

תאריך חתימת המסמך : 30.05.2023

דנ"א 105/23

בבית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

מוחמד בכרי

ע"י ב"כ עוה"ד אביגדור פלדמן או מיכאל ספרד
או אלון ספיר או עמרי ברבש
מרח' דוד חכמי 12, תל אביב, 6777812
טל': 03-6206947/8/9 ; פקס': 03-6206950
דוא"ל: contact@sfard.co.il

ועוה"ד ח' אבו חוסיין או ס' אבו חוסיין או רים מסארווה
מאום אל פחם, ת"ד 290, 30010
טל': 04-6313640 ; פקס': 04-6312915
דוא"ל: abuhusseini.lawoffice@gmail.com

המבקש

נ ג ד

1. ניסים מגנאג'י

ע"י ב"כ עוה"ד נבות תל צור או טל שפירא או אלרן דולב
מרח' מצדה 7 (מגדל ב.ס.ר. 4, קומה 19), בני ברק, 5126112
טל': 03-7177712 ; פקס': 073-3245126
דוא"ל: navot@telzur.com

2. היועצת המשפטית לממשלה

ע"י ב"כ עו"ד מפרקליטות המדינה, המחלקה האזרחית
מרח' קריית מדע 5, בנין B3 קומה 5, הר חוצבים, ירושלים, 9777605
טל': 073-3929611 ; פקס': 02-6468027
דוא"ל: civil-dep@justice.gov.il

המשיבים

תגובה לבקשה לקיום דיון נוסף

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 14.3.2023 מתכבדת היועצת המשפטית לממשלה להגיש את תגובתה לבקשה לקיום דיון נוסף (להלן: "**הבקשה**") ביחס לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בע"א 1726/21 **מוחמד בכרי נ' נסים מגנאג'י** (23.11.2022) (להלן: "**פסק הדין**").

כפי שיפורט להלן, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה, לא מתקיימים במקרה דנן התנאים המנויים בסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: "**חוק בתי המשפט**") לקיומו של דיון נוסף, ולפיכך יש לדחות את הבקשה.

ההדגשות אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.

א. אקדמת מילין

1. עניין לנו בבקשה לקיים דיון נוסף ביחס לפסק דינו של בית המשפט הנכבד (כבוד השופטים עמית, מינץ, ושטיין) מיום 23.11.2022 שניתן במסגרת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז (כבוד השופטת סיליש) בת"א 12733-11-16 **ניסים מגנאג'י נ' מוחמד בכרי** (להלן: "**פסק הדין המחוזי**").
2. במסגרת פסק הדין חזר בית המשפט הנכבד על קביעות קודמות של בית המשפט העליון בהליכים שונים ביחס לסרט "גינין גינין" אותו יצר המבקש, וקבע כי הסרט מלא וגדוש בדברים שאינם אמת, כי אין כיום מחלוקת של ממש כי "**מיטב הסרט כזבו**", וכי לא עומדות למבקש ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע, ה'תשכ"ה-1965 (להלן: "**חוק איסור לשון הרע**" או "**החוק**"). בהקשר זה נקבע כי "**ההאשמות הנכללות בסרט הן מן ההאשמות הקשות ביותר שניתן להטיח באדם וכי מדובר בלשון הרע שבבסיסה חוסר תום לב ומגמה מכוונת לעיוות של הדברים**" (סעיף 24 לפסק הדין). עוד קבע בית המשפט הנכבד, פה אחד, כי ניתן לקשור בין המשיב 1, המזוהה בסרט לבין האירועים המוצגים בסרט בכלל ובסצנת ביות הזקן בפרט, כך שלמשיב 1, קצין מילואים, אשר מצא עצמו מוצג בסרט כמי שבוזז ממון מאדם מבוגר וחסר ישע, קיימת עילת תביעה נגד המבקש.
3. כמו כן נקבע על ידי כל שופטי ההרכב כי תביעת המשיב 1 **לא התיישנה**, אולם השופטים נחלקו בניתוח ובנימוק קביעה זו, וכתוצאה מכך אף ביחס להיקף העוולות שבגינן ניתן לחייב את המבקש במתן פיצוי. באשר לסעד שנפסק, נקבע בדעת רוב, כי הסעדים שנפסקו בבית המשפט המחוזי הם סבירים, מידתיים, ומאזנים זה את זה באופן שאין הצדקה להתערב בהם. באשר לצו האוסר על הקרנתו של הסרט בישראל נקבע בדעת רוב כי מקום שבו הוכרעה שאלת האחריות לחובת המפרסם ונקבע כי הפרסום מהווה לשון הרע שאינו חוסה תחת ההגנות שבחוק, אזי ככלל יש לתת צו מניעה קבוע האוסר על הפרסום, ובמקרה שבנדון אין מקום לחרוג מהכלל, ולערוך "**את סרט הכוזבים במקומו של המערער כדי לעזור לו בערעורו**". עוד ציין בית המשפט בהקשר זה, כי צו האוסר על הקרנת הסרט מהווה הצהרה בדבר שקריותן המוחלטת של ההאשמות שבסרט ושהצהרה זו באה לשקם את שמו הטוב של המשיב 1. לפיכך, הערעור נדחה, המבקש חויב **לפצות את המשיב 1, נאסרה הקרנתו של הסרט בישראל, וניתן צו להחרמת עותקי הסרט ככל והמבקש מודע למקום הימצאותם**.
4. היועצת המשפטית לממשלה אשר התייצבה להליך, ניצבת איתנה בעמדתה **לצדו של המשיב 1** כפי שבאה לידי ביטוי בעמדה שהובאה לפני בית המשפט המחוזי וכן לפני בית משפט נכבד זה בערעור שהגיש המבקש, וסבורה שאין כל הצדקה לקיומו של דיון נוסף בפסק הדין אשר אוסר את הקרנתו של הסרט **השקרי והמופרז** אשר הוציא תחת ידו המבקש **תוך הוצאת לשון הרע על המשיב 1 והכפשת שמו של צבא ההגנה לישראל וחייליו**.
5. במסגרת התגובה דן, שבה היועצת המשפטית לממשלה וחוזרת על עמדתה כפי שהוצגה לפני בית המשפט הנכבד, ולצד זאת תחיד ותבהיר מספר סוגיות נוספות.

ב. רקע עובדתי

1. **האינתיפאדה השנייה, הפיגוע במלון פארק והיציאה למבצע "חומת מגן"**
6. האינתיפאדה השנייה אשר החלה בחודש ספטמבר 2000 התאפיינה בגל פיגועי התאבדות ופעולות טרור שבוצעו על ידי ארגוני הטרור הפלסטינים. התקפותיהם הרצחניות של ארגוני הטרור כוונו להרג חפים מפשע והביאו למותם של כ-1,100 אזרחים וחיילים ישראלים ופציעתם של אלפים רבים, תוך שהותירו מדינה פצועה ומדממת, יתומים ואלמנות, הורים ואחים שכולים, כולם כאובים אל מול החלל שנפער.

7. חודש מרץ 2002 היה הקשה שבשנות האינתיפאדה השנייה. במהלך חודש זה בלבד, אשר כונה על ידי רבים "מרץ השחור", נרצחו למעלה מ-100 אזרחים וחיילים ישראלים במספר רב של פיגועי התאבדות ופעולות טרור.
8. הפיגוע שאירע במלון "פארק" בליל הסדר של שנת ה'תשס"ב, 27.3.2002, בו נרצחו 30 בני אדם וכ-160 נוספים נפצעו, היה חוליה נוספת בשרשרת פיגועי התופת נגד מדינת ישראל כאמור, אולם הוא היווה גם **נקודת שיא ברצף התקפות הטרור, הן בשל היקפו הן לנוכח עיתויו.**
9. ביום 29.3.2002, יומיים לאחר הפיגוע במלון "פארק" ובעיצומו של חג הפסח, החליטה ממשלת ישראל לצאת למבצע "חומת מגן" (להלן גם: **"המבצע"**) שמטרתו **הגנה על אזרחי ישראל ופגיעה בתשתיות הטרור ביהודה ושומרון**.¹
10. אופי הלחימה, שמרביתה היה צפוי להיערך בשטח עירוני צפוף ומאוכלס, משכה ומורכבות המשימות, הטילו מעמסה כבדה על היחידות הלוחמות במערך הסדיר בצבא ההגנה לישראל. לפיכך הוחלט לקרוא לדגל ולגייס יחידות מילואים למשימה. **חיילי המילואים הפגינו רוח התנדבות מעוררת השראה ושיעורי ההתייבשות ביחידות היו גבוהים באופן ניכר.**
11. במסגרת המבצע הצבאי כולו, פעלו כוחות צבא ההגנה לישראל בנחישות, באומץ ובחירוף נפש, תוך שמירה על הוראות הדין, על מורשת צבא ההגנה לישראל ועל ערכי רוח צה"ל – **הקפדה על שמירת צלם אנוש, טוהר הנשק, אי פגיעה באזרחים חפים מפשע, והכל בסביבה אזרחית רווית טרור ובתנאי פעילות קשים ומסוכנים.**
12. במהלך המבצע נכפה על חיילי צה"ל להילחם אף בשטחי **מחנה הפליטים ג'נין**, אשר שימש **מוקד מרכזי להתארגנויות לפיגועים וממנו יצאו עשרות מחבלים מתאבדים לפיגועים ברחבי הארץ.** במשך שמונה יממות עסקו הלוחמים שנטלו חלק בקרב, בלחימה אינטנסיבית ועיקשת למול ארגוני הטרור, אשר מלכדו את המחנה במטעני חבלה רבים והתערו בקרב האוכלוסייה האזרחית.
13. הלחימה מול ההתנגדות העזה של ארגוני הטרור בשטח עירוני מאוכלס, בתנאים שהקשו על ההבחנה בין מחבלים לתושבי המחנה, **הבליטה ביתר שאת את אמות המידה המוסריות של צבא ההגנה לישראל.** במבצע "חומת מגן" בכלל ובקרב שהתחולל במחנה הפליטים ג'נין בפרט, הועמד ערך "טוהר הנשק" למבחן מעשי יום יומי וצבא ההגנה לישראל עמד אף במבחן זה, כמו גם בכל יתר מטרות המבצע – בהצלחה רבה שקשה למצוא לה מקבילות בקרבות דומים שנערכו בשטח עירוני מאוכלס.² הישג זה ראוי להערכה רבה בהתחשב בעובדה שמדובר היה בקרב שהתנהל, כאמור, בשכונת מגורים שהיוותה מוקד לפעילות חבלנית ענפה.³
14. ארגוני הטרור אשר ציפו והתכוונו לבואם של לוחמי צבא ההגנה לישראל, מלכדו את מחנה הפליטים מן המסד ועד הטפחות. הלוחמים נאלצו להתמודד עם המלכודות והמטענים כאשר מסביבם זירה אזרחית רוויה במחבלים.
15. חרף זאת, חיילי צבא ההגנה לישראל פעלו במסירות עד כדי **סיכון עצמי וחירוף נפש על מנת להימנע מפגיעה בחפים מפשע שבמחנה הפליטים.** מאמצים אלה נבעו, בין היתר, מהנחיות ברורות של הדרג המדיני

¹ להרחבה: ראו הודעת ראש הממשלה דאז, אריאל שרון, לכנסת מיום 8.4.2002 בה דיווח על מטרות המבצע תוך שציין מפורשות כי יש **"להימנע מפגיעה באוכלוסייה האזרחית"** (<https://www.news1.co.il/Archive/0019-D-999-00.html>) (להלן: **הודעת ראש הממשלה**).

² יגיל הנקין "קוסובו, סומליה, ג'נין: ניתוח השוואתי", **תכלת** 14, אביב ה'תשס"ג-2003.

³ שם, בחלק ה' והפניותיו.

והפיקודי והיו תוצאה של מדיניות מכוונת אשר השפיעה על שיטות הלחימה ועל האמצעים שהופעלו במהלך הקרב.⁴

16. במהלך הקרב, נפלו 23 חללים (יהיה זכרם ברוך) ונפצעו 75 חיילים (ראו גם את תיאור התרחשות האירועים בסעיף 1 לפסק הדין בבג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים**, פ"ד נח(1) 249 (2003) (להלן: "**בג"ץ 316/03**")).

17. זו, בתמצית שבתמצית, האמת העובדתית על אודות הקרב במחנה הפליטים ג'נין.

2.2. הסרט "ג'נין ג'נין" ותמצית השתלשלות ההליכים המשפטיים בעניינו

18. בחודש אפריל 2002, בסמוך לאחר תום המבצע, יצא לאור הסרט "ג'נין ג'נין" (לעיל ולהלן: "**הסרט**"). את הסרט יצר, הפיק וביים המבקש, מר מוחמד בכרי, והוא מתיימר להיות סרט דוקומנטרי המביא ממקור ראשון את עדויותיהם של אנשי מחנה הפליטים ג'נין ביחס לנעשה בו במסגרת מבצע חומת מגן. בפועל, הסרט הערוך באופן מגמתי כולל במכוון ובאופן מודע, שקרים גסים, האשמות שווא וטענות מופרכות, לפיהם חיילי צבא ההגנה לישראל ביצעו כביכול פשעי מלחמה חמורים במהלך הלחימה בג'נין. במרוצת השנים, עמד הסרט לדיון במספר הליכים שיפטיים שלהלן עיקריהם בקצירת האומר:

19. בפסק הדין בבג"ץ 316/03 נקבע, כי יש לבטל את החלטת המועצה לביקורת סרטים ולהתיר את הקרנתו של הסרט בבתי הקולנוע בישראל. לבית המשפט העליון הוגשו שלוש בקשות לקיום דיון נוסף בבג"ץ 316/03 – מטעם המדינה, המשפחות השכולות והלוחמים שהשתתפו בקרב.⁵ בהחלטה הנוגעת לבקשות לקיים דיון נוסף נקבע ביחס לאמינותו (או לאי אמינותו) של הסרט כי: **"...כבר הוכח לגביו שבמסווה של סרט תיעודי שולבו בו עלילות שקריות"** (פסקה 12 לפסק דינו של כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) אליהו מצא). עם זאת, בקשות אלו נדחו מהטעם שלא מתקיימת עילה משפטית לקיומו של דיון נוסף בהתאם לסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט.⁶

20. בהמשך, הגישו לוחמים שהשתתפו בקרב בג'נין לכבוד בית המשפט המחוזי מרכז תביעת לשון הרע נגד מר מוחמד בכרי (ת"א 6053-08-07 **בן נתן ואח' נ' בכרי** (26.6.2008)) (להלן: "**תביעת הלוחמים**"). כבוד בית המשפט המחוזי קבע כי: **"הסרט מייחס לחיילי צה"ל מעשים קשים מהם משתמעת אכזריות חוסר אנושיות וזלזול בחיי אדם... נראה כי לא יכול להיות ספק שיחוס מעשים כאלה לאדם ייתפסו על ידי האדם הסביר כמשפילים ומבזים את אותו אדם, ועלולים לעשותו מטרה לשנאה"** (פסקה 5 לפסק הדין בתביעת הלוחמים). לאור זאת נקבע, כי **הסרט מהווה לשון הרע**. עוד נקבע, כי אילו נדרש הנתבע שם, מוחמד בכרי (הוא המבקש דכאן), להגנות שנטענו על ידו בכתב ההגנה: אמת דברתי והגנה של הבעת דעה בתום לב, הן לא היו עומדות לו. לא זו בלבד, אלא שכבוד בית המשפט המחוזי קבע כי: **"הוכח חוסר תום לב מובהק של הנתבע"** (פסקה 19 (ג) לפסק הדין בתביעת הלוחמים).

21. ברם, בשים לב להוראת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, לפיה אין בלשון הרע המופנית כלפי ציבור עילה לתובענה אזרחית, נדחתה תביעת הלוחמים באותו הליך. נקבע כי: **"אם מחסום סעיף 4 לא היה עומד לו, היה מחויב הנתבע בגין הוצאת לשון הרע"** (סעיף 19(א) לפסק הדין בתביעת הלוחמים). על קביעה זו הגישו הלוחמים ערעור לבית המשפט הנכבד (ע"א 8345/08 **בן נתן ואח' נ' בכרי**, פ"ד סה(1) 567 (2011); להלן: **"ערעור הלוחמים"**). היועץ המשפטי לממשלה דאז התייצב להליך הערעור.

⁴ הודעת ראש הממשלה, לעיל ה"ש 1.

⁵ דג"ץ 10492/03 **המועצה לביקורת סרטים נ' מוחמד בכרי**, דג"ץ 10480/03 **יצחק בוסידן נ' מוחמד בכרי** ודג"ץ 10926/03 **צנגן נ' בכרי** (הדיון בהם אוחד, ראו: דג"ץ 10480/03 **בוסידן נ' בכרי**, פ"ד נט(1) 625 (2004)).

⁶ דג"ץ 1048/03 **בוסידן נ' בכרי**, פ"ד נט(1) 625 (2004).

22. **ביום 27.7.2011 ניתן פסק דינו של בית המשפט הנכבד בערעור הלוחמים**. במסגרת פסק הדין התייחס בית המשפט הנכבד לאיזון הקבוע בחוק איסור לשון הרע בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לחופש הביטוי (פסקאות 19-23 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר), וקבע כי מדובר אפוא בשני ערכים כבדי משקל, שההגנה עליהם מוכרת בכל חברה ליברלית-דמוקרטית, ויש לערוך את האיזון הראוי ביניהם **על-פי חוק איסור לשון הרע**. מלאכת האיזון הראוי בין שני האינטרסים הנוגדים (לעיתים) הללו, ששניהם בסיסיים וחיוניים, היא מלאכה מורכבת וזהירה אשר נעשית בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו.

23. בית המשפט הנכבד הותיר על כן את הקביעות שנקבעו בבית המשפט המחוזי, **ובכלל זה שהסרט עולה כדי הוצאת לשון הרע, ושלא עומדות לנתבע ההגנות הקבועות בחוק** (פסקה 17 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר). ביחס לשקרים אותם מספר הסרט נקבע כי: **"כיום, לאחר שהטענות לגבי טבח בג'נין הופרכו גם על ידי גופים בינלאומיים, ונתברר המספר האמיתי של הרוגים בקרב הפלשתינאים וכי חלק הארי מהם נמנה על אלו שלחמו בחיילי צה"ל, דומה כי אין כיום מחלוקת של ממש כי מיטב הסרט כוזב"** (פסקה 4 לפסק דינו של כבוד השופט עמית).

24. ביחס לחומרת המעשים המיוחסים בסרט לחיילי צבא ההגנה לישראל קבע בית המשפט הנכבד כי: **"ההאשמות בסרט חמורות אפוא מאין כמותן"** (פסקה 64 לפסק דינו של כבוד השופט דנציגר).

25. כבוד השופט עמית קבע כי: **"אין מדובר בלשון הרע שמקורה ברשלנות ואי דיוק, אלא בלשון הרע שבבסיסה חוסר תום לב ומגמה מכוונת לעיוות של הדברים"** (פסקה 5 לפסק דינו של כבוד השופט עמית).

26. לצד זאת נקבע, כי בנסיבות המקרה "צופה סביר" אינו מייחס את לשון הרע המופנית כלפי **קבוצת חיילי צה"ל** שלחמו במחנה הפליטים בג'נין **לכל אחד ואחד מהיחידים הנמנים עמה**, ולפיכך, ולנוכח סעיף 4 לחוק, לא עומדת **לקבוצת הלוחמים** המערערים זכות תביעה אישית בעוולה אזרחית. משכך, דחה בית המשפט הנכבד את ערעור הלוחמים. יש לציין, כי בשונה מענייננו, כבוד בית המשפט המחוזי ובית המשפט הנכבד לא נדרש לעילות תביעה אישיות כבעניין דנן, והנחת המוצא של כבוד בית המשפט המחוזי ושל בית המשפט הנכבד הייתה, **כי הלוחמים באותו הליך אינם נראים או מזוהים בסרט**.

ב.3. התובענה מושא הבקשה דנן

27. **בחודש נובמבר 2016** הגיש המשיב 1, קצין מילואים שהשתתף בלחימה בג'נין, את התביעה מושא ההליך שבכותרת, נגד המבקש. במסגרת ההליך **לא הייתה מחלוקת כי המשיב 1 מופיע בסרט למשך מספר שניות** (סיכומי המבקש לפני בית המשפט המחוזי, סעיף 1), במסגרת סצנה בה מספר אדם זקן על אירוע ביזה מזעזע, במסגרתו חיילים בזזו, כביכול, את כל כספו אשר יועד לטיפול רפואיים. בעוד האדם הזקן מספר את סיפורו נצפה המשיב 1 יחד עם שני חיילים נוספים כאשר הכתוביות והמלל המתואר על ידי המרואיין הזקן, נמשך אל התמונה בה מוצג המשיב 1 ושני החיילים הנוספים.

