

על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון

מאת

פנינה להב

עמ'	
378–376	I. מבוא
381–379	II. מקומו של חופש הביטוי במשפט הקונסטיטוציוני הישראלי
387–381	III. הפסיקה שקדמה לקול העם
403–387	IV. הלכת קול העם נ' שר הפנים
387	א. רקע עובדתי וניתוח כללי
	ב. המבחנים השונים להגבלה על חופש הביטוי כפי שהם מופיעים בקול העם
391	— הרקע להגבלה של בית המשפט לשני מבחנים בלבד
391	— הסיבות לדחיית מבחן הנטייה הרעה
395	ג. המרכיבים של מבחן הוודאות הקרובה
398	ד. סיכום
402	
	V. גישתו של בית-המשפט העליון לעקרון של חופש הביטוי לאחר קול העם
421–403	1. הקטגוריה הראשונה: העדר התייחסות לעקרון של חופש הביטוי
403	2. הקטגוריה השנייה: דפוסי התייחסות לעקרון של חופש הביטוי לאחר קול העם
406	א. המעגל הפנימי: ביטוי המוגן הגנה החלטית וחד-משמעית
407	ב. המעגל החיצוני: ביטוי אשר לא זכה לכל הגנה
411	ג. מעגל הביניים: קבוצת מקרי הגבול והמבחנים להגבלה על חופש הביטוי שהוחלו עליהם
413	— מבחן הנטייה הרעה
413	— מבחן איוון האינטרסים
417	— מבחן הסכנה הברורה והמיידית
420	— מבחן הוודאות הקרובה
420	
422–421	VI. סיכום

I. מבוא

חופש הביטוי משמעו, קיומו של הליך, שבמסגרתו יכול אדם לעצב דעה עצמאית בעניינים שונים ומגוונים, ולהשמיעה באזני אחרים. במסגרת הכללית של עיצוב והבעת דעה קיימים מרכיבים חיוביים ושליליים, המטיפעים על היקף ואיכות פעולתו של העקרון של חופש הביטוי בחברה. על המרכיבים השליליים של הליך עיצוב והשמעת הדעה נמנים התעמולה (פרופגנדה), תמרון והכוונת תוכן החדשות מלמעלה, צנזורה רשמית ובלתי רשמית, סודיות, וכן דיכוי ישיר או עקיף של דעות בלתי מקובלות. על המרכיבים החיוביים של ההליך נמנים החינוך לקלוט ולהעריך מידע באופן ביקורתי, זרם חפשי של מידע מן הממשל אל הציבור, שירות חדשות אובייקטיבי הנקי מצנזורה או מתעמולה ועידוד התופעה של חילופי דעות ומתן הגנה למשמיעים אותן. חופש הביטוי הקיים בחברה מסוימת תלוי ביחס שבין רמת פעילותם של המרכיבים השונים במסגרת הליך זה. ככל שפעילותם של המרכיבים השליליים גוברת, כן יורדת פעילותם של המרכיבים החיוביים, ופוחת הסיכוי לעיצוב דעה עצמאית והשמעתה באופן חופשי.

המאבק בין הפרט לבין הממסד השלטוני על הזכות לחופש הביטוי הוא עתיק יומין. ירמיהו הנביא מספר על ההתנכלות החוזרת ונשנית שזכה לה מצד הציבור, הממסד הדתי והצמרת השלטונית בעבור נבואות הזעם שלו.¹ סוקרטס הועמד לדין על שהפיץ דעות, שהיו לצנינים בעיני מגיניה של הדמוקרטיה האתונאית.² בהיסטוריה המודרנית מקובל לראות את הרנסנס כתקופה, שבה החל המאבק על חופש הביטוי. משהתחיל הדפוס להתפתח בסוף המאה ה-15, הגיב הממסד השלטוני בנסיונות עקביים להצר צעדיו ולמנוע התפשטותו. התפיזה האוטוריטריאנית, ששלטה באותה עת, ראתה בעין עוינת כל אמצעי המסוגל לזרוע ספק בדבר כיסורו של השלטון להבחין בין טוב לרע, או היכול לבקוע פרצות בליכוד החברתי.³

על מנת לבלום את התעצמותם של כלי התקשורת, וכך למנוע התפשטות רעיונות בלתי מקובלים, פתחו ממשלות אמצעים משפטיים להגבלת חופש הביטוי בחברה. רישוי, צנזורה, פתוח העבירה הפלילית של דיבת הסתה, ואפילו נטילת מונופולין

1 ירמיה, פרקים י"א, כ"ו, ל"ב, ל"ז—ל"ח.

2 ראה האפולוגיה של סוקרטס, כתבי אפלטון, כרך ראשון, תשכ"ח, תרגום ליבס, הוצאת שוקן, עמ' 206.

3 Wilbur Schramm, "Two Concepts of Mass Communication", in *Responsibility in Mass Communication*, 1957, N.Y. Harper & Row, pp. 62-77.

ממשלתי על כלי התקשורת— כל אלה הופעלו בהחלטיות ובעקביות באירופה מן המאה ה-15 ועד המאה ה-19.⁴ העקרון של חופש הביטוי תפש מקום נכבד בתיאוריה של הליברליזם, שפרחה במאות ה-18 וה-19.⁵ ההכרה בחשיבותו הביאה לעגונו כעקרון קונסטיטוציוני מרכזי הן בהכרזות זכויות האדם והאזרח הצרפתית מ-1789 והן בחוקה האמריקנית.⁶ במאה ה-20 קמו עוררים רבים על העקרון של חופש הביטוי. הדוגלים באידיאולוגיה הקומוניסטית או הפשיסטית, רואים בו מכשלה בדרך לליכוד חברתי ויצירת דבקות חברתית אחידה ברעיונותיהם.⁷ המצדדים בחברה ליברלית ופתוחה, מצביעים על ההשלכות השליליות של חופש הביטוי: הסתאבות אמצעי התקשורת וחזירתם לכל תחומי החיים. אלה תובעים עיון מחודש בהיקף פעילותו של חופש הביטוי בחברה.⁸ עם זאת אין אלה שוללים את המקום המרכזי שיש לעקרון של חופש הביטוי בתרבות הפוליטית והמשפטית של חברות דמוקרטיות. פרופ' תומס אמרסון, הנחשב לאחד החוקרים החשובים בנושא של חופש הביטוי,

- 4 ראה שם. לתפתחויות באנגליה ובארה"ב במאות ה-17 וה-18 ראה L. W. Levy, *Legacy of Suppression*, 1960, Cambridge, Mass, Harv. U. Press.
- 5 ראה John Milton, *Areopagitica*, 1951 ed., N.Y. Appleton-Century Crafts, pp. 1-56.
- 6 וכן ג'ון סטיוארט מיל, על החירות, תש"י, חברה להוצאת ספרים על-יד האוני' העברית. ראה סעיף י"א להצהרת זכויות האדם והאזרח:
- 7 "ההבעה החפשית של המחשבות והדעות היא אחת הזכויות היקרות ביותר של האדם; כל אורח רשאי, איפוא, לדבר, לכתוב ולהדפיס באופן חפשי, אלא שהוא אחראי לכל שמוש לרעה בחופש זה במקרים שנקבעו ע"י החוק".
- 8 תרגום עברי מצוטט בק' קליין, מחקר משווה על חוק יסודי: זכויות האזרח, ירושלים 1972, עמ' 76.
- וכן התיקון הראשון לחוקת ארה"ב: "Congress shall make no law... abridging the freedom of speech or of the press".
- 7 ראה, למשל, ו' א' לגין: "Why should freedom of speech and freedom of press be allowed? Why should a government which is doing what it believes to be right allow itself to be criticized? It would not allow opposition by lethal weapons. Ideas are much more fatal things than guns..."
- מצוטט ב"James Reston, "The Condition of the Press in the World Today", 593, 594 *Revue des Droits de l'homme*, VII (1974). וכן: H. Marcuse, *Repressive Tolerance*, in *A Critique of Pure Tolerance*, 1970, Boston, Beacon Press, pp. 81-123. ראוי לציין, שאין כאן כוונה להסמיך את האידיאולוגיות הפשיסטית והקומוניסטית, אלא רק להצביע על התייחסותן הדומה לחופש הביטוי.
- 8 ראה, למשל, B. S. Duval, Jr., "Free Communication of Ideas and the Quest For Truth: Toward a Teleological Approach to First Amendment Adjudication", 41 *The George Washington L. Rev.* 161 (1972). וכן: J. A. Barron, *Freedom of the Press for whom? The right of access to mass media*, 1975, Indiana U. Press.

מצביע על ארבע סיבות מרכזיות להגנה על העקרון בחברה דמוקרטית ופתוחה⁹:

(1) הגשמת ה"אני": העקרון של חופש הביטוי משמש ערובה הכרחית (אם כי לא מספקת) לקיום התנאים הבסיסיים, בהם יכול אדם לפתח אמונה ודעות עצמאיות ובלתי תלויות, ועלי ידי כך לפתח את הפוטנציאל הגלום באישיותו.

(2) שמירה על ההליך הדמוקרטי: תמציתו של ההליך הדמוקרטי היא בשליטת החברה בעצמה, באמצעות נציגיה הנבחרים. מעורבות החברה בהליך קבלת ההחלטות מחייבת קיום רמה גבוהה של חופש ביטוי, רמה המתבטאת בשקילה עצמאית ורציונלית של העובדות הרלבנטיות, יכולת לעכל מידע זה, ואפשרות להביע בפומבי ובלי חשש את המסקנות הנובעות מהליך זה של עיכול המידע.

(3) גילוי האמת: קיימת הנחה בסיסית בדבר קיומה של רמה גבוהה של טעיות (fallibility) בהליך קבלת ההחלטות האנושי. הנחה זו בולטת בספרות המודרנית, הדנה בנושא של הליכי קבלת החלטות בחברה.

על מנת להמנע ככל האפשר מהחלטות מוטעות, רצוי לקיים רמה גבוהה של ביטוי חופשי, שיציג בפני מקבלי ההחלטות את מירב הטענות והאפשרויות הנוגעות לנושא מסוים, כך שיוכלו להגיע לידי החלטה רציונלית וסקולה¹⁰.

(4) איזון בין יציבות לשינוי: חופש הביטוי תורם לאיזון בין יציבות ושינוי בחברה. הוא מאפשר חשיפת הבעיות המציקות לקבוצה מסוימת בחברה, וכך תורם לאיתור מהיר של בעיות חברתיות, סקיומן מתחת לפני השטח עלול לגרום לכרסום החברה מבפנים. חשיפת הבעיות מועילה ליציבות גם בכך, שהיא מאפשרת לקבוצות מיעוט "לשחרר קיטור", וכך מתרככת הנטייה להיזקק לאלימות. כמו-כן מבטיחה רמה גבוהה של חופש ביטוי, שהחברה לא תתפש לגזשות חברתית והצמדות למוסכמות, אלא תהא פתוחה לרעיונות חדשים ובלתי מקובלים.

החברה החברתית בערכו של העקרון של חופש הביטוי הולידה את התביעה לעגון שורה של זכויות, אשר יבטיחו את קיומו מן הבחינה המשפטית. מערכת זכויות זו מורכבת מ:

"הזכות לעצב ולהחזיק באמונות ודעות בכל נושא. הזכות לחלק רעיונות, דעות ומידע עם הזולת בכל אמצעי התקשורת, בדיבור, בכתב, מוסיקה, אמנות או דרכים אחרות. במידה מסוימת נכללת כאן גם הזכות לשתיקה. מן הצד השני, כוללת הזכות לחופש הביטוי את הזכות לשמוע דעותיהם של אחרים ולהאזין לגרסתם בנוגע למצב עובדתי מסוים. היא כוללת את הזכות לחקור נושאים מסוימים ובמידה

9 הקטע שלהלן מהווה סיכום מסקירתו של פרופ' אמרסון המופיעה ב-, T. I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 1963, Vintage Books.

pp. 3-15. לביקורת ראה: Marcuse, ה"ש 7 לעיל, וכן Duval, ה"ש 8 לעיל.

10 ניסוח זה סוטה במקצת מדעתו של פרופ' אמרסון, השואב מג'ון סטיוארט מיל את הגירסה, שחופש הביטוי יתרום לגילוי האמת. אנו נקטנו בנוסחה צנועה יותר, המייחסת לחופש הביטוי תרומה להורדת רמת ה"טעויות" בקבלת החלטות. ראה: Duval, ה"ש 8 לעיל, עמ' 188-194.

מסוימת את זכות הגישה למידע. תולדה מתבקשת של זכות זו היא הזכות להתאסף וכן לייסד אגודות, דהיינו להתחבר יחדיו בביטוי משותף¹¹. העקרון של חופש הביטוי ושורת הזכויות המבטיחות את פעולתו, קיימים בכל שיטת משפט הבנויה על ערכים דמוקרטיים. מידת או דרגת הפעילות של חופש הביטוי משתנה מחברה לחברה ומשיטת משפט אחת לשנייה. במדינת ישראל העקרון של חופש הביטוי טרם זכה לטיפול מקיף¹². דיון מעמיק וכולל במגוון ההיבטים המשפטיים על השלכותיהם החברתיות אינו ענין למאמר בודד. לפיכך, בחרנו להתרכז בהיבט אחד של העקרון של חופש הביטוי: מעמדו בפסיקת בית-המשפט העליון. על חשיבותה של פסיקת בית-המשפט העליון בשיטתו המשפטית אין צורך להרחיב את הדיבור. בשיטה המבוססת על המשפט המקובל יש חשיבות מירבית לעמדתו של בית-המשפט העליון בסוגיות משפטיות. לענין העקרון של חופש הביטוי, מקובל לטעון שלא כל ביטוי יזכה להגנה משפטית. לפיכך, בבואו להכריע מהו ביטוי אשר יוגן על-ידי מערכת המשפט ומהו ביטוי אשר לא יזכה להגנה, חייב בית-המשפט לפתח מבחנים וסטנדרטים אשר יתוו את קו הגבול בין מותר לאסור. אנו נתרכז בבדיקת המבחנים השונים שפתח בית-המשפט העליון למטרה זו, ונסה להעריך באיזו מידה קיים מבחן, שאותו יעדיף בית-המשפט על פני שאר המבחנים.

II. מקומו של העקרון של חופש הביטוי במשפט הקונסטיטוציוני הישראלי

העדרה של חוקה כתובה ופורמלית אינו מונע מן העקרון של חופש הביטוי (כפי שאינו מונע מעקרונות אחרים) להתקיים כהנחייה חוקתית במערכת המשפט של ישראל. כהנחייה חוקתית משפיע העקרון על הליכי עיצוב, פרשנות ויישוב המערכת הנורמטיבית כולה, למרות שאין בו הכוח לגרום לבטלותו של חוק¹³. כפי שראינו לעיל, מעוגן העקרון של חופש הביטוי בשיטת המשטר הקונסטיטוציונית-דמוקרטית. הבחירה המודעת במסגרת דמוקרטית עבור מדינת ישראל¹⁴ ממילא כללה התחייבות לכבד את העקרון של חופש הביטוי, שבלעדיו לא תתכן דמוקרטיה אופרטיבית. מכאן, שכל עוד תשאר החברה בישראל נאמנה למתכונת דמוקרטית, חייב העקרון של חופש הביטוי להשאר על כנו כעקרון יסוד במערכת המשפט הישראלית. במערכת המשפטית בא רעיון זה לביטוי ברור בפסק-הדין המנחה בנושא זה: קול העם נ' שר הפנים (להלן: קול העם):

"מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים

T. I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, 1970 (Random House), 11 p. 3.

12 לסקירה רחבה של חיקוקים ופסיקה בנושא זה ראה מחקר משוזה על חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ש 6 לעיל, עמ' 148-186. וראה גם אדמונד קאהן, "חופש העתונות", פפר השנה של הקתואים, תשכ"ג, עמ' 62-74.

13 להבחנה בין עקרונות לבין כללים וסטנדרטים של התנהגות ראה להב וקרצ'מר, "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל – הישג קונסטיטוציוני או אחיזה עיניים?", משפטים, ז (תשל"ו), עמ' 149.

14 ראה הכרזת העצמאות של מדינת ישראל.

כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון – פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש"¹⁵.

מן הבחינה הפורמלית, נהוג להתייחס לעקרון של חופש הביטוי כאל עקרון הנשאב מהכרזת העצמאות. עם זאת ראוי להדגיש, כי קיומו מושתת לא על איזכורו במסמך, אלא על העובדה שמבנה המשטר בישראל הוא מבנה דמוקרטי.

ההתייחסות למסמך של הכרזת העצמאות נובעת מנוחות: נוח להתלות במסמך היסטורי ומרכזי בתולדותינו, המבליט את נאמנות החברה למשטר הדמוקרטי. אך ראוי לזכור, שגם ללא הכרזת העצמאות היה לעקרון מקום של כבוד במשפטנו מן הסיבה הפשוטה, שמערכת המשפט מושתתת על מבנה מדיני דמוקרטי. מן האמור לעיל עולה, שהבעייתיות של העדר מסמך חוקתי, שעליו הרוט העקרון של חופש הביטוי, אינה מתמקדת בשאלת עצם קיומו של העקרון במערכת המשפט. הבעייתיות מזדקרת לעין, כאשר באים לתחום את היקף תחולתו של העקרון בשיטת המשפט, היינו כאשר באים לקבוע, באיזו מידה מעניקה שיטת המשפט הגנה לעקרון של חופש הביטוי, וכאשר באים מרווח מחיה, ובאיזו מידה היא מתירה הגבלה על הביטוי או דיכוי. בשיטת משפט אשר בה אין המחוקק כבול על-ידי מסגרת חוקתית, ואשר בה אין בתי-המשפט רואים עצמם מוסמכים לבטל חוקים, על שום שיש בהם פגיעה "בלתי חוקתית" בעקרון של חופש הביטוי¹⁶, קיים פוטנציאל גדול יותר להגבלה על ביטוי מאשר בשיטה, בה קיימת חוקה פורמלית, הנתמכת על-ידי מוסד הביקורת השיפוטית¹⁷. בשל המגבלה הזו מציג השופט אגרנט את העקרון החוקתי של חופש הביטוי כעקרון פרשנות שכוחו מנחה:

"אמנם, ההכרזה 'אין בה משום חוק קונסטיטוציוני' הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם... אך במידה שהיא 'מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו'... מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על-ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הציגור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, ת"ש-1948; הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יישללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו"¹⁸.

אולם, גם קביעה זו אינה מקדמת אותנו הרבה. הקביעה, שהעקרון קיים כעקרון חוקתי, מצביעה על כך, שקיים מתחם מסוים, שהוא לב לבו של העקרון של חופש

15 בג"צ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פד"י ו' 873.

16 הדוקטרינה של ביקורת שיפוטית בישראל מוגבלת על-פי פסיקת ביהמ"ש העליון לחוקים רגילים, הסותרים חוק יסוד משוריין. ראה בג"צ 98/69 ברנמן נ' שר האוצר, פד"י כ"ג (1) 693 וכן בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פד"י כ"ז (1) 794. לעיון בדפוס המותכנן של ביקורת שיפוטית בישראל ראה הצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח 1221, ג' בטבת תשל"ז (1975), עמ' 133, סעיף 12.

17 לדיון על ביקורת שיפוטית בנושא של זכויות האזרח וליקורת על ההסדר המוצע בארץ ראה להב וקראמר, "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל – הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?", ה"ש 13 לעיל, עמ' 173-188.

18 ה"ש 15 לעיל, עמ' 884.

הביטוי, אשר דיכויו איננו מותר ולא יסבל כל עוד מבנה המשטר נשאר מבנה דמוקרטי. הקביעה, שכוחו המשפטי של עקרון זה הוא כוח של עקרון פרשנות, מצביעה על הנטייה לראות בעין חיובית את העקרון של חופש הביטוי, ולפרש חיקוקים הבאים להגביל אותו, פירוש אשר לא יסכל את המטרות אשר אותן בא העקרון לקדם. אך שתי אלה הן הנחיות, שאין בהן כללים ברורים וחדים לשאלה, מתי האיסור על ביטוי הוא כשר ומתי פסול. האם יכשיר בית-המשפט הגבלה או דיכויו של ביטוי רק שעה שהביטוי עולה כדי פעולה (כגון במצב של הפגנה או חלוקת כרוזים)? שעה שהביטוי מסית לפעולה? האם צריך לאסור על ביטוי רק במצבים בהם קיימת סכנה ברורה ומיידית שיתרחש גזק, או שמא די בכך שקיימת ודאות קרובה שתתרחש פעולה מזיקה? קריטריונים אלה ואחרים¹⁹, הידועים בשם המבחנים או הדוקטרינות של חופש הביטוי, הם הם הקובעים את הדינמיקה של ההגבלה על חופש הביטוי, ואת היקף פעולתו בתברת. בחירת המבחן להגבלה על חופש הביטוי ואופן הפעלתו הם הקובעים את היקף תחולתו של העקרון במערכת המשפטית. בישראל מקובל לראות את פסק-הדין בענין קול העם כפסק-הדין הראשון, שבו מופיע מאמץ מעמיק להבחין בין המבחנים השונים, לשקול את מעלותיהם ומגרעותיהם, ולהכריע בדבר המבחן העדיף לשיטת המשפט הישראלית. הדיון שלהלן יוקדש לגיתוח המבחנים השונים כפי שהופעלו על-ידי בית-המשפט העליון. על מנת לתת בידי הקורא תמונה כוללת, נחלק את דיוננו לשלושה שלבים. נפתח בסקירה קצרה של הפסיקה מ-1948 ועד 1953 – הפסיקה שקדמה לקול העם, נמשיך בגיתוח מפורט של פסק-הדין בענין קול העם, ולבסוף נסקור את ההתפתחויות שאירעו מאז קול העם ועד היום.

III. הפסיקה שקדמה ל"קול העם"²⁰

שאלת קיומו והיקף תחולתו של העקרון של חופש הביטוי בשיטת המשפט של ישראל העצמאית עלתה בפני בית-המשפט העליון עוד קודם לקול העם. שמונה פעמים עמדה השאלה לדיון בשנים שבין 1948 ו-1953, ובחמישה מקרים מתוך אלה היו מעורבים עתונים²¹.

את הנושאים אליהם התייחסו מקרים אלה ניתן לחלק לשלושה: ביטוי העולה

19 המבחנים המקובלים כיום הם: מבחן הנטייה הרעה; מבחן הסכנה הברורה והמיידית; מבחן הוודאות הקרובה; מבחן איזון האינטרסים (איזון אדי-הוק או איזון עקרוני ומבוקר); מבחן ההסתה ומבחן הביטוי-פעולה. לסקירה ראה: אמרסון, ה"ש 9 לעיל, עמ' 48-62.

20 פרק זה, כמו המאמר כולו, מבוסס על פסקי-דין שפורסמו בקובץ פסקי-דין (פד"י) של בית-המשפט העליון. אין הוא כולל פסקי-דין שלא פורסמו.

21 בג"צ 9/49 בלוי ואח' נ' שר הפנים, פד"י ד' 136; ע"א 90/49 בנצור נ' קרטיק, פד"י ה' 593; ע"פ 53/49 וייל נ' היוה"מ, פד"י ג' 93; ע"פ 24/50 גורלי נ' היוה"מ, פד"י ה' 1145; ע"פ 37/50 שטרנהל נ' היוה"מ, פד"י ו' 110; בג"צ 15/51 היוה"מ נ' עורך דבר ואח', פד"י ה' 1017; בג"צ 213/52 מ' שטיין, מז"ל "העיתון הדמוקרטי" נ' שר הפנים ואח', פד"י ו' 867; בג"צ 25/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פד"י ז' 165 (להלן – קול העם הראשון). פסקי-הדין בלוי נ' שר הפנים, בנצור נ' קרטיק, היוה"מ נ' ירבר', קול העם הראשון ועיתון דמוקרטי נ' שר הפנים, עסקו כולם בהגבלות שונות על העתונות.

