לעיל, אם האפשרות השנייה היא זו המתארת נכונה את המוצג בסרט כי אז אין לחיילים התובעים עילת תביעה.

התביעה שהגישו החיילים בבית המשפט המחוזי נדחתה.³¹ להליך הערעור שהוגש על ידם לבית המשפט העליון החליט היועץ המשפטי להצטרף.³² ואולם, גם הערעור נדחה.

שתי הערכאות אימצו את החלופה השנייה וקבעו כי הסרט אינו מתייחס, במישרין או בעקיפין, לחיילים שתבעו, לא ניתן לזהות לא אותם באופן ספציפי ולא את היחידה בה הם משרתים, והצופה הסביר אינו מייחס את האמירות הקשות שבסרט דווקא אליהם באופן אישי.³³ לכן, על אף הפגיעה התדמיתית במדינת ישראל, בצבא ובקבוצת החיילים שהייתה מעורבת בלחימה בג'נין, ועל אף מורכבות הפרסומים, הוחלט שאין מדובר בהוצאת לשון הרע על מי מהלוחמים באופן אישי.³⁴

סדרת המשפטים הזו ותוצאותיה, הייתה ירית הפתיחה להתארגנות הפרלמנטרית אשר הביאה לניסוחה של הצעת החוק בעניין לשון הרע על חיילי צה"ל, הניצבת במרכז הערת חקיקה זו (להלן: "הצעת החוק" או "הצעת חוק איסור לשון הרע על חיילי צה"ל"). בגיבוש הצעת חוק זו המטרה הייתה להתמודד הן עם ההשלכה של סעיף 4 על פגיעה בשמם ובכבודם של חיילי צה"ל כפרטים והן עם השלכת פרסומים כאלה על מעמדו של צה"ל ומעמדה של המדינה.³⁵ מובן שהצורך

²⁸ ראו בעיקר פס' 4-6 לפסק דינה של השופטת פרוקציה. כמו במקרים קודמים - ראו לדוגמה בבג"ץ 6126/94 סנש נ' יו"ר רשות השידור, פ"ד נגד (3) 817 (1999) - העדיף בית המשפט העליון את חופש הביטוי האמנותי על פני ההגנה על שמם הטוב וכבודם של החיילים.

²⁹ היועץ המשפטי מעולם לא השתמש בסמכותו ומעולם לא פתח הליכים פליליים על פי סמכותו שבסעיף 4. יובל יועץ, "ג'נין – ג'נין – מזוז" גלובס 6.1.2010 <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000528501> ניתן רק להניח שהצעת החוק אולי לא הייתה באה לעולם לו השתמש היועץ בסמכותו במקרה זה.

³⁰ ראו סיכום טענות הצדדים בפני בית המשפט המחוזי על ידי השופט דנציגר בבית המשפט העליון בעניין בכרי, עליון, לעיל ה"ש 15 פס' 4-6 לפסק דינו.

³¹ עניין בכרי, מחוזי לעיל ה"ש 19.

³² מטעמו של היועץ הוגשה חוות דעת עצמאית, ע"י מנהלת המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה חיה זנדברג, שתמכה בעמדת המשפטית של המערערים. ראו יובל יועץ "ג'נין ג'נין – מזוז מזוז" גלובס 6.1.2010 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000528501. היועץ היה נתון לביקורת ציבורית בגין החלטתו לא לפתוח בהליכים פליליים. ראו לדוגמה נעם סולברג "לשון הרע על ציבור" פרשת השבוע 155 (תשס"ד) - www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/155-21.htm. ראו גם מכתבו של אלקס הרטמן, נשיא הארגון הבינלאומי של עורכי הדין ומשפטנים יהודיים (21.5.2009). ההחלטה להצטרף לערעור התקבלה בברכה, ראו עוד תומר זרחין "היועץ שוקל להעמין לדין את בכרי ומקריני 'ג'נין ג'נין' הארץ 9.5.2012 www.haaretz.co.il/news/law/1.1703505. בן כספית "הקרוב בג'נין: קרב גבורה" מעריב-מוספשב 9.1.2010 www.nrg.co.il/online/1/ART2/033/689.html השווו לילך סיגן "לכל הנפגעים: קבלו מראש את התנצלותי הכנה" גלובס 7.1.2010 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000528845. בדיון בהצעת החוק הנוכחית מציג היועץ עמדה הפוכה המתנגדת להצעה. ראו שי דורון "היועץ המשפטי לממשלה מתנגד לחוק 'ג'נין ג'נין' פוגע בחופש הביטוי" Nana10 news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=986794.

³³ עניין בכרי, עליון, לעיל ה"ש 15 בעיקר, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

³⁴ שם, פס' 68 לפסק דינו של השופט דנציגר.

³⁵ בדברי הסבר נאמר, בין השאר: "משמיעה של ישראל המנהלים נגדה מסעות של דה-לגיטימציה בזירה הבינלאומית [...] הצעת החוק מבקשת להכיר בעובדה שצה"ל וחייליו הם ציבור השונה באופן מהותי מכל ציבור אחר במדינת ישראל. ייחודו של ציבור זה נובע

בשינוי הוראות חוק איסור לשון הרע היה מתייטר אילו בתי המשפט היו מאמצים פרשנות מרחיבה יותר של סעיף 4 לחוק, ומאפשרים תביעות של חברי הקבוצה הנפגעת לעיתים מזומנות יותר, אלא שלאור עמדת הפסיקה העקבית לאורך שנים, לאור עמדתם המנומקת ביסודיות של השופטים דנציגר ועמית בעניין בכרי (פרשת ג'נין ג'נין) ובמיוחד לאור הסתייגותו המפורשת של האחרון מאימוץ מבחנים מרחיבים,³⁶ היה, כנראה, ברור ליוזמי הצעת החוק שמגמת הפסיקה לא תשתנה מעצמה בעתיד הקרוב ומי שחפצו להתגבר על התוצאות הנובעות מאותה פסיקה ולשנות את האיזונים שהיא מאמצת יצטרכו לעשות כן באמצעות שינוי חקיקה מפורש.

ב. הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על לוחמי צה"ל) התשע"ג-2013

הצעת חוק איסור לשון הרע על חיילי צה"ל, אותה יזמו חברי הכנסת יוני שטבון, יריב לוין ונחמן שי,³⁷ מבקשת לשלב בנוסח הקיים של חוק איסור לשון הרע, בהמשך לסעיף 4 בו דנו לעיל, את סעיף 4א שנוסחו המוצע הינו כדלקמן:³⁸

"לשון הרע על לוחמי צבא ההגנה לישראל" –
"על אף האמור בסעיף 4, יש בלשון הרע על פעילות מבצעית של לוחמי צה"ל עילה לתובענה אזרחית."

כאשר לפי הצעת החוק, תובענה מכוח סעיף זה תוגש בהתאם לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות"), כשלצורך כך מוצע לערוך תיקון בחוק תובענות ייצוגיות:

"תיקון חוק תובענות ייצוגיות: בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006 בתוספת השנייה, בסופה יבוא:
14. תביעה נגד מפרסם לשון הרע על פעילות מבצעית של לוחמי צבא ההגנה לישראל לפי סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965."

בדברי ההסבר מדגישים המציעים שתי נקודות עקרוניות. ראשית, כי לוחמי צה"ל הם ציבור שונה באופן מהותי מכל ציבור אחר במדינת ישראל. זאת, בגלל חשיבות מעמדו של צה"ל בעולם, הפגיעה החמורה שנגרמת לישראל בשל ההאשמות הכוזבות המופנות כלפיו והפגיעה החמורה הנגרמת לחיילים באופן אישי כשנשללת מהם האפשרות להגן על שמם הטוב. שנית, כי הפגיעה בחופש הביטוי על ידי התיקון המוצע היא מידתית וסבירה. התיקון אינו פוגע בשיקול דעתה הרחב של המדינה בכל הקשור לניהול הליך פלילי נגד המפרסם לשון הרע והוא מתייחס אך ורק לזכותו של הפרט לנהל תביעה נגד מי שפגע בשמו הטוב.

