

חופש הביטוי ומיגבלותיו*

מאת: אהרן ברק

א. הצגת הבעיה

"איני מסכים לדעתך, אך אגן בחיי על זכותך להביע אותה" – אמר וולטייר¹. וג'והן סטיוארט מיל, בחיבורו על החירות², הוסיף: "אם כל האנושות כולה, למעט אדם אחד, היא בדעה אחת, ואם אותו אדם הוא בדעה אחרת, האנושות לא תהא מוצדקת בהשתקתו של אותו אדם יותר מאשר הצידוק של אותו אדם, אילו היה הכוח בידו, בהשתקת האנושות כולה". בכך העמידו הוגי דעות אלה ואחרים³, ובעקבותם מדינות דמוקרטיות רבות, לרבות ישראל, את חופש הביטוי, כזכות "על"י⁴ "עילאית"⁵. השופט אגרנט ראה בחופש הביטוי את "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה⁶, ואמר כי לה "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם"⁷. מהי אותה זכות, ומהו שעושה אותה למרכזית בחיינו? ובעיקר – מהן המיגבלות שמוצדק וראוי הוא להטיל על זכות זו בחברה דמוקרטית? אלה הם הנושאים אשר אני מבקש לעמוד עליהם.

ב. חופש הביטוי – מהו?

חופש הביטוי היא זכות מסוג חירות⁸. זהו החופש של אדם להשמיע את דעתו ולשמוע את דעת זולתו, בלא שתהא מוטלת עליו החובה לעשות כן. לשם הגשמתה של חירות זו מעניק הדין לבעליה זכויות נוספות, הנגזרות מהחירות⁹. מבין אלה ניתן להזכיר את

- * הרצאה (מיום 14.6.90) בכנס בוגרי התכנית ללימודי עתונאות, אוניברסיטת תל-אביב. ההרצאה פורסמה בקשר 3 (כרך 8, 1990). השופט ברק הוסיף, לבקשת המערכת, הערות שוליים.
1. ראה D. Shrager & E. Frost [1988] *The Quotable Lawyer* 285.
2. ראה J.S. Mill *On Liberty* (1956).
3. הספרות על חופש הביטוי היא נרחבת ביותר. בישראל, ראה פ' להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ז-תשל"ז) 375. לספרות הזרה, ראה: Emerson, להלן הערה 15; Shauer, להלן הערה 38; Nimmer, להלן הערה 38. ראה גם "Free Speech Justifications" 89 *Colum. L. Rev.* (1989) 119; Z. Chaffee *Free Speech in the United States* (1954); H. Kalven A *Worthy Tradition* (N.Y., 1988).
4. השופט שמגר בע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295: "אופיו המתואר של חופש הביטוי כזכות בין זכויות היסוד החוקתיות מעניק לו מעמד-על משפטי".
5. השופט אגרנט בבג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878.
6. בע"פ 255/68 מ"י נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435.
7. בבג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לת(2) 393.
8. ראה דברי הנשיא לנדוי בד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, בעמ' 343, לפיהם חופש הביטוי הוא "חירותו (של אזרח – א' ב') להשמיע את אשר עם לבו ולשמוע מה שיש לאחרים להשמיע". ראה גם G. Williams "The Concept of Legal Liberty" 56 *Colum. L. Rev.* (1956) 1129.
9. ראה ע"פ 95/51 פודמסקי נ' י"מ, פ"ד ו 341, 354; בג"צ 112/77 פונל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 657.

הזכות לקבל מידע ואת הזכות להגיב על מידע¹⁰. מכאן הזכות לדעת את תכנם של הסכמים קואליציוניים¹¹. נגזרת מחירות הביטוי הזכות להפגין והזכות להתאסף¹². כן כלולה בה הזכות לכתוב ולקרוא ספרים, עתונים, מחזות וסרטים¹³. נגזרת ממנה גם הזכות שלא להשמיע דבר, כלומר הזכות לשתוק¹⁴. אכן, חופש הביטוי אינו זכות אחת, בעלת אופי מונוליטי. זהו אגד של זכויות¹⁵. במרכזו של אגד זה עומדת החירות להשמיע ולשמע, ולצדה עומדות זכויות נוספות, הבאות להגשים את החירות הזו ולהגן עליה¹⁶. "חירות הביטוי והזכויות הנגזרות ממנה יוצרות מערך מקיף ומורכב של הסדרים השלובים זה בזה, היונקים זה מזה והמגבשים – בהפעלתם הלכה למעשה – את המסורת של חופש הביטוי באותה שיטת משפט"¹⁷.

ג. הטעמים העומדים ביסוד חופש הביטוי

מהי הרציונלה של חופש הביטוי ומהו הטעם העומד ביסודה? נראה, כי אין לו, לחופש הביטוי, הצדק אחד ויחיד, אלא יש לו, לחופש הביטוי, צידוקים רבים ומגוונים. תופעה זו – ברכה רבה טמונה בה. חופש הביטוי מהווה מערכת מורכבת של חירויות וזכויות, השזורות זו בזו. אך טבעי הוא, שאין להצדיק מערכת מורכבת זו בהסבר אחד ויחיד. נדרשים טיעונים שונים ומגוונים, המבטאים היבטים שונים, להצדקתו של חופש הביטוי¹⁸. רק בדרך זו ניתן לשקף את מלוא היקפו של חופש זה. אכן – "הצידוק לחופש הביטוי הוא מורכב ומשולב. זהו החופש של היחיד להגשים את עצמו ולגבש לעצמו השקפת עולם ודעה על ידי מתן דרור לרוחו, היוצרת והקולטת, המרשימה והמתרשמת; זהו החופש של היחיד ושל הכלל להוציא את האמת לאור בדרך של התמודדות חופשית ובלתי פוסקת בין האמת לבין השקר; זהו החופש של בני החברה להחליף, ברוח סובלנית, ללא מורא ופחד ומתוך כיבוד האוטונומיה של כל יחיד, דיעות והשקפות ולשכנע זה את זה, כדי לייצב, לעגן ולפתח את המשטר הדמוקרטי. חלקם של צידוקים אלה הם תועלתניים; חלקם האחר אינו תועלתניים; חלקם מתמקד ביחיד ובאשרו, חלקם מתמקדים בכלל ובהגנה על ערכיו"¹⁹.

10. ראה בג"צ 509/80 יונם נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה (3) 589; בג"צ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לו (1) 757; בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 261; ראה גם ר' גביון "אסור פרסום הפוגע בפרטיות – הזכות לפרטיות וזכות הציבור לדעת" וכויות אורה בישראל (תשמ"ב) 177; פ' להב "חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים" משפטים ו (תשמ"ב) 562.
11. ראה בג"צ 1601/90 שליט נ' פרם, פ"ד מד (3) 353.
12. ראה בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד (2) 169; עניין לוי, לעיל הערה 7.
13. ראה בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת פרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421, 433.
14. ראה גביון, לעיל הערה 10; ז' סגל "הזכות לפרטיות מול הזכות לדעת" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175.
15. ראה עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 267, וכן: T. Emerson The System of Freedom of Expression (1970) 3.
16. ראה בג"צ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא (3) 657.
17. עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 268.
18. שם, בע' 272.
19. שם, בע' 272; ראה גם עש"מ 5/86 ספירו נ' נציב שירות המרינה, פ"ד מ (4) 227.

עיקרם של הטעמים סובב סביב שלושה טיעונים²⁰. הטיעון האחד מבסס עצמו על הרצון לחשוף את האמת: "יש להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלו באלו. מתחרות זו – ולא מהכתבה שלטונית של 'אמת' אחת ויחידה – תצוף ותעלה האמת, שכן סופה של האמת לנצח במאבק הרעיוני"²¹.

כאשר הכל גלוי, והכל חשוף – האמת תנצח את השקר: "אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר, ואור המגורה הוא השוטר היעיל ביותר"²². "מבחינה של האמת אינו בכוח השלטוני הניצב לצדה אלא בכוחה הפנימי לשכנע. הדרך להתמודד עם השקר אינה בהשתקתו אלא בהסברה ובחינוך. כישלוננו של השקר הוא בחשיפתו ולא בדיכוי. התרופה אינה הגבלת הביטוי אלא הגברתו. לשם כך חיוני הוא להבטיח את חופש הביטוי, שכן בלא ביטוי אין שיכנוע, ובלא שיכנוע אין התמודדות, ובאין התמודדות קיים החשש שהאמת לא תצא לאור"²³.

הטיעון השני מבסס עצמו על הצורך להביא להגשמתו העצמית של האדם: "רק בהבטחתו של חופש הביטוי ניתן להביא לידי הגשמה עצמית זו. בלא לאפשר חופש להשמיע או לשמוע, לכתוב או לקרוא, להתבטא או לשתוק, נפגמת אישיותו של האדם, אשר התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפת עולמו ... חופש הביטוי הוא מרכיב חיוני בהגשמה זו ... צורך זה אינו רק הצורך של הדובר. זהו גם הצורך של השומע ועל כן גם של הציבור הרחב ... טיעון זה מקשר את חופש הביטוי אל כבוד האדם ואל חירויות אחרות – כגון חירות המצפון והדת – אך הוא גם מעמיד את חופש הביטוי על רגליו הוא. מטבעו של האדם, שהוא מגשים עצמו על-ידי מתן ביטוי לעצמו"²⁴.

20. ראה Emerson, לעיל הערה 15, בע' 6; וכן ראה עניין קול העם, לעיל הערה 5.

21. עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 272.

22. ראה 5 ch. (1914) L. Brandeis *Other People's Money*; מצוטט בעניין שליט, לעיל הערה 11, בע' 364.

23. עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 272-273.

24. שם, בע' 273; ראה גם T. Scanlon "A Theory of Freedom of Expression" *The Philosophy of Law* (Ed. by R. Dworkin, 1977) 153; כן ראה בפרשת קול העם, לעיל הערה 5, בע' 878.

"חשיבותו של העקרון נעוץ גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לעניינו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות; לטפח ולפתח, עד הגבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; את האני שבו; להביע את אשר בלבו, כדי שהחיים ייראו כדאיים בעיניו" (השופט אגרנט).
ראה גם עניין ספירו, לעיל הערה 19, בע' 240.

"לא רק הדובר הוא בגדר מי שמפעיל חירויותיו ונהנה מן הזכויות המוקנות לאדם בחברה חופשית. קהל השומעים או הקוראים בכוח זכאי לשמיעתם ולקריאתם של דברי הזולת, וצמצום ההאזנה והעיון בדברי אחרים הוא לא רק פגיעה בזכותו של הכותב או הדובר אלא לא פחות מכך גם בזכויותיהם של אלה, אשר אליהם מופנים דבריו" (הנשיא שמגר). השווה גם ל- *Red Lion Broadcasting Co. v. F.C.C.* 395 U.S. 367, 390 (1969).

הטיעון השלישי מבסס את חופש הביטוי על המשטר הדמוקרטי²⁵. "חופש הביטוי הוא תנאי חיוני לקיומו ולהתפתחותו של המשטר הדמוקרטי ... חופש הביטוי מבטיח החלפה של דעות בין בני הציבור ובכך מאפשר להם לגבש עמדתם בנושאים העומדים על סדר היום הלאומי. בכך ניתן לעצב את השלטון, לפקח עליו ולהחליפו רק בדרך זו הוא יוכל ליצור לעצמו דעה עצמאית ככל האפשר על אותן שאלות העומדות ברומו של עולם החברה והמדינה, שההכרעה עליהן נתונה בסופו של דבר בידי, בתוקף זכותו לבחור את מוסדות המדינה"²⁶. אכן, אם טיעון האמת בא לגלות את האמת, הרי הטיעון הדמוקרטי בא לשתף את כל בני הציבור באמת זו, כדי שיוכל לכוון את עתידה של החברה... החלפה חופשית ולא מוכתבת מהשלטון של מידע, דעות והשקפות, תוך נסיון לשכנע הדדי, היא תנאי חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי המבוסס על שלטונו של העם, על-ידי העם, למען העם. רק בדרך זו ניתן להבטיח, כי כל יחיד בחברה יקבל את מירב הנתונים הדרושים לו לשם קבלת החלטות בעניין משטר ושלטון. זרימה חופשית זו של דעות מאפשרת שינוי סדיר במבנה הכוחות המקיים את השלטון. בלא חופש הביטוי, הדמוקרטיה מאבדת את נשמתה"²⁷.

עמד על כך הנשיא שמגר, בציינו:

"שיטת הממשל הדמוקרטית ניוונה מכך – ואף תלויה בכך – שמן הציבור ואליה תהיה זרימה חופשית של מידע, אשר נסב על הנושאים המרכזיים, המשפיעים על חיי הכלל ועל חיי הפרט. על-כן יש הרואים בזרימה החופשית של המידע מעין מפתח לפעולתה של המערכת הדמוקרטית כולה"²⁸.

על גישה זו חזר הנשיא שמגר, באומרו:

"חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה. השמעת הדעות החופשית והחלפת הדעות הבלתי מוגבלת בין אדם לרעהו הן בגדר תנאי – שאין בלעדיו לקיומו של המשטר המדיני והחברתי, בו יכול האזרח לשקול, תוך לימוד הנתונים וללא מורא, מה דרוש, לפי מיטב הבנתו, למען טובתם ורווחתם של הכלל ושל הפרט, ואיך יובטח קיומם של המשטר הדמוקרטי ושל המסגרת המדינית, אשר בתוכה הוא פועל ... התהליך הדמוקרטי מותנה, כאמור, באפשרות לקיים ליבון גלוי של הבעיות, העומדות על סדר יומה של המדינה, ולהחליף דעות עליהן בצורה חופשית ... אחד מביטוייה העיקריים של דמוקרטיה, אם כי לא הבלעדי, הוא קיומם של מוסדות

25. ראה עניין קול העם, לעיל הערה 5, בע' 876: "העקרון של חופש הביטוי הוא עקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי" (השופט אגרנט). ראה גם D. Kretzmer "Demonstration and the Law" 19 Isr. L. Rev. (1984) 47.

26. המובאה הפנימית היא מתוך דברי השופט לנדוי בבג"צ 243/62 אולפני הפרטה בישראל נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415.

27. עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 274.

28. בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השירות, פ"ד לה(3) 365, 378; ראה גם דברי הנשיא שמגר בב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, 356: "...חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה. השמעת הדעות החופשית והחלפת הדעות הבלתי מוגבלת בין איש לרעהו היא בגדר תנאי-שאינן-בלעדיו לקיומו של המשטר המדיני והחברתי ... התהליך הדמוקרטי מותנה באפשרות לקיים ליבון גלוי של הבעיות, העומדות על סדר יומה של המדינה, ולהחליף עליהן דעות בצורה חופשית...".

שלטון נבחרים וייצוגיים, והתהליך של השמעת דעות והחלפת דעות מקוים, בין היתר, כדי לעצב דמותם של מוסדות השלטון ולהתוות דרכיהם ... אין להעלות על הדעת, שניתן לקיים בחירות במשטר דמוקרטי בלי לאפשר, עובר לקיומן, החלפת דעות ושכנוע הדדי, ובלי שיקוימו אותם בירורים ודיונים, בהם מעוצבת דעת הקהל, הממלאת תפקיד תיוני בכל משטר חופשי, יהיה זה, כאמור, בעת בחירות ויהיה זה בכל ימות השנה²⁹.

ועל רעיון זה עמד שוב הנשיא שמגר, בציינו:

"ההתבטאות החופשית היא חלק מהותי וחיוני מן התהליך הדמוקרטי, והיא מזינה את יכולתו של המשטר הדמוקרטי לקיים את עצמו"³⁰.

כפי שהדגיש השופט לנדוי:

"שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מוז לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה"³⁰.

אך למעלה מזאת: חופש הביטוי תורם ליציבות החברתית ומכאן גם למשטר הדמוקרטי³¹. "בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטויו במשא, ולא במעש. הקיטור החברתי מוצא ביטויו במסלול השקט של הביטוי, ולא במסלול האלים של המעשים. החברה, שלעיתים שוקטת היא על השמרים ואינה צופה את פני הרעה המתפרצת מהמסתור, מכינה עצמה לקראת הבאות, בהיותה מודעת לסכנות שחופש הביטוי וחושפן בגלוי"³².

הטיעון בדבר הדמוקרטיה חושף את הקשר בין חופש הביטוי לבין הסובלנות החברתית. משטר דמוקרטי מבוסס על סובלנות³³. "זו סובלנות למעשי הזולת ולדעותיו. זו סובלנות גם כלפי חסר הסובלנות. בחברה פלוראליסטית כשלנו הסובלנות היא הכוח המאחד אותנו והמאפשר לנו חיים משותפים. חופש הביטוי מגביר את הסובלנות ומחזק את הדמוקרטיה"³⁴.

הקשר בין המשטר הדמוקרטי לבין חופש הביטוי הוא דו-צדדי³⁵. עמד על כך הנשיא שמגר, באומרו:

"חירות הביטוי היא תולדה עיקרית של הדמוקרטיה ובין מאפייניה המרכזיים; מאידך גיסא, עצם התארגנותה של הדמוקרטיה מעת לעת מותנית בכך, שחופש

29. בג"צ 372/84 קלופפרינוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238-239.

30. עניין ספירו, לעיל הערה 19, בע' 241.

30א. עניין אולפני הסרטה, לעיל הערה 26, בע' 2416.

31. ראה A.B.F. Res.J. 647, 672 [1980] "Speech and Crime" K. Greenawalt.

32. עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 276. ראה גם דברי השופט דגלס (Douglas) ב" Dennis v. U.S. 341 U.S. 494, 584.

33. ראה L.C. Bollinger The Tolerant Society (N.Y., 1986); D. Richards Toleration and The Constitution (N.Y., 1986).

34. עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 277. ראה גם בג"צ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(1) 757, 764. ראה גם דברי השופט אלון בע"ב 2/84 ניימן נ' יושבי ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225.

35. ראה עניין קול העם, לעיל הערה 5.

הביטוי אכן יהיה קיים, ומבחינה זו הדמוקרטיה היא תולדה של הקניית החירויות ושמירתן. סיכומו של דבר, דמוקרטיה אמיתית וחירות הביטוי חד הן³⁶.

אכן, "חופש הביטוי מפיח חיים במשטר הדמוקרטי, אך מאותה מידה מעניקה הדמוקרטיה חיות לחופש הביטוי. בין חופש הביטוי לבין הדמוקרטיה קיים, איפוא, קשר בל יינתק, תוך השפעה והפריה הדדית בין השניים"³⁷.

ד. היקפו של חופש הביטוי וההגנה עליו
עמדתי על טעמיו של חופש הביטוי. על רקע זה מתעוררות שתי השאלות הבאות³⁸: האחת, מהו היקפו של חופש הביטוי, כלומר, מהו היקף העניינים הנכללים בו, ומהם העניינים הנתפסים כמצויים מחוצה לו. שאלה זו מבקשת לתחום את היקף העניינים "המכוסים"³⁹ על ידי העיקרון של חופש הביטוי. היא מתמודדת עם השאלה, מהו "ביטוי" לעניין ערך יסוד זה. כך, למשל, נשאלת השאלה האם ביטוי גזעני הוא ביטוי שחופש הביטוי משתרע עליו, או שמא יש לומר, כי התוכן הגזעני של הביטוי מוציא אותו מתחומו של חופש הביטוי. השאלה השניה הינה: מהו היקף ההגנה שהדין נותן לאותם ביטויים הכלולים בחופש הביטוי? שאלה זו מבקשת לקבוע אם ההגנה הניתנת לביטוי היא "מוחלטת" או "יחסית", ואם ההגנה היא יחסית, מהם מכחניה⁴⁰. הבחינה הראשונה היא בחינה פנימית, שכן היא בודקת את מהותו הפנימית של חופש הביטוי ואת היקף העניינים הכלולים בו. הבחינה השניה היא בחינה חיצונית, שכן היא בודקת את היחס בין חופש הביטוי לבין חופשים אחרים, ואת מידת ההגנה שהדין נותן לחופש הביטוי. על כן, אנו יכולים לומר, למשל, כי חופש הביטוי כולל בחובו גם ביטוי שיש בו לשון הרע. עם זאת, הדין מגן על ביטוי זה רק אם הוא נעשה בתום לב. אפתח איפוא, בשאלת היקפו של חופש הביטוי, ואעבור לאחר מכן למידת ההגנה שחופש זה נהנה ממנה.

36. פרשת קלופפרינווה, לעיל הערה 29, בע' 239.

37. עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 278; ראה גם עניין לאור, לעיל הערה 13, בע' 432: "חופש הביטוי הוא מערכי היסוד של משפטנו. הוא מהווה 'זכות עילאית'... הוא שלוב וקשור במשטר הדמוקרטי. מאופיו הדמוקרטי של המשטר נובעת ההכרה בחופש הביטוי. חופש הביטוי הוא הנותן למשטר את אופיו הדמוקרטי. בלא דמוקרטיה אין חופש ביטוי, ובלתי חופש ביטוי אין דמוקרטיה".

38. להבחנה בין שתי שאלות אלה, ראה F. Schauer *Free Speech: A Philosophical Inquiry* (Cambridge, 1982) 89; M. Nimmer *On Freedom of Speech: A Treatise on the Theory of the First Amendment* (1984). הבחנה זו אומצה בפסיקה הישראלית: ראה עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 270; בג"צ 806/88 אוניברסל סיטי סמוודיו לטד נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22.

39. ראה עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 270: "מהי מהותו 'הפנימית' של חופש הביטוי ומהו היקף העניינים הנכללים בו (coverage)?"

40. ראה עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 283: "המהות החיצונית קובעת את היקף ההגנה (ה' protection) הניתן לעקרון של חופש הביטוי בחברה נתונה".

(1) היקפו של חופש הביטוי

העיקרון של חופש הביטוי משתרע על כל הצורות של הבעת הביטוי. על-כן נכללות בו כל צורות הביטוי הידועות, כגון ספרים, סרטים והצגות. הוא כולל את הביטוי בכתב ואת הביטוי בעל-פה, יהיו אמצעי התקשורת אשר יהיו. הוא כולל ביטוי במלים וביטוי במעשים. על כן, צעדה או עמידת דום, שריפת דגל או העמדת פסל, הם בגדר ביטוי הנתפס בעקרון חופש הביטוי⁴¹.

האם משתרע העיקרון של חופש הביטוי על כל תכניו של הביטוי? האם כל ביטוי, תהא צורתו אשר תהא, נכלל בגדר חופש הביטוי? תשובתי על שאלה זו היא בחיוב. חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, בין בעל תוכן פוליטי, בין בעל תוכן ספרותי, בין בעל תוכן מסחרי ובין בעל תוכן אחר. עמד על כך השופט אגרנט בפרשת קול העם, בציינו:

"ביסודו של דבר, כל התהליך הנזכר אינו אלא תהליך של בירור האמת, למען תשכיל המדינה לשים לפניו את המטרה הנבונה ביותר ותדע לבחור את קו הפעולה העשוי להביא להגשמת מטרה זו בדרך היעילה ביותר. והנה, לשם בירור אמת זו משמש העקרון של הזכות לחופש הביטוי אמצעי ומכשיר הואיל ורק בדרך של ליבון 'כל' ההשקפות והחלפה חופשית של 'כל' הדעות עשויה אותה 'אמת' להתבהר"⁴².

על-כן משתרע חופש הביטוי על דיעות מקובלות ועל דיעות חריגות; על דיעות שאוהבים לשמוע ועל דיעות מרגיזות וסוטות⁴³. חופש הביטוי אינו רק החופש לבטא דברים בשקט ובנועם. חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דברי זעקה, הצורמים את האוון⁴⁴. חופש הביטוי הוא החופש להביע דיעה – כדברי השופט האמריקאי ברנז⁴⁵ – "ללא מעצורים, ללא איסתניסיות ופתוח לרווחה". גם ביטוי שיש בו "ממרח מגונה של ארוטיקה, פוליטיקה וסטיות מכל סוג" נכלל במסגרתו של חופש הביטוי⁴⁶. ביטוי שיש בו פגיעה ברגשות הדת או שיש בו חומר תועבה, "מכוסה" על ידי חופש הביטוי. האם הביטוי בעל האופי הגזעני "מכוסה" על-ידי העיקרון של חופש הביטוי⁴⁷? האין לומר, כי התוכן הגזעני של הביטוי מוציא אותו מתחומו של חופש הביטוי? כך, למשל,

41. ראה בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים (טרם פורסם).

42. פרשת קול העם, לעיל הערה 5, בע' 877.

43. ראה עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 279: "חופש הביטוי אינו רק החופש לבטא או לשמוע דברים המקובלים על הכל. חופש הביטוי הוא גם החופש לבטא דעות מסוכנות, מרגיזות וסוטות, אשר הציבור סולד מהן ושונא אותן". ראה גם עניין מ"י נ' בן משה, לעיל הערה 6, בע' 434; פרשת לאור, לעיל הערה 13; פרשת ניימן, לעיל הערה 34, בע' 322, 325.

44. ראה עניין ניימן, שם, בע' 277; עניין לוי, לעיל הערה 7, בע' 411.

45. בפרשת *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964), ובתרגומו של מ"מ הנשיא לנדוי בעניין חברת החשמל, לעיל הערה 8, בע' 351. השופט לנדוי ציין, כי הוא מוכן לקבל את דבריו של השופט ברנז.

46. פרשת לאור, לעיל הערה 13, בע' 433.

47. לדיון בשאלה זו, ראה פרשת כהנא, לעיל הערה 10, וכן *Shauer*, לעיל הערה 38, בע' 163; *Nimmer*, לעיל הערה 38, בע' 2-30, 3-16, וכן *E. Barendt Freedom of Speech* (Oxford, 1985); *D. Kretzmer "Freedom of Speech and Racism" 8 Cardozo L. Rev.* (1987) 167; 445

אם חופש הביטוי מוסבר ברצון לחשוף את האמת, הרי הגזענות בשקר יסודה, ואין בה כדי לתרום לבירור האמת. ואם כך, גם אין עלינו לתמוך בהגשמתו העצמית של נביא השקר. גם הטיעון הדמוקרטי עשוי לתמוך בגישה המוציאה את הדיבור הגזעני מהיקפו של חופש הביטוי, שכן הדיבור הגזעני פוגע במשטר הדמוקרטי.

לדעתי, אין בשיקולים אלה כדי להכריע, ויש בהם תפיסה בלתי שלמה של טעמי חופש הביטוי: "אכן, הגזענות בשקר יסודה, אך אמת זו תצא לאור רק באותה התמודדות חופשית של רעיונות ודעות. מתוך התמודדות עם השקר שבגזענות על הבמה החופשית של דעות ורעיונות תוקע הגזענות בכל כיעורה, ושוויון האדם וכבודו יוגברו ויחזקו. לא האמת שבגזענות תומכת בחופש לבטאה, אלא ההתמודדות החופשית של דעות והשקפות, שתוקיע את השקר"⁴⁸. "חולשתן של הגזענות וההסתה בשקר הטמון בהן, הנחשף לעיני כל דווקא באותה תחרות חופשית של דעות ורעיונות המייחדת את הדמוקרטיה..."⁴⁹. הטיעון בדבר ההגשמה העצמית תומך אף הוא בגישתי זו, שהרי לשם הגשמת עצמנו עלינו להקשיב וללמוד ולהיות מודעים גם לדעות גזעניות. רק בדרך זו נדע להילחם בהן⁵⁰. תוצאה זו מתבקשת גם מהטיעון הדמוקרטי: "בדרך של החלפת דעות והשקפות יוכל הציבור לגבש את עמדתו שלו באשר לדעה הגזענית, ולהביא לחיסולה או להחלשתה במאבק הפוליטי, המתבסס על סובלנות, המתנהל בחברה דמוקרטית. ממאבק פתוח זה נגד הגזענות תצא הדמוקרטיה כשהיא מחוזקת ואיתנה יותר"⁵¹.

האם משתרע חופש הביטוי גם על ביטוי שיש בו לשון הרע? לדעתי, גם התשובה על שאלה זו היא בחיוב. גם ביטוי שיש בו לשון הרע הוא ביטוי שעקרון חופש הביטוי "מכסה" אותו⁵². גישה זו מתבקשת מהטעמים העומדים ביסוד העיקרון של חופש הביטוי. יש בה ביטוי להגשמה עצמית של המפרסם וקוראיו. האמת היא זו העולה מהחלפה חופשית של דעות והשקפות ולא מדיכוי (עצמי או חיצוני) של ביטוי זה או אחר. רק החלפה חופשית זו של דעות מאפשרת את קיומו וביסוסו של המשטר הדמוקרטי.

הנה כי כן, הטעמים העומדים ביסוד חופש הביטוי מצדיקים, לדעתי, גישה מרחיבה להיקף תחולתו של עקרון חופש הביטוי. מכאן לא נובעת המסקנה, כי כל דיבור המוכנס תחת כנפיו של חופש הביטוי מוגן הוא בכל היקפו בחברה דמוקרטית⁵³. כבר ציינתי,

48. עניין כהנא, שם, בע' 281.

49. עניין ניימן, לעיל הערה 34, בע' 322.

50. ראה A. Meikeljohn Political Freedom (1948) 55.

51. עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 281. על כן "מכוסה" הביטוי הגזעני, בעל האופי הפוליטי, על-ידי חופש הביטוי: ראה עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 282. לדיעה אחרת, ראה ר' גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אנרנט (תשמ"ז) 145.

52. ראה ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840.

53. ראה אזניברסל סיטי טטודיו לפור, לעיל הערה 38, בע' 34: "הכרה בביטוי פלוני כביטוי הנכלל במסגרתו של עקרון חופש הביטוי אין משמעותה, כי הביטוי הוא מוגן בכל הנסיבות. הטעם לכך הוא, שחופש הביטוי אינו הערך היחיד שחברה דמוקרטית מבקשת לקיים. קיימים ערכים נוספים, אשר הכרה בהם מצדיקה הטלת מגבלות והגבלות על חופש הביטוי".

כי ההיקף "הפנימי" של חופש הדיבור נבדל מההגנה "החיצונית" הניתנת לו. המקרה של דיבור שיש בו לשון הרע הוא דוגמא יפה להבחנה זו בין היקפו של חופש הביטוי, למידת ההגנה הניתנת לו. דיבור שיש בו לשון הרע נתפס בגדר חופש הביטוי. עם זאת, יש להתחשב גם בערכים אחרים, כגון שמו הטוב של האדם⁵⁴. על-כן, אין צידוק ליתן הגנה כוללת לפרסום שיש בו לשון הרע, ובוודאי לא הגנה לפרסום שיש בו לשון הרע ושאינו אמת. אכן, הגנת הפרסום היא פרי האיזון בין הערך של חופש הביטוי לבין הערך של שמו הטוב של האדם וכבודו. מכאן, שבחינת היקפו של חופש הביטוי הינו רק צדו האחד של המטבע. עלינו לעבור עתה לצדו השני. צד זה בוחן את ההגנה שמן הראוי ליתן לחופש הביטוי, ואת המקרים שבהם ביטוי, הנכלל בגדר עקרון חופש הביטוי, אינו ראוי להגנה. עלינו לבחון איפוא, את ההגבלות שמן הראוי להטיל על חופש הביטוי.

(2) ההגנה על חופש הביטוי

חופש הביטוי הוא ערך מרכזי לאדם ולחברה. אין הוא הערך היחיד, ואין הוא הערך החשוב ביותר. מכירים אנו בערכים נוספים, מרכזיים וחשובים: חיי האדם וכבודו הם ערכים מרכזיים. הנתיר חופש לכל ביטוי, שיש בו פגיעה בחיים ובכבוד? אך מעבר לכך: לשם הגשמתן של זכויות האדם, ולשם קידומן של מטרות לאומיות, קיימת החברה המאורגנת, קיימת המדינה. הבטחת קיומה, שלימותה, בטחונה ושלומה של המדינה מחייבים גם הם הגבלה על חופש הביטוי. הנתיר חופש לכל ביטוי, שיש בו פגיעה בסודותיה הכמוסים של המדינה, או שיש בו כדי לגרום לעיוות דין או למהומות? אכן, הגישה המקובלת בכל שיטות המשפט הינה, כי חופש הביטוי אינו חופש "מוחלט". זהו חופש "יחסי" בלבד⁵⁵. "יש להבחין בין חופש להפקרות"⁵⁶. כך, למשל, חירות האסיפה וחירות התהלוכה, אינן בלתי מוגבלות. אלה הן חירויות יחסיות ולא מוחלטות⁵⁷. זכותי לקיים אסיפה ותהלוכה, אין פירושה שאני זכאי לעלות על רכושו של חברי בלא הסכמתו, או שאני רשאי לגרום לאלימות ולהפרת שלום הציבור. בדומה לחירויות אחרות, אף כאן יש לאזן בין רצונו של היחיד – ורצונם של יחידים – להביע את השקפותיהם בדרך של אסיפה ותהלוכה, לבין רצונו של היחיד לשמור על שלומו ורכושו, ורצונו של הציבור לשמור על הסדר והביטחון הציבורי. "בלא סדר אין חירות. חופש האסיפה אין פרושו התפרקות מכל סדר ציבורי, וחופש התהלוכה אין פירושו חופש ההתפרעות"⁵⁸. אכן, לכל חברה דמוקרטית הזכות שלא להגן על מלוא חופש הביטוי. על כל משטר נאור החובה להגביל צורות שונות של ביטוי. אימרתו של

54. ראה עניין אבנרי, לעיל הערה 52.

55. ראה [1982] "Freedom of Expression as a Public Interest in English Law" A. Boyle, Pub. L. 574

56. פרשת כול העם, בע' 878 (השופט אגרנט). ראה גם עניין חברת החשמל, לעיל הערה 8, בע' 348, 360; פרשת ניימן, לעיל הערה 34, בע' 279: "חירות אין פירושה הפקרות, ויש נסיבות בהן חיונית הפעלתן של הגבלות כפי שחיונית נקיטת הליכים משפטיים עקב ביצוען של עבירות לסוגיהן" (הנשיא שמגר).

57. ראה פרשת סער, לעיל הערה 12; עניין לוי, לעיל הערה 7. ראה גם קרצ'מר, לעיל הערה 25.

58. עניין סער, לעיל הערה 12, בע' 172.

וולטייר – "איני מסכים לדעתך, אך אגן בחיי על זכותך להביע אותה"⁵⁹ – אינה מדויקת. איני חייב להגן בחיי על זכותך לומר דברים שיביאו למותי. דמוקרטיה אינה חייבת לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה.

ה. האיזון

הנה כי כן, הבעיה המרכזית הניצבת בפנינו היא זו: באילו נסיבות, ועל-פי אילו אמות מידה, מותר להגביל את חופש הביטוי בחברה המכבדת זכויות אדם, והמעמידה את חופש הביטוי כזכות מרכזית ועילאית? מהם הקריטריונים, על-פיהם היבטים מסויימים של חופש הביטוי לא יזכו להגנה? מתי מוצדק הוא, בחברה נאורה, להגביל את חופש הביטוי, וכיצד נקבעת ההגבלה? על שאלה זו אין תשובה כללית. הכל תלוי בערכים, באינטרסים ובעקרונות, אשר חופש הביטוי מתנגש בהם. על-כן, יהיו מצבים, בהם חופש הביטוי לא יוגבל כלל – ויקבל תוקף כמלוא כסויו – וזאת במקום שלא קיימים כלל ערכים או אינטרסים המצדיקים את הגבלתו של חופש הביטוי. במקום שקיימים ערכים ועקרונות, המצדיקים את הגבלתו של חופש הביטוי, תיווצר התנגשות, אשר תצריך יצירתו של איזון באשר להגבלות על חופש הביטוי ועל הערך האחר המתנגש עמו. מאז פסק-דינו המונומנטלי של השופט אגרנט בפרשת קול העם⁶⁰, מקובל עלינו, כי האיזון יהא עקרוני ולא אד-הוק. יש לקבוע – בלשונו של השופט אגרנט – "עקרון רציונלי"⁶¹, שיהווה – בלשונו של הנשיא שמגר – "אמת-מידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי", תוך התרחקות מכל "אמת-מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה"⁶². אמת-מידה זו מאזנת את הערכים השונים הבאים לידי התנגשות על-פי משקלם וקובעת את "נוסחת האיזון" העקרונית⁶³.

ביטויים אלה: "איזון", "משקל", הם כמובן ביטויים מטאפוריים⁶⁴. מאחוריהם עומדת התפיסה, כי לא כל העקרונות הנו בעלי חשיבות זהה בעיני החברה וכי בהעדר הכוונה חקיקתית, על בית-המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. כשם שאין לך אדם ללא צל, כן אין לך עיקרון ללא משקל. קביעת האיזון על בסיס המשקל, משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים⁶⁵. אך טבעי הוא, כי האיזון משתנה מעניין לעניין, על-פי מהותם

59. ראה לעיל הערה 1.

60. עניין קול העם, לעיל הערה 5. ראה א' ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" גבורות לשמטון אגרנט (תשמ"ז) 129.

61. עניין קול העם, לעיל הערה 5, בע' 881.

62. עניין חברת החשמל, לעיל, בע' 361. ראה גם עניין ספיר, לעיל הערה 19, בע' 238: "האיזון מן הראוי שיושטת על אמת-מידה, הנושאת בתוכה קו מנחה שהוא בה בעת ערכי ... ורציונלי".

63. על "איזון" (balancing) ועל "נוסחת איזון", ראה פרשת לוי, לעיל הערה 7, בע' 401; א' ברק שיקול-דעת שיפוטי (תשמ"ז) 222; וכן T.A. Peczenik *On Law and Reason* (1989); A. Aleinikoff "Constitutional Law in the Age of Balancing" 96 *Yale L.J.* (1987) 943.

64. עניין לאור, לעיל הערה 13, בע' 434.

65. ראה עניין ניימן, לעיל הערה 34, בע' 308; וכן: F. Frankfurter *Of Law and Man* (1956) 31; O.W. Holmes *Collected Legal Papers* (1952) 181; B.N. Cardozo *The Paradoxes of Legal Science* (1928) 62;

של הערכים הנאבקים. על כן, אין לנקוט אמת מידה אחידה, אלא יש לגבש אמות מידה משתנות, על-פי משקלם של הערכים המתנגשים. נקודות האיזון משתנות על-פי מהותם ואופיים של הערכים המתנגשים⁶⁶.

הבחנה מועילה, בהקשר זה, היא בין שני סוגים של הגבלות על חופש הביטוי⁶⁷: הסוג הראשון, עניינו הגבלות על חופש הביטוי, המתבקשות מאופיו התקשורתי, בלא כל קשר לתוכנו של הביטוי. כל שיטת משפט מבקשת ליצור איזון בין האופן שבו הערך של חופש הביטוי מוצא מהכוח אל הפועל (כלא כל קשר לתוכנו של הביטוי עצמו) לבין ערכים אחרים, שהגשמת חופש הביטוי פוגעת בהם. דוגמא לסוג זה של הגבלות ניתן למצוא בדינים המגבילים את חופש ההפגנה בשל פגיעתו בחופש התנועה. הגבלות אלה אינן מכוונות לתוכן המסר שההפגנה מבקשת להעביר, אלא לאופן שבו מועבר המסר. אופן זה עשוי לפגוע בחופש התנועה, ועל-כן נדרש איזון בין השניים⁶⁸. הסוג השני של הגבלות, עניינו הגבלות על חופש הביטוי, שמקורן בתוכנו של הביטוי עצמו. בסוג מקרים זה, תוכנו של הביטוי גורם לתוצאות, אשר חברה דמוקרטית מבקשת להתגונן כנגדן. שיטת המשפט יוצרת איזון בין הערך של חופש הביטוי לבין הערכים שהביטוי החופשי פוגע בהם⁶⁹. דוגמאות לסוג זה של הגבלות ניתן למצוא בדיני איסור לשון הרע, בדינים הפליליים בעניין חומר תועבה ובדינים בדבר "עניין תלוי ועומד" (sub-judice). צנזורה כלולה אף היא בסוג זה של איסורים, שהרי מטרתה של הצנזורה היא להגן על הציבור מפני התוכן המזיק של הביטוי עצמו. גם ההגבלות על הביטוי הגזעני כלולות בסוג זה של הגבלות, שכן לא אופיו התקשורתי של הביטוי אלא תוכנו, הוא הפוגע באינטרסים ובערכים אחרים, הראויים להגנה. כמוכן, לעיתים ניתן למצוא, במצב דברים נתון, הגבלות מהסוג הראשון ומהסוג השני גם יחד. כאשר מפגינים מבקשים לצעוד ברחוב ראשי של עיר, והמסר אותו הם מבקשים להעביר הוא גזעני, עשוי להתעורר הצורך להגביל את חופש הביטוי, הן משום ההפרעה לתנועה (הגבלה שאינה קשורה לתוכנו של הביטוי) והן משום ההפרעה לשלום הציבור (הגבלה הקשורה לתוכנו של הביטוי). נפנה בקצרה לכל אחד משני סוגי ההגבלות האלה.

ו. הגבלות תקשורתיות (שאינן קשורות בתוכן הביטוי)

ההגבלות בסוג זה של מקרים אינן מכוונות כנגד תוכנו של הביטוי, אלא כנגד דרכי הבעתו. מפגינים המשתמשים ברמקולים והמפיצים כרוזים, עשויים להפריע את מנוחת השכנים או את עבודתם של פקידים, ועשויים ללכלך את סביבתם, יהא המסר אשר יבקשו להעביר אשר יהיה. חברה המעניקה משקל כבד לחופש הביטוי צריכה לאפשר ביטוי גם בנסיונות הגורמות הפרעה ופגיעה בערכים אחרים. עם זאת, חופש הביטוי אינו הערך היחיד, ויש לאזן בינו לבין הערכים האחרים הראויים להגנה. "בחייה המאורגנים של החברה אין 'הכל או לא כלום'. יש 'תן וקח' ואיזון בין האינטרסים השונים"⁷⁰.

66. ראה עניין לוי, לעיל הערה 7; בג"צ 488/85 דהאר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701.

67. ראה אוניברסל סיטי סטודיו לטר, לעיל הערה 38. הבחנה זו מתבססת על Nimmer, לעיל הערה

38, ועל 794 (2nd. ed., 1988) L. Tribe American Constitutional Law.

68. ראה אוניברסל סיטי סטודיו לטר, שם.

69. ראה שם.

70. עניין סער, לעיל הערה 12, בע' 178.

נראה, כי בסוג זה של הגבלות יש לדאוג לכך שההגבלות המוטלות על אופן הביטוי, מבחינת המקום, הזמן והצורה, יהיו כאלה שישאירו "חופש נשימה" ראוי לחופש הביטוי, ולא יפגעו באופן מהותי בחופש זה.⁷¹ על-כן יש לאפשר קיומה של הפגנה ברחובות מרכזיים של העיר, גם אם הדבר גורם להפרעה לתנועה, תוך קביעת תנאים מגבילים באשר לזמן וצורת ההפגנה. אכן "כשם שזכותי להפגין ברחובה של עיר מוגבלת בזכותו של חברי למעבר חופשי באותו רחוב, כן מוגבלת זכותו של חברי להלך ברחובה של עיר בזכותי לקיים אסיפה או תהלוכה. הכבישים והרחובות נועדו להליכה ולנסיעה, אך אין זו מטרתם היחידה. הם אף נועדו לתהלוכות, למצעדים, להלוויות וכיוצא בהם אירועים".⁷²

לעניין זה, יש מקום, כמובן, להבדיל בין הגבלות על חופש הביטוי במקומות ציבוריים לבין הגבלות על חופש הביטוי במקומות פרטיים או במקומות מעין-ציבוריים, כגון מרכזי קניות.⁷³

ז. הגבלות הקשורות בתוכן הכיטוי

הגבלות מסוג אחר הן אלה הקשורות בתוכנו של הביטוי. מהבחינה התקשורתית, הביטוי אינו פוגע בערכים אחרים, הראויים להגנה. לעומת זאת, מבחינת התוכן הוא פוגע בבטחון, בשלום הציבור וברגשותיו, בטוהר השיפוט, בכבוד האדם, ובערכים אחרים שכל חברה דמוקרטית מבקשת להגן עליהם. מהי נקודת האיזון הראויה במצב דברים זה? מטבע הדברים, כי אין להצביע על נקודת איזון אחת ויחידה, שהרי הערכים המתנגשים בחופש הביטוי אינם מעור אחד. לא הרי התנגשות בין תוכנו של חופש הביטוי לבין בטחון המדינה ושלום הציבור,⁷⁴ כהרי התנגשות בין תוכנו של חופש הביטוי לבין כבודו של האדם.⁷⁵ ולא הרי שני אלה כהרי התנגשות בין תוכנו של חופש הביטוי לבין טוהר השיפוט.⁷⁶ עלינו לעצב, אם כן, מבחנים עקרוניים שונים, אשר יתחשבו ברב-גוניות הערכים אשר חופש הביטוי מתנגש בהם.

טול את המקרה, בו האינטרסים המתנגשים הם חופש הביטוי מזה ובטחון המדינה או שלום הציבור מזה. נקודת המוצא הינה, כי בהתנגשות זו, עד כמה שהיא "חזיתית" ואינה ניתנת למניעה, יד הערכים של בטחון ושלום הציבור על העליונה.⁷⁷ הטעם לכך הוא, שהדמוקרטיה צריכה להתקיים, על מנת שתוכל להגשים את עצמה. המשטר הדמוקרטי נכון להגן על חופש הביטוי, כל עוד חופש הביטוי מגן על הדמוקרטיה. אך מקום שחופש הביטוי הופך קרדום לפגיעה בדמוקרטיה, אין כל צידוק שהדמוקרטיה

71. ראה Tribe, לעיל הערה 67, בע' 977.

72. פרשת סער, לעיל הערה 12, בע' 177.

73. ראה Tribe, לעיל הערה 67, בע' 986.

74. לקבוצה זו שייך עניין קול העם, לעיל הערה 5; פרשת כהנא, לעיל הערה 10; עניין אולפני הכרטיה, לעיל הערה 26; פרשת לאור, לעיל הערה 13.

75. לקבוצה זו שייך עניין חברת החשמל, לעיל הערה 8, ועניין אבנרי, לעיל הערה 52.

76. לקטגוריה זו שייך ע"פ 126/62 דיסנציק נ' י"ב, פ"ד יז 169; ע"פ 696/81 אזולאי נ' מ"י, פ"ד לז(2) 565. ראה גם ז' סגל "איסור פרסום מטעמי 'סובוודיצה': הצעה להיתר ולהסדר

אלטרנטיבי" מחקרי משפט ד (תשמ"ו) 105.

77. ראה פרשת לוי, לעיל הערה 7.

תניח את צווארה לכורת. חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכליון לאומי. אין אדם יכול ליהנות מחופש הביטוי, אם הוא אינו נהנה מהחופש לחיות בחברה בה הוא בחר לחיות. הזכות לחיים בחברה קודמת לזכות להביע בה דיעה. "נוסחת האיזון" בהתנגשות בין בטחון המדינה ושלום הציבור לבין חופש הביטוי מניחה, איפוא, הגשמתו של הערך בדבר בטחון המדינה. עם זאת, בשל מרכזיותו של ערך היסוד בדבר חופש הביטוי, היא מבקשת לצמצם את הפגיעה בערך יסוד זה עד כמה שאפשר, ורק אם הפגיעה בחופש הביטוי היא חיונית כדי לקיים את הערך בדבר בטחון המדינה ושלום הציבור, תתאפשר פגיעה זו.

בהקשר זה עמד בית-המשפט העליון על שתי שאלות עיקריות⁷⁸: האחת, מהי מידת הפגיעה בבטחון המדינה או בשלום הציבור, שיש בה כדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי; השנייה, מהי מידת ההסתברות כי פגיעה בבטחון המדינה או בשלום הציבור תתרחש אם חופש הביטוי לא יוגבל. תשובתו של בית-המשפט על שתי שאלות אלה היא זו: חופש הביטוי נסוג מפני בטחון המדינה ושלום הציבור, רק אם הפגיעה בבטחון ובשלום הציבור היא קשה, רצינית וחמורה⁷⁹, ורק אם קיימת וודאות קרובה כי הגשמתו של חופש הביטוי תביא לפגיעה זו⁸⁰. על-כן, שר הפנים רשאי לסגור את הופעתו של עיתון בשל דבר שפורסם בו והעלול לפגוע בשלום הציבור, רק אם הפגיעה בשלום הציבור היא רצינית, ורק אם קיימת וודאות קרובה לכך⁸¹. בדומה, הצנזור הצבאי רשאי למנוע פרסומה של ידיעה, רק אם קיימת וודאות קרובה לכך, כי פרסום הידיעה יביא לפגיעה חמורה בבטחון המדינה⁸². הצנזורה על סרטים ומחזות רשאית היתה לשלול היתר להצגתו של סרט או מחזה, רק אם היתה וודאות קרובה לכך, כי תהיה פגיעה קשה ורצינית בשלום הציבור⁸³. מפקד המשטרה רשאי למנוע מתן היתר לקיום הפגנה בשל חשש לפגיעה במפגינים בשל המסר של הפגנתם, רק אם קיימת וודאות קרובה לכך, כי תתרחש פגיעה רצינית בשלום הציבור⁸⁴. בכל המקרים האלה, יש לבחון ולבדוק אמצעים חלופיים, שיש בהם כדי למנוע את הוודאות הקרובה של הסכנה הרצינית, בלא לפגוע בחופש הביטוי⁸⁵. על-כן, אם קהל עויין מאיים על

78. להבחנה בין שתי שאלות אלה, ראה פרשת לאור, לעיל הערה 13; עניין אוניברסל סיטי סטודיו לטר, לעיל הערה 38; עניין אינדור, לעיל הערה 41; בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617.

79. ראה פרשת לאור, לעיל הערה 13; עניין שניצר, שם; עניין אוניברסל סיטי סטודיו לטר, שם; עניין אינדור, לעיל הערה 41.

80. למבחן הוודאות הקרובה, ראה אבנר ברק "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 371.

81. ראה עניין קול העם, לעיל הערה 5.

82. ראה עניין שניצר, לעיל הערה 78.

83. ראה עניין אולפני הסרטה, לעיל הערה 26; עניין לאור, לעיל הערה 13. בחוק העונשין (תיקון מס' 35), התשנ"א-1991 בוטלה פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת).

84. ראה עניין סער, לעיל הערה 12; עניין לוי, הערה 7.

85. ראה עניין לוי, שם הערה 7, וכן T.L. Emerson "The Doctrine of Prior Restraint" 20 L. & Contemp. Prob. (1955) 648; V. Blasi "Toward a Theory of Prior Restraint: The Central Linkage" 66 Minn. L. Rev. (1982) 11

מפגינים, הצעד הראשון צריך להיות ריסונו של הקהל ולא שלילתה של ההפגנה. איסור ההפגנה צריך להעשות כצעד אחרון, ולא כצעד ראשון⁸⁶. זאת ועוד: במקום שהדבר אפשרי, יש להעדיף תמיד בחינה של חוקיות הביטוי לאחר התרחשותו, על פני בחינה של חוקיות הביטוי לפני התרחשותו⁸⁷. בחינה לפני התרחשות יש בה כדי להקפיא את הביטוי; בחינה לאחר ההתרחשות יש בה כדי לצנן את הביטוי. עדיף צינון על פני הקפאה⁸⁸.

הפגיעה הקשה, הרצינית והחמורה כוללת גם פגיעה ברגשותיו של הציבור⁸⁹. אמת, חברה המבוססת על פלוראליזם חברתי, חייבת לאפשר החלפת דיעות, גם אם יש בכך כדי לפגוע ברגשות של המתנגדים לאותן דיעות. אכן, מעצם מהותו של המשטר כמשטר דמוקרטי מתבקשת הכרה ברמה מסויימת של חשיפה לפגיעה ברגשות בני הציבור. פגיעה "קשה, רצינית וחמורה" המצדיקה הגבלה של חופש הביטוי, היא אותה פגיעה העולה על "רמת הסיבולת" בחברה דמוקרטית. אכן, עצם הבעתה של דיעה בסוגיה השנויה במחלוקת ציבורית (היסטורית, דתית, חברתית או אחרת) מותרת היא⁹⁰. יהיו אלה, איפוא, מקרים חריגים ונדירים, בהם תוכנו של הביטוי יהא בו כדי להוות פגיעה "קשה, רצינית וחמורה", ברגשותיו של הציבור. יהיו אלה מקרים המזעזעים את אמות הספים של הסובלנות ההדדית.

אפילו תתקיים פגיעה "קשה, רצינית וחמורה" בבטחון או בשלום הציבור, אין בכך כדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי, אלא אם כן קיימת וודאות קרובה להתרחשותה של אותה פגיעה⁹¹. נמצא, כי לא מספיקה אפשרות סתם, או אפילו אפשרות סבירה, של התממשות הפגיעה. יש להראות כי התממשות הסכנה היא וודאות קרובה. בכך בא לידי ביטוי המשקל הרב שאנו נותנים לחופש הביטוי. עם זאת, אין צורך להראות כי התממשות הסכנה היא בבחינת וודאות ברורה. כמו כן אין צורך להראות כי מימוש הסכנה הוא דבר מיידי. די בכך שמראים כי התממשות הסכנה היא וודאות קרובה.

יטען הטוען, כי בגישה זו יש משום פשרה עם העקרונות. בנימה צינית אפשר לומר, כי על-פי גישה זו, חופש הביטוי מוגן כל עוד הוא אינו אפקטיבי דיו. ביקורת זו אינה נראית לי. כפי שראינו, חופש הביטוי אינו הערך היחיד שעליו צריכה חברה דמוקרטית להגן. מטבע הדברים מתבקשת פשרה, שתאזן בין האינטרסים השונים. פשרה אינה אות לחולשה. פשרה היא תנאי חיוני לסובלנות ולחיים משותפים. חברה דמוקרטית, המבוססת על פלוראליזם וסובלנות, חייבת לבסס עצמה על פשרה ולא על "הליכה עד הסוף".

86. ראה עניין לוי, שם; עניין לאור, הערה 13: כן ראה דברי השופט ויתקון בעניין אולפני הפרטה, לעיל הערה 26, בע' 2425: "אני רואה בצנזורה אמצעי, שרק בלית ברירה ובמקרים הנדירים ביותר יהא מקום להשתמש בו". ראה גם דברי השופט ויתקון בעניין חברת פרמי נח כע"מ, לעיל הערה 34.

87. ראה עניין כהנא, לעיל הערה 10, בע' 297.

88. ראה: A. M. Bickel *The Morality of Consent* (New Haven, 1975) 61: "A criminal statute chills, prior restraint freezes"

89. ראה עניין אוניברסל סיטי מטוריו למד, לעיל הערה 38.

90. ראה שם.

91. על מבחן הוודאות הקרובה, ראה אבנר ברק, לעיל הערה 80.

ח. סוף דבר

הנה כי כן, חופש הביטוי הינו ערך סבוך. אי אפשר בלעדיו, אך אי אפשר רק עמו. הוא מעורר בעיות קשות בכל חברה דמוקרטית. האם עלינו להגן – ואם כן, באיזה היקף – על הדיבור הגזעני? האם חברה דמוקרטית צריכה לאפשר דיבור אנטישמי או פורנוגרפי? עמדתי על מספר היבטים כמסגרתן של בעיות אלה. האם הפתרון הישראלי, ההלכתי והחקיקתי, מניח את הדעת? קיימים היבטים רבים נוספים בהם לא נגעתי. האם חופש הביטוי של היחיד, המבקש להשמיע דעתו בפנית הרחוב, הוא כחופש הביטוי של עיתון רב תפוצה או של תחנת טלביזיה?⁹² האם חופש הביטוי אינו גורר אחריו חובות הקשורות לביטוי ובעיקר חובות של הגינות, מיומנות ואתיקה מקצועית?⁹³ האם לעורך עיתון אין חובות, אשר חופש הביטוי מטיל אותן עליו, לשקף דיעות שעמן הוא אינו מסכים, והעשויות לפגוע בתפוצת העיתון? מהו היחס בין חופש הביטוי לבין רישוי אמצעי התקשורת? בשאלות אלה ואחרות עשויים בני הדיבור הנאור לחלוק זה על זה. מתן תשובה להן מטיל אחריות מיוחדת על בית-המשפט. אחריות זו כפולה היא: ראשית, אחריות בגיבוש פתרונות שיעלו בקנה אחד עם מה שהשופט אלון כינה "נשמחה היתירה" של שיטת המשפט⁹⁴, כלומר ערכי היסוד של משפטנו ו"האני מאמין" שלה⁹⁵; שנית, אחריות ליישום עקבי של תפיסות היסוד, שאם לא כן, כל מה שנקבע במישור הנורמטיבי ירד לטמיון בעולם המעשה. "על בית המשפט לבחון לא רק את ההלכה אלא גם את המעשה. לא רק את הרטוריקה אלא גם את הפרקטיקה"⁹⁶. "העקרונות עליהם עמד בית משפט זה בעבר" – אמר השופט בך⁹⁷ – "אסור שישמשו רק בתור דגל אידיאולוגי כלפי חוץ, אלא חייבים הם גם להנחות אותנו בהחלטותינו היומיומיות הלכה למעשה". מי יתן ונעמוד באחריות כבודה זו.

92. ראה: O.M. Fiss "Free Speech and Social Structure" 71 *Iowa L. Rev.* (1985-88) 1405; Fiss "Why the State" 100 *Harv. L. Rev.* (1987) 781
93. ראה: J.A. Barron "Access to the Press - A New First Amendment Right" 80 *Harv. L. Rev.* (1967) 1641; Bollinger "The Press and the Public Interest: An Essey on the Relationship Between Social Behaviour and the Language of First Amendment ("fairness doctrine" בארצות-הברית, אשר הוזכרה בפסיקתנו: עניין שידן, לעיל הערה 28; בג"צ 259/84 מילן נ' רשות השידור, פ"ד לח(2) 673; עניין זכרוני, לעיל הערה 10; ראה גם ד' ברק "חופש הגישה לאמצעי התקשורת – איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש ביטוי" עיוני משפט יב (תשמ"ז) 183; ד' סגל "זכות האזרח לקבל מידע בעניינים ציבוריים" עיוני משפט י (תשמ"ה) J.A. Barron *Freedom of The Prees For Whom* (1973) :625
94. ראה ע"א 391/80 לסרסון נ' שכונ עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 264.
95. על הכרות העצמאית המשקפת את "האני מאמין" של המדינה, ראה בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ(ע) א 33, 36.
96. עניין לאור, לעיל הערה 13, בע' 439.
97. עניין זכרוני, לעיל הערה 10, בע' 784.