

חופש לשון-הרע

מאת

אריאל בנדור*

(ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מג(3) 840)

א. פתח-דבר. ב. העובדות וההחלטות; 1. העובדות; 2. ההחלטות. ג. הנמקותיו של פסק-הדין. ד. הסמכות למתן ציוויים במשפטי לשון-הרע. ה. שיקול-הדעת במתן ציוויים במשפטי לשון-הרע; 1. כללי; 2. הפרמטר האחד — חופש הביטוי מול הזכות לשם טוב; (א) השתרעותו של חופש הביטוי על ביטוי שיש בו לשון-הרע; (ב) איזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב; 3. הפרמטר השני — ציווי לשעה (בטרם הוכרעה האחריות) או ציווי לתמיד (לאחר ההכרעה באחריות); (א) כללי; (ב) ציווי לשעה כ"מניעה מוקדמת"; (ג) ציווי לשעה כמשבש חופש הביטוי; (ד) מתן ציווי למניעתו של פרסום לשון-הרע בהליכי-ביניים; (ה) היוצאים-מן-הכלל. ו. דרישה לעיין בחומר שפרסומו הוא נושא המשפט. ז. סיכום.

א. פתח-דבר

1. לפלוני, איש-ציבור, נודע כי עומד להתפרסם דבר המהווה — לדעתו — לשון-הרע עליו. הפרסום עלול להשפילו בעיני הבריות, לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצדם ואף לפגוע במשלח-ידו¹. הפרסום הצפוי הוא — לדעתו של פלוני — פרסום אסור, המהווה עבירה פלילית² ועוולה אזרחית³. האם יוכל פלוני למנוע את הפרסום בטרם יארע הנזק? בפסק-הדין נושא הרשימה (להלן: פסק-הדין) קבע בית-המשפט העליון כי כרגיל אדם, ובמיוחד איש-ציבור, לא יוכל להשיג מניעה — באמצעות ציווי זמני

* מורה-עוזר ותלמיד לתואר דוקטור, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; עוזר-הוראה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראיילן.

1 כאמור בהגדרת לשון-הרע בחוק איסור לשון הרע, חשכ"ה-1965, סעיף 1.

2 שם, סעיף 6.

3 שם, סעיף 7.

עד להכרעה בתביעה העיקרית לציווי לתמיד – של פרסום המהווה, לדעתו, פרסום "לשון-הרע" אסור, המכוון נגדו והעלול לפגוע בו. בית-המשפט קבע, כי הסעדים העומדים לרשותו של הנפגע מן הפרסום הם אך הפסקה של הפרסום לאחר שיוכרע בתביעה העיקרית כי הוא פרסום אסור, ופיצוי-כסף בגין הנזקים שנגרמו בעטיו.

הלכה זו היא מוטעית בעיני: היא מקנה חופש-ביטוי במקום שבו המחוקק אסר על הביטוי; היא מאפשרת פגיעה בלתי-חוקית באדם; יש בה חריגה בלתי-מוצדקת מעקרונות-היסוד של המשפט והדיון האזרחי.

ברשימה זו אדון בפסק-הדין ואנסה להראות, כי ההלכה שנקבעה בו בטעות יסודה; כן אפרט את גישתי, אשר לפיה יש לאפשר – עד להכרעה הסופית בתביעה – עיכוב פרסום אשר הונח יסוד לטענה כי הוא אסור, וזאת אם לא הראה המפרסם כי בנסיבות העניין הפגיעה שהעיכוב יגרום – אם בסופו של דבר התביעה תידחה – תעלה בחומרתה על הפגיעה שתיגרם מהתרת הפרסום הלכה למעשה – אם התביעה תתקבל.

ב. העובדות וההחלטות

1. העובדות

2. המערער מס' 1, העיתונאי אריה אבנרי, כתב ועמד לפרסם בסמוך ליום הבחירות לכנסת ספר בשם "הגביר" אודות המשיב מס' 1, אברהם שפירא. שפירא הוא מראשי "אגודת ישראל", תעשיין ואיש-עסקים, ובעת הכתיבה כיהן כחבר הכנסת וכיושב-ראש ועדת הכספים שלה.

מתוך שני פרקים של הספר אשר כבר פורסמו בעיתון "ידיעות אחרונות" ודברים נוספים אשר פרסם אבנרי בעבר אודות שפירא ואודות הספר, הסתבר כי בספר ייכלל "חומר המראה כי... (שפירא) ניצל לרעה את מעמדו הציבורי, כי הוא קיבל כספים לעסקיו הפרטיים במסגרת תפקידו כיושב ראש ועדת הכספים, וכי היה מעורב בפרשיות שחיתות"⁴.

לטענתו של שפירא, הדברים האמורים להיכלל בספר לא היו אמת ופרסומם היה עלול לגרום לו, לעסקיו ולמשרתו הציבורית נזקים בלתי-הפיכים, ובתור שכאלה היתה בהם לשון-הרע כמשמעותה בסעיף 1 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן: החוק). לעומתו, טען מחבר הספר, אבנרי, כי הדברים העומדים להתפרסם בספר הם אמת, כי המידע בספר אינו מתייחס אך לשפירא ולמפלגתו אלא אף לאישים נוספים מצמרת המדינה ומהנהגתה וכי יש עניין רב לציבור במידע זה העשוי להשפיע על הבחירות הקרובות; ועל-כל-פנים, כך הוסיף אבנרי וטען, הדברים נכתבו בתום-לב, ואשר-על-כן אין החוק אוסר על פרסומם.

4 פסק-הדין, 849 מול האות ב.

שפירא, אשר ביקש למנוע את הנזקים בטרם יארעו, הגיש איפוא בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב תביעה לציווי לתמיד האוסר על פרסום הספר וכן בקשה לציווי זמני למניעת פרסום הספר עד להכרעה בתביעה העיקרית.

2. ההחלטות

3. ההליכים שנתקיימו במסגרת התובענה האמורה היו מורכבים למדי, ובמהלכם ניתנו – בבית-המשפט המחוזי ובבית-המשפט העליון – לא פחות מאחד-עשר פסקי-דין והחלטות. מהלך הדיון וההחלטות השונות מתוארים בפסק-הדין⁵, וכאן אביא את תמצית הדברים:

(1) ביום 11.10.88, בדונו במעמד צד אחד בבקשה לציווי לשעה – אשר הוגשה עוד בטרם הוגשה התביעה – הורה בית-המשפט המחוזי (השופט אילן) על מניעת הפרסום עד לדיון במעמד כל הצדדים אשר התקיים כעבור שבוע ימים. (2) בהחלטה מקדמית שניתנה ביום 24.10.88 במסגרת דיון שנערך במעמד כל הצדדים בבקשה לציווי לשעה, קבע בית-המשפט (סגן-הנשיא וינוגרד) כי כדי לאפשר לבית-המשפט להיזקק לטיב הגנתו של אבנרי מפני התביעה – אשר הצריכה הוכחתם של אמיתות הפרסום והעניין הציבורי בו⁶ – עליו להציג את הספר בפני שפירא ובית-המשפט. עם זאת, נמנע בית-המשפט המחוזי, בשלב זה, מלחייב את אבנרי להציג את הספר.

(3) ביום 30.10.88 דחה בית-המשפט העליון (המשנה-לנשיא אלון) בקשה, שהוגשה על-ידי אבנרי, לרשות-ערעור על החלטתו האמורה של בית-המשפט המחוזי. בנימוקי הדחייה, שניתנו ביום 2.11.88⁷, נקבע כי הבקשה הוגשה טרם זמנה, שכן ההחלטה מושא הערעור לא היתה אלא החלטת-ביניים מקדמית, שהלוא בית-המשפט המחוזי טרם החליט בבקשה לציווי לשעה ואף טרם שמע את טענות הצדדים הרלבנטיות לבקשה כזו ושאינן נוגעות לעילתה של התביעה-העיקרית (כגון טענות בדבר שיהוי, נקיון-כפיים ומאזן הנוחות).

לנוכח סמיכותם של ההליכים לבחירות לכנסת (נימוקי ההחלטה בבקשה לרשות הערעור ניתנו יום לאחר שהבחירות כבר נערכו), התייחס המשנה-לנשיא אלון בהחלטתו לטענת אבנרי בדבר חשיבותו המיוחדת של פרסום הספר, שעניינו באישיות ציבורית הקשורה בחיים הפוליטיים במדינת ישראל, לפני מועד הבחירות. לפי הטענה, הציבור זכאי לדעת את האמור בספר עוד לפני קיום הבחירות, כדי שתהיה לו האפשרות לעיין בספר מבעוד-מועד ולקבוע על-פי עיון זה את עמדתו כאשר יבוא ויבחר; אשר-על-כן, אין לעכב את הפרסום עיכוב שיהיה בו כדי לשלול מן הציבור מידע הדרוש לו לצורך הצבעתו. בדחותו את הטענה, קבע המשנה-לנשיא כי אין בשיקולי ההשפעה בבחירות כדי להשפיע ולהכריע במציאת

5 שם, 848-851 (סעיפים 7-1).

6 החוק, סעיף 14.

7 רע"א 531/88 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פ"ד מב(4) 20 (להלן: רע"א אבנרי).

האיזון בין הערך של שמירת שמו הטוב של אדם לבין חופש הביטוי והמידע. הדברים נכונים במיוחד כאשר אין המדובר

בפרסום של עיתון, שהעיתוי לפרסומו הוא גורם חשוב ואף מכריע, מה שאין כן בפרסום של ספר, שעיתויו הוא, בדרך-כלל, שולי, כאשר מדובר בתקופת זמן קצרה, וממילא נופל השיקול של עיתוי הבחירות. לעומת זאת, הנזק העלול להיגרם לשמו הטוב ולמעמדו של אדם מפרסום לשון-הרע בספר הוא גדול במידה משמעותית מאשר פרסום בעיתון, שימי חייו של זה האחרון ספורים הם, מה שאין כן בספר, שקיומו והשימוש בו הם לתקופה ארוכה ומשמעותית⁸.

כאשר לטענה בדבר הנזק הכספי העשוי להיגרם עקב דחיית הפרסום עד לאחר הבחירות, קבע המשנה-לנשיא כי נזק כזה – שלא כמו נזק לשמו הטוב של אדם – ניתן לפיצוי כספי הולם, ועל-כן נוטה מאזן הנוחות לצדו של אותו אדם. (4) בהחלטה מיום 27.11.88 קיבל בית-המשפט המחוזי בתל-אביב (סגן-הנשיא וינוגרד) את בקשתו של שפירא לציווי לשעה המונע את פרסום הספר עד להכרעה בתביעה. לנוכח סירובו של אבנרי להציג את הספר, נמנע בית-המשפט – בהתאם להחלטתו המקדמית מיום 24.10.88, שאותה הבהיר בהחלטה שניתנה במהלך הדיון ביום 3.11.88 – מלדון בטענות ההגנה של אמיתות הפרסום והעניין הציבורי בו, ולאחר שמצא כי אין יסוד לטענותיו האחרות של אבנרי (בעניין שיהוי, נקיון-כפיים ומאזן הנוחות⁹) העניק את הציווי המבוקש. עם זאת, הביע בית-המשפט את דעתו, כי "המתנה של מספר שנים עד לשמיעת התביעה בתיק העיקרי תהיה אי-צדק כלפיהם (של הנתבעים), שכן מטבעם של פרסומים מסוג זה שאקטואליותם היא חלק מערכם ואקטואליות זו תאבד עם חלוף הזמן". אשר על כן, הורה בית-המשפט על הקדמת הדיון בתביעה העיקרית.

(5) ביום 29.12.88 דחה בית-המשפט העליון (השופט שלמה לוין) בקשה, שהוגשה על-ידי אבנרי, לרשות-ערעור על החלטתו האמורה של בית-המשפט המחוזי. השופט לוין ציין, כי היה נותן רשות-ערעור אלמלא הורה בית-המשפט המחוזי על הקדמת הדיון בתיק העיקרי; דיון בבית-המשפט העליון היה, מטבע הדברים, מעכב את ההליכים בבית-המשפט המחוזי וגורם לדיון כפול בפלוגתאות שבין בעלי-הדין.

(6) משנפתח הדיון בתיק העיקרי, שנשמע בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב בפני השופט הומינר, ביקש שפירא לעיין בספר, ומשסירב אבנרי לבקשה, נתבקש צו עיון¹⁰. ביום 26.3.89 החליט בית-המשפט לתת את הצו שנתבקש. השופט הומינר אימץ את דברי סגן-הנשיא וינוגרד בהחלטותיו בעניין הציווי לשעה וציין, כי הדברים היאים לשלב בקשת-הביניים יאים על-אחת-כמה-וכמה בשלב הדיון

8 שם, 28 מול האותיות ג-ד.

9 לעניין מאזן הנוחות הסתמך בית-המשפט המחוזי על דברי המשנה-לנשיא אלון ברע"א אבנרי (שם).

10 לפי תקנות 114 ו-116 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות).

כתביעה עצמה. השופט נימק את החלטתו בכך שהספר נזכר פעמים רבות בכתבי הטענות של הצדדים ומהווה בעליל מסמך הנוגע לעניינים השנויים במחלוקת כתובענה, שבה לא ניתן להכריע מבלי לעיין בו.

(7) לנוכח הודעתו של אבנרי כי לא יעביר את הספר לעיונו של שפירא, ביקש שפירא כי כתב-ההגנה יימחק¹¹. ביום 27.3.89 החליט בית-המשפט המחוזי להיענות לבקשה והורה על מחיקתו של כתב-ההגנה.

(8) עתה, משכתב ההגנה נמחק, ביקש שפירא כי בית-המשפט יתן פסק-דין על-פי כתב-התביעה. בית-המשפט נענה לבקשה, ובפסק-דינו מיום 27.3.89 הורה על ציווי לתמיד האוסר על פרסום הספר "הגביר".