28. במוקד כתב התביעה ניצבה טענת המשיב 1 כי העובדה שהוא נראה בסרט, שכבר נקבע לגביו בבתי משפט כי הוא מגולל עלילות שווא שקריות חמורות ביותר על לוחמי צבא ההגנה לישראל שלחמו בג'נין, ומזוהה בו, מהווה פגיעה בשמו הטוב ומקימה לו עילת תביעה אישית בגין לשון הרע.

29. על פי העובדות הנטענות בכתב התביעה המתוקן (סעיף 50 לכתב התביעה המתוקן) **ואשר לא הוכחו על ידי המבקש** (סעיף 69 לכתב ההגנה המתוקן), **נערכו מספר הקרנות פומביות של הסרט גם בין השנים 2012-2010**. כמו כן, מהראיות שהוצגו עולה כי הסרט נגיש **גם היום** לצפייה באתר המרשתת YouTube, שמהווה אתר פופולרי הנגיש לציבור ושרשומים אליו למעלה ממיליארד משתמשים ברחבי העולם, כאשר הסרט (בגרסאותיו השונות) זכה ללמעלה מ-40,000 צפיות באתר זה בלבד.

30. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה, ופסק כי המשיב 1 מזוהה בסרט וכי בתוכנו של הסרט יש כדי להביא לייחוס ברור של אירוע "ביזת הזקן" למשיב 1 ולשני חיילים נוספים שנצפים עמו, וכן לראותו כמי שיש לו קשר, הגם שפחות ספציפי, ליתר אירועי מבצע "חומת מגן" המתוארים בסרט. לפיכך, נקבע כי הקרנת הסרט היא פרסום אשר משליך על תפיסת הצופה הסביר את המשיב 1 באופן אשר עולה כדי לשון הרע, ומקים לו עילת תביעה אישית נגד המבקש. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי תביעת המשיב 1 לא התיישנה.

31. **בהתייחסו לסוגיית הסעד**, קבע כבוד בית המשפט המחוזי כי בעת פסיקת הפיצויים ניתנה הדעת לחומרת הטענות המועלות בסרט כלפי המשיב 1, אשר ניתן לזהותו ולייחס לו את מעשה הביזה המתואר. כמו כן ניתנה הדעת למשמעות קיומן של שתי פלטפורמות פרסומיות שונות, אפשרות הפגיעה העתידית בשמו הטוב של המשיב 1, אפשרויות התיקון שעמדו לפני המבקש וחוסר תום ליבו. לאור האמור נקבע שיש להעמיד את שיעור הפיצוי הכולל, על 175,000 ש"ח. כמו כן, נקבע כי מתקיימים התנאים למתן צו עשה המונע את המשך הקרנת הסרט והחרמת העותקים המצויים ברשות המבקש כמו גם בידי צדדים שלישיים בישראל, למעט פלטפורמת אתר YouTube.

ב.4. הערעור מושא הבקשה דנן

32. המבקש ערער על פסק הדין של בית המשפט המחוזי, וטען שתי טענות עקריות: ראשית נטען, שלא ניתן לייחס את הלשון הרע המוצגת בסרט למשיב 1, אשר מופיע בסרט למספר שניות בודדות בלבד. המבקש הלן על כך שבית השפט המחוזי ייחס למשיב 1 את כל הלשון הרע המוצגת בסרט, אף על פי שהמשיב 1 מופיע בסרט שניות בודדות, וציין כי: "לאור זאת, לא מסתפק בית המשפט בהוראה למחוק מן הסרט את השניות הבודדות בהן מופיע המשיב אלא גוזר על השמדת הסרט כולו" (סעיף 59 להודעת הערעור). המבקש ציין זאת כעובדה, אך לא נטענה כל טענה ביחס לסעד שנפסק על ידי בית המשפט המחוזי.

33. שנית, טען המבקש שהתביעה התיישנה משום שלטענתו, עילת התביעה נולדה עם צאתו של הסרט לראשונה בשנת 2002. המבקש מיקד את טענותיו בקביעת בית המשפט לפיה חל בענייננו החריג הקבוע בסעיף 8 לחוק ההתיישנות וטען שהמשיב 1 ידע אודות הופעתו בסרט, כבר בשנת 2003 לכל המאוחר. רק בשולי הדברים צוין גם כי "הקרנות חוזרות, שלא הוכח כי היו ביוזמתו או בשליטתו של המבקש, אינן מחדשות את הדיבה..." (סעיף 64 להודעת הערעור) הא ותו לא. המבקש לא העלה בכתב הערעור כל נימוק מדוע קביעותיו המשפטיות של בית המשפט ביחס להיותם של פרסומים נפרדים עוולות נפרדות – שגויות, ואף לא התייחס לקביעה לפיה חל בענייננו סעיף 189(1) לפקודת הנזיקין.

ב.5. התייצבות היועץ המשפטי לממשלה דאז לפני הערכאה הדיונית וערכאת הערעור

34. לאחר שקיים מספר התייעצויות, בהשתתפות גורמים שונים, החליט היועץ המשפטי לממשלה דאז, לעשות שימוש בסמכותו, להתייצב להליך, ולעמוד לצדו של המשיב 1.

35. היועץ המשפטי לממשלה דאז עשה כן מאחר שמצא, כי על פני הדברים עומדת למשיב 1 תביעה הראויה לברור ובעלת סיכויים סבירים להוכחתה. אולם חשוב מכך וזה העיקר – **התייצבות היועץ המשפטי לממשלה דאז נועדה, בראש ובראשונה, לבטא את החשיבות הרבה שיש לייחס להגברת ההגנה על שמם הטוב של חיילי ולוחמי צבא ההגנה לישראל והמשיב בכללם, שהתייצבו ביום פקודה לשירות צבאי, שמו נפשם בכפם וחירפו נפשם למען הגנתם של אזרחי מדינת ישראל. כמו כן, התייצבות נועדה להעביר מסר ערכי חד וברור לפיו המדינה תתייצב לימינו של תובע שנפגע מהוצאת לשון הרע נגדו – עקב שירותו כחייל מילואים, ולא תותירו לבדו בחזית המשפטית על טיהור שמו הטוב.**

36. בעניין זה הפנה היועץ המשפטי לממשלה דאז לדברי כבוד השופט עמית בפסק הדין **בערעור הלוחמים**: "בענייננו, המערערים לא פעלו למען אינטרס פרטי שלהם, אלא בשירות המדינה. ולכן, הפגיעה שנגרמה

להם עקב שירותם כחיילי מילואים, אינה עניינם הפרטי כתובעים. יש בכך תמונת ראי לחובתה של המדינה להיחלץ ולהגן על חיילי צה"ל ועל הפועלים בשירותה, אשר עשויים למצוא עצמם ביום מן הימים כנתבעים בשל פעולתם למען המדינה, שהרי לא למען עצמם הם פועלים אלא למען המדינה" (פסקה 8 לפסק דינו של כבוד השופט עמית בערעור הלוחמים). דברים אלה יפים כמובן ביחס למשיב 1 בהליך דנן.

37. בדומה לנעשה בעבר וכפי שיפורט להלן, היועץ המשפטי לממשלה דאז עשה שימוש בכלים האזרחיים העומדים לרשותו והתייצב להליך כאמור, תוך שהביע תמיכה נחרצת בחיילי ומפקדי צבא ההגנה לישראל ויצא בחריפות כנגד השקרים הבוטים בסרט.

ב.6. עמדת היועץ המשפטי לממשלה לפני הערכאה הדיונית וערכאת הערעור

38. עמדת היועץ המשפטי לממשלה נשענה, בין היתר ובעיקר, על קביעותיו של בית המשפט הנכבד בערעור הלוחמים, ובתוך כך עמדה על חשיבות האיוון הקבוע בחוק איסור לשון הרע בין הזכות לשם טוב לבין הזכות לחופש הביטוי ומורכבות עריכת איוון זה, כפי שפורט בפסק דינו של בית המשפט הנכבד בערעור הלוחמים. 39. היועץ המשפטי לממשלה עמד על כך שבמקרה דנן התקיימו יסודות עוולת לשון הרע, וכי לעמדתו אין תחולה להגנות הנקובות בחוק איסור לשון הרע, זאת בדומה לקביעות בערכאות השונות בעניין תביעת וערעור הלוחמים.

40. היועץ המשפטי לממשלה פירט, כי בבחינת השאלה האם הפרסום מהווה לשון הרע, יש להתחשב בדרך שבה נתפס הפרסום בעיני האדם הסביר כאשר המבחן הוא אובייקטיבי, וכי על רקע מכלול הראיות שהובאו, הצופה הסביר עלול לקשר בין הדברים הנאמרים בסרט לבין התמונות שבהן נראה המשיב 1. לכך הוסיף היועץ המשפטי לממשלה, כי כעולה מהראיות, המבקש לא נקט בפעולות מתבקשות וסבירות לשם ניתוק קשר זה.

41. ביחס לסוגיית ההתיישנות היועץ המשפטי לממשלה ציין כי אף מבלי להידרש לתחולת החריג שבסעיף 8 לחוק ההתיישנות ה'תשי"ח-1958 (להלן: "חוק ההתיישנות"), די בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי, כדי לקבוע שהתביעה לא התיישנה. בהקשר זה צוין, כי בית המשפט המחוזי קבע שהתקיימו הקרנות יחידניות ובלתי רציפות של הסרט בשנים 2010-2012 (סעיף 104 לפסק הדין במחוזי), כי בשנת 2012 עלה הסרט לאתר המרשתת YouTube, וכי מדובר בעוולות נפרדות, ולפיכך ממילא התביעה לא התיישנה, לכל הפחות, ביחס לפרסומים משנת 2010-2012. עוד ציין היועץ המשפטי לממשלה כי בית המשפט המחוזי קבע שאף אם היה מדובר בעוולה נמשכת, בין אם בעילה מתחדשת ובין אם בעילה מתארכת, התביעה לא התיישנה בהתאם לסעיף 89(1) לפקודת הנזיקין.

42. בעניין הסעד, סבר היועץ המשפטי לממשלה שהסעד שנפסק בבית המשפט המחוזי הוא סעד מידתי וראוי, אשר עולה בקנה אחד עם הוראות חוק איסור לשון הרע ועם תכליותיו. בהקשר זה ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי כאשר בית המשפט נדרש לאזן בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב, עליו לבחון את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה בלי להעניק לחופש הביטוי "מעמד-על", וכי הדברים נכונים ביתר שאת כשהפגיעה בשם הטוב היא בשמו הטוב של חייל, לוחם וקצין בשירות מילואים שנשלח למשימה וסיכן את חייו בשירות המדינה והוצאה דיבתו רעה אך ורק משום כך. לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, מתן סעד ראוי ומשמעותי, צופה פני עתיד, אשר מעניק למשיב 1 הגנה מפני המשך הפגיעה בו, נותן ביטוי לחובתה של המדינה להגן על חיילי צבא ההגנה לישראל ועל הפועלים בשירותה, אשר לא למען עצמם הם פועלים אלא למען המדינה.

43. עוד סבר היועץ המשפטי לממשלה, כי בהתאם להוראות החוק, על בית המשפט לבחון את היצירה או את הפרסום בכללותו ולקבוע האם הוא מכיל לשון הרע אם לאו, וככל שהפרסום מכיל לשון הרע והנסיבות מצדיקות זאת, יש לאסור על הפרסום בכללותו, וכי אל לו לבית המשפט להיכנס בנעליו של היוצר ולשנות

את היצירה כך שניתן יהיה לפרסמה. כמו כן, סבר היועץ המשפטי לממשלה כי מחדלו של המבקש אשר לא מצא לנכון במשך השנים, חרף הקביעות בערעור הלוחמים, לתקן את הסרט, להוציא הודעת הבהרה, להביע התנצלות או כל צעד אחר שיש בו כדי להבהיר כי הוא מתנער מחלק זה או אחר בסרט, לו זו בלבד שמעיד על חוסר תום ליבו של המבקש, אלא אף מונע ממנו לטעון כעת, בחלוף השנים, כי הסעד הנכון הוא תיקון הסרט.

ב.7. עיקרי קביעות פסק הדין

44. בפסק הדין בערעור חזר בית המשפט הנכבד על קביעות קודמות ביחס לסרט "גינין ג'ינין" אותו יצר המבקש, וקבע כי הסרט מלא וגדוש בדברים שאינם אמת, כי אין כיום מחלוקת של ממש כי **"מיטב הסרט כזבו"**, וכי לא עומדות למבקש ההגנות הקבועות בחוק איסור לשון הרע. בהקשר זה נקבע כי **"ההאשמות הנכללות בסרט הן מן ההאשמות הקשות ביותר שניתן להטיח באדם וכי מדובר בלשון הרע שבבסיסה חוסר תום לב ומגמה מכוונת לעיוות של הדברים"** (סעיף 24 לפסק דינו של כבוד השופט עמית). עוד קבע בית המשפט הנכבד, פה אחד, כי ניתן לקשור בין המשיב 1, המזוהה בסרט לבין האירועים המוצגים בסרט בכלל וסצנת ביזת הזקן בפרט, כך שלמשיב 1, קצין מילואים, אשר מצא עצמו מוצג בסרט כמי שבוזז ממון מאדם מבוגר וחסר ישע קיימת עילת תביעה נגד המבקש.

45. כמו כן נקבע על ידי כל שופטי ההרכב, כי תביעת המשיב 1 לא התיישנה, אולם השופטים נחלקו בניתוח ובנימוק קביעה זו. לשיטת כבוד השופט שטיין, אליה הצטרף כבוד השופט מינץ, יש לסווג את עוולת לשון הרע, ופרסום הסרט כעוולה אחת נמשכת מעת פרסומו של הסרט לראשונה בשנת 2002 ועד לימינו אנו. זאת, שכן הנזקתו הנמשכת של הסרט במרחב הציבורי מביא לכך שיסוד הפרסום של הסרט המקורי אינו חדל מלהתקיים, תוך המשך ביזוי של המשיב 1. משעה שמעשה הפרסום נמשך עד לימינו-אנו, ומשעה שהתגבשות עוולת לשון הרע אינה מותנית בקרות נזק, נמצא כי יש להחיל בעניינו את "כלל הדחיסה לפנים" הקבוע בסעיף 189(1) לפקודת הנזיקין לפיו נמנה מרוץ ההתיישנות אך ממועד החדילה מהעוולה. בראי מחדלו של המבקש לפעול להסרת הפרסום המעוול ולתיקונו, הרי שתביעת המשיב 1 לא התיישנה בשום רכיב מרכיביה.

46. לעומתם, כבוד השופט עמית סבר בדעת מיעוט, כי יש לסווג את ארבע ההקרנות של הסרט בשנים 2012-2010, כארבע עוולות נפרדות אשר מקימות למשיב 1 עילות תביעה עצמאיות, מבלי שיש לכורכן עם הקרנות שנערכו סמוך לאחר הפצתו הראשונית של הסרט. זאת בהתאם לקביעתו העובדתית של בית המשפט המחוזי, באשר להיקף ההקרנות של הסרט בין השנים, אשר דעך משמעותית לאחר רצף ההקרנות בסמוך לצאתו לאקרנים בראשונה, וחלוף זמן רב בין הקרנה להקרנה במידה המקשה לראות את ההקרנות השונות כמשתייכות לאותה עילת תביעה. אף לפי גישה זו, תביעת המשיב 1 לא התיישנה ככל שהיא נוגעת להקרנות שנערכו בשנים 2012-2010.

47. ביחס לשאלת אחריותו של המבקש בגין הפרסום באתר ה-Youtube, נקבע בדעת הרוב כי אף שלא הוכח שהמבקש עצמו הוא זה אשר העלה את הסרט לאתר ה-Youtube, יש להטיל על המבקש אחריות אף בגין פרסום זה. זאת, משום שלשיטת שופטי הרוב **"כל אימת שהמערער משאיר את סרט הכזבים שלו במרחב הציבורי אחרי הצבתו שם, לא מתקנו, אינו מכחיש את תוכנו, ואינו פונה למקריני הסרט בדרישה להפסיק את הקרנותיו – קרי אינו עושה את כל אשר לאל ידו כדי לעצור את הפצת הדיבה שבסרט – הרי שהוא ממשיך להיות אחראי ללשון הרע שהביא לעולם"** (סעיף 11 לפסק דינו של כבוד השופט שטיין). כמו כן ציין כבוד השופט מינץ כי: **"כל שטען המערער בעניין זה (וזאת בבית המשפט המחוזי, שעה שבערעורו כאמור לא העלה כל טענה בעניין) הוא, כי "אבדה לו השליטה" על הסרט מעת שהועלה לרשת האינטרנט (סעיף 76 לכתב ההגנה). אלא שברי כי טענת "אבדן שליטה" בנסיבות אלו אינה ניתנת להתקבל, שעה שכפי שהצביע חברי השופט שטיין, המערער לא עשה אף את תחילתה של הדרך, ולא פנה כלל ל-youtube כדי לבקש את הסרת הסרט"** (סעיף 12 לפסק דינו של כבוד השופט מינץ).

48. לעומתם סבר כבוד השופט עמית, כי משעה שלא הוכח שהעלאת הסרט לאתר YouTube נעשתה על ידי המבקש או בהסכמתו, לא קיים מקור בדין מכוחו ניתן להטיל עליו אחריות בגין פרסום זה. בקביעתו, יצא כבוד השופט עמית מנקודת מוצא עובדתית לפיה העלאת הסרט ליוטיוב נעשתה שלא על דעת המערער ושלא בהסכמתו, ולפיכך לא ניתן להטיל עליו אחריות בגין פעולתו של אדם אחר.

49. בשאלת הסעד הראוי, סברו **כבוד השופטים שטיין ומינץ** בדעת רוב, כי אין מקום להתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, במסגרתו חויב העותר בתשלום פיצויים למשיב בסך 175,000 ש"ח וניתן צו מניעה קבוע האוסר על הקרנת הסרט ועל הפצתו בישראל, לצד צו להחרמת עותקי הסרט בישראל, ממנו הוחרגו אתר YouTube ומנהליו. נקבע, כי הסעדים שנפסקו בבית המשפט המחוזי הם סבירים, מידתיים, ומאזנים זה את זה באופן שאין הצדקה להתערב בהם.

50. באשר לצו האוסר על הקרנתו של הסרט בישראל נקבע בדעת הרוב, כי מקום שבו הוכרעה שאלת האחריות לחובת המפרסם, ונקבע כי הפרסום מהווה לשון הרע שאינו חוסה תחת ההגנות שבחוק, אזי ככלל יש לתת צו מניעה קבוע האוסר על הפרסום, ובמקרה שלנו אין מקום לחרוג מהכלל, ולערוך **"את סרט הכזבים במקומו של המערער כדי לעזור לו בערעורו"** (סעיף 15 לפסק דינו של כבוד השופט שטיין). עוד צוין בהקשר זה, כי צו האוסר על הקרנת הסרט מהווה הצהרה בדבר שקריותן המוחלטת של ההאשמות שבסרט ושהצהרה זו באה לשקם את שמו הטוב של המשיב 1. כמו כן, כבוד השופט שטיין עמד על הזיקה בין שיעורם הנמוך באופן יחסי של הפיצויים שנפסקו לזכותו של המשיב 1, לבין הצווים המונעים את המשך הקרנתו של הסרט בישראל, אשר מבטאת איזון בין הסעדים השונים שנפסקו, וציין כי אילולא היו ניתנים צווים האוסרים על הקרנת הסרט, היה מקום לפסיקת פיצויים בשיעור גבוה במידה משמעותית.

51. לעומת זאת, **כבוד השופט עמית** סבר בדעת מיעוט, כי יש להפחית את הפיצויים בהם חויב המבקש ולהעמידם על סך של 100,000 ש"ח בלבד, לשם התאמת סכום הפיצוי לגישתו לפיה לא ניתן להטיל על המבקש אחריות לפרסום הסרט באתר YouTube. לצד זאת, כבוד השופט עמית סבר כי המידתיות מחייבת להגביל את היקפו של צו המניעה כך שיחול אך ביחס לארבע השניות בהן מופיע המשיב 1. כמו כן קבע כבוד השופט עמית, כי על המבקש לפעול לאיסוף עותקי הסרט הקיימים, בהתאם לצו ההחרמה שניתן בבית המשפט המחוזי.