הן מחשיבות מעמדו של צה"ל בעולם ומהפגיעה החמורה שנגרמת לישראל בשל ההאשמות הכוזבות המופנות כלפיו [...] אשר על כן, הצעת החוק מבקשת להוסיף לחוק איסור לשון הרע סעיף נוסף המאבחן את צה"ל מכל ציבור אחר, וקובע כי ניתן להגיש תביעה אזרחית בשל פרסום לשון הרע על צבא ההגנה לישראל".
³⁶ עניין בכרי, עליין, לעיל ה"ש 15 פס' 15 לפסק דינו של השופט עמית.
³⁷ ראו גם הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על צה"ל), פ/759/19, המהווה הצעת חוק דומה אשר הונחה על שולחן הכנסת ה-19 על ידי חבר הכנסת שטבון.
³⁸ ח"כ 2054 (להלן: "חוק תובענות ייצוגיות").

ניכר שההסדר המוצע מכוון לממש את המטרה הכפולה שבאה לידי ביטוי בשתי תפיסות היסוד העקרוניות הללו וליישמו באופן מיטבי במסגרת סדרי הדין המקובלים והמוכרים כדלקמן:

הגם שהצעת החוק – הן מבחינת התפיסה המיוצגת בה והן מבחינת התוצאות אותן היא רוצה להשיג – אמורה לשנות את האיזון העדין שהושג בחוק ובפסיקה בין ההגנה על השם הטוב וחופש הביטוי, על ידי עצם יצירת עילת התביעה החדשה, היא אינה מכוונת לשנות את תפיסת העולם אותה מייצג העיקרון הקבוע בסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע. היא גם לא תשנה את האיזונים שיושמו בו ואת המבחנים שאומצו בפסיקה לפרשנות תחולתו. גם אם תתקבל הצעת החוק, הפרטים הנמנים על הקבוצות הבלתי מאוגדות שהחוק מנע מהם את האפשרות לתבוע יוותרו ללא סעד אישי. סמכות הפעלת ההליך הפלילי תיוותר בידי היועץ המשפטי ושלוחיו. סעיף 4 המוצע יגביל את חופש הביטוי לגבי הקבוצה המוגדרת בו והנסיבות המנויות בו בלבד;

כמו כן, הצעת החוק בוחרת לייחד הסדר יוצא דופן לגבי חיילי צבא ההגנה לישראל כקבוצה וכבודדים. ההצעה מעניקה לכל אחד מהם את הזכות להגיש תביעה על פי חוק תובענות ייצוגיות בגין פרסום שמהווה לשון הרע על פעילות מבצעית של לוחמי צה"ל. כך, אף על פי שמדובר בפרסום לשון הרע המתייחס לחיילי צה"ל בכלל או לקבוצה מביניהם, ואף על פי שלא ניתן לחלץ מהפרסום אמירה פרטנית לגבי חייל כזה או אחר, הצעת החוק קובעת שהתובע (החייל) יגיש את תביעתו כנציג הקבוצה ויתבע בשמה את עלבונם של חיילי צה"ל ששמן נפגע בהקשר לפעילות מבצעית בה היו מעורבים בעת שירותם הצבאי.

לכך יש להוסיף את השינוי בחוק תובענות ייצוגיות שמשלים הלכה למעשה את הפרוצדורה על פיה מתממשת זכות התביעה האישית של כל אחד מחיילי הקבוצה שהושמצה. על פי הצעת החוק כל מי שיש לו עילה או עניין בתביעה שמעוררת שאלות מהותיות של עובדה או משפט המשותפות לכלל החברים הנמנים עם הקבוצה, יוכל לתבוע בשם אותה קבוצה.³⁹ יובהר, כי התובענה הייצוגית הזו טעונה אישור בית המשפט.⁴⁰

עם פרסום הצעת החוק קמה צעקה ציבורית. העיתונות, הבלוגרים, הציבור (בעיקר באמצעות מכתבים למערכת) – הפכו למשפטנים לרגע, כשאף האקדמיה התגייסה להחליף דעות, שחלקן הביעו עמדות פוליטיות קוטביות וחלקן הגבילו עצמן לשיח משפטי מדויק ומקצועי בלבד.⁴¹ לשיח חשוב זה, על מכלול הדעות שהובעו בו, ננסה לתרום מספר הבהרות בנוגע לפרטי ההסדר המוצע ולאופי הכלים אותם הוא מאמץ, נעלה מספר כשלים לוגיים העומדים, לדעתנו, בבסיסו, ונאיר מספר קשיים משפטיים שעיימם יהיה על תומכיו להתמודד בהמשך.

³⁹ ס' 2-4 לחוק תובענות ייצוגיות.

⁴⁰ ס' 8 לחוק; האישור ניתן כשבית המשפט משתכנע בקיומה של שאלה משותפת, שסביר שתוכרע לטובת הקבוצה, כשניהול ההליך כתובענה ייצוגית הוא יעיל והולם ויש להניח שינוהל בתום לב.

⁴¹ חנוך מרמרי "צה"ל נעלב", לעיל ה"ש 14. ראו גם "הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על לוחמי צה"ל), התשע"ג-2013" (חוות דעת של עו"ד אבנר פינצ'וק מטעם האגודה לזכויות האזרח בישראל לחברות וחברי הכנסת) 21.5.2013 www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/05/leshon-hara1.pdf המסתיימת במילים: "הצעת חוק ג'נין ג'נין היא מסוכנת ולא דמוקרטית ואנו קוראים לכנסת להימנע מלחוקק אותה". רשת מדעי החברה socsci-il@listserver.huji.ac.il הייתה גם היא פעילה במיוחד, והובעו בה עמדות מנוגדות, מגוונות, פוליטיות ומשפטיות על ידי בכירי האקדמיה הישראלית העוסקים בנושא.

ג. הכשלים והקשיים שמעוררת ההצעה

מפאת ריבוי התהיות שהצעת החוק מייצרת, מורכבות הויכוח הערכי המלווה אותה והקשיים המשפטיים – מהותיים ופרוצדוראליים – שהיא מעוררת, ובגלל היקפה המוגבל של הערת חקיקה זו, נסתפק בהצגת הביקורת על ההצעה באופן נקודתי בלבד. כל אחת מהסוגיות שלהלן מחייבת, כמובן, דיון ועיון מעמיק הן כשלעצמה והן בהקשר למכלול שלהלן.

את נקודות הביקורת על ההצעה ניתן לחלק לכמה סוגים עיקריים.

ראשית, ביקורת על הבחירה הערכית שעומדת בבסיס ההצעה. כאן יש מקום לשאול האם בכלל ראוי ומתאים לייצר הסדר מיוחד לצורך הגנה על שמם הטוב של חיילי צה"ל המעורבים בפעילות מבצעית בכלל ובהשוואה לציבור אחר שההסדר החדש אינו חל עליהם והם יוותרו חשופים להשמצות קולקטיביות בפרט. בנוסף, עולה גם השאלה האם בכלל ראוי להפוך את חיילי צה"ל לשלוחיה של המדינה שיעמדו על משמר הגנת שמה הטוב ותדמיתה בארץ ובעולם. על פי לשונה המפורשת של הצעת החוק זוהי אמנם רק תוצאת משנה של ההסדר המוצע, אולם דברי ההסבר המלווים את ההצעה אינם מותירים ספק, לדעתנו, באשר לכובד משקלה בעיניהם של מצעיה.⁴² כרקע לסוגיות אלו עומדת, כמובן, התמיהה הבסיסית אודות פוטנציאל הפגיעה המהותית שהצעת החוק עלולה לייצר לגבי חופש הביטוי בישראל ושינוי האיזונים המקובלים להם הוא כפוף, בסוגיה שמעצם טיבה וטבעה עומדת במרכז השיח והעניין הציבורי בישראל.

