

בית המשפט העליון

רע"א 8316/07

יורם שדה נ. שמעון לב

תאריך הגשה: 07/10/07

בבית המשפט העליון

ב י ר ו ש ל י ם

יורם שדה, ת.ז. 08516734

המבקש:

באמצעות ב"כ עוה"ד אורי שנהר ו/או עמית דולב
ו/או ענבל ארבל ו/או גליה אליהו ו/או סבטלאנה קמפר
מרחוב יגאל אלון 65, תל-אביב 67443
טל: 03-5618080; פקס: 03-5618082.

- נ ג ד -

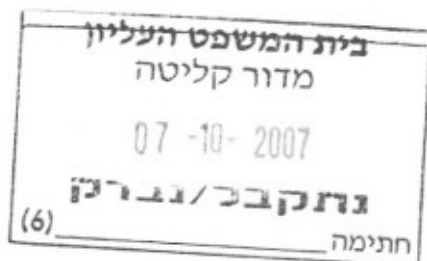
המשיבים:

1. שמעון לב, ת.ז. 57734675

2. מיכל יקל, ת.ז. 58734427

3. יצחק כהן, ת.ז. 53896254

באמצעות ב"כ עוה"ד יצחק בוכבינדר
מרמי מודיליאני 14, תל-אביב 64687
טל: 03-6910049; פקס: 03-6953964.



"ובכן הוא משוחרר. נראנו בגינה / עודר או מנכש. גוחן אל שיח-פרא
הרע, החוצב, חייל ההגנה / אלוף יצחק שדה ... כן זהו פרק".
* מתוך נתן אלתרמן, "ליצחק שדה", הטור השביעי (חלק ראשון) 306.

בקשת רשות ערעור

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן רשות לערער על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כב' השופטים, סה"נ א. קובו, סה"נ מ. רובינשטיין והשופ' ש. דותן) מיום 14.8.07 (ע"א 2668/06), בו נדחה ערעורו של המבקש על פסק דינו של בית משפט השלום בתל-אביב (כב' סה"נ ש. אלמגור) מיום 11.6.06 (ת"א 38175/03) וכן על החלטת כב' השופטת אלמגור מיום 9.6.05 (בש"א 173223/05, בתיק העיקרי דלעיל).

בפסק הדין האמור דחה בית משפט השלום תביעת לשון הרע שהגיש המבקש נגד המשיבים ובהחלטה האמורה הוא דחה את בקשת המבקש להביא "ראיות סותרות" כאמור בסעיף 18 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע").

העתקים מתאימים למקור של החלטת בית משפט השלום, של פסק הדין של בית משפט השלום ושל פסק הדין של בית המשפט המחוזי, מצורפים לבקשה זו כנספח א', כנספח ב' וכנספח ג', בהתאמה.

המבקש הוא בנו של האלוף יצחק שדה והוא מתגורר כמעט כל חייו בבית בו חי האלוף שדה בשנותיו האחרונות. המבקש הגיש תביעת לשון הרע כנגד המשיבים, משום שאלו תיארו אותו כמי שמציג מצג שווא באומרו שאביו הקים את הגינה הסמוכה לבית יצחק שדה והידועה כ"גן יצחק שדה". פסקי הדין של הערכאות דלמטה התייחסו לפרסומים שונים. המבקש סבור, כי הערכאות דלמטה טעו, בכל הכבוד, בכלל הכרעותיהן בנוגע לכל הפרסומים האמורים, אולם במסגרת בקשת רשות ערעור זו הוא מפנה את טענותיו אך ורק כנגד הכרעותיהם של בתי המשפט קמא בקשר לשני פרסומים:

א. ההשמצה באזני מבקרי גן יצחק שדה

המשיב 1 אמר למבקרים בגן יצחק שדה, כי המבקש "מציג להם מצג שווא", שכן באתר שבו ביקרו "לא היה כלל גן בימיו של יצחק שדה".

הדברים האמורים מהווים בוודאי לשון הרע אודות המבקש ובית משפט השלום קבע, כי הם אכן נאמרו.

המשיבים (הנתבעים) הביאו ראיות להוכחת אמיתות הדברים שנאמרו. בתום פרשת ההגנה החליט בית משפט השלום, כי המבקש לא יוכל להביא ראיות לסתור את ראיות המשיבים וזאת בניגוד להוראת סעיף 18 לחוק איסור לשון הרע וקביעותיו המפורשות של בית המשפט העליון (הלכת ברקן). בעקבות החלטה זו קבע בית משפט השלום בפסק דינו, כי על הדברים שאמר המשיב 1 חלה הגנת אמת הפרסום לפי סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע.

המבקש טוען, כי החלטתו של בית משפט השלום מהווה, בכל הכבוד, טעות משפטית קשה וברורה, ולפיכך יתבקש בית משפט נכבד זה להורות על החזרת הדיון לבית משפט השלום, כדי שזה ישמע "ראיות סותרות" מטעם המבקש, כאמור בסעיף 18 לחוק איסור לשון הרע, ולאחר שמיעתן יכריע בשאלת תחולתה של ההגנה על הפרסום.

ב. המכתב למינהל מקרקעי ישראל

המשיבים שלחו מכתב למינהל מקרקעי ישראל ואחרים ובו טענו, כי אין אמת בטענות שהציג המבקש בנוגע לשטח הגן ואשר "לפיהן כל השטח נמסר לאביו יצחק שדה אשר הקים בו את הגן במו ידיו".

בית משפט השלום קבע, בפסק דינו, כי הדברים אינם מהווים כלל "לשון הרע", שכן העלאה על הכתב של גרסה עובדתית הסותרת את גרסתו העובדתית של התובע, אינה מהווה "לשון הרע".

המבקש טוען, כי גם הכרעה זו מהווה טעות משפטית קשה ולפיכך יתבקש בית משפט נכבד זה לקבוע, כי הדברים מהווים "לשון הרע" ולכן יש להחזיר את הדיון לבית המשפט קמא כדי שזה יקבע (לאחר שמיעת הראיות הסותרות) אם על הדברים חלה הגנה.

כמו כן יתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בהוצאות בקשה זו.

ההצדקה למתן רשות ערעור לאור הלכת "חניון חיפה"