52. כבוד השופט עמית נימק את עמדתו ביחס לצו המניעה הקבוע שניתן בכך שאמנם **"משעה שנקבע כי שילוב צילום של המשיב בסרט מהווה לשון הרע האסורה בפרסום, אכן אין לאפשר את המשך הקרנת צילום של המשיב במסגרת הסרט"** (סעיף 78 לפסק דינו של כבוד השופט עמית), אלא שעלינו לבחון את שאלת גדרו של הצו. לשיטתו של כבוד השופט עמית, כדי לקבוע את גבולותיו של צו המניעה יש לעמוד על היחס שבין הפרסום בכללותו, לבין החלק בפרסום שמהווה לשון הרע כלפי הנפגע, כאשר יש לבחון יחס זה הן בפן הכמותי והן בפן המהותי. בפן הכמותי, לשיטת כבוד השופט עמית, יש לבחון מה נפחו של החלק הפוגעני מתוך הפרסום הכולל. ובפן האיכותי יש לבחון עד כמה נסב תוכנו של הפרסום בכללותו על הרכיב הפוגעני שבפרסום, ועד כמה, אם בכלל, ניתן להבחין ולהפריד בניהם.

53. בבואו ליישם את הכלל שנקבע על ענייננו, קבע כבוד השופט עמית כי רכיב לשון הרע שמופנית כלפי המשיב 1 תופס חלק מזערי מתוך הסרט בכללותו, הן בהיבט הכמותי, והן בהיבט האיכותי. לפיכך, סבר כבוד השופט עמית, כי יש להסתפק בהסרת הקטע בו מופיע המשיב 1 מתוך הסרט.

ג. תגובת היועצת המשפטית לממשלה לבקשה לדיון נוסף

54. היועצת המשפטית לממשלה חוזרת על האמור בעמדות היועץ המשפטי לממשלה הקודמות, ותבקש לחדד ולהדגיש מספר נקודות בקשר לפסק הדין, ולבקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין. ראשית, יובהר, כי הגם

שבבקשה, ובתשובת המשיב 1 עולות סוגיות שונות, משפטיות ועובדתיות, הרי שעמדתה מתמקדת בסוגיות המפורטות בתגובתה זו לעיל ולהלן, תוך שיודגש שאין בהעדר התייחסות לסוגיות אחרות משום הסכמה להן.

ג.1. סעיף 30 לחוק בתי המשפט – התנאים לדיון נוסף

55. סעיף 30 לחוק בתי המשפט קובע כדלקמן:

“(א) ענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה, רשאי הוא להחליט, עם מתן

פסק דינו, שבית המשפט העליון ידון בו דיון נוסף בחמישה או יותר.

(ב) לא החליט בית המשפט העליון כאמור בסעיף קטן (א), רשאי כל בעל דין

לבקש דיון נוסף כאמור; נשיא בית המשפט העליון או שופט אחר או שופטים

שיקבע לכך, רשאים להיענות לבקשה אם ההלכה שנפסקה בבית המשפט

העליון עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת

חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין, יש, לדעתם, מקום

לדיון נוסף.

(ג) בהחלטה שניתנה לפי סעיף קטן (א) או (ב) רשאי בית המשפט או השופט

לקבוע את הבעיה שתעמוד לדיון נוסף, ומשעשה כן, לא יקוים הדיון הנוסף

אלא באותה בעיה.”

56. על מנת שבקשה לדיון נוסף תיענה בחיוב, חובה על המבקש להראות כי תנאי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט מתקיימים. תחילה יש לבחון האם נפסקה “הלכה”. אף אם התשובה לשאלה זו היא חיובית, יש לבחון האם ההלכה שנפסקה, “עומדת בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון, או שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בעניין, יש... מקום לדיון נוסף” (ראו: דנ”א 4165/19 משרד הביטחון נ’ קוזלי, בפסקה 10 (נבו 12.11.2019) (להלן: “דנ”א קוזלי”); דנ”א 7556/18 מאיר אפרת אחזקות בע”מ נ’ המועצה המקומית זכרון יעקב (נבו 5.12.2018)).

57. תנאי סעיף 30(ב) לחוק הם תנאים הכרחיים אך לא מספיקים, שכן לא די שהמבקש מראה שההלכה שנפסקה עומדת בסתירה להלכה קודמת, או שהיא “חשובה”, “קשה” או “מחודשת”, אלא עליו גם להראות שאותם תנאים שהתקיימו הם משמעותיים ומהותיים, כגון שההלכה מביאה לתוצאה שלא ניתן לחיות עמה, שנפלה בהלכה טעות מהותית, או שהיא פוגעת בעקרונות היסוד של השיטה (ראו: דנ”א 8184/13 דבאח נ’ מדינת ישראל (נבו 8.5.2014) (להלן: “דנ”א דבאח”)), ומשום כך יש הצדקה עניינית לשוב ולהקצות משאבים שיפוטיים להידרש לעניין בדיון נוסף, חרף עיקרון סופיות הדיון (ראו: דנ”פ 11414/05 רוזנשטיין נ’ היועץ המשפטי לממשלה (נבו 31.1.2006) (להלן: “דנ”פ רוזנשטיין”); דנ”א 6955/06 מזור – מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע”מ נ’ מנהל מיסוי מקרקעין - אזור רחובות (נבו 18.3.2007) דנ”א 9425/06 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ’ פמיני (נבו 6.9.2007)).

58. לשון אחר, “לא בכל מקום שבו מתקיימים תנאים אלו יש מקום לקיומו של דיון נוסף, אלא רק במקרים חריגים בהם ישנה הצדקה עניינית נוספת לעשות כן” (ראו: דנ”א דבאח בפסקה 17). כך נפסק ש”ההחלטה לקיים דיון נוסף יש לה מקום במקרים חריגים ונדירים בלבד” והמקרים שבהן יקויים דיון נוסף מעטים-שבמעטים הם, נער יספרם...” (דנ”א קוזלי והאסמכתאות שם, בסעיף 10; דנ”פ רוזנשטיין).

59. יודגש, קיומה של מחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט אינה מהווה עילה לעריכת דיון נוסף. וכך נקבע אך לאחרונה בדנ”א 694/22 רפאלוב נ’ מדינת ישראל (נבו 30.3.2022): “עצם קיומם של חילוקי דעות בין שופטי ההרכב אינו מהווה, כשלעצמו, עילה לדיון נוסף” (ראו: דנ”פ 5862/21 מדינת ישראל נ’ זייצב, פסקה 14 (נבו

30.1.2022); דנ"א 6401/07 לוי נ' המרכז הרפואי שערי צדק, פסקה 5 (נבו 17.4.2008) **ולפיכך, אין די בהפניה כללית לקיומה של דעת מיעוט ו"לתמיכה" בטעמיה. השאלה הרלוונטית לענייננו היא האם קיימים טעמים המצדיקים סטייה מן הכלל בדבר סופיות הדיון וקיום דיון נוסף בשאלה שהוכרעה בפסק הדין במותב תלתא** (השוו: דנ"א 9062/20 גבעות דוד השקעות נדל"ן בע"מ נ' מנהל מע"מ – תל אביב יפו, פסקה 15 (נבו 1.6.2021)).

ג.2. פסק הדין אינו מקיים כלל ועיקר את תנאי סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט

60. כפי שפורט לעיל, על המבקש להראות כי התקיימו נסיבות חריגות ונדירות שיש בהן הצדקה לקיומו של דיון נוסף. בבקשתו, מציין המבקש שלוש סוגיות המצדיקות לדעתו קיומו של דיון נוסף:
- א. ההלכה לפיה שעה שמדובר בפרסום לשון הרע, **הזכות לחופש הביטוי** נסוגה מפני הזכות לשם טוב – לטענת המבקש הלכה זו עומדת בסתירה לפסק הדין בע"א 214/89 **אבנרי נ' שפירא**, פ"ד מג(3) 840 (להלן: "**עניין אבנרי**"), אשר נקבע בו, כך לטענת המבקש, "כי גם פרסום לשון הרע מוגן מכח עקרון חופש הביטוי ועל בית המשפט לבצע תחילה "איזון פנימי" במסגרת חוק לשון הרע ו"איזון חיצוני" מכח מעמדו של חופש הביטוי" (סעיף א' לבקשה).
- ב. ההלכה לפיה עוולת לשון הרע היא עוולה נמשכת, כך שמרוץ ההתיישנות להגשת תביעה בלשון הרע על ידי הנפגע לא יכול להסתיים כל עוד קיים עותק זמין לציבור של הפרסום – לטענת המבקש, יש לקיים דיון נוסף בסוגיה זו בשל תקדימיות ההלכה שנקבעה, חשיבותה, וקשיותה.
- ג. ההלכה לפיה אדם שפרסם לשון הרע אחראי בנזיקין לפרסום חוזר עתידי של אדם אחר, שלא בהסכמתו וללא ידיעתו – לטענת המבקש, יש לקיים דיון נוסף בסוגיה זו בשל תקדימיות ההלכה שנקבעה, חשיבותה, וקשיותה. עוד טוען המבקש, כי הלכה זו סותרת את ההלכה הנוהגת כפי שהשתקפה ברע"א 1239/19 **שאל נ' ניידלי** (נבו 8.1.2020).

ג.2.1. סוגיית חופש הביטוי

61. ראשית יוער, כי איננו נמצאים בשלב דיוני או ערעורי אלא בבקשות לדיון נוסף בפסק דין שניתן על ידי בית המשפט העליון. חלק ניכר מהטענות אותן העלה המבקש בסוגיה זו הן טענות ערעוריות מובהקות, אשר נדונו במסגרת פסק הדין, ונדחו פה אחד על ידי שופטי ההרכב. כך, טענת המבקש לפיה לא ניתן ליחס למשיב 1 את הלשון הרע המוצגת בסרט בהיותו מופיע בסרט למספר שניות בודדות, נדונה זה מכבר על ידי בית המשפט הנכבד, נדחתה פה אחד, ואין מקום לקיים בה דיון נוסף, גם לא לאור חשיבותו של עקרון חופש הביטוי.
62. לטענת המבקש, הקביעה בפסק הדין לפיה שעה שמדובר בפרסום לשון הרע, **הזכות לחופש הביטוי** נסוגה מפני הזכות לשם טוב, עומדת בסתירה לפסיקת בית המשפט הנכבד בכלל, ולפסק הדין בעניין אבנרי בפרט. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה טענה זו שגויה. פסק הדין אינו סוטה מהלכות קודמות או מפסק הדין בעניין אבנרי.
63. כך נקבע זה מכבר, כי שעה שבית המשפט נדרש לאזן בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב, עליו לבחון את נסיבותיו של כל מקרה ומקרה מבלי להעניק לחופש הביטוי "מעמד-על". יפה לעניין זה קביעתו של כבוד השופט עמית בע"א 751/10 **פלוגי נ' דיין -אורבך**, סה(3) 369 (2012), סעיף 5 לפסק הדין: "**משבחר המחוקק בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לרומם את הזכות לכבוד ולהצניע את חופש הביטוי, אני סבור כי יש ליתן לכך משקל, במובן זה שאין לקבוע מראש כי בהתנגשות בין השניים משקלה של הזכות לביטוי גובר. אציין כי בפסקי דין רבים אנו מוצאים הסתמכות על פסק הדין בעניין אבנרי כחלק מההנמקה להעדפה מראש של חופש הביטוי, אך יש לזכור כי פסק דין זה ניתן לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לטעמי, כאשר מדובר בהתנגשות בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב במסגרת תביעה פרטית לפי חוק איסור**

לשון הרע - להבדיל מהתנגשות בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים כמו הגנה על רגשות הציבור - האיזון צריך להיעשות אד-הוק, ויש להישמר מנוסחה הכוללת 'מקדם' או 'מכפיל כוח' לטובת חופש הביטוי".

