

פרק ה': מסקנות והמלצות

מהסקירה שלעיל עולה כי הדין הקיים מעודד הגשת תביעות משתיקות ואיום בהן, ומגביר את כוח ההרתעה שלהן. מציאות זו פוגעת במגוון רחב של אזרחים ושל ארגונים שחפצים להשתתף בשיח הציבורי אבל נרתעים מהסתבכות בהתדיינויות משפטיות ארוכות ויקרות. תופעה זו פוגעת בחירויות היסוד וביכולתה של החברה לקבל מידע, להחליף דעות ולקיים דיון מושכל וביקורתי.

פתרונה של כל בעיה מותנה בראש ובראשונה בהכרה בעצם קיומה. תהא אשר תהא עמדתנו ביחס לאופן שבו עלינו להתמודד עם תביעות משתיקות, ראוי שעמדה זו תתבסס על הכרת התופעה והכרה בסכנותיה. **ההסתכלות על כל מקרה לגופו, תוך התעלמות מהמשמעויות של התופעה בכללותה, היא שמאפשרת לתופעת התביעות המשתיקות להתקיים ולהתעצם.** בתי המשפט, המחוקקים והציבור בכללותו נדרשים להכיר בקיומה של התופעה, לדון בה ולהתחיל לפתח מנגנונים משפטיים וחברתיים חדשים כדי לזהותה ולמגר אותה. בפרק זה נסקור שורה של אמצעים שאותם אנו ממליצים לאמץ או לחלופין לבחון בהמשך.

1. בחינה של הנחות יסוד

התמודדות עם תביעות משתיקות מחייבת לבחון מחדש הנחות יסוד שיוצרות את התנאים להפיכתו של ההליך המשפטי לכלי השתקה.

החוק והפסיקה שבעקבותיו מבקשים להגיע לאיזון ראוי בין חופש הביטוי ובין הזכות לשם טוב. אבל כדי להגיע לאיזון הנכסף בכל מקרה ומקרה יש צורך לנהל משפט ארוך ויקר. עלות ההתדיינות היא מרכיב דומיננטי בניהול המשפט, אבל היא נמצאת מחוץ לטווח הראייה של בתי המשפט ואינה נכללת באיזון שמתבצע במהלך המשפט בין זכויות היסוד. במצב דברים זה, גם איזון שהוא ראוי ונכון להלכה, פוגע למעשה בחופש הביטוי.

התעלמות מהמחיר שכרוך בהתדיינות ובהתמודדות עם תביעה משתיקה, ואפילו היא חסרת ידיים ורגליים, מעמידה את זכות הגישה לערכאות כזכות עליונה ומקנה לה הגנה מוחלטת.

נקודה נוספת שראויה לתשומת לב נוגעת לפערי הכוחות, שמאפיינים מקרים רבים של תביעות משתיקות. כמובן שניתן לטעון, שהעדר שוויון בין צדדים מתדיינים אינו ייחודי לתביעות משתיקות. אבל טענה זו אינה פוטרת אותנו מהצורך לעשות כל שניתן כדי לצמצם

את התוצאות המזיקות של אי השוויון. כך בדרך כלל, וכך במיוחד כאשר מדובר בפגיעה בליבת זכויות האדם ובדמוקרטיה.

סוגיית פערי הכוחות חשובה במיוחד לנוכח השינויים שחלו בשני העשורים האחרונים. דיני לשון הרע עוצבו על יסוד פרדיגמה שמתמקדת ביחסים שבין פרטים לבין העיתונות. גם הדין הציבורי מתמקד בעיתונות הממוסדת ורואה אל נגד עניו אזרח מן השורה, ששמו הוכתם לשווא על ידי "המעצמה" השביעית. זהו הנְכָרֵיב ששולט, למשל, באופן בלעדי בדיונים שקיימה הכנסת בעת חקיקת חוק איסור לשון הרע, ובכל הדיונים שקיימה מאז בהצעות לתיקון.²⁹³ גם ההלכה הפסוקה התפתחה בעיקר בעקבות תביעות נגד אמצעי התקשורת הגדולים, ועל יסוד ההנחה, שלפיה "לאזרח מן השורה אין בדרך כלל כלים אשר בעזרתם הוא יכול להתמודד עם עוצמתם ותפוצתם".²⁹⁴

אבל בעשורים האחרונים השתנו השחקנים והשתנו יחסי הכוח בין הצדדים ברבים ממשפטי הדיבה. ההתדיינות האזרחית הופכת יותר ויותר לחרב בידי גופים חזקים ועתירי משאבים. שיעורן של התביעות המוגשות נגד אמצעי תקשורת הולך ומצטמק, ובמקביל הולכות ומתרבות תביעות של גופים חזקים נגד קבוצות וארגונים קטנים, פעילים חברתיים ואזרחים בודדים.²⁹⁵

אמנם בבואם לפסוק מיישמים בתי המשפט את הדין בהתאם לנסיבות ולזהות הצדדים שלפניהם. אבל כפי שראינו, כוחן של תביעות משתיקות אינו נובע מתוצאות ההתדיינות אלא מעצם קיומה. בנסיבות אלו מתערערת ההנחה הרווחת, שלפיה די באיזונים של הדין המהותי כדי לספק את ההגנה הראויה לחופש הביטוי בספירה הציבורית.²⁹⁶ נראה שהנחה זו נסמכת לא במעט על הפרדיגמה של נפגע בודד מול עיתון עתיר משאבים. ניהול הגנה בתביעות לשון הרע היא חלק משגרת חייו של העיתון, והוא נעזר באופן שוטף ביעוץ משפטי, שמקל על

²⁹³ ראו: שנהר (ראו ה"ש 148 לעיל), פרק שני – "[חוק איסור לשון הרע וחקיקתו](#)"; כך גם היה בעת הדין, שהתקיים בשנה שעברה, בהצעות חוק להגדלת סכום הפיצוי בתביעות לשון הרע: חה"כ יריב לוי: "[...] אני רוצה להדגיש שבהצעת החוק הזאת, כאשר נדון בה, נצטרך למצוא איזונים נכונים ומתאימים, שכן מטרתה אינה בשום אופן לפגוע בעיתונות או באיזושהי דרך להצר את צעדיה. אבל נדמה שהמצב הקיים הוא מצב שפוגע בציבור [...]" ; חה"כ מאיר שטרית: "[...] אני חושב שאין כוונה לפגוע בעיתונות, אבל הכוונה היא שעיתונאים – ולדעתי כך מוצהר – עיתונאי צריך לומר את האמת. וכשמכפישים את שמו של אדם או פוגעים בו בצורה חמורה והדברים אינם אמת, אסור שתהיה לדברים הגנה, גם לא של העיתונות [...]" (מליאת הכנסת, [פרוטוקול מיום 30.3.2011](#), עמ' 236-238).

²⁹⁴ [קראוס נ' ידיעות אחרונות](#) (ראו ה"ש 227 לעיל), 878.

²⁹⁵ ראו: גדרון, אילוז וריינילבר (ראו ה"ש 7 לעיל), בטקסט לה"ש 111 ו-122; הילה רז, "אפקט אילנה דיין: חוק לשון הרע – פגיעה בחופש הביטוי", [themarker](#), 12.2.2012; איתמר לוי, "הפיצוי הממוצע על לשון הרע: 30,708 שקל", [news1](#), 9.9.2012.

²⁹⁶ עניין [שלוש פלוס](#) (ראו טקסט לה"ש 165 לעיל).

התנהלותו לפני המשפט ובמהלכו. אבל מצבם של מרבית מנפגעי התביעות משתיקות שונה מאוד, ובדרך כלל הם סובלים מנחיתות גדולה ביחס לתובע.

נוסף על כך, גם העיתונות המסורתית נחלשה מאוד בעשור האחרון ואיבדה את הכוח הרב שמיוחס לה. כפי שראינו, לתביעות משתיקות יש לעיתים השפעה חמורה גם על אמצעי תקשורת מבוססים ביותר, ובמיוחד על נכונותם של מו"לים ועורכים לגבות את העיתונאים והתחקירנים שלהם. ושעה שהנתבע הוא מקומון או כתב-עת קטן-תפוצה הופכת ההנחה בדבר חוסן יחסי למטעה במיוחד.

יש אפוא לבחון מחדש את הנחות היסוד שלאורן עוצבו דיני הדיבה. האיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב אינו יכול להמתין תמיד עד לשלב הסופי של המשפט, כיוון שפערי הכוחות והנטל הכרוך בניהול הגנה מכריעים פעמים רבות את ההתדיינות בשלב מוקדם הרבה יותר ולעיתים עוד לפני שהחלה. המציאות המשתנה וריבוי התביעות המשתיקות מצריכים התאמה של הדינים ושל סדרי הדין הנוהגים במאמץ לשמור על חופש הביטוי ועל הדיון במרחב הציבורי.

2. סילוק על הסף או בירור מקדמי מהיר של תביעות משתיקות

ההכרה ההולכת וגוברת בסכנת התביעות המשתיקות מצדיקה פעולה שיפוטית נמרצת והתאמה של הדין למציאות המשתנה, ברוח הדברים שנאמרו לאחרונה בבית המשפט המחוזי בתל אביב: "יש למגר מן השורש תביעות בלתי כנות, ואין לאפשר לתביעות שהופכות את בית המשפט לכלי משחק אסטרטגי לחצות את סף ההיכל ולבוא בשעריו".²⁹⁷

לאור דברים אלה ראוי לבחון מחדש את ההלכה המחמירה שמונעת סילוק על הסף של תביעות, ולפתח את העילות הקיימות בחוק לסילוק תביעות על הסף.²⁹⁸ הסמכות לסלק תביעה "טרדנית או קנטרנית", שנותרה כמעט ריקה מתוכן, ראויה לשמש אכסניה למקרים מסוימים של תביעות משתיקות. למשל יש לסלק על הסף תביעות שאינן עוברות את מבחן הסף של "נזק ממשי ורציני" (serious and substantial harm)²⁹⁹ או שמטרתן להלך אימים על הנתבע או על אחרים ("מטרה" שתאותר, כמובן, לפי מבחנים אובייקטיביים ולא לפי צפונות ליבו המשוערות של התובע). פעמים רבות, סיכוייה הקלושים של התביעה או פיצוי סמלי

²⁹⁷ עניין [אור סיטי](#) (ראו ה"ש 178 לעיל).

²⁹⁸ ראו לעיל בפרק ד' בחלק: "5. סילוק על הסף – רק אם "כלו כל הקיצין" (ראו טקסט ה"ש 186 ואילך).

²⁹⁹ UK Parliament Joint Committee (see supra note 289), P. 26 par.29.

לתובע אינם שקולים כנגד הנזק הוודאי שייגרם לשיח הציבורי אם המשפט ימשיך להתנהל "לפי הספר".

בדומה לזה, אפשר לראות כתביעה מופרכת ש"אינה מגלה עילה" תביעה הכוללת דרישת פיצויים מופרות באורח קיצוני, ללא פירוט או הסבר מניחים את הדעת. תביעה משתיקה גם עשויה להידחות במסגרת סעיף הסל המעניק לבית משפט שיקול דעת לסלק תביעה על הסף מ"כל נימוק אחר".

פסיקה שתפרש את העילות לסילוק על הסף כמתאימות לתביעות משתיקות תתבסס על הכרה של בתי משפט בקלות שבה יכולים גורמים בעלי-אמצעים להגישן ולכפות על הנתבע ועל בית המשפט את בירורן המתמשך, ועל ההכרה בפגיעה שהדבר מסב לחופש הביטוי ולשיח הציבורי החופשי. מחיר זה יתווסף למסכת השיקולים שמנחים את בית המשפט מאז ומתמיד שעה שהוא מחליט אם ראוי להמשיך ולברר את התביעה שלפניו. נוסף על כך ישאל עצמו בית המשפט אם יש לתובע דרכים אחרות להגן על שמו הטוב, ויבחן שמא טיבו הציבורי או הפוליטי של הסכסוך עושה אותו מתאים יותר לבירור בדיון ציבורי ולא שיפוטי.

בית המשפט שדן בבקשה לסילוק על הסף יכול לחרוג מדי אמותיו של כתב התביעה. אל לו להניח שכל טענות התובע הן אמת לאמיתה במקום שקיימות אינדיקציות חזקות שסותרות הנחה זו, ואם בירור עובדתי קצר יכול למוטט את התביעה. חשוב לזכור שהסמכות לסלק תביעה בשלב המקדמי של המשפט אינה עומדת לבדה. לצידה קיימות סמכויות רבות נוספות, שנועדו לחדד את הפלוגתאות, להסיר טענות סרק, ואף לערוך בירורים עובדתיים על יסוד תצהירים.³⁰⁰ שילוב בין הסמכויות הנרחבות עשוי לסייע לבית המשפט להפשיט מהתביעה המשתיקה את כסותה ולחשוף אותה כתביעה הראויה לסילוק על הסף.

פעמים רבות ניתן לבחון כבר בתחילת הדרך שמא מדובר ב"פרסום מותר" שנהנה מהגנה מוחלטת, אפילו אם לצורך כך נדרשת בחינה של מסמך או ראיה שאינם נזכרים בכתב התביעה.³⁰¹

³⁰⁰ תקנה 143 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984: "סמכותו של השופט בקדם-משפט".

³⁰¹ ראו טקסט לה"ש 202 לעיל ואילך. דוגמא לדרך שבה שיקולי המדיניות מביאים לבחינה מחמירה של העילה בתביעות משתיקות אפשר למצוא בספיה של "פרשת האחים פריניאן". פרשה זו והקשרים שנקמו בין שוטרים ובין גורמים עבריינים נבחנו על ידי ועדת חקירה בראשות שופט בדימוס. עם סיום החקירה התראיין יושב ראש הוועדה ודיווח על ממצאיה. כזכור, בהתאם לסעיף 13 לחוק, דיווח נכון והוגן על עבודתה של ועדת חקירה נהנה מהגנה מוחלטת. אבל במקרה הנדון הוסיף יו"ר הוועדה לדיווח "היבש" תיאורים ודימויים בעלי קונטציה שלילית שהיה בהם כדי להשפיל ולבזות קציני משטרה בכירים, ואלה הגישו נגדו תביעת לשון הרע. בית המשפט החליט למחוק את התביעה על הסף תוך שהוא "מותח" את גבולות ההגנה, ודוחק לתוכה ביטויים "ציוריים מדי לטעמי" כדבריו, שחרגו מתחום עיסוקה של הוועדה, ורמיזות לחשד, כאילו המאפיה דאגה לקידום התובע

משתיק קול: משפטי דיבה כאיום על חופש הביטוי

מקל וחומר, ניתן וראוי לנסות ולחרוץ את גורלן של הנחות משפטיות, שעומדות בבסיס התביעה. בדיקת ערכו המשמיץ של הפרסום נעשית על יסוד מבחן אובייקטיבי, ובמרבית המקרים אינה מצריכה שמיעת עדויות. תביעות משתיקות מעמידות טעם חזק מדוע אין לדחות בחינה זו לאחרית המשפט. בדומה לזה, העדר נזק ממוני עשוי להביא לסילוק מהיר של תביעה של תאגיד.³⁰²

שימוש נדיב יותר בסמכות לסלק על הסף מתבקש במיוחד בבתי הדין לעבודה, שקיבלו לאחרונה את הסמכות לדון בתביעות לשון הרע בקשר ליחסי עובד ומעביד.³⁰³ העברת הסמכות לבית הדין לעבודה נועדה להקל על עובדים התובעים את זכויותיהם ומוצאים עצמם נתבעים על ידי המעסיק על לשון הרע. אולם היא גם מסייעת לאצבע קלה על ההדק של נשק התביעה מצד מעסיקים. על בתי הדין לעמוד על המשמר וברוח הדברים שנאמרו לאחרונה על ידי בית המשפט המחוזי: "להגן על עובדים מפני מעסיקיהם הפועלים נגדם בשיטת 'בתחבולות תעשה לך מלחמה'".³⁰⁴

3. תיקון חקיקה והכרה בעילה נפרדת לסילוק מהיר של תביעות משתיקות

לצד הרחבת השימוש בסמכויות שנתונות כבר היום לבתי המשפט, ראוי לאמץ חקיקה מיוחדת נגד תביעות משתיקות דוגמת החקיקה שהונהגה בארה"ב ובמדינות אחרות. כפי שראינו, גם בארץ הוגשה הצעת חוק שקובעת סמכות ומסגרת דיונית להליך סילוק על הסף של תביעות משתיקות.³⁰⁵

הצעה זו היא ראויה. קרוב לוודאי שדיון פרלמנטארי מעמיק, לו התקיים, היה מביא לשינויים כאלה או אחרים בפרטי ההסדר המוצע, ובהיקף ההגנה שהוא נותן לנתבעים בתביעות משתיקות. ככל שיתקיים דיון כזה בעתיד ניתן יהיה להעשירו במודלים של חוקים והצעות חוק מארצות הברית, אוסטרליה וקנדה, ובניסיון שנצבר במדינות אלה.

במשטרה – חשד שלא נזכר בדו"ח הועדה. רע"א (מרכז) 11943-11-09 [מדינת ישראל נ' לוי](#) (ש' אברהם יעקב, 4.1.2010), פסקה 24.

³⁰² המלצה זו יפה רק למי שלשיתו תאגיד אינו רשאי לתבוע פיצוי על נזק שאינו ממוני, וזאת עד שתוכרע מחלוקת הפוסקים בעניין זה (ראו טקסט לה"ש 290 ו-291 לעיל, ולה"ש 333 להלן).

³⁰³ ראו טקסט לה"ש 17 לעיל.

³⁰⁴ עניין [אור סיטי](#) (ראו ה"ש 178 לעיל); ראו עוד: שי תקן ואמיר בשה, "בריונות משפטית – עובדים ומעבידים זה לא כוחות", [ynet](#), 31.3.2011.

³⁰⁵ [הצעת חוק למניעת שימוש לרעה בהליך משפטי](#) (ראו ה"ש 176 לעיל).

4. בירור מוקדם של סוגיות קריטיות ובירור מהיר של התביעה

בחינה מקדמית של טענות הצדדים עשויה לסייע לבית המשפט לעמוד על סיכווי התביעה או על המניעים שהביאו להגשתה, ובהתאם לזאת להמליץ לצדדים או למי מהם על דרך ראוייה לסיום ההתדיינות. פרקטיקה זו מקובלת מאוד בקדמי משפט של תביעות נזיקין ובתחומי משפט אחרים.

לעיתים, כאשר התביעה נשענת על אדנים רעועים, די בחיובו של התובע לספק מסכת עובדתית מפורטת יותר כדי שישקול לוותר על התביעה.³⁰⁶

ההכרה בתופעת התביעות המשתיקות ובסכנתן מחייבת בדיקה מקדמית גם של נסיבות חיצוניות לתביעה: מסכת היחסים בין הצדדים עובר להגשת התביעה, תביעות חוזרות ונשנות של התובע נגד מבקריו, ונסיבות אחרות מסוג זה. אלה רלבנטיות הן לבירור התביעה והן לבדיקת ההצדקה להתיר את המשך ניהולה.³⁰⁷

ניהול תביעה משתיקה במשך שנים כשלעצמו מטיל אפקט מצנן משמעותי על הציבור בכללותו. לכן ראוי לתת עדיפות לבירור תביעה משתיקה, ולקבוע לוח זמנים זריז למשפט כולו ולקדם-המשפט בפרט.

5. הסדרים לסיום הסכסוך קודם לניהול המשפט

יש לשאוף להסדרים משפטיים שיצמצמו ככל האפשר את סכסוכי הדיבה שמגיעים לדיון בערכאות. הסדרים שיעודדו הידברות בין הצדדים, ובנסיבות שמצדיקות זאת יקלו עליהם להגיע להסכמה לגבי פרסום תיקון או הבהרה. תוצאה זו עשויה לחסוך לצדדים את עלויות המשפט, תוך השבת כבודו של הנפגע, ומבלי לפגוע בחופש הביטוי של המפרסם.

קרניאל וברקת מזכירים חקיקות ויוזמות חקיקה שנעשו בארה"ב בכיוון זה, וממליצים על פיתוח הסדרי בוררות ופישור.³⁰⁸ גנאים, קרמניצר ושנור מציעים הסדר מפורט של הליכים מקדמיים להגשת תביעת לשון הרע.³⁰⁹ המשותף להסדרים הוא חיוב הנפגע (התובע) לפנות

³⁰⁶ כמו שהיה למשל בעניין תביעת גאידמק נגד "הארץ", ראו טקסט לה"ש 211 לעיל.

³⁰⁷ כך נהג בית המשפט שחייב תובעת לספר על תביעות דומות שהגישה, לאור טענת הנתבעת שלפיה התביעה אינה אלא חלק מאסטרטגיה של השתקה. ת"א (ים) 2422-10 עמותת א.ל.ע.ד. נ' עיר עמים (ש' עירית כהן, 26.1.2012).

³⁰⁸ קרניאל וברקת, "השם והשמך" (ראו ה"ש 86 לעיל), 242.

³⁰⁹ גנאים, קרמניצר ושנור (ראו ה"ש 86 לעיל), 253-255.

למפרסם (הנתבע) מוקדם ככל האפשר ולדרוש ממנו תיקון או הבהרה של הפרסום בהתאם לנסיבות. המפרסם יוכל לבקש מהנפגע הוכחות והסברים שיבססו את דרישתו. התעלמות של המפרסם מפניית הנפגע או סירוב לערוך תיקון, שיימצא בדיעבד סביר ומתבקש, עלולים לפגוע בהגנתו אם וכאשר יגיע העניין לדיון משפטי. בדומה לזה, גם סירוב של הנפגע לבסס את טענותיו או דרישה "לתיקון" גורף וחסר הצדקה של הפרסום או דרישה להסרתו – עלולים לפגוע בעמדתו ובסיכוייו כתובע.

דיון מפורט בהסדרים השונים חורג ממסגרת דו"ח זה, ויש לקוות שזמנם של אלה יגיע בהקדם בעקבות הצעות לתיקון החוק. ועדיין, גם **במצב הנוכחי יש בכוחו של בית המשפט להקל על גיבושם של הסדרי פשרה ראויים**. חשוב ביותר שהצעות לתיקון שהעלה אחד הצדדים במהלך משא ומתן לפשרה לא ישמשו ואפילו בעקיפין כ"הודאת בעל דין". אם התובע הסכים להסתפק בתיקון חלקי של הפרסום, אסור שיהא בכך כדי לפגוע בטענותיו נגד יתרת הפרסום. אם הנתבע הסכים לתקן את הפרסום, לא יהא בכך כדי לפגוע בטענתו בדבר אמת הפרסום או בטענה שהוא עצמו האמין באמיתותם.

6. בחינה של הדין המהותי במגמה להפחית את אי הוודאות ואת הסיכון

המורכבות של הדין והשונוות הניכרת שמאפיינת את יישומו במקרים דומים יצרו עמימות וחוסר ודאות.³¹⁰ אפילו פרקליטים ומומחים מתקשים לצפות כיצד יסתיים הדיון בתביעה במקרה מסוים. קל וחומר שאזרח שמפרסם רשימה ביקורתית ברשת האינטרנט או בעלון יתקשה לשמור על הכללים העמומים והבלתי ידועים לו. ושעה שהוא מתמודד עם מכתב איום או תביעה משפטית הופכים חוסר הידיעה וחוסר הוודאות לנטל כבד מנשוא. נוסף על כך, יישום ההגנות שבדין נעשה ביד קפוצה ולא-עקבית ומביא לא פעם לחיובו של הנתבע בשל הפרזה קלה או טעות בעניין שולי, על אף שבית המשפט משוכנע שאלה נעשו בתום לב.³¹¹ דומה שהשיח המשפטי המוקפד והמדויק משפיע לחומרה על "השיפוט" של הפרסום.

התוצאה היא, שבמקרים רבים מדי ראינו, שתביעה בשל פרסום בעניין ציבורי מובהק מאין כמוהו הסתיימה בקול ענות חלושה, ועדיין – בנזק גדול לנתבע ולאיינטרס הציבורי. מקרים שבהם נדחו אחת לאחת מרבית טענותיו של התובע, שמבקש לבוא חשבון עם מבקריו, ולבסוף "בדל טענה" קטן ושולי "תפס" והכריע את המשפט. לנוכח מציאות משפטית זו, שהיא

³¹⁰ לעניין חוסר הוודאות המשפטית בתביעות דיבה ראו טקסט לה"ש 219 לעיל ואילך.

³¹¹ "תום לב" סובייקטיבי בשונה מתום לב "אובייקטיבי".

בעייתית כשלעצמה, אפשר להבין גם מדוע כל תביעה, מופרכת וקנטרנית ככל שתהיה, עוברת את מבחני הסף ומביאה לניהול המשפט עד תומו.

סביר להניח שגם תובעים תמי לב סובלים מהדין המעורפל והגחמני משום שהם מתפתים לנהל תביעות סרק ונוחלים אכזבה. היחיד שנהנה מהמצב הוא מי שמבקש להשתיק באמצעות ניהול משפט בלי קשר לתוצאותיו המצופות. הדין המצוי "מצליח" להרבות התדיינות סרק ומצליח פחות לאזן בין זכויות היסוד.

ראוי אפוא לבחון דרכים לצמצום חוסר הוודאות המשפטי ולהרחבת ההגנות – בדרך של חקיקה או בדרך של פרשנות על ידי בתי משפט – על פרסום בעניין ציבורי. בחינה מעין זו מחייבת דיון מעמיק יותר בדין המהותי, ועל כן נסתפק בהצבעה על המנגנונים המשפטיים ועל ההגנות שראוי לבחון את פיתוחם:

זוטי דברים – פרסומים בעניין ציבורי ראויים לפרשנות מקלה בעת שבוחנים האם יש בהם משום לשון הרע, תוך הרחבה של הכלל בדבר "זוטי דברים". רבים מתלוננים על רמתו הירודה של השיח הציבורי. ספק אם למשפט יש תפקיד ויכולת לשפר את רמת השיח, אבל לבטח שעליו להתחשב בה כשהוא מודד את המטען המשמיץ שבפרסום.

מעמדו הציבורי של התובע – השאלה אם פרסום מהווה לשון הרע תיבחן תוך שימת דגש על מעמדו הציבורי של התובע הנפגע מן הפרסום ועל האמצעים הנוספים העומדים לרשותו – מלבד ניהול הליך משפטי נגד מבקריו – להגן על שמו הטוב.

פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש – הגנה זו ניתנת כיום במשורה ופעמים רבות בדרך שאינה קוהרנטית ואינה צפויה.³¹² ראוי להתאים את ההגנה להקשר של שיח ציבורי ולהחילה כל אימת שהפרט השגוי אינו "הופך את הקערה על פיה", ושהשמטנו לא הייתה חוסכת מהתובע את הפגיעה שנעוצה בעובדות המרכזיות והנכונות שבפרסום. ממילא הניסיון מלמד שהקהל הנחשף לנחשול של פרסומים וגירוים זוכר מסר מרכזי אחד מהפרסום, ועניינים אגביים, ככל שבכלל חצו את סף התודעה, שוקעים במהירות לתהום השיכחה.

הבעת דעה – ההגנה של "הבעת דעה" צריכה לחול גם במקרים שבהם המפרסם כשל בהפרדה מדוקדקת בין דעה ועובדה – הפרדה שהיא מטושטשת ממילא – וגם אם המפרסם "קופץ למסקנות נחרצות".³¹³ זאת במיוחד, כאשר מדובר במפרסם שהוא אזרח מן השורה המשתתף בדיון הציבורי, להבדיל ממפרסם "מקצועי".

³¹² לעניין הצמצום שבו מוחלת ההגנה של "פרט לוואי" ראו טקסט לה"ש 238 לעיל ואילך.

³¹³ לעניין הקושי להפריד בין "עובדה" ל"דעה" ראו עוד בטקסט לה"ש 227 ו-241-242 לעיל.

הגנת ה"חובה חברתית ומוסרית" – לאור האינטרס הציבורי הראשון במעלה של עידוד השתתפות ציבורית, גם של אזרחים מן השורה, ראוי להרחיב את התחולה של ההגנה הניתנת למי שפעל מתוך "חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות את הפרסום". דייר שכונה שמארגן את שכניו למאבק בתכנית בנייה מפלצתית או מארגני המחאה החברתית נגד יוקר המחיה ממלאים חובה חברתית ומוסרית ראשונה במעלה, ויש לאפשר להם "מרווח נשימה" גדול יותר במקרה של טעויות קטנות שנעשו בתום לב.

"מרווח טעות" גדול יותר – התבטאות של אזרחים בעניינים בעלי חשיבות ציבורית נעשית פעמים רבות בתנאים של נחיתות במידע ובמשאבים אל מול איש הציבור חסר הרסן, המפעל המזהם או המעסיק המקפח. העובדת, הצרכן והפעיל החברתי חשים חסרי אונים לנוכח כוחנות, זלזול ואטימות. הם מביעים את תסכולם ואת זעמם בדיבור חופשי וספונטאני, על יסוד העובדות המעטות הידועות להם והנחות אינטואיטיביות סבירות. הם אינם נעזרים ביועצת משפטית, בתחקירן או בעורך לשוני, שעשויים להדריכם ולסייע להם לבדוק, לנתח ולנסח את דבריהם באופן הקפדני והקר שבו הם עלולים להיבחן בעתיד ב"תנאי המעבדה" של בית המשפט. כפי שהעיר בצדק בית משפט **"מטבע הדברים, לא כל כותב באינטרנט הוא משפטן ולא ייתכן שכל בלוגר [...]. יצטייד בעורך דין צמוד על כל משפט שיוציא ממקלדתו"**.³¹⁴ למרבה המזל, גם הקהל שנחשף לשטף אינפורמציה בתקשורת ובאינטרנט אינו בוחן את הפרסומים באותה דקדקנות משפטית, ולומד להתייחס אליהם בספקנות ובערבון מוגבל ביותר. כיום, בתי משפט דנים לעתים בהתבטאות של אזרח מן השורה, אשר התבטא בבלוג או בהפגנה, על פי הלכות וכללים שנפסקו בתביעות נגד עיתוננים על כתבת תחקיר שתחקירנים מקצועיים שקדו עליה שבועות.

על רקע דברים אלה, דומה שיש מקום לגישה שתבחין בין קטגוריות שונות של פרסומים ותחיל עליהם מבחנים שונים בהתאם לנסיבות עשייתם ולאופן שבו הציבור נחשף אליהם.

דברים אלה נכונים במיוחד לפרסומים ברשת האינטרנט. בהמשך לדבריו של השופט ריבלין ראוי לבחון מחדש "האם ראוי להחיל את דיני לשון הרע הקיימים על פרסומים משמיצים באינטרנט [...] נדרשת הסדרה של הנושא, אך בהיעדר עדכון ראוי של דיני לשון הרע הקיימים מוטב להחילם 'בשינויים המתחייבים' [...] ה[כללים היבטים שונים של הפרסום באינטרנט, ובהם: המשקל המועט שניתן לעיתים קרובות להתבטאויות במסגרת תגובות בכלל, ובמסגרת תגובות אנונימיות בפרט; ריבוי התגובות באופן שלעיתים קרובות הפרסום המשמיץ 'נבלע בהמון'; והנגישות של הנפגע-עצמו, ושל שוחרי טובתו, לאותם אתרים שבהם

³¹⁴ ת"ק (י-ם) 4381/06 [אוחד שם טוב נ' הגר צימרמן](#) (שי' טננבוים, 6.5.2007).

נעשה הפרסום הכולל לשון הרע, והיכולת לפרסם הכחשות ותגובות מתאימות [...] כל אלה עשויים לעיתים תכופות לייתר את הצורך האמיתי בקיומה של תביעת לשון הרע, ואף להפוך את טענות הנפגע ל'זוטי דברים'".³¹⁵

7. הרתעת תביעות משתיקות – החזר הוצאות לנתבעים

יצירת סיכון כספי מרתיע לתובע וסיכוי כספי מפצה לנתבע היא אמצעי חשוב לצמצום הכדאיות של תביעות משתיקות. כבר היום יכולים בתי משפט בישראל להעניק "פיצוי" משמעותי לנתבע שהוטד בתביעת סרק שנדחתה, על ידי הטלת הוצאות גבוהות ומחמירות על התובע.³¹⁶

בפסיקת ההוצאות ראוי להתייחס לא רק למקרים הברורים שבהם נדחת התביעה כליל, אלא גם לאותם מקרים שבהם התביעה מתקבלת בחלקה. רבות מתביעות לשון הרע "יורות לכל הכיוונים" – מתפרשות על פרסומים שונים ונוקבות בסכומים אסטרונומיים. במקרה שהתקבל רק "זנב" טענה או נפסק פיצוי מזערי לעומת סכום התביעה שריחף כחרב מתהפכת לאורך כל ההתדיינות, מן הראוי שהתובע לא יהיה זכאי להוצאותיו. אדרבה, ככלל, מן הראוי שדווקא הנתבע הוא שיהיה זכאי להחזר ההוצאות שנאלץ להוציא כדי להביא לדחיית עיקר התביעה.

מן הראוי שיינתן משקל מכריע לחלק המהותי שנדחה מכתב התביעה, אפילו אם מקצת התביעה התקבל, ובמקרים מובהקים וקיצוניים אף להטיל הוצאות חמורות על התובע. פסיקה של פיצויים והוצאות לטובת התובע, בהתעלם מהעול המיותר על הנתבע והנזק הציבורי שבתביעה, תורמת לאפקט המצנן של התביעה המשתיקה, ועל בית המשפט לשקלל בפסק דינו גם את נזקו של הנתבע כתוצאה מהשתתפותו הכפויה בדיון המשפטי. בין השאר, על בית המשפט לייחס חשיבות גם למשקלו של הביטוי המהווה לשון הרע מסך כל הפרסומים ששימשו כעילה לתביעה ולסכום התביעה המופרז, ובהתאם לכך למתן את הפיצוי שנפסק לתובע בסיום ההליך המשפטי. על בתי המשפט להימנע מפסיקת פיצוי לתובעים שהגישו תביעה מוגזמת, גם אם בחלקה הקטן איננה לגמרי מופרכת, וזאת על מנת שלא לעודד תובעים פוטנציאליים לחנוק דיון ציבורי לגיטימי באמצעות תביעות דיבה.

³¹⁵ עניין [רמי מור](#) (ראו ה"ש 167 לעיל), השופט ריבלין בפסקה 18. ראו עוד בטקסט לה"ש 243 לעיל.

³¹⁶ כמו שנעשה למשל בעניין [החברה לאוטומציה](#) (ראו ה"ש 14 לעיל), שם נפסקו לטובת הנתבע הוצאות משפט חסרות תקדים בגובה 200,000 ש"ח.

8. עילת תביעה עצמאית לנפגעי תביעות סרק משתיקות

על מנת לבלום תביעות משתיקות נדרש גם פיתוח פסיקתי של עילות תביעה עצמאיות לנפגעי התופעה. זוהי למשל המלצתו של השופט בר-עם: "להטיל אחריות בגין ניהול הליכי סרק, בין מכוח חובת תום הלב, במקום שנמצא כי ההליכים נוהלו למטרה זרה להליך ובין מכוח עוולת הרשלנות בנסיבות ניהול רשלני של ההליך המשפטי". במאמרו מנתח בר-עם את הדין הקיים ומראה כי הפסיקה כבר יצרה את התנאים להטלת אחריות נזיקית במקרים המתאימים.³¹⁷

גם מכתבי איום בתביעת סרק משתיקה צריכים לשמש עילה להטלת אחריות נזיקית על השולח וחיובו בפיצוי המאויים.

כמובן שגם חקיקה תוכל ליצור זכות תביעה עצמאית לנפגעי התופעה. חלק מהחוקים שחוקקו בארה"ב כדי למגר תביעות משתיקות, יצרו עילה חדשה שמאפשרת לנפגע לתבוע פיצויים על הנזקים ועגמת הנפש שנגרמו לו ("SLAPPback"). גם הצעת החוק שהוגשה בארץ בעניין זה קובעת הסדר דומה: בית משפט שידחה על הסף תביעה משתיקה בהתאם לחוק המוצע יוכל לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק לטובת הנתבע שהוטרד.³¹⁸ הצעה זו היא ראויה ויש לקוות שתאומץ על ידי המחוקק.³¹⁹

9. אחריות עורכי דין

"עבדתי בשם משפחת עופר. אני בשביל כמה אלפי דולרים, ניהלתי מלחמה כדי להרוג את הבנאדם הזה. הוא אמר משהו באיזה בלוג. הוא באמת עבר תופת. הגשנו נגדו תביעות דיבה, כמעט חיסלנו את הבנאדם הזה. אתה יודע כשאתה עובד אצל טייקון, אז הוא לוקח יחצ"נים ועורכי דין...".³²⁰

³¹⁷ בר-עם, "הליכי סרק", (ראו ה"ש 265 לעיל) בעמוד 210.

³¹⁸ הצעת חוק למניעת שימוש לרעה בהליך משפטי (ראו ה"ש 176 לעיל), סעיפים 4(א) ו(2).

³¹⁹ קיומה של עילת תביעה עצמאית לנתבע הנפגע עשוי לתרום תרומה בכיוון הרצוי, אבל סביר להניח שבאופן מוגבל. ראשית, התנאים לגיבושה של עילת התביעה הם קשים להוכחה, כאשר בדרך כלל יתקשה הנפגע להוכיח קיומה של מטרה זרה בהגשת התביעה. שנית, לאור פערי הכוח, שמאפיינים רבות מהתביעות המשתיקות, סביר להניח שהנתבע הנפגע יהסס מלפתוח חזית נוספת מול התובע.

³²⁰ אבי עמית, "הקרב על חופש הביטוי: האזרח הישראלי ומלחמתו בחוק שמאיים לסתום פיות", חדשות ערוץ 10, 8.11.2011.

במילים אלו מתאר עו"ד אלדד ניב את האופן שבו "טופל" ג'קי אדרי, לאחר שסייע בשנת 2004 בחשיפת התנאים המחפירים של עובדי הקבלן בחברת כימיקלים לישראל.³²¹ "איימתי עליו עם גלימה של עורך דין, ולא ידעתי מי הוא [...] בעתיד המאוד לא רחוק יכניסו אנשים לכלא על דברים שאני עשיתי".³²²

לכלא אולי לא, אבל ראוי שלשכת עורכי הדין, בתי המשפט והמדינה ידאגו להטיל סנקציות על עורכי דין שמסייעים ביודעין ללקוח לנצל לרעה את ההליך השיפוטי – "שותפים לדבר השתקה".

המלצתו של השופט בר-עם, שלפיה יש להטיל אחריות נזיקית על יוזמי הליכי סרק, מכוונת בנסיבות מסוימות גם כלפי עורכי דין שמגישים את התביעה. עמדה זו מעוגנת בדין הקיים. אמנם, עורך הדין חב בחובת נאמנות כלפי לקוחותיו, אבל יש לו חובות נוספות: מחובתו לסייע לבית המשפט "לעשות משפט", ואסור לו להעלות ביודעין טענה עובדתית או משפטית שאינה נכונה.³²³ יתר על כן, לעורך הדין יש גם חובות בסיסיות כלפי הצד שכנגד, וכבר אירע שבתי המשפט הטילו על עורך דין חובת פיצוי בשל הפרת חובה זו.

בר-עם מפנה לחקיקה פדראלית בארצות הברית אשר לפיה עורך הדין, בחתימתו על כתב טענות, מתחייב שניהל "חקירה סבירה" (reasonable inquiry) באשר לבסיס העובדתי ולבסיס המשפטי שביסוד התביעה, וכי לא עומדת מאחורי ההליך מטרה זרה.³²⁴ "במקרים רבים" כותב בר-עם, "חקירה סבירה, שהיקפה ייקבע בנסיבות כל מקרה ומקרה, קריטית למניעתם של הליכי סרק וראוי לאמצה כחלק מחובתו של עורך הדין לבית המשפט ולצד שכנגד, ולהטיל בגדרה אחריות ברשלנות עם הפרתה".³²⁵

³²¹ אדרי הופיע בתחקיר "זהב לבן – עבודה שחורה" של מערכת "עובדה" (<http://youtu.be/nfznoPo4FDE>); <http://vimeo.com/36272133>; איתי רום, "העובד שיצא נגד כ"ל ופוטר: 'המדינה הפסידה הון-עתק'", גלובס 28.9.2010.

³²² ג'די וייץ, "בעתיד המאוד לא רחוק יכניסו אנשים לכלא על דברים שאני עשיתי", הארץ 18.4.2012; עו"ד אלדד ניב גם ייצג את החברה לאוטומציה בתביעה נגד יו"ר ועד העובדים שלה – עניין החברה לאוטומציה (ראו ה"ש 14 לעיל), בפסקה 35.

³²³ ראו: סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; כלל 34 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986: "לא יעלה עורך דין, בין בעל פה ובין בכתב, טענה עובדתית או משפטית בידעו שאינה נכונה".

³²⁴ Rule 11, Federal Rules of Civil Procedure.

למקרה שבו חוייב עורך דין בהוצאות בשל ניהול הליך סרק, ולדוגמא לשימוש בכלל 11 נגד תובע ועורך דינו, שהגישו תביעת סרק ראו באתר EEF

Mattel, Inc. v. Luce, Forward, Hamilton & Scripps, supra, 99 Cal.App.4th 1179.

³²⁵ בר-עם, "הליכי סרק", (ראו ה"ש 265 לעיל) בעמוד 178, ובעמוד 153; ראו עוד: "על עורכי הדין, כסוכנים של מערכת המשפט, מוטלת אחריות לפעול למימוש הערכים המהותיים הגלומים במשפט". נטע זיו, "אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג – מאחריות מוסרית לאחריות משפטית", דין ודברים א' (2004) 201.

משתיק קול: משפטי דיבה כאיום על חופש הביטוי

הבסיס המשפטי שעומד ביסוד המלצה זו רלבנטי, כמובן, גם לפרשנות של כללי האתיקה, ולהעמדה לדין משמעותי.

10. שלילה או הגבלה של זכות התביעה של גופים ציבוריים ושל תאגידים

החוק שמגן על כבוד האדם ועל שמו הטוב אינו מבחין בין אדם בשר ודם ובין גוף שלטוני או תאגיד. אבל לנוכח התפקיד הבולט שאלה ממלאים בנוף התביעות המשתיקות, הולכת וגוברת ההכרה בצורך למצוא מענה לאיום על דיון ציבורי חופשי של מי שמשפיעים יותר מכול על חי הפרט והחברה.

ראוי לשלול את זכות התביעה מגופים שלטוניים, לרבות תאגידים שנמצאים בבעלות ממשלתית או עירונית.³²⁶ המלצה זו יפה במיוחד למישור השלטון המקומי שבו, כך מלמד ניסיון השנים האחרונות, נעשה שימוש מאסיבי בתביעות משתיקות.

מימוש המלצה זו מותנה בחקיקה מיוחדת.³²⁷ אולם לא נדרשת חקיקה על מנת שבתי המשפט יחמירו את המבחנים השונים המשמשים בבירור תביעות דיבה של גופים שלטוניים, במטרה לאתר תביעות משתיקות ולמגר אותן.

ראוי להציב משוכות גבוהות במיוחד בפני תביעות משתיקות, שמוגשות על ידי הרשות אבל למעשה הן תגובה לביקורת שנמתחה על בכירה.³²⁸ פרקטיקה זו, שנפוצה במיוחד בשלטון המקומי, מאפשרת "אצבע קלה על ההדק" בהגשת התביעה המשתיקה על חשבון הקופה הציבורית.

במקביל ראוי להחמיר את האכיפה של נהלי משרד הפנים שנוצרו כדי להגביל את יכולתה של רשות לממן את תביעות הדיבה של בכירה (מימון ישיר – כיסוי שכר טרחתו של עורך הדין המייצג, ומימון עקיף – חוזה "שמך" לשכירת שירותיו על ידי הרשות).³²⁹

נוסף על כך, לאור שטף תביעות הדיבה שמתנהלות בין בכירים ופוליטיקאים בשלטון המקומי לבין עצמם, מוצע לשקול מתן חסינות לחברי מועצה של רשות מקומית. חסינות כזו תגן

³²⁶ זו דעתם גם של גנאים, קרמניצר ושנור (ראו ה"ש 86 לעיל), 244 ו-251-252.

³²⁷ בהנחה שבית המשפט העליון לא ישנה את ההלכה שקבע בהקשר זה בעניין שלוש פלוס (ראו טקסט לה"ש 165 לעיל).

³²⁸ ראו טקסט לה"ש 278 לעיל.

³²⁹ על נהלי משרד הפנים ראו בטקסט לה"ש 284-280 לעיל.

עליהם מפני תביעות לשון הרע מצד חברי מועצה אחרים או מצד ראש הרשות על התבטאויות ופרסומים שנעשו במסגרת תפקידם ובפרט במהלך ישיבות המועצה. לצד החשש להתדרדרות נוספת ברמת הוויכוח, הירודה ממילא, בין פוליטיקאים וממלאי תפקידים בכירים בשלטון המקומי, יש לשקול את הנזק שכרוך בהצפת בתי המשפט בתביעות משתיקות. בחינה מעמיקה של התופעה דרושה כדי לקבוע תנאים וסייגים לחסינות מתוך מטרה שלא להביא להתדרדרות.

מרבית ההמלצות שלעיל תקפות, בשינויים המתחייבים, גם ביחס לתאגידים פרטיים. ראוי ללכת בעקבות הדין האוסטרלי שלפיו תאגיד למטרות רווח, המעסיק יותר מעשרה עובדים, אינו יכול לתבוע בעילה של לשון הרע.³³⁰ תאגיד כזה יוכל להמשיך ולתבוע בעילה של "שקר מפגיע" ועוולות אחרות.³³¹ למצער יש לאמץ את המלצת הפרלמנט הבריטי, ולהתנות את זכות התביעה של תאגיד כאמור באישור מיוחד של בית המשפט.³³²

לשם הפחתת הסיכונים החלים על הנתבע ולשם איזון יחסי הכוחות בין הצדדים, יש למנוע מתאגידים למטרות רווח, ככל שנותרת בידיהם הזכות לתבוע בלשון הרע, לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק. במצב הדברים כיום, האפשרות לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק מעודדת תאגידים לאיים ולתבוע, ובפועל משמשת רק בכדי להגביר את הפחד שהם מטילים על אזרחים מפני השמעת ביקורת עליהם. על מנת להשיג יעד זה אין צורך בתיקון חקיקה. כל שדרוש הוא הכרעה במחלוקת שקיימת בפסיקה, לטובת העמדה השוללת את זכאותו של תאגיד לפיצויים ללא הוכחת נזק.³³³

בדומה להמלצת הפרלמנט הבריטי מומלץ שתאגיד כאמור יוכל לתבוע רק במקרה שנגרם לו "נזק כספי ממשי" ישיר.³³⁴ תיקון כזה גם יאלץ תאגיד שתובע לפרט כבר בכתב התביעה את הנזק שהוא טוען שנגרם לו מהפרסום, דבר שעשוי להקטין את מימדי התופעה של תאגידים התובעים נזקים בסכומים מופרזים ואף מופרכים.

³³⁰ לחקיקה האוסטרלית ראו 289 לעיל.

³³¹ ראו סעיף 58 לפקודת הניקון [נוסח חדש]: "שקר מפגיע הוא פרסום הודעה כוזבת בזדון, בין בעל פה ובין בדרך אחרת, בנוגע לעסקו של אדם, למשלח ידו, למקצועו או לטובין שלו או לזכות קנין שלו; אך לא יפרע אדם פיצויים בעד פרסום כזה, אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון".

³³² UK Parliament Joint Committee (see supra note 289), para 116.

נקודה נוספת שראוי לשקול, שרשויות המס והמחוקק לא יתירו ניכוי של הוצאות שבהן נשא התאגיד לצורך ניהול תביעות משתיקות. ניכוי הוצאות לצורכי מס מוגבל להוצאה ששימשה "לייצור הכנסה" בשונה מ"ייצור השתקה". הפחתה של חוב המס במקרה כזה מסב לאינטרס הציבורי נזק כפול: הוא מקטין את ההכנסה הציבורית ומתמרץ פגיעה בשיג ושיח הציבורי.

³³³ על מחלוקת הפוסקים בעניין זה ראו טקסט לה"ש 290 ו-291 לעיל.

³³⁴ UK Parliament Joint Committee (see supra note 289), para 115.

11. ביטול הקובלנה הפלילית

"שימוש תדיר במשפט הפלילי לליבון סכסוכים מעין אלה אינו הולם את אופיים של הסכסוכים, אף לא את מהותה של האחריות הפלילית [...] זהו כלי חמור ורציני, וכך יש להתייחס אליו".³³⁵

הסמכות להגיש כתבי אישום פליליים מסורה בדרך כלל למדינה ולה בלבד, אבל קיים חריג בחוק שמאפשר לאנשים פרטיים להגיש "קובלנה פלילית" במספר מצומצם של עניינים. מרבית הקובלנות הפליליות מוגשות בעילה של לשון הרע.

כפי שראינו, קיימים לא מעט מקרים של שימוש שערורייתי בכלי זה למטרות נקמה והכרעה בסכסוכים פוליטיים או ציבוריים.³³⁶ במקרים אלה נאלצים השופטים "לשמש ככלי משחק במסע הוונדטה של הקובלני".³³⁷

כבר בשנת 1997 המליצה ועדה של משרד המשפטים לבטל את מוסד הקובלנה הפלילית. לפני כשנה הוגשה לכנסת הצעת חוק שמיישמת את ההמלצה,³³⁸ ויש לקוות כי הצעת חוק זאת אכן תקודם ותהפוך לחקיקה.

12. מחקר אקדמי

בפתח דברינו סיפרנו שבארצות הברית התעורר שיח ציבורי ומשפטי על תביעות משתיקות רק בעקבות מחקר אקדמי מקיף שאיתר את התופעה, קרא לה בשם וניתח את השלכותיה. מאז לא פסק זרם המחקרים והמאמרים שמעשירים את הדיון בסוגיה.

בישראל, הדיון האקדמי בתחום נמצא עדיין בחיתוליו. הספרות שעוסקת בדיני לשון הרע מתמקדת ברובה בניתוח חקיקה ופסיקה ובשאלות נורמטיביות על הדין המצוי והרצוי. אין

³³⁵ רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נט (6) 554, 586-7 (2005).

³³⁶ ראו טקסט לה"ש 105 לעיל ואילך.

³³⁷ קפ (נתי) 12-08 דב הירש נ' אבי לוי (ש' חגי טרסי, 22.4.2010); וראו: "האם ראוי להעניק לקובל הכלי הקיצוני של העמדת אחר בהרשעה בפלילים כדי לממש שיגיונותיו או שנאותיו? [...] והרי הסכנה בהרשעה בפלילים היא פגיעה חמורה בחירות האדם? האם ראוי ליתנה בידי אדם פרטי? אלא שנבצר ממני לשנות המצב החוקי, כל שעלי לעשות הוא ליישם החוק". ק"פ (ראשלי"צ) 1005/04 משה יהושע נ' אריה כהן (ש' אברהם הימן, 21.3.2007).

³³⁸ הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 67) (ביטול קובלנה), התשע"א-2011, הצ"ח ממשלה 615 מיום 1.8.2011 ע' 1552 (התקבלה בקריאה ראשונה ביום 3.8.2011 ועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת); איתמר לוי, "תבוסת האפשרות להגיש קובלנה פלילית פרטית", news 25.1.2011; יובל יועז, "האם הליך הקובלנה הפלילית הפרטית בדרך להתבטל?", גלובס, 25.1.2011.

ספק בנחיצותו של דיון זה. אבל בהיעדר בסיס עובדתי אמפירי הוא יתקשה לסייע לבתי המשפט ולמחוקקים להגיע למסקנות ראויות, וליצור משפט שיקיים איזונים צודקים במציאות החיים היומיומית.

דוגמא למחקר הנחוץ אפשר למצוא בפרסומיהם של ד"ר גדרון וד"ר קרניאל³³⁹ שבדקו והשוו את גובה הפיצויים שפוסקים בתי המשפט בתביעות לשון הרע. הממצאים והתובנות שהם העלו מספקים תמונת מציאות חשובה של המגמות בפסיקת הפיצויים, ומסייעים לדיון מושכל יותר במדיניות הפיצויים הראויה. יש לקוות שמדובר בסנונית ראשונה.

צורך גדול במיוחד קיים במחקר שיפרוץ את גבולות המשפט, ויבחן את יחסי הגומלין שיש לו עם "השטח". הצבענו למשל על מכתבי התראה משפטיים כמנגנון נפוץ של השתקה. אבל איומים אלה הם "נוכחים נפקדים" במשפט³⁴⁰ – מטבע הדברים, הפסיקה אינה עוסקת בהם, ובאין פסיקה "אין תופעה" והדיון האקדמי הנורמטיבי אינו יכול להתייחס אליהם.

מחקרים אמפיריים, שישלבו מתודולוגיות ופרדיגמות מתחומי המשפט, החברה, מדעי ההתנהגות והתרבות יוכלו להעשיר את הדיון בשאלות ובהיבטים שעלו בדו"ח זה. בין יתר השאלות שראוי לבחון: מה מידת הקוהרנטיות של הפסיקה בתחומי לשון הרע, ועד כמה היא מאפשרת ודאות משפטית, ובהמשך לכך – עד כמה היא מאפשרת דיון ציבורי וביקורת ציבורית נטולי סכנות? מה ההשפעה שיש "למישפוט" השיח הציבורי ולריבוי העוסקים בעריכת דין על ריבוי תביעות בעילה של לשון הרע? האם ועד כמה עלה שיעורן של התדיינות הסרק שמסתיימות בלא כלום תוך הסבת נזקים לנתבעים ולתובעים? האם ובאילו נסיבות מצליחה ההתדיינות המשפטית לרפא את כאבם של מי ששמום הוכפש לחינם ומתי היא הופכת, במכוון או שלא, למנגנון השתקה שמאפיל על השיח הציבורי ועל הדמוקרטיה? שאלות אלו ואחרות יכולות לקבל מענה עובדתי מהימן יותר באמצעות מחקר אקדמי, ולהזין את הדיון בתופעת התביעות המשתיקות.

³³⁹ גדרון, "תיירות הדיבה" (ראו ה"ש 141 לעיל); קרניאל וברקת, "השם והשמין" (ראו ה"ש 86 לעיל); גדרון, אילוז וריינזילבר (ראו ה"ש 7 לעיל); לסקירה בתקשורת: מיכל רמתי, "מסביב לעולם: ממעוז חופש הביטוי – לגן העדן של תובעי הדיבה", [themarker](http://themarker.com), 25.11.2011; איתמר לוי, "הפיצוי הממוצע על לשון הרע: 30,708 שקל", [news1](http://news1.co.il), 9.9.2012.

³⁴⁰ ראו טקסט לה"ש 136 לעיל.

13. מנגנונים חברתיים לבלימת תביעות משתיקות – פרסום וגיוס תמיכה

ציבורית

"זה היה קרב של דוד וגוליית אבל לא באופן שבו התקשורת הציגה אותו. למעשה הציבור הוא הענק בקרב הזה. יש מליארדים על גבי מליארדים מאיתנו, ותאגידים כמו מקדונלד'ס הם רק אליטה קטנה הדואגת לאינטרסים שלה. כשהציבור יתחיל לעמוד על שלו, להתארגן ולהשמיע את קולו נגד אי הצדק, שום דבר לא יוכל לעצור אותנו" (דייב מוריס, הנתבע בפרשת מקדונלד'ס).

מעבר למנגנונים המשפטיים שאפשר להפעיל נגד תביעות משתיקות, קיימת חשיבות גדולה גם לפעילות ציבורית לבלימתן. תביעה משתיקה מעבירה את העימות בין הצדדים מהזירה הציבורית אל זו המשפטית. היריב הביקורתי נגרר לבית המשפט, מקום שבו נדרשים מומחיות ומשאבים מיוחדים כדי לנהל את הסכסוך. מכאן שפרסום וגיוס תמיכה עשויים לפעול בכיוון הנגדי ולהחזיר את מוקד העימות לזירה הציבורית.

פרסום וגיוס דעת הקהל לטובת הנפגע עשויים לאזן את פערי הכוחות ולהפוך את העניין ה"אישי" וה"מקומי", לכאורה, שבין התובע לנתבע לנחלת הכלל. מלבד ההתעניינות והתמיכה הציבורית שהם יכולים לגייס, הם עשויים לבייש ולהרתיע את בעל האמצעים שמאיים ומתעמר במי שמפרסם עליו ביקורת.

פרשת מקדונלד'ס ממחישה את הפוטנציאל שגלום ביציאה לציבור. הניצחון המוגבל שנחלה מקדונלד'ס בבית המשפט הפך לניצחון פירוס ול"קטסטרופה" של יחסי ציבור, כיוון שהמשפט המתקשר מיקד תשומת לב רבה ועורר גלי מחאה ואפילו חרם צרכנים שפגעו בדימוי הציבורי של התאגיד ובהכנסותיו. במקביל סייע הפרסום לנתבעים לגייס תמיכה של תורמים ושל מומחים, ובעזרתה לעמוד בבית המשפט מול מכונת ההתדיינות המשומנת של מקדונלד'ס.

כזכור גם בפרשת "שיטת השקשוקה" התגייסו עיתונאים ואזרחים לתמיכה מוראלית וחומרית במיקי רוזנטל, ויצרו לחץ ציבורי נגדי שתרם בסופו של דבר לביטול התביעה. מחאה ציבורית וקריאה לחרם צרכני שימשו כמשקל נגד גם לתביעת הדיבה נגד מלצריות קופי טו-גו.

קריאה לסיוע ולחשיפת ערוותו של מי שמאיים באלימות משפטית עשויים להרתיעו, כפי שהוכיחו בלוגרים ישראלים ש"מסרבים להפנות את הלחי השנייה".³⁴¹

הגברת המודעות חשובה גם משום שבהיעדרה, חשים נפגעי השתקה רבים חוסר אונים מול האיום בתביעה. מאוימים ונתבעים שמודעים לפגיעה בזכויותיהם ולאמצעים העומדים לרשותם יחששו פחות וייטו לפנות לציבור ולגייס תמיכה.

בארצות הברית אפשר למצוא ברשת האינטרנט אין ספור אתרים ודפי מידע שמטרתם לסייע לנפגעי ההשתקה להתמודד עם התביעה או האיום. אתרים אלה מנוהלים בעיקר על ידי ארגונים לקידום חופש הביטוי ולזכויות דיגיטליות, אך גם על ידי ארגוני סביבתיים, ארגוני צרכנים ועורכי דין פרטיים.³⁴²

מקור תמיכה ציבורי נוסף עשוי להימצא בהקמת קרן ציבורית שתסייע בהעמדת משאבים ושירותים משפטיים לנפגעי תביעות השתקה.³⁴³ יוזמה כזו עשויה להתממש בהתארגנות אזרחית או בתמיכה של המדינה ברוח הצעת חוק פרטית שהוגשה בשנה שעברה לכנסת.³⁴⁴ פעילותה מותנית כמובן בגיוס תרומות ומשאבים.

מעבר לזאת, לאור הגיוון שבתופעת התביעות המשתיקות, יידרש ארגון סיוע לנפגעי השתקה למנגנון הכרעה, שיוכל להתמודד עם הדילמות הכרוכות בהחלטה אם לסייע לפונה כזה או אחר וכיצד.

14. מנגנונים להתמודדות עם תביעות משתיקות – הערת סיום

הדברים האחרונים שאמרנו בדבר הצורך להכריע בכל מקרה ומקרה לגבי טיב הסיוע שיש לתת לנפגע, רלבנטיים למרבית הפתרונות שסקרנו. כזכור,³⁴⁵ שעה שסקרנו את המאפיינים של תביעות משתיקות הדגשנו, שיש להבחין בין זיהויה של תביעה כמשתיקה ובין ההחלטה

³⁴¹ גיא גרימלנד, "לא מפנים את הלחי השנייה: הבלוגרים הישראלים מסרבים להיכנע לתביעות", themarker, 18.7.2011; ראו בפרק על תביעות משתיקות בזירת האינטרנט את המקרים של ד"ר יובל דרור ושל תומר פרסיקו שהתמודדו עם מכתבי איום משתיקים (ראו טקסט לה"ש 39 ו-40 לעיל).

³⁴² Public Participation Project, fighting for free speech: <http://www.anti-slapp.org>; California Anti-SLAPP Project: <http://www.casp.net>.

³⁴³ יובל קרניאל, "דרושה: קרן להגנת חופש הביטוי", themarker, 21.9.2011; אורי קציר, "התגוננות מאורגנת", aplanton, 12.6.2008; דובי קנגיסר, "תנו לכתוב בשקט", themarker (בלוג), 30.3.2011.

³⁴⁴ הצעת חוק קרן לאומית להגנה על זכות הציבור לדעת, התשע"ב-2011 (פ/3839/18); חה"כ נחמן שי, דניאל בן-סימון, דב חנין, ניצן הורוביץ, איתן כבל ואורי אורבך; הונחה 26.12.2011.

³⁴⁵ ראו להלן בראשית פרק ב': המאפיינים של תביעות משתיקות (טקסט לאחר הפנייה לה"ש 95 לעיל).

משתיק קול: משפטי דיבה כאיום על חופש הביטוי

על היקף ההגנה שתינתן לנתבע. כלומר – עד כמה, אם בכלל, ראוי להפעיל במקרה הנדון את אחד או יותר מהמנגנונים המוצעים.

מטרתם של המנגנונים השונים שהצענו היא להכניס לתוך המשפט והשיח הציבורי את המודעות בדבר האפקט ההרסני של תביעות משתיקות, וליצור "סל תרופות" להתמודדות איתן ועם נזקייהן. כל זאת מתוך הבנה שמורכבותה של התופעה, והמתח הגדול בין זכויות היסוד שכרוכות בה, אינם מאפשרים פתרונות קסם: אין מנגנון אחד שיכול לבדו לענות על כל הבעיות שעליהן הצבענו. מנגד, אף אחד מהם אינו אמור לחול באופן גורף ואוטומטי על כל מקרה ומקרה של תביעה משתיקה. למותר לציין שהמנגנונים המוצעים אינם באים במקום השיקולים והאיזונים הקיימים בדיני לשון הרע, אלא רק מוסיפים עליהם נדבך נוסף וחיוני.

השימוש בכלים אלה נתון בסופו של דבר לבתי המשפט שיבחנו כל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו על מנת להתמודד עם תופעת התביעות המשתיקות מבלי להפקיר את הזכות לשם טוב.

יתר על כן. לפחות חלק מהפגמים והסכנות שעליהם הצבענו אינם פוגעים רק בחופש הביטוי אלא באופן פרדוקסאלי גם בשם הטוב. ראינו שחסמי הכניסה הנמוכים מקלים על הנפגע להגיש תביעה, ודי בכך שהפרסום הפוגע יתאים להגדרה המשפטית של "לשון הרע" כדי להעביר נטלים כבדים אל שכס המפרסם – הנתבע.³⁴⁶ ככל הנראה עובדה זו ביחד עם הדין המעורפל והלא יציב הם המקור ל"אופטימיות" המופרזת של תובעים ול"פופולריות" הגוברת של תביעות הדיבה.³⁴⁷ כפי שהעיר השופט עמית "מן המפורסמות הוא שהציבור בארץ הוא מהנעלבים בנקל ומהמרבבים להתדיין".³⁴⁸

הנתונים מלמדים שלא רק מספר תביעות הדיבה עולה אלא גם שיעורן של התביעות שנדחות.³⁴⁹ תביעות רבות נדחות ובדין, כיוון שהאיזון בין חופש הביטוי ובין הזכות לשם טוב מחייב לתת הגנה לפרסומים רבים, למרות שיש בהם כדי לפגוע בתובע.

מישפוט היתר של התרבות ושל השיח הציבורי אינו מסכן רק את חופש הביטוי אלא גם את השם הטוב, כיוון שהוא מעודד תודעה כוזבת שלפיה הליך משפטי הוא המענה הנכון לכל

³⁴⁶ ראו טקסט לה"ש 152 ו-162-163 לעיל.

³⁴⁷ ראו גדרון, "תיירות הדיבה" (ראו ה"ש 141 לעיל), ע' 461 ה"ש 291; וכן גדרון, אילו וריינזילבר (ראו ה"ש 7 לעיל) טקסט לה"ש 118.

³⁴⁸ עניין בר נתן (ראו ה"ש 69 לעיל) השופט עמית בפסקה 13.

³⁴⁹ גדרון, אילו וריינזילבר (ראו ה"ש 7 לעיל); הילה רז, "מה הסיכוי לזכות בתביעה דיבה?", themarker, 19.1.2010; הילה רז, "אפקט אילנה דיין: חוק לשון הרע – פגיעה בחופש הביטוי", themarker, 12.2.2012.

התביעות המשתיקות שהולכות ומתרבות, והאיומים בהגשת תביעות כאמור, מהווים איום על חירותם של אזרחיות ואזרחים ועל יכולתם להשתתף באופן פעיל ואמיתי בהליך הדמוקרטי. "באווירה בה פחד והרתעה פועלים כנגד מי שמשמיע קולו בביקורת ציבורית [...] חופש הביטוי לא יוכל עוד לשרוד".³⁵⁴ נדרשת הכרה ציבורית בתופעה ובהשלכותיה, ובפרט הכרה של בתי המשפט והובלתם בפיתוח כלים להתמודדות עמה. מתחייבת פעולה נמרצת כדי לבלום את התופעה, שאחרת – כך מלמד ניסיונם של אחרים – היא תמשיך להתעצם ולהאפיל על המרחב הציבורי.

אכן, לא כל "אחד שיודע" הוא "אחד העם" ולא כל בלוגר או פעילה חברתית הם "שורת המתנדבים".³⁵⁵ אבל יכולתנו להפריד את המוץ מן הבר היא מוגבלת, ועל כן, מאז ומתמיד ההגנה על חירות הביטוי נפרשה גם על ביטויים שנחזו כבוטים, חצופים ומעליבים. עלינו להותיר שוליים רחבים של חופש ביטוי כדי שנוכל גם בעתיד להנות מ"אחד העם" ומ"שורת המתנדבים", ולהבטיח את חיינו כאזרחים בני חורין בחברה דמוקרטית.

³⁵⁴ ראו טקסט לה"ש 250 לעיל.

³⁵⁵ בעניין רמי מור (ראו ה"ש 167 לעיל), נדונה בקשה לחשיפת פרטיו של גולש משמיץ שהסתתר תחת הכינוי "אחד שיודע". השופט ריבלין מסביר (בפסקה 12) את חשיבותה של האנונימיות לקיומו של חופש הביטוי. הוא עושה זאת בין היתר בעזרת הפנייה לענקי רוח שהשתמשו בפסבדונים ואומר: "האנונימיות היא לעיתים חלק מהמסר עצמו [...] טלו מיחיאל די-נור את הפסבדונים [...] ונטלתם מיצירתו חלק חשוב מן המסר. טלו מאמיל אז'אר את שם-העט רומן גארי, ומנעתם ממנו את הבחירה להסיר מיצירותיו המאוחרות את המוניטין של יצירותיו המוקדמות. וודאי לא באתי לומר כי קיימת שקילות בין ענקי הרוח שבחרו לעצמם פסבדונים לבין כותבי התגובות – בין 'אחד העם' לבין 'אחד שיודע' – אך מחשיבותה של המסכה כחלק מחופש הביטוי לא נוכל להתעלם".