



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

רע"א 1954/24

לפני: כבוד ממלא מקום הנשיא, יצחק עמית
כבוד השופט נעם סולברג
כבוד השופט אלכס שטיין

המבקש: נתנאל וקנין

נגד

המשיב: קיבוץ ניר דוד - אגודה שיתופית

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בנוף הגליל-נצרת, מיום 31.1.2024, ברע"א 44278-01-24, שניתנה על-ידי כבוד השופט א' אברהם

בשם המבקש: עו"ד חגי קלעי; עו"ד קרין תורן-היבלר

בשם המשיב: עו"ד יצחק פינק

פסק-דין

השופט נעם סולברג:

על הפרק – סוגיית ההתמודדות השיפוטית הראויה, עם סוג התביעות המכונה 'תביעות השתקה'.

1. בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בנוף הגליל-נצרת (שהוכתרה בכותרת 'פסק דין'), מיום 31.1.2024, ברע"א 44278-01-24 (השופט א' אברהם). בהחלטה, נדחתה בקשת המבקש למתן רשות ערעור על החלטת בית משפט השלום בנוף הגליל-נצרת, מיום 3.10.2023, בת"א 23321-05-21 (השופט א' טרס), שבגדרה נדחתה בקשת המבקש לסילוק התביעה שהגישה נגדו המשיבה, על הסף.

סיפור המעשה וההליכים עד כה: "יִנְיָב בְּנֵתָל" – [...] על עסקי נחל" (בבלי, יומא כב, ב)
2. המבקש, נתנאל וקנין, תושב העיר בית שאן, והמשיבה, קיבוץ ניר דוד אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (להלן: הקיבוץ), הם שני צדדים לוויכוח ציבורי סוער, לגבי זכות הגישה הציבורית אל נחל 'האסי', אשר עובר בשטח הקיבוץ. וקנין הוא מנהל של קבוצת פייסבוק בשם "משחררים את האסי" (להלן: הקבוצה), שחברים בה למעלה מ-

20,000 איש, השותפים לעמדתו של וקנין בוויכוח לגבי זכות הגישה אל הנחל. במסגרת השיח בקבוצה, ונוכח אופיו של המאבק שלמענו נפתחה הקבוצה ומתקיימת, התנסחו חברים בקבוצה, לא פעם ולא פעמיים, בלשון חריפה ותיקפה לגבי הקיבוץ; וקנין עצמו, גם הוא לא טמן ידו בצלחת, ובאמתחתו דברי ביקורת קשים שהפנה כלפי הקיבוץ.

3. על רקע זה, ביום 17.11.2020, שלח עו"ד אופק שוסטר, בשם הקיבוץ, מכתב שמוען אל וקנין, כותרתו – "ביצוע עוולות כנגד קיבוץ ניר דוד". בפתח המכתב קובצו שלל ציטוטים מן השיח בקבוצה, הכוללים ביקורות והאשמות כלפי הקיבוץ; אסתפק בשלושת הראשונים שנזכרו, דומני כי יש בהם כדי להמחיש את רוח הדברים: "כלבים בני כלבים"; "אין להם זכות קיום"; "רק לי הם מזכירים את הנאצים? [...] גזע הארי מול היהודי". בהמשך המכתב נטען, כי מנהלי קבוצות פייסבוק נושאים באחריות לפרסומים דיכתיים, המועלים במסגרת השיח המתקיים בקבוצות. מטעם זה, נטען כלפי וקנין כי היותו "מנהל בקבוצה", ו"פעיל אקטיבי ותוסס בקבוצה ו'בשטח'", משמעותה ש"עצם קיומה של הקבוצה מטיל עלינו] אחריות יוצאת דופן, עד כי עצם קיומה של הקבוצה מהווה עבורנו] נטל מהותי". זאת, בין היתר, בשים לב להוראות חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק), באשר לפיצוי ללא הוכחת נזק, בגין פרסום שפורסם בכוונה לפגוע.

4. עוד נטען במכתב, כי ביום 16.10.2020, במסגרת הרצאה שנשא וקנין במכללת 'סמינר הקיבוצים', הפיץ "דברים שלא דק שאינם נכונים, אלא שכלל לא יכולים להיות נכונים", וזאת "על מנת להשחיר את הקיבוץ". לבסוף נטען, כי במסגרת המאבק הנזכר, נשמעו בקבוצה גם כמה וכמה קריאות "לנקיטת פעולות 'בשטח' נגד הקיבוץ", כאשר וקנין עצמו 'צירף מחשבה למעשה', וביצע "שורה ארוכה של פעולות פסולות, ומטרדים יוצאי דופן" כלפי הקיבוץ, דוגמת השמעת מוסיקה מחרישת אוזניים בשטח הקיבוץ; טיפוס על גדרות הקיבוץ; הפרעה לתנועת כלי-רכב בשער הקיבוץ ובשטחו פנימה, ועוד כיוצא באלה.

5. המכתב סוכם בשורת דרישות שהפנה הקיבוץ אל וקנין:

"44.1. למחוק לאלתר כל פרסום שפורסם בקשר לקיבוץ בכל אתר אינטרנט או דף פייסבוק. בנוסף, נוכח ההיקף הבלתי נתפס של הפרסומים המעולים [בקבוצה], האופי השלילי הקיצוני שקיבלה הקבוצה, הנך נדרש למחוק את הקבוצה, ללא כל דיחוי.

בהקשר זה יוער, כי גם אם תפסיק לשמש כמנהל הקבוצה, תוך הותרת הקבוצה על כנה, אחריותך לפרסומים בקבוצה

תמשיך להתקיים, שכן את הנזק כבר גרמת וניסיון 'לברוח' ללא תיקון הנזק, הן ביחס לעבר והן ביחס לעתיד, לא יסייע בידך.

44.2. לשלוח לסמינר הקיבוצים, ולכל משתתפי הסדנה שבה אמרת דברים משוללי כל יסוד, הודעה כתובה, בנוסח שיתואם מראש עם הקיבוץ ויהיה מקובל עליו, ובו תודיע כי אמרת דברים שלא היו ולא נבראו.

44.3. לפרסם הודעת התנצלות בפני הקיבוץ, בנוסח שיתואם מראש עם הקיבוץ ויהיה מקובל עליו, ובמקום ובאופן שיהיה מקובל על הקיבוץ.

44.4. לחדול מלהסיג גבול, לחדול מיצירת המטרדים, לחדול מחסימת שער הקיבוץ ולחדול משלל הפרובוקציות שאתה מבצע בשער ובשטח הקיבוץ, ובכלל.

44.5. לשלם לקיבוץ פיצוי בסך 2,500,000 ש"ח, בגין [כ]ל העוולות שביצעת. סכום זה הינו לפניו משורת הדין, לצרכי פשרה בלבד, והוא נמוך בצורה ניכרת מהפיצוי המלא שעליך לשלם לקיבוץ".

6. הצדדים חלוקים אם ואילו מן הדרישות נענו על-ידי וקנין. על כל פנים, ברי כי וקנין לא שילם לקיבוץ את סכום הפיצוי שנתבע ממנו בסעיף 44.5 למכתב, וכי אף אם נקט פעולות כלשהן בעקבות המכתב, הרי שאותן פעולות לא הניחו ולא קיררו את דעתם של הגורמים המחליטים בקיבוץ. על כן, ביום 11.5.2021, הגיש הקיבוץ נגד וקנין את תביעת הנזיקין שניצבת ביסוד ההליך הנוכחי. בתביעתו, שב הקיבוץ וטען כי וקנין ביצע כלפיו את העוולות שפורטו במכתב, ואף פירט שורה של 77 פרסומים דיבתיים, אשר נטען כי וקנין נושא באחריות להם: רוב-רובם של הפרסומים, כ-70 במספר, נכתבו על-ידי חברים שונים בקבוצה, במסגרת השיח המקוון שהתקיים בה; יתר הפרסומים, שניתן למנותם על אצבעות שתי ידיים – נכתבו על-ידי וקנין עצמו בקבוצה, או שנאמרו על-ידו בפורומים שונים שבהם דיבר (דוגמת ההרצאה שנזכרה לעיל, מיום 16.10.2022). באשר לסעד, שב הקיבוץ על דרישת הפיצוי הכספי, שאותה הפנה אל וקנין גם במסגרת המכתב, ותבע ממנו סך של 2,500,000 ₪ (סכום זה נבחר, על-פי הסבר הקיבוץ, "מטעמי יעילות גרידא, ומשיקולים של סיכויי גביה, [...] למרות שברור כי הפיצוי המגיע לקיבוץ גבוה בהרבה מן הסכום הנתבע"); בניגוד לכך, יתר הדרישות שהפנה הקיבוץ אל וקנין במכתב – לא נזכרו בכתב התביעה.

7. ביום 8.7.2021, עוד בטרם הוגש כתב הגנה, הגיש וקנין בקשה לסילוק התביעה על הסף. בבקשה טען, כי מדובר בתביעה שמתקיימים בה "כל המאפיינים של תביעת השתקה. תכליתה העיקרית היא להטיל על [וקנין] את העלויות הניכרות של ניהול הליך (בזמן, משאבים רגשיים וכסף ממש) ולהשתמש בעצם ההליך המשפטי כדי להרתיע את [וקנין]

ופעילים חברתיים מפני פעילות ציבורית ופוליטית". בהסתמך על דבריו אלה, גרס וקנין כי מדובר בתביעה "קלושה וטורדנית", המהווה שימוש לרעה בהליכי משפט – טעמים המצדיקים, שניהם, את סילוק התביעה על הסף, בהתאם להוראותיהן של תקנות 41(א)(2) ו-42 (בהתאמה) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: התקנות).

8. ביום 3.10.2023, לאחר שלל ניסיונות, שלא צלחו, להביא את הצדדים לידי הסכמה, דחה בית משפט השלום את בקשת הסילוק על הסף. בהחלטה תואר, תחילה, כי "תביעות השתקה הן ביטוי לשימוש לרעה בהליכי משפט", ומנקודת מוצא זו נבחן היחס הראוי כלפיהן. בהקשר זה צוין, כי "הדוקטרינה בדבר 'תביעות השתקה' טרם נקלטה באופן מלא במשפט בישראל", הגם ש"נעשו ניסיונות לחוקק חוק בעניין", והדוקטרינה אף "זכתה להתייחסות בפסיקת בית המשפט העליון". לאחר שהוצגו המאפיינים שמנתה הפסיקה באשר לתביעות השתקה, ונזכרו כמה פסקי דין שבהם נדונה הסוגיה, סוכמו הדברים כדלקמן: "מהפסיקה עולה כי באותם מקרים שבהם בית המשפט משתכנע כי עומדת בפניו באופן מובהק תביעת השתקה ויש בידו לקבוע פוזיטיבית כי מתקיימים בה כל המאפיינים הנדרשים לצורך סיווגה כתביעת השתקה, להבדיל מהתרשמות ראשונית, והתובע לא עשוי לזכות בסעד גם אם יוכיח את תביעתו, ניתן לעשות שימוש בכלי של סילוק על הסף". זאת, גם "נוכח גישת הפסיקה לעניין סילוק תביעות על הסף ככלל, ובשים לב לזכות הגישה לערכאות, חשיבותה ומעמדה הרם".

9. ביישום תשתית משפטית זו על עובדות העניין, מצא בית משפט השלום כי אין ביכולתו לקבוע ש"מתקיימים מלוא התנאים הנדרשים לצורך סיווג התביעה כבר בשלב זה כתביעת השתקה", ולכן "אין בידן] להיעתר לבקשת הסילוק". זאת, מאחר שגם אם מתאפיינת התביעה בחלק ממאפייניהן של תביעות השתקה, הרי שמאפיינים אחרים אינם מתקיימים בה: לא הוכח כי "מדובר בתביעה חסרת יסוד"; וגם לא ניתן "לקבוע בשלב זה כי טכום התביעה, חסר אחיזה בדין". עוד צוין, כי ההכרעה בתביעה מצריכה בירור עובדתי, שאותו ניתן יהיה לבצע רק במעלה הדרך, באשר לשאלה אם וקנין הסיר ומחק חלק מן הפרסומים עובר להגשת התביעה, אם לאו. ההכרעה סוכמה אפוא כך: "לא הוכח בפניי כי המניע העיקרי להגשת התביעה הוא הרתעת [וקנין] ואחרים מפני השתתפות בדיון הציבורי בנושא נחל האסי. [...] מאפייניה של הדוקטרינה מצריכים בחינה עובדתית במסגרת בירור התביעה, ונכון לעתה אין לקבוע כי בפנינו תביעת השתקה מובהקת אשר הוגשה תוך שימוש לרעה בהליכי משפט". על כן, הטענה שלפיה יש לסלק את התביעה על הסף, מחמת שימוש לרעה בהליכי משפט – נדחתה. מטעמים קרובים, נדחתה גם הטענה לכך שיש לסלק את התביעה על הסף בהעדר עילה: "לא ניתן לומר כי לא עומדת לקיבוץ כל עילת תביעה שהיא

וכי אין אפשרות, ולו קלושה, כי הוא יזכה בסעד המבוקש על ידו או בחלקו, ומשכך, "אין מקום לסילוק התביעה על הסף בנימוק זה".

10. וקנין לא נכנע, והגיש לבית המשפט המחוזי בקשה למתן רשות ערעור על ההחלטה. הבקשה – נדחתה. כמצע לדיון, שב והזכיר בית המשפט המחוזי את שניצב גם בבסיס החלטת בית משפט השלום: "עניין לנו בבקשה לסילוק על הסף, ובכגון דא על בית המשפט לנהוג זהירות רבה בשל זכות הגישה לערכאות, ולאזן היטב בין קיומה לכאורה של עילת תביעה, לבין הנזק שייגרם לנתבע שייאלץ להתגונן מפני התביעה". על רקע זה, העלה בית המשפט ספקות אחדים באשר לכמה מטענותיו של וקנין, וציין כי בית משפט השלום לא נדרש "לבחון, כבר בשלב זה של ההתדיינות, כל פרסום ופרסום, אם מהווה הוא לשון הרע אם לאו". זאת, שכן די "בכך שלפחות חלק מן הפרסומים מהווים לשון הרע לכאורה, על מנת לומר כי התביעה צריכה להתברר", כאשר "בכלל זה תתבררנה, מן הסתם, גם טענות ההגנה של [וקנין], גם אם אין הן מצדיקות סילוק התובענה על הסף".

11. מכאן בקשתו של וקנין למתן רשות ערעור, שעמה הגיש גם בקשה לעיכוב הדיון בבית משפט השלום. בהחלטתי מיום 10.6.2024 נעתרתי, בהסכמת הצדדים, לבקשת העיכוב, והוריתי כי הדיון בהליך בבית משפט השלום יעוכב, עד מתן החלטה בבקשת רשות הערעור.