64. ואף בעניין אבנרי נקבע, כי יש לערוך איזון בין הזכויות המתנגשות של חופש הביטוי אל מול הזכות לשם טוב וכי יש לערוך איזון זה בהתאם לאיזון שערך המחוקק במסגרת חוק איסור לשון הרע. עוד נקבע באותו עניין כי: "קיים הבדל מהותי בין השלב שבו הוכרעה אחריות של המפרסם לבין השלב שבו טרם הוכרעה אחריותו. כאשר הוכרעה שאלת האחריות, נחלש משקלו של האינטרס בדבר חופש הביטוי לאור הפגיעה המוכחת באינטרס לשם הטוב. משנקבעה האחריות, נקבעה האמת ונקבע השקר - במסגרת היחסיות המאפיינת את כל ההליך השיפוטי (ראה השופט אלון בבג"צ 152/82 [24], בעמ' 645) - גובר האינטרס הציבורי להגן על השם הטוב בפני דברי שקר על האינטרס של חופש הביטוי. גם הצידוק לחופש ביטוי בנסיבות אלה נחלש בדרך כלל. פרסום, אשר בית-משפט קבע לגביו כי דבר שקר הוא ולדוברו אין כל הגנה בפני אחריות, אין בו כדי לקדם את החיפוש אחר האמת. החלפה חופשית של דעות נפגעת לרוב, אם השקפות הציבור מתבססות על מידע בלתי נכון. אין בונים חברה ומשטר על אדני שקר. מתן ציווי לתמיד, בנסיבות אלה, מגשים את האיזון החקיקתי בין האינטרסים המתנגשים" (פסקה 28 לפסק הדין בעניין אבנרי).

65. הנה כי כן, אין בסוגיה זו כל סתירה להלכה קודמת, חידוש, או קושי, ואין כל עילה לקיומו של דיון נוסף בסוגיה זו. עוד יצוין, כי "הטענה כי עניין מסוים, שהיה ראוי על פי הטענה לדון בו, לא נדון בפסק הדין – היא טענה ערעורית. הדיון הנוסף עוסק במה שנדון בפסק הדין" (דנ"א 6149/12 Dexia Credit Local נ' שפירא פסקה 16 (נבו 3.1.2013)).

66. המבקש מציין בבקשתו בחצי פה כי הפגיעה בשמו הטוב של המשיב 1, מתבטלת אל מול הפגיעה בחופש הביטוי של המבקש. זאת, משום שהמשיב מופיע בסרט למספר שניות והפגיעה בו מתבטלת, כך לטענת המבקש, אל מול הפגיעה בחופש הביטוי לאור הצו האוסר על הקרנת הסרט.

67. המבקש לא העלה בבקשתו טענות נגד הסעד שנפסק באופן ישיר, ולא נטען בבקשה כי יש לערוך דיון נוסף ביחס לסעד שנפסק, ולפיכך ברי כי אין מקום לקיומו של דיון נוסף בסוגיה זו, שהיא שאלה יישומית של הלכות קיימות על מקרה נתון ואינה מתאימה לקיומו של דיון נוסף. אולם, לאור ההערה ביחס לאיזון שבין הופעת המשיב בסרט לאיסור על הקרנת הסרט בכללותו, יוער, הרבה למעלה מן הצורך, כי ביחס לסוגיית הסעד שנפסק היועצת המשפטית לממשלה נותרת איתנה בדעתה לפיה הסעד שפסק כבוד בית המשפט המחוזי הוא סעד מידתי אשר עולה בקנה אחד עם הוראות החוק ועם תכליותיו. הדברים נכונים ביתר שאת כשהפגיעה בשם הטוב היא בשמו הטוב של חייל, לוחם וקצין בשירות מילואים שנשלח למשימה וסיכן את חייו בשירות המדינה והוצאה דיבתו רעה אך ורק משום כך. מתן סעד ראוי ומשמעותי, צופה פני עתיד, אשר מעניק למשיב הגנה מפני המשך הפגיעה בו, נותן ביטוי לחובתה של המדינה להגן על חיילי צבא הגנה לישראל ועל הפועלים בשירותה, אשר "לא למען עצמם הם פועלים אלא למען המדינה".

68. בנוסף בהתאם להוראות החוק, על בית המשפט לבחון את היצירה או את הפרסום בכללותו ולקבוע האם הוא מכיל לשון הרע אם לאו, וככל שהפרסום מכיל לשון הרע והנסיבות מצדיקות זאת, לאסור על הפרסום בכללותו. אל לו לבית המשפט להיכנס בנעליו של היוצר ולשנות את היצירה כך שניתן יהיה לפרסמה. דברים אלה מקבלים משנה תוקף שעה שהמבקש לא מצא לנכון במשך השנים, חרף הקביעות בערעור הלוחמים, לתקן את הסרט, להוציא הודעת הבהרה, להביע התנצלות או כל צעד אחר שיש בו כדי להבהיר כי הוא מתנער מחלק זה או אחר בסרט. מחדלו זה, לא זו בלבד שמעיד על חוסר תום ליבו אלא שהוא מונע מהמבקש לטעון כעת, בחלוף השנים, כי הסעד הנכון הוא תיקון הסרט. יתר על כן, המבקש עצמו טען בעדותו כי לא פעל לתיקון הסרט בעבר, מטעמים שונים (ראו: עמוד 100 שורות 24-3 לפרוטוקול הדיון מיום 6.2.2020). משכך

לא ברור כיצד טוען המבקש כי הסעד הראוי הוא תיקון הסרט מקום בו הוא עצמו טען כי אין באפשרותו לעשות זאת.

69. עוד יוער, כי בהתאם להוראת סעיף 9 (א)(1) לחוק איסור לשון הרע ולפסיקה, יש לבחון את הפרסום בכללותו, ואת היקף לשון הרע המוצגת בפרסום כולו, ולקבוע האם הוא מכיל לשון הרע אם לאו. ככל שהפרסום מכיל לשון הרע והנסיבות מצדיקות זאת, ככלל, יש לאסור על פרסומו, וזאת מבלי שבית המשפט יכנס בנעליו של העורך. בענייננו, בצדק נקבע הן על ידי בית המשפט המחוזי, והן על ידי בית המשפט העליון, כי יש לאסור את הפרסום כולו. כך או כך, מדובר בשאלה יישומית במקרה קונקרטי, ובוודאי שאין כאן עילה לקיום דיון נוסף.

70. עוד יצוין בהקשר זה, כי ההלכה שנקבעה בע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית סו(3), 691 (2014) (להלן: "עניין פלוני"), לפיה: **"לא נוכל ליטול על עצמנו בפסק דין את התפקיד של 'עורך ראשי' ואת התפקיד של מי שיווה על שינויים ברומן ספרותי"** היא ההלכה המחייבת ושאלת יישומה על המקרה הקונקרטי אינה מצדיקה דיון נוסף.

71. מכל מקום, בדומה לעניין פלוני, אף בענייננו מדובר בפרסום הרצוף בשקרים המהווים לשון הרע באופן אשר מצדיק את איסור הפרסום בכללותו. עוד יצוין, כי בדומה לעניין פלוני, אף בענייננו בית המשפט הנכבד ניסה בעבר להביא להסכמות בדבר עריכת שינויים בתוכנו של הסרט אשר יאפשרו את פרסומו, ומאמצים אלו לא נשאו פרי. כך כותב כבוד המשנה לנשיאה מצא בדנג"ץ 10480/03 בוסידן נ' בכרי, פ"ד נט(1) 625:

"לאחר שחזרתי וצפיתי בסרט, פעם ועוד פעם, תוך שימת לב מיוחדת לאותם חלקים מתוכו שבהם הוטחו העלילות השקריות בחיילי צה"ל, הגעתי לכלל מסקנה כי איטיב לעשות אם בטרם אחליט בעתירות לגופן אנסה להביא את הצדדים לכלל הסדר מוסכם שייתר את ההכרעה.

במהלך הצפייה בסרט סימנתי לעצמי חמישה קטעים, שמנקודת מבטם של העותרים הייתי מגדירים כבעייתיים במיוחד... זולת קטעים אלה איתרתי בסרט עוד כתשעה קטעים, שבהם מיוחסים לחיילי צה"ל מעשים שפגעו באזרחים, אך הדברים שנכללו בהם נראו בעיני כפחות בעייתיים...

בישיבת תזכורת שקיימתי ביקשתי לברר אם באי-כוחם של הצדדים ייאותו לשאת ולתת ביניהם בדבר גיבוש הסדר, שלפיו יסכימו המשיבים להשמטתם מן הסרט של קטעים בעייתיים במיוחד ולליוויים של כמה קטעים נוספים בכתוביות אזהרה. נמנעתי מלפרט באוזניהם אילו קטעים היה ראוי לטעמי להשמיט, וביחס לאילו קטעים ניתן להסתפק בכתוביות אזהרה. עם זאת ציינתי כי לטעמי הסרט מכיל כחמישה קטעים שראוי למשיבים להסכים להשמטתם ועוד כמה קטעים נוספים שראוי לעותרים להסכים להקרנתם בליווי כתוביות אזהרה. תגובתם הראשונית של פרקליטי הצדדים הייתה מעודדת. יכולתי להתרשם כי הן באי-כוחם של העותרים הן באי-כוחם של המשיבים מודעים לקשיים הכרוכים בהחלטת המועצה לאסור באופן מוחלט את הקרנת הסרט, כמו גם לקשיים הכרוכים בהקרנת הסרט בגירסתו הקיימת. משביקשו שהות לשאת ולתת ביניהם נעניתי לבקשתם, ומשחזרו וביקשו קבלת ארכה להשלמת מגעיהם התחזקה הערכתי כי במאמציהם המשותפים יעלה בידיהם להוביל להסדר מוסכם. ואולם מקץ כמה שבועות נוספים הודיעוני פרקליטי הצדדים כי לא עלה בידיהם להגיע להסכמה, וביקשוני להכריע בעתירות". (סעיפים 11-12 לפסק דינו של כבוד השופט מצא)

72. עוד יוער, כי קביעתו של כבוד השופט עמית לפיה בענייננו "היוצר הוא שמבקש מבית המשפט להסתפק בהסרת קטע בן ארבע השניות מתוך הסרט" (סעיף 84 לפסק דינו של כבוד השופט עמית) ולפיכך, בית המשפט לא נדרש להיכנס בנעליו – בכל הכבוד, שגויה. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, המבקש ציין את האפשרות להסרת ארבע השניות בהן מופיע המשיב 1 כטענה חלופית בלבד, אשר נטענה לראשונה בסיכומים לפני בית המשפט המחוזי. זאת ועוד, אף במסגרת הודעת הערעור לא נטענה כל טענה ביחס לסעד שנפסק על ידי בית המשפט המחוזי, ורק במסגרת הדיון בערעור שעה שנשאל בא כוח המבקש אודות עמדתו ביחס להסרת ארבע השניות, הסכים להסרתן (ראו: עמוד 14 שורה 16 לפרוטוקול הדיון מיום 16.5.2022). במצב דברים זה, ובהינתן העובדה שהמבקש לא מצא לנכון במשך השנים, חרף הקביעות בערעור הלוחמים, לתקן את הסרט, למצער על ידי הסרת אותן ארבע שניות, להוציא הודעת הבהרה, להביע התנצלות או לנקוט כל צעד אחר שיש בו כדי להבהיר כי הוא מתנער מחלק זה או אחר בסרט, אין מקום לערוך "את סרט הכזבים במקומו של המערער כדי לעזור לו בערעורו" כפי שנקבע בפסק הדין בדעת הרוב (פסקה 15 לפסק דינו של כבוד השופט שטיין). בעניין זה יוזכר, כי המבקש עצמו טען בעדותו כי אין באפשרותו לתקן את הסרט, משכך לא ברור כיצד טוען המבקש כי הסעד הראוי הוא תיקון הסרט מקום בו הוא עצמו טוען כי סעד זה אינו אפשרי.

73. מכל מקום, כפי שפורט לעיל, המבקש כלל לא טען בבקשתו שיש לקיים דיון נוסף בסוגיית הסעד שנפסק, ואין כל עילה לקיומו של דיון נוסף שעה שהטענות נוגעות לדרך יישום ההלכה הנוהגת על המקרה הפרטני.

II.2.ג. התיישנות התביעה

74. במסגרת בקשתו לדיון נוסף, מעלה המבקש טענות ביחס לסיווג העוולה כעוולה נמשכת, אשר לא מתיישנת כל אימת שהפרסום לא הוסר או לא תוקן כדבעי ונשאר נגיש לאחרים. אולם, בענייננו נקבע פה אחד כי תביעת המשיב 1 לא התיישנה, ללא קשר לסיווג העוולה כעוולה נמשכת. כך, אף לשיטת כבוד השופט עמית, אשר סבר כי יש לראות בפרסומים עוולות נפרדות, התביעה בגין הפרסומים מהשנים 2010-2012 לא התיישנה. לאור האמור, בית המשפט הנכבד פסק פה אחד כי תביעת המשיב 1 לא התיישנה בכללותה, אף אם היתה מחלוקת בין חברי ההרכב בהנמקה שהובילה אותם לתוצאה זו.

75. יודגש, המחלוקת שהתגלעה בין חברי ההרכב ביחס לסעד שנפסק על ידי בית המשפט המחוזי, נובעת אך מהמחלוקת הנוגעת לאחריותו של המבקש על הפרסום באתר youtube, ולא נובעת מחלוקי הדעות ביחס להתיישנות התביעה. לפיכך, אין כל משמעות אופרטיבית למחלוקת בין דעת המיעוט ודעת הרוב בענייננו, וכפי שפורט לעיל, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה הסעד שנפסק הוא סעד מידתי וראוי ואין מקום להתערב בו.

76. שעה שמוסכם על כולם, ואף המבקש לא טוען כל טענה הנוגדת את ההכרעה לפיה התביעה לא התיישנה, אין כל הצדקה לקיומו של דיון נוסף הנוגעת למחלוקת בין חברי ההרכב ביחס להנמקה. כפי שפורט לעיל, קיומה של דעת מיעוט אינה מצדיקה קיומו של דיון נוסף, והדברים נכונים ביתר שאת שעה שהמחלוקת נוגעת להנמקה בלבד, ואילו התוצאה מוסכמת על כל חברי ההרכב, ואף המבקש לא מעלה כל טענה ביחס אליה.

77. בפסיקה נקבע זה מכבר, כי "בחשיבותה של הסוגיה ההלכתית אין, ככלל, כדי להצדיק קיום דיון נוסף, מקום שלהכרעה המבוקשת לא תהיה נפקות מעשית ביחס לבעלי הדין (ראו, דנ"א 3444/97 חיימס נ' איילון חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 14.12.1997) וההפניות המופיעות שם)" (דנ"פ איתן פרחי נ' מדינת ישראל (נבו 31.5.2012), פסקה 11).

78. הנה כי כן, שעה שלהכרעה המבוקשת לא תהיה נפקות מעשית ביחס לבעלי הדין בענייננו, ושעה שמכל מקום הסעד שנפסק נוגע אך לפרסומים שלא התיישנו הן לשיטת דעת הרוב הן לשיטת דעת המיעוט, והיות שעסקינן אך במחלוקת ביחס להנמקה הרי שאין מקום לקיומו של דיון נוסף.

ג.2.3. אחריות המפרסם לפרסום חוזר עתידי של אדם אחר

79. במסגרת הבקשה, ואף על פי שלא הועלתה טענה זו בהודעת הערעור, טוען המבקש כעת כי שגה בית המשפט המחוזי בקבעו כי יש להטיל עליו אחריות אף ביחס להעלאת הסרט לאתר המרשתת youtube. בהודעת הערעור כלל לא התייחס המבקש לסוגיה זו, ואך טען בכלליות כי "שגה בית המשפט קמא שלא קבע כי עילת התביעה קמה והסתיימה עת יצא הסרט לאוויר העולם. הקרנות חוזרות, שלא הוכח כי היו ביוזמתו או בשליטתו של המערער אינן מחדשות את הדיבה, שאחרת כל פרסום שיש בו לשון הרע בספר, או בסרט, או בפזמון, שהם מדיומים נייחים קפואים בתוך עצמם, יהיה הסרט כעוף החול, ואם יוקרן שוב בעוד עשרים שנה ישוב לשון הרע לחיות ולהוות עילת תביעה" (סעיף 64 להודעת הערעור). הנה כי כן, המבקש התייחס לעניין זה רק ביחס לשאלת התיישנות התביעה ולא לעצם קיומה של האחריות, ולא עלתה כל טענה קונקרטית ביחס לחיובו בגין הפרסום באתר youtube.

80. לאור האמור, ציין כבוד השופט מינץ בפסק הדין כי: "המערער לא העלה בערעורו, אף לא ברמז, כל טענה נגד הטלת האחריות עליו בקשר לפרסום ב-youtube. די בכך אפוא לטעמי, כדי לקבוע כי אין מקום להתערב בסעד שניתן בקשר לפרסום זה, אליו לא נדרשו הצדדים ולא העלו טענותיהם לפנינו" (סעיף 12 לפסק דינו של כבוד השופט מינץ). כמו כן כבר נקבע בפסיקת בית משפט זה, כי מקום בו טענות המבקש לא נטענו לפני ערכאת הערעור, יש לדחותן (ראו: דנ"א 5083/99 עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ נ' יחזקאל (נבו 8.5.2000), בפסקה 10). משלא העלה המבקש את טענותיו במסגרת הערעור, יש לדחות את בקשתו לקיומו של דיון נוסף בהן, אך מטעם זה. שאם לא כן, אין לדבר סוף ובקשות לדיון נוסף יהפכו "מקצה שיפורים" עבור מבקשים שערעורם נדחה.

81. מכל מקום, נראה כי לב המחלוקת בין שופטי ההרכב נעוצה בנקודת המוצא העובדתית במקרה דנן, ולא רק בשאלת סיווגה של העוולה. כך, כבוד השופט עמית, שעל פסיקתו המבקש מתבסס בבקשתו, קובע כי "על מנת לקבוע כי פלוני ביצע עוולה של לשון הרע עליו להיות האדם האחראי לפעולת 'הפרסום', ולחלופין להיות מעוול המשותף מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין או להימנות עם הגורמים המנויים בסעיפים 11-12 לחוק איסור לשון הרע". הנה כי כן, מוסכם על כבוד השופט עמית כי לו נצא מתוך נקודת הנחה עובדתית שהפרסום נעשה בהסכמת המבקש, בידיעתו או באישורו, המבקש יישא באחריות בגין הפרסום. במילים אחרות, שאלת השליטה בפרסום היא שאלה עובדתית רלוונטית לצורך קביעת אחריותו של המבקש.

82. כך למשל ציין כבוד השופט עמית את שנקבע בפסק הדין ברע"א 1239/19 שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ (נבו 8.1.2020), סעיף 49 (להלן: "עניין שאול"), לפיו "במקרה הרגיל, ובהיעדר נסיבות חריגות (למשל כאשר המפרסם המקורי הוא אנונימי או בלתי ניתן לאיתור), ברירת המחדל היא כי התביעה תוגש קודם כל נגד המפרסם המקורי, בהיותו זה ש'חולל' את הפגיעה בשם הטוב. יש גם לתת את הדעת לכך שהמפרסם המקורי הוא זה שבכוחו להסיר באופן מיידי את הפרסום – שכן המשתף יכול רק למחוק את השיתוף מטעמו, מבלי שהדבר ישפיע על הפרסום המקורי. לעומת זאת, אם המפרסם המקורי מוחק את הפוסט המעוול, הוא יוסר אוטומטית גם מהחשבונות של המשתמשים המשתפים אותו" (סעיף 49 לפסק דינה של כבוד השופטת ברק-ארז). על כך, הוסיף כבוד השופט עמית: "רוצה לומר, שתביעה נגד המפרסם המקורי בגין הפרסום המקורי תחסוך את הצורך בהגשת תביעות נגד המשתפים בגין פרסומים חוזרים, שכן המפרסם המקורי מחזיק בכוח (הטכני) להביא גם למחיקתם בפועל של השיתופים" (סעיף 65 לפסק דינו של כבוד השופט עמית).