1. המבקש טוען, כי קיים צורך חיוני במתן הרשות לערער וזאת בהתאם לשיקולים שנקבעו בר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור בע"מ, פ"ד לו(3) 123.
2. בית המשפט העליון פסק בבר"ע 228/75 ברקן נ' תמרי ואח', פ"ד ל(1) 470, כי לתובע בתביעת לשון הרע יש זכות להביא ראיות סותרות לאחר שמיעת ראיות ההגנה, כאמור בסעיף 18 לחוק איסור לשון הרע, וכי לבית המשפט אין סמכות לשלול ממנו זכות זו והיא איננה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט.
3. המשיבים, מאידך, טענו כי על בית המשפט הדן בתביעת לשון הרע לנהוג בהתאם לדברים שנכתבו על ידי כבוד השופטת דורנר בהחלטה שנתנה ברע"א 10583/03 ניסנסון נ' בודינגר (לא פורסם) [ראו אסמכתא 1] ואשר על פיהם יש לבית המשפט שיקול דעת המאפשר לו שלא להתיר לתובע להביא ראיות סותרות בתום פרשת ההגנה וכי גם בתביעת לשון הרע יש לנהוג בהתאם לכללים הרגילים הנוגעים להתרת הבאת ראיות הזמה.
4. בתי משפט נמוכים יותר קבעו, כי הלכת ברקן היא עדיין ההלכה המחייבת, למרות מה שנאמר בהחלטה בעניין ניסנסון (וראו להלן), אולם בענייננו אמצו בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי את העמדה לפיה אין לתובע בתביעת לשון הרע זכות מוקנית להבאת ראיות סותרות בתום פרשת ההגנה.
5. במתן רשות הערעור על ידי בית המשפט העליון יהיה לפיכך בכדי "לתרום לאחידותה של ההלכה" (כלשונה של הלכת חניון חיפה) ולחבירה לכל בתי המשפט העתידיים לדון בתביעות לשון הרע, מהם הכללים המחייבים בעניין.
6. יתרה מזאת, לסוגיה שבמחלוקת יש חשיבות משפטית-חוקתית ראשונה במעלה. כפי שמוסבר במפורט בבקשת רשות ערעור זו, אין המדובר בסוגיה פרוצדוראלית גרידא וההכרעה שבהלכת ברקן (ובסעיף 18 לחוק איסור לשון הרע) אינה מבטאת הכרעה שרירותית בנוגע לסדרי דיון, אלא מביאה לידי ביטוי השקפה עקרונית בנוגע לזכויותיו של אדם שכבודו נפגע כתוצאה מפרסום לשון הרע.
7. זאת ועוד, בעקבות הטעות הדיונית בנוגע להתרת הבאת הראיות קבע בית משפט השלום, כי אמת דיבר המשיב 1 כאשר טען, שבאתר ההיסטורי הנקרא "גן יצחק שדה" "לא היה כלל גן בימיו של יצחק שדה". הכרעה זו פוגעת קשות בהנצחתו של האלוף יצחק שדה, אשר גנו הוא האתר היחיד המוקדש להנצחתו. יתרה מזאת, היא מהווה קביעה היסטורית שגויה. מכאן שקיימת גם חשיבות ציבורית, לבר משפטית, לתיקון הטעות של בית משפט השלום.
8. במקרה זה הובילו טעויות משפטיות בנושאים בעלי חשיבות משפטית רבה להכרעות עובדתיות בעלות השלכות ציבוריות חמורות, כאילו אמת הדבר שאתר ההנצחה היחיד

לאולוף יצחק שדה מהווה "מצג שווא" וכאילו בגן הידוע כ"גן יצחק שדה" "לא היה כלל גן בימיו של יצחק שדה". בית המשפט העליון הוא לפיכך הערכאה האחרונה שתוכל לתקן את הטעויות המשפטיות ובדרך זו להבטיח פסיקה שתעמיד עובדות על דיוקן ותעשה צדק היסטורי עם זכרו של האולוף שדה ואף עם המבקש.

9. תובע בתביעת לשון הרע מעמיד את שמו הטוב למשפטו של בית המשפט, שכן זה יכול לקבוע כי ההשמצה אודות התובע היא שקר, אך הוא יכול גם לקבוע שההשמצה היא אמת. התובע נוטל לפיכך את הסיכון שבית המשפט לא רק שלא ינקה את שמו, אלא שהוא ייקבע את ההשמצה ויקבע בפסק דין כי תוכן ההשמצה נכון. על פסק דין שכזה חלה חסינות מוחלטת והעיתונות רשאית להביאו לידיעת הציבור ובדרך זו לגרום לכך שהציבור כולו יהיה בטוח שההשמצה נכונה. תרחיש זה התממש במקרה של המבקש, שכן העיתונות פירסמה את פסקי הדין של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי ובדרך זו העצימה וקיבעה את הפגיעה במבקש ובזכר אביו.

אמנם, הבטחת זכויותיהם של נתבעים דוברי אמת מחייבת את האפשרות שבית המשפט יוכל גם לדחות תביעות לשון הרע, אולם הסיכון האינהרנטי להעצמת ההשמצה ולקיבועה התודעתי מטיל על בית המשפט חובות: עליו להיזהר ביותר בקביעת ממצאים הפוגעים בשמו הטוב של התובע ובוודאי שמוטלת עליו החובה לאפשר לתובע לפרוס את כל ראיותיו לצורך הפרכת הדיבה כנגדו, כפי שקובע גם החוק. אם לא ינהג כך יהפוך חוק איסור לשון הרע מכלי להגנה על השם הטוב לגורם המגביר את הפגיעה בשמו הטוב של אדם ובכבודו.

10. בית משפט השלום קבע גם, כי פרסום, המופנה לרשויות והמציג גרסה עובדתית, לפיה התובע לא מסר גרסה נכונה (ולפיכך הוא שקרן), אינו מהווה כלל "לשון הרע" וזאת מבלי להידרש כלל לשאלה, האם על הפרסום חלה אחת מההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע. כלל משפטי זה נגזר, לדעתו של בית משפט השלום, מפסיקתו של בית משפט השלום בע"א 4534/02 רשת שוקן נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558. פסק הדין של בית משפט השלום אושר, כאמור, על ידי בית המשפט המחוזי.

11. המבקש טוען, כי הפרשנות המשפטית של הלכת הרציקוביץ, אשר נקבעה על ידי הערכאות דלמטה, היא פרשנות שגויה וכי היא מרחיבה את קביעותיו של בית המשפט העליון בעניין הרציקוביץ גם לפרסומים שהם פרסומים עובדתיים (להבדיל מדעה או ביקורת גרידא, ללא מימד עובדתי, כמו הפרסום בפרשת הרציקוביץ). בהרחבה שכזו יש בכדי לשנות סדרי בראשית ומושכלות יסוד של דיני לשון הרע ויש לה השלכות מרחיקות לכת על כל פסיקה עתידית בנוגע לפרסום לשון הרע.

12. לאור האמור לעיל, מעוררת הבקשה שאלות משפטיות וציבוריות, החורגות מעניינם של הצדדים להליך ואשר יש להכרעה (הנכונה) בהן חשיבות ציבורית עצומה. לפיכך יהיה זה מן הראוי ליתן רשות לערער במקרה זה.