כדי לשון הרע, ביטוי אשר יש בו כדי לפגוע בתדמיתו של בית-המשפט או בהליכים של עשיית צדק ופרשנות של פקודת העתונות.²²

שאלת הביטוי הנוגע ללשון הרע לא תידון ישירות במאמר זה. אין ספק שיש חשיבות רבה לסוגיה זו במסגרת הדינמיקה של חופש הביטוי, במיוחד בסוגיה של ביטוי המתייחס לאירוע פוליטי או ציבורי. אף-על-פי-כן, בנושא לשון הרע קיים חומר משפטי רב, הן בתחום החקיקה והן בתחום הפסיקה, אשר במידה רבה מדריך ומגביל את בית-המשפט בבואו לפסוק דין. קשה ללמוד מחומר זה על הגישה השיפוטית הכללית לנושא של חופש הביטוי.²³ עם זאת ראוי לציין, שבשתי הפעמים בהן דן בית-המשפט העליון בנושא זה, הפגין רגישות והבנה לעקרון של חופש הביטוי גם במגזר חוקי איסור לשון הרע.²⁴

22 הא"י, פרק קט"ז, עמ' (ע') 1191, (א') 1214.

23 חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 464, עמ' 240, החליף את הוראות פקודת החוק הפלילי ופקודת הגזיקין המנדטוריות בנושא זה. לשאלת הקשר בין לשון הרע והעקרון הקונסטיטוציוני של חופש הביטוי ראה Duval, ה"ש 8 לעיל, עמ' 223-232 וכן T. I. Emerson, *Supra* n. 11, pp. 517-562.

24 בפסק-הדין בנפס"ב נ' קוטיק (ה"ש 21 לעיל), עמדה לדיון כתבה, שפורסמה בעתון "על המשמר" עוד בתקופת המנדט (17.7.47), אשר בה סופר, כי ארבעה אנשים, ביניהם התובע, זוהו כסחטני אצ"ל ונענשו על-ידי ההגנה. הכתבה נשאה את הכותרת "סחטני אצ"ל נענשים", ובעקבותיה הגיש "קוטיק תביעת גזיקין על פגיעה בשמו הטוב. בפסק-הדין גורלי נ' היוה"מ (ה"ש 21 לעיל) נתבע ד"ר א' גורלי, מי שהיה התובע הכללי של צה"ל, לדין פלילי על שידול לפרסום דיבה ועל הפצת לשון הרע (סעיפים 23, 201 ו-202 לפ.ח.פ.). גורלי היה מעורב בפרשת טוביאנסקי, בה נידון חשוד בריגול למוות בבי"ד שדה. במשפט אזרחי שהתנהל לאחר מכן, בו הועמד איסור בארי, מי שהיה ראש שירות הידיעות של הצבא באותם הימים, לדין פלילי על פרשה זו, הטיל היוה"מ צל על התנהגותו של גורלי באותה פרשה. בתגובה על כך, כינס גורלי מסיבת עיתונאים, בה טען בין השאר, כי משפט בארי נוהל על-ידי היוה"מ "מטעמים אישיים". על דבריו אלה הועמד לדין פלילי. המשותף לשתי פרשיות אלה היה ההיבט הציבורי שבלט בשתייהן. בשני המקרים עסק בית-המשפט בפרשנות הסעיפים השונים של איסור לשון הרע, תוך כדי התייחסות מדוקדקת לפסיקה אנגלית בנושא. עם זאת, הודגש בשני פסקי-הדין הצורך לשמור על חופש הביטוי גם במגזר זה. ראה הערתו של השופט אולשן בנפס"ב נ' קוטיק: "היות וכל פרסום המכיל דבר העלול לפגוע במי שהוא, כרוך בסיכון מסוים, הרי עלול הדבר לבלום כל יזמה לביקורת או למסירת ידיעות אף במקרים שטובת הכלל או המדינה דורשת שביקורת כזאת תשמע, ושיריעות כאלה תמסרנה" (שם, עמ' 597), והערתו של השופט אגרנט בגורלי נ' היוה"מ כי "החוק מכיר, כי במסיבות ידועות ובתנאים מסוימים דורשת טובת הכלל – כדי שזכות היסוד [של חופש הביטוי] לא תתרוקן מתכנה – כי לא ייענש אדם על הפצת דברים המכילים לעז, הואיל והתקלה שתיגרם לציבור מצמצום-יותר של חופש הדיבור וחופש הכתיבה עדיפה בעיני החוק על גרימת נזק פרטי כל שהוא" (שם, עמ' 1160). בשני פסקי-הדין בלטה המגמה לשרטט באופן מדויק ככל האפשר את התחומים בהם יסוג העקרון של הגנת השם הטוב בפני העקרון של חופש הביטוי, ואת התחומים בהם יועדף עקרון ההגנה על השם הטוב על פני חופש הביטוי. מגמה זו בלטה בנסיון לפרש את ההגנות השונות, שמעניק החוק לנתבע או לנאשם, בצורה רחבה (ראה הנכונות העקרונית להכיר בחובת הפרסום של עתון לקוראיו, ולהתחשב בשיטות העבודה של העיתונאי (בנפס"ב נ' קוטיק, עמ' 601, 603), והפרשנות הרחבה של הגנת ה"היתר על תנאי" שבסעיף 207 לפ.ח.פ. (גורלי נ' היוה"מ, עמ' 1160-1173)).

רגישות דומה הופגנה בנושא הביטוי, המתייחס לתדמית או פעולת בית-המשפט. כאן היה האתגר שעמד בפני בית-המשפט העליון מעניין במיוחד, שכן הביטוי נשוא הדיון נגע ישירות לתדמיתו המוסדית, וניתן היה לשער, שתופיע נטייה לאסור ביטוי מעין זה, על מנת לחזק את מעמדו במדינה שקמה זה עתה.²⁵ אך לא כך פעל בית-המשפט. משלושת פסקי-הדין שנידונו במסגרת הסוגיה, המעניין ביותר הוא היועץ המשפטי נ' עורך "דבר" ואח' ²⁶, שכן בו היתה התייחסות ישירה לשאלת ההגבלה על חופש הביטוי. שם מדובר היה בדיווח שהופיע בעתונים רבים אודות עדויות שנמסרו במהלך משפט על מעשים בלתי חוקיים מצד המשטרה. היועץ המשפטי ביקש לענוש את העתונים על בזיון בית-המשפט בדרך של דיון מקוצר על-ידי בג"צ. שופטי בית-המשפט הגבוה לצדק נחלקו בדעותיהם. שניים מן השופטים, השופטים אולשן ואגרנט, סברו שבתייתו סמכות לבית-המשפט הגבוה לצדק לדון בעבירה של בזיון בית-המשפט חרג המחוקק המנדטורי מסמכותו, ולכן לא יכול בג"צ לדון בענין. בעוד השופט אולשן נקט בגישה הטכנית של פירוש המלה בקשות ²⁷, נקט השופט אגרנט בגישה רחבה יותר. הוא בדק את הסמכות לענוש על בזיון בית-המשפט בסדר דין מקוצר לאור שני עקרונות ברזל של זכויות האזרח: הזכות לחופש הביטוי והזכות למשפט הוגן. לענין חופש הביטוי לא הציג השופט אגרנט מבחן ברור. הוא הציב את המבחן המחמיר (הבריטי), האוסר על פרסום ביטוי שאינו "עובדות" ממש לעומת המבחן המרשה פעילות רבה יותר לחופש הביטוי – מבחן הסכנה הברורה והמיידית, אך לא הכריע בין שתי הגישות, והסתפק בהערה, ש"עצם מציאותו של הכוח להעניש בדרך הדחופה האמורה עשויה לכבול, יתר על המידה, את ידי העתונות אף במילוי התפקיד הצר אשר גישה זו (הבריטית) מתווה לה" ²⁸.

השופט ויתקון נקט גישה שונה. לדעתו שרירה וחוקתית סמכותו של בג"צ לענוש את העתונים בסדר דין מקוצר, אך בתוכן המאמרים לא היה משום בזיון בית-המשפט. המבחן שאימץ לפתרון השאלה, אימתי יראה ביטוי כפוגע בהליך השיפוטי ועל-כן אסור, היה מבחן ההסתה:

"... כל בקורת, בשעת הדיון, חיובית או שלילית, חריפה או מתונה, על המתרחש באולם בית המשפט, כשהיא נאמרת בשם 'דעת הקהל' יש בה גרעין של השפעה, ... אין לראות בזיון בית משפט במעשה בקורת מעל פני העתונות רק בשל השפעתה ההיפוטיטית הזאת על לבו של שופט. לעומת זאת, יש והבקורת חורגת מהמסגרת של בקורת גרידא, ומשתלבים וכרוכים בה דברי

25 בית-המשפט העליון המנדטורי לא נהנה מאמונו של היישוב העברי. על בית-המשפט העליון הישראלי, שקם לאחר הכרות העצמאות, היה לבנות בכוחות עצמו את יוקרתו ושמו הטוב. עיי' : A. Etzioni, "The Decline of Neo-Feudalism: The Case of Israel", in M. Lissak & F. Gutmann, *Political Institutions and Processes in Israel* (Academion, 1975), 70, 76-77. בנסיבות אלה טבעי היה הדבר, לו נטה בית-המשפט לראות בחומרה כל נסיון להטיל דופי בפעולותיו ואורח התנהגותו.

26 ה"ש 21 לעיל.

27 לדעתו לא היתה העבירה הפלילית של בזיון ביהמ"ש בחינת בקשה, ולכן לא הקנה סימן 43 לדבר המלך במועצתו, 1922, לבית-המשפט הגבוה לצדק סמכות לדון בה, שם, עמ' 1036.

28 שם, עמ' 1053-1054.

איום או הסתה ואז יש בהם, בדברים אלה פגיעה בתהליך המשפטי ומכאן כך – בזיון בית משפט”²⁹.

למרות המחלוקת בין השופט אגרנט לשופט ויתקון בענין המבחן המתאים להכשרת ההגבלה על חופש הביטוי, עולה מדבריהם תמימות דעים לגבי השאלה העקרונית בדבר היקף סמכותה של הרשות להגביל ביטוי. שני השופטים מסכימים, שהרשות לא תוכל להגביל ביטוי כאוות נפשה ועל-פי שיקוליה היא, וכי יש צורך בהתגשמות מוקדמת של תנאי או תנאים מסוימים (הסתה, סכנה ברורה ומיידית), בטרם תקום לרשות הסמכות לשים סייג לחופש הביטוי.

שני פסקי-הדין הנותרים במגזר זה נגעו בפרשנות סעיף 131 לפ.ח.פ., האוסר הוצאת שם רע על שופט. במקרה אחד שטרנהל נ' היוה”מ, מדובר היה באדם שכתב לבית-המשפט העליון מכתב ובו נאמר בין השאר: ”מבית-המשפט נושבת רוח של מורא מעורכי-דין”. במקרה השני, וייל נ' היוה”מ, הועמד לדין עורך-דין, אשר בתוך בקשה בדרך המרצה הכניס דברים העלולים להתפרש כעולבים בשופטים³⁰. בשני המקרים עסק בית-המשפט בפרשנות הסעיף. אולם, גם כאן הקפיד על פרשנות מצמצמת, שבמידת האפשר תמנע פגיעה והגבלה על חופש הביטוי.

בשטרנהל נ' היוה”מ הדגיש ביהמ”ש את חשיבותו של מרכיב הכוונה להוציא שם רע, ואת חובתה של התביעה להוכיח את קיומו. הדגשת מרכיב הכוונה חשובה ביותר, וראוי לעמוד עליה בדברי הסבר קצרים. הדינמיקה של ההגבלה על חופש

29 שם, בעמ' 1032. מן הראוי לציין, כי לדעת השופט ויתקון אין כוונתם של המפרסמים חשובה להתהוות העבירה. בכך הוא משמיט את אלמנט הכוונה מן המבחן להגבלה על חופש הביטוי. מבחן ההסתה שלו מתרכז רק בתכנו של הביטוי עצמו. אם הוא מהווה הסתה, הוא אסור ובר-עיוגשיו, ואם אין בו הסתה אין להגבילו. במלים אחרות, המבחן הוא אובייקטיבי מוחלט, ומתעלם מן האלמנט הסובייקטיבי של הפרסום.

30 שטרנהל נ' היוה”מ, ה”ש 21 לעיל, בעמ' 121; וייל נ' היוה”מ, ה”ש 21 לעיל. וייל הועמד לדין על שכתב פסקה זו: ”איש בעל כצפון, עורך-דין או אחר, אינו יכול להסכים למידת הצדק היוצאת מכך ששלושה שופטים בריאים, כל אחד בן 40 בערך, ובעל משכורת גבוהה, פוסקים בכסאות הנוח שלהם, שבמסיבות של המקרה מצב זה מוכרח להמשיך עוד מספר חדשים. בתקופת המנדט היה מקובל גם בין חברי בית-המשפט שנתן את הצו להגיד כאשר קראו דברים כאלה: 'לשם מה הם דואגים?' ולמשיך בכתפיים. איש שרואה מה שקרה במקרה הנדון יכול רק לשאול: 'מי דואג כאן?'”, שם, בעמ' 94-95. שניהם הואשמו בפלילים על-פי סעיף 131 לפ.ח.פ. הקובע:

131. (1) כל אדם –

(א) המשתמש בין בעל פה ובין בכתב, במלים על כל שופט, בין שהוא שופט בבית-משפט בעל שיפוט אזרחי או שיפוט פלילי או שיפוט דתי או שהוא שופט של בית-משפט שלום, בקשר עם משרתו, מתוך כוונה להוציא עליו שם רע בתפקיד זה; או
(ב) המפרסם כל דברי גידופין נגד שופט בין שהוא שופט בבית-משפט בעל שיפוט אזרחי או פלילי או דתי או שופט של בית-משפט שלום, מתוך כוונה להטיל עליו חשד או בזיון בהנהלת המשפט, יאשם בעוון:

בתנאי שזיכוכת בגילויילב ובדרך-ארץ על טיב החלטה של שופט בשאלה בעלת ענין ציבורי לא ייחשב לעבירה עפ”י הסעיף הזה.

הביטוי נקבעת עליידי תוכן המבחנים המתירים הגבלה. אם המבחן להגבלה על חופש הביטוי כולל מרכיבים שקל לתביעה או לרשות המינהלית להוכיחם, כי אז לפנינו מערכת משפטית, המתירה צמצום משמעותי של חופש הביטוי בחברה. הפעלת מבחנים, הכוללים מרכיבים קשים להוכחה, מורה על נטייה של מערכת המשפט להעדיף את העקרון של חופש הביטוי, ולמנוע מצב שבו ניתן להגבילו בקלות. הדגשת מרכיב הכוונה מורה על נטייה לגונן הגנת יתר על חופש הביטוי. גישה פרשנית, המתעלמת מכוונתו של הדובר (מבחן אובייקטיבי), או המפעילה את החוקה, שאדם מתכוון למשמעות הסבירה של מלותיו או לתוצאות הטבעיות של מעשהו – מקלה עם אלה הבאים להגביל את חופש הביטוי.³¹ היא מעידה על העדפה של זרם המחשבה השולט בכפה או העדפה של הסטטוס-קוו על פני רעיונות חורגים ובלתי מקובלים, ועל כן משקלה נוטה לכיוון ההגבלה על ביטוי שאינו מקובל בחברה. בפסק-הדין בענין שטרנהל מדגיש השופט אגרנט, ש"מלות הגנאי" כשלעצמן אינן מספיקות להוכחת העבירה, ועל התביעה להוכיח, "כי הגאשם השתמש במלות העלבון מתוך כוונה להוציא שם רע". הקפדה זו על אלמנט הכוונה מהווה קריטריון ברור, המרחיב את היקף תחולתו של העקרון של חופש הביטוי במערכת המשפט.³²

בפסק-הדין בענין ריברד וייל³³ מופיע היבט שונה של צמצום תחולת החוק הפלילי על ביטוי. כאן נפסק, שיש להחיל את תחולת ההגנה המוחלטת בנושא לשון הרע (סעיף 206 לפ.ח.פ.) על סעיף 131 הדן בביוזיו של שופט. כך הועדף העקרון של הענקת חופש מוחלט למשתתפים בדיון משפטי על פני העקרון של הקפדה על כבוד המוסד השיפוטי.

בדיוננו עד כה ראינו, כי בית-המשפט העליון גילה מודעות גבוהה לעקרון של חופש הביטוי ונטייה עקבית לצמצם ולנסח במדויק את הכללים המשפטיים המרשים הגבולות ודיכוי, בין בתחום המשפט הפלילי ובין בתחום המשפט האזרחי. בתחום השלישי, בו נדון היקף תחולתו של חופש הביטוי קודם לקול העם – פרשנות של פקודת העתונות – נסתמנו תופעות של חריגה מגישה זו. משלושה פסקי-דין שבאו לפני בית-המשפט בענין זה, העמיד בית-המשפט רק פעם אחת את העקרון של חופש הביטוי כעקרון החולש על הפקודה ומדריך את הכללים שבה. בפסק-הדין בענין בלוי ג' שר הפנים³⁴ פירש בית-המשפט את פקודת העתונות פירוש מצמצם, ודחה את נסיבות שר הפנים לקחת לעצמו סמכויות, שאינן מופיעות בפירוש בפקודה.³⁵ אמנם, קשה לאמר שהיה כאן נסיון להבליט או לחדד את חשיבותו של העקרון של חופש הביטוי לענין העתירה, אך בצד העובדה של פרשנות מצמצמת הופיעה גם פסקת סיום,

31 ראה Z. Chafee, *Free Speech in the United States*, 1948, Harvard U. Press, pp. 26–28, 118–121; וכן Duval, ה"ש 8 לעיל, עמ' 222–223.

32 אולם, השווה, ה"ש 29 לעיל, המעידה על מגוון הגישות לעקרון של חופש הביטוי, וכן להלן, עמ' 399.

33 ה"ש 21 לעיל.

34 ה"ש 21 לעיל.

35 ביסודה של העתירה עמד סכסוך בין בעלי עתון בקשר לשאלה, מי מהם רשאי להמשיך להוציא את העתון, וממילא להשפיע על קו המערכת שלו; הדי הסכסוך הגיעו עד שר הפנים, שציווה על הפסקת העתון עד שיתיישב הסכסוך. בג"צ קיבל את העתירה.

שהעידה כי בית-המשפט היה מודע להשלכות הפסק: "הפסקת עתון המשמש צינור לתעמולה בתקופת בחירות היתה דבר הדורש גישה יותר זהירה"³⁶. בשני פסקי-הדין הנותנים, שהעמידו את שאלת היקף סמכותו של שר הפנים להסדיר את נושא העתונות בפני בית-המשפט העליון, לא התייחס בית-המשפט לעקרון של חופש הביטוי, ואף לא טרח להמשיך בנקיטת פרשנות מצמצמת של פקודה זו. בענין "העתון הדמוקרטי" נ' שר הפנים אישר בית-המשפט את סמכותו של שר הפנים לשלול רשיון עתון כדבר שבשגרה³⁷, ובמשתמע הסכים שגורם השפה ישפיע על שיקולי השר בבואו לשלול רשיון³⁸. בבג"צ קול העם נ' שר הפנים (קול העם הראשון)³⁹ עוד הרחיק בית-המשפט לכת. כאן עמדה לדיון סמכותו של השר להפסיק הוצאתו של עתון בשל תוכן הדברים המתפרסמים בו. העובדות היו דומות ביותר לעובדות בענין קול העם נ' שר הפנים⁴⁰, אותו הזכרנו לעיל, ואשר הפך לאחד מעמודי התווך של המשפט הקונסטיטוציוני הישראלי. אך בעוד קול העם סבב סביב חשיבותו של העקרון של חופש הביטוי בחברה, נקט השופט אגרנט בקול העם הראשון פרשנות טכנית ופור-מליטית, שהתעלמה מן הערכיות של חופש הביטוי, וכפפה ראש בפני שיקול דעת מוחלט של הרשות המינהלית⁴¹.

את גישתו של בית המשפט העליון לעקרון של חופש הביטוי בתקופה שקדמה לקול העם ניתן לסכם כדלקמן:

- 36 ש"ב, בעמ' 142.
- 37 ה"ש 21 לעיל, שם בוטל רשיון של עתון יומי באידיש מן הטעם, שלא עמד בתנאי הרציפות של סעיף 6 לפקודת העתונות.
- 38 בית-המשפט מצטט את דברי שר הפנים, שהודה, כי הוא מוכן להעלים עין מעבירות על פקודת העתונות, הנעשות על-ידי עתונים המופיעים בעברית, אך לא מעבירות כאלה שעוברים עתונים בלועזית, ומוסיף: "אין לנו ספק שהנימוק לביטול הרשיון היה אי-הופעת העתון ברציפות הדרושה, אלא שהמשיב השני לא היה מוכן לעזור לעתון שאינו בשפה העברית על-ידי התעלמות מהעבירה"...
- 39 ה"ש 21 לעיל.
- 40 במקרה קול העם הראשון פרסם העתון "קול העם" מאמר בשם "מרגלים ומרצחים בזוים במסווה של פרופסורים-רופאים", שהכיל דברי שטנה נגד ה"גויזנט הציוני", אותו ראה שר הפנים כמסכן את שלום הציבור, וכן צוטט כרוז שהופץ בירושלים, ובו קריאה למחוסרי עבודה להצטרף לכוחות האמריקניים הלוחמים בקוריאטה. שר הפנים ראה בפרסום זה "ידיעת שווא העלולה לעורר בהלה", ש"ב, בעמ' 166, והוציא צו להפסקת הפרסום מכוח סעיף 19(2) (ב) (עין להלן ה"ש 44). השופט אגרנט קבע, כי מסקנתו זו של שר הפנים "אין לומר... [שהיא]... מופרכת מעיקרה ושאינן לה על מה שתסמוך", ועל כן אין "הצו חורג ממסגרת החוק", ש"ב, בעמ' 168.
- 41 קול העם מתעלם לחלוטין מקול העם הראשון, וגם פסיקה מאוחרת יותר, הדנה בנושא של חופש הביטוי, אינה מתייחסת אליו. מן הבחינה הצרופה של התפתחות הדוקטרינות של חופש הביטוי, אכן ראוי פסק-דין זה לשכחה ולגניזה. עם זאת, הוא מתיישב עם פסיקה מאוחרת, שנטתה להתעלם מן העקרון של חופש הביטוי, בבואה לתחום את היקף סמכויותיה של הרשות המינהלית (ראה להלן עמ' 403-406). ראוי עוד להוסיף, כי יש בפס"ד זה כדי להטיל ספק בכשרו המוסדי של בית-המשפט העליון להגן על זכויות האזרח בצורה עקבית ובלתי תלויה בנסיבות חיצוניות. ראה מאמרו של א' שפירא, "הריסון העצמי של בית-המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח", עיוני משפט, ג (1973), עמ' 640.

על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון

- (1) במרבית המקרים שהובאו לפניו התייחס בית-המשפט לקיומו של העקרון של חופש הביטוי כאל דבר המובן מאליה.
- (2) במרבית המקרים היתה ההתייחסות לעקרון של חופש הביטוי חיובית, דהיינו: הופגנו הבנה ורגישות לחשיבותו ולאורח פעולתו בחברה. הנטייה היתה לפרש את הכללים המגבילים פירוש מצמצם, וכך למנוע פגיעה מיותרת בעקרון החוקתי.
- (3) עם זאת, לא היה נסיון לגבש תיאוריה כוללת בדבר מעמדו של העקרון של חופש הביטוי במשפט הישראלי, או לנסח מבחנים להגבלה על חופש הביטוי. רק פסק-הדין בענין היה"מ נ' עורך "דבר" ואח"י⁴² התייחס למבחנים ואף הציג את מבחן הסכנה הברורה והמיידיית ומבחן ההסתה האובייקטיבי, אך לא הכריע בדבר המבחן הרצוי לשיטת המשפט בישראל.
- (4) בצד הנטייה החיובית, ראוי לציין את נכונותו של בית-המשפט, במיעוט פסקי-הדין⁴³, להתעלם מן העקרון של חופש הביטוי בבואו לפרש את סמכותה של הרשות המינהלית. התוצאה בשני מקרים אלה היתה סמכות מינהלית רחבה, עם יכולת כמעט בלתי מוגבלת לפגוע בזכות היסוד של חופש הביטוי.

ניתוח זה מבליט את חשיבותו של קול העם. תרומתו של קול העם אינה מתרכזת בכך שהכניס את העקרון של חופש הביטוי לשיטת המשפט הישראלית. עינינו הרואות, שהעקרון הופעל קודם לכן ואף בצורה רגישה וזהירה. חשיבותו של קול העם היא בכך, שהיה הראשון שניסה לבנות תיאוריה מגובשת בנושא תפקידו של חופש הביטוי בחברה, ובאופן מודע לשקול את המבחנים השונים להגבלה על חופש הביטוי, ולבחור מביניהם את המבחן המתאים יותר למערכת המשפט בישראל.

IV. הלכת "קול העם נ' שר הפנים"

א. רקע עובדתי וניתוח כללי

בחודש מאי 1953 צוה שר הפנים להפסיק את ההדפסה של שני עיתונים שיצאו מטעם המפלגה הקומוניסטית הישראלית: העתון קול העם והעתון אל-אתחאר (היוצא בשפה הערבית). צו ההפסקה ניתן מכוח סעיף 19 לפקודת העתונות, 1933⁴⁴, לתקופה של

42 היה"מ נ' עורך דבר ואח"י, ה"ש 21 לעיל.

43 העתון הדמוקרטי נ' שר הפנים, וקול העם הראשון, ה"ש 21 לעיל.

44 סעיף 19 לפקודת העתונות קובע:

19. (1) רשאי שר הפנים לצוות למסור התראה לבעל כל עתון או למו"ל של כל עתון או לשניהם שחומר מסוים המופיע בעתון עשוי, לדעת שר הפנים, לסכן את שלום הציבור, או כולל ידיעות שקר או שמועות שקר, אשר, לפי דעתו, יש בהם כדי לעורר בהלה או יאוש, וכי אם ימשיכו בפרסומו של אותו חומר בעתון יעיין שר הפנים בשאלת הפסקת הוצאתו של העתון לפי הוראות פקודה זו.

(2) בין שמסר לבעל העתון או למו"ל של העתון התראה עפ"י סעיף-קטן (1) לסעיף זה ובין שלא מסר לו התראה כזאת, רשאי שר הפנים עפ"י צו להפסיק במקרים דלקמן את פרסום העתון לאותה תקופה שימצא לנכון, ויפרט באותו צו את תקופת אותה הפסקה:

10 ימים לגבי העתון קול העם ו-15 יום לגבי העתון אל-אתחאד. הסיבה המיידית להפסקת העתון היתה פרסום מאמרי ביקורת בשני העתונים. הביקורת התייחסה לידיעה שהופיעה קודם לכן בעתון "הארץ", ובה נאמר כי מר אבא אבן, אז שגריר ישראל בארצות-הברית, אמר כי ישראל תוכל להעמיד 200,000 חיילים לצד ארצות-הברית במקרה של מלחמה.⁴⁵ סגנון המאמרים היה חריף ובוטה.⁴⁶

כפי שכבר ראינו לעיל, לא היתה זו הפעם הראשונה בה הפסיק שר הפנים עתון מכוח סעיף 19. חודשים ספורים לפני-כן קבל קול העם בפני בית-המשפט הגבוה לצדק על צו הפסקה דומה, ונדחתה. החידוש המרעיש בקול העם געזן בתכנו. כמו קול העם הראשון, נכתב פסק-הדין על-ידי השופט אגרנט, כשהפעם מצטרפים אליו בהסכמה השופטים זוסמן ולנדוי.⁴⁷

פסק-הדין בגין מארבעה פרקים: דיון בחשיבותו התיאורטית של חופש הביטוי; דיון בהנחיות ערכיות וכלליות, המתוות את היקף תחולתו במערכת המשפט; דיון במבחנים הספציפיים להגבלה על חופש הביטוי ולבסוף – יישום המבחנים על עובדות המקרה. הפרק הראשון דן בערכו החברתי של העקרון של חופש הביטוי. תכנו כבר נסקר במאמר זה, ועל כן נסכם אותו כאן בקצרה בלבד.⁴⁸ השופט אגרנט פותח ברעיון, שחופש הביטוי הוא הערובה לקיומו של המשטר הדמוקרטי, וזאת משום שתמציתה של הדמוקרטיה היא שלטון עצמי של החברה באמצעות נציגיה. שלטון כזה מניח מכללא רמה גבוהה של חופש ביטוי, שתאפשר היוון-חוזר יעיל ומשמעותי בין הבוחרים לבין נציגיהם.⁴⁹ ערך חברתי אחר, הבונה את חשיבותו של חופש הביטוי, הוא גילוי האמת. חופש הביטוי הוא האמצעי הבדוק ביותר לשמירה על ההליך של בירור האמת בחברה, ועל כן הוא ראוי להגנה מיוחדת.⁵⁰ בנוסף לאלה, עומד השופט אגרנט על "האינטרס

(א) אם מתפרסם בעתון דבר העשוי, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור;

(ב) אם מפרסם עתון ידיעות שקר או שמועות שקר שיש בהן, לדעת שר הפנים, כדי לעורר בהלה או יאוש.

45 ה"ש 15 לעיל, בעמ' 874.

46 קול העם כתב: "באם אבא אבן או מישהו אחר רוצה ללכת להילחם לצד מציתי המלחמה האמריקאיים, שילך, אך שילך לבדו... נגביר את מאבקנו נגד המדיניות האנטי-לאומית של ממשלת בן-גוריון המספסת בדם הגופר הישראלי". אל-אתחאד כתב: "ולכן כל צורות הכניעה של ממשלת בן-גוריון וכל הוכחותיה על נאמנות לא יועילו לה אצל אדוניה האמריקאיים; יתר על כן, פשיטת רגלה המדינית, הפנימית והחיצונית, הכלכלית והפוליטית החלה להתגלות להמונים שהחלו להבין לאן מדרדרת אותם ממשלה זו...". שם, בעמ' 875.

47 בקול העם הראשון הצטרפו אל השופט אגרנט, בהסכמה, השופטים אולשן ווילברג.

48 ראה לעיל עמ' 378-379.

49 "במדינה של משטר דמוקרטי – הוא משטר 'רצון העם' – רואים את 'המושלים' כמורשים וכנציגים של העם שבחרם, אשר על כן רשאי הוא בכל עת להעביר את מעשיהם המדיניים תחת שבטו, אם כדי לגרום לתיקונם של מעשים אלה ולעשיית סידורים חדשים במדינה, ואם כדי להביא לפיטורם המידי של 'המושלים' או להחלפתם באחרים בבוא מועד הבחירות". ה"ש 15 לעיל, בעמ' 876.

50 "... כל התהליך הנזכר אינו אלא תהליך של בירור האמת... 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", שם, בעמ' 877 (ההדגשות במקור).

הפרטי" שבשמירה על חופש הביטוי: חופש הביטוי מהווה תנאי בסיסי ליכולתו של הפרט להגיע לידי הגשמת האני⁵¹. ניכר בפרק זה, כי הוא פרי מחקר מקיף של החיבורים הקלסיים בנושא חופש הביטוי, וכי מטרתו היא לעגן ולהבטיח את קיומו של העקרון כעקרון ברזל במשפטנו החוקתי⁵².

הפרק השני של קול העם מוקדש לבירור היקף תחולתו של העקרון של חופש הביטוי בחברה. נקודת המוצא של פרק זה היא, שעם כל חשיבותו אין העקרון של חופש הביטוי בן יחיד במערכת המשפט: "קיימים אינטרסים מסויימים התובעים אף הם הגנה ואשר למענם הכרחי לצמצם צמצום ידוע את הזכות לחופש הביטוי"⁵³. השופט אגרנט אף מציג רשימה של אינטרסים מסוג זה: זכותו של האזרח לשם טוב, הבטחת דיון הוגן והוצאת דין צדק למתדיינים בערכאות, מניעת חילול רגשות דת, איסור פרסום דברי תועבה, הפוגעים בערכי המוסר ובטחון המדינה⁵⁴. אמנם, ההתנגשות בין העקרונות או האינטרסים השונים אין פירושה, שהעקרון של חופש הביטוי נדחק הצידה כל אימת שעומד כנגדו אינטרס אחר. הליך ההעדפה של אינטרס אחד על פני האחר הוא הליך של איזון אינטרסים, המוגדר על-ידי השופט אגרנט כך:

"תיחום התחומים לשימוש בזכות לחופש הדיבור... נעוץ איפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילת, של אלה אשר לאור המסיבות, ידם על העליונה"⁵⁵.

האם ראה השופט אגרנט בגישה זו של איזון אינטרסים מבחן ספציפי, התוחם את גבולותיו של העקרון של חופש הביטוי, או הנחייה כללית לטיפול במקרים של התנגשות עקרונות זה בזה? לנו נראה, שראה כאן הנחייה כללית ותו לא. גישה זו מתיישבת עם מבנה פסק-הדין כפי שהצגנו אותו לעיל: תחילה דיון בחשיבותו התיאורטית של חופש הביטוי, אחר-כך דיון בהנחיות כלליות המתירות הגבלה על ביטוי ולבסוף—מבחנים ספציפיים לקביעת התחומים הללו. דיונו של השופט אגרנט בהליך איזון האינטרסים נעשה קודם לדיון במבחנים הספציפיים. קיצורו של דבר, השופט אגרנט מציג בפנינו את ההליך הנכון לקביעת היקפו של חופש הביטוי: השלב הראשון הוא שלב של הכרה בצורך שבאיזון אינטרסים. שום עקרון איננו יכול למלוך בכיפה כשהוא מתעלם מן העקרונות האחרים. הדרך הנכונה היא למצוא את האיזון המתאים בין העקרונות השונים כך, ששום עקרון לא ידחה בפני עקרון אחר. לפי דרך זו, לא ידחה העקרון של חופש הביטוי באופן טוטאלי עקרונות אחרים, ואף לא ידחה טוטאלי

51 "חשיבותו של העקרון נעוצה גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לענינו של כל אדם... לטפח ולפתח, עד גבול האפשרי, את האני שבו"; שם, בעמ' 878 (ההדגשה במקור).

52 "אם התעכבנו באריכות יתרה על הערכים שהם נשוא הזכות לחופש הביטוי, הרי לא עשינו כן אלא כדי להדגיש את חשיבותה המכרעת של זכות עילאית זו, אשר ביחד עם בת-זוגתה— הזכות לחופש המצפון— מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות"; שם, בעמ' 878.

53 שם, בעמ' 879.

54 שם.

55 שם.

בפניהם, ותמיד יצטרך בית המשפט למצוא איזון, שיאפשר פעילות כל העקרונות כולם.⁵⁶ שלב זה הוא שלב הנחייתי ועדיין אין בו ניתוח ברור של הכללים, אשר נפעיל בבואנו לקבוע מתי וכיצד יסוג העקרון של חופש הביטוי בפני אינטרס אחר. עם זאת, חשוב להדגיש, כי השופט אגרנט אינו מתייחס לכל האינטרסים החברתיים כאל אינטרסים העומדים בקו התחלה שווה, אלא מדגיש עוד בשלב האיזון ההנחייתי, כי לאינטרס של חופש הביטוי יש מקום עדיף בהיררכיה של האינטרסים.⁵⁷

לשלב של עיצוב המבחן המתאים להגבלה על חופש הביטוי מוקדש הפרק השלישי של פסק-הדין. בטרם נדון בשלב זה, חשוב להדגיש את הסייג, שמחיל השופט אגרנט על תחולת המבחנים. המבחנים השיפוטיים להגבלה על חופש הביטוי יחולו רק במקום שהמחוקק לא קבע תנאים ברורים ומדויקים להגבלה מעין זו:

"...יש והמחוקק עושה את מלאכת האיזון והשקילה בעצמו כלומר, הוא גופו קובע מראש את טיב החומר שאין לפרסם – או את התנאים שבהם חל איסור על פרסומו... אך יש והמחוקק מצייר את שיקול הדעת בשטח זה בידי אחרים, כגון, ביד הרשות המבצעת. בסוג האחרון של המקרים, מן ההכרח שתתעורר השאלה... מהו העקרון הרציונלי שצריך לשמש לה, לרשות המבצעת, שעה שהיא עוסקת בתהליך האמור, לשם הכרעת הכף לצד זה או זה משני האינטרסים הנוכחים?"⁵⁸

מן הבחינה הטכנית, סובב הפרק השלישי סביב פרשנותו של סעיף 19 לפקודת העתונות. סעיף 19 קובע את היקף סמכותו של שר הפנים להפסיק הדפסת עתונים כך: "רשאי שר הפנים... להפסיק... את פרסום העתון... אם מתפרסם בעתון דבר העשוי, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור";⁵⁹

השופט אגרנט סבר, שהביטוי "עלול לסכן את שלום הציבור" הוא משפט המפתח בסעיף זה. הוא חיפש את משמעות המונח "עלול", ועליה ביסס את המבחן הישראלי להגבלה על חופש הביטוי. עם זאת, אין להניח למסגרת הטכנית להאפיל על ההישג התיאורטי של הפרק השלישי. כאן נערך נסיון למצוא "עקרון רציונלי ברור", אשר יקבע את תחומי ההגבלה על חופש הביטוי.⁶⁰ ההכרה בצורך לקבוע עקרון רציונלי או "נוסחה פרציונית"⁶¹ היא המעניקה לפרק זה את הייחוד שבו. בתום הפרק השלישי מגיע השופט אגרנט למסקנה, כי המבחן המתאים ביותר להגבלה על חופש הביטוי

56 לדיון מקיף ראה להב וקרצ'מר, ה"ש 13 לעיל, עמ' 160–165. לתפישה הרואה במבחן איזון האינטרסים מבחן ספציפי בניגוד להנחייה כללית, ראה להלן עמ' 417–420.

57 "עד כה טפלנו בבעיה בצורה כללית וקבענו, כי הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של בטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה, כי ערכו הגבוה של העקרון המגן על האינטרס השני ראוי לתשומת לב מיוחדת, וכי רק בשעה שהמציאות ממשיכה להתעורר, יהא מצדק לתת עדיפות לאינטרס הראשון" (ההדגשה שלנו), ה"ש 15 לעיל, בעמ' 881.

58 שם.

59 עיין בנוסח המלא של סעיף 19, ה"ש 44 לעיל.

60 שם, בעמ' 887.

61 שם, בעמ' 888.

על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון

ולפירוש המלה "עלול" הוא מבחן הוודאות הקרובה: "רק כאשר הפרסום יצא מגדר של ביאור רעיון גרידא ולבש צורה של הטפה, היוצרת, בשים לב למסיבות לפחות אפשרות קרובה של עשיית מעשים המסכנים את שלום הציבור, יהיה מקום להתערבות השלטונות לשם דיכוי הפרסום או מניעת הישגותו בעתיד".⁶²

בפרק הרביעי הוחל מבחן הוודאות הקרובה על הפרסומים נשוא העתירה. בית-המשפט החליט, כי בנסיבות המקרה לא היתה וודאות קרובה ששלום הציבור יופרע, ועל כן שגה שר הפנים כאשר צווה להפסיק את הופעת העיתונים.

הפרק השלישי, בו מחפש השופט אגרנט אחרי עקרון רציונלי ברור להגבלה על חופש הביטוי, הוא החשוב ביותר לענייננו. בפרק זה שוקל השופט מבחנים אחרים, ובאופן מדוע ואנליטי מעדיף על פניהם את מבחן הוודאות הקרובה. נעבור לבחון פרק זה מקרוב.

ב. המבחנים השונים להגבלה על חופש הביטוי כפי שהם מופיעים בקול העם

כאמור, נערך החיפוש אחרי מבחן המתאים להגבלה על חופש הביטוי במסגרת פירוש המונח "עלול". השופט אגרנט מעמיד שתי אפשרויות של פרשנות למונח זה: אפשרות אחת, לפיה די שהביטוי מגלה נטייה, אפילו קלה או רחוקה, לסכן את שלום הציבור (מבחן הנטייה הרעה), ואפשרות שנייה, הדורשת שהקשר הסיבתי בין הביטוי לבין התוצאה השלילית יהיה קרוב לוודאי (מבחן הוודאות הקרובה).⁶³ מכאן, שעוד בשלב הראשון של החיפוש אחרי ה"נוסחה הפרצוית" מצטמצם בית-המשפט לשני מבחנים: מבחן הנטייה הרעה ומבחן הוודאות הקרובה. במרוצת הפרק השלישי דוחה השופט אגרנט את מבחן הנטייה הרעה וקובע, כי המבחן המתאים הוא מבחן הוודאות הקרובה.

שתי שאלות חשובות מתבקשות מפרק זה:

ראשית, מדוע מעמיד השופט אגרנט את הבחירה דווקא בין שני מבחנים אלה, במקום להציג את מגוון המבחנים המגבילים את חופש הביטוי ולבחור אחד מתוכם? שנית, מדוע נדחה מבחן הנטייה הרעה?

הרקע להגבלה של בית-המשפט לשני מבחנים בלבד

כזכור, דן בית-המשפט העליון בשאלת המבחן המתאים להגבלה על חופש הביטוי קודם לקול העם. במשפט הידוע המשפטי נ' עורך "דבר" ואח' הציג השופט אגרנט את מבחן הסכנה הברורה והמיידית (אמנם בלא להביע עמדה לגביו), ואילו השופט ויתקון הציג את מבחן ההסתה האובייקטיבי.⁶⁴ מדוע איפוא, מתעלם קול העם ממבחנים

62 שם.

63 שם, בעמ' 882. לניתוח מפורט של מבחן הנטייה הרעה, ראה להלן עמ' 395–398. לניתוח מפורט של מבחן הוודאות הקרובה, ראה להלן עמ' 398–402.

64 ראה לעיל עמ' 383. ניתן לטעון, כי יש להבחין בין שני פסקי-הדין, שכן שם היה האיוון בין האינטרס של חופש הביטוי לבין האינטרס של שמירה על הליכי משפט הוגן, בעוד שכאן עומד האינטרס של חופש הביטוי כנגד האינטרס של הבטחון הלאומי. טענה זו אינה חזקה.

אלה בשעה שהוא מציג את האלטרנטיבות העומדות בפני בית-המשפט? מדברי השופט אגרטל ניתן להסיק על שלוש תשובות לשאלה זו, וכולן אינן שלמות:

(1) הנימוק הראשון הוא, שמבחן הוודאות הקרובה עולה כן ההגדרה המילולית של המונח "עלול". נימוק זה אינו משכנע. ראשית, מבחן הוודאות הקרובה מוצג כאפשרות עוד בטרם ניגש השופט לבדיקה מילולית של המונח "עלול". מכאן ניתן להסיק, שהוא נבחר באופן בלתי תלוי בפרשנות המילולית. זאת ועוד, פרשנותו המילולית של המונח בהחלט סובלת פרשנות אחרת, כגון קיום סכנה ברורה ומיידית לשלום הציבור או להפרת החוק.

(2) השופט אגרטל נאחז בהבחנה המסורתית בין מניעה מוקדמת לענישה מאוחרת, כדי לחזק את בחירתו במבחן הוודאות הקרובה. אך הבחנה זו אינה רלבנטית לענין הבחירה במבחן מהותי. ההבחנה בין מניעה מוקדמת לענישה מאוחרת היא מעצם טיבה הבחנה דיונית המתייחסת לעיתוי⁶⁵. היא מורה, שיש לצמצם ככל האפשר את הצנזורה על ביטוי, ולהעדיף על פניה הפעלת המשפט הפלילי לאחר מעשה. אך ההבחנה אינה מלמדת אותנו איזה מבחן נחיל על "צנזורה" של ביטוי, ואין ללמוד ממנה על העדפה של מבחן הוודאות הקרובה על פני מבחן הסכנה הברורה והמיידית או מבחן איוון האינטרסים.

(3) לבסוף, טען השופט אגרטל, שמבחן הוודאות הקרובה מתיישב יותר עם שיטת המשטר הדמוקרטי. בטענה זו אין כדי להבהיר מדוע ייבחר מבחן הוודאות הקרובה ולא מבחן ההסתה או מבחן אחר מהמוזכרים לעיל.

ובכל זאת, מדוע העמיד השופט אגרטל את הבחירה דווקא בין שני מבחנים אלה? לנו נראה, שאת הרקע לכך יש לחפש לא בנימוקים אנליטיים אלא בעמדת הפסיקה בארה"ב של 1953 כלפי ההגבלה על חופש הביטוי. המבחנים של חופש הביטוי זכו לפיתוח המעמיק ביותר דווקא בארה"ב, הן משום מסורתה הליברלית, הן משום התיקון הראשון לחוקת ארה"ב, המבטיח במפורש את הזכות לחופש הביטוי, והן משום סמכותו של בית-המשפט העליון הפדרלי לבטל חוקים הנוגדים את החוקה. לא פלא איפוא, שבחפשו אחר מסגרת תיאורטית לעקרון של חופש הביטוי, פנה השופט אגרטל לארה"ב על מנת ללמוד מן הנעשה שם בשטח זה. קול העם מלא בציטוטים של דברי השופטים הולמס וברנדייס והמלומד זכריה צ'פי – שיחד הניחו את המסד לדוקטרינה המודרנית של חופש הביטוי⁶⁶. אולם, הן הולמס וברנדייס והן זכריה צ'פי צדדו במבחן הסכנה

הן מבחן הסכנה הברורה והמיידית והן מבחן ההסתה האובייקטיבי פותחו באופן מקורי לצורך האיוון בין חופש הביטוי ובטחון המדינה, ראה: *Masses Publishing Co. v. Patten*, 244 Fed. 535 (S.D. N.Y. 1917); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). וכן G. Gunther, "Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History", 27 (1975), *Stan. L. Rev.* 719-73 להלן.

65 T. I. Emerson, "The Doctrine of Prior Restraint", 20 (1955), *Law & Contemp. Problems*, 648.

66 ראה Z. Chafee, ה"ש 31 לעיל, במיוחד הפרק הראשון, וכן דעת המיעוט של ברנדייס והולמס ב- *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) ו- *Gillow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925). המצוטטים בקול העם, ה"ש 15 לעיל, בעמ' 880, 878, 881.

הברורה והמיידית. כיצד נסביר את התעלמותו של קול העם ממבחן זה?⁶⁷ המפתח מצוי בהתפתחות ההלכה בנושא חופש הביטוי בבית-המשפט העליון הפדרלי בתקופת קול העם. ההלכה המנחה בנושא זה באותה תקופה היתה *Dennis v. United States*⁶⁸ (להלן – דניס). בדניס עמד לדיון חוק פלילי פדרלי, שאסר על התארגנות למטרות של מיגור הממשלה בכוח הזרוע וכן על לימוד או הטפה של הצורך למגר את הממשלה בכוח הזרוע.⁶⁹ עד להלכת דניס נלטו בכיפה שני מבחנים להגבלה על חופש הביטוי. מבחן הנטייה הרעה, כפי שהוחל על-ידי שופטי הרוב בפסק-הדין *Gitlow v. United States*⁷⁰, ומבחן הסכנה הברורה והמיידית כפי שהועמק ושוכלל על-ידי השופטים הולמס וברנדייס בפסק-הדין *Whitney v. California*⁷¹. מבחן ההסתה האובייקטיבי, המתעלם מכוונת הדובר, כמעט ולא הוחל על-ידי בית-המשפט,⁷² ואילו מבחן איוון האינטרסים היה עדיין בחיתוליו, ופותח על-ידי השופט פרנק פורטר בפסק-הדין דניס עצמו.⁷³ שופטי בית-המשפט העליון בדניס עמדו בפני

67 למען הדיוק, לא התעלם קול העם לחלוטין ממבחן הסכנה הברורה והמיידית, והשופט אגננט אף מבהיר מדוע אינו מחיל מבחן זה, ראה להלן עמ' 395. עם זאת, התעלם השופט אגננט ממבחן זה כש הצ'יג' רק שני מבחנים ביניהם יהיה עליו לבחור: מבחן הנטייה הרעה ומבחן הוודאות הקרובה.

68 341 U.S. 494 (1951).

69 הנתבעים במשפט זה היו חברי הוועד הפועל של המפלגה הקומוניסטית האמריקנית. פסק-הדין היה חלק מהמסע לביעור הקומוניזם בארה"ב של תקופת מקרתי.

70 ה"ש 66 לעיל. מבחן הנטייה הרעה גורס, שמותר לאסור כל ביטוי שיש לו נטייה לגרום לנזק מהותי. על מבחן זה אימר פרופ' אמרסון:

"The bad tendency test offers virtually no protection to freedom of expression. In theory, achievement of all other social values or objectives is preferred to allowing expression where any apparent conflict between the two exists. In practice, the doctrine cuts off expression at a very early point on the road to action; significant opposition to the government or its policies... receives no legal protection". (ה"ש 9 לעיל, עמ' 50–51).

71 ה"ש 66 לעיל, מבחן הסכנה הברורה והמיידית מתיר דיכוי של ביטוי רק בשעה, שהנזק שיגרם לחברה מביטוי זה הוא חמור וניתן לזהויו ברור, ועיתוי ההתרחשות של הנזק הוא מידי. את ההבדל בין מבחן זה למבחן הנטייה הרעה מסביר פרופ' אמרסון כך:

"The clear and present danger test represented a substantial advance over the bad tendency test and was welcomed by many supporters of freedom of expression. In theory, it protects some expression even though that expression interferes with the attainment of other social objectives, for the danger to other interests must be immediate and clear. In practice, by drawing the line of allowable expression closer to the point of action, it opened up a wider area of protection." (ה"ש 9 לעיל, עמ' 51).

72 מבחן זה, הגורס שעל בית-המשפט לאסור רק ביטוי, שמתוכו נובעת באופן אובייקטיבי (ללא התחשבות בכוונת הדובר) הסתה להפר חוק מסוים, פותח ע"י השופט Learned Hand במשפט *Masses Publishing Co. v. Patten*, ה"ש 64 לעיל, ולמעשה נוגח על-ידי השופט Hand, שישב לדין בערכאה הראשונה ב-*Dennis*, והוא הראשון שנסח את מבחן הוודאות הקרובה, ראה *Dennis v. United States*, 183 F. 2d, 201, 212 (2d. Cir. 1950).

73 לפי מבחן זה ישקול ביהמ"ש בכל מקרה שיובא לפניו, מה האיוון הדרוש בין האינטרס החברתי והפרטי של חופש הביטוי לבין האינטרס החברתי הדרוש ריסונו של אותו ביטוי.

הכרעה בין מבחן הנטייה הרעה, מבחן הסכנה הברורה והמיידית ובמידת מה – מבחן איוון האינטרסים. משמונה שופטים שישבו לדין החילו שניים (בדעת מיעוט) את מבחן הסכנה הברורה והמיידית.⁷⁴ ששה שופטים הרוב נחלקו בדעותיהם: השופט פרנקפורטר החיל את מבחן איוון האינטרסים, השופט ג'קסון החיל את כללי הקשר ואילו ארבעה שופטים, ביניהם זקן השופטים וינסון, דחו את מבחן הנטייה הרעה, והחילו נוסח שונה של מבחן הסכנה הברורה והמיידית. נוסח זה, הידוע כ"נוסחת וינסון-הנד", הוא מבחן הוודאות הקרובה.⁷⁵

בבואו לבדוק את מצב הדוקטרינות של חופש הביטוי בארה"ב של 1953, מצא, איפוא, השופט אגרוט, שמבחן הוודאות הקרובה הוא המולך בכיפה. בקול העם אומר השופט אגרוט במפורש, שהוא מתייחס לחוות דעתו של זקן השופטים וינסון (בשם ארבעה שופטים) כאל דעת הרוב בדנים.⁷⁶ וב"דעת רוב" זו, מצא את מבחן הנטייה הרעה מתחרה במבחן הוודאות הקרובה. השערתנו היא, איפוא, שהצגת שני מבחנים אלה בלבד, מבין שורת המבחנים האפשריים, נשענת על הלכת הרוב בדנים כפי שהבין אותה השופט אגרוט.⁷⁷ הצגת

פרופ' אמרסון מבחין זה ממבחן הנטייה הרעה וממבחן הסכנה הברורה והמיידית כך: "Whereas the bad tendency test accords no weight to the values of free expression, and the clear and present danger test gives them weight only in a limited area, the ad hoc balancing test purports to give them full weight. . . . The principal difficulty with the test is that it frames the issues in such a broad and undefined way, is in effect so unstructured, that it can hardly be described as a rule of law at all. As a legal doctrine for affording judicial protection to a system of freedom of expression, it is not tenable".

(ה"ש 9 לעיל, עמ' 53–54).

מבחן איוון האינטרסים במתכונתו זו מכונה היום "איוון אדיהוק", זאת משום שבכל מקרה ומקרה מאזן בית-המשפט את האינטרסים שלפניו בלא שתהיה לו נוסחה כללית, המסתמלת על שורה של מקרים. כיום מקובל להציג כנגד מבחן זה את מבחן האיוון המבוקר "principled balancing" או "definitional balancing". גם לפי מבחן זה מאזן בית-המשפט את האינטרסים השונים, אלא שתוצאת האיוון היא כלל משפטי, שחל לא רק על המקרה העומד לפניו אלא גם על מקרים עתידיים. לניתוח ראה Duval, ה"ש 8 לעיל, עמ' 178–182 וההפניות שם. כמורכב ראה להלן עמ' 417–420. מבחן איוון האינטרסים הוחל לראשונה בפסה"ד *American Communications Association v. Douds*, 329 U.S. 382, 394 (1950). וכאמור פותח עליידי השופט פרנקפורטר בדנים, ה"ש 68 לעיל, עמ' 517.

השופטים דוגלס ובלק. 74

ה"ש 68 לעיל, בעמ' 510, מפי השופט וינסון: 75

"Chief Judge Learned Hand, writing for the majority below, interpreted the phrase [clear and present danger] as follows: 'In each case [Courts] must ask whether the gravity of the "evil", discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger. . . . We adopt this statement of the rule'. 398.

ה"ש 15 לעיל, עמ' 891. למעשה לא היה זה דעת הרוב, שכן משמונה שופטים שישבו לדין, הצטרפו אליה ארבעה בלבד. יתר שופטי הרוב, השופטים פרנקפורטר וג'קסון, הצטרפו לתוצאה מנימוקים אחרים.

השופט אגרוט עצמו לא התייחס במפורש לדעת הרוב בדנים, שעה שהציג את שתי הגישות להגבלה על חופש הביטוי, ה"ש 15 לעיל, עמ' 882. אם השערתנו נכונה, הרי שיש לה

על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון

שני מבחנים אלה בלבד מהווה תוצאה סופית של הליך סינון, שאינו מופיע במפורש בפסק-הדין. לאור הנתונים שהצגנו זה עתה, אין ספק שהשופט אגרנט היה מודע לקיום מבחן איוון האינטרסים, מבחן הסכנה הברורה והמיידית ומבחן ההסתה האובייקטיבי, ודחה אותם במשתמע, שעה שהציב בפני בית-המשפט את הבחירה בין מבחן הנטייה הרעה ומבחן הוודאות הקרובה.

בטרם נעבור לדיון בסיבות לדחיית מבחן הנטייה הרעה ראוי לציין, כי העדפת מבחן הוודאות הקרובה אינה בהכרח ראייה לדחיה חדימשמעית של מבחן הסכנה הברורה והמיידית. אמנם, בקול העם הבחין השופט אגרנט במפורש בין מבחן הסכנה הברורה והמיידית לבין מבחן הוודאות הקרובה (שלא כשופט וינסון, שראה את שני המבחנים כזהים), והדגיש כי המרכיב של עיתוי, הדורש שהסכנה תהייה קרובה מבחינת הזמן, איננו אלמנט הכרחי (הגם שהוא רצוי) להפעלת ההגבלה על חופש הביטוי⁷⁸. אליבא דאגרנט, לא ניתן היה להחיל את מבחן הסכנה הברורה והמיידית על סעיף 19 לפקדת העתונות, וזאת משום שהמונח "עלול" אינו סובל פירוש זה⁷⁹. אך מן העובדה כי לא דחה את המרכיבים של מבחן הסכנה הברורה והמיידית, ואף לא דחה במפורש את הנוסחה של סכנה ברורה ומיידית ניתן ללמוד, שהשופט אגרנט היה אמביוולנטי לגבי תחולתו של מבחן זה בישראל. יתכן שהעדיף את מבחן הוודאות הקרובה משום שהושפע מדעתו של וינסון בדנים, וייתכן שחשש מתגובה נוקשה של המחוקק אם יכניס מבחן הנחשב כמרחיק לכת, ואשר אבד את תמיכתו בפסיקת ארה"ב, לתוך המשפט הישראלי.

הסיבות לדחיית מבחן הנטייה הרעה

כזכור, מאפשר מבחן הנטייה הרעה לאסור או להגביל ביטוי, שיש בו נטייה לגרום נזק כלשהו בעתיד. פרופ' זכריה צ'פי, שהיה ממגיחי היסוד לפיתוח משפטי-תאורטי של חופש הביטוי, הצביע על שני מרכיבים בסיסיים, המייחדים מבחן זה ממבחנים אחרים: מרכיב הכוונה הקונסטרוקטיבית ומרכיב הסיבתיות האמצעית⁸⁰. במסגרת מרכיב הכוונה הקונסטרוקטיבית, אין בית-המשפט דורש הוכחה בדבר כוונתו של הדובר לגרום למעשה בלתי חוקי. בית-המשפט יראה את הדובר כאילו התכוון לגרום למעשה בלתי חוקי (כוונה קונסטרוקטיבית), אם הדובר התכוון לבטא את המלים אשר ביטא, ואשר בגינן הועמד לדין⁸¹. מרכיב הסיבתיות האמצעית מתייחס לקשר שבין הביטוי

השלכות מעניינות בתחום התפתחותו של המשפט הקונסטיטוציוני. קליטת ההלכה האמריקנית לתוך המשפט הישראלי מפחיתה מהשפעתו של המסמך החוקתי על קביעת היקף תחולתו של העקרון של חופש הביטוי (אם כי חשיבותו עומדת בעינה לצורך ביטול חוקים). עינינו הרואות, שמבחן שפותח בארה"ב לאור הוראות התיקון הראשון נקלט בישראל, בלא שתהא בה כל הוראה חוקתית בענין חופש הביטוי.

78 ה"ש 15 לעיל, עמ' 890.

79 שם, עמ' 891.

80 ראה צ'פי, ה"ש 31 לעיל, עמ' 22-27.

81 נוסחה אחרת של מרכיב זה היא, ש"חוקה על אדם שהתכוון לתוצאותיו הטבעיות של דיבורו".

לבין הנזק שמפניו חוששים. בית-המשפט אינו צריך לדרוש, כי יוברר קשר ישיר וודאי בין הנזק לבין הביטוי שאותו רוצים למנוע, והוא יסתפק בהשערה, שבכוחו של הביטוי לגרום נזק. במלים אחרות, מרכיב הסיבתיות האמצעית מכשיר הגבלה של ביטוי, כאשר הקשר הסיבתי בין הביטוי לנזק אינו ישיר אלא עקיף: קיים מאורע נוסף, אמצעי, שטרם התרחש אך יצופים התרחשותו בעתיד, ורק כתוצאה מהתרחשותו יגרם בעתיד הרחוק יותר הנזק אותו מבקשים למנוע.

בפסק-הדין בענין דניס דחה בית-המשפט העליון הפדרלי באופן חד-משמעי את מבחן הנטייה הרעה. זקן השופטים וינסון סקר את הפסיקה בנושא זה והגיע למסקנה, כי יש בה מגמה לזנוח את מבחן הנטייה הרעה ולהעדיף את מבחן הסכנה הברורה והמיידי של השופטים הולמס וברנדייס⁸² (לאחר מכן הלביש עליו את נוסחת הוודאות הקרובה).

בקול העם דחה השופט אגרוט את מבחן הנטייה הרעה משום תוכנו והשלכותיו על המשטר הדמוקרטי:

"... אותה גישה של 'נטייה רעה' מתאימה אולי לשיטה הפוליטית הנהוגה במדינה המושחתת על מישטר אוטוקרטי או טוטליטרי, אך היא מסכלת או לפחות עושה לבלתי יעיל את השימוש באותו תהליך המהווה עצם מעצמו של כל משטר דמוקרטי – דהיינו התהליך של בירור האמת"⁸³.

מכאן עולה, שמבחן הנטייה הרעה נדחה בשל שתי סיבות (שהן, בעצם, שני צדדים לאותה המטבע): הסיבה האחת היא ההיסטוריה של מבחן זה, שכאז ומתמיד שימש לדיכוי "אפשרות של ביטוי פוליטי רציני"⁸⁴. הסיבה השנייה היא מרחב המחיה שמוחזר המבחן לחופש הביטוי: המבחן מאפשר לשלטונות לקטוע ביטוי בשלבים מוקדמים, כאשר המרחק בינו לבין הפעולה (יישום הנזק) רב ביותר, וכך להפעיל פיקוח קפדני על שוק הרעיונות.

הנימוק הדמוקרטי לדחיית מבחן הנטייה הרעה חשוב ביותר. חברה פתוחה ודמוקרטית זקוקה לפעולה דינמית ורחבה של ביטוי בחברה, ואילו מבחן הנטייה הרעה אינו מאפשר פעילות כזו. עם זאת, קשה להתעלם כן העובדה, שבעוד קול העם דוחה את מבחן הנטייה הרעה, מפנה פקודת העתונות עצמה למבחן זה, והוא אף מתגוסס שחור על גבי לבן בפקודת החוק הפלילי. סעיף 23 לפקודת העתונות מדבר על עתון, שהורשע בעבירה הפלילית של דיבת הסתה⁸⁵, דיבת הסתה זו, כפי שהיא מופיעה בפקודת החוק הפלילי, כוללת בחובה את שני המרכיבים של מבחן הנטייה הרעה שהוצגו לעיל: מרכיב הכוונה הקונסטרוקטיבית ומרכיב הסיבתיות האמצעית. על פניו, אין סעיף 60 דורש כוונה ספציפית לגרום נזק (דהיינו מצב של איבה, בזיון או אי-נאמנות כלפי ממשלת

82 ה"ש 68 לעיל, בעמ' 507.

83 ה"ש 15 לעיל, בעמ' 884.

84 שם.

85 סעיף 23 לפקודת העתונות: "כל מקום שהורשע אדם על הדפיסו או פרסמו כל דיבת הסתה או על שגרם או החזיר את הדפסתה או פרסומה, רשאי בית-המשפט שבפניו נשפט אותו אדם, אם ימצא לנכון, ליתן צוים בענינים דלקמן כולם או מקצתם, אם במקום העונשים אשר ישיתם או נוסף להם...".

על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון

ישראל), ומסתפק בחוקה, שכל אדם מתכוון לתוצאות ה"נובעות בדרך הטבע מהתנהגותו". כמו כן אין סעיף 60 דורש קשר ישיר בין הביטוי לנוק, ומסתפק בהשערה, שנוק כזה אמנם יתרחש.⁸⁶

כיצד ניתן להסביר סתירה זו? אפשר לטעון, כי ההבחנה שהבחין השופט אגרנט בין מניעה מוקדמת לענישה מאוחרת מכשירה התעלמויות מסעיף 60. סעיף 60 הוא סעיף פלילי מובהק, והמבחן שהוא מציב להגבלה או דיכוי של ביטוי חל רק במסגרת הענישה הפלילית ולא במסגרת המניעה המוקדמת. הסבר כזה הוא מתוחכם ואולי אף ינעם לאזנו של המשפטן הפורמליסטי, אך אין בו הכוח לדור בכפיפה אחת עם ההסבר התיאורטי, שנותן השופט אגרנט לדחיית מבחן הנטייה הרעה. מבחן הנטייה הרעה, אומר לנו השופט אגרנט, אינו מתאים למשטר הדמוקרטי. מכאן, שהן לענין מניעה מוקדמת והן לענין ענישה מאוחרת אין לו מקום בחברתנו. הסבר אחר, המתקבל יותר על דעתנו הוא, שהכרתו העמוקה של השופט אגרנט בדבר חשיבותו של העקרון של חופש הביטוי להגנה על המשטר הדמוקרטי הישראלי, ההשפעה שהושפעה מנימוקיהם של הולמס, ברנדייס וצ'פין, ששללו מכל וכל מבחן זה, והעובדה שהמבחן אף נדחה בדגים, חברו יחד כדי להניע את בית המשפט לדחות את מבחן הנטייה הרעה, תוך כדי התעלמות מהמשפט הישראלי הקיים.

השופט אגרנט אינו מתייחס לא לסעיף 23 לפקודת העתונות ולא לפקודת החוק הפלילי. לנוכח סעיף 23, סביר להניח כי המחוקק המגדטורי התכוון להחיל את מבחן הנטייה הרעה גם בסעיף 19, עליו נסב קול העם. כיצד משפיעה, איפוא, הלכת קול העם, הדוחה את מבחן הנטייה הרעה, על פקודת החוק הפלילי? האם ניתן לטעון, שהלכת קול העם ביטלה את דיבת ההסתה במשפטנו? נוכח הנמקותיו של השופט אגרנט בדבר הסתירה המצלצלת בין מבחן הנטייה הרעה למשטר דמוקרטי, ניתן לטעון, כי סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, אשר הסדיר את קליטת המשפט המגדטורי בישראל, בטל את דיבת ההסתה.⁸⁷ אולם טענה זו טרם הועלתה, וקשה להסיק על ביטול מכליל

86 סעיף 60 לפקודת החוק הפלילי:

"(1) ... מזימת הסתה למרד היא כוונה להביא לידי איבה או לידי בזיון או לעורר אי נאמנות כלפי ממשלת ישראל ... ;

(2) כשיבראו להכריע באם הכוונה ... היתה בה ... משום הסתה למרד, יראו כל אדם כאילו ומם את התוצאות שתהינה נובעות בדרך הטבע מהתנהגותו ...".

אבל ראה ס"ק 60(5) המצמצם תחולת העבירה.

87 סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט:

"המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח ... יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו, או לחוקים האחרים שינתנו על-ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".

ניתן לטעון, שהמשטר הדמוקרטי במדינת ישראל אינו סובל קיומה של דיבת ההסתה, ועליכן סעיף 60 בטל. היום, קיים נימוק נוסף, שלא היה קיים בתקופת קול העם, והוא שהחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יהסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957 ס"ח 235, 9.8.1957, שהסדיר את עבירות הבגד והמרדה, בטל את סעיפי פקודת החוק הפלילי שנושאייהם דומים. ראה בג"צ 222/68 חוגים לאומיים נ' שר המשטרה, פד"י כ"ד (2) 141. אך טענה זו ספק אם תתקבל לאור הביטול המפורש של סעיפים 49-58 לפ.ח.פ. בסעיף 42 לאותו חוק, העלול לרמוז על השארת סעיף 60 לפ.ח.פ. על כנו. וכן לנוכח העובדה, שסעיף 59 לפ.ח.פ., אשר קבע את עבירת מזימת ההסתה למרד, תוקן ע"י המחוקק הישראלי.

של סעיף בפקודת החוק הפלילי. עם זאת, ראוי לראות את קול העם, כמטיל צל כבד על קיומה של דיבת ההסתה במשפט הישראלי. השימוש שעשה שם השופט אגרנט בהכרזת העצמאות כהנחיית חוקתית⁸⁸, יפה גם לפרשנות סעיף 60, ועל-פיו יחול סעיף 60 בצורה מצמצמת ומוגבלת כך, שלא יסכן את ההליך הדמוקרטי. זאת ועוד, גם אם תדחה הטענה, שמבחן הנטייה הרעה בטל במשפטנו הפוזיטיבי, עדיין דחקה אותו הלכת קול העם לתחום צר ביותר. אין ספק, שקול העם התכוון לכך, שפרט לעבירת דיבת ההסתה גופה, אין מקום למבחן הנטייה הרעה בשיטת המשפט הישראלית, וכל נורמה מגבילה אחרת, המשתמעת לשתי פנים, תפורש כאילו היא דוחה מבחן זה.

ג. המרכיבים של מבחן הוודאות הקרובה

עד כה בחנו את המבחנים השונים, שהועמדו לבחירת בית-המשפט בקול העם. אמרנו, כי בנוסף למבחן הנטייה הרעה שהוזכר במפורש היו מועמדים גם מבחן איוון האני-טרסים, מבחן הסכנה הברורה והמיידית ומבחן הוודאות הקרובה, ומביניהם העדיף השופט אגרנט את המבחן האחרון. כזכור, תמציתו של מבחן הוודאות הקרובה היא בכך, שעל הבא להגביל את חופש הביטוי לשאול את עצמו "האם, עקב הפרסום, נוצרה אפשרות של סכנה לשלום הציבור שהיא קרובה לוודאי"⁸⁹.

מוקד המבחן הוא הקשר הסיבתי שבין הביטוי לסכנה, אותה מבקשים למנוע. השופט אגרנט בחר מבחן אשר יבטיח, כי קשר בין הפעולה לבין הביטוי יהא ברור, "קרוב לוודאי" ולא השערת בלבד. בכך הניח מרווח מחיה גדול יותר לחופש הביטוי, והתיר הגבלה רק בשלבים מאוחרים, כאשר הקשר בין הביטוי לפעולה כבר נראה לעין. יש לשער, שמסיבה זו נדחו מבחן איוון האני-טרסים ומבחן הנטייה הרעה, שאינם מייחסים חשיבות לקשר זה.

כיצד מופעל מבחן הוודאות הקרובה? מן הפרק השלישי של קול העם, הדן בהרחבה במבחן זה, ניתן לדלות את המרכיבים הבאים:

- (1) ת כ נ ה ב י ט ו י : לא די בכך, שהביטוי חריף ובוטה, ואפילו פוגע בערכי יסוד. על מנת שתורשה הגבלה חייב הביטוי לצאת מגדר של ביאור רעיון גרידא וללבוש צורה של "הטפה"⁹⁰. כאן מובלט הקשר הסיבתי בין ביטוי לפעולה, המכשיר הגבלה על ביטוי: לא כל ביטוי ניתן להגבלה, אלא רק ביטוי אשר על פניו ברור שהוא מתקרב לנקודת הפעולה.
- (2) מ ס י ב ו ת ה פ ר ס ו מ : טיב הקשר בין הביטוי לבין הסכנה הצפויה ניתן לבחינה

88 ה"ש 15 לעיל, עמ' 884.

89 ה"ש 15 לעיל, עמ' 892.

90 שם, בעמ' 888: "רק כאשר הפרסום יצא מגדר של ביאור רעיון גרידא ולבש צורה של הטפה, היוצרת, בשם לב למסיבות, לפחות אפשרות קרובה של מעשים המסכנים את שלום הציבור, יהיה מקום להתערבות השלטונות לשם דיכוי הפרסום או מניעת השגתו בעתיד". השווה עם דניס, ה"ש 68 לעיל, עמ' 502, שם מדגיש השופט וינסון, כי החוק הפלילי אוסר על "הטפה" לא על דיון או ליבון של רעיונות. מושג ההטפה (advocacy) צומצם על-ידי בית-המשפט העליון הפדרלי בפסה"ד *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957), pp. 315–316, 320, 324–325.

על-ידי בדיקת מסיבות הפרסום. אליבא דאגנט, הן הנסיבות המיידיות של הביטוי, כגון הפורום בו הובע, והן הנסיבות הפוליטיות-חברתיות (מצב חירום, מתיחות ביחסים בינלאומיים) עשויים לשפוך אור על שאלת הקשר בין הביטוי לסכנה שמפניה חוששים⁹¹. מן הנסיבות יכול בית-המשפט ללמוד, באיזו מידה היתה הסכנה קרובה לוודאי, ובהתאם לכך לקבוע באם תחול הגבלה על ביטוי. מרכיב זה יכול להגן על ביטוי מפני דיכוי, אם בית-המשפט אמנם יתייחס בקפדנות למהות הנסיבות ויחפש ראיות ברורות וחד-משמעיות לצפיות הסכנה. אך יש בו פוטנציאל לסתימת-פה של המיעוט, שעה שהרוב נמצא במצב של מתח או חוסר מנוחה, אשר מפניה חייב בית-המשפט להוזהר שעה שהוא בודק את הנסיבות⁹².

(3) כוונה: במסגרת הדינמיקה של ההגבלה על חופש הביטוי, ענין הכוונה הוא בעייתי ביותר. קיימת אסכולה הטוענת, שאין להתחשב בכוונה בשעה שבאים להגביל ביטוי, וזאת משום שהתחשבות בכוונה מצמצמת ביותר את חופש הביטוי. האסכולה השוללת התחשבות בכוונה מצביעה על כך, שעבירה הבאה לענוש על ביטוי ממילא חסרה את האלמנט המובהק של פעולה פיסית, שכן היא רואה בביטוי עצמו אקטוס ריאוס. אם נוסיף לעבירה כזו גם את האלמנט של כוונה, הרי שנגיע למצב בו עונשת שיטת המשפט על כוונה בלבד (שהועברה לזולת באמצעות הביטוי), ובכך יש כדי להפר את עקרונות היסוד של המשפט הפלילי⁹³. זאת ועוד, במשפט הקונסטיטוציוני מקובל מקדמת-דנא הכלל, שאין עונשין על אמונה בלבד⁹⁴. התחשבות במרכיב הכוונה במקרה של ביטוי עלולה להוליך בקלות להרשעה על אמונה פוליטית או דתית, שאין לה מהלכים בחברה, במקום הרשעה על "פעולה" שיש בה כדי לגרום נזק חברתי. בגורם זה קשור גם מרכיב אישיותו של הדובר. התחשבות במרכיב הכוונה לצורך החלטה אם להגביל את הביטוי או לא, בהכרח מחייבת התחשבות באישיות הדובר, ומתעוררת הסכנה, שהביטוי יוגבל לא בגלל הקשר הסיבתי שבינו לבין פעולה שלילית אלא בגלל אישיותו הבלתי-נעימה או המורדת-במוסכמות של הדובר⁹⁵. בקול הקם שולל השופט אגנט התחשבות בכוונה הדובר⁹⁶. לדעתו, ההצדקה

91 ה"ש 15 לעיל, בעמ' 889: "... המבחן שיש להיזקק לו נעוץ תמיד בהערכה מראש, לפי מידת ההגיון, אם כתוצאה מפעולת הגומלין שבין הפרסום והמסיבות, תיווצר אפשרות קרובה שייגרם נזק לשלום הציבור" (ההדגשה במקור).

92 ראה להלן עמ' 413-417.

93 ראה Duval, ה"ש 8 לעיל, עמ' 221-223.

94 אמרסון, ה"ש 11 לעיל, עמ' 21-53.

95 בקול הקם קובע השופט אגנט במפורש, שאין להתחשב באישיות הדובר: "בדרך כלל לא יהיה מקום... להתחשבות באישיותם או באפיים של אלה האחראים לדברי הפרסום הפסולים. בנקודה זו מאלפים הם הדברים שאמרם לורד צ'טהם... בעת שתמך במאבקו של ג'והן וילקס שהיה בעל עבר מפוקפק ביותר, לחופש הפרסום... באנגליה: 'בהלחמי למענו, חרף היותו הגרוע שבבני האדם, הריני גלחם לבטחונם של הטובים שבהם'" (ההדגשה במקור), ה"ש 15 לעיל, בעמ' 890.

96 ה"ש 15 לעיל, עמ' 890. כאן סוטה השופט אגנט מדעת השופט וינסון בדינא, שקבע כי יש להתחשב באלמנט הכוונה. עם זאת ראוי להזכיר כי השופט וינסון עסק בפרשנות

להגבלה נעוצה בקשר הסיבתי שבין הביטוי לסכנה הקרובה לוודאי, ובמערך שיקולים כזה אין נפקות לכוונת הדובר. כלומר, כוונתו של הדובר אינה רלבנטית, מאחר שתשומת הלב של בית-המשפט ממוקדת על הקשר שבין דבריו לסכנה הצפויה.

עם זאת, אין השופט אגרנט שולל מכל וכל התחשבות במרכיב הכוונה. הוא פותח פתח להתחשבות בכוונת הדובר "בתנאים ידועים", וכדוגמא הוא מביא מצב בו "דברי הפרסום משתמעים לכאן ולכאן"⁹⁷. התחשבות כזו עשויה להיות למגן לחופש הביטוי ואף לרועץ לו. אם תוחל כדרישה מחמירה לגבי תביעות פליליות, כפי שעשה השופט אגרנט בשמנהל⁹⁸, כי אז יש בה כדי להגן על חופש הביטוי. אך אם תשמע כגורם המטה את הכף לחובה, שעה שהקשר הסיבתי בין הביטוי לפעולה אינו משכנע לחלוטין, כי אז יש כאן משום סיכול מבחן הוודאות הקרובה וחזרה אל מבחן הנטייה הרעה, בגירסה שונה⁹⁹.

(4) עיתוי—קרבת הסכנה מבחינת הזמן: במבחן הסכנה הברורה והמיידיית מהווה גורם העיתוי, היינו הקירבה בזמן בין הביטוי לבין הסכנה שתתגשגש ותבוא בעקבותיו, גורם מכריע ומרכזי¹⁰⁰. השופט אגרנט מפחית מחשיבותו של גורם זה, ובכך הוא הולך אחרי שופטי הרוב בדנים¹⁰¹. לדעת השופט אגרנט, אין צורך בהוכחה שהסכנה תיגרם לאלתר. עם זאת, אין הוא דוחה את גורם העיתוי, ואפילו מקבל וממליץ לפני רשויות אחרות להתחשב בשיקולים, שהגיעו את השופטים הולמס וברנדייס לקבוע את מרכיב העיתוי כמרכיב דומיננטי. השופט אגרנט מצביע על כך, שהדרך בה פועל שוק הרעיונות מבטיחה, כי לבסוף תצא האמת לאור, ולכן "אם יש זמן לגלות על-ידי בירור (discussion) את הכוב ואת הטעויות, ולמנוע את העוול על-ידי תהליכים חינוכיים, אזי התרופה שיש לנקטה היא דווקא דיבורים ולא שתיקה שכופים אותה"¹⁰².

בנוסף לכך עומד השופט גם על השיקול התועלתני שבהתחשבות בגורם הזמן:

חוק פלילי. דרישת הכוונה בדנים בוודאי הקלה על ההרשעה: בארה"ב של תקופת מקרתי היה הרוב הגדול של האוכלוסיה משוכנע, שכוונת המפלגה הקומוניסטית היא למגר את הממשלה הקיימת כך, שכוונת הנאשמים לעשות כן נראתה כמובנת מאליה ולא דרשה הוכחה מהותית.

97 שם.

98 ראה לעיל, עמ' 384-385.

99 כפי שלמעשה קרה בדנים, ה"ש 68 לעיל.

100 ראה דברי השופט ברנדייס ב-*Whitney v. California*, ה"ש 66 לעיל.

101 ההנמקה לכך היא, שיש בדרישה כי הסכנה "תתרחש לאלתר" משום חוסר אחריות כלפי הדיר הבא, אשר הוא שייאלץ לספוג על בשרו את מוראות הסכנה אם דורנו שלנו לא יודרו למנוע, שעה שהיא רואה כי התרחשותה קרובה לוודאי. ראה דברי השופט Hand בערכאת הערעור על דנים, ה"ש 72 לעיל.

102 ה"ש 15 לעיל, עמ' 891. בהקשר זה מדגיש השופט גם את הדרישה ש"אינה קיימת שהות מספקת המאפשרת לעשות פעולה אפקטיבית לשם ביטול ההשפעה הנפסדת... בדרכים פחות חריפות...". שם, עמ' 892.

על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון

דיכוי הביטוי מעלה את ערכו בעיני הציבור, לכן עדיפה מדיניות של הימנעות מדיכוי, אלא אם כן יש אמנם סכנה מיידית שיתרחש.¹⁰³ אין להתעלם מכך, שגורם העיתוי חשוב ביותר להתהוות קשר סיבתי אמין בין הביטוי לפעולה. הדגשת הצורך להתחשב בו, מתיישרת עם גישתו הכללית של השופט אגרנט, הדורשת קשר סיבתי כזה. לפיכך חשוב לזכור, שהשופט אגרנט אינו משמיט את גורם העיתוי. אמנם אין הוא דורש "התרחשות לאלתר", אך עדיין נשאת הדרישה המפורשת שהודאות תהייה קרובה. השמטה מזלזלת של גורם העיתוי היתה מרוקנת את מבחן הודאות הקרובה מתוכן, ופותחת פתח להשתלטות מחודשת של מבחן הנטייה הרעה, ולכך בוודאי לא התכוון השופט אגרנט.

(5) חומרת הסכנה: הדרישה כי הסכנה תהיה חמורה, נמנית על המרכיבים הבולטים של מבחן הסכנה הברורה והמיידית.¹⁰⁴ המרכיב של חומרת הסכנה אף קיים במבחן הודאות הקרובה, שאומץ על-ידי השופט וינסון בדגים: "In each case [Courts] must ask whether the 'gravity' of the 'evil', discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger"¹⁰⁵.

(ההדגשה שלנו).

חשיבותו של מרכיב זה במבחן של השופט אגרנט אינה ברורה. מחד גיסא, הוא מדגיש את החובה להתחשב בחומרת הסכנה:

"חשוב הוא השיקול, אם רצינות הסכנה, אשר שר הפנים חווה אותה מראש כתוצאה מפרסום הדברים הנפסדים, היא אמנם גדולה במידה המכפרת על הנזק הציבורי, הוא הנזק לאינטרס של חופש הביטוי, אשר הפסקת הופעתו של העתון, שבו ניתן להם מקום, עשוי להביאו ממילא ובלאו הכי"¹⁰⁶.

מאידך גיסא, לפני פסקה זו מקדים השופט ואומר, כי את חומרת הסכנה יש לשקול רק במסיבות בהן "לא קיימת אפשרות של גרימת נזק מידי ואף לא ודאי"¹⁰⁷. לכאורה, ניתן להסיק מכאן, שאם הקשר בין הביטוי לסכנה הוא מידי או ודאי, דהיינו שהתגשם מרכיב העיתוי, אין חשיבות לחומרתה או "היקף רצינותה" של הסכנה, והגבלת הביטוי מותרת. פירוש כזה יוצר סתירה פנימית: במקום שהסכנה היא מיידית, ולכן סמכות הרשות להגביל את הביטוי גדולה יותר, אין צורך להתחשב בחומרת הסכנה. כתוצאה מכך, יתכן מצב בו יוגבל ביטוי בשל סכנה, שחומרתה הציבורית מפוקפקת או אינה קיימת כלל. לעומת זאת, במקום שאין הסכנה מיידית, כלומר שלכאורה סמכותה של הרשות יותר מצומצמת, היא מצטמצמת עוד יותר על-ידי דרישת המרכיב של חומרת הסכנה. לנו נראת, שלא לכך כוונת הדברים. את תוכן המרכיב של חומרת הסכנה יש

103 שם, עמ' 891-892.

104 ראה דברי הולמס וברנדייס ב-"*Whitney v. California*", ה"ש 66 לעיל.

105 ה"ש 68 לעיל, בעמ' 510.

106 ה"ש 15 לעיל, עמ' 892.

107 שם.

להבין לאור פסקי הדין בענין דנים. עד דנים היו התנאים של עיתוי וחומרה תנאים מצטברים. פס"ד דנים ביקש להוריד מחשיבותו של מרכיב העיתוי, אך דווקא להדגיש את חשיבותו של מרכיב החומרה ומכאן הנוסח "The gravity of the evil discounted by its improbability".

המסקנה המתבקשת מכך היא, שמרכיב החומרה קיים גם שעה שהסכנה היא מיידית וגם שעה שהיא קרובה לוודאי בלבד. את קביעתו של השופט אגרנט, שיש להתחשב בחומרת הסכנה שעה שהנוק אינו ודאי, יש לקרוא בצמוד לנוסחת הוודאות הקרובה במבחן דנים, ואז תתקבל ההנחייה הבאה: בחומרתה של הסכנה יש להתחשב תמיד, בין שהסכנה מיידית ובין שהיא קרובה לוודאי. אך שעה שהסכנה רק "קרובה לוודאי", יש למרכיב של חומרת הסכנה חשיבות כפולה ומכופלת. פרשנות אחרת של דברי השופט אגרנט לא זו בלבד שהיא סותרת את פסה"ד בענין דנים, שממנו נקלט מבחן הוודאות הקרובה, אלא שיש בה אף כדי לחבל בפעילות החברתית של חופש הביטוי. מבחן המתיר דיכוי של ביטוי בשל כל סכנה ותהא הקלה והקיומיות ביותר, בתנאי שהיא מיידית, מחליש בהכרח את ההגנה על חופש הביטוי. תוצאה כזו מסכלת את עיקרי התיוה של השופט אגרנט לגבי חופש הביטוי בקול העם.

ד. סיכום

ניתן לסכם את הניתוח של מבחן הוודאות הקרובה כפי שהוצג בקול העם כך: לב לבו של המבחן הוא הקשר הסיבתי בין הביטוי לסכנה. לשם התהוותו של קשר סיבתי צריך שתוכן הביטוי יחרוג מביקורת גרידא ויעלה כדי הסתה; צריך שמסיבות הפרסום תתמוכנה בהשערה, שקיימת ודאות קרובה להתרחשות הסכנה, וצריך שהסכנה תהא חמורה. אין צורך להוכיח שהסכנה תתרחש לאלתר, אך צריך שתהא קרובה בזמן. בדרך כלל, לא תשפיע כוונת הדובר על קביעת קיומו של הקשר הסיבתי. מה משמעותו של מבחן הוודאות הקרובה כפי שהוצג בקול העם? לנו נראה, שהמבחן מנסה לשלב את נוסחת דנים עם הביקורת על מבחן זה. נוסחת דנים החלישה את מרכיב העיתוי של מבחן הסכנה הברורה והמיידית, והדגישה את המרכיב של חומרת הסכנה. השופט אגרנט מוסיף למרכיבים אלה את המרכיב של תוכן הביטוי, מסיבות הפרסום, ובנסיבות מסוימות – כוונת הדובר. חלק ממרכיבים אלה קלט השופט אגרנט מן הביקורת שמתח השופט פרנקפורטר בדנים על מבחן הסכנה הברורה והמיידית¹⁰⁸:

"The truth is that the clear-and-present-danger test is an oversimplified judgment unless it takes account also of a number of other factors: the relative seriousness of the danger in comparison with the value of the occasion for speech or political activity, the availability of more moderate

108 ה"ש 68 לעיל, בעמ' 542-543 ציטוט מפי פרופ' Freund בספרו *On Understanding the Supreme Court*, אך בעוד השופט פרנקפורטר מגיע למסקנה, שיש לדחות את מבחן הסכנה הברורה והמיידית, ומעדיף על פניו את מבחן איוון האינטרסים, דבק השופט אגרנט במבחן זה כפי שנוסח מחדש על ידי השופטים וינסון-הנד בדנים.

על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון

controls than those which the state has imposed; and perhaps the specific intent with which the speech or activity is launched. No matter how rapidly we utter the phrase 'clear and present danger' or how closely we hyphenate the words, they are not a substitute for the weighing of values..."

שילוב זה בין המבחן לביקורת שנמתחה עליו, מורה כי השופט אגרנט ניסה לקפל במבחנו את כל השיקולים המובילים לגישה מתקדמת בנושא ההגבלה על חופש הביטוי. המבחן בקול העם מורכב ומתוחכם הרבה יותר ממבחן הוודאות הקרובה של דניס, וחובק פרטים רבים החשובים לקביעת הדינמיקה של חופש הביטוי בחברה. השאלה המתבקשת היא, מה טיב השימוש שעשה בית-המשפט העליון במבחן זה מאז 1953 ועד היום. נעבור מכאן לפסקי-הדין שבאו אחרי קול העם ונבחן באיזו מידה המשיכו את הדרך שהותוותה בו.

v. גישתו של בית-המשפט העליון לעקרון של חופש הביטוי לאחר "קול העם"

מאז 1953 ועד היום באו לפני בית-המשפט העליון מקרים רבים, בהם היתה מעורבת הגבלה על חופש הביטוי. את אורח טיפולו של בית-המשפט במקרים אלה ניתן לסווג לשתי קטגוריות מרכזיות: מקרים בהם נפסק דין בלא שתהיה כל התייחסות לעקרון של חופש הביטוי, ומקרים בהם נתן ביהמ"ש את דעתו לעקרון הקונסטיטוציוני והיקף תחולתו במשפטנו. את קבוצת המקרים בהם היתה התייחסות שיפוטית לעקרון של חופש הביטוי ניתן לסווג לשלוש קבוצות מרכזיות: מקרים בהם ניתנה הגנה חד-משמעית ובלתי מסוייגת לביטוי; מקרים בהם לא ניתנה כל הגנה לביטוי נשוא הדיון, והקבוצה הגדולה: קבוצת מקרי הגבול, אשר לגביה החיל בית-המשפט מבחן זה או אחר, התוחם את ההגבלה על חופש הביטוי.

נפתח בסקירה קצרה של הקטגוריה הראשונה: המקרים בהם התעלם בית-המשפט מנגיעתו של העקרון בדבר חופש הביטוי לנשוא הדיון. לאחר מכן נעבור לדיון בקבוצת המקרים בהם היתה התייחסות לעקרון, על שלוש שלוחותיה.

1. הקטגוריה הראשונה: העדר התייחסות לעקרון של חופש הביטוי

בשורה של מקרים, בהם התעוררה הבעיה של חופש הביטוי אם באופן ישיר ואם באופן עקיף, התעלם בית-המשפט מקיומה, ופסקי-דין בלא שיעמוד על גבולותיו של חופש הביטוי במשפטנו. נדגים גישה זו בשני פסקי-דין.

בענין פרום פילם נ' המועצה לביקורת סרטים ומהזות¹⁰⁹ הותקפה החלטתה של המועצה לביקורת סרטים ומהזות להתנות את הרשיון להקרנת סרט דוקומנטרי גרמני על מדינת ישראל בכך, שדברי הפרשנות יושמעו בעברית¹¹⁰. להחלטת המועצה

109 בג"צ 260/60, פד"י ט"ו 611.

110 המדובר היה בסרט Paradies und Feuersöfen, ש"תאר תוך עמדה אוהדת את חיי ישראל במדינת ישראל", שם, עמ' 612. התנאי הוצב מן הטעם, ש"אין להציג סרט על ישראל בגרמנית", שם, עמ' 613.

היתה נגיעה ישירה להיקף תחולתו של העקרון של חופש הביטוי. חופש הביטוי אין משמעו רק תוכן מסוים של ביטוי. גם המדיום בו בוחר הדובר לבטא דבריו (ספר, עתון, סרט, שפה) חשוב בהקשר של חופש הביטוי. לענייננו, נוגעת בחירת המדיום (השפה הגרמנית) לאחת המטרות של חופש הביטוי: הבטחת מלוא האפשרות ל"הגשמת האני" בחברה.¹¹¹ כאן בחר התסריטאי דווקא בשפה הגרמנית לביטוי מחשבותיו, ואף מפיץ הסרטים בישראל רצה להציג את הסרט כך, ואילו הרשות הממונה על צנזורה של סרטים קבעה, שמדיום זה אינו מתאים.¹¹² מניתוח זה עולה, שבית-המשפט חייב היה לתת דעתו על השאלה, באיזו מידה רשאית המועצה לפקח על המדיה של ביטוי,¹¹³ להחליט מהו המבחן להגבלה על חופש הביטוי המתאים למקרה זה, ולקבוע באיזו מידה מותרת ההגבלה שלעיל במערך הקונסטיטוציוני הישראלי. זה היה הנתיב בו הלך בית-המשפט בקול העם. בית-המשפט התעלם מדרך זו. במקום לשרטט את גבולותיו של חופש הביטוי, קבע בית-המשפט, כי שיקול הדעת הסטטוטורי הרחב שניתן לרשות אינו מאפשר התערבות בית-המשפט הגבוה לצדק אלא אם כן היה השיקול בלתי סביר.¹¹⁴

מקרה נוסף, המדגים את התעלמותו של בית-המשפט מן המעורבות של העקרון של חופש הביטוי בעובדות המקרה שלפניו הוא, כה"ל בע"מ הברה רשומה ג' שר החינוך והתרבות.¹¹⁵

במקרה זה בא העותר בטרוניה על ה"ועדה למלחמה בהפצת ספרות תועבה", שהודיעה לו, כי הספר שביקש להוציא לאור "הינו משחית מוסר והפצתו אסורה לפי החוק". שמקום מושבה במשרד החינוך והתרבות, היתה פרי הסכם בין משרד החינוך לבין אגודת המו"לים בדבר בדיקה מוקדמת של ספרות פורנוגרפית. אותם ספרים שזכו לאישור המועצה, היו מוגנים מפני תביעה פלילית על הפצת ספרות תועבה.¹¹⁶ נגיעתו של הענין לעקרון של חופש הביטוי ברורה: הזכות לחופש הביטוי היא מזכויות היסוד של האזרח. זכות זו אין לשלול אלא על-פי חוק ותוך הקפדה על הליכי משפט הוגן.

111 ראה אמרסון, ה"ש 9 לעיל, עמ' 4-7.

112 כאן עלולות להתעורר שתי בעיות נוספות: (א) מה טיב זכותו של אדם שאינו אזרח או תושב ישראל לחופש הביטוי (במקרה זה התסריטאי הגרמני ?); (ב) מה נגיעתה של "זכות הציבור לדעת", דהיינו זכות הציבור לשמוע את הסרט דווקא בתמלילו המקורי. בית-המשפט לא הזכיר בעיות אלו.

113 סמכותה של המועצה קבועה בסעיף 6 לפקודת סרטי הראינוע, 1927, ח"א, פרק ט"ז, ומנוסחת בצורה כללית ורחבה. לצמצום סמכות המועצה על המדיום של יומני קולנוע ראה: בג"צ 243/62 אילפני השרטה נ' לוי גרי, פד"י ט"ז 2409.

114 "המועצה היא גוף ציבורי, רפרזנטטיבי, המביע את השקפותיהן של שכבות שונות של העם; משום כך ניתנה לה סמכות רחבה בסעיף 6(ב) של פקודת סרטי הראינוע. . . ואם היא סברה כי פרשנות גרמנית אינה הולמת את תכנו ותפקידו של הסרט הנדון, אין אנו מוכנים לומר כי הסברה ההיא בלתי סבירה היתה", ה"ש 109 לעיל, עמ' 613, מפי השופט זילברג. התוצאה היא מתן סמכות מקיפה לרשות להגביל ביטוי, בלא שזו מפעילה עקרון רציונלי ברור להגבלה כזו.

115 בג"צ 237/65, פד"י י"ט (2) 648.

116 לתיאור אורח פעולת הוועדה ראה "דין וחשבון של הוועדה לענין פרסומים פורנוגרפיים", בראשותו של השופט ויתקון, דיני קרימינליזציה (ספר מקורות), אקדמון, תשל"ג, כרך ג' 99, בעמ' 126-127.

והנה, בענין זה הופעלה הרתעה רבת-יכוח על העותר, על-ידי גוף ציבורי החוסה תחת כנפי הממשלה, ואשר זכה לברכתה. אפילו אין קביעתה של הוועדה קביעה שיפוטית שסנקציות בצידה, הרי שאין להתעלם מן העובדה, כי לקביעתה יש הילה של רשמיות, אשר בדרך הטבע כוחה רב להרתיע את האזרח מלהגשים את זכותו לביטוי חופשי. לפיכך, ראוי היה שבית-המשפט יכנס לעובי הקורה ויקבע, אם רשאית הממשלה להחזיק, מכספו של משלם המיסים, רשות צנזוראלית שזכרה לא בא בחוק. זאת ועוד, במידה שרשאית הממשלה לעשות כן, חייב היה בית-המשפט לתת דעתו על השאלה אם יחולו על פעילות הוועדה כללי הצדק הטבעי (כגון, למשל, זכות הטעון). בית-המשפט לא עשה כן והסתפק בקביעה, כי כאן "לא נעשתה כל פעולה שלא כדין או תוך חוסר סמכות"¹¹⁷.

מן האמור לעיל אין להסיק, שניכרת נטייה של בית-המשפט להתעלם מן העקרון של חופש הביטוי, אלא שתופעה זו ידועה בפסיקה¹¹⁸. לאחרונה, נקט בית-המשפט העליון בדרך זו בענין יצחקי ג' שר המשפטים¹¹⁹.

117 ה"ש 115 לעיל, עמ' 650. וראה גם י' זמיר, השפיטה בענינים מנהליים, ירושלים תשל"ה-1975, עמ' 27-28.

118 ראה גם ע"פ 199/59 המצפיר בע"מ ג' היוה"מ, פד"י י"ד 705, שם מדובר היה בפרסום מודעה מסחרית בתחנת הרכבת של תל-אביב. המערערת הורשעה לאור חוק עזר של העירייה, שאסר על פרסום מודעות בלא היתר מראש העירייה. בפסק-הדין, שניתן על-ידי השופט אגרנט, אין כל התייחסות לעקרון של חופש הביטוי, למרות שהמדובר באמצעי ביטוי קלסי: תליית מודעות לציבור. השופט אגרנט מרחיק לכת ואף מדבר על סמכותה של העירייה לפקח על מודעות "בדרך של אסירה מוחלטת... או הגבלות", שם, בעמ' 708. קביעה זו, במידה שניתן לצמצמה למודעות מסחריות בלבד, יש לה השלכות על הזכות לחופש העיסוק. השווה עם בג"צ 206/61 המפלגה הקומוניסטית ג' עיריית ירושלים, פד"י ט"ו 1723.

מקרה אחר בו התעלם בית-המשפט מהשלכותיו של פסק-דינו על העקרון של חופש הביטוי הוא בג"צ 29/62 שלום כהן ג' שר הבטחון, פד"י ט"ז 1023. שם ביטלו שלטונות הבטחון את האמנת המבקש ככתב צבאי, מן הטעם שהשבועון "העולם הזה", שהעסיק את המבקש, "פועל בעקביות בכיוון המנוגד לרוח חינוכו של צה"ל...". כיון שקבלת מידע שוטף מן הממשלה היא חיונית ביותר לעבודת העתונאי, במיוחד בעידן המודרני, בו מרבית ממשלות להפעיל מנגנונים עצמאיים של יחסי ציבור, היתה הפגיעה בעקרון של חופש הביטוי קשה במיוחד; הן משום שלא אפשרה לעתון מסוים להמשיך בעבודתו התקינה (ומבחינה זו דומה מקרה זה לקול העם), והן משום שהיתה כאן ענישה בלא משפט על השמעת דעות בעבר. בית-המשפט לא שאל את עצמו באיזו מידה רשאית ממשלה המקיימת מנגנון מסועף של יחסי ציבור למנוע מידע וביטוי מפלג מסויים של העתונות בשל דעותיו הפוליטיות, והתעקש ש"אין קיימת בידי המבקש כל זכות המוכרת בחוק", שם, בעמ' 1033, מפי נשיא בית-המשפט דאז, השופט אולשן. שלושת השופטים שישבו לדין אמנם הוזכרו את הזכות לחופש הביטוי, אך לא ראו כל קשר בינה לבין העובדות נשוא הדיון.

119 בג"צ 159/73, פד"י כ"ח (2) 692. שם היה מדובר בעיבוד ציבור לשעבר, אשר כתב ספר על קרבות לטרון. הספר עבר את ביקורת הצנזורה הצבאית, אך נתקל בסירוב מטעם שר המשפטים. סמכותו של השר לשלול היתר פרסום נתבססה על סעיף 27 לחוק לחיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957. בית-המשפט פסק, שההיתר נשלל כדין, בלא להתייחס לזכותו של יצחקי לפרסם את ספרו, או לזכותו של הציבור לקבל מידע על קרבות לטרון. ראה להב, "חופש הפרסום, זכותו של האזרח לדעת וסודות רשמיים", משפטים, ו (תשל"ז), עמ' 562.

הגישה המתעלמת מן העקרון של חופש הביטוי ראויה לביקורת. היא מורה על חוסר נכונות להתמודד עם המציאות הקיימת של לחצים סמויים ובלתי סמויים, שמפעילה הממשלה על חופש הביטוי, וכן על קוצר ראייה בכל הנוגע לדינמיקה של חופש הביטוי בחברה. גישה זו אף נוגדת את עקרון היסוד שקבע השופט אגרנט בקול העם:

"יש והמחוקק עושה את מלאכת השקילה והאיוון בעצמו, כלומר, הוא גופו קובע מראש את טיב החומר שאין לפרסמו – או את התנאים שבהם חל איסור על פרסומו – ... אך יש והמחוקק משאיר את שיקול הדעת בשיטת זה בידי אחרים, כגון, בידי הרשות המבצעת. בסוג האחרון של המקרים, מן ההכרח שתתעורר השאלה – ודוקא משום שאין אותה גישה מכילה בקרבה נוסחה מדויקת וצרה – מהו העקרון הרציונאלי שצריך לישמש לה, לרשות המבצעת, שעה שהיא עוסקת בתהליך האמור, לשם הכרעת הכף לצד זה או זה, משני האינטרסים הנזכרים?"¹²⁰.

המסתמע מדברים אלה הוא, שהכללים המקובלים בדיני המינהל הציבורי, השוללים מבתי-המשפט סמכות לבדוק את שיקוליה של הרשות המוסמכת, המפעילה שיקול דעת רחב, אינם חלים כאשר מדובר בחופש הביטוי. שעה שלרשות ציבורית ניתנת סמכות להגביל או להתערב בכל צורה בעקרון של חופש הביטוי, קיימות שתי אפשרויות: (1) המחוקק יתחם בצורה מדויקת ומצומצמת את תחומי סמכותה; (2) בית-המשפט יתערב ויקבע, מהו העקרון הרציונאלי שלאורו תחליט הרשות אם הביטוי נשוא הדיון מוגן אם לאו.

קשה להתעלם מן העובדה, שלא רק בבית-המשפט יש לתלות את הקולר. יתכן שגם עורכי-הדין של הצדדים אינם ערים דיים לעקרון של חופש הביטוי, ולהגנה שזכה לה בקול העם, ואינם מציגים אותם בפני בית-המשפט¹²¹. אך עם זאת, שוגה בית-המשפט, לדעתנו, שעה שהוא מחיל כללי מינהל ציבורי רגילים על בעיות מסוג זה, ומוטב שיקפיד הקפדת יתר שלא להרשות הגבלה או התערבות בחופש הביטוי על-ידי רשות מינהלית, בלא שזו פעלה לפי קריטריונים ברורים, חדים ורציונאליים.

2. הקטגוריה השנייה: דפוסי ההתייחסות לעקרון של חופש הביטוי לאחר קול העם

ניתן לתאר את התייחסותו של בית-המשפט לעקרון של חופש הביטוי כבנויה משלושה מעגלים: המעגל הפנימי ביותר – של ביטוי שזכה להגנה תחלתית וחד-משמעית, המעגל החיצוני – של ביטוי אשר לא זכה לכל הגנה שהיא ומעגל מקרי הביניים – של ביטוי, אשר לגביו הפעיל בית-המשפט מבחנים שונים, התוחמים את היקף פעולתו של העקרון של חופש הביטוי במשפט הישראלי.

120 ה"ש 15 לעיל, עמ' 881–882. השופט אגרנט אינו את האינטרסים של בטחון המדינה וחופש הביטוי, אך דבריו יפים לאיוון בין האינטרס האחרון לכל אינטרס אחר, כגון האינטרס במשפט הוגן, סדר ציבורי וכו'.

121 ראה, למשל, שלום כהן נ' שר הבטחון, ה"ש 118 לעיל, ויצחקי נ' שר המשפטים, ה"ש 119 לעיל, בשניהם נטענה טענת אפליה ולא טענה של פגיעה בחופש הביטוי.

2.א. המעגל הפנימי: ביטוי המוגן הנגה החלטית וחד-משמעית

ההבחנה בין ביטוי הנוכח להגנה החלטית וחד-משמעית לבין ביטוי, אשר קיים ספק בדבר הלגיטימיות שבהגבלתו, חשובה ביותר. ביטוי הנמנה על קבוצת מקרי הגבול, תלוי בשיקול הדעת של הרשות המינהלית ושל בית-המשפט. ביטוי, אשר זכה להגנה החלטית, אינו תלוי בשיקול דעת כזה. נדגים זאת: בהנחה שבמשפט הישראלי מקובל מבחן הוודאות הקרובה, יוחל מבחן זה על ביטוי הנמנה על קבוצת מקרי הגבול. הגנתו של אותו ביטוי תהא תלויה בשאלה, אם יש בו משום "סכנה קרובה לוודאי" לפגוע באינטרס חברתי חשוב. לעומת זה, ביטוי השייך למעגל הפנימי, נמצא במעמד עדיף. עליו לא יוחל מבחן מן המבחנים המגבילים את חופש הביטוי, אלא תוענק לו הגנה כללית ומקפת.

פסק-הדין הראשון אשר נקט בגישה זו היה המפלגה הקומוניסטית הישראלית נ' ראש העיר ירושלים¹²². בענין זה סירב ראש עיריית ירושלים להעניק למפלגה הקומוניסטית היתר לפרסם מודעה בתחום עיריית ירושלים, בטענה, שיש במודעה משום הפרה של איסורי המשפט הפלילי¹²³. המודעה כללה ביקורת חריפה על מדיניות ההתקרבות בין ישראל וגרמניה המערבית, ונוסחה היה חריף ותוקפני:

"האם יורשי היטלר יחנכו את מורי ישראל? ..."¹²⁴

העתירה נתקבלה. דעת שופטי הרוב (השופטים ח' כהן וי' זוסמן)¹²⁵ היתה, שביטוי מעין זה מוגן ואינו נופל לכל מסגרת פלילית. אמר השופט זוסמן:

"תמים דעים אני עם חברי הנכבדים, כי במקרה דנא לא היתה כל עילה לסרב את הפרסום... נעלם להם למשיבים, כי בחירות לכנסת משמשות שעת כושר לנסות ולשנות את המשטר במדינה, וכל אמצעי שכנוע אפילו היו מנוסחים בלשון תקיפה, הם כשרים למטרה זו. שום רשות מקומית בישראל לא תתקשה להתיר פרסום דברי נועם של מפלגתה או מפלגותיה התומכות בה, אך דמוקרטיה אמיתית תמדד בכך, אם יפורסמו ויושמעו דברי ביקורת דווקא, שבלעדיהם ירד המשטר הדמוקרטי הפרלמנטרי לטמיון"¹²⁶ (ההדגשה שלנו).

הבחנתו של השופט זוסמן בין דברי נועם לדברים תקיפים, וההגנה המוחלטת שהוא נותן לביקורת תקיפה חשובות ביותר. כאן נאמר, בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים,

122 בג"צ 206/61, פד"י ט"ו 1723.

123 סעיפים 59, 60, 67(2), 77, 201 לפקודת החוק הפלילי, 1936, וסעיף 31 לחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957.

124 המודעה המשיכה ואמרה: "הקלון לממשלת בן-גוריון, השולחת מורים ישראליים ללמוד תורה מן הניאורנאצים בבון! הקץ לקשר 'האמון והידידות' של בן-גוריון עם ממשלת גלובקה-אדנאור! הקץ לחרפת משלות הנשק הישראלי לשותפי אייכמן בבון! בל ישלחו 'עוזים' לטבוח את עם אנגולה! הגן על כבוד ישראל ושלומה", שם, בעמ' 1725.

125 אך ראה דברי השופט ויתקון, שהצטרף בהסכמה לחבריו, ועם זאת היה מוכן לשקול את תחולתו של סעיף 31 לחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), תשי"ז-1957, על המודעה. הסעיף אוסר על עשיית מעשה שיש בו משום "פגיעה ביחסי החוץ של ישראל". השופט ויתקון החיל על תוכן המודעה את מבחן הוודאות הקרובה, ולאור הגיע למסקנה, שאין בסיס לפסילת המודעה. שם, בעמ' 1727.

126 שם, בעמ' 1728.

כי ביקורת על מהלכי הממשלה – אפילו תקיפה ובוטה – מוגנת מפני התערבות מלמעלה. ההחלטיות שבמתן ההגנה אף היא ראויה לציון: כאן היו מעורבים היבטים של מניעה מוקדמת וענישה מאוחרת. המניעה המוקדמת בכך, שראש העיר ניסה לצנזר מודעת בחירות¹²⁷. הענישה המאוחרת בכך, שחבר העבירות הפליליות¹²⁸ התהפכה מעל ראש העותרים. הקביעה הקטגורית, שהביטוי מוגן מפני מניעה מוקדמת, וכן שאינו נופל למסגרת כל אחת מסוללת העבירות הפליליות שנשענו על-ידי העירייה, מחזקת ומבססת את היקף ההגנה שניתן לביטוי זה על-ידי בית-המשפט.

במקרה המפלגה הקומוניסטית היה הביטוי, שזכה להגנה כה החלטית על-ידי בית-המשפט, ביקורת על מדיניות החוץ של הממשלה. מדברי השופטים נראה, שהתכוונו לכך שכל ביקורת נגד הממשלה, גם ביקורת בענייני פנים, היתה זוכה לאותה הגנה¹²⁹. השאלה היא, אם ניתן לפרש את העיתוי בו פורסמה המודעה כסייג על החלטת בית-המשפט. האם ביקורת בוטה וחריפה נגד הממשלה מוגנת רק לצורך תעמולת בחירות, או שהעקרון, שאין להפעיל כל הגבלה משפטית על ביטוי ביקורתי, תופס גם בנסיבות אחרות?

קיימים מספר פסקי-דין מהם משתמע, כי הציר התיאורטי, המשמש להגנה על המעגל הפנימי של ביטוי, הוא אופיו הדמוקרטי של המיטטר במדינת ישראל. אם השמירה על הדמוקרטיה היא המכתיבה שרטוט מעגל פנימי, אשר ביטוי הנופל לתוכו מוגן, כי אז זומשתנה של עיתוי (תקופת בחירות) מאבד מערכו כמשתנה מכריע.

בפסק-הדין אולפני הסרטה נ' גרי לוי¹³⁰ עמדה לדיון החוקיות שבמניעת הצגתו של יומן קולנוע; היומן הציג התנהגות אלימה של המיטטרה כנגד מפונים בשכונת סומייל. טענת המועצה לביקורת סרטים ומחזות, שהחליטה על איסור ההקרנה, היתה כי היומן מציג את פעולת המיטטרה באורח חד-צדדי ובלתי מאוזן¹³¹. השופט זילברג, בחוות-דעת

127 ראה תגובת השופט ח' כהן לטענה, שחוקי העזר של העירייה מתירים להגביל תכנון של מודעות: "אילו היה ממש בטענה זו, כי אז היה למעשה הכוח בידי הרשויות המקומיות להגביל את תעמולת הבחירות לכנסת כראות עיניהן. תוצאה זו גורמת בעיני מנוגדת לא רק לחוק, אלא גם למושגי-היסוד של שלטון דמוקרטי", שם, בעמ' 1726. אך השווה עם השופט ויתקין הסובר, שיש לעירייה סמכות לפסול מודעה "הכוללת דברי הסתה או שידול לביצוע מעשי פשע", שם, בעמ' 1727.

128 ה"ש 123 לעיל. קשת זו של עבירות פליליות היתה רחבה ביותר, ונעה מדיבת הסתה (סעיף 59 לפ.ח.פ.) ועד תוצאת שם רע על ראש הממשלה. בהקשר זה מעניינים דברי השופט ח' כהן, השולל אחת לאחת את תחולת העבירות הפליליות (בין מנדטוריות ובין ישראליות מקוריות) על תוכן המודעה. השווה עם דברי השופט ויתקין, ה"ש 125 לעיל.

129 כדאי לשים לב לכך, שפרט להגנה על תעמולת בחירות יש בפסק-דין זה אף הגנה על המדיום המיוחד של מודעות כמדיום לגיטימי להפצת ביטוי, שהשימוש בו אינו מפחית מעצמת ההגנה הקונסטיטוציונית. כמו-כן היתה כאן הגנה על מפלגת מיעוט, שמעולם לא היתה אהודה על חלק הארי של הציבור הישראלי.

130 בג"צ 243/62, פד"י ט"ו 2407.

131 זאת על שום שהסרט לא הדגיש, כי "תושבים בסומייל מנעו את רשויות המדינה מלבצע צו של בית משפט". המועצה סברה, כי הצגה חד-צדדית כזו עשויה "לפגוע מבחינה חינוכית בציבור ואף... לעודד... תופעות של הפרת חוק והתפרעות...". מתוך תזהיר תשובה של המועצה, שם, עמ' 2411. טענה זו חשובה במיוחד לדיונונו, ואין להתעלם מן הענייניות שבה. השאלה היא אם ההגנה המשפטית תינתן רק לביטוי, המשתדל להיות מאוזן

על חופש הביטוי בפסיקות בית-המשפט העליון

נפרדת, דחה מכל וכל את טענות המועצה, כשהוא משתית את עמדתו על העקרון, שבמדינה דמוקרטית יש לאוורר מקסימום מידע.¹³² מסקנתו הסופית שופכת אור על תוכנו של המעגל הפנימי של ביטוי מוגן, בו אנו עוסקים:

"אם התנהגותה של המשטרה באמת מבישה או פסולה היתה, לא היה כל יסוד חוקי להסתיר את הדבר. אדרבא, מצוה היה לגלותו לעין כל, למען יראה האזרח וישפוט"¹³³ (ההדגשה שלנו).

כאן, אם כן, ניתנה הגנה החלטית ומפורשת לביטוי, שתוכנו ביקורת על מדיניות הפנים של הממשלה.¹³⁴

דעה דומה, המגינה על ביטוי שתוכנו הבעת דעה על השאלות הפוליטיות "המנסרות", הובעה מפי השופט אגרנט במדינת ישראל נ' אברהם בן-משה.¹³⁵ נשוא הדיון היה הרשעה בפלילים של אדם, אשר תקף ופצע את חברי-הכנסת וילגר מסיעת רק"ח. טענה מרכזית של ההגנה לענין הקלה בעונש היתה, כי גאומיו של חברי-הכנסת מעל במת הכנסת "לא רק שהם הסעירו את רוחו של המשיב באשר ראה אותם כפוגעים באינטרסים החיוניים של מדינת ישראל, אלא גם עוררו את זעמם של מספר חברי-כנסת, המייצגים חלקים ניכרים מבני הציבור, באשר גם הם ראו בהם הסתה ופרובוקציה"¹³⁶. על כך ענה השופט אגרנט:

"זכותו של חבר בית הנבחרים להשמיע, בפורום הזה או מחוצה לו, את השקפותיו שלו על השאלות הפוליטיות 'המנסרות', ללא הרגשת מורא ופחד ובלי חשש בלבן, פן יבולע לו על-ידי מאן דהוא, אשר אותן ההשקפות אינן אהודות עליו או המשוכנע שהן תרות סכנה לעם—זכות זו אינה אלא בבואה מוחשית של הקשר ההדוק הקיים בין העקרון של חופש הביטוי והזיכוח לפעולתו התקינה של התהליך הדמוקרטי"¹³⁷ (ההדגשה שלנו).

לאחרונה, חזרה והושמעה גישה זו, המעניקה חסיון מוחלט לביטוי פוליטי, המבקר את הממשל או שאינו מקובל בחברה בענין ליבנה נ' שירות בתי הסוהר.¹³⁸ שם אסר מנהל בתי-הסוהר על אסיר לרכוש ולהחזיק בין כתלי בית הכלא כתבים הדנים בתיאוריה פוליטית.¹³⁹ נימוקו היה, שקריאה בספרים אלה גורמת לוויכוחים

ולחשוף את מיגוון ההיבטים של סוגיה מסוימת, או שיש הגנה גם לביטוי חד-צדדי, המעוות את המציאות, שיש בו משום התעלמות מ'כללי המשחק ההוגן' של שוק הרעיונות.¹⁴⁰ 132 אל השופט זילברג הצטרף בתווית דעת נפרדת השופט לנדוי, אך הוא החיל את מבחן הוודאות הקרובה (ראה להלן עמ' 420-421). השופט ויתקון, בדעת מיעוט, סבר שעל בג"צ להמנע מהתערבות בשיקולי המועצה כל עוד הם ענייניים. כמו-כן סבר שהמועצה צדקה, לגופו של ענין, שעה שפסלה את הקרנת יומן סומייל.

133 שם, בעמ' 2427.

134 אבל ראה ה"ש 132 לעיל, לגיתוח דעת שאר השופטים באותו ענין.

135 ע"פ 255/68, פד"י כ"ב (2) 427.

136 שם, בעמ' 430-431.

137 שם, בעמ' 435. השופטים לנדוי וקיסטר הצטרפו בהסכמה.

138 בג"צ 144/74, פד"י כ"ח (2) 686.

139 המבקש ביקש לרכוש את "הקפיטל של מרכס", הכתבים הנבחרים של מרכס ואנגלס,

ב"נושאים פוליטיים הקשורים במישרין או בעקיפין, בשאלת בטחון המדינה במובנו הרחב של המושג"¹⁴⁰. השופט ח' כהן טלל גישה זו מכל וכל. ראשית, קבע, אין דין שיוכל לאסור על גיהול ויכוחים פוליטיים¹⁴¹. שנית, סוג הספרות שביקש העותר לרכוש מוגן באופן מוחלט ואינו גופל, אפילו לכאורה, לתחום ביטוי שמותר לאסור על-פי החוק במדינת ישראל:

"(ספרים אלה) אינם שייכים לסוג ספרות ההסתה אשר, למשל, סעיף 60 לפקודת החוק הפלילי, 1936, או תקנות 87 ו-88 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945, מדברים בה. ספרים הם הנלמדים—ואשר צריכים להיות נלמדים—בכל אוניברסיטה, ויש ביניהם נכסי צאן ברזל של תורה כלכלית ומדינית אשר עמים גדולים ועצומים בעולמנו חיים על פיה. גורלנו הטוב שאין חלקנו עם העמים ההם—אין בו כדי לגרוע מן העובדה שתורה היא ולימוד היא צריכה"¹⁴² (ההדגשה שלנו).

המכנה המשותף לכל פסקי-הדין שסקרנו לעיל הוא כפול: תוכן הביטוי וההסבר התיאורטי להגנתו. תוכן הביטוי בכולם היה פוליטי מובהק, והתייחס למהלכי המדיניות של הממשל¹⁴³. ההסבר התיאורטי להגנה על הביטוי היה תמיד אופייה הדמוקרטי של המדינה. משמע, שהתיוה, סביבה טובים פסקי-הדין המשתייכים למעגל הפנימי, מניחה קיום ביטוי שאיורורו חיוני לקיום הדמוקרטיה. ביטוי זה תוכנו פוליטי, לעיתים קיצוני ובלתי אחיד ולעיתים חריף ובוטה בניסוחו. אף-על-פי-כן, יש להגן עליו כדי לשמור על תפישתנו הבסיסית, שהשלטון בישראל הוא שלטון עצמי המייצג את העם, וכדי לשמור על בריאות החברה על-ידי הבטחת פעילותו של שוק רעיונות הפתוח לכל. קשה לאמר, שהתפישת בדבר קיומו של מעגל פנימי, בו הביטוי מוגן החלטית וחד-משמעית, כבר נתמסדה באופן מודע בשיטתנו המשפטית. קיימים מקרים רבים אשר

כתביהם של לנין ומאויצה-טונג וגם אחד הרומנים של היינריך בל וספרו של אהרון כהן על העולם הערבי של ימינו . . .", שם, בעמ' 688.

140 טענתו של מנהל בתי-הסוהר היתה, שנטייתו של העותר לוויכוחים פוליטיים ואידיאולוגיים, מלבה את היצרים בין כתלי בית הסוהר. מעניינת תשובתו של השופט כהן, המבחינה בין ביטוי לבין פעולה המפרה חוק, ומייחדת את הפעלת האיסור המשפטי על מגזר הפעולה בלבד: "כל עוד נשמרים המשמעת והסדר בבית-הסוהר, רשאים האסירים להתווכח ביניהם על כל נושא שהם יבחרו בו; ואם מופרים המשמעת והסדר, יתנו המפרים את הדין על ההפרה, ואין עליהם ליתן את הדין על נושא ויכוחם". שם, בעמ' 689.

141 שם.

142 שם, בעמ' 690.

143 ראוי לציין, שפרט לאולפני הפרשה, התייחסו כל המקרים לביטוי המושמע על-ידי קבוצות מיעוט רדיקליות, שדעותיהן אינן אהודות ברחוב הישראלי. עובדה זו מחזקת ומדגישה את חשיבותה של ההגנה שניתנה כאן. נעיר גם, שלפי דרך ניתוח זו נופל פסה"ד בענין קול העם למסגרת המעגל הפנימי, ולו הובאו הדברים כיום לפני בית-המשפט יש להניח, שהיה מתייחס אליהם כאל ראויים להגנה מוחלטת. אפשרות כזו אינה סותרת את פסה"ד בענין קול העם, שכן עד לפסקי-דין זה לא היו כבתן ברור והתייחסות תיאורטית לנושא של חופש הביטוי. השופט אגרנט נאחז בהודמנות ההיא כדי לבנות את הבסיס להתפתחות המשפטית של העקרון של חופש הביטוי במערכת המשפט הישראלי.

על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון

לפי תוכנם היו צריכים ליפול לקטגוריה של המעגל הפנימי, ועוד נראה¹⁴⁴, כי זכו להתייחסות בתחום מעגל מקרי הביניים. זאת ועוד, לא ניתן לאמר שהשופטים אשר דבריהם צוטטו לעיל מייצגים את בית-המשפט העליון כולו. עם זאת, נראה כי אנו עומדים בפני תהליך ההתגבשות של תפישה כזו, המעניקה חסיון מוחלט לטיפוס נבחר של ביטוי. הנטייה טרם הפכה מובהקת וממוסדת, אך קשה להתעלם מן הסימנים המתווים את הדרך בה הולך בית-המשפט.

2.2. המעגל החיצוני: ביטוי אשר לא זכה לכל הגנה

חשוב להבחין בקבוצה זו מקבוצת המקרים, בה לא היתה כל התייחסות לחופש הביטוי. ביטוי השייך למעגל החיצוני אינו דומה לביטוי, שלגביו לא נשאלה כלל השאלה אם הוא ראוי להגנה אם לאו. במובחן מקבוצת המקרים אשר לגביה התעלם בית-המשפט מן העקרון של חופש הביטוי, שקל בית-המשפט בקבוצת המקרים שלפנינו את העקרון של חופש הביטוי, והגיע למסקנה, כי אין לטיפוסי ביטוי מסוימים הגנה במערכת המשפט הישראלית¹⁴⁵.

הקבוצה הבולטת ביותר במגזר זה היא סרטי קולנוע, הכפופים לפיקוח המועצה לביקורת סרטים ומחזות¹⁴⁶. אין חולק היום, שהקולנוע מהווה אמצעי תקשורת חשוב ורב-ערך; תרומתו להתפתחות הרעיונות שוב אינה מוטלת בספק. השאלה המתעוררת היא, אילו כללים ידריכו את המועצה בבואה להתיר או לאסור הצגת סרט בפני הציבור הישראלי. בפסק-דין מרסל כהן נ' שר הפנים קבע השופט זילברג את הקו המנחה:

"הקו המנחה את הועדה בשקלה את סירוב או ביטול הרשיון, צריך להיות: שאין להרשות הצגת סרט העלול לפגוע במוסר או בטעם הטוב או העלול לגרום לשחיתות המידות"¹⁴⁷.

לכאורה, נופל מקרה זה לתחום האפור של מקרי הגבול: השופט זילברג מציג מבחן התחום את גבולותיו של חופש הביטוי, ומציג את טיפוסי הביטוי אשר לא יזכו להגנה. אך למעשה אין כאן מבחן רציונלי ומדויק מהסוג שעליו דיבר השופט אגרנט בקול העם. אין כאן לא הגדרות של מוסר, טעם טוב ושחיתות המידות, ולא הנחייה בדבר איכות הקשר שצריך להתקיים בין הסרט נשוא הדיון לבין אותה פגיעה (קשר ישיר, עקיף, קשר העולה כדי וודאות קרובה...). ההנחייה היא מעורפלת וכללית, ומוציאה מדיום שלם מתחומי ההגנה הרציונלית והמאוזנת של חופש הביטוי. לאחרונה שב בית-המשפט וסמך ידיו על גישה זו בענין דוד אבירן נ' לוי גרי¹⁴⁸.

144 ראה להלן, עמ' 413-421.

145 עם זאת, ראוי לציין, שגם בקבוצה זו לא ניכרת התעמקות תיאורטית בסיבות לשלילת ההגנה.

146 מכוח סעיף 6 לפקודת סרטי הראינוע, הא"י, פרק ט"ז, 1927. יוצאים מגדר זה יומני קולנוע (ראה אולפני הפרטה, ה"ש 130-132 לעיל) ומחזות (ראה להלן, עמ' 418, 421).

147 בג"צ 146/59, פד"י כ"ד 283. השופטים ברגון וויתקין הצטרפו בהסכמה.

148 בג"צ 383/73, פד"י כ"ח (2) 766. דברי השופט ברגון בעמ' 769. שם היה מדובר בסרט מין, שהופק ע"י המשורר דוד אבירן, ואשר היה "מיועד להצגה בפני קהל נבחר בלבד ובשל אופיו הפיוטי והפילוסופי לא יוכלו להציגו בבתי-קולנוע המוניים". למרות מגבלות אלה, לא מצאה

דוגמא נוספת וחשובה במגזר זה היא אלתגר נ' מועצת עיריית רמת-גן¹⁴⁹, שם פוטר עובד של עיריית רמת-גן, לאחר שבמסע הבחירות לעירייה יצא "בתעמולת בחירות בלתי מרוסנת" נגד ראש העיר¹⁵⁰. טענתו של העובד היתה, כי קופחה זכותו לחופש הביטוי, באשר פיטוריו באו כעונש על דבריו בתקופת הבחירות. בית-המשפט, מפי השופט לגדור, דחה את העתירה בנימוק, שלא החוק ולא בית-המשפט יכולים להגן על אדם מפני סנקציה כזאת על דבריו:

"בגבולות של דיני הדיבה היה העותר חפשי לאמר על ראש העירייה כל אשר בלבו, אבל היה צריך להיות ברור לו שאחרי חוסר ריסון כזה לא יוכל לחזור למקום עבודתו הקודם אם אותו ראש עירייה יחזור לשלטון, כי קשה לדרוש מראש עירייה בשר ודם שימחול על כבודו ויחזור לשיתוף פעולה אישי עם מי שעלב בו והפגין איבה כלפיו, כאילו לא קרה דבר. דברים אלה אינם כתובים בשום חוק, ואין לצפות מן המחוקק שיעלה אותם על ספר החוקים, כי אין הם ניתנים להגדרה מדויקת בלשון של סעיפים. אבל כשהמבקש סומך על עקרונות כלליים של חופש ההבעה וחופש תעמולת הבחירות, לא יוכל לקבול על כך שבית המשפט העביר את טענותיו בכור המבחן של השכל הישר"¹⁵¹.

גישה זו, כמו הגישה המתעלמת לחלוטין מן העקרון של חופש הביטוי בתחום הקולנוע, אינה מתאימה לעידן המודרני. היא מתעלמת מן הדינמיקה של חופש הביטוי ומחשיבותו של העקרון בחברה פתוחה. מתן גושפנקא לרעיון, שכל סרט אשר הצנזור סובר שיש בו "ערך חינוכי שלילי" ראוי להפסל, מצמצמת ביותר את הפוטנציאל של אמצעי התקשורת הקולנועי¹⁵², מתעלמת מן המגבלות הטבועות בעצם מהותה של צנזורה הממונה על ערכי-תרבות¹⁵³ ופותחת פתח רחב מדי להגבלות מינהליות על ביטוי בכל המגזרים.

המועצה לנכון להתיר הקרנתו, ובית-המשפט סירב להתערב במסקנותיה.

149 ד"ר 39/66, פד"י כ"א (1) 41.

150 מר אלתגר היה עובד בכיר בעירייה, ושימש כעורך בטאונה. טענת העירייה היתה, כי בתוקף תפקידו עליו לעמוד בקשר הדוק עם ראש העירייה וסגניו, וכי עקב תעמולת הבחירות שלו יהיה שיתוף פעולה בינו לבין הנהלת העירייה בלתי אפשרי.

151 שם, בעמ' 418. דוגמא נוספת הראויה לציון היא ע"פ 15/63 וייס ופסקמור נ' מדינת ישראל, פד"י י"ז 2310. שם הואשמו המערערים בהתנהגות בלתי צנועה, בכך שנשאו כרוז עם המלים: "Americans, go fuck yourselves with your H-Bomb". שניים מן השופטים שישבו לדין (השופטים אולשן וכהן) לא התייחסו לשאלת ההגנה על ביטוי שבעובדות המקרה. השופט הלוי התייחס לתוכן הביטוי וקבע, שביטוי שאופיו "מגונה" אינו יכול להיות מוגן: "המגמה המדינית הברורה של הכרוזה אינה מבטלת את האופי המגונה של הלשון שהיא כתובה בה, והוראתן המוסאלת של המלים אינה מלבישה אותן עלי תאנה", שם, בעמ' 2324 (ההדגשה במקור). ראה גם: ע"פ 45/57 היוז'ט נ' מזריס, פד"י י"א 1218; ע"פ 230/56 חיים נזרר ודב"ר נ' היוז'ט, פד"י י"א 750.

152 ראה הסתייגותו של השופט ברנזון מצנזורה אמנותית באבידן נ' גרי, ה"ש 148 לעיל. ופנייתו למחוקק להתערב בענין זה, שם, עמ' 770-771.

153 לגישה אחרת כלפי המועצה לביקורת סרטים ומחזות, המתירה התערבות שיפוטית בשיקוליה, ראה בג"צ 351/72 עמ"ס קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י כ"ו (2) 811, וראה להלן עמ' 418-419.

גישת בית-המשפט בנושא אלתגר אף היא חמורה וראויה לביקורת. מה משמעותה של הזכות לחופש הביטוי ומה משמעותה של הקביעה הקטגורית, כי במדינה דמוקרטית חשוב לאפשר לאופוזיציה להתבטא בסגנונה היא (ראה לעיל, ביטוי הנופל לתוך המעגל הפנימי), אם לאחר שהשמיע את דבריו צפוי הדובר למכה בקנה מידה של אבדן מקור פרנסתו? כיצד זה נעודד מערכת בחירות תקיפה ומשוחררת, אם אנשים יחששו מפני מעשי התנקמות אישיים בעתיד, אשר אין עליהם כל פיקוח שיפוטי? מעשה הפיטורין של אלתגר חייב היה לקבל יתר תשומת-לב מבית-המשפט העליון. בית-המשפט חייב היה לשקול את התוצאות העלולות לנבוע מן העובדה, שאין תרופה משפטית לפיטורין כאלה, לבדוק אם לא היו בידי ראש העיריה אמצעים אחרים לתיקון העוול שנעשה, ולשרטט כללים ברורים לשאלה אימתי יוכל נבחר ציבור לפטר עובדים שהתמודדו אתו על משרתו במערכת בחירות דמוקרטית.

המעגל החיצוני יוצר מעין שטח הפקר, שבו לא יזכה העקרון של חופש הביטוי לפקוח או הגנה של בתי-המשפט. קשה למצוא מכנה משותף, המאפיין את כל פסקי-הדין שנפלו למגזר זה. יתכן, כי רק הגישה שאין מקום להתערבות שיפוטית, היא שמאחדת ביניהם. לנו נראה, כי מעגל חיצוני זה, ראוי שיצומצם על-ידי בתי-המשפט. כל ביטוי זכאי לבחינה ושקילה אחראית ומאוזנת. העניינים הנופלים היום למעגל החיצוני, יש להכניסם לתוך המעגל של מקרי הגבול, ואף עליהם להחיל מבחנים רציונליים ומדויקים, התוחמים בכובד ראש ובצורה מצפונית את הגבולות בין ביטוי מוגן לבין ביטוי שאין לו הגנה על-פי כל דין.

2.2. מעגל הביניים: קבוצת מקרי הגבול והמבחנים להגבלה על חופש הביטוי שהוחלו עליהם

בין המעגל הפנימי, של ביטוי המוגן בצורה החלטית וחד-משמעית, לבין המעגל החיצוני של ביטוי שלא זכה להגנה כלל, מצוי מעגל מקרי הגבול: אותם מקרים אשר לגביהם נתקבלה החלטה בדבר גבולות ההגנה הקונסטיטוציונית בצורה מודעת. קול העם הניח את התשתית לגישה המאפיינת מעגל זה. שם היה המבחן להגבלה על חופש הביטוי מבחן הוודאות הקרובה. מבחן הנטייה הרעה והסכנה הברורה והמיידית נדחו על-ידי בית-המשפט, ואילו מבחן איוון האינטרסים אדי-הוק לא זכה לדיון מפורש ונדחה במשתמע.

נעבור לסקור את המבחנים שהחיל בית-המשפט העליון לאחר קול העם. לשם כך, נדון בנפרד בכל אחד מארבעת המבחנים המרכזיים להגבלה על חופש הביטוי: מבחן הנטייה הרעה; מבחן איוון האינטרסים; מבחן הסכנה הברורה והמיידית ומבחן הוודאות הקרובה.

מבחן הנטייה הרעה¹⁵⁴:

ההחלטיות שבה דחת השופט אגרנט את מבחן הנטייה הרעה, בשל הסתירה שבינו לבין הליכים דמוקרטיים תקינים, זכתה להדים בפסיקה מאוחרת. הן השופט לנדוי באולפני

154 להגדרת המבחן וביקורת ראה לעיל, עמ' 395-398 וה"ש 70 לעיל.

הפרטה נ' לוי גרי והן השופט זוסמן בדיכונצ'יק נ' היוה"מ, מדגישים את סלידתה של מערכת המשפט הישראלית מפני מבחן זה.¹⁵⁵

במשתמע, נדחה מבחן הנטייה הרעה גם בכרדוש נ' רשם החברות.¹⁵⁶ שם סירב רשם החברות לאשר רישום חברה שמטרתה "עיסוק בכל עבודות דפוס, פרסום, תרגום, עתונות, יבוא ספרים ודברי דפוס אחרים".¹⁵⁷ ההנמקה לסירוב הושתתה על מרכיב הסיביות האמצעית שבמבחן הנטייה הרעה: "המשיב וחבריו עלולים להשתמש לרעה בסמכויות שיהיו מוקנות לחברה מכוח תזכיר ההתאגדות הנ"ל, במובן זה שינצלו את החברה לשם הפצת דעות שיש בהן משום סכנה לבטחון המדינה".¹⁵⁸ ברוב של שלושה נגד שני שופטים דחה בית-המשפט טענה זו, וצווה על רשם החברות לרשום את החברה בפנקס החברות.¹⁵⁹

אולם, מן הסלידה המשתמעת מפסקי-הדין המצוטטים כאן אין להסיק, כי מבחן הנטייה הרעה נמחק מן המפה המשפטית של ישראל. כבר עמדנו על כך, שמבחן הנטייה הרעה מעוגן בסעיף 60 לפקודת החוק הפלילי.¹⁶⁰ לכאורה, צריך היה קיומו של סעיף 60 בצוותא עם קול העם, ליצור כצב בו לא יופעל מבחן הנטייה הרעה אלא במקרים בהם אין ברירה והסעיף עצמו הופעל, בתביעה פלילית, על-ידי הממשלה.¹⁶¹ אך לא זו המציאות של הפסיקה הישראלית. מבחן הנטייה הרעה הופעל על-ידי בית-המשפט העליון לאחר קול העם בשני פסקי-דין חשובים: גיריים נ' הממונה על מחוז חיפה (להלן – גיריים) וירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית.¹⁶² (להלן – ירדור).

155 בג"צ 243/62 אולפני הפרטה נ' לוי גרי, פד"י ט"ז 2407, בעמ' 2418; ע"פ 126/62 דיכונצ'יק נ' היוה"מ, פד"י י"ז 169, בעמ' 180.

156 בג"צ 241/60, פד"י ט"ז 1151; ד"ב 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פד"י ט"ז 1209.

157 בג"צ 241/60, שם, בעמ' 1154.

158 שם, בעמ' 1157.

159 ד"ב 16/61, ה"ש 155 לעיל. לדעת השופטים זוסמן ווייתקון כל עוד מטרת החברה היא חוקית, אין מקום לפסלה, שם, בעמ' 1220, 1232. לדעת השופט אגרנט מוטל הפיקוח על ביטוי העלול לפגוע בבטחון המדינה על רשויות אחרות ולא על רשם החברות, ולכן היו שיקוליו בענין זה פסולים, בג"צ 241/60, עמ' 1168 וד"ב 16/61, עמ' 1232. השופטים אולשן וכהן סברו, ששיקול הדעת של רשם החברות הוא מוחלט, ואין מקום להתערבות שיפוטית.

160 לעיל עמ' 397–398.

161 ראה לעיל, ה"ש 86–88.

162 בג"צ 253/64 גיריים נ' הממונה על מחוז חיפה, פד"י י"ח (4) 673; ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות, פד"י י"ט (3) 365. בית-המשפט גסה להפעיל את מבחן הנטייה הרעה גם בפרשו את סעיף 131 לפ.ח.פ., הדן בהוצאה מכוונת של שם רע על שופט במילוי הפקידו. בע"פ 49/58 חירותי נ' היוה"מ, פד"י י"ב 1541, אומר השופט אגרנט: "לית מאן דפליג שאדם המפרסם ברבים כרוז בעל תוכן הכלול במוצג ת/7, חוקה עליו שהתכוון להביא לידי ביטוי מנגנון המשפט" (ההדגשה שלנו), בעמ' 1545. בכרוז נאמר: "השופט פרץ... נכנע והסכים להכין פסקי-דין המזכה את קסטנר... בניגוד לכל חוק...". מרכיב הכוונה הקונסטרוקטיבית של מבחן הנטייה הרעה הופעל גם בע"פ 364/73 זיידמן נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ח (2) 620. שם הורשע אדם על-פי סעיף 131, לאחר שכתב מכתב "מעליב" לשופטת במשפט שהיה צד לו. אומר השופט ברנזון: "ההוכחה לכאורה על הכוונה נמצאת במלים עצמן במובנן הרגיל, ועל הנאשם לכתור הנחה זו". אך השווה שטרנהל נ' היוה"מ, עמ' 384–385 לעיל.

בגיריים, עמדה לדיון זכותו של אזרח ישראל, בן למיעוט הערבי, להתאגד. מטרת האגודה, שנתכנתה בשם "תנועת אל-ארד", היתה בין השאר, למצוא "פתרון צודק לבעייה הפלשתינאית — תוך ראייתה כיחידה בלתי ניתנת לחלוקה — בהתאם לרצונו של העם הערבי הפלשתינאי". הממונה על מחוז חיפה החליט, כי הקמת האגודה אסורה על-פי סעיף 3 לחוק האגודות העותומניות (1909) ¹⁶³. חופש הביטוי כרוך בקשר הדוק עם הזכות להתאגד. ההתאגדות היא שלב, בו מתלכדים מספר אנשים לליבון וקידום רעיון מסוים, והיא עדות למעבר שבין הגיבוש האינדיבידואלי של הרעיון לגיבושו החברתי. לפיכך יש לראות את הזכות להתאגד כחלק מן הזכות לחופש הביטוי. מובן, ששעה שהתאגדות מסוימת פותחת בפעילות שהיא מעבר לביטוי גרידא (מעבר לשיחה, ליבון והפצת רעיון), והופכת לפעולה ממש, היא כפופה, כמו הפרט, למגבלות שמציב החוק הפלילי. אך כל עוד לא הגיעה לידי ביצוע פעולה פלילית (לרבות קשר לביצוע פעולה כזו, עליו חלים דיני הקשר), חל עליה העקרון של חופש הביטוי. במקרה גיריים, כמו במקרה ברדרש ¹⁶⁴, החיל הממונה על המחוז את מבחן הנטייה הרעה. הקשר שבין הקמת האגודה וחתימתה למציאת פתרון לבעייה הפלשתינאית לבין פגיעה בקיומה הפיסי של מדינת ישראל, לא היה ברור וישיר אלא אמצעי ומשוער ¹⁶⁵. הכוונה לתרוג מתחומי הביטוי הוכחשה על-ידי המתאגדים והוסקה ממילותיו של תקנון ההתאגדות. בית-המשפט העליון השאיר על כנה את החלטת הממונה על המחוז, כשהוא מאמץ את מבחן הנטייה הרעה. אמר השופט ויתקון:

"מטרה זו שוללת שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה היום בפרט... וטבעי הדבר שהדוגלים במטרות האגודה מתעלמים מקיום המדינה ומזכויות העם היהודי היושב בה... תוכנית זו, מי פתי יאמין שהיא ניתנת להגשמה בדרכי שלום ושכנוע ושאינן משמעותה פעולות מחתרת ואיבה בסופה..." ¹⁶⁶ (ההדגשה שלנו).

אמרנו כבר לעיל, כי מבחן הנטייה הרעה מורכב משניים: קשר עקיף ואמצעי בין הביטוי לסכנה וכוונה קונסטרוקטיבית. כאן הוחלו שני מרכיבים אלה בצורה בולטת ובלתי מתפשרת. הקשר בין הסכנה שבאיום על קיומה הפיסי של ישראל, לבין חיפוש אחר מציאת פתרון צודק לבעייה הפלשתינאית היה אמצעי ועקיף. השופטים חזו, שאגודה מעין זו תפתח בפעולות אלימות בעתיד. הכוונה לפעול בניגוד לחוק הישראלי הוסקה מן הנסיבות כ"דבר טבעי". האיסור על קיום האגודה לא הסתמך על סמני פעילות אלימה, או על ראיות בדבר כוונה לפעול בצורה בלתי חוקית, אלא על השערות וציפיות חסרות בסיס עובדתי מוצק — ובכך תמציתו של מבחן הנטייה הרעה.

¹⁶³ סעיף 3 אומר: "אסורות בקיום האגודות הנוסדות על בסיס בלתי חוקי, המתנגדות לחוק ולמוסר, או שמטרתן לפגוע בסדר הציבורי או בשלמות הארץ או לשנות את אופן הרכבת הממשלה הקיימת או להשפיע על התבדלות מדינית בין הגזעים השונים אשר במדינה".

¹⁶⁴ ה"ש 156 לעיל.

¹⁶⁵ הראיות עליהן הסתמך היה"מ היו שידורים ממדינות ערב (אשר עליהם לא היתה לעותר כל שליטה), וחומר סודי שלא הובא בפני ביהמ"ש, ה"ש 162 לעיל, עמ' 675.

¹⁶⁶ שם, בעמ' 677. גישתו של השופט לנדוי דמתה לגישת השופט ויתקון, ואילו השופט ברנזון הסכים עם עמיתיו.

בשנייה, הוחל מבחן הנטייה הרעה בפסקי-הדין ירדור, שם נפסלה רשימת הסוציאליסטים מלהשתתף בבחירות לכנסת השישית מן הטעם, ש"רשימת מועמדים זו היא בלתי חוקית, היות ויוזמיה שוללים את שלימותה של מדינת ישראל ואת עצם קיומה"¹⁶⁷. שוב, היתה בכך משום פגיעה בשתי מטרות יסוד של חופש הביטוי: ליבון כל רעיון בשוק הרעיונות ומתן הזדמנות לכל רעיון לזכות בתמיכת האוכלוסיה בבחירות פתוחות ושיוויוניות. פסקי-הדין ירדור הוא בעצם המשכו של גיריים והסתמך על ה"עובדה" שנקבעה שם, כי מטרותיה של אגודת אל-אדד היו בלתי חוקיות¹⁶⁸. השופטים אגרנט וזוסמן, שהסכימו עם הלכת גיריים ואימצו אותה בירדור (השופט ח' כהן הסתייג בדעת מיעוט¹⁶⁹), לא טרחו לחקור את שאלת קיומו של קשר ישיר בין מטרותיה של הרשימה הסוציאליסטית לבין פגיעה בקיומה של מדינת ישראל. תחת זאת, הסתפקו השופטים בציטוט ההחלטה בגיריים, בהדגשת החשיבות שבקיומה של מדינת ישראל ובסכנה של התפתחות תנועות מחתרתי. שוב — הגישה כאן היתה הגישה הקלסית של מבחן הנטייה הרעה: חיסול הניצנים באיבם או השמדת הנחש בעודו בקליפת הביצה¹⁷⁰.

השאלה הנשאלת היא, כיצד יש לפרש את פסקי-הדין בענין גיריים וירדור. האם יש לראות בהם רגרסיה בהתפתחות הדוקטרינלית של חופש הביטוי בישראל, או שניתן לפרשם כסימנים להעדר תפישה מגובשת בנושא חופש הביטוי במשפט הישראלי. אם היתה כאן רגרסיה בתפישה הדוקטרינלית, הרי שרגרסיה זו לא היתה עקבית. בצד פסקי-הדין האלה אנו מוצאים פסיקה שהעניקה הגנה גרחת וחד-משמעית לחופש הביטוי בחברה הישראלית¹⁷¹. יתכן, שעדיף לבדוק את משמעותם של גיריים וירדור על-ידי בדיקת תוכן הביטוי שנפסל בשניהם. בשני המקרים היה מדובר במציאת פתרון לבעייה הפלשתינאית ובהגנה על האינטרסים של העם הפלשתינאי. רעיון זה, גם היום יש רבים בתוכנו הרואים בו איום ישיר על קיומנו ועל ריבונותנו הפוליטית. אולם, בין תגובה אינסטינקטיבית שוללת לבין איסור משפטי, המבוסס על הנמקה רציונלית, רב המרחק. דווקא במקריהם של גיריים וירדור היה צריך בית-המשפט להפעיל את המבחן המורכב והרציונלי, שבנה השופט אגרנט בקול העם. בית המשפט התעלם ממבחן זה, והפגין הזדהות רגשית ובלתי רציונלית עם הגישה השוללת ביטוי פוליטי מסוג זה. לדעתנו, ראוי לראות בפסקי-דין אלה עדות לכך, שההסבר התיאורטי לחשיבותו של חופש הביטוי טרם חלחל לעומקה של שיטת המשפט הישראלית. לזו היו רעיונותיו של השופט אגרנט בדבר הצורך ב"עקרון רציונלי" ו"נוסחה פרציונית" מעוגנים היטב בתפישה המשפטית של בית-המשפט העליון, ספק אם היינו רואים את מבחן הנטייה הרעה במתכונתו הקלסית מוחל בישראל של 1965. גישה מגובשת לעקרון של חופש הביטוי, יש בה הבחנה ברורה בין ביטוי לבין פעולה המפרה את החוק, עירנות לצורך בקשר סיבתי בין השניים ושליטה רציונלית בנטייה האינסטינקטיבית

167 ה"ש 162 לעיל, עמ' 369.

168 שם, עמ' 385, וכן ה"ש 165 לעיל.

169 והפעיל את מבחן הסכנה הברורה והמיידית, שם, בעמ' 381.

170 ז' צ"פ, ה"ש 31, בעמ' 23.

171 ראה תיאור "המעגל הפנימי", לעיל.

על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון

לשלול ביטוי הפוגע בציפור נפשנו. אולם, על מנת לגבש תפישה כזו, ולהביאה לידי בשלות, יש צורך בליבון וחיזוק העקרון של חופש הביטוי ומקומו בחברה פתוחה ודמוקרטית. ייתכן, שהימנעותו של בית-המשפט הישראלי, מאז קול העם, להתעמק התעמקות אינטלקטואלית בשאלות של חופש הביטוי, היא שתרמה להשתלטות נטיית הלב הטבעית ברגע בו עמד בית-המשפט בפני ביטוי שתוכנו קיצוני ו"אחר"¹⁷².

מבחן איוון האינטרסים¹⁷³

משמעותו של מבחן איוון האינטרסים היא, שבכל מקרה מאזן בית-המשפט את האינטרס הפרטי והחברתי בשמירה על חופש הביטוי כנגד האינטרס החברתי, המסתתר מאחורי ההסדר הבא להגביל ביטוי. כזכור, הוצג מבחן זה בצורה מקיפה וברורה בפסק-הדין דנים על-ידי השופט פרנקפורטר. מאז דנים נשתכלל מבחן איוון האינטרסים, ובתי-המשפט החלו להבחין בין איוון אינטרסים אדי-הוק לבין איוון אינטרסים עקרוני ומבוקר. איוון אינטרסים אדי-הוק פירושו איוון ללא הנחיות, כללים וסטנדרטים, שאותו עושה השופט במקרה הספציפי אשר לפניו. איוון עקרוני ומבוקר משמעותו איוון, המתיימר להשען על כללים וסטנדרטים, ואשר בסופו מציג בית-המשפט נוסחה ספציפית, המשמשת אותו לא רק במקרה אשר לפניו, אלא גם למקרים אשר יתעוררו בעתיד.

מן העובדה שהשופט אגרנט העדיף את מבחן הוודאות הקרובה של דנים ניתן להסיק, לפחות במשתמע, כי הוא לא ראה במבחן האיוון מבחן מתאים להגבלה על חופש הביטוי במשפט הישראלי¹⁷⁴. מאז עשה בית-המשפט העליון שימוש במבחן זה, אם בגרסתו כאיוון אדי-הוק ואם בגרסתו כאיוון מבוקר, למרות שברוב המקרים לא הוצג המבחן בנוסחה של איוון אינטרסים.

בענין דיסנציק נ' היועץ המשפטי עמדו לדיון גבולות ההגנה על ביטוי המתייחס ישירות למשפט תלוי ועומד (סוב יודיצה)¹⁷⁵. השופט זוסמן, שחיפש אחר מבחן מתאים, שקל את מבחן הסכנה הברורה והמיידיית ודחה אותו מן הטעם, שאינו מתאים להתנגשות הערכים שלפניו¹⁷⁶. במקום מבחן זה העמיד השופט זוסמן את מבחן ה"כמות המספקת": בבואו להגביל ביטוי הנוגע למשפט תלוי ועומד, יאמוד בית-המשפט את כמות ההשפעה שיש לביטוי על הליכי המשפט. אם יש לביטוי "כמות מספקת" של השפעה על המשפט — ניתן להגבילו על-פי חוק¹⁷⁷.

מה בין מבחן זה לבין מבחן הסכנה הברורה והמיידיית? לדעת השופט זוסמן נעוץ ההבדל באיכות הקשר הסיבתי שבין הביטוי לסכנה החברתית הנשקפת ממנו. בעוד שמבחן הסכנה הברורה והמיידיית ומבחן הוודאות הקרובה דורשים קשר סיבתי ישיר

172 "אחר" במובן "דבר אחר", ראה מילון אבן-שושן.

173 לתיאור המבחן ראה ה"ש 73 לעיל.

174 ראה לעיל עמ' 394–395.

175 ע"פ 126/62, פד"י י"ז 169. שם נדונה כתבה ב"מעריב", שרמזה על מעורבותו של נאשם במעשה רצח, למרות שטען "לא מודה" עם פתיחת משפטו.

176 שם, בעמ' 177.

177 שם, בעמ' 180.

וברור, הרי שמבחן הכמות המספקת מעמיד דרישה רכה יותר, של קשר אפשרי אך לא ודאי ונראה לעין, קשר של כמות מספקת בלבד.¹⁷⁸ לכאורה, אין סמיכות בין מבחן זה לבין מבחן איוון האינטרסים, והוא דומה יותר באופייו למבחן הוודאות הקרובה; אך ההסבר התיאורטי, בו משתמש השופט זוסמן להצדקת הצורך לבחור במבחן אחר, משיקף גישה של איוון אינטרסים:

"ואולם, עשיית צדק אינה נופלת בחשיבותה מחופש הביטוי, וכמו שכבר נתבאר, דיון משפטי הוגן מחייב התעלמות מן המחשבות המתהלכות ברחוב. לא על-פי התחרות בשוק הדעות נקבעות העובדות בבית המשפט, אלא על פי הראיות שהובאו לפני השופט בהתאם לדיני הראיות. כאשר רעיון הסחר החופשי במחשבות גופו אינו תופס לגבי נוסא העומד לדיון במשפט, על שום מה נכבד את זכות הדיון החופשי עד לגבול הסכנה המיידית והברורה?"¹⁷⁹

כאן מעמיד השופט זוסמן את האינטרס של חופש הביטוי כנגד האינטרס של משפט הוגן וצודק, ומסקנתו היא, שבעימות כזה אין מקום למבחן המדגיש את הקשר הסיבתי בין הביטוי לסכנה. עם זאת, ראוי לציין, כי מבחנו של השופט זוסמן אינו מבחן של איוון אדרהוק פשטני, המתעלם מן הייחוד שבאינטרס של חופש הביטוי בחברה פתוחה. הדרישה לכמות מספקת של השפעה מורה על התחשבות בערך העליון של האינטרס של חופש הביטוי, והנכונות להגבילו רק שעה שברורה התקפותו של האינטרס העומד מולו.¹⁸⁰

בית-המשפט העליון אף הסכים, שמבחן איוון האינטרסים כנוסחה ברורה, מתאים לשימוש של היועץ המשפטי לממשלה בבואו להכריע, אם יופעל החוק הפלילי על ביטוי. בענין ונגאר נ' היוה"מ, התלונן אדם, כי שופט בית-המשפט העליון ח' כהן עבר עבירה על סעיף 49(ב) לפקודת החוק הפלילי בכך שאמר באסיפה ציבורית, כי "עקרונות גזעניים נאציים הפכו, בגלל כלל תלמודי עתיק, לחוק מדינת ישראל"¹⁸¹. היועץ המשפטי טען, כי הפעיל את מבחן איוון האינטרסים על עובדות המקרה, וכך הגיע למסקנה, כי אין מקום לתביעה פלילית.¹⁸² בית-המשפט דחה את העתירה מן הטעם, שאין כאן מקום להתערבות, אך אגב כך סמך את ידו על שיקוליו של היועץ המשפטי ובעקיפין אף על הנוסחה של איוון האינטרסים שאימץ היועץ המשפטי.

ההבחנה בין איוון אינטרסים אדרהוק, שהוא פשטני ואינו מייחס חשיבות חברתית מיוחדת לעקרון של חופש הביטוי, לבין איוון אינטרסים מבוקר, המנסה להשתמש במרכיבים רציונליים בהליך האיוון, בולטת בשני פסקי-דין שעשו שימוש במבחן איוון האינטרסים בתקופה האחרונה. בענין עמ"ס קינן נ' המועצה לביקורת פרטים

178 שם, בעמ' 181.

179 שם, בעמ' 180.

180 כמובן ראוי לציון ההתחשבות במטרות, שלשמן נשמר העקרון של חופש הביטוי (כגון שמירה על שוק הרעיונות), והשיקול אם הגבלת הביטוי במקרה זה עשויה לסכל את המטרות האלה.

181 בג"צ 4/64, פד"י י"ח 29.

182 שם, בעמ' 31.

ומחזות¹⁸³ עמדה לדיון סמכותה של המועצה לפסול מחזה אשר יש בו, לדעתה, משום פגיעה ברגשות דתיים. בפסקי-הדין דן עומר נ' מדינת ישראל¹⁸⁴ עמדה לדיון שאלת ההגדרה של "חומר תועבה". בשני פסקי-הדין אין התייחסות למבחנים קודמים בנושא של ההגבלה על חופש הביטוי. בענין עמוס קינן מציג השופט לנדוי את הליך איוון האינטרסים כך:

"אכן, לכל הרעות, אחת המטרות של התיאטרון היא מתיחת ביקורת על תופעות חברתיות שליליות, ודרך הסתירה היא דרך מוכרת לכך. אבל על-פי-הדין במדינת ישראל גם מחזאי אינו פטור מן החובה שלא לפגוע ברגשותיו הדתיים של הציבור. חובה זו נובעת במישרין מחובת הסובלנות ההדדית בין אזרחים חפשים בעלי אמונות שונות, שבלעדיה לא תתכן כזם חברה דמוקרטית מגוונת כשלנו. כה חשובה חובה זו, שאף עקרון היסוד של חופש הבעת הדעה חייב לסגת בפניה"¹⁸⁵.

כאן הופעל מבחן איוון האינטרסים אדי-הוק, בצורתו הפשטנית. אין פה התחשבות בייחודו וחשיבותו של האינטרס של חופש הביטוי, אלא שקילת האינטרס הזה כנגד האינטרס שבכבוד רגשות דתיים והעדפה חד-משמעית של האחרון. ראוי לציין, שבעוד שהשופט מני הסכים הסכמה גמורה עם גישתו של השופט לנדוי, הסתייג ממנה השופט עציוני. גם השופט עציוני הגיע למסקנה, כי יש לאסור על הצגת המחזות, אך הוא הוהיר את בית-המשפט ואת המועצה מפני "פטרנליזם מוסרי", ומפני ראיית "דעותיהם הקטניות של אנשים הנמנים על מיעוט קיצוני כאמת המידה לפגיעה ברגשות דתיים"¹⁸⁶. גישתו של השופט עציוני נראית יותר מאוזנת וסקולה מגישתו של השופט לנדוי, המכריעה את הכף לטובת אינטרס אחד, בלא שתקדיש תשומת לב מיוחדת להליך האיוון ומרכיביו.

לעומת גישתו בעמס קינן, הציג השופט לנדוי גישה של איוון אינטרסים מבוקר ושקול בדן עומר. שם עמדה לדיון השאלה, אם ספרו של דן עומר "הדרך" הוא בבחינת "חומר תועבה", שפרסומו אסור עפ"י סעיף 179(א) לפקודת החוק הפלילי. השופט לנדוי מציג את מבחן איוון האינטרסים, אך מדגיש את חשיבותו היתרה של העקרון של חופש הביטוי, חשיבות המכתיבה זהירות יתר בהגבלתו:

"את קו הגבול בין מותר ואסור על בית המשפט לקבוע בכל מקרה על פי שיקולו, בהתאם להשקפות נאורות הרווחות בחברה של ימינו, בזכרו שכל הגבלה של חופש ההתבטאות ריח של צנזורה נודף ממנה, ובמקרי גבול, הנסייה תהיה אפוא להתיר ולא לאסור"¹⁸⁷ (ההדגשה שלנו).

לאור הנחייה זו הוא ממשיך וקובע את המרכיבים, שקיומם יוציא חומר החשוד שהוא

183 בג"צ 351/72, פד"י כ"ו (2) 811. להצגת ההבחנה בין איוון אינטרסים אדי-הוק לבין איוון אינטרסים מבוקר, ראה ה"ש 73 לעיל.

184 ע"פ 459/69, פד"י כ"ד (1) 408.

185 ה"ש 183 לעיל, בעמ' 814.

186 שם, בעמ' 816-817.

187 ה"ש 184 לעיל, בעמ' 411.

חומר תועבה מתחולת ההגנה על חופש הביטוי: המבחן הבסיסי הוא "אם יש לחומר מגמה להשחית את הרוח ואת המוסר של אלה שאל ידיהם הוא עלול להגיע". אך למבחן זה שני סייגים, המגבילים ומצמצמים את תחולתו: (1) ההשפעה אינה צריכה להיות על אלה הפגיעים במיוחד (כגון בני נוער) אלא על האדם הסביר. (2) צריך שתוכן הפרסום יהא כזה, שאין בו כל ערך חברתי פורה. גישה זו, בין שנסכים לתוכנה הספציפי, ובין שנחלוק עליו, משקפת איזון אינטרסים, השונה מן האיזון אד-הוק והנראה עדיף עליו. כאן אין שקילה סתמית של אינטרס אחד כנגד השני, אלא הכרה בחשיבותו של חופש הביטוי כאינטרס חברתי עליון, ותחימה זהירה ומבוקרת של האיזורים שבהם יצטרך אינטרס זה לסגת בפני אינטרסים חברתיים אחרים. השופט אינו מאזן בצורה שאיננה ניתנת לביקורת או לצפיה מראש, אלא בצורה שקולה ומתוחמת, המאפשרת ביקורת וודאות משפטית.

זאת ועוד, הנוסחה שמשתמש בה השופט במקרה דן עומר יש בה וודאות לגבי העתיד. הן המפרסמים והן התביעה יודעים מה ינחה את בית-המשפט בבואו לפסוק דין. נוסחת עומר קינה אינה מגלה לצדדים מה יהיו סיכולי בית-המשפט מעבר לשקילה הפשטנית של שני האינטרסים זה כנגד זה.

מבחן הסכנה הברורה והמיידית¹⁸⁸

מאז דחת השופט אגרנט את מבחן הסכנה הברורה והמיידית בקול העם, הוזכר המבחן פעמיים בפסיקה הישראלית. בפסק-הדין דיכנצ'יק נ' היה"מ דן השופט זוסמן במבחן זה ודחה אותו לטובת מבחן הכמות המספקת¹⁸⁹. בפסק-דין ירדור נ' יר"ר ועדת הבחירות המרכזית החיל השופט ח' כהן, בדעת מיעוט, את מבחן הסכנה הברורה והמיידית במתכונתו המקורית, והגיע למסקנה, כי אין הרשימה הסוציאליסטית מהווה סכנה ברורה ומיידית לבטחון המדינה, ולכן אין לפסלה¹⁹⁰. מעניין לציין, כי בשתי הפעמים התייחסו השופטים אל מבחן הסכנה הברורה והמיידית כאילו הוא היה המבחן שהוחל בקול העם. תופעה זו מתזקת את הסברה, כי ההבדל בין מבחן הסכנה הברורה והמיידית לבין מבחן הוודאות הקרובה אינו גדול, וכי למעשה מוטב לראותם כגוססות שונות של מבחן אחד¹⁹¹.

מבחן הוודאות הקרובה¹⁹²

גם מבחן הוודאות הקרובה הוחל פעמיים במשפט הישראלי. באולפני הסרטה נ' לוי גרי¹⁹³ נדונה סמכותה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות לצנזר יומן קולנוע המכיל

188 לתיאור המבחן, ראה, ה"ש 71 לעיל.

189 לעיל, עמ' 417.

190 לעיל, עמ' 416.

191 ראה Emerson, *The System of Freedom of Expression*, *Supra* n. 11, pp. 113–116.

וכן ה"ש 75 לעיל.

192 לתיאור המבחן, ראה לעיל, ה"ש 75.

193 כג"צ 243/62, פד"י ט"ז 2407.

על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון

ידיעות פנים. השופט לגדוי החיל את מבחן הוודאות הקרובה והגיע למסקנה, כי אין לפסול את היומן. בענין היה"מ נ' המועצה לביקורת פרטים ומחזות, ירושלים ותיאטרון זומא, תל-אביב 1991 גדון הצורך לצנזר את המחזה "זעקת השתיקה". במחזה היו מאפיינים רבים, שהזכירו את המשפט הפלילי, שהתנהל נגד השופט א' מלחי באותה עת. בית-המשפט החליט פה אחד לאסור את העלאת המחזה, אגב החלת מבחן הוודאות הקרובה.¹⁹⁴

VI. סיכום

במאמר זה ניתחנו את תוכנו והיקף תחולתו של העקרון של חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון. ראינו כי העקרון הופעל על-ידי בית-המשפט מאז קום המדינה, אך לביסוס תיאורטי מעמיק ורחב זכה רק בהלכת קול העם שניתנה ב-1953. עוד ראינו, כי קול העם היה ועדיין מהווה פסק-הדין המרכזי בסוגיה של חופש הביטוי. שם נעשה הנסיון המקיף והמעמיק ביותר להבין את הדינמיקה של העקרון בחברה פתוחה ודמו-קרטית ולשרטט את תחומי חלולתו כך, שלא ירוקן מתוכו לטובת אינטרסים חברתיים אחרים.

במחציתו השנייה של המאמר ניסינו לחקור את התפתחות הפסיקה בבית-המשפט העליון לאחר קול העם. ראינו כי את מגוון פסקי-הדין בנושא זה ניתן לחלק לשתי קבוצות עיקריות. המכנה המשותף לקבוצה הראשונה הוא העדר התייחסות לעקרון של חופש הביטוי. בקבוצה השנייה ניכרה התייחסות לעקרון זה. הבחנו בשלושה מעגלים: מעגל פנימי של ביטוי שזכה להגנה החלטית וחד-משמעית; מעגל חיצוני של ביטוי שלא זכה לכל הגנה ומעגל של קבוצת מקרי הגבול. הראינו כי על קבוצת מקרי הגבול הוחלה קשת של מבחנים: ממבחן הנטייה הרעה ועד מבחן איוון האי-נ-טרסים ומבחן הוודאות הקרובה. קשה לראות קו אחד באופן החלת המבחנים, אם מבחינת סוג המקרה ותוכן הביטוי, ואם מבחינת גישתו של השופט האינדיבידואלי. ראינו כי שופט אחד יכול להחיל מבחנים שונים במקרים שונים, בלא שיסביר מדוע העדיף מבחן אחד על-פני השני.

את גישת בית-המשפט העליון לעקרון של חופש הביטוי ניתן לבקר בשני מישורים: (1) התופעה של העדר התייחסות לעקרון של חופש הביטוי תמונה. דווקא בשל המודעות הגבוהה שהופגנה בקול העם ניתן היה לצפות, שלא בנקל יסיר בית-המשפט הגנה שיפוטית מאדם, שזכותו לחופש הביטוי נפגעה. התוצאה של העדר התייחסות לעקרון של חופש הביטוי היא מתן רשיון לרשויות השונות לעשות בעקרון זה ככל העולה על רוחן. תוצאה זו צורמת, והשפעתה החינוכית שלילית. במישור זה ראוי שבית-המשפט יחדד את חושי, ולא יניח למקרים מסוג זה להמוק מתחת דינו.

(2) בקבוצת המקרים, שבהם היתה התייחסות לעקרון של חופש הביטוי, ראוייה קודם כל לציון התופעה של המעגל הפנימי, בו קיבל העקרון הגנה החלטית וחד-משמעית. כאמור, עובדת קיומו של מעגל זה עדיין אינה מוכחת ובטוחה, אך הסימנים המעידים

194 בג"צ 381/66, פד"י כ' (4) 75.

195 שם, בעמ' 761.

על קיום ספירה של ביטוי, שבו אין לפגוע, מחזקים את מעמדו של העקרון במשפטנו וראויים לעידוד.

שני המעגלים הנותרים מעוררים סימני שאלה רבים. המעגל החיצוני, של ביטוי אשר במודע לא זכה להגנה שיפוטית, הוא הבעייתי שבין השניים. ראשית, אין זה ברור מתי משתייך ביטוי למעגל זה ומתי הוא נופל למעגלים האחרים. שנית, בשיטת משפט המכירה בחשיבותו של חופש הביטוי אין מקום למעגל חיצוני כפי שאין מקום לתופעה של העדר התייחסות לחלותו של העקרון. ראוי היה, שגם מקרים אלה ייחשבו כמקרי גבול, ויוחל עליהם מבחן רציונלי וברור, התוחם את גבולותיו של העקרון במשפטנו.

במעגל מקרי הגבול מדאיגה במיוחד החלתו של מבחן הנטייה הרעה. קיומו של המבחן מטיל צל על ההישגים הברורים בנושא חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון. בנוסף לכך, קשה לאמר שניתן לנתח באופן רציונלי ואמין את הסיבות להחלת מבחן זה ולא אחר במקרים השונים. במגזר זה ראוי היה, שבית-המשפט יקדיש יתר תשומת לב לשאלה: איזהו המבחן הרצוי לשרטוט גבולותיו של העקרון של חופש הביטוי, ומדוע יש להחיל מבחן מסוים ולא אחר בנסיבות המקרה שלפניו.

השאלה, איזהו המבחן הרצוי להחלה על העקרון של חופש הביטוי, סבוכה מאוד וראויה למאמר נפרד. במסגרת זו נציין, כי לנו נראה, שהמרכיב החשוב ביותר בהליך עיצוב המבחן הרצוי הוא הקשר הסיבתי שבין הביטוי אותו מבקשים לפסול לבין הנזק שמפניו חוששים. מרכיב זה קבוע איתן בהלכת קול העם. השאלה היא מה צריכה להיות איכותו של קשר סיבתי זה, מה צריך להיות טווח הקירבה בין הביטוי לבין הנזק המשוער, בטרם יורשה דיכוי של ביטוי. כאמור, שאלה זו מצריכה דיון נפרד.