83. לאור האמור, קבע כבוד השופט עמית כי מקום בו המפרסם המקורי הוא אשר העלה את פרסמו בפלטפורמה נוספת או אף אם הוא הסכים או אשר את העלאת הפרסום ניתן יהיה לייחס לו אחריות כמעוול במשותף. אלא שלשיטתו של כבוד השופט עמית, "לנוכח נקודת המוצא העובדתית במקרה דנן, ולפיה העלאת הסרט ליוטיוב נעשתה שלא על דעת המערער ושלא בהסכמתו" לא ניתן לייחס למבקש אחריות בגין פרסום זה (סעיף 63 לפסק דינו של כבוד השופט עמית).

84. לעומתו, דעת הרוב סברה כי "כל אימת שהמערער משאיר את סרט הכזבים שלו במרחב הציבורי אחרי הצבתו שם, לא מתקנו, אינו מכחיש את תוכנו, ואינו פונה למקריני הסרט בדרישה להפסיק את הקרנותיו – קרי אינו עושה את כל אשר לאל ידו כדי לעצור את הפצת הדיבה שבסרט – הרי שהוא ממשיך להיות אחראי ללשון הרע שהביא לעולם" (סעיף 11 לפסק דינו של כבוד השופט שטיין). כלומר, לדעת הרוב, כל עוד באפשרותו של המעוול לתקן את עוולתו, עליו לעשות זאת. עליו לעשות כל אשר לאל ידו, ואין ציפייה כי המעוול יעשה מה שאינו בשליטתו. וכך קבע כבוד השופט שטיין בהתייחסו לקביעותיו של כבוד השופט עמית: "לדעת חברי 'הניסיון להטיל על אדם אחריות בגין פרסום שנעשה שלא בשליטתו, ללא ידיעתו וללא הסכמתו, משל היה מעין מעוול-במשותף-שלא-מדעת, הוא נסיון מוקשה" – ועם קביעה זאת אני כמובן מסכים. ברם, סבורני שאחריותו של המערער לפרסום סרטו ב-youtube, נגזרת ממחדלו-שלו, ולא מעוולתו של אדם אחר. המערער הציב את סרט הכזבים שלו במרחב הציבורי והוציא את דיבתו של המשיב 1 רעה באופן שאפשר את העתקת הסרט והצגתו ברבים, ואחר כך, כאמור לא עשה דבר – וגם לא חצי דבר, כדוגמת משלוח מכתב דרישה מטעמו כבעל זכויות היוצרים בסרט – כדי להביא להסרת הסרט מאתר ה-youtube" (סעיף 12 לפסק דינו של כבוד השופט שטיין). כלומר, כבוד השופט שטיין חולק על נקודת המוצא העובדתית ממנה יוצא כבוד השופט עמית, וקובע כי הסרט היה נתון לשליטתו של המבקש כבעל זכויות היוצרים על הפרסום, ושעה שבאפשרותו לפעול להסרת הפרסום, ולפיכך ניתן לראות בו כאחראי לפרסום.

85. כבוד השופט מינץ הצטרף לדעתו של כבוד השופט שטיין וקבע כך: "כל שטען המערער בעניין זה (וזאת בבית המשפט המחוזי, שעה שבערעורו כאמור לא העלה כל טענה בעניין) הוא, כי "אבדה לו השליטה" על הסרט מעת שהועלה לרשת האינטרנט (סעיף 76 לכתב ההגנה). אלא שברי כי טענת "אבדן שליטה" בנסיבות אלו אינה ניתנת להתקבל, שעה שכפי שהצביע חברי השופט שטיין, המערער לא עשה אף את תחילתה של הדרך, ולא פנה כלל ל-youtube כדי לבקש את הסרת הסרט" (סעיף 12 לפסק דינו של כבוד השופט מינץ).

86. דומה אפוא, כי המחלוקת בין חברי ההרכב נעוצה בשאלה העובדתית – האם הפרסום באתר ה-Youtube נתון לשליטתו של המבקש אם לאו. מחלוקת עובדתית זו אינה ראויה להתברר במסגרת בקשה לקיומו של דיון נוסף אלא לפני הערכאה הדיונית המבררת. בית המשפט המחוזי פסק בשאלה זו כי: "הנתבע עצמו לא חלק על עובדת היות הקרנת הסרט בגדר "פרסום", אלא הוסיף וטען כי בכל הנוגע לפרסום באמצעות אתר YouTube, נעשה הדבר שלא באמצעותו ושלא בידיעתו. לא מצאתי לקבל את טענותיו של הנתבע בעניין זה, ככל והן מתייחסות לפרסום כשלעצמו וזאת מקום בו לצורך בחינתו של הליך הפרסום בלבד, או השימוש בסרט והפצתו ברבים, אין הבדל בין הקרנתו בסינמטק או אוניברסיטה, אשר אף היא אינה נעשית על ידי הנתבע באופן ישיר ואישי, אלא בהסכמתו, לבין צפייה בו באמצעות אתר המהווה מעין ספריית סרטים רחבת היקף. כל זאת הן לעניין מתן ההיתר, והן לעניין השליטה בהיקף או עצם הפרסום. מהמועד בו בחר הנתבע כי הסרט אותו הפיק וערך – יופץ לציבור, מדובר בפעולה מוגמרת של פרסום בהיקף אשר אינו תחום או מוגדר, אלא עד כמה שהנתבע עצמו היה בוחר להגבילו או לתחום אותו" (סעיף 212-213 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי).

87. הנה כי כן, בית המשפט המחוזי קבע קביעה עובדתית לפיה, פרסום הסרט באתר המרשתת youtube היה נתון לשליטתו של המבקש, אף אם לא נקבע כי הוא עצמו העלה את הסרט לאתר. שעה שהמבקש עצמו לא

העלה כל טענה במסגרת הודעת הערעור בנוגע לקביעה זו של בית המשפט המחוזי, אין מקום להתערב בקביעה זו, וברי כי אין מקום אף לקיומו של דיון נוסף.

ד. לסיכום

88. לעמדת היועצת המשפטית לממשלה אין כל עילה לקיומו של דיון נוסף בפסק הדין, בהתאם להוראות סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט ולפסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד. המבקש מעלה טענות ערעוריות בעיקרן, אשר את חלקן לא העלה במסגרת ערעורו, תוך ניסיון לבצע מקצה שיפורים כעת, ומבלי שישנה כל הצדקה לקיומו של דיון נוסף בפסק הדין.

89. זאת ועוד, הסרט ועלילות השווא השקריות והמופרכות הכלולות בו, פוגעים פגיעה קשה, עמוקה וממשית ברגשות חוגים רחבים בציבור כולו, בחיילי צבא ההגנה לישראל, במשפחות השכולות ובלוחמים אשר נשלחו על ידי מדינת ישראל תוך חירוף נפשם בקרב נגד פעילי הטרור בסמטאותיו של מחנה הפליטים ג'נין. הסרט פוגע בשמם הטוב של לוחמים, וביניהם המשיב 1, שנשלחו להגן על אזרחי המדינה, רבים מהם לא שבו ורבים נושאים על גופם ונפשם את צלקות אותה לחימה, כמו גם בשמו הטוב של צבא ההגנה לישראל ובדורות של לוחמים שהמשיכו את דרכם.

90. ניסיונו של המבקש לשוב ולפתוח פעם נוספת את הדיון על אודות הסרט שלגביו נקבע זה מכבר במספר רב של הליכים כי הוא שקרי, פוגע אף הוא במשיב 1, בלוחמים שהשתתפו בקרב, ובמשפחות השכולות, ללא כל הצדקה. לאור האמור, היועצת המשפטית לממשלה מצטרפת לדברי כבוד השופט עמית בפסקה 90 לפסק דינו לפיהם **"יש לקוות כי פסק דיננו בערעור דנן יהיה החוליה האחרונה שתסתום את הגולל על היבטיה המשפטיים של פרשה זו. בחלוף כעשרים שנה דומה כי בשלה לכך העת"**.

91. פסק דינו של בית המשפט העליון וקביעותיו הברורות, מעבירים מסר ערכי-ציבורי חשוב בדבר אופיו השקרי של הסרט, ומפריכים, פעם נוספת, את הבדיות שנקשרו בחיילי צה"ל ומפקדיו ביחס לקרב בג'נין במהלך במצע חומת מגן. יתרה מזו, פסק הדין מעביר מסר חד וברור לפיו חופש הביטוי אינו נותן לגיטימציה לחופש הביזוי וכי כבודם ושמן הטוב של לוחמי צה"ל לא יהיה למרמס וכי בית המשפט העליון לא ייתן ידו לכך.

92. אף ההחלטה לאסור את הקרנת הסרט בישראל עושה צדק בראש ובראשונה עם המשיב 1, סא"ל (במיל') ניסים מאנג'י, אך היא עושה צדק עם כלל לוחמי צה"ל, הפועלים להגנת המדינה לשמירה על בטחונה ותושביה, תוך הקפדה על ערכי צה"ל ובהם מקצועיות ומוסריות בלחימה. משכך, גם לעמדת צה"ל והעומד בראשו, רא"ל הרצי הלוי, לפסק הדין ולתוצאותיו גם תרומה חשובה להגנה על ביטחון המדינה.

93. מדינת ישראל והיועצת המשפטית לממשלה רואים לעצמם חובה מוסרית, ציבורית ומשפטית לעמוד לימינו של המשיב 1 ושל לוחמי צבא ההגנה לישראל ולסייע בהגנה על שמם הטוב, עת מתפרסמים על אודותיהם פרסומים שקריים וכוזבים אך בשל שירותם הקרבי בצבא ההגנה לישראל. ישנה חשיבות לשוב ולהעביר מסר ברור לפיו מדינת ישראל לא תשלים עם אמירות שחורגות באופן כה ברור מגבולות השיח המוגן, תעמוד לצד לוחמיה ומפקדיה ותביע עמדתה המפורשת נגד אמירות שקריות מעין אלו.

94. לאור כל האמור לעיל, לעמדת היועצת המשפטית לממשלה אין מקום להיעתר לבקשה לקיום דיון נוסף בפסק הדין של בית המשפט הנכבד, ודין הבקשה להידחות.



מרווה בז'ה, עו"ד

המחלקה האזרחית בפרקליטות המדינה

ב"כ היועץ המשפטי לממשלה