

קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי

בעקבות בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817

מאת

אריאל בנדור * ומיכל טמיר **

למרות החינניות של קונבנציות השיטת המשפט יש בהן גם סכנה. שימוש מכני או פשטני בקונבנציות משפטיות, תוך הפיכתן לקלישאות, עלול להוביל להחטאת המטרות הפוליטיות והחברתיות המבוקשות, ואף לפגיעה ביושרה של המשפט – שאותה נועד השימוש בקונבנציות לקדם. הקלישאות אינה נובעת מעצם השימוש בכללים משפטיים נפוצים, אלא מהחלת קונבנציות מהותיות זהות במצבים השונים זה מזה או בנסיבות שבהן הקונבנציות אינן רלבנטיות, תוך טשטוש ניואנסים חשובים. הכרעה בבעיות שונות על פי תבניות מושגיות וניתוחיות אחידות פוגעת בעקיבות ובקוהרנטיות של הדין, ועלולה להוביל לטעויות – גם בדרך הגיתוח המשפטי וגם בהכרעה. המטרה המרכזית של רשימה זו היא להציג ולהדגים טענות אלה.

כפסק הדין שבמוקד הדיון דחה בית המשפט העליון ברוכ דעות עתירה למנוע שידור קטע ממחזה טלוויזיה מטעמים של לשון הרע ופגיעה בכבוד האדם וברגשות הציבור. נקבע, כי הדיון מצוי במסגרת המשפט הציבורי, שעליו חולש מבחן הוודאות הקרובה – ולפי מבחן זה לא התקיימה ודאות קרובה לכך שהשידור יגרום פגיעה קשה באינטרס הציבורי.

המתברר מבקרים את הדיכטומיה שנעשתה בפסק הדין בין משפט ציבורי למשפט פרטי ואת החלתן של הקונבנציות המקובלות בשיטת המשפט על חופש הביטוי. השימוש במבחן הוודאות הקרובה והניסיון ליישם את פסקת ההגבלה לא תאמו את המקרה הגדון, שכן מבחנים אלה מותאמים להתנגשות בין זכות פרטית לאינטרס ציבורי. מאחר שקטע המחזה שנדון לא התיימר לשקף את האמת, גם הדגש שניתן לתרומת חופש הביטוי לחשיפת האמת היה בעייתי.

עמדת המוצא של דעת המיעוט, שלא ערכה דיכטומיה מלאכותית בין ענפים שונים של המשפט ולא שללה על הסף "מגיעה מוקדמת" של ביטויים אסורים, נראית למחברים עדיפה. עם זאת, לטענתם, היבטים חשובים בפסק הדין של המיעוט לא נומקו במידה שדי בה כדי לבסס את מסקנותיו.

* פרופסור חבר ודיקן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** תלמידה לתואר דוקטור ועוזרת הוראה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתנו לשולמית אלמוג ולליאור כרשק על עזרתם, ולמשתתפי הסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ולמערכת משפטים על הערות חשובות.

לדעת המתברים הכרעת הרוב הייתה נכונה; עם זאת, ראוי היה לבסס אותה על הדינים החולשים על סוגיית ההתנגשות בין כבוד האדם והזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי – ובמרכזם דיני איסור לשון הרע.

א. פתח דבר. ב. העובדות ופסק הדין. ג. בין משפט ציבורי למשפט פרטי. ד. עבירה פלילית, חופש הביטוי ומתחם הסבירות. 1. כללי; 2. הפריסה של מתחם הסבירות על עבירות פליליות; 3. התחולה של חופש הביטוי על עבירות פליליות; 4. הבחנה בין אמצעים שונים המגבילים את חופש הביטוי; (א) כללי; (ב) שיקולים של חופש הביטוי כמשפיעים על אכיפת הדין; (ג) דוקטרינת המניעה המוקדמת; 5 מתחם הסבירות באיזון בין זכויות אדם מתנגשות; ה. מבחנים לפגיעה בחופש הביטוי. 1. כללי; 2. ודאות קרובה; 3. פסקת ההגבלה; 4. חוק איסור לשון הרע; ו. סוף דבר.

א. פתח דבר

1. השגת שיטתיות, הרמוניה וקוהרנטיות היא תכלית מרכזית של מחוקקים ופרשנים משפטיים, הנדרשת ליושרה (integrity) של המשפט.¹ אחד האמצעים החשובים לכך הוא יצירת קונבנציות. לענייננו, קונבנציה משפטית היא המשמעות הפרדיגמטית המיוחסת למונח.² משמעות פרדיגמטית זו אינה כוללת רק הגדרה של מונח, אלא אגד של סיווגים, קטגוריות, עקרונות וכללים. השימוש בקונבנציות מקדם את ודאות הדין, את הקומוניקטיביות שלו ואת שוויוניות החלתו. כך, למשל, הקונבנציה "זכות הקניין" כוללת, בהקשר של משפט אזרחי, זיקה בלתי-אמצעית לנכס, הכוללת זכויות עקיבה ועדיפות³ וכן אגד של עקרונות וכללים המתייחסים למאפיינים אלה. לעומת זאת, בהקשר של משפט חוקתי זכות הקניין היא רחבה יותר וכוללת ככל הנראה גם זכויות אובליגטוריות מסוימות, כלומר: זכויות כלפי בני אדם או תאגידים ספציפיים, ובתוכם המדינה ורשויותיה.⁴ הקונבנציה "עובד", שבה קשור חלק ניכר של דיני העבודה, היא של אדם המשתלב בפעילות הרגילה של מפעל ושאינו עסק עצמאי משל עצמו.⁵ לעתים נעשות רפורמות משפטיות באמצעות שינוי קונבנציה או אפילו באמצעות שינוי הגדרה שהיא חלק מקונבנציה. כך היה, למשל, לעניין "עובד" בדג"ץ סרוסי נ' בית הדין הארצי

1. השו" (1986) 225-275 *Law's Empire*, Ronald Dworkin.
2. H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," 71 *Harv. L. Rev.* 593, 606-615 (1958); H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 124-136 (2d ed., 1994).
3. ראו יהושע ויסמן, דיני קניין – חלק כללי 48-50 (תשנ"ג).
4. ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל מושב שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 328 (הנשיא לשעבר מאיר שמגר), 431 (הנשיא אהרן ברק); יהושע ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", הפרקליט מב 258, 270-266 (תשנ"ה).
5. ראו, לדוגמה, בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628, 646 ו-650.

לעבודה.⁶ קונבנציות משפטיות תורמות לכך שמקרים דומים יידונו ויוכרעו בצורה דומה, בלא שרירותיות או מקריות, ואף לאפשרות לצפות את ההכרעה ולוודאות המשפטיות. כל אלה דרושים לשם הלגיטימיות של ההליך המשפטי ואף מעצם התפיסה של שלטון החוק. למרות החיוניות של קונבנציות לשיטת המשפט יש בהן גם סכנה. שימוש מכני או פשטני בקונבנציה משפטית עלול להוביל להחטאת המטרות הפוליטיות והחברתיות המבוקשות,⁷ ואף לפגיעה ביושרה של המשפט, שאותה נועד השימוש בקונבנציות לקדם.

2. דוגמה מובהקת בישראל לקונבנציה משפטית במובן האמור היא דיני זכויות היסוד החוקתיות בכלל, ודיני חופש הביטוי במיוחד. במהלך שהוביל השופט אהרן ברק במשך שני העשורים האחרונים הושרשה בשיח המשפטי הישראלי רטוריקה בדבר מעמדה הנישא של זכויות היסוד של פרטים, איוונים בינן לבין אינטרסים ציבוריים המתנגשים בהן ועריכת איוונים אלה באמצעות מבחנים הסתברותיים, שהדומיננטי ביניהם – במיוחד בהקשר של חופש הביטוי – הוא מבחן הוודאות הקרובה.⁸ בשנים האחרונות נוסף לשיח זה גם אוכור של חוקי היסוד על זכויות האדם, ובמיוחד של "פסקת ההגבלה", שבין השאר קובעת כי אין לפגוע בזכות אלא בחוק, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הגדרש (באופן "מידתי"). ברטוריקה זאת ובשורת שגרות הלשון⁹ – הקלישאות החוקתיות – שצמחו ממנה נעשה שימוש לא רק בהקשרים שבהם דברי החקיקה הרלבנטיים לא הסדירו כלל – או הסדירו באופן עמום או חלקי – את האינטרסים הנדונים ואת דרך הקצאתם, אלא אף במקרים שבהם התקיים דין חרות "צפוף" שחלש על הסוגיה הנדונה.

כך, למשל, אפילו בפרשו את עבירת ההסתה לגזענות, שהיא חלק מהסדר מפורט בן שישה סעיפים, נטה הנשיא ברק לדעה (אם כי לא נדרש להכריע בעניין) כי לא זו בלבד ש"דבר" שפרסומו אסור צריך להוות מבחינה אובייקטיבית אמירה בעלת תוכן גזעני – דרישה שהאפשרות לעגנה בלשון הסעיף מסופקת – אלא שצריכה להתקיים ודאות קרובה שהאמירה אכן תגרום לגזענות.¹⁰ לדרישה אחרונה זו אין יסוד בלשון הסעיף, ועל

6 דנג"ץ 4601/95, פ"ד (נב) 817, במיוחד 841–844 (פסק הדין של השופט דליה דורנר).

7 השוו שם, בעמ' 825–827 (בפסק הדין של הנשיא ברק).

8 אמנם מקורו של מבחן הוודאות הקרובה הוא בפסק הדין של השופט שמעון אגרנט בבג"ץ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד (2) 871; אולם במשך שנים רבות המבחן היה מוטל כמעט כאבן שאין לה הופכין, והשימוש הרווח בו יוסד במידה רבה על ידי השופט ברק. השוו אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל ב 1009 (מהדורה חמישית, תשנ"ז). יצוין גם כי בבג"ץ קול העם עצמו נעשה במבחן הוודאות הקרובה שימוש לצורך פירוש מילה מסוימת ("likely" – עלול) בחוק, ולא דווקא כמבחן פרדיגמטי לקביעת הגבולות של חופש הביטוי לכל דבר ועניין.

9 השוו רועי עמית, "העמדות של (ה)קאנון", עיוני משפט כא 81, 88–94 (תשנ"ה).

10 ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד (נ) 221. השופט יעקב טירקל הסכים עם הנשיא

פני הדברים היא מנוגדת לאמור בו.¹¹ בדומה לכך, גם בפרשו את עבירת ההמרדה קבע ברק – ועמדתו זכתה לרוב בדיון נוסף¹² – כי נדרשת הסתברות ברמה של אפשרות סבירה או ודאות קרובה¹³ לכך שביטוי בעל תוכן ממריד אכן יעורר מדנים ואיבה בקרב האוכלוסייה. כך, למרות שמבחן המבוסס על הערכה מקשה על ביסוס ממצא אובייקטיבי כנדרש במשפטים פליליים, ועל כל פנים קשה מאוד להוכיח את התקיימותו (לרבות יסוד נפשי של מחשבה פלילית) ברמת ההוכחה הנדרשת, שהיא, כידוע, "מעל כל ספק סביר".¹⁴

3. בפסק הדין נושא רשימה זו¹⁵ שב בית המשפט העליון – בדעת רוב מפי הנשיא ברק – ונוקק לקונבנציה המסורתית האמורה של חופש הביטוי. בית המשפט דחה עתירה

ברק. ראו שם, בעמ' 332. ראו גם דברי הנשיא ברק ברע"א 7793/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 67, שנטה לדעה כי פסילת מפלגה לרישום מותנית בקיום הסתברות לפגיעה בערכי היסוד של המדינה.

11 בסעיף שנדון בפסק הדין – סעיף 144 לחוק העונשין, תשל"ז–1977, שכתרתו "איסור פרסום הסתה לגזענות" – נכתב:

(א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים.

(ב) לעניין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות ואם היה בו אמת או לא.

לביקורת על גישתו של הנשיא ברק בהקשר ההחלטה של מבחן הוודאות הקרובה ראו מרדכי קרמניצר, "פרשת אלבה: 'בירור' הלכות הסתה לגזענות", משפטים ל 105, 106–109 (תשנ"ט).

12 ראו דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נ(5) 145. בעמדה זאת תמכו ארבעה מתוך שבעת השופטים שהשתתפו במושב. אמנם, המשנה לנשיא שלמה לוין, שנמנה עם שופטי הרוב בעניין זה, ציין כי אינו רואה צורך לחוות את דעתו "אם סעיף 133 לחוק העונשין ... כולל בתוכו יסוד הסתברות" (שם, בעמ' 184), אולם ההוראה המרכזית שנדונה בפסק הדין הייתה סעיף 134(ג) לחוק העונשין, שלגביה התחייבה הכרעה – שהמשנה לנשיא לוין היה שותף לה – בשאלת כלילתו של מבחן הסתברותי ביסודות העבירה.

13 השאלה של מידת ההסתברות הנדרשת – אפשרות סבירה בלבד או ודאות קרובה – תלויה בפרשנות של הערך המוגן על ידי העבירה. בעוד ששופטים שפירשו ערך זה בהרחבה נטו לעמוד על קיום ודאות קרובה לפגיעה בו, הרי ששופטים שפירשו את הערך המוגן באופן מצמצם יותר נטו לסבור כי די באפשרות סבירה. ראו דנ"פ כהנא, שם, בעמ' 183–184, סעיף 2 לפסק הדין של הנשיא ברק.

14 ראו שם, פסק הדין של השופטת דורנר, בעמ' 188. לאחרונה קבעה הכנסת בזק העונשין (תיקון מס' 66), התשס"ב–2002, עבירה של "הסתה לאלימות או לטרור". העבירה הוספה בסעיף 2144 לחוק העונשין, שבו נקבע בסעיף-קטן (א): "המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות או טרור, או דברי שבת, אהדה או עידוד למעשה אלימות או טרור, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה – פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור, דינו – מאסר חמש שנים". הכללה של מבחן הסתברותי, של "אפשרות ממשית", כנסיבה בעבירה פלילית, ראויה לביקורת. הקביעה כי ממשות האפשרות תימדד "על פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם" אינה פותרת את הקושי וייתכן שהיא אף מתמירה אותו.

15 בג"ץ 6126/94 סגש נ' רשות השידור, פ"ד נ(3) 817.

למנוע שידור קטע ממחזה טלוויזיה בשל היותו לשון הרע ובשל פגיעתו בכבוד האדם וברגשות הציבור, משום שלא נמצא שקיימת ודאות קרובה לכך שהשידור יגרום לפגיעה קשה באינטרס הציבורי. אגב כך דחה הרוב את הצעת העותרים להחיל על העניין את דיני איסור לשון הרע הקבועים בחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965. נפסק, כי על הדיון בבג"ץ להתקיים במסגרת המשפט הציבורי, שעליו חולש מבחן הוודאות הקרובה.

4. ברשימה זו נטען, כי השתתת פסק הדין על הדיכוסומיה הבעייתית בין משפט ציבורי למשפט פרטי עלולה להוביל להכשרת פעולה אסורה או להטלת איסור על פעולה מותרת. כך, משום שבחשבוך כולל הדין הוא אחד. האפשרות שאותו שידור עצמו אסור לפי המשפט הפרטי, ומותר או אף מחויב לפי המשפט הציבורי, מתקשה להתקבל על הדעת. ביסוס פסק הדין על הבחנה זו הוא בעייתי במיוחד במקרה זה, שבו הפגיעה הנטענת נעשתה על ידי רשות ציבורית, שלגביה נוהגת דואליות נורמטיבית גם בהקשרים מובהקים של "משפט פרטי" – ולא כל שכן כאשר נטענת פגיעה בזכויות האדם. זאת ועוד: לשון הרע, שנטען כי יש בשידור, אינה עוולה אזרחית בלבד אלא גם מעשה פלילי. המשפט הפלילי הוא ענף מענפי המשפט הציבורי, וקשה לקבל מצב שבו המשפט הציבורי מכשיר מעשה פלילי של רשות ציבורית.

לדעתנו, לא היה מקום להחיל על המקרה שנדון בפסק הדין שגרות לשון המקובלות בשיח המשפטי על חופש הביטוי, ובמרכזן "הוודאות הקרובה". על הפרק עמדה התנגשות בין שתי זכויות אדם: חופש ביטוי מצד אחד וכבוד האדם – ובתוכו הזכות לשם טוב – מצד שני. לכל אחת מזכויות אלה היה בנסיבות המקרה גם ערך ציבורי. ממילא, לא התעוררה כאן התנגשות מובהקת בין זכות פרטית לבין אינטרס ציבורי, שבה מיועד להכריע מבחן הוודאות הקרובה. הוא הדין לעניין היזקקותו של בית המשפט לפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאף היא מותאמת, ביסודה, למקרים של פגיעה בזכות למען הגשמת תכלית ציבורית. על כל פנים, בנסיבות המקרה היה השיקול של כבוד האדם בעל מאפיינים פרטיים רבים לא פחות מחופש הביטוי. על כן, ספק אם היה מקום לבחון אם דווקא הפגיעה בחופש הביטוי – ולא בכבוד האדם – היא שעמדה בדרישות פסקת ההגבלה.

קלישאות חוקתיות נוספות שבהן נעשה שימוש בהנמקת פסק הדין – אף זאת באופן שעליו יש מקום לביקורת – נוגעות לטעמים שביסוד חופש הביטוי. בפסק הדין הטעים בית המשפט את תרומת חופש הביטוי לחשיפת האמת. זאת, על אף שלא הייתה מחלוקת על כך שקטע המחזה שנדון לא שיקף ואף לא התיימר לשקף את האמת. גם הדיון בגבולות הכיסוי של חופש הביטוי, תוך ציון שחופש הביטוי חל גם על שקרים, שיקף שגרת לשון שספק אם הייתה במקומה בהקשר שנדון. זאת, משום שככל שביטוי שקרי פוגע בשם הטוב לא מוקנית חירות לפרסמו, והוא הדין בהחלת הכללים השגרתיים החלים על ביטויים הפוגעים ברגשות הציבור כאשר מונח על הפרק ביטוי שנטען כי הוא לשון הרע.

עמדת המוצא של השופט בעל דעת המיעוט, מישאל חשין, שדן בשאלת חוקיותו של הביטוי הנדון מבלי לערוך דיכוטומיה מלאכותית בין ענפים שונים של המשפט, נראית לנו עדיפה על פני גישת הרוב. נראית לנו גם עמדתו שלא שללה על הסף "מניעה מוקדמת" של ביטויים אסורים. עם זאת, דומה כי פסק הדין של השופט חשין, למרות אורכו¹⁶ והפתוס שבו הוא רווי, הותיר היבטים חשובים, שעמדו ביסוד מסקנתו בזכות קבלת העתירה, לא מנומקים די הצורך. פסק הדין התבסס על הנחות שאפשר לחלוק עליהן (כגון היותו של הביטוי לשון הרע); כמו כן, מסקנתו – שזכויות העותרים לשם טוב גוברות על זכויות המשיבים לחופש הביטוי "בנקל"¹⁷ – נותרה בלתי-מוסברת. אכן, נראה לנו שהכרעת הרוב הייתה נכונה. עם זאת, ראוי היה לדון במקרה מבלי להיתפס לקונבנציות, לקלישאות ולשגרות הלשון שעמדו במוקד פסיקת הרוב, ולבסס את ההחלטה על הדינים החולשים על סוגיית ההתנגשות בין כבוד האדם והזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי – ובמרכזם דיני לשון הרע. בפנינו עומד איפוא פסק-דין מפורט בסוגיה חוקתית חשובה, שבו לא נדונו – לא בדעת הרוב ולא בדעת המיעוט – שאלות מהותיות. יש מקום לביקורת על ביסוס של פסיקה בסוגיות כאלה על קלישאות ושגרות לשון – מצד אחד, ועל רטוריקה נרגשת בלא נימוקים מספיקים להכרעה – מצד שני.

5. ודוק: הקלישאות שאנו מוצאים בפסק-דין זה, כמו בפסק-דין מסוימים אחרים בשדה חופש הביטוי, אינה נובעת מעצם השימוש במטבעות-לשון, באמרות או אף בכללים משפטיים נפוצים. הקושי אינו בשימוש במטאפורות "ספרותיות" דומות, אלא בהחלת קונבנציות מהותיות זהות במצבים השונים זה מזה או בנסיבות שבהן הקונבנציות אינן רלבנטיות, תוך טשטוש גיואנסים חשובים. שימוש כזה אינו מבטא עקיבות או קוהרנטיות, אלא ההיפך. דווקא טשטוש של הבחנות חיוניות, תוך הכרעה בבעיות שונות על פי תבניות מושגיות וניתוחיות אחידות, פוגע בעקיבות ובקוהרנטיות של הדין.¹⁸ כך, כפי שיפורט בהמשך, החלתו של אותו מבחן משפטי על כל המקרים – לרבות לצרכים שאינם תואמים את התכליות שלשמן נוצר או מבלי להתחשב בשאלה אם קיימים דברי חקיקה רלבנטיים בתוכנם או בתכליותיהם – גוררת הכרעות זהות בשאלות שונות. בכך אין קוהרנטיות אמיתית, אלא דווקא מידה של שרירות. הוא הדין בשימוש קבוע וכוללני באותם טיעונים, נימוקים או שיקולים, אף כאשר אלה אינם נוגעים לנושא הנדון, ולעתים אף אינם מתיישרים עם העובדות שבהן מתבקשת הכרעה. קלישאות זאת, שעליה אנו מבקשים להצביע, עלולה להוביל לטעויות בדרך הניתוח

16 פסק הדין של השופט חשין משתרע על פני 25 עמודים.

17 בג"ץ סגש, הערה 15 לעיל, בעמ' 872, סעיף 37 לפסק הדין של השופט חשין.

18 לחשיבות של קוהרנטיות במשפט ראו אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטני 235–237 (תשמ"ז). למהות ולתפקידים של קוהרנטיות במשפט ראו אלון הראל, "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט", עיוני משפט יח 387 (תשנ"ד).

המשפטי, ועקב כך לא פעם גם לטעויות בהכרעה. אמנם, לעתים התבנית האחידה מובילה לניתוח ולתוצאה ראויים: גם שערן עומד מראה את השעה הנכונה פעמיים ביממה. טענתנו היא כי המקור לחלק מהקשיים המצויים לדעתנו בנימוקי דעת הרוב הוא באימתן משקל לניואנסים מהותיים של הבעיות המסוימות שנדונו. אימתן משקל כזה אינו מייחד את פסק הדין הספציפי הנדון, אלא מובנה בתבנית הניתוח שננקטה ומתבקש ממנה. ברשימה זו, בצד הביקורת הקשורה בפרשה שנדונה בפסק הדין, אנו מבקשים להפנות את תשומת הלב לקשיים הנגררים מעצם השימוש ב"קלישאות" כאלה, קשיים שביטויים אינו מוגבל לפרשה זאת.

ב. העובדות ופסק הדין

6. מחזה הטלוויזיה "משפט קסטנר" התמקד במשפט הפלילי שנערך בעניין היועץ המשפטי לממשלת ישראל ג' גרינוולד.¹⁹ המחזה, מסוג "דוקודרמה", נכתב על ידי מוטי לרנר והופק על ידי רשות השידור. דוקודרמה היא סוגה אמנותית המערבת מציאות ובדיון, ומשתמשת בדמויות ובאירועים מציאותיים כבסיס ליצירה האמנותית. בתחילת כל אחד משלושת פרקי המחזה הופיעה על המסך הודעה כי אין לראות בסרט שחזור תיעודי, אלא דרמה תיעודית המחויבת לערכים אמנותיים. המחזאי אף פרסם "התנצלות המחבר", שבה הבהיר כי המחזה הוא דרמה בדיונית, הכתובה אמנם בהשראת אירועים שאכן התרחשו, אך מציגה אותם, בשל שיקולים אמנותיים, תוך סטיות אלה ואחרות מהדברים כפי שהיו לאמיתם. לאחר הקרנת הפרק האחרון שודר דיון, שבמסגרתו ניתנה זכות תגובה לאלה שלא היו מרוצים מהיצירה.

באחד מפרקי המחזה מתפרץ ישראל קסטנר לעדותה של קתרינה סנש, אמה של חנה סנש. הוא אומר שחנה סנש נשברה בחקירת העיגולים שעברה לאחר שנתפסה על ידי הגסטאפו הנאצי, וכי הסגירה שניים מחבריה. קתרינה סנש מכחישה טענה זו מיד. אחיה של חנה סנש, שני בניו וסגן יושב ראש יד ושם, ובעקבותיהם שתי עותרות ציבוריות, ביקשו מרשות השידור כי תימנע משידור קטע זה. הם טענו שקסטנר לא אמר במשפטו את הדברים האמורים, וכי דברים אלה שקריים לגופם, משום שחנה סנש עמדה בגבורה בחקירתה ולא הסגירה את חבריה. לטענתם, שידור הדברים יפגע קשות בכבודה של חנה סנש, שאין בכוחה להגן עליו, וכן ברגשותיהם של אלפי ניצולי שואה וילידי הארץ, ויגפץ את דמות המופת של חנה סנש. משסירבה רשות השידור להיענות לבקשה עתרו המבקשים לבג"ץ, וביקשו כי יצווה על רשות השידור להשמיט את הקטע האמור מהפרק.

העתירה נדחתה כיום הדיון ברוב דעות של הנשיא אהרן ברק והשופט אליהו מצא, וכנגד דעתו החולקת של השופט מישאל חשין. עם זאת, השופטים ציינו כי שלושתם

19 ת"פ (י-ם) 124/53, פ"מ מד 3.

"סבורים כי הוצאת הקטע השנוי במחלוקת לא היתה פוגעת ברצף של הטקסט".²⁰ בפועל, למרות דחיית העתירה ובעקבות הערת השופטים, שודר הפרק בלא קטע זה. הגימוקים המפורטים של פסק הדין ניתנו כעבור שנים אחדות.

7. הנשיא ברק, בדעת הרוב, הטעים, כאמור, את ההבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי. לשיטתו, אין צורך להכריע במסגרת העתירות שהוגשו לבג"ץ אם הקטע שנדון מהווה לשון הרע אסורה כמשמעותה בחוק איסור לשון הרע, שכן העתירות הנדונות הוגשו במסגרת המשפט הציבורי ומטעמים של האינטרס הציבורי בלבד. לשון הרע, לעומת זאת, היא עילת תביעה מתחום המשפט הפרטי, ועל כן הוא לא נדרש ל"בעיות [ה]מיוחדות" ול"קשיים [ה]מיוחדים" שדוקודרמה עשויה לעורר במסגרת דיני איסור לשון הרע.²¹

לדעת הרוב, במסגרת המשפט הציבורי הפרשה מעוררת התנגשות בין שיקולים שונים: מצד אחד עומדים חירות הביטוי והיצירה של המחזאי ושל רשות השידור וענייניו של הציבור לצפות במחזה, ומצד שני מצויים אינטרס הציבור בשמירה על כבודה של חנה סנש ועל שמה הטוב (להבדילו מזכותה ומזכות קרוביה לכך), בשמירת האמת ההיסטורית, בכיבוד ערכים לאומיים ובמניעת פגיעה ברגשות הציבור בכלל וברגשות ניצולי השואה במיוחד. בהתנגשות זאת, כך נפסק, ידו של חופש הביטוי על העליונה. מותר לפגוע בחופש הביטוי של יצירה הפוגעת ברגשות רק כאשר הפגיעה "מזעזעת את אמות הספים של הסובלנות ההדדית".²² והנה, לדעת הנשיא, "עם כל הכאב הנגרם בשל הפגיעה בדמותה של חנה סנש, אין לומר כלל כי שידור המחזה מזעזע את אמות הספים של הסובלנות ההדדית".²³ כך – ככלל, וכך אף במיוחד בהתחשב בכך שמדובר בדוקודרמה, המבוססת על מיזוג בין אמת לבדין: "תהא זו פגיעה קשה בתרבות האנושית, אם יוצרים לא יהיו חופשיים להשתמש בדמויות היסטוריות, תוך שתיוחס להן התנהגות שאין לה בסיס היסטורי".²⁴ זאת ועוד: לדעת הנשיא ברק, החלטתה של רשות השידור לשדר את הקטע השנוי במחלוקת מצויה – גם בהתחשב במעמדה הממלכתי של הרשות – במסגרת מתחם הסבירות, ולכן אין מקום להתערב בה.²⁵

8. השופט מישאל חשין, בדעת מיעוט, התמקד בעתירתו של גיורא סנש – אחיה של חנה סנש. לדעת השופט חשין, האח הוא בעל זכות אישית לכך שרשות השידור לא תשדר

20 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 827.

21 שם, בעמ' 834–835. וראו, בהרחבה, עמ' 842–843.

22 שם, בעמ' 839.

23 שם.

24 שם, בעמ' 841.

25 שם, בעמ' 845.

מחזה הפוגע שלא כדין בשמה הטוב של אחותו המנוחה. זאת עולה מסעיף 5 לחוק איסור לשון הרע, הקובע:

לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו, דינה כדין לשון הרע על אדם חי, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה, ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה אלא אם ביקש זאת בן-זוגו של המת או אחד מילדיו, נכדיו, הוריו, אחיו או אחיותיו.

אכן, אחיה של חנה סנש לא היה זכאי לפי חוק איסור לשון הרע לסעד של צו מניעה במסגרת תובענה אזרחית, אך לדעת השופט חשין אין בכך כדי לגרוע מהאיסור המוטל על פרסום לשון הרע על חנה סנש, ומהיותו של אחיה בעל זכות בעניין זה. חוק איסור לשון הרע אינו שולל את עילתו של האח בבג"ץ, שאינה במסגרת תובענה אזרחית. לדעת השופט חשין, קטע בדוקדומה עשוי להיתפס כמייחס התנהגות זו ואחרת לגיבורים אם כך משתמע מהקשר הדברים. להבנתו, הקטע שנדון אכן ייחס לחנה סנש, ללא יסוד במציאות, הסגרה של חבריה לידי הנאצים. בכך נפגעו כבודה ושמה הטוב באופן קשה ובלא הצדקה. לשיטתו, על הדין להגן מפני פגיעות כאלה גם אם ההגנה כרוכה בפגיעה מסוימת בחופש הביטוי, וזאת בהתחשב במשקלם הכבד של כבוד האדם והזכות לשם טוב. לפיכך סבר השופט חשין שיש לקבל את העתירה ולאסור על רשות השידור לשדר את הקטע. את מסקנתו תמך השופט חשין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. וכך כתב:

גם אם אמרנו כי כבוד האדם פורש עצמו על חופש הביטוי ... יימצא לנו כי כבוד האדם של מוטי לרנר מעמיד עצמו כנגד כבוד האדם של חנה סנש. בראותנו כך, נעמוד ונשאל: מי הוא זה ואיזה הוא שיאמר כי כבודו של מוטי לרנר נעלה על כבודה של חנה סנש? אכן, כבודו של מוטי לרנר כבוד הוא - ראוי הוא לכבוד - ואולם לא נסכים בשום פנים ואופן כי כבודו ייבנה על כבודה של חנה סנש, כי כבודו ידחק את כבודה של חנה סנש, כי כבודו ימחק את כבודה של חנה סנש. ... תוצאות המערכה בין שתי הזכויות ברורות מראש: אין ענייננו בזכויות שוות-ערך זו לזו; ענייננו בזכות גדולה-מכל-גדולה הנאבקת בזכות קטנה הימנה. כבודה של חנה סנש, כבודה ושמה הטוב יגברו - ובנקל יגברו, לדעתי - על זכותו של המחזאי ועל זכותה של רשות השידור.²⁶

9. דעה זאת נותרה, כאמור, במיעוט, והעתירה נדחתה. עם זאת, לכאורה, אפשר לראות בדעות הרוב והמיעוט גם יחד אמרות אגב, שאינן הלכה פסוקה כמובנה הפורמלי. זאת, משום שכשעה שנכתבו ופורסמו הנימוקים לפסק הדין - היה זה, כאמור, שנים אחדות לאחר הדיון ומתן ההחלטה - ידעו השופטים שרשות השידור ויתרה על שידור הקטע בהתאם להמלצתם המשותפת, וממילא לא היו הנימוקים דרושים להכרעה במחלוקת בין

הצדדים. מאחר שפסק-דין מהווה תקדים מחייב רק ככל שהוא נדרש להכרעה במחלוקת אקטואלית,²⁷ נותר פסק הדין הנדון בגדר אמרת אגב. עם זאת ראוי לזכור, שהפרקטיקה בישראל היא שאין מקפידים על הבחנה בין טעם הפסק לבין אמרות אגב.²⁸ נימוקי פסק הדין – ובמיוחד נימוקי הרוב – עשויים לקבל ממד מיוחד בהתחשב בפער שביניהם לבין המלצת השופטים והתוצאה בפועל של ההתדיינות. כך, למשל, האמירה כי "הוצאת הקטע השנוי במחלוקת לא היתה פוגעת ברצף של הטקסט" מעוררת עניין לאור הנימוק של הרוב בדבר חיוניות חופש הביטוי לחשיפת האמת. המסקנה המשפטית בדבר עליונותו במקרה הנדון של חופש הביטוי על הזכות לשם טוב ראוייה לעיון בהתחשב בתוצאה שגררו הערות השופטים. כלומר: מבחינה מסוימת, אמרת האגב שבקבוצתה הושמט הקטע הייתה בגדר "רציו" לא פחות מטעם הפסק הפורמלי, שהיווה יסוד למסקנה המשפטית אך לא לתוצאה במציאות. לא מן הנמנע שהשופטים היו מודעים לתוצאה זו בעת שניסחו את נימוקי פסק הדין.

ג. בין משפט ציבורי למשפט פרטי

10. עד בג"ץ סנש, מגמה מובהקת של המשפט הישראלי – כביטוי בתחיקה ובפסיקה גם יחד – היתה ניתוח התומה המסורתית בין משפט ציבורי למשפט פרטי. מוביל מרכזי של מגמה זאת הוא אהרן ברק. לדבריו, "ההבחנה בין משפט ציבורי למשפט פרטי אינה כה חריפה. שיטת משפט אינה קונפדרציה של תחומי משפט. היא מהווה אחדות של שיטה ומשפט".²⁹ "המשפט בישראל הוא אחד, והוא חל בכל מערכות השיפוט. ... אחדות נורמטיבית והרמוניה שיפוטית מאפיינות את מערכות המשפט והשיפוט. ... שינוי הכלי

27 ראו Glanville Williams, *Learning the Law* 67-73 (11th ed., 1982). אמנם, מקובל לראות את הנימוקים כאילו ניתנו ביום שבו ניתנה ההכרעה. עם זאת, לפחות הטעם של הלכת התקדים המחייב – שעל פיו כוח התקדים נובע מהעובדה שהשופטים כתבו את הנימוקים לצורך ההכרעה ומתוך ידיעה שהם נדרשים לה – אינו חל במקרה זה. השו"ד דוד הד, "מעבר לחירות ולכבוד", משפט וממשל ג 649, 654-656 (תשנ"ו) ("כאשר אני נשאל מדוע החלטתי כפי שהחלטתי, אינני יכול להשיב במונחים היפותטיים של מה היו יכולים להיות הנימוקים להחלטה מן הסוג שביצעתי, אלא עלי לשחזר את הנימוקים שבפועל הביאו אותי להכריע כפי שהכרעתי". שם, בעמ' 655 (ההדגשות במקור)).

28 ראו חיים ה' כהן, "אוביטר ו"ל והגינות לאי"ס", משפטים לא 415, 416-417 (תשס"א). לביקורת על הימנעות בתי המשפט מהבחנה בין טעם הפסק לבין אמרות אגב ועל ריבוי של אמרות כאלה בפסיקת בית המשפט העליון ראו דות גביוון, "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים כח 21, 144-147 (תשנ"ז); עלי זלצברגר, "הסמכות המכוננת בישראל", משפט וממשל ג 679, 680-686 (תשנ"ו).

29 ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" ג' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 530.

אינו גורר אחריו שינוי בתוכן";³⁰ "התוצאה, מבחינת הדין המהותי, תהא אחת אם העניין יידון בבית המשפט המינהלי או בבית המשפט האזרחי".³¹ כך ככלל וכך במיוחד באשר לזכויות היסוד של האדם.³² זכויות אלה חלות, במידה רבה, אף בין צדדים פרטיים לבין עצמם.³³ הן בוודאי חלות כלפי רשויות ציבוריות, גם כשהן מתדיינות במסגרת הליכים אזרחיים.³⁴ הדעת נותנת שהזכות לשם טוב חלה כלפי רשויות גם ללא קשר לחוק איסור לשון הרע. והנה, בפסק דינו של השופט ברק בבג"ץ סגש ניתן מקום מרכזי לדיכוסומיה בין משפט ציבורי למשפט פרטי. טענתם העיקרית של העותרים – שעליה העתירה הייתה צפויה לקום או ליפול – הייתה, כי קטע המחזה השנוי במחלוקת היווה לשון הרע על חנה סגש, כמשמעותו בחוק איסור לשון הרע.³⁵ בטענה זאת סירב השופט ברק לדון, ולמעשה התכחש לעצם העלאתה. וכך כתב:

הפעלתם של דיני לשון הרע במקרה מעין זה עשויה להיתקל בקשיים מיוחדים. ... אין לנו צורך לדון בשאלות אלה, שכן העותרים אינם תובעים על פי דיני לשון הרע. עתירתם היא במסגרת המשפט הציבורי. מבקשים הם מרשות השידור שלא לשדר את הקטע השנוי במחלוקת, וזאת מטעמים של האינטרס הציבורי, ומטעמים אלה בלבד. ... ודוק: איננו עוסקים כאן בשאלה, אם הדין מעניק לחנה סגש – ולאחר מותה ליורשיה – זכות תביעה אזרחית על הנזק שנגרם. ... עוסקים אנו כאן בהגבלת חופש הביטוי מטעמים של אינטרס הציבור, וכחלק מהפגיעה ברגשות הציבור. ... אין לנו עניין בדיני לשון הרע; ... אין לנו עניין בצווי-מניעה בגדרי הסעד האזרחי. ... התביעה האזרחית מורכבת היא וקשה. ענייננו שלנו הוא שונה. עוסקים אנו בכבוד האדם של חנה סגש ושמה הטוב כחלק מאינטרס הציבור.³⁶

- 30 בג"ץ 3991/92 המועצה המקומית אבו סנאן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מז(3) 234, 238.
 31 בג"ץ 991/91 דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50, 63. ראו גם יצחק זמיר, "מכרזים ציבוריים בבית משפט אזרחי", משפט וממשל א 197, 206–208 (תשנ"ב).
 32 ראו בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר-שמריהו, פ"ד טז(3) 2101; בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 484–485.
 33 ראו אהרן ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (בעריכת יצחק זמיר, תשנ"ג). מאמר זה פורסם בכמה שינויים כפרק בספרו של ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 649 (תשנ"ג). ראו גם יואב דותן, "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם", משפט וממשל ב 97, 100–102 (תשנ"ד).
 34 ראו ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים נ' עדיית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189. פסק הדין המוביל נכתב על ידי השופט ברק.
 35 "לטענת העותרים, הקרנת הקטע השקרי תפגע פגיעה קשה, רצינית וחמורה בכבודה ובשמה הטוב של חנה סגש. יש באותו קטע משום לשון הרע ביוזעין, בלא שעומדת למפרסם הגנה של 'תום לב' או 'אמת דיברתי'". ראו בג"ץ סגש, הערה 15 לעיל, בעמ' 827.
 36 שם, בעמ' 835, 839, 842.

משהדף כך את טענת לשון הרע, לא התקשה השופט ברק לקבוע שהקטע הנדון לא פוגע ברגשות הציבור במידה כה קיצונית המצדיקה הטלת איסור על שידורו בדרך של "מניעה מוקדמת".

11. לכאורה, דחיית העתירה על רקע היותו של בית המשפט הגבוה לצדק "פורום לא נאות" לבירור תביעת לשון הרע הותירה לעותרים – ולפחות בפני קרובי המשפחה של חנה סנש – אופציה להגיש תביעה אזרחית או קובלנה פלילית. אלא, שבסעיף 5 לחוק איסור לשון הרע נקבע, כי בלשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו אין עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה. ממילא, דחיית העתירה סתמה את הגולל על האפשרות של משפחת סנש להביא לדיון ולהכרעה ענייניים את טענתה כי בקטע המחזה הנדון הייתה לשון הרע אסורה – והרי בסעיף 5 הנ"ל נאמר כי "לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו, דינה כדין לשון הרע על אדם חי".³⁷ יש איפוא מידה של היתממות באמירת השופט ברק כי אין צורך לדון במסגרת העתירה "בקשיים המיוחדים"³⁸ שבתביעת לשון הרע, כאשר קשיים אלה כוללים – בראש ובראשונה – העדר אפשרות לתבוע.³⁹

12. נראה, כי משמעות פסק הדין, הקובע שרשות השידור מוסמכת לשדר לשון הרע, היא כי המשפט הציבורי אינו אוסר על רשויות ציבוריות לבצע עבירות פליליות או עוולות אזרחיות. ספק אם יש הצדקה לגישה בלתי-קונסיסטנטית כזו, המפצלת את המשפט באופן האוסר פעולה ומתיר אותה בעת ובעונה אחת.⁴⁰

אמנם עשויים להיות מקרים שבהם תינתן לזכות הגנה של כלל אחריות (liability rule) בלבד, ולא של כלל קניין (property rule);⁴¹ כלומר: מותר לעוול כל זמן שהמעוולים משלמים את "מחיר" העוולה. לפי תפיסה זו, בקביעת כלל אחריות בלבד כתרופה לעוולה, מבלי לאפשר לנפגעים לקבל סעד של מניעה, אין בהכרח אי-קונסיסטנטיות. אולם, גישה כזו היא בעייתית כאשר הזכות המוגנת – ובענייננו, הזכות לשם טוב, ובמיוחד כשהתובעים הם קרובי המשפחה של נפטרת – אינה ניתנת לתחלוף סביר בפצויים כספיים (incommensurable).⁴² על כל פנים, אין זה סביר להחיל את הגישה כאשר הפגיעה בזכות מהווה גם עבירה פלילית.

37 לדיון בסעיף ראו אורי שנהר, דיני לשון הרע 162–163 (תשנ"ז).

38 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 835, סעיף 17 לפסק הדין של הנשיא ברק.

39 ראו גם הטקסט הסמוך להערה 104 להלן.

40 ראו Ariel L. Bendor, "Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means," 68 *Fordham L. Rev.* 289, 295–297 (1999).

41 לפי ההבחנה המפורסמת של קלברזי ומלמד במאמר: Guido Calabresi & A. Douglas, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral," 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972).

42 ראו Bendor, הערה 40 לעיל; כן ראו פרק ד.4(ג) להלן.

"משפט ציבורי" ו"משפט פרטי" אינם ישויות מוחשיות, בעלות קיום מחוץ לשיח המשפטיים. בחשבון כולל המשפט הוא אחד. פעולה אסורה, בין מכוח "המשפט הפרטי" ובין מכוח "המשפט הציבורי", היא פעולה אסורה במשפט. אכן, סיווג של גוף כרשות ציבורית או כגורם פרטי עשוי להשפיע על תוכן הדינים החלים עליו. פעולה המותרת לגורם פרטי עשויה להיות אסורה על רשות ציבורית ולהיפך: "לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל".⁴³ אותה חובה עצמה, כגון חובת השוויון או תום הלב, עשויה ללבוש צורות שונות על פי השאלה האם הגוף הכפוף לה הוא אדם פרטי או רשות ציבורית.⁴⁴ אך הדינים החלים על גוף נתון לגבי פעולה משפטית נתונה הם אחדות. אין מקום לפיצול שמשמעותו היא קיום בכפיפה אחת של היתר ואיסור לגבי אותה פעולה הנעשית על ידי אותו גוף.

13. כך בכלל, וכך במיוחד כאשר עומדת על הפרק טענת לשון הרע. אין לסווג את דיני איסור לשון הרע כמשפט פרטי דווקא. ראשית, פרסום לשון הרע מהווה, בצד היותו עוולה אזרחית, עבירה פלילית. מעשה אינו עבירה פלילית אלא אם הוא פוגע באינטרס ציבורי.⁴⁵ יש אף הסוברים, כי פגיעה בערך ציבורי מוגן הוא יסוד מיסודות כל עבירה, בדומה ליסוד עובדתי וליסוד נפשי.⁴⁶ דיני העונשין הם אפוא ענף מובהק מענפי המשפט הציבורי.⁴⁷ היותו של אותו מעשה בעת ובעונה אחת עבירה פלילית ועוולה אזרחית אינה גורעת מכך.⁴⁸ על כן קשה לקבל גישה שלפיה טענת העותרים בבג"ץ סנש כי הצגת הקטע נושא העתירה מהווה פרסום לשון הרע היא בתחומי המשפט הפרטי דווקא. שנית, שיקולים ציבוריים תוחמים את גבולות האיסורים הפליליים והאזרחיים גם יחד לפי חוק איסור לשון הרע. בסעיף 14 לחוק נקבע, כי "במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום עניין ציבורי". פרסום שיש בו עניין ציבורי הוא, בהקשר זה, "פירסום [ה] עשוי להביא תועלת לציבור... [בהיותו] תורם... לגיבוש דעתו בעניינים ציבוריים, ... [ו] יש בו כדי לגרום לשיפור

43 בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד כח(1) 325, 331. בג"ץ פרץ, הערה 32 לעיל, בעמ' 2215; יצחק זמיר, הסמכות המינהלית א' 50 (תשנ"ו).

44 ראו ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965), פ"ד מט(3) 196, 207.

45 ראו ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 550; ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 500.

46 ראו ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין א' 721-745 (תשמ"ד). לרעיון דומה ראו מרדכי קרמיצר, עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות 52, 55 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, תש"ם).

47 ראו חיים ה' כהן, המשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ז). בין השאר דן הפרק השמיני, שכותרתו "משפט פומבי", בדיני עונשין.

48 השוו Williams, הערה 27 לעיל, בעמ' 2-3.

אורחות חיינו.⁴⁹ שיקולים אלה הם במהותם שיקולים ציבוריים. החלת הדרישה לעניין ציבורי גם בהתדיינות אזרחיות אינה גורעת ממהותה הציבורית של הדרישה. דרישת העניין הציבורי, בהצטרפה לדרישה כי הפרסום יהיה אמת ולחלופין כי ייעשה בתום לב,⁵⁰ מגלמת את האיזון הערכי שבו חפץ המחוקק בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב: "הדרישה לאמיתות הפירסום ולקיומו של עניין ציבורי בו מבטיחה כי בפירסום טמון המשקל הסגולי הנחוץ כדי להצדיק את הפגיעה בשם הטוב".⁵¹ הצדקת הפגיעה בשם הטוב, כאשר הצדקה כזו קיימת, היא אחת בהתדיינות בבית משפט אזרחי ובהתדיינות בבג"ץ. ברוח זו ציין הנשיא ברק עצמו בפסק הדין, שכאשר דיני לשון הרע אינם תואמים את האיזון הראוי בין ערכי יסוד, "עשוי לחול שינוי בדיני לשון הרע, כדי לשקף את האיזון הראוי".⁵²

שלישית, אף בהנחה – שכאמור, – אנו מתקשים לקבל – כי דיני לשון הרע הם בתחום המשפט הפרטי בלבד, צריכה להתקיים השפעה הדדית בין דין מתחום המשפט הפרטי – ולא כל שכן חוק חרות – לבין ההלכה הפסוקה מתחום המשפט הציבורי. דיני איסור לשון הרע הפרטיים הם למצער בתחום דומה לדיני חופש הביטוי הפוגע בשם הטוב מתחום המשפט הציבורי. כידוע, פרשנותם של דינים מושפעת ככלל מדינים בתחומים קרובים (*in pari materia*).⁵³ הדבר נדרש לצורך שמירה על הרמוניה וקוהרנטיות בשיטת המשפט. ואכן, כאשר בית המשפט העליון דן בבקשה אזרחית מובהקת למתן צו מניעה זמני כנגד פרסום שנטען כי היה לשון הרע, הוא פסק בה – במידה רבה, ואף מעבר לנדרש⁵⁴ – על פי כללים ששאב מדיני חופש הביטוי מתחום המשפט הציבורי.⁵⁵ כשם

49 ע"א 439/88 רשם מאגרי מידע נ' ונטורה, פ"ד מח(3) 808, 826. ראו גם זאב סגל, "הזכות לפרטיות אל מול הזכות לדעת", עיוני משפט ט 175, 196 (תשמ"ד).

50 ראו חוק איסור לשון הרע, סעיפים 14 ו-15 רישא. ראו גם סעיף 15(4), הקובע הגנה לפירסום שהיה "הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד שיפוטי, רשמי או ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לענין ציבורי, או על אפיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות", ובלבד שנעשה בתום לב. לקשר בין אמיתות ביטוי לבין העניין הציבורי בפרסומו ראו דברי השופט אור בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 46. כן ראו דברי השופט חשין, שם, בעמ' 92. אמנם השופט חשין היה במיעוט, אך חילוקי הדעות בין השופטים לא נסבו על דבריו האמורים.

51 דברי השופט תאודור אור בדנ"א קראוס, הערה 50 לעיל, בעמ' 33.

52 בג"ץ סגש, הערה 15 לעיל, בעמ' 835, סעיף 16 לפסק הדין של הנשיא ברק.

53 ראו, למשל, רע"א 4932/97 אסרף נ' המגן חברה לביטוח, פ"ד גג(5) 129, 140–141; ע"א 31/87 חרמש נ' ברעם, פ"ד מג(1) 672, 677; ע"ב 1/88 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 191.

54 ראו אריאל בנדור, "חופש לשון הרע", משפטים כ 561 (תשנ"א). ראו גם משה קשת, "חובת הגילוי וסייגיה: ההיבטים הדינאמיים בפרשת 'הגביר'", עיוני משפט טז 181 (תשנ"א).

55 ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840. ראו גם ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל נ' חוצאת עיתון "הארץ", פ"ד לב(3) 337. אמנם הגישה המהותית בשני פסקי-דין אלה הייתה שונה, אך השיח בשניהם היה של משפט ציבורי.

שלגיטימי - וכעיקרון אף מחויב - להתחשב בתובנות "ציבוריות" אודות חופש הביטוי גם בהליכים אזרחיים, כך גם ראוי שלא להתעלם מדינים רלבנטיים מהמשפט הפרטי גם בהליכים בבג"ץ.

רביעית, על רשויות ציבוריות הפועלות בהקשרים שלהם היבטים של משפט פרטי ומשפט ציבורי גם יחד חלה "דואליות נורמטיבית".⁵⁶ דואליות זו, החלה בהתדיינות "פרטיות",⁵⁷ היא רלבנטית באותה מידה גם בהתדיינות "ציבוריות". כך, למשל, בתחום המכרזים, שנדון במשך שנים בבג"ץ, הוחלו בצד דינים ציבוריים גם דינים מתחום המשפט הפרטי.⁵⁸ כך גם ענייני תכנון ובנייה, הנדונים בעיקרם בבתי המשפט לעניינים מנהליים, ובצד כללים של משפט מנהלי מוחלים עליהם גם דינים מתחום המשפט הפרטי כגון דיני קניין.⁵⁹ ממילא, גם בהתדיינות בבג"ץ, שבה מתעוררת טענה בדבר פגיעה בזכות לפי חוק איסור לשון הרע, מתבקשת החלה של דואליות נורמטיבית.⁶⁰ טענה זו ראויה להישמע, והשיקולים שמקורם בחוק למצער יימנו במניין השיקולים שבהם יתחשב בית המשפט.

חמישית, במקרה הנדון עמדה על הפרק התנגשות בין שתי זכויות חוקתיות - חופש הביטוי והזכות לשם טוב. והנה, האחרונה אינה זכות מתחום המשפט הפרטי בלבד. הזכות לשם טוב, הנגזרת גם מהזכות לכבוד האדם⁶¹ הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁶² היא זכות חוקתית מובהקת לא פחות מחופש הביטוי. אמנם בית המשפט הזכיר את

56 ראו דפנה ברק-ארו, "משפט ציבורי ומשפט פרטי - תחומי גבול והשפעות גומלין", משפט וממשל ה' 95, 95-107 (תש"ס).

57 ראו דפנה ברק-ארו, "אחריות אזרחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית", משפט וממשל א' 275 (תשנ"ג); גבריאלה שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 17-23 (תש"ס); דותן, הערה 33 לעיל, בעמ' 102-107.

58 ראו, למשל, בג"ץ 295/83 דר נ' ועדת המכרזים של עיריית קריית ביאליק, פ"ד לח(2) 85; בג"ץ 582/78 ויתובי נ' עיריית חולון, פ"ד לג(3) 243, 250.

59 ראו, למשל, בג"ץ 4306/93 חלפון נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה תל-אביב, פ"ד מז(4) 37; בג"ץ 1921/94 סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשיה מחוז ירושלים, פ"ד מח(4) 237, 248. להחלה של הנטל להקטנת הנזק ראו גם ע"א 1188/92 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, 477-478.

60 ראו אהרן ברק, "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה", משפטים כז 223, 223-248 (תשנ"ז).

61 ראו ע"א אבנרי, הערה 55 לעיל, דברי השופט ברק בעמ' 856-857; חיים ה' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט - ספר היובל (תשנ"ד) 9, 32. השופט חשין, בבג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 866 אף ציין, כי "הכול יסכימו כי כבוד האדם פורש עצמו על שמו הטוב של האדם. הגם שלכבוד האדם יש בנים אחדים, הנה שמו הטוב של אדם - שמה נאמר: שמו של אדם, באשר שמו הוא - הינו בנו-בכורו". אפשר להניח כי דבריו אלה של השופט חשין בעיקרם לא היו בדעת מיעוט. ראו גם דברי השופט חשין בדנ"א קראוס, הערה 50 לעיל, בעמ' 74-75.

62 ראו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 2 ו-4.

האפשרות כי הביטוי שנדרון פגע בשמה הטוב של חנה סנש, אך הוא גם קבע כי "את התרופה על הפגיעה בכבודה של חנה סנש יש לחפש... במשפט הפרטי".⁶³ קשה למצוא הצדקה לקביעה שעל פיה יש לחפש תרופה להפרה של זכות חוקתית מובהקת על ידי רשות ציבורית במשפט הפרטי דווקא, וקשה להבחין בהקשר זה בין חופש הביטוי לבין הזכות לכבוד (ובתוכה, כאמור, הזכות לשם טוב).
אומנם, בפסק הדין ציין השופט ברק:

ההבחנה בין האיוון במשפט הציבורי לבין האיוון במשפט הפרטי אינה חדה ומוחלטת. ... עם זאת, גם אין מדובר בזהות מוחלטת. ... בענייננו הן האיוון האופקי הקובע את היקף הזכות לחופש הביטוי ולחופש היצירה בהתנגשותה עם כבוד האדם (כחלק מהאינטרס הציבורי) והן האיוון האנכי הקובע אם מותר לפגוע בחופש הביטוי ובחופש היצירה לשם הגנה על כבוד האדם, נעשים בגדר המשפט הציבורי. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם אינטרס הציבור – במובנו הרחב והעשיר – מצדיק פגיעה בחופש הביטוי ובחופש היצירה. תשובתי על שאלה זו היא בשלילה.⁶⁴

אולם, דברים לקוניים אלה אינם מהווים מענה מספק לבעיות שהעלינו. בין היתר הם אינם מבהירים את סיווגה של שאלת חופש הביטוי הפוגע בשם הטוב, כהסדרתה בחוק איסור לשון הרע, כשאלה של משפט פרטי דווקא, ואף לא את פשר האפשרות להחיל על אותו ביטוי עצמו בעת ובעונה אחת איסור פלילי ואזרחי, והיתר "ציבורי".

14. תיתכן טענה, כי דווקא מעיקרון הקונסיסטנטיות נובע שעותרים לבג"ץ לא יוכלו לזכות, בהסתמך על חוק איסור לשון הרע, בסעדים שחוק זה מונע מהם במסגרת תובענה אזרחית.

נראה לנו, כי טענה זאת אינה מבחינה די הצורך בין שאלות של דין מהותי לבין שאלות בדבר הסעדים בשל הפרת הדין המהותי. שאלה אחת היא אם פעולה של רשות ציבורית מותרת או אסורה – מכוח המשפט הפלילי, האזרחי או המינהלי; ושאלה אחרת היא מהן הסנקציות והסעדים הנתונים, אם בכלל, כנגד פעולה בניגוד לאיסור. אכן, "יש להבדיל הבדל היטב בין הכלל המחייב את הרשות המינהלית לבין הסעד על הפרת הכלל הניתן על ידי בית המשפט. הכלל מצוי במישור אחד, והסעד מצוי במישור אחר".⁶⁵ על כן, גם משנקבע כי ביטוי מסוים אסור, יש להוסיף ולבחון מה יהיו הסנקציות והסעדים כנגד הפרת האיסור על ידי פרסום הביטוי.

אומנם, שיקולים של קונסיסטנטיות עשויים לחייב כי שלילת סנקציה או סעד על ידי

63 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 843.

64 שם.

65 בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 304. ראו גם בג"ץ 3081/95 דומיאני נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177, 194-195.

חוק המסדיר הליכים מסוימים לא תיעקף על ידי עתירה לסעד זהה במהותו במסגרת הליכים אחרים. על כן, ייתכן שהוראת חוק, השוללת סעדים מסוימים במסגרת תובענה אזרחית מכוח אותו חוק כנגד הפרה של חיוב מתחום המשפט האזרחי, תגרוור גם שלילה של סעדים זהים במהותם אף אם אלה יתבקשו במסגרת עתירה לבג"ץ. עם זאת, לא מן הנמנע כי שלילת הסעדים האזרחיים לא תתפרש כאוצלת גם על הסעדים הניתנים בבג"ץ כנגד רשויות שלטון, שבעניינן עשויים להתקיים שיקולים מיוחדים באשר לסעד שאינם חלים לגבי פרטים, ומקורם בסמכות בג"ץ לתת סעד "למען הצדק".⁶⁶ על כל פנים, יהיה עניין זה כאשר יהיה, כאשר מוטל על הרשות איסור פלילי, עצם העובדה שבמשפטים פליליים לא ניתנים במקרים רגילים סעדים של צווי מניעה אלא מוטלים עונשים על עבירות שכבר בוצעו.⁶⁷ אינה שוללת את האפשרות לפנות לבג"ץ בעתירה למתן צו כנגד רשות שלטון או רשות ציבורית אחרת (כגון מפלגה), שיורה לה להימנע מביצוע עבירה.⁶⁸ חוק איסור לשון הרע אינו שולל סעד "פלילי" של צו להימנעות מביצוע עבירה של פרסום לשון הרע על מת. הלוא סעד מסוג זה לא מקובל אפילו במסגרת הליכים פליליים בקשר לעבירה של פרסום לשון הרע על אדם חי או בקשר לעבירות אחרות כלשהן. ממילא, אין כל אי־קונסיסטנטיות בעתירה לבג"ץ כדי שימנע מרשות ציבורית לבצע עבירה פלילית של פרסום לשון הרע על מת, סעד שלא נשלל לפי חוק איסור לשון הרע.

בכל מקרה, גם אם חוק איסור לשון הרע עצמו אינו בראיפה בהתדיינות הנערכת בבג"ץ לפי "המשפט הציבורי", אזי אין להתעלם מזכות היסוד של האדם לשם טוב במסגרת האיוונים הנערכים במשפט הציבורי. איוונים אלה ייערכו מטבע הדברים מתוך התחשבות בהסדרים הקבועים בחוק איסור לשון הרע, המהווים נתון רלבנטי שאין להתעלם ממנו.

ד. עבירה פלילית, חופש הביטוי ומתחם הסבירות

1. כללי

15. הנמקה נוספת של בג"ץ לאי־התערבותו בהחלטת רשות השידור - להבדילה מאי־התערבות בחופש הביטוי של המחזאי לרנר - הייתה, כי ההחלטה לא חרגה ממתחם הסבירות הרחב במיוחד הנתון לרשות. בפרק זה נעמוד על בעיות אחדות שמעוררת הנמקה זו. ראשית, נטען כי מקום שחוק פלילי או אזרחי אוסר מעשה מסוים, הדעת

66 ראו בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב נ' שר הביטחון, פ"ד כח(2) 449, 545.

67 העונש של "התחייבות להימנע מעבירה" עשוי להיות מוטל - לפי סעיף 72 לחוק העונשין - רק מקום שבו עבירה כבר בוצעה, כדי להרתיע מביצוע עבירות נוספות (בדומה למאסר על תנאי).

68 ראו בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817; בג"ץ 6662/94 חורש נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 372; בג"ץ 3815/90 גילת נ' שר

נותנת כי מעשה זה אינו מצוי במתחם הסבירות המשפטי, יהיה מתחם זה רחב ככל שיהיה. זאת ועוד: השאלה אם ביטוי מסוים הוא אסור או מותר לפי חוק איסור לשון הרע היא שאלה משפטית, שבפתרונה לא נתון לרשות השידור כל מתחם של סבירות. מובן, כי בקישור בין שאלת הסבירות השלטונית של פעולה לבין שאלת קיומו של איסור פלילי או אזרחי על אותה פעולה אין כדי להכריע אם פעולה ספציפית זו ואחרת אסורה. כלומר: בכך שפעילות אסורה מבחינת המשפט הפלילי או האזרחי הינה ככלל גם בלתי-סבירה מבחינת המשפט המינהלי אין כדי לומר שהפעולה המסוימת שנדונה אסורה במשפט. לעומת זאת, אם היה נמצא שהביטוי שנדון בפסק הדין אסור מכוח המשפט הפלילי או האזרחי, היה נובע מכך כי שידורו אינו מצוי במתחם הסבירות. בית המשפט אמנם לא הכריע בשאלת החוקיות הפלילית והאזרחית של הביטוי שנדון, אך הימנעות זו נבעה מהחשקה ששאלה זאת אינה רלבנטית לעתירה לבג"ץ. בכך, כאמור, טעה לדעתנו בית המשפט.

שנית, נבקר את התפיסה העומדת ביסודה של דעת הרוב, שלפיה גם אם מותר לפגוע בחופש הביטוי באמצעות הטלה של אחריות פלילית או אזרחית לא עולה מכך שניתן לפגוע בו באמצעות "מניעה מוקדמת".

שלישית, נעמוד על כך שבמתן העדפה לחופש הביטוי פגעה רשות השידור לא באינטרס ציבורי אלא בזכותם הפרטית של חנה סנש וקרוביה לכבוד. ממילא קשה לקבל את דברי בית המשפט, שלפיהם מתחם הסבירות הנתון לרשות השידור רחב במיוחד משום שהחלטתה להתיר ביטוי מקדמת את זכויות האדם.

2. הפריסה של מתחם הסבירות על עבירות פליליות

16. כך כתב בית המשפט:

לא נפל בהחלטת הרשות אותו חוסר סבירות קיצוני המצדיק התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק. אין לומר כלל, כי שום רשות שידור סבירה לא הייתה מקבלת החלטה לשדר את מחזהו של מר לרנר, ובו הקטע השנוי במחלוקת. סבירות ההחלטה היא פונקציה של איזון ראוי בין הערכים המתנגשים... אין בכוחם של השיקולים הקשורים למעמדה של רשות השידור כדי לגרום לכך שהחלטתה לשדר את התכנית חורגת ממתחם הסבירות. בוודאי אין לומר כי חוסר סבירות זה בהחלטתה הוא קיצוני במהותו, עד כי שום רשות שידור סבירה לא תוכל לקבלה.⁶⁹

המשטרה, פ"ד מה(3) 414; בג"ץ 1635/90 דרד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 811. אמנם הגישה המקובלת בפסיקה שוללת סעד של מניעת פרסום של ביטוי המהווה עבירה פלילית, אך על גישה זו יש מקום לביקורת. ראו סעיף 19 להלן במאמר זה.

69 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 845.

זאת ככלל, וזאת במיוחד נוכח היותה של רשות השידור "במה ודובר" גם יחד, ש"חופש הביטוי שלה מאפשר לה להחליט מה לשדר ומה לא לשדר".⁷⁰ "נדרשות נסיבות יוצאות-דופן בחריגותן כדי להצדיק החלטה שיפוטית, האוסרת על רשות השידור לעשות שימוש בחופש היצירה ובחופש הביטוי שהדין מעניק לה".⁷¹

לדעתנו, דברים אלה הם בעייתיים. אכן, "חופש הבחירה המינהלי פועל במתחם הסבירות. בתחום זה לא יתערב בית המשפט ולא יחליף את שיקול הדעת המינהלי בשיקול-דעתו הוא".⁷² לעומת זאת, החלטה בלתי-סבירה במידה קיצונית, ששום רשות סבירה לא הייתה עשויה לקבל, מצויה מחוץ למתחם הסבירות ודינה להיפסל. ההנחה היא שהמחוקק, גם כאשר העניק לרשות שיקול דעת, לא הסמיך אותה לקבל החלטות בלתי-סבירות באופן קיצוני.⁷³ ממילא, כאשר חוק אוסר מעשה מסוים, בעבירה פלילית או בעוולה אזרחית, הדעת נותנת כי מעשה זה אינו מצוי במתחם הסבירות המשפטית. מתחם הסבירות, רחב ככל שיהיה, לא יכול להכיל עבירות פליליות ודומה שגם לא עוולות אזרחיות. קשה אפוא לקבל את דבריו האמורים של הנשיא ברק בבג"ץ סנש, שמהם משתמע כי שידור של ביטוי המהווה לשון הרע לפי חוק איסור לשון הרע - כלומר: ביטוי שפרסומו הוא עבירה ועוולה - מצוי במתחם הסבירות.

בסופו של דבר, ההכרה בעצמאות של עילת אי-הסבירות הקיצונית מיועדת להתמודד עם מקרים שבהם אכן מצויה ההחלטה בתחום "הסמכות הפונקציונלית" של רשות, ולא הוכחו פגמים כמו אי-התחשבות בשיקולים ענייניים, התחשבות בשיקולים זרים או הפליה. דרישת הסבירות, גם מבחינת עיתוי התפתחותה, היא הרחבה של המגבלות המשפטיות המוטלות על רשויות.⁷⁴ היא משמשת אמצעי להידוק - ועל כל פנים לא לצמצום - של הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות. היא לא נועדה להוות אמצעי למתן פטור לרשויות ממגבלות או מאיסורים שמקורם בדין חרות.

17. זאת ועוד: המבחנים להגבלת חופש הביטוי הם משפטיים. פרשנות של נורמות משפטיות - להבדילה מיישום הנורמות על עובדות במקרים ספציפיים - אינה נתונה לשיקול דעתן של רשויות המינהל. מתחם הסבירות המינהלית מעיקרו לא חל לגבי

70 שם.

71 שם, בעמ' 846.

72 בג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 443.

73 "תקנה אשר דבקה בה אי-סבירות היורדת לשרשו של ענין, רואים אותה כחורגת מסמכותו של מי שהתקינה ובשל כך תיחשב כבטלה ומבוטלת. ... תקנות או מקצתן ייראו כבטלות מטעמי חוסר-סבירות אם זה מתגלה בהן באופן ברור וגלוי, במידה קיצונית היורדת לשרשו של ענין, כאשר סטיה זו היא בעליל מעבר לכל כוונה שניתן היה לייחס למחוקק הראשי שהסמיך רשות פלוגית להתקין תקנות" (בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד לה(2) 94, 101, 106-107).

74 ראו רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי", תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7; משה לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי", עיוני משפט יד 5 (תשמ"ט); מיכל שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", משפטים יב 102, 105 (תשמ"ב). ראו גם איל זמיר, "עילת אי-הסבירות במשפט המינהