



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010
א 1128-08
בשא 2160-09
בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

המבקשים בבש"א 2160/09 (הנתבעים מס' 1-4)

1. שידורי קשת בע"מ
2. אילנה דיין
3. אורלי פדרבוש
4. דורון גלעזר

המבקשת בבש"א 1356/09 (הנתבעת מס' 5)

5. רונית אלוני

נגד

המשיבים (התובעים)

1. אילן בירן
2. סקסואליטי בע"מ
3. אליזבט ואילן ניהול פיתוח ואחזקות בע"מ
4. אפגרייד שירותי רפואה בע"מ

1
2

פסק-דין

בתכנית "עובדה" המשודרת בערוץ השני בטלוויזיה, פורסמה כתבה העוסקת בנושא בעל עניין ציבורי: היעדר הסדרה מצד משרד הבריאות בתחום הטיפול המיני בישראל באמצעות בני זוג חלופיים ("סרוגייט"). במוקד הכתבה עמדה פעילותו של אילן בירן, בעלים במרפאות לטיפול מיני בין היתר באמצעות סרוגייט, כאשר לטענתם של המשיבים וכלשונם הוא הוצג בה כסוטה מין העוסק בניצול נשים למטרת שירותי מין. אלא שחרף עמדתם של המשיבים כי מדובר בפרסום שקרי ומבזה, הם ביכרו שלא להגיש תביעה נגד המפרסמים על פי חוק איסור לשון הרע – אלא אך ורק מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט. בש"א 1356/09 ובש"א 2160/09 המונחות בפניי הן בקשות לסילוקה על הסף של התביעה מחמת היעדר עילה (להלן: "התובענה" ו- "בקשות הסילוק"), ועיקרו של הדיון בבקשות אלה הינו בשאלה אם בנסיבות המקרה עומדת למשיבים עילת תביעה עצמאית בגין הפרסום מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, אם לאו.

14



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010
א 1128-08
בשא 2160-09
בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

הצדדים והרקע להגשתן של בקשות הסילוק

1. המבקשת מס' 1, שידורי קשת בע"מ, היא זכיינית של הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, ופועלת על פי רישיון שניתן לה מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, לשדר שידורי טלוויזיה מסחריים. המבקשת מס' 2, אילנה דיין, משמשת כמנהלת, מפיקה ומנחה של תכנית התחקירים המשודרת על ידי קשת וידועה בשם "עובדה" (להלן: "התכנית"). המבקשת מס' 3, אורלי פדרבוש, היא יוצרת הכתבה נושא התובענה - ששודרה בתכנית "עובדה" ביום 14/3/07 ועוסקת בטיפול המיני באמצעות סרוגייט (להלן: "הכתבה"). המבקש מס' 4, דורון גלעזר, משמש כעורך הראשי של "עובדה".

המשיב מס' 1, אילן בירן, הוא לדבריו בעל הכשרה בתחום הפסיכולוגיה, סוציולוגיה ופסיכו-סקסולוגיה; ועיסוקו כפי שכבר צוין הוא בטיפול ושיקום מיני, בין היתר באמצעות סרוגייט, ובהעברת סדנאות בתחום ההכונן האישי והמיני (להלן: "בירן"). עוד לדבריו של בירן, הוא אישיות ידועה ומפורסמת בתחום הטיפול המיני והבינאישי, והוא מרואיין בנושא בכלי התקשורת באופן תדיר. המשיבות מס' 2, 3 ו-4 הן חברות שהוקמו על ידי בירן, ובאמצעותן הוא מפתח ומפעיל מרכזים לטיפול ושיקום מיני וייעוץ ותמיכה בכל תחומי הגוף והנפש (ארבעת המשיבים יחדיו יכנונו להלן: "המשיבים").

2. במסגרת התובענה טוענים המשיבים כי במקום להעביר לצופים מידע אינפורמטיבי בנושא הטיפול המיני בישראל, הכתבה הפכה את בירן ל"קורבן בזירת הגלדיאטורים להשתוללות הקהל צמא הדם" והציגה אותו כ"סרסור זונות המנהל בית בוש", כלשונם של המשיבים (ראו סעיפים 3 ו-93 לכתב התביעה). המשיבים מבהירים כי לא בכדי נבחר בירן על ידי צוות התכנית לשמש כ"קורבן" בכתבה – כאשר לגרסתם מדובר בהחלטה מושכלת, שיסודה בעובדה כי בירן הוא דמות ידועה ומפורסמת בתחום הטיפול המיני בארץ, ומתוך הנחה כי "השלכתו של ידוען בעל שם לזירת הקולוסיאום, מושכת קהל רב יותר (רייטינג), ובתורן, הכנסות רבות יותר" (ראו: סעיף 95 לכתב התביעה). התובענה הוגשה גם נגד המבקשת מס' 5, רונית אלוני – העוסקת אף היא בטיפול מיני (להלן: "אלוני"). על פי הנטען נגדה, אלוני שיתפה פעולה עם צוות התכנית בהכפשתו של בירן – מתוך כוונה "לסגור עימו חשבון" בהיותו יריב עסקי ואישי שלה, וכן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

לפני: כב' השופטת ענת ברון

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

1 להתעשר בעצמה על חשבון הפגיעה במוניטין של בירן) ושל החברות שבבעלותו
2 (חמשת המבקשים יחדיו יכוננו להלן: "המבקשים").
3
4 המשיבים טוענים עוד כי הכתבה יוצרת מציאות מעוותת בנוגע לטיבו של הטיפול הניתן
5 על ידי בירן בתחום השיקום המיני – ובתוך כך היא מכילה מסכת של עובדות שאין להן
6 יסוד, עריכה מגמתית של ראיונות, ושימוש ב"אפקטים תועמלניים מתחום הלוחמה
7 הפסיכולוגית" כדוגמת מוזיקת רקע צורמת ומעוררת אימה (ראו סעיפים 36-40 לכתב
8 התביעה). בין היתר נטען כי על פי מצג השווא בכתבה, הטיפול המיני מורכב רובו ככולו
9 מקיום יחסי מין מלאים בין הסרוגייט לבין המטופל – בעוד שההיפך הוא הנכון: משקלם
10 של יחסי מין מלאים במהלך הטיפול הוא זניח (ראו: סעיפים 109-117 לכתב התביעה).
11 המשיבים אף מלינים על כך שתחת לראיין לכתבה מומחה אובייקטיבי בתחום הטיפול
12 המיני – צוות התכנית בחר לראיין את אלוני, שהיא מתחרה עוינת של בירן ועל כן
13 הציגה עמדה מגמתית בנושא (ראו: סעיפים 118-128 לכתב התביעה). עוד בכתבה,
14 הוצג קטע מתוך ראיון עבודה לתפקיד של סרוגייט שערך בירן לתחקירנית מטעם
15 "עובדה" – שצילמה את הראיון במצלמה נסתרת. נטען כי הראיון נערך על ידי צוות
16 התכנית באופן מטעה, כך שנראה היה כי לאחר מספר בודד של שאלות אינטימיות
17 שנשאלה בנוגע לתפקוד המיני שלה, התקבלה התחקירנית לעבודה – מבלי שנשאלה
18 אם היא בעלת רקע או ניסיון בתחום וללא שנערכו לה מבחני התאמה כלשהם. אלא
19 שלטענתם של המשיבים מדובר למעשה בראיון מקיף בן 45 דקות שנערך לתחקירנית
20 בנוכחותה של מומחית בפסיכותרפיה, שמהווה שלב מקדים בלבד לקבלה לעבודה
21 ולהתחלתה של תקופת ניסיון והדרכה לשמש כסרוגייט מן המניין (ראו סעיפים 146-
22 129 לכתב התביעה). בדומה לכך, לכתבה ראייה גם מי ששימשה כסרוגייט באחת
23 ממרפאותיו של בירן – ומתוך דבריה מצטיירת תמונת מצב סנסציונית ושקרית, שלפיה
24 הסרוגייט נוצלה על ידי בירן למתן שירותי מין, ונדרשה לעשות כן מספר פעמים ביום
25 מידי יום. אלא שבראש ובראשונה, לטענתם של המשיבים בירן אינו "דורש" מאף אחת
26 מן המועסקות במרפאותיו כסרוגייט כי יקיימו יחסי מין, אלא שהדבר נעשה בהסכמתן
27 המפורשת והמלאה; ובכל מקרה על מנת לקיים מספר מגעים מיניים ביום נדרש אף
28 אישור כשירות נפשית מיוחד מאת מנהל הקליניקה. פרט לכך, הסרוגייט שנבחרה על
29 ידי המשיבים להתראיין לכתבה היא לטענת המשיבים וכלשונם בחורה נקמנית



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

לפני: כב' השופטת ענת ברון

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

3.

- 1 ומניפולטיבית, והיא עשתה שימוש בריאיון על מנת לפגוע בבירן - כנקמה על כך
- 2 שמספר חודשים קודם לכן הוא מיאן לשתף עימה פעולה בניסיון לקבל במרמה עשרות
- 3 אלפי שקלים מן המוסד לביטוח לאומי (ראו: סעיפים 41-54 ו- 146-154 לכתב
- 4 התביעה).
- 5
- 6 הגם שברור מכתב התביעה כי קצפם של המשיבים יצא על המבקשים על כך שעל פי
- 7 הנתען פגעו בשמו הטוב של בירן בניגוד לאיסור הקבוע בחוק איסור לשון הרע,
- 8 התשכ"ה- 1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע") – את התובענה בחרו המשיבים
- 9 להגיש אך ורק בעילה לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט – 1979 (להלן: "חוק עשיית עושר"). ראשית, נטען כי המבקשים התעשרו שלא כדין כתוצאה משידור
- 10 התכנית המבוססת על דברי שקר ובלע. שנית, המבקשים הגדילו את התעשרותם
- 11 באמצעות שימוש בלתי מורשה שעשו בזכות הפרסום של בירן כידוע. על פי הנתען, על
- 12 המבקשים מס' 1-4 להשיב למשיבים את רווחיהם מן התכנית "עובדה" שבה שודרה
- 13 הכתבה וכן את רווחיהם מתכניות עוקבות, באשר לשידורה של הכתבה היתה השפעה
- 14 של שימור ואף הגדלת העניין בתכנית השבועית בקרב הצופים; ואילו על אלוני להשיב
- 15 למשיבים לטענתם את הגידול שחל ברווחיה מעיסוק בטיפול מיני כתוצאה מהכפשת
- 16 שמו של בירן והקטנת התחרות עימו בתחום זה. רווחי המבקשים מסתכמים על פי
- 17 הנתען לסכום כולל של ₪2,546,717 למועד הגשת התובענה. עוד זכאים המשיבים
- 18 לטענתם לפיצוי בגין עוגמת נפש שנגרמה לבירן בעקבות שידור התכנית, בסכום כולל
- 19 של ₪200,000.
- 20
- 21
- 22 במסגרת כתבי ההגנה מטעמם הכחישו המבקשים את גרסתם של המשיבים שלפיה
- 23 הכתבה הכילה מצגי שווא, הטעיה ושקרים; ונוסף על כך נטען כי בנסיבות המקרה אין
- 24 כל יסוד לתביעה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט נגדם. המבקשים סבורים כי לא
- 25 בכדי מנסים המשיבים להתחמק משימוש בעילת תביעה על פי חוק איסור לשון הרע –
- 26 שכן ברור למשיבים כי לנוכח ההגנות הקבועות בחוק זה, לא עומדת להם כל עילה
- 27 מכוחו. ואולם לשיטתם של המבקשים, אין לאפשר למשיבים לעשות שימוש בחוק
- 28 עשיית עושר – בראש ובראשונה משום שמהלך מעין זה יחשוף את העיתונות בארץ
- 29 למספר כה עצום של תביעות, עד כי יקיץ הקץ על חופש הביטוי והעיתונות. פרט לכך,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

לפני: כב' השופטת ענת ברון

11 יולי 2010
א 1128-08
בשא 2160-09
בשא 1356-09

1 המשיבים כלל לא הניחו בכתב התביעה את התשתית העובדתית הדרושה על מנת
2 לכמת את התעשרותם הנטענת של המבקשים הנובעת משידורה של הכתבה, אם
3 בכלל.
4

בקשות הסילוק

5
6 4. המבקשים טוענים כי על פי תקנה 100 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד – 1984
7 (להלן: "תקנות סד"א") יש למחוק את התובענה שהוגשה נגדם על הסף - מחמת
8 העדר עילה. לעמדתם, החוק אותו התכוון המחוקק להחיל על פרסומים עיתונאיים הוא
9 חוק איסור לשון הרע, ואין בלתו. תכליתו הספציפית של חוק זה היא ליצור איזון בין
10 זכותו של כל אדם לשם טוב לבין חופש הביטוי והעיתונות – כולם עקרונות על במשפט
11 הישראלי, במיוחד לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על מנת להגיע
12 לאיזון כאמור, בצידו של האיסור על פרסום לשון הרע קבע המחוקק הגנות כדוגמת
13 "אמת דיברתי" (סעיף 14 לחוק), "תום לב" (סעיף 15 לחוק) ואחרות. לעומת זאת, חוק
14 עשיית עושר הוא חוק כללי שאין בו הסדרה מתאימה של תחום לשון הרע ככלל ופרסום
15 עיתונאי בפרט, וממילא לא ניתן למצוא בגדרו הבחנה בין פרסום אסור של לשון הרע
16 לבין פרסום מותר. במצב דברים זה, השימוש בחוק עשיית עושר בתביעה שעל פי
17 תכליתה עניינה הוא לשון הרע - מהווה עקיפה של תכלית החקיקה, ואף חוסר תום לב
18 בשימוש בהליכי משפט. חמור מכך, השימוש בחוק עשיית עושר במקרה דנן עלול
19 להסב פגיעה בלתי מידתית לחופש הביטוי ולחופש העיתונות, ליצור חוסר וודאות בנוגע
20 לדין החל בנושא, ואף להציף את בתי המשפט בתביעות בכמות שאין מערכת המשפט
21 מסוגלת לעמוד בה. המבקשים מוסיפים וטוענים כי בכל מקרה יש למחוק על הסף את
22 תביעתן של החברות שבאמצעותן פועל בירן, המשיבות 2-4 - באשר שמותיהן של
23 חברות אלה כלל לא הוזכרו בכתבה, ועל כן לא ייתכן כי המבקשים התעשרו באופן
24 כלשהו על חשבונן.
25

26 המשיבים מצידם סבורים כי חוק איסור לשון הרע אינו יוצר הסדר שלילי בנוגע לתחולתו
27 של חוק עשיית עושר בנוגע לפרסום עיתונאי. בעוד שעל פי חוק איסור לשון הרע קמה
28 לנפגע מן הפרסום זכות לפיצוי נזיקי - חוק עשיית עושר מקים לו זכות השבה של
29 התעשרות המפרסם. לגישתם של המשיבים מדובר בזכויות שונות בתכלית, ועל כן הן



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010
א 1128-08
בשא 2160-09
בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

1 **אין מוציאות זו את זו. נוסף על כך, המשיבים אינם סבורים כי השימוש בעילה מכוח**
2 **חוק עשיית עושר במקרה של פרסום עיתונאי עלול לפגוע בחופש הביטוי והעיתונות**
3 **כנטען על ידי המבקשים, אלא שההיפך הוא הנכון: השימוש בעילה זו יוביל לריסון כלי**
4 **התקשורת וכן "לצמצומן של כתבות השקר ומופעי הסנסציה המפוברקים" (ראו סעיף**
5 **67 לתגובה לבקשות הסילוק), וכתוצאה מכך גם לירידה בשיעור התביעות המוגשות**
6 **נגד כלי התקשורת. בנוגע לתביעתן של המשיבות 2-4 – על פי הנטען אין כל רבותא**
7 **בעובדה ששמן לא נזכר בכתבה, שכן הפגיעה בשמו של בירן הביאה להתעשרותם של**
8 **המבקשים גם על חשבון.**

דיון

5.

11 **על פי ההלכה הנוהגת שומה על בית משפט לנקוט משנה זהירות בכל הנוגע לסילוקה**
12 **של תביעה על הסף - מתוך חשש לפגיעה בזכות הגישה של התובע לערכאות. על פי**
13 **מדיניות זו, מקום שבו קיים סיכוי וולו קלוש שאם יוכיח התובע את העובדות שבסיס**
14 **התביעה הוא יחזיק זכאי לסעד הנדרש על ידו, ואפילו יחזיק עליו לתקן את כתב התביעה**
15 **לשם כך – יש להימנע מסילוקה של התביעה על הסף [ראו למשל: רע"א 8263/08**
16 **שגיא נ' אנטוני רוט ובניו בע"מ, תק-על 2008(4) 1664, 1666 (2008)]. ואולם מצדו**
17 **השני של המטבע, כאשר ברור מתוך כתב התביעה כי העובדות המפורטות בו אין**
18 **יכולות לזכות את התובע בסעד הנתבע על ידו – אין מנוס ממחיקת התביעה על הסף**
19 **באשר היא אינה מגלה עילה, כאמור בתקנה 100 לתקנות סד"א [ראו: ד"ר יואל זוסמן**
20 **סדרי הדין האזרחי 133 (1995)].**

22 **אומר כבר עתה, כי לאחר עיון בכתבי הטענות ובטיעונים שנפרשו על ידי הצדדים**
23 **בבקשות הסילוק, בתגובה להן ובתשובות לתגובה – שוכנעתי כי בנסיבות המקרה**
24 **המפורטות בתובענה אין המשיבים זכאים לסעד מכוח חוק עשיית עושר כנטען על ידם,**
25 **ועל כן יש להורות על מחיקתה של התובענה מבלי לדון בה לגופה.**

6.

27 **כפי שכבר צוין לעיל, את עילת התביעה מכוח חוק עשיית עושר סומכים המשיבים על**
28 **שני אדנים: ראשית, נטען כי המבקשים התעשרו על חשבונם של המשיבים באמצעות**
29 **פרסום דברי שקר ודיבה בכתבה; שנית, נטען כי המבקשים התעשרו על חשבונם של**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

המשיבים על ידי שימוש שלא כדין ב"זכות הפרסום" של בירן. אדון בשני אדני התביעה
על פי סדרם.

סעיף 1 לחוק איסור לשון הרע קובע לשון הרע מהי:

"לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול –
(1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה,
לבוז או ללעג מצדם;
(2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחדים
לו;
(3) לפגוע באדם במשרתו, אם משרה ציבורית ואם משרה
אחרת, בעסקו, במשלח ידו או במקצועו;
(4) לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, גילו, מינו,
נטייתו המינית או מוגבלותו;
..."

מכתב התביעה ברור כי לדעתם של המשיבים, האופן שבו הוצג בירן בכתבה עלול

להשפילו בעיני הבריות, לבזותו בשל מעשיו או לפגוע במשלח ידו – ועל כן נראה כי

האכסניה הטבעית והמקובלת לדין בטרוניםיהם בנוגע לתוכן הכתבה היא חוק

איסור לשון הרע:

"לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול לפגוע בנכס היקר ביותר
לאדם - שמו הטוב וכבודו כאדם בעיני עצמו ובעיני זולתו. היא
ביטוי העלול להכתיים את אישיותו בעיני הזולת, ולפגוע בביטחונו
הפנימי גם כלפי עצמו. היא דבר העלול להרוס במחי יד, וכהרף
עין, שם טוב שנבנה ועוצב במשך שנים רבות באופן שלא ניתן
להחזירו לקדמותו, וכל פיצוי כספי לא ייטיב באופן אמיתי את
הנזק שנגרם. פגיעתה של הדיבה רעה לא רק כלפי מושא לשון
הרע עצמו, אלא גם כלפי סביבתו הקרובה - משפחתו, ילדיו
וידידיו. היא עלולה לפגוע קשות בנפש האדם, וכן בעיסוקו
ובמעמדו החברתי והכלכלי. היא עלולה לפגוע פגיעה ללא תקנה
בטעם חייו ובאיכות חייו. הגדרת 'לשון הרע' הקבועה בחוק הינה
הגדרה רחבה, הנבחנת בהתאם לסטנדרט אובייקטיבי של
האדם הסביר." [ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, תק-על
2008(3) 2030, 2036 (2008)].



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

אף על פי כן, המשיבים ביכרו כאמור לסמוך את התובענה דווקא על עילה מכוח חוק עשיית עושר – והשאלה העומדת לדיון היא אם הדבר ניתן, אם לאו. הגם שסוגיה ספציפית זו טרם נדונה בבית המשפט העליון – בפסיקה שיצאה מלפניו נקבעה זה מכבר הלכה בסוגיה קרובה, שעניינה היחס שבין חוק עשיית עושר כחוק הקובע נורמה כללית, לבין חקיקה פרטנית בתחום דיני החוזים ודיני הקניין הרוחני. יש אפוא מקום לבחון פסיקה זו ואם ניתן ללמוד ממנה לענייננו – בין על דרך ההיקש ובין על דרך ההבחנה.

טרם היציאה למסע הפרשני, מן הראוי להבהיר כי אין בכוחה של הוראת סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר לסייע במלאכה. הסעיף אמנם מורה כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון ואין הסכם אחר בין הצדדים" - ואולם לגישתו של פרופ' פרידמן, וזו מקובלת עליו, מדובר בנוסחה כללית המופיעה בדברי חקיקה רבים ואין בה אלא חזרה על עיקרון הפרשנות שלפיו הוראותיו של חוק מיוחד גוברות על חוק כללי גם כאשר החוק הכללי הוא מאוחר בזמן. פרופ' פרידמן מוסיף וקובע, כי בכל מקרה "ההוראות המיוחדות" הנזכרות בסעיף הן רק כאלה המסדירות את סוגית ההשבה מחמת התעשרות שלא במשפט - ולא כאלה שעניין פיצוי בגין גרימת נזק [ראו: דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 38-39 (1998); להלן: "פרידמן"].

7. בפסק הדין בעניין ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ה. דואיסבורג [פ"ד מב(1) 221 (1988); להלן: "פרשת אדרס"] הועמדה לדיון שאלת היחס שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני החוזים, כדלקמן:

"בין צדדים קיים חוזה. החוזה הופר. לצדדים תרופות על פי דיני חוזים. העומדות לרשות הצד הנפגע זכויות מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט? השאלה אינה מתעוררת אם החוזה שבין הצדדים מתפרש באופן שהצדדים מסכימים ביניהם (במפורש או במשתמע) לשלול תחולתן של זכויות אלה. מקובל עלי, כי בדרך כלל - וכפוף לשיקולים של תקנת הציבור - הזכויות מכח דיני עשיית עושר ולא במשפט הן זכויות דיספוזיטביות, והצדדים רשאים, בחוזה שביניהם, לשלול את תחולתן (ראה ע"א 156/82 ליפקין נגד דור הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85). אך מה הדין אם



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

1 החוזה שבין הצדדים אינו נוקט כל עמדה בשאלה זו?" (פרשת
2 אדרס, שם, בעמ' 261-262).

3
4
5 בדומה לכך, ברע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי
6 צריכה בע"מ [פ"ד נב(4) 289 (1998); להלן: "פרשת א.ש.י.ר"] נדונה שאלת היחס
7 שבין דיני עשיית עושר ולא במשפט לבין דיני הקניין הרוחני:

8
9 "החוקים בדבר הקניין הרוחני קובעים כי בהתקיים תנאים
10 מסוימים, מוענק קניין רוחני לבעליו. חוקי הקניין הרוחני אינם
11 קובעים בלשון מפורשת דבר באשר לדינו של אדם שלא
12 מתקיימים בו התנאים הנדרשים. מה מובנה של שתיקה זו?
13 האם תוצאתה היא כי דינו של זה ייקבע על פי מערכות
14 נורמטיביות שמחוץ לדיני הקניין הרוחני - ובענייננו, על פי חוק
15 עשיית עושר ולא במשפט (המסקנה הראשונה)? האם המסקנה
16 המתבקשת משתיקה זו הינה כי בחוקי הקניין הרוחני קיים חסר
17 באשר למקרים אלה, ויש להשלימו בדרכים המקובלות לכך
18 (המסקנה השניה)? או שמא מתפרשת השתיקה כהסדר שלילי
19 לגבי מצבים אלה, ואם כן, מה תוכנו של הסדר שלילי זה?"
20 (פרשת א.ש.י.ר, שם, 454-455).

21
22 נקודת המוצא לדיון בפרשת אדרס היתה כי אף שהחוזה עימה הופר - אין הנפגעת
23 זכאית לפיצוי כלשהו מכוח דיני החוזים; וגם בפרשת א.ש.י.ר לא היתה מחלוקת כי אין
24 לנפגע עילה מכוח דיני הקניין הרוחני. על כן, השאלה שעמדה במוקד הדיון בשתי
25 הפרשות היא אם ניתן להשלים חקיקה ספציפית באמצעות עיקרון ההשבה הכללי
26 הקבוע בחוק עשיית עושר, אם לאו. לעומת זאת, בענייננו התובענה הוגשה מלכתחילה
27 רק בעילה מכוח חוק עשיית עושר, והשאלה אם קמה אחריות מצידם של המבקשים
28 בגין פרסום הכתבה על פי הדין הספציפי, הוא חוק איסור לשון הרע, למעשה אינה
29 עומדת כלל לדיון.

30
31 8. בשתי הפרשות קבע כבוד הנשיא (בדימוס) א' ברק בדעת רוב, כי **המבחן לתחולת הדין**
32 **הכללי של עשיית עושר ולא במשפט במקרה שבו חל חוק ספציפי הוא דו-שלבי: בשלב**
33 **הראשון נקודת המבחן היא של הדין הספציפי, ושומה על בית המשפט לבדוק אם דין זה**
34 **שולל זכות על פי הדין הכללי של עשיית עושר ולא במשפט. ככל שהתשובה היא**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

לפני: כב' השופטת ענת ברון

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

שליטת - בשלב השני נקודת המבט היא של חוק עשיית עושר ולא במשפט, ויש לבדוק

אם במקרה הנדון מכיר חוק זה, מבחינה פנימית, בזכות ההשבה (ראו: פרשת אדרס,

שם, בעמ' 261-262 ופרשת א.ש.י.ר, שם, בעמ' 451-452). סעיף 1(א) לחוק עשיית

עושר קובע: שלושה תנאים מצטברים לקיומה של עילת השבה:

"מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה
אחרת (להלן -הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה),
חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית
או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה."

הנה כי כן, בשלב השני יש לבחון אם בנסיבות המקרה מתקיימים שלושת התנאים

המצטברים כדלהלן: קבלה של טובת הנאה, שלא על פי זכות שבדין, שבאה מאדם

אחר [ראו למשל: רע"א 729/04 מדינת ישראל נ' קו מחשבה בע"מ, תק-על 2010(2)

1177, 1182 (2010)].

אומר כבר עתה כי דעתי היא שחוק איסור לשון הרע יוצר הסדר שלילי בנוגע

לתחולתו של חוק עשיית עושר מקום שבו על פניו מדובר בפרסום לשון הרע כאמור

בסעיף 1 לחוק ולא נקבעה אחריות על פי חוק זה. אקדים עוד ואומר, כי גם אם חוק

איסור לשון הרע אינו שולל את תחולתו של עקרון ההשבה הקבוע בחוק עשיית עושר –

בנסיבות המקרה ממילא לא צומחת למשיבים זכות תביעה מכוחו, כפי שיפורט

בהמשך. ואולם יובהר כי אין באמור משום הבעת דעה בנוגע לאפשרות השלמתם של

דיני לשון הרע באמצעות חוק עשיית עושר מקום שבו נדונה ונקבעה אחריות על פי חוק

איסור לשון הרע, אלא שהדברים מכוונים אך ורק למצב שבו מבקש מי שנפגע מפרסום

לשון הרע "לעקוף" את ההגנות וההקלות הקבועות בחוק איסור לשון הרע באמצעות

תביעה מכוח חוק עשיית עושר, כבמקרה הנדון.

9.

בפרשת אדרס קבע הנשיא ברק כי מלשון "ההן" של ההסדר הפרטני הקבוע בדיני

החוזים בנוגע להשבה במקרה של ביטול החוזה, אין ללמוד "לאו" לגבי קיומה של זכות

השבה כללית מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט; לשון אחר: חוק עשיית עושר חל גם

כאשר קיים חוזה בין הצדדים. לגישתו של הנשיא, במסגרת דיני החוזים ביקש המחוקק



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

1 ליתן פתרון לבעיית ההתעשרות שניצבה לנגד עיניו במקרה של ביטול חוזה, בעוד
2 שמצבים אחרים השאיר להסדרתו של הדין הכללי בעניין עשיית עושר ולא במשפט
(בעמדה דומה מחזיק גם פרידמן; ראו: שם, בעמ' 41). **עם זאת, נקבע כי ייתכנו**

4 **מצבים שבהם חוק ספציפי קובע הסדר שלילי בנוגע לתחולתו של הדין הכללי:**

5

6 "יש והדין הספציפי ביקש לחרוג מהדין הכללי, ולקבוע הסדר
7 שהוא שונה מהדין הכללי בשל המיוחדות של המסגרת
8 הספציפית. תכלית זו יש לכבד. על כן מקום שהדין הספציפי
9 מתפרש, על רקע תכליתו, כשולל הסדר של הדין הכללי, יש
10 ליתן תוקף לדין הספציפי ולא לדין הכללי. ודוק: דחייתו של
11 הדין הכללי תעשה אך כדי הגשמת תכלית החקיקה ולא מעבר
12 לה. על כן, לענין סוגיות כלליות שלגביהן אין הדין הספציפי נוקט
13 כל עמדה, ימשיך הדין הכללי לחול." (ההדגשה שלי – ע.ב.).
14 (שם, בעמ' 263-264).

15

16 **בפרשת א.ש.י.ר קבע הנשיא ברק כי גם את דיני הקניין הרוחני אין לפרש על רקע**
17 **תכליתם כשוללים זכות השבה מכוח חוק עשיית עושר:**

18

19 "לדעתי, אין להסיק מהחוקים העוסקים בקניין רוחני עמדה
20 ברורה וחד-משמעית של המחוקק, השוללת זכות להשבה בגדרי
21 ההסדר השלילי. אכן, חוקים אלה לא נועדו לשלול השבה מקום
22 שאדם קיבל נכס שלא על פי זכות שבדין. הם באו להעניק זכות
23 קניין למי שמקיים את התנאים, והם באו - אם נניח שקיים הסדר
24 שלילי סביבם - לשלול זכות קניין ממי שאינו מקיים את תנאיהם.
25 אך הם לא באו לפגוע בזכות להשבה שאינה מבססת עצמה על
26 קניין (רוחני), מקום שזכות זו מוכרת על פי דין ההשבה הכללי."
27 (שם, בעמ' 457-458).

28

29 **אלא שבענייננו המצב הוא שונה. המשפט הישראלי מכיר הן בחופש הביטוי והעיתונות,**

30 **והן בזכות לשם טוב כנגזרת של זכות האדם לכבוד, כערכי יסוד בשיטת המשפט**

31 **הראויים להגנה. אין ולא יכול להיות חולק כי במקרה דנן פרסום הכתבה נושא**

32 **התובענה יוצר מתח בין שני ערכים אלה – כאשר מצד אחד ניצבת זכותו של בירן לשם**

33 **טוב, ומצד שני עומד חופש הביטוי של המבקשים כמי שעוסקים בעבודה עיתונאית.**

34 **שלא כמו דיני החוזים ודיני הקניין הרוחני – לחוק איסור לשון הרע תכלית ייחודית,**



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

והיא ליצור מקור נורמטיבי שיתווה את האיזון הראוי במקרה של התנגשות בין ערכי

היסוד הללו:

"מציאת נקודת האיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב נעשית בראש ובראשונה בדבר החקיקה המסדיר את סוגיית לשון הרע, היינו: בחוק איסור לשון הרע. השופט ברק עמד על עניין זה בפרשת אבנרי נ' שפירא, בציינו כי 'חוק איסור לשון הרע איזן בין זכות היסוד ההלכתית בדבר שם טוב לבין זכות היסוד ההלכתית בדבר חופש הביטוי, תוך שהוא קבע, כי כל אחת מהן תיסוג מפני רעותה בתחומים מסוימים'. על עיצוב החוק לאור איזון הזכויות ניתן ללמוד לא רק מהחוק עצמו, אלא גם מדברי הכנסת המעידים כי הצורך באיזון עמד לעיני המחוקקים בעת חקיקת החוק. (ההדגשות שלי- ע.ב.) [אורי שנהר דיני לשון הרע 32-31 (1997); להלן: "שנהר"].

10. ודוק: חוק איסור לשון הרע אינו מעדיף באופן גורף את אחת הזכויות על פני רעותה.

מדובר באיזון עדין, שנקבע על ידי המחוקק באמצעות הגדרת עוולה אזרחית ועבירה

פלילית של פרסום לשון הרע מחד גיסא, וקביעת הגנות הפוטרות מפרסם מאחריות

מאידך גיסא:

"בחוק איסור לשון הרע הביע המחוקק את עמדתו באשר לנקודות האיזון הנראות לו כראויות. הוא קבע, כי פרסום שיש בו לשון הרע אסור הוא, והוא מהווה עוולה אזרחית (סעיף 7) ועבירה פלילית (סעיף 6). עם זאת, האיסור אינו מוחלט. קיימים פרסומים, שיש בהם לשון הרע, ושהם מותרים (סעיף 13). קיימים פרסומים שבגינם יש למפרסם הגנה (סעיפים 15, 16, 14). כך, למשל, אפילו מהווה הפרסום לשון הרע, אין הוא מטיל על המפרסם אחריות אם הפרסום הוא אמת, ויש בו ענין ציבורי (סעיף 14). גם אם הפרסום אינו אמת ואין ענין ציבורי בפרסומו, נתונה הגנה למפרסם, אם הפרסום הוא בתום לב ונעשה בנסיבות מיוחדות שהחוק עומד עליהן (סעיף 15). נמצא, כי חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה - 1965 איזן בין זכות היסוד ההלכתית בדבר שם טוב לבין זכות היסוד ההלכתית בדבר חופש הביטוי, תוך שהוא קבע כי כל אחת מהן תיסוג מפני רעותה בתחומים מסוימים. המחוקק לא הכיר בזכות מוחלטת לשם טוב, תהיינה נסיבות הפרסום אשר תהיינה. בדומה, הוא לא הכיר בזכות מוחלטת לחופש הביטוי, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה. המחוקק איזן בין החופשים, תוך שקבע זכויות יחסיות, בהן מוותרת הזכות האחת לרעותה, תוך יצירת איזון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

עדין בין ערכי היסוד המתנגשים. (ההדגשות שלי- ע.ב.) [ע"א
214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 861-862 (1989),
להלן: "עניין אבנרי"; ראו גם: רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ'
מדינת ישראל, תק-על 2008(3) 2536, 2553 (2008)].

נוסף על כך, בעת הגדרת גבולות האחריות האזרחית והפלילית בגין פרסום לשון הרע
התחשב המחוקק באינטרסים חברתיים חשובים נוספים:

"האינטרסים הנהנים מהגנה מיוחדת בחוק איסור לשון הרע
כוללים, בין היתר, את הערך של התבטאות חופשית של ממלאי
תפקיד ברשויות הממשל השונות, את זכות הציבור לדעת דברים
הנוגעים לפעולות של רשויות הממשל ולעניינים שבהם יש ענין
ציבורי, את הזכות למתוח ביקורת על בעלי תפקידים ציבוריים
ואת האינטרס של גופים ורשויות שונים בקבלת תלונות." (ראו:
שנהר, שם, 32-33).

11. סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע מורה כאמור כי פרסום לשון הרע הוא עוולה אזרחית, וכי
הנפגע מן הפרסום זכאי לסעדים הקבועים בחוק איסור לשון הרע ובפקודת הנזיקין
[נוסח חדש]. סבורני כי **על פי תכליתו של חוק זה כפי שעמדתי עליה לעיל, יש ללמוד**
"לאו" מכלל "ההן"; קרי: פרסום לשון הרע אינו מקים לנפגע זכות לפיצוי מכוח דין אחר,
כל עוד לא נקבעה אחריות בגין הפרסום על פי חוק איסור לשון הרע, ובכלל זה גם לא
זכות השבה מכוח חוק עשיית עושר. כך, משום שהכרה בזכות ההשבה במקרה של
פרסום לשון הרע, מבלי שנקבעה אחריות בגין הפרסום על פי חוק איסור לשון הרע,
משמעותה הפרה של איזון האינטרסים החברתיים המונח ביסודו של חוק זה.

בפרשת א.ש.י.ר הטעים הנשיא ברק כי זכות ההשבה היא זכות עצמאית הקמה מכוחו
של חוק עשיית עושר – ומתוך קביעה זו ניתן לכאורה להסיק כי חוק איסור לשון הרע
לא נועד לפגוע בזכות ההשבה, שאינה מבססת עצמה על הזכות לשם טוב. **ואולם**
במקרה של פרסום לשון הרע, הזכות להשבה - בדיוק כמו הזכות לשם טוב – אף היא
מתנגשת עם חופש הביטוי.

"ככל שניתן הגנה מקיפה יותר לשמו הטוב של אדם, כן נפגע
יותר בחופש הביטוי. כל שמוסף לדיני איסור לשון הרע נגרע



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

לפני: כב' השופטת ענת ברון

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

מדיני חופש הביטוי (F. 2D 457, (1942 SWEENEY V.))
בדומה, ככל שניתן הגנה מקיפה יותר
לחופש הביטוי, כן נפגע בשמו הטוב של האדם. כל שנוסף
לחופש הביטוי נגרע מאיסור לשון הרע. (ההדגשות שלי-
ע.ב.) (עניין אבנרי, שם, 859-860).

גם מבחינת ניתוח כלכלי של המשפט – בנסיבות העניין, להכרה בזכות השבה נפקות
דומה להכרה בזכות לשם טוב. פסיקת פיצוי בגין פרסום לשון הרע מכוח חוק עשיית
עושר יוצרת תמריץ שלילי מצידם של המבקשים לפרסם כתבות בנושאים בעלי
עניין ציבורי; תמריץ שלילי דומה נוצר גם במקרה של פסיקת פיצוי מכוח חוק איסור
לשון הרע. ניתן אף לומר כי הכרה בקיומה של זכות השבה עצמאית בגין פרסום לשון
הרע, שקולה בענייננו להוספת איסור או מגבלה על חופש הביטוי אשר לא נקבעה
בחוק איסור לשון הרע - פעולה שעל פניו ברור כי המחוקק לא התירה:

"כידוע, היקפה העיוני והמעשי של חירות הביטוי בשיטתנו
הוא רחב עד מאוד. ... בהתנגשות העלולה להיווצר בין חופש
הביטוי לזכות לשם טוב אמר המחוקק את דברו וטבע את
האיזונים הראויים בין הזכויות האמורות. המחוקק בחר
להגדיר את גבולות השיח הציבורי על דרך של עריכת איזונים
בין אינטרסים שונים ולא על דרך של פסילת ביטויים כאלה
ואחרים. קביעה לפיה יש להוציא קטגורית מבין גדריו של
השיח הציבורי סוג מסוים של ביטוי, אינה עולה בהתאמה לא
עם גישתו העקבית של המשפט הישראלי הדוגל בחופש ביטוי
רחב, לא עם דברו של המחוקק, כאשר על האיזונים העדינים
שערך מתוך מגמה למזער הפגיעה בחופש הביטוי מזה
ולהעניק הגנה לזכותו של אדם לשם טוב מזה, מוספים
איסורים ומגבלות נוספים. בכך היה חופש הביטוי נמצא נפגע
למעלה מכפי שהמחוקק היה נכון לאפשר." (ההדגשה שלי-
ע.ב.) [רע"א 2572/04 פריג' נ' "כל הזמן", תק-על 2008(2)
3675, 3686 (2008)].

12. נמצאו למדים כי במבחן התוצאה, ההשקפה על זכות ההשבה כעל זכות עצמאית
ונפרדת מן הזכות לשם טוב נראית מלאכותית במידה רבה – שכן עצם ההכרה בקיומה
של זכות השבה משפיעה באופן ישיר על האיזון העדין שנקבע בחוק לשון הרע בין
ההגנה על שמו של אדם לבין חופש הביטוי, ומפרה איזון זה. בהקשר זה יודגש כי
החשש להפרת איזון האינטרסים המונח ביסודו של חוק איסור לשון הרע אינו חשש



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

מבוטל. לפגיעת יתר בחופש הביטוי נודעת סכנה לשיטת המשטר הדמוקרטי בכללותו,

ואילו העדפת יתר של חירות זו מסוכנת לשמו של אדם, ערכו, כבודו וקניינו:

"גם מטבע זה, שני צדדים לו: מחד גיסא, 'עיתונות חופשית ... היא תנאי הכרחי למשטר ייצוגי, לממשל תקין והוגן, לחירויות האדם. בפועל היא יכולה לשמש נייר לקמוס של הדמוקרטיה: יש עיתונות חופשית - יש דמוקרטיה; אין עיתונות חופשית - אין דמוקרטיה'. מאידך גיסא, 'לעיתונות, כידוע, יש כוח רב. בכוחה לרומם או להשפיל, להחשיך עולמו של אדם ולערער מעמדו של גוף' (דברי השופט 'זמיר בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, תק-על 98(2) 1352). הכתב האוחז בעט משול לקדר הלש בחמר. ביכולתו לעצב את מושא כתיבתו כראות עיניו וכיד הלשון הטובה (או הרעה) עליו. הפסיקה הכירה בכך, ש'כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לו לעיתים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר' (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 837, 856; בג"צ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 858). שמו הטוב של אדם - המוניטין שצבר לעצמו במהלך חייו - הוא נכס מקניינו, הנרכש לעיתים בעמל רב ולאורך זמן. הוא מהווה ביטוי חשוב לכבודו של האדם: הן כבוד במובן honor, לאמור - ההוקרה וההכרה הנובעים ממעמדו בחברה אליה הוא משתייך, והן כבוד במובן dignity, לאמור - ערכו הפנימי של האדם. שמו הטוב של אדם מאפשר לו להימנות על בני הקהילה, ובכך להגשים את עצמו ולעצב את אישיותו (ראו ע"א 6871/99 משה רינת נ' משה רום, תק-על 2002(2) 214). (ההדגשות שלי- ע.ב.) [ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558, 572-573 (2004)].

כל זאת ועוד. אם נעביר את התחרות שבין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב מן

הזירה שבה נקבעו כללי המשחק על ידי המחוקק (חוק איסור לשון הרע), אל הזירה של

חוק עשיית עושר שבה הכללים הם עמומים ונסמכים בעיקר על תחושת הצדק

וההגינות – החשש הוא מפני פריצת גבולות:

"חשש זה ממשי הוא, בעיקר בכל אותם המקרים בהם חובת ההשבה סומכת עצמה על דין 'פנימי'. במקרים אלה, הדין הכללי אינו קובע כי ההתעשרות אינה כדין. הקביעה כי ההתעשרות אינה כדין מתבססת על מבחנים שהם פנימיים לחוק עשיית עושר ולא במשפט. במצבים אלה קיים החשש כי המסגרת תיפרץ וכל מה שנתפס כחוקי על פי הדין הכללי ייתפס כבלתי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

1 חוקי לצרכי ההשבה. תוצאה זו יש למנוע. היא מערערת את
2 האיזון של המשפט הפרטי. היא פוגעת ביציבות. היא מסכלת
3 את ההרמוניה הפנימית של המשפט. (ההדגשה שלי- ע.ב.)
4 (פרשת א.ש.י.ר, שם, בעמ' 468-469).
5

6 אמנם בפרשת א.ש.י.ר מצא בית המשפט כי יש מקום להכיר בזכות ההשבה מכוח חוק
7 עשיית עושר – ואולם כבר הוברר כי בענייננו הנסיבות הן שונות, **לנוכח תכליתו**
8 **המיוחדת של חוק איסור לשון הרע.** נוסף על כך, **בפסיקה מן העת האחרונה שיצאה**
9 **מלפני בית המשפט העליון ניתן למצוא הדים לביקורת על ההלכה שנקבעה על ידי**
10 **הנשיא ברק בפרשת א.ש.י.ר. – כשבמוקדה הטענה שלפיה ההכרה בזכות ההשבה**
11 **במקרה הנדון שם גורמת להפרה של איזון האינטרסים שנקבעו על ידי המחוקק בדיני**
12 **הקניין הרוחני. אף שלא לצורך הכרעה בעניין שהובא בפניו, בע"א 8485/08 The FA**
13 **Premier League Limited נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט [תק-על**
14 **2010(1) 9727, 9740 (2010)] ציטט כבוד השופט ס' ג'ובראן מדבריו של המלומד**
15 **טוני גרינמן בנדון [טוני גרינמן זכויות יוצרים 65 (2003)]:**

16
17 "הואיל וכבר נערך איזון פנימי בדינים אלה בין האינטרסים
18 הציבוריים המתנגשים, ובמיוחד בין האינטרס שעניינו עידוד
19 היצירה לבין האינטרס הציבורי שעניינו חופש הביטוי והמידע, אין
20 זה ראוי להחיל את דיני עשיית עושר ולא במשפט בתחום זה
21 באופן שיפר את האיזונים הללו".
22

23 הגם שהדברים נאמרו בפסק דין שעסק בדיני זכויות יוצרים – ברי כי יפים הם גם
24 לענייננו. השופט ס' ג'ובראן אף הוסיף וציין שם כי באחרונה התחזקה בפסיקה הגישה
25 שלפיה **"שימוש יתר בעילות מתחום דיני עשיית העושר, בתחומים החופפים לדיני**
26 **הקניין הרוחני, אינו רצוי"**. כפי שפורט לעיל, גם דברים אלה מתאימים למקרה דנן.
27

28 13. לא נעלם מעיני כי בסוגית תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט במקרה שבו על
29 פניו קמה לנפגע עילת תביעה בנזיקין, מחזיק פרופ' פרידמן בגישה שונה:
30

31 "בדין האנגלו-אמריקאי סירבו לאפשר הגשת תביעה בעשיית
32 עושר לגבי רווח שהופק מהוצאת לשון הרע ודין דומה הוחל על
33 פגיעה בזכות הפרטיות (במדינות שבהן הדבר הוא בגדר עוולה).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

לפני: כב' השופטת ענת ברון

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

ג'שה זו אינה מוצדקת. נכון הוא ששמו הטוב של האדם אינו,
כרגיל, נושא למסחר, אולם העובדה שאדם לא יאות, בדרך כלל,
'למכור' את שמו הטוב, איננה סיבה לשלול תביעת השבה כלפי
נתבע ש'מכר' דיבתו של התובע. אין גם קושי לתאר מקרים
שבהם יופקו רווחים מ'מכירה' כזו, בין בדרך של הגדלת תפוצה
של ספר או עיתון ובין בדרך אחרת." (ראו: פרידמן, שם, בעמ'
453-452).

ואולם כפי שכבר הוברר לעיל, **הסיבה שבעטייה אין זה ראוי לאפשר הגשת תביעה
בעשיית עושר לגבי רווח שהופק מפרסום לשון הרע מקום שבו לא נקבעה אחריות
מכוח חוק איסור לשון הרע אין לה דבר עם העובדה שאדם על פי רוב לא ימכור את
שמו הטוב כפי שמציין פרופ' פרידמן – אלא שהיא נובעת מכך שתביעה מעין זו מנוגדת
לתכליתו של חוק איסור לשון הרע, כחוק מיוחד שנועד להסדיר את האיזון שבין
האינטרסים המתחרים במקרה של פרסום לשון הרע. במאמר מוסגר יוסף כי גם אם
ניתן לתאר מקרים של הגדלת תפוצה של ספר או עיתון כתוצאה "ממכירת" דיבתו של
אדם – מטבע הדברים ברור כי הקושי להוכיח את השיעור מתוך הרווחים שאותו ניתן
לייחס אך ורק להוצאת הדיבה הוא ניכר, וייתכן אף שמדובר בנטל שלרוב יהא זה בלתי
אפשרי להרימו.**

14. לא זו אף זו.

**משנמצאו למדים כי חוק איסור לשון הרע יוצר הסדר שלילי בנוגע לקיומה של זכות
השבה מקום שבו לא נקבעה אחריות לפיו – התוצאה היא שכבר בשלב הראשון של
המבחן הדו-שלבי שנקבע על ידי הנשיא ברק, מתברר כי לא יכולה לקום למשיבים
עילה מכוח חוק עשיית עושר נגד המבקשים. למעלה מן הצורך ייאמר שגם מנקודת
מבט של השלב השני - כשהוא לעצמו - של המבחן הדו-שלבי, דינה של התובענה הוא
מחיקה על הסף; זאת **באשר הדין הפנימי של חוק עשיית עושר ממילא אינו מצמיח
למשיבים עילה כלשהי, ואבאר.****

סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר מורה כי אחד התנאים לקיומה של זכות ההשבה הוא
שהוכח כי ההתעשרות היתה שלא כדין. באלה נסיבות ניתן לומר כי התעשרות שאינה



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

מפרה דין חיצוני כלשהו היא התעשרות שלא כדין? על פי ההלכה הנוהגת המבחן לכך
הוא **מבחן של צדק, והתעשרות היא שלא כדין אם היא נוגדת את תחושת המצפון**
והיושר. בפרשת א.ש.י.ר הבהיר הנשיא ברק כי מבחן זה יוכרע בכל מקרה ספציפי על
ידי איזון בין אותם ערכים ואינטרסים אשר בנסיבות המקרה מתנגשים ביניהם:

"עלינו לאתר את הערכים והאינטרסים אשר השכלול שביניהם
מבטא את 'תחושת הצדק' המזינה את חובת ההשבה. לשם כך
עלינו לחפש אחר המצבים הבסיסיים (ה'פרדיגמות' בלשונו של
דגן, שם, עמ' 619), תוך חשיפת הערכים והאינטרסים הנאבקים
בהם על הבכורה. אינטרסים וערכים אלה משתנים מסוג מקרים
אחד למשנהו." (שם, בעמ' 469-470).

בפרשת א.ש.י.ר המאבק היה בין חופש התחרות מחד גיסא לעידוד היצירה מאידך
גיסא; וכבר הוברר כי **במקרה דגן המתח הוא בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי**
והעיתונות. ההכרעה בין האינטרסים המתנגשים משתנה מסוגיה לסוגיה – וההקשר
הענייני הוא שקובע את נקודת האיזון הראויה [ראו: רע"א 10520/03 **בן גביר נ'**
דנקר, תק-על 2006(4) 1410, 1465 (2006)]. **כאשר עסקינן בחובת השבה מכוח**
דיני עשיית עושר ולא במשפט, להבדיל מעוולה נזיקית, הדגש הוא על התעשרותו
של המפרסם ולא על נזקו של נושא הפרסום:

"נקודת האיזון הראויה חייבת להתבסס על אופי התנהגותם של
הצדדים וטיב פעילותו של הנהנה (ראה פרידמן, שם, עמ' 46).
התנהגותו של המפר צריכה להיות כזו שתוביל למסקנה -
מנקודת המבט של רגש הצדק והיושר - כי אמת המידה
להתנהגות ראויה בין הצדדים מחייבת השבת ההתעשרות."
(פרשת א.ש.י.ר, שם, בעמ' 473-474).

15. **בעניין אבנרי**, התעורר הצורך באיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב בעת דיון
בבקשה לקבלת צו מניעה שיאסור פרסום שנטען כי הוא מהווה לשון הרע. הנשיא ברק
קבע שם בדעת רוב כי כאשר מדובר בפרסום העוסק בעניין בעל חשיבות ציבורית, כל
עוד שאין הכרעה שיפוטית הקובעת כי הפרסום הוא אסור על פי חוק איסור לשון הרע
– באיזון שבין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב יש לתת את הבכורה לחופש הביטוי:



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

לפני: כב' השופטת ענת ברון

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

"הזכות לחופש הביטוי היא זכות יסוד בשיטתנו. משקלה ניכר. כל עוד לא הוכרעה שאלת האחריות בגין לשון הרע ידה על העליונה כנגד הזכות לשם הטוב. כל עוד הפרסום אינו אסור, יש ליתן לו את מלוא החופש. מכאן, שאין להגביל את זכות חופש הביטוי בדרך של ציווי לשעה ובלבד שהנתבע מעלה טענה, שאינה טענת סרק, כי בידו להגן על הפרסום. אכן, קיים הבדל מהותי בין השלב בו הוכרעה אחריות של המפרסם, לבין השלב בו 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 אלון נ. ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 465, 449) - גובר האינטרס הציבורי להגן על השם הטוב בפני דברי שקר, על פני 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." (ההדגשות שלי- ע.ב.) (שם, בעמ' 867-868).

יוער כי הגם שיש מי שהעלה ספקות בנוגע לתוקפה של הלכה זו לאחר חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומשקיבלה הזכות לכבוד מעמד חוקתי [ראו: חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור לשון הרע הדין המצוי והרצוי 195-198 (2005)] – הלכה זו לא שונתה ועל כן היא מחייבת [ראו: רע"א 5395/09 פלוני נ' פלונית אלמונית, תק-על 2009(3) 4332 (2009)]. חשוב מכך, נקודת האיזון שנקבעה בעניין אבנרי מתאימה גם לענייננו – שכן הוברר כי **כאשר עסקינן בזכות השבה מכוח חוק עשיית עושר, לנזקו של נושא הפרסום נודעת חשיבות משנית בלבד בעוד שהבכורה ניתנת לטיבה של התנהלות המפרסם.** על פי התפיסה שביסוד שיטת המשפט הנוהגת אצלנו, **שיח ציבורי פתוח וחופשי הוא תנאי שבלעדיו אין להבטחת אינטרסים חשובים כגון התבטאות חופשית של בעלי תפקידים ברשויות, זכות הציבור לדעת פרטים על אודות פעילות הרשות ובנוגע לנושאים בעלי עניין ציבורי, אינטרס של גופים ורשויות שונות לקבלת תלונות וכיצא באלה** [ראו: רע"א 2572/04 פריג' נ' "כל הזמן", תק-על 2008(2) 3675, 3685 (2008)]. משכך, ולנוכח מרכזיותו של חופש הביטוי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