שנית, ביקורת על אופיו המשפטי של ההסדר המוצע. כאן מתמקדים סימני השאלה בדרך בה בחרו מי שהשיבו בחיוב על מקבץ ההערות שלעיל ליישם את הבחירה הערכית שלהם. יש מקום לשאול מדוע בחרו להגן על שמה הטוב של המדינה, הצבא והחיילים המעורבים בפעילות מבצעית במהלך שירותם דווקא במסגרת חוק איסור לשון הרע ולא העדיפו להתמודד באופן ישיר עם הבעיות האמתיות של השמצת המדינה, צבאה וחייליה באמצעים אחרים – חינוכיים, הסברתיים ופוליטיים, למשל. מדוע מיקמו את המאבק דווקא בחוק שתכליתו, מהותו, והמבחנים על פיהם הוא מיושם אינם תואמים במהותם את המטרה שלפי דברי ההסבר הנלווים להצעה מנסים יוזמיה להשיג.

שלישית, ביקורת על הבחירה בשילובם של חוק איסור לשון הרע וחוק תובענות ייצוגיות כפתרון כולל לקושי במצב המשפטי הקיים כפי שתואר לעיל. הביקורת מתייחסת הן למהות והן לפרוצדורה שבהסדר המוצע.

1. על הבחירות הערכיות של המחוקק

המחוקק הישראלי הכריע כבר בשנת 1967,⁴³ לאחר שוועדה מיוחדת בדקה את הנושא,⁴⁴ כי ציבור שאינו מאוגד אינו זכאי לממש את זכותו לשמו הטוב באמצעות חוק איסור לשון הרע. זוהי בחירה

⁴² דברי ההסבר חוזרים ומתייחסים ל"משמיעה של ישראל", ל"דה לגיטימציה בזירה הבינלאומית", "מעמדו של צה"ל בעולם והפגיעה החמורה שנגרמת לישראל" וכו'. גם קריאת דברי ההסבר כמכלול לא יכולה להותיר ספק, לדעתנו, בכך שהמטרה של הגנת שמו של צה"ל והגנת שם המדינה הם שעמדו במרכז החשיבה הפרלמנטרית שהולידה את ההצעה.
⁴³ חוק לשון הרע, (תיקון) התשכ"ז-1967 סה"ח 508, 133.

מושכלת של נקודת האיזון המועדפת על המחוקק בין חופש הביטוי לבין ההגנה על כבוד האדם וכבודו של חבר בני אדם. חופש הביטוי חופש העיתונות, חופש הביקורת וחופש המידע, שכולם, כידוע, משקפים ערך חוקתי מוכר במשפט הישראלי,⁴⁵ יצאו כאן וידם על העליונה.

בחירה ערכית זו, שמשאירה את ההגנה על כבודם של ציבורים בלתי מאוגדים, לעיתים קבוצות מיעוטים נטולי מעמד משפטי, בידי המדינה באופן בלעדי, אינה מובנת מאליה ואינה נקייה מספקות.⁴⁶ העמדה האחרת, שבחלקה באה לידי ביטוי בהצעת החוק היא פחות נחרצת. לגרסתה, הגם שההליך הפלילי באמת מתאים יותר להתמודדות עם פרסומים מן הסוג הזה, בגלל האופי הציבורי של הפגיעה שהם מייצרים,⁴⁷ אין כל הצדקה לשלול מחברי קבוצה בלתי מאוגדת את היכולת לממש את זכויותיהם גם באמצעות המשפט האזרחי. עמדה זו בוטאה כבר בעבר לא אחת ויש לה עדיין תומכים, ולא רק בין יוזמי הצעת החוק שלפנינו.⁴⁸

לעמדתנו, הבחירה שבאה לידי ביטוי בהצעת החוק היא בעייתית בעיקר בגלל היותו של ההסדר שהיא מציגה נקודתי בלבד ולכן גם נעדר ביסוס ערכי משכנע. הצעת החוק שבפנינו מיועדת לשנות, לפחות חלקית, את הבחירה הערכית האמורה של המחוקק, והיא עושה זאת בדרך שהיא בעיינו הקלה והפשטנית ביותר, כפי שיוסבר להלן. היא מכפיפה ביקורת על חיילי צה"ל ועל פעילות מבצעית של צה"ל – לחוק איסור לשון הרע, מקנה לכל אחד מחיילי הקבוצה עליה פורסמה לשון הרע אמצעי משפטי קל וזמין, יחסית, למימוש ההגנה שמקנה ההצעה ומפקידה אותו בידי החיילים עצמם. בו-זמנית היא אינה תוקפת את עצם הבחירה שלא לאפשר לציבור בלתי מאוגד לפתוח הליך אזרחי – בחירה שבהחלט ניתן לתקוף עקרונית כמפורט לעיל – אלא "מסתפקת" ללא הסבר משכנע, לדעתנו, בהסדר נקודתי – רצוף כשלים לוגיים, כפי שנראה בהמשך – המאפשר רק לקבוצה הנבחרת על ידה, חיילי צה"ל, לפתוח בתביעה ייצוגית בשם קבוצת נפגעי הפרסומים המכפישים. לא ברור מחד מדוע שודרגה רק ההגנה על החיילים ומאיך מדוע נבחרה דווקא קבוצה זו ולא קבוצות אחרות שיש נימוקים לא פחות משכנעים, לכאורה, לשדרג את ההגנה עליהן על פי רציונל דומה.⁴⁹

⁴⁴ וועדה בראשותו של שופט בית המשפט העליון וויתקון. בוועדה התגלעו חילוקי דעות לגבי ההסדר הרצוי בסוגיה זו. ראו סקירת גלגוליו של התיקון, בכרי, עליון, לעיל ה"ש 15 פס' 39–46.

⁴⁵ ראו אהרון ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כד (תשנ"ז); אהרון ברק "חופש הביטוי כזכות חוקתית" מבחר כתבים א 561 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, תש"ס). הלל סומר, דן אדר עמית אלימן "הזכות החוקתית לחופש מידע" (המרכז הבינתחומי הרצליה) meida.pdf 23.6.2005. 8-2831/95 אלהב נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996). השוו רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין (פורסם בנבו, 26.12.2011); להשוואת יסוד הכוונה בעבירה הפלילית שבחוק איסור לשון הרע ראו רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נ(6) 554 (2005). היוכוח הערכי שהתגלע בין חברי וועדת ויתקון בשנת 1966 והדיון בכנסת על מסקנות וועדת ויתקון ועל החלופות לניסוח סעיף 4 משקפים את מגוון הדעות מחד ואת הסכמת הרוב לעדיפות ההסדר הפלילי גם אם לא כהסדר בלעדי. דברי כנסת 48, עמ' 2015–2021 (התשכ"ז)

⁴⁶ במקרה של ג'נין ג'נין בחר היועץ המשפטי דווקא להצטרף לערעור האזרחי שהגישו החיילים לבית המשפט העליון.
⁴⁷ ראו לדוגמה גם ס' 144 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226 ופרשנותו בע"פ 2831/95 אלהב נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996). השוו רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' בן חורין (פורסם בנבו, 26.12.2011); להשוואת יסוד הכוונה בעבירה הפלילית שבחוק איסור לשון הרע ראו רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נ(6) 554 (2005). היוכוח הערכי שהתגלע בין חברי וועדת ויתקון בשנת 1966 והדיון בכנסת על מסקנות וועדת ויתקון ועל החלופות לניסוח סעיף 4 משקפים את מגוון הדעות מחד ואת הסכמת הרוב לעדיפות ההסדר הפלילי גם אם לא כהסדר בלעדי. דברי כנסת 48, עמ' 2015–2021 (התשכ"ז)

⁴⁸ ראו גנאים, קרמניצר ושנור לשון הרע: הדין המצוי והרצוי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 127–142, 248–252 על הגנת תאגיד, קבוצה, חבר בני אדם ממבט השוואתי. בהצעת החוק המוצעת על ידי המחברים נותר העיקרון שבסעיף 4 לחוק כמעט כלשונו. שם בעמ' 429.

⁴⁹ כך, למשל, אם המטרה היא להגן, בין השאר, על תדמית המדינה, לא ברור מדוע זכו רק חיילי צה"ל בהגנה ואילו שוטרי משמר הגובל, המשמר האזרחי, שוטרי משטרת הגבולות וציבורים אחרים שהתנהלותם משליכה ישירות על תדמית המדינה- לא זכו בפריבילגיה דומה.

את הסיבות לביקורת זו על הבחירות של מנסחי ההצעה נמנה מהקלה אל הכבדה. ראשית, הבחירה המודעת והמוצהרת⁵⁰ להפוך את חיילי צה"ל, לפחות בעקיפין, ולפחות כתוצר נלווה של ההסדר, לשומרי התדמית של המדינה וצבאה באמצעות הפעלת הליך משפטי אישי אזרחי, לא רק שניתן לתהות על ההיגיון שבה,⁵¹ אלא שהיא גם חסרת תקדים, כנראה בדיוק בשל חוסר הגיונה.⁵² יתר על כן, ההליך באמצעותו אמורה שמירת התדמית הזו להתבצע מנוגד למושכלות יסוד. פתיחת הליך אזרחי ייצוגי של המשרתים בצבא המדינה שיישקף את הפגיעה בשמם הטוב כשהמטרה הלא פחות חשובה למנסחי ההצעה היא לשמור על שמה הטוב של המדינה, הוא לא רק עיוות בסיסי של תפיסת היחס המקובל בין הפרט למדינה אלא הוא גם נלעג מבחינת התוצאה ההפוכה – פגיעה בתדמית המדינה – שהוא יכול לגרום. למדינה ולצה"ל ארסנל לא מבוטל של מהלכים ואמצעים בהם הם יכולים להיעזר כדי למנוע פגיעה תדמיתית גם במישור הלאומי וגם במישור הבינלאומי. אין צורך להפעיל לשם כך את החיילים המושמצים שילחמו באופן אישי, במישור המשפטי. בעיקר כשלפי פרשנותם הנכונה של הפרסומים המכפישים עליהם חל סעיף 4, אין בהם התייחסות ספציפית לחיילים עצמם באופן אישי.⁵³

שנית, אם כבר בחרו מנסחי ההצעה להחריג מההסדר שבסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, קבוצה אחת של מושמצים פוטנציאליים – החרגה שאין בה פסול כשלעצמה בתנאי שיש בה ובתוצאותיה הגיון משכנע – מדוע רק חיילי צה"ל ולא כל קבוצת משרתי ציבור אחרת? תדמיתה של מדינה נבנית ונסמכת לא רק על הביצועים של צבאה והיא עלולה להיפגע לא רק במסגרת פעילות צבאית שמבצע צה"ל דווקא. שופטים צבאיים, מערכת המשפט בכלל, מערכת הרפואה הציבורית, מערכת החינוך, המשטרה ואחרים, כולם מעורבים מידי יום בפעילות שהצגתה המעוותת בפומבי עלולה לגרום למדינה נזק תדמיתי רב, בדיוק מהסוג שדברי ההסבר להצעה מתייחסים אליו. נזק תדמיתי יכול להיות אף גדול בנסיבות מסוימות מהנזק המבוצע על ידי צבאה של מדינה המצויה במצב של מלחמה מתמדת, שהוא הנזק שעומו באה הצעת החוק להתמודד. הענקת תביעה דווקא לחיילים ורק להם כמממשי כבודה של המדינה היא, לכן, בעייתית, הן מההיבט הכללי של הרציונל שבבסיס הכלל שבסעיף 4 והן מההיבט הפרטני של החרגה ממנו לטובת החיילים בלבד.

שלישית, אם כבר החליטו המציעים שיש להגן על כבוד החיילים, הן כפרטים והן כקבוצה, ובאמצעותם להגן גם על כבוד המדינה, מדוע הסתפקו בהגנה על פרסומים המכילים תכנים המוגדרים כ"פעילות מבצעית" בלבד ובחרו לא להרחיב את תחולת התיקון לכל פרסום שפוגע בכבודם של חיילי צה"ל ככאלה, בכבוד הצבא ובכבוד המדינה בנפרד ובמאוחד? כך לדוגמא, לאחרונה אנו עדים לעריכת תחרות ציורי ילדים מהמגזר החרדי בנושא התגייסות מרצון של חרדים לצבא. מדובר בקמפיין האמור להציג את המתגייסים באור שלילי ולהזהיר מתגייסים פוטנציאליים

⁵⁰ ראו דברי ההסבר להצעת החוק לכל אורכם. יש בהם שילוב בלתי נפרד בין הרצון להגן על תדמית החיילים לבין הרצון להשיג באמצעותם הגנה על תדמית המדינה בארץ ובעולם.

⁵¹ ההצדקה הרווחת לקיומן של מסגרות חברתיות ולאומיות היא, בין השאר, בכך שהמדינה, הקבוצה, הקהילה אחראית לרווחת פרטיה ולא להיפך, לפחות בהקשר לתחום בו נוגעת הצעת החוק.

⁵² ראו והשוו הצעת חוק איסור פרסום גזעני, הסתה לגזענות ורישום גזעני במסמכי תאגיד, התשע"ב-2011, פ/3625/18. ההצעה לא הבשילה לחוק. בשתי ההצעות הכשל הלוגי זהה, בעינינו.

⁵³ שאחרת הייתה לכל אחד מהחיילים עילת תביעה לפי סעיפים 1 ו-3 לחוק איסור לשון הרע כפי שהוסבר לעיל. זו גם הייתה התוצאה, כזכור, בעניין בכרי עליון, לעיל ה"ש 15.

מפני גיוס לצבא. המתגייסים מכונים "חרדקים" והמלל הנמוך והגזעני שמלווה את הצוירים ("פשווקוילים"), ללא ספק גורם (ולא רק "עלול לגרום" כלשונו של סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע) לפגיעה בכבודם של המתגייסים.⁵⁴ אם כך, מדוע לא ניתן יהיה לתבוע את עלבונה של הקבוצה הזו של מתגייסים חרדים – בהנחה שכבוצה הפרסום לגביה נכנס לסעיף 4 ואינו מהווה פרסום אישי על כל אחד ואחד מיחידה – ואת עלבונה של הצבא ועלבונה של המדינה במסגרת התיקון של סעיף 4א החדש?⁵⁵

מקבץ נקודות הביקורת שלעיל מתלכד בסופו של דבר בדיון העקרוני המתבקש כאן במידת הפגיעה בחופש הביטוי שמייצרת הצעת החוק. זוהי, ללא ספק, הנקודה החשובה מבין הסוגיות הערכיות שהעלינו. תחמת גבולותיו של חופש הביטוי ומידת הגבלתו מול הזכות לכבוד – של הפרט, הקבוצה, הצבא והמדינה – רלבנטית בשני הקשרים לנושא שלנו. ראשית, בהקשר של הצעת החוק עצמה. ההצעה מייצרת איזון שונה בין הזכות לכבוד לבין חופש הביטוי. כשהיא מאפשרת תביעה אישית או ייצוגית לכל אחד מחיילי הקבוצה היא מצמצמת את חופש הביטוי של מי שמפרסם תכנים בגנות הקבוצה. שנית, בהקשר של חלק מטענות הביקורת שהועלו לעיל. לדוגמה, הביקורת על כך שההצעה הוגבלה לחיילי צה"ל בלבד ולא לקבוצות אחרות, דוגמת החרד"קים, או שופטים או רופאים צבאיים, תיתקל בתשובה המובנת מאליה כי ההצעה היא "רע במיעוט", והטענה שהמגבלה של "פעילות מבצעית" אינה הגיונית בגלל פוטנציאל הפגיעה הקיים גם בפעילויות שאינן דווקא "מבצעיות", יכולה להיענות בכך שההגנה על החיילים אינה צריכה להיות גורפת אלא נקודתית בלבד על מנת לא לפגוע יתר על המידה באיזון הרצוי בין ההגנה על השם הטוב של החיילים לבין חופש הביטוי. שני הקשרים אלו של הדיון בגבולות חופש הביטוי מבטאים כאן גם את הטיעון בעד ההצעה ומאידך גם את הטיעון המגביל אותה לגבולותיה המצומצמים מלכתחילה.

כפי שטענו לעיל, לדעתנו, אין לפסול על הסף דיון עקרוני מחודש על ההסדר שבסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, לא באופן כללי ולא באופן נקודתי לגבי קבוצות מסוימות ומוגבלות. העובדה שהצעת החוק מכרסמת בחופש הביטוי ומסיטה את נקודת האיזון לכיוון הגנה מוגברת יותר על כבוד האדם אינה מספיקה כדי לפסול אפריורי את ההצעה.⁵⁶ עם זאת, הנימוקים שניתנו כאן לפגיעה בחופש הביטוי – הצורך בהגנה על החיילים כפרטים ודרכם על הצבא והמדינה – כפי שהם

⁵⁴ בדברי ההסבר נאמר כסיומם: "הקמפיין מתחלק לשניים - תחרות בה ישתתפו קריקטורות "מקצועיות" הלוועגות לחיילים חרדים, וכן ציורי קומיקס שהמובחרים שבהם יזכו להפצה ולפרסום נרחבים בריכוזים של חרדים ברחבי הארץ". ראו ארי גלהר "המאבק בגיוס: תחרות ציור נגד חיילים חרדים" **מעריב NRG** 12.6.2013 www.nrg.co.il/online/54/ART2/479/629.html?hp=54&cat=869&loc=70. ראו המשך דיווח באריק בנדר "התעמולה החרדית נגד חיילים – כמו ב'דר שטרימר'" **מעריב NRG** 1.7.2013 www.nrg.co.il/online/1/ART2/485/647.html?hp=1&cat=404&loc=10; אריק בנדר "יוזמה: חוות חקלאיות למשתחררים חרדים" **מעריב NRG** 2.7.2013 www.nrg.co.il/online/1/ART2/485/958.html?hp=1&cat=875.

⁵⁵ לשאלות אלו תשובה אפשרית כפולה: ראשית, ניתן כמובן, לטעון שהרחבת מגוון הקבוצות המוגנות באמצעות הצעת החוק יפגע באופן לא מידתי בחופש הביטוי. לטענה זו אתייחס בהמשך. שנית, ניתן, כמובן להעלות כאן גם את הטיעון כי מדובר כאן בחופש ביטוי אמנותי שלגביו- כמו גם בעניין **בכרי בג"ץ**, לעיל ה"ש 26 יהיה מי שיסברו שהן התחרות והן הצוירים ודברי הבלע המלווים אותם ראויים להגנה. ראו עניין **סנש**, לעיל ה"ש 28.

⁵⁶ על חופש הביטוי ומגבלותיו ראו אהרון ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" **משפטים** כז 223 (1996). היוכוח על מעמדו של חופש הביטוי עדיין נמשך כיום בבית המשפט העליון כפי שמסתבר מעמדותיהם של השופטים בעניין **דיין**, לעיל ה"ש 45. ייתכן שסוגיה זו תתבהר בהמשך עם מתן החלטה בדיון הנוסף שהוגש באותו עניין.

מופיעים בדברי ההסבר, אינם משכנעים דיים במידתיות שננקטה בהם ובעדיפות ההסדר המוצע על הסדרים אפשריים אחרים.

חלופות פחות פוגעניות מההיבט של חופש הביטוי, שיכולות לבוא בחשבון לטובת הגנת קבוצות בלתי מאוגדות בכלל וחיילי צה"ל בפרט, לא נשקלו או לפחות לא גובשו ופורסמו כהצעת חקיקה. ניתן, למשל, להגמיש את דרישות הסף של סעיף 4 ולנסח מחדש את רמת מעורבותו של היועץ המשפטי גם בתחום האזרחי. אפשר לשקול הענקת זכות תביעה לקבוצות לא מאוגדות באישור ובפיקוח גורם ציבורי כחלופה וכתוספת ליועץ המשפטי. אפשר להעביר את מרכז הכובד דווקא אל ההסדרים הפליליים שבחוק העונשין ולהגן על כבוד החיילים באמצעות הליך פלילי שהמדינה היא זו היוזמת אותו ושמבטא באופן מיוחד את האינטרס הציבורי העומד מאחורי הגנה זו. נראה לנו כי הגנת החיילים, הגנת הקבוצה, הגנת צה"ל והגנת שמה של המדינה, בייחוד במקום שהשמצת הקבוצה אינה מתפרשת כהשמצת כל אחד מיחידה, צריכה להתמקד באקטיביזם ציבורי ולא באקטיביזם פרטי כמו זה המשתקף בהצעת החוק.⁵⁷ הפגיעה בחופש הביטוי, העלולה להיגרם ממימוש החלופות הללו, היא קטנה יותר, כשהמטרה, שעניינה בהגנת כבודם של חיילי צה"ל, מושגת במידה לא פחותה מההגנה שאותה מקדמת הצעת החוק.⁵⁸ הקניית עילת תביעה אישית וייצוגית לכל חייל שנפגע מפרסום פוגעני, פוגעת יתר על המידה בחופש הביטוי ובענייננו אין לה, לפיכך, הצדקה.

זו גם התשובה המתבקשת לטיעון ה"הפוך": כזכור ביקרנו את המינימליזם שבהסדר המוצע שלא הלך צעד נוסף קדימה ולא כלל "ציבורים" נוספים (ולא רק חיילי צה"ל) ונסיבות נוספות (ולא רק פעילות מבצעית), בהצעת החוק. במענה לביקורת זו יהיה מי שיטענו כי כל הרחבה נוספת של עילת התביעה האישית/ייצוגית עלולה לגרום לפגיעה גדולה יותר בחופש הביטוי מהפגיעה הקיימת בהצעה בנוסחה הנוכחית. תשובתנו לכך היא כי הסדרים חלופיים, שחלקם נמנו לעיל, יכולים לפתור הן את הבעיה העקרונית של הגנה על קבוצות ויחידה מחד, והן לדאוג שזכויות התביעה הקבוצתיות/אישיות תהיינה מוגבלות, מתוחמות וכפופות לשיקולים ציבוריים, כך שחופש הביטוי לא יפגע למעלה מהראוי והנדרש להגנה על שמם הטוב של הזכאים להגנה כנ"ל, מאידך. ולכן, כשם שלא שוכנענו בנחיצות ההסדר המוצע ברמה העקרונית, כך גם לא שוכנענו שהמגבלות הכלולות בו מוצדקות או סבירות.

אנו סבורים שהדרך שבה בחרו מנסחי הצעת החוק לשנות את ההסדר שבסעיף 4 אינה משקפת איזון נכון בין הערכים המתמודדים כאן על הבכורה ואין בה מענה אמיתי לבעיות הערכיות שנמנו לעיל. תוכן ההסדר המוצע והבחירה בין החלופות השונות להגנה על שמם הטוב של חיילי צה"ל כפרטים – נראה לנו כתרופה בעייתית לפצע שיצרה, ההתנהלות המשפטית בעניין ג'נין ג'נין. הצעת החוק ודברי ההסבר הנלווים אליה אינם מצליחים לשכנע שהפגיעה שתיגרם לחופש הביטוי,

⁵⁷ על חלופות אלו ואחרות ראו Tamar Gidron, *Group Libel in the age of cultural and technological* (forthcoming 2014).
⁵⁸ דברי ההסבר המלווים את הצעת החוק מתייחסים לשינוי האיזון לרעת חופש הביטוי רק בהקשר נקודתי אחד הנוגע לאי פגיעה בשיקול דעת המדינה בכל הנוגע להליך הפלילי. זה, כמובן, אינו הנושא העומד במרכז שחחם של הדוגלים בהגנה מירבית על חופש הביטוי.

לחופש העיתונות, ולדין החופשי בכיכר העיר מוצדקת וכי הערכים אותם בא ההסדר המוצע לקדם עולים בחשיבותם על אלו בהם הוא עלול לפגוע.

2. חוסר ההלימה בין המהות והמטרה של חוק איסור לשון הרע לבין מטרת הצעת החוק

חוק איסור לשון הרע מיועד בבסיסו להגן על השם הטוב והכבוד האנושי, הפרטי והאישי של כל אחד מיחידה של החברה הישראלית.⁵⁹ על משמעותו ומורכבותו של כבוד זה כבר נכתב רבות.⁶⁰ הכבוד האנושי משקף קניין, מעמד (סטטוס), מוניטין מסחרי, שם טוב עסקי, הוויה אנושית ייחודית (יש המגדירים אותו כ"מותר האדם מן הבהמה"),⁶¹ אך בעיקר הוא משקף כבוד חברתי. הוא מייצג את הערך שיש ליחיד בעיני הקהילה אליה הוא משתייך. מיקומו בסולם הערכי של חברת הייחוס שלו.⁶² ההגנה של מרבית שיטות המשפט המודרניות על כבודו של תאגיד, שלעיתים היא הגנה חלקית בלבד,⁶³ היא תופעה נלווית שעלולה לייצר לא אחת קושי בהחלת הוראות החוק ותפיסות היסוד שלו על ישויות משפטיות מלאכותיות. הוויכוח על זכותו של תאגיד לפיצויים ללא הוכחת נזק במשפט הישראלי היא רק דוגמא אחת לקשים שהכללת "תאגיד" בהגדרת "אדם" בחוק איסור לשון הרע מייצרת.⁶⁴

שדרוגה של ההגנה על הכבוד והשם הטוב האנושי-חברתי שבחוק איסור לשון הרע לדרגת הגנה חוקתית באמצעות שילובה גם בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו,⁶⁵ מדגיש גם הוא פעם נוספת את אופיו המיוחד של ההיבט הפרטי, האינדיבידואלי⁶⁶ של הזכות לשם הטוב עליה מגן המשפט הישראלי.⁶⁷

הגינה ובסיסה של הצעת החוק שלפנינו שונה לחלוטין. היא מיועדת למטרה כפולה: ראשית היא מבקשת לייצר תרופה אזרחית עבור "לוחמי צה"ל" שהם "ציבור השונה באופן מהותי מכל ציבור אחר במדינת ישראל"⁶⁸ ושנית, על פי דברי ההסבר הנלווים לה ואופי ההסדר ה"קבוצי" שהיא מציעה, היא מבקשת לייצר הגנה למדינת ישראל מפני פגיעה בתדמיתה היא. שתי המטרות

⁵⁹ ראו גנאים, קרמניצר ושנור **לשון הרע: הדין המצוי והרצוי**, לעיל ה"ש 19 בעמ' 135–152, 29–38. בכל הנוגע לתאגיד, על פי סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע ההגנה חלה גם עליו. ראו שם, בעמ' 127–142.

⁶⁰ אורית קמיר "על פרשת דרכי כבוד: ישראל בין מגמות הדרת-כבוד (HONOR), כבוד-סגולי (DIGNITY), הילת-כבוד (GLORY) וכבוד-מחיה (RESPECT)" **תרבות דמוקרטית** ט 169 (2005). ראו גנאים, קרמניצר ושנור **לשון הרע: הדין המצוי והרצוי**, לעיל ה"ש 19 בעמ' 29–38 ו-79–87.

⁶¹ "Reputation, reputation, reputation! Oh! I have lost my reputation! I have lost the immortal part of myself, and what remains is bestial!" William Shakespeare, THE TRAGEDY OF **OTHELLO**, THE **MOOR** OF **VENICE** Act II. Scene III, 262–264.

⁶² ע"א 4534/02 **רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ**, נ"ח(3) 558 (2004). השווו Robert C. Post, *Symposium: The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 CALIF L. REV. 691 (1986). בעוד שהמחבר ביסס את הניתוח שלו על שלושה היבטים עיקריים של כבוד: dignity, honor, property, כבוד של DAVID ROLPH, REPUTATION, CELEBRITY AND DEFAMATION LAW (2008) מוסף נוסף שפרופ' Rolph מכנה אותו-celebrity.

⁶³ Derbyshire Cnty. Council Appellant v. Times Newspapers Ltd. [1993] 2 W.L.R. 449.

⁶⁴ לסיכום הוויכוח בפסיקה הישראלית ראו מלי ורזלבסקי "לשון הרע וזכותו של תאגיד לפיצוי ללא הוכחת נזק" עת סיוע - ביטאון האגף לסיוע משפטי 2 (תשע"ב) <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/SuaMishpati/Newsletter2/Ezrachi/EC.htm>. בית המשפט העליון טרם הכריע בנקודה זו.

⁶⁵ התשנ"ב–1992, ס"ח 1391.

⁶⁶ על ההגנה על השם הטוב כמשקפת הגנה על שלום הציבור כערך חברתי מוגן בעיקר בכל הנוגע לעבירה הפלילית, ראו גנאים, קרמניצר ושנור **לשון הרע: הדין המצוי והרצוי**, לעיל ה"ש 19 בעמ' 45–60.

⁶⁷ על המעמד השונה של הזכות לשם טוב לאחר חקיקת חוק היסוד ראו שם בעמ' 64–69. אהרון ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" **משפט וממשל** א 9 (תשנ"ב). דפנה ברק ישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנזיקין: המהפכה השקטה" **קריית המשפט** ח 11 (התשס"ט).

⁶⁸ מתוך דברי ההסבר להצעת חוק חיילי צה"ל.

הללו במהותן נבדלות לחלוטין מהרוח, הבסיס הלוגי והד.נ.א הטבעי של ההגנה על השם הטוב והכבוד שבחוק איסור לשון הרע עצמו.

כבר טענו לעיל שהותרת סעיף 4 לחוק על כנו מחד, ויצירת חריג עבור חיילי צה"ל מאידך, אינה הגיונית. חוסר הגיון זה בולט במיוחד, כאמור, על רקע תפיסת הערך המוגן שבחוק איסור לשון הרע בכללותו, המתמקד, בכבוד האישי, האנושי, החברתי האינדיבידואלי של "האדם" ואפשרות מימוש ההגנה עליו באמצעות המשפט האזרחי. המחוקק, ראה לנגד עיניו בעיקר "אדם" בשר ודם. כהרחבה מתבקשת הנובעת מהתפתחויות משפטיות חברתיות כלכליות וטכנולוגיות, הוא ראה לנגד עיניו גם את ההגנה על ישויות משפטיות מלאכותיות מוגדרות. אך הא ותו לאו, הוא בוודאי לא ראה לנגד עיניו הגנה על קבוצות עלומות, חסרות הגדרה וגבולות כ"חיילי צה"ל בפעילות מבצעית". בוודאי ובוודאי שהוא לא ראה לנגד עיניו את ההגנה על כבוד מדינת ישראל ומעמדה בעולם מפני הכפשות הנוגעות לפעילות חייליה המבצעיים. מטרה זו ללא ספק אינה מתיישבת עם הרציונל הבסיסי של החוק. על כל אלו מעידה ההוראה שבסעיף 4 לחוק שהוכנסה אליו אחרי דיונים ולבטים רבים. כשמדובר בהגנת "בני אדם" או ציבור – הפגיעה בכבודם אמנם אסורה אבל ההגנה עליהם צריכה למצוא את מקומה בתחום המשפט הציבורי ולא המשפט הפרטי.

הערה אחרונה בהקשר זה. חוק איסור לשון הרע מהווה הסדר הוליסטי מורכב של סוגיית ההגנה על השם הטוב ולצד הגדרת עילת התביעה בגין פגיעה בו הוא כולל גם טענות הגנה. בין השאר בולטת שם ההגנה שבסעיף 14, היא ההגנה הידועה בשם "אמת דיברתי" שהוכחה מותנית בכך שתוכן הפרסום היה אמת והיה בפרסומו עניין ציבורי.⁶⁹ החלתה של ההגנה האמורה על תביעה קיבוצית/ייצוגית של קבוצת חיילים שהושמצו בהקשר לפעילות מבצעית נראית לנו מוקשית. היא תהפוך את בתי המשפט בישראל לפורום העוסק בניתוח החלטות צבאיות, אופן ביצוען, אופן הצגתן ברבים ורישומן של הפרסום אודותן על הזירה הבינלאומית;⁷⁰ היא תחייב את בתי המשפט ליישם אמות מידה בלתי אפשריות מבחינה משפטית של "אמת" ו"לא אמת", שלעיתים הן גם "אמת היסטורית" ולעיתים הן "אמת לשעתה" ולעיתים הן "אמת עיתונאית" ולעיתים הן אמת המהווה בסיס להבעת דעה גרידא⁷¹ על מבצעים צבאיים מורכבים שפעמים רבות גם אנשי המקצוע עצמם חלוקים אודותם.⁷² נראה לנו שהסדר כזה הוא בעייתי בהתמקדות שהוא מחייב בנושאים הרגישים בהם יחויבו בתי המשפט לעסוק כתנאי סף לקיומה של עילת התביעה שהסדר מייצר.⁷³ בתי המשפט בישראל כבר הסבירו לא פעם כי אינם רואים בחיוב מצבים בהם

⁶⁹ ד"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 (1998). ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד י"ב(3) 2017 (1956). ע"א 323/98 שרון נ' עוזי בנדימן, תק-על(1)2002 (1)158. עניין דיין, לעיל ה"ש 45.

⁷⁰ כפי שיוזמיה אומרים במפורש בדברי ההסבר המלווים את אותה הצעה.
⁷¹ עניין דיין, לעיל ה"ש 45.

⁷² ראו לאחרונה הויכוח לגבי השימוש ב"אמצעים המיוחדים" ערב מלחמת יום הכיפורים: אדם רז "יש רק אמת אחת" מדור דעות מעריב 7.7.2013. www.nrg.co.il/online/1/ART2/487/586.html?hp=1&cat=479&loc=12

⁷³ כיום נמנעים בתי המשפט ככל הניתן לעסוק בפרטי פעילות צבאית של צה"ל. התמקדותה של ההצעה אך ורק ב"פעילות מבצעית" תביא לכך שעיקר הדיון יתמקד בסוגיה זו. כך, למשל, תביעות על פי החוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים התשל"ה-1975, ס"ה 780 מתמקדות בחלקן הגדול כיום בשאלה מהי "תאונת דרכים": רונן פרי "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים" עיוני משפט 28(1) 147 (2004). לדעתנו, מרכז הכובד של הדיון בתביעות על פי ההסדר המוצע כאן יחייב עיסוק לא רצוי בנושאים בעייתיים.

מוטל עליהם להיכנס לזירה הפוליטית, מדינית ולקבוע אמיתות כלשהן בתחומים אלו.⁷⁴ נראה לנו, אם כן, כי התפקיד החדש שמטיל עליהם סעיף 4א המוצע לא יתקבל שם בברכה.

3. כשלים נקודתיים בהסדר המוצע

ההסדר שהצעת החוק מציעה מייצר למעשה עילת תביעה פרטנית על פי חוק איסור לשון הרע לכל אחד מחיילי צה"ל שהושמצו בהקשר לפעילות מבצעית צבאית, שתמומש כתביעה ייצוגית לפי חוק תובענות ייצוגיות. בעינינו הסדר זה נגוע בחוסר הגיון פנימי: ההסדר שבסעיף 4א חל על מקרים בהם מדובר בהשמצה קבוצתית שאינה מובנת כמתייחסת לכל אחד מיחיד הקבוצה. לכן, על פי סעיף 4, אין לאף אחד מהמושמצים עילה אישית. כאן בא סעיף 4א ומעניק להם עילה כזו, אף על פי שההשמצה אינה נחזית כמתייחסת אליהם באופן אישי. כיצד מסתדר הסדר זה עם הקביעה העקרונית בעניין ברזני⁷⁵ לפיו התנאי הראשון לאישור תביעה כייצוגית הוא קיומה של עילה אישית לתובע הייצוגי עצמו שתענה על כל מרכיבי הפרת החוק לפיו מוגשת התובענה הייצוגית? האם כעת נראה בחייל התובע מי שהושמץ אישית? האם נראה בו מי שאמנם לא הושמץ אישית, ולכן הוא אינו עונה על דרישות סעיף 1 לחוק אך עילתו הייצוגית צומחת מסעיף 4א? כיצד נתמודד עם הצורך בקיומו של פוטנציאל נזק שהופך את הפרסום "לשון הרע"? או עם דרישת הקשר הסיבתי העובדתי כתנאי להענקת פיצויים בכלל ופיצויים ללא הוכחת נזק בפרט? וכיצד נכמת את הפיצוי ללא הוכחת נזק שהפך להיות אופן הפיצוי המועדף על ידי בתי המשפט⁷⁶ אבל גם הוא מחייב הערכה אישית נקודתית לגבי נסיבותיו של כל מי שתובע פיצוי מסוג כזה? רשימת השאלות שההצעה מעוררת אינה מסתיימת בכך. ישנן עוד שאלות רבות נוספות: מי הוא התובע הייצוגי האמור ומה יחס בינו לבין "הקבוצה" המושמצת; מי היא הקבוצה ומי נכנס לגדרה; האם, למשל, הש"ג בפתחו של המחנה הצבאי שמממנו יצאה הוראת ביצוע הפעילות המבצעית נמנה על חברי הקבוצה; מי הם יחידיה שאותם מייצג התובע ומהי "פעילות מבצעית".

ואם לא די בכך: כיצד נחיל את הוראותיו של חוק איסור לשון הרע על יחידיה של הקבוצה הלא מזוהה הזו; כיצד אמור בית המשפט להתמודד עם טענות הגנה של מפרסמים שיעלו סוגיות כמו "אמת דיברתי" (סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע) ו"תום לב" (סעיף 15 לחוק איסור לשון הרע) לגבי כל אחד מיחידה של הקבוצה.

התשובה הטבעית, לכאורה, לשאלות אלו היא שמדובר בקשיים שהם אופייניים גם לתובענות ייצוגיות מסוגים אחרים ובתי המשפט יתמודדו איתן באופן דומה לאופן שבו הם מתמודדים עם בעיות של הגדרת קבוצה, טענות הגנה ייחודיות כלפי חלק מהתובעים בלבד וסוגיית כימות הנזק, במקרים אחרים. תשובה זו אינה נראית משכנעת דיה. אכן, תביעות ייצוגיות מייצרות לעיתים מזומנות קשיים בחלק גדול ממרכיבי האחריות המשפטית. עם זאת, במקרה שלפנינו מדובר בקושי גדול במיוחד. זאת, משלוש סיבות עיקריות: ראשית, מדובר במצב בו הפרסום

⁷⁴ עניין שרון, להעיל ה"ש 69. עניין כ"ץ, לעיל ה"ש 19.