תמצית טענות הצדדים

12. לדברי וקנין, עניינו מצדיק מתן רשות ערעור, בשים לב לסוגיה המשפטית רבת החשיבות שמתעוררת בו – סוגיית ההתמודדות עם 'תביעות השתקה', שבמסגרתן נעשה שימוש בהליכים משפטיים, לשם מניעת ביקורת ודיון ציבוריים. עצם ניהולן של תביעות מסוג זה, טוען וקנין, מטיל עלויות כבדות על נתבעים, ועל כן, תיתכנה לו "השלכות קשות על חופש הביטוי, על מאבקים אזרחיים לגיטימיים למען אינטרסים ציבוריים ועל זכות הציבור לדעת"; זאת, בשל 'אפקט מצנן' שעלול להיווצר כתוצאה מתביעות אלה, המרתיעות את הרבים מהשתתפות רצויה בשיח הציבורי. בעניין זה נטען עוד, כי תופעת תביעות ההשתקה, שהוכרה זה מכבר במדינות הים, ונדונה בספרות, "הולכת וגוברת גם בישראל", ונדרשת לגביה הכרעה ברורה של בית משפט זה.

13. לגופם של דברים טוען וקנין, כי "ההליך כאן הינו מקרה בבחינת textbook case לתביעה משתיקה" ושימוש לרעה בהליך משפטי, שכן התביעה שהוגשה נגדו ממלאת אחר כלל התבחינים שהוצגו בפסיקה, ככאלה שמאפיינים תביעות אלה: הפיצויים

שנדרשו על-ידי הקיבוץ מופרזים ביותר, ולא גובו בכל הסבר או פירוט שיש בהם כדי להניח את הדעת, כשלמעשה – הקיבוץ כלל לא הצביע על נזק כלשהו שנגרם לו; עסקינן בוויכוח המעורר עניין ציבורי רב; ישנם פערי כוחות ניכרים בין התאגיד, התובע, לבין היחיד הנתבע; לא הוצג הסבר מספק לבחירה לתבוע אך את וקנין, כמנהל הקבוצה, חלף תביעת המפרסמים הישירים של הפרסומים שעל הפרק. בהתייחס למאפיין זה, האחרון, נטען גם כי בחירת הקיבוץ לתבוע את וקנין לבדו, מנוגדת להכרעת בית משפט זה, ברע"א 1239/19 שאול נ' חברת ניידלי תקשורת בע"מ, פסקאות 48-49, 54 (8.1.2020) (להלן: עניין ניידלי), שלפיה בהעדר טעמים חריגים, על תובע בלשון הרע לתבוע תחילה את מפרסמיהם הישירים של פרסומי הדיבה שבעטיים הוא תובע, תוך שאין לאפשר לו לנקוט "בררנות יתירה" באשר לנתבעים שנבחרים על-ידו. נוכח כלל האמור, סבור וקנין כי יש לקבוע שתביעת הקיבוץ הריהי שימוש לרעה בהליכי משפט, ולפיכך דינה להידחות על הסף, בהתאם לתקנה 42 לתקנות.

14. עניינים אלה קשורים בטעם נוסף אשר מצדיק, לטענת וקנין, את מתן רשות הערעור, ולאחר מכן גם את קבלת הערעור: לדבריו, דחיית בקשתו תוביל "לניהול הליך שגוי תוך בזוז משאבים שיפוטיים ומשאבים של הצדדים". זאת, בשים לב לכלל האמור לעיל בהתייחס לתביעת הקיבוץ, ובהתחשב בכך שלצורך במניעת הליך שגוי יש ליתן בסוגיה דנן משנה תוקף, כיוון ש"כל תכליתה של דוקטרינת השימוש לרעה, במקרים של תביעות השתקה, היא למנוע את הנטל הכבד, במשאבים כלכליים ונפשיים, של התמודדות עם הליך משפטי מלא".

15. הקיבוץ, מנגד, גורס כי 'לא מיניה ולא מקצתיה' – לעמדתו, בנקודת הזמן הנוכחית, ניצבת על הפרק רק קביעת בית משפט השלום, "כי לא יסלק את התביעה על הסף, מחמת כך שסבר כי יש צורך בבירור עובדתי בעניינים מסוימים לשם גיבוש עמדתו"; זאת, מבלי שנדחו "טענות [וקנין] לגופן (לעת עתה)". בנסיבות אלה, אליבא דקיבוץ, אין כדי להצדיק מתן רשות ערעור. כך, בשים לב לפסיקה ענפה, שלפיה התערבות ערכאת הערעור בהחלטות שעניינן דחיית בקשה לסילוק על הסף, תעשה אך במקרים חריגים ונדירים – פסיקה אשר יפה מ'קל וחומר', לשיטת הקיבוץ, מקום בו עסקינן בבקשת רשות לערער ב'גלגול שלישי'.

16. באשר לטענת וקנין, שלפיה בתביעת השתקה עסקינן, ובשימוש לרעה בהליכי משפט, מפנה הקיבוץ אל האמור בתצהירו של מזכיר הקיבוץ: "התביעה אינה תביעת השתקה, לא נקמה [וקנין], ואין כאן רקע אידיאולוגי, בשום צורה, וכן הלאה. איננו חפצים

להשתיק את [וקנין] או להרע לו בצורה כלשהי". עוד מצוין בעניין זה, כי "די לעיין בקומץ מהפרסומים" שפורטו בכתב התביעה, ו"די להבין את מספר הפעמים ש[וקנין] הגיע פיזית לקיבוץ ויצר מטרדים בלתי נסבלים ונזק, כדי להיווכח שטענות הקיבוץ לגיטימיות, מפורטות, נתמכות בראיות ובאסמכתאות", כדי להסיק כי וקנין פוסל במומו-שלו: "דווקא [וקנין] מנצל לרעה הליכי משפט בהגישו את הבקשה [לסילוק על הסף]. מלבד האמור, טוען הקיבוץ, כי בחוק הישראלי כלל לא קיימת הדוקטרינה של תביעת השתקה, כאשר בפעמים שבהן בכל זאת התייחסו אליה בתי המשפט, הודגש כי מטרתה "להגן מפני סיטואציה, בה, מצד אחד, מוגשת תביעה חסרת יסוד או גבולית; ומצד שני, התביעה תוקפת פרסומים לגיטימיים והבעת דעה או ביקורת לגיטימית". זאת, להבדיל מ"פרסומים משתלחים ומעוולים מהסוג החמור ביותר", דוגמת הפרסומים שבהם עסקינן בנדון דידן. גם סכום התביעה אינו מופרז, לשיטת הקיבוץ, אלא להפך – כמות העוולות הרבה ביותר, שבוצעו באירועים שונים ומובחנים, מלמדת כי "התביעה הוגשה על הצד הנמוך, ולא על הצד הגבוה". עוד טוען הקיבוץ, כי "טענת תביעת השתקה" לא מתאימה להתברר כטענת סף, אלא רק בטרקלינו של ההליך; וכי וקנין לא הוכיח שמפרסמיהם הישירים של הפרסומים הם אנשים שזהותם ידועה, משום ש"שמות ופרופילים פיקטיביים בפייסבוק הם תופעה מוכרת [...]. לא ניתן להניח סתם כך כי מדובר בפרופילים אמיתיים, ומי עומד מאחוריהם".

17. הקיבוץ הוסיף והצביע על שורת מקרים שבהם הוטלה אחריות, בערכאות הדיוניות, על "מנהלים (ADMINISTRATORS) של קבוצות פייסבוק ואתרי אינטרנט, ולו מחמת כך שלא מחקו פרסומים מכפישים שכתבו אחרים" – עניין שדי בו "כדי להיווכח שיש כאן תביעה ראויה ביותר ומבוססת". כן טוען הקיבוץ, כי נהג עם וקנין בהגינות, בכך שהקדים ופנה אליו במכתב התראה, ולאחריו המתין פרק זמן של כ-6 חודשים, שבהם בחר וקנין "שלא לעשות את הדבר הפשוט ביותר, המצוי בקצה אצבעותיו" ממש – ללחוץ על מקש ה-DELETE במקלדת ולמחוק את כל הפרסומים והח[ו]מ[ו]רים". רק משנוכח הקיבוץ כי הוא ממתין לשווא, וכי וקנין, מצדו, אינו משנה מדרכיו, "הוגשה התביעה בליט ברירה".

דיון והכרעה

18. בהתאם לסמכותי שלפי תקנה 149(2)(ב) לתקנות, החלטתי לדון בבקשת הרשות לערער כאילו ניתנה רשות, והוגש ערעור על-פי הרשות שניתנה. לאחר שעיינתי בכתבי טענות הצדדים, על נספחיהם, ובהחלטות בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור – להידחות, וכך אציע לחברי כי נורה. ההליך דנן מעורר סוגיה נכבדה, באשר לסוג התביעות המכונה 'תביעות השתקה' – נושא ש"טרם נדון

בהרחבה בפסיקתנו" (עניין ניידלי, פסקה 50; כן ראו: רע"א 1688/18 סרנה נ' נתניהו, פסקה 7 (15.4.2018) (להלן: עניין סרנה)); יש מקום להעמדת הלכה בנוגע לדרכי זיהוין של תביעות כאמור, ולמענה השיפוטי הראוי להן. כפי שיפורט להלן, סבורני כי זרעי הטיפול בכעיה נזרעו זה מכבר, וכי מזומנים לו לשופט היושב על מדין כלים אפקטיביים להתמודדות עמה, בפרט במסגרתן של תקנות סדר הדין האזרחי החדשות. נדרשים אפוא, בעיקר, חידודים, הבהרות והתווית דרך, כפי שמלמד ההליך שלפנינו, והליכים נוספים הדומים לו; "הרי שולחן, והרי בשר, והרי סכין" – לא נותר לנו אלא לפרוש מפה, לערוך את השולחן, ו"לאכול" (על-פי בבלי, קידושין מו, א). אגש אל המלאכה.

תביעות השתקה – מדריך למשתמש (לרעה)

19. תופעה מוכרת וותיקה בעולמן של תביעות לשון הרע, שהוצגה לראשונה לפני למעלה משלושה עשורים, היא התופעה של תביעות ההשתקה, ובלעז: – SLAPP – Strategic Lawsuits Against Public Participation. הראשונים להצביע על התופעה היו צמד חוקרים אמריקנים, ג'ורג' פרינג ופנלופה קנאן, שריכזו את פירות עמלם בספר: GEORGE W. PRING & PENELOPE CANAN, SLAPP'S – GETTING SUED FOR SPEAKING OUT (1995). בתמצית שבתמצית, מדובר על דפוס פעולה שבמסגרתו גורמים בעלי כוח וממון עושים שימוש בתביעות משפטיות, לשם השתקת שיח ציבורי וביקורת המופנים כלפיהם. ה'עוקץ' במהלך האמור, הוא שללא תלות בתוצאתן של התביעות, הרי שכבר עצם החשיפה להליכים המשפטיים – שיהיו, במרבית המקרים, הליכי לשון הרע – יש בה כדי להשית מחירים כבדים על נתבעים, ועל כן גם כדי לייצר 'אפקט מצנן', ולהרתיע את הרבים מנטילת חלק בשיח הציבורי ומהשמעת ביקורות על 'שחקנים חזקים'. אין צורך לומר, כי בדברים גלומה סכנה לפגיעה של ממש בחופש הביטוי, ובשיח הפתוח שנמנה על יסודותיה החשובים ביותר של המדינה הדמוקרטית (עניין ניידלי, פסקה 50; רע"א 4512/20 חברת מנו ספנות בע"מ נ' בלס, פסקה 15 (14.10.2020); שחר טל "אימת הדיבה: מפת התמריצים להגשת תביעות SLAPP בישראל" משפטים מה 515, 516 (2016) (להלן: טל); חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור דיני לשון הרע – הדין המצוי והדין הרצוי 457 (מהדורה שניה מורחבת 2019) (להלן: גנאים, קרמניצר ושנור); רחל ארידור הרשקוביץ ותהילה שוורץ אלטשולר תביעות השקתה: מאפיינים, סכנות ודרכי התמודדות 46 (המכון הישראלי לדמוקרטיה – מחקר מדיניות 116, 2022) (להלן: ארידור הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר)).

20. לבד מן האמור, צוינה גם הפגיעה שנגרמת לציבור המתדיינים בבתי המשפט, עקב הפניית משאבים שיפוטיים למי שאינם ראויים להם: "לא פחות חשוב, תביעות

SLAPP יוצרות עומס לא רצוי ולא מוצדק על מערכת המשפט", כאשר העובדה שפעמים רבות תביעות אלה נדחות בסופו של דבר, רק "מעצימה את תחושת הביזוי של מערכת המשפט" (טל, עמודים 521-522; כן ראו: תקנה 5 לתקנות; יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי: מורה נבוכים 288-289, 293 (מהדורה שניה 2023) (להלן: רוזן-צבי)).

21. אחר שעמדתי, בקיצור נמרץ, על תופעת תביעות ההשתקה וקללותיה, נותר עוד ליתן סימנים בתביעות אלו, על מנת לזהותן ולספק הגנה מפניהן. בהקשר זה, הצביעו העוסקים במלאכה על כמה וכמה מאפיינים ש'נשתבחו' בהם תביעות ההשתקה, כאשר אין מדובר ברשימת תנאים מצטברים, וכאשר מטבע הדברים, ככל שימצא כי תביעה פלונית 'נגועה' ביותר מאפיינים מן המנויים להלן, תגבר הנטיה לסווגה כתביעת השתקה, ולהפך. בקווים כלליים אציין, כי המאפיינים מסודרים מן הכבד אל הקל, על סולם תרומתם הפוטנציאלית לסיווגה של תביעה כתביעת השתקה; "בגדול הַתָּל וּבְקֶטֶן כְּלָה" (בראשית מד, יב) (רבים מן הדברים שלקמן נסמכים על עניין ניידלי, פסקאות 48, 50 ו-54; טל, עמודים 536-537; גנאים, קרמניצר ושנור, עמוד 457; רוזן-צבי, עמוד 292; ארידור הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר, עמודים 48-52):

(-) פערי כוחות בין בעלי הדין – תובע הנהנה ממשאבים כספיים ומנגישות נוחה לשירותים משפטיים, לא אחת תאגיד, כאשר 'חלופיהן בנתבע' (על-פי משנה, אבות ה, ז), דהיינו: מדובר באדם פרטי, או תאגיד קטן שאינו פועל למטרות רווח, אשר אין בידי משאבים כלכליים יוצאי דופן. במצב דברים זה, השפעותיו של ההליך המשפטי על כל אחד מן הצדדים – שונות בתכלית. מכאן נכונותו של התובע לשאת את מחירי ההליך, ומכאן גם הרתיעה מן ההליך שתהיה מנת חלקו של הנתבע בפועל, ושל נתבעים פוטנציאליים נוספים.

(-) עילת תביעה חסרת יסוד או גבולית – כפי שיפורט להלן, מטרתו של תובע בתביעת השתקה אינה בהכרח קבלת הסעד המבוקש על-ידו במסגרת התביעה, כי אם השתקת 'דובר סורר' שפעילותו הציבורית אינה רצויה לתובע. משאלה הם פני הדברים, ובהינתן שתביעות ההשתקה פועלות חלק ניכר מפועלן באמצעות ההליך עצמו, ללא תלות בתוצאותיו, הרי שמדובר בתביעות שתוגשנה לא אחת גם בהעדר עילת תביעה מוצקה ואיתנה, שבכוחה להוביל לזכיה במשפט – עניין זה פשוט אינו הכרחי עבור השגת יעדיה של תביעת ההשתקה. ומצדו השני של המטבע: אם בידי תובע עילת תביעה מוצדקת, ונעשה בה שימוש ראוי, הרי שאין לראותה כתביעת השתקה; גם אם תוצאה

נלווית לה תהיה הרתעה מהפצת פרסומים דומים, פסולים אף הם – מדובר בתוצאה חיובית ורצויה.

(-) תביעת פיצוי מופרז ונטול בסיס – אף כאן עסקינן בכלי שנועד להלך אימים על הנתבע הקונקרטי – ולא פחות חשוב מכך, על נתבעים פוטנציאליים – באמצעות חשיפתם לחבות בפיצויים 'אסטרונומיים', שבהם לא יוכלו לעמוד. בהקשר זה יש לבחון, בין היתר, אם התובע מצביע על נזקים בפועל שנגרמו לו, או אף על הסבר כלשהו לסכום שנבחר על-ידו.

(-) ברירת נתבעים בעייתית ונטולת הצדקה – במצבים שבהם ניצבים לפני התובע כמה וכמה נתבעים פוטנציאליים, כפי שפעמים רבות יהיה המצב בהתייחס לשיח המתקיים על גבי המרשתת (מדגימות זאת עובדות ענייני-אנו, שבגדרו נתבע מנהל קבוצה מקוונת בין היתר בגין פרסומיהם של אחרים בקבוצה, כמו גם הסוגיה שנדונה בעניין ניידלי – דינם של שיתוף ו'חיבוב' (Like) של פרסום ברשת חברתית), יש מקום להתחשב גם בזהות הנתבע שנבחר על-ידי התובע. בהקשר זה צוין בעניין ניידלי, כי יש להישמר מפני "שימוש בלתי הוגן בכוח התביעה, כך שזו תוגש למשל דווקא נגד משתפים שאינם בעלי אמצעים ושכוח התביעה נגדם עשוי להיות, לפחות באופן תיאורטי, משמעותי יותר" (פסקה 48; לתוצאת בחירה כאמור, בהתייחס לסוגיה של תביעת משתפי פרסום, ראו שם, פסקה 54; והשוו: מיכל לביא "שיתוף לשון הרע ברשתות חברתיות: בעקבות ע"א 1239/19 שאול נ' נידילי תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 8.1.2020) משפטים על אתר טו 159, 183-184 (2020) (להלן: לביא)). להיבט זה עשויה להיות חשיבות גם בקשר לזיהוין של תביעות השתקה. כך, יש לבחון אם בחירת התובע בנתבע היא למעשה בחירה 'אסטרטגית', ההולמת דווקא מהלך של השתקה, להבדיל מניסיון לקבל פיצוי כדין בגין פגיעה שהסבה לו התרת חרצובות הלשון. ביטויים אפשריים לכך הם, למשל, בחירתו של נתבע שאינו מפרסם הפרסום הישיר, ללא הסבר משכנע (על כך ראו: עניין ניידלי, פסקה 54; לביא, עמודים 185-193); או תביעה אישית נגד אדם פרטי, חרף העובדה שהלה פרסם את פרסומו תחת גוף שבמסגרתו פעל, דוגמת כלי תקשורת, עמותה ועוד כיוצא באלה (לפירוט בחירות מסוג זה של תובעים, ראו: ארידור הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר, עמודים 50-52).

(-) תביעה המוגשת בגין אמירות שהושמעו במסגרת ויכוח ושיח בנושא אשר עשוי לעורר עניין ציבורי – במרבית המקרים, תביעות השתקה מכוונות לפגיעה בשיג ובשיח בחברה, באשר לנושאים שעשויים לעורר עניין ציבורי, ולהוציא מתחומם אמירות שאינן

לרוחו של התובע. זאת, בשל פגיעה באינטרסים, או נזקים שהתובע סבור כי פעילות ציבורית מסוימת מסכה לו, הגם שמדובר בנזקים שאינם בני פיצוי (למשל, כי יסודה בטענות אמת).

(-) מכלול התנהלות התובע – נוסף על כלל המאפיינים שהוצגו עתה, יש מקום גם למבט כללי על דרך התנהלותו של התובע, תוך שימת לב אם זו מעלה אינדיקציות לפעילות 'השתקתית'. דוגמאות אפשריות לכך, הן מכתבים ואזהרות שנראים כמכוונים דווקא להשתקת הנתבע, להבדיל מניסיון לקבל פיצוי על נזקים שהסב, כמו גם מהלכים דיוניים אחרים, שעניינם הכבדה על הנתבע והתעמרות בו (לדוגמאות למהלכים שכאלה ראו, למשל: רע"א 2816/17 דהרי נ' לוי, פסקאות ו-ו-י (10.5.2017), שם דובר, בין היתר, בתובע שבחר לנהל נגד הנתבע כמה וכמה הליכים, ללא הצדקה; פסק דיני בת"א (מחוזי ירושלים) 8069/06 החברה לאוטומציה במינהל השלטון המקומי בע"מ נ' גור, פסקה 35 (13.7.2009) (להלן: עניין החברה לאוטומציה), שם דובר בתובעת שלא בחלה בשלל אמצעים דיוניים על מנת להתאנות לנתבע ולהקשות על ניהול ההליך – הגישה את התביעה בבית משפט המרוחק ממקום מגורי הנתבע, הסתירה מסמכים חשובים ועוד מהלכים כיוצא באלה).

מענה 'נוסח ישראל' לתביעות השתקה – שימוש לרעה בהליכי משפט

22. נוכח כלל הנזכר, לאחר שהומשגה תופעת תביעות ההשתקה, הובאה לקדמת הבמה, ונלמדו נזקיה ותחלואיה, יצרו מדינות שונות כלים משפטיים להתמודדות עם הבעיה – הסדרי Anti-SLAPP. הסדרים אלה נוצרו, במרבית המקרים, באמצעות חקיקה, אך בחלק מן המדינות שורשיהם ניטעו בהלכה הפסוקה (לסקירה מקיפה, ראו: ארידור הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר, עמודים 96-145; נתי פרלמן תביעות השתקה: סקירה משווה 19-7 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2020)). בישראל לא ננקט מהלך חקיקתי דומה, חרף מספר ניסיונות ראשוניים לפסוע בכיוון זה (לפירוט הניסיונות ראו למשל שם, עמודים 1 ו-5, המתארים גם ניסיון להקמת "קדון לאומית להגנה על זכות הציבור לדעת", שתסייע בהגנתם של נתבעים בתביעות השתקה; כן ראו: טל, עמודים 561-562). האם משמעות הדבר היא שכאשר שופט ישראלי יושב בדין, ומבין כי לפניו תביעת השתקה, קצרה ידו מלהושיע? תשובתי לכך – בשלילה.

23. כפי שצינתי בעבר, עוד בתקופה בה משלו בכיפה תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: התקנות הישנות), אמנם "חוק איסור לשון הרע אינו מטיל נטלי הוכחה כבדים על תובע כתנאי סף להגשת תביעתו, כדי למנוע תביעות SLAPP"; אך לא

אלמן ישראל – גם "בדין המצוי קיימים האיזונים הנדרשים כדי להתמודד עם תביעות סרק. בהעדר עילת תביעה, או במקום שבו התביעה טורדנית וקנטרנית, ניתן לסלק תביעה על הסף. [...] גם במהלך הדיון שומה על בית המשפט להיות ער לכך, ולסכל מהלכים שתכליתם הכבדה בלבד" (ת"א (מחוזי י-ם) 2376-08 הוועידה לתביעות חומריות של יהודים נגד גרמניה נ' מרוז, פסקה 4 (30.6.2010); לתמיכה בגישה זו, גם כן תחת משטרן של התקנות הישנות, ראו: טל, עמודים 565-566). דברים אלה, שהיו יפים בעולמן של התקנות הישנות, נעשו יפים אף יותר בעולמן של התקנות דהאידינא; "גדיים שהנחת נעשו תישים בעלי קרניים" (בבלי, ברכות סג, א). זאת, שכן מחוקק המשנה עיגן בתקנות החדשות, בשפה ברורה, 'נוגדן' רב-עוצמה, המכוון למהלכים דיוניים מן הסוג שאליו משתייכות תביעות ההשתקה – האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט (לאפשרות השימוש בכלי זה נגד תביעות השתקה, גם בעולמן של התקנות הישנות, מכוח סמכותו הטבועה של בית המשפט, ראו: טל, עמוד 547). ארחיב קמעא על אודותיו.

24. כבר ב'שער הכניסה' לתקנות סדר הדין האזרחי, תחת הכותרת "עקרונות יסוד", מופיעה תקנה 4, המורה כי "לא יעשה בעל דין או בא כוחו שימוש לרעה בהליכי משפט ובכלל זאת פעולה בהליך שמטרתה או תוצאתה לשבשו, להשהותו או להטריד בעל דין, לרבות פעולה בלתי מידתית לאופי הדיון, לעלותו או למורכבותו" (אציין, כי התקנה ממוקמת סמוך לאחר ההוראה בדבר חובת בעלי דין ובאי כוחם "לנהוג בתום לב ובהגינות דיונית" (תקנה 3 לתקנות), בבחינת 'עשה טוב' ו'סור מרע'; לגבי ההבחנה בין חוסר תום לב לבין שימוש לרעה בהליכי משפט, ראו: רוזן-צבי, עמוד 46; רע"א 8921/20 SKS Holding LLC נ' אורן, פסקאות 27-30 (13.5.2021) (להלן: עניין SKS); להצבעה על תדירות השימוש לרעה בהליכי משפט, בתקופה שקדמה לתקנות החדשות, ראו: משה בר ניב (בורנובסקי) ורן לחמן "ניצול לרעה של הליכים משפטיים בישראל" הפרקליט נד 376 (התשע"ו) (להלן: בר ניב ולחמן)). מיד לאחר מכן, בתקנה 5, הוסיף והבהיר מתקין התקנות, כי "מניעת שימוש לרעה בהליך השיפוטי" היא חלק מן "האינטרס הציבורי" שצריכים לשוות היושבים למשפט לנגד עיניהם. תכליתו של איסור זה, על שימוש לרעה בהליכי משפט, כפולה: "במישור הציבורי – לשמור על התקינות והטוהר של ההליך השיפוטי, ובמישור הפרטי – למנוע תוצאות בלתי הוגנות בין בעלי-הדין המתדיינים בפני בתי המשפט" (רע"א 7770/21 מרעי נ' בריה, פסקה 17 (8.2.2022); בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ, פסקה 8 (15.1.2007) (להלן: עניין בנק דיסקונט); ארנה רבינוביץ'-עיני ודורון דורפמן "שימוש לרעה וחוסר תום-לב בהליך האזרחי: הפער שבין מודל דיוני פוסט-אדברסרי למודל ייצוג מסורתי" ספר שלמה לזין 255, 271 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים) (2013) (להלן: רבינוביץ'-עיני ודורפמן)).

25. ומהם המהלכים הדיוניים שעולים כדי שימוש לרעה בהליכי משפט? בספרות הובעה עמדה, שלפיה מדובר ב"פעולות שתכליתן לעשות שימוש בהליך המשפטי לשם השגת מטרות לא ראויות שהן זרות להליך" (רוזן-צבי, עמוד 46); אף אני אימצתי הגדרה זו, כמי ש'לכדת' אחד מפניו של האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט: "ישנם מקרים בעלי חומרה יתרה, שבהם עצם קיומו של ההליך המשפטי כולו – או של בקשה מסוימת המוגשת בגדרו – לא נועדו להגשמת המטרה הלגיטימית שעליה מצהיר בעל הדין, ומשמשים אך כ'חרב', שנועדה לקדם אינטרסים אחרים של אותו בעל דין או צדדים קשורים לו. למקרים מעין אלו, התייחס מחוקק-המשנה בחומרה יתרה, משום שהם חותרים תחת תכליתו הבסיסית של ההליך השיפוטי. דווקא הליך זה, המשמש מכשיר לעשיית צדק, הופך לכלי שרת בידי גורמים אינטרסנטיים, אשר באמצעותו מונעים את הצדק מלבוא: 'ניקו למשפט – והנה משפט, לצדקה – והנה צדקה' (ישעיהו ה, ז)" (עניין SKS, פסקה 29; לדוגמאות נוספות מן הפסיקה, ראו האסמכתאות המובאות אצל רוזן-צבי, עמודים 290-291; כן ראו: רבינוביץ'-עיני ודורפמן, עמודים 260, 267-268, המזהים תפיסה קרובה עם פסיקת שנות ה-70, שקדמה לחדירתו של עקרון תום הלב אל עולמו של סדר הדין האזרחי).

26. אף אם אין מדובר, כאמור, במבחן הממצה את כלל האפשרויות לעשיית שימוש לרעה בהליך משפטי (ראו: תקנה 4 לתקנות; עניין SKS, פסקה 30), דומני כי הוא מתאים כ'כפפה ליד' לסוגיה שבה עסקינן – תביעות השתקה. כך, שכן זהו 'דם התמצית' של הקושי שמעוררות תביעות פסולות אלה: "כאשר מתקיימים נמאייניהן של תביעות ההשתקה], ברי כי המטרה העומדת ביסוד התביעה אינה קבלת הסעד המבוקש בה, אלא להרתיע ולהטיל אפקט מצנן על נכונותם של הנתבע, ואנשים נוספים מסוגו, להשתתף בדין ציבורי ולהביע את דעתם, וזאת עקב החשש כי המשאבים החומריים והנפשיים הנדרשים מהם ימנעו רבים שלא להביע את דעתם ביחס לתובע ולמעשיו כמו גם עם גורמים אחרים חזקים כמותו" (רוזן-צבי, עמוד 292 (ההדגשה הוספה – נ' ס'); וראו גם: שם, עמוד 290; טל, עמודים 521-522, 557).

27. הנה כי כן, תביעות השתקה הן מקרה מובהק של שימוש לרעה בהליך משפטי, שכן יעודן – השגת תכליות הזרות וחיצוניות להליך זה (רוזן-צבי, עמודים 288-289, 293; טל, עמוד 565; גנאים, קרמניצר ושנור, עמוד 458). בנקודה זו, כך סבורני, טמון 'המפתח' לתגובה השיפוטית הראויה כלפיהן. זאת, נוכח שני 'תגי המחיר' שהצמיד מחוקק המשנה אל האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט: מחיקת כתב טענות (תקנה 42 לתקנות), או חיוב בהוצאות משפט הולמות (תקנה 151 (ג) לתקנות) (לגבי אפשרויות נוספות, שנזכרו בפסיקה, ראו: עניין בנק דיסקונט, פסקה 8; רע"א 3025/21 אנגל נ' בית הספר תגליות

בע"מ, פסקה 16 (18.7.2021) (להלן: עניין אנגל); ע"א 8553/19 אלכסנדר אורן בע"מ נ' כהן, פסקאות 28-35 לפסק הדין של חברי, השופט א' שטיין (17.11.2020)). אתייחס לשתי תגובות שיפוטיות אלה, שנזכרו בתקנות, ולהתאמתן האפשרית למקרים של תביעות השתקה.

אפשרות ראשונה: סילוק תביעות השתקה על הסף

28. תגובה אפשרית אחת שנקבעה על-ידי מתקין התקנות, בהתייחס לבעל דין אשר עושה שימוש לרעה בהליכי משפט, שוכנת בפרק "סילוק כתבי טענות": "סבר בית המשפט שבעל דין עשה שימוש לרעה בהליכי משפט ושאי הוא, מטעם זה בלבד, למחוק את כתב טענותיו כולו או מקצתו" (תקנה 42 לתקנות). תחילה אציין, למען הסר ספק, כי על מנת לסלק תביעה על הסף, מחמת שימוש לרעה בהליכי משפט, אין צורך בכך שתהיה זו תביעה נטולת עילה, או כזו הנעדרת כל סיכוי להתקבל. סיבת הדבר פשוטה: סילוקה על הסף של תביעה הנעדרת עילה, הוסדר זה מכבר בתקנה 41(א)(1) לתקנות. אם נאמר כי מאפיין זה הוא תנאי גם לסילוקה של תביעה על הסף מחמת שימוש לרעה בהליכי משפט – מה הועילו חכמים בתקנתם, כלומר בתקנה 42 לתקנות? אין זה מסתבר לומר שהחידוש הוא רק בהרחבת אפשרות הסילוק גם לכתבי טענות נוספים, שאינם כתב תביעה; הרבותא שבתקנה 42 היא אפוא דווקא במקרים שבהם כתב טענות – ובכלל זאת גם כתב תביעה – 'אוחז' עילה משפטית מסוימת, אלא שעדיין יש מקום לסלקו על אתר, מחמת השימוש לרעה שבו הוא נגוע.

29. משאמרתי זאת, יכול אני לגשת אל תורף העניין: האם סילוק תביעה על הסף הוא תגובה שיפוטית הולמת לתביעות השתקה? מאחר שכאמור, ה'עוגן' לטיפול בתביעות ההשתקה 'תוצרת הארץ', מצוי בדין הכללי שחל באשר לשימוש לרעה בהליכי משפט, אֶעזר בנתיבים שסללה הפסיקה בהתייחס לאיסור השימוש לרעה, ולתוצאותיו, שבהן גם אפשרות סילוקו על הסף של כתב טענות, על מנת להשיב על השאלה.

30. אמנם, כנזכר, הכנסת האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט בשערי תקנות סדר הדין האזרחי, היא מחידושי התקנות החדשות; ואולם, האיסור היה שריר וקיים עוד קודם לכן, כאשר היכולת ליתן מענה הולם להפרותיו התבססה על סמכותו הטבועה של בית המשפט (ראו למשל: עניין בנק דיסקונט, פסקאות 5-8). בגדרי סמכות זו, נכללה גם האפשרות לסלק תביעה על הסף, עקב השימוש לרעה בהליכי משפט (ע"א 8/74 לייזרוביץ נ' לייזרוביץ, פ"ד כח(2) 436, 439 (1974); ע"א 2452/01 אורן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(1) 577, 583 (2004) (להלן: עניין אורן)); כמו גם שלל תגובות אפשריות

נוספות (לפירוט ראו: עניין בנק דיסקונט, פסקה 7 והאסמכתאות שם). כחלק מכך, נקבע בפסיקה כי לשם גיבוש המענה ההולם לכל שימוש ושימוש לרעה בהליכי המשפט, יש לאזן בין תכליות האיסור על שימוש לרעה – קרי, שמירה על תקינות ההליך המשפטי ומניעת תוצאות שאינן הוגנות ביחסים שבין בעלי הדין – לבין זכויות ואינטרסים נוגדים, שבראשם זכותו של בעל דין לגשת לערכאות ולקבל את יומו לפני בית המשפט (שם, פסקה 8; רבינוביץ'-עיני ודורפמן, עמוד 271).

31. לצרכי איזון זה, נדרש בית המשפט ליתן דעתו על "כלל נסיבות העניין שבפניו ובהן: טיב ההתנהגות הנדונה של בעל-הדין – האם עלתה כדי התחכמות, תחבולה, שרירות לב, זלזול בבית-המשפט או הכשלת הצד שכנגד וההליך בכללותו; מצב נפשו של בעל-הדין – האם השימוש לרעה בהליך השיפוטי נעשה בהיסח הדעת, מתוך טעות או רשלנות או שמא במתכוון; היקף ועוצמת הפגיעה בכללי הפרוצדורה הרלוונטיים ובתקינות ההליך השיפוטי; וכן מידתיות הסעד המבוקש נוכח הפגיעה האפשרית בזכויותיו של בעל-הדין" (עניין בנק דיסקונט, פסקה 8; רע"א 4625/22 נענה נ' כץ, פסקה 44 (10.1.2023) (להלן: עניין נענה)). לטעמי, בחינת היבטים אלה במערך הנסיבות שמאפיין תביעת השתקה טיפוסית, תלמדנו אל-נכון את שעשוי להיות מובן כבר אינטואיטיבית – תביעות כאמור הן מקרה קיצוני וחמור במיוחד של שימוש לרעה בהליכי משפט. כך, מדובר במהלך תחבולני, שבגדרו מנסה בעל דין לממש באמצעות ההליך המשפטי תכליות שזה האחרון כלל אינו מכיר, תוך הכשלת בית המשפט והצד שניצב מנגד; הדברים נעשים בכוונת מכוון; הפגיעה בתקינות ההליך השיפוטי – קשה, שכן זה מנוצל על מנת להסב פגיעה שלא כדין לבעל הדין היריב, תוך ניסיון להרתיעו, כמו גם אחרים כמותו, ממימוש זכויותיהם החוקתיות.

32. מאפיינים אלה, מתנקזים כולם אל האחרון בשורת ההיבטים שזכרו לעיל – סוגיית מידתיות הסעד אל מול הפגיעה האפשרית בזכויותיו של בעל הדין המשתמש לרעה בהליכי משפט. ראשית, כלל האמור לעיל, על אודות החומרה שבשימוש לרעה בהליכי משפט, בדרך של הגשת תביעת השתקה, מלמד כבר כשלעצמו על כך שבמקרים אלה, גם תגובה שיפוטית חריפה ותקיפה – תהא תגובה מידתית. נוסף על כך, בתביעות השתקה מתקיימים גם מאפיינים ספציפיים, שבעטיים סעד של סילוק על הסף, חרף השלכותיו וחומרתו, בהחלט עשוי להתאים. כפי שזכור לעיל, פגיעתן הרעה של תביעות השתקה אינה נעוצה בתוצאה השיפוטית שמתקבלת באחריתן, אלא דווקא במחירים שגובה ההליך עצמו מן הנתבעים, בהיבטי לחצים נפשיים וכילוי משאבי זמן וממון, בבחינת 'the process is the punishment' (כשם ספרו של Malcolm M. Feeley). אי לכך,

מענה שיפוטי המתייחס במדויק אל הבעיה שעל הפרק, אינו יכול להסתפק בדחייתן של תביעות כאמור, אלא עליו לכוון למניעה מוקדמת של ההליכים אשר מתנהלים במסגרתן. בדרך זו, ניתן יהיה, במישור ההליך הקונקרטי, למנוע מהנתבע הספציפי לשאת בנזקי ההליך; ובמעגלי השפעה רחבים יותר, ליטול את עוקצו של ה'אפקט המצנן' שמייצרות תביעות ההשתקה (אשר מתבסס אף הוא, כזכור, על עלויות ההליך). מעצם טיבו, סילוק על הסף הוא 'דרך המלך' לגדוע את ההליך הפסול, עודו באיבו, ולהגשים תכליות רצויות אלה.

33. עוד אציין בהקשר זה, כי בתביעות כגון דא, אל מול זכות גישתו של התובע לערכאות השיפוט, ניצבת זכות-יסוד, חשובה ורמת מעלה לא פחות, אם לא יותר – הזכות לחופש ביטוי, הן של הנתבע הקונקרטי, הן של נתבעים פוטנציאליים, אשר יושפעו מהשלכות ה'אפקט המצנן'. בהעדר יכולת אפקטיבית להגן על הזכות לחופש ביטוי, מפני הקמים עליה לכלותה – תיפגע משמעותית היכולת ליהנות מן הזכות ולממשה (לטיעון כללי ברוח זו, ראו: Gideon Parchomovsky & Alex Stein, *The Relational Contingency of Rights*, 98 VA. L. REV. 1313, 1314, 1338–39 (2012) (להלן: Parchomovsky & Stein)). כן שומה עלינו לזכור, כי "גם לנתבעים עומדת הזכות לקיומו של הליך הוגן (המהווה פן של זכות הגישה [לערכאות])" (רבינוביץ-עיני ודורפמן, עמודים 271–272; וראו גם: בר נייב ולחמן, עמודים 383–384); הימנעות מן השימוש בכלי הסילוק על הסף, במקרים המתאימים לכך, משמעותה קיפוח היבט זה של הזכות – עניין שאף מפניו עלינו להישמר (לגבי הצורך באיזונה של זכות הגישה לערכאות, עם זכויות בעל הדין היריב, ראו: בע"מ 7367/22 פלונית נ' פלונית, פסקה 25 והאסמכתאות שם (26.1.2023) (להלן: עניין פלונית)). הצורך בהגנה על זכויותיו הדיוניות של הנתבע מקבל משנה תוקף, בשים לב לפערי הכוחות המאפיינים תביעות השתקה, כמו גם למוטיבציה של התובע בהליכים מסוג זה, לעצב את תביעתו כך שתעצים ככל הניתן את הפגיעה שיסב ההליך לנתבע.

34. ועדיין, עשוי הטוען לטעון, כי נדרש משנה זהירות, בכל הנוגע לסילוקן של תביעות על הסף, נוכח סיווגן כתביעות השתקה; זאת, בשל 'עלות הטעות' השונה של כל אחת מן האפשרויות שניצבות לפני בית המשפט. 'עלות' דחייתה של תביעה ראויה, כך תמשיך הטענה, עקב סיווגה המוטעה כתביעת השתקה פסולה, גדולה מזו של החלטה על המשך בירור תביעה לקויה. כך, שכן במסגרת האפשרות האחרונה עוד עשוי בית המשפט לזהות במעלה הדרך את ריקנותה של התביעה, ולהורות על דחייתה, תוך חיוב התובע בהוצאות הנתבע (לגבי סוגיית עלות הטעות, בהקשר שונה, ראו: אלכס שטיין וטליה

פישר "דיני ראיות" הגישה הכלכלית למשפט 1114-1113 (אוריאל פרוקצ'יה עורך למעשה, נראה שתפיסה קרובה (לצד קושי מעשי, שאליו אתייחס בהמשך הדברים), היא שניצבת בבסיס הזהירות הרבה שנוקטת הפסיקה באשר לסילוק תביעות על הסף, מחמת העדר עילה (רוזן-צבי, עמודים 278-281; לביקורת על גישה זו, בטענה כי יסודה בהעדפה לא מוצדקת של זכויות תובעים, על פני אלה של נתבעים, וכי היא מובילה לבזבוז משאבים ולהשחתת זמן שיפוטי יקר, ראו: שם, עמוד 281; ערן טאוסג "הפירוט העובדתי הנדרש בכתבי טענות והסטנדרט הראוי לסילוק תביעה על הסף בהיעדר עילה" עלי משפט ט 111, 138-140 (2011)). אינני מקבל גישה זו בנדון דידן; סבורני, כי בכל הנוגע לתביעות השתקה – אין מקום להניח א-פרוירית קיומו של פער כאמור, בכל הנוגע לעלות הטעות. זאת, כמתואר לעיל, נוכח המחירים שכבר ההליך עצמו גובה מנתבעים, ובשים לב גם לאפקט המצנן שבכוחו לייצר. על כן, גם החלטה שגויה על המשך בירורה של תביעת השתקה פסולה, טומנת בחובה עלויות פוטנציאליות, שאינן מבוטלות כלל ועיקר; מחובתנו להישמר מפניה.

35. על האמור אוסיף, כי ההשלכות של מחיקת כתב תביעה אמנם אינן מבוטלות, אך גם אין להפריז בהן: "המשמעות של מחיקת כתב תביעה היא חזרה לתחילת התור על ידי הגשת תביעה חדשה תוך נשיאה מחדש באגרה המתחייבת מכך. המחיקה נועדה לשקף את האיזון הנדרש בין בעל דין שפוגע בזכות הגישה לערכאות של בעל הדין שכנגד ושל ציבור המתדיינים בכלל לבין זכות הגישה שלו לערכאות. [...]. אין במחיקת התביעה כדי לשלול את זכויותיו המהותיות מעיקרון" (דברי ההסבר לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018, עמוד 21; ע"א 2602/21 בן חמו נ' ליימן שליטל בע"מ, פסקה 4 (20.12.2021)). מטעם זה, "השימוש בכלי של מחיקת תובענה אינו נחשב לדרמטי במידה כזו שיש להפעילו רק במקרים קיצוניים או כאשר 'כלו כל הקיצין'" (שם; וראו גם: טל, עמוד 568, בהתייחס לדין שחל תחת התקנות הישנות). אכן כן, ישנם מקרים שבהם לא תהיה נפקות רבה להגשה חוזרת של התביעה, שכן בית המשפט ישוב וימחקנה (ראו: רוזן-צבי, עמודים 283-284). ברם, דומה שאלה הם דווקא המקרים שבהם זוהי התוצאה המתאימה – אם אכן עומדת לתובע עילת תביעה ראויה, אלא שנעשה בה שימוש בעייתי, הרי שביכולתו לתקנה ולהגישה מחדש, באופן הולם; לעומת זאת, אם מדובר בעילת תביעה חסרת תקנה, הרי שבדין לא יתאפשר לו לשוב ולהגישה, באופן אפקטיבי, ואין בדבר משום פגיעה בעייתית בזכותו לגשת לערכאות. עוד אציין, כי תקנה 42 מורה כי כאשר בעל דין עושה שימוש לרעה בהליכי משפט, רשאי בית המשפט "למחוק את כתב טענותיו כולו או מקצתו" (ההדגשה הוספה – נ' ס'). אף בכך יש כדי לתרום למידתיות המחיקה, במקרים המתאימים (אשר לאפשרות של דחיה על הסף, במקרים קיצוניים של שימוש לרעה

בהליכי משפט, ראו: תקנה 43 לתקנות; רוזן-צבי, עמוד 276; כן ראו: ארידור הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר, עמוד 159, אשר בהציגן את הדין הרצוי לעמדתן, מדברות על דחייתן של תביעות השתקה על הסף. איני שולל את האפשרות שתהיינה תביעות השתקה שתצדקנה גם סעד זה, הגם שיש להפעילו במשורה, בפרט נוכח בחירת מחוקק המשנה לייחד לשימוש לרעה תוצאה של מחיקה (תקנה 42 לתקנות). על כל פנים, אין זה המקום להרחיב על כך).

36. אשר על כן, הגם שנקבע כי בשל מעלתה הרמה של זכות הגישה לערכאות, "על דרך הכלל, לא יסרב בית-המשפט להידרש להליך שהוגש בפניו מן הטעם של שימוש לרעה בהליכי משפט, ויעדיף מתן סעדים אחרים" (עניין בנק דיסקונט, פסקה 8; עניין אורן, עמוד 583), סבורני כי תביעות השתקה נמנות על המקרים שבהם ישנה גם ישנה הצדקה לסילוקה של תביעה על הסף (לגישה דומה, המובעת לאחר עמידה על הזהירות הפסיקתית הכללית באשר לסילוק תביעות על הסף מחמת שימוש לרעה, ראו: רוזן-צבי, עמוד 292).

37. למותר לציין, כי כאשר רואה בית משפט לנכון לסלק תביעת השתקה על הסף, מן הראוי לפסוק לטובת הנתבע גם הוצאות משפט הולמות, בשיעור גבוה מן הרגיל (עניין ניידלי, פסקה 55). זאת, על מנת למנוע מצב בו תביעות השתקה תהיינה מהלך נטול סיכונים, כך שאם התביעה תצלח את סף ההליך, ותגיע לטרקלין – כמובן שייטב לתובע; ואם התביעה תסולק על הסף – הלה יפסיד מעט, אם בכלל (להרחבה ראו: עניין נענה, פסקה 47). על חשיבות פסיקת ההוצאות בכגון דא, ניתן ללמוד גם מכך שאף במסגרת שיטת המשפט האמריקנית, שבה נהוג, ככלל, שכל צד נושא בהוצאותיו, חלק מהסדרי ה-Anti-SLAPP כוללים הוראת הוצאות מיוחדת, א-סימטרית: "כאשר בקשת הטיילוק על הסף מתקבלת, זכאי הנתבע להוצאות משפט, אך אם הבקשה נדחית, יזכה התובע בהוצאות רק אם יוכח שבקשת הטיילוק נועדה להכשיל את התביעה או לעכבה ותו לא" (טל, עמוד 532).

38. "אמרי אינשי: גמלא במדי – אקבא רקדא; הא קבא והא גמלא והא מדי – ולא רקדא" (– אומרים אנשים: גמל במדי רוקד בשטח קטן; הנה השטח, הנה גמל, הנה מדי – ואינו רוקד; בבלי, יבמות מה, א, וראו שם להקשר הדברים); כלומר: גם לאחר שמצאתי כי תביעות השתקה נמנות על המקרים שבהם יהא זה מוצדק, עקרונית, לסלק על הסף כתב תביעה, ישום הדברים בפועל, מהלכה למעשה – עודנו מורכב. זאת, נוכח קושי מעשי לא מבוטל – פעמים רבות קשה לקבוע, כבר על סף ההליך, עוד מבלי להיכנס בעובי

הקורה ולצלול לעומק הראיות, כי אכן עסקינן בתביעת השתקה (גנאים, קרמניצר ושנוור, עמוד 458). בפרט, עשוי להיווצר קושי להכריע, בשלב מוקדם זה, כי עילת התביעה שעל הפרק 'חסרת יסוד או גבולית'. אמנם, תיתכנה תביעות ש'דגל שחור מתנוסס מעליהן', ושניתן יהיה לזהותן בנקל ובאופן מידי כתביעות השתקה; תביעות אלה, כפי שציינתי – נכון וראוי יהיה לסלק על הסף, תוך פסיקת הוצאות בשיעור הולם. ברם, השאלה המורכבת תתעורר במקרי הביניים – באלה, לא אחת תקשה על היושבים למשפט חריצת הדין, מבלעדי כניסה לעומקם של דברים (לדיונים באשר לסילוק על הסף בעילות אחרות, שבהם עמדה הפסיקה גם על המורכבות שבמהלך דיוני זה, ראו: ע"א 7547/99 מכבי שירותי בריאות נ' דובק בע"מ, פ"ד סה(1) 144, 175 (2011); רע"א 1120/06 לאואר נ' ע.מ.ש חברה לבנין ופתוח בע"מ (בפירוק), פסקה 11 (16.4.2007) (להלן: עניין לאואר); רע"א 6552/20 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' א.לוי השקעות ובניין בע"מ, פסקה 20 (2.12.2020); רוזן-צבי, עמודים 282-283).

39. נוסף על האמור, יש להיזהר מסילוקן של תביעות על הסף, בשל סיווגן כתביעות השתקה, במקרים שבהם הדבר מעורר מורכבות, גם על מנת למנוע מצב דברים שבו תביעות דיבה רבות תכלולנה שלב מקדים, ארוך ומפורט, של דיון בבקשת סילוק על הסף, כך שהתוצאה תהיה הפוכה מן המקווה – הכבדה וסרבול של ההליכים, חלף יעול וזירוז (לטענה כי זו היתה אחת מהשלכותיהם של חלק מהסדרי ה-Anti-SLAPP שאומצו במדינות הים, ראו למשל: טל, עמוד 533 והאסמכתאות שם; כן ראו, באופן כללי: עניין לאואר, פסקה 11). בהקשר זה לא למותר להזכיר, כי עסקינן בניסיון לתור אחר מענה פסיקתי לתביעות השתקה, הגם שנראה כי לא בכדי, מרבית המדינות שביקשו לאמץ מענה כאמור, עשו כן באמצעות חקיקה, שבגדרה נקבעו, בין היתר, סדרי דין יחודיים, ש'נתפרו' במדויק לצרכי ההתמודדות עם תביעות אלה (טל, עמוד 531; ארידור הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר, עמוד 144). דומה, כי יש בכך כדי להגביר את הקושי שבניסיון לזהות תביעות השתקה מבעוד מועד, כמו גם להעצים את החשש מכך שנכונות לברר טענות אלה, גם במקרים המורכבים, סופה בסרבולן ובעיכובן של התדיינויות.

40. סיכומו של דבר: מאחר שתביעות השתקה מהוות שימוש לרעה בהליכי משפט, שימוש שחומרתו רבה, הרי שכאשר תביעה מזוהה ככזו – אל לו ליושב על מדין להירתע ממחיקתה על הסף, על מנת למנוע את נזקיה ופגיעותיה, כמו גם את האפקט המצנן שעשוי להיווצר בעטייה. ואולם, הגם שיש בכך כדי ליתן מענה מסוים לקושי שמעוררות תביעות ההשתקה, מדובר במענה חלקי בלבד; לא ניתן להסתפק בו. על כן, אפנה לבחינת

התגובה השיפוטית השניה שקבע מתקין התקנות, בהתייחס לבעל דין העושה שימוש לרעה בהליכי משפט – פסיקת הוצאות הולמות.

אפשרות שניה: הטלת הוצאות משפט הולמות בתביעות השתקה

41. לצד ההוראה שנדונה עתה, קבע מחוקק המשנה סנקציה אפשרית נוספת, למקרה של בעל דין העושה שימוש לרעה בהליכי משפט: "סבר בית המשפט שבעל דין עשה שימוש לרעה בהליכי משפט או לא מילא אחר תקנות אלה, רשאי הוא לחייבו בהוצאות לטובת הנפגע או לטובת אוצר המדינה ובנסיבות מיוחדות אף את בא כוחו" (תקנה 151(ג) לתקנות; וראו גם תקנה 156 לתקנות). אף האפשרות להטיל סנקציה זו הוכרה על-ידי בתי המשפט, עוד בטרם כניסתן של התקנות החדשות לתוקף: "התנהלות לא ראויה של בעל דין עשויה להביא לשלילת זכותו להוצאות, מקום בו הוא זכה בדינו, ובמקרים המתאימים אף לחיובו בהוצאות לטובת בעל הדין שהפסיד. כמו כן, כאשר בעל הדין שהתנהלותו לקויה הפסיד בדינו, עשויים הפגמים בהתנהלותו להביא לכך שיושתו עליו הוצאות גבוהות מהרגיל. אפשרות אחרת היא הטלת הוצאות לטובת אוצר המדינה על בעל דין שהתנהל בצורה שאינה ראויה, בין אם בנוסף להוצאות לזכות בעל הדין שכנגד ובין אם בלעדיו" (רע"א 6658/09 מולטילוק בע"מ נ' רב בריח (08) תעשיות בע"מ, פסקה 13 (12.1.2010); עניין בנק דיסקונט, פסקה 8). אפשרות פסיקתן של הוצאות הולמות הוזכרה גם באופן ספציפי, כאחד מכלי ההתמודדות עם תביעות השתקה (ע"א 2266/14 ילין נ' אם תרצו ציונות או לחדול (15.7.2015); עניין טרנה, פסקה 7; עניין נייזלי, פסקה 55; בעבר אף הזדמן לי לעשות בה שימוש במקרה שכזה – עניין החברה לאוטומציה, פסקאות 34-36). יחד עם זאת, סקירת פסיקה עדכנית בנושא העלתה כי "המקרים שבהם בתי המשפט השתמשו בהוצאות המשפט לשם הרתעה מועטים ביותר ואין בנושא הלכה מחייבת" (ארידור הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר, עמוד 37; לתיאור המקרים, ראו שם, עמודים 37-43; למסקנה דומה ראו גם: טל, עמודים 552-554).

42. לעיל תיארתי, כי עקרונית, סילוק על הסף הוא המענה האידיאלי לתביעות השתקה, אלא שיישומו מעורר קשיים. על פני הדברים, פתרון בדמות פסיקת הוצאות הולמות, הוא תמונת הראי לכך: השימוש בסנקציה זו מתבצע לאחר בירור התביעה כדבעי, כך שמן הצד האחד, מתעוררים "קשיים מצומצמים יחסית מהיבט השמירה על זכות הגישה לערכאות" (עניין אנגל, פסקה 16), ולכן יש מקום לחשש פחות מן השימוש בה; אך מן הצד השני, בכך טמון גם מקור חולשתה של הסנקציה – אם באנו עד לסיומו של ההליך המשפטי, משמע שהנתבע סבל זה מכבר מנזקי ההליך. גם במבט מערכת, זמן שיפוטי יקר ערך הוקדש להליך שאינו כדאי לו, על חשבון הליכים אחרים (להרחבה באשר לבעייתיות זו, על היבטיה השונים, ראו: בר ניב ולחמן, עמודים 384-385).

43. לצורך היחלצות מ'מלכוד' זה, סבורני כי תידרש פסיקת הוצאות מחמירה במיוחד; מתאימה לכך, לדעתי, המתכונת הבאה: שיעור ההוצאות שבו יחויב תובע-משתיק יהיה גבוה במיוחד, ויקיים, ככלל, קורלציה חזקה עם הסכום שנתבע על-ידו, שמא אף יגיע עד אליו (זאת, בהתבסס על תקנה 151(ג) לתקנות, שנזכרה לעיל, כאשר עוגן נוסף לסנקציה כאמור, ברובד החוקי, ניתן למצוא גם בסמכותו הכללית של בית משפט הדן בעניין אזרחי, שעוגנה בסעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). בדרך זו, כך סבורני, יהיה כדי לתמרץ הימנעות מהגשת תביעות השתקה מעיקרא, או למצער, להביא לחדילתן בשלב מוקדם יחסית של ההליך, שבו יתרה בית המשפט בתובע על הסיכון הכספי שאליו הוא נחשף. אסביר במה דברים אמורים.

44. בעניין SKS ציינתי כדברים הבאים:

"דומה כי בקשה מעין זו שלפני – שהמניע העומד בבסיסה הוא כלכלי – לא היתה באה לעולם, אילולא סברו המבקשות שהנזק שעלול להיגרם להן ולבעלי השליטה בהן – מדחייתה, קטן מן התועלת שתצמח לבעלי השליטה – מקבלתה.

אין לכחד, חלק גדול מהתמריץ לשימוש לרעה בהליכי משפט, נובע מסלחנות יתר של המערכת המשפטית, שאינה גובה מחיר הולם עבור ניסיונות פסולים מעין אלו. נוכח גישה מקלה זו, בעל דין הפועל באופן רציונלי, ועורך 'ניתוח כלכלי' בסיסי, מגיע למסקנה שהנזק שעתיד להיגרם לו, אם בכלל, משימוש לרעה בהליכי המשפט, קטן בהרבה מן התועלת שהוא עשוי להפיק מכך. על כגון דא נאמר בתלמוד "לאו עכברא גנב אלא חורא גנב" (= אין להאשים את העכבר הגונב חיטים מבעל הבית, כי אם את החור שבאמצעותו עלה בידו להיכנס למקום הגנבה) (בבלי, קידושין נו, ע"ב). כלל גדול לימדונו חכמינו: אין לתלות את הכֶּשֶׁל בפרט שכֶּשֶׁל, כי אם במערכת, אשר לא מנעה את דפוס הפעולה שהביא לכֶּשֶׁל.

נראה כי מחוקק-המשנה היה ער למצב הקיים, וביקש 'להפוך את המשוואה'. מעתה ואילך, ידע כל בעל דין, כי אם יעשה שימוש לרעה בהליכי משפט, יצא מההליך וידיו על ראשו. מחיקת כתב הטענות; הטלת הוצאות על הצד הגבוה לטובתו של הצד השני; והטלת הוצאות בשיעור משמעותי לטובת אוצר המדינה, כל אלה יובילו לכך ש'ניתוח כלכלי' שיתבצע אקס-אנטה, יצביע על חוסר הכדאיות הכלכלית הטמונה בשימוש לרעה בהליכי המשפט. כך נוכל לעמוד על המשמר, ולוודא כי בפעולתנו כשופטים אנו מקדמים עשיית צדק, ומונעים ניצול של מערכת המשפט, על-ידי בעלי אינטרסים זרים, אשר עלולים להסיג את הצדק לאחור" (שם, פסקאות 33-35).

45. דברים אלה, שנאמרו בהתייחס לתופעת השימוש לרעה בהליכי משפט, בכלליות, יפים במיוחד לסוגיית תביעות ההשתקה – כנזכר, תביעות אלה מהוות שימוש לרעה בעל חומרה רבה, וחיוני למנוע כבר את עצם הגשתן והתנהלותן. הפועל היוצא הוא, כאמור, שבמקרה זה נדרשת פסיקתן של הוצאות גבוהות במיוחד. לשם כך, סבורני כי יכולים אנו להסתייע בהוראותיו של המשפט העברי, באשר למצב דברים הדומה לנדון דידן – מצב שבו מאן דהוא מביא לפתיחתו של הליך נפל, על מנת להתאנות לחברו (לעמדתי הכללית באשר להסתייעות מסוג זה, ראו: נעם סולברג "משפט עברי לתועלת" מחקרי משפט לג 15-11 (2021):

"כי יקום עד תמס באיש לענות בו סרה: ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה' לפני הכהנים והשופטים אשר יהיו בימים ההם: ודרשו השופטים היטב והנה עד שקר העד שקר ענה באחיו: ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו ובערת הרה מקרבך: והנשואים ישמעו ויראו ולא יספו לעשות עוד כדבר הרה הנה בקרבך" (דברים יט, טז-כ; ההדגשה הוספה – נ' ס').

הנה כי כן, העונש שקובעת התורה למי שטופל עלילת דברים על רעהו – אינו קבוע, אלא תלוי בשאלת תוכנה של עדות השקר, ובפרט: בטיב הסיכון שיצרה עדות השקר, כלפי מושאה (והשוו להבחנה שעורך, בהקשר זה, סעיף 237(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, וכן לעוולת הנגישה, המעוגנת בסעיף 60 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). הוראת התורה נראית אפוא פשוטה: "נעשיתם לו כפאשר זמם לעשות לאחיו", לאמור – יש לנהוג בעד השקר 'מידה כנגד מידה', ולהשיב לו בדיוק כגמולו; בהתאם לסיכון הענישה שאליו חשף את רעהו. הגיונה של גישה זו בצידה: אינו דומה, למשל, מי שבודה מלבו חוב כספי, ומעיד על כך, למי שמייחס לחברו מעשים שעשויים להוביל לענישה פלילית חמורה – מידת הפסול שבמעשים שונה, וכך גם שיעור הענישה שהולם את החתירה להרתעה מפניהם. מעניין, עבורנו, גם הטעם שמביאה התורה, סמוך לאחר הצגת עונשו של העד הזומם: מלבד "ובערת הרה מקרבך", מוזכר בפירוש גם כי "הנשואים ישמעו ויראו ולא יספו לעשות עוד כדבר הרה הנה" – דהיינו, דין 'ועשית לו כאשר זמם' מכוון, בין היתר, להרתעת הרבים, ולמניעתם של הליכי שווא מעיקרא.

46. "יותר ממה שקראתי לפניכם כתוב כאן" (משנה, יומא ז, א) – סוגיית היחס לעדים זוממים היא סוגיה הלכתית סבוכה, ועל גבי הפסוקים שנזכרו לעיל, נבנה בתורה שבעל-פה עוד בניין שלם (בכל הנוגע למקורות חז"ל, עיקר הדיון בסוגיה מצוי בפרק הראשון של מסכת מכות); האמור עד כה, בסוגיה זו, הוא אפוא בבחינת 'לימוד כל התורה על רגל אחת' (על-פי בבלי, שבת לא, א). כמו כן, מטבעם של דברים, רבים מפרטיה

ודקדוקיה של הסוגיה ההלכתית – אינם יפים בהכרח כלפי הנדון דידן. על כל פנים, החשוב לענייננו הוא שסבורני כי 'רוחה' של הסנקציה המתוארת יפה גם לסוגיה שלפנינו, כלומר: שכאשר נמצא, עם סיומו של הליך, כי התביעה שנתבררה בו היא תביעת השתקה, שיעור ההוצאות שבו יחויב התובע-המשיק יהיה בשיעור משמעותי במיוחד, ויעמוד, ככלל, ביחס ישיר אל הסכום שנתבע על-ידו; לעתים אף יהיה זהה לו – "לְתַתּ לְאִישׁ בְּדַרְכּוֹ וּבְכַפְרֵי מַעֲלָלָיו" (ירמיהו לב, יט).

47. ניתוח תמריצי ילמדנו, כי תביעות השתקה הן למעשה ביטוי פרטי לתופעה כללית של סיכוני התדיינות א-סימטריים – מצבים שבהם תוצאות הפסדו של צד אחד להליך, בכסף או בעין, עולות במידה ניכרת על תוצאות הפסדו של משנהו (מרחיבים את היריעה על התופעה, כמו גם על דרכי התמודדות אפשריות עמה, Parchomovsky & Stein שנזכרו לעיל). כך, כיום, 'תוחלת הנזק' שרואה תובע לנגד עיניו, בבואו להגיש תביעת השתקה – כמעט אפסית; זאת, כאשר 'תוחלת התועלת' העומדת לנתבע מהתעקשות על הכרעה בה, אף היא – נמוכה ביותר. אשר לתובע – בהגישו את תביעתו, עליו לשלם למייצגיו את שכר טרחתם, ואם יפסיד, יהיה עליו לשלם את הוצאות המשפט של יריבו, כאשר אלה, ככלל, אינן הוצאות ריאליות, אלא נמוכות מכך (קרן וינשל ויפעת טרבולוס "פסיקת הוצאות משפט בהליכים אזרחיים" משפטים 763, 784-788 (2018); בהקשר זה ראו גם תקנות 152-153 לתקנות). לנתבע, מנגד, תמריץ שלילי לניהול ההליך – הוא נחשף לסיכון גבוה, סובל מלחצים ומחרדות, ומכלה את זמנו ואת כספו. גם אם בסופו של דבר ינצח הנתבע, ואפילו יהיה זה נצחון מוחלט – כל שיזכה בו הוא תשלום הוצאות משפטיות (שאינן ריאליות, כאמור). מכאן מובן מדוע נתבעים רבים נכונים לחתום על הסכמי פשרה עם תובעים-משתיקים, אף כאשר סיכויי הצלחתם של האחרונים – אינם מן המשופרים (ראו, בכלליות: עניין פלוניא, פסקה 25; Owen M. Fiss, *Against Settlements*, 93 YALE L.J. 1073, 1076 (1984) (להלן: Fiss); Parchomovsky & Stein, עמודים 1325-1328, המצביעים על בעיות אלה ואף על גרועות מהן, בהתייחס למצבים של סיכוני התדיינות א-סימטריים). ניתן אפוא לומר, כי אלה פשרות המתגבשות בצילו של ההליך המשפטי, על עלויותיו והשלכותיו, להבדיל מצילה של התוצאה המשפטית, כפי שראוי שיהיה (על-פי המונח שנטבע במאמר Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. (1979) 950). בנושא שבו עסקינן, פשרות אלה עשויות לעורר קושי מיוחד, שכן עלולות להיכלל בהן הסכמות שלא ניתן היה לקבל בגדרי הליך משפטי, דוגמת התחייבות לסגת ממאבק ועוד כיוצא בכך (ראו למשל את המקרה שנזכר אצל טל, עמוד 541).

48. אמנם, פעמים רבות, הגמישות שמאפשרת הפשרה היא יתרון (לגבי חשיבותה של הפשרה ראו למשל רע"א 6557/20 ערוץ 10 החדש בע"מ נ' שרת התרבות והספורט – ח"כ מירי רגב, פסקה 78 והאסמכתאות שם (13.3.2024) (להלן: עניין ערוץ 10); אך לעתים, כך נראה, בפרט במקרים כבדידן, יהיה בה גם משום חסרון (למתקפה חזיתית על הסכמי פשרה, ראו בכלליות: Fiss; כן ראו: Parchomovsky & Stein, עמודים 1363-1364). גם במבט המערכתי, דומה כי לעתים אישורן של פשרות כאמור, עשוי להיות "דרך קצרה וארוכה" (בבלי, עירובין נג, ב); אמנם יהיה בו כדי להביא לסיומו של ההליך הקונקרטי שבו מצויים, אך סופו בריבוי תביעות סרק, משתיקות, שטוב היה להן – ולכלל הציבור – אלמלא באו לעולם.

49. נוכח האמור, סבורני כי על מנת להתמודד עם תופעת תביעות ההשתקה, עלינו 'ליישר את מפת התמריצים' – לייצר תמריץ שלילי לתובע-המשיק להגיש את תביעתו, ובוד בבד, לייצר תמריץ חיובי לנתבע המושתק לנהל את ההליך עד הכרעה, מקום בו הדבר מוצדק וראוי. דומני, כי יהיה בכוחו של מתווה פסיקת ההוצאות המוצע כאן, כדי לעשות כן. כך, תובע פוטנציאלי צפוי להיזהר שבעתיים מהגשת תביעת השתקה, נוכח הסיכון הרב שאליו יחשף כתוצאה מהגשת תביעה כאמור; זאת, כאשר סיכון זה עומד ביחס ישיר לסיכון שבאמצעותו ביקש להלך אימים על הנתבע. אשר לנתבע – הלה יקבל תמריץ להמשיך בניהול ההליך, ולא להיכנע לפשרת דחק, המרוחקת מרחק רב מן המצב המשפטי של כל אחד מן הצדדים (ראו: Parchomovsky & Stein, עמודים 1368-1369). אדגיש, כי אין בכך כדי ליצור תמריץ-יתר לנתבע להמשיך בהליך בכל מחיר, חלף הגעה לפשרה מוסכמת; אלא אך לשנות את התוכן של אותה פשרה, באמצעות שינוי כוח המיקוח. כך, ככל שתתקיים הידברות, לצורך הגעה להסכם פשרה, הרי שזו כבר לא תעשה כאשר הנתבע חשוף לסיכון כספי בשיעור גבוה בהרבה מזה שאליו חשוף התובע, כפי שהמצב כיום, אלא כאשר שני הצדדים נתונים לסיכונים קרובים, ומחזיקים בכוח מיקוח דומה.

50. תועלת נוספת שעשויה לצמוח מאימוץ הגישה המוצעת על-ידי, היא הפחתה ודיוק של הסכומים הנתבעים במסגרתן של תביעות השתקה, ותביעות לשון הרע בכלל (זאת, מאחר שמעצם הגדרתן, תביעות השתקה כמעט תמיד תוגשנה על-ידי 'שחקנים חזקים' המכלכלים צעדיהם בהתאם לדין). כמצוין לעיל, אחת מן הרעות החולות שבתביעות ההשתקה (אך גם בתביעות רבות אחרות), היא תביעתם של סכומי-כסף מופרזים ביותר, חסרי בסיס וחסרי הצדקה (ראו פירוט אצל טל, עמוד 537). ואכן, למעט שיקולי אגרה (שעומדת, ככלל, על 2.5% מן הסכום שנתבע – פרטים 1 ו-8 לתוספת

לתקנות בתי המשפט (אגרות), התשס"ז-2007), כיום אין לתובע כמעט כל תמריץ לנקוב בסכום תביעה ריאלי; אדרבה, בנדון דידן, ככל שסכום התביעה יאמיר, כך עשויה תביעת ההשתקה לפעול את פעולתה על הנתבע (והדבר נכון גם בהקשרים נוספים, שגם בהם סכום בשיעור גבוה, המאפשר לתובע להלך אימים על נתבע, עשוי לשפר את עמדת התובע במשא ומתן, שמא אף לפני בית המשפט). לעומת זאת, תחת הצעתו, ידרשו תובעים לכלכל היטב את צעדיהם, גם במישור הסכום שנתבע על-ידם, שכן 'בקדירה שבה יבקשו לבשל – בה הם עשויים להתבשל' (על-פי בבלי, סוטה יא, א).

51. לבסוף אציין, כי פסיקת הוצאות משפט בשיעור אשר אין חולק כי הוא יוצא דופן וחריג, יש בה גם כדי לבטא את החומרה שגלומה בתופעת תביעות ההשתקה, ואת הסלידה החברתית מהן (להרחבה באשר לתפקיד אפשרי זה של חיוב כספי, ראו: עמרי גולדוין, איל גלזר וענבל תמיר "כסף והמשפט: כיצד משפיעה התפיסה של כסף על התאוריה המשפטית" עיוני משפט מח 40-41 (עתיד להתפרסם, 2024)). אכן כן, לעתים אין מנוס מבירורן של תביעות השתקה, שכן רק בסופו של התהליך ניתן לעמוד על כך שהורטן בחטא וניהולן בעוול. ברם, בעצם העובדה שבמצב כאמור יהפוך הסכום שבאמצעותו ביקש התובע להלך אימים על הנתבע, ל'חרב פיפיות' אשר פוגעת בתובע-עצמו, יש כדי להעביר מסר חד וברור באשר לתובע העושה בשם הטוב שימוש לרעה, ומבקש לנצל את ההגנה שמעניק לו הדין, ואת ההליך המשפטי, על מנת להרתיע ולהשתיק את מבקריו הלגיטימיים; "אל תתיראי מן הפרושין ולא ממי שאינן פרושין, אלא מן הצבוועין שדומין לפרושין, שמעשיהן כמעשה זמרי ומבקשין שכר כפנחס" (בבלי, סוטה כב, ב).

52. לסיכום הדיון באפשרות זו: אכן, לא אחת יתעוררו מקרי ביניים, שבהם יקשה להכריע כבר בפתח ההליך כי מדובר בתביעת השתקה, הראויה לסילוק. מטעם זה, לא יהא מנוס מהתקדמות בבירור התביעה, על כלל המשתמע מכך. תחת הדין הנוהג כיום, מצב דברים כאמור הוא מסוכן מאוד לנתבע, אך בהחלט לא לתובע. משכך, דעתי היא שעלינו לשנות מצב בעייתי זה, ולקרב את הסיכונים שאליהם חשופים בעלי הדין, כמו גם לספק תגובה שיפוטית הולמת לפסול החמור שבהתנהלות התובע-המשתיק, אף אם לא התאפשר זיהויו של הפסול מבעוד מועד. הדרך לעשות כן, לשיטתי, היא בחיוב התובע בהוצאות משפט גבוהות, המקיימות קורלציה חזקה עם הסכום שנתבע, ועשויות אף להגיע עד אליו. מדובר, אמנם, בהוצאות בשיעור חריג וייחודי, אך נוכח תכליתן החשובה – אין להירתע מן השימוש בהן; באמצעותן, ניתן לקוות ולהעריך, תפחת דרמטית ה'אטרקטיביות' של תביעות ההשתקה, שכן הן תכלולנה סיכון של פניה נגד

מגישן, והוצאתו מן ההליך כשידיו על ראשו, בבחינת "להט החרב המתהפכת" (בראשית ג, כד).

אופן התנהלות הדברים בפועל והיחס בין שתי הסנקציות 53. לאחר העמידה על שתי הסנקציות המרכזיות שבהן יש, לעמדתו, לעשות שימוש נגד תביעות השתקה, נותרת השאלה כיצד יתנהלו הדברים בפועל; אתיחס לכך, ובדברי אלה אבהיר גם את היחס שבין שתי הסנקציות. אם כן, כאשר סבור נתבע כי התביעה שהוגשה נגדו היא תביעת השתקה, ביכולתו להגיש בקשה למחיקתה על הסף, בטענה כי מדובר בתביעה העולה כדי שימוש לרעה בהליכי משפט. או-אז, יבחן בית המשפט הדן בהליך את הבקשה, ויכריע כאחת מבין האפשרויות הבאות: אפשרות אחת, היא שמדובר במקרה מובהק של תביעת השתקה, או שניתן להכריע בעניין זה ללא בירורים מורכבים – בכגון דא, נכון יהיה למחוק את התביעה על הסף (לאחר בירורים כאמור או בלעדיתם, על-פי הצורך), תוך חיוב התובע בהוצאות הולמות. אפשרות שניה, הופכית לקודמתה, היא שימצא בית המשפט כי הבקשה חסרת שחר, וכי אין כל אינדיקציה לכך שלפניו תביעת השתקה. במצב דברים זה, ידחה בית המשפט את הבקשה (תוך שעשוי כמובן להיות מקום לחיוב הנתבע בהוצאותיה – תקנה 53 לתקנות). האפשרות השלישית היא אפשרות הביניים, שבגדרה מוצא בית המשפט כי אכן ישנן אינדיקציות לכך שלפניו תביעת השתקה, אולם אין באפשרותו לגבש הכרעה סופית בעניין זה בשלב שבו מצוי ההליך, שכן נדרשים לשם כך בירורים שלא ניתן לבצע בנקל ובמהירות. במקרה זה, יבהיר בית המשפט לצדדים כי אלה הם פני הדברים, תוך שיצביע על הבירורים אשר סביר כי ידרשו עבור ההכרעה בתביעה, ויתרה בתובע בדבר סיומו האפשרי של ההליך – חיוב בהוצאות משפט, שעשוי להאמיר עד לסכום שנתבע בתביעה. לאחר הבהרה זו, התובע – שמכיר היטב את תביעתו, את כוחה ואת הראיות שבאמתחתו – ידרש לפשפש בטענותיו, לבחון את תביעתו, ולהחליט אם רצונו להמשיך בה, אם לאו. בכך, סבורני, יהיה כדי לייצר מנגנון אפקטיבי לבלימת התקדמותן של תביעות השתקה, שמא אף למניעת הגשתן מעיקרא.

54. אשר לשיקולים שאותם יש מקום לשקול על מנת לקבוע את שיעור ההוצאות – עקרונית, דעתי היא שנכון להותיר למענה על כך להתגבש מהליך ההליך, עקב בצד אגודל; "צו לצו צו לצו קו לקו קו לקו זעיר זעיר זעיר זעיר" (ישעיהו כח, י). לצד זאת, סבורני כי כבר עתה ניתן להצביע על מספר שיקולים שאותם יהיה על היושבים על מדין להביא בחשבונם, כרשימה שאינה ממצה. תחילה, מטבע הדברים, יהיה מקום לבחון כמה ממאפייני תביעת ההשתקה מתקיימים בתביעה שניצבת על המדוכה; לשון אחר: עד כמה

מדובר במקרה מובהק של השתקה, ומהי מידת החומרה שגלומה בו. בפרט יהיה מקום לשקול, כחלק מכך, אם עסקינן בתביעה שהיא כולה 'עורבא פרח', חסרת עוגן משפטי, או שמא עסקינן בתביעה שהיא ראויה, בגרעינה, אלא שהתובע נטל גרעין זה וניפחו עד לממדים משתיקים. עוד יהיה מקום לעמוד על איתנותו הפיננסית של התובע-המשתיק, על מנת להבטיח כי תיפסקנה הוצאות בסכום שיהיה בעל משמעות והשלכות עבורו (לתמונה ההופכית, ראו והשוו: ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פסקאות 62-77 (4.8.2008)). נכון יהיה גם לבחון את טיב התנהלותו של הנתבע (הן בהליך, הן קודם לו), כאשר במקרים שבהם אף הוא אינו 'טלית שכולה תכלת' – יהיה מקום להפחית משיעור ההוצאות שיפסק לזכותו, או שמא להורות על העברת ההוצאות, או חלקן, לאוצר המדינה (בהתאם לאפשרויות שעוגנו בתקנה 151(ג) לתקנות).

55. עוד אציין, כי בניהול הדיון באופן הנזכר יש, לטעמי, כדי לתרום לניסיון הכוונת התנהגות מתדיינים, גם מטעם נוסף. אחת מן הבעיות שהועלו, באשר לניסיון להכווין התנהגות בעלי דין, באמצעות השימוש בכלי של שימוש לרעה בהליכי משפט, קשורה בבעיית נציג בין עורך הדין ללקוחו, ובפער שישנו בין מי שסופג את הסנקציה (הלקוח), לבין מי שמחליט בפועל על נקיטת המהלכים הדיוניים (עורך הדין) (דבינוביץ-עיני ודורפמן, עמודים 277-279). בהתאם לאופיה של הבעיה, אחד מן הפתרונות שהוצעו לה, הוא "הצבת דרישה לנוכחות של בעלי הדין בשלבים שונים של ההליך" – מהלך שבאמצעותו "יצליח בית המשפט להביא לפיזור מסך העשן העומד בפני הלקוח לגבי הנעשה בין כותלי בית המשפט, וליידע את הלקוח על פעולות ועל מהלכים של בא כוחו העולים כדי שימוש לרעה בהליכי משפט" (שם, עמוד 290; תפיסה מעין זו, בדבר הצורך לפנות בהקשרים מסוימים ישירות אל בעלי הדין, משתקפת גם מתקנה 37(ט) לתקנות, שלפיה על בעלי דין להתייצב בעצמם לפגישת מהו"ת). דומני, כי הצורך בהחלטה אקטיבית לגבי המשך התביעה, על רקע איתות שמספק בית המשפט, מצריך מיניה וביה פניה של עורך הדין אל לקוחו; ובכל מקרה, אם הדבר נצרך בעיני בית המשפט, יכול הוא תמיד לדרוש את התייצבותו של התובע לדיון, על מנת להבהיר לו את התמונה אשר נשקפת על רקע הבקשה לסילוק התביעה על הסף. דומני, כי מעורבותו זו של בעל הדין עצמו, בהחלטה בדבר המשך התביעה – עשויה לסייע להתמודדות עם בעיית הנציג הנזכרת.

מן הכלל אל הפרט

56. עסקינן, כזכור, בבקשת רשות לערער שיסודה בהחלטת בית משפט השלום, שלפיה אין מקום לסלק על הסף את תביעת הדיבה שהגיש הקיבוץ נגד וקנין, מחמת היותה תביעת השתקה; זאת, כמצוין לעיל, מאחר שנמצא כי בנקודת הזמן הנוכחית, לא

ניתן לקבוע כי זהו בהכרח טיבה של התביעה. כך, בפרט, משום שנקבע כי לצורך הכרעה כאמור נדרשים עוד כמה בירורים עובדתיים, שניתן יהיה לבצע רק במעלה הדרך (ראו פסקה 9 לעיל). אם להשתמש בחלוקה המשולשת שהצעתי לעיל, משמעות הדברים היא שהמקרה סווג כמשתייך לקבוצת הביניים, שבגדרה טענות ההשתקה אינן נדחות לחלוטין, ורק נמצא כי לא ניתן להכריע לגביהן כבר על סף ההליך. וקנין בא לפנינו בניסיון להפוך החלטה זו, כאשר הטענות שהעלה בדבר הצורך וההצדקה לעשות כן, קשורות קשר הדוק לאפשרויות הסיום השונות של תביעת הקיבוץ, כפי שאלה פרושות היו ערב ההכרעה בבקשה דנן: כמפורט לעיל, וקנין סבר, ובצדק, כי לפניו דרך חתחתים, מרובת מחירים, שבסופה – לכל היותר – יסיים את ההליך כשידו, המתגוננת, על העליונה, ויקבל הוצאות בשיעור שאינו ריאלי. מצב דברים זה – ביקשתי לשנות בחוות דעתי; על-פי שיטתי, נוכח סיווגה המתואר של תביעת הקיבוץ, הרי שאם יגיע ההליך דנן לכדי גמר, תוך שימצא כי וקנין צדק בטענותיו, וכי אכן עסקינן בתביעת השתקה – יהיה מקום לפסוק לזכותו הוצאות משפט גבוהות ביותר. על רקע שינוי זה באשר לאפשרויות סיומו של ההליך, ידרש הקיבוץ לשוב ולכלכל צעדיו, כבר עתה, ולהחליט אם רצונו להמשיך בתביעתו, אם לאו. כחלק מכך, ומאחר שמשמעות גישתי היא שינוי בדין שעמו נדרש הקיבוץ להתמודד 'תוך כדי תנועה', סבורני כי יהיה מקום לאפשר לו גם לבחור בהפחתת סכום התביעה, אם ירצה בכך (ראו: תקנה 46(א) לתקנות).

57. משאלה הם פני הדברים, עמדתי היא שאין הצדקה לחריגתנו מדרך הכלל, שלפיה ערכאת הערעור אינה נוטה "להתערב בהחלטות הערכאה המבררת אשר משמעותן היא המשך בירור ההליך לגופו, אלא במקרים חריגים בלבד כגון שנפלה טעות מהותית או מתעורר חשש לניהול הליך סרק הכרוך בהשקעת משאבים יוצאת דופן" (רע"א 6938/19 אילני נ' ברוך, פסקה 23 והאסמכתאות הרבות שם (20.8.2020)); אין אפוא טעם טוב לצלילתנו אל נבכי פרטיו של ההליך דנן, ולהכרעה אם היה מקום לסילוקה על הסף של התביעה בו, אם לאו. בהגישו את הבקשה אכן מצוי היה וקנין 'בין הפטיש לסדן', אך די באמור עד כה על מנת לחלצו מכך; בנקודה הנוכחית, בחינה נוספת של ההחלטה להמשיך בבירור התביעה – אינה נדרשת לצורך מניעת מצב זה. במבט רחב יותר, דברים אלה הם ביטוי לכך שבגישתי יש כדי להפחית מחשיבותה של ההכרעה בבקשה לסילוק תביעה על הסף, בשל היותה תביעת השתקה – גם כאשר מוצא בית המשפט כי אין להיעתר לבקשה שכזו, עדיין קיים לתובע תמריץ של ממש להימנע מלהמשיך בניהול התביעה, בעוד שהנתבע דווקא עשוי להפיק מהמשך הבירור רווח לא מבוטל.

הערה לפני סיום

58. ער אני לכך, שגישתי עלולה להרתיע בעלי דין מהגנה על שמם הטוב – זכות יסוד חשובה ביותר, שאחרון אני להקל בה ראש (ראו, למשל, דברי בעניין ערוך 10, פסקאות 31-32; לשרטוט מפת העמדות הפסיקתיות באשר ליחסי הזכות לשם הטוב והזכות לחופש הביטוי, ראו: רון ש' קליימן "טוב שם טוב מחופש הביטוי – דיני לשון הרע בישראל בהשראת המשפט העברי בפסיקת השופט אליקים רובינשטיין" 90 פד אלקים רובינשטיין 548-559 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ-ביטון, אילה פרוקצ'יה ורינת סופר עורכים 2020)). יחד עם זאת, סבורני כי ישום ראוי של התנאים לסיווגה של תביעה כתביעת השתקה, לצד המתווה ההליכי ששרטטתי כאן – יש בהם כדי ליתן מענה הולם לחשש מפני שגיאות שיפוטיות מסוג זה, ולכן גם מהימנעות של בעלי דין מהגשת תביעות ראויות (להתמודדות עם חששות קרובים, ראו: Parchomovsky & Stein, עמודים 1371-1370). יתר על כן, דווקא בשל ההכרה בחשיבותו הרבה של השם הטוב, ושל דיני לשון הרע שנועדו לשמש להגנתו, רואה אני בחומרה רבה ניסיונות 'לשאת את השם הטוב לשווא', ולעשותו קרדום להשתקת דוברים מהבעת עמדות לגיטימיות, בבחינת "תולה קלא אילן בבגדו ואומר תכלת הוא" (בבלי, בבא מציעא סא, ב; כן ראו: ילקוט שמעוני, תהלים פ, יד).

אחר הדברים האלה

59. עתה, מונחת לפני חוות הדעת של חברי, מ"מ הנשיא י' עמית, שבמסגרתה נגע בכמה וכמה נקודות. אתמקד בראשית דבריו, שם גרס כי התביעה שבה עסקינן אינה "מצדיקה דיון נרחב בתופעה של תביעות השתקה, מן הטעם שעל פניו בתיק דנן לא מדובר בתביעה כזו". את עמדתו זו, ביסס חברי על השמצות והאשמות חריפות מן השיח בקבוצה, וכן על כך שבהליך הנוכחי נאחז הקיבוץ גם בעילות תביעה שמקורן אינו בחוק איסור לשון הרע.

60. תחילה אציין, כי נכונותי לדון בבקשה הנוכחית, תוך מתן רשות ערעור, אין יסודה בתפיסה שלפיה אכן מדובר בתביעת השתקה; חברי אף מציין זאת בעצמו, בשפה ברורה: "אין להסיק מהדיון שערך חברי, כי יש למסגר את התביעה שלפנינו כתביעת השתקה או לסמן את התביעה, בכל דרך שהיא, כתביעה המשיקה לתביעת השתקה". לצורך הדיון בבקשה, די לטעמי בכך שמדובר בהליך שבו מצא בית משפט השלום, כי בשלב ההתדיינות הנוכחי אין ביכולתו להכריע בשאלה אם מדובר בתביעת השתקה, מבלי שנקבע גם כי אין מדובר בתביעה כאמור (אפשרות הביניים שעליה הצבעתי לעיל, בפסקה

53) – עניין שהוא ביטוי לתופעה רחבה. על רקע זה, ומתוך הכרה בקושי לחרוץ דינן של תביעות כבר על סף ההליך המשפטי, ביקשתי לייצר מנגנון שבמסגרתו תפחת כדאיותן של תביעות השתקה, אף כאשר לא עולה בידי בית המשפט לזהותן ולסלקן לאלתר.

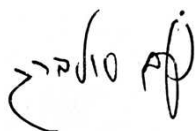
61. אשר לפרסומים שהציג חברי מן השיח בקבוצה – אכן, מדובר בפרסומים קשים, שלא מן הנמנע כי הדין אינו מקבל בשוויון נפש את אמירתם. ואולם, מעצם העובדה שפרסום כלשהו עולה כדי לשון הרע, עדיין לא נובע כי קמה לנתבע – שאינו מפרסם הפרסום הישיר – חבות בעטיו, וכי אין מדובר בתביעת השתקה. כפי שצינתי לעיל, בפסקה 21, אחד מן השיקולים שיש לשקול, לצורך ההכרעה אם תביעה פלונית היא תביעת השתקה, עניינו בשאלה אם התביעה משקפת "ברירת נתבעים בעייתיות ונטולת הצדקה", תופעה שביטוי אפשרי לה עשוי להיות – מבלי לטעת בדבר מסמרות – בחירה לתבוע מנהל קבוצה (קל וחומר, דווקא אחד ממנהליה, ככל שיש כמה כאלה) בגין פרסומים מן הקבוצה, חלף תביעת המפרסמים הישירים, ללא הצדקה מספקת (ראו והשוו: עניין ניידלי, פסקאות 48, 54). כך, בפרט, בשים לב לעובדה שהמנהל הוא מי שעשוי להביא לסגירת הקבוצה, להבדיל מ'אורח מזדמן' שפרסם בקבוצה את שפרסם, אך אין לו אפשרות להשפיע על המשך דרכה – עניין שעשוי ללמד על המוטיבציה שבבסיס התביעה.

62. לבסוף אומר, כי אכן, כפי שציין חברי, הקיבוץ נאחז הן בעילות תביעה המיוסדות על חוק איסור לשון הרע, הן בעילות תביעה הצומחות ממקורות אחרים. ואולם, ברי כי לא ניתן ללמוד מכך כי אין מדובר בתביעת השתקה. הגם שבמרבית המקרים מתבססות תביעות השתקה על חוק איסור לשון הרע, המציאות מלמדת כי אין מדובר במקור יחיד ובלעדי לגידול פרא' זה; הלכה למעשה, ניסיונות השתקה מתבצעים גם באמצעות הליכים משפטיים שיסודם גם (או רק) במקורות דין אחרים (טל, עמוד 536; ארידור הרשקוביץ ושוורץ אלטשולר, עמודים 21, 48).

סוף דבר

63. לו תישמע דעתי, נורה על דחיית הערעור (וממילא, עיכוב ההליך שעליו הוריתי בהחלטה מיום 10.6.2024 – יבוטל); אך לצד זאת נבהיר, כי אם אכן יבחר הקיבוץ להמשיך בתביעתו, תוך שבסופו של בירור ימצא כי צדק וקנין בטענותיו, וכי עסקינן בתביעת השתקה – יהיה מקום לחייב את הקיבוץ בהוצאות בשיעור גבוה, שעשוי להגיע עד לסך שנתבע על-ידו.

בהתחשב בתוצאה שאליה הגעתי, אציע שכל צד ישא בהוצאותיו.



נעם סולברג
שופט

השופט א' שטיין:

אני מסכים.



אלכס שטיין
שופט

ממלא מקום הנשיא, י' עמית:

לצערי, אני יכול להצטרף להמלצה שהציע חברי, השופט נ' סולברג.

1. אקדים ואומר כי אני סבור שהתביעה נשוא דיוננו מצדיקה דיון נרחב בתופעה של תביעות השתקה, מן הטעם שעל פניו בתיק דנן לא מדובר בתביעה כזו, ולא בכדי דחו הערכאות הדיוניות את הבקשה לסילוק התביעה על הסף.

הפרסומים נשוא התביעה כוללים אמירות בנוסח "אין להם זכות קיום בחברה היהודית"; "הם משהו כזה כמו זומבים ניאדרטלי"; "כלבים בני כלבים"; "רק לי הם מזכירים את הנאצים? [...] גזע הארי מול היהודי"; "גנבים, גזלנים בריונים"; "מתי כולם ילמדו שמשיגים הכל רק באלימות ודם". הפרסומים כוללים האשמות כי הקיבוץ מזהם את נחל חרוד ואת מי התהום, וכך מוכר דגים מורעלים ומסרטנים ופגרי דגים; הפרסומים כוללים קריאה לחרם צרכני על התעשייה של הקיבוץ וקריאה שלא לאפשר כניסת בני הקיבוץ לעיירות; הפרסומים כוללים קריאה להתארגן במשמרות כדי לחסום במהלך כל היום כל שער שקיים בקיבוץ. לא הבאנו אלא מעט שבמעט מתוך שלל הפרסומים כמפורט בכתב התביעה, ממנו עולה תמונת שיח של שנאה יוקדת וביטויים קשים. בנוסף, למבקש מיוחסות גם שורה של פעולות כמו השמעת מוסיקה מחרישת אוזניים בשטח הקיבוץ;

טיפוס על גדרות הקיבוץ וגרימת נזק לגדרות ולשערים; כניסה לא מורשית לקיבוץ עם אחרים והשמעת בדיחות ודברי לעג ליד אנדרטה שהוקמה לזכרו של בן הקיבוץ, טיס שנפל בעת מילוי תפקידו; חסימה והפרעה לתנועת כלי-רכב בשער הקיבוץ ובשטחו פנימה; תשלום כספים לקטינים על מנת שאלה ייכנסו לשטח הקיבוץ ויבצעו מעשי הטרדה, ועוד.

על רקע כל המפורט בכתב התביעה, אזי על פניו, המדובר בתביעה לגיטימית של קיבוץ שקצה נפשו בהטרדות ובהשמצות, בפלישות אל שטחו ובחסימת שעריו. אכן, אין לכחד כי סכום התביעה של 2.5 מליון ש"ח עשוי להטיל מורא על כל אדם מן היישוב, אך עניין זה הוא אחד השיקולים שיהא על בית המשפט לשקול בסוף הדרך בעת פסיקת הפיצוי או ההוצאות לצד זה או אחר. כשלעצמי, אני סבור אפוא כי לא היה מלכתחילה מקום ליתן רשות ערעור וכי התיק הנוכחי לא היה ראוי כלל לשמש אכסניה לדיון מקיף בדיני תביעות השתקה. מה עוד, שלפנינו תביעה מעורבת הן בגין איסור לשון הרע והן בגין הסגת גבול ויצירת מטרדים. אדגיש אפוא כי אין להסיק מהדיון שערך חברי, כי יש למסגר את התביעה שלפנינו כתביעת השתקה או לסמן את התביעה, בכל דרך שהיא, כתביעה המשיקה לתביעת השתקה. כאמור, על פניו, ענייננו בתביעה רגילה שצריכה להתברר לגופם של דברים, וחזקה על בית משפט השלום שדן בתביעה כי יפעל כחוכמתו ובהתאם לפסיקה בדיני איסור לשון הרע, הנזיקין והקניין.

2. בכפוף להסתייגות כללית זו, ומשבחר חברי להרחיב את היריעה, אסתפק במספר הערות קצרות:

א. אני מסכים עם רשימת הסימנים שמנה חברי, ושכאמצעותם ניתן לזהות תביעות השתקה (פסקה 21 לפסק דינו). אך יודגש כי אין מדובר ברשימה סגורה, ופערי הכוחות בין הצדדים צריכים להיבחן בזהירות ולעיתים אין להתחשב בהם. כך, תיתכן תביעת השתקה של אדם פרטי כנגד אדם פרטי או כנגד גוף דל בתקציבים ובאמצעים. לדוגמה, אתר תחקירים שחשף פגיעות מיניות שנעשו על ידי פלוני, והלה מגיש תביעת השתקה כנגד האתר וכותבי התחקיר. ייתכן אפוא כי אף אחד מהצדדים אינו צד "חזק", ולא יהיה בכך כדי להוציא את התביעה מגדר תביעת השתקה.

ב. לדידי, פסיקת הוצאות ריאליות ומעבר לכך היא התרופה הראויה, והשיקולים שמנה חברי בפסקה 54 לפסק דינו יפים וראויים. אולם, איני מסכים להצעתו של חברי, ולפיה שיעור ההוצאות יעמוד ביחס ישיר לסכום שנתבע. אכן, אין לכחד כי יש בכך

תרופה הרתעתית מפני הגשת תביעות השתקה בסכום גבוה, אך מנגד, יש חשש ל"אפקט מצנן" ואפילו "מקפיא" לנוכח חומרת הסנקציה האפשרית. בחיי המעשה, יכול ותובע יאמין באמת ובתמים שנעשה לו עוול, אך בסופו של יום, בית המשפט ידחה את תביעתו ואף יקבע כי מדובר בתביעת השתקה. בתרופה המוצעת על ידי חברי יש לטעמי הרתעת-יתר וגוון עונשי של ממש. איני צריך להרחיק עדותי, ודי אם אפנה להצעתו של חברי (פסקה 56 לפסק דינו) כי הקיבוץ יכלכל את מעשיו כבר בשלב זה ויחליט אם להמשיך בתביעה. הצעה מעין זו, תחת איום בהוצאות בסכום התביעה, יוצרת איום של ממש גם על מי שתובע בתום לב, ועל רקע המפורט בכתב התביעה אסתייג מהצעתו של חברי. לנוכח הסנקציה החריפה שהוצעה על ידי חברי, אף קיים חשש שדיון בתביעת לשון הרע יתמקד על ידי הנתבע בשאלה אם מדובר בתביעת השתקה חלף הדיון בטענות לגופה של תביעה והגנה (כגון "אמת דיברתי" או הגנת תום לב).

ג. כתימוכין לדעתו, חברי מפנה לפסוק "נַעֲשִׂיתֶם לוֹ כַּאֲשֶׁר זָמַם לַעֲשׂוֹת לְאָחִיו", אך כפי שציין, המדובר בסוגיה הלכתית סבוכה. משכך, אוסיף מילים מספר משל עצמי על מנת להראות כי דרך אותו פסוק ניתן להגיע גם לתוצאה אחרת.

בתלמוד ידועה ההבחנה בין שני סוגי עדים: עדי הכחשה – הכוונה לעדים שסותרים את דברי העדים האחרים, ועדי הזמה – הכוונה לעדים שמעידים על עדים אחרים כי בזמן האירוע "עמנו הייתם", אז הכיצד יכולים אתם להעיד על אירוע שלא הייתם נוכחים בו? עדים זוממים הם אפוא עדים שעדותם התגלתה כעדות שקר בעקבות עדותם של עדי הזמה שהעידו "עמנו הייתם" בעת האירוע. פשוטו של מקרא כי על אותם עדים זוממים ייגזר אותו גזר דין שאמור היה להיגזר על האדם שאותו ניסו להפליל בבחינת "נַעֲשִׂיתֶם לוֹ כַּאֲשֶׁר זָמַם לַעֲשׂוֹת לְאָחִיו". אולם בהמשך מדייקת הגמרא בהלכה וקובעת חריג לדין: "כאשר 'זמם' ולא כאשר 'עשה'" (מכות ה"ב). דהיינו, אם הצליחו העדים הזוממים במשימתם וגזר הדין כבר בוצע, אזי אין מענישים את העדים הזוממים באותו אופן (ובנקודה זו קיימת מחלוקת פוסקים, כאשר לדעת הרמב"ם הדבר נכון רק לגבי עונש מוות אך לא לגבי עונש מלקות או ממון, אך יש הסוברים שהחריג חל גם במלקות וממון). ומדוע נדרשתי לכך? שאם עקב תביעת ההשתקה הסיר הנתבע את הפרסום, ניתן לומר שהתובע כבר הצליח במזימתו ויחול החריג "כאשר 'זמם' ולא כאשר 'עשה'" כך שאילו אחזתי בשיטתם של אלו הסבורים כי החריג חל גם בממונות, אזי במקרה כזה אין לחייב אותו בסכום התביעה.

3. פסק דינו של חברי מדגים כי המציאות מקדימה את המשפט במספר צעדים.

עד תמול-שלשום, הבעיה של תביעות השתקה אכן עמדה במוקד תשומת הלב בתחום תביעות איסור לשון הרע. אלא שכיום, הבעיה שבמוקד תשומת הלב היא הפוכה – כיצד לתת מענה לתיאוריות קונספירציה שמופצות ברשתות החברתיות וכמדיה התקשורתית המסורתית. לעיתים, אין מדובר בשמועה שקרית בודדת בלבד, אלא בחלק ממארג רחב של קונספירציה מורכבת ומסועפת. האם על מנת להתמודד עם תופעות מעין אלה, יצלחו למלאכה כלים של חוק איסור לשון הרע? האם די בכלים אלה על מנת לתת מענה בדין ובצדק לתיאוריות קשר כוזבות, ולהושיט יד לנפגעי הפרסום? האם די בסכומים שנפסקים ברגיל על ידי בתי המשפט, כדי לבלום את התופעה?

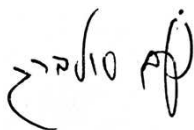
תיאוריות קשר נופלות למרבה הצער על קרקע דשנה בשל גורמים שונים שאיני רואה להידרש להם במקום זה. לדידי, פגיעתה של התופעה אינה פחותה מזו של תביעות השתקה, שמא אף חמורה יותר. תיאוריות קשר שקריות פוגעות לא רק בנפגע הישיר, קרי, במי שיוחסו לו מעשים כאלה ואחרים. המדובר בסכנה לדמוקרטיה בשל הפגיעה ביכולת של חלקים מהציבור להבחין בין אמת לשקר. כאשר חלק מהציבור מאמין בקונספירציות שקריות, אזי תמונת המציאות של הציבור אינה אותה תמונה, וחלקים בציבור אינם חיים על אותו מישור עובדתי אלא בעולם מציאות אחר. כך לא ניתן לנהל הליך דמוקרטי אמיתי ומדובר בפגיעה בליבת הדמוקרטיה. לטעמי, נכון לימים אלה, דומה כי זו הבעיה המרכזית בתחום איסור לשון הרע.

הוחלט ברוב דעות (השופטים נ' סולברג ו-א' שטיין) נגד דעתו החולקת של ממלא מקום הנשיא, י' עמית, כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, ז' טבת תשפ"ה (07 ינואר 2025).



אלכס שטיין
שופט



נעם סולברג
שופט



יצחק עמית
ממלא מקום הנשיא