מבוא

13. המבקש הוא בנו של מייסד ומפקד הפלמ"ח, האלוף יצחק שדה. בשנת 1949, לאחר שחרורו מצה"ל, קיבל האלוף שדה בית נטוש ביפו (להלן: "הבית") ועבר להתגורר בו עם אשתו ועם בנו (המבקש), שהיה אז בן ארבע. אמו של המבקש נפטרה כשהיה בן שבע ושנה לאחר מכן, בשנת 1952, נפטר גם אביו. המבקש גודל על ידי דודתו (שנפטרה בשנת 1968) והמשיך וממשיך להתגורר בבית עד היום.
14. הבית נמצא על גבעת כורכר הנקטעת במצוק, היורד לחוף הים. בין החלקה עליה מצוי הבית לבין המצוק מצויה גינה (להלן: "הגינה" או "גן יצחק שדה"). הגינה היתה חלק מביתו של אבי המבקש, בשנים בהן התגורר בבית, ואבי המבקש הוא שעיצב וטיפח את הגינה במקום. המבקש עשה את שימור ביתו וגינתו של אביו למפעל חייו. במקום נערכו בעבר אירועים רבים להנצחת זכרו של יצחק שדה ומתקיימים בו ביקורים מודרכים של מבקרים הבאים לראות את הבית, את חדרו של יצחק שדה (שנשמר כפי שהיה בחייו) ואת גן יצחק שדה.
15. הבית נמצא בבעלותו של המבקש. הגינה רשומה כשטח בבעלות מינהל מקרקעי ישראל (להלן: "המינהל"), אך היא הוחזקה, כאמור, על ידי האלוף שדה והמבקש ממשיך להחזיק בה עד היום. בין המבקש לבין המינהל התנהלו ומתנהלים דיונים והליכים בנוגע לדרישתו של המבקש לחכור את שטח הגינה.
16. המשיבים היו, בעת הגשת התביעה, שכניו של המבקש ובעלי בתים הנמצאים בסמיכות לביתו. המשיבים התנגדו להחכרת שטח הגינה למבקש ופנו לרשויות ולגופים שונים כדי להביע את התנגדותם. יאמר כבר כאן, כי המבקש אינו כופר בזכותם של המבקשים להתנגד להחכרת הגינה ולהעלות טיעונים משפטיים ואחרים בעניין זה. את תשובותיו להתנגדות המשיבים העלה ויעלה המבקש בפני הערכאות והגופים המוסמכים. אולם המשיבים לא הסתפקו בכך ופרסמו על המבקש השמצות בוטות.
17. המשיב 1 אמר למשתתפים בביקור בבית יצחק שדה ובגן יצחק שדה, כי המבקש "מציג להם מצג שוא", שכן באתר שבו ביקרו "לא היה כלל גן בימיו של יצחק שדה". המשיבים אף שלחו מכתב למינהל ולרבים אחרים ובו כתבו, כי אין אמת בטענות שהציג המבקש, "לפיהן כל השטח נמסר לאביו יצחק שדה אשר הקים בו את הגן במו ידיו". השמצות אלו פגעו קשות בשמו הטוב של המבקש ובגיןן הוא הגיש תביעת לשון הרע לבית משפט השלום בתל-אביב.
18. בית משפט השלום קבע, כי על ההשמצות שאמר המשיב 1 למבקרי הגן חלה הגנת אמת הפרסום וכי הדברים שנכתבו במכתב למינהל כלל אינם מהווים "לשון הרע". הכרעות אלו אושרו על ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב, בערעור שהגיש המבקש.
19. המבקש טוען, כי בפסק דינו של בית משפט השלום ובפסק הדין של בית המשפט המחוזי, שאישר אותו, נפלו טעויות משפטיות קשות וחד משמעיות, אשר מצדיקות את התערבותו של בית משפט נכבד זה והכל כמוסבר וכמפורט להלן.

חלק ראשון: השמעת המבקש באזני המבקרים בגן יצחק שדה

א. ההשמעה בעל-פה, נסיבותיה ומשמעותה

20. המבקש שימר, כאמור, את הבית והגינה של אביו, האלוף יצחק שדה. בגינה מוצבים קרון הפיקוד של האלוף שדה, ששימש אותו בעת שפיקד על חטיבה 8 במלחמת העצמאות, אבן זיכרון לשלישו של יצחק שדה, מכבי מוצרי, שנהרג בעת שפיקד על אחת מהשיירות לירושלים וכן עצים ושיחים שניטעו על ידי יצחק שדה ועוד פריטים מהתקופה בה התגורר יצחק שדה בבית וטיפח את הגינה.

21. בבית ובגינה נערכים ביקורים מודרכים. המבקש אינו גובה תשלום כלשהו עבור ביקורים אלו. מר עופר רגב הוא מדריך סיורים ומי שהדריך בסיורים רבים בגן יצחק שדה. לבית משפט השלום הוגש תצהירו של מר רגב ובו תיאר את שהתרחש בגן בתאריך 14.8.01, בעת ביקור אותו הדריך:

"מר לב [המשיב 1; א.ש.] אמר למשתתפים, כי האתר המכונה 'גן יצחק שדה', שבו הם ביקרו זה עתה, הינו מצג שווא, אינו גנו המקורי של יצחק שדה, וכי במקום לא היה כלל גן בימיו של יצחק שדה. ... הוא [מר לב; א.ש.] חזר על הטענות שהזכרתי לעיל, והוסיף ואמר דברים שונים לגנותו של מר יורם שדה, המזמין אנשים לסיורים בגן המכונה על ידו 'גן יצחק שדה' ובכך מציג להם מצג שווא" (ראו סעיפים 4-5 לתצהיר; ההדגשה אינה במקור).

(תצהירו של מר עופר רגב מצורף לבקשה זו ומסומן כנספח ד').

22. המשיב 1 לא הכחיש בתצהירו את הדברים שייחס לו מר רגב ובית משפט השלום קבע, כי "יש לקבל את דבריו" [של רגב; א.ש.] (ראו עמ' 23 לפסק הדין).

23. מהאמור לעיל עולה, כי המבקש הצליח להוכיח שהמשיב 1 פרסם לשון הרע אודותיו, כמפורט בתצהירו של מר רגב ולפיכך ביצע את העוולה של פרסום לשון הרע.

24. לאור קביעתו של בית משפט השלום נותר רק לברר, האם על הדברים חלה הגנת אמת הפרסום. מכיוון שהמשיב מצהיר בגלוי שהוא אכן אומר למבקרים שבגינה היה גן בימיו של אביו, הרי שהשאלה היחידה בה היה צריך בית משפט השלום להכריע היתה, האם בגינה היה קיים גן בימיו של יצחק שדה, או לאו.

ב. שמיעת הראיות בבית משפט השלום וההחלטה שלא להתיר הבאה של "ראיות

סותרות"

25. במסגרת שמיעת הראיות פתח המבקש (התובע) בהבאת ראיותיו. הוא העיד בעצמו וכן זימן לעדות את מר עופר רגב ועד נוסף (שלא העידו בנוגע לקיום הגן בזמנו של יצחק שדה). בתום פרשת התביעה הביאו המשיבים (הנתבעים) את ראיותיהם. הם העידו בעצמם וכן העידו שני מומחים ושישה עדים נוספים (בסה"כ 11 עדים). בתום פרשת ההגנה ביקש המבקש להגיש ראיות לסתירת ראיות ההגנה ובית המשפט הורה לו להגיש בקשה בעניין.
26. המבקש הגיש בקשה להבאת ראיות מפריכות (בש"א 173223/05) ובה ביקש שיתירו לו להביא לעדות חמישה עדים, שהכירו את הבית והגינה מאז סוף שנות הארבעים או תחילת שנות החמישים ומבקרים במקום ברציפות מאז ועד היום: **ד"ר אפרים סנה** (בנו של משה סנה, שהיה ידיד משפחת שדה), **דני קופל ויוסף סגל** (שגדלו באותו רחוב), **איזה שדה דפני** (אחותו המבוגרת של המבקש) ו**זהבית דרוו** (ידידת משפחה). כמו כן, ביקש המבקש להעיד מומחה בתחום התכנון והבניה.
(העתק הבקשה שהגיש המבקש מצורף **כנספח ה'** לבקשה זו).
27. המשיבים הגישו תגובה לבקשה ובה התנגדו להבאת הראיות המפריכות; המבקש הגיש תשובה לתגובה זו.
(העתקי התגובה מטעם המשיבים והתשובה לתגובה מטעם המבקש, מצורפים **כנספח ו'** ו**כנספח ז'** לבקשה זו, בהתאמה).
28. בתאריך 6.9.05 נתן בית משפט השלום את החלטתו בבקשה, כדלקמן:
"אין כל הפתעה בעדויות ההגנה ולא היה דבר בדברי העדים שלא הובע בכתב ההגנה. יחד עם זאת כתב ההגנה אינו מפרט העדים ותוכן עדויותיהם.
הבקשה הינה בקשה להבאת ראיות נוספות ולא מפריכות.
צריך לא מעט עזות מצח כדי לבקש להביא בשלב שבו הסתיימו הראיות חו"ד מטעם התובע בשאלה שעמדה לדיון מתחילתו של ההליך".
(ההעתק ההחלטה מצורף **כנספח א'** לבקשה זו).
29. יש לציין, כי הן הבקשה והן התשובה לתגובה מסתמכות במפורש על הלכת **ברקן**, לפיה אין לבית משפט כל שיקול דעת והוא חייב להתיר לתובע להביא ראיות לסתירת ראיות הנתבע (וראו להלן). אולם המשיבים לא התייחסו כלל בתגובתם להלכת **ברקן** וגם בית המשפט הנכבד לא התייחס אליה ולא אזכר אותה ואת השלכותיה.

