

# אימת הדיבה: מפת התמריצים להגשת תביעות SLAPP בישראל

מאת

שחר טל\*

בשנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת הציף גל תביעות חדש את מדינות ארצות הברית. היו אלו תביעות דיבה בסכומי עתק שהוגשו נגד פעילים שהיה להם חלק ב"השתתפות ציבורית" – ארגונים חברתיים, מחאות מקומיות, ועדי עובדים ופעילויות דומות. החוקרים ג'ורג' פרינג ופנלופה קנאן זיהו את התופעה והעניקו לה שם – SLAPP: Strategic Lawsuits Against Public Participation. בעקבות מחקרם של פרינג וקנאן, במשך שנים ארוכות פיתח המשפט האמריקאי כלים שונים, בין היתר חקיקת מגן מיוחדת, להתמודדות עם התופעה ולמיגורה, תוך הבנה כי סדרי הדין האמריקאיים ככל הנראה יוצרים תמריץ לתובעים להשתמש בתביעות דיבה על מנת להשיג את מטרותיהם הזרות והלא רצויות. והנה, בשנים האחרונות אנו עדים לתביעות דומות במאפייניהן המוגשות כאן בישראל. תביעות אלו זכו לשם המקומי "תביעות השתקה". כמה תביעות קיבלו הן תקשורת מסוים, ואולם רבות מהן מתנהלות "מתחת לרדאר" ומביאות לנוק חברתי-אזרחי לא מבוטל בשל האפקט המצנן שהן יוצרות כלפי השתתפות ציבורית. רשימה זו בוחנת, באופן ראשוני, את התופעה הישראלית המסתמנת. טענתה המרכזית של הרשימה היא כי ההסדרים הדיוניים בישראל, בדומה (אך לא באופן זהה לחלוטין) להסדרים האמריקאיים טרם חקיקת המגן, מתמרצים הגשת "תביעות השתקה", מאפשרים את קיומן, ומותירים את הנתבעים ללא הגנה מספקת למולן. עם זאת ובשל ההבדלים המהותיים בהיקף ההגנה על חופש הביטוי בין ישראל וארצות הברית, נראה כי טרם הגיעה השעה לאמץ חקיקת מגן מרחיבה כפי שהתקבלה במדינות ארצות הברית, בשל אי-בשלות הדוקטרינה הישראלית ובשל המציאות הפוליטית הקיימת. לפיכך יוצע בשלב זה להשתמש בכלים הדיוניים הקיימים, ובעיקרם סילוק התביעות על הסף ושימוש בהוצאות משפט מרתיעות, על מנת לפתח את הדוקטרינה הישראלית ולשנות את מערך התמריצים, כדי שהסיכון שיוטל על התובע בתביעת השתקה ימוקסם והסיכון המוטל על הנתבע – יצומצם. יודגש כי הפתרון הראוי לטווח הארוך הוא אכן מהלך חקיקתי, אולם יש לקוות כי עוד עובר לכך תפתח בפסיקה דוקטרינת SLAPP "תוצרת הארץ" אשר תספק הגנה ראויה לחופש הביטוי ותאפשר שיח ציבורי מושכל בסוגיות שנויות במחלוקת.

מבוא. א. מהי תביעת SLAPP? 1. תביעות אסטרטגיות להשתקת פעילות ציבורית; 2. מאפייני ה-SLAPP; 3. רציונלים למיגור תופעת ה-SLAPP; ב. המצב המשפטי ומערך

\* תלמידת שנה ב' לתואר בוגר בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, וחברת מערכת כרך זה של כתב העת משפטים. המאמר נכתב במסגרת פרויקט "הערת חברת/ המערכת". תודתי נתונה לקוראים האנונימיים ולחבריי למערכת כתב העת על הערותיהם המועילות לטיטות קודמות של רשימה זו. תודה מיוחדת לעורכי כתב העת, אור יהלום וניצן פליטמן, על ההודמנות שהעניקו לי ועל הובלת הפרויקט, ובפרט לניצן על ההנחיה והליווי המסור לאורך שלבי הכתיבה.

התמריצים להגשת תביעות בארצות הברית טרם חקיקת ה-**Anti-SLAPP**. 1. הדין המהותי – העדפת הזכות החוקתית לחופש הביטוי על הזכות לשם טוב; 2. הדין הדיוני – רמת גישה גבוהה למערכת התדיינות מסורבלת; 3. השפעות תמריציות חיצוניות; ג. הסדרי **Anti-SLAPP** בארצות הברית. 1. החקיקה בקליפורניה; 2. הלכת *POME* בקולורדו; ד. **SLAPP** בישראל – "תביעות השתקה". 1. מאפייני "תביעות השתקה"; 2. דוגמאות פרדיגמטיות לתביעות השתקה; 3. רציונלים למיגור תופעת תביעות ההשתקה בישראל. ה. מפת התמריצים להגשת תביעות השתקה במשפט הישראלי. 1. הדין המהותי – "תיקו ערכי"; 2. הדין הדיוני – פרשנות מצמצמת להסדרים דיוניים מרתיעים; 3. השפעות תמריציות חיצוניות; ו. דיון השוואתי ומסקנות – האם יש לשנות את מערך התמריצים וכיצד? 1. ניתוח מערך התמריצים במשפט הישראלי לעומת המשפט האמריקאי טרם חקיקת ה-**Anti-SLAPP**; 2. האם וכיצד ניתן לשנות את מערך התמריצים בדין הישראלי כדי להילחם בתופעת תביעות ההשתקה? ז. סיכום.

## מבוא

"זן חדש של תביעות מטריד את אמריקה, וכמו וירוס פוגע ביחידים, בקהילות ובמערכת הפוליטית כולה". כך פותחים החוקרים ג'ורג' פרינג (Pring) ופנלופה קנאן (Canan) את ספרם "SLAPPS: Getting Sued for Speaking Out", אשר התפרסם בשנות התשעים בארצות הברית וחולל מהפכה משפטית של ממש בדיני הדיבה.<sup>1</sup> זוג החוקרים סקר מאות תביעות דיבה וזיהה דפוס פעולה שבו ארגונים ויחידים בעלי כוח או מומן משתמשים בתביעות מסוג זה על מנת להשתיק ביקורת או מאבק ציבורי הפוגע בהם. המחקר מצא כי אזרחים רבים נתבעים בגין קשת רחבה של פעילויות המסווגות כ"השתתפות ציבורית" (Public Participation) – כתיבת מכתב לנשיא ארצות הברית; דיווחים על הפרת חוקים סביבתיים; הפגנות נגד פעולות ממשלתיות; שתדלנות למען שינויי חקיקה; החתמת עצומות; דיווח על הפרה של תקנות התברואה ואף תלונות לוועד ההורים הבית-ספרי.<sup>2</sup> מסקנת המחקר הייתה כי תביעות אלו פוגעות פגיעה קשה בחופש הביטוי ובהליך הדמוקרטי במדינה באמצעות יצירת "אפקט מצנן" כלפי השתתפות בשיח הציבורי. תופעה זו כונתה – **SLAPP** – **Strategic Lawsuits Against Public Participation**. בעקבות המחקר החל מסע ציבורי – באקדמיה ובפרקטיקה – להעלאת המודעות לנושא ולהגנה על חופש הביטוי בארצות הברית. בהסתכלות לאחור מאבקם של החוקרים, שאליו הצטרפו רבים אחרים, נחל הצלחה רבה. יותר מחצי ממדינות ארצות הברית אימצו חקיקת מגן מיוחדת המונעת מתובעים להשתמש בתביעות דיבה למטרות השתקה והרתעה באמצעות הליך מזוורו לסילוק התביעה

1 George W. Pring & Penelope Canan, *Strategic Lawsuits Against Public Participation* (1992) ("SLAPPS"): An Introduction for Bench, Bar and Bystanders, 12 U. BRIDGEPORT L. REV. 937 (1992) (להלן: Pring & Canan, *Strategic Lawsuits Against Public Participation*, 7 PACE ENVTL. L. REV. 3 (1989); Penelope Canan, *The SLAPP from a Sociological Perspective*, 7 PACE ENVTL. L. REV. 23 (1989); GEORGE W. PRING & PENNELOPE CANAN, *SLAPP'S – GETTING SUED FOR SPEAKING OUT* (1995) (להלן: CANAN, SLAPP'S).

2 שם, בעמ' 2–3.

על הסף ועיגון זכות רחבה לפיצוי ולתביעה נגדית בשביל נתבעים. גם בקנדה<sup>3</sup> ובאוסטרליה<sup>4</sup> גובשה חקיקה דומה, ובעקבות תביעת ה-SLAPP הידועה ביותר עד היום, עניין מקדונלדס, הנושא אף הגיע לבית הדין האירופי לזכויות אדם, שקבע שתביעות אלו פוגעות בזכות לחופש הביטוי ובזכות להליך הוגן של הנתבעים.<sup>5</sup> עם זאת אין ספק כי שיטת המשפט המפותחת ביותר בעניין תופעת ה-SLAPP היא שיטת המשפט האמריקאית, ולפיכך רשימה זו תמקד בעיקר בה, ובשונה ובדומה לה במשפט הישראלי.

בשנים האחרונות ניתן לזהות תביעות בעלות מאפיינים דומים בישראל. כך למשל בדוח מפורט של האגודה לזכויות האזרח שהתפרסם בשנה שעברה מופו עשרות מקרים, חלקם הגיעו לכדי פסק דין וחלקם לא, המזוהים עם חלק ניכר, או אפילו רוב, של הקריטריונים שזיהו פרינג וקנאן בשנות השמונים והתשעים בארצות הברית.<sup>6</sup> למרות עובדה זו השיח האקדמי הישראלי בנושא עודנו דל. חרף הדיון הפורה בדבר ההתנגשות בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לחופש הביטוי והספרות והפסיקה טרם התייחסו לשימוש בחוק איסור לשון הרע לצורכי השתקה – במסווה של פגיעה בשם הטוב – כתופעה של ממש.

צמיחתה של תופעת ה-SLAPP בארצות הברית קשורה קשר הדוק לדין הדיוני האמריקאי. ניהול הליך משפטי בארצות הברית הוא משימה יקרה ומסורבלת הגוזלת מהצדדים זמן רב. ההגנה על זכות הגישה לערכאות בארצות הברית רחבה ביותר ומגובה בתפיסה עמוקה של שוויון בגישה למערכת הצדק, ולפיכך סילוקן של תביעות על הסף הוא צעד נדיר למדי, ולא נהוג לפסוק הוצאות משפט לצד המנצח.<sup>7</sup> התוצאה היא שגם אם התביעה תידחה, הנתבע יספוג נזק כספי (ונפשי) עצום. תובעי SLAPP, לרוב אנשים בעלי ממון רב, השתמשו במצב זה על מנת להפעיל לחץ על נתבעים ובכך להביא לכניעתם ולהשתקתם.

מטרת רשימה זו היא לערוך השוואה בין הדין הדיוני הישראלי לדין הדיוני האמריקאי (טרם חקיקת המגן) כדי לבחון אם למעשה אותם הסדרים שתמרצו תובעים להגיש תביעות

3 ראו חקיקת המגן שנכנסה לתוקף בשנה שעברה במחוז קוויבק: Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25 (Can.); וראו הצעת החוק אשר תלויה ועומדת במחוז אונטריו: Protection of Public Participation Act, 2013, Bill 83 (Can. Ont.), available at [http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills\\_detail.do?locale=en&Intranet=&BillID=2810](http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&Intranet=&BillID=2810).

4 ראו Protection of Public Participation Act 2008 (Cth) (Austl.).  
5 ראו McDonald's Corporation v. Steel & Morris, [1997] EWHC (QB) 366 (Eng.) הפרשה זכתה לכינוי "McLibel"; במסגרתה שני פעילים סביבתיים שהפיצו ברחובות לונדון עלונים תחת הכותרת "What's wrong with McDonald's: Everything they don't want you to know" נתבעו בגין דיבה ונדרשו לשלם פיצויי עתק לענקית המזון המהיר. הפרשה התגלגלה בכמה ערכאות והיוותה לבסוף אסון יחסי ציבור קולוסאלי עבור מקדונלדס, שהפסידה בתביעה. להרחבה ראו The McLibel Trial Story, MCSPOTLIGHT, <http://www.mcspotlight.org/case/trial/story.html> (last visited 11.4.2015).

6 האגודה לזכויות האזרח בישראל משתיק קול – משפטי דיבה כאיום על חופש הביטוי (2013), זמין ב-[www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/02/TheSilencer.pdf](http://www.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/02/TheSilencer.pdf) (להלן: דו"ח האגודה לזכויות האזרח). הדו"ח הסתמך במידה רבה על עבודתו של ישי שנידור SLAPP בישראל (עבודה במסגרת לימודים לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 2010), שסייעה גם לי רבות במחקר, ואני מודה לו על כך.

7 ראו להלן בפרק ב.

SLAPP בארצות הברית קיימים גם בשיטת המשפט הישראלית. לאור התוצאה אבחן אם יש צורך לאמץ בישראל פתרון זהה לפתרון האמריקאי על מנת לשנות את מפת התמריצים, דהיינו אם ישראל זקוקה לחקיקת מגן מיוחדת מפני תביעות SLAPP. כמו כן אבחן אם על חקיקה זו להיות זהה לחקיקה האמריקאית, או שמא הכרה בתביעות אלו ושינוי ביחס הפסיקה כלפיהן יהיה פתרון מספק.

מבנה הרשימה הוא כדלקמן: בפרק הראשון אעסוק בניתוח דוקטרינת ה-SLAPP כפי שטרטטו אותה החוקרים האמריקאים; בפרק השני אערוך מיפוי של ההסדרים הדיוניים והמהותיים בדין האמריקאי אשר השפיעו על מערך התמריצים ואפשרו לתופעת ה-SLAPP בארצות הברית לשגשג; בעקבות זאת אציג בפרק השלישי בקצרה שלוש דוגמאות למדינות אשר אימצו הסדרים מיוחדים כדי לשנות את מערך התמריצים ולהרתיע תובעים מהגשת תביעות SLAPP; בפרק הרביעי אציג את התפשטותה של התופעה בישראל באמצעות כמה מקרים פרדיגמטיים המדגימים את מאפייני ה-SLAPP; בפרק החמישי אערוך מיפוי של הדין הישראלי באופן דומה ומשיק למיפוי ההסדרים האמריקאיים; לבסוף, בפרק השישי, אשווה את מערכות הדינים ואבחן אם הדין הישראלי אכן מספק תמריץ חיובי להגשת תביעות SLAPP (או בשמן הישראלי – "תביעות השתקה") ובעקבות כך אציע הצעות ראשוניות לשימוש בדין הדיוני הקיים על מנת לשנות את המערך התמריצי מבלי להידרש לחקיקה מיוחדת.

## א. מהי תביעת SLAPP?

### 1. תביעות אסטרטגיות להשתקת פעילות ציבורית

למן שנות השבעים של המאה הקודמת מערכת המשפט האזרחית בארצות הברית "הוצפה" בתביעות מסוג חדש. תביעות אלו זכו לשם S.L.A.P.P (Strategic Lawsuits Against Public Participation), שאותו טבעו כאמור המשפטן ג'ורג' פרינג והסוציולוגית פנלופה קנאן בסדרת מאמרים ובספר שפרסמו בסוף שנות השמונים.<sup>8</sup> מדובר בתביעות אזרחיות המוגשות נגד פרט או קבוצה שיש להם חלק במאבק או בפעילות ציבורית, בידי גוף חזק יותר שהפעילות מנוגדת לאינטרסים שלו, וזאת כדי להפעיל לחץ על הנתבעים ובכך להביא להשתקת הפעילות. פרינג וקנאן הגיעו למסקנות בנושא לאחר שניהלו מחקר מקיף שבו נבדקו יותר ממאתיים תביעות שהוגשו ברחבי ארצות הברית נגד אזרחים שעסקו בקשת רחבה של פעילויות ציבוריות המשלבות מעורבות חברתית.<sup>9</sup> חדשנותו של המחקר התבטאה בכך שהוא הצליח לקשר בין כלל התביעות הללו, שעד אז נתפסו במערכת המשפט האמריקאית כתביעות נזיקיות או חוזיות נטולות כל הקשר, ולייחדן לתחום משפטי חדש הדורש התייחסות שונה. פרינג וקנאן עצמם תיארו זאת דרך מטפורת "העצים והיער": עורכי דין, צדדים להליך וגם השופטים ראו בתביעות הללו "עצים" – וטיפלו בהם בכלים הרגילים שבם מטפלים בתביעות אזרחיות – אך נכשלו בראיית ה"יער" הפוליטי-ציבורי העבות שבו

8 המקורות המובאים לעיל בה"ש 1.

9 Canan, לעיל ה"ש 1, בעמ' 24–25.

צומחים אותם עצים.<sup>10</sup> על רקע זה בלטה החשיבות שבהגדרת תביעות SLAPP כקטגוריה חדשה במשפט, אשר יש צורך בפיתוח כלים חדשניים כדי להתמודד עמה כראוי.

## 2. מאפייני ה־SLAPP

מהתביעות שסקרו<sup>11</sup> חילצו פרינג וקנאן ארבעה קריטריונים מרכזיים לתביעת SLAPP טיפוסית: (א) תביעה אזרחית; (ב) הנוגעת לפעולות שנעשו למטרת שינוי מדיניות או השפעה על פעולות הממשל; (ג) בעניין שיש לו חשיבות ציבורית או שנוגע לאינטרס ציבורי; (ד) ומוגשת נגד פרטים או ארגונים לא-ממשלתיים.<sup>12</sup> לאורך השנים הצביעו פרינג וקנאן, וכן חוקרים אחרים, על הקריטריונים הללו: לרוב זו תביעה נזיקתית בגין הוצאת דיבה;<sup>13</sup> דרישת הפיצוי גבוהה במיוחד ולא פרופורציונית ליכולת הכלכלית של הנתבע בפועל;<sup>14</sup> התביעות נוגעות לעניינים מקומיים ולא לסוגיות בקנה מידה ארצי; התביעות מלוות בהליך דה-לגיטימציה של הנתבעים כאופורטוניסטים אל מול לגיטימציה של הגוף התובע כמקצועי ותורם לכלכלה החופשית;<sup>15</sup> ולבסוף – התביעות המוגשות הן חסרות ערך כשלעצמן, דהיינו סיכויי ההצלחה שלהן בבית המשפט אינם גבוהים כלל, בשל הדוקטרינות החוקתיות הרחבות הקיימות בארצות הברית המגנות על חופש הביטוי.<sup>16</sup>

התוצאה של תביעת SLAPP, שהיא במידה רבה מרכז הדיון, היא החשש ליצירת "אפקט מצנן" (Chilling Effect) על הנתבע ועל נתבעים פוטנציאליים, שירתיע אותם מלהשתתף בפעילות ציבורית (Public Participation) בעתיד. הכלי הקטלני ביותר של תביעות ה־SLAPP הוא הזמן והמשאבים הכלכליים והנפשיים העצומים שהתביעות גוזלות מהנתבע, שהוא לרוב אדם חסר ניסיון בזירה המשפטית. מחקרים מצאו כי תביעת SLAPP ממוצעת בארצות הברית אורכת כשלוש שנות התדיינות, אולם הצביעו גם על תביעות שארכו כ־13 שנים.<sup>17</sup> עלויות ההתדיינות מביאות את הנתבע במקרים רבים "להיכנע" לדרישות התובע ולחדול מהפעילות הציבורית בתמורה למחיקה וולונטרית של התובע את התביעה. פעמים רבות

- 10 Pring & Canan, *Strategic*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 945–946.
- 11 במחקר נערך גם חתך של נושאי התביעה. הם מצאו כי 25% מהתביעות עסקו בענייני תכנון ובנייה ופיתוח עירוני, 20% מהתביעות הוגשו בגין תלונות נגד פקידי ממשל, 18% עסקו בענייני איכות הסביבה וזכויות בעלי חיים, 11% בענייני זכויות אדם ואזרח, 7% בבעיות מוניציפליות-מקומיות, וכ־6% בנושא צרכנות. ראו Pring, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7.
- 12 PRING & CANAN, *SLAPP'S*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 8–9.
- 13 במחקרם של פרינג וקנאן, שבו נבדקו 228 תביעות, 53% מהתביעות שנבדקו היו תביעות דיבה. ראו שם, בעמ' 6.
- 14 שם, בעמ' 950.
- 15 שם, בעמ' 948.
- 16 Thomas A. Waldman, *SLAPP Suits: Weaknesses in First Amendment Law and in the Courts* 39 *UCLA L. REV.* 979, 984 (1992). ההערכה היא ש-77%–83% מהתביעות שאכן הגיעו בסופו של יום לבית המשפט בארצות הברית נדחו. ראו Pring, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11; Alice Glover & Marcus Jumison, *SLAPP Suits: A First Amendment Issue and Beyond*, 21 *N.C. CENT. L.J.* 122, 135 (1995).
- 17 Terrance M. Hurley & Jason F. Shogren, *Environmental Conflicts and the SLAPP*, 33 *J. ENVTL. ECON. & MGMT.* 253, 253 (1997).

הפתרון מושג באמצעות הסכם פשרה, שבו נדרש הנתבע לשלם פיצוי מוסכם לתובע ולהתחייב שלא להשתתף בפעילות ציבורית לתקופה מוגדרת בעתיד.<sup>18</sup> במקרים אלו יש עדות של ממש בנוגע ל"אפקט המצנן" שמופעל על אותו נתבע, אולם במקרים אחרים הוא סמוי, נסתר מן העין, ואף פועל על גורמים עקיפים – שחקנים שאינם חלק מהתביעה. בסופו של דבר, תביעת SLAPP אחת יכולה להשפיע על מספר עצום ולא ידוע של אנשים.<sup>19</sup> תיאור תביעת SLAPP אופיינית הוא כדלקמן: אזרח מפתח עמדה בנוגע לעניין ציבורי, משתף את דעותיו שיתוף פעיל, ואף עומד בראש התארגנות אזרחית בנושא או משמש בתפקיד נכבד בה. בשלב הבא מוגשת תביעה נגד אותה פעילות. כאן מצביעים פרינג וקנאן על כמה מעברים חשובים: המחלוקת הופכת ממחלוקת פוליטית למחלוקת משפטית; הסכסוך עובר מהמישור הציבורי למישור הפרטי; הזרקור שהופנה כלפי פגיעה בחברה מופנה כעת כלפי פגיעה בתובע. שלושת המעברים הללו משרתים היטב את התובע בתביעת SLAPP ומציבים אותו בעמדת כוח לעומת הנתבע.<sup>20</sup> בשלב האחרון אפשר שהנתבע יוותר או יתפשר, ובמקרים חריגים – ימשיך בהתדיינות ויגיע למשפט. ואז, לפי הדין המהותי האמריקאי, יש סיכוי גבוה שהוא יקבל הגנה וינצח. אולם משמעות הניצחון אינה נטרול האפקט המצנן. הוצאות המשפט הכבדות שהיה על הנתבע להוציא, הטראומה שנגרמה לו מניהול ההליך המשפטי, הדמורליזציה שחוזה באשר להשתתפות בשיח ושיח הציבורי ולעתים פרישתם של פעילים חברתיים מהקבוצה בשל התביעה – כל אלו יוצרים אפקט מרתיע ומשתיק לאו דווקא כלפי המאבק הספציפי אלא כלפי השתתפות בשיח ושיח הציבורי בכלל.<sup>21</sup> נראה אפוא כי הצלחתו של האפקט המצנן אינה תלויה כלל בשאלה אם התובע הפסיד או ניצח.<sup>22</sup>

לאינטרס החברתי בהשתתפות בשיח הציבורי חשיבות לא מבוטלת, במיוחד בארצות הברית, אשר העלתה על נס את הזכויות המנויות בתיקון הראשון לחוקה<sup>23</sup> – חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש העיתונות והחופש לבקש מהממשל תיקון של עוולות (Right to Petition).<sup>24</sup> ה-Right to Petition היא למעשה הזכות המרכזית שעליה מבוססת דוקטרינת ה-SLAPP. לפי הפרשנות המסורתית, מדובר בהגנה על זכותם של אזרחים לפנות לגורמי

18 Pring & Canan, *Strategic*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 943.

19 הכוונה היא בעיקר לפעילים חברתיים פוטנציאליים אשר עשויים להימנע בעתיד מנטילת חלק בפעילות ציבורית רצויה בשל כך ששמעו (אם ממקור ראשון, או בעקיפין דרך התקשורת והרשתות החברתיות) על תביעות דיבה שהוגשו בעקבות פעילויות שכאלו. ראו Canan, לעיל ה"ש 1, בעמ' 30; Glover & Jumison, לעיל ה"ש 16, בעמ' 136; Waldman, לעיל ה"ש 16, בעמ' 991.

20 PRING & CANAN, *SLAPP'S*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 10.

21 Ralph Michel Stein, *SLAPP Suits: A Slap at the First Amendment*, 7 PACE ENVTL. L. REV. 45, 53 (1989).

22 על כך ראו בהרחבה להלן בפרק 1.1.

23 U.S. Const. amend. I: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances"

24 התרגום לקוח מתוך "חוקת ארצות הברית של אמריקה" אתר שגרירות ארצות הברית בישראל, זמין ב-[usembassy-israel.org.il/ac/constitution.pdf](http://usembassy-israel.org.il/ac/constitution.pdf)

הממשל בתלונות ובבקשות. אולם לאורך השנים התפרשה זכות זו במובן רחב, הפרוס על כל פעילות אזרחית-ציבורית, הרבה מעבר לפרשנות המילולית הפשוטה של "פנייה לגורמי ממשל".<sup>25</sup> פיתוחה של זכות ה־Petitioning נובע מהחשיבות שזוכה לה רעיון האקטיביזם האזרחי בארצות הברית, הנחשב לאבן יסוד בדמוקרטיה האמריקאית.<sup>26</sup> מדוע אסטרטגיית ה־SLAPP כה אפקטיבית?<sup>27</sup> כאמור, היא משנה את יחסי הכוחות בין הצדדים (הפוגע הופך לנפגע, ולהפך), מעבירה את הוויכוח מהזירה הציבורית אל הזירה המשפטית הפרטית ומבודדת את הנתבעים מהאדהה הציבורית שהם זוכים לה מחוץ לבית המשפט.<sup>28</sup> מלבד זאת, היא מגבירה את הסיכון שבהשתתפות בשיח ושיח הציבורי, שכן מהשקעת מעט זמן ומאמץ מדובר כעת בנטילת סיכון כספי ונפשי של ממש. השימוש בהליכים משפטיים מסיח את דעתם של הפעילים מניהול המאבק החברתי ומכריח אותם להשקיע את מיטב זמנם, שאותו היו אמורים להקדיש לפעילות הציבורית, במאבק הפרטי שכעת הם מנהלים לטובתם שלהם. בכך מאפשרת אסטרטגיית ה־SLAPP להחליש את המאבק הציבורי וליצור השתקה אפקטיבית לא רק עם תום ההליכים המשפטיים אלא כבר במהלכם.<sup>29</sup>

### 3. רציונלים למיגור תופעת ה־SLAPP

ניתן להצביע על שתי סיבות מרכזיות שבגינן תביעות SLAPP נתפסו בארצות הברית כתופעה כה בעייתית. ראשית, כפי שיפורט בהמשך הרשימה, ההגנה על הזכויות החוקתיות לחופש הביטוי ול־Right to Petition בארצות הברית היא רחבה מאוד, והקשר ביניהן כמעט שאינו ניתן להפרדה. זכויות אלה נתפסות כזכויות יסוד המהוות בסיס איתן למרקם החיים הדמוקרטי ולקיומו של שוק דעות חופשי במדינה.<sup>30</sup> תופעת ה־SLAPP היא איום ישיר על זכויות אלו. שנית, ולא פחות חשוב, תביעות SLAPP יוצרות עומס לא רצוי ולא מוצדק על מערכת המשפט. כוונתם הכנה של התובעים אינה קבלת תרופה על הפגיעה בשמם הטוב אלא השתקה של פעילות ציבורית הפוגעת בהם, שליטה על דעת קהל ונטרול עמדות

25 כיום, הזכות מגנה על שתדלנות לשינוי מדיניות וחקיקה, הפגנות, החתמת עצומות, ניהול קמפינים אינטרנטיים ועוד. ראו PRING & CANAN, SLAPP'S, לעיל ה"ש 1, בעמ' 16; Stein, לעיל ה"ש 21, בעמ' 46-49. לסקירה ממצה של התפתחות פרשנות הזכות לאורך השנים ראו באתר האינטרנט של הפרויקט האזרחי "The First Amendment" בארצות הברית: Petition Overview, FIRST AMENDMENT CENTER (Oct. 10, 2002), <http://www.firstamendmentcenter.org/petition-overview>. להרחבה נוספת ראו PRING & CANAN, SLAPP'S, לעיל ה"ש 1, פרק שני, וכן התייחסותו של בית המשפט העליון במדינת קולורדו בעניין General Steel Domestic Sales, LLC v. Bacheller, 291 P.3d 1 (Colo. 2012) (להלן: עניין General Steel).

26 Robert Abrams, *Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP): Address by Robert Abrams Attorney General of New York State*, 7 PACE ENVTL. L. REV. 33, 41 (1989).

27 הערכה של פרינג וקנאן בספרם מ-1995 היא כי בעשרים שנים שקדמו למחקר הושתקו אלפי אמריקאים באמצעות תביעות מאיימות מסוג SLAPP. ראו PRING & CANAN, SLAPP'S, לעיל ה"ש 1, בעמ' 3.

28 Victor J. Cosentino, *Comments: Strategic Lawsuits Against Public Participation: An Analysis of the Solutions*, 27 CAL. W. L. REV. 399, 403 (1991).

29 שם, בעמ' 404.

30 Pring, לעיל ה"ש 1, בעמ' 12; Pring & Canan, *Strategic*; לעיל ה"ש 1, בעמ' 942-943.

אופוזיציוניות.<sup>31</sup> כוונה זו מושגת בניצול של דיני הדיבה. כאמור לעיל, מרבית התביעות שהגיעו בסופו של דבר לשלב של פסק דין בארצות הברית נדחו, ועובדה זו מעצימה את תחושת הביזוי של מערכת המשפט. על אף האמור שיטת המשפט האמריקאית היוותה בסיס נוח מאוד לתובעי SLAPP. הדין הפרוצדורלי הקל עליהם להשתמש בכלי של תביעות אסטרטגיות למטרות השתקה. לאור זאת הפתרון שאליו הגיעו רוב מדינות ארצות הברית לתופעה היה אימוץ של חוקי "Anti-SLAPP"<sup>32</sup> – חקיקה שיצרה הסדרים דיוניים מיוחדים המשנים את מערך התמריצים כפי שהיה קבוע עד אז בסדרי הדין.

בפרק הבא אסקור את המצב המשפטי בארצות הברית טרם חקיקת ה־Anti-SLAPP וההסדרים הדיוניים אשר תמרצו את הגשת תביעות SLAPP. לאחר מכן, בפרק השלישי, אציג את השינויים שנעשו בכמה משיטות המשפט המדינתיות בארצות הברית על מנת לשנות את מערך התמריצים ולשים סוף לתופעה הלא רצויה.

## **ב. המצב המשפטי ומערך התמריצים להגשת תביעות בארצות הברית טרם חקיקת ה־Anti-SLAPP**

בניתוח המצב המשפטי בארצות הברית טרם גלי חקיקת המגן<sup>33</sup> ניתן להבחין בניגוד בולט בין הדין המהותי לדין הדיוני. באשר לדין המהותי, בית המשפט העליון האמריקאי הציב סטנדרט של הגנה מרבית על הזכויות המוגנות בתיקון הראשון לחוקה, ובהן חופש הביטוי וה־Right to Petition. הגנה זו הביאה לדחייתן של רוב גדול מתביעות ה־SLAPP. לעומת זאת הדין הדיוני ידידותי יותר לתובעי SLAPP, שכן הוא מאפשר גישה רחבה לבית המשפט, אינו יוצר תמריצים שליליים כגון סיכון כלכלי בהגשת התביעה ומאפשר לתובעים לנהל תביעה ארוכה ומתישה. בכך משפר הדין הדיוני את סיכויי התובע להשיג את מטרתו – השתקה.

### **1. הדין המהותי – העדפת הזכות החוקתית לחופש הביטוי על הזכות לשם טוב**

ההלכה המנחה לעניין ההגנה על חופש הביטוי היא הלכת *New York Times* הנודעת, שבה קבע בית המשפט העליון הפדרלי כי כאשר תובע בתביעת דיבה הוא איש ציבור (Public Official), עליו לעמוד בסטנדרט הוכחה חמור ולהראות כי הנתבע פעל מתוך זדון ממש

31 Glover & Jumison, לעיל ה"ש 16, בעמ' 126.

32 המדינות שאימצו חקיקת Anti-SLAPP נכון ליום כתיבת רשימה זו הן אריזונה, ארקנסו, קליפורניה, קולורדו (באמצעות חקיקה שיפוטית), דלוור, מחוז קולומביה, פלורידה, ג'ורג'יה, גוואם, הוואי, אילינוי, אינדיאנה, לואיזיאנה, מיין, מרילנד, מסצ'וסטס, מינסוטה, מיזורי, נברסקה, נבדה, ניו מקסיקו, ניו יורק, אוקלהומה, אורגון, פנסילוניה, רוד איילנד, טנסי, טקסס, יוטה, ורמונט, ושינגטון. ראו פירוט של כלל החוקים על פי מדינות: PUBLIC PARTICIPATION PROJECT (last visited: State Anti-SLAPP Laws, 11.4.2015), <http://www.anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection>

33 מדובר על המצב המשפטי הנוהג בשנות השמונים-התשעים. בחלק מהסדרים נעשו שינויים ללא קשר לחקיקת ה־Anti-SLAPP. במקרים אלו השינויים יצוינו בהערות השוליים בלבד.



(Actual Malice)<sup>34</sup>. הפרשנות המקובלת לסטנדרט הזדון הממשי היא כי על התובע להוכיח יסוד של ידיעה או אדישות של הנתבע כלפי שקריות הפרסום.<sup>35</sup> בעניין *Curtis* הרחיב בית המשפט העליון את ההלכה והחיל את סטנדרט הזדון הממשי גם על "דמויות ציבוריות" (Public Figures) – אנשים המצויים במרכז תשומת הלב הציבורית, גם אם לא מתוך בחירה חופשית.<sup>36</sup> אם כן, וכפי שנראה מיד, הדוקטרינה האמריקאית מציבה את חופש הביטוי כערך עליון במסגרת הדיון בדיני הדיבה ואף עושה זאת ביתר שאת ככל שאופיו של התובע ציבורי יותר.<sup>37</sup>

אשר ל-Right to Petition פותחה בבית המשפט העליון הפדרלי דוקטרינה ייחודית בשם *Noerr-Pennington*,<sup>38</sup> המעניקה חסינות מלאה לכל פעולה אשר הנתבע מוכיח שהיא חוסה תחת ה-Right to Petition. החריג היחיד לחסינות נקרא *Sham Petitioning* – פנייה "מזויפת" לגורמי הממשל, שנועדה להסוות מניע נקמני אישי.<sup>39</sup> אמנם דוקטרינות אלו מבטיחות לנתבע סיכויי זכייה גבוהים במשפט, אך הן אינן פותרות באמת ובתמים את בעיית ה-SLAPP, משום שהן מספקות פתרון בשלב מאוחר מדי, שבו ייתכן שהתובע כבר השיג את המטרה הזרה.

## 2. הדין הדינוני – רמת גישה גבוהה למערכת התדיינויות מסורבלת

כאמור בפרק הראשון, סוד ההצלחה של תביעת SLAPP הוא המחיר – הכספי והנפשי – שהיא גובה מהנתבע. ככל שהתביעה מתישה, מסורבלת ויקרה יותר, כך גם סיכויי ההשתקה גבוהים יותר. לפיכך הדרך הטובה ביותר להתמודד עם תביעת SLAPP היא שימוש באסטרטגיה כפולה: מחד גיסא חתירה לסיום מהיר ככל הניתן של ההתדיינויות, ומאידך גיסא – הרתעת התובע ותובעים פוטנציאליים אחרים מפני הגשת תביעות משתיקות בעתיד, כדי למנוע הישנות של התופעה. בבחינת הדין הדינוני האמריקאי טרם חקיקת המגן ניכר כי בארגו הכלים המשפטי לא היו כלים מתאימים להתמודדות ראויה עם התופעה. מערכת המשפט הייתה זמינה לכל תובע שביקש להשתמש בה ולא הציבה דרישות גבוהות להגשת

34 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 285 (1964). הפרשה הידועה עסקה בשוטר ממדינת אלבמה אשר תבע את העיתון הפופולרי "ניו יורק טיימס" על כתבה ביקורתית (שחלק מהעובדות שהוצגו בה התבררו כשגויות) שהתייחסה להתנהלות המשטרה במהלך הפגנה של התנועה לזכויות האזרח במונטגומרי שבאלבמה. הכתבה ייחסה לשוטרים התנהגות אלימה וברוטלית. התביעה הוגשה בידי סאליבן, מפקח המשטרה במונטגומרי, אף ששמו לא צוין במפורש בכתבה.

35 *Waldman*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 999–1000; תמר גדרון "מפת תיירות הדיבה העולמית ודיני לשון הרע בישראל" המשפט טו 385, 414–415 (2011) (להלן: גדרון "תיירות הדיבה").

36 *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 136–137 (1967). בפרשה זו לא היה התובע דמות פוליטית או פקיד ממשל אלא גורם מקצועי באוניברסיטה שתבע מגוין שפרסם כתבה שנטען בה כי "מכר" משחקי פוטבול.

37 גדרון "תיירות הדיבה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 403.

38 על שם שני פסקי הדין שבהם פותחה הדוקטרינה: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr*; *Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961); *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

39 *Protect Our Mountain Environment v. District Court*, 677 P.2d 1361, 1365–1366 (Colo. 1984) (להלן: עניין *POME*).

תביעות; ההיענות השיפוטית לבקשות סילוק תביעות על הסף בידי נתבעים הייתה נמוכה; הליכי גילוי הראיות היו מסורבלים וארוכים; לבסוף, לא הייתה אפשרות לפסוק הוצאות משפט מרתיעות או עונשיות לזכות הנתבע. אדון בהסדרים אלו על פי סדר הפרוצדורה בתביעת SLAPP טיפוסית.

#### (א) דרישות ליברליות לפירוט עובדתי בכתב התביעה

כלל מס' 8 לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים (והכללים המדינתיים המקבילים לו)<sup>40</sup> מסדיר את אופן הגשת תביעה במערכת המשפט האמריקאית.<sup>41</sup> סעיף (a)(2) לכלל קובע כי הטיעון הנדרש הוא קצר ופשוט (Short and plain statement), המראה כי התובע זכאי לסעד.<sup>42</sup> מדובר בסטנדרט מקל במיוחד המאפשר לתובע לעבור במהרה את המשוכה של הגשת התביעה ולפתוח בהליך משפטי מבלי להידרש לפירוט יתר או לעמוד בנטלי הוכחה מכבידים. יש לשים לב כי הסטנדרט המכביד של הלכת *New York Times*, הדורש מהתובע (כדמות ציבורית) להוכיח זדון ממשי מצד הנתבע בפרסום הדיבה, אינו משפיע על יכולת התובע להגיש כתב תביעה כללי ושאינו מבוסס ברובו כדי לפתוח בהליך משפטי נגד הנתבע, גם אם בסופו של דבר לא יצליח להוכיח טענתו.

#### (ב) פרשנות מצמצמת לעילות סילוק על הסף<sup>43</sup>

סוגיית סילוקן של תביעות על הסף היא לב העניין בהתמודדות עם תביעות SLAPP, שכן זוהי התרופה הטובה ביותר שנתבעים יכולים להסתייע בה על מנת למזער את העלויות הרבות הכרוכות בניהול התביעה. בכך ינוטרל האפקט המצנן הטמון בתביעה. מסיבה זו, השאלה כיצד מתפרשות עילות הסילוק על הסף – בצמצום או בהרחבה – קשורה קשר הדוק לשאלת דרישת הפירוט שבכתב התביעה.<sup>44</sup> ככל שסטנדרט הפירוט בכתב התביעה מקל, בתי המשפט חוששים לסלק תביעות על הסף משום שהשופט מתקשה לקבוע כי לתביעה אין סיכויי הצלחה, וכי הטענות כולן משוללות בסיס על סמך כתבי הטענות בלבד.<sup>45</sup> שתי הסוגיות הללו קשורות גם מבחינת הרציונל המרכזי המהווה בסיס ליישומן –

40 כללי הפרוצדורה האזרחית הפדרלים שנחקקו לראשונה בשנת 1938 הם המסדירים את סדרי הדין בשיטה הפדרלית בארצות הברית. רובן המוחלט של מדינות ארצות הברית קלטו את הכללים הפדרליים באופן זהה או כמעט זהה גם לתוך שיטת המשפט המדינתית. ראו ערן טאוסיג "הפירוט העובדתי הנדרש בכתבי טענות והסטנדרט הראוי לסילוק תביעה על הסף בהיעדר עילה" עלי משפט ט 111, 120 (2011).

41 לפסק הדין אשר קבע את הפרשנות המנחה לעניין כלל מס' 8 לכללי הפרוצדורה הפדרלים ראו *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41, 48 (1957).

42 Fed. R. Civ. P. 8(a)(2): "A pleading that states a claim for relief must contain: [...] a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief"

43 בישראל המושג "סילוק על הסף" כולל הליכי מחיקה על הסף ודחייה על הסף, עליהם אעמוד להלן בפרק ה.2.ב. גם בארה"ב משתמשים לעיתים במושג *Motion to Dismiss* ו-*Motion to Strike*, כאשר בכל מדינה בחרו הסדר מסוים. לצורך הדיון בדין האמריקאי אשתמש במושג אחיד של סילוק.

44 טאוסיג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 114.

45 שם, בעמ' 114–115.

חשש מפגיעה בזכות החוקתית לגישה לערכאות ולחשיבות המיוחסת לה בשיטת המשפט האמריקאית,<sup>46</sup> ושמירה על אפשרות שוויונית לפנות למערכת המשפט, גם למעוטי יכולת.<sup>47</sup> כלל 12 לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים (והכללים המדינתיים המקבילים לו) הוא הכלל העיקרי שנעשה בו שימוש על מנת לסלק תביעות בשלב המקדמי של המשפט. הסעיף הנפוץ הוא (b)(6) לכלל אשר מאפשר להגיש בקשת סילוק בגין כישלון התובע לבסס טענה בדבר זכאותו לסעד.<sup>48</sup> אולם בפסק הדין המנחה לפרשנות הסעיף בעניין *Conley* נקבע כי בית המשפט יסלק תביעה על הסף רק כאשר עולה בבירור מהטענות העובדתיות שבכתב התביעה שלתובע אין סיכוי להצליח בתביעה.<sup>49</sup> בית המשפט בוחן את בקשת הסילוק על פי הכתוב בכתב התביעה, וכך למעשה הצלחת טענה לפי סעיף (b)(6) לכלל 12 משמעותה שכתב התביעה לא עמד בדרישות הליברליות של כלל (a)8 – כאמור, סיטואציה נדירה למדי.<sup>50</sup>

פרינג וקנאן מצאו כי במקרים שבהם בקשת סילוק התביעה על הסף מלווה בטענה של הפרת ה־Right to Petition גוברים הסיכויים שהבקשה תיענה בחיוב. לטענתם, העלאת הטיעון החוקתי במסגרת בקשת הסילוק על הסף היה חדשני בזמנו, ולכן עורר עניין והסיט את הדיון למסגרת חוקתית שפעלה לטובת הנתבע.<sup>51</sup> עם זאת במקרים רבים עדיין דחו בתי משפט בקשות סילוק במגוון נימוקים, בעיקר מתוך עמידה על זכות התובעים להליך הוגן ומלא שבו יהיה ניתן לברר את כל המחלוקות, בייחוד כאשר התובע מעלה את הטענה כי יש

46 ראו אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" ספר שלמה לוינן 31, 42–43 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013) (להלן: ברק "זכות הגישה"). להרחבה נוספת ראו Frank I. Michelman, *The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Rights. Part I*, 6 DUKE L.J. 1153 (1973); Frank I. Michelman, *The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One's Rights. Part II*, 3 DUKE L.J. 527 (1974).

47 John F. Vargo, *The American Rule on Attorney Fee Allocations: The Injured Person's Access to Justice*, 42 AM. U.L. REV. 1567, 1595 (1993).

48 Fed. R. Civ. P. 12(b)(6): "Every defense to a claim for relief in any pleading must be asserted in the responsive pleading if one is required. But a party may assert the following defenses by motion: [...] (6) failure to state a claim upon which relief can be granted" מקביל בכללי הפרוצדורה המדינתיים של ניו יורק: (McKinney 1970) (N.Y. C.P.L.R. 3211(a)(7)).

49 עניין *Conley*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 45–46.

50 Jeffrey H. Hartje, *Pre-Trial Motions*, 5 AM. J. TRIAL ADVOC. 15, 21 (1982); בפרט ה"ש 22 שם, המפנה לפסק דין של בית המשפט הפדרלי לערעורים המבהיר את מדיניות בית המשפט להימנע מסילוק ככל שניתן; טאוסגי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 121. אציין כי בשנת 2007 ניתן בארצות הברית פסק הדין בעניין *Twombly*, שהפך את הלכת *Conley* והחמיר לראשונה את דרישת הפירוט בכתבי הטענות שנהגה עד אז, וכן קבע כי החמרת הדרישה נועדה לאפשר סילוק של תביעות על הסף במקרים שבהם אין תקווה סבירה שהטענות יצלחו גם לאחר שלב גילוי הראיות. ראו Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 559 (2007); טאוסגי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 121, 125–128. טאוסגי מסביר שהשינוי הדרמטי בסדרי הדין נבע מהרצון להגביל תביעות סרק שהביאו לעומס רב על בתי המשפט. הוא מציין עוד כי מאז מתן פסק הדין בעניין *Twombly* הוא צוטט ביותר מ-50 אלף פסקי דין ושינה שינוי ניכר את דרישת הפירוט העובדתי בכתבי טענות.

51 PRING & CANAN, SLAPP's, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157–158.

עוד מחלוקות עובדתיות רבות הטעונות בירור בדיון מהותי הכולל הליך גילוי ראיות.<sup>52</sup> מלבד זאת, במקרים רבים שבהם בית המשפט אכן נענה לבקשות סילוק על הסף, הוא אפשר לתובע לתקן את כתב התביעה ובכך התיר לו להמשיך את ההתדיינות ולהגיע לפחות לדיון נוסף בבקשת הסילוק, אם לא להתדיינות מלאה במשפט.<sup>53</sup> חשוב לציין כי בפרוצדורה האזרחית האמריקאית קיים הליך בשם Summary Judgment, שאינו קיים במשפט הישראלי. הליך זה דומה במהותו להליך סילוק על הסף, אך הוא מתרחש לאחר הליך גילוי הראיות ולכן אינו מתבסס רק על כתבי הטענות של הצדדים אלא גם על חומר שנתגלה בהליך.<sup>54</sup> ההליך מאפשר קבלת פסק דין בתביעה אם אין בעניינה מחלוקות עובדתיות אמיתיות,<sup>55</sup> ועוד הוא נועד למנוע בזבוז משאבים שיפטיים במחלוקות שאינן טעונות בירור עובדתי מורכב ולהימנע מתביעות חסרות בסיס.<sup>56</sup> הליך זה מעניק לנתבעים שנכשלו בבקשת סילוק התביעה על הסף הזדמנות נוספת ואחרונה "להציל" עצמם מהתדיינות משפטית ארוכה ומתישה. עם זאת יודגש כי במקרים רבים התובע מעלה טענות בנוגע ליסוד הנפשי של הנתבע, שאלה הנתפסת כמעט אוטומטית כשאלה עובדתית שאינה ראויה להכרעה בהליך המהיר.<sup>57</sup> בנוסף, אף אם כן התקבלה הבקשה לקיום ההליך המהיר, הבעיה העיקרית היא שהוא מתנהל לאחר הליך גילוי ולפיכך אינו חוסך את עלויות הגילוי, שעלויות להיות, כפי שיפורט להלן, עצומות. כמו כן במקרים רבים נטו שופטים להיעתר לבקשת התובע לזמן נוסף שמטרתו להשיג ראיות נוספות ולאתר עדים לצורך ביסוס הטענות העובדתיות, ובכך אפשרו לתובע לסכל את מטרת ההליך המקוצר.<sup>58</sup> אם כן, נראה שאף על פי שהדין הפרוצדורלי הכיל הסדרים המאפשרים עקרונית להביא לסיומה של תביעת SLAPP יחסית במהירות, הפרשנות של אותם הסדרים – הנובעת מתפיסה המגוננת על זכות הגישה לערכאות והזכות להליך הוגן של התובעים – מונעת את מימושם האופטימלי וכמעט מרוקנת אותם מתוכן.

- 52 שם, בעמ' 161. הם מכנים זאת בביטוי The Fact Quagmire ("הביצה העובדתית"). ראו למשל Stevens v. Welter, No. 539-519 (Cir. Ct. v. Tillman, 568 F. Supp. 289 (N.D. Ill. 1983); וכן עניין Welter v. Fellin, No. 539-519 (Cir. Ct. PRING & CANAN, SLAPP's אצל Wis. filed Dec. 1980), לעיל ה"ש 1, בעמ' 49-50.
- 53 שם, בעמ' 159. פרינג וקנאן ציינו כי במחקרם מצאו גם תביעות SLAPP שהוגשו בפעם הרביעית לאחר שלוש בקשות סילוק על הסף שנתקבלו בכפוף לאפשרות לתקן את כתב התביעה ולהגיש את התביעה שוב.
- 54 שם, בעמ' 164.
- 55 Fed. R. Civ. P. 56(a): "A party may move for summary judgment, identifying each claim or defense – or the part of each claim or defense – on which summary judgment is sought. The court shall grant summary judgment if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgment as a matter of law. The court should state on the record the reasons for granting or denying the motion"
- 56 JACK H. FRIEDENTHAL ET AL., CIVIL PROCEDURE 465-467 (4th ed. 2005)
- 57 Martin B. Louis, *Summary Judgment and the Actual Malice Controversy in Constitutional Defamation Cases*, 57 S. CAL. L. REV. 707, 708-709 (1984), לעיל ה"ש 16, בעמ' 1002.
- 58 FRIEDENTHAL ET AL., לעיל ה"ש 56, בעמ' 479.

**(ג) היקף רחב להליך גילוי הראיות**

השגת החומר הרלוונטי למשפט ובירור המחלוקות האמתיות בין הצדדים הן מטרותיו העיקריות של הליך גילוי הראיות.<sup>59</sup> בשנות התשעים אומץ בארצות הברית כלל אשר הפך את הליך הגילוי להליך חובה שבמסגרתו נדרשים הצדדים לתביעה להחליף מידע בסיסי ומסמכים רלוונטיים באופן מידי.<sup>60</sup> בהמשך לכך התרחבו מאוד הסדרי גילוי הראיות ולבסוף כללו אף הצגת מידע הנוגע לכל עניין הקשור לתביעה, לרבות ראיות שלא בהכרח יהיו קבילות במשפט עצמו.<sup>61</sup> למעשה, לא הוטלה כמעט כל הגבלה על מספר בקשות הגילוי שיכול צד להליך להגיש בנוגע לתביעה אחת.<sup>62</sup> בכך התאפשר לתובעים לנצל את ההליך למטרות זרות, כגון הארכת ההליכים וגרירתם לאורך חודשים ואף שנים, דחיית הבירור העיקרי בתביעה והטלת הוצאות כבדות, לא נחוצות, על הצד שכנגד.<sup>63</sup> מצב דברים זה נכון גם להיום: מחקר שנערך בארצות הברית לאחרונה העלה כי כ-4.9 מיליון עמודים של מסמכים מוגשים בהליך גילוי ראיות ממוצע בתיק מורכב, אך לבסוף נעשה שימוש רק בכ-4,700 מתוכם.<sup>64</sup>

כאמור, על פי הדין טרם חקיקת ה־Anti-SLAPP תביעות לרוב לא סולקו על הסף, ולכן היה צורך לעבור שלב של הליך גילוי ראיות (בין גילוי מוקדם במסגרת Summary Judgment ובין הליכי גילוי בעת הדיון העיקרי בתביעה). היקפו הרחב של הליך הגילוי העלה את הסיכון לנחבועי SLAPP ובכך סיפק תמריץ חיובי לתובעי SLAPP להגשת תביעות משתיקות.

**(ד) הכלל האמריקאי בדבר הוצאות משפט – כל צד נושא בהוצאותיו**

"הוצאות המשפט" כוללות רכיב עיקרי של שכר טרחה המשולם לעורך הדין לצד רכיבים של תשלומי אגרות משפט ותשלומים נלווים (למשל עבור חוות דעת של מומחים).<sup>65</sup> הכלל

59 שם, בעמ' 397–398.

60 שם, בעמ' 401.

61 ככל שהן עשויות להוביל לראיות רלוונטיות בהמשך. שם, בעמ' 400.

62 Dan Quayle, *Civil Justice Reform*, 41 AM. U. L. REV. 559, 563 (1992).

63 שם. הכותב, סגן נשיא ארצות הברית דאז, מדגיש את הצורך בשינוי בפרוצדורה האזרחית ומציין כי במצב הנוכחי לעורכי דין יש יכולת כמעט לא מוגבלת לגבות תצהירים מעדים, מה שמטיל נטל כבד מאוד על ההליך וגורר אותו שבועות על גבי שבועות. ראו גם Waldman, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1002.

64 Lawyers for Civil Justice et al., *Litigation Cost Survey of Major Companies, Presentation to Committee on Rules of Practice and Procedure and Judicial Conference of the United States at 2010 Conference on Civil Litigation, Duke Law School (May 10–11, 2010), available at* <http://www.uscourts.gov/file/document/lawyers-civil-justice-et-al-survey-litigation-costs-major-companies-2010> (להלן: Litigation Cost Survey). עוד עולה מהמחקר כי נכון לשנים 2006–2008 שילמה פירמה ממוצעת על הליך גילוי ראיות בין 620 אלף דולר ל-2.9 מיליון דולר.65 קרן וינשל-מרגל ויפעת טרבלוס "סקירה השוואתית בנושא הוצאות משפט – לקראת מחקר אמפירי בישראל" 2 (מחלקת המחקר של הרשות השופטת, 2012), זמין ב־[elyon1.court.gov.il/heb/Research5.pdf](http://elyon1.court.gov.il/heb/Research5.pdf).

האמריקאי בדבר הוצאות משפט<sup>66</sup> קובע כי בהיעדר הוראה חקוקה אחרת, כל צד נושא בהוצאותיו במנותק משאלת התוצאה במשפט.<sup>67</sup> ביקורות רבות נכתבו על הכלל האמריקאי; עיקרן התמקדו בטענה כי הכלל מגביר את העומס על בתי המשפט, שכן הוא מונע הרתעה ואינו מהווה תמריץ שלילי מפני הגשת תביעות מחד גיסא, ומרתיע את "האזרח הקטן" וחסר האמצעים מלפנות לבית המשפט בשל חשש לנשיאה בעלויות גבוהות מאידך גיסא.<sup>68</sup> אולם הרציונלים המניעים את שיטת פסיקת ההוצאות בארצות הברית, ובראשן הרעיון של גישה שוויונית למערכת המשפט, מנעו את שינוי הכלל לאורך השנים. לפי התאוריה האמריקאית, הליך משפטי הוא "קרב הוגן" בין שני צדדים הנלחמים על זכויותיהם. הנטל המוטל על הצדדים ב"קרב" זה הוא כה כבד ממילא, שאין הצדקה להטיל נטל נוסף של האפשרות לשאת בהוצאות המשפט של הצד שכנגד.<sup>69</sup> לפיכך הכלל האמריקאי שולט בכיפה עד היום, אף שהשימוש בו מעודד במידת מה הגשת תביעות סרק ומנטרל כלי שעשוי להיות אפקטיבי במאבק בהם.<sup>70</sup>

אופציה חלופית להטלת סנקציות בגין תביעת סרק היא השימוש בכלל 11 לכללי הפרוצדורה האזרחית הפדרליים (והכללים המדינתיים המקבילים לו).<sup>71</sup> הכלל מחייב עורכי דין לחתום על כתב התביעה שהם מגישים ובכך לאשר כי יש בסיס טוב התומך בתביעה, וכי היא לא הוגשה מתוך מטרה זרה ולא ראויה.<sup>72</sup> לפי סעיף (c) לכלל, אם התביעה תתברר לבסוף כמשוללת בסיס או טורדנית, ניתן להטיל סנקציות כספיות על עורך הדין (או על אחד הצדדים, אם ייצג את עצמו).<sup>73</sup> עם זאת לכלל 11 כמה נקודות חולשה לעומת הסדרי פסיקת הוצאות: ראשית, הכלל מאפשר להטיל סנקציות על עורך הדין ולכן מהווה תמריץ שלילי מבחינתו בלבד ולא מבחינת התובע עצמו. שנית, גם לאחר שבית המשפט קבע שיש הפרה של הכלל, לעורך הדין נתונה ההזדמנות לתקן את כתבי הטענות ולהסיר את הפגם. שלישית, בקשה להטיל סנקציות מטעם כלל 11 והדיון בה נעשה בנפרד מהתביעה המרכזית, כשהמשמעות היא זמן ועלויות נוספות לנתבע המקורי. ולבסוף, הפסיקה פירשה את הכלל

66 הכלל התגבש למעשה בפרקטיקה ולא בחוק כתוב. עם זאת בשנת 1796 קבע בית המשפט העליון הפדרלי כי בית המשפט מכבד את הפרקטיקה הנוהגת עד שתשונה או תבוטל בחקיקה, ובכך למעשה העניק לה גושפנקה. ראו Arcambel v. Wiseman, 3 U.S. 306, 1 L. Ed. 613 (1796).

67 Vargo, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1587. ברוב המקרים שבהם יש הסדר שונה, לרוב מדובר על הסדר של 'One Way Cost Shifting', שבו הנתבע המפסיד משלם את הוצאות התובע הזוכה. ראו וינשל-מרגל וטרבולוס, לעיל ה"ש 65, בעמ' 2.

68 Vargo, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1591–1592; ראו גם Thomas D. Rowe, Jr., *The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview*, 1982 DUKE L.J. 651 (1982).

69 Vargo, לעיל ה"ש 47, בעמ' 1635.

70 וינשל-מרגל וטרבולוס, לעיל ה"ש 65, בעמ' 4.

71 לדוגמאות לכללים מדינתיים שאימצו את כלל 11 ראו Colo. R. Civ. P. 11 (קולורדו); N.M. Rules. Ann. § 1-011 (ניו מקסיקו); N.J. Ct. R. 1:4 (ניו ג'רזי).

72 Fed. R. Civ. P. 11(b); וראו FRIEDENTHAL ET AL., לעיל ה"ש 56, בעמ' 275–276.

73 Fed. R. Civ. P. 11(c); משה בר-עם "הליכי סרק אזרחיים" עלי משפט ו 135, 176 (2005).

בצמצום, ולכן נעשה בו שימוש במקרים נדירים בלבד.<sup>74</sup> לפיכך כלל 11 אינו חלופה אמיתית לפסיקה מרתיעה של הוצאות משפט.

### 3. השפעות תמריציות חיצוניות

ניתן להצביע על כמה היבטים נוספים אשר משפיעים על מערך התמריצים ואינם קשורים לכללי הפרוצדורה האזרחית או לדוקטרינות המהותיות, אולם משפיעים על כל אחד מן התמריצים הפנימיים, ולכן ראוי לבחנם בחתך רוחבי.

#### (א) משך ההתדיינות

כאמור, זמן הוא משתנה בעל חשיבות קריטית להצלחתה של תביעת SLAPP. ככל שהמערכת עמוסה יותר, משך ההתדיינות ארוך יותר, וההליך פועל לטובת התובע מבלי שהוא נאלץ לעשות כל פעולה מיוחדת, שכן הנתבע ממשיך לשלם עלויות, בעיקר נפשיות. נכון לסוף שנות השמונים ותחילת שנות התשעים משך החיים הממוצע של תיק אזרחי בבית משפט פדרלי היה 14 חודשים.<sup>75</sup> משך החיים של משפט דיבה ממוצע התפרש על פני ארבע שנים, וחלק מהתביעות נמשכו אף 10–15 שנים.<sup>76</sup> קרוב ל-18 מיליון תביעות אזרחיות הוגשו בבתי משפט (מדינתיים ופדרליים) בשנה, והעומס על המערכת היה רב והשפיע על התמשכות ההליכים.<sup>77</sup> אם כן, משך ההתדיינות היה לתמריץ טבעי לטובת התובעים.

#### (ב) עלות ההתדיינות

ככל שההתדיינות המשפטית יקרה יותר, כך עצמת האיום על הנתבע חזקה יותר. זה שנים רבות נשמעת בארצות הברית הטענה שעלויות המשפט גבוהות יתר על המידה ויצרות בעיה חברתית של ממש.<sup>78</sup> מדובר בתחום הקשה להערכה מדויקת, שכן משרדי עורכי דין ממאנים לחשוף נתונים מתוך תפיסה של חשאיות וחשש לפגיעה בתחרות,<sup>79</sup> ואף משום שהתעריף משתנה ממדינה למדינה. מחקר שבחן כ-600 תביעות דיבה בארצות הברית בשנות השמונים מצא כי עלות משפט דיבה ממוצע המגיע לשלב פסק דין היא כ-150,000.

74 דוגמאות לפרשנות מצמצמת זו ראו שם, בעמ' 177; Glover & Jumison, לעיל ה"ש 16, בעמ' 139. להרחבה ראו Geraldine Vairo, *Rule 11: Recent Case Law and Proposed Changes*, 6 GEO. J. LEGAL ETHICS 1143 (1993); Karen Kessler Cain, *Fivolous Litigation, Discretionary Sanctioning and a Safe Harbor: The 1993 Revision on Rule 11*, 43 U. KAN. L. REV. 207 (1995); Reid J. Mowrer, *Protection of the Public Against Litigious Suits ("PPALS"): Using 1993 Federal Rule 11 to Turn SLAPPs Around*, 38 NAT. RESOURCES J. 465 (1998).

75 Quayle, לעיל ה"ש 62, בעמ' 563.

76 יובל קרניאל ועמירם ברקת "הפיצויים בלשון הרע – השם והשמך" עלי משפט ב 205, 230 (2002). לנתונים מפורטים ראו ההפניות המובאות שם בנוגע ל"פרויקט איווה" – קבוצה אשר חקרה את דיני הדיבה האמריקאיים וביקשה להציע להם מודל אלטרנטיבי.

77 Quayle, לעיל ה"ש 62, בעמ' 560.

78 ראו David M. Trubek et al., *The Costs of Ordinary Litigation*, 31 UCLA L. REV. 72, 74 (1983); A. Leo Levin & Denise D. Colliers, *Containing the Cost of Litigation*, 37 RUTGERS L. REV. 219 (1985).

79 Litigation Cost Survey, לעיל ה"ש 64, בעמ' 2.

דולר, ובכל מקרה אינה פחותה מ־95,000 דולר.<sup>80</sup> במקרים שבהם התובעים היו אנשי ציבור ידועים, היו העלויות חוצות לעתים את קו מיליון הדולר ויותר.<sup>81</sup> יתר על כן, סוגיית העלויות קשורה גם לשיטת תשלום שכר הטרחה. בארצות הברית שיטת התשלום הנפוצה ביותר בתביעות אזרחיות היא מותנית (קונטינגנטית) – שכר הטרחה של עורך הדין המייצג תובעים תלוי בסכום שנפסק לטובת התובע בתביעה.<sup>82</sup> במצב זה עורך הדין נוטל את מרב הסיכונים והלקוח עומד בפני סיכון אפסי – אם יזכה בתביעה, ירוויח מספיק כסף מסכום הפיצוי כדי לשלם לעורך הדין, ואם יפסיד – הוא אינו מחויב לשלם לעורך הדין כלל. לאור זאת עורכי הדין משמשים מעין "שומרי סף" של מערכת המשפט, שהרי הם לא יקבלו עליהם תביעות סרק שעתידות להפסיד, כשבבירור לא יקבלו בסופן תשלום.<sup>83</sup> ואולם, אם הם אכן מקבלים עליהם תביעה בעלת סיכויי הצלחה סבירים או גבוליים, עורכי הדין מתמרצים להגיש תביעות הדורשות פיצויי עתק כשמטרתם לגזור סכום מרבי לעצמם.<sup>84</sup> לכאורה, השיטה המותנית הייתה אמורה להוביל לתוצאה שלפיה שום עורך דין לא היה מוכן לייצג תובע בתביעת SLAPP. אולם נדמה כי התאגידים מצאו דרך לעקוף "מכשול" זה באמצעות העסקת עורכי דין באופן שוטף ותשלום שכר טרחה שאינו תלוי תוצאה באופן המנטרל כל חשש שלהם מפני הגשת תביעות סרק. מנגד, עורכי דין המייצגים את הנתבעים בתביעות אזרחיות עובדים בדרך כלל בשיטה של שכר שעתי, והדבר מתמרץ אותם להאריך את ההליכים כמה שיותר, כדי לקבל שכר גבוה יותר.<sup>85</sup> לסיכום נקודה זו יובהר כי הבעיה איננה רק עלויות המשפט הגבוהות אלא העובדה שמבחינתו של התובע הן על פי רוב זניחות, ואילו מבחינת הנתבע הן גבוהות במיוחד, בייחוד כשמדובר באדם פרטי או בגוף ציבורי חסר משאבים הפועל ללא מטרות רווח. הגורמים הנוספים הללו תרמו אף הם למעריך התמרצים להגשת תביעות אסטרטגיות והיו לנדבך נוסף בהפיכתן של תביעות ה־SLAPP בארצות הברית לפרקטיקה נפוצה. התרחבות התופעה הובילה לקריאה של מלומדים וארגוני חברה אזרחית למצוא פתרונות ראויים לתופעה, בעיקר באמצעות הסדרה חקיקתית. בפרק הבא אסקור בקצרה שתי דוגמאות להסדרי Anti-SLAPP שאימצו מדינות בארצות הברית לשינוי מערך התמרצים.

80 קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 76, בעמ' 230, ובפרט המקורות המובאים בה"ש 107 שם.

81 שם.

82 Virginia G. Maurer et al., *Attorney Fee Arrangements: The U.S. and Western Perspectives*, 19 NW. J. INT'L L. & BUS. 272, 293 (1999); Eyal Zamir & Ilana Ritov, *Revisiting the Debate over Attorneys' Contingent Fees: A Behavioral Analysis*, 39 J. LEGAL STUD 245, 245–246 (2010)

יתר מכך, במרבית המקרים עורך הדין משלם גם על עדים מומחים, אגרות משפטיות וכו'.

83 שם, בעמ' 246.

84 Maurer et al., לעיל ה"ש 82, בעמ' 298.

85 שם, בעמ' 298–299. אדגיש כי מדובר על סוגי ההסכמים הנפוצים, ומעריך התמרצים הזה אינו הכרחי בכל תביעה אזרחית.



## ג. הסדרי Anti-SLAPP בארצות הברית

פרינג וקנאן הגדירו חקיקת Anti-SLAPP אפקטיבית ככזו המגנה על כלל סוגי הפעילויות החוסות תחת התיקון הראשון ובו בזמן יוצרת תמריץ שלילי לתובעים להגיש תביעות SLAPP.<sup>86</sup> אכן, נראה שבמדינות רבות בארצות הברית אומצה חקיקה ברוח זו. ההסדר המרכזי המשותף לכל החוקים הללו הוא מסלול דיוני חדש המאפשר סילוק מהיר של התביעה על הסף לצד סטייה מהכלל האמריקאי בדבר הוצאות משפט וכן פסיקת הוצאות (לעתים גם הוצאות עונשיות) לזכות הנתבע. במסגרת הליך סילוק המהיר של התביעה מועבר נטל ההוכחה אל התובע להוכיח שאין מדובר בתביעת SLAPP, להבדיל מהליך סילוק רגיל שבו הנטל מוטל בעיקרו על הנתבע (המבקש) להוכיח שיש עילה לסילוק התביעה.<sup>87</sup> אסקור בקצרה את חוק ה־Anti-SLAPP הכולט שנחקק במדינת קליפורניה והיה מודל להשראה לחקיקה בשאר המדינות, ופסק דין מכונן של בית המשפט העליון של מדינת קולורדו שהפך למעשה להסדר ה־Anti-SLAPP המדינתי.<sup>88</sup>

### 1. החקיקה בקליפורניה

בשנת 1992 הוסיף המחוקק בקליפורניה סעיף חדש לקוד הפרוצדורה האזרחית: סעיף 425.16 הסדיר הליך מהיר לסילוק על הסף של תביעת SLAPP לצד פסיקת הוצאות משפט לזכות הנתבע, לרבות הוצאות עונשיות.<sup>89</sup> בהגשת בקשת הסילוק על הנתבע להוכיח כי הפעולה שבגינה הוא נתבע מוגנת בתיקון הראשון לחוקה. או אז עובר הנטל לתובע להוכיח כי יש לו סיכוי סביר לזכות בתביעה. רק אם יצליח לעשות זאת, בקשת הסילוק על הסף תידחה והתביעה תתקדם לשלב הבא.<sup>90</sup>

החוק שינה את מערך התמריצים בכמה דרכים: ראשית נקבע כי הליכי גילוי הראיות יושעו אוטומטית בהגשת בקשת סילוק על הסף לפי הסעיף כדי למנוע עלויות כבדות ו"משיכת זמן" המאפיינת כאמור את הליך גילוי הראיות;<sup>91</sup> שנית, הוגדרה מסגרת זמנים

86 Pring & Canan, *Strategic*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 958–959.

87 ראו לעיל ה"ש 32. כמו כן ראו סקירה של כמה הסדרים נבחרים אצל Michael Eric Johnston, *A Better SLAPP Trap: Washington State's Enhanced Statutory Protection for Targets of "Strategic Lawsuits Against Public Participation"* 38 GONZAGA L. REV. 263, 278–279 (2002). סקירה ערכנית ממצה בדבר המשותף לכלל הסדרי ה־Anti-SLAPP ניתן למצוא כאן: Katelyn E. Saner, *Getting SLAPP-ED in Federal Court: Applying State Anti-SLAPP Special Motions to Dismiss in Federal Court After SHADY GROVE*, 63 DUKE L.J. 781, 791–793 (2013).

88 כפי שיובהר בהמשך, הדוגמאות הללו מייצגות במובן מסוים שתי קצוות בסקאלה של הסדרי ה־Anti-SLAPP השונים, כאשר ההסדר של מדינת קליפורניה, שאומץ בחקיקה, הוא המרחיב ביותר, וההסדר הפסיקתי של מדינת קולורדו הוא צנוע יחסית לאחרים. רוב מדינות ארצות הברית נוטות למודל הקליפורני.

89 CAL. Civ. Proc. Code § 425.16.

90 שם, ס"ק (b)(1).

91 שם, ס"ק (g). ראו גם Kathryn W. Tate, *California's Anti-Slapp Legislation: A Summary of and Commentary on Its Operation and Scope*, 33 LOY. L.A. L. REV. 801, 811 (2000). בעניין *Lafayette* קבע בית המשפט לערעורים שאם התובע מוכיח כי הנתבע מחזיק בראיה קריטית להוכחת

ברורה של 60 ימים עד להגשתה של בקשת הסילוק ו-30 ימים נוספים עד לדיון בבקשה;<sup>92</sup> שלישית, שלב ההתערבות השיפוטית הניכרת שאפיינה את הליך ה-Summary Judgment הועבר אל שלב הדיון בבקשת הסילוק על הסף, שהתאפיינה עד אז בבחינת כתבי הטענות ותו לא, בכך שנקבע כי על השופט לבחון אם הפעילות של הנתבע מוגנת בזכויות החוקתיות לחופש הביטוי ו-Right to Petition.<sup>93</sup>

בתי המשפט פירשו את החקיקה החדשה על פי תכליתה המוצהרת,<sup>94</sup> ולפיכך החילו את החוק על קשת רחבה של פעילויות.<sup>95</sup> עד היום נחשב החוק הקליפורני לאחד מהחוקים המרחיבים ביחס לחוקים אחרים, בעיקר משום שהוא מעניק הגנה גם לנתבעים מתחום התקשורת והעיתונות, אף במקרים שבהם אין בהכרח פערי כוחות מובהקים ביניהם לבין התובע.<sup>96</sup>

לעניין הוצאות המשפט קבע החוק הסדר א-סימטרי: כאשר בקשת הסילוק על הסף מתקבלת, זכאי הנתבע להוצאות משפט, אך אם הבקשה נדחת, יזכה התובע בהוצאות רק אם יוכח שבקשת הסילוק נועדה להכשיל את התביעה או לעכבה ותו לא.<sup>97</sup> בנוסף, עיגן החוק עילת תביעת נגדית, המכונה SLAPP-Back, המאפשרת לנתבע להגיש תביעה נזיקית

סיכוייו של התובע להצליח בתביעה, בית המשפט יורה לנתבע לגלות את הראיה לצד השני לפני הדיון בבקשת הסילוק על הסף. עם זאת, גם בקשה חריגה לגילוי ראיות צריכה להיבחן על רקע תכלית החקיקה, שנועדה לקדם הליך מהיר. ראו Lafayette Morehouse, Inc. v. Chronicle Publishing Co., 39 Cal. App. 4th 1379, 46 Cal. Rptr. 2d 542 (1995); Jerome I. Braun, *California's Anti-SLAPP Remedy After Eleven Years*, 34 MCGEORGE L. REV. 731 (2003).

CAL. Civ. Proc. Code § 425.16(f) 92

Tate, לעיל ה"ש 91, בעמ' 811–812. יש לציין כי החוק של קליפורניה הוא אחד החוקים הרחבים ביותר ביחס לחוקים מדינתיים אחרים, והוא מגן כמעט כל על פעילות שניתן לטעון שחוסה תחת אחת מזכויות אלה. חלק מהחוקים בחרו להגן אך ורק על ה-Right to Petition ולא לציין את חופש הביטוי במסגרת החקיקה.

CAL. Civ. Proc. Code § 425.16(a): "The Legislature finds and declares that there has been a disturbing increase in lawsuits brought primarily to chill the valid exercise of the constitutional rights of freedom of speech and petition for the redress of grievances"

למשל פנייה לגופי שלטון, בחירות פנימיות באיגוד עובדים, שתדלנות מונציפלית וכן פרסומים בתקשורת. Tate, לעיל ה"ש 91, בעמ' 826–827. כן נקבע כי קיומו של אינטרס פרטי של הנתבע בפעילות הציבורית אינו שולל את תחולת החוק ראו Ludwig v. Superior Court, 37 Cal. App. 4th 8 (Cal. Ct. App. 1995).

ANDREW KENYON, DEFAMATION: COMPARATIVE LAW AND PRACTICE 275 (2006) 96

Braun; CAL. Civ. Proc. Code § 425.16(c) 97  
 בית המשפט המדינתי לערעורים כי ההוצאות הנפסקות במסגרת הסעיף הן "סבירות" (Reasonable) ומצויות במסגרת שיקול דעתו של בית המשפט. ראו Robertson v. Rodriguez, 36 Cal. App. 4th 347, 42 Cal. Rptr. 2d 464, ¶6 (1995) רק לסכומים שהוצאו על הליכי הסילוק על הסף, אולם הערכאות הגבוהות נהגו להעניק פיצוי על כלל העלויות שנבעו מהגשת התביעה, מתוך תפיסה של פרשנות תכליתית של חקיקת ה-Anti-SLAPP. ראו Tate, לעיל ה"ש 91, בעמ' 846.

נגד התובע בגין ניצול לרעה של הליכי משפט ולקבל פיצוי נוסף במקרים שבהם בקשת סילוק התביעה על הסף נתקבלה.<sup>98</sup> יש לציין גם כי היקפו הרחב של החוק יצר אפקט הפוך. כיום בקשת הסילוק על הסף הפכה לשלב כמעט אוטומטי בתביעות דיבה בקליפורניה, ויש הטוענים שהדבר שינה דה פקטו את דיני הדיבה ולא רק את הדין הפרוצדורלי,<sup>99</sup> ובמסגרת זו לא איזן כראוי בין האינטרסים המתחרים.<sup>100</sup>

## 2. הלכת POME בקולורדו

בשנת 1984 פסק בית המשפט העליון של מדינת קולורדו הלכה שנחשבת להסדר ה־Anti-SLAPP הראשון בעולם. הלכת POME<sup>101</sup> שרירה וקיימת עד היום ומשמשת דוגמה לחקיקת Anti-SLAPP שיפוטית. פסק הדין עסק בקבוצת אזרחים אשר הגישה עתירה מנהלית לבית המשפט נגד ועדת התכנון של המחוז שהחליטה לשנות את ייעוד הקרקע באזורם משטח ירוק לשטח המיועד לפיתוח נדל"ן. בזמן הדיונים בעתירתם הוגשה נגד העותרים תביעה נזיקית על סך 40 מיליון דולר מטעם זום הנדל"ן שהיה אמור להיות לו חלק מרכזי בפיתוח השטח.<sup>102</sup> העותרים, שהפכו לנתבעים, מיהרו להגיש בקשת סילוק על הסף לפי הכלל המקביל לכלל 12(6)(b) הפדרלי וגיבו את בקשתם בטענה חוקתית. הערכאה הראשונה דחתה את הבקשה.<sup>103</sup> כשהפרשה הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון המדינתי, הדגישו השופטים את החשש מאפקט מצנן שמביאות עמן תביעות המוגשות נגד אזרחים בגין פנייה לגורמים מנהליים או שיפוטיים, ולכן אימצו כלל חדש לניתוח בקשת סילוק תביעה על הסף המלווה בטענה חוקתית בדבר ה־Right to Petition.<sup>104</sup> לפי הכלל

98 CAL. Civ. Proc. Code § 425.18; סוגיית תביעות הנגד זכתה להתייחסות נרחבת בספרות המשפטית האמריקאית העוסקת ב־SLAPP. ראו למשל: Edmond Cotantini & Mary P. Nash, *SLAPP/SLAPPback: The Misuse of Libel Law for Political Purposes and a Countersuit Response*, 7 J.L. & POL. 417 (1991).

99 Tate, לעיל ה"ש 91, בעמ' 859. נטען כי ההרחבה הזו אינה ראויה, וכי ס' 425.16 נועד להתמודד אך ורק עם תיקי ה־SLAPP הפרדיגמטיים, דהיינו התביעות הקלאסיות שעל בסיסן התפתחה החקיקה – גוף או תאגיד גדול וכוחני שמגיש תביעת דיבה נגד כמה פעילים מקומיים, מפגינים, אנשים ללא ניסיון משפטי. ראו Braun, לעיל ה"ש 91, בעמ' 738.

100 Tate, לעיל ה"ש 91, בעמ' 860. כמו כן בשנת 2003 הבחינו בקליפורניה בתופעה מטרידה: ביזוי של חקיקת המגן על ידי תאגידים. תאגידים החלו להשתמש בבקשות סילוק המבוססות על החקיקה החדשה כדי לעכב הליכים משפטיים שאינם קשורים לתופעת ה־SLAPP. כפי שניסח זאת בית המשפט העליון בקליפורניה: "התרופה הפכה למחלה". לאור זאת הכניס המחוקק בקליפורניה חריגים לחוק, ובהם איסור על שימוש בבקשות סילוק לפי החוק בידי נתבעים שהם תאגידים (בכפוף לתנאים המפורטים בחוק). ראו Tom Wyrwich, *A Cure for a "Public Concern": Washington's New Anti-SLAPP*, 86 WASH. L. REV. 663, 687 (2011).

101 עניין POME, לעיל ה"ש 39. החוקר ג'ורג' פרינג, שהיה אז עוד במהלכו של המחקר שפרסם כמה שנים לאחר מכן, קיבל מעמד של ידיד בית המשפט בפרשה.

102 שם, בעמ' 1364–1363 לפסק הדין.

103 שם.

104 שם, בעמ' 1370–1369 לפסק הדין.

החדש, על המשיב בבקשת הסילוק על הסף להוכיח קיומם של שלושה תנאים מצטברים: (1) טענות המבקש בפנייתו למנהל משוללות בסיס עובדתי או חוקי; (2) פנייתו של המבקש נעשתה בעיקר מתוך רצון להטריד את המשיב או מתוך מטרה לא ראויה אחרת; (3) פעילות המבקש יכלה בפועל לפגוע באינטרס התובע.<sup>105</sup>

הלכת *POME* היא דוגמה להסדר Anti-SLAPP צר למדי. ההגנה ניתנת בעיקר לפעילויות המצויות בליבת ה־Right to Petition, בניגוד לחוק של מדינת קליפורניה וחוקים דומים במדינות אחרות.<sup>106</sup> כמו כן יש להדגיש כי לפי ההלכה, בקשת הסילוק על הסף למעשה מומרת לבקשה ל־Summary Judgment,<sup>107</sup> כלומר הדיון בה נעשה לאחר הליכי גילוי ראיות, עם כל ההשלכות הכרוכות בכך.

הנה כי כן, ניתן לומר כי קיים ספקטרום שעליו נעים הסדרי Anti-SLAPP בארצות הברית: בנקודת קיצון אחת נמצאת קליפורניה – שאימצה הסדר מרחיב ביותר בחוק – ואילו בנקודת הקיצון השנייה נמצאת קולורדו, שאימצה הלכה מחייבת מצומצמת יחסית, שאינה נותנת מענה לכלל הבעיות התמריציות במערכת המשפט האמריקאית, ובכך אינה מונעת בהכרח קיומו של הליך ארוך ומאיים. עם זאת קולורדו אינה מייצגת את שאר המדינות; עם השנים רובן המוחלט של מדינות ארצות הברית נוטות להתקרב יותר ויותר להסדר הנהוג בקליפורניה ולהרחיב את ההגנה הניתנת לנתבעי SLAPP באמצעות שינוי מערך התמריצים הקיים לטובתם ואימוץ של חוק דומה בניסוחו ובהסדריו לסעיף 425.16 לקוד הפרוצדורה האזרחית בקליפורניה.<sup>108</sup>

חקיקת ה־Anti-SLAPP זכתה ליישום נמרץ של בתי המשפט המדינתיים בארצות הברית. אף שהחקיקה לא העלימה לחלוטין את תופעת ה־SLAPP (ויעיד על כך השימוש הנרחב של

105 שם. בפרשה הספציפית קבע בית המשפט כי אף שאין ספק שהתביעה של *POME* יכלה לפגוע באינטרס לגיטימי של היום, אי אפשר לומר שטענותיהם היו משוללות בסיס חוקי ועובדתי, וכן לא הוכח כי מטרתם הייתה להטריד את התובע. עם זאת הודגש כי לא התאפשר ליזם-התובע להביא ראיות לפי ההלכה החדשה. לפיכך הוחזרה הבקשה לערכאה הראשונה לבחינה מחודשת לאור הכלל החדש שנקבע ולאחר שיתאפשר לתובע להביא ראיות לצורך כך.

106 גבולות ההגנה אינם ברורים, ובעבר הביעו בתי משפט עמדות שלפיהן ההגנה היא "גמישה" ומכילה גם פעולות בעלות אופי פוליטי שאינן קשורות קשר מסורתי ל־Right to Petition. ראו עניין *General Steel*, לעיל ה"ש 25; *Krystkowiak v. W.O. Brisben Companies, Inc.*, 90 P.3d 859 (Colo. 2004).

107 עניין *POME*, לעיל ה"ש 39, בעמ' 1369–1370.

108 להרחבה ראו *Laura Long, SLAPping Around the First Amendment: An Analysis of Oklahoma's Anti-SLAPP Statute and Its Implications on the Right to Petition*, 60 OK. L. REV. 421 (2007); Mark J. Sobczak, *SLAPPed in Illinois: The Scope and Applicability of the Illinois Citizen Participation Act*, 28 N. ILL. U. L. REV. 559 (2008); Dena M. Richardson, *Power Play: An Examination of Texas's Anti-SLAPP Statute and Its Protection of Free Speech through Accelerated Dismissal*, 45 ST. MARY'S L.J. 245 (2014); Marnie Steenson, *Reforming SLAPP Reform: New York's Anti-SLAPP Statute*, 70 N.Y.U. L. REV. 1324 (1995); Sheri Coover, *Pennsylvania Anti-SLAPP Legislation*, 12 PENN ST. ENVTL. L. REV. 263 (2004); Carson Hilary Barylak, *Reducing Uncertainty in Anti-SLAPP Protection*, 71 OHIO ST. L.J. 845 (2010); Bruce E.H. Johnson & Sarah K. Duran, *View from the First Amendment Trenches: Washington State's New Protections for Public Discourse and Democracy*, 87 WASH. L. REV. 495, 524–572 (2012).

בתי משפט בחקיקת המגן), היא העניקה הגנה רחבה מאוד לנתבעים ובכך צמצמה צמצום ניכר את האפקט המצנן של התופעה. מחקרים מראים כי תאגידיים וחברות גדולות שבעבר נקטו פרקטיקה של תביעות SLAPP מוצאים אותן אפקטיביות פחות מבעבר, שכן בזכות חקיקת המגן הם אינם מצליחים במקרים רבים להשיג את מטרתם המרתיעה והמשתיקה.<sup>109</sup> על אף ההבדלים בין החוקים השונים אין ספק כי הכלים האפקטיביים ביותר המשותפים לכלל החוקים הם הפיכת נטל ההוכחה והאפשרות לסילוק מהיר של התביעה על הסף.<sup>110</sup> לאחר שהושלמה התמונה בנוגע לתופעת ה-SLAPP בארצות הברית, אפנה לבחון אם בישראל מתפתחת כיום תופעה דומה, כיצד המערך התמריצי בדין הישראלי נבדל מהמערך התמריצי בדין האמריקאי טרום חקיקת המגן, ומהן ההשלכות המתבקשות מכך על הפתרון הראוי שיש לאמץ.

#### ד. SLAPP בישראל – "תביעות השתקה"

עד לאחרונה התנהל השיח על קיומן של תביעות SLAPP בישראל בעיקר בבלוגים וברשתות החברתיות באינטרנט.<sup>111</sup> כמה פרשות המציגות קווי דמיון אפשריים לתביעות SLAPP קלאסיות קיבלו תשומת לב תקשורתית, אך כמו בשנים הראשונות בארצות הברית לא נעשה קישור ביניהן והן לא תויגו בקטגוריה משפטית מיוחדת. במסגרת אקדמית טרם זכתה הסוגיה להתייחסות מקיפה אלא רק לדיון ראשוני או עקיף במסגרת דיון בדיני לשון הרע.<sup>112</sup> הצעד הגדול לקראת הכרה בתופעה בישראל נעשה בינואר 2013, אז פרסמה האגודה לזכויות האזרח בישראל דוח נרחב אשר סקר עשרות מקרים המתאימים לקריטריונים הקלאסיים של תביעות SLAPP ומסגר אותם תחת השם "תביעות השתקה".<sup>113</sup> בפרק זה

Catherine S. Norman, *Anti-SLAPP Legislation and Environmental Protection in the USA: An Overview of Direct and Indirect Effects*, 19 REV. OF EUR. COMP. & INTER. ENVTL. L. 28, 30 (2010).

Pamela Shapiro, *SLAPPs: Intent or Content? Anti-SLAPP Legislation Goes International*, 19 REV. OF EUR. COMP. & INTER. ENVTL. L. 14, 26 (2010).

ראו למשל: מיכאל בירנהק "סלאפ"פ 2.0 "העין השביעית" 19.7.2011, זמין ב-[www.the7eye.org.il/14134](http://www.the7eye.org.il/14134); אבנר פינצ'וק "חברי כנסת שנהנים מחסינות ומחופש ביטוי מוחלט רוצים שהבלוגרים יחזרו לכתוב למגירה" האח הקטן – על פרטיות, מידע וזכויות אדם אחרות 6.10.2011, זמין ב-[www.pratiut.com/2011/10/blog-post\\_06.html](http://www.pratiut.com/2011/10/blog-post_06.html); חן שידלובסקי "מחשבות על השתקה והוצאות משפט – סיפורו של דני מורגנשטרן כמקרה מבחן" הטרקלין – מחשבות על משפט 23.6.2013, זמין ב-[hatraklin.org/2013/06/23/slapp](http://hatraklin.org/2013/06/23/slapp); תומר אפלדורף "תביעות סלאפ"פ" תפוח ברשת 22.7.2011, זמין ב-[apfeldorf.co.il/2011/07/blog-post.html](http://apfeldorf.co.il/2011/07/blog-post.html); גיא גרימלנד "לא מפנים את הלחי השנייה: הבלוגרים הישראליים מסרבים להיכנע לתביעות" The Marker 18.7.2011, זמין ב-[www.themarker.com/technation/1.670344](http://www.themarker.com/technation/1.670344).

גאי כרמי "סטירה מצלצלת ואין עונה" עורך הדין 19, 76 (2013); גדרון "תיירות הדיבה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 445–446; Tamar Gidron, *Defamation Law in Turbulence: Does Israel Need 'Libel Reform'?* 46 ISR. L. REV. 95, 105 (2013).

ראו דו"ח האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 6.

אציג בקצרה מהם המאפיינים של אותן תביעות אשר אופיינו כ"תביעות השתקה" ואסקור כמה תביעות בולטות שניתן לנתחן כתביעות SLAPP.

### 1. מאפייני "תביעות השתקה"

במחקרו של ישי שנידור, שהתבסס בין היתר על תביעות שבהן שימש בא כוחם של הנתבעים, הוצע להגדיר תביעות SLAPP "תוצרת הארץ"<sup>114</sup>:

SLAPP היא תביעה (לרבות איום בהגשת תביעה), המוגשת עקב התבטאות (או פעולה) של הנתבע בעלת עניין לציבור, במסגרת השתתפותו בשיג ושיח ציבורי (public debate), ושעלול להיות לה אפקט מצנן על נכונותו של הנתבע או של הציבור הרחב להשתתף בויכוח המסוים או בשיג ושיח הציבורי באופן כללי.

גם בהגדרה שניתנה בדוח האגודה לזכויות האזרח מודגשים שני תנאים הכרחיים לזיהוי תביעה משתיקה: (1) עניין ציבורי – עניין שהאינטרס הציבורי מחייב פרסום מידע וקיום דיון ציבורי בעניינו, ושחורג מגדריו של סכסוך פרטי בין הצדדים;<sup>115</sup> (2) אפשרות של יצירת אפקט מצנן, ויודגש כי מדובר על תוצאה אפשרית ולא הכרחית, וכן כי התנאי אינו תלוי בכוונתו הסובייקטיבית של הנתבע ליצור אפקט שכזה.<sup>116</sup>

הגדרות אלו אינן תואמות במדויק את ההגדרה הקלאסית של פרינג וקנאן. אולם בניתוח שאר המאפיינים (שאינם הכרחיים) שעלו במחקרים של שנידור ושל האגודה לזכויות האזרח ניתן למצוא קווי דמיון רבים לניתוח המסורתי שערכו האמריקאים בסוף שנות השמונים. בארצות הברית התמקדה התופעה בתביעות אזרחיות, לרוב תביעות דיבה, וכן בישראל רוב התביעות שסווגו כמשתיקות היו תביעות נזיקיות בגין לשון הרע.<sup>117</sup> מאפיינים דומים נוספים שנמצאו הם פערי כוחות בין הצדדים (תובע חזק – נתבע חלש),<sup>118</sup> סכום

114 שנידור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5.

115 דו"ח האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 30.

116 שם, בעמ' 31.

117 שם, בעמ' 33. ראו להלן בפרק ה.1. פירוט על עוולת לשון הרע והאופן שבו היא מתמרצת במידה רבה את התופעה.

118 שם, בעמ' 35; שנידור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16. הפער יכול להתבטא למשל בכך שמדובר בעובד יחיד למול חברה המעסיקה אותו, ראו בבש"א (ת"א) 172000/08 ברקאי נ' חברת פיירול גיוס והשמה בע"מ (פורסם בנבו, 16.11.2008) ובת"א (ת"א) 18029-02-11 אור-סיטי נדל"ן בע"מ נ' טבקמן (פורסם בנבו, 7.7.2011) (להלן: עניין אור-סיטי); פעיל סביבתי למול תאגיד גדול המחזיק מפעל או מפעיל פרויקט פוגעני לסביבה, כמו למשל בע"א (מחוזי י-ם) 35178-09-12 מורגנשטרן נ' תאגיד איסוף מכלי משקה בע"מ (פורסם בנבו, 11.2.2013) (להלן: ע"א מורגנשטרן) ובבש"א (שלום חי) 3681/05 רוט נ' החברה למשאבי סביבה ואנרגיה בע"מ (פורסם בנבו, 13.11.2005) ובת"א (שלום ת"א) 42150/05 עזיהו נ' ורוליט חברה לתעשייה כימית בע"מ (פורסם בנבו, 15.4.2007); פעיל מקומי למול רשות מקומית או תאגיד סטטוטורי, כמו למשל בת"א (מחוזי מר) 119-03-08 עיריית רחובות נ' לוח שלוש פלוס בע"מ (פורסם בנבו, 20.11.2008) (להלן: ת"א לוח שלוש פלוס) וכן בת"א (מחוזי י-ם) 8069/06 החברה לאוטומציה במינהל השלטון המקומי בע"מ נ' גור (פורסם בנבו, 13.7.2009) (להלן: עניין החברה

תביעה מופרך ביחס לסכום הפיצוי הממוצע בתביעות לשון הרע,<sup>119</sup> תביעה שמוגשת בעקבות ויכוח מקומי<sup>120</sup> ועילת תביעה חסרת יסוד או גבולית.<sup>121</sup> כן קיימת התייחסות רבה יותר בכתיבה האמריקאית לנושא של מכתבי התראה לקראת הגשת תביעה ולפרקטיקה הנפוצה של שימוש בהם כדי להרתיע פעילים חברתיים.<sup>122</sup> בדומה לממצאי המחקר של פרינג וקנאן – שהעלה כי 90% מהנתבעים בתביעות SLAPP הם אנשים פרטיים ולא ארגונים – זו המגמה גם בישראל.<sup>123</sup>

ניתן לסמן כמה תחומים כזירות אופייניות של תביעות השתקה. בדומה לתופעה האמריקאית, גם בישראל התביעות הפרדיגמטיות מוגשות נגד פעילי סביבה בנושאים הקשורים להגנת הסביבה.<sup>124</sup> תחומים אחרים הם שלטון מקומי, יחסי עבודה, בלוגים ומדיה חברתית ותביעות נגד עיתונאים.<sup>125</sup>

יודגש כי מחקר אמפירי-כמותני בנושא טרם נעשה בישראל. לכן קשה לטעון חד-משמעית כי תופעת ה-SLAPP קיימת בישראל אלא רק להניח זאת על סמך ניתוח המאפיינים והעדויות אשר נסקרו ויובאו בחלקם להלן.

לאוטומציה) ובת"א (מחוזי חי') 217/06 החברה לפיתוח כפר ורדים בע"מ נ' צ'אושו (פורסם בנבו, 25.4.2007).

119 בת"א לוח שלוש פלוס, לעיל ה"ש 118, תבע מכוון לייצור דבקים פעיל מקומי בסכום של 1.2 מיליון ש"ח; בעניין עזיהו, לעיל ה"ש 118, תבע מכוון לייצור דבקים פעיל מקומי בסכום של 1.2 מיליון ש"ח; בעניין החברה לאוטומציה, לעיל ה"ש 118, נתבע יו"ר ועד העובדים בחברה בתביעה על סך 2.5 מיליון ש"ח; בתביעה שהגישו האחים עופר נגד העיתונאי (ובהמשך חבר הכנסת) מיקי רוזנטל על פרסום התחקיר "שיטת השקשוקה" היה סכום התביעה 3.5 מיליון ש"ח – ראו שנידור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 40 ובש"א (שלום ת"א) 153607/08 רוזנטל נ' עופר (פורסם בנבו, 8.4.2008). סכום התביעה המופרך ביותר שהוגש עד כה בתביעת לשון הרע שייך ככל הנראה לארקדי גאידמק בתביעתו נגד עיתון "הארץ" בגין 45 מיליון ש"ח. התביעה נמחקה בהסכמה בשנת 2009. ראו דו"ח האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 38. לשם השוואה, במחקר שנערך על סכום הפיצוי בלשון הרע נמצא כי בשנים 2004–2011 נעו סכומי הפיצוי הממוצעים בתביעות לשון הרע בין 25 אלף ש"ח לבין 64 אלף ש"ח, וכאשר התובע הוגדר "איש ציבור" – בין 28 אלף ש"ח לבין 92 אלף ש"ח. ראו תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינוילבר "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית" משפטים מג 453, 483–491 (2013).

120 בהקשר זה מעניין לראות שבכל תקופת המחאה החברתית של קיץ 2011 חברות מסחריות כמעט לא השתמשו בכלי של הגשת תביעת לשון הרע או איום בהגשת תביעה נגד פרסומים די פרובוקטיביים ברשתות החברתיות (נגד "חנוכה" למשל, "שופרסל" ובנקים למיניהם). לעומת זאת במקרים רבים של מחאות מקומיות בסדר גודל מצומצם בהרבה השיטה של איומים בתביעות לשון הרע נפוצה הרבה יותר. ראו דו"ח האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 36.

121 ראו שם, בעמ' 39. מאפיין זה חלש בהרבה מהמקביל לו בתביעות SLAPP בארצות הברית, שכן קל מאוד לבסס עילת תביעה בעוולת לשון הרע. על כך יורחב להלן בפרק ה.1 לרשימה זו.

122 שנידור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 8.

123 שם, בעמ' 14. עם זאת בכמה תביעות השתקה הוגשו התביעות נגד הארגון ונגד עובדי הארגון יחד ולחוד, ככל הנראה כדי להרתיעם אישית. ראו למשל את התביעות שהוגשו נגד הארגונים "שלום עכשיו" ו"עיר עמים" ונגד עובדי הארגון יחד ולחוד: ת"א (שלום י-ם) 39909-03-10 ש.ע.ל שלום עכשיו לישראל מפעלים חינוכיים נ' עמותת א.ל.ע.ד – אל עיר דוד (פורסם בנבו, 11.10.2010); ת"א (שלום י-ם) 2422-10 עמותת אלעד – אל עיר דוד נ' עמותת עיר עמים ליציבות שוויון ועתיד מדיני (פורסם בנבו, 26.1.2012).

124 ראו למשל ע"א מורגנשטרן, לעיל ה"ש 118.

125 דו"ח האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 9–27.

## 2. דוגמאות פרדיגמטיות לתביעות השתקה

הביטוי SLAPP או "תביעות השתקה" לא הוזכר עד היום בפסק דין של בית המשפט העליון. לאור סכום הפיצוי הממוצע המתבקש בתביעות לשון הרע, רוב הדיונים מתנהלים בבית משפט שלום, והערעורים בבית המשפט המחוזי. אולם, כאמור לעיל, מכיוון שאחד המאפיינים של תביעות ההשתקה הוא דרישה לסכום פיצוי מופרך, הן לעתים מופיעות בגלגול ראשון בבית המשפט המחוזי.<sup>126</sup> בכך נפתחת אפשרות עתידית סבירה שמקרה כזה יגיע לפתחו של בית המשפט העליון.<sup>127</sup> עם זאת מאחר שהליך ההתדיינות הוא ארוך ומתיש מבחינתו של הנתבע, ייתכן מאוד שלאחר התדיינות ארוכה והפסד בתביעה לרוב לא יוגש ערעור מטעם הנתבע, מחשש להפסד נוסף ומרצון לסיים את הסאגה. כמו כן חשוב לזכור כי שיעור גבוה מאוד של תביעות השתקה אינן מגיעות כלל לדיון משפטי משום שהן מסתיימות בפשרה עוד קודם לכן בשל לחצים גדולים המופעלים על הנתבע ובשל החשש מצדו מכניסה להליך משפטי מורכב. לפיכך הסקירה העובדתית הקצרה של תביעות ההשתקה שתובא להלן מתמקדת בפסקי דין של בתי משפט שלום ומחוזי ואינה מקיפה את כלל המקרים שעומדים בקריטריונים של תביעות SLAPP, שכן חלק ניכר מהמקרים חולפים "מתחת לרדאר", ללא תיעוד לבד, לעתים, מהתייחסות ברשת האינטרנט.<sup>128</sup>

הפרשה הידועה והפרדיגמטית ביותר היא ככל הנראה עניין מורגנשטרן.<sup>129</sup> דני מורגנשטרן הוא פעיל סביבתי ותיק שפעל שנים רבות למען הטמעת הליכי מחזור בישראל. פעילותו הובילה בין היתר לחקיקת חוק הפיקדון על מכלי משקה בשנת 1999.<sup>130</sup> מאז

126 לפי ס' 51(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, בית המשפט המחוזי דן בתביעות אזרחיות שסכום התביעה עולה בהן על 2.5 מיליון ש"ח.

127 בתביעת לשון הרע שהגישה תנועת "אם תרצו" נגד כמה צעירים שפתחו קבוצת פייסבוק בשם "אם תרצו – תנועה פשיסטית (אז יש)" דרשה התנועה כפיצוי סכום של 2.6 מיליון ש"ח. היו שסברו כי הסכום המדויק נועד לאפשר לתנועה לפתוח בהליך בבית המשפט המחוזי ולערער במידת הצורך לבית המשפט העליון. אכן, לאחרונה הגיעה הפרשה לבית המשפט העליון במסגרת ערעור שהגישו הנתבעים על גובה ההוצאות שנפסקו בבית המשפט המחוזי וערעור שהוגש כנגד, ועוררה שם לראשונה את שאלת תביעות ההשתקה (ראו הרחבה בפרק הסיכום): ת"א (מחוזי י-ם) 42868-05-10 אם תרצו – ציונות או לחדול נ' ילין (פורסם בנבו, 2.9.2013) (להלן: עניין אם תרצו); ע"א 2266/14 ילין נ' אם תרצו – ציונות או לחדול (פורסם בנבו, 15.7.2015) (להלן: עניין ילין).

128 לסקירה עובדתית מקיפה ראו את דו"ח האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 6. טרם תחילת המחקר פנתה האגודה לציבור בבקשה לשלוח דיווחים על איומים בהגשת תביעות, ולכן הצליחה למפות גם מקרים רבים שלא הגיעו לכדי פסק דין ואינם מצויים במאגרים משפטיים, וכן מקרים שלא נחשפו בתקשורת מתוך חשש להיחשף ונשלחו לאגודה בעילום שם.

129 ת"א (שלום י-ם) 5144-07 תאגיד איסוף מיכלי משקה בע"מ נ' מורגנשטרן (פורסם בנבו, 19.7.2012) (להלן ת"א מורגנשטרן); ע"א מורגנשטרן, לעיל ה"ש 118.

130 חוק הפיקדון על מכלי משקה, התשנ"ט-1999. החוק הסדיר את כל נושא מחזור הבקבוקים בישראל והיווה מהפכה של ממש בתחום איכות הסביבה. מורגנשטרן ניסח את אחת הטיוטות הראשונות לחוק וגם עסק בשתדלנות בשלבים המתקדמים של חקיקת החוק. בנוסף היה פעיל בשלל ארגונים חברתיים: חבר הנהלת חיים וסביבה, ארגון הגג של ארגוני הסביבה; חבר המועצה הלאומית לאיכות הסביבה; חבר בהתנדבות בהנהלת המועצה הלאומית למניעת רעש וזיהום אוויר ובוועד המנהל של עמותת ישראל בשביל האופניים. אמיר זיו "חתיכת מושקת" כלכליסט 21.3.2013, זמין ב- [www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3598398,00.html](http://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3598398,00.html)



חקיקת החוק הלין מורגנשטרן על יישומו בפועל וניהל מאבק ציבורי ותקשורתי ארוך נגד תאגיד המחזור אל"ה, אשר הוסמך בחוק לבצע את הוראותיו. בשנת 2007 הגיש נגדו התאגיד תביעה נזיקית בגין לשון הרע על סך חצי מיליון ש"ח בשל כמה ראיונות בתקשורת שבהם התבטא נגד התאגיד.<sup>131</sup> בדיון בבית משפט השלום הדגיש מורגנשטרן כי מדובר במאבק שניהל במשך כמעט שבע שנים, וביקש לבחון את התבטאויותיו על רקע מכלול האירועים, הראיונות והעימותים שניהל בנושא בתקשורת. כמו כן הדגיש מורגנשטרן כי מדובר בנושא בעל עניין ציבורי חשוב, וכי רבות מטענותיו בנוגע להתנהלות התאגיד התגלו, לדבריו, כנכונות, ולאור זאת סופג התאגיד ביקורת מגורמים שונים.<sup>132</sup> אולם השופטת ליפשיץ-פריבס קבעה כי הגם שמדובר בביקורת לגיטימית על גוף ציבורי, אופן השמעתה הפוגעני מקנה לתאגיד זכות לסעד. לפיכך חויב מורגנשטרן בפיצוי של 90,000 ש"ח בגין שני פרסומים (מתוך חמישה) שבעניינם נתקבלה התביעה, ובתשלום של 25,000 ש"ח הוצאות משפט לתובעת.<sup>133</sup>

בשלב זה היה צפוי כי מורגנשטרן יוותר, שכן נגרם לו נזק כספי עצום, וערעור היה דורש ממנו הוצאות כספיות ותעצומות נפש נוספות. כל זאת למען מטרה ציבורית שהאינטרס האישי שלו בה הוא כמעט אפסי. אולם מורגנשטרן קיבל ייצוג חינומי מטעם הקליניקה לצדק סביבתי באוניברסיטת תל-אביב, וערער לבית המשפט המחוזי. בפברואר 2013 כשש שנים לאחר הגשת התביעה קיבל הרכב של שלושה שופטים את ערעורו של מורגנשטרן באשר לפרסום אחד, והותיר על כנה את הקביעה באשר לפרסום השני. עם זאת פסק הדין עמד על כמה הבהרות מהותיות: ראשית, כי ההתבטאויות הן חלק ממאבק ציבורי לגיטימי בעל חשיבות רבה, וכי בדברי הביקורת של מורגנשטרן יש טעם וצדק; שנית, כי מורגנשטרן פעל מתוך רצון לשנות מדיניות לטובת הכלל ולא למטרת פגיעה בתאגיד המחזור; שלישית, והחשוב מכול, כי "לא ניתן להתעלם מן הרושם לפיו המשיבה סימנה לה למטרה להשתיק את המערער".<sup>134</sup> לאור האמור הפחיתו השופטים את הסכום שבו חויב מורגנשטרן ל-10,000 ש"ח ומנגד חייבו את תאגיד המחזור בתשלום של 45,000 ש"ח הוצאות משפט בגין שני ההליכים, בנימוק ש"המערער נגרר לניהול משפט ארוך וממושך בשל היקף התביעה הבלתי מוצדק".<sup>135</sup> לכאורה, מדובר בניצחון – שכן בסופו של דבר קיבל מורגנשטרן פיצוי בסך 35,000 ש"ח, אולם בפועל הסכום אינו מכסה את שנות הנזק הכספי שנגרם לו. מלבד

131 בין היתר כינה את התאגיד "נבוה ועריץ", "גזול את כספי הצרכן", "עושה הכל כדי להרוג את חוק הפיקדון" ו"בוגד באמון הציבור". ת"א מורגנשטרן, לעיל ה"ש 129, פס' 5-9 לפסק דינה של השופטת ליפשיץ-פריבס. לתביעה זו קדמה תביעת לשון הרע שהוגשה ב-2006, אז התנצל מורגנשטרן בפני החברה לאחר שיועצים משפטיים מארגון "אדם טבע ודין" המליצו לו לעשות כן כדי לא להיגרר להתדיינות ארוכה ומתישה. הסכם הפשרה חייב אותו שלא להתבטא עוד בנושא בציבור, אך מאחר שלא עמד בהתחייבות – הוגשה תביעה נוספת.

132 שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ליפשיץ-פריבס.

133 שם, פס' 86-88 לפסק דינה של השופטת ליפשיץ-פריבס.

134 ע"א מורגנשטרן, לעיל ה"ש 118, פס' 28 לפסק הדין.

135 שם, פס' 30 לפסק הדין.

זאת, אלמלא קיבל מורגנשטרן סיוע משפטי מטעם הקליניקה, ספק אם התוצאה הייתה דומה.<sup>136</sup>

כאמור, עניין מורגנשטרן מדגים את רובם המוחלט של מאפייני תביעות ההשתקה: מורגנשטרן נתבע בשל התבטאות בנושא הנוגע לאינטרס ציבורי מובהק; אף שהכוונה הסובייקטיבית של התובע אינה רלוונטית, מפסק הדין עולה בבירור כי הטלת אפקט מצנן על מורגנשטרן ופעילים סביבתיים אחרים הייתה מטרתו של התאגיד; סכום התביעה היה מופרז אף לדעת השופטים, והדבר תמרץ הטלת הוצאות משפט גבוהות על התאגיד; פערי הכוחות בין הצדדים היו בוודאי בולטים.

מקרה נוסף שהסתיים באמירה שיפוטית חמורה למדי בנוגע למהות התביעה והתנהלות התובע הוא עניין החברה לאוטומציה.<sup>137</sup> הפרשה עסקה בתביעה שהגישה החברה לאוטומציה<sup>138</sup> נגד יו"ר ועד העובדים שלה אריה גור, אשר הפיץ מכתב לעובדים בו כתב כי "החברה הולכת ומדרדרת [...] כתוצאה מניהול כושל של דירקטוריון שמורכב ממינויים פוליטיים". החברה לאוטומציה הגישה תביעה נזיקית בגין לשון הרע ותבעה פיצוי בסך 2.5 מיליון ש"ח.<sup>139</sup> בפסק דין חריף ביקר השופט סולברג את התנהלות החברה ודחה את התביעה בקבעו כי שתיים מהגנות תום הלב עומדות לזכות הנתבע, וכן כי גור הוכיח למעשה את נכונות הפרסום, ולכן עומדת לו גם הגנת אמת הפרסום. בבואו לדון בהוצאות המשפט התבטא השופט סולברג התבטאות יוצאת דופן נגד התנהלות התובעת והטיל ספק בדבר המניע האמתי של התביעה:

תביעת-סרק זו לא נועדה אלא לפגוע בנתבע ובתפקודו כיו"ר ועד העובדים. התובעת ביקשה להלך עליו אימים. ראיתיו בבית המשפט פוכר את אצבעותיו בדאגה, מוטרד וחושש, ולא בכדי. תביעה כספית על סך 2,500,100 ש"ח אינה דבר של מה בכך. התובעת ביקשה להתאנות לנתבע [...] התובעת לא ניהלה את המשפט בהגינות [...] גרמה לניהול הליכים ארוכים, יקרים ומיותרים [...] התביעה לא הייתה אלא כלי בידי התובעת במסגרת מאבקה נגד ועד העובדים.

לאור האמור פסק השופט סולברג הוצאות משפט בסך 200,000 ש"ח לזכות הנתבע – סכום חריג ויוצא דופן.<sup>140</sup>

136 או כמו שניסח זאת מורגנשטרן בעצמו: "נדרשת עלות אדירה, של כסף ומאמץ נפשי, כדי להוציא את הצדק לאור. 98% היו נשברים לפניי. אם אני, אחרי מאות מרתונים שרצתי בחיי, כמעט נשברתי, אחרים היו נשברים הרבה קודם". ראו "חתיכת מושתק", לעיל ה"ש 130; ראו גם את הסקירה של חן שידלובסקי – אשר השתתפה כסטודנטית בקליניקה שייצגה את מורגנשטרן – שהתייחסה ל"הצלחתו המסויגת של הערעור" בבלוג "הטרקלין": שידלובסקי, לעיל ה"ש 111.

137 עניין החברה לאוטומציה, לעיל ה"ש 118.

138 חברה הנמצאת בשליטת המדינה ומרכז השלטון המקומי.

139 עניין החברה לאוטומציה, לעיל ה"ש 118, פס' 1–3 לפסק דינו של השופט סולברג.

140 שם, פס' 15–27, 35–36 לפסק דינו של השופט סולברג. להרחבה על נושא הוצאות המשפט בהקשר של תביעות ההשתקה ראו בפרקים ה-1.

הערעורים בעניין מורגנשטרן ובעניין החברה לאוטומציה הם מקרים חריגים. מדובר, ככל הנראה, בשילוב של נסיבות עובדתיות קיצוניות שהעלו בבירור אינדיקציות לקיומן של מטרה זרה לתביעה עם מודעות שיפוטית גבוהה יחסית להשלכות האפשריות של תביעות השתקה. לעומת זאת במקרים אחרים מטרות ההשתקה במידה רבה הושגו – בין משום שהנתבע "נשבר" עוד טרם שלב ההכרעה השיפוטית ובין משום שהתובע הצליח להוכיח בסופו של דבר חלק ממרכיבי התביעה, גם אם חלק קטן מהם. בעניין בראזני<sup>141</sup> חברת קבלני פיתוח אשר יזמה הקמת פרויקט במבשרת ציון תבעה יותר ממיליון ש"ח מחבר המועצה המקומית שהתנגד לפרויקט ופעל נגד אישורו במועצה.<sup>142</sup> השופט שחם העניק לנתבע את הגנת תום הלב בקבעו כי מדובר בהבעת דעה. עם זאת אשר לפרסום אחד שבו השתמש הנתבע בביטוי "הון-שלטון" נקבע כי הביטוי הועלה כטענה עובדתית ולא כהבעת דעה, ולכן חויב הנתבע לשלם 35,000 ש"ח פיצוי ללא הוכחת נזק. חרף זאת ציין השופט כי בפועל נפסק סכום קטן בהרבה ממה שדרשה התובעת מלכתחילה, וכי "יש בכך כדי לעורר חשש כי בהגשת התביעה היה גם מניע הרתעתי, החורג מן התכלית ההרתעתית העומדת ביסוד דיני לשון הרע". בשל כך לא נפסקו הוצאות לטובת התובעת.<sup>143</sup> במקרה אחר תביעה על סך 4.8 מיליון ש"ח שהגישה החברה לפיתוח כפר ורדים נגד ראש ועד התושבים ביישוב הסתיימה בפשרה. כמתואר בפרוטוקול, הנתבע הגיע לבדו לבית המשפט ומולו ניצבו ארבעה עורכי דין מטעם החברה התובעת.<sup>144</sup> הצדדים הגיעו לפשרה מחוץ לאולם הדיונים, אשר ניתן לה תוקף של פסק דין, ובמסגרתה חויב הנתבע בפיצוי על סך 15,000 ש"ח לצד התחייבותו לא להחזיק בתפקיד ציבורי כלשהו ביישוב במשך שלוש שנים. אם יפר את סעיפי הסכם הפשרה, יפצה את החברה בפיצוי מוסכם בסך מיליון ש"ח ללא הוכחת נזק.<sup>145</sup> מהפער בין הפיצוי שנדרש הנתבע לשלם לבין הפיצוי המוסכם בגין החזקה עתידית נוספת בתפקיד ציבורי ניתן להניח שהמטרה המרכזית של התביעה הייתה להוציא לאלתר את הנתבע מהזירה הציבורית ולמנוע ממנו להמשיך ולהיות מעורב חברתית בעתיד, שכן מעורבות זו היא שגרמה את הנזק הממשי לנתבעת ולא ההתבטאויות הקודמות. ניתן גם להניח כי פערי הכוחות בפשרה השפיעו אף הם על תנאי הסכם הפשרה. כך למשל בעניין רוט<sup>146</sup> נתבע פעיל סביבתי בגין התבטאויותיו, שצוטטו בעיתון מקומי, נגד חברה העוסקת בפיתוח משאבי אנרגייה אשר התכוונה להתקין באזור מגוריו של אותו פעיל מתקן לסילוק פסולת. החברה דרשה פיצוי בסך מיליון ש"ח. את רוט ייצג בהתנדבות ארגון "אדם טבע ודין", ולבסוף נחתם הסכם פשרה בין הצדדים, שבמסגרתו כל צד נשא בהוצאותיו.<sup>147</sup> ספק

141 ת"א (שלום י-ם) 10827-09 י.ד. בראזני נכסים ובניין בע"מ נ' יורם (פורסם בנבו, 6.12.2011) (להלן: עניין בראזני).

142 בכמה פרסומים שהפיץ חבר המועצה לתושבים כינה הנתבע בין היתר את המיזם "מפלצת בטון" ו"מפלצת מגלומנית" ואת הקבלנים "כרישי נדל"ן תאבי בצע". שם, פס' 9, 34 לפסק דינו של השופט שחם.

143 שם, פס' 5, 20–22, 51 לפסק דינו של השופט שחם.

144 עניין צ'אושו, לעיל ה"ש 118.

145 שם.

146 עניין רוט, לעיל ה"ש 118.

147 שניידור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 26.

אם תנאי הפשרה היו זהים אם לא היה מקבל הנתבע ייצוג התנדבותי מארגון בעל ניסיון בתחום.

הסקירה לעיל, כאמור, אינה מקיפה את כלל המקרים שעשויים לשאת את מאפייני תביעות ההשתקה. עם זאת המקרים שהוצגו הם מקרים מייצגים המבססים את קיומה של התופעה ומצדיקים את בחינת השאלה אם למשפט הישראלי כלים שיכולים לספק לה מענה ראוי. בטרם אפנה לשאלה זו, אדון ברציונלים למיגור התופעה בהקשר הישראלי.

### 3. רציונלים למיגור תופעת תביעות ההשתקה בישראל

ההצדקות העומדות בבסיס הקריאה לפעול נגד תופעת תביעות השתקה זהות להצדקות שתוארו לעיל בפרק א.3. ישראל, כמו ארצות הברית, היא דמוקרטיה שחרטה על דגלה את ערכי חופש הביטוי כערך בסיס בחברה וזכות יסוד של כל פרט בה והכירה ב"קשר האמיץ" שבין חופש הביטוי לבין ההליך הדמוקרטי.<sup>148</sup> מלבד החשיבות של חופש הביטוי כזכות יסוד חוקתית המבטאת חלק מהאוטונומיה של הפרט,<sup>149</sup> הדגש בדוקטרינת ה-SLAPP הוא כאמור על חשיבותו של חופש הביטוי לאינטרס הציבורי, בייחוד משום שהדוקטרינה עוסקת בתביעות המוגשות נגד התבטאויות הנוגעות לעניין ציבורי או אינטרס ציבורי ולא לעניינו האישי של הנתבע. שמירה על חופש הביטוי בעניינים אלו מבטיחה דיון ציבורי בריא, "שוק דעות חופשי", אשר יסייע לאזרחי המדינה לגבש דעתם בסוגיות ציבוריות ולהבטחת ההליך הדמוקרטי התקין במדינה.<sup>150</sup> ההגנה על חופש הביטוי מאפשרת לגורמים שונים להעביר ביקורת ולהביא לשינוי חברתי בדרך של ביטוי ושכנוע מילולי שלא באמצעות שימוש באלימות, בהשתקה ובכוחניות.<sup>151</sup> בנוסף, אפקט מצנן שירתיע אזרחים מלהשתתף בשיח הציבורי עשוי לפגוע בהליך המנהלי התקין. אם הציבור ימנע מלהביא את עמדותיו בפני המנהל והרשויות, החלטות חשובות עשויות להתקבל מבלי לבחון את כלל השיקולים הרלוונטיים לעניין.<sup>152</sup> אם כן, אין להמעיט בחשיבות שבעריכת דיון ציבורי פתוח ונטול חשש, בייחוד בחברה הישראלית המקוטבת אשר מתמודדת עם מורכבויות רבות.<sup>153</sup>

אין להתעלם גם מהשיקול המוסדי כבד המשקל למניעת תביעות השתקה. ישראל, כמו ארצות הברית, סובלת זה מכבר מעומס כבד המוטל על מערכת המשפט.<sup>154</sup> לפיכך במקרים

148 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871, פס' א' לפסק דינו של השופט אגרנט (1953); אורי שנהר לשון הרע 19 (1997).

149 התפיסה היא כי חופש הביטוי היא זכות הנחוצה לאדם כדי להגשים, לטפח ולממש את עצמו ואת זהותו. ראו אהרן ברק "חוקי יסוד וערכי יסוד – חופש הביטוי ומגבלותיו" מבחר כתבים כרך א 509, 513–516 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000) (להלן: ברק "חופש הביטוי"); חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועד שנוור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 62 (2005).

150 שם, בעמ' 62–63, וההפניות הרבות המובאות שם בה"ש 123–124.

151 יובל קרניאל "חופש הביטוי באינטרנט" עלי משפט א 163, 167, 192 (2000).

152 שניידור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 45–46. הצדקה זו עולה במיוחד בהקשר של תביעות השתקה המוגשות בנושאים סביבתיים הנוגעים להליכי תכנון ובנייה.

153 ראו איל בנבנישתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל 29 (1999).

154 ראו הרחבה על כך להלן בפרק ה.3.

שבהם ניתן לערוך את הדיון בזירה הציבורית – בתקשורת, באינטרנט, בוועדות הכנסת וכדומה – כך עדיף, הן מבחינה מהותית הן מבחינה מוסדית.

## ה. מפת התמריצים להגשת תביעות השתקה במשפט הישראלי

בניתוח ההסדרים הרלוונטיים לתביעות השתקה במשפט הישראלי ניתן להבחין בהבדלים מהמצייר בתמונה שהוצגה בנוגע למשפט האמריקאי, בעיקר בנוגע לדין המהותי: הדין האמריקאי מעניק הגנה רחבה מאוד לחופש הביטוי ומעניק לו עדיפות על פני הזכות לשם טוב, ואילו הדין הישראלי עורך איזון עדין בין שתי הזכויות, מבלי לתת עדיפות ברורה לאחת מהן.<sup>155</sup> עם זאת אשר להסדרים הדיוניים ניתן למצוא נקודות דמיון רבות בין שתי שיטות המשפט לאורך שלבי ההתדיינות, המשפיעים על השאלה אם הדין מתמרץ תובעים לשימוש במשפט ככלי להשגת מטרות זרות.

### 1. הדין המהותי – "תיקו ערכי"<sup>156</sup>

חופש הביטוי קיבל מעמד של זכות יסוד במשפט הישראלי עוד בפסק הדין הידוע בעניין קול העם בשנות החמישים.<sup>157</sup> עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קיבלה הזכות לחופש הביטוי מעמד של זכות חוקתית על-חוקתית הנגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם.<sup>158</sup> אולם בדומה למרבית הזכויות החוקתיות, הובהר כי זכות זו אינה מוחלטת אלא יחסית, ולפיכך היא ניתנת להגבלה במסגרת איזון אל מול זכויות יסוד אחרות ואינטרסים מוגנים אחרים.<sup>159</sup> האיזון בין חופש הביטוי לזכות החוקתית לשם הטוב – זכות המעוגנת אף היא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואשר זוכה להגנה חוקתית רחבה בשיטתנו המשפטית<sup>160</sup> – מצוי בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 ובפסיקה אשר פירשה אותו.<sup>161</sup> שתי הזכויות מצויות למעשה ב"מתח בלתי פוסק",<sup>162</sup> שכן ככל שהגנה שתינתן לזכות האחת תהיה רחבה יותר, היקף ההגנה שתינתן לזכות השנייה יצטמצם. חוק איסור לשון הרע קובע כי לעוללת פרסום לשון הרע<sup>163</sup> שני יסודות: האחד, יסוד הפרסום. מאחר שהחוק מקיף כמעט כל צורה של העברת מסרים, אין קושי ממשי בביסוס

155 תמר גדרון "חופש הביטוי וחוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965 – נקודת איזון חדשה?" המשפט ה' 9, 11-10 (2000) (להלן: גדרון "חופש הביטוי").

156 כך כינתה זאת גדרון במאמרה "תיירות הדיבה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 451-453.

157 בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 148.

158 ראו קרמניצר, גנאים ושנור, לעיל ה"ש 149, בעמ' 64-68, ובעיקר ההפניות המובאות שם בה"ש 131-130.

159 ברק "חופש הביטוי", לעיל ה"ש 149, בעמ' 521-524.

160 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 857 (1989).

161 גדרון "חופש הביטוי", לעיל ה"ש 155.

162 שנהר, לעיל ה"ש 148, בעמ' 21.

163 החוק קובע גם עבירה פלילית של פרסום לשון הרע. ברשימה זו אתייחס רק לעוללה האזרחית, שכן הרוב המוחלט של תביעות ההשתקה שזוהו עד כה במשפט הישראלי התבססו על העוללה האזרחית ולא על הליך הקובלנה הפלילית, שהשימוש בו אינו נפוץ.

יסוד זה.<sup>164</sup> השני הוא לשון הרע.<sup>165</sup> הרף הנדרש להוכחתו הוא שהפרסום עלול לגרום לביזויו או להשפלתו של אדם, פגיעה במשרתו, הפיכתו למטרה לשנאה או ללעג. דהיינו, אין צורך בהוכחת מרכיבים אלו בפועל. לפיכך סיכוי התובע לבסס את יסודות העוולה הוא די גבוה. לרוב, נתבעי SLAPP הם אנשים מן היישוב שיש להם חלק במאבק ציבורי בזמנם הפנוי. פעמים רבות המאבק, רווי היצרים, מתפרס על פני זמן רב. מתוך כלל הפרסומים והפעילויות במסגרתו לא קשה למצוא התבטאויות שנויות במחלוקת, גם אם שוליות, שמצליחות לעמוד במבחן האובייקטיבי של החוק.<sup>166</sup> לפיכך האיזון בין הזכויות מוצא ביטוי בהגנות הקבועות בחוק. הראשונה היא הגנת "אמת בפרסום", הדורשת הוכחת שני יסודות מצטברים: אמתות הפרסום<sup>167</sup> ועניין ציבורי בפרסומו – עניין שידיעתו ברבים רלוונטית להגשמת מטרה ציבורית או שיש לציבור תועלת בידיעתו.<sup>168</sup> ההגנה השנייה היא הגנת תום הלב, הדורשת תום לב לצד קיום אחת הנסיבות המנויות בסעיף, כאשר הנסיבה הרלוונטית לרוב תביעות ההשתקה היא הבעת דעה בעניין ציבורי.<sup>169</sup> אף שהגנה זו אינה דורשת אמת בפרסום, קיימות שלוש חלופות המקימות לנתבע חזקת חוסר תום לב, שתיים מהן קשורות לחוסר אמתותו של הפרסום.<sup>170</sup> אם כן, לעומת הוכחת יסודות העבירה בידי התובע, הוכחת ההגנות בידי הנתבע איננה פשוטה כלל ועיקר. יש לציין כי הדין מאפשר לבית המשפט אף לפסוק לטובת התובע סכומי פיצוי גבוהים למדי ללא הוכחת נזק.<sup>171</sup> אשר לתובעים שהם אנשי ציבור או דמויות ציבוריות, הדין הישראלי לא אימץ את הלכת *New York Times* האמריקאית. איש ציבור התובע בגין פרסום לשון הרע בעניינו לא נדרש

164 ס' 2 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

165 שם, ס' 1.

166 עניינו של מבחן זה הוא כיצד אדם סביר היה מבין את הפרסום. ראו: ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך, פס' 83 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 8.2.2012).

167 בעניין פלוני (שם) נקבע בנוגע לפרסומים עיתונאיים כי די להוכיח שהפרסום שיקף את "האמת לשעתה" – האמת שהייתה ידועה בעת הפרסום (שם, פס' 91–92 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). להרחבה ראו: אלעד פלד "אופייה הראוי של ההגנה על פרסומי לשון הרע שגויים בכלי התקשורת – בעקבות ע"א 751/10 פלוני נ' דיין-אורבך" משפטים על אחר ה 23 (2013); בועז שנור "אמת, שקר ומה שביניהם – התפתחויות בדיני לשון הרע בשנת תשע"ב" דין ודברים ח 197 (2014). עוד יובהר, שאם לא הוכחה אמתותו של פרט לוואי בפרסום, הגנת "אמת בפרסום" לא תישלל.

168 ס' 14 לחוק איסור לשון הרע. להרחבה ראו עניין פלוני, לעיל ה"ש 166, פס' 89–90 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, המציין שבדין האמריקאי במסגרת הגנה זו הנטל מוטל על התובע להוכיח שאין אמת בפרסום, להבדיל מהדין הישראלי.

169 ס' 15(4) לחוק איסור לשון הרע.

170 שם, ס' 16(ב). חוסר תום הלב מתקיים לעניין הסעיף אם הפרסום לא היה אמת והוא לא האמין באמתותו, או אם הנתבע לא נקט לפני הפרסום אמצעים סבירים לברור אמתותו, או אם הנתבע התכוון לפגוע בערכים המוגנים בס' 15 במידה גדולה מהסביר.

171 ס' 7 לחוק איסור לשון הרע מאפשר לבית המשפט לחייב את הנתבע בפיצוי מרבי של 50,000 ש"ח ללא הוכחת נזק, ובמקרה שבו הוכח יסוד נפשי של כוונה – 100,000 ש"ח. בשנת 2011 הוגשה הצעת חוק שלפיה יוגדל סכום הפיצוי המרבי במסגרת הסעיף ל-300,000 ש"ח. ראו הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 10) (הרחבת סעדים), התשע"ב-2011, ה"ח הכנסת 22. להרחבה ראו תומר קרמרמן "שומר פיו ולשונו – שומר מצרות נפשו: פיצויים ללא הוכחת נזק בחוק איסור לשון הרע" משפטים מג 899 (2011).

לעמוד בסטנדרט הוכחה גבוה (כמו סטנדרט הזדון הממשי האמריקאי), ונטלי ההוכחה אינם משתנים על פי מעמד התובע. ההתייחסות המרכזית לסוגיה זו ניתנה בעניין אבנרי, שבה קבע השופט (כתוארו דאז) ברק כי יש לתת משקל רב לאינטרס הציבורי הטמון בביקורת על דמויות ציבוריות,<sup>172</sup> ולכן במקרים שבהם ההתנגשות בין הזכויות נוגעת לשמו הטוב של איש ציבור, יש לשקול מתן עדיפות לחופש הביטוי.<sup>173</sup> עם זאת יש קושי בהקבלת ההלכה האמריקאית לזו הישראלית. בניגוד להלכת *New York Times*, בעניין אבנרי לא נקבעה הגנה מהותית לפרסומים בדבר אנשי ציבור אלא רק ניתנה הנחיה להתוויית שיקול הדעת השיפוטי במקרים אלו. בנוסף, קשה לומר שההלכה מיושמת יישום אחיד; להפך – פעמים רבות תובעים שהם אנשי ציבור דווקא זוכים לאהדה נכרת של בתי המשפט בישראל.<sup>174</sup> לסיכום, נראה כי בניגוד לדין האמריקאי, אשר נקודת המוצא שלו היא הגנה מרבית מלכתחילה על חופש הביטוי, החוק והפסיקה הישראלים מחילים איזון בין שתי זכויות שוות מעמד, וקשה לומר מראש באילו מקרים תועדף זכות אחת על פני האחרת. באופן כללי, בתי משפט בארץ מחילים גישה אוהדת יחסית כלפי תובעים בתביעות לשון הרע, ללא קשר למעמדם, והדבר מוביל לעלייה במספר תביעות לשון הרע בישראל וכן לעלייה מתונה בסכומי הפיצויים הנפסקים בגינן.<sup>175</sup>

## 2. הדין הדיוני – פרשנות מצמצמת להסדרים דיוניים מרתיעים

כפי שאראה להלן, ההסדרים הדיוניים בישראל דומים במידה רבה להסדרים הדיוניים בארצות הברית, לבד מכלל הוצאות המשפט. המאפיין העיקרי הדומה בין שתי השיטות הוא החשיבות המוענקת לזכות הגישה לערכאות של התובע והחשש מאיון תביעות לגיטימיות והרתעת תובעים פוטנציאליים בעלי תביעה מוצדקת מפנייה לבית המשפט.<sup>176</sup> לפיכך הגם שקיימים בדין הישראלי הסדרים שנועדו להרתיע תביעות סרק ותביעות לא רצויות, השימוש בהם מצומצם. בשילוב עם הדין המהותי הנוח לתובעים בלשון הרע, נוצר למעשה כר פורה לתביעות השתקה, כמעט נטול סיכונים מבחינת התובע.

(א) פירוט העובדות העיקריות בכתב התביעה – להבדיל מסטנדרט הפירוט המלא תקנה 9 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 קובעת כי על כתב התביעה של התובע להכיל את העובדות העיקריות המהוות את עילת התובענה ותו לא. אין דרישה לפירוט מלא

172 עניין אבנרי, לעיל ה"ש 160, בעמ' 863.

173 שנהר, לעיל ה"ש 148, בעמ' 73. השיקולים המובאים לטובת העדפת חופש הביטוי במקרים אלו הם חשיבותה של ביקורת ציבורית על דמויות אלו, יכולתו של איש ציבור להגן על עצמו בשל חשיפתו המוגברת לאמצעי התקשורת ולציבור והנכונות המשתמעת והמפורשת של איש ציבור מלכתחילה לחשוף עצמו לביקורת מעצם תפקידו. ראו שם, בעמ' 69–72.

174 גדרון "תיירות הדיבה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 452–453, וראו ההפניות לפסקי הדין המובאות שם בה"ש 246. הפסיקה החשובה שהוסיפה להלכת אבנרי היא עניין אפל, שבה קבעה השופטת (כתוארה אז) ביניש כי יש לתת משקל נכבד (אם כי לא בהכרח מכריע) לחופש הביטוי כאשר הפרסום נוגע לדמות ציבורית, בקשר לעניין ציבורי, ובנסיבות שבהן התועלת הציבורית מהפרסום היא חשובה. ראו ע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, פס" 8 לפסק דינה של השופטת ביניש (2002).

175 גדרון "תיירות הדיבה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 461–463.

176 ראו ברק "זכות הגישה", לעיל ה"ש 46; טאוסיג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 146.

של העובדות, ושאר הדרישות בסעיף הן דרישות טכניות.<sup>177</sup> בהמשך לכך, תקנה 71 קובעת כי כתב הטענות יביא "עובדות מהותיות בלבד".<sup>178</sup> הפסיקה פירשה תקנה זו כמטילה חובה לנסח כתב טענות "תמציתי וקצר".<sup>179</sup> בשל נטלי ההוכחה המקלים של חוק איסור לשון הרע תובע בתביעת לשון הרע נדרש למעשה רק לציין בקצרה את העובדות המקימות את עילת לשון הרע, והוא אינו חייב להתייחס לשלילת הגנות כאלה או אחרות אשר לכאורה עומדות לנתבע, או להעלות טענות אחרות הנוגעות לפרסום.<sup>180</sup> מצב דברים זה מאפשר לתובע, בדומה למצב בדין האמריקאי טרם הלכת *Twombly* (אשר החמירה את דרישת הפירוט בכתבי הטענות),<sup>181</sup> לעבור במהרה ובקלות לחלק המהותי של המשפט מבלי להשקיע זמן או מומן בשלב המקדמי של הדיון ו"לגרור" עמו לשם את הנתבע. כפי שאראה מיד, לדרישות מקלות אלו יש השפעה אף על סוגיית סילוקן של תביעות על הסף.

### (ב) סילוק תביעות על הסף במקרים קיצוניים ויוצאי דופן בלבד

המונח "סילוק על הסף" בדין הישראלי מתייחס הן להליכי מחיקת תביעה הן להליכי דחייתה על הסף.<sup>182</sup> מחיקה מתאפשרת באחת מהנסיבות האלה: כתב התביעה אינו מראה עילה; תובענה טרדנית או קנטרנית; שוויו של נושא התביעה נשום בחסר והתובע לא תיקן את הכתב; אי-שלום אגרה מספקת בזמן.<sup>183</sup> דחייה מתאפשרת בנימוק של מעשה בית דין, חוסר סמכות או מכל נימוק אחר שלפיו השופט או הרשם סבורים שניתן לדחות את התובענה.<sup>184</sup> הפסיקה קבעה כי יש לפרש תקנות אלו "על דרך הצמצום ובוזהירות המרבית" מתוך חשש לפגוע בזכות הגישה לערכאותיו של התובע.<sup>185</sup> יישומה של פרשנות מצמצמת זו מתבטא בכך שתביעה תסולק על הסף רק במקרים קיצוניים ויוצאי דופן שבהם ברור שהתובע לא יזכה בסעד אותו הוא מבקש.<sup>186</sup> הגישה המקובלת היא ששימוש בתקנות

177 ס' 9(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984: "ואלה הפרטים שיכיל כתב תביעה, וחוזן מן האמור בתקנות להלן לא יכיל אלא פרטים אלה: [...] (5) העובדות העיקריות המהוות את עילת התובענה, ואימתי נולדה".

178 שם, תק' 71.

179 ת"א (מחוזי ת"א) 378/82 פלונית נ' עורך "ידיעות אחרונות", פ"מ התשמ"ג(2) 428, 432 (1983); שנהר, לעיל ה"ש 148, בעמ' 418. אמנם בשנות השמונים עלתה הצעה של הוועדה המייעצת לתקנות סדר הדין האזרחי לחייב את הצדדים להביא פירוט מלא של העובדות המהוות את עילת התביעה, בכדי לאפשר לבית המשפט לזהות בשלב מקדמי יחסית האם התביעה הינה תביעת סרק ובכך למנוע מהם להגיע אל החלק המהותי של המשפט – אך הצעה זו לא התקבלה. ראו טאוסיג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 135-136.

180 שנהר, לעיל ה"ש 148, בעמ' 422.

181 להרחבה ראו הפירוט לעיל בה"ש 50.

182 כאשר תביעה נמחקת, ניתן להגישה בשנית בעתיד. כאשר תביעה נדחת על הסף, מדובר במעשה בית דין ששולל את האפשרות לחדש את ההליך בעתיד. ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 376 (מהדורה אחת-עשרה, 2013).

183 תק' 100 לתקנות סדר הדין האזרחי.

184 שם, תק' 101.

185 שם; ע"א 8945/09 לוינ' נ' דיסקונט ישראל שוקי הון בע"מ, פס' 4 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 5.5.2011).

186 גורן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 375.



100–101 לתקנות סדר הדין האזרחי, המעגנות את הליכי המחיקה והדחיה על הסף, הוא בגדר מפלט אחרון, אמצעי הננקט בלידת בררה, שכן תמיד יש עדיפות לליבון המחלוקת המהותית ולא לסיום הסכסוך עוד בשלב הדיוני.<sup>187</sup> נוסף על תקנות 100–101, אשר מעגנות את עילות הסילוק והדחייה על הסף, לבית המשפט סמכות טבועה לסלק תובענה כאשר התנהלות אחד הצדדים מוגדרת שימוש לרעה בהליכי משפט.<sup>188</sup> גם כאן נקבע שהשימוש בסמכות זו ייעשה בנסיבות חריגות ויוצאות דופן בלבד, כגון ניצול לרעה בוטה של ההליך השיפוטי, ולזול חמור בהליכי המשפט או ניסיון זדוני להכשלתם.<sup>189</sup>

כאמור, מאחר שהנטל המוטל על התובע בביסוס טענותיו בכתב התביעה בכלל ובתביעת לשון הרע בפרט הוא קל מאוד, נדיר כי בשלב בקשת סילוק התביעה על הסף יוסק בבירור כי לתובע אין סיכוי לקבל את הסעד המבוקש. מאחר שבית המשפט נוטה אף לאפשר תיקון כתבי תביעה,<sup>190</sup> נראה כי מצב הדברים אינו מאפשר לבית המשפט לשמש "שומר סף" של מערכת המשפט ולמנוע מתביעות סרק או תביעות המנוצלות לרעה בידי התובע להגיע לשלב המהותי.<sup>191</sup>

על פי הסטנדרט האמור, לא נמצאה במסגרת מחקר זה נכון להיום אף תביעה אחת המתאימה למאפייני תביעות השתקה אשר סולקה מיד על הסף,<sup>192</sup> גם כאשר התובעים העלו טענה זו בפירוש.<sup>193</sup> סקירת פסקי הדין מראה בבירור כי בתי המשפט נצמדים להלכה בדבר פירוש מצמצם של הסדרי סילוקן של תביעות גם במקרים שבהם עולה חשש ממשי שהתובע משתמש בתביעה למטרה זרה. בעניין אור סיטי ציינה השופטת שבח כי הנזק שטענה לו התובעת, חברת נדל"ן, נגד עובדיה "תואר על דרך ההפרזה", כי "עיתוי הגשת

187 ע"א 50/89 ליטן נ' אילתה, פ"ד מה(4) 18, פס' 13 לפסק דינו של השופט לוי (1991). בנוגע לדחייה ננקט משנה זהירות, שכן תוצאתה היא כאמור חמורה יותר מבחינתו של התובע. ראו גורן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 386.

188 ע"א 2452/01 אורן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(1) 577, פס' 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2003).

189 בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל נ' שנפ, פס' 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 15.1.2007).

190 תק' 92 לתקנות סדר הדין האזרחי. ראו למשל ת"א (מחוזי י-ם) 2376-08 הוועידה לתביעות חומריות של יהודים נגד גרמניה נ' מרוז, פס' 7–11 להחלטתו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 30.6.2010).

191 טאסיג, לעיל ה"ש 40, בעמ' 138–139.

192 אסיג אמירה זו קלות בהתייחסות לעניין זילברמן, שבה סולקה תביעה של רוכשי דירות בפרויקט נדל"ן נגד החברה להגנת הטבע, שפעלה נגד הפרויקט (עתרה לבית המשפט העליון ועתירתה נתקבלה) והביאה לעצירתו בשל פגמים מנהליים שנפלו בהליך אישורו. הרוכשים ניסו לתבוע את החברה להגנת הטבע בגין עוולת הרשלנות, אולם השופטת קבעה כי "בנסיבות המקרה שבפניי, גם אם אנהג בזירות רבה ביותר, המסקנה המתבקשת היא כי יש להורות על סילוקה של התביעה על הסף עקב העדר עילה". ראו בש"א (מחוזי ת"א) 932/03 החברה להגנת הטבע נ' זילברמן, פס' 3 להחלטתה של השופטת קרת-מאיר (פורסם בנבו, 21.12.2005).

193 טענה מעניינת נוספת שהעלו נתבעים במסגרת בקשת סילוק על הסף בתביעה שמתאימה לכמה מאפייני SLAPP היא כי לרשות מקומית אין עילת תביעה בלשון הרע נגד תושב הרשות. הטענה התבססה על הלכה אנגלית. הטענה נדחתה הן בבית המשפט המחוזי הן בבקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. ראו ת"א לוח שלוש פלוס, לעיל ה"ש 118; רע"א 546/09 לוח שלוש פלוס בע"מ נ' עיריית רחובות (פורסם בנבו, 19.5.2009).

התביעה מחשיד", וכן כי הבחירה בסכום תביעה המאפשר לתובעת לפתוח את ההליך בבית המשפט המחוזי ללא כל פירוט בנוגע למרכיבי הנזק מרמזת כי התביעה נועדה לאלץ את התובעים "להוציא ממון רב, שאין להם, כדי לממן הגנה, ובכך לגרום להם להתייאש ולוותר על כל תביעותיהם". השופטת מציינת כי "רבים הסימנים" שמדובר בתביעה אסטרטגית שנועדה להשתיק את הנתבעים גם בשל פערי הכוחות בין הצדדים, אך קובעת כי מדובר רק בהתרשמות, ולכן אין מקום לסילוקה של התביעה.<sup>194</sup> בעניין בן הרוש, שם טענו עובדים של חברת הובלות כי החברה הגישה נגדם תביעת לשון הרע אך ורק כדי לאלצם לחדול ממאבק לשיפור זכויותיהם, קבעה השופטת נעים-דיבנר כי בהסתמך על כתב התביעה אי אפשר לקבוע כי לתובעים אין סיכוי לזכות בפיצוי, ולכן אין לסלק את התביעה בשלב זה.<sup>195</sup> בעניין ברקאי קבעה השופטת כהן כי אמנם יש למגר את התופעה שבמסגרתה נעשה שימוש בהגשת תביעות לשון הרע לצורך הפחדה והשתקה, אך בעובדה שהתובעת היא חברה בעלת אמצעים והנתבעת היא אישה שאמצעיה הכספיים דלים אין די כדי לבסס סילוק על הסף, שכן ייתכן שיוכח בהמשך שהאמור בכתב התביעה הוא אמת.<sup>196</sup> אותה השופטת קבעה, בנימוקים זהים, שלא לסלק את תביעת האחים עופר נגד העיתונאי מיקי רוזנטל, בהדגישה כי אי אפשר להצדיק סילוק תובענה על הסף בנימוק כי היא טורדנית או קנטרנית, בטרם נשמעו עדויות.<sup>197</sup> בעניין רוט הנידון לעיל קבעה השופטת פריאל כי יש קושי בהטלת איסור גורף על תביעות נגד פרסומי דעות בעניינים ציבוריים באמצעות סילוקן על הסף, וכי מוטב לבחון כל מקרה לגופו ולאפשר לתובע לקבל סעד אם נמצא כי הוא אכן נפגע. לדעת השופטת, אם אכן יתברר בסוף כי היה מדובר בתביעת סרק, יהיה ניתן לזכות את הנתבע בהוצאות הולמות.<sup>198</sup> נושא ההוצאות יידון בהמשך, עם זאת ראוי לציין כי השופטת מתעלמת בפסיקתה מהאפשרות שתביעת השתקה – אם לא תיעצר בשלב המקדמי – לא תגיע לשלב הסופי, שכן הנתבע "יכנע" לדרישות התובע ויחדול מפעילותו תמורת מחיקת התביעה בהסכמה.

בחלק מהדיונים התייחסו השופטים לטענות ה־SLAPP שהעלו הנתבעים וניסו בשלב ראשון לבחון אותן בהקשר של דוקטרינות הסילוק הישראליות. בעניין מידן התייחס השופט צימרמן לטענת ה־SLAPP שהעלה הנתבע וקבע שהטענה נעדרת כוח משפטי, שכן הנתבע לא הורתע בפועל והגיע לשלב הדיון המשפטי. מלבד זאת קבע השופט שאין לטעון השפעה ממשית על תוצאת ההליך, שכן אם בתביעה אין ממש, כפי שטוען הנתבע – היא

194 עניין אור-סיטי, לעיל ה"ש 118, פס' 2 לפסק דינה של השופטת שבח.

195 ס"ע (אזורי חי') 26523-12-09 הסדרות העובדים הלאומית בישראל נ' בן הרוש, פס' 8-10 להחלטת השופטת נעים-דיבנר (פורסם בנוב, 30.12.2010). השופטת מתייחסת לדוקטרינה האמריקאית וטוענת כי גם לפיה, כל עוד התובע מבסס יסוד סביר להצליח בתביעה, התביעה אינה מסולקת על הסף. הניתוח אינו מדויק, שכן הפסיקה האמריקאית מפרשת בחומרה יחסית את התנאי הזה ואינה מסתפקת רק בעובדות של כתב התביעה, כמו המצב כיום בישראל. מלבד זאת מובן שהנטל להוכחת יסוד סביר להצלחה בתביעה בארצות הברית הוא כבד בהרבה מהנטל בישראל בשל ההבדלים בדין המהותי, ולכן ספק אם ניתן להשתמש בהשוואה זו באופן הזה.

196 עניין ברקאי, לעיל ה"ש 118, פס' 11 להחלטתה של השופטת כהן.

197 עניין רוזנטל, לעיל ה"ש 119, פס' 7 להחלטתה של השופטת כהן.

198 עניין רוט, לעיל ה"ש 118, פס' 9 להחלטתה של השופטת פריאל.

תידחה, והנתבע לא יאלץ לשלם פיצוי.<sup>199</sup> נראה שהשופט מתייחס למעשה לשאלה אם הנתבע הושחק בפועל – שאלה שכאמור אינה רלוונטית לשאלת תביעות ההשתקה. גם אם הנתבע הספציפי הצליח "לעמוד" באיום והמשיך בהליך המשפטי, אין זה אומר שהאפקט המצנן שעלול לצמוח מהתביעה נוטרל כלפי אותו נתבע בעתיד או כלפי נתבעים פוטנציאליים. בנוסף, הטיעון שלפיו אם מדובר בתביעת סרק זו תכשיל עצמה במהלך ההליך המשפטי מתעלם מסוגיית הלחץ המופעל על הנתבע מבחינה כלכלית ונפשית, ומכך שאף אם יינתן פסק דין לטובת הנתבע, הדבר לא בהכרח ימנע השלכות שליליות עקיפות. המקרה שבו נותחה הדוקטרינה האמריקאית באופן המעמיק ביותר עד כה הוא עניין עוזיהו, שם נתבע יו"ר עמותת "תל גיבורים" בידי חברה העוסקת בייצור דבקים בגין פרסומים שהפיצה העמותה באזור המפעל הנוגעים בעיקר למפגעים סביבתיים שהוא גורם. החברה דרשה פיצוי בסך 1.2 מיליון ש"ח.<sup>200</sup> הנתבעים הגישו בקשה לסילוק התביעה על הסף בהתבסס על דוקטרינת ה-SLAPP. השופטת מארק-הורנצ'יק התייחסה בהרחבה יחסית לדוקטרינה ולמאפייניה, אימצה את מבחן "שלושת השלבים" האמריקאי (כוונתה הייתה להלכת *POME*)<sup>201</sup> ויישמה אותו בעובדות המקרה. טרם ניגשה לשלושת השלבים בחנה השופטת אם הנתבעים הרימו את הנטל הראשוני. כזכור, על פי הלכת *POME*, על הנתבע להוכיח כי הביטוי שבגינו הוא נתבע חוסה תחת ההגנה החוקתית. אם הוכיח זאת, נטל ההוכחה עובר לתובע להוכיח שאין מדובר בתביעת SLAPP. השופטת קבעה כי "המבקשים לא שכנעו [...] כי יש בתביעה זו כדי לגרום להם לחדול ממאבק ציבורי לגיטימי, ועל כן אין לומר כי מתקיימים בענייננו מאפייניה של תביעת SLAPP". בקביעתה הסתמכה השופטת על העובדה שיור"ר העמותה אישר בעדותו כי לא נגרם לעמותה נזק בעקבות הגשת התביעה, וכי היא אינה נסוגה מעמדתה ומטענותיה.<sup>202</sup> בכל הכבוד הראוי, נראה לי כי הנמקה זו אינה מיישמת במדויק את הלכת *POME*, שכן ההתייחסות לשאלת ההשתקה הסובייקטיבית אינה רלוונטית; השאלה שצריכה להישאל היא אם יש חשש ליצירת אפקט מצנן גם כלפי נתבעים פוטנציאליים. כן, אין צורך להוכיח כי התביעה הצליחה לא מכבר לסכל את המאבק הציבורי אלא רק לבחון אם הביטוי הוא חלק ממאבק ציבורי לגיטימי ששיטת המשפט מבקשת להגן עליו. עניין נוסף שבו ניתנה התייחסות לדוקטרינת ה-SLAPP הוא עניין מרוז, שבו קבע השופט סולברג כי הדין הישראלי אינו מכיר בדוקטרינת ה-SLAPP האמריקאית אך גרס כי אין בה צורך, שכן במקרים של תביעות סרק ניתן להשתמש בסילוק בנימוק של תביעה קנטרנית או טורדנית. עם זאת הדגיש השופט סולברג כי במשפטנו נקודת המוצא היא שאין לשלול מאדם את נזקיו, לרבות נזקי דיבה, וקובע כי התביעה לא תסולק.<sup>203</sup>

199 ת"א (שלום ת"א) 8895-07-12 אטום מדיה און ליין בע"מ נ' מידן, פס' 72 להחלטתו של השופט צימרמן (פורסם בנבו, 23.11.2012).

200 עניין עוזיהו, לעיל ה"ש 118, פס' 4 להחלטתה של השופטת מארק-הורנצ'יק.

201 הלכת ה-Anti-SLAPP שנקבעה בבית המשפט העליון של מדינת קולורדו בעניין *POME*, לעיל ה"ש 39.

202 עניין עוזיהו, לעיל ה"ש 118, פס' 13-16 להחלטתה של השופטת מארק-הורנצ'יק.

203 עניין מרוז, לעיל ה"ש 190, פס' 4 להחלטתו של השופט סולברג.

המקרה היחיד שבו סולקה תביעת השתקה על הסף עד כה הוא בעניין דומב.<sup>204</sup> אולם גם שם סולקה התביעה לאחר הליכים שנמשכו ארבע שנים תמימות.<sup>205</sup> באותו עניין הגיש אהרן דומב, דובר ומזכ"ל מועצת יש"ע לשעבר, תביעה נגד אלדד יניב, שמואל הספרי וגדי טאוב שבה טען כי ספרון פוליטי שהם הפיצו, שכותרתו "השמאל הלאומי", מכיל דברי לשון הרע בנוגע אליו.<sup>206</sup> בדיון בבית משפט השלום בירושלים חזרו הנתבעים על הטענה כי יש לדחות את התביעה על הסף, שכן מדובר בתביעת השתקה מסוכנת.<sup>207</sup> בפסק דין פורץ דרך בתחום תביעות ההשתקה בישראל, דחתה השופטת בר-אשר צבן את התביעה על הסף ועמדה על כמה נקודות קריטיות: ראשית היא הבהירה כי העובדה שביית המשפט דחה בעבר את הבקשה לסילוק התביעה אינה יוצרת מעשה בית דין, ולפיכך אין מניעה לשנות את ההחלטה; שנית היא עמדה על כך שיש לבחון את הספרון כמכלול, בשונה מבחינת היגדים מנותקי הקשר, וקבעה כי בשל היות הספרון מתייחס לקבוצות שונות בחברה הישראלית ומשתמש לכל אורכו בלשון בוטה ומשתלחת, הטענה בדבר לשון הרע נחלשת; שלישיית הגדירה השופטת את סגנון הכתיבה בספרות "כתיבה פוליטית מובהקת, המובאת בסגנון ספרותי בוטה, מתריס ומתגרה" אשר ברור לכול שנועד להמחיש עמדה פוליטית ולא לקבוע עובדות; רביעית עמדה השופטת בהרחבה על הטעמים להעדפת חופש הביטוי על פני הזכות לשם טוב בפרסום בעל אופי פוליטי מובהק כאשר התובע הוא דמות ציבורית שעסקה בפעילות ציבורית. בין היתר התייחסה השופטת לצורך בסובלנות כלפי דעות מנוגדות, הגם שהן מקוממות. לאור כל האמור נקבע שאין בפרסום משום הוצאת לשון הרע על התובע. על אף הפסיקה המנומקת, אשר כללה התייחסות נרחבת לסכנה הנשקפת לשיג ושיח הציבורי מפני תביעות לשון הרע מהסוג דנן, ציינה השופטת בסוף כי אינה נדרשת לאופן שבו על בית המשפט לטפל בתופעה אלא מתייחסת רק לסכסוך הספציפי.<sup>208</sup> אולם בשל אמירותיה החשובות של השופטת בר-אשר צבן אין להמעיט בערכו של פסק דין זה.

זמן קצר לפני ירידתו של מאמר זה לדפוס, נהפך פסק דינה של השופטת בר-אשר צבן בערעור בבית המשפט המחוזי ונקבע שבפרסום יש משום לשון הרע, "גם בהינתן אופיו של הטקסט". דהיינו, השופטים בבית המשפט המחוזי סירבו לקבל את הנמקתה של השופטת בר-אשר צבן, שלפיה האופי הפוליטי של הטקסט מחייב התייחסות שונה.

204 ת"א (שלום י-ם) 16170-03-11 דומב נ' יניב (פורסם בנבו, 11.11.2014). כפי שצויין להלן, קביעה תקדימית זו נהפכה בערעור בבית המשפט המחוזי. ראו ע"א (מחוזי י-ם) 60587-12-14 דומב נ' יניב (פורסם בנבו, 21.7.2015).

205 ראו פירוט ההליכים הרבים שהתקיימו טרם סילוק התביעה שם, פס' 2–6 לפסק דינה של השופטת בר-אשר צבן.

206 התביעה התייחסה להיגדים רבים שהובאו בספר אך צומצמה לכמה אמירות, ובהן אלה: "ואפילו לא משלמים להם שכר מינימום. כי הם סתם ערבושים"; "החוק הישראלי לא חל עליהם ואם חל, מי אוכף?"; "כבר שנים שהמתנחלים גורמים לנו לבנות את המדינה הפלשתינאית שתקום – על חשבוננו"; "אם זה תלוי בדומפה, ולרשטיין, זמביש ושות', הפלשתינאים יקבלו אזרחות, זכות הצבעה ואת המפתחות למדינה". שם, פס' 9 לפסק דינה של השופטת בר-אשר צבן.

207 שם, פס' 11–14 לפסק דינה של השופטת בר-אשר צבן.

208 שם, פס' 25, 38–39, 41, 49–51, 53–55 לפסק דינה של השופטת בר-אשר צבן.

לסיכום, נראה כי סילוק של תביעות לשון הרע במשפט הישראלי מתרחש רק במקרים קיצוניים שבהם התביעה אכן אינה מגלה עילה<sup>209</sup> או במקרים נדירים ביותר שבהם כתב התביעה לא עמד בנטל הנדרש, דהיינו לא ציין בדיוק מהו הפרסום שמהווה לשון הרע.<sup>210</sup> מצב דברים זה מנטרל למעשה את השימוש בתרופה הטובה ביותר למחלת ה-SLAPP ומונע מהנתבע לעצור את גלגול התביעה לפני שמטרת ההשתקה צולחת.

### (ג) גילוי ראיות – כלל רחב הכפוף לאיזונים

לאחר סיום הדיון בבקשת סילוק התביעה על הסף (שלרוב כאמור מסתיים בדחיית הבקשה) עוברים הצדדים לשלב הגילוי המוקדם – שבו מגישים הצדדים בקשות למילוי שאלונים ולגילוי מסמכים.<sup>211</sup> כמו ההליך האמריקאי, גם הליך הגילוי בסדר הדין האזרחי נועד בראש ובראשונה לחשוף את העובדות הרלוונטיות לשם בירור האמת בהליך המשפט העיקרי, ולכן נקודת המוצא היא כלל גילוי ראיות מרבי ורחב ככל הניתן.<sup>212</sup> בית המשפט רשאי להורות על גילוי מסמכים "ביחס לכל עניין השנוי במחלוקת הכלול בהם".<sup>213</sup> עם זאת הסמכות הרחבה מחייבת שימוש זהיר. הפסיקה הכירה בכך שקיימים גם שיקולים נוספים על החתירה לאמת, לרבות החשש מהכבדת יתר על אחד הצדדים. לפיכך בית המשפט יאפשר שאילת שאלות הרלוונטיות לעניין הנדון בלבד<sup>214</sup> באופן שיאפשר דיון הוגן בתביעה.<sup>215</sup> לרוב הסתייגות מכלל הגילוי הרחב תתרחש במקרים שבהם קיים קושי טכני בגילוי החומר המבוקש, או שגילוי המידע המבוקש יפגע באחד הצדדים.<sup>216</sup> כמו כן בית המשפט רשאי

209 ראו ע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 734, 734-738 (1986). הפרשה עסקה בשאלה אם ייחוס שיתוף פעולה עם מדינת ישראל לאדם יכול להיחשב לשון הרע. השופטים ענו לשאלה זו בשלילה, ולכן התביעה נמחקה. עם זאת מדובר במקרה נדיר ומורכב. רוב תביעות ההשתקה אינן עוסקות בפרסומים מורכבים אלא בפרסומים שסביר שעל פי מבחן אובייקטיבי ייחשבו לשון הרע.

210 שנהר, לעיל ה"ש 148, בעמ' 428. אפשרות נוספת היא סילוק תביעה כאשר כתב התביעה מגלה על פני הדברים הגנה שעומדת לנתבע. אולם מדובר לרוב בהגנות על פי ס' 13 לחוק איסור לשון הרע, המגדיר אילו פרסומים לא יהוו עילת תביעה. יתר על כן, השימוש באפשרות זו עולה רק כאשר כתב התביעה עצמו מראה את ההגנה. לתובע אין כל אינטרס בחשיפת ההגנות, ועל פי דין אינו מחויב לפרט יותר מן העובדות העיקריות, ולכן השימוש באפשרות זו מועט ביותר. ראו שם, בעמ' 429-431 ופסקי הדין המובאים שם.

211 פרק ט לתקנות סדר הדין האזרחי. זאת, בניגוד להליך הגילוי בארצות הברית שכולל גביית עדות מוקדמת באמצעות שיטת התצהירים (Depositions), שאינו דומה כלל למתן תשובות לשאלונים ומצריך הוצאות רבות יותר מהצדדים.

212 אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" משפט ועסקים ז 75, 94-95 (2007); גורן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 251.

213 שם, בעמ' 254.

214 שנהר, לעיל ה"ש 148, בעמ' 437; קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 212, בעמ' 95.

215 גורן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 254. כלל ההגינות מעוגן גם בתקנה 120 לתקנות סדר הדין האזרחי, הקובעת כי בית משפט לא ייתן צו לגילוי מסמכים או לעיון בהם אלא אם "היה סבור שיש צורך בכך כדי לאפשר דיון הוגן".

216 שנהר, לעיל ה"ש 148, בעמ' 438-439, וההפניות המובאות אצל שניידור, לעיל ה"ש 6, ה"ש 147-148 שם.

שלא לאשר בקשה לגילוי מסמכים אם היא אינה סבירה ועלולה להכביד על בעל הדין ולהטיל עליו עול לא מוצדק.<sup>217</sup>

יש לציין כי בשל הרצון למנוע הכבדת יתר על הצדדים ועל המערכת, עלו בעבר תהיות אם הליך השאלונים גורם נזק להליך העיקרי יותר משהוא מביא לו תועלת. בדוח הוועדה לבחינת דרכי ייעול ההליכים המשפטיים (ועדת רונן)<sup>218</sup> הוצע לבטל כליל את הליך השאלונים (למעט בתביעות לפיצויים בשל נזקי גוף), שכן התשובות לשאלונים הן במקרים רבים לא מספקות, וקיום ההליך מייצר למעשה הליכי ביניים בנוגע לשאלון עצמו, המסרבלים את ההליך.<sup>219</sup>

#### (ד) הוצאות משפט – כלל "המפסיד משלם" והלכת תנובה

תקנה 511 לתקנות סדר הדין האזרחי מסמיכה את בית המשפט להטיל על אחד הצדדים "הוצאות" – סכום הכולל הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין.<sup>220</sup> אף שהתקנה מותירה שיקול דעת לבית המשפט להחליט על איזה בעל דין להטיל הוצאות, ככלל שיטת המשפט הישראלית נוקטת את הכלל האנגלי שלפיו המפסיד במשפט נושא הן בהוצאותיו הן בהוצאות הצד המנצח, ורק בנסיבות מיוחדות יש חריגה מכך.<sup>221</sup> במסגרת שיקול הדעת השיפוטי בפסיקת הוצאות יש להתחשב במורכבות התביעה, ביחס שבין הסעד הנדרש לבין הסעד שנפסק, בסכום שכר הטרחה של עורך הדין, בחשיבות העניין הנדון לבעלי הדין ולאינטרס הציבורי וכן בדרך שבה פעלו בעלי הדין במסגרת ההליך,<sup>222</sup> לרבות מידת תום הלב שבה פעלו.<sup>223</sup>

עד שנת 2005 לא היה ברור מהי נקודת המוצא לפסיקת הוצאות ומה אופיו של חיוב ההוצאות. בעניין פלוני הביע הנשיא ברק את העמדה שפסיקת הוצאות היא חיוב נזיקי המגשים את הזכות המהותית של הזוכה בתביעה לפיצוי, ולכן עליה להיות מונחית על ידי עקרון השבת המצב לקדמותו.<sup>224</sup> כיום שיקול הדעת השיפוטי בפסיקת הוצאות מונחה על

217 רע"א 6715/05 מחסני ערובה נאמן בע"מ נ' אייזנברג, פ"ד ס(3) 264, פס' 6 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (2005). גם שיקולים חוקתיים יכולים להשפיע על בקשת גילוי. בעניין אבנרי, לעיל ה"ש 160, קובע השופט (כתוארו אז) ברק כי את פרשנותן של תקנות סדר הדין האזרחי יש לעשות על פי תכלית החוק ועל פי האיזון החוקתי בין הערכים המתנגשים. במסגרת ניתוח זה הרחיב ברק בעניין שיקולים הנוגעים לחופש הביטוי, ובעיקר חופש הביטוי בעניינים הנוגעים לאינטרס הציבורי. ראו שם, פס' 24, 34 לפסק דינו של השופט ברק.

218 וועדה מונתה בשנת 2007 בידי מנהל בתי המשפט כדי לבחון דרכים לשיפור ההליך המשפטי וייעולו. בראש הוועדה עמדה השופטת רות רונן. הוועדה פרסמה את מסקנותיה והמלצותיה ביוני 2008. ראו הוועדה לבחינת דרכי ייעול ההליכים המשפטיים דו"ח הוועדה (2008) (להלן: ועדת רונן).

219 שם, בעמ' 11. הצעת התיקון מצויה בנספח ז לדו"ח.

220 תק' 511 לתקנות סדר הדין האזרחי.

221 וינשל-מרגל וטרבולוס, לעיל ה"ש 65, בעמ' 6; ע"א 1894/90 פלאטו-שרון נ' אסולין, פס' 12 לפסק דינו של השופט מצא (1992); גורן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 722.

222 שם, בעמ' 727-728; תק' 512 לתקנות סדר הדין האזרחי.

223 רע"א 4370/07 הרן נ' חברת נתיבי איילון בע"מ, פס' (8) להחלטתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 20.11.2007).

224 ל"ע 663/90 פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, פס' 1-2 לפסק דינו של השופט ברק (1993).

ידי הלכת תנובה, שבה נקבעה אמת המידה של הוצאות ראליות סבירות, הכרחיות ומידתיות.<sup>225</sup> הרשם (כתוארו אז) מרזל, אשר דן בשאלה אם יש לפסוק הוצאות ראליות, מינימליות או סבירות, עמד על כך שחיוב ההוצאות הוא חיוב "היברידי" – לא נזיקי במובהק וגם לא עונשי במובהק.<sup>226</sup> היות שתכלית פסיקת ההוצאות מאזנת בין זכות הגישה לערכאות לבין עקרון השוויון בין בעלי הדין ושיקולים מוסדיים – ובהם מניעת תביעות סרק – קבע הרשם מרזל כי יש לשלב בין גישת ההוצאות הראליות לגישת ההוצאות הסבירות.<sup>227</sup> לפיכך נקבעה נקודת המוצא של פסיקת הוצאות ראליות, בכפוף לשאלה אם הן היו פרופורציונליות להליך ולמהותו.<sup>228</sup>

אם כן, נראה כי בדין הישראלי, שלא כמו בדין האמריקאי, קיים בסיס לשימוש בפסיקת הוצאות ככלי להרתעת תובעי SLAPP. עם זאת הדבר דורש מתן דגש ועדיפות לרכיב הראלי על פני רכיב הסבירות. אולם בסקירת הפסיקה קשה למצוא קו אחיד בפסיקת ההוצאות. בחלק מהמקרים, למשל בעניין החברה לאוטומציה ובעניין דומב,<sup>229</sup> אכן נעשתה העדפה שכזו, אך ביתר המקרים מושם הדגש באיזונים שבאו לידי ביטוי בעניין תנובה ובשאלת הסבירות וההכרחיות של שיעור ההוצאות.<sup>230</sup>

יש לציין גם כי אף שתקנות סדר הדין האזרחי אינן מעגנות הליך של הטלת סנקציה של הוצאות אישיות על עורך דינו של התובע, בדומה לכלל 100 בסדרי הדין האמריקאיים, לבית

225 בג"ץ 891/05 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' הרשות המוסכמת למתן רשימות יבוא – משרד התעשייה והמסחר, פ"ד ס(1) 600, פס' 19 לפסק דינו של הרשם (כתוארו אז) מרזל (2005).

226 שם, פס' 14–15 לפסק דינו של הרשם מרזל.

227 שם, פס' 16–18 לפסק דינו של הרשם מרזל.

228 שם, פס' 19 לפסק דינו של הרשם מרזל.

229 עניין החברה לאוטומציה, לעיל ה"ש 118; עניין דומב, לעיל ה"ש 204.

230 ראו למשל את פסיקת ההוצאות בעניין רוזנטל, לעיל ה"ש 119 – פרשה שמיישמת כמעט לחלוטין את כלל מאפייני תביעת ההשתקה. לאחר כמה שנים של התדיינות ולהן ציבורי על האחים עופר למחוק את תביעתם נגד רוזנטל (שהפיק סרט תיעודי שהתמקד בעסקי משפחת עופר והעלה טענות קשות בדבר קשרי הון-שלטון), נמחקה התביעה בהסכמה. רוזנטל, שניהל מאבק ארוך ומתיש למען הקרנת הסרט, ביקש החזר הוצאות ראליות בסך מאות אלפי שקלים, אולם לבסוף נפסקו לו הוצאות בסך 40 אלף ש"ח. ספק אם לסכום זה – גבוה ככל שיהיה – יש ממד הרתעתי של ממש, שכן אין מדובר בנטל כלכלי כבד על תובעים בעלי "כיס עמוק" כדוגמת האחים עופר. ראו גם בג"ץ 5098/08 פלביאן נ' מדינת ישראל – משרד החינוך (פורסם בנבו, 14.12.2008); ע"א 2076/09 ח.י בלאושייין בניין והשקעות בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, פס' 33–35 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 2.9.2010); בג"ץ 10357/04 קיבוץ נחשולים נ' שר הרווחה, פס' 14 להחלטתו של הרשם שני (פורסם בנבו, 3.5.2010); ת"א (מחוזי חי') 732/01 לוי נ' חיפה כימיקלים בע"מ (פורסם בנבו, 9.2.2014); ת"א (מחוזי מר') 5542-08-07 אמנונים חברה לעבודות עפר בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 7.3.2013). ראוי לציין כי בקרוב עתיד להתפרסם מחקר אמפירי של הרשות השופטת בעניין הוצאות משפט בהליכים אזרחיים, אשר עשוי לשפוך אור על הסוגיה ולקבוע אם נטייתם המובהקת של בתי המשפט היא לטובת פסיקת הוצאות ראליות או לטובת פסיקת הוצאות סבירות והכרחיות.

המשפט סמכות טבועה להטיל חיוב אישי שכזה. אולם השימוש בהליך מעין-עונשי זה הוא חריג וייעשה אך ורק כאשר אי אפשר להימנע ממנו בשימוש באמצעים חלופיים.<sup>231</sup>

### 3. השפעות תמריציות חיצוניות

כאמור בפרק ב לרשימה זו, הדין הפרוצדורלי וההסדרים המהותיים אינם המשתנים היחידים המשפיעים על מפת התמריצים להגשת תביעות השתקה. גורמים נוספים בעלי השפעה ניכרת הם משך ההתדיינות המשפטית ועלויותיה ושיטת חיוב שכר הטרחה של עורכי הדין, אשר כאמור כשלעצמם משפיעים על כל אחד מן התמריצים ה"פנימיים" שבדין הדיוני.

בנוגע למשך ההתדיינות. ידוע כי מערכת המשפט הישראלית סובלת מעומס רב, אשר גורם לזמני המתנה ממושכים.<sup>232</sup> מחקר שנערך בשנת 2007 מצא כי בדירוג העומס השיפוטי ישראל נמצאת במקום השלישי מתוך שבע-עשרה מדינות מפותחות.<sup>233</sup> בדוח החצי-שנתי של הרשות השופטת משנת 2013 דווח כי אורך חיי תיק אזרחי ממוצע בבית המשפט המחוזי הוא כמעט שנתיים, ובבית משפט השלום – מעט יותר משנה.<sup>234</sup> אולם יש לזכור כי מדובר בממוצעים כלליים; מבחינת פסקי הדין שנידונו בסקירה העובדתית ובדוח האגודה לזכויות האזרח בעניין תביעות SLAPP עולה כי לרוב התדיינות מלאה אורכת מספר שנים רב יותר – הדיונים בעניין רוזנטל התנהלו במשך שנתיים; עניין החברה לאוטומציה הגיע לסיומו לאחר שלוש שנות התדיינות; תביעת לשון הרע שהגיש ארגון "אם תרצו" נמשכה כמעט חמש שנים;<sup>235</sup> עניין בראזני נמשך כשלוש שנים;<sup>236</sup> עניין דומב נמשך כארבע שנים<sup>237</sup> ועניין מורגנשטרן נמשך כמעט שבע שנים תמימות.<sup>238</sup>

אשר לעלות ההתדיינות קשה למצוא נתונים מדויקים, ויש לקוות כי מחקרים אמפיריים בעתיד יספקו נתונים אלו. ניתן להעריך את עלויות שכר הטרחה המשולם לעורך הדין בעיקר מנתונים המתפרסמים בתקשורת מעת לעת. עלויות אלה הן חלק הארי של הוצאות המשפט, אולם קשה לאמוד לצדן עלויות חיצוניות לשכר הטרחה – אבדן שעות עבודה, נסיעות,

231 גורן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 732, וההפניות לפסקי הדין המובאות שם.

232 קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 212, בעמ' 114; טאוסגי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 131.

233 רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות העומס על מערכות המשפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות – דו"ח מסכם (המרכז לניהול ומדיניות ציבורית, 2007). זמין ב- [pmpc.haifa.ac.il/images/nappa\\_and\\_more/Courts\\_burden\\_Final\\_report\\_5.07.pdf](http://pmpc.haifa.ac.il/images/nappa_and_more/Courts_burden_Final_report_5.07.pdf). ועדת רונן מונתה באותה השנה כדי להציע המלצות לפתרון בעיה קשה זו. ראו לעיל ה"ש 218.

234 הרשות השופטת בישראל דוח חצי שנתי 2013 – מחצית I (2013) זמין ב- [elyon1.court.gov.il/heb/ha/ha/dochot/doc/fitst2013.pdf](http://elyon1.court.gov.il/heb/ha/ha/dochot/doc/fitst2013.pdf).

235 עניין אם תרצו, לעיל ה"ש 127. ראו גלעד גרוסמן "אם תרצו תובעת מליונים מקבוצת שמאל בפייסבוק" וואלה! חדשות 27.5.2010, זמין ב- [news.walla.co.il/?w=/1/1679421](http://news.walla.co.il/?w=/1/1679421); ניר חסון "אם תרצו" לא תפוצה, אך גם לא תשלם הוצאות לנתבעים" הארץ 2.2.2014, זמין ב- [www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.2233392](http://www.haaretz.co.il/news/law/premium-1.2233392).

236 התביעה, שהוגשה בשנת 2009 נגררה כמעט שנה לאחר פסק הדין שניתן בסוף שנת 2011. ראו הדיון משנת 2012: עניין בראזני, לעיל ה"ש 141, החלטת השופט שחם מיום 2.9.2012.

237 התביעה הוגשה בשנת 2011, פסק הדין ניתן בשנת 2014. ראו עניין דומב, לעיל ה"ש 204.

238 התביעה הוגשה בראשית שנת 2007, פסק הדין בערעור ניתן בשנת 2013. ראו לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 129–133.



אגרות וכדומה. לפי כללי לשכת עורכי הדין, התעריף המינימלי לגבייה בתביעות כספיות בשווי שעולה על 26,375 ש"ח הוא 10% מסכום התביעה (ובכל מקרה לא פחות מ-3,963 ש"ח); בתביעות ששוויין עולה על 107,217 ש"ח – 10% מ-107,217 ש"ח ועוד 4% מיתרת סכום התביעה; בתביעות ששוויין יותר ממיליון ש"ח – התעריף המינימלי הוא 49,000 ש"ח.<sup>239</sup> כאמור, מאפיין מרכזי של תביעות השתקה הוא סכום תביעה מופרך; סכומי הפיצוי אשר נדרשו בתביעות רבות שנסקרו לעיל היו יותר ממיליון ש"ח. במקרים מועטים הוצאות המשפט שנפסקו היו יותר מ-50,000 ש"ח. כמו כן, כאמור, הסכומים לעיל הם אך תעריף מינימלי. לכן ניתן להבין שלמעשה, במצב הקיים, הנתבע כמעט תמיד יוצא בהפסד מהגנתו המשפטית, אלא במקרים חריגים.<sup>240</sup> יש לציין כי לבסוף שיטות תשלום שכר הטרחה הנוהגות בארצות הברית (השיטה המותנית ושיטת ה-Retainer לתובעים והשיטה השעתית לנתבעים) הן השיטות השכיחות אף בישראל, והרלוונטיות שלהן לתביעות השתקה תקפה באותה מידה.<sup>241</sup>

לסיכום, ניתן לומר שבישראל עלויות המשפט פחותות ביחס לארצות הברית. הדבר נובע הן מהיותה של עלות ייצוג בארץ זולה יותר והן מהיותם של המשאבים הנדרשים לצורך ייצוג פחותים, משום שחלק מההליכים מורכבים פחות מאלו הנוהגים בארצות הברית. אולם יש לסייג קביעה זו בכך שככל שהכנסה הממוצעת וכוח הקנייה בישראל פחותים מאלה שבארצות הברית, ייתכן שהנתונים אינם כה חריגים בשונותם. דהיינו, אף שההוצאות הנומינליות של נתבע בתביעת SLAPP נמוכות מאלו שבארצות הברית, הרי שראלית הפער אינו כה גדול.<sup>242</sup>

239 הודעה בדבר ערכון התעריף המינימלי המומלץ לפי כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), י"פ התשע"ד 2878. יש לציין כי פורמלית, הכללים הם חסרי תוקף, ובפועל לא כל עורכי הדין עובדים לפיהם אלא לפי גורמים אחרים הנוגעים לתיק: מידת מורכבותו, היוקרה האפשרית לעורך הדין מייצוג, היכרות קודמת עם הלקוח ועוד.

240 בעניין מורגנשטרן למשל, חרף העובדה שבסופו של דבר יצא מורגנשטרן ב"רווח" של 35,000 ש"ח, ברור כי סכום זה אינו מכסה את הוצאות המשפט שלו. שכר הטרחה ששילם בדיון בערכאה הראשונה בלבד עמד על 60,000 ש"ח. ראו שידלובסקי, לעיל ה"ש 111.

241 Zamir & Ritov, לעיל ה"ש 82, בעמ' 254–255; וראו הדיון לעיל בפרק ב.3. גם בישראל, כמו בארצות הברית, תאגידיים וארגונים גדולים נוהגים לשכור עורך דין בתשלום על בסיס "ריטיינר", ולכן ההגנה שהשיטה המותנית אמורה להעניק לכאורה מפני תביעות סרק אינה רלוונטית. ראו חן מענית ואלה לוי-וינריב "גם לכם יש תחושה שעורכי דין עושים 'מכה' על חשבונכם?" גלובס 28.10.2013, זמין ב-[www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000888932](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000888932); דודי זלמנוביץ "בכירי הפרקליטים בישראל גובים 550 דולר לשעה" הארץ 3.9.2007, זמין ב-[www.haaretz.co.il/misc/1.1439122](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1439122).

242 הסתייגות זו היא אך בגדר הנחה אפשרית שטעונה ביסוס ופיתוח אשר חורגים מגדרי רשימה זו. לביסוס ראשוני של הטענה שלפיה יש פערים ביוקר המחיה ובשווי כוח הקנייה (PPP) בין ישראל לארצות הברית ראו ריטה גולשטיין-גלפרין "באיזו מדינה הכי יקר לקנות?" משרד הכלכלה – מינהל סחר חוץ – ארגונים בין-לאומיים 15.1.2014, זמין ב-[israel-trade.net/int-org/יקר-לחיות](http://israel-trade.net/int-org/יקר-לחיות); OECD Statistics Directorate – Purchasing Power Parities (PPPs) Data, OECD (last viewed 11.4.2015), <http://www.oecd.org/std/purchasingpowerparitiespppsdata.htm>.

## ו. דיון השוואתי ומסקנות – האם יש לשנות את מערך התמריצים וכיצד?

הסקירה העובדתית והמחקרים הראשוניים שנערכו בישראל, לצד השיח הער על הנושא בבלוגוספירה ובעיתונות, מעידים כי תביעות השתקה הוגשו ומוגשות בישראל. טרם ניתן לקבוע מה היקף התופעה ומהם שיעורי הצלחתה. קשה לומר שממדיה זהים לאלה שבארצות הברית של סוף המאה הקודמת. אולם ניתן לומר בביטחון די מלא כי יש עשרות תביעות שהגיעו לבית המשפט אשר תואמות את הפרופיל של תביעות SLAPP / השתקה, וכי לפי דיווחים תקשורתיים ודיווחים אנונימיים אשר הגיעו לאגודה לזכויות האזרח איומים רבים בתביעות דומות השיגו את מטרם ולא הגיעו לדיון בבית המשפט בעקבות פשרה בין הצדדים.

לדיון בפרק זה שתי מטרות: האחת – בחינת מערך התמריצים הקיים במשפט הישראלי לעומת המשפט האמריקאי כדי להבין אם הדין בישראל מתמרץ תובעים להגיש תביעות השתקה. המטרה השנייה היא לסרטט, לאור המסקנות שתעלינה מהשוואה האמורה, את הדרך הראויה להתמודד עם תביעות השתקה בראי ההסדרים הקיימים.

### 1. ניתוח מערך התמריצים במשפט הישראלי לעומת המשפט האמריקאי טרם חקיקת ה־Anti-SLAPP

כפי שצוין כמה פעמים ברשימה זו, סוד כוחן של תביעות משתיקות הוא הזמן והעלויות הכספיות והנפשיות שמשקיע הנתבע בתביעה. לפיכך התרופה הדיונית היעילה ביותר לטיפול בתביעת השתקה שכבר הוגשה היא זו שתביא לסיימה המהיר. יתר על כן, חשובה לא פחות היא התרופה המניעתית: שימוש בכלים מרתיעים שימנעו מהגשת תביעות דומות בעתיד באמצעות הטלת סיכונים – כלכליים ותדמיתיים כאחד – על התובע.

בטרם אפנה להשוואה בין מערכי התמריצים בשיטות המשפט השונות, יש להעיר הערה מקדימה בנוגע לתפיסת התמריצים של גישת הניתוח הכלכלי של המשפט ויישומה במערך התמריצי של תביעות SLAPP. מנקודת מבטה הבסיסית של גישה זו, ניתן להצביע על שלושה גורמים אשר משפיעים על החלטת התובע אם להגיש תביעה: שיעור הנזק שנגרם לו, סיכויי הצלחה בתביעה (כפי שהתובע מעריך אותם) ועלויות המשפט.<sup>243</sup> שווייה הצפוי של התביעה שווה למעשה למכפלת שיעור הנזק שנגרם לתובע בסיכויי הצלחה בתביעה. אם שווי זה, בניכוי הוצאות המשפט של התובע (שווי נטו), הוא חיובי – לתובע תמריץ חיובי להגיש תביעה. כלומר ככל שהנזק הנגרם לתובע גבוה יותר, סיכויי הצלחה בתביעה גבוהים יותר, ועלויות המשפט של התובע נמוכות יותר – כך תמריץ התובע להגיש תביעה גדול יותר.<sup>244</sup> אולם יש להדגיש את ההבדל המהותי בין הניתוח התמריצי של תביעות השתקה לבין הניתוח הכלכלי הבסיסי. המודל הבסיסי מתייחס לתביעת נזיקין קלאסית שבה גרם הנתבע נזק לתובע, ובעקבות זאת הוא מגיש תביעה לפי משטר אחריות

<sup>243</sup> אלון קלמנט "סדר הדין האזרחי" הגישה הכלכלית למשפט 1001 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012) (להלן: קלמנט "סדר הדין האזרחי").

<sup>244</sup> שם.

מסוים, למשל רשלנות.<sup>245</sup> מטרת הניתוח הכלכלי היא להבין את הגורמים המשפיעים על שני הצדדים כדי לתמרץ למעשה את שניהם: את התובע – להגיש תביעות כאשר תצמח תועלת חברתית מההליך, ואת הנתבע – לא לגרום נזק.<sup>246</sup> אולם כשהדיון עובר לתביעות SLAPP, המשתנים משתנים. ה"נזק" שנגרם לתובע אינו הנזק הקלאסי שנגרם במודל הבסיסי, למשל בתביעת השתקה מסוג לשון הרע הנזק האמתי שנגרם לתובע אינו הנזק לשמו הטוב. זה עשוי להיות נזק משני, אך זהו אינו הנזק שבגיניו הוא נוקט הליכים משפטיים. הנזק שנגרם לו הוא נזק למוניטין או אף נזק כלכלי של ממש הנגרם מפעילות ציבורית אופוזיציונית של הנתבע. אולם אין משטר אחריות נזיקי אשר יחייב את הנתבע בגין פעילות שכזו, שכן היא מותרת ואף רצויה במדינה דמוקרטית. לפיכך התובע בוחר לנצל את הכלי הקיים של תביעה נזיקית בגין לשון הרע, המשמש למעשה כסות למטרתו האמתית. לכן אף רכיב "סיכויי ההצלחה בתביעה" במודל הבסיסי של הניתוח הכלכלי אינו תואם את מקומו של רכיב זה בניתוח תביעת השתקה. במודל הבסיסי הצלחה בתביעה תהא קבלת הסעד המבוקש, ולרוב בתביעה נזיקית מדובר בפיצוי כספי. אולם בתביעת השתקה הפיצוי האמתי על הנזק לא יהיה פיצוי כספי בגין פרסום לשון הרע אלא חדילתו של הנתבע מהפעילות החברתית שבה הוא עוסק, ואף התחייבותו שלא לחזור ולעסוק בה שוב בעתיד. זהו אינו סעד ששיטתו המשפטית מכירה בו, וניתן לומר שהוא גם אינו רצוי מבחינת תועלת חברתית, שכן מחד גיסא הוא מתמרץ תובעים נוספים לנקוט את כלי התביעה המשתקה במקרה של סכסוך עתידי, ומאידך גיסא מתמרץ נתבעים פוטנציאליים להימנע מהתנהגות רצויה של השתתפות בשיח הציבורי ותרומה לשוק הדעות החופשי במדינה.

לאחר הקדמה זו ניגש לבחינת מערך התמריצים כפי שנותח בפרקים לעיל. כפי שעולה מהניתוח, כיום הסיכון לתובע בהגשת תביעה הוא מינימלי. בישראל, לעומת ארצות הברית, דיני הדיבה מאפשרים גישה רחבה ביותר לתובעים. נטל ההוכחה הראשוני – להוכיח את יסודות ה"פרסום" ו"לשון הרע" – קל ביותר. בשילוב עם דרישות מקלות לפירוט עובדתי בכתב התביעה קל מאד לחצות את הפרוזדור הדיוני ולהיכנס לטרקלין המהותי.<sup>247</sup> במובן זה, אף שגם בארצות הברית הייתה דרישת הפירוט העובדתי מקלה ביותר, הלכת *New York Times* הטילה נטלים כבדים על תובע שהוא דמות ציבורית בתביעת לשון הרע, ובכך הייתה לפחות מכשול אחד בדרך לדיון המהותי בתביעה. יצוין כי למרות זאת נדמה כי עדיין יתר התמריצים בשיטה האמריקאית "פיצוי" על כך. הן בארצות הברית (טרם החקיקה החדשה) הן בישראל התובעים אינם חוששים מסילוק תביעותיהם על הסף משום שהסדרי סילוק על הסף פורשו בצמצום. ההסדרים אינם מאפשרים לדחות תביעות השתקה אלא אם

245 שם, בעמ' 1000.

246 שם, בעמ' 998–1000. התועלת החברתית של הליך נמדדת על פי המידה שבה הוא השיג את מטרתו: הכרעה בסכסוך שבין הצדדים וחלוקה מחדש של המשאבים ביניהם, לצד הכוונת התנהגותם של צדדים עתידיים להליך דומה והרתעתם מהתנהגות לא רצויה במקרה של סכסוך עתידי. ראו גם שם, בעמ' 1004: "המצב האופטימלי הוא כזה שבו תביעות מוגשות כאשר הנתבע גרם נזק, ואינן מוגשות כשאינו גרם נזק [...] נתבע שיידע שיתבע כל פעם שיתרשל ימנע מלהתרשל. תובע שיידע שהנתבע לא התרשל לא יתבע אותו, שכן יפסיד בוודאות במשפט. לכן התוצאה תהיה שנתבעים פוטנציאליים ינקטו את סטנדרט הזהירות שנדרש על פי חוק, ותביעות לא יוגשו לעולם".

247 טאוסגי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 133, 141.

הסיטואציה קיצונית וחריגה. לכן קרוב לוודאי שהבקשה תידחה, ההליכים יתמשכו, העלויות המוטלות על הנתבע יוסיפו לעלות וכך גם אלמנט הלחץ והסיכויים שיבחר בפשרה. הליכי גילוי הראיות המסובכים והארוכים בשתי שיטות המשפט, בעיקר בשיטה האמריקאית, תורמים אף הם לתמריץ של התובע להגיש תביעה מתוך ידיעה שמדובר בכלי נוסף המאפשר להאריך את ההליך ולהפעיל לחץ נוסף על הנתבע. אם כן, סיכויי ה"הצלחה" של התובע גבוהים במיוחד. בנוסף, מכיוון שלרוב כאמור פערי הכוחות הכלכליים בין התובע לנתבע בתביעת השתקה הם גדולים, סביר שהלחץ שיופעל על הנתבע יהיה הרבה יותר גדול מזה שמופעל על התובע.

עד כאן הליכי קדם המשפט. בהנחה שהתביעה צלחה את כל השלבים הללו, והנתבע לא נכנע, ייתכן שבשלב המהותי התביעה תידחה, ברובה או בחלקה, והנתבע יצא כשירו על העליונה. האומנם? בארצות הברית, בשל הכלל האמריקאי, התובע אינו נושא בסיכון של תשלום הוצאות הצד השני אם הוא מפסיד. לכן התמריץ להגשת תביעות הוא עצום. בישראל הכלל האנגלי ("המפסיד משלם") לכאורה מהווה תמריץ שלילי לתובע, שכן במקרה של הפסד התובע נושא אף בעלויות הנתבע. לפיכך רכיב עלויות המשפט במשוואה תלוי כעת בסיכויי ההצלחה בתביעה. לעומת זאת לפי הכלל האמריקאי, התובע מחשב את עלויות המשפט שלו בלבד, ולכן הסיכוי ששווי הנטו של התביעה יהיה חיובי הוא למעשה גבוה יותר.<sup>248</sup> על אף זאת לא בטוח שבישראל כלל פסיקת ההוצאות בהכרח מרתיע תובעים, ובעיקר תובעים בעלי "כיס עמוק". זאת משום ששווי ההוצאות הנפסקות אינו ראלי ביחס לעלות האמתית של ההתדיינות, אלא במקרים חריגים. לפיכך אף במקרה שבו הנתבע נאלץ לשאת בהוצאותיו וכן בסכום הוצאות סביר – לא ראלי – של הצד השני, יתכן ששווי התביעה עדיין יהיה חיובי מבחינתו, שכן הפסד בתביעה אין משמעותו אי-השגת המטרה. שהרי לא מן הנמנע כי גם תובע שהפסיד בהתדיינות הצליח למעשה לרושש ולהתיש את הנתבע ובכך למנוע השתתפותו בפעילות ציבורית בעתיד. על תחשיב זה יש להוסיף את העובדה שבשל הדין המהותי בישראל סיכויי הזכייה של התובע הם סבירים למדי (לעומת ארצות הברית, שבה רוב גדול של התביעות נדחו), ולכן הסיכון שהתובע יאלץ לשאת בעלויות המשפט של הנתבע נמוך יחסית. אדרבה, יש סיכוי לא מבוטל שהנתבע-המפסיד הוא שיישא בהוצאות התובע. על כל פנים חשוב להדגיש כי גם אם התובע מפסיד – עצם התמשכות הדיונים על פני שנים והעובדה שיש סיכוי גבוה שהנתבע יוותר ויתפטר היא שמהווה את הרווח האמתי – ה"הצלחה". לכן הסיכון של נשיאה בהוצאות משפט מינוריות יחסית מבחינתו של התובע אינו רב.

זווית מעניינת נוספת שמספק הניתוח הכלכלי של המשפט היא רמת ההשקעה של הצדדים בתביעה. באופן טיפוסי, ההשקעה הצפויה של התובע היא שתמקסם את תוחלת זכייתו בתביעה, בניכוי עלויות המשפט, ואילו השקעתו הצפויה של הנתבע היא שתמזער את תוחלת חבותו ואת הוצאותיו.<sup>249</sup> היה ניתן להניח כי צד להליך לפי כלל פסיקת ההוצאות הנוהג בישראל היה משקיע פחות מצד להליך לפי הכלל האמריקאי, שכן אפשר שיישא גם בעלויות הצד שכנגד במקרה של הפסד, והדבר עלול להגדיל בשיעור ניכר את רכיב עלויות

248 קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 243, בעמ' 1002.

249 שם, בעמ' 1007.

המשפט.<sup>250</sup> אולם למעשה, שני נימוקים גורמים לכך שדווקא לפי כלל פסיקת ההוצאות הנוהג בישראל הצדדים עלולים להשקיע עלויות גבוהות יותר בהליך המשפטי: ראשית, היות שכל צד נושא בהשקעתו רק אם הוא מפסיד, והסיכוי לכך קטן מ-1, המשקיע מעריך כל שקל שמושקע בערך פחות משוויו האמתי; שנית, התועלת מהשקעת הצדדים גדולה מההשקעה לפי הכלל האמריקאי, שכן נוסף על הגדלתה של ההשקעה את סיכויו של התובע לנצח או הקטנתה את סיכויו של הנתבע להפסיד – היא גם מקטינה את הסיכוי לשאת בעלויות המשפט של הצד שכנגד.<sup>251</sup> ולפיכך, אף על פי שכלל פסיקת ההוצאות הנוהג בישראל יכול – תאורטית – לשמש כלי מרתיע נגד תובעי סרק אשר מנצלים לרעה את ההליך המשפטי, אפשר גם שהוא יהיה אחד הגורמים להיותה של עלות ההתדיינות בישראל גבוהה. בכך הוא מוסיף על האלמנטים התורמים להצלחתן של תביעות השתקה.

בשלב זה חשוב להתייחס לתוצאת התביעה לגופה, במנותק משאלת ההוצאות. כפי שצוין להלן בסקירת הדינים, בשל המעמד השונה שניתן לזכות לשם הטוב בישראל ובארצות הברית נראה שסיכוייה של תביעה בעלת מאפייני השתקה לזכות במשפט גבוהים בישראל לעומת ארצות הברית.<sup>252</sup> אי אפשר להתעלם מכך שאחד המאפיינים של תביעות SLAPP בארצות הברית הוא שהן למעשה תביעות סרק אשר סיכוייהן לזכות אינם גבוהים, והן נוצרות על מנת לשרת מטרות שונות מזכיה. העובדה שבישראל סיכוייה של תביעה כזו לזכות גבוהים יותר מעלה מאליה את השאלה – האם אכן מדובר בתביעת SLAPP? כפי שטענתי ברשימה זו, התשובה לשאלה זו חיובית. מדובר בתביעות השתקה שלמעשה "משחקות" במגרש נוח מהמגרש האמריקאי, שכן האיזון החוקתי בישראל בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי פועל לטובתן. אולם חשוב להכיר בכך שתביעות ההשתקה אינן מבטאות את המנגנון המשפטי-ערכי בישראל אלא בפועל מנצלות אותו כדי להשיג מטרה לא ראויה, ולכן יש צורך במציאת פתרון לנטרולן.

לסיכום, קשה לומר אם הדין הישראלי מספק תמריצים לתובעים להגיש תביעות השתקה יותר משעשה זאת הדין האמריקאי טרום חקיקת ה-Anti-SLAPP. מחד גיסא נדמה שדווקא במשפט האמריקאי היו הסדרים אשר הטו את מערך התמריצים לטובת הנתבע – למשל האפשרות לערוך בירור מהיר יחסית בהליך Summary Judgment, ההגנות המרחיבות בדין המהותי והכלל שלפיו ניתן לתבוע עורכי דין בגין הגשת תביעות סרק בשביל לקוחותיהם. עם זאת יש להזכיר כי השימוש בכלל 11 היה מצומצם ביותר, וכן כי בתי משפט נהגו בסלחנות בהליך Summary Judgment ואפשרו לתובעים להאריכו לצרכים שונים. כלומר, אף תרופות דיוניות אלו לא היו מספקות. מאידך גיסא בדין הישראלי, שלא כמו הכלל האמריקאי, כלל פסיקת ההוצאות בעל פוטנציאל לשמש כלי הרתעתי אשר יטה את מערך התמריצים נגד התובע ויטיל עליו סיכון כספי שיש בו כדי למנוע ממנו להגיש תביעות השתקה. עם זאת, כפי שהראיתי לעיל, לא ברור אם כלי זה, כפי שמשמשים בו כיום, בהכרח מספק תרופה טובה.

250 שם, בעמ' 1008.

251 שם.

252 כאמור, מחקרם של פרינג וקנאן העלה כי קרוב ל-80% מהתביעות שהגיעו לדין מהותי נדחו לבסוף. ראו לעיל ה"ש 16 והטקסט הצמוד אליה.

ניתן להסיק אפוא כי חרף ההבדלים בין השיטות שתייהן מספקות תמריץ להגשת תביעות השתקה. לפיכך נדרש פתרון לנקודות הכשל הללו גם במערך התמריצים הישראלי. עם זאת לעומת ארצות הברית שבחרה בחקיקה כדי לשנות את מפת התמריצים בשיטתה שלה, יש לתהות אם זהו אכן הפתרון המתאים בשלב זה בשיטת המשפט הישראלית.

## 2. האם וכיצד ניתן לשנות את מערך התמריצים בדין הישראלי כדי להילחם בתופעת תביעות ההשתקה?

להשקפתי, המשפט הישראלי אינו מספק הגנה אפקטיבית מפני תביעות השתקה, הן מבחינת ההסדרים הדייוניים הן מבחינת ההסדרים המהותיים. בארצות הברית חופש הביטוי וה־Right to Petition הן חלק מאגד הזכויות החוקתיות הבסיסיות ביותר, שבמידה רבה יש להן עליונות על זכויות אחרות, ואילו בישראל הזכות לחופש הביטוי מצויה ב"תיקו ערכי" עם זכויות יסוד אחרות, לרבות הזכות לשם טוב. כאמור בפרק ד, ההגנה החוקתית בישראל על חופש הביטוי אינה מתבטאת בהגנה חקיקתית נרחבת אלא מסתמכת בעיקרה על הפעלת שיקול דעת שיפוטי שבאמצעותו מוגן חופש הביטוי מפני פגיעה לא מידתית.<sup>253</sup> כלומר, אי אפשר להצביע על העדפתה של זכות אחת על האחרת. ה־Right to Petition אינה מוכרת כלל כזכות מפורשת ונפרדת מהזכות לחופש הביטוי בישראל, ולא ברור אם ניתן לראות בה חלק מזכות הגישה לערכאות, חלק מהזכות לחופש הביטוי או זכות חוקתית עצמאית.<sup>254</sup> כפי שהוצג לעיל, מצב זה, בשילוב עם ההסדרים הדייוניים הקיימים, פוגע פגיעה ממשית וקשה בחופש הביטוי הפוליטי האזרחי ובאינטרס החברתי הכולל לשיג ושיח ציבורי פתוח וחופשי. פגיעה זו מקבלת משנה תוקף בחברה הישראלית המורכבת והמקוטבת.<sup>255</sup> לפיכך ברור כי ההגנה האידאלית על זכות זו תינתן באמצעות אימוץ חקיקת מגן בידי הכנסת, בדומה למהלך האמריקאי, ובכפוף להתאמות נדרשות. לשם כך יש צורך במתן עדיפות ברורה לחופש הביטוי בביטויים הנוגעים לעניין ציבורי. יפים לעניין זה דבריו של המשנה לנשיאה (בדימוס) ריבלין בעניין בן גביר.<sup>256</sup>

שיג־ושיח חופשי בנושאים פוליטיים וציבוריים מצוי בלב־ליבו של חופש הביטוי. [...] הויכוח הציבורי ראוי לו שיהא חופשי, איתן, חסר מעצורים ואף בוטה [...] המדינה הדמוקרטית מקנה לאזרחיה ולתושביה כלים חוקיים מגוונים להגשמת מטרותיהם הפוליטיות, החברתיות והציבוריות. הקלפי הוא כלי מרכזי אך אין הוא כלי שוטף. הביטוי החופשי הוא אחד הכלים החשובים להגשמת השותפות הדמוקרטית. [...] מכאן החירות העומדת לו

253 גדרון "תיירות הדיבה", לעיל ה"ש 35, בעמ' 469.

254 זו הצעתו של שניידור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 44.

255 ראו בנבנישתי, לעיל ה"ש 153. בנבנישתי, שכתב את המאמר בשנים שלאחר רצח ראש הממשלה יצחק רבין, ביקש לעמוד על ההגנה הרחבה שיש להעניק לחופש הביטוי הפוליטי דווקא בשל היות החברה הישראלית מקוטבת מבחינה פוליטית וחברתית, שכן הגבלת הביטוי עלולה להיתפס כנקיטת עמדה פוליטית, ובכך למעשה לגרום שהנוק יהיה רב מהתועלת.

256 רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 16–17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 12.11.2006) (ההדגשה הוספה – ש"ט).

לאדם להביע את דעתו בעניינים שעל סדר היום, אפילו יהיו אלה דעות קיצוניות ומכעיסות, ואפילו ינוסחו בלשון צורמת ומקוממת. [...] חירות זו, ולצידה זכויות פוליטיות ואזרחיות אחרות, הן התחליף הטוב ביותר לנקיטה בצעדים אלימים ובלתי-דמוקרטיים, ששיטתנו שוללת מכל-וכל. הביטוי הוא סתום רב-עוצמה העוצר בעד האלימות הפיזית מלהתפרץ.

דהיינו, באותם המקרים שבהם מנוצלת לרעה ההגנה על השם הטוב במשפט הישראלי כדי להשתיק השתתפות רצויה בשיג-ושיח הציבורי, ובמקרים אלו בלבד, יש לבכר את חופש הביטוי הפוליטי-ציבורי ולנטרל את התביעה המשתיקה.<sup>257</sup> זאת אף שייתכן שהביטוי מושא התביעה מנוסח "בלשון צורמת ומקוממת" ואף עולה כדי לשון הרע. עם זאת, וכפי שיובהר בהמשך, העדפה זו ראוי שתתרחש אך ורק במקרים שיזוהו כתביעות השתקה. בשנת 2010 (ושוב בשנת 2013) הונחה על שולחן הכנסת הצעת החוק למניעת שימוש לרעה בהליך משפטי.<sup>258</sup> מטרת ההצעה "למנוע שימוש בהליכים משפטיים באופן שירתיע מהשתתפות בהליך הדמוקרטי", וניכר כי היא הושפעה במידה רבה מחקיקת ה-Anti-SLAPP האמריקאית. ההצעה ביקשה לאמץ הסדר למחיקת התביעה על הסף אם יש בה כדי ליצור אפקט מצנן על ההשתתפות בהליך הדמוקרטי, ואם בית המשפט סבור כי סיכויי הצלחת התביעה אינם גבוהים, או שהעניין הציבורי שבבסיס עילת התביעה עולה על העניין הציבורי שבכירור התובענה.<sup>259</sup> עוד הוצעה האפשרות לפסוק לטובת הנתבע, נוסף על הוצאות משפט, פיצוי של עד 50,000 ש"ח ללא הוכחת נזק אם התביעה נמחקה.<sup>260</sup> מבלי לדון בהרחבה בהצעת החוק ניתן לומר כי היא מעט מרחיקת לכת ביחס לדין הישראלי הקיים. ראשית, היא אינה מגבילה עצמה לתביעות בגין לשון הרע אף שניכר שבעיית תביעות ההשתקה מתמקדת בתחום זה, ובכך עלולה לחול, שלא בצדק, על תביעה אזרחית מכל סוג שהוא.<sup>261</sup> שנית, ההגדרה שניתנה בהצעת החוק ל"השתתפות בהליך דמוקרטי"

257 עמדה זו, המסמנת את חופש הביטוי הפוליטי כראוי להגנה החזקה ביותר (לעומת ביטויים אחרים), הוכרה זה מכבר במשפט הישראלי ובאה לידי ביטוי במיוחד בפסיקתם של הנשיא בדימוס ברק והמשנה לנשיאה בדימוס ריבלין. ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של אהרן ברק" ספר ברק – עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק 159 (2009); אלעד פלד "האם 'ציפור נפשה של הדמוקרטיה' היא ציפור נפשו של האדם? – מבט ביקורתי על עיגונו החוקתי של חופש הביטוי בפסיקה" מחקרי משפט כו 283 (2010); וראו את פסקי הדין של המשנה לנשיאה ריבלין בעניין פלוני, לעיל ה"ש 166, ובעניין בן גביר, לעיל ה"ש 256. כמו כן אני סבורה כי הפסיקה האחרונה בעניין דומב, לעיל ה"ש 204, מבטאת בהחלט עמדה זו.

258 הצעת חוק למניעת שימוש לרעה בהליך משפטי, התש"ע-2010, פ/2403/18. ההצעה הוגשה בכנסת השמונה-עשרה בידי חברי הכנסת שלי יחימוביץ', אורי אורבך ז"ל וניצן הורוביץ. הצעה זוהי הניחו בכנסת התשע-עשרה חבר הכנסת מיקי רוזנטל (שחווה על בשרו את תביעת ההשתקה של האחים עופר) וחברי סיעת מרצ. ב-16.6.2013 החליטה ועדת השרים לחקיקה שהקואליציה לא תתמוך בהצעת החוק. לפיכך סיכוייה להתקבל קלושים.

259 שם, בס' 3 להצעת החוק.

260 שם, בס' 4 להצעת החוק.

261 אלעד מן "חוק שכונה – מדוע הצעת החוק של מרצ למניעת שימוש לרעה בהליך משפטי היא רשלנית ומסוכנת" העין השביעית 9.4.2013, זמין ב-[www.the7eye.org.il/58512](http://www.the7eye.org.il/58512).

(הפעולה הראויה להגנה) מרחיבה למדי.<sup>262</sup> שלישית, הצעת החוק אינה מציעה סממנים לזיהוי תביעה כמשתיקה באופן המצדיק את הפעלת החוק. דוקטרינת תביעות ההשתקה הישראלית מצויה בחיתוליה ועוד טעונה פיתוח רב, לרבות חידוד ההגדרה הישראלית לתביעה משתיקה ולפעילות שראויה לחסות תחת הגנה חקיקתית. לפיכך נדמה כי הצעת חוק רחבה שלא קדם לה דיון אקדמי או פסיקתי מעמיק אינה הפתרון הראוי, ואף לא המעשי, בשלב זה. אף בספרות האמריקאית העוסקת בנושא הראו חוקרים רבים שהצלחת חקיקת ה-Anti-SLAPP קשורה במידה רבה למחקר האקדמי הנרחב שקדם לה ולעיסוק הראשוני של בתי משפט בתופעה עוד טרם החקיקה.<sup>263</sup>

היבט נוסף שהכרחי ללבנו בהקשר זה הוא יחסה של שיטתנו המשפטית ל-"Right to Petition". כאמור, זכות זו טרם קיבלה הכרה במשפט הישראלי, ונראה כי נושא זה עוד טעון פיתוח חוקתי בפסיקה ובספרות. כנקודת מוצא אציע כי ניתן לכנותה, בהשאלה מהצעת החוק, "הזכות להשתתף בהליך הדמוקרטי". זכות זו עשויה להכיל כזכות-גג הן את הזכות לבחור ולהיבחר, הן את הזכות להשתתף בפעילות פוליטית (כגון הפגנות, החתמת עצומות ושתדלנות על שלל אופניה), הן את הזכות לפנות לרשויות מנהליות בטרוניות, בפניות ובהצעות. אולם יש לדון בגבולותיה של זכות זו טרם עיגונה בחוק. בשלב ראשוני זה, שבו בתי המשפט אינם מכירים כלל בזכות מעין זו והדיון האקדמי בה דל, פיתוח של דוקטרינת Anti-SLAPP מרחיבה בחקיקה, כפי שהוצע, יפגע באיזון העדין שבין זכויות היסוד המשתקף כיום בחוק איסור לשון הרע. זאת ועוד, המגמה בכנסת בשנים האחרונות דווקא נוטה לטובת העדפת הזכות לשם טוב (ואתה גם הזכות לפרטיות) על פני חופש הביטוי.<sup>264</sup> לפיכך קשה לראות כיצד חקיקת מגן מרחיבה נגד תביעות השתקה תשתלב במארג החקיקה הנוכחי.

על אף האמור לעיל הדין הישראלי מכיל בכל זאת, לראייתי, הסדרים שבאפשרותם להוות בסיס להגנה על נתבעי SLAPP והרתעת תובעי SLAPP פוטנציאליים, ולקדם פיתוח

262 שם. הצעת החוק מגדירה "השתתפות בהליך דמוקרטי" כ-"כל פעולה, לרבות ביטוי, שהיא חלק מדיון ציבורי או שיש לציבור תועלת בה, לרבות עניין הנוגע לציבור הרחב או לקבוצה של בני אדם, עניין המצוי בהליך חקיקתי, מנהלי או שיפוטי, עניין הנדון בתקשורת, עניין הנוגע למימוש זכויות אדם או אינטרסים ציבוריים או כל עניין אחר שיש לו חשיבות לשיח הדמוקרטי" (ס' 2 להצעת חוק למניעת שימוש לרעה בהליך משפטי). כזכור, סוגיית ההגדרה של "עניין ציבורי" אשר חוסה תחת הגנת ה-Anti-SLAPP הייתה נושא למחלוקת גם בארצות הברית, והחוק הקליפורני המרחיב זוכה על כך לביקורת עד היום. ראו הדיון לעיל בפרק ג.1.

263 Colin Quinlan, *ERIE And The First Amendment: State Anti-SLAPP Laws in Federal Courts* 263 *After SHADY GROVE*, 114 COLUM. L. REV. 367, 371 (2014).

264 גדרון, אילוז וריינוילבר, לעיל ה"ש 119, בעמ' 456. ההצעות כוללות את הצעת החוק לחשיפת "טובקיסטים" ברשת האינטרנט (הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – חשיפת פרטי מעוול), התש"ע-2010, פ/2476/18); הצעות חוק המעניקות הגנה של שמו הטוב של ציבור שאינו מאוגד שהשמצתו אינה נחשבת השמצת כלל יחידיו (הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על ציבור ועל רשויות המדינה), התשע"א-2011, פ/2937/18); הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון – לשון הרע על צה"ל), התשע"ג-2013, פ/759/19) וכמובן הצעת החוק המדוברת להגדלת הפיצוי ללא הוכחת נזק לפי חוק איסור לשון הרע (הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 10) (הרחבת סעדים), לעיל ה"ש 171).



דוקטרינת SLAPP "תוצרת הארץ" שתוביל להסדרת הנושא בחקיקה ישראלית, מקורית ומתאמת.

כדי שהשימוש בהסדרים אלה יהיה אפקטיבי, יש צורך בנקיטת שני צעדים: הצעד הראשון הוא הכרה שיפוטית בתופעת תביעות ההשתקה. כפי שציינו פרינג וקנאן במחקרם פורץ הדרך, בעיית "היער והעצים" היא המכשול העיקרי לפיתוח דוקטרינת Anti-SLAPP. יש צורך להבין כי תביעות השתקה אינן תביעות לשון הרע סטנדרטיות. אמת, מטרתה של כל תביעת לשון הרע היא להשתיק ביטוי פוגעני, מבזה או משפיל ואף להרתיע את הנתבע ונתבעים פוטנציאליים מלהתבטא כך בעתיד. אולם תביעות השתקה לא נועדו להשיג השתקה והרתעה באמצעות קבלת פסק דין אלא באמצעות עצם הגשת התביעה וההשלכות הכספיות של התמודדות עמה. שימוש זה אינו לגיטימי. הראיתי לעיל כי לא פעם שופטים זיהו חלק מהמאפיינים שנידונו לעיל והביעו חשש כי מניעי התובע אינם טהורים. אולם הפרשנות המצמצמת של ההסדרים הדיוניים מנעה מהם מלהקים מחסומים בפני התובע. או אז הצעד השני הוא הפעלת פרשנות מרחיבה לדין הדיוני לפי החשש שעולה מהנסיבות במקרים שבהם היושב בדין מזהה מאפיינים שנויים במחלוקת. כפי שיורחב להלן, שני הכלים הדיוניים העיקריים שבהם יש להשתמש במסגרת פרשנות מרחיבה זו הם סילוקה של התביעה על הסף ופסיקת הוצאות משפט ראליות ועונשיות. באמצעות שימוש בכלים משפטיים אלו, המצויים כבר עתה בארגז הכלים של המשפט הישראלי, ניתן להגיע לתוצאות רצויות במהירות יחסית, מבלי ליצור כלים חדשים ומבלי להיזקק למהלכים דרמטיים.

ודוק: לצורך יישומה בפועל של אותה פרשנות מרחיבה שתוצע להלן, יש צורך בזיהוי קל ומהיר יחסית של תביעה כתביעת השתקה. מפסקי הדין שנסקרו לעיל עולה כי שופטים מזהים כיום אינדיקציות רבות להיות התביעה משתיקה, אך הם חוששים מלהכריע כך, שכן אם יעשו זאת בטעות, ישללו למעשה את זכות הגישה לערכאות לאדם שנפגע בפועל ויגרמו בכך חוסר צדק.<sup>265</sup> הדיון השלם על הגדרתה המדויקת של תביעת השתקה ישראלית אשר תנטרל את רובן המכריע של תביעות מסוג זה ובו בזמן תשמור על האיזונים החוקתיים העדינים שבחוק איסור לשון הרע, חורג מגדרי רשימה זו. ובכל זאת ניתן בהחלט להסיק מן הסקירה העובדתית לעיל רשימה ראשונית של מאפייני תביעות השתקה כבסיס לפיתוח עתידי: תביעה נזיקית בגין לשון הרע; העוסקת בעניין הנוגע לאינטרס ציבורי; המוגשת בעקבות מחלוקת מקומית או שהיקפה מצומצם; סכום התביעה גבוה במיוחד; המאורע מושא התביעה הוא שולי ביחס למכלול האירועים הנוגעים לצדדים; ניכר כי קיימים פערי כוחות בין הצדדים לתביעה, כאשר התובע הוא לרוב ארגון או תאגיד בעל ממון וייעוץ משפטי, והנתבע הוא לרוב אדם פרטי המצוי בעמדת כוח חלשה יותר.<sup>266</sup> במקרים כמו

265 וראו הדוגמאות שהובאו לעיל בפרק ה.2, בדיון בסילוק תביעות על הסף.

266 יודגש כי רשימה זו היא הצעה ראשונית בלבד, ובהחלט ניתן לטעון לכאן ולכאן בדבר נכונותם ודיוקם של מאפיינים מסוימים. למשל, ייתכן כי האינדיקציה בדבר פערי הכוחות אינה הכרחית (לעומת למשל היות התביעה בגין לשון הרע) וביכולתה גם לחטוא לאינטרסים בני הגנה של התובע וגם להחמיץ מקרי השתקה של נתבעים שאינם עומדים בקריטריון האמור. מעניין למשל כי אינדיקציה זו לא באה לידי ביטוי בעניין דומב, לעיל ה"ש 204: הנתבעים אלדרד יניב ושמואל הספרי הם דמויות ציבוריות מוכרות

בפרשות מורגנשטרן והחברה לאוטומציה, כאשר האינדיקציות הללו מצטברות, על נורת האזהרה השיפוטית להידלק, ויש לשקול בחיוב את אופציית סילוק התביעה על הסף או פסיקת הוצאות מרתיעות, כפי שיוצג להלן, כדי לנטרל את מטרותיה הזרות של תביעת ההשתקה.

#### (א) פרשנות מרחיבה לעילות סילוק תביעות על הסף

אמנם בעבר היו הסדרי סילוק תביעות על הסף בארצות הברית די דומים להסדרים הקיימים בישראל כיום, אולם שם ההגנה הכמעט-אבסולוטית על חופש הביטוי הצדיקה אימוץ חקיקתי של עילה מיוחדת לסילוק תביעות SLAPP על הסף. בישראל "התיקו הערכי" בין הזכויות אולי אינו מצדיק חקיקה מרחיקת לכת, אולם במקרים העונים למאפיינים של תביעות השתקה נדמה כי ראוי לבכר את חופש הביטוי הפוליטי-ציבורי ולנטרל את המניעים הזרים לתביעה באמצעות שימוש בפרשנות מרחיבה לשלוש עילות המעוגנות בחוק: תביעה קנטרנית וטורדנית,<sup>267</sup> שימוש לרעה בהליכי משפט<sup>268</sup> והיעדר עילת תביעה.<sup>269</sup>

בספרות ובפסיקה קיימת זה מכבר מגמה הקוראת לנקוט צעדים פרשניים על מנת לצמצם את מספר תביעות הסרק אשר מצליחות להתקדם בצינורות מערכת המשפט ולחצות את הטרקלין הדיוני.<sup>270</sup> הבסיס לטיעון זה הוא שהכללים הדיוניים נועדו, בין היתר, להכווין את התנהגותם של צדדים להליך,<sup>271</sup> ולכן לפרשנות הכללים הללו השפעה ניכרת על התנהלות עתידית.<sup>272</sup> לאור זאת נטען כי הסטנדרט הקיים לקבלת בקשת סילוק תביעה על הסף הוא מקל מדי ואינו מביא לאיזון נכון בין זכות הגישה לערכאות של התובע לבין הנזק שגורמות תביעות לא מוצדקות לנתבע ולמערכת המשפט כאחד.<sup>273</sup> בשל כך הציע למשל ערן טאוסגי כי לפי תקנה 100(1) לתקנות סדר הדין האזרחי תימחק תביעה מחוסר עילה כאשר בית המשפט יקבע שהטענות בכתב התביעה אינן עומדות בסטנדרט הנדרש על פי הדין המהותי (גם בהנחה שהעובדות עצמן נכונות), ומבחינה אובייקטיבית ברור שהתובע

ובעלות קשרים (בעיקר יניב, שהוא עורך דין בהכשרתו, פובליציסט ופעיל פוליטי ידוע), והתובע, דומב, אינו מצוי ביתרון למולם מבחינת פערי הכוחות. כפי שראינו, השופטת באותו עניין לא ייחסה חשיבות למעמדם השווה של הצדדים, דחתה את התביעה על הסף והטילה על התובע הוצאות ראליות בנימוק שהיה ראוי שתביעה זו לא תגיע לבית המשפט. עם זאת מדובר בקריטריון ששב ועלה במקרים שנסקרו לעיל, ולכן ראוי להציגו, בכפוף לקריאה העתידית לדון לעומק ברשימת המאפיינים ולהגדירה ביתר דיוק לצורכי חקיקת מגן.

267 תק' 100(2) לתקנות סדר הדין האזרחי.

268 מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט.

269 תק' 100(1) לתקנות סדר הדין האזרחי.

270 בר-עם, לעיל ה"ש 73; טאוסגי, לעיל ה"ש 40; אורנה רבינוביץ'-עניי ודורון דורפמן "שימוש לרעה וחוסר תום לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל ייצוג מסורתי" ספר שלמה לויין 255 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013); וראו ההפניות לפסקי הדין שם בעמ' 256 ו-262-267.

271 קלמנט "סדר הדין האזרחי", לעיל ה"ש 243, בעמ' 998; קלמנט ושפירא, לעיל ה"ש 212, בעמ' 78.

272 שם, בעמ' 79.

273 טאוסגי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 139.

אינו עתיד לזכות בתביעה.<sup>274</sup> הצעה זו כפופה להרחבה מקבילה של סטנדרט הפירוט בכתבי טענות ולהרחבת מודל "העובדות העיקריות" למבחן פירוט מלוא העובדות המהוות את עילת התביעה.<sup>275</sup> כך, יהיה ניתן להסיק מסקנות מעמיקות יותר מכתב התביעה לצורכי הדיון בבקשת סילוק התביעה על הסף. לדעת טאוזיג, שימוש בהצעה זו תאפשר מעבר אל הטראקלין המהותי רק במקרים מוצדקים שבהם לתביעה סיכויים סבירים להצליח.<sup>276</sup> הצעה נוספת לפיתוח נוגעת לעילת שימוש לרעה בהליכי משפט. אורנה רבינוביץ-עיני ודורון דורפמן הצביעו במאמרם על זרם פסיקה גובר מהשנים האחרונות, הנוטה להכיר בסוגי התנהגויות של צדדים להליך כשימוש לרעה בהליכי משפט, לעתים תוך שימוש במושג חוסר תום לב בהליכי משפט.<sup>277</sup> במאמרם הם מצאו כי גם בעבר הכירו בתי משפט בהתנהלויות הבאות כשימוש לרעה בהליכי משפט – הטרדה חוזרת ונשנית של ערכאות שיפוטיות, השחתת זמן שיפוטי<sup>278</sup> וכן הגשת תביעות מטעמים זרים שלא מתוך רצון אמתי להכריע בסכסוך שבין הצדדים.<sup>279</sup> כפי שראינו, התנהלות אחרונה זו נראית רלוונטית ביותר למגיש תביעות השתקה, והתייחסות אליה כשימוש לרעה בהליכי משפט יכולה למעשה לשמש כלי לסילוק תביעות שכאלו על הסף. למן שנות התשעים בתי המשפט אף הרחיבו את סוגי המקרים אשר ניתן להגדירם שימוש לרעה בהליכי משפט לאור כניסתו של עקרון תום הלב למישור הפרוצדורלי בכל תחומי המשפט.<sup>280</sup> לפיכך הכרה בתביעת השתקה כתביעה המוגשת מטעמים זרים ובכך מבססת עילה לשימוש בסמכות הטבועה של בית המשפט לסלקה, לא תסתור את המגמה הקיימת אלא תהיה המשך טבעי שלה.<sup>281</sup> לבסוף אציע כי ניתן להרחיב את פרשנות העילה למחיקת תביעה בשל היותה "טורדנית או קנטרנית" לפי תקנה 100(2).<sup>282</sup> לשם כך אביא את דבריו של השופט סולברג בעניין מרוז:<sup>283</sup>

274 שם, בעמ' 139–140.

275 שם, בעמ' 135–137.

276 שם, בעמ' 146.

277 רבינוביץ-עיני ודורפמן, לעיל ה"ש 270, בעמ' 256–270.

278 שם.

279 שם, בעמ' 260, וההפניות המובאות בה"ש 13–14.

280 שם, בעמ' 264–265.

281 ראו את סקירת זרם הפסיקה החדש בנושא שם, בעמ' 265–270. בעמ' 267–268 מתייחסים הכותבים גם ליישומה של הלכת ה-Anti-SLAPP האמריקאית בעניין עוזיהו, לעיל ה"ש 118: "המדובר בתביעות שמגיש גורם חזק (חברה או יחיד בעל אמצעים) נגד מי שמקדם סדר יום חברתי, במטרה לעצור את פעילותו ולהשתיק את השיח הציבורי בנושא. ניתן לראות בהתפתחות זו המשך ישיר של הפסיקה משנות ה-70 של המאה הקודמת, אשר ראתה בהגשת תביעה ממניעים זרים שימוש לרעה בהליכי משפט". אדגיש, כי כדי לזהות מתי התביעה הוגשה מטעמים זרים, ומתי היא מבטאת את רצונו של התאגיד התובע להגן על האינטרסים המסחריים שלו, יש צורך בפיתוח הדוקטרינה ובעיקר את האינדיקציות המעידות על תביעה משתיקה. אולם כאמור, פיתוח זה חורג מגדרי רשימה זו, המבקשת להציע בשלב זה פתרונות עתידיים אפשריים.

282 ראו הצעה דומה של שניידר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 59–61.

283 עניין מרוז, לעיל ה"ש 190, פס' 4 להחלטתו של השופט סולברג (ההדגשה הוספה – ש"ט).

חוק איסור לשון הרע אינו מטיל נטלי הוכחה כבדים על תובע כתנאי סף להגשת תביעתו, כדי למנוע תביעות SLAPP. גם הפסיקה בבתי המשפט בישראל לא קלטה דוקטרינה כזו. עם זאת, לא אלמן ישראל, ודומני כי בדין המצוי קיימים האיזונים הנדרשים כדי להתמודד עם תביעות סרק. בהעדר עלית תביעה, או במקום שבו התביעה טורדנית וקנטרנית, ניתן לסלק תביעה על הסף.

לדעתי יש להשתמש בהצעתו של השופט סולברג, וכאשר עולים מאפיינים של תביעות השתקה, לפעול למען הכרה באלה כהתנהלות טורדנית או קנטרנית. למשל, עיתוי מחשיד בהגשת תביעה,<sup>284</sup> שימוש סדרתי במכתבי התראה ואיומים בתביעות אך מימושם רק כלפי הפעיל המרכזי במאבק הציבורי,<sup>285</sup> וכמובן ניסיונות להאריך ולסרב את ההליכים המשפטיים על מנת לייקר את עלויות המשפט לנתבע.<sup>286</sup>

הצעה נוספת בהקשר זה היא הפיכת נטל הראייה בתוך הליך הסילוק על הסף. הצעה זו אמנם דורשת שינוי גדול יותר של הדין, אך ניכר כי היא אפשרית.<sup>287</sup> כזכור, המשותף לכל מהלכי ה-Anti-SLAPP בארצות הברית הוא דרישת סף מקלה מאוד על הנתבע (המבקש לסלק). לא נדרש ממנו אלא להוכיח כי התביעה עלולה לפגוע בזכותו לחופש הביטוי או ל-Petitioning, ובו ברגע עובר נטל הראייה לתובע, להוכיח כי אין מדובר בתביעה משתיקה. מהלך זה מנטרל את ההתקפה על הנתבע ומונע ממנו את הצורך להשקיע משאבים עצומים כבר בשלב מוקדם של התביעה, ובכך מסייע לו "לשרוד" את ההליך המשפטי ולא להיכנע למטרת ההשתקה. נראה כי מדובר בשינוי צנוע יחסית, שכן ממילא הדיון בבקשת הסילוק

284 כפי שקרה בעניין אור-סיטי, לעיל ה"ש 118, ס' 2 לפסק דינה של השופטת שבה. לדברי השופטת, העובדה שהתביעה הוגשה בסמוך להגשת תביעת העובדים לבית הדין לעבודה מעלה חשד כי מטרת התביעה היא הפעלת לחץ שיהגרום לעובדים לוותר על תביעותיהם במסגרת סכסוך העבודה. כך גם בעניין ברקאי, לעיל ה"ש 118, פס' 2-6 לפסק דינה של השופטת כהן. הנתבעת פרסמה פוסט בבלוג באינטרנט בנושא זכויות עובדים וציינה בין היתר תקרית שאירעה בחברה שממנה התפטרה כחצי שנה קודם לכן. כמה חודשים לאחר מכן הגישה ברקאי, ועמה עובדים אחרים לשעבר בחברה, תביעה בבית הדין לעבודה. זמן קצר לאחר מכן הגישה החברה תביעת לשון הרע נגד ברקאי בגין הפוסט שפרסמה באינטרנט. אם אכן הפוסט פגע בשמה הטוב של החברה, מדוע לא תבעה מיד לאחר הפרסום?

285 כפי שקרה בעניין בראזני, לעיל ה"ש 141, פס' 3 לפסק דינו של השופט שחם. השופט הצביע על כך שחברת הנדל"ן הגישה תביעות ושלחה מכתבי התראה בדבר הגשת תביעה לכמות גדולה של אנשים מלבד הנתבע, וכן הגישה תלונה לרשם העמותות נגד עמותה שפעלה נגד הבנייה. התנהלות זו עשויה להעיד על הנזק העיקרי שנגרם לתובעת ועל המטרה שהיא מעוניינת להשיג – השתקת האופוזיציה שנגדה בכל מחיר. גם בעניין מורגנשטרן, שיגר תאגיד המחזור אל"ה מכתב איום בתביעה לעיתון "גלובס" אך לא מימש את האיום, וכן חרף איומים נמנע מהגשת תביעה נגד ארגון הגג "חיים וסביבה" שהעניק לה בשנת 2007 את "אות הגלובוס השחור" (אות קלון חברתי המוענק על ידי ארגוני סביבה). התביעה נגד מורגנשטרן הייתה היחידה שמומשה לבסוף. ראו ע"א מורגנשטרן, לעיל ה"ש 118, פס' 28 לפסק הדין.

286 ראו עניין החברה לאוטומציה, לעיל ה"ש 118, פס' 35 לפסק דינו של השופט סולברג.  
287 ולראיה, השופטת מארק-הורנצ'יק בעניין עוזיהו בחנה במפורש את האפשרות להפוך את נטל הראייה באמצעות קליטתה של הלכת POME אל המשפט הישראלי. ראו שם, לעיל ה"ש 118, וכן הטקסט הצמוד לה"ש 219-222.

על הסף דורש את תגובת שני הצדדים.<sup>288</sup> לפיכך נראה כי כאשר האינדיקציות מורות על אפשרות חזקה של תביעת השתקה, רשאי בית המשפט במסגרת שיקול דעתו להסתפק בטענות הנתבע בדבר פגיעה בחופש הביטוי ובפועלו הציבורי (ככל שהן מבוססות) ולהעביר את הנטל לתובע להוכיח שהתביעה לא נועדה למטרות השתקה, ושמוכזה הוא הפגיעה בשם הטוב.<sup>289</sup>

טקטיקה מעניינת, הדומה להצעה זו, עלתה בפסק דינה של השופטת בר-אשר צבן בעניין דומב. כאמור, התביעה הועברה לשמיעתה לאחר כמה דחיות של בקשת הנתבעים לסילוק על הסף ולאחר כמה שנים של התדיינות והליכים משפטיים מסורבלים. בפסק הדין ביקשה השופטת לבחון שוב את האפשרות לדחות את התביעה על הסף וציינה:<sup>290</sup>

אין להכביד על בעלי הדין שלא לצורך. לפיכך ראוי לברר תחילה את השאלה אם אמנם יש בפרסום משום לשון הרע ואם עומדות לנתבעים הגנות שאינן מחייבות שמיעת ראיות. רק אילו היה נמצא כי מדובר בפרסום שיש בו משום לשון הרע וכי לא עומדת לנתבעים אף הגנה מאלו שנטענו, כי אז לכאורה, היינו נדרשים לשמיעת ראיות לעניין הגנת אמת בפרסום.

כלומר, כדי להימנע מן האפקט המצנן שמטילות תביעות לשון הרע אשר מכוונות נגד התבטאויות ציבוריות-פוליטיות, יש להידרש ראשית לביוריים בסיסיים שאינם דורשים הליכי גילוי ראיות על מנת להקל על הצדדים ולאפשר את סילוקה של התביעה כבר בשלב מוקדם. הצעה זו מאפשרת להתגבר על הקושי לקבוע, בהתבסס על כתבי הטענות בלבד, האם יש בביטוי משום לשון הרע או לא, ובו בזמן מונעת את התמשכות הדיונים ובכך מנסה לנטרל את ההרתעה והאפקט המצנן שיוטלו על הנתבע. למעשה, מדובר בהצעה דומה להליך ה-Summary Judgment האמריקאי.<sup>291</sup>

288 גורן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 377-378.

289 מבחינה מעשית אפשרות טובה וראלית למדי ליישם את ההצעה בדבר הפיכת הנטל היא שימוש בתק' 101(א)(3) לתקנות סדר הדין האזרחי, הקובעת כי בית המשפט רשאי לדחות את התביעה על הסף על בסיס "כל נימוק אחר שעל פיו הוא סבור שניתן לדחות מלכתחילה את התובענה בנוגע לאותו נתבע". במסגרת זו יקבל בית המשפט את מקבץ האינדיקציות, אם הן חזקות ומבוססות, בדבר היות התביעה משתיקה כ"נימוק אחר" המצדיק את דחייתה, אלא אם התובע יוכיח אחרת. דהיינו, האינדיקציות המצטברות יפעלו לטובת הנתבע, והנטל יועבר לתובע להוכיח שהן אינן מבססות עילה לסילוק התביעה או דחייתה. בדומה לזה אציע להשתמש בסמכות הטבועה של בית המשפט לקבוע כי נעשה שימוש לרעה בהליכי משפט, כדי שהאינדיקציות המצטברות ייצרו מעין חוקת חוסר תום לב, שלפיה התובע מנסה להשתמש לרעה בתביעה למטרות זרות ופסולות, ועל התובע יוטל הנטל לסתור אותה. בשני המקרים, אם התובע לא יסתור את החזקה, התביעה תסולק. כל זאת כאמור מבלי להיזקק לתיקון חקיקה שיעגן עילת סילוק ייעודית לתביעות השתקה, כפי שנעשה בארצות הברית.

290 עניין דומב, לעיל ה"ש 204, פס' 54 לפסק דינה של השופטת בר-אשר צבן (ההדגשה הוספה – ש"ט).  
291 השופטת ציינה גם כי לאורך הדרך התובע התנגד לניסיון לקצר את ההליך ולהקל על הצדדים. להתנהלות זו, כפי שציינה השופטת, "יש מחיר כשם שיש מחיר גם לעצם הגשת התביעה בגין פרסום אשר רחוק מלהוות לשון הרע". לפיכך הטילה על דומב, התובע, הוצאות משפט ראליות בסך 70 אלף שקלים. ראו שם, פס' 54 לפסק דינה של השופטת בר-אשר צבן.

לסיכום נקודה זו אוסיף שתי הערות: ראשית, יתרונה של ההצעה להרחיב את הפרשנות של תקנה 100 גלום בכך שמדובר במחיקת התביעה, תרופה דיונית הנחשבת חמורה פחות מדחייה על הסף, משום שהתובע רשאי להגיש את התביעה בשנית בעתיד. לגישתי, זהו איזון ראוי עם זכותו החוקתית של התובע לגישה לערכאות. אולם הערה זו אינה תקפה באשר להצעה הנוגעת לשימוש לרעה בהליכי משפט, ולכן נדרשת זהירות שיפוטית בשימוש בכלי זה על מנת שלא להרתיע תובעים בעלי עילת תביעה לגיטימית. שנית, אסייג ואומר שכידוע, יש חשיבות עצומה בענייננו לפקטור הזמן. לכן גם סילוקה של התביעה על הסף לא תמיד תהא תרופה מספקת אם הדיון בבקשת הסילוק ייערך לאחר המתנה ממושכת, שכן אין ודאות שהאפקט המצנן אכן נוטרל.<sup>292</sup>

### (ב) פסיקת הוצאות משפט ראליות ועונשיות

לפי הכלל האמריקאי, אי אפשר להשתמש בהוצאות המשפט כדי להשפיע על מערך התמריצים של תובע ונתבע. לפיכך מדינות ארצות הברית אימצו חריג לכלל האמריקאי תחת חקיקת Anti-SLAPP באופן המאפשר הרתעה אפקטיבית של תובעים מהגשת תביעות SLAPP בעתיד, באמצעות הטלת הוצאות עונשיות.<sup>293</sup> לעומת זאת בישראל ניתן להשתמש בפסיקת הוצאות המשפט על מנת להביא לכך ששווי הנטו של התביעה יהא שלילי מבחינת התובע, באופן שיתמרצו שלא להגישה.

כאמור, הלכת תנובה קבעה כי נקודת המוצא לפסיקת הוצאות משפט היא כי יש לפסוק הוצאות ראליות, בכפוף לשיקולי סבירות ומידתיות. עם זאת בפועל פעמים רבות נפסקים סכומים נמוכים למדי, והשימוש בהוצאות עונשיות חריג ביותר. בנוסף, בתי משפט נוטים לפסוק הוצאות לטובת תובע שניצח גם אם שיעור קטן ביותר מכלל טענותיו נתקבלו.<sup>294</sup> גישה זו אינה תואמת את העובדה שהדין הקיים מאפשר להתחשב בכמה קריטריונים רלוונטים ביותר לתביעות השתקה בעת קביעת שיעור ההוצאות – הדרך שבה ניהלו בעלי הדין את הדין;<sup>295</sup> היחס בין הסעד שנתבקש לבין הסעד שנפסק בתום הדין;<sup>296</sup> חשיבות הסוגיה שהובאה לדיון והאינטרס הציבורי שבה.<sup>297</sup> לדעתי, אלו הם אלמנטים שניתן וראוי להשתמש בהם כדי להשפיע על מערך התמריצים ולהרתיע תובעים מהגשת תביעות השתקה.

זאת ועוד, לפי חומרת התביעה, ייתכן כי יש מקום לשקול גם שימוש בפסיקת הוצאות עונשיות. ככלל, ענישת הצד שהפסיד אינה חלק מתכליות פסיקת ההוצאות בדין האזרחי.<sup>298</sup> עם זאת נראה כי תקנה 514 לתקנות סדר הדין האזרחי מאפשרת בהחלט ואף מרמזת על

292 שנידור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 61. שנידור מציע לקבוע עדיפות לבירור תיקי SLAPP, אולם לא מצאתי מקור חוקי בדין הקיים לעיגון מתן עדיפות שכזו. לפיכך ייתכן שבעיה זו לא תיפתר אלא בחקיקת מגן מיוחדת.

293 ראו לעיל בפרק ג.

294 שנידור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 62.

295 תק' 512(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.

296 שם.

297 עניין תנובה, לעיל ה"ש 225, פס' 24 לפסק דינו של הרשם מרזל.

298 גורן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 728.

האפשרות להטיל הוצאות עונשיות במקרים של תביעות סרק.<sup>299</sup> וממילא, גם ללא העיגון החוקי בתקנה 514 בית המשפט רשאי להטיל הוצאות משפט עונשיות על תובע בתביעת סרק מכוח סמכותו הטבועה.<sup>300</sup> אף שככלל בתי המשפט נזהרים משימוש בסמכותם זו ואינם נוהגים לפסוק הוצאות עונשיות בהליכים אזרחיים, ייתכן שתופעת פסיקת ההוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ יכולה לשמש רוח גבית לכוחו של השופט לפסוק הוצאות לפי התנהלותם של הצדדים בתיק ובהתרחקות מפסיקת הוצאות מסורתית יותר, כשהדבר מתחייב.<sup>301</sup> עם זאת יש לזכור כי שיקול דעתו של בג"ץ בפסיקת הוצאות רחב מזה של בית משפט הדן בעניין אזרחי.<sup>302</sup> לפיכך יש להקפיד שההוצאות העונשיות ייפסקו רק במקרה שההליך המשפטי נמשך זמן רב ולא הסתיים בבקשת סילוק על הסף, שהרי מדובר בכלי חריג. אם התביעה זוהתה כתביעה משתיקה כבר בשלב קדם-המשפט וסולקה על הסף, ניתן להסתפק בפסיקת הוצאות ראליות אלא אם התנהגותו של התובע שעוררייתית במיוחד (למשל, דפוס חוזר של איום בתביעות משתיקות על כמה נתבעים) ומצדיקה הרתעה חזקה יותר.<sup>303</sup>

יש לציין כי המיפוי שנערך ברוח האגודה לזכויות האזרח ובעבודתו של שנידור העלו כלים נוספים, שוליים יותר, הקיימים בדין הישראלי שבהם ניתן להשתמש כדי לשנות את מערך התמריצים. בין כלים אלה ניתן למצוא שימוש בתקנה 519 לתקנות סדר הדין האזרחי המאפשרת לחייב תובע בהפקדת ערובה לתשלום הוצאות הנתבע;<sup>304</sup> הטלת סנקציות שונות

299 תק' 514 לתקנות סדר הדין האזרחי: "ראה בית המשפט או הרשם כי בעל דין האריך את הדיון בכל הליך שלא לצורך, על ידי טענות סרק או בכל דרך אחרת, רשאי הוא, באותו הליך או בפסק הדין, וללא קשר עם תוצאות המשפט, להטיל עליו את הוצאות ההליך או המשפט בשיעור שימצא לנכון בנסיבות הענין, לטובת בעל הדין שכנגד או לטובת אוצר המדינה, או לטובת שניהם" (ההדגשה הוספה – ש"ט).

300 גורן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 732.

301 ראו ענבר לוי ונדיב מרדכי "פסיקת הוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ: האם כל השערים ננעלו?" משפטים על אתר 35 ו 35 (2013). המאמר מציג מגמה הבאה לידי ביטוי בפסיקת הוצאות כבדות וחריגות על עותרים ציבוריים (ארגון חברתי שלא למטרות רווח) באופן שחורג מהעמדה השמרנית יחסית שנקט בית המשפט העליון בעבר, שלפיה היה נהוג שלא לפסוק הוצאות לחובת עותרים ציבוריים. עם זאת חשוב להדגיש את הרציונל ההפוך בין המהלכים; ניתן לטעון כי מגמת פסיקת ההוצאות בבג"ץ עשויה להביא לנטרול עותרים המגנים על האינטרס הציבורי (קו מחשבה שלוי ומרדכי דווקא מסתייגים ממנו; ראו שם, בעמ' 59–63), ואילו פסיקת הוצאות משפט לתובע בתביעת השתקה מקדמת את אותו אינטרס ציבורי שהעותרים שהנתבעים, הפעילים ציבורית, מנסים להגן עליו (או לכל הפחות, מנטרלת את הפגיעה בו).

302 סמכות בג"ץ בפסיקת הוצאות אינה מבוססת אך ורק על תקנות סדר הדין האזרחי אלא גם על תקנות סדר הדין המיוחדות בבג"ץ, הקובעות כי סוגיית ההוצאות מסורה במידה רבה לשיקול דעתו ולתחושת הצדק של בית המשפט הדן בתיק. ראו תק' 20(ב) לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד–1984; לוי ומרדכי, לעיל ה"ש 301, בעמ' 41.

303 שהרי ייתכן כי אם ייפסקו הוצאות ראליות בשלב מוקדם יחסית של הדיון, והסכום שהושקע היה קטן, התובע לא יירתע מלנקוט אותה אסטרטגיה משתיקה בעתיד.

304 שנידור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 63. לפי הדין הקיים, בית המשפט נוהג במתינות בהפעלת תק' 519 ונוהר מפגיעה בוכות הגישה לערכאות של התובע. אולם היות שאחת ממטרותיה העיקריות של התקנה היא מניעת תביעות סרק, עלולת הקריאות להשתמש בה שימוש רחב יותר בהקשר זה. ראו גורן, לעיל ה"ש 182, בעמ' 736–737.

על עורכי דין המגישים תביעות השתקה בשם לקוחותיהם;<sup>305</sup> פסיקת הוצאות לטובת אוצר המדינה, בעיקר במקרים של סיום ההליך בפשרה;<sup>306</sup> שימוש בעוולת הרשלנות כעילה לתביעה נגד תובע שהגיש תביעת השתקה.<sup>307</sup>

בתום דברים אלו יצוין כי פתרון בדמות מהלך פסיקתי באופן שהוצע לעיל אינו חף מקשיים. ייתכן שתידרש תקופת זמן לא מבוטלת לשינוי ההלכה בדרך של שינוי פסיקתי. בהיעדר פסיקה מנחה מבית המשפט העליון, אפשר שהפרשנות של מקרים שונים תהיה שונה מבית משפט לבית משפט, ואין ביטחון כי היא תעניק ודאות לנתבעי SLAPP המבקשים להתגונן מהשתקה. לפיכך האפקט המצנן – שהוא כאמור הבעיה העיקרית – לא ימוגר בהכרח. כמו כן אין בכלי זה משום אימוץ של אמירה ברורה וחד-משמעית נגד התופעה, המלווה בדיון פרלמנטרי. לבסוף סילוק תביעה על הסף מספק פתרון מהיר לנתבע, אך אם הליך זה אינו מלווה בסנקצייה עונשית כבדה (כגון פיצוי עונשי או עילת תביעה נגדית) אין הכרח כי הוא ירתיע תובעים, בעיקר תובעים בעלי "כיס עמוק". לשם כך יש צורך בשינוי רדיקלי יותר של מערך התמריצים. אם כן, כפי שציינתי בראשית פרק זה, הפתרון הראוי לטווח הארוך הוא מהלך חקיקתי רחב, הכולל אף הכרה ב"זכות להשתתף בהליך הדמוקרטי" כזכות-גג או כזכות נגזרת מזכות אחרת. אולם דברים אלו הם בגדר הערה צופה פני עתיד בלבד. הפתרון הנדרש לעת עתה מצוי בידי בית המשפט ואינו מצריך צעדים מרחיקי לכת.

## ז. סיכום

ברשימה זו הראיתי כי הדין הישראלי, בדומה לדין האמריקאי, מספק תמריצים רבים לתובעים המבקשים להשתמש בתביעות לשון הרע ככלי אסטרטגי להשתקת פעילות ציבורית. עם זאת לאור האיזון העדין שבין חופש הביטוי לזכות לשם טוב במשפט הישראלי אני סבורה כי אימוץ חקיקה מיוחדת נוסח חקיקת ה-Anti-SLAPP האמריקאית הוא צעד שאמנם נצרך נורמטיבית אך לא יתאפשר מיד, הן בשל אי-בשלותה של הדוקטרינה הישראלית הן בשל המציאות הפוליטית הקיימת. אולם מפאת החשש הכבד מהאפקט המצנן שתביעות ההשתקה יוצרות ומפאת הסיכון הממשי שמוטל על שוק הדעות החופשי בישראל בעקבות תביעות אלו – אני סבורה כי יש להשתמש בכלים הדיוניים הקיימים על מנת לפתח את הדוקטרינה הישראלית ולשנות את מערך התמריצים, באופן שהסיכון שיוטל על התובע בתביעת השתקה ימוקסם, והסיכון המוטל על הנתבע – יצומצם.

אינני מתיימרת להציג תמונה מלאה של תופעת תביעות ההשתקה בישראל אלא לספק בסיס לפיתוחו של שיח אקדמי ער בנושא ופיתוחו בפסיקה. הקריאה החשובה ביותר לחוקרי המשפט היא לערוך מחקר אמפירי בנושא, אשר יוכל לבסס מסקנות ברורות בדבר קיומן של

305 דו"ח האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 97; בר-עם, לעיל ה"ש 73, בעמ' 176–178; שניידר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 67–70.

306 שם, בעמ' 63.

307 שם, בעמ' 64–66; בר-עם, לעיל ה"ש 73, בעמ' 179–199; דו"ח האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 96.



תביעות משתיקות בישראל ובדבר היקף התופעה. אם מחקרים אלו ייעשו, יהיה ניתן לרונן אף בפתרון הראוי שיש לספק לתופעה, לאור הניתוח שהוצע ברשימה זו. חשוב במיוחד לבצע מחקר שיתמקד בפיתוח "כללי אצבע" לזיהוי תביעות השתקה, נוסף על האינדיקציות הבסיסיות שהוצגו ברשימה זו, שכן זהו השלב הקריטי ביותר בתהליך כולו.

זמן קצר לפני ירידתו של מאמר זה לדפוס, התייחס בית המשפט העליון לראשונה לסוגיית תביעות ההשתקה. במסגרת דיון בערעור של הנתבעים (קבוצת צעירים שהפעילה קבוצת פייסבוק אשר התנגדה לפעילות הארגון "אם תרצו") בעניין אם תרצו על הוצאות המשפט הנמוכות (שקל אחד) שנפסקו לטובתם, וערעור שכנגד, הסכימו הצדדים בהמלצת בית המשפט כי פסק הדין של בית המשפט המחוזי יבוטל, בעוד התובעים (תנועת "אם תרצו") יתרמו סכום של 30,000 ש"ח לעמותת "תנו לחיות לחיות". בשורה קצרה בפסק הדין ביקשו השופטים להביע את הסתייגותם מתביעות מסוג זה, בקובעם כי "בית משפט זה מביע עמדתו כי ראוי לתביעה כגון דא שלא היתה מוגשת מלכתחילה, וראוי, כהנחיה נורמטיבית לעתיד, כי בתי המשפט יתנו דעתם לנושא ההוצאות בתביעות כגון דא".<sup>308</sup>

בכך, נפתח צוהר ראשון ומשמעותי לשימוש בהוצאות משפט ככלי למיגור תביעות השתקה. יתר על כן, מקריאת פרוטוקול הדיון עולה התחושה כי השופטים היו תמימי דעים שהתביעה נסובה סביב ביטויים שנאמרו במסגרת שיח ציבורי-פוליטי לגיטימי, ולפיכך מלכתחילה לא ראוי היה להגישה ואף היה ראוי לדחותה על הסף.<sup>309</sup> יש לקוות שמסרים אלו יהדהדו לערכאות הנמוכות, שם מוגשות מדי יום תביעות דיבה חדשות.

בשל סכומי העתק הנדרשים כפיצוי בתביעות השתקה סביר להניח כי בקרוב יגיעו ערעורים נוספים בתביעות השתקה לפתחו של בית המשפט העליון, והוא יידרש להחליט אם למסגר את התופעה ולתת לה התייחסות פרשנית מיוחדת או לדון בכל תביעה לגופה כ"עץ" המנותק מ"יער" התביעות הדומות שמאיים על חופש הביטוי, ולהחיל עליה את ההסדרים הדינוניים כפי שהם מתפרשים כיום. ניתן לקוות כי במסגרת הדיון בתביעה שכזו תפתח דוקטרינת SLAPP "תוצרת הארץ" אשר תספק הגנה ראויה לחופש הביטוי ותאפשר שיח ציבורי מושכל בסוגיות שנויות במחלוקת. שכן, ראוי כי מאבקים ציבוריים ומחלוקות ערכיות יתנהלו ויפתרו על גבי דפי העיתונים, במסדרונות הכנסת ובכיכרות העיר ולא באולמות בית המשפט בכסות של דיון משפטי לגיטימי.<sup>310</sup>

308 עניין ילין, לעיל ה"ש 127, פס' 3 לפסק הדין.

309 וראו דבריו של השופט עמית לבא כח תנועת "אם תרצו" בעמ' 3 לפרוטוקול הדיון מיום 15.7.2015 בעניין ילין, לעיל ה"ש 127: "צר לי לומר, התביעה כל כך סותרת מושכלות יסוד של ביהמ"ש הזה לגבי היקף חופש הביטוי כאשר אנו מדברים על ליבת זירה פוליטית אידיאולוגית וכאשר מצד שני יש את זירת הפייסבוק, כאשר לוקחים את שני הרכיבים האלה התוצאה היא שתתביעתכם לא תקבל. האמת היא שתביעתכם הייתה צריכה להידחות על הסף".

310 ויפיים לענייננו דברי השופט יעקובי בעניין אם תרצו, לעיל ה"ש 127, פס' 13 לפסק דינו: "בפתח הדברים אציין כי אני סבור שמוטב היה להימנע מהגשת התביעה דנן. לדעתי רצוי לאפשר את השיח הנובע מן המחלוקות הערכיות והפוליטיות הקיצוניות שבין התובעת לבין הנתבעים ללא הגבלות שאינן הכרחיות וכפועל יוצא מכך – רצוי שאותו שיח לא יהיה מלווה בתביעות משפטיות. כדי שהשיח יהיה פורה ויאפשר חידוד המחלוקות, ליבונן ואפשרות של השפעה הדדית רצוי שלא תיתבענה סנקציות גם במקרים של אמירות בוטות מסוימות ברוח אלה שעלו במקרה דנן".