⁷⁵ דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ (פורסם בבנו, 11.8.2003).

⁷⁶ תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינזילבר "הפיצויים בלשון הרע, תמונת מצב אמפירית", משפטים מ"ג 193 (תשע"ג).

מתייחס לקבוצה כקבוצה. אף אחד מהתובעים אינו סובל פגיעה ישירה. הסעד ניתן לתובעים מפני שהם נמנים על קבוצה ששמה הוכפש ולקבוצה כקבוצה אין עילת תביעה. זה מצב שונה מהמצב הקיים בתביעות על הפרת חוק הגנת הצרכן, למשל;⁷⁷ שנית, ככל שהגדרת קבוצה במקרים אחרים היא קשה ומורכבת, עדיין יש לה גבולות אובייקטיביים עובדתיים. במקרה שלנו הגדרת הקבוצה היא נזילה. יש הבדל גדול, לדעתנו, בין השאלה אם כל אחד מיחיד קבוצת צרכנים הוא אכן "צרכן" לבין השאלה מי הם "חיילי צה"ל בפעילות מבצעית"; שלישית, הנזק שנגרם כאן הוא שונה באופיו ובהיעדר כלים לכמותו, בין השאר שוב בגלל העובדה שמדובר בנזק שנגרם לכאורה לפרט כתוצאת לוואי לנזק שנגרם לקבוצה, יהיה לבית המשפט קושי גדול בקביעת הסעד הראוי, לפחות ככל שהסעד יתבטא בפיצוי כספי.⁷⁸

סיכום

ההזדמנות שהצעת החוק פותחת בפנינו לדון מחדש בהכרעה הערכית שלא להעניק עילת תביעה ליחידה של קבוצה בלתי מאוגדת שהשמצתם אינה מתפרשת כמתייחסת לכל אחד מהם אישית היא הזדמנות חשובה בהחלט, אלא שהבחירה שעשה המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בהצעת החוק שלפנינו כשלה בעינינו, הן מבחינה ערכית והן מבחינת ההסדרים הקונקרטיים שהוצעו בה.

עיקר הבעיה נעוץ, לדעתנו, בהיבט ההרתעתי שיוצרת ההצעה, שכבר היו מי שקראו לה "חוק ההשתקה".⁷⁹ מחקרים אמפיריים מוכיחים כי ככל שחוקי לשון הרע הם ידידותיים יותר לתובעים, מכירים בעילות תביעה רבות יותר ומצמצמים את ההגנות הנתונות לנתבעים, העיתונות החוקרת – הכתובה והמשודרת, במדיה הישנה ובמדיה החדשה – הופכת להיות הססנית, חסרת תעוזה ולהט, ופחות מחויבת למלא את תפקידה המסורתי כ"כלב השמירה של הדמוקרטיה".⁸⁰ מספר התחקירים פוחת, מספר הפשרות הולך וגדל והחששות מפני תביעות שתוגשנה – אפילו כתביעות סרק משתיקות (SLAPP)⁸¹ – מרתיעים. "כיכר העיר" מתרוקנת. גם מי שיאמר שהזהירות דווקא רצויה, שהשם הטוב גם הוא ערך בעל חשיבות בחברה מודרנית ושבמשפט הישראלי הוא בכלל מוכר כערך חוקתי מוביל, יסכים שצריכה להיות סיבה משכנעת מספיק כדי

⁷⁷ חוק הגנת הצרכן התשמ"א-198, ס"ח 1023.

⁷⁸ ראו לבטיהן של כל הערכאות שדנו בעניין התביעה הייצוגית נגד תנובה בהקשר להחלטת סיליקון לחלב עמיד: ע"א 10085/08 תנובה - מרכז שיתופי נ' עזבון המנוח תופיק ז"ל (פורסם בנבו, 4.12.2011) בעיקר פס' 40 של השופטת חיות שבה מדובר על שלילת החזקה שמעצם ההטעיה מהווה פגיעה באוטונומיה של כל אחד מהתובעים; ת"א (מחוזי ת"א) 1372/95 עזבון המנוח תופיק ז"ל ל' תנובה - מרכז שיתופי (פורסם בנבו, 7.10.2008); ע"א 1338/97 תנובה - מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' עזבון המנוח תופיק ז"ל, נז (4) 673 (פורסם בנבו, 19.5.2003) התלבטויות השופטים במקרה זה מהוות דוגמא מצוינת לכך שאין מקום להרחבת המקרים בהם תחייב התמודדות עם קשיים כאלה. אמנם גם בעניין תנובה היה מדובר בפגיעה באוטונומיה, שהיא נזק דומה במהותו לנזק לשון הרע אך הודגש שם - בעיקר בגלגול השני של הדיון בעליון - כי מדובר בפגיעה באוטונומיה הסובייקטיבית של כל אחד מהנפגעים ולא כמו במקרה שלנו בו מדובר בפגיעה קבוצתית שנזקיה - ברמת הפרט - ערטילאית.

⁷⁹ ראו השימוש בביטוי "חוק ההשתקה": רוני לוין "בלוגרים נגד חוק ההשתקה: הלב בוער מזעם, חרון ותסכול" *The Marker* 29.11.2011 www.themarker.com/advertising/1.1578923; עידו באום "חוק ההשתקה יביא עוד נשיאים אנשים" *The Marker* 23.11.2011 www.themarker.com/news/1.1573375; יהונתן לוי "הכנסת אישרה בקריאה ראשונה את התיקון לחוק לשון הרע הארץ" www.haaretz.co.il/news/politics/1.1572034.

⁸⁰ תמר גדרון, "מיקומה של ההגנה על השם הטוב על מפת תיירות הדיבה- בין המשפט האמריקאי למשפט האנגלי" המשפט ט"ו (2), 385 (2011); L. Rev.46 95, (2013); ראו עוד התהליך החקיקתי שעובר בשנים האחרונות המשפט האנגלי לשינוי חוקי הדיבה הידידותיים יתר על המידה לתובעים, לכיוון הצעת חוק שדואגת יותר לחופש הביטוי. זאת, בעיקר, על בסיס הפנמת התובנות לפיהן הרחבת עילות התביעה וצמצום ההגנות בחוקי הדיבה פוגעים באופן לא מידתי בחופש הביטוי: Defamation Bill, 2013, c. 26 (Eng.).

⁸¹ משתיק קול, משפטי דיבה כאיום על חופש הביטוי, אבנר פינצ'וק, האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2013, www.acri.org.il.

לחוקק חוק שיוביל במודע ובמוצהר לצמצום חופש הביטוי ולשינוי נקודת האיזון בינו לבין הזכות לשם טוב. לא איתרנו סיבה כזו בבסיסה של הצעת החוק שלפנינו.

הגנה על שמם הטוב של חיילי צה"ל היא מטרה חשובה. כששמם הטוב נפגע כקבוצה ולא כפרטים ניתן וצריך לאתר אמצעים אחרים להגן עליהם. התדמית של הפעילות המבצעית של צה"ל גם היא חשובה, דימויה החיובי חשוב לכולנו. אולם, גם החיילים וגם הצבא וגם המדינה אינם צריכים להיות חסינים מפני ביקורת. ביקורת כזו, גם כשהיא טועה ומטעה, והופכת להיות לשון הרע אינה צריכה, לדעתנו, להיות כפופה להסדר שבחוק איסור לשון הרע בכלל ובוודאי לא להסדר המשולב המוזר שהצעת החוק ייצרה עבורה. "לא זה הדרך"⁸² הוא בעינינו סיכום מתאים מאין כמוהו למקבץ הסוגיות שהערת חקיקה זו בקשה לקדם את הדיון בהן.

⁸² אשר צבי גינצברג "לא זה הדרך" המליץ (1889).