ג. הכרעתו של בית משפט השלום בעניין ההשמצה בפני המבקרים בגן

30. בית משפט השלום התייחס בקיצור רב לנושא השמצת המבקש בפני המבקרים בגן יצחק שדה. הוא ציין, כי:

"התובע טוען כי מדריך הסיור סיפר לו באותו סיור שהנתבע 3 אמר כי הגן המכונה 'גן יצחק שדה' אינו גנו המקורי של יצחק שדה וכי **במקום לא היה כלל גן בימיו של יצחק שדה**. מדריך הסיור, עופר רגב, הובא לעדות וחזר על אותם דברים. **יש לקבל את דבריו, אולם לנתבע עומדת הגנת אמת בפרסום כפי שפורט לעיל**".
(ראו עמ' 23 לפסק הדין; ההדגשות אינן במקור).

31. בעמודי פסק הדין שקדמו לקביעה האמורה, ציין בית המשפט הנכבד את הדברים הבאים:

"מעדותם של השכנים עולה תמונה ברורה על כי עד סוף שנות השבעים חלקו המערבי של המצוק, עד קצהו, אשר כיום משמש כחלק מהגינה ומגודר מכל צדדיו, היה פתוח לציבור ונעשה בו שימוש על ידי הציבור. על שטח זה השתלט התובע תפס בו חזקה ונוהג בו מנהג בעלים שלא כדין".
(ראו עמ' 16 לפסק הדין).

"מכאן מתבקשת המסקנה כי התובע הוא זה שגידר ותחס את שטח הגינה, אשר עד סוף שנות השבעים היה פתוח למעבר הציבור. התובע, על כן, תפס חזקה שלא כדין, על חלקו המערבי של המצוק, ...".
(ראו עמ' 20 לפסק הדין).

32. מהאמור לעיל עולה, כי בית משפט השלום קבע בהסתמך על הראיות שהיו בפניו, כי שטח הגינה היה שטח ציבורי פתוח, עד אשר בסוף שנות השבעים גידר אותו המבקש ותפס בו חזקה. על סמך ממצאים אלו, קבע (כנראה) בית משפט השלום, כי על ההשמצה בפני מבקרי הגן חלה הגנת אמת הפרסום.

ד. פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין ההשמצה בפני המבקרים בגן

33. המבקש הגיש ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום והוא לא היה מיוצג בהליך זה. בכתב הערעור העלה המבקש באופן מפורש את הטענה, כי בית משפט השלום טעה כאשר לא התיר לו להביא ראיות מפריכות, כאמור בסעיף 18 לחוק איסור לשון הרע (ראו עמ' 2 לכתב הערעור, "הנימוק החמישי").

(העתק כתב הערעור, ללא נספחים, מצורף לבקשה זו ומסומן **כנספח ח'**).

34. המבקש הגיש עיקרי טיעון לבית המשפט המחוזי וגם במסמך זה העלה באופן מפורש את הטענה, לפיה בית משפט השלום טעה כאשר לא התיר לו להביא ראיות מפריכות לפי סעיף 18 לחוק איסור לשון הרע (ראו עמ' 6 לעיקרי הטיעון, סעיף 5). יתרה מזאת, גם

המשיבים התייחסו בעיקרי הטיעון שהגישו לטענת המבקש בעניין סירוב בית המשפט להגיש ראיות סותרות, תוך הצגת פסיקה בעניין (ראו עמ' 4 לעיקרי הטיעון, סעיפים 9-10).

(העתק עיקרי הטיעון שהוגשו על ידי המבקש והמשיבים מצורפים לבקשה זו **כנספח ט'** **וכנספח י'**, בהתאמה).

35. למרות העובדה שהמבקש העלה את הנושא באופן מפורש בכתב הערעור שלו ולמרות ששני הצדדים טענו בעניין במסגרת עיקרי הטיעון שלהם, לא התייחס בית המשפט המחוזי הנכבד בפסק דינו ולו במילה אחת, לטענה המשפטית לפיה בית משפט השלום טעה כאשר לא התיר הבאת ראיות סותרות, כאמור בסעיף 18 לחוק איסור לשון הרע.

ה. הבאת ראיות סותרות – סעיף 18 לחוק איסור לשון הרע

36. סעיף 18 לחוק איסור לשון הרע קובע, כי:

"הביא הנאשם או הנתבע ראייה או העיד בעצמו כדי להוכיח את אחת ההגנות הניתנות בחוק זה, רשאי התובע להביא ראיות סותרות; אין בהוראה זו כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לפי כל דין להתיר הבאת ראיות על ידי בעלי הדין".

37. פרשנותו ומשמעותו של סעיף 18 לחוק איסור לשון הרע נבחנה על ידי בית המשפט העליון בבר"ע 228/75 ברקן נ' תמרי ואח', פ"ד (1) 470. השופט חיים כהן, והשופטים ברנזון וויתקון שהצטרפו אליו, קבעו בעניין זה את ההלכה הבאה:

"... (ש)רשות נתונה לו לתובע מכוח החוק להביא ראיות סותרות, ואין הוא זקוק לרשות בית-המשפט להביאן. ומכאן אף גם זאת שאין בית-משפט מוסמך לשלול מאת התובע רשות שהוענקה לו בחוק.

טענת המשיבים מס' 1 ו-2 לפנינו כאילו מותנית רשותו של התובע להביא ראיות סותרות, בתנאי מכללא שחייב הוא להניח דעתו של בית-המשפט תחילה כי הראיות שיביא אמנם יהיו ראיות לסתור את ראיות ההגנה - אין לה סמוכין בחוק: אם הראיות שהביא התובע "לסתור", לא היו, לדעת בית-המשפט "ראיות סותרות", כי אז לא הצליח התובע בראיותיו לסתור את ראיות ההגנה; אך אין לדרוש ממנו מראש להתחייב שיצליח.

אילולא היה זה הפירוש היחידי הנכון של ההוראה האמורה בסעיף 18, כי אז כל ההוראה כולה היתה מיותרת לגמרי: הסמכות, ושיקול-הדעת, להרשות הבאת ראיות לסתור, כבר מוקנים לבית-המשפט, בכל תובענה אזרחית, מכוח תקנה 159 (2) לתקנות סדר הדין האזרחי. אלא רצון המחוקק הוא שתובענה בשל לשון הרע תהא שונה מכל תובענה אחרת, גם בכך שהזכות להביא ראיות לסתור לא תהא תלויה בהסכמת בית-המשפט ולא מותנית בשיקול-דעתו.

