

שומר פיו ולשונו – שומר מצרות נפשו: פיצויים ללא הוכחת נזק בחוק איסור לשון הרע

הערת חקיקה בעקבות הצעה לתיקון החוק¹

מאת

תומר קרמרמן*

סעיף 7א לחוק איסור לשון הרע מאפשר לבית המשפט, במקרה של תובע שלא הצליח להוכיח את נזקיו, לפסוק פיצויים בסכום של עד 50,000 ש"ח לזכות הניזוק, לפי שיקול דעתו של השופט. הסעיף זכה לביקורת באקדמיה ובפסיקה, שעיקרה הטענה כי אין בו צורך – גם טרם חקיקתו פסקו בתי המשפט פיצויים לתובעים שלא הוכיחו את נזקיהם, ואף בסכום גבוה מהתקרה הסטטוטורית.

בימים אלו מונח על שולחנה של הכנסת תיקון 10 לחוק איסור לשון הרע, המרחיב את הסעדים הנקובים בסעיף 7א ומאפשר לבית המשפט לפסוק פיצויים בכל סכום עד לתקרה של 300,000 ש"ח, ללא צורך בהוכחת נזק. נראה שברקע לתיקון זה קיימת טעות משפטית דומה לזו שהובילה לחקיקת סעיף 7א מלכתחילה.

רשימה זו בוחנת את יחסה של הפסיקה לסעיף 7א בתקופה שחלפה מאז חקיקתו ואת הגישות הפרשניות השונות שהובעו בעניינו. הטענה העיקרית היא כי הגישה המרכזית, שהתקבלה בסופו של דבר בפסיקה, מרוקנת את הסעיף מתוכן ומחזירה למעשה את המצב המשפטי ששרר טרם חקיקתו על כנו. עוד יצוינו ברשימה היבטים שונים, עקיפים, שבהם נראה כי נודעה משמעות לסעיף, ובעיקר להשפעתו העקיפה על התנהגותם של שופטים ושל ניזוקים.

לאור סקירה זו תוצע בחלקה השני של הרשימה הערכה באשר לאחריותו של תיקון 10 לחוק; האפשרות כי זה יוביל לפרשנות מחודשת של הסעיף תיבחן, ויוצעו קווי מתאר באשר לטיבה של פרשנות זו לפי כל אחת מהגישות השונות שהובעו בפסיקה בדבר סעיף 7א. עוד ייסקרו השלכות עקיפות אפשריות של הסעיף.

מסקנת המאמר, באופן כללי, היא כי תיקון 10 אינו נחוץ ולא צפוי לשנות את המצב המשפטי בצורה שתשרת את כוונתו של המחוקק. לפיכך יוצעו בקצרה קווים מנחים לשינוי החוק בדרך שכן תעשה זאת.

1 הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 10) (הרחבת סעדים), התשע"ב–2011, ה"ח הכנסת 22 (להלן: הצעת תיקון 10).

* תלמיד שנה ד לתואר בוגר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. תודתי נתונה לחברי מערכת משפטים, ובמיוחד לעורכים אור אלקון ויעל קריב, על עזרתם בחידוד הטענה ועל ההערות המצוינות והיסודיות שתרמו רבות לגרסתו הסופית של המאמר. האחריות לדברים היא כמובן שלי בלבד.

מבוא. א. פיצויים בתביעות לשון הרע טרם חקיקת סעיף הפיצויים הסטטוטוריים.
 1. תכלית הפיצוי; 2. אופן הוכחת העוולה והקושי הנובע ממנו; 3. התמודדות הפסיקה;
 ב. סעיף הפיצויים הסטטוטוריים – היסטוריה חקיקתית. 1. חקיקת תיקון 6 לחוק איסור
 לשון הרע; 2. תכלית התיקון ונפקותו; ג. סעיף 7א – ההיסטוריה הפסיקתית. 1. גישה
 א – הסעיף כרצפה; 2. גישה ב – הסעיף כתקרת פיצוי; 3. גישה ג – הסעיף כראש נזק
 עונשי; 4. גישה ד – הסעיף כנקודת מוצא לאומדן הנזק; 5. הגישה הנוהגת – איון
 הסעיף; 6. נפקויות סעיף 7א; ד. תיקון 10 לחוק. 1. תוכן התיקון; 2. תכלית התיקון
 והליך חקיקתו; 3. שינויים צפויים בדין הנוהג בעקבות התיקון; סיכום.

מבוא

בשנת 1998 נחקק בכנסת תיקון 6 לחוק איסור לשון הרע (פיצויים ללא הוכחת נזק),² המסמיך את בתי המשפט לפסוק פיצויים בסכום של עד 50,000 ש"ח בתביעות לשון הרע נזיקיות, ללא תלות בשאלה אם הצליח התובע להוכיח את נזקיו. לכאורה, טרם התיקון סבלו תובעים במקרי לשון הרע מקושי ראיתי להוכיח את נזקיהם, נזקים שנוטים להיות קשים לכימות ולהוכחה. הצעת החוק נועדה לאפשר לבתי המשפט לעשות צדק עם תובעים כאלו במקרים שבהם נוכח בית המשפט שנגרם נזק אך זה אינו ניתן לכימות ישיר לפי דיני הנזיקין המקובלים, ולאפשר להם לקבל פיצוי – המוגבל לפי תקרת סכום כמתואר – גם ללא הוכחת נזק מיוחד (ממוני).³

בפועל גם טרם חקיקת התיקון הפעילו בתי המשפט חזקה שנועדה להתגבר על הקושי המתואר ולאפשר לתובעים שהוכיחו פגיעה בשמם הטוב לקבל פיצויים – ללא מגבלת סכום – גם מבלי להוכיח שנגרם להם נזק מיוחד.⁴ כלומר, לא רק שלא היה צורך משפטי בתיקון 6 – אלא באופן אבסורדי, היה בו דווקא כדי לפגוע בתובעים ולהגביל את הסכום המרבי אותו הם מסוגלים לתבוע בשל עוולות לשון הרע.⁵

- 2 הצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 8) (פיצויים ללא הוכחת נזק), התשנ"ח–1998, ה"ח 568 (להלן: הצעת תיקון 6). הצעת החוק, שתיקנה את חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה–1965, מוספרה במקור כתיקון 8, והסמיכה את בית המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק בסכום של 30,000 ש"ח בלבד; כאשר נהייתה לחוק שונה מספר התיקון ל-6 והסכום עודכן ל-50,000 ש"ח. ראו חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 6), התשנ"ט–1998, ס"ח 18 (להלן: תיקון 6).
- 3 יובל קרניאל ועמירם ברקת "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמך" עלי משפט ב 205, 218 (2002).
- 4 ראו אורי שנהר דיני לשון הרע 367, 375 (1997); קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 210–211. טרם חקיקת תיקון 6 השתמשו תובעים בחזקה בהצלחה כדי לזכות בפיצויים גם מבלי להוכיח נזק מיוחד, לרבות בסכומים העולים על 50,000 ש"ח. ראו שם, בעמ' 240–242.
- 5 זו על כל פנים טענתם של קרניאל וברקת במאמרם. לפיכך המליצו השניים לבטל את התיקון או לאיינו בדרך של פרשנות. ראו שם, בעמ' 245.

יותר מעשור חלף מאז נחקק תיקון 6, ושוב מוטל המחוקק מאופן פסיקת הפיצויים בתביעות לשון הרע. בשנת 2011 העבירה הכנסת בקריאה ראשונה, בצל דיון ציבורי סוער, את תיקון 10 לחוק איסור לשון הרע, ההולך בעקבות קודמו ומגדיל את סכום הפיצויים הסטטוטוריים שאפשר לפסוק בתביעות לשון הרע פי שישה: מ-50,000 ש"ח ל-300,000 ש"ח.⁶ נראה שהגיעה העת לחזור לסעיף 7א, סעיף הפיצויים הסטטוטוריים בחוק איסור לשון הרע שנחקק מכוח תיקון 6, לבחון את הפרשנות שהעניקו לו בתי המשפט בערכאות השונות – במפורש או במובלע – בשנים שחלפו מאז חקיקתו, ולנסות ולהעריך איזו נפקות תיוודע לתיקון 10, אם זה יהפוך לחוק.

טענתי המרכזית ברשימה זו היא כי הפרשנות שהתקבלה בפסיקה לסעיף 7א אמנם שומרת על רטוריקה שיפוטית של נאמנות ללשון החוק, אך בפועל – מאיינת אותו ממשמעות ומשמרת את כוחו של בית המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק בכל סכום שהוא, ללא התחשבות במגבלה הסטטוטורית. מנגד, אפשר להצביע על דרכים עקיפות שבהן ייתכן שנודעה לסעיף השפעה על הדין – המרכזיות שבהן הן הכוונת השופטים ויצירת אמת מידה להערכת נזקים בתביעות לשון הרע וכן השפעה על התנהגותם של ניזוקים בבואם לבחור את המסלול שבו יתבעו נזקיהם.

כפועל יוצא היה אפשר לצפות כי גם תיקון 10 ירוקן מתוכן בצורה דומה, והמשמעות המשפטית הישירה שתיוודע לו – בניגוד לעולה מהסערה הציבורית שליוותה, ועודה מלווה, את תהליך החקיקה – תהא שולית.⁷ אך הדברים אינם חד-משמעיים, ואפשר שלתיקון תהיינה נפקויות ממשיות – במישורין אם יעורר מחדש את הדיון על הפרשנות הנכונה של הסעיף, ובעקיפין אם לא יעשה כך – בגין השפעתו הצפויה על הסכומים שבתי המשפט פוסקים ועל התנהגותם האסטרטגית של ניזוקים. השפעות אפשריות אלו ייבחנו לאור יחסה של הפסיקה לסעיף 7א בעבר.⁸

6 בדומה לתיקון 6, הוכחת זדון בפרסום מאפשרת לבית המשפט לפסוק פיצוי בסכום כפול, עד 600,000 ש"ח. הצעת התיקון כוללת שינוי נוסף לחוק – הטלת סנקצייה על מפרסם לשון הרע שלא אפשר למושא הפרסום להגיב – שאינו במוקד דיון זה.

7 הכוונה היא לנפקות המשפטית של התיקון ולא להשלכותיו במישור הציבורי. חלק גדול מהביקורת כלפי הצעת החוק נגעה להיותה חלק מ"גל חקיקה אנטי-דמוקרטי", ולכך שזו נועדה לשלוח מסר מרתיע לכלי תקשורת שאינו תלוי בנפקות המשפטית של התיקון גרידא (ראו פרוט להלן, בפרק ד.2). אלו אינן טענות קלות משקל, אך בחינתן חורגת מגדרי רשימה זו ותיוותר לאחרים.

8 כפי שיתואר להלן, מלבד ההקשר המשפטי הקונקרטי וההשלכות של פרשנות התיקון על דיני לשון הרע במשפט הישראלי, מדובר במקרה בוחן מעניין לקושי פרשני מסוג מיוחד: מקרה שבו כוונתו של המחוקק והאינטרס השיפוטי באשר לפרשנות הנכונה מתלכדים זה עם זה אך עומדים בסתירה ללשון החוק. השאלה כיצד על השופט לפעול במקרה שבו מחד רצונו של המחוקק ברור, ומאידך הנחייתו המפורשת מסכלת רצון זה, אינה פשוטה כלל ועיקר; במקרה זה, כפי שייטען, העדיף בית המשפט – תוך שמירת אמונים, אמנם רטורית, לדבר החקיקה – את הפרשנות הסובייקטיבית ובחר לפעול לפי כוונת המחוקק ולא לפי לשון הוראתו.

בחלקה הראשון של הערת החקיקה אבחן באופן כללי את הסדר הפיצויים הנוהג כיום בתביעות לשון הרע אזרחיות, בדגש על תכלית הפיצויים ואופן הוכחת העוולה. בחלק השני אבחן את סעיף 7א המדובר ואתאר – בעקבותיהם של קרניאל וברקת – את תכליתו המשוערת, את הטעות המשפטית שעמדה ברקע הליך החקיקה ואת ההתנגשות שנוצרה בין כוונת המחוקק לבין לשון החוק. בחלק השלישי, המרכזי, אסקור את פרשנות הסעיף בפסיקה בשנים שחלפו מאז כניסתו לתוקף; תחילה אסקור גישות שונות שעלו בפסיקה אך לא זכו לדומיננטיות, ולאחר מכן אתאר בהרחבה את הגישה הדומיננטית, ה"מאינת", ואת התפתחותה לאורך השנים.

בחלקה הרביעי של הרשימה אדון בעתידו של תיקון 10 לאור הפרשנות שניתנה לסעיף 7א: מחד אציג את ההערכה שנראית סבירה ביותר, שלפיה לא צפוי שתהיה לתיקון נפקות משפטית ישירה ניכרת, ומאידך אסקור כמה היבטים שבהם הוא עשוי להשפיע על הדין. בנוסף, תיבחן האפשרות שבמסגרת שינוי בפרשנות המקובלת תשוב אחת הגישות שנדחו בפסיקה לדומיננטיות. לבסוף, אתייחס בקצרה להסדר הרצוי.

היה בתיקון 6 לחוק, שנבע במידה רבה מטעותו של המחוקק בנוגע למצב המשפטי לאשורו, כדי להוביל לתוצאה הפוכה מזו שאלה התכוון המחוקק, והוא אילץ את בתי המשפט לבצע לוליינות פרשנית כדי להימנע מלפגוע בתובעים שמתקשים להוכיח את נזיקיהם. הצעת החוק הנוכחית נובעת מאותה טעות משפטית, וכך במקום לתקן את המצב אפשר שיהיו לה השלכות דומות. מטרת רשימה זו היא להציג את הדין הנוהג לאשורו כבסיס לדיון מושכל ומדויק יותר בכנסת, בבתי המשפט ובציבור הרחב מתוך תקווה שבעתיד ישכיל המחוקק, אם יבחר לעשות זאת, לתקן את חוק איסור לשון הרע בדרך שתממש את כוונתו ורצונותיו – יהיו אשר יהיו – ולא תסכל אותן.

א. פיצויים בתביעות לשון הרע טרם חקיקת סעיף הפיצויים הסטטוטוריים

1. תכלית הפיצוי

תכליתם הכללית של פיצויים בדיני הנזיקין היא להשיב את המצב לקדמותו.⁹ המטרה העומדת ביסודו של סעד הפיצוי הכספי היא השבת הנפגע למצב שבו היה לולא נגרם הנזק. כלל זה, המכונה עקרון ההשבה, ניצב במרכזם של דיני הנזיקין; פיצויים שתכליתם שונה, כגון פיצויים עונשיים (במקרה שהעוולה בוצעה בכוונה תחילה או בזדון למשל)

9 יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 571 (מהדורה שנייה, גר טרסקי עורך, 1976).

או פיצויים שמטרתם יצירת הרתעה, הם יוצאי דופן וייפסקו רק בהסדרים ובמקרים מסוימים שבהם אפשר להצדיקם.¹⁰

פיצויים הנפסקים בתביעות לשון הרע הם דוגמה ליוצאי דופן כגון זה. תכליתם של פיצויים אלו אינה רק לפצות את התובע על הנזק שנגרם לו; בפסיקה הוזכרו עוד כמה וכמה תכליות, ובהן הצהרה (בעצם פסיקת הפיצויים) ששמו הטוב של התובע נפגע ללא צידוק,¹¹ צמצום הפגיעה בתובע ו"מירוק" שמו הטוב, הרתעה כללית וחינוך הציבור נגד הוצאת דיבתו של אדם והרתעת אמצעי התקשורת במיוחד, בשל כוחם הרב, מפגיעה לא מוצדקת במושא פרסום תקשורת.¹² בפסיקת בית המשפט העליון דיני לשון הרע משמשים (לפחות רטורית) פרדיגמה של פיצוי עונשי מוצדק ומובאים לעתים כדוגמה לתחום נזיקי שבו הסעד הכספי משרת תכלית הרתעתית.¹³

עם זאת ייאמר שפיצויים עונשיים לא ייפסקו בכל מקרה של לשון הרע אלא רק במקרים חריגים המצדיקים זאת – בעיקר פרסום זדוני בכוונה לפגוע בשמו הטוב של התובע.¹⁴ מקרים אלו מצדיקים פסיקת פיצוי מוגבר הן לשם ענישת התובע המזיק והן לשם הרתעת מזיקים פוטנציאליים אחרים.

2. אופן הוכחת העוולה והקושי הנובע ממנו

אם כן, תכלית הפיצוי האזרחי בדיני לשון הרע איננה רק השבת מצבו של התובע לקדמותו אלא גם ענישת הנתבע והרתעת מפרסמים אחרים. לפיכך הסעיף לפי לשונו אינו דורש הוכחת נזק כתנאי להתממשות העוולה; סעיף 1 מגדיר לשון הרע "דבר שפרסומו

10 ראו למשל רע"א 7644/09 תרכובות ברום בע"מ נ' לדני (פורסם בנבו, 11.4.2010); ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 567–562, 486 (2004).

11 רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (פורסם בנבו, 12.11.2006) הוא דוגמה מעניינת לדרך שבה בית המשפט משתמש בפיצוי הכספי לשם תכלית זו. בפסק הדין נידונה תביעתו של פעיל הימין הקיצוני איתמר בן-גביר את העיתונאי אמנון דנקנר על שהאחרון כינה אותו "נאצי קטן". בית המשפט קבע, באחת הדעות שניתנו, כי בשל המוניטין המפוקפק ממילא של בן-גביר בציבור טרם התקיימה הוכחה לפיצויים בסך שקל אחד – סעד בעל ערך סמלי בלבד, המבטא הכרה בפגיעה העקרונית בשמו הטוב של התובע, ללא פיצוי ממוני (ראו שם, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ארבל).

12 לסקירה כללית ראו שנהר דיני לשון הרע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 369–370; עניין בן גביר, לעיל ה"ש 11, פס' 33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ופס' 24 לפסק דינה של השופטת ארבל; ע"א 802/87 נוף נ' אבנרי, פ"ד מה(2) 489, פס' 11–12 לפסק דינו של השופט ד' לוי (1991).

13 ראו למשל ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, פ"ד סא(3) 603, פס' 14 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

14 ראו שנהר דיני לשון הרע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 372, לרבות האסמכתאות המובאות שם. פרסום לשון הרע בכוונת זדון עשוי אף להתגבש לכדי עבירה שדינה מאסר, לפי ס' 6 לחוק איסור לשון הרע.

שפרסומו עלול" להשפיל אדם, לבזות אותו או לפגוע בו;¹⁵ יסוד הנזק, או חובת הוכחתו, אינם מוזכרים כתנאי להתגבשות העוולה.¹⁶ עם זאת – בשל מקומו המרכזי בדיני הנזיקין של עקרון ההשבה, שלפיו אין פיצוי ללא נזק, התקבלה המוסכמה שלפיה אמנם עוולת לשון הרע יכולה להתגבש גם ללא הוכחת נזק (ולהעניק לתובע צו איסור פרסום, למשל, או פרסום תיקון מכוח סעיף 9 לחוק), אך כדי להיות זכאי לסעד הפיצויים, יהיה על תובע להוכיח את נזקיו.¹⁷ כלומר, די בהוכחה כי פרסום מהווה "לשון הרע" כדי להרים את נטל הוכחת העוולה, אך זכאות לפיצויים תלויה בהוכחת יסוד הנזק.

נזק מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין "אובדן חיים, אובדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה".¹⁸ קיימות שתי הבחנות מקובלות בדין באשר לסוגי נזקים. הראשונה היא בין נזק ממוני לנזק לא-ממוני: "נזק ממון" מוגדר בפקודת הנזיקין "הפסד או הוצאה ממשיים הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים",¹⁹ ואילו נזק לא-ממוני איננו מוגדר בחוק, אך על דרך האלימינציה, בשילוב עם הגדרת הנזק הכללית המובאת לעיל, אפשר להגדירו "כל נזק שאינו ניתן לשומה בכסף או שאי-אפשר למסור עליו פרטים". הגדרה זו מאפשרת להבין את הקושי הנעוץ בהגדרת סף הוכחה לנזק לא-ממוני, ואת ניסיון המחוקק להקל על בתי המשפט ולאפשר להם לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק.

הבחנה שנייה, מקבילה, היא זו הנהוגה בין נזק "כללי" לנזק "מיוחד". עבור נזק כללי אפשר לקבל פיצוי גם ללא הוכחתו, ובית המשפט פוסק פיצויים לפי אומדן,²⁰ ואילו נזק מיוחד הוא נזק רכושי המצריך הבאת ראיות.²¹ מקובל להתייחס לנזק ממוני כמקביל או שקול לנזק מיוחד, ולנזק לא-ממוני כשקול לנזק כללי, כלומר (בהתאמה) נזק ברכימות והוכחה ונזק שאינו כזה.²²

עם זאת לפחות בהקשר של עוולת לשון הרע לא היה יחסה של הפסיקה לנזק מיוחד וכללי כה חד-משמעי. למשל, בעבר נקבע כי אפשר לקבל פיצוי עבור נזק רכושי ללא

15 ס' 1 לחוק איסור לשון הרע (ההדגשה הוספה – ת"ק).

16 שנהר דיני לשון הרע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 367.

17 שם.

18 ס' 2 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

19 שם. התנאי כפול: על הנזק להיות אפשרי לכימות ובר-הוכחה.

20 ראו אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 167.

21 שם, בעמ' 168.

22 ראו למשל שנהר דיני לשון הרע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 388; ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פס'

50–51 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 4.8.2008); קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3,

בעמ' 209.

הוכחת נזק,²³ וכן – כתמונת ראי – כי קיים נזק כללי שיש צורך להוכיחו כדי לקבל פיצוי הגבוה מתקרת סעיף הפיצויים הסטטוטוריים.²⁴ היעדרה של הגדרה ברורה ועקיבה וההימנעות הרטרית מקביעות מוחלטות – למשל, זיהוי חד-משמעי של נזק ממוני עם נזק מיוחד ושל נזק לא-ממוני עם נזק כללי – מאפיינות את הפסיקה בנושא, ובמידה רבה יצרו טרמינולוגיה משפטית מעורפלת שאפשרה את איונו של סעיף הפיצויים הסטטוטוריים כפי שיתואר להלן.

מכל מקום, הנזק שנגרם בתביעות לשון הרע נוטה להיות, מטיבו, נזק כללי לא-ממוני הקשה לאומדן ולהוכחה. פגיעה בשמו הטוב של אדם עלולה לגרום לו לפגיעה ממונית, למשל בשל אבדן לקוחות, סיום העסקה או ביטול חוזה,²⁵ אך במרבית המקרים הנזק הוא מסוג אחר. כיצד אפשר להצמיד ערך כספי לנזק שנגרם לאדם אשר חבריו הפיצו שמועה כי שילם עבור יחסי מין עם שלושה גברים?²⁶ להוכיח את הפגיעה שנגרמה לציירת אשר נכתב עליה בעיתון כי התקדמה רק באמצעות קישוריה ולא בזכות כישוריה?²⁷ או לאשת ציבור אשר פורסמו תמונות מביכות שלה מזיעה במועדון ריקודים?²⁸ נראה כי כמעט בכל תביעה בשל עוולת לשון הרע קיים רכיב לא-ממוני, המציב אתגר בפני התובע השואף להוכיחו ובפני השופט המנסה לכמתו.

אם כן, בפני בתי המשפט ניצב קושי דיוני: עקרון ההשבה ומוסכמות דיני הנזיקין קובעים כי אין זה אפשרי להעניק לתובע את סעד הפיצויים מבלי שיוכיח את נזקיו, אך בתביעות לשון הרע, באופן אינהרנטי, נזקים אלו הם כמעט תמיד כלליים וקשים להוכחה. כיצד אפשר לממש את תכלית הפיצויים (שנועדו כזכור לא רק להשיב את מצבם של תובעים מושאי פרסום לשון הרע שנפגעו אלא גם להעניש את הנתבעים-מפרסמים ולהרתיע מפני פרסום לשון הרע עתידית) תוך שמירת אמונים לעקרונותיהם של דיני הנזיקין, קרי הצורך בהוכחת נזק כתנאי לפיצוי?

23 ת"א (מחוזי י-ם) 636/71 שרף נ' שרותי ייעוץ כלכלי בע"מ, פ"מ התשל"ז(2) 271, פס' 45–46 לפסק דינו של השופט נתן (1977) (פסק הדין אושר מאוחר יותר בערעור). ייאמר כי המונח "נזק רכוש" לא מופיע במפורש בפסק הדין, אך מתוכן דברי השופט (בפס' 46 לפסק דינו) אפשר ללמוד כי לכך הכוונה. כמו כן ראו שנהר דיני לשון הרע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 389.

24 כך אפשר ללמוד מעמדתה של השופטת פרוקצ'יה בעניין שרגסקי, לעיל ה"ש 22, בפס' 45–46, 50, שלפיה אפשר לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק רק במקרים שבהם לא הובאו ראיות כלל לעניין הנזק – כללי או מיוחד – ולעומת זאת יש צורך בהבאת ראיות לנזק הכללי כדי לזכות בפיצויים בסכום הגבוה מהמגבלה הסטטוטורית. ייאמר כי עמדה זו הושפעה, במידה רבה, מהצורך להתמודד עם הקושי הפרשני הנעוץ בס' 7א. הדברים יידונו בהרחבה להלן.

25 נזק כזה עשוי להיות קל – או קשה – לכימות ולהוכחה, לפי הנסיבות.

26 ת"א (שלום ב"ש) 9005/99 סופר נ' אברג'ל (פורסם בנבו, 2.4.2001).

27 ת"א (שלום ת"א) 58309/99 גולדמן נ' מרמרי (פורסם בנבו, 7.3.2001).

28 ת"ק (שלום י-ם) 4720/00 אלוני נ' סמאש (פורסם בנבו, 24.7.2001).

3. התמודדות הפסיקה

בשל קשיי ההוכחה של ניזוק בתביעות לשון הרע, כמתואר, נקבעה בפסיקה – עוד טרם חקיקת סעיף הפיצויים הסטטוטוריים – חזקה שלפיה פרסום לשון הרע גורם בהכרח נזק לאדם מושא הפרסום.²⁹ מרגע שהתובע הוכיח כי מדובר בפרסום שהוא לשון הרע, רואים בו מי שנגרם לו נזק, ונטל ההוכחה עובר לנתבע – לנסות ולהוכיח שלא נגרם נזק כזה.³⁰ החזקה מאפשרת לבית המשפט לפסוק לתובע פיצויים עבור כל נזקיו, כלליים או מיוחדים.³¹ באמצעות מנגנון משפטי זה פסקו בתי המשפט פיצויים גם בתביעות לשון הרע שבהן הנזק היה קשה להוכחה, ואף כאשר התובע לא הביא כלל ראיות להוכחת נזקו – כללי כמו גם מיוחד.

אפשר ללמוד על האפקטיביות של החזקה ועל השימוש הרווח בה מנתונייהם של קרניאל וברקת: השניים בדקו 108 פסקי דין בתחום לשון הרע שניתנו בשנים 1996–1999 (טרם כניסת סעיף הפיצויים הסטטוטוריים לתוקף) ומצאו כי אף באחת מהתביעות שהתקבלו, 52 במספר, לא הצליח התובע להוכיח נזק מיוחד.³² ממוצע סכום הפיצויים שנפסקו בשנים שלפני תיקון 6 הוא מעט יותר מ־46,000 ש"ח³³ – קרוב מאוד לתקרה הסטטוטורית שנקבעה בסעיף 7א.

אך בהיעדר הוכחה חד־משמעית לקיומו ולשיעורו של הנזק, ולעתים אף ללא ראיות המוצגות לבית המשפט בנושא זה, כיצד ייקבע שיעור הפיצויים? במשך השנים פותחו בפסיקה ובספרות קריטריונים שונים כדי לסייע לבית המשפט לאמוד את הנזק שנגרם לתובע, ובעקבות זאת את שיעור הפיצויים הראוי. בית המשפט אמנם נמנע מיצירת מערך סכומים אחיד עבור ביטויים פוגעניים שונים וקבע כי יש לאמוד כל מקרה לגופו,³⁴ אך כן פירט רשימה ארוכה של אמות מידה שונות לאומדן זה.

29 שנהר דיני לשון הרע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 387–388. פסק הדין המהותי לעניין זה הוא ע"א 90/49 בנטוב נ' קוטיק, פ"ד ה' 593 (1951), שם כתב השופט אולשן (בעמ' 595) כי "החוק גם מניח שהפגיעה בשמו הטוב של התובע גורמת לו נזק חמרי".

30 שנהר דיני לשון הרע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 390, והאסמכתאות המובאות שם.

31 שם, בעמ' 388.

32 קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 240–242. אין התייחסות במאמרם של השניים לאפשרות כי התובע הצליח להוכיח נזק לא ממוני; אם היו מקרים כאלו, הדבר אמנם פוגע בטענה באשר לפופולריות החזקה, אך מנגד מחליש מאוד את הצורך בתיקון 6 לחוק היות שהוא מלמד כי לבתי המשפט לא היה כלל קושי לפסוק פיצויים בגין נזק כללי.

33 שם. לפי בדיקתם של קרניאל וברקת, בכרבע (23.1%) מתביעות לשון הרע בארבע השנים שקדמו לתיקון נפסקו פיצויים בסכום הגבוה מ־50,000 ש"ח.

34 ראו רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (2001): "הבחינה היא אינדיבידואלית. אין לקבוע 'תעריפים'; וכן ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2) 244, 225 (1973).

במאמרם מציגים קרניאל וברקת שתי אינדיקציות בולטות המשמשות את השופט לשם אומדן שיעור הנזק: חומרת הדיבה בפרסום והיקף תפוצתו, כאשר הנזק הוא מכפלתם.³⁵ אלו אכן שתי אמות מידה בעלות משקל, אך בתי המשפט תיארו עוד קריטריונים נוספים רבים המשפיעים על אומדן הנזק. נקבע למשל כי על בית המשפט להתחשב "[...] בהיקף הפגיעה, במעמדו של הניזוק בקהילתו, בהשפלה שסבל, בכאב ובסבל שהיו מנת חלקו ובתוצאות הצפויות מכל אלה בעתיד [...] יש להתחשב בטיב הפרסום, בהיקפו, באמינותו, במידת פגיעתו ובהתנהגות הצדדים".³⁶ התנהגותו של הנתבע,³⁷ מעמדו ושמיו הטוב של הניזוק טרם הפרסום, לרבות היותו איש ציבור,³⁸ ושיקולים נוספים הנוגעים למידת הפגיעה – יבואו אף הם לידי ביטוי בקביעת סכום הפיצוי.³⁹

ב. סעיף הפיצויים הסטטוטוריים – היסטוריה חקיקתית

1. חקיקת תיקון 6 לחוק איסור לשון הרע

פיצויים סטטוטוריים הם פיצויים הניתנים לפי חוק ומאפשרים לתובע לקבל פיצוי מבית המשפט מבלי שהוכיח את נזקו, ואף מבלי שנגרם לו נזק כלל. פיצויים אלו נועדו, בדרך כלל, להרתיע מזיקים פוטנציאליים מפני ביצוע עוולות מסוימות בשל הסיכוי המוגבר להצלחת תביעה נזיקית, וכדי להקל על תובעים בעוולות שבהן הנזק קשה להוכחה מטיבו.⁴⁰ בדין הישראלי נקבעו פיצויים סטטוטוריים בשיעורים שונים בכמה הסדרי חקיקה. למשל, בית המשפט הוסמך (בין היתר) לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק בשיעור

35 קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 210.

36 עניין אמר, לעיל ה"ש 34, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק. בתי המשפט נוהגים להישען על הלכת אמר בכל הנוגע לאמות המידה לקביעת פיצויים בעוולות לשון הרע. לדוגמה, ראו ע"א 9258/04 ח'ורי נ' חברת כל אל-ערב בע"מ, פס' ט' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 21.6.2005); ת"א (מחוזי ת"א) 2578/00 מקדולנד נ' מקדולנד'ס (אלוניאל) בע"מ, פ"מ התשס"א (2) 813 (2002).

37 עניין אמר, לעיל ה"ש 34, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק.

38 עניין שרנסקי, לעיל ה"ש 22, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

39 זאת לצד מאפיינים נוספים, כגון התנהגות הצדדים לאחר הפרסום ובמהלך המשפט, פרסום התנצלות, אמונת המפרסם באמתות הדברים ועוד. ראו באופן כללי שנהר דיני לשון הרע, לעיל ה"ש 4, בעמ' 374–405. קרניאל וברקת מזכירים חלק משיקולים אלו במסגרת דיונם בפיצויים בגין נזקים מוגברים או מופחתים. ראו קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 211.

40 בג"ץ 2651/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, פס' 38 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 15.6.2011).

של עד 100,000 ש"ח בתביעות לפי חוק עוולות מסחריות;⁴¹ בשיעור של עד 50,000 ש"ח בתביעות לפי חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה,⁴² החוק למניעת הטרדה מינית⁴³ וחוק איסור ההפליה בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים;⁴⁴ ובשיעור הנגזר מתוכן החוזה בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).⁴⁵ בשנת 1998 התווספו גם דיני לשון הרע לרשימת הסדרי החקיקה שבהם קיים סעיף פיצוי סטטוטורי, עת נחקק תיקון 6, שבמסגרתו נוסף לחוק סעיף 7א, המסמיך את בית המשפט לפסוק פיצויים בתביעות לשון הרע ללא צורך בהוכחת נזק – עד לסכום בגובה 50,000 ש"ח בגין פרסום תם-לב, ועד לסכום בגובה 100,000 ש"ח במקרים שבהם הוכח שהפרסום נעשה בזדון. זו לשון הסעיף:

- (א) הורשע אדם בעבירה לפי חוק זה, רשאי בית המשפט לחייבו לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על 50,000 שקלים חדשים, ללא הוכחת נזק; חיוב בפיצוי לפי סעיף קטן זה, הוא כפסק דין של אותו בית משפט, שניתן בתובענה אזרחית של הזכאי נגד החייב בו.
- (ב) במשפט בשל עוולה אזרחית לפי חוק זה, רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על 50,000 שקלים חדשים, ללא הוכחת נזק.
- (ג) במשפט בשל עוולה אזרחית לפי חוק זה, שבו הוכח כי לשון הרע פורסמה בכוונה לפגוע, רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע, פיצוי שלא יעלה על כפל הסכום כאמור בסעיף קטן (ב), ללא הוכחת נזק.

2. תכלית התיקון ונפקותו

בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כי מטרתו היא "להרתיע מוציאי לשון הרע, בדרך של קביעת סנקציה של פיצויים ללא הוכחת נזק".⁴⁶ כלומר, הדגש איננו בעשיית צדק עם התובעים אלא בהרתעת מזיקים פוטנציאליים – מטרה העולה בקנה אחד עם תכליותיהם הכלליות של פיצויים בתביעות לשון הרע, שכזכור כוללות הן הרתעה והן ענישה.

41 ס' 13 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט–1999.

42 ס' 10(א)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח–1988.

43 ס' 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח–1998.

44 ס' 5(ב) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000.

45 ס' 11 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1970.

46 הצעת תיקון 6, לעיל ה"ש 2.

שאלה קשה יותר עולה בדבר נפקותו המשפטית של סעיף 7א. כאמור, עד לחקיקת תיקון 6 ראו עצמם בתי המשפט מוסמכים לפסוק פיצויים בגין נזק כללי (או לא־ממוני) בכל סכום שהוא בלא צורך בהוכחתו – על פי החזקה שלפיה פרסום לשון הרע גורם נזק למושא הפרסום. מקריאה פשוטה של הסעיף החדש, לפי לשונו, עולה כי מצב משפטי זה השתנה, וכעת הוטלה מגבלה בגובה 50,000 ש"ח על הסכום שבית המשפט יכול לפסוק לטובת תובעים שלא הוכיחו את נזקם. כלומר, אמנם מטרתו של המחוקק הייתה להקל על ניזוקים לקבל פיצוי ממפרסמי לשון הרע, אולם בפועל הוא הרע את מצבם והגביל את הסכום המרבי שהם יכולים לקבל כפיצוי.

קרניאל וברקת דנים בשאלת מטרתו של המחוקק בקביעת תיקון 6. לשיטתם, ברקע לחקיקת התיקון קיימת אי־הבנה של המצב המשפטי הקיים; המחוקק טעה לחשוב כי טרם הוספת סעיף 7א לא יכלו תובעים לזכות בפיצויים מבלי להוכיח שנגרם להם נזק ממוני.⁴⁷ השניים מבססים טענה זו על דברי חבר הכנסת (ולימים שר המשפטים) מאיר שטרית, יוזם הצעת החוק, בעת ההצבעה על אישורו.⁴⁸ התבטאויותיו בישיבות השונות לקראת חקיקת תיקון 10, שאותו יזם עשור מאוחר יותר, נותנות תוקף לדברים.⁴⁹ בין שטעה ובין שלא, המחוקק יצר דילמה לא פשוטה לבתי המשפט – כיצד להגשים את כוונתו בעת חקיקת תיקון 6, מבלי לסתור את לשון הסעיף?

47 גם בפסיקה הובעה העמדה שלפיה התיקון לחוק מיותר במידה רבה היות שעוד קודם לחקיקתו הייתה נתונה בידי בתי המשפט הסמכות לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק בתביעות לשון הרע. ראו ת"א (ת"א) 1701/94 פלוס נ' חלוץ, פס' 6 לפסק דינה של השופטת גרסטל (פורסם בנבו, 10.4.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 1702/07 עזור נ' CanWest Global Communications Corp, ס' 7 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן (פורסם בנבו, 20.6.2012).

48 קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 218.

49 חבר הכנסת שטרית מתאר את המצב המשפטי הנכון בעיניו ככזה שבית המשפט מוסמך לפסוק בו כל סכום שהוא ללא הוכחת נזק. לפיכך המגבלה הסטטוטורית שאותה שאף לכלול בהצעת החוק המקורית הייתה 1,000,000 ש"ח (וצומצמה במהלך הדיונים), ואילו לא חשש מ"התנגדותה של המערכת המשפטית" היה פועל לתקן את החוק כדי להסמיק את בית המשפט לפסוק כל סכום שהוא. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 458 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 5–7 (10.10.2011). סביר שדברי חבר הכנסת שטרית על אודות "התנגדות המערכת" נאמרו בעקבות הפולמוס והביקורת שהושמעו בתקשורת על הצעת תיקון 10 לחוק ובשל חששו מפני תגובה חריפה פי כמה במקרה של קביעת סמכות בלתי מוגבלת לפסוק נזק. מכל מקום, קשה להתווכח עם הטענה שלפיה הדברים מבטאים הבנה חסרה של המצב המשפטי לאשורו, הן באשר לדין הקיים והן באשר לגישתם של בתי המשפט, שפעלו – כמתואר להלן – כדי לאיין את הסעיף ולשקם את יכולתם לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק בכל סכום שהוא.

ג. סעיף 7א – ההיסטוריה הפסיקתית

בתי המשפט ניצבו אפוא בפני קושי פרשני, מורכב יותר ממה שעשוי להיראות לעין וכזה שיש בו כדי לגרום להרעה במצבם של ניזוקים מעוולות לשון הרע. הקושי האינהרנטי שבהוכחת נזק בעוולות לשון הרע, ובייחוד נזק לא-ממוני, תואר לעיל. מקריאה פשוטה של סעיף 7א כאמור נראה כי רק נתבעים שיצליחו להוכיח את נזקיהם יהיו זכאים לפיצוי הגבוה מ-50,000 ש"ח. בית המשפט לא יוכל לפסוק פיצוי גבוה יותר גם אם יסבור שהדבר נחוץ לשם הגשמת תכליות החוק, בין שזו עשיית צדק עם הניזוקים או הרתעת מזיקים פוטנציאליים.

פרשנות אפשרית אחרת של התיקון, קשה אף יותר, מוצגת (באופן ביקורתי) במאמרו של רוזנברג⁵⁰ ונובעת מהקרבה הרעיונית שבין נזק כללי לנזק לא-ממוני. אם השניים זהים, ונזק לא-ממוני כמוהו כנזק שאינו ניתן להוכחה, אפשר לטעון כי סעיף 7א מגביל את בתי המשפט בפסיקת פיצויים בגין כל נזק לא-ממוני בשיעור של מעל ל-50,000 ש"ח – לרבות כזה שהוכח.

מכל מקום, גם לפי הקריאה פחות מרחיקת-הלכת של הסעיף מדובר באתגר פרשני מעניין – מטרתו המוצהרת של המחוקק היא הרתעת מפרסמי לשון הרע פוטנציאליים, אך הנחיותיו דווקא מקלות עמם. דברי ההסבר להצעת החוק והרוח הכללית העולה מהחקיקה מושכים בכיוון אחד, ולשונו הפשוטה של הסעיף החדש – בכיוון אחר. בתווך ניצב בית המשפט, שמטבע הדברים מעוניין בפרשנות שאינה מגבילה את סמכותו לפסוק פיצויים בשיעור שנראה לו ראוי.

באופן כללי, השנים שמיד לאחר חקיקת תיקון 6 התאפיינו בחוסר אחידות בפסיקה, ואפשר לאתר (בכל הערכאות) גישות שונות, הסותרות זו את זו, באשר לפרשנותו הנכונה של סעיף 7א. בהמשך התייצבה ההלכה סביב פרשנות אחידה.⁵¹ טענת רשימה זו היא שבהליך הדרגתי, שתחילתו בהחלטה בעניין נור,⁵² המשכו בפסק הדין בעניין שרנסקי⁵³ ואחריתו הושלמה רק לאחרונה בהחלטה בעניין בומבך,⁵⁴ רוקן בית המשפט העליון – תוך שמירת אמונים רטורית להנחיית המחוקק – את סעיף 7א מתוכן והחזיר על כנו את

50 אמיר רוזנברג "על שם וטוב ונזקי ממון" עורך הדין 18, 50 (2000).

51 אך יש לומר שהדבר מעולם לא לובן עד תומו בפסיקת בית המשפט העליון, והמחלוקת מוזכרת מדי פעם בערכאות התחתונות גם בפסקי דין עדכניים. ראו למשל עניין פלוס, לעיל ה"ש 47; ע"א (מחוזי ת"א) 1438/08 הלאלי נ' הלאלי (פורסם בנבו, 15.9.2011).

52 רע"א 7943/01 נור נ' יערי (פורסם בנבו, 16.10.2001).

53 עניין שרנסקי, לעיל ה"ש 22.

54 רע"א 3832/11 פישביין נ' בומבך (פורסם בנבו, 18.1.2012) (להלן: עניין בומבך).

המצב המשפטי שלפיו די בהוכחת לשון הרע כדי להקנות לבית המשפט את הסמכות לפסוק פיצויים בכל סכום, ללא הוכחת נזק.⁵⁵

טרם הדיון בהלכה הנוהגת ובתהליך התהוותה יש מקום להציג את הפרשנויות שעלו בפסיקה⁵⁶ אך לא נתקבלו – הן למען הצגת התמונה המלאה, וכרקע לטענה הביקורתית על ההלכה הנוהגת, המאיינת, שהתקבלה בפסיקה, והן כבסיס לדיון על הפרשנות האפשרית שתינתן לתיקון 10 (אם אכן זה יהיה לחוק) ועל השיקולים השונים שצפויים לעמוד בפני בית המשפט בבואו לדון בה.

1. גישה א – הסעיף כרצפה

לפי גישה פרשנית זו, מטרת סעיף 7א היא לקבוע סכום מינימלי לפיצוי נזוקים בעוולת לשון הרע. התימוכין העיקריים לגישה נמצאים בפסיקת בית המשפט העליון בעניין אמר. הנשיא ברק כתב את דעת הרוב זמן קצר לאחר חקיקת תיקון 6 והוספת סעיף 7א לחוק. אמנם הדברים נאמרו בהערת אגב, היות שהאירועים מושאי פסק הדין התרחשו טרם כניסת החקיקה לתוקף, אך זכו להתייחסות רבה בפסיקה בשנים הראשונות לאחר חקיקת התיקון. משמעות מיוחדת נועדה לפסקה אחת שכתב הנשיא:

די אם נאמר, לצורכי ערעור זה, כי אין לקבל את עמדת המשיבים, שלפיה נקבע בהוראה זו רף עליון לפיצויים ללא הוכחת נזק. מטרתה של הוראה זו לקבוע רף תחתון המשחרר את הניזוק מהצורך להוכיח את נזקו.⁵⁷

55 ובכך הגשים את תקוותם של קרינאל וברקת באשר לאחריתו של תיקון 6. ראו קרינאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 225, 245.

56 כהערה מקדימה יש לציין כי בתביעות לשון הרע נוטים בתי המשפט, אולי בגלל הבלבול וחוסר הבהירות שאופפים את רף ההוכחה המדויק לנזק בתביעות לשון הרע, לרבות אי-הדיוק בטרמינולוגיה בדבר ההבחנה בין נזק ממוני ולא-ממוני ומיוחד וכללי, שלא לנמק במפורש את דרך חישוב הפיצויים שלפיהם הגיעו להכרעה בתביעה. יתרה מכך, פעמים רבות נמנעים השופטים מלציין אם הפיצויים נפסקו עבור נזק כללי שהוכח או לפי סעיף הפיצוי הסטטורי – ללא הוכחת נזק. ראו תמר גדרון, רועי אילוז ורועי ריינזילבר "הפיצויים בלשון הרע – תמונת מצב אמפירית" משפטים מג 471–473 (2013) (מאמרם של גדרון, אילוז וריינזילבר, המתפרסם אף הוא בחוברת זו, עוסק בניחות סטטיסטית של תביעות לשון הרע מהעשור האחרון כדי להציב נתונים אמפיריים כבסיס לדיון בסעיף הפיצויים הסטטוריים ובנחיצותם).

בעקבות זאת הגישות הכלליות המשותטות להלן מבוססות על קריאה ביקורתית ועל ניסיון לחלץ מפסקי הדין השונים תזה פרשנית קונקרטית. מטבע הדברים, ובעקבות הערפול הנפוץ בפסיקה בתביעות לשון הרע, דרך ההצגה של פסקי דין מסוימים ושיוכם לגישה פרשנית כזו או אחרת – ניתנים לוויכוח.

57 עניין אמר, לעיל ה"ש 34, פס' 20 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה – ת"ק).

אם כן, לפי גישה זו, הסכום של 50,000 ש"ח שנקבע בסעיף 7א הוא רצפה ולא תקרה, ומטרתו לאפשר לכל ניזוק שהצליח להוכיח פרסום לשון הרע לקבל פיצוי בשיעור זה, לכל הפחות. לא קשה לשער כי ברקע לכתיבת דברים אלו עמד חששו של הנשיא מפני הגבלה כלשהי על כוחו של בית המשפט לפסוק פיצויים עבור נזקים לא-ממוניים.⁵⁸ פרשנות זו קשה לעיכול, בעיקר משום שהיא עומדת בסתירה ישירה ללשון החוק; בסעיף 7א(א) נקבע שבית המשפט רשאי לחייב את המזיק "[...] לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על 50,000 שקלים חדשים, ללא הוכחת נזק [...]"⁵⁹ – לא רצפת פיצוי מינימלית אלא תקרה מקסימלית שאפשר לפסוק רק סכום השווה לה או נמוך ממנה. על אף קושי זה עמדת הנשיא באה לידי ביטוי בפסיקה. למשל, בפסק הדין שויצר שניתן בבית המשפט המחוזי בירושלים דחתה השופטת צור טענה שלפיה סעיף 7א קבע תקרת פיצוי (להבדיל מרצפה) על סמך דברי הנשיא בעניין אמר.⁶⁰ דוגמה נוספת, ישירה יותר, ליישום גישה זו מצויה בפסק דינו של בית משפט השלום בירושלים בעניין מאהר חמים עלמי,⁶¹ שבו – אף שהניזוק תבע רק נזק כללי ולא נזק מיוחד, ואף שנקבע במפורש כי לא הצליח להוכיח את נזקו הממוני – פסקה לטובתו השופטת ר' שלו-גרטל, על סמך הלכת אמר, פיצויים בסך 180,000 ש"ח.⁶² אך שני פסקי דין אלו מייצגים את היוצא מן הכלל, ואילו במרבית המקרים בתי המשפט בחרו שלא להתייחס לסעיף 7א כקובע רצפת פיצוי. המתח בין הפשט של לשון

58 אפשר לנסות ולקרוא את הדברים בצורה פחות מרחיקת לכת. ייתכן שהנשיא ברק התכוון לתאר את כל תחום סכומי הפיצוי שבין 0 ש"ח ל-50,000 ש"ח כ"רף תחתון" מבחינת דרישת ההוכחה, ולמעשה כוונתו הייתה להגיד כי גם במקרה שהניזוק אינו יכול להוכיח את נזקיו, עדיין מספק לו החוק מעין רשת ביטחון או רף תחתון של פיצויים אפשריים. זאת בדומה לפרשנות שהציע רוזנברג, שלפיה התיקון מסמיך את בית המשפט לפסוק פיצויים גם במקרים שבהם הצליח הנתבע לסתור את החזקה ולהוכיח שלא נגרם נזק לתובע – אם כי הוא לא התייחס לסכום הנקוב בחוק כאל "רצפה". ראו רוזנברג, לעיל ה"ש 50.

מכל מקום, לא כך פורשו דברי הנשיא; קרניאל וברקת הבינו את הדברים כפשוטם (ראו קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 222–223), וכך גם גנאים, קרמינצור ושנור, שכתבו כי "הפרשנות שניתנה לסעיף 7א – ת"ק קובעת שהוא קובע מעין רצפה לפיצויים בגין פרסום לשון הרע במקרים שבהם לא הוכח נזק". ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמינצור ובוטו שנוור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 399–400 (2005).

59 ס' 7א לחוק איסור לשון הרע (ההדגשה הוספה – ת"ק).

60 ת"א (מחוזי י-ם) 1382/99 שויצר נ' ידיעות אחרונות, פס' 13 לפסק דינה של השופטת צור (פורסם בנבו, 11.10.2001). בהמשך פסקה השופטת פיצויים בגין הרכיב הלא-ממוני בסכום של 180,000 ש"ח – הרבה מעל למגבלה הסטטוטורית, דבר ההולם את גישת הנשיא.

61 ת"א (שלום י-ם) 15623/99 עיד נ' עלמי (פורסם בנבו, 15.12.2002).

62 שם, פס' 4–5 לפסק דינה של השופטת שלו-גרטל.

הסעיף לדברי הנשיא ברק הוביל את השופטים בערכאות השונות לחפש פתרונות יצירתיים כדי לפסוק פיצויים בסכום הנמוך מ־50,000 ש"ח.

דרך התמודדות הנפוצה בפסיקה היא תיאור גישת הנשיא ברק, תיאור הגישות האחרות (ובמיוחד דבריה של השופטת דורנר ברע"א נור, כמתואר להלן)⁶³ והסתפקות בהשאלת השאלה לפתחו של בית המשפט העליון להכרעה עתידית, תוך העדפת גישת נור לפי שעה, או לחלופין תוך אמירה כי היות שהלכת אמר ניתנה בהערת אגב, אין זה מקומה של הערכאה התחתונה להיות "פורצת דרך" ולפסוק לפיה.⁶⁴

במקרים אחרים בחרו בתי המשפט "לדלג" מעל המשוכה הפרשנית ופסקו כראות עיניהם, מבלי לדון בשאלת אמת המידה להוכחת הנזק,⁶⁵ או לחלופין כרכו את הפיצויים הניתנים בגין הפגיעה בשם הטוב בפיצויים הניתנים לפי ראש נזק אחר שאינו מוגבל סטטוטורית, ופסקו לפי שני ראשי הנזק גם יחד.⁶⁶ עוד ניסו הערכאות התחתונות ליצור מיני אבחנות שונות ומשונות בין העובדות שבפרשת אמר לבין המקרה הקונקרטי שבו דנו. כך למשל אובחנו מקרים מהלכת אמר היות שהנזק שנדון בהם מצומצם לעומת הנזק שבה, והתובעים יכלו לצמצמו,⁶⁷ או בשל כך שבפרשת אמר הוכיח התובע את נזקו, ואילו בפרשה הנידונה לא הוכח הנזק.⁶⁸

63 עניין נור, לעיל ה"ש 52.

64 כך למשל, בת"א (שלום ת"א) 33042/01 מזרחי נ' ידיעות תקשורת בע"מ, 5–6 (פורסם בנבו, 28.2.2002) כתבה השופטת שבח בבית משפט השלום בתל אביב: "לא נעלמה מעיני הערת כב' הנשיא השופט ברק בפס"ד אמר נ' יוסף שהובא לעיל, לפיה עסקינן ברף עליון ולא ברף תחתון [...] אלא שהדברים אינם כה פשוטים, ויש להניח כי בית המשפט עוד ישוב וידון בסוגיה זו עד להבהרתה". השופטת פסקה, בהמשך, 50,000 ש"ח לזכות הנתבע, לפי המגבלה שבחוק. קיימות דוגמאות דומות נוספות: עניין פלוס, לעיל ה"ש 47 (שבו נמנעה השופטת גרסטל מלקבוע הלכה היות שעובדות המקרה שבו דנה התרחשו טרם כניסת תיקון החוק לתוקף); ת"א (שלום ת"א) 116586/01 טויטו-סיבוני נ' לבנדר (פורסם בנבו, 25.2.2003); ת"א (שלום ת"א) 22383/01 גודוסי נ' הוצאה מודיעין בע"מ (פורסם בנבו, 2.1.2003); ת"א (שלום ת"א) 27839/00 רוזנטל נ' טיקוצקי (פורסם בנבו, 25.11.2002); ת"א (שלום ת"א) 131811/01 Minnesota Mining and Manufacturing Company נ' חורי (פורסם בנבו, 17.10.2002); ת"א (שלום פ"ת) 5699/01 פליישמן נ' לוי (פורסם בנבו, 9.10.2003).

65 למשל עניין ת"א (מחוזי ת"א) 2546/99 הרציקוביץ' נ' רשת שוקן בע"מ (פורסם בנבו, 2.5.2002), שבו נפסקו לתובע 500,000 ש"ח ללא דיון בשאלת הוכחת הנזק; ות"א (שלום כ"ס) 3259/99 קרול נ' בן חמו (פורסם בנבו, 18.2.2002), שבו נפסק סכום כולל של 425,000 ש"ח ללא דיון כזה.

66 למשל בעניין מקדולנד, לעיל ה"ש 36, שבו נפסקו לטובת התובע 300,000 ש"ח בגין הוצאת לשון הרע ופגיעה בפרטיות.

67 ת"א (שלום רח') 4147/01 סנדרס נ' בנק הפועלים בע"מ, פס' 10 לפסק דינה של השופטת שטמר (פורסם בנבו, 30.1.2003); ת"א (שלום חד') 4188/00 אבגי נ' שגיא (פורסם בנבו, 4.12.2002).

68 ת"א (שלום ב"ש) 4065/02 כהן נ' גבאי (פורסם בנבו, 28.10.2002).

מכל מקום, אף שמעולם לא נדחתה במפורש, לבד ממספר מצומצם של פסקי דין שניתנו בשנים הראשונות לאחר חקיקת התיקון – לא נודעו לגישה זו הדים בפסיקה, עד כדי כך שבעת דיונם בפרשנות הנכונה לסעיף, שבע שנים לאחר שניתן פסק הדין בעניין אמר, לא ראו כלל שופטי בית המשפט העליון צורך לפסול את הפרשנות לפיה זה משמש רצפת פיצוי.⁶⁹

2. גישה ב – הסעיף כתקרת פיצוי

לפי הגרסה הפשוטה של גישה זו, שהוצגה על ידי אורי שנהר בתגובה לחקיקת סעיף 70, תיקון החוק הסדיר את סמכותם של בתי המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק בתביעות לשון הרע והגבילים בסכום עליון של 50,000 ש"ח. על ניזוק השואף לקבל פיצויים בסכום גבוה יותר להוכיח את נזקיו, הממוניים או הלא-ממוניים, לפי הכללים המקובלים בדיני הנזיקין. גישה זו הולמת את לשון סעיף 7א, ונראה שהיא עולה בקנה אחד עם הבנתו של המחוקק את המצב המשפטי, כמתואר לעיל.

עם זאת מפרשנות זו עולה קושי מיידי, שהוביל גם את שנהר לציין את אי-נוחותו ממנה: הגבלת כוחם של בתי המשפט לפסוק פיצויים בסכום הגבוה מהתקרה הסטוטורית. קשיי ההוכחה של נזק בעוללות לשון הרע, כמתואר לעיל, עמדו לנגד עיניו של המחוקק בעת שקבע את תיקון 6; אימוץ פרשנות הפוגעת ביכולתם של ניזוקים לקבל פיצוי, כאשר מטרת התיקון הייתה דווקא להיטיב עמם, מעוררת אי-נוחות מרובה. ואכן, מעטים הם פסקי הדין שאימצו את גישת התקרה,⁷¹ והביטוי שניתן לה בפסיקה מצומצם למדי.⁷²

69 עניין שרנסקי, לעיל ה"ש 22.

70 אורי שנהר "נזקי לשון הרע והוכחתם" עורך הדין 21, 54 (2001).

71 ביטוי אפשרי לגישה זו הוא מכיוונים של נתבעים שטענו בפני בית המשפט כי הוא מוגבל ביכולתו לחייבם בפיצויים בסכום הגבוה מהתקרה הסטוטורית. ראו למשל עניין שרנסקי, לעיל ה"ש 22, פס' 44 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

72 למשל ע"א (מחוזי חי') 4680/99 אלון נ' חזון, פס' 11 לפסק דינו של השופט גינת (פורסם בנבו, 3.5.2001); ת"א (מחוזי ת"א) 2977/98 סבוראי נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (פורסם בנבו, 12.11.2000), שבו מביע בית המשפט גישה כללית שלפיה קיימת תקרה סטוטורית לפיצוי ללא הוכחת נזק, ומעבר לה על הנאשם החפץ לקבל פיצוי עבור נזקיו – הממוניים או הלא-ממוניים – להוכיח את נזקיו לפי כללי הראיות המקובלים. במקרה הספציפי הזה תיקון 6 לא חל על עובדות המקרה, לכן בסופו של דבר מתעלם בית המשפט מתקרת הפיצוי ומחייב את המזיק לפצות את התובע בסכום גבוה יותר, של 70,000 ש"ח, אף שזה לא הוכיח את נזקיו.

3. גישה ג – הסעיף כראש נזק עונשי

אפשר להעלות על הדעת פרשנות נוספת, שלה תימוכין מסוימים בפסיקה, המבוססת על התכלית ההרתעתית של הפיצויים הסטטוטוריים (להבדיל מתכלית ההקלה על הניזוק). לפי גישה זו, הפיצויים שנקבעו בסעיף 7 משמשים למטרה עונשית או הרתעתית ולא נועדו לשרת תכלית נזיקית. הסעיף נועד להסמיך את בתי המשפט לחנך ולהרתיע את הציבור ולהעניש את מי שפגע בשמו הטוב של חברו, ללא קשר לנזק שנגרם – או שלא נגרם – לתובע. ראש נזק נפרד זה – של פיצויים עונשיים או הרתעתיים – הוא שהוגבל בסעיף 7א; הדין בדבר פיצויים רגילים בתביעות לשון הרע, כלומר שימוש בחזקה המאפשרת לבית המשפט לפסוק פיצויים בכל סכום לפי ראות עיניו, לא השתנה.⁷³ תימוכין עיקריים בפסיקה לגישה זו אפשר למצוא בכתיבתו של השופט נעם סולברג. השופט (בישבו, דאז, בבית משפט השלום בירושלים) דן לראשונה בנושא הפיצויים הסטטוטוריים בעניין בלשניקוב⁷⁴ אם כי שם לא צלל לעומק הסוגיה והסתפק בקביעה כי לשון הסעיף "אינה סובלת" את גישת הנשיא ברק בעניין אמר, כלומר מדובר בתקרת פיצוי ולא ברצפה.

השופט הציג עמדה מורכבת (ומעניינת) יותר בעניין נתניהו.⁷⁵ ראשית, סקר את הגישות השונות לעניין פרשנות סעיף 7א, שלל את גישת אמר וקבע כי הסעיף מציב מגבלה לפיצויים ללא הוכחת נזק, ואילו על נתבע המעוניין בסכום גבוה יותר להוכיח את נזקו, בדומה לגישת "סעיף כתקרת פיצוי" המתוארת לעיל.⁷⁶ השופט הודה שבכך הוא מרוקן למעשה את התיקון מתוכו, אך מצא מענה לכך בהתייחסותו לבקשתה של הנתבעת להביא ראיות שלפיהן הנזק שנגרם לתובעת נמוך בהרבה מ-50,000 ש"ח. לפי השופט סולברג, התיקון נועד ליצור מסלול לתובע שמבקש להימנע מהדין בנזקיו; ה"מחיר" שמשלם תובע כזה הוא הסתפקות בסכום פיצוי נמוך יותר.⁷⁷ כך נדחתה הבקשה והתובעת זכתה לפיצויים מבלי להתמודד עם ראיות לכך שלא נגרם לה נזק.

73 למעשה, גישה זו עולה בקנה אחד הן עם הגישה שלפיה הפיצויים עבור הנזק מוגבלים בתקרה קשיחה, שמעבר לה על הניזוק להוכיח את נזקו, המתוארת לעיל, והן עם הגישה שהתקבלה בסופו של דבר בפסיקה, המאיינת את הסעיף מתוכו, המתוארת להלן. היות שהפיצויים הסטטוטוריים לא נועדו כלל לפצות על נזק, אפשר לקבוע כל משטר ראיתי להוכחת נזק לא-ממוני, לרבות הותרת החזקה על כנה. הפיצויים העונשיים לפי ס' 7א מנותקים מהפיצויים עבור הנזק, ואפשר לקבוע כללי משחק שונים לאלו ולאלו.

74 ת"א (שלום י-ם) 1133/01 בלשניקוב נ' מוקד (פורסם בנבו, 11.4.2002).

75 ת"א (שלום י-ם) 1839/01 נתניהו נ' רשת שוקן בע"מ (פורסם בנבו, 25.7.2002).

76 שם, פס' 49 לפסק דינו של השופט סולברג.

77 שם, פס' 51, 52, 54 לפסק דינו של השופט סולברג.

השופט סולברג נימק את עמדתו, מלבד הרצון ליצור מסלול דיוני יעיל ומקוצר, בתכלית הפיצוי: היות שלזה מטרות ציבוריות, עונשיות והרתעתיות, לצד התכלית הנזיקית – מוצדק לפסוק פיצוי גם לתובע שלא נגרם לו נזק.⁷⁸ וכך כתב השופט:

[...] ניתן להקשות על גישתי, גם בהסתמך על שאלתו של א' שנהר במאמרו הנ"ל: "אם לתובע לא נגרם נזק, משום שהיה לו שם רע, מדוע יש לזכותו בפיצוי? האם לאדם בעל שם רע שכזה, אשר לא סבל מכל פגיעה, מגיע פיצוי?"

תשובתי לכך היא שאכן כן. ליתר דיוק, גם אם לא 'מגיע' – במובן הצר – לאדם שכזה פיצוי, הרי שבמאזן הכולל, משרת מתן פיצוי במקרה מעין זה, אינטרס פרטי וכללי גם יחד: להישמר מפירסום דברי לשון הרע שאינם אמת ואשר אין צידוק ענייני לפרסומם.

[...] הפיצוי הסטטוטורי נועד, איפוא, לפצות על פירסום לשון הרע, על עצם ביצוע העוולה, בלי הוכחת נזק.⁷⁹

דוגמה מעניינת נוספת ליישום גישה זו אפשר למצוא, אולי, בעניין אובייקטיבי,⁸⁰ שם התלבט בית המשפט בשאלה אם סעיף 7א חל גם על תאגיד, לאור הוראת סעיף 10 לפקודת הנזיקין, הקובע כי "תאגיד לא יפרע פיצויים בשל עוולה אלא אם גרמה לו נזק".⁸¹ לכאורה, סעיף 7א לא אמור לחול, היות שעל התאגיד להוכיח שאכן נגרם לו נזק כדי להתגבר על סעיף 10 לפקודת הנזיקין. אך בית המשפט קבע כי היות שתכלית הפיצויים הניתנים לפי סעיף 7א היא הרתעתם של מוציאי לשון הרע⁸² ולא השבת המצב

78 מקרה בוחן מעניין כדוגמה להבהרת השלכותיה של הגישה המתוארת הוא עניין אלון, לעיל ה"ש 72. מדובר בתביעת לשון הרע שהגיש אחד האשמים בפרשת האונס בשמרת נגד שני מקומונים בגין פרסום לשון הרע על אודותיו. טענה מרכזית של הנתבעים הייתה כי לנאשם, שידוע לשמצה בשל מעורבותו בפרשת האונס, אין שם טוב ולכן לא נגרם לו נזק, או למצער הנזק שנגרם לו מצומצם וזניח (גישה דומה באה לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט העליון בעניין בן גביר, לעיל ה"ש 11). אימוץ גישה סולברג במקרה כזה היה מוביל לדחיית הטענה – הפיצוי לפי ס' 7א לא ניתן כלל עבור נזק אלא לשם מימוש התכלית ההרתעתית של דיני לשון הרע, ולכן גם במקרים שבהם לתובע אין שם טוב אין לצמצם, או למצער לצמצם במשורה, את שיעור הפיצוי שנפסק.

79 עניין נתניהו, לעיל ה"ש 75, פס' 53 לפסק דינו של השופט סולברג (ההדגשה הוספה – ת"ק). פסק הדין אמנם ניתן בבית משפט השלום, אך זכה להתייחסות ולאזכור בפסיקה מאוחרת.

80 ת"א (שלום ת"א) 188534/02 אובייקטיבי מחקרים עולמיים לישראל בע"מ נ' קליניקה אריאל בע"מ (פורסם בנבו, 30.11.2003) (להלן: עניין אובייקטיבי).

81 ס' 10 לפקודת הנזיקין.

82 נימוק נוסף שבו נקב בית המשפט הוא כי מדובר בחקיקה ספציפית, הגוברת על חקיקה כללית. עניין אובייקטיבי, לעיל ה"ש 80, פס' 6 לפסק דינה של השופטת שבח.

לקדמותו או הקלה על ניזוקים – גם תאגידים יכולים להשתמש בו כדי לתבוע את נזיקהם מבלי להוכיח את נזקם ואף אם לא נגרם להם נזק כלל.⁸³ הדבר עולה בקנה אחד עם גישת השופט סולברג שלפיה תכלית סעיף 7א היא ליצור למעשה ראש נזק פיצויי נפרד, שתכליתו הרתעתית, ולכן אינו כפוף לעקרונות המקובלים של דיני הנזיקין.

גישה זו מנוגדת במידת מה לעקרון ההשבה, שלפיו פיצוי ניתן בעבור נזק. ההישענות על התכלית העונשית-הרתעתית כדי לפסוק פיצויים עונשיים מעוררת אי-נוחות, ואפשר לטעון כי דרושה הסמכה מפורשת יותר מטעם המחוקק טרם ביצוע צעד דרמטי כגון זה.⁸⁴ יתרה מכך, אפשר לטעון שההיבט העונשי של הפיצוי כבר בא לידי ביטוי בסעיף 7א(ג) לחוק, שבו מוכפלת תקרת הפיצוי האפשרית במקרים של פרסום לשון הרע בכוונת זדון.⁸⁵ לא מפתיע אפוא שגישתו של השופט סולברג לא זכתה לאימוץ נרחב יותר בדין.

4. גישה ד – הסעיף כנקודת מוצא לאומדן הנזק

לפי גישה זו, שבאה לידי ביטוי במובלע בפסקי דין מסוימים, מטרת סעיף 7א איננה להסמיך – או להגביל – את בית המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק בשיעור כזה או אחר, אלא דרכו של המחוקק לקבוע אמת מידה באשר לסכום הפיצויים הראוי בתביעות לשון הרע. מטרת הסעיף היא לקבוע "עונש מומלץ", שבתי המשפט ייטו לפסוק לפיו, או – לפי גרסה קשה יותר – יסטו ממנו רק בהינתן הצדקה מיוחדת.

פרשנות זו אולי אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק, המסמיכה את בית המשפט לפסוק כל סכום עד לתקרת הפיצוי מבלי להעדיף את התקרה דווקא כנקודת מוצא, אך הולמת את כוונת המחוקק להגדיל את סכומי הפיצויים הנפסקים בתביעות לשון הרע. ייתכן שברקע לכך מצויה הקריאה שנשמעה בכמה פסקי דין שניתנו טרם התיקון על ידי שופטים בערכאות השונות, להעלאת סכומי הפיצויים הנפסקים בתביעות לשון הרע,⁸⁶ בעקבות הרגשה כללית שלפיה הסכומים שנפסקים אינם גבוהים דיים. לא מן הנמנע כי תפיסה דומה באשר לסכומי הפיצויים הנפסקים הובילה את המחוקק להנחות את בתי המשפט לפסוק פיצויים בשיעור גבוה יותר. אמנם קרניאל וברקת הראו במאמרם כי

83 שם. מנתונייהם של גדרון, אילוז ורייניזלבר עולה כי בשנים שחלפו מאז תיקון 6 סכום הפיצוי הממוצע שנפסק לטובת תאגידים בתביעות לשון הרע גבוה מזה שנפסק לטובת בני אדם. ראו גדרון, אילוז ורייניזלבר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 493–495.

84 זהו הרקע להסתייגותם של קרניאל וברקת מגישה פרשנית הדומה לזו; ראו קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 224. לעמדה דומה שהובעה בפסיקה ראו עניין עזור, לעיל ה"ש 47, פס' 7 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן.

85 זאת מכיוון שהנזק שנגרם לתובע אינו מושפע מהשאלה אם הפרסום היה תם לב או זדוני, ולכן נראה סביר שהרציונל בבסיס הכפלה זו הוא הרתעתי בלבד.

86 ראו למשל עניין אמר, לעיל ה"ש 34, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיא ש' לוי; ע"א (מחוזי ת"א) 1145/95 קליין נ' אמסלם, פס' 7 לפסק דינו של השופט גרוס (פורסם בנבו, 30.3.1997).

בפועל נפסקו לא פעם סכומי פיצוי גבוהים טרם חקיקת תיקון 6,⁸⁷ אך הנתונים לא עמדו לנגד עיניו של המחוקק בשעת מעשה.

פסק הדין המשמעותי שבו אפשר למצוא תימוכין לגישה זו ניתן בעניין ניסנקורן, ערעור על פסיקת פיצויים בגין נזק לא-ממוני בסכום של 250,000 ש"ח.⁸⁸ המקרה התרחש בטרם כניסת תיקון 6 לתוקף, אך השופט ג'ובראן קבע כי הסכום שקבע המחוקק כתקרה לפיצוי סטטוטורי הוא "[...] אמת מידה, שניתן להתחשב בה בעת פסיקתם של פיצויים בגין נזק שלא הוכח היקפו לשמו הטוב של אדם, כתוצאה מפרסום לשון הרע".⁸⁹ לפיכך התערב השופט בהלכת בית המשפט המחוזי ושינה את סכום הפיצויים ל-50,000 ש"ח, לפי הנחייתו המשותפת של המחוקק.⁹⁰

השופט ג'ובראן לא קבע במפורש כי יש להתייחס לסכום הקבוע בסעיף 7א כאל נקודת מוצא, אך בפסקי דין אחרים אפשר למצוא כמה התייחסויות ברוח זו. למשל, בפסק דין נוסף של בית המשפט העליון כתב השופט רובינשטיין כי בשל קיומן של נסיבות מקלות במקרה ספציפי, אין להתייחס לסכום הנקוב בסעיף 7א כאל אמת מידה לנזק של התובע.⁹¹ מכך אפשר ללמוד כי בהיעדר נסיבות אלו – זו אכן הייתה נקודת המוצא לאומדן הנזק.

ביטוי מפורש לגישה זו ניתן בפסק דינו של בית משפט השלום בכפר סבא בעניין בורוכוב, שם נכתב⁹² כי "יש בחקיקתו של סעיף 7א כדי להעמיד תמרוך אדום בפני ביהמ"ש, בטרם יראה לפסוק סכום פיצוי נמוך מהרף שנקבע שם [...] יש לפרש את

87 הממוצע שאליו הגיעו השניים, לשנים 1996–1999, הוא של 53,916 ש"ח לתביעה, כאשר ב-23.1% מהמקרים ניתן פיצוי בסכום הגבוה מ-50,000 ש"ח. ראו קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 241. הסכומים שעלו בבדיקתם של קרניאל וברקת גבוהים מהממוצע שמצאו גדרון, אילוז וריינזילבר, כאשר בדקו את פסקי הדין שניתנו בעשור האחרון; ראו גדרון, אילוז וריינזילבר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 503–504.

88 ע"א 2657/04 וילדר נ' ניסנקורן (פורסם בנבו, 19.7.2006).

89 שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. עניין ת"א (שלום חד') 4334/98 נימר נ' בן נימר (פורסם בנבו, 16.6.2003) מזכיר את עניין ניסנקורן – מדובר בתביעה שהוגשה בגין גידופים שהוחלפו בין מכרים וזכו לתפוצה מוגבלת יחסית. למרות הנסיבות המקלות, ואף שתיקון 6 טרם חל על עובדות המקרה, פסק בית המשפט את סכום הפיצוי המרבי לטובת התובעים.

90 ייאמר כי טרם שינוי סכום הפיצוי דן השופט ג'ובראן בנסיבות המקרה הספציפיות, לרבות חומרת הפרסום, תפוצתו והתנהגות המזיק והניזוק, ונראה – גם מתיאורו את הסכום הנקוב בסעיף כ"אמת מידה" – שהיה נכון לפסוק פיצויים בשיעור אחר לו היה מדובר במקרה חמור יותר, ומה גם שכאמור תיקון 6 טרם חל. מנגד מדברי השופט ג'ובראן עולה בהחלט גישה שלפיה הנחיית המחוקק נהנית מבכורה בעת אומדן הפיצויים.

91 רע"א 1700/10 דוביצקי נ' שפירא, פס' ט"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 20.5.2010).

92 ת"א (שלום כ"ס) 7830/00 בורוכוב נ' פורן, פס' 104 לפסק דינו של השופט אמיר (פורסם בנבו, 14.7.2002) (ההדגשה הוספה – ת"ק).

סעיף 7א, כך שהוא קובע רף תחתון מנחה, שהסטיה ממנו כלפי מטה לא תעשה באופן שגורתי.⁹³

ודוק: גם אם בית המשפט איננו מתייחס במוצהר אל הסעיף כקובע נקודת מוצא לאומדן הנזק, ייתכן שזה משפיע בעקיפין, במודע או שלא במודע, על שיעור הפיצויים שפוסק השופט. יש להבחין כאן בין טענה קשה, שלפיה בשל "עצלות שיפוטית" נוח לשופט להיצמד בעת פסיקת הפיצויים לסכום הקבוע בחוק, מבלי לצלול לגופה של הסוגיה ומבלי להתחייב לגישה פרשנית אחת או אחרת, לבין טענה רכה יותר, שלפיה ייתכן שבשל הטיה קוגניטיבית השופט מעריך את הנזק לפי הנחיית המחוקק, אם כנקודת מוצא שיש לסטות ממנה רק במקרים חריגים, או כאמת מידה למקרים קשים בלבד שממנה יש לגזור את שיעור הפיצוי בכל מקרה ומקרה.⁹⁴ בהקשר זה תוזכר עמדתה של יפעת ביטון, שביקרה את נטייתם האוטומטית של שופטים לפסוק פיצויים לפי לשון החוק בהוראות נזיקיות שבהן מוגדרים פיצויים סטטוטוריים.⁹⁵

בין שהיא נתפסת כיישום נכון של הוראת המחוקק (דבר שבתי המשפט לא ימהרו להכיר בו כנראה בשל רצונם לשמור על עצמאות בכל הנוגע לקביעת אמות המידה לפיצויים) ובין שהיא ביטוי של התנהגות בלתי מודעת או "עצלה" של הפסיקה, יש לזכור כי בכל מקרה גישה זו אינה נותנת מענה למקרה הקשה, היוצר את הפולמוס הראשוני מלכתחילה: כזה שבו לתובע מגיע פיצוי הגבוה מהתקרה הסטטוטורית, אך בשל קשיי ההוכחה האינהרנטיים לתביעות לשון הרע אין הוא מסוגל לעמוד בכללי הראיות המקובלים. במקרה כזה ניצב בית המשפט מול הקושי הנובע מכוונת המחוקק מחד ומלשונו של סעיף 7א מאידך, במלוא חריפותו.

93 אפשר לטעון כי מקרים שבהם פסק בית המשפט פיצויים בסכום של 50,000 ש"ח מבלי שדן כלל בנזק (כגון ת"א (שלום ת"א) 33805/00 חברת בנימין ניסן הובלות ועבודות עפר בע"מ נ' עצמון (פורסם בנבו, 15.11.2002)), או מקרים שבהם אמד את הנזק בסכום זה מבלי לפרט כיצד ביצע את האומדן (כמו בעניין ת"א (שלום חי') 6893/97 ברנזון נ' שליזינגר (פורסם בנבו, 5.11.2003); ת"א (שלום חד') 2088/99 רייפנברג נ' יהלום (פורסם בנבו, 28.8.2002); ע"א (מחוזי י-ם) 6169/99 לוי נ' בן חורין (פורסם בנבו, 28.10.1999)), מייצגים גישה לפיה ס' 7א קובע נקודת מוצא לאומדן הנזק. מאידך, ייתכן ומדובר בצורה נוספת של ניסיון התמודדות עם הקושי הפרשני: להימנע מלהכריע בעניין ס' 7א, אך לפסוק בכל מקרה סכום שאינו חוצה את תקרת הפיצוי.

94 אפשר לראות, אולי, את הגרסה השנייה כביטוי לגיטימי ל"איתות" של המחוקק לבתי המשפט בדבר שיעור הפיצוי הנכון.

95 יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137, 158 (2006). טענתה הכללית של ביטון היא כי פיצוי ללא הוכחת נזק, על אף השפעתו החיובית בכך שהוא מקל על תובעים לקבל פיצוי, מאפשר לבתי המשפט להימנע מלהגדיר במפורש את ראשי הנזק שבגינם נפסקים פיצויים סטטוטוריים ובכך להמעיט בערכה של הפגיעה שהם גורמים לה מבחינת השיח ויחסה הכולל של המערכת המשפטית (ואולי, החברה כולה) לנזקים אלו.

האם קיומה של גישה זו נתמך בנתונים אמפיריים? מבדיקת סכומי הפיצוי שנפסקו בבתי המשפט בעוולות לשון הרע עולה כי שיעור הפיצוי הממוצע ירד לאחר חקיקת תיקון 6, ובכך התרחק מהסכום המנחה לכאורה שנקבע בסעיף 7א.⁹⁶ אפשר להסביר נתון זה בכמה דרכים: מחד אפשר לטעון כי העובדה שסכום הפיצוי הממוצע לאחר חקיקת התיקון נמוך מהסכום הממוצע שנפסק לפניו, שוללת את הטענה כי הסכום הנקוב בסעיף 7א הוא אמת מידה בעיני בתי המשפט; הדמיון בסכומים הנפסקים לאורך השנים מעיד אולי על תפיסה יציבה פחות או יותר של בתי המשפט את הסכום הראוי לפיצוי בתביעות לשון הרע, שאינה מושפעת מהנחיית המחוקק.

עם זאת הסכום שנפסק בעשור האחרון דומה מאוד לזה הנקוב בסעיף 7א. אפשר לטעון כי טרם חקיקת הסעיף פסקו בתי המשפט כראות עיניהם, ואילו לאחר חקיקתו החלו לפסוק לפי הסכום הנקוב בו, והדמיון בין הסכומים הוא מקרי בלבד. לחלופין ייתכן שחלק מהשופטים רואים בסכום אמת מידה מכווניה, ואחרים לא, ומכאן – הפער.⁹⁷

לעומת השפעת הסכומים הקבועים בסעיף על התנהגותם של השופטים, הניתנת לדיון, קשה להתווכח עם ההשפעה שהייתה להם על התנהגות הניזוקים. למשל, לאחר חקיקת התיקון תובעים רבים מעדיפים לדלג על המסלול הקשה של הוכחת הנזק ולהימנע מנטל הבאת הראיות, ומסתפקים בתביעה לפיצויים ללא הוכחת נזק בסכום של 50,000 ש"ח או 100,000 ש"ח, על פי הנסיבות (ושיקולי אגרה).⁹⁸ בהזדמנות אחת אף

96 ראו לעיל ה"ש 87.

97 ובהקשר זה יש לציין את ההבחנה שהובאה לעיל, בה"ש 93, בין היחס לסעיף כנקודת מוצא או כאמת מידה למקרים הקשים, וכן את ממצאיהם של גדרון, אילוז וריינזילבר בדבר קיומם של שופטים מחמירים שנוטים לפסוק פיצויים בשיעור גבוה יותר (ראו גדרון, אילוז וריינזילבר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 504–505).

כך או כך, באופן כללי יותר בעניין החקר האמפירי של פיצויים בתביעות לשון הרע, יש לזכור כי נתונים סטטיסטיים על תיקים אלו בעייתיים, ונכון לנהוג בעניינם במידת הזהירות. הגישות הרבות והבלבול שחל בפסיקה באשר לדרך הנכונה לחישוב הפיצויים, כמתואר ברשימה זו, גורמים לסתירות ניכרות בנתונים. על אלה נוספת, וביתר שאת, המשרעת הרחבה של סוגי המקרים שעליהם חלים דיני לשון הרע – מסכוכי שכנים, שמקומם בבתי הדין לתביעות קטנות, ועד לתיקי ענק, המתנהלים בין אנשי ציבור לכלי תקשורת ארציים (ראו שם, בעמ' 466–467). מסיבות אלה יש להימנע מהסקת מסקנות חד משמעיות על בסיס הנתונים הסטטיסטיים.

98 כדוגמה אפשר להביא את עניין בן גביר, לעיל ה"ש 11; ת"א (שלום כ"ס) 7142/98 זהר נ' לפטר (פורסם בנבו, 7.2.2001); ת"א (שלום ת"א) 84193/00 גידי תנורים בע"מ נ' דן אנד ברדסטרט ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 4.4.2001); ת"א (שלום ת"א) 90323/00 גוטפריד נ' טלעד אולפני ירושלים בע"מ (פורסם בנבו, 25.7.2001); ת"א (שלום י"ם) 21551/00 יעקב נ' סלמן (פורסם בנבו, 25.4.2001); ת"א (שלום ב"ש) 9305/00 אביטל נ' שימילשווילי (פורסם בנבו, 15.5.2001); ת"א (שלום ת"א) 12994/01 ניסדלבסקי נ' מעריב – הוצאת מודיעין בע"מ (פורסם בנבו, 26.12.2001);

הביע בית המשפט תמיהה על החלטתו של ניזוק לדרוש פיצויים ללא הוכחת נזק בסכום של 25,000 ש"ח, הנמוך מהמגבלה הסטטוטורית.⁹⁹ היות שהגישה הרווחת בבית המשפט, כפי שיתואר להלן, מאיינת את הסעיף ומאפשרת גם לתובעים שלא הוכיחו את נזקיהם על פי הכללים הרגילים של דיני הנזיקין לקבל פיצוי בסכום הגבוה מהתקרה הסטטוטורית, נראה שבשל אי-הכרת ההלכה הפסוקה ניזוקים אלו מחליטים החלטה לא מועילה, באופן פרדוקסלי, שהרי די אם היו מביאים ראיות לנזקם הכללי (מבלי להוכיחו) כדי להיחלץ ממגבלות הסעיף. וכך גם אם בית המשפט נטרל את המגבלה על פסיקת נזק לא-ממוני, עדיין התיקון הוביל לפגיעה בניזוקים שחוששים מהצורך (המדומה) להוכיח את נזקם, ולכן מסתפקים בפיצוי נמוך ממה שהיו עשויים לקבל.

5. הגישה הנוהגת – איון הסעיף

אם כן, מספר הגישות שהופיעו בפסיקת בתי המשפט לשאלת הפרשנות הנכונה לסעיף 7א רב, כך נראה, כמעט כמספר השופטים הפוסקים. מלבד הגישות העיקריות שתוארו לעיל הופיעו בפסיקה עוד פרשנויות, שונות ומשונות, לסעיף: כך נקבע כי יש להבחין בין פיצויים בגין נזק שגרם הפרסום ממש, המוגבלים בתקרה, לבין פיצויים בגין יצירת הסיכון לפרסום מזיק, שאינם מוגבלים בתקרה כזו.¹⁰⁰ במקרה אחר נקבע כי התקרה בסעיף 7א מגבילה פיצוי בגין נזק ממוני בלבד, ואילו סכום הפיצוי שאפשר לפסוק בגין נזק לא-ממוני, גם ללא הוכחתו, אינו מוגבל.¹⁰¹

כלל הפרשנויות שנסקרו עד כה פגיעות לביקורות מהותיות שונות: גישת "הסעיף כרצפה" מעוררת הסתייגות בשל סתירתה את לשון הסעיף והמגבלות שהטילה על השופט; גישת "הסעיף כתקרה" מתנגשת עם כוונתו של המחוקק (ועם יצר העצמאות של

ת"א (שלום נצ') 418/95 מוסא נ' מערכת השבועון "כלבו" (פורסם בנבו, 15.9.2003); ומקרים רבים נוספים.

99 ת"א (שלום פ"ת) 5142/99 טל נ' אמיר (פורסם בנבו, 24.7.2001).

100 זאת בדומה לגישתו של רוזנברג, לעיל ה"ש 50. ראו למשל ת"א (שלום נת') 4392/99 אריאלי נ' גלובס עיתון העסקים של ישראל (פורסם בנבו, 27.2.2001); ת"א (שלום ת"א) 101110/00 שמש נ' כירורגיה אסתטיקה ולייזר בע"מ (פורסם בנבו, 11.4.2002). עולה שאלה מעניינת אם לפי גישה זו מדובר בראשי נזק נפרדים, ולכן ניזוק יכול לתבוע הן בגין הנזק הממשי שנגרם לו והן בגין יצירת הסיכון.

בהקשר זה יש לציין גישה הפוכה, ולפיה אין מקום לפסוק פיצוי נפרד בגין הגברת הסיכון בתביעות נזיקין – אלא לכלול אותו בסכום הפיצוי בגין הנזק הלא-ממוני. ראו אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה" ספר שמגר חלק ג 21, 51–62 (יובל שני וטובה אולשטיין עורכים, 2003).

101 ת"א (שלום נצ') 2759/00 דנוביץ נ' אינדקס העמק והגליל (פורסם בנבו, 1.11.2002).

בתי המשפט; הפרשנות שלפיה הסעיף הוא ראש נזק הרתעתי עומדת בניגוד לעקרון יסודי בדיוני הנזיקין – עקרון ההשבה; ואף כי נראה שלגישה שלפיה הסעיף הוא נקודת מוצא לאומדן הנזק נודעה השפעה מסויימת על הפסיקה, בית המשפט לא הכיר בה במוצהר, ומכל מקום אין בה מענה למקרים שבהם הסכום המגיע לתובע גבוה מתקרת הפיצויים הסטטוטוריים.

לא מפתיע אם כן שהגישה שהתקבלה בפסיקה לעניין נפקותו של סעיף 7א היא זו שנקטה את דרך האמצע: מחד ציות (מבחינה רטורית, לפחות) ללשון תיקון החוק, ומאידך שימור כוחו של בית המשפט לפסוק פיצויים בכל שיעור, כרצונו, גם ללא הוכחת נזק.

בהחלטה בעניין נור,¹⁰² שניתנה בסך הכול חודשיים לאחר פסק דינו של הנשיא ברק בעניין אמר, קבעה השופטת דורנר (באופן לקוני למדי), בעת דחייתה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה, כי הפרשנות הנכונה של סעיף 7א כפשוטה כן היא – לאפשר לבית המשפט לפסוק פיצויים בסכום של עד 50,000 ש"ח ללא הוכחת נזק. על ניזוק המעוניין בפיצוי בשיעור גבוה יותר להוכיח את נזקו בבית המשפט. כך כתבה השופטת דורנר:

סעיף 7א לחוק קובע סכום מירבי שניתן לפסוק לטובת הנפגע גם בלא הוכחת נזק. אם יבקשו המשיבים פיצוי בסכום גבוה יותר, יהא עליהם להוכיח את נזקם בהמשך ההליך, על-פי סדרי הדיון שייקבעו על-ידי בית-המשפט המחוזי.

השופטת קבעה במפורש כי הסכום שבסעיף 7א הוא סכום מרבי, תקרה ולא רצפה, בניגוד לדברי הנשיא ברק, אמירה שיצרה מעין "פתח מילוט" לערכאות הנמוכות ואפשר להן להציג מחלוקת פרשנית כדי להימנע מלפסוק לפי גישת אמר הקשה.¹⁰³ בסיפה של דברי השופטת קבעה היא כי על הניזוקים "להוכיח את נזקם" כדי להיות זכאים לפיצויים מעל המגבלה הסטטוטורית. זו לשון לא מתחייבת המאפשרת לבית המשפט לפסוק גם נזק כללי או לא-ממוני (ולא-ממוני בלבד) בסכום גבוה, ככל שזה הוכח, ובכך מנטרלת את הפרשנות הקשה שלפיה הסעיף קובע תקרת פיצוי לכל נזק לא-ממוני שהוא.

עם זאת בשל מעורפלות הדברים וקיצורם פתחה הפרשנות שמציעה השופטת דורנר בעניין נור פתח ללא מעט שאלות פרשניות, ובראשן שאלה הנובעת מהיעדר התייחסות בדברים לרף ההוכחה הנדרש. האם כעת, לאחר תוספת הסעיף, יש להוכיח את הנזק הלא-ממוני לפי המבחנים הראייתיים הרגילים של דיני הנזיקין כדי להיחלץ ממגבלת סעיף 7א, על הקושי הטמון בכך? האם בוטלה החזקה הפסיקתית שלפיה לשון הרע משמעה נזק לשמו הטוב של מושא הפרסום? מה יהיה על תובע שנגרם לו נזק כללי ניכר

102 עניין נור, לעיל ה"ש 52.

103 ראו המקרים המוזכרים לעיל בה"ש 64.

אך קשה להוכחה – האם יוכל בית המשפט לפסוק לו פיצויים מעל למגבלה הסטטוטורית מבלי שהנזק הוכח?¹⁰⁴ האם רשאי המפרסם להביא הוכחות שלתובע לא נגרם נזק, או שבכל מקרה מגיעים לו פיצויים בעקבות תיקון 6? שאלות רבות נותרו פתוחות, בכוונה או בהיסח הדעת, להבהרה בפסקי דין עתידיים או על ידי הערכאות התחתונות.¹⁰⁵

על רקע סימני שאלה אלו נדרש בית המשפט העליון להתייחס שוב, שבע שנים מאוחר יותר,¹⁰⁶ לסוגיית פרשנותו של סעיף 7א, והמשיך להתוות את הדרך לאיון הפרשני של סעיף 7א וריקונו מתוכן. פסק הדין בעניין שרנסקי¹⁰⁷ עסק בתביעתו של השר לשעבר נתן שרנסקי את ד"ר יולי נודלמן בגין ספר שפרסם האחרון ובו הוציא את דיבתו של שרנסקי ושל מפלגתו, ישראל בעלייה. בין היתר כתב נודלמן כי לשרנסקי קשרים למאפיה הרוסית, כי השר לשעבר שימש כמלשין וכמשת"פ של ארגוני הביון הסובייטיים, כי הוא אשם בפלילים ועוד ועוד.¹⁰⁸

בית המשפט המחוזי בירושלים, מפי השופט צבי סגל,¹⁰⁹ קיבל את תביעתו של שרנסקי והורה לנודלמן לשלם לו פיצויים בסכום דרמטי של 900,000 ש"ח. פסק הדין (שניתן ב-2003) הוא דוגמה לדרך נוספת שבה התמודדו בתי המשפט עם הקושי הפרשני של סעיף 7א – התעלמו ממנו; השופט סגל דן בתביעה לפי החזקה הידועה כי פרסום לשון הרע פוגע בשמו הטוב של התובע,¹¹⁰ ואז אמד את הנזק הלא-ממוני לפי הקריטריונים שנקבעו בעניין אמר והעריך אותו ב-900,000 ש"ח – כל זאת מבלי לדרן

104 בדומה לגישה שהובעה בעניין סבוראי, לעיל ה"ש 72.

105 ייתכן שתשובה חלקית באשר לעמדתה של השופטת דורנר בנושאים הללו תימצא בהחלטה שנתנה שלושה חודשים לפני ההחלטה בעניין נור (לעיל ה"ש 52) – בעת דיונה ברע"א 8561/00 גבעון נ' כהן (פורסם בנבו, 26.7.2001). השופטת קבעה כי תובע בעוולת לשון הרע שלא פירט את נזקיו הכלליים מנוע מלהוכיח את נזקו, אם זה גבוה מהמגבלה הסטטוטורית (המיוחסת שם בטעות לס' 7 לחוק ולא ס' 7א), גם בתביעות לשון הרע. מכך אפשר אולי ללמוד שלדידה החזקה בוטלה, ועל התובע להוכיח את נזקיו בדומה לעוולות נזיקיות אחרות – לרבות נזק כללי. מנגד אולי הכוונה ב"פרוט הנזקים", שאותו דורשת דורנר, לטענה כללית של התובע כי נגרם לו נזק לא-ממוני, בדומה ל"נסיבות המטריאליות" שעליהן כותבת השופטת פרוקצ'יה בעניין שרנסקי (לעיל ה"ש 22), כמתואר להלן.

106 בית המשפט עסק בנושא בתקופה זו בפסק הדין בעניין ניסנקורן, לעיל ה"ש 88, שניתן ב-2006, אך שם באה לידי ביטוי גישה פרשנית אחרת, כפי שנידון לעיל.

107 עניין שרנסקי, לעיל ה"ש 22.

108 שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

109 ת"א (מחוזי י-ם) 1133/99 שרנסקי נ' נודלמן (פורסם בנבו, 21.12.2003).

110 שם, פס' 14 לפסק דינו של השופט סגל.

כלל בשאלת הוכחת הנזק הלא-ממוני וללא אזכור בודד של סעיף 7א או של המחלוקת הפרשנית בדבר שאלת הפיצויים הסטטוטוריים.¹¹¹ ההתעלמות משאלת הוכחת הנזק לא נסתרה מעיני פרקליטיו של נודלמן, ואכן בערעור לבית המשפט העליון טענו אלו כי "מאחר שהמשיבים לא הוכיחו את נזקם, ובית המשפט עצמו קבע כי לא הוכח נזק ממון, לא ניתן היה להשית עליו פיצויים בסכומים הגבוהים שנקבעו, לאור מחסום הסמכות הקבוע בסעיף 7א לחוק, המגביל את בית המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק עד לגבול של 50,000 ש"ח [...]".¹¹² השופטת פרוקצ'יה לא רואה צורך לדון ולפסול בפסק דינה את הלכת אמר ואת גישת "הסעיף כרצפה" המופיעה שם¹¹³ ומתארת את המחלוקת הפרשנית באמרה שהיא נוגעת רק לסמכותו של בית המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק – האם המגבלה הסטטוטורית חלה בכל מצב, לרבות כאשר "מצויים בפני בית המשפט" נתונים על אודות נזק כללי בשיעור גבוה יותר? או רק כאשר לא הובאו בפני בית המשפט ראיות כלל לנזק?¹¹⁴ השופטת הכריעה לפי החלופה השנייה וכתבה, לאחר ביצוע פרשנות תכליתית על פי היסטוריית החקיקה ומטרת החוק, כי:

מטרת ההרתעה הטמונה ביסוד הוראה זו תושג רק אם יינתן לה פירוש מצמצם, המגביל את סמכות בית המשפט בפסיקת הפיצויים הנקובים בסעיף 7א למצבים בהם לא הוכח בפועל כל נזק לתובע – בין נזק מיוחד ובין נזק כללי. שאם לא כן, תסוכל מטרת ההרתעה, ועימה התכלית העיקרית שלשמה שולבה ההוראה בענין פיצוי ללא הוכחת נזק בחוק [...] יש הסבורים, כי אף שאין בסעיף 7א לחוק דבר המגביל פסיקת פיצוי ממשי בגין נזקים לא ממוניים, יש בו כדי להבהיר קיומה של חובה על תובע להוכיח את הפגיעה בשמו הטוב בראיות ממשיות גם כאשר מדובר בנזק כללי, אם מבקש הוא לחרוג מרף הפיצוי הסטטוטורי המקסימלי שבהוראת החוק. בענין זה נראה, כי אין הכרח בהצגת ראיות ישירות לנזק כללי, אלא די אם הוכחו בפני בית המשפט נסיבות

111 ייאמר כי אפשר לטעון בדוחק, כאן כמו במקרים אחרים, שהתובע הוכיח את נזקו הלא-ממוניים ובכך יצא ממגבלת הסעיף לפי גישת השופטת דורנר בעניין נור, והשופט הכיר בכך במובלע – מבלי להתייחס לשלב ההוכחה בפסק הדין – ועבר לדון ישירות בשיעור הפיצוי הראוי. הפרשנות מתוארת לעיל, שלפיה השופט התעלם משאלת תקרת הפיצוי, בידעין או שלא, נראית סבירה בהרבה.

112 עניין שרנסקי, לעיל ה"ש 22, פס' 44 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

113 מנגד לא נטענו בפני בית המשפט טענות בעניין זה, היות שאף לאחד מהצדדים לא היה אינטרס להעלות את ההלכה מהאוב.

114 עניין שרנסקי, לעיל ה"ש 22, פס' 45 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

מטריאליות, המבססות קיומו של נזק כזה, והמניחות תשתית להערכת הנזק שנגרם.¹¹⁵

המוטיבציה של השופטת פרוקצ'יה ברורה: מחד, לשמור אמונים, מבחינה רטורית, ללשון החוק ולמגבלה הסטטוטורית, ומאידך, לשמר את כוחו של בית המשפט (ולקיים את כוונת המחוקק) לפסוק פיצויים בכל שיעור, גם ללא הוכחת נזק "בראיות ממשיות". לשם כך היא מגדירה רף הוכחה ראייתי חדש, שאינו בשימוש בהסדר אחר בדיני הנזיקין – "נסיבות מטריאליות" לקיומו של נזק.¹¹⁶ לא ברור מהו טיבן של נסיבות אלו, מהם התנאים שבהם יש לעמוד כדי להוכיח את הרף הראייתי החדש,¹¹⁷ וקשה להימלט מהתחושה כי מדובר בתרגיל רטורי, בניסיון של בית המשפט להקל על התובע לקבל פיצויים גבוהים בשל קשיי ההוכחה של נזק לשם הטוב. ואכן, מחיפוש בפסקי הדין שניתנו בשנים שלאחר שרנסקי לא נמצא אף לא מקרה אחד שבו ניסה התובע להוכיח את נזקיו הלא-ממוניים וכשל, ולכן נכנס בגדרי המגבלה שבסעיף 7א.¹¹⁸

עם זאת מחמת הספק אפשר אולי לקרוא את הלכת שרנסקי ואת רף ה"נסיבות מטריאליות" בצורה אוהדת, ולהבינם כפשוטם – רף ביניים ראייתי חדש כלשהו, שטרם הוגדר כל צורכו בפסיקה, שיצר בית המשפט כדי להתמודד עם הקושי הפרשני של סעיף 7א. אך בית המשפט העליון לא הסתפק בכך וצעד את הצעד האחרון לעבר חזרה למצב המשפטי שקדם לתיקון סעיף 7א, כאשר אישר את ההכרעה שניתנה בבית המשפט המחוזי בעניין בומבך.¹¹⁹

115 שם, פס' 45–46 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (ההדגשה הוספה – ת"ק).

116 ייתכן שדעתה של השופטת פרוקצ'יה לא הייתה נוחה לחלוטין מההלכה, היות שהיא ראתה לנכון לציין, מלבד האמור, כי בכל מקרה הצדדים הסכימו טרם המשפט על הימנעות הדדית מהעלאת טענות בדבר הגבלת סכום הפיצוי ללא השמעת עדים, ולכן על טענתו של נודלמן להידחות גם מטעם זה. ראו שם, פס' 47 לפסק דינה של השופטת.

117 לפי פסק הדין, שבו נקבע במפורש שהתובע לא הוכיח כי נגרם לו נזק ממוני מיוחד, נראה שמדובר בשילוב של חומרת הדיבה בפרסום ושל מעמדו של התובע כאיש ציבור. ראו שם, פס' 38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; ראו גם ע"א (מחוזי י-ם) 2279/08 כרמון נ' "ידיעות אחרונות", פס' 90–91 (פורסם בנבו, 28.2.2010), כדוגמה למקרה שבו לא הובאו ראיות כלל להוכחת הנזק, ובהתבסס רק על תפוצת הפרסום וחומרת הדיבה – אותם פרמטרים מרכזיים שתיארו קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 210 – קבע בית המשפט כי התובעת חמקה ממגבלות הסעיף הסטטוטורי.

118 בהחלט ייתכן שחלק מהמקרים שבהם פסק בית המשפט לפי ס' 7א, או מבלי לציין מה המסלול שלפיו קבע את גובה הפיצוי, שייכים מבחינה עיונית לקטגוריה זו, אך ללא אמירה מפורשת של בית המשפט – שכמובן תחתור תחת המוטיבציה המרכזית שמאחורי גישה זו, של שמירת אמונים ללשון החוק ושימור כוחו של בית המשפט בד בבד – אין לדעת זאת. ייאמר כי נמצא מקרה אחד של תביעה שבה נקבע כי הנאשם לא הצליח להוכיח תשתית כללית לנזקי הממון שנגרמו לו, ולכן עליו להסתפק בפיצוי סטטוטורי. ראו ת"א (שלום חי) 1798/03 ויסולי נ' מצנע (פורסם בנבו, 14.1.2010).

119 עניין בומבך, לעיל ה"ש 54.

בפסק הדין נדון ערעור שהוגש על פסק דינה של השופטת לבהר-שרון בבית המשפט המחוזי בתל אביב.¹²⁰ השופטת דנה בתביעתו לפיצויים של מתמודד לתפקיד יו"ר ועד מחוז תל-אביב בלשכת עורכי הדין בגין מכתב המכיל לשון הרע על אודותיו שנשלח לראש הלשכה, כמה ימים לפני הבחירות. לתובע, קבעה השופטת, לא נגרם נזק ממנוי.¹²¹ הדיון נסב על השאלה אם הצליח להוכיח כי נגרם לו נזק לא-ממוני.

כדי לענות על שאלה זו, קבעה השופטת, על בית המשפט לבחון אם נגרם נזק ל"שמו הטוב" של התובע: "[...] נזק לא-ממוני, אשר התובע אינו צריך להוכיח את גובהו (כנדרש בהוכחת נזק מיוחד) [...]".¹²² באופן קונקרטי, "די בקביעותו של בית משפט קמא כי היה בפרסום משום הוצאת לשון הרע והכפשת שמו של המערער [...] כדי להוביל למסקנה כי המערער זכאי לפיצוי הולם".¹²³ כן יוצקת השופטת תוכן לרף "הנסיבות המטריאליות" שנקבע בעניין שרנסקי: מרגע שהוכיח התובע כי נגרם נזק לשמו הטוב, כלומר את עצם פרסום לשון הרע, עמד ברף ונחלץ ממגבלת סעיף 7א, ולכן סכום הפיצוי שהוא זכאי לו אינו מוגבל בתקרת סעיף 7א. הנתבע ביקש מבית המשפט העליון רשות לערעור על פסק הדין, אך המשנה לנשיאה ריבלין דחה אותו בקביעה כי מדובר בהלכה קיימת, ובכך נתן תוקף להכרעת המחוזי.¹²⁴

למעשה, בהחלטה זו החזיר בית המשפט העליון לשימוש את החזקה הפסיקתית שקדמה לחקיקת סעיף 7א, שלפיה די בהוכחת לשון הרע כדי לבסס נזק לתובע. מרגע שהוכיח התובע פגיעה בשמו הטוב – רואים בו מי שהוכיח שנגרם לו נזק לא-ממוני, והוא אינו כפוף למגבלת סעיף 7א. לכן יהיה זכאי לפיצויים בסכום הגבוה מהתקרה הסטטוטורית מבלי שהוכיח את נזקיו כלל.

אם כן – המעגל הושלם, וסעיף 7א רוקן דה פקטו ממשמעות.¹²⁵ לפי הלכת בומבך, די בהוכחת הפגיעה בשם הטוב כדי להיחלץ ממגבלת הפיצויים הסטטוטוריים. שופטת המחוזי והמשנה לנשיא אינם מתמודדים עם השאלה המתבקשת – מהי אפוא משמעותו המשפטית של תיקון 6, ובאילו נסיבות יחול סעיף 7א, על פי גישתם.¹²⁶

120 ע"א (מחוזי ת"א) 14716-04-10 בומבך נ' פישביין (פורסם בנבו, 11.4.2001).

121 שם, פס' 7 לפסק הדין.

122 שם.

123 שם, פס' 9 לפסק הדין.

124 עניין בומבך, לעיל ה"ש 54, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

125 בפסק הדין באה לידי ביטוי גישה דומה שהובעה עוד קודם לכן בערכאות התחתונות, למשל בעניין

ע"א (מחוזי ת"א) 1566/01 גלובס עיתון העסקים של ישראל נ' אריאלי (פורסם בנבו, 3.3.2004);

ת"א (שלום י-ם) 5417/05 מעריב הוצאת מודיעין בע"מ נ' אסדו (פורסם בנבו, 30.4.2007); ת"א

(שלום י-ם) 14151/04 מזר נ' בן נדב (פורסם בנבו, 13.6.2007); ובמיוחד ע"א (מחוזי י-ם)

5452/04 מילר נ' כהן (פורסם בנבו, 2.11.2004).

126 נראה שרק במקרה של ניזוק שבחר, במוצהר, לתבוע פיצויים לפי ס' 7א בלבד.

גישה פרשנית זו הולמת את כוונתו של המחוקק, לפחות, היות שמטרת התיקון הייתה להקל עם ניזוקים, וכך אכן אוינה המגבלה שנוצרה על כוחו של בית המשפט לפסוק פיצויים בשיעור הגבוה מהמגבלה הסטטוטורית ללא הוכחת נזק. אולם תיקון 6 היה אמירה של המחוקק על המצב המשפטי הרצוי, בין שבטעות יסודה ובין שלא, והחלטת הפסיקה לרוקן אותה ממשמעות בהכרח טומנת בחובה מידה מסוימת של בעייתיות.

6. נפקויות סעיף 7א

אם כן, הפרשנות שהתקבלה בפסיקה רוקנה מתוכן ממשי את סעיף 7א; בית המשפט החזיר על כנו, במידה רבה, את ההסדר שחל עובר לחקיקת תיקון 6, אך אפשר לטעון כי לסעיף נודעו השפעות שונות, עקיפות, על הדין הנוהג.

בראש ובראשונה נראה כי גישה ד, המתוארת לעיל, שלפיה הסעיף הוא אמת מידה לאומדן פיצויים, באה לידי ביטוי מובלע בפסיקה. ייתכן שבמקרים מסוימים תופעל החזקה הפסיקתית כדי לפסוק פיצויים בסכום הגבוה מהתקרה הסטטוטורית, כמו בעניין בומבך, אך במקרים אחרים – מסיבות מהותיות, פסיכולוגיות או של עצלות שיפוטית, כמתואר לעיל – יעדיפו בתי המשפט לפסוק פיצויים בסכום המתקרב לתקרה הסטטוטורית, שהיא אמת מידה ממוצעת או מרבית לנזק שנגרם בפרסום לשון הרע. נטייה כזו עלולה אף להחריף ככל שיוגשו תביעות רבות יותר במסלול הפיצוי ללא הוכחת נזק, משום שבהיעדר ראיות לתשתית הנזק הכללית בפני בית המשפט, סביר כי זה יעדיף לפסוק לפי אמות מידה מקובלות לפי הנחיית המחוקק. ממצאיהם של גדרון, אילוז וריינזילבר, שלפיהם במרבית המקרים אין בתי המשפט מציינים במוצהר כיצד ולפי איזה מסלול חישבו את הפיצוי שנפסק,¹²⁷ תואמים מצב זה (גם אם אינם מעידים עליו).

נפקות חשובה נוספת שיש לסעיף 7א, גם לפי הגישה המאיינת, היא כי תובע שבחר במוצהר שלא להביא ראיות בפני המשפט, יהיה כפוף לתקרת הפיצוי הסטטוטורית. גם זו דוגמה לדרך שבה התיקון עלול דווקא לפגוע בתובעים, שיעדיפו לבחור במסלול ללא הוכחת נזק אף על פי שבפועל יכלו לקבל פיצוי גבוה מהתקרה גם מבלי להוכיח את נזקיהם לפי הכללים הרגילים של דיני הנזיקין.¹²⁸

לא ברור אם חקיקת תיקון 6 הובילה לעלייה במספר תביעות לשון הרע שהוגשו,¹²⁹ ולכן אי אפשר לדעת אם הטענה האפשרית שלפיה עצם תיקון החקיקה והעיסוק התקשורתי והפרלמנטרי בחוק הובילו לעלייה במספר תביעות לשון הרע נכונה או לא. מכל מקום, התיקון השפיע בוודאות על מסלול התביעה שבו בוחרים הניזוקים,

127 גדרון, אילוז וריינזילבר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 471–473.

128 עולה שאלה מעניינת, אם בית המשפט רשאי לקבוע בעניינו של ניזוק שבחר במוצהר לתבוע את נזקיו לפי סעיף הפיצוי ללא נזק, כי זה הצליח להוכיח שנגרם לו נזק לא-ממוני ולכן אינו כפוף למגבלת ס' 7א.

129 שיעור התביעות שהתקבלו נשאר זהה. ראו שם, בעמ' 469–470, 486.

שמעדיפים פעמים רבות לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק, על ההשלכות של בחירה זו – הפגיעה הפוטנציאלית בניזוקים, שיקבלו פיצוי נמוך מזה שאולי היו מקבלים לו תבעו כרגיל, והקושי שנוצר לבתי המשפט, שנאלצים לאמוד את הנזק – גם כך משימה לא קלה – מבלי שהוצגו להם ראיות בנושא כלל.

אם כן, לסיכום פרק זה, עוקצו של סעיף 7א אמנם הוקהה בידי הפסיקה, שפירשה אותו בסופו של דבר פירוש המצמצם עד מאוד את הפגיעה בניזוקים ומשמר את כוחו של בית המשפט תוך ציות רטורי ללשון החוק, אך סביר כי נודעו לו השפעות אחרות, עקיפות, על הדין הנוהג בפסיקת פיצויים בלשון הרע.

ד. תיקון 10 לחוק

1. תוכן התיקון

אם כן, כפי שתואר, בחלוף למעלה מעשור מחקיקת תיקון 6, ולאחר ריקונו ממשמעות בידי הפסיקה, החליט המחוקק לעסוק בנושא שוב, ובימים אלו מונח על שולחנו תיקון 10 לחוק איסור לשון הרע (הרחבת סעדים).¹³⁰

הצעת החוק, בגרסתה הנוכחית, כוללת שני שינויים ללשון חוק איסור הרע: הראשון, שאינו במוקד רשימה זו, הוא הוספת סעיף 12א (ואתו סעיף 7א(ג)), שבו נקובה הסנקציה), המטיל על מפרסם לשון הרע באמצעי תקשורת חובה לאפשר לנפגע לפרסם את "תגובתו המלאה על הפרסום בתוך זמן סביר", שאם לא כן יוסמך בית המשפט להטיל עליו תשלום פיצויים בסכום של עד 1,500,000 ש"ח ללא הוכחת נזק.¹³¹ השינוי השני בחוק, והמהותי לרשימה זו, הוא עדכון הסכומים בסעיף 7א, סעיף הפיצוי ללא הוכחת נזק: הכפלת המגבלה הסטטוטורית הקבועה בסעיף 7א פי שישה והעמדתה על סכום של 300,000 ש"ח בתביעות רגילות, ועל 600,000 ש"ח – בתביעות שהוכח בהן זדון.¹³²

130 הצעת תיקון 10, לעיל ה"ש 1. הצעת החוק, יזמתם של חברי הכנסת מאיר שטרית, יריב לוין, זבולון אורלב, אנטוסיה מיכאלי וישראל חסון, עברה בקריאה ראשונה בתאריך 21.11.2011.

131 ס' 1, 2 להצעת תיקון 10, לעיל ה"ש 1. סעיף זה מעלה כמה וכמה שאלות ובעיות, והבולטת שבהן היא השאלה מהו פשרה של "תגובה מלאה". עוד ייאמר כי שוררת מחלוקת בין מציעי החוק על אודות כלילת הסעיף בגרסה הסופית; להתבטאותו של מציע החוק ח"כ מאיר שטרית, שלפיה יפעל כדי להסיר בוועידה את הסנקציה הכספית מהגרסה הסופית של החוק, ראו פרוטוקול ישיבה מס' 285 של הכנסת ה-18, 274 (21.11.2011) www.knesset.gov.il/plenum/data/04807411.doc (להלן: פרוטוקול הכנסת 11/11).

מכל מקום, הדברים חורגים מענייננו.

132 ס' 1 להצעת תיקון 10, לעיל ה"ש 1.

2. תכלית התיקון והליך חקיקתו

הנחת הצעת התיקון על שולחן הכנסת והעברתו בקריאה ראשונה לוו בשיח ציבורי לוהט, ובמידה רבה לא מושכל, על השלכותיה של הצעת החוק ועל הפגיעה בחופש הביטוי והעיתונות שהיא צפויה לגרום.¹³³ חלק גדול מהטיעונים נגד הצעת החוק עסקו בהשלכותיה כחלק ממאמץ חקיקה רחב יותר, אנטי-דמוקרטי לפי הטענה, ועל ההשפעות הציבוריות (לאו דווקא משפטיות) שלה בהקשר זה; טיעונים אחרים נגעו ל"איתות" שנשלח מהמחוקק אל בתי המשפט, בדומה לאחת מהגישות הפרשניות שהוצגה לעיל, ולכך שהאחרון יראה לנכון להעלות את סכומי הפיצוי בצורה שתפר את האזיון בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב.¹³⁴

אלו גם אלו טיעונים כבדי משקל, שאין להתעלם מהם בקלות ראש. עם זאת עניינו בהצעה אינו במישור הציבורי-דמוקרטי, ושאלת משמעויותיו הדמוקרטיות של גל החקיקה המתואר תיבחן על ידי אחרים. בחינת הליך החקיקה כן פותחת, לצורכי בירור תכליתו ומשמעותו המשפטית של תיקון 10, צוהר מאיר עיניים לתפיסת המחוקק את המצב המשפטי, המצוי והרצוי. השינוי הצפוי בחוק עשוי להשפיע על גישתו הפרשנית הנוכחית של בית המשפט לסעיף 7א, ואף עלול להוביל – בדומה לתיקון 6 – לתקופה פורמטיבית נוספת שבה יתחרו בפסיקה גישות שונות, כולל אלו המתוארות בהרחבה לעיל, טרם היקבעות הלכה אחידה מחדש. בחציו השני של חלק זה יוצגו מסלולים אפשריים שבהם עשויה הפסיקה לצעוד וההשלכות של אימוץ תיקון זה לפי הגישות השונות. כוונת המחוקק, שאותה ננסה ללמוד להלן, משמשת בסיס לבחינה זו.

כאמור, קרניאל וברקת הסתמכו על הדיונים בכנסת בתקופת חקיקת תיקון 6 לחוק כדי לתאר את הבנת המצב המשפטי על ידי המחוקק באותה תקופה: לדידם, זה טעה לחשוב טרם התיקון כי בית המשפט לא היה מוסמך לפסוק פיצויים בגין נזק לא-ממוני כלל, בשל נטל ההוכחה הכבד שבו לא הצליחו הניזוקים לעמוד, ולכן חוקק את סעיף הפיצויים הסטטוטוריים. אולם בפועל לא היה בית המשפט מוגבל כלל, ואף פסק פיצויים בסכום גבוה מ־50,000 ש"ח.¹³⁵

133 ראו למשל תומר ולמר "כתבת סטטוס מעליב בפייסבוק? שלם 300 אלף ש"ח" Ynet ידיעות אחרונות 21.11.2011 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4150799,00.html; גידי וייץ "חוק לשון הרע: לעצור את סתימת פיות העיתונאים" הארץ חדשות Online 8.11.2011 www.haaretz.co.il/news/law/1.1560811.

134 ראו גלעד גרוסמן "משפטים: העיתונות איננה עבריינית מין שצריך לסרס" וואלה! חדשות 22.11.2011 news.walla.co.il/?w=/10/1879121.

135 קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 218.

דברי ההסבר לתיקון 10 לחוק הם לקוניים במידת מה וקובעים קביעה מאופקת כי תכליתו היא "לשם הרתעה", ללא הרחבה.¹³⁶ זאת בדומה לדברי ההסבר לתיקון 6. אך ייתכן שאפשר ללמוד יותר, גם כאן, מהדיונים בכנסת לקראת חקיקת החוק. נראה כי למרות הזמן שחלף חברי הכנסת עדיין שבויים באותה טעות שתיארו קרניאל וברקת, ושוגים לחשוב כי בתי המשפט אינם פוסקים פיצוי בגין נזק לא־ממוני בסכום הגבוה מתקרת סעיף 7א.

כך למשל אמר חבר הכנסת מאיר שטרית, מיוזמי הצעת החוק ויוזם תיקון 6 המקורי בעת הדיון בכנסת: "[...] הצעת החוק שהגשתי עכשיו היא בעצם המשך של הצעת חוק שלי שהוגשה לפני 15 שנה ושאושרה בכנסת – חוק לשון הרע [...] עד הצעת החוק שלי כמעט שלא ניתן היה לתבוע מישהו על הוצאת דיבה ולצאת מזה בחיים [...]".¹³⁷ דבריו של נציג הקואליציה, השר להגנת הסביבה גלעד ארדן, משקפים הבנה דומה:

היום אין שום פסיקה, לא בארץ ולמיטב ידיעתי גם לא בעולם, שבה הצליחו להוכיח נזק ממוני בתביעת דיבה [...] כאשר כותבים עליך ומכפישם אותך ופוגעים בשמך הטוב, יש קושי מאוד גדול עכשיו להביא ספקים, או בוחרים עתידיים, או קליינטים אפשריים, שיגידו וייתנו תצהירים: אנחנו, מפני שכתבו על האיש הזה שהוא גנב, או רמאי, או נוכל, לא נקנה בחנות שלו [...] כמעט בלתי אפשרי, אולי בלתי אפשרי, להוכיח נזק ממוני בטווח המידי בתביעות דיבה [...] והיום, כשהפיצוי המקסימלי הוא 50,000 שקלים, אז קודם כול, כמה אנשים בכלל יש להם האומץ או החשק לנהל תביעה כזאת? [...] ומה אומרת הצעת החוק? שאם הוכח בבית־המשפט שהדברים הם לא אמת, שיקול הדעת של בית־המשפט יהיה כזה שבהתאם לחומרת הדיבה, בהתאם להיקף הפרסום [...] בהתאם לנזק שבית־המשפט יכול להתרשם שנגרם לתובע, בית־המשפט, במקום שהוא יהיה מוגבל עד לפיצוי של 50,000, יוכל גם, על־פי שיקול דעתו, לפסוק גם יותר מזה.¹³⁸

136 דברי הסבר להצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 10) (הרחבת סעדים), התשע"ב–2011, ה"ח הכנסת 22.

137 פרוטוקול ישיבה מס' 234 של הכנסת ה-18, 237 (30.03.2011) www.knesset.gov.il/plenum/ data/01624811.doc (ההדגשה הוספה – ת"ק). עוד אמר הח"כ, בעת הדיון בקריאה הראשונה על תיקון 10 בכנסת: "בעבר, כשאדם היה תובע מישהו על הוצאת דיבה או הוצאת שם רע [...] והתובע נדרש להוכיח שנגרם לו נזק כלכלי בשביל לקבל פיצוי. לא היה אפשר לקבל פיצוי. אנשים לא יכלו לעמוד בכלל בדבר הזה במערכת המשפט". ראו פרוטוקול הכנסת 11/11, לעיל ה"ש 131, בעמ' 186–187.

138 פרוטוקול הכנסת 11/11, לעיל ה"ש 131 (ההדגשה הוספה – ת"ק).

אם כן, בראיית המחוקק – אז כן היום – בית המשפט מוגבל בפסיקת פיצויים בעוולות לשון הרע בשל כללי הוכחת נזק נוקשים. המוצא היחיד שלו הוא מתן פיצויים ללא הוכחת נזק, ועל כן הוא כבול לתקרה הסטטוטורית בסעיף 7א (בהדגשה שמדובר בתקרה ולא באמת מידה מנחה בדבר שיעור הפיצוי הראוי).¹³⁹

לשם השלמת התמונה יש מקום להביא התייחסות נוספת של חבר הכנסת שטרית באשר לתפיסתו את תפקידה של מגבלת הסכום המוצע:

עכשיו, 300,000 שקל, רבתי – לא כל מי שתובע מקבל 300,000 שקל. הרי הוא לא מקבל אוטומטית. זה עומד למשפט, השופט מחליט איזה פיצוי הוא יקבל [...] ואם השופט יחשוב שכן היתה דיבה, הוא יחליט גם על גובה הפיצוי. אגב, אמרתי, ואני חוזר ואומר, הצעתי בוועדה לקראת הקריאה הראשונה בכלל למחוק את הסכום, להגיד: אין סכום, שהשופט יחליט. אנחנו רוצים להוציא את הצורך של הוכחת נזק, זה הכול. אני מוכן למחוק כל סכום מהחוק.¹⁴⁰

כלומר, בראייתו של ח"כ שטרית, לפחות, התקרה לפיצוי הסטטוטורי בסעיף 7א אינה אמת מידה מכוונית לבית המשפט באשר לסכום הראוי לפיצוי בגין עוולות לשון הרע, אלא תקרה עליונה (שהיה עדיף לוותר עליה) למשרעת סכומים שבמסגרתה יכול השופט לפסוק כל סכום שהוא רואה לנכון, על פי הנסיבות. כלומר, המצב המשפטי הרצוי מבחינתו (ובמידה רבה מבחינת המחוקק) הוא זה שהיה בתוקף קודם לחקיקת תיקון 6 שאותו יזם.

3. שינויים צפויים בדין הנוהג בעקבות התיקון

אם כן, נראה שתפיסתו של המחוקק את המצב המשפטי, העומדת ברקע תהליך חקיקת תיקון 10 לחוק, אינה שונה משהייתה בעת חקיקת תיקון 6. האם קיימת סיבה כלשהי לצפות שהצעת החוק תגרום לשינוי הפרשנות הנהוגה בבתי המשפט? לכאורה נראה כי אין סיבה שכך יקרה. מבחינה מהותית לא השתנה כלל המצב לעומת תיקון 6: המחוקק עדיין, מחד, משרד כוונה ברורה לסייע לתובעים בעוולות לשון הרע, ומאידך אימוץ ישיר של עמדתו המשפטית, כפי שזו עולה מדבריהם של חברי

139 מעניין לציין – בקטעים המובאים כאן ובכלל בדיונים על החוק בכנסת – כי עיקר תשומת לבו של המחוקק מופנה לכלי התקשורת כמזיקים בתביעות לשון הרע תוך התעלמות או כמעט-התעלמות ממצב שבו המזיק הוא אזרח מן השורה.

140 פרוטוקול הכנסת 11/11, לעיל ה"ש 131, בעמ' 184 (ההדגשה הוספה – ת"ק).

הכנסת, יוביל דווקא לפגיעה בהם.¹⁴¹ ודוק: ויתור על החזקה שנקבעה מחדש בעניין בומבך ומעבר למשטר פרשני שבו כל תובע המעוניין בפיצוי בשיעור הגבוה מסכום התקרה הסטטוטורית נדרש להוכיח את נזקיו לפי הכללים הרגילים של דיני הנזיקין, כלומר המצב המשפטי שהמחוקק מאמין שיביא לו לאחר חקיקת תיקון 10, יפגע בתובעים בעוולות לשון הרע ולא יקל עמם.

החוק, גם בניסוחו החדש, עודו עולה בקנה אחד עם הפרשנות הנוכחית: ניזוקים יכולים לבחור במסלול ללא הוכחת נזק ולא להביא ראיות כלל לנזקם אם יתבעו בכל סכום של עד ל-300,000 ש"ח. אם ירצו לתבוע סכום גבוה יותר, יאלצו לעמוד בדרישה הרטורית של בתי המשפט, קרי הבאת "נסיבות מטריאליות" להוכחת נזקם, כשהלכה למעשה – בעקבות הלכת בומבך – די שיוכחו פגיעה בשמם הטוב כדי להיחלץ מהתקרה הסטטוטורית ולהיות זכאים לפיצוי עבור נזקם הכללי, בכל סכום.

זאת ועוד, שינוי הפרשנות יחייב את בתי המשפט להכיר בהיותם לא נאמנים לחלוטין לכוונת המחוקק המוצהרת בהתקנתו את סעיף 7א, הכרה שאינה סבירה, בלשון המעטה. כעת, כמו בעבר, האינטרס השיפוטי בשמירה על אוטונומיה ותכלית החוק מתלכדים, ופרשנות הסעיף – אף שהיא סותרת את הנחיית המחוקק – צפויה להתיישר כמתבקש, בדומה למצב הקיים.

עם זאת אפשר להצביע על שינויים מסוימים בסיטואציה שאולי יקשו על בית המשפט לשמר את הפרשנות המאיינת. ראשית, מדובר בחזרה של המחוקק על המצב המשפטי הרצוי, בראייתו – מצב שאינו משקף את הדין הנוהג. אם נשווה את הדבר ל"דו-שיח" בין המחוקק לבית המשפט, אזי לאחר הפירוש שהאחרון נתן לדין, חזר הראשון והביע את עמדתו המנוגדת. הדבר אומר דרשני.

זאת ועוד, הפער בין לשון החוק לכוונתו המשוערת של המחוקק אינו כה רב כעת, בשל גובהה של תקרת הפיצוי. הפגיעה בתובעים קלה בהרבה (היות שמרבית התביעות צפויות להיות נמוכות מהמגבלה החדשה), ולכן אולי קשה יותר להצדיק את העדפת הגישה המאיינת על פני גישת הסעיף כתקרה למשל.

אם כן, ייתכן שאחת הגישות הפרשניות האחרות, שנדחו בעבר, תהפוך לרלוונטית בעקבות התיקון – אולי לאחר היווצרות פולמוס בפסיקה או בערכאות התחתונות בתקופה שלאחר שינוי החוק, כפי שהתרחש לאחר תיקון 142.6 האם אפשר לצפות כי אחת הגישות האחרות תשוב ותאומץ?

141 ייאמר כי מבחינה פשטנית, אימוץ החוק לפי לשונו בגדר הפרשנות הקיימת כן עולה בקנה אחד עם תכלית החוק, שהרי בית המשפט מכיר (מבחינה רטורית) בתקפות המגבלה הסטטוטורית, והגבהתה אמורה להקל על תובעים לפי כוונת המחוקק.

142 יוזכר כי הפערים בין הגישות השונות לא יושבו מעולם בפסיקת בית המשפט העליון, והדבר עלול להוביל לפולמוס כזה.

אשר לגישת "הסעיף כרצפה" ואשר לגישתו של השופט סולברג שלפיה תכלית סעיף 7א היא פיצוי עונשי, נראה כי הקשיים הגלומים בהן רק יחריפו לאחר חקיקת תיקון 10, ומכל מקום יהיו גדולים מכדי שמי מהן תאומץ על ידי בית המשפט.¹⁴³ לעומת זאת גישת "הסעיף כתקרה" עשויה להפוך לרלוונטית הרבה יותר בעקבות חקיקת הסעיף. באם הייתה מיושמת הגישה במסגרת נוסחו הנוכחי של החוק הייתה נוצרת קבוצה גדולה של נפגעים מסעיף 7א, קרי כל אותם תובעים שנגרם להם נזק בשיעור הגבוה מ-50,000 ש"ח אך היו נאלצים להסתפק בפיצוי בסכום זה בשל חוסר יכולתם להוכיח את נזקיהם לפי כללי דיני הנזיקין הרגילים. העלאת התקרה לאחר תיקון 10 צפויה להקטין מאוד קבוצה זו, ובכך לפתוח את הדלת לאימוץ הגישה.

זאת ועוד: המחוקק הביע כעת פעמיים את עמדתו שלפיה המצב המשפטי הרצוי בראייתו הוא כזה שבו בית המשפט רשאי לפסוק פיצוי כראות עיניו בכל סכום עד לתקרה הסטטוטורית, אך מעבר לה על התובע להוכיח את נזקו. אמנם עמדה זו נובעת ככל הנראה מטעות משפטית, אך יש בכל זאת לתת משקל (ויש שיאמרו, משקל רב) ללשון החוק ולכוונתו המוצהרת של המחוקק בעת עיצוב הסדר הפיצויים, עד כדי העדפת עמדת המחוקק על פני ההסדר המאיין שאומץ בפסיקה.

גישה נוספת שעליה צפוי התיקון להשפיע היא זו הרואה בסעיף 7א אמת מידה. זו – כאמור לעיל – משפיעה על הדין בעקיפין גם אם לא אומצה במוצהר בפסיקה. ייתכן שהגבהת התקרה תוביל לעליית הסכומים הממוצעים הנפסקים בתביעות לשון הרע, וזאת אם בשל תפיסה מהותית של הסכום כאיתות לבתי המשפט, אם בשל מאפיינים סמויים כגון הטיות פסיכולוגיות של שופטים או "עצלות שיפוטית", או מהסיבה הפשוטה שהסכום הממוצע שידרשו התובעים יעלה. עוד בהקשר זה יש להזכיר את ממצאיהם של גדרון, אילוז וריינזילבר בדבר קיומם של שופטים מחמירים,¹⁴⁴ אשר סביר כי ישתמשו בגובה החדש של התקרה כדי להעלות את סכום הפיצויים שנפסק, וכן בדבר פסקי הדין הרבים שניתנו בשנים הפורמטיביות שלאחר תיקון 6, שבהם נצמדו בתי המשפט, בתואנות שונות, לסכום המרבי שבסעיף 7א¹⁴⁵ – תופעה שעשויה לחזור על עצמה בהינתן תקופה של חוסר ודאות או בלבול בהלכה באשר לנפקותו של הסעיף לאחר תיקון 10.

143 גישת "הסעיף כרצפה" תהפוך לקשה לעיכול הרבה יותר בשל הסכום הגבוה שכעת יהיה סף מינימלי לפיצוי, עד כדי כך שאפשר להעריך כי אם תתקבל, אפשר שתחול ירידה בשיעור התביעות המוצלחות, בשל אי-רצונם של בתי המשפט לפסוק פיצויים בשיעור גבוה כל כך. אשר לגישתו של השופט סולברג, זו כזכור מתנגשת במידה רבה עם עקרון ההשבה בדיני הנזיקין. הגדלת סכום הפיצויים העונשיים צפויה להוביל רק להחרפת קושי זה.

144 גדרון, אילוז וריינזילבר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 504–505.

145 ראו לעיל בה"ש 93.

מנגד יש להזכיר את נתונייהם של גדרון, אילוז וריינזילבר¹⁴⁶ שלפיהם הסכום הממוצע שנפסק בתביעות לשון הרע לא השתנה הרבה בעקבות חקיקת תיקון 6 (ואף שינוי זה היה כלפי מטה); אם הפסיקה הצמידה ערך דומה, פחות או יותר, לנזק הנגרם מפרסום לשון הרע במשך השנים, אין סיבה לחשוב שהתיקון ישפיע דרמטית על הסכומים הנפסקים.¹⁴⁷ כמו כן סביר כי בשל הגדלת תקרת הפיצוי יהיה קשה יותר להבין אותה כאמת מידה לנזק ממוצע בעוולת לשון הרע, ובתי המשפט ייעזרו בה לכל היותר כאמת מידה לנזק מרבי,¹⁴⁸ באופן התואם את לשון החוק, מה שיסייע למתן את העלייה בסכומי הפיצוי שיפסקו.¹⁴⁹

מלבד ההשפעה על פרשנותו האפשרית של סעיף 7א ייתכן שלתיקון יהיו השפעות נוספות, עקיפות, על הדין, ובמיוחד על התנהגותם של ניזוקים. ראשית, ייתכן שהדיון הציבורי הקולני שליווה, וצפוי שיוסיף וילווה, את חקיקת תיקון 10 יסייע בהעלאת מודעותם של תובעים פוטנציאליים לאפשרות לדרוש את נזקיהם, לרבות בסכומים גבוהים, ובכך להרבות את מספר תביעות לשון הרע. שנית, בין שתחול עליה כזו במספר התביעות ובין שלא – קבוצת התובעים שיבחרו להשתמש בסעיף 7א ודאי תגדל.¹⁵⁰ השלכה אפשרית של התרחשות זו היא כי בבוא בתי המשפט להעריך את שיעור הפיצוי הראוי – משימה קשה גם כן – הם ייאלצו לעשות זאת במקרים רבים יותר מבלי שהוצגו בפניהם ראיות כלשהן, ולו "נסיבות מטריאליות".¹⁵¹

146 גדרון, אילוז וריינזילבר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 482–486, 503.

147 התוצאה הסבירה ביותר נראית כמו עלייה מתונה, לפחות, בסכומי הפיצוי הנפסקים, ולו בגלל קיומם של שופטים "מחמירים" אשר נוטים לפסוק סכומים גבוהים יותר, ושסביר כי ישתמשו בתקרת הסכום החדשה כדי לפסוק סכומים הגבוהים מ-50,000 ש"ח ובכך יעלו את הממוצע הכללי. ראו שם, בעמ' 504–505.

148 ראוי להזכיר כי לפי דבריהם של חברי הכנסת יוזמי תיקון החוק, לפחות, הסכום הנקוב בס' 7א אינו בררת מחדל לפסיקת פיצויים במקרים ממוצעים. ראו לעיל, בפרק ד.2.

149 מכל מקום, עלייה כזו בסכומי הפיצוי, ככל שתתרחש, צפויה להיות הנפקות החשובה ביותר לתיקון החוק, והיא גם שמעלה בצורה חריפה את הביקורות השונות שליוו את הליך חקיקתו בדבר הפגיעה באיזון הנכון בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב ובדבר הסכנה לחופש העיתונות בשל החשש מתביעות. ימים יגידו מה תהיה אחריתו של תיקון 10 בהקשר זה, אך אם יש טעם בביקורות שהוטחו נגדו, נראה שזה המישור העיקרי שבו עלולים לבוא חששותיהם של המבקרים לידי ביטוי.

150 אם עד כה כללה קבוצה זו רק את אותם ניזוקים שהעריכו את נזקיהם כשווי 50,000 ש"ח או פחות, וכן את אלו שהערכתם הייתה גבוהה יותר אך סברו שאין ביכולתם להוכיח את נזקיהם בבית המשפט (בשל אי-הבנת המצב המשפטי לאשורו), לאחר תיקון 10 כל תובע שמעריך את נזקיו ב-300,000 ש"ח או פחות צפוי לבחור במסלול הפיצויים הסטטוטוריים לפי ס' 7א.

151 תהליך כזה עלול להוביל לפגיעה בפיתוח הכלים המשפטיים המשמשים ליצירת אומדן נזק מדויק, וכן להשלכות שליליות עקיפות אחרות כגון פגיעה בניזוקים שאינם זוכים להגדרה מדויקת וראויה של נזקיהם. ראו ביטון, לעיל ה"ש 95.

לבסוף, כמתואר, סעיפי פיצויים סטטוטוריים אינם נדירים בדיני הנזיקין הישראליים. ייתכן שסכום הפיצוי הגבוה שייקבע (אם וכאשר) מכוח תיקון 10, שאין לו אח ורע בהסדרים אחרים, ישפיע באופן רוחבי ויוביל את המחוקק לקבוע סכומים גבוהים יותר גם בהסדרים אחרים.¹⁵²

אם כן, לסיכום חלק זה, גם אם על פני הדברים ההלכה הקיימת מתמודדת עם תיקון 10 ללא קושי, ייתכן שנסיבות התיקון – ובמיוחד החזרה על עמדת המחוקק המנוגדת לדין הנוהג וצמצום הפער בין לשון החוק לבין כוונת המחוקק – יובילו את בתי המשפט לשנות את פרשנותם לסעיף. בנוסף, ייתכן שיהיו לתיקון השלכות עקיפות שאינן תלויות בפרשנות הנוהגת, ובעיקר השפעה עקיפה על אומדנם של השופטים ועל התנהגותם של הניזוקים.

סיכום

סעיף 7א לחוק איסור לשון הרע, על סאגת חקיקתו ופרשנותו, הוא דוגמה מעניינת לדילמה פרשנית שבה ניצבות בפני בית המשפט שתי תכליות מנוגדות: מימוש כוונתו של המחוקק ותכלית החוק מחד, ונאמנות ללשון החוק מאידך. הפסיקה בחרה להתמודד עם האתגר על ידי ציות רטורי ללשון החוק והעדפה מהותית של כוונת המחוקק. אפשר לטעון לא מעט בזכות ההסדר הפרשני שעיצב בית המשפט, המאפשר לו להגשים את כוונת המחוקק מבלי לצאת נגד הנחייתו המפורשת. בהתחשב בנסיבות ובלשונו של סעיף 7א נראה שזהו פתרון סביר על אף אי-הנוחות המסוימת שהוא גורם. ההיבטים השלייליים שלו, כגון שיקוף חלקי של המצב המשפטי לתובעים פוטנציאליים, אי-הצגת ראיות בפני בית המשפט והתעלמות מהנחייתו – החוזרת, אם יעבור תיקון 10 – של המחוקק בדבר הדין הרצוי, מינוריים לעומת חסרונותיהן של הגישות הפרשניות האחרות שנסקרו בהרחבה לעיל.

מבחינת הסדר החקיקה הרצוי, בקצרה, תיקון 6 נחקק כדי לתקן בעיה שלא הייתה קיימת: חוסר יכולתם הלכאורי של בתי המשפט לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק. היות שכך, הצעתם של קרניאל וברקת למחוק את הסעיף מהחוק ולהחזיר על כנה את החזקה שקדמה לחקיקת תיקון 6 נראית מובנת.¹⁵³ אך גם במצב זה קיימים קשיים, והעיקרי שבהם הוא שלשון החוק אינה משקפת את הדין הנוהג. לכן נראה שהצעתו של חבר הכנסת שטרית, שתוארה לעיל, שלפיה יש להשאיר את סעיף 7א על כנו אולי עדיפה אף יותר – אך יש למחוק ממנה את תקרת הסכום.¹⁵⁴ כך יישמר ויעוגן כוחם של בתי

152 לדיון מפורט, ראו גדרון, אילוז וריינזילבר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 509.

153 ראו קרניאל וברקת, לעיל ה"ש 3, בעמ' 224–225, 245.

154 הצעה דומה מופיע אצל גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 58, בעמ' 400.

המשפט לסייע לתובעים המתקשים, מסיבות אובייקטיביות, להוכיח את נזקם – כללי או מיוחד, ולשון החוק תשקף את הדין הקיים במלואו, ללא פער רטורי יציר ידי בית המשפט.¹⁵⁵ בצל הביקורת הרבה שהוטחה בתיקון 10 ייאמר גם כי הסדרה כזו תמנע גם מצב שבו סכום הפיצוי המרבי הנקוב בחוק הוא אמת מידה לפסיקת פיצויים במקרים ממוצעים, מה שעלול לפגוע באיזון הנכון בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב.¹⁵⁶ כך או כך, עיקרה של רשימה זו לא נגע לפתרון הנורמטיבי המועדף אלא לתיאור הליך יצירת הדין הלקוי. ההיסטוריה של פסיקת הפיצויים הסטטוטוריים בתביעות לשון הרע בדין הישראלי אינה מתאפיינת, למרבה הצער, בדיאלוג פורה וקונסטרוקטיבי בין הרשות המחוקקת לשופטת. בתי המשפט לא נזקקו לעזרתו של המחוקק ב-1998 כדי לפסוק פיצויים בגין נזקים לא-ממוניים, והם אינם נזקקים לה כעת כדי לפסוק פיצויים כאלו בסכום העולה על 50,000 ש"ח. תיקון 6 נחקק, כפי שתואר בספרות ובפסיקה, על רקע טעות משפטית של המחוקק בהבנת המצב הקיים – טעות שיצרה שנים של בלבול וחוסר אחידות בדין ואילצה בסופו של דבר את בית המשפט לבצע להטטנות פרשנית כדי ליישב את תכלית החוק עם לשונו. אחתום רשימה זו בתקווה כי תיקון 10, המבוסס על אותה טעות משפטית, לא יהיה לחוק בנוסחו הנוכחי אלא יתוקן, לאחר דיון מושכל, כדי לשקף נאמנה את כוונת המחוקק.

155 מנגד, במצב זה ייתכן קושי מסוים היות שתובעים רבים יעדיפו שלא להציג כלל ראיות בפני בית המשפט באשר לנזקיהם, מה שיקשה עליו באומדן סכום הפיצוי במקרים ספציפיים ובפיתוח כלים לאומדן כזה באופן כללי.

156 כמובן, מי שסבור כי סכומי הפיצוי שנפסקים בתביעות לשון הרע בישראל אינם גבוהים דיים יחפז, מטבע הדברים, בתוצאה ההפוכה.