לפני: כב' השופטת ענת ברון

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

1 **בהבטחת משטר דמוקרטי תקין, פרסום דבר שעל פניו יש בו לשון הרע אינו מהווה**
 2 **כשלעצמו התנהלות בלתי ראויה – אלא רק אם לאחר דיון בהקלות ובהגנות**
 3 **הקבועות בחוק איסור לשון הרע נקבע כי מדובר בפרסום אסור.** דומה כי דברים אלה
 4 מקבלים **משנה תוקף שעה שעסקינן בפרסום עיתונאי העוסק בנושא בעל חשיבות**
 5 **ציבורית, כבענייננו. ודוק: כל עוד שלא נקבעה אחריות בגין הפרסום על פי החוק שנועד**
 6 **להגן על כל אדם מפני פגיעה בשמו הטוב (חוק איסור לשון הרע) – ודאי שאין מקום**
 7 **להעדיף את הזכות לשם טוב על פי חוק שלא שם דגש כלל על נזקו של נושא הפרסום**
 8 **(חוק עשיית עושר). כל מסקנה אחרת עלולה להוביל לתוצאה אבסורדית אשר תפגע**
 9 **באחדות ובהרמוניה של שיטת המשפט במקומותינו.**

10
 11 **סיכומו של דבר, דעתי היא שהכרה בזכות ההשבה כזכות עצמאית ונפרדת מדיני**
 12 **איסור לשון הרע, המתקיימת גם מקום שבו לא נקבעה אחריות בגין הפרסום על פי**
 13 **חוק איסור לשון הרע, מהווה "עקיפה" אסורה של דיני איסור לשון הרע שבצידה**
 14 **סכנה ממשית לפגיעה בלתי מידתית בחופש הביטוי והעיתונות.**

15
 16 **יש לדחות על הסף גם את טענתם של המשיבים שלפיה המבקשים התעשרו על**
 17 **חשבונם על ידי שימוש שלא כדין ב"זכות לפרסום" של בירן; ואבאר. הזכות לפרסום**
 18 **הוכרה בפסיקה כזכות כלכלית הנתונה לידוענים, ומגנה על יכולתם לשלוט בשימוש**
 19 **שנעשה בשמם, דמותם או קולם. הצורך בהכרה בזכות זו נובע ממציאות החיים**
 20 **הכלכלית והתקשורתית של העולם המודרני:**

21
 22 "כיום, שירותיהם של ידוענים מתחומי הבידור, הספורט
 23 והפוליטיקה, נשכרים כמעשה יום ביומו על מנת שישמשו
 24 במסעות פרסום לשיווקם של מוצרים ושל שירותים. בתמורה
 25 להסכמה לדבר בשבחם של מוצר זה או אחר, או להסכמה כי
 26 שמו יתנוסס על גבי המוצר, משתלמת לידוען תמורה. ערכה
 27 הכספי של זכות הפרסום הוא משמעותי. להתפתחות זו של חיי
 28 המסחר המודרני, נצרך המשפט ליתן דעתו. הידוען אוזח בזכות
 29 כלכלית, שאחרים מעוניינים לרכוש אותה או לשכור אותה ממנו.
 30 על זכות זו, ראוי שהמשפט יגן, בדרך של מניעת הפגיעה בה."
 31 [ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314,
 32 348-349 (2004); להלן: "עניין מקדונלד".]
 33



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

לפני: כב' השופטת ענת ברון

11 יולי 2010

א 1128-08

בשא 2160-09

בשא 1356-09

1 ואולם, כבר נקבע כי הזכות לפרסום מקנה לידוען שליטה מונופוליסטית על שימוש
2 בדמותו שנעשה אך ורק לצרכי מסחר וקידום מכירות (ראו: עניין מקדונלד, שם,
3 בעמ' 351-352). כך, משום ששליטה מונופוליסטית רחבה יותר עלולה להסב פגיעה
4 בלתי מידתית לאינטרס הציבור בחופש הביטוי:
5

6 "מן הראוי שהכרה בזכות לפרסום לא תגרור הגבלה חריפה מדי
7 על חופש הביטוי. ברור שזכותו של בעל הדמות לפרסום שוללת
8 מאחרים את האפשרות לכלול, ללא רשותו, את דמותו במודעות,
9 במסע פרסום או בניסיון לייחס את המוניטין שלו למוצר או
10 לשירות שהם מספקים. הזכות לפרסום חלה על שימוש
11 מסחרי. אולם הדעת נותנת שאין היא שוללת מהזולת את
12 האפשרות להתייחס לבעל הדמות או לאישיות במסגרת
13 ידיעות, חדשות, סטירה, קומדיה ואף פרסום 'קורות חיים'
14 ללא רשותו של בעל הדמות. זאת, גם אם הדבר נעשה תמורת
15 תשלום." (ההדגשה שלי- ע.ב.). (פרידמן, שם, בעמ' 455).

16
17 מאחר שאין ולא יכול להיות חולק כי בענייננו השימוש בדמותו של בירן לא נעשה לצרכי
18 מסחר או פרסומת, אלא במסגרת כתבה עיתונאית – התוצאה היא שבנסיבות המקרה
19 הלה כלל אינו נהנה מהגנה על הזכות לפרסום.
20

21 17. באחרית הדברים יצוין עוד, כי לא נעלם מעיני שבמסגרת התובענה עתרו המשיבים גם
22 לפיצוי בגין עוגמת נפש שנגרמה לבירן כתוצאה מפרסום הכתבה - ואולם המשיבים
23 בעצמם אינם טוענים כי קמה להם עילת תביעה עצמאית בנדון. לכן משהוברר כי לא
24 קמה למשיבים עילת תביעה מכוח חוק עשיית עושר, יש לדחות על הסף גם את
25 הדרישה לפיצוי בגין עוגמת נפש. לנוכח התוצאה שאליה הגעתי אף מתייתר הדיון
26 בטענות של המבקשים בנוגע למחיקה על הסף של תביעתן של החברות שבאמצעותן
27 פועל בירן, המשיבות 2-4, מכיוון ששמותיהן של חברות אלה כלל לא הוזכרו בכתבה.
28

סוף דבר

29
30 18. נטען על ידי המשיבים כי עומדת להם זכות תביעה מכוח חוק עשיית עושר – ראשית
31 משום שהמבקשים התעשרו על חשבונם באמצעות פרסום דברי שקר ודיבה בכתבה,
32 ושנית מאחר שהמבקשים התעשרו על חשבונם כתוצאה משימוש שלא כדין בזכות



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

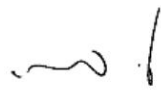
11 יולי 2010
א 1128-08
בשא 2160-09
בשא 1356-09

לפני: כב' השופטת ענת ברון

1 לפרסום של בירן. בנוגע ליסוד הראשון של התביעה – הוברר כי אין להכיר בזכות
2 השבה מכוח חוק עשיית עושר כזכות עצמאית ונפרדת מדיני איסור לשון הרע,
3 המתקיימת גם מקום שבו לא נקבעה אחריות בגין הפרסום על פי חוק איסור לשון הרע.
4 באשר ליסוד השני של התביעה – הוברר כי בנסיבות המקרה לא קמה לבירן הזכות
5 לפרסום, ועל כן ממילא לא ניתן להגן עליה באמצעות חוק עשיית עושר.
6 במצב דברים זה, נמצא כי בכל מקרה המשיבים אינם זכאים לסעד מכוח חוק עשיית
7 עושר כנטען על ידם, ויש לכן להורות על מחיקתה של התובענה על הסף בלא שתידון
8 לגופה; וכך אני מורה.
9
10 המשיבים ישלמו למבקשים הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין בסך של 15,000 ₪
11 למבקשים מס' 4-1 מצד אחד, ולאילוני מצד שני (ובסך הכל 30,000 ₪) בתוספת מע"מ
12 כדן .

13
14 ניתן היום, 11/7/10, בהעדר הצדדים וב"כ.

15
16 המזכירות תמציא את פסק הדין לצדדים בדואר רשום.

17
18
19 

ענת ברון, שופטת