וההוראה שבסיפא של סעיף 18 אך מחזקת את הפירוש שפירשנו את הרישא: שמה תאמר שכשם שהתובע רשאי, אף ללא רשות בית-המשפט, להביא ראיות לסתור, כן גם בעלי-הדין האחרים יהיו רשאים כך - בא הכתוב ללמדך שלענין הבאת ראיות נוספות מצד בעלי-דין אחרים, "הסמכות" היא בידי בית-המשפט "להתיר", וממילא מוקנה לו שיקול-דעת לאסור; מה שאין כן לענין "ראיות סותרות" של התובע, שכשם שאין בידי בית-משפט סמכות להתירן, כן אין בידי שיקול-דעת לאסורן" (ראו עמ' 471-472 לפסק הדין; ההדגשות אינן במקור).

38. ההלכה הפסוקה היא, אם כן, שבמקרה בו מביא נתבע בתביעת לשון הרע ראיות להוכחת אחת ההגנות שבחוק איסור לשון הרע, "רשאי התובע להביא ראיות סותרות" (כלשון סעיף 18 לחוק) "ואין הוא זקוק לרשות בית-המשפט להביאן". יש להדגיש כי כאשר מבקש תובע להביא ראיות סותרות מבית המשפט "אין בידי שיקול-דעת לאסורן".

39. הלכת ברקן הנחתה את בתי המשפט הדנים בתביעות לשון הרע מאז פרסומה ועד היום. כך למשל בת"א (י-ם) 11251/01 כץ נ' התנועה למען איכות השלטון בישראל (20.10.04) (פורסם בפדאו"ר) [ראו אסמכתא 2] פסק כבוד השופט נועם סולברג, לאחר שהתיר לנתבעים להזמין עדה נוספת לעדות במסגרת ראיות ההגנה, כי:

"לא למותר לציין, כי נשמרת זכותה של התובעת להביא ראיות סותרות. זכותה זו נובעת הן מחמת השלב שבו נתבקשה העדתה של עו"ד בלקין [העדה הנוספת; א.ש.]. והן מחמת הוראת סעיף 18 לחוק איסור לשון הרע, שמכוחה רשאי תובע בתביעת לשון הרע להביא ראיות סותרות, ואין הוא תלוי בשיקול דעת בית המשפט" (עמ' 3 להחלטה; ההדגשה אינה במקור).

40. יש להדגיש, כי הוראת סעיף 18 לחוק איסור לשון הרע ופרשנותה בהלכת ברקן אינן בגדר עניינים פרוצדורליים טכניים, הנובעים מהצורך לקבוע סדרי דיון כלשהם ולו באופן שרירותי. סעיף 18 והלכת ברקן מבטאים הכרעה ערכית היורדת לבסיס הרעיוני של דיני לשון הרע.

א. נפגע מלשון הרע זכאי לנסות ולתקן את הפגיעה בשמו הטוב באמצעות הגשת תביעה לפי חוק איסור לשון הרע ובמסגרתה לטעון כי הנתבע פרסם לשון הרע אודותיו. הנתבע מצידו רשאי להכחיש את עצם ביצוע העוולה ובנוסף לכך הוא רשאי לטעון כי עומדת לו הגנה לפי החוק, כגון הגנת אמת הפרסום.

ב. המחוקק סבר - ובדין סבר - כי אין נפגע מלשון הרע צריך להוכיח שבהשמצה אודותיו אין אמת! אין מקום לדרוש מהקורבן להוכיח שהפגיעה בו לא היתה מוצדקת. אילו היתה דרישה מהקורבן להוכיח שהפגיעה בשמו הטוב אינה מוצדקת (היינו, למשל, "אינני גנב", "אינני מציג מציגי שווא"), היה בכך בכדי לפגוע קשות בכבודו.

- ג. אם הפוגע (הנתבע) סבור שהפגיעה מוצדקת הרי שעליו להתכבד ולשכנע את בית המשפט, כי אלו הם פני הדברים. **אדם הבוחר לפגוע בשמו הטוב של זולתו חייב לשאת באחריות לכך ואחד מהיבטי האחריות הללו הוא שאם הוא סבור שהפגיעה מוצדקת, הרי שעליו להביא ראיות מספיקות להוכחת הטענה.**
- ד. העקרונות דלעיל מתבטאים בכך שעל הנתבע מוטל הנטל לשכנע כי הפרסום היה מוגן וכאשר ההשמצה חמורה במיוחד הרי שנטל זה כבד במיוחד (ראו דני"א 7325/95 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס**, פ"ד נב(3) 1, 40-41).
- ה. אלא שבהטלת נטל השכנוע אין די כדי להגשים את העקרונות שצוינו לעיל. כאשר נתבע מכחיש את עצם ביצוע העוולה וגם מעלה טענות הגנה, חייב בית המשפט להורות לתובע לפתוח בהבאת הראיות. **ואולם לא יהיה זה ראוי שעצם הכחשת ביצוע העוולה תהווה הצדקה לשלילת זכותו של הקורבן (התובע) להציג ראיות לכך שהפרסום אינו מוצדק ואינו מוגן, רק לאחר שהפוגע (הנתבע) פרס בפני בית המשפט את מלוא הראיות המוכיחות לטענתו, כי הפרסום היה מוצדק ומוגן.**

לקורבן (התובע) חייבת להיות בכל מקרה הזכות להמתין ולשמוע את מלוא הראיות להוכחת ההגנות, היינו להמתין עד לתום פרשת ההגנה, ורק אז להביא ראיות לסתור את הראיות שהביא הנתבע להוכחת תחולתן של הגנות. עיקרון זה עוגן בהוראת סעיף 18 לחוק ובפסיקתו של בית המשפט העליון בפרשת **ברקן**.

41. בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי כלל לא ניסו, כאמור, להתמודד עם הלכת **ברקן** ולא הזכירו אותה בהכרעותיהם. גם המשיבים לא התייחסו בטיעוניהם באופן מפורש להלכת **ברקן**, אך הם הסתמכו החלטת בית המשפט העליון ברע"א 10583/03 **ניסנסון נ' בודינגר** (לא פורסם) [ראו **אסמכתא 1**] והציגו אותה כראיה לכך שלתובע בתביעת לשון הרע אין זכות מוקנית להביא ראיות סותרות בתום פרשת ההגנה וכי יותר לו להגיש ראיות סותרות רק בהתקיים התנאים להתרת הגשתן של ראיות הזמה, וזאת על פי שיקול דעתו של בית המשפט (ראו סעיף 10 לעיקרי הטיעון של המשיבים; **נספח י'** לבקשה זו).

42. ההחלטה בעניין **ניסנסון** הינה החלטה של כבוד השופטת דורנר שלא לתת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי, כערכאה דיונית, שלא להתיר הגשת ראיות מפריכות בתביעת לשון הרע, וזאת לאחר שהנתבע העיד בבית המשפט. השופטת דורנר החליטה כי אין מקום להתערב, במסגרת בקשת רשות ערעור על החלטה, בנושא הנוגע לאופן ניהול ההליך בערכאה הדיונית ואגב אורחא ציינה, כי:

"אף לגוף העניין, לא ראיתי בטענות המבקש כל טעם, המצדיק את התערבותי בקביעת בית-המשפט המחוזי, כי למבקש ניתנה בשלב מוקדם יותר ההזדמנות להביא ראיות לסתור את טענות ההגנה שהעלה המשיב, וזאת על יסוד תצהיר העדות הראשית, שהיה בידי המבקש".

43. המבקש טוען, כי כבוד השופטת דורנר טעתה, בכל הכבוד, בהערת האגב שבפסק דינה. השופטת דורנר לא הסבירה כיצד מתיישבת עמדתה עם הוראותיו המפורשות של סעיף 18 לחוק איסור לשון הרע וגם לא התייחסה כלל להלכה שנקבעה בפרשת ברקן.

44. מכל מקום, החלטתה של השופטת דורנר, כדנה יחידה, בעניין שבו לא ניתנה רשות ערעור ובית המשפט העליון לא דן בבקשת הרשות כבערעור, אינה יכולה להוות הלכה פסוקה הן משום שהיא ניתנה בהרכב של דן יחיד (וראו בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598, 605) והן משום שהחלטה שלא לתת רשות ערעור אינה מהווה תקדים, אפילו אם ניתנה לגוף העניין (ראו רע"א 7152/94 שידלוב נ' קיהן, פ"ד מט(5) 309, 313). יתרה מזאת, החלטה שכזו בוודאי שאינה יכולה להפוך להלכה פסוקה ידועה ומושרשת שנקבעה לאחר דיון מממצה על ידי הרכב של שלושה שופטים. השופט ח. ברנר עמד על עניין זה בהחלטתו בת"א (ת"א) 21107/05 בן דייך נ' ידיעון אחרונות ואח' (לא פורסם) [ראו אסמכתא 3] בציינו את הדברים הבאים:

"ס' 18 לחוק איסור לשון הרע, ... המקנה לתובע בתביעת לשון הרע את הזכות להביא ראיות סותרות לאחר פרשת ההגנה, הוא הסדר ייחודי ומהותי, אשר הכללים לגביו שונים מאלה הנהוגים לגבי עדות הזמה כמשמעה בתקנות סדר הדין האזרחי, .. בעוד שהבאת ראיות הזמה לפי התקנות נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, הרי שהבאת ראיות סותרות לפי ס' 18 לחוק היא זכותו של התובע ואין לבית המשפט שיקול דעת למנוע זאת ממנו [וכאן מפנה בית המשפט להלכת ברקן ומצטט מתוכה; א.ש.].

...

על כן אין מקום ליישם לגבי ס' 18 לחוק את המבחנים הנהוגים לגבי ראיית הזמה כמשמעה בתקנות, אשר מכוחן נתון לבית המשפט שיקול דעת האם להתיר או לאסור הגשתה של ראיית הזמה.

...

הנתבעים 1-3 הפנו להחלטה בת.א. 2733/99 ניסנסון נ' בודינגר, שאושרה בבית המשפט העליון, אך בהחלטה לא נזכרת הוראת ס' 18 לחוק, ומכל מקום, אין בכוחה של החלטה זו כדי לשנות את התקדים המחייב שנקבע בפרשת ברקן הנ"ל" (ראו סעיפים 3, 5 להחלטה; ההדגשה בקו תחתון במקור. ההדגשה באות שמנה הוספה).

45. לאור הדברים דלעיל מתחייבת המסקנה, כי בית משפט השלום טעה כשדחה את בקשת המבקש להביא ראיות סותרות בתום פרשת ההגנה וכי בית המשפט המחוזי טעה כשאישר את פסק דינו של בית משפט השלום.

46. המשיבים הביאו, במסגרת פרשת ההגנה, ראיות להוכחת טענות ההגנה שלהם. הם הביאו מומחה שהתיימר לתאר את מצב הגן מאז ימיו של יצחק שדה וזאת בהסתמך על

תצלומי אויר והם הביאו עדויות של שכנים שטענו, כי במקום לא היה זכר לגן וכי שטח הגן היה שטח ציבורי פתוח עד שנות השישים והשבעים. בדרך זו ביקשו המשיבים לשכנע את בית משפט השלום, כי במקום לא היה גן בימיו של יצחק שדה וכי המבקש הוא שגידר את השטח לראשונה ותפס בו חזקה רק בשנות השבעים. בנסיבות אלו חייב היה בית משפט השלום להתיר למבקש להביא ראיות סותרות ולא היה לו כל שיקול דעת בעניין זה. הוא טעה משבחן את העניין לאור הכללים הנוגעים להתרת הבאתן של עדויות הזמה ולא על פי הכללים שנקבעו בסעיף 18 לחוק איסור לשון הרע ובהלכת **ברקן**.

47. להכרעתו הדיונית של בית משפט השלום בעניין התרת הבאתן של הראיות הסותרות היתה השפעה ישירה וודאית על הכרעתו בפסק הדין, שכן הוא קבע שעל הדברים שאמר המשיב 1 למבקרים בגן יצחק שדה חלה הגנת אמת הפרסום והוא עשה זאת תוך הסתמכות מפורשת על הראיות ששמע במסגרת פרשת ההגנה ומן הסתם מבלי לבחון ראיות אלו כנגד הראיות שאת הבאתן לא התיר במסגרת הראיות שביקש המבקש להגיש כדי לסתור את הראיות שבפרשת ההגנה. מכאן עולה שהכרעתו הדיונית של בית משפט השלום גרמה לעיוות דין המצדיק את התערבותו של בית משפט נכבד זה.

חלק שני: השמעת המבקש במכתב למינהל

א. ההשמעה במכתב למינהל

48. שלושת המשיבים שלחו מכתב הנושא את התאריך 22.7.01 ואשר סומן בהליך בבית משפט השלום כנספח טז' לתצהיר המבקש. המכתב הופנה למנהל מחוז תל אביב במינהל, ליו"ר הועדה המקומית לתכנון ובניה, ליו"ר ועדת הביקורת של עיריית תל אביב, למנכ"ל העיריה ולאגודת אדם טבע ודין. (העתק המכתב מיום 22.7.01 (נספח טז' בהליך המקורי) מצורף **כנספח יא'** לבקשה זו).

49. במכתב האמור הביעו המשיבים את התנגדותם לכך שהמינהל יחכיר למבקש את שטח גינתו. המשיבים מנמקים את עמדתם בטענות שונים, משפטיים ותכנוניים בעיקרם. המבקש אינו טוען שהמשיבים לא היו רשאים לעשות כן והוא לא היה מגיש נגדם תביעת לשון הרע, אילו הסתפקו בהצגת טענות משפטיים ותכנוניים, אלא מתמודד עם טענות אלו (כפי שהוא גם עושה) במסגרת המנהלית והמשפטית המתאימה.

50. אלא שהמשיבים לא הסתפקו בכך וניצלו את המכתב כדי להטיח במבקש השמצות אישיות, הפוגעות בשמו הטוב. המשיבים כתבו במכתבם, תוך התיימרות להסתמך על עדות שכן שהגיע למקום בשנות השישים (ושלא הובא לעדות על ידי המשיבים), כי "אנו חולקים על הטענות והעובדות אותן מציג יורם שדה כפי שפורסמו בעיתונות" וכי:

"במהלך שנות השישים והשבעים לערך ובמשך שלושים שנה לאחר מותו של יצחק שדה שטח הגן הנדון היה שטח פתוח ולא היה בו כל זכר לגן.

עובדות אלה עומדות בסתירה לטענות יורם שדה לפיהן כל השטח נמסר לאביו יצחק שדה אשר הקים בו את הגן במו ידיו." (ההדגשה בקו, במקור; ההדגשה באות שמנה אינה במקור).

ב. הכרעתו של בית משפט השלום בעניין המכתב למינהל

51. בית משפט השלום קבע בפסק דינו, כי הדברים שנכתבו במכתב למינהל לא היו בגדר "לשון הרע" על המבקש. ויודגש, בית משפט השלום לא קבע שעל הדברים חלה הגנה, אלא שהם כלל לא מהווים "לשון הרע" ולפיכך הוא לא בחן כלל אם על הדברים חלה הגנה, היינו האם תוכנם הוא אמת.
52. את עמדתו בעניין זה ניסח בית משפט השלום בדברים הבאים:

"אף במכתב נספח ט"ז למוצגי התובע אין משום הוצאת לשון הרע נגדו. מכתב זה מהווה התנגדות לתביעת התובע לאכוף על המנהל להחכיר לו את חלקה 38. במכתבם זה מציגים הנתבעים את עמדתם על כי שטח המריבה מיועד, על פי תוכניות בניין עיר, להיות שטח ציבורי פתוח המוגדר כאזור חוף ים. עוד נאמר במכתב זה כי הנתבעים חולקים על טענות התובע, כפי שהובאו לידיעתם באמצעות העיתונות, על כך שהשטח נמסר לאביו, יצחק שדה, אשר הקים בו את הגינה.

מותר להעלות בפני רשות מוסמכת מחלוקת עובדתית או משפטית. העובדה כי נאמר במכתב שהנתבעים חולקים על טענות התובע ובידיהם ראיות "מהן מתקבלת תמונה שונה לחלוטין" אין בה כדי להשמיץ או לבזות את התובע. עצם העובדה שאדם חולק על חברו ומעלה על הכתב את המחלוקת אינה - כשלעצמה - מבזה או משפילה את הצד השני. הקורא הסביר של המכתב, כמו גם הממוען עצמו, מוזמן על ידי הנתבעים לבחון את טענותיהם אל מול טענות התובע ולהחליט מי בעיניו צודק.

...

הצגת עמדה החולקת על עמדתו של התובע אינה מעמידה את האחרון באור שלילי. גם אם טוען הכותב כי בידיו ראיות הסותרות את גרסת התובע, אין בדברים - כפי שנכתבו ובהקשר הכללי של המכתב - כדי לבזות או להשפיל את התובע" (ראו עמודים 6-7 לפסק הדין של בית משפט השלום, סעיף 2; ההדגשה אינה במקור).

ג. הכרעתו של בית המשפט המחוזי בעניין המכתב למינהל

53. במסגרת הערעור שהגיש לבית המשפט המחוזי טען המבקש באופן מפורש, כי בית משפט השלום טעה בכך שקבע כי הדברים שנכתבו אודותיו במכתב למינהל לא היו בגדר "לשון

הרע" (ראו עמ' 6 לכתב הערעור "הנימוק הרביעי"; נספח ח' לבקשה זו). הטענה גם הועלתה במסגרת עיקרי הטיעון שהגיש המבקש (ראו עמ' 5 לעיקרי הטיעון, סעיף 4; נספח ט' לבקשה זו).

54. בפסק דינו מציין בית המשפט המחוזי את קביעתו של בית משפט השלום לפיה המכתב למינהל אינו מהווה "לשון הרע" וגם את העובדה שהמבקש טען, כי בית המשפט קמא טעה בעניין זה. ואולם בדיון עצמו לא מתייחס בית המשפט המחוזי הנכבד כלל לטענה זו, אלא דן בשאלת התערבותו של בית המשפט של הערעור בממצאיה העובדתיים של הערכאה הדיונית.

ד. הצגתו של אדם כמי שמוסר גירסה עובדתית כוזבת כ"לשון הרע"

55. המשיבים כתבו, כאמור, במכתבם, כי "אנו חולקים על הטענות והעובדות אותן מציג יורם שדה כפי שפורסמו בעיתונות" וכי "במהלך שנות השישים והשבעים לערך ובמשך כשלושים שנה לאחר מותו של יצחק שדה שטח הגן הנדון היה שטח פתוח ולא היה בו כל זכר לגן. עובדות אלה עומדות בסתירה לטענות יורם שדה לפיהן כל השטח נמסר לאביו יצחק שדה אשר הקים בו את הגן במו ידיו." (ההדגשה בקו, במקור; ההדגשה באות שמנה אינה במקור).

56. בבואו של בית המשפט להכריע בשאלה, האם פרסום מהווה "לשון הרע", עליו לקבוע תחילה מה משמעות הפרסום. משמעות זו היא גם משמעותו המפורשת, אך גם משמעותו המשתמעת (ראו סעיף 3 לחוק איסור לשון הרע).

57. המשיבים טענו במכתבם, כי אין אמת במצגים שהציג המבקש ולפיהם "כל השטח נמסר לאביו יצחק שדה אשר הקים בו את הגן במו ידיו". אין כל מחלוקת על כך שהמבקש אכן הציג מצגים כאלו. לפיכך משמעות מכתבם של המשיבים היא שהמבקש שיקר בנוגע למסירת הגן לאביו ולהקמת הגן על ידיו וכי המבקש יצר מצג שווא (במטרה לקבל את הסכמת המינהל להחכרת הגינה!) כאשר טען שאביו, יצחק שדה, קיבל את שטח הגינה והקים בה את הגן בעצמו.

58. יש להדגיש, כי אין מדובר במחלוקת מלומדים המסיקים מסקנות שונות מעדויות היסטוריות. המבקש טען שאביו קיבל את שטח הגינה והקים בו את הגן בעצמו, בהסתמך על ידיעתו האישית, שכן הוא גדל באותן שנים באותו מקום וראה את הדברים במו עיניו. לפיכך, אם אכן כל שטח הגינה לא נמסר ליצחק שדה ואם הוא לא הקים בו את הגן במו ידיו, הרי שהמבקש משקר במצח נחושה בעניין זה ואף עושה כן כדי להשיג לעצמו טובת הנאה. וכי יתכן שהאשמות כאלו אינן בגדר לשון הרע?

59. בית משפט השלום נימק את הכרעתו בכך ש"מותר להעלות בפני רשות מוסמכת מחלוקת עובדתית או משפטית. ... עצם העובדה שאדם חולק על חברו ומעלה על הכתב את המחלוקת אינה - כשלעצמה - מבזה או משפילה את הצד השני. הקורא הסביר של

המכתב, כמו גם הממוען עצמו, מוזמן על ידי הנתבעים לבחון את טענותיהם אל מול טענות התובע ולהחליט מי בעיניו צודק".

60. עמדתו האמורה של בית משפט השלום עומדת בסתירה להלכה הקיימת ויש בה בכדי לפגוע קשות בזכותו של אדם להגנה מפני פגיעה בשמו הטוב.

61. אכן, כל אדם רשאי לפנות לרשויות ולהעלות טענות מטענות שונות. על טענות אלו עשויות לחול אחת או יותר מההגנות שבחוק איסור לשון הרע, אולם כאשר אדם פונה לרשויות ומציג גרסה עובדתית, לפיה הנפגע הוא שקרן, יש בדברים "לשון הרע", כאמור בסעיף 1 לחוק, שהרי יש בדברים בכדי לפגוע באותו אדם באחת הדרכים הקבועות באותו הסעיף.

62. נשוב ונדגיש, כי בית משפט השלום לא קבע כי על הדברים שנאמרו במכתב למינהל חלה אחת מההגנות שבחוק איסור לשון הרע ולפיכך משלוח המכתב אינו מקים חבות. תחת זאת קבע בית המשפט הנכבד, כי הדברים כלל אינם מהווים לשון הרע ולפיכך לא בחן את תחולת ההגנות על הפרסום. הכרעה זו היא, בכל הכבוד, הכרעה שגויה, משפטית.

63. **החוק מבחין בין שאלת התגבשותם של יסודות העוולה לבין שאלת התגבשות ההגנות. האפשרות שבנסיבות מסוימות עשויה לחול הגנה על פרסום, אינה מצדיקה קביעה לפיה לא התגבשו בכלל יסודות העוולה!** על בית המשפט היה לבחון את השאלה, האם הדברים עלולים לפגוע (וכאמור, אין ספק שהם פוגעים) במנותק מהשאלה, האם הם עשויים להיות מוצדקים מכוח תחולתה של הגנה כזו או אחרת. על בית משפט השלום היה, לפיכך, לקבוע כי הדברים מהווים גם מהווים לשון הרע ואף לשון הרע חמורה במיוחד, ולאחר מכן צריך היה לבחון את הראיות (כולל הראיות הסותרות, שאת הגשתן לא התיר!) ולאחר מכן לקבוע, האם חלה על הפרסום הגנה (והמבקש טוען, כי אילו היה עושה כן, היה חייב להגיע למסקנה, כי על הפרסום לא חלה הגנה).

64. בית משפט נכבד זה עמד על האבחנה בין שאלת היותו של פרסום "לשון הרע" לבין שאלת תחולתה של הגנה על הפרסום בע"א 1104/00 אפל נ' חסון, פ"ד נו(2) 607, 623-624, שם כתבה כב' הנשיאה את הדברים הבאים:

"בדרך-כלל ההתחשבות בזהות הנפגע, בנושא הפרסום ובתועלתו הציבורית אינה באה לידי ביטוי בהגדרת לשון הרע בסעיף 1 לחוק, כי אם בהוראות החוק האחרות ובכללן ההגנות הקבועות בחוק. דומה כי בגישה זו יש כדי להתחשב בזכותו של איש הציבור לשם טוב, שכן ניתנת לו האפשרות להיכנס מבעד לפתחו של חוק איסור לשון הרע, אולם במקביל, ניתן משקל נכבד לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת במסגרת פרשנות ההגנות. גישה זו מתיישבת עם המגמה העולה מחוק איסור לשון הרע: כאמור, **סעיף 1 לחוק מגן על כל "אדם" מפני פגיעה בשמו הטוב, ללא הבחנה בנוגע לזהות הנפגע או למהות הפרסום. עם זאת הגדרתן של חלק מן ההגנות כוללת התחשבות בזהות הנפגע ובעניין הציבורי שבפרסום**" (ההדגשות אינן במקור).

65. בית משפט השלום נימק את הכלל המשפטי שקבע, בכך ש"הקורא הסביר של המכתב, כמו גם הממוען עצמו, מוזמן על ידי הנתבעים לבחון את טענותיהם אל מול טענות התובע ולהחליט מי בעיניו צודק". הנמקה זו עומדת בסתירה לעקרונות היסוד של דיני לשון הרע. פרסום מהווה לשון הרע, גם אם המפרסם מסייג את הדברים ומציגם כגרסה אחת שיש כנגדה גרסאות אחרות. אילו זה לא היה הכלל, רשאי היה כל אדם להשמיץ את זולתו ולטעון כי הדברים אמנם פוגעים בשם הטוב, אך הם אינם בגדר לשון הרע, שכן הם מוצגים כגרסה בלבד. האם מתקבל על הדעת שמכתב ובו יטען, כי "יש הטוענים, שהשופט פלוני (או כל עובד ציבור אחר) מקבל שוחד, אך הוא עצמו מכחיש זאת", לא יחשב כ"לשון הרע"?

66. בית המשפט קמא הסתמך בהכרעתו על פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 4534/02 רשת שוקן נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558, כאסמכתא לכך שפרסום ביקורת עשוי שלא להוות לשון הרע. אולם בפרשת הרציקוביץ דובר בפרסום ביקורת גרידא, היינו בפרסום שלא היה בו מרכיב עובדתי כלשהו, ורק בנוגע לפרסום כזה ובנסיבות המיוחדות שהתעוררו באותה פרשה, נפסק שאין מדובר ב"לשון הרע". בית המשפט קמא טעה, בכל הכבוד, כאשר קבע כלל משפטי לפיו יש להרחיב פסיקה חריגה בנוגע לפרסומים לא עובדתיים, למקרים בהם מפרסמים השמצה עובדתית מובהקת.

67. יובהר כי איננו מתעלמים מכך שמשלוח של מכתב משמיץ לרשויות עשוי להיות מוגן על פי אחת ההגנות שבחוק איסור לשון הרע. אולם באותם מקרים קובע בית המשפט שהפרסום מהווה לשון הרע, אך אינו מקים חבות משום שחלה עליו הגנה. כדי לקבוע זאת עליו לשמוע ראיות המוכיחות את התגבשות התנאים להחלתה של ההגנה. במקרה שלנו לא נהג בית משפט השלום באותה הדרך: הוא קבע שהמכתב למינהל כלל אינו מהווה לשון הרע ולפיכך נמנע מלדון בשאלת תחולתה של הגנה על הפרסום. בכך טעה בית משפט השלום טעות משפטית המצדיקה את החזרת הדיון אליו, כדי שיקבע, האם הראיות שהוצגו בתיק ושיוצגו במסגרת הראיות הסותרות, מקימות או שאינן מקימות הגנה למשיבים. לפיכך סבור המבקש, כי החזרת הדיון לבית משפט השלום תוביל לכך שבית המשפט יקבע, כי על הפרסום לא חלה הגנה כלשהי.

ה. סיכום

68. המבקש פנה לבית המשפט כדי שזה יתקן את הפגיעה בשמו הטוב וכן את העוול להנצחת זכר אביו. בתי המשפט שדנו בתביעתו של המבקש אימצו שני כללים משפטיים, אשר בעקבות אימוצם נדחתה התביעה: הם קבעו שתובע בתביעת לשון הרע אינו זכאי להביא ראיות סותרות בתום פרשת ההגנה, כאמור בסעיף 18 לחוק והם קבעו כי פניה לרשויות המציגה גרסה לפיה התובע הוא שקרן ומציג של מצגי שווא במטרה לזכות בטובת הנאה, עשויה שלא להוות כלל "לשון הרע" וזאת מבלי להידרש כלל לשאלה, האם חלה על הפרסום הגנה.

69. המבקש טוען, כי שני הכללים המשפטיים שנקבעו על ידי בית משפט השלום ואושרו בפסיקת בית המשפט המחוזי הם, בכל הכבוד, כללים שגויים לחלוטין. זאת ועוד, קיימת חשיבות משפטית וציבורית רבה בתיקון הטעויות המשפטיות של בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי.

70. לאור האמור לעיל, יתבקש בית המשפט העליון לתת רשות לערער על פסק דינו של בית המשפט המחוזי ולקבל את הערעור במובן זה שהדיון יוחזר לבית משפט השלום, כדי שזה ישמע ראיות סותרות ולאחר מכן יקבע, האם חלה הגנה על הדברים שאמר המשיב 1 למבקרים בגן יצחק שדה ועל הדברים שכתבו שלושת המשיבים במכתבם למינהל. כמו כן יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע, כי על המשיבים להשיב למבקש את סכומי ההוצאות שנפסקו בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי וכן לחייב אותם בהוצאות בקשת ערעור זו.

היום: 1.10.07

אורי שנהר, עו"ד
ב"כ המבקש
מ.ר. 15511

יורם שדה/א/17