4. על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי ועל החלטות הביניים שניתנו במהלך ההתדיינות בין הצדדים הוגש ערעור. הערעור התקבל. בפסק-הדין, שנכתב על-ידי השופט ברק, ולו הסכימו השופטים גולדברג ומצא, נקבע כי לא היה מקום למתן הציווי לשעה וצר-העיון, וממילא יש לבטל גם את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי בדבר הציווי לתמיד. התיק הוחזר לבית-המשפט המחוזי להמשיך הדין בו באשר למתן ציווי לתמיד.

5. על פסק-הדין הוגשה בקשה לדיון נוסף, ועמה בקשה למתן צו זמני שיאסור על פרסום הספר עד להכרעה בדיון הנוסף. דא עקא, שער שהספיק נשיא בית-המשפט העליון להיזקק לבקשה, הספר כבר פורסם והופץ ברחבי הארץ, והמבקש לא ראה עוד טעם בעריכת דיון נוסף. הבקשה בוטלה אפוא¹².

ג. הנמקותיו של פסק-הדין

6. למרות ריבויים ומורכבותם הדיונית של ההליכים שהתקיימו במסגרת התובענה, הרי שדומה כי ביסוד כולם עמדה סוגיא מרכזית אחת, והיא כוחו של אדם להביא — באמצעות כלי המשפט האזרחי — למניעתו של פרסום לשון-הרע נגדו. נראה כי מטעם זה השופט ברק — בנמקו את פסק-הדין — נמנע מלהפריד ולתחום בחדות בין שאלת הציווי לשעה למניעת פרסום הספר לבין שאלת מתן צו העיון בספר שטרם פורסם. שני כלים דיוניים אלה, שעל פני הדברים אינם קשורים זה בזה ואף משתייכים ל"משפחות" דיוניות שונות — משפחת הסעדים הארעיים מזה ומשפחת הגילוי מזה — שימשו חוליות בשלשלת אחת שנועדה לאסור את לשון-הרע בטרם תצא לאור. הטעמים אשר הביאו את השופט ברק לגישתו העקרונית השוללת בדרך-כלל את מניעתו של פרסום הנטען להיות לשון-הרע, הם אשר הובילוהו לעמדות שנקט בכל אחת מן השאלות הדיוניות האמורות¹³.

11 לפי תקנה 122 לתקנות.

12 דנ"א 19/89 שפירא ואח' נ' אבנרי ואח' (לא פורסם).

13 ראו במיוחד פסק-הדין, 874 בין האוחיות א-ה (סעיף 38).

7. וזה מהלך ההנמקה של השופט ברק:

(1) בית-המשפט מוסמך לתת ציוויים — לתמיד ואף לשעה — כתביעות בגין עוולת לשון-הרע.

(2) לבית-המשפט נתון שיקול-דעת האם לתת ציוויים — לתמיד ואף לשעה — כתביעות בגין עוולת לשון-הרע (כמו כתביעות-נוזיקין אחרות ואף כתביעות שעילתן חוזית).

(3) בהפעלת שיקול-דעתו, על בית-המשפט לאזן בין זכויות-היסוד המתנגשות לבין האינטרסים האישיים של הצדדים — להתחשב במידת הפגיעה בהם אם הציווי יינתן, לעומת מידתה אם הוא לא יינתן.

(4) בהפעלת שיקול-דעתו על בית-המשפט להתחשב גם בשלב שבו הציווי מבוקש: האם כבר נקבעה אחריותו של הנחבע ומבוקש ציווי לתמיד או שהאחריות טרם נקבעה ומבוקש ציווי לשעה עד לקביעתה. כאשר האחריות טרם נקבעה ומבוקש ציווי לשעה, על בית-המשפט להתחשב גם באינטרס הציבורי בחופש הביטוי ובשמירת השם הטוב.

(5) לעומת זאת, בהפעילו את שיקול-דעתו, אין על בית-המשפט להתחשב במדיום שבו הביטוי מיועד להתפרסם — עיתון או ספר.

(6) עקרון חופש הביטוי משתרע גם על ביטוי שיש בו לשון-הרע.

(7) הן חופש הביטוי והן הזכות לשם טוב שואבים את כוחם העקרוני מעקרונות-יסוד חוקתיים המעוגנים בהלכה הפסוקה. כאשר הם מתנגשים, יש לקבוע לכל אחד מהם משקל יחסי ולהכריע ביניהם. בענייננו, שבו השאלות הנדונות הופנו על-ידי החוק לשיקול-דעתו של בית-המשפט, על האחרון לקבוע את המשקל היחסי ולהכריע.

(8) באיזון בין הערך האישי והציבורי של חופש הביטוי לבין הערך האישי והציבורי של הזכות לשם טוב יש לתת משקל מיוחד לחופש הביטוי, ובמיוחד לחופש הביטוי בעניינים שלציבור עניין בהם.

(9) כאשר האיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב נעשה לצורך הכרעה בבקשה לציווי זמני למניעת פרסומו של ביטוי שטרם הוכרע האם הוא לשון-הרע, משקלו הכבד של חופש הביטוי יביא בדרך-כלל — אם אך התובע לא יראה, כי הגנתו של המפרסם היא הגנת-סרק או שאין בפרסום כל עניין לציבור — לדחיית הבקשה. הזכות לשם טוב תגבר על חופש הביטוי רק לאחר שהאחריות תוכרע וייקבע כי הביטוי הוא לשון-הרע, שאז יינתן ציווי לתמיד למניעת הביטוי.

(10) אין לדרוש — הן בדיון בבקשה לציווי לשעה והן בדיון בבקשה לציווי קבוע — את הצגתו של חומר שטרם פורסם והנטען להיות לשון-הרע. דרישה "צנזורלית" כזו פוגעת פגיעה גסה ובלתי-מוצדקת בחופש הביטוי של המפרסם; שכן חופש הביטוי כולל גם את החופש להתבטא ללא צנזורה מוקדמת וללא עיון מוקדם, לא של האנשים מושאי הביטוי ולא של כל רשות שלטונית שהיא, תוך נשיאה באחריות — אזרחית ופלילית — אם ייקבע שהדבר שפורסם מהווה לשון-הרע.

8. למהלך הנמקה זה יש – כך נראה לי – שני מאפיינים כלליים עיקריים, שאותם אציג עוד לפני שאפנה לדיון בפרטי הנמקותיו של פסק-הדין.

9. נקודת-המוצא של השופט ברק – כמו של שופטים אחרים, בבית-המשפט המחוזי ובבית-המשפט העליון, אשר פסקו במסגרת ההתדיינות שבענייננו – היא, כי מתעוררת בה התנגשות בין שתי זכויות-יסוד הנתונות לאדם בחברה דימוקרטית: מחד-גיסא, זכות האדם לשמו הטוב, לכבודו ולמעמדו; ומאידך-גיסא, חופש הביטוי והזכות למידע.¹⁴

לשיטתו של השופט ברק, האיזון וההכרעה בין שתי זכויות-יסוד אלה – איזון והכרעה הדרושים כדי לפסוק בשאלות הנוגעות לסוגיית האפשרות למניעתו המוקדמת של פרסום לשון-הרע – נתונים לשיקול-דעת שיפוטי. שיקול-דעת זה – הגם שאינו "סובייקטיבי" – מונחה בעיקרו על-ידי שיקולי מדיניות, שמגמתם ליצור "איזון ראוי" בין הזכויות המתנגשות. בפסיקה זו "...מצויה עיקר האחריות השיפוטית. כאן מתבקשת סלילת הדרך. בהכרעות אלה מניח השופט את התשתית..."¹⁵. השופט ברק פונה ללשון החוק¹⁶ (ובמידה רבה – אף לפסיקה ישראלית קודמת¹⁷) בעיקר כדי לדלות ממנה קיומו של שיקול-דעת שיפוטי. למרות אמירתו כי את התשובה לשאלה, ידה של איזו מזכויות-היסוד המתנגשות על העליונה, יש לחפש "בראש ובראשונה, בדברי החקיקה של המחוקק הדמוקרטי"¹⁸, הרי שבהנמקותיו לתוצאות המשפטיות שאליהן הגיע אין הוא מסתמך על החוק או על פסיקה קודמת שבה פורשו הוראותיו. החוק מפורש על-ידיו כמעניק לבית-המשפט שיקול-דעת בשאלות הנדונות. לדבריו, "בהפעלת שיקול-דעת זה, על בית-המשפט להתחשב בתכלית החקיקה אשר במסגרתה ניתן הסעד. תכלית זו מחייבת איזון בין האינטרסים האישיים והציבוריים לחופש ביטוי ושם טוב. לשם איזון בין הערכים, יש ליתן להם משקל יחסי"¹⁹; אולם במתן המשקל היחסי לערכים המתנגשים האמורים, השופט ברק אינו נותן משקל של ממש להוראות החוק.

10. הגם שהשאלות והכלים המשפטיים שעמדו על הפרק היו ביסודם מעולם המשפט הדיוני ולא מעולם המשפט המהותי, הרי שדומה כי בפסק-הדין, בדונו בשאלות ובכלים אלה, לא ניתן משקל של ממש למטרה המובהקת של המשפט הדיוני – אכיפתו היעילה של המשפט המהותי ומהותו הבסיסית ככלי-עזר באכיפה זין.²⁰

14 ראו גם רע"א אבנרי (לעיל, הערה 7), 82 בין האותיות א-ב.

15 פסק-הדין, 874 בין האותיות ב-ג (ההדגשות הוספו, א' ב').

16 ראו שם, 854 בין האותיות ג-ה.

17 ראו שם, 854 (סעיף 13).

18 שם, 861 בין האותיות ג-ד.

19 שם, 862 מול האות ז.

20 ראו P.St.J. Langan & L.D.J. Henderson, *Civil Procedure* (3rd ed., Sweet & Maxwell, 1983) 1; F. James & G.C. Hazard, *Civil Procedure* (2nd ed., Little Brown, 1977) 1.

כך, בית-המשפט לא ייחס משמעות של ממש לתפקידם של הסעדים הארעיים באפשר ביצועו של פסק-הדין במקרה שהתובע יזכה בתביעה²¹ ושל הוראות הגילוי בפרישה בפני בית-המשפט והצדדים של מלוא העובדות הרלבנטיות למחלוקת הטענה הכרעה²².

לעומת זאת, בית-המשפט הדגיש את ההשפעה המיידית הנתונה להפעלת הנורמות הדיוניות מבחינת האינטרסים של הצדדים ואף מבחינת השיקול הציבורי הכללי, וזאת, בעיקר, באספקלריה של העקרונות החוקתיים העומדים ביסוד משפטה של המדינה²³.

העובדה שהמכשירים הדיוניים שהפעלתם התבקשה, מעצם טבעם אינם מיועדים אלא לשלבים בהליך המשפטי שבהם המחלוקת המהותית – המשפטיות והעובדתיות – טרם הוכרעו ולעתים אף טרם נדונו, לא הובלטה בפסק-הדין. טעם מרכזי שבית-המשפט נתן לסירובו להפעילם היה דווקא בכך שהמחלוקת המהותיות טרם הוכרעו והאחריות טרם נקבעה²⁴.

אמנם, בית-המשפט היה ער לכך שהתוצאה שאליה הגיע "עשויה לעתים להשאיר פגיעה שלא כדין בשם הטוב, בלא סער ראוי"²⁵, אך בהנמקותיו לא התייחס לבעיית התיישבותה של תוצאה זו עם עקרונות המשפט הדיוני, המיועדים להבטיח – ככל שהיד משגת – מניעתה של תוצאה כזו.

ד. הסמכות למתן ציוויים במשפטי לשון-הרע

11. אין ספק, כי בישראל מוסמכים בתי-המשפט לתת ציוויים – לתמיד ולשעה – בתביעות-הנזיקין בגין לשון-הרע.

בסעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, נקבע, כי "כל בית משפט הדין בעניין אזרחי מוסמך לתת... צו עשה, צו לא-תעשה... וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון בנסיבות שלפניו".

בסעיף 7 לחוק הוחלו על עוולת פרסום לשון-הרע הוראות הסעיפים 58-61 לפקודת הנזיקין האזרחיים, 1944, שהם סעיפים 71-77 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]²⁶ (להלן: הפקודה). בסעיף 71 לפקודה נקבע, כי "כל בית משפט אזרחי... רשאי... ליתן ציווי בשל עוולה..."; ובסעיף 72 נקבע, כי "ציווי יכול שיהיה צו עשה או צו לא-תעשה, לשעה או לתמיד".

בסעיף 9 לחוק, שכותרתו "צוים נוספים", נקבע, בין השאר, כי נוסף על סעדים אחרים, רשאי בית-המשפט לצוות על איסור הפצה של עותקי הפרסום המכיל

21 ראו י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה ששית בעריכת ש' לוי, 1990) 545.

22 ראו J. H. Friendenthal, M. K. Kane & A. R. Miller, *Civil Procedure* (West Publishing, 1986) 380.

23 "במסגרת ציווי לשעה עליו (על בית-המשפט) להתחשב באינטרס הציבורי לשם הטוב ולחופש הביטוי" (פסק-הדין, 856 בין האותיות ג-ד).

24 שם, 867-868 (סעיף 28). ראו להלן, פרק ה. 3.

25 פסק-הדין, 874 בין האותיות ה-ו.

26 דיני מדינת ישראל, נוסח חדש, מס' 10, מיום י"ט בניסן תשכ"ח (17.4.68), עמ' 266.

את לשון הרע או על החרמתם, וכי צו החרמה כזה כוחו יפה כלפי כל אדם שברשותו נמצאים עותקים כאלה, גם אם אותו אדם לא היה צד למשפט; וכן רשאי בית המשפט לצוות על פרסום — שיעשה על חשבון הנתבע — של תיקון או הכחשה של דבר המהווה לשון הרע או על פרסום פסק הדין.²⁷ נראה אפוא, כי לא זו בלבד שהמחוקק הסמיך את בית המשפט לתת ציוויים בתביעות לשון הרע כמו בתביעות אחרות, אלא שבתביעות לשון הרע הוא אף הוסיף סמכות למתן ציוויים מיוחדים.

12. בפסק דינו עומד השופט ברק על קיומה בדין הישראלי — להבדיל מהדין האמריקני ומהדין האנגלי הנושן — של סמכות למתן ציוויים במשפטי לשון הרע.²⁸ אולם לדירי "סמכות לחרוד ושיקול דעת לחרוד"²⁹. לפי שיטתו, השיקולים שבגינם נשללה הסמכות בשיטות משפט אחרות יפים בישראל לעניין הפעלתו של שיקול הדעת, ויש בהם — במיוחד לעניין ציוויים לשעה — כדי לצמצם במידה רבה את הנכונות לתת ציוויים במשפטי לשון הרע.

ואולם, דומה כי הן מעצם הוספתן לסמכות הכללית למתן צווי עשה ואל תעשה של סמכויות למתן ציוויים מיוחדים במשפטי לשון הרע (גם אם אפשר שחלקן אינן הולמות סעד זמני) והן מן האמור בהצעת החוק³⁰ ובדיוני הכנסת³¹ עולה, כי לא זו בלבד שהמחוקק לא ראה ללכת בעקבותיהן של שיטות המשפט המסייגות מתן ציוויים במשפטי דיבה, אלא שאף ראה את תרופות הציווי — מטעמים שעליהם אעמוד בהמשך³² — כחשובות במיוחד דווקא במשפטי לשון הרע. עמדתו האמורה של השופט ברק, שלפיה על אף קיומה של סמכות למתן ציוויים במשפטי לשון הרע יש למעט במיוחד בשימוש בה, אינה מתיישבת, לדעתי, עם מגמת המחוקק להעניק לתרופות הציווי מעמד מיוחד דווקא במשפטים אלה.

27 ראו גם החוק, סעיף 10 שכותרתו "צו ביניים".

28 ראו R. McEwen & P. Lewis, *Gatley on Libel And Slander* (7th ed., Sweet & Maxwell, 1974), 1379.

29 פסק הדין, 853 בין האותיות ה-1.

30 ראו הצעת חוק לשון הרע, תשכ"ג-1963, ה"ח תשכ"ג, 286, שהחליפה את הצעת חוק לשון הרע, תשכ"ב-1962, ה"ח תשכ"ב, 142. בדברי ההסבר להצעה קודמת זו נאמרו, בין היתר, הדברים הבאים (היפים גם להצעת החוק שלאחריה):

לפי החוק הקיים אין סנקציות אזוריות נגד פרסום לשון הרע אלא צו מניעה ופיצויים. לפי החוק המוצע יהיו לבית המשפט סמכויות נוספות: הוא יוכל, במשפט אזורי, לצוות על פרסום תיקון או התנצלות או על השמדת הדבר שבו פורסמה לשון הרע או על איסור הפצתו...

31 ראו ד"כ 37 (תשכ"ה) 2401, 2449, 2572 (קריאה ראשונה); ד"כ 43 (תשכ"ה) 2680, 2704 (קריאות שנייה ושלישית); אך ראו ד"כ 48 (תשכ"ז) 1730, 2012: ההצעה, שלא נומקה ולא נדונה, לקרא לחוק "חוק מניעת לשון הרע" — נדחתה.

32 ראו להלן, סעיפים 27 ו-30.

ה. שיקול-הדעת במתן ציוויים במשפטי לשון-הרע

1. כללי

13. כאמור, השופט ברק מציין, כי מתן ציוויים – לתמיד או לשעה – נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט³³. כך בדיני החוזים³⁴ וכך בדיני הנזיקין, ובתוכם דיני לשון-הרע³⁵. השופט ברק עומד על כך, שכיום נחשבת תרופת הציווי לתרופה הניתנת לנפגע בזכות ולא בחסד, אך זכות זו עדיין אינה מוחלטת. הזכות לציווי אינה זהה מבחינת "עוצמתה" לזכות לפיצויים³⁶, וכך במיוחד בדיני-הנזיקין, שבהם הציווי עדיין נחשב ל"סעד משני"³⁷. השופט ברק מסביר, כי

חולשתו זו של הציווי נובעת מאופיו. ציווי לפוגע לנהוג בדרך מסוימת עשוי לפגוע קשות בחופש האישי שלו, ולהוות מעשה התעמרות כלפיו. הוא עשוי לפגוע באינטרס הציבורי. הוא עשוי להכביד על מערכת אכיפת החוק³⁸.

14. נראה לי, כי כוחם של טעמים אלה המובאים להצדקתה של ה"חולשה" היחסית של תרופת הציווי מועט למדי כאשר מדובר בציווי להימנעות מעשיית עוולה. קשה לראות התעמרות בציווי על אדם להימנע מעשיית מעשים שהדין אסר עליו לעשותם³⁹, להכביל מציווי לעשות מעשים, אשר גם אם הדין מחייב את עשייתם, הרי אפשר שבנסיבות מסוימות הנחבע אינו מסוגל לעשותם או שהעשייה קשה עליו עד מאוד. בידי מערכת אכיפת החוק כלים לאכיפתם של צווי מניעה⁴⁰, מה

33 פסק-הדין, 853 בין האותיות ה-1.

34 אמנם ברישתו של סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, נקבע כי "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה"; אך בסעיף קטן (4) של סעיף זה נאמר, כי זכות זו לא תעמוד אם "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין". קביעתו של הצדק בנסיבות העניין נתונה כמדומה לשיקול-דעתו של בית-המשפט. ראו א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 37.

35 ראו ג' טדסקי – עורך, י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (מהדורה שנייה, מאגנס, תשל"ז) (להלן: דיני הנזיקין) 545.

36 פסק-הדין, 854 בין האותיות א-ב.

37 דיני הנזיקין (לעיל, הערה 35) 544.

38 פסק-הדין, 854 בין האותיות ב-ג.

39 דומה, כי דבריו של השופט ברק שם, נסבים ביטורם על ציוויים לתמיד, המתבקשים עליידי התובע כסעד של קבע לאחר שהאחריות הוכרעה לטובתו (ראו השימוש במלה "פוגע"). עם זאת, ניתן להניח כי דבריו חלים, לפחות באותה המידה, גם על ציוויים לשעה, הניתנים בטרם הוכרע האם המעשים שמניעתם מחבקשת הם מעשים שהמחזק אסר. אכן, הסעדים הזמניים כולם – ולא רק ציוויים לשעה כמשמעותם בפקודת הנזיקין – נתונים, ובצדק, לשיקול-דעתו של בית-המשפט ולצולם המבקש אינו "זכאי" לקבלם, משום שכרגיל הם מתבקשים בטרם הוכרעה לגופה המחלוקת המהותית שבין הצדדים (ומשום-כך בית-המשפט מקפיד בדרך-כלל אף על זאת שבאופיים הם אכן יהיו "זמניים" ושהתובע לא ישיג באמצעותם את מלוא הסעד המתבקש כתביעה העיקרית: ראו י' זוסמן [לעיל, הערה 21], 581; ב' לוינבוק, צוי מניעה [תל-אביב, תשכ"ו] 76); אך טעם זה חל על ציוויים לשעה כשל היותם זמניים, ולא בשל היותם ציוויים.

40 ראו פקודת ביוין בית המשפט, סעיף 6; G. W. Keeton & L. A. Sheridan, *Equity* (Barry Rose, 1987) 405.

שאינן כן תמיד כאשר לצווים לעשייה, אשר לעתים יש במורכבותה כדי להקשות יתר על המידה על הפיקוח עליה⁴¹.

כאשר מקור החיוב הוא בחוזה, דהיינו: שמקורו הוא ברצונם של הצדדים, אפשר שהאינטרס הציבורי – אף אם לא יגרום לפסילת תוקף החיוב מיסודו – יביא לאי-אכיפתו⁴²; לא כן כאשר מקור החיוב הוא בקביעתו של המחוקק, שחזקה כי היא תואמת את עניין הציבור. מבחינה זו, ההלכה שלפיה "בעוד שבדיני החוזים, תרופת הציווי... היא התרופה הראשונית, הרי בדיני הנזיקין תרופת הציווי היא תרופה משנית"⁴³ – שמקורה הוא כפי הנראה בכך שדיני התרופות בגין הפרת חוזה הוסדרו בתחיקה מודרנית של הכנסת⁴⁴, בעוד שדיני התרופות בנוזיקין עודם מעוגנים, בעיקרם, בפקודה מנדטורית⁴⁵ – נראית ארכאית קמעא.

15. בפסק-דין⁴⁶ השופט ברק מונה שני פרמטרים מרכזיים, אשר על כית-המשפט להתחשב בהם בהפעלת שיקול-דעתו בהתבקשו לתת ציווי במשפט בגין לשון-הרע: הפרמטר האחד הוא האינטרסים והערכים הבאים לידי התנגשות, דהיינו: חופש הביטוי מזה, והזכות לשם טוב מזה; הפרמטר השני הוא השלב בהליך השיפוט שבו הציווי מתבקש, דהיינו: האם הציווי מתבקש בטרם נקבעה האחריות – ציווי לשעה, או שהציווי מתבקש לאחר שנקבע כי הביטוי נושא ההתדיינות הוא לשון-הרע אסורה – ציווי לתמיד.

אדון עתה בשני הפרמטרים שציין השופט ברק.

2. הפרמטר האחד – חופש הביטוי מול הזכות לשם טוב

(א) השתרעותו של חופש הביטוי על ביטוי שיש בו לשון-הרע

16. השופט ברק עומד על כך, שהן הביטוי החופשי והן השם הטוב הם אינטרסים חשובים לפרט ולציבור⁴⁷. אך נראה שהוא סבור, כי יהיה מקום "לאזן" ביניהם בהפעלת שיקול-הדעת השיפוטי רק אם יוברר תחילה כי ערך-היסוד של חופש הביטוי משתרע גם על ביטוי שיש בו לשון-הרע; שכן אם ייקבע כי חופש הביטוי

41 ראו א' ירין, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טרסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, מהדורה שנייה, תשל"ט) 58.

42 אף כי ספק האם אכיפה המנוגדת לאינטרס הציבורי נכנסת לגדר מצב שבו "אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין", שבו, לפי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, אין לאכוף את החוזה. השווה ע"א 714/79 ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח', פ"ד (3) 645; ד"נ 21/80 ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח', פ"ד (3) 253.

43 פסק-הדין, 854 בין האותיות ד"ה.

44 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

45 במשפט האנגלי הקלסי לענפי השונים, תרופת הציווי היא סעד משני, הניתן רק כאשר אין די בפיצויים להשלטת הדין או להשבת המצב לקדמותו. ראו I. C. F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (3rd ed., Sweet & Maxwell, 1984) 59.

46 פסק-הדין, 855 מעל האות ב.

47 שם, 856-857 (סעיפים 16 ו-17).

מלכתחילה כלל אינו חל על לשון-הרע, ממילא לא תעמוד בפני בית-המשפט התנגשות בין שני אינטרסים לגיטימיים שבה יהיה עליו להכריע לפי שיקול-דעתו. מסקנתו של השופט ברק בסוגיא זו היא "כי גם ביטוי שיש בו לשון-הרע הוא ביטוי שעקרון חופש הביטוי 'מכסה' עליו"⁴⁸. טעמה של גישתו הוא בכך, שצידוקו של חופש הביטוי חלים בעיקרם גם על ביטוי שיש בו לשון-הרע. אכן, חופש הביטוי אינו מוחלט, ולעתים הוא ייסוג בפני אינטרסים או ערכים אחרים וכיניהם הזכות לשם טוב; אך מבחינת מהותו הוא חל גם על ביטויי לשון-הרע, ואפשר שלעתים הוא יועדף על-פני הזכות לשם טוב, וביטוי שיש בו לשון-הרע – יותר.

17. נראה לי, כי ראייה זו של הבעיה אינה מדויקת. אני סבור, כי בקשה – המוגשת לבית-המשפט במסגרת דיון בתביעת נזיקין – למתן ציווי למניעת פרסום של ביטוי אשר נטען שיש בו "לשון-הרע", אינה מבוססת על טענה כי הביטוי הוא בגדר לשון-הרע מבחינה "עובדתית" גרידא, אלא על טענה כי פרסום הביטוי מהווה עוולה לפי החוק. החוק – ובכללו ההיתרים וההגנות הקבועים בו⁴⁹ – הוא המגדיר את לשון-הרע כעוולה, כלומר: כמעשה שלא כדין בכל נסיבות העניין. אם פרסום הביטוי אינו מהווה עוולה של פרסום לשון-הרע כמוגדר בחוק, ממילא תידחה הבקשה לציווי – ללא כל איזון אינטרסים שיפוטי – שכן בקשה כזו היא נעדרת עילה. הלוא דומה, כי אף לפי גישתו של השופט ברק, אין בידי בית-המשפט סמכות כללית למתן ציוויים שאינם למניעת עוולה מוכרת ומוגדרת בדין.

לעומת זאת, אם פרסום הביטוי מהווה עוולה לפי הגדרות החוק וקביעותיו, ממילא אין לומר כי חל עליו – במשפטה הפוזיטיבי של המדינה – חופש הביטוי. החוק, למרות שמו, אינו אוסר על כל ביטוי העשוי לפגוע בשמו הטוב של אדם, אלא רק על ביטויים שלפי תפישת המחוקק פגיעתם בשם הטוב ונסיבות פרסומם מצדיקות את איסורם למרות הערך שבחופש הביטוי, ולא נדרש אפוא כל "איזון" שיפוטי בין הוראות החוק לבין חופש הביטוי (להבדיל מפרשנות הוראות החוק עצמן ויישומן על-ידי בית-המשפט על נסיבות כל עניין). האיזון בין ערך הביטוי החופשי לבין ערך השם הטוב מגולם בגוף הוראות החוק (ובכללן ההיתרים וההגנות המוענקים בו), כפי שהן מתפרשות על-ידי בית-המשפט. אף אם מבחינת הצדקותיו חל עקרון חופש הביטוי על פרסום מסוים, הרי שהיותו של הפרסום עוולה, לא חל עליו חופש הביטוי במשפט הפוזיטיבי. מכאן, שאם פרסום מסוים מהווה עוולה של פרסום לשון-הרע כמשמעותה בחוק – שוב אין מקום ל"איזון" שיפוטי בין הוראות החוק (כפי שאלה פורשו ויושמו על-ידי בית-המשפט) לבין חופש הביטוי.

אמנם, לפי גישה המקובלת בארצות-הברית, בעצם היותו של ביטוי עוולה אזרחית או אף עבירה פלילית אין כדי לגרוע מתחולתו עליו של העיקרון התוקף בדבר חופש הביטוי, המתבטא בכך שלא יהיה ניתן למנוע את הביטוי באמצעות

48 שם, 857 בין האותיות ו-ז.

49 להבחנה בחוק בין היתרים להגנות ראו ע"א 348/85 בן ציון נ' הוצאת מודיעין בע"מ ואח', פ"ד מב(1)

797, 799 בין האותיות ו-ז.

ציווי, ושהסעד היחיד שיעמוד לרשות הנפגע יהיה פיצויים (ובמקרה של עבירה – הטלת עונש)⁵⁰; אך לדעתי, גישה כזו אינה קונסיסטנטית. היא מעבירה לציבור מסרים סותרים ויש בה כדי לשבש את הגשמתן של פונקציות מרכזיות של דיני הנזיקין ודיני העונשין. הן דיני הנזיקין⁵¹ והן דיני העונשין⁵² מגדירים מעשים אסורים, שלהם החברה מייחסת ערך שלילי ורואה אותם כבלתי-רצויים. קביעה, כי בגין פרסום ביטוי מסוים צפוי המפרסם לסנקציה מאוחרת, אזהרה או פלילית – דהיינו: שהפרסום בלתי-רצוי ואסור – אינה עולה בקנה אחד עם קביעה כי על הפרסום חל חופש הביטוי, דהיינו: שהפרסום מותר ואף רצוי. לדעתי, קביעתו של ביטוי כעוולה או כעבירה משמעה שהמחוקק סבר, כי מתקיימים ערכים או אינטרסים המצדיקים את איסורו והגזברים על צידוקיו של עקרון חופש הביטוי, ועל ביטוי כזה לא חל חופש הביטוי⁵³.

18. השקפתו האמורה של השופט ברק – אשר לפיה חופש הביטוי חל ביסודו גם על ביטויים הפוגעים בזכות לשם טוב – היא העומדת ביסוד שיטתו, אשר לפיה "מידת הפגיעה באינטרסים אלה (חופש הביטוי והזכות לשם טוב) אם הציווי לא יינתן, לעומת הפגיעה בהם אם הציווי יינתן"⁵⁴ מהוות פרמטר להפעלת שיקול-דעתו של בית-המשפט גם כאשר הוא דן בבקשה לציווי לשעה. לשיטתו של השופט ברק, חופש הביטוי ייפגע ממדת ציווי למניעת הפרסום (כפי שהזכות לשם טוב תיפגע, קרוב לוודאי, אם ציווי לא יינתן) – יהיו תוכן הפרסום ונסיבותיו אשר יהיו, ולכן ניתן להתחשב בפרמטר זה גם בטרם נפרשו לפני בית-המשפט מלוא הראיות והטענות הדרושות לשם קביעת האחריות בתביעה העיקרית. לפי שיטתו, פרמטר זה רלבנטי גם אם נקבע בתביעה העיקרית, כי הפרסום מהווה פרסום "לשון-הרע" אסור, ובית-המשפט שוקל האם לזכות את התובע נוסף לפיצויים גם בציווי למניעת הפרסום; אלא שבמקרה כזה יכריע השיקול של הזכות לשם טוב והציווי יינתן. לדעתי, ההתחשבות בפרמטר זה כפרמטר עצמאי אינה ראויה לא רק בשיקול-הדעת בבקשה לסעד הקבוע, המתבקש משנקבע שעל הפרסום לא חל חופש

50 ראו J. E. Nowak, R. D. Rotunda & J. N. Young, *Constitutional Law* (2nd ed., West Publishing, 1983) 886; T. I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (Random House, 1970), 504.

51 ראו G. J. Fleming, *The Law, of Torts* (6th ed., The Law Book Company Limited, 1983) 4; Prosser & Keeton, *On Torts* (5th ed., West Publishing, 1984) 2.

52 ראו ש"ז פלר, יסודות דיני עונשין (חלק א', המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ד) 117; J. C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* (5th ed., Butterworth, 1983) 17.

53 השוו לדעתו של השופט כץ בבג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא(3) 255 (להלן: בג"צ כהנא), 315 מול האות ד, כי "מותר (לוועד-המנהל של רשות השידור) לאסור שידורים של דברים, אשר פרסומם מהווה עבירה פלילית (של הסתה לגזענות), אף אם אינה קיימת ודאות קרובה שהפרסום יגרם להפרת הסדר הציבורי" (המלים שבסוגריים הוספו; ההדגשות במקור, א' השופט ברק חלק על השופט כץ. דעתו של השופט ברק – הדומה להשקפה שהובעה על-ידיו בפסק-הדין נושא רשימה זו – היתה, כי בעצם היותו של ביטוי בגדר עבירה פלילית של הסתה לגזענות אין כדי לשלול את החופש להשמיעו (כולל בשידוריה של רשות השידור) ויהיה ניתן למנוע את השמעתו רק אם יוכח כי יש בה כדי ליצור ודאות קרובה לפגיעה בסדר הציבורי. ראו גם להלן, בסעיף 27.

54 פסק-הדין, 855 מול האות א.

הביטוי, אלא גם בשיקול-הדעת בבקשה לסער הזמני. בשימוש השיפוטי בפרמטר זה בדיון בבקשה לציווי לשעה, המתקיים בטרם הוכרע האם במשפטה הפוזיטיבי של המדינה כולל חופש הביטוי את הפרסום מושא ההתדיינות, יש משום הקדמת המאוחר. בכך שבשלב זה בית-המשפט טרם הכריע בשאלת חוקיותו של הפרסום, אין כדי להשליך על עמדת הדין כלפיו או להשפיע על משקלם של האינטרסים השונים העומדים ביסודה. התשובה לשאלה המהותית – האם על הפרסום חל חופש הביטוי או שמא הזכות לשם טוב גוברת – עתידה להינתן בהכרעה בתביעה העיקרית, ותפקיד הסעדים הזמניים הוא לסייע בהגשמתה של הכרעה זו. בשלב הדיון בסעדים הזמניים, שיקול-הדעת השיפוטי צריך להיות מכוון להשגתה של מטרה זו. מאחר שבשלב זה בית-המשפט אינו יודע לטובת איזו מן ההכרעות המהותיות האפשריות עליו לכוון את הסעדים הזמניים (שכן הכרעה מהותית טרם התקבלה), בית-המשפט מונחה על-ידי אמות-מידה מיוחדות שאחת ממטרותיהן העיקריות היא למנוע – כמידת האפשר – כל אחד מן הצדדים מלקפח את זכותו אם יזכה בתביעה העיקרית⁵⁵. אמות-מידה אלו, שביישומן בענייננו ארון בהמשך⁵⁶, הן, בעיקר, מאזן הנוחות – השוואת הפגיעה שיגרם הסער הזמני לנזק אם התביעה תידחה לפגיעה שיגרם אי-מתן הסער הזמני לתובע אם התביעה תתקבל, וסיכויי הלכאוריים של התובע לזכות בתביעה (כדי שהנזק לא ייזק או יוטרד מסעדים זמניים הקשורים לתביעה עיקרית טורדנית).

אכן, אפשר שלמשקל היחסי של האינטרסים המתמודדים בדיני לשון-הרע – חופש הביטוי מזה והזכות לשם טוב מזה – נתונה נפקות מסוימת בהפעלתן של אמות המידה-האמורות; למשל: אם הדין המהותי מעדיף בדרך-כלל את חופש הביטוי על-פני הזכות לשם טוב – או להיפך – עשוי להיות לכך משקל בהערכת סיכויי התביעה. ואולם, נראה שלא זה השימוש שנעשה בפסק-הדין בפרמטר האמור של איזון בין שתי הזכויות המתנגשות (ומה גם שלהלכה, אם כי בדרך-כלל לא למעשה, לפי פסק-הדין יש לפרמטר זה משקל אף בהפעלת שיקול-הדעת במתן הסער הקבוע, הניתן כמובן לאחר ההכרעה באחריות). אמשיך אפוא וארון בפרמטר זה באספקלריה של תרומתה של עמדת בית-המשפט בענייננו להגשמתו של הדין המהותי החקוק.

(ב) איזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב

19. לפי גישתו של השופט ברק,

הערכים בדבר שמו הטוב של אדם מזה וחופש הביטוי מזה... הם חלק מאותן זכויות יסוד שאינן כתובות עלי ספר... (ה)נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית... . הן הזכות לשם-הטוב והן הזכות לחופש הביטוי הן זכויות, אשר מבחינתן העקרונית, הם חלק "מהמשפט המקובל" שלנו...⁵⁷.

55 ראו י' זוסמן (לעיל, הערה 21) 577.

56 ראו להלן, סעיף 33.

57 פסק-הדין, 860 בין האותיות ג-ד.

אמנם, השופט ברק מציין, כי את התשובה לשאלה של איזו מן הזכויות על העליונה כאשר הן מתנגשות זו בזו, יש לחפש, בראש-ובראשונה, בדברי החקיקה, שמביניהם החשוב ביותר הוא החוק⁵⁸; ואולם, לנוכח העובדה שבסוגיא נושא פסק-הדין העניק החוק עצמו שיקול-דעת לבית-המשפט, השופט ברק אינו מוצא סיוע בהוראותיו. הטעמים שהשופט ברק מביא להעדפת חופש הביטוי על-פני הזכות לשם טוב אינם שאובים אפוא מן החוק או מרוחו הספציפית⁵⁹.

20. כשלעצמי, אני מסופק אם בישראל הזכות לשם טוב — אשר מעצם-טבעה אין לה נפקות אלא בהתנגשה בחופש הביטוי — אכן מהווה חלק מן "המשפט המקובל", ואין יסודה בחוק⁶⁰. אך יהיה עניין זה כאשר יהיה, אני סבור שבתביעת לשון-הרע המוגשת לפי החוק, על בית-המשפט — אף בבואו להפעיל סמכות שבשיקול-דעת — לבחון בקפידה את האמור בחוק (שעצם מהותו אינה אלא איזון — למצער בתחומי הנזיקין והעונשין — בין ערכי הביטוי החופשי והשם הטוב), בהוראותיו וברוחו, ולהפיק ממנו את הקווים המנחים להפעלת שיקול-הדעת. אמנם, אפשר שבית-המשפט אינו שלם עם רוח החוק ועם המשקל היחסי שנקבע בו לכל אחת מן הזכויות המתנגשות, ולדעתו אין בהם כדי לשקף כראוי את "מקומה של הזכות בתפיסות היסוד החברתיות... (את) המסורת של השיטה... (את) הסדרה החוקיים השונים... (ואת) ההשקפות החברתיות של הציבור הנאור"⁶¹; אך אני סבור, שהדבר צריך להשפיע על פסיקתו⁶².

כמו כן, גם חריגה מרוחה של פסיקה עקרונית קודמת של בית-המשפט העליון בדיון נוסף, שעסק בסוגיית-יסוד של דיני איסור לשון-הרע⁶³ — הגם שללא ספק

58 שם, 861 בין האותיות ג-ד.

59 ראו גם לעיל, סעיף 9.

60 כך, ספק אם המועצה לביקורת סרטים ומחזות — אם בכלל תוכל להתחשב, כשיקול לפסילתו של סרט, בהיותו לשון-הרע — לא תהיה כפופה להגדרת לשון-הרע שבחוק (כולל ההיתרים וההגנות שבו), הגם שהוא מסדיר לכאורה רק את ההיבטים הפליליים והנזיקיים של דיני איסור לשון-הרע.

61 פסק-הדין, עמ' 860-861.

62 ראו א' ברק, "פרשנות ושפיטה — יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י (תשמ"ד-תשמ"ה) 467, 487.

63 בד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 337 (להלן: ד"נ חברת החשמל-הארץ). עמדת הרוב היתה כי באיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב אין נתונה לראשון כל העדפה. עמדה זו מתקשה לעלות בקנה אחד עם עמדתו של השופט ברק בפסק-הדין נושא הרשימה. אמנם, פסק-הדין בד"נ חברת החשמל-הארץ עסק בהיקף האחריות לפי החוק המהותי, בעוד שפסק-הדין נושא הרשימה מתמקד בשיקול-הדעת השיפוטי לעניין מתן סעד ציווי לשעה; ודעתי היא, כי עריכת האיזון האמור בשלב הדיון בסעד הזמני היא בעייתית (ראו להלן, בסעיף 22); ואולם על-כל-פנים דומה, כי גישה המעדיפה במידה משמעותית את חופש הביטוי לעניין מתן סעדים זמניים תתקשה להתיישב עם עמדה שאינה מעניקה לו כל בכורה בפירוש החוק המהותי וביישום הוראותיו. אני סבור, כי אין עקיבות רבה בשילוב בין צמצום הסעד של ציווי לשעה בתביעות לשון-הרע לבין מתן פירוש מרחיב (או על-כל-פנים לא מצמצם) להיקף האחריות לפי החוק המהותי.

היא מותרת⁶⁴ — לא רצוי שתהיה אך "משתמעת", דבר העשוי להביא לערפול ולחוסר-ודאות⁶⁵.

21. באזנו בין ערך הביטוי החופשי לבין ערך השם הטוב, השופט ברק מייחס משקל מיוחד לראשון. לדבריו,

בעיקר יש ליתן משקל מיוחד זה בכל הנוגע לחופש הביטוי הנוגע לעניני הציבור ולגופים ולאנשים הנושאים משרות ציבוריות, או בתפקידים של ציבור עניין בהם⁶⁶.

השופט ברק מביא לגישתו שני טעמים: הטעם האחד הוא בחשיבותו המיוחדת של הביטוי החופשי בעניינים ציבוריים; הטעם השני הוא כסיכון לשם הטוב שאנשי-הציבור נוטלים על עצמם ובאפשרותם המיוחדת להגן על שמם הטוב. אדון עתה בטעמים אלה.

22. וכך השופט ברק מנמק את השקפתו בדבר חשיבותו המיוחדת של חופש הביטוי בעניינים ציבוריים ואודות אישי-ציבור — חשיבות העשויה להקנות לו יתרון באיזון בינו לבין ערך השם הטוב:

אין אפשרות לנתק דיון חברתי בעמדות וברעיונות שיש לציבור עניין בהם מדיון רציני בבעלי העמדות ובהוגי הרעיונות. בתחום הציבורי והפוליטי, קשה לנתק את הקשר בין הדעה לבין מי שמביע אותה. מכאן הצורך החברתי לאפשר חופש לא רק באשר לדעות אלא גם באשר לנושאי משרה המשמשים להן שופר. אכן, דווקא בתחום ציבורי זה חיוני ליתן משקל מירבי לחופש הביטוי, שכן בתחום זה מעוצבת התפיסה החברתית והמדינית הקובעת את כיוונה של החברה. דווקא בתחום זה הופכת חירות הביטוי לפגיעה במיוחד, בשל הנטייה לראות בצמצומה פתרון קל לבעיות חברתיות שהפתרון הראוי להן נמצא במקום אחר⁶⁷.

האם "דיון רציני בבעלי העמדות ובהוגי הרעיונות" שבתחום הציבורי והפוליטי עשוי להיות בגדר לשון-הרע כמשמעותה בחוק? דומה שיש להשיב על כך בשלילה. בסעיף 14 לחוק נקבע:

במשפט... אזורחי בשל לשון-הרע תהא זאת הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום ענין ציבורי...

בסעיף 15 לחוק נקבע:

64 ראו חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 20(ב); A. Barak, "Overruling Precedent" 21 Isr. L. Rev. (1986): 269.

65 ראו גם ע"א 670/79, 78,82/80 הוצאת עתון הארץ בע"מ ואח' נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169 (להלן: ע"א הארץ-מזרחי), 198-200.

66 פסק-הדין, 863 בין האותיות א-ב.

67 שם, שם בין האותיות ד-ה.

במשפט... אזרחי תהא זאת הגנה טובה אם... הנתבע עשה את הפרסום בתום לב כאחת הנסיבות הללו:

...

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

...

(6) הפרסום היה בקורת... על פעולה שעשה (התובע) בפומבי, ובמידה שהדבר כרוך בבקורת כזאת – הבעת דעה על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה... פעולה.

ההגנה לפי סעיף 14 עניינה בפרסום דבר שהוא עובדה, שרק היא יכולה להיות או שלא להיות "אמת". ההגנות לפי סעיף 15 עניינן בפרסום שהוא הבעת דעה, אם על דרך של הערכת עובדות ואם על דרך של הסקת מסקנות מעובדות נתונות⁶⁸. לפי גרסתו של אבנרי – המפרסם – עצמו, בתצהיר שהגיש לבית-המשפט, עמד הספר "הגביר" לכלול חומר המראה כי שפירא ניצל לרעה את מעמדו הציבורי, כי קיבל כספים לעסקיו הפרטיים תוך ניצול תפקידו כיושב-ראש ועדת הכספים של הכנסת וכי היה מעורב בפרשיות שחיתות⁶⁹.

ככל שהדברים האמורים היו בגדר הבעת דעה – הערכתן של עובדות והערכתה של אישיותו של שפירא בזיקה לעיסוקיו הציבוריים – הרי שפרסומם בתום-לב מותר⁷⁰ ואין הוא בגדר עוולת פרסום לשון-הרע. בפרסום מעין זה – שהוא פרסום מוגן לפי הוראות החוק עצמן – לא נדרש אפוא כל שיקול-דעת שיפוטי האם להעניק לנפגע סעד של ציווי. בנסיבות אלה הנפגע מן הפרסום אינו זכאי לכל סעד שהוא, ולכן השאלה המיוחדת בדבר מתן סעד שבשיקול-דעת כלל אינה מתעוררת. לעומת זאת, אם הפרסום היה אמור לכלול גם עובדות ולא הבעת דעה בלבד, הרי – בהנחה שיש בהן עניין לציבור, ולפי תיאורו של אבנרי את תוכן הספר דומה שכך הדבר – אם הן אמת, גם כאן לא עולה על הפרק השאלה המיוחדת בדבר הפעלת שיקול-הדעת השיפוטי במתן תרופת הציווי; ואולם אם העובדות המופיעות בפרסום אינן אמת והפרסום אינו מוגן, איני רואה טעם לאפשר את פרסומן ולמנוע מן הנפגע את סעד הציווי. קשה לראות במה פרסום אי-אמיתות אודות אישי-ציבור יכול לתרום לעיצוב התפישה החברתית והמדינית הקובעת את כיוונה של החברה ומה הטעם בשימוש בשיקול-הדעת השיפוטי למניעתו של סעד הציווי מהם.

68 ראו ע"א 34/71 פרידמן נ' חן ואח', פ"ד כו(1) 524, 528-529.

69 פסקי-הדין, 849, בין האותיות ב-ג.

70 אך ראו ד"כ 43 (תשכ"ה) 2714, הנמקתו של נציג ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, חבר הכנסת אזניה, לדחייתה של ההצעה לכתוב בסעיף 13 לחוק, במקום "לא ישמש עילה למשפט פלילי או אזרחי" – "לא ייחשב כלשון הרע".

אם בעת הדיון התשובות לשאלות אלה או למקצתן אינן ידועות – וכך המצב כשיקול-דעתו של בית-המשפט מופעל במסגרת בקשה לציווי לשעה, כפי שהיה בנסיבות פסק-הדין – אין אפשרות להנחות באמצעותן את שיקול-הדעת. אם לא ידוע אם הפרסום הוא בגדר הבעת-דעה גרידא או שהוא כולל גם עובדות, או האם העובדות הכלולות בו הן אמת או אינן אמת – ממילא אין אפשרות להכריע בבקשה לציווי על-סמך איזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב. הלוא לפי השקפת המחוקק, כפי שבאה לביטוי בהוראות החוק שנסקרו לעיל, תוצאת האיזון כאשר הפרסום הוא בגדר הבעת-דעה אינה כתוצאתו כאשר הפרסום כולל עובדות; התוצאה כאשר הפרסום כולל עובדות אמתיות אינה כתוצאה כאשר העובדות הכלולות בפרסום אינן אמתיות; וכך הלאה. ההנמקות שהשופט ברק מביא בזכות העדפתו של חופש הביטוי אינן תופשות (או, על-כל-פנים, אינן מכריעות) אלא בהתקיים נתונים מסוימים, אשר בעת הדיון בבקשה לסעד הזמני טרם הובררו. במצב כזה אין זה ראוי כי בית-המשפט ינחה את עצמו על-סמך איזון אשר אין בידי הגנתונים הדרושים כדי לעורכו, ולדעתי עליו "להסתפק" באמות-המידה ה"רגילות" של רצינות התביעה ומאזן הנוחות – השוואת הנזקים (שאינם ניתנים לפיצוי בכסף) שייגרמו לנתבע אם הסעד הזמני יינתן והתביעה תידחה עם הנזקים שייגרמו לתובע אם הסעד הזמני לא יינתן והתביעה תתקבל וכו'.

23. הטעם השני שמביא השופט ברק בזכותו של מתן משקל כבד במיוחד לערך הביטוי החופשי בהפעלת שיקול-דעתו של בית-המשפט במתן צו למניעתו של פרסום לשון-הרע הוא, כאמור, בכך שאישי-ציבור נוטלים על עצמם, מעצם מעמדם ותפקידם, סיכונים הקשורים בהתנכלות לשמם הטוב, ובכך שכדיהם – יותר מאשר בידי אנשים "פרטיים" – כלים להגן עליו כראוי.⁷¹

אני מסופק אם אכן יש לראות בעצם התעסקותו של אדם בענייני ציבור הבעת הסכמה לפרסום לשון-הרע עליו (מעבר להגנות שהחוק עצמו מקנה לפרסומים על אישים ובעניינים ציבוריים); ומה גם שטענת הגנה של הסכמה "משתמעת" כזאת, שיש להניח כי לא תעמוד למפרסם אם יתבקש סעד של פיצויים, אינה רלבנטית במיוחד בקשר לתרופת הציווי דווקא. אך יהיה עניין זה כאשר יהיה, אין לראות מהו העניין הציבורי בפרסום עובדות לא-אמתיות, שכאמור רק הוא, בעיקרו של דבר, עשוי להוות עוולה של פרסום לשון-הרע על איש-ציבור בעניינים שלציבור עניין בהם. בפרסום עובדות לא-אמתיות עשוי להיות אינטרס למפרסם בלבד, אך ספק אם האכזבה האישית שתהיה עשויה להיגרם לו עקב מניעת הפרסום בנסיבות כאלה שקולה לעוגמת-הנפש ולנזקים העשויים להיגרם לנפגע, אף אם בידי כלים להוציא את האמת לאור.

אם שיקול-הדעת השיפוטי מופעל במסגרת דיון בבקשה לציווי לשעה, שכדרך-כלל בשעת קיומו טרם הוכרעה שאלת אמיתותו של הפרסום (שהוכחתה מוטלת

71 פסק-הדין, 864 בין האותיות א-ד.

על המפרסם⁷²) — אין בית-המשפט יכול לדעת האם קיים בפרסום עניין ציבורי, וממילא כוחו של טעמו האמור של השופט ברק אינו רב. יצוין אף, שטעם זה — הגם שאפשר כי הוא רלבנטי לנסיבות הספציפיות שנדונו בפסק-הדין — אינו הולם מקרה של פגיעה בשם הטוב של אדם שאינו איש-ציבור, אך הנעשית בפרסום שיש בו עניין לציבור (כגון הנסיבות שנדונו בפסק-הדין של השופט צמח בעניין אוליר, שצוטט בהסכמה על-ידי השופט ברק⁷³, שבהן עסק הפרסום באחות ראשית בבית-חולים גריאטרי, שבוודאי אינה אשת-ציבור אשר ביריה כלים מיוחדים להגן על שמה הטוב). כאמור, לפי ההלכה שהשופט ברק קבע בפסק-הדין, לא יהיה ניתן לתת ציווי זמני למניעת פרסום לשון-הרע בנושא שלציבור עניין בו, ובטעם שני זה שניתן על-ידי להעדפת ערך הביטוי החופשי על-פני ערך השם הטוב אין אפוא כדי לתמוך בה.

3. הפרמטר השני — ציווי לשעה (בטרם הוכרעה (האחריות) או ציווי לתמיד (לאחר ההכרעה באחריות)

(א) כללי

24. בפסק-הדין נקבע, כי לעניין מתן ציווי במשפטי נזיקין בגין לשון-הרע יש להבחין בין שני מצבים: לאחר שהאחריות הוכרעה ובית-המשפט קבע כי הפרסום הוא לשון-הרע וכי למפרסמו אין הגנה מפני אחריות — אין מניעה ממתן סעד של ציווי לתמיד למניעת הפרסום; לעומת זאת, כל עוד האחריות לא הוכרעה — לא יינתן ציווי לשעה למניעת הפרסום, זולת אם גלוי וברור שהגנת הנתבע היא הגנת-סרק או שהפרסום עוסק בעניין פרטי שלציבור אין בו כל עניין⁷⁴.

25. ואלה, ככל הנראה⁷⁵, טעמיו של השופט ברק לגישתו כנגד מתן ציוויים לשעה במשפטי לשון-הרע כל עוד האחריות לא הוכרעה:

- (1) צווי-מניעה כאלה יהיו בגדר "מניעה מוקדמת" של ביטוי, שממנה יש להימנע ככל האפשר;
- (2) במתן ציוויים לשעה במשפטי לשון-הרע יהיה כדי לשבש לחלוטין את חופש העיתונות ולפגוע קשות בחופש לפרסם ספרים ומאמרים ולהציג הצגות וסרטים;
- (3) ציוויים לשעה ניתנים כהליכי-ביניים, שמטבעם אינם מאפשרים הצגה מלאה של התשתית העובדתית ונעשים תחת לחץ הנסיבות, ולפיכך שימוש בהם לשלילת חופש הביטוי אינו הולם שיטת-משפט הנותנת משקל כבד לחופש הביטוי. ארון עתה בכל אחד מטעמים אלה, וביוצאים-מן-הכלל שבהם יכול שיינתן ציווי לשעה.

72 ראו להלן, הערה 100 והטקסט שלידה.

73 ת"א (י"ט) 654/85 אוליר נ' ידיעות אחרונות בע"מ (לא פורסם). ראו פסק-הדין, 869 (סעיף 29).

74 פסק-הדין, 867-870 (סעיפים 30-28).

75 שלא כהרגלו, השופט ברק מקצר צד-מאוד בהנמקתו לעמדה מרכזית זו, בהקדישו לה אך שורות ספורות.

(ב) ציווי לשעה כ"מניעה מוקדמת"

26. בעקבות הגישה המקובלת בארצות-הברית⁷⁶ השופט ברק שולל "מניעה מוקדמת" של ביטוי שאין ודאות (או אפשרות) קרובה כי יביא לפגיעה חמורה בסדר הציבורי. את עמדתו זו נימק בהרחבה בפסיקה קודמת⁷⁷. בציווי לשעה המונע ביטוי עד להכרעה במשפט לשון-הרע הוא ראה "מניעה מוקדמת" ולכן שלל אותה⁷⁸. הסוגיות המתעוררות הן אפוא שתיים: האחת — האם ראוי העמדה השוללת "מניעה מוקדמת" של ביטוי כאמצעי להגבלתו של חופש הביטוי; והשנייה — האם ציווי לשעה המונע ביטוי עד להכרעה בתביעה לציווי לתמיד למניעתו, הוא בגדר "מניעה מוקדמת".

אדון בשתי הסוגיות לפי סדרן.

27. הדוקטרינה בדבר "המניעה המוקדמת" היא מורכבת ורבת-פנים. ברשימה זאת אסתפק בהערות אחדות אודותיה, ואתמקד בהקשרה ה"נזיקי" — מניעתו, בהליך שיפוטי מטעם הנפגע הפוטנציאלי, של ביטוי שהוא עוולה.

כאמור, עיקר הדוקטרינה הוא שלילת מניעתו של ביטוי, זולת אם אפשרו מעמיד בסכנה חמורה — במידה קבועה זו או אחרת של הסתברות — ערך חיוני אחר⁷⁹. לפי השקפתו של השופט ברק, השאלה האם הביטוי אסור כשלעצמו — מכוח דיני העונשין, דיני הנזיקין או חוזה — אינה מעלה ואינה מורידה: כך, אפשר שפרסומו של ביטוי מסוים יהיה עבירה פלילית, אך באין ודאות קרובה כי יסכן את הסדר הציבורי לא יהיה ניתן למנעו; לעומת זאת, אפשר שפרסומו של ביטוי אחר לא יהיה עבירה פלילית, אך רשויות "מסגרות" ביטוי יהיו מוסמכות למנעו אם אפשרו יגרו ודאות קרובה לסכנה כזאת⁸⁰.

כאמור, הגישה שלפיה חופש הביטוי חל — במשפט הפוזיטיבי — גם על ביטוי המהווה עבירה פלילית, עוולה או הפרת חוזה תקף⁸¹, אינה נראית לי⁸². מטרתו של הדין אינה לאפשר ביצועם של מעשים אסורים, אף אם המעשה האסור הוא ביטוי. שעתה היפה של הדין היא כאשר הוא מצליח להרתיע מפני עשיית מעשים אסורים או למונעה, ועם זאת שלא להרתיע מפני עשיית מעשים מותרים, שלעתים הם אף רצויים ומועילים, ובכלל זה ביטויים מותרים. אמצעים של "סנקציות מאוחרות" הם בעייתיים מבחינות אלה, הן משום ששיקולים של צדק מחייבים, במיוחד במשפט

76 ראו M. B. Nimmer, *On Freedom of Speech* (Matthew Bender, 1984) par. 4.04; V. Blasi, "Toward a Theory of Prior Restraint - The Central Linkage" 66 *Minn. L. Rev.* (1981-1982) 11.

77 ראו בג"צ כהנא (לעיל, הערה 53) 297-301.

78 פסק-הדין, 867 בין האותיות ו-ז.

79 ראו בג"צ כהנא (לעיל, הערה 53) 299 מול האות ג.

80 שם, 299 בין האותיות ג-ד.

81 אפשר אף שפרסומה של התבטאות שהיא הפרת חוזה הוא עוולה. ראו נ' כהן, גרם הפרת חוזה (העולות השונות, בעריכת ג' טרסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, תשמ"ו), 101 ואילך.

82 ראו גם א' בנדור, "חופש הביטוי מעל לוחות-המודעות" משפטים יז (תשמ"ו-תשמ"ח) 171, 174-175 (הערה 17 ב).

הפלילי, ייחוס משקל ניכר ליסוד הנפשי – יסוד שבדרך-כלל אינו נוגע לרציותם של המעשים האסורים אלא להצדקה שבהטלת סנקציות על עשייתם⁸³; והן משום שחשש מסנקציות עשוי להרתיע אף מביטויים מותרים ורצויים. דווקא מנגנונים של "מניעה מוקדמת" – בהקשרים שבהם קיים חשש לביטויים אסורים, כגון כאשר נטען כי עומד להתפרסם ביטוי שהוא "לשון-הרע" – יוכלו לסנן את הביטויים האסורים ולאפשר, ללא חשש מפני סנקציה מאוחרת, ביטויים מותרים.

כך בכלל, וכך – ואולי אף ביתר-שאת – לעניין מניעתו, באמצעות צו-מניעה זמני הניתן על-ידי בית-משפט לפי בקשת הנפגע, של ביטוי שלכאורה הוא עוולה. ההליך המשפטי האזרחי⁸⁴ מאפשר לנפגע לבקש מבית-המשפט ציווי – לשעה או לתמיד – למניעת עוולה הפוגעת בו, ובכלל זה עוולה הנעשית על-ידי ביטוי. דווקא ב"עוולת-ביטוי" (במיוחד בביטוי כתוב ובמיוחד בספר⁸⁵) יש חשיבות רבה לסעד המניעה הזמנית; שכן, מש"שזחרר" הביטוי לחלל-העולם שוב אין תקנה של ממש ב"מניעה מאוחרת" אם התביעה תתקבל וינתן ציווי לתמיד. אין מקרה כזה דומה, למשל, למקרה של הסגת-גבול במקרקעין, שבו התובע יפיק לעתים קרובות את מלוא התועלת מציווי לתמיד אף אם לא יזכה בציווי לשעה. הרשות שבסמכותה לתת ציווי לשעה במשפטי נזיקין אינה רשות מנהלית, אשר אפשר שקיימים טעמים אלה ואחרים כנגד הרחבת סמכויותיה באכיפת נורמות המגבילות את חופש הביטוי⁸⁶. הפקדת הסמכות בידי הרשות השופטת מבטיחה אובייקטיביות מירבית, באופן שלא ייעשה בסמכות שימוש לא-ענייני.

28. לאמתו של דבר, ספק אם חציהם של שוללי "המניעה המוקדמת" צריכים להישלח דווקא כנגד ציוויים לשעה, להבדיל מציוויים לתמיד למניעת ביטוי. צו-מניעה זמני אינו מיועד למנוע ביטוי, אלא לאפשר את ביצועו של צו-מניעה קבוע, אם זה יינתן⁸⁷. כאמור⁸⁸, מתן צו-מניעה לאחר שהביטוי כבר פורסם הוא בדרך-כלל ברכה-לכטלה, ויעיד ביטולה של הבקשה לדיון נוסף על פסק-הדין⁸⁹: כפי שפרסום הספר שלל נפקות מעשית מציווי לשעה (אילו התוצאה היתה נהפכת בדיון נוסף), כך הוא שולל נפקות מציווי לתמיד אם יינתן בתום ההתדיינות⁹⁰. אף לפי גישתו של השופט ברק אין כל מניעה ממתן צו-מניעה קבוע במשפטי לשון-הרע. אם כך, יש לאפשר שימוש במכשיר הדיוני של צו-מניעה זמני, המהווה, בהקשר זה, תנאי לאפשרות מימוש הציווי לתמיד אם יינתן. ציווי לשעה אינו מניעה מוקדמת של הביטוי, אלא עיכוב זמני שלו, המיועד לאפשר את ביצוע

83 ראו ש"ז פלר (לעיל, הערה 52) 39 ואילך.

84 דומה כי המצב שונה בדיון הפלילי. ראו המ' (ת"א) 3470/76 בן ארי נ' שפירא, פ"מ תשל"ז (א) 516; המ' (י"ם) 1509/84 עיריית ירושלים ואח' נ' אפרים ואח', פ"מ תשמ"ה (ב) 64.

85 ראו להלן, סעיף 33 סיפא.

86 ראו בג"צ כהנא (לעיל, הערה 53) 299 מול האות ז.

87 ראו ב' לוינבוק (לעיל, הערה 39) 65.

88 ראו לעיל, סעיף 27.

89 ראו לעיל, סעיף 5.

90 ראו גם ע"א 323/60 בר-שירה נ' סופר, פ"ד יד 2231; המ' 440/79 מיקלוש (מיכאלי) נ' גולן גלובוס פרודקשנס בע"מ ואח', פ"ד לה(2) 645.

הציווי לתמיד אם יינתן – שהוא "המניעה המוקדמת" האמיתית (אך אותו, כאמור, השופט ברק אינו שולל).

(ג) ציווי לשעה כמשבש חופש הביטוי

29. עמדתו של השופט ברק היא, כי

אין לקיים חופש ביטוי, ואין אפשרות להעניק לחופש הביטוי את מקומו המרכזי בשיטתנו, אם ניתן יהיה, בדרך של ציווי למנוע פרסום, וזאת בטרם הכרעה בדבר האחריות של המפרסם. משטר צווי-מניעה כזה יפגע בתפקודה של העתונות, הספרות, השירה ושאר אמצעי הביטוי⁹¹.

אם הכנתי נכונה הנמקה זו, החשש המובע בה הוא מפני "הצפה" בבקשות לציוויים לשעה למניעת ביטוי, שאם ייענו – וזאת בטרם הוכחה עילת התביעה – ישתבש לחלוטין חופש העיתונות וייפגע קשות החופש לפרסם ספרים ומאמרים ולהציג הצגות וסרטים.

30. אני שותף לחשש זה. כדי לזכות בצו-מניעה זמני, על המבקש להראות לכאורה כי עומד להתפרסם דבר לשון-הרע עליו, וזאת במידה גבוהה במיוחד של הסתברות, כמקובל בבקשת סעד מסוג *quia time*⁹². זאת ועוד: בנסיבות שבהן תוכח חשיבותו המיוחדת של עיתוי הפרסום המיועד, עדיין תעמוד לבית-המשפט האפשרות – אם יראה בפרסום בעיתוי המסוים עניין ציבורי חשוב – להימנע ממתן הסעד⁹³. בידי בית-המשפט אף הכלים – במיוחד באמצעות קביעת הערובה⁹⁴ והטלת הוצאות⁹⁵ – להרתיע מפני הגשה "סיטונית" של בקשות מעין אלה ללא בסיס ראוי.

(ד) מתן ציווי למניעתו של פרסום לשון-הרע בהליכי-ביניים

31. השופט ברק סבור כי הליכי-הביניים, שבהם נדונות בקשות לציווי לשעה, אינם מסגרת הולמת למתן ציוויים למניעת ביטוי בשיטה שבה המשקל הניתן לחופש הביטוי הוא נכבד. וזה טעמו:

מטבע הדברים, שהליכי ביניים אינם מאפשרים הצגה מלאה של התשתית העובדתית. הם נעשים תחת לחץ הנסיבות. אין אפשרות להבחין ולהפריד בין אסור ומותר⁹⁶.

32. אף על הנמקה זו אני חולק. ציווי לשעה אינו מיועד "להבחין ולהפריד בין אסור ומותר", אלא לאפשר על שמירתו – כל עוד המשפט טרם הוכרע לכאן או

91 פסק-הדין, 869 בין האזרחים ה-ז.

92 ראו דיני הנזיקין (לעיל, הערה 35) 547.

93 ראו להלן, סעיף 33.

94 ראו ב' לוינבוק (לעיל, הערה 39) 81.

95 השור ע"א 249/72 צרפתי נ' בהן, פ"ד כז(2) 74, 77 בין האזרחים ב-ג.

96 פסק-הדין, 868 מול האזרח ד.

לכאן — של המצב הקיים (*status quo*) בעת הגשת התובענה⁹⁷. תביעה לציווי לתמיד למניעתו של פרסום לשון-הרע היא תובענה מובהקת אשר בה נדרש ציווי לשעה לעיכוב הפרסום עד להכרעה. הימנעות ממתן ציווי לשעה כתביעה כזאת תכשיל אותה ותהפכה לכלי ריק. השאלה, האם חופש הביטוי חל על הביטוי שמניעתו מבוקשת, שנויה במחלוקת בין הצדדים. בשאלה זו על בית-המשפט להכריע בדיון העיקרי. יקבע בית-המשפט כי חל חופש הביטוי — דהיינו: שדיני איסור לשון-הרע אינם אוסרים אותו — לא תהיה מניעה מפרסום; יקבע כי חופש הביטוי אינו חל — דהיינו: שלפי דינים אלה הביטוי הוא אסור — ינתן ציווי לתמיד למניעת הפרסום. הציווי לשעה מיועד לאפשר את ביצועו של ציווי לתמיד, אם יוכרע כי הדין הוא עם התובע וחופש הביטוי אינו חל. אכן, הדיון בבקשה לציווי לשעה הוא מקוצר ועניינו אך בעובדות ובדין "לכאוריים". השאלה הנדונה בו היא, האם לתביעה תשתית לכאורית — עובדתית ומשפטית (ולפי גישה מקלה יותר, המקובלת לאחרונה, האם התביעה אינה טרדנית וקיימת שאלה רצינית שיש לדון בה) — המספיקה כדי שיינתן במסגרתה ציווי לטובת התובע⁹⁸, ציווי שהגם שאינו לתמיד הרי שהוא עדיין משפיע על הנתבע. גישתו של השופט ברק, שלפיה אין לעכב זמנית ביטוי אלא אם הוכרע שהביטוי אסור, וזאת אף אם בהחלט אפשר שהביטוי אסור, לא רצוי ומזיק וחופש הביטוי אינו חל עליו, וזאת בשל משקלו הכבד של עקרון חופש הביטוי בשיטתנו — אינה נותנת משקל לכך שגם שיטה כזאת צריכה לאפשר את מניעתם של ביטויים אסורים. עיכוב זמני של ביטוי בדרך-כלל אינו שולל את חופש הביטוי, אלא רק משהה את מימושו (אם יסתבר כי הביטוי מותר). לעומת זאת, הימנעות מעיכוב זמני כזה מקנה חופש מלא גם לביטויים פסולים, כאלה שתפקיד ההליך המשפטי הוא לדאוג למניעתם.

יצוין, שבפסק-הדין המדובר הנתבע כלל לא הכחיש שהספר מכיל דברים שיש בהם כדי להשמיץ את התובע ולהוציא לו שם רע⁹⁹, וטענתו היתה רק שעל הפרסום חלה הגנת אמת הפרסום לפי סעיף 14 לחוק — הגנה שהוכחתה מוטלת על הנתבע¹⁰⁰. יש להניח שזהו המקרה הטיפוסי העומד בפני בתי-המשפט במשפטי לשון-הרע, שבו המחלוקת היא האם הפרסום מותר או מוגן, ולא האם יש בו כדי לפגוע בשם הטוב¹⁰¹. במקרה אופייני כזה התובע הוכיח את מלוא עילת תביעתו, דהיינו: שגישת החוק — השונה מן הגישה בפסק-הדין — קובעת למעשה חזקה

97 דיני הנזיקין (לעיל, הערה 35) 548.

98 ראו י' זוסמן (לעיל, הערה 21) 580-579.

99 בסעיף 11 להחלטתו מיום 27.11.88 של סגן-הנשיא וינוגרד בבקשה לציווי לשעה (ההחלטה לא פורסמה; ראו לעיל, סעיף 3(4)) צוין, כי אבנרי לא הכחיש בתצהירו את טענתו של שפירא שהספר מכיל דברים אשר יש בהם כדי להשמיץ ולהוציא לו שם רע.

100 כאשר הפרסום מייחס לתובע ביצוע עבירות פליליות חמורות — ודומה שכזה היה אף הפרסום נושא פסק-הדין — עשויה להידרש מן התובע כמות גדולה במיוחד של ראיות להוכחת אמיתותו: ע"א הארץ-מזרחי (לעיל, הערה 65) 187-186. על הנתבע מוטל אף הנטל להוכיח כי הפרסום היה בתום-לב: שם, 188 בין האותיות ג-ו.

101 אך ראו ע"א 740/86 תומרקין נ' העצני, פ"ד (מג) 333.

שפרסום העלול לפגוע באדם, כמפורט בהגדרת לשון-הרע שבסעיף 1 לחוק, הוא פרסום אסור שעליו לא חל חופש הביטוי. גישתו של השופט ברק – שלפיה כל עוד לא הוכרע סופית אחרת, מתקיים "חופש לשון-הרע" וכי אין לעכב פרסום שחזקה שהוא אסור בשעה שהנתבע מנסה לעמוד בנטל הפרכת החזקה – אינה עולה אפוא בקנה אחד עם גישת החוק, שעקרון חופש הביטוי אינו חל על ביטויים הכוללים לשון-הרע, ושעל המפרסם להראות כי מתקיים חריג שבו הביטוי מותר או מוגן.

33. דעתי היא אפוא, כי אין לשלול ציווי זמני למניעת פרסום במשפטי לשון-הרע אם מתקיימים התנאים המקובלים בדיון האזרחי למתן סעד זה. עם זאת, במסגרת בחינתו של מאזן הנוחות – שבה מעמתים את הנזק העשוי להיגרם לנתבע אם יינתן ציווי לשעה והתביעה תידחה, עם הנזק העשוי להיגרם לתובע אם ציווי לשעה לא יינתן והתביעה תתקבל¹⁰² – אני מסכים עם הקביעה בפסק-הדין, שלפיה יש מקום להתחשב גם באינטרס הציבורי שבהתרת הביטוי¹⁰³. מאחר שחופש הביטוי אינו בא לקדם את ענייני הפרטיים של המתבטא בלבד, אלא אף את טובת החברה והמדינה¹⁰⁴ – אך טבעי הוא שאף בה יתחשבו במאזן הנוחות¹⁰⁵.

ואולם מאזן הנוחות צריך להיות בין נזקי הנתבע והציבור אם הפרסום הספציפי נושא ההתדיינות יעוכב זמנית והתביעה תידחה, לבין נזקיו של התובע – ואולי אף כאן, אלה של הציבור – אם הפרסום לא יעוכב והתביעה תתקבל. ייתכנו מקרים, שבהם לפרסום תהיה חשיבות ציבורית מובהקת ושעיתויו של הפרסום יהיה מכריע; למשל: אם הפרסום יזהיר מפני סכנה קרובה או שהוא יכלול מידע חיוני לגיבושן של החלטות חשובות העומדות להתקבל בקרוב, עד כי עיכובו ישלול ממנו את עיקר ערכו, ובשל חשיבותו וחשיבות עיתויו יהיה מקום שלא לעכבו הגם שבכך תסוכל התביעה אם יתברר שהפרסום לא היה כדין.

שלא כעמדה שבפסק-הדין¹⁰⁶, אני סבור – בעקבות האמור בהחלטתו של המשנה-לנשיא אלוך ברע"א אבנר¹⁰⁷ – כי בעריכתו של מאזן הנוחות מן הראוי להתחשב בנסיבות מסוימות גם במדיום שבו הביטוי מיועד להתפרסם. לפי שיקול זה, הכף עשויה ליטות במקרים מסוימים לזכות המפרסם בעיתון יותר מאשר לזכות המפרסם בספר. לכך כמה טעמים: ראשית, עיכובו של פרסום בעיתון עשוי לשבש את סדירותה של הופעת העיתון או את תוכן העיתון ועריכתו הפנימית. לא כן ספר, אשר פרסומו הוא מאורע חד-פעמי ולא סדיר, ואשר כרגיל העיתוי המדויק

102 ראו י' זוסמן (לעיל, הערה 21) 579-580; ב' לוינבוק (לעיל, הערה 39) 73.

103 פסק-הדין, 856 בין האותיות א-ב.

104 ראו עש"מ 5/86 ספיר נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ(4) 227, 240-241.

105 לגישה אחרת, החלה כמדומה רק לעניין מתן סעד של ציווי קבוע, ראו ע"א 186/52 מלון "עדן" ירושלים בע"מ ואח' נ' גרוזן ואח', פ"ד ת 1121; ע"א 44/76, המ' 101/76 אתא חברה לטקסטיל בע"מ

נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 765.

106 פסק-הדין, 870-871 (סעיף 31).

107 ראו לעיל, סעיף 33.

של הופעתו אינו קריטי; שנית, הנזק העשוי להיגרם לשמו הטוב של אדם מפרסום בעיתון, שימי חייו ספורים, פחות במידה מסוימת מזה העשוי להיגרם עקב פרסום בספר, שקיומו והשימוש בו הם לתקופה משמעותית; ושלישית, יעילותו לתיקון נזק לשם הטוב של צו לפרסום תיקון או הכחשה, שבית-המשפט מוסמך לתת לפי סעיף 9(א)(2) לחוק, גוברת כאשר הפרסום היה בעיתון – הן משום שניתן לפרסם את התיקון באותו העיתון שבו פורסמה לשון-הרע ובכך להגיע אל מרבית קוראי הפרסום שפגע שלא כדין בשם הטוב (בעוד שאין אפשרות לפרסם תיקון לכתוב בספר ולשולחו לכל קוניו וקוראיו), והן משום שימי קיומו הארוכים של ספר פוגעים בערכו של תיקון חד-פעמי¹⁰⁸.

(ה) היוצאים-מן-הכלל

34. השופט ברק מציין שני יוצאים-מן-הכלל, שבהם ניתן לתת ציווי לשעה בתביעת לשון-הרע: האחד – כאשר בפרסום שמתבקשת מניעתו אין כל עניין לציבור; והשני – כאשר גלוי כי הגנתו של הנתבע היא הגנת-סרק. אתייחס אליהם בקצרה.

35. כבר ציינתי כי היוצא-מן-הכלל הראשון, המתמקד בהיעדרו של עניין ציבורי בנושא הפרסום, אינו חופף טעם מרכזי שהשופט ברק מביא לגישתו, והוא הסיכון המיוחד שאישי-ציבור נטלו על עצמם להינזק מפרסומי לשון-הרע ויכולתם המיוחדת לתקן נזקים אלה על-ידי חשיפת האמת¹⁰⁹.

לדעתי, הבעייתיות העיקרית הקיימת בניסוחו של יוצא-מן-הכלל זה היא בכך, שהוא מתמקד בעניין הציבורי הכללי שבפרסום ולא בעניין הציבורי שבעיתויו המתוכנן ובאי-עיוכו. כאמור, ציווי לשעה אינו שולל את חופש הביטוי אלא רק מעכב את מימושו, ולכן אינטרס ציבורי העשוי להצדיק הימנעות ממתן ציווי כזה הוא רק אינטרס במיידיות הפרסום¹¹⁰.

36. לפי גישתו של השופט ברק, תובע במשפט לשון-הרע המבקש ציווי לשעה למניעת פרסום בעל עניין לציבור, יוכל להצליח בבקשתו רק אם יראה "כי לכאורה אין לו לנתבע הגנה של ממש, וכי הוא מציג הגנת-סרק. בכך הוא יקדם את עניינו למצב הדברים שבו הוכרעה כבר האחריות בגין לשון-הרע, ובכך הוא יצדיק מתן הציווי אף בטרם הכרעה"¹¹¹.

לאמתו של דבר, יוצא-מן-הכלל זה חל במקום שהתביעה או עיקרה הוכרעו, שלא כרגיל, כבר בשלב הדיון בצור-הביניים. בכך הוא מעיד על הבעייתיות הכללית שבהלכה שנקבעה בפסק-הדין, אשר אינה מתיישבת עם מטרתו של סעד הציווי

108 שיקול נגדי, העשוי לעתים לעמוד כנגד המפרסם בעיתון, הוא שבדרך-כלל תפוצתו של עיתון היא מיידית (כך שבהעדר ציווי לשעה למניעת הפרסום לא ייוותר שמץ של משמעות לציווי לחמיד, אם יינתן), ומספר קוראיו עולה על מספר קוראי הספרים.

109 ראו לעיל, סעיף 23 סיפא.

110 ראו לעיל, סעיף 33.

111 פסק-הדין, 870 בין האותיות ג-ד.

לשעה, שאיננה הכרעה באחריות לגופה אלא אפשר הכרעה באחריות במגמה שזו לא תסוכל על-ידי פעולה חד-צדדית של הנתבע.

יש אף בעייתיות בדרישה מן התובע בדיון בבקשה לציווי לשעה – תובע אשר, כאמור, במקרה הטיפוסי הוכיח כבר בשלב זה את הנדרש ממנו בדיון העיקרי¹¹² – להראות כי הגנת הנתבע היא הגנת-סרק, בעוד שבדיון העיקרי נטל הוכחת ההגנה מוטל על הנתבע. במיוחד מפתיעה דרישה כזו בהתחשב בכך שדחיית הבקשה לצור-מניעה זמני משמעותה, בדרך-כלל, סיכול התביעה לצור-מניעה קבוע. הנתבע עשוי להשיג את סיכול התביעה כבר בשלב המקדמי, וזאת מבלי שהראה, ולו לכאורה, כי יש לו הגנה של ממש.

ו. דרישה לעיון בחומר שפרסומו הוא נושא המשפט

37. כאמור, בבית-המשפט המחוזי עלתה פעמיים¹¹³ סוגיית העיון בספר "הגביר" טרם פרסומו. בדיון בבקשה לציווי לשעה החליט סגן-הנשיא וינוגרד כי לא יחייב את אבנרי להציג את הספר; אך אם יימנע מלהציגו, יימנע ממנו להוכיח את הגנתו, ככל שזו התבססה על אמיתות הפרסום ועל העניין הציבורי בו. בדיון בתיק העיקרי – בבקשה לציווי לתמיד – קיבל השופט הומינר את בקשתו של שפירא למתן צו לעיון בספר. משסירב אבנרי לאפשר את העיון, נמחק כתב-ההגנה, והתביעה התקבלה.

38. בפסקי-הדין דחה השופט ברק את גישתם של שופטי בית-המשפט המחוזי. ואלה דבריו:

הטלת נטל על הנתבע למסור החומר לעיון התובע ובית-המשפט במסגרת ההליך, משמעותו המעשית היא, הטלת נטל על המפרסם למסור את החומר לעיון האדם אליו הוא מתייחס, בטרם החל הליך משפטי, על מנת שזה יוכל לגבש עמדתו, אם להגיש תביעה אם לאו. אין כל אפשרות מעשית להפריד בין שני השלבים. אם תובע צפוי לקבל לעיונו חומר עליו שטרם פורסם, שאם לא כן יזכה בציווי לשעה, משמעות הדבר כי מוטל הנטל על המפרסם לאפשר לאותו אדם עיון בחומר, בטרם הוגשה תביעה. כהטלת נטל זה אנו פוגעים פגיעה גסה בחופש הביטוי של המפרסם. חופש הביטוי, משמעו החופש לפרסם, ללא צנזורה מוקדמת, וללא עיון מוקדם, לא של האנשים או הגופים אליהם הפרסום, ולא של רשות שלטונית

112 ראו לעיל, ליד הערה 101.

113 ככל הנראה, אין מניעה עקרונית מפני החלתן של הוראות הגילוי גם בשלב הדיון בבקשה לסעד זמני. השוו' זוסמן (לעיל, הערה 21) 415-416. בעניינו, כאמור, בית-המשפט המחוזי בחר שלא לחייב את הנתבעים – בשלב בירור הבקשה לציווי לשעה – להציג את הספר. עלי-כל-פנים, דומה כי בהליך של בקשה לציווי לשעה למניעת פרסום, הליך הגילוי והעיון בפרסום נושא הדיון יהיה בדרך-כלל פשוט למדי, ולא יהיה בו כדי לעכב הליך מקדמי זה, אשר רצוי כי יהיה קצר ומהיר.

כלשהי, תוך נשיאה באחריות (אזרחית ופלילית) אם הדבר שפורסם מהווה לשון הרע. כל עוד אין קביעה שיפוטית שהפרסום עובר על החוק, אין להכריח את המפרסם למסור הפרסום לעיון מוקדם, ואין להטיל עליו הנטל שאם לא ימסור הפרסום לעיון, הוא צפוי לציווי נגדו.¹¹⁴

על דברים אלה ניתן להעלות השגות מספר. אציג אותן בקצרה, מן הקלה אל הכבדה.

39. החשש כי משמעות גישתם של שופטי בית המשפט המחוזי היא חיובם הכללי והגורף של מפרסמים להעביר את פרייצירתם – בטרם פרסומו – אל האנשים או אל הגופים שאודותיהם הוא נסב, וזאת אף ללא זיקה להליכים משפטיים בקשר אליו, אינו נראה מוצדק.

צו העיון אינו ניתן אלא במסגרת דיון בתובענה קיימת¹¹⁵. אין חולק כי לבית המשפט שיקול-דעת האם לתת את הצו¹¹⁶. חזקה על בית המשפט כי לא יתנו צו עיון, אלא אם כן עומדת בפניהם תובענה רצינית שבה התובע הוכיח לכאורה כי הפרסום שאותו הוא מבקש למנוע – פרסום אסור הוא, והעיון בפרסום אכן נדרש לצורך הדיון בתובענה.

40. כאמור, במקרה הטיפוסי – וכך גם היה בנסיבות ההתדיינות מושא פסק הדין – המחלוקת אינה האם הפרסום מהווה לשון הרע כמוגדר בסעיף 1 לחוק, אלא האם עומדים למפרסם היתר או הגנה¹¹⁷. לפחות כאשר המדובר בהגנה, נטל הוכחתה הוא על הנתבע – המפרסם¹¹⁸. קשה לי לתאר מקרה, שבו המפרסם יוכל לעמוד בנטל זה מבלי להציג את הפרסום בפני בית המשפט והתובע (הזכאי להביא ראיות סותרות לראיות הנתבע¹¹⁹). לאמתו של דבר, דומה כי בענייננו גם בדיון בתיק העיקרי, כמו בדיון בבקשה לציווי לשעה, יכול היה בית המשפט שלא לתת צו לעיון בספר, ואזי התביעה היתה מתקבלת בשל אי הוכחת ההגנה: הכיצד ניתן להוכיח כי האמור בספר הוא אמת מבלי להציג את תוכנו המדויק של הספר בפני בית המשפט והצד שכנגד?!

41. דומה, שאף המחוקק צפה אפשרות לכך שבית המשפט ידון – במשפטי לשון הרע – בחומר שלא פורסם. הדבר עולה מן האמור בסעיף 21 לחוק, שכוונתו "סייג לפרסום הליכים" וכך נאמר בסעיף:

במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע רשאי בית המשפט, מיזמתו או לבקשת בעל דין, לאסור או לעכב זמנית, מנימוקים שיירשמו, פרסום ברכים של הליכי בית המשפט לרבות כתבי טענות וכתבי בידין אחרים, כתב אישום ודבר הגשתם

114 פסק הדין, 870 בין האותיות ד-ז.

115 ראו י' זוסמן (לעיל, הערה 21), 412, 415-416.

116 תקנה 116 לתקנות.

117 ראו לעיל, הטקסט ליד הערה 101.

118 ראו לעיל, הערה 100 והטקסט שלידה.

119 החוק, סעיף 18.

של אלה ולרבות פסק דין כל עוד אינו חלוט — במידה שראה צורך בכך לשם הגנה על שמו של אדם הנוגע במשפט..., הקובע חריג מיוחד לעקרון פומביות הדיון במשפטי לשון-הרע, במגמה שפרסום ההליכים וכתבי בית-הדין לא יביא להחטאת מטרת החוק — מניעת פרסומים שיש בהם לשון-הרע.

42. השופט ברק סבור, כאמור, כי במתן צו להעברת הספר — טרם פרסומו — לעיונם של האדם שבו הוא עוסק ושל בית-המשפט, יש פגיעה גסה בחופש הביטוי של המפרסם.

השקפה זו, שאותה השופט ברק לא נימק, אינה נראית לי. אנמק את דעתי. (1) אני סבור, כי חופש הביטוי משמעו החופש להוציא את הביטוי לאור והעדר סנקציות — פליליות או אזרחיות — בגין ההתבטאות. תפקידו של העיון המוקדם (או, כפי שהוא מכונה על-ידי השופט ברק — הצנזורה) הוא לבחון האם על הביטוי חל חופש הביטוי. מן המפורסמות הוא שחופש הביטוי אינו מוחלט. דיני איסור לשון-הרע הם בין הדינים המסייגים אותו. על ביטויים שהם לשון-הרע כמוגדר בחוק, ואינם מותרים או מוגנים, חופש הביטוי לא חל. מטרתו של צו העיון, יחד עם הציווי לשעה למניעת הפרסום, היא לברר האם חל על הביטוי חופש הביטוי או שהביטוי אסור ולא חל עליו חופש. לדעתי, עצם קיומו של מנגנון הבירור (להבדיל מהוראותיו המהותיות של החוק, שללא ספק גורעות מחופש הביטוי) אינו פוגע בפגיעה רצינית בחופש הביטוי. כך, לאור פסיקתו האחרונה של בית-המשפט העליון¹²⁰, רשאית המועצה לביקורת סרטים ומחזות¹²¹ שלא לאשר סרט להצגה רק במקרים נדירים של קיום ודאות קרובה לפגיעה חמורה בסדר הציבורי. מתוך מאות רבות של סרטים ומחזות שנבחנו על-ידי המועצה בשנים האחרונות לא אישר בית-המשפט, למיטב ידיעתי, ולו פסילה אחת. לאור הפסיקה האמורה קשה אפוא לומר, כי עצם פעילות המועצה לביקורת סרטים ומחזות פוגעת כיום בפגיעה של ממש בחופש להציג סרטים. קל וחומר בענייננו: בעוד שהמועצה לביקורת סרטים ומחזות היא גוף מנהלי, אשר החוק דורש את אישורו המוקדם לכל סרט-קולנוע כתנאי להצגתו הפומבית ואשר מונחה על-ידי הערכתו את הסכנה הצפויה מהצגת הסרטים המובאים לפניו, הרי שכאן מדובר בבחינה על-ידי בית-המשפט, הנעשית רק בקשר לפרסומים בודדים אשר הוכח לכאורה כי הם אסורים, והנוגעת לשאלת חוקיותם. אמנם, קיום מנגנון הבירור עשוי לעכב את הביטוי, אך כשיטה המבקשת למנוע ביטויים אסורים עשוי עיכוב כזה להידרש לעתים, ובלבד שלא יהיה בו כדי לפגוע באופן מהותי בערכם של הביטויים המותרים.

(2) אף אם תתקבל הנחתו של השופט ברק, שלפיה משמעות גישתם של שופטי בית-המשפט המחזי היא הטלתו של נטל כללי על מפרסמים להציג את פרי-עטם — לפני פרסומו — בפני האנשים או הגופים שבהם הוא דן, הרי שאין בנטל זה כדי לפגוע במטרותיו של חופש הביטוי, אלא להיפך: בקשת תגובה מוקדמת מאת האדם העשוי להיפגע מן הפרסום, ללא ספק יש בה כדי לתרום לבירור האמת

120 ראו בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא' (1) 421; בג"צ 88/608 Universal City Studios Inc. ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מג' (2) 22.

121 ראו פקודת סרטי הראינוע, ת"א י"א 128 (עברית), 135 (אנגלית), סעיף 3.

ולערכו של הביטוי לחכרה. חופש הביטוי אינו כולל את חופש ההסתרה, ופגיעה מהותית ברשות הפרט או בחירותו האישית בוודאי שאין כאן, שכן ענייננו בביטויים שיוצרים מתכוון לפרסמם בפומבי. אף לפי כללי האתיקה של העיתונאים¹²² – אשר בוודאי אין תכליתם לפגוע בחופש הביטוי – על המפרסם עוברות להשתדל להעמיד אדם שהפרסום דן בו על תוכנו ולבקש את תגובתו לפני הפרסום. אין כאן אלא כלל בסיסי של הגינות, הבא לקדם את מטרותיו של חופש הביטוי ואין הוא פוגע בהן.

(3) אף בהנחה – שכאמור אני שולל – כי יש במתן צו עיון משום פגיעה בחופש הביטוי של המפרסם, הרי שפגיעה זו מקורה בהוראות הגילוי שבתקנות סדר הדין האזרחי. הדיון האזרחי – להבדיל מן הפלילי – מבוסס על גילוי וחשיפה הדדיים מלאים של החומר הרלבנטי לבירור התובענה (כולל מאת הנתבע לתובע). איני רואה דרך להבחין לעניין זה בין ספר או כתבה עיתונאית לבין מסמכים אחרים שגילויים עשוי להידרש לבירור תובענה (למשל: מכתבים). המסמכים היחידים שעליהם חל פטור מחובת הגילוי הם מסמכים שעליהם חל חיסיון¹²³, אשר דומה כי בדרך-כלל אין נמנים עמם ביטויים המיועדים לפרסום פומבי. בהעדר טענה כי התקנות עצמן פסולות כשל פגיעתן כביכול בחופש הביטוי – אין הצדקה שלא להיענות לדרישת העיון גם בנסיבות כגון אלה שנדונו בפסק-הדין.

ז. סיכום

43. לפי דעתי, כך היה על בית-המשפט לפסוק בנסיבות פסק-הדין: באשר לבקשת העיון, נראה לי כי לאור זאת שנטל הוכחתה של אמיתות הפרסום היה מוטל על הנתבע – אבנרי – מותר היה (הן בשלב הדיון בבקשת הביניים והן בדיון העיקרי) שלא לחייבו להציג את הספר, שכן ללא הצגת הספר קשה להלום כיצד היה הוא מצליח לבסס את הגנתו. על-כל-פנים, אם מטעם כלשהו היתה הצגת הספר נדרשת, הרי לא היתה לדעתי כל מניעה מהוצאת צו העיון, שכן בנסיבות העניין לא היה בה כדי לפגוע פגיעה מהותית בחופש הביטוי של הנתבע. באשר לבקשה לציווי לשעה למניעת הפרסום, נראה לי כי אף לה היה ראוי להיענות. בהצהרתו הכללית של אבנרי כי הרברים המיועדים להתפרסם בספר הינם אמת לא היה די על-מנת לשלול את הבסיס מן התביעה. פרסומו של הספר היה שולל את עיקר-ערכו של ציווי לתמיד למניעת הפרסום אם שפירא היה זוכה בתביעה העיקרית, ותשלום כסף היה מתקשה לפצותו על הנזק לשמו הטוב. לעומת זאת, אם פרסומו של הספר היה מעוכב והתביעה היתה נדחית, היו נזקיו של אבנרי ניחנים לפיצוי כספי. באשר לטענה כי לעיתוי הפרסום לפני הבחירות לכנסת היתה חשיבות מיוחדת, הרי ספק (מבלי להתייחס לתוכן הספציפי של הספר,

122 ראו החלטתה של מליאת מועצת העיתונות מיום 3.9.65 בעניין בדיקת ידיעות לפני פרסומן, המופיעה בספרו של ע' דור-און, עתונאות, 215; "זמיר", "חרות הביטוי כנגד לשון הרע ואלימות מילולית" ספר זוסמן (ירושלים, תשמ"ד) 149, 151-152.

123 "זוסמן (לעיל, הערה 21) 417-418.

שכאמור לא עמד לנגד עיניו של בית-המשפט) אם היה ניתן לראות חיוניות מיוחדת בפרסום הספר במלואו לפני הבחירות, שכן שפירא, שבו הספר התמקד, לא היה מועמד להיבחר לכנסת באותן הבחירות; אם היו בספר קטעים מסוימים העוסקים במועמדים בבחירות או בשפירא עצמו אשר בית-המשפט היה סובר כי לפרסומם צפויה השפעה של ממש על תוצאות הבחירות הקרובות, ניתן היה לאפשר את פרסומם המוקדם בעיתון, מדיום שבוודאי לא היה חסום בפני אבנרי.

44. בפסק-הדין נקבע כי "זכותו (של הנתבע) היא שהספר יפורסם, תוך נטילת אחריות אם יש בו לשון-הרע"¹²⁴. על גישה זו אני חולק. אין אדם זכאי לפרסם לשון-הרע ובכך להשפיל את זולתו, לבזותו או לפגוע בו ללא צידוק. בסעד הפיצויים אין די. אכן, לחופש הביטוי מעמד נכבד בשיטתנו, אך אין היא מכירה ב"חופש לשון-הרע". על ההליך המשפטי לאפשר לפרט – אף אם איש-ציבור הוא – להשיג את מניעתם של פרסומי לשון-הרע בלתי-חוקיים העשויים לפגוע בו. במתן אפשרות כזאת – אשר אינה כרוכה בפגיעה של ממש בחופש הביטוי – יש כדי להגשים את הדין המהותי בדבר איסור לשון-הרע, וזהו הלוא יעודם של סדרי-הדין.

124 פסק-הדין, 872 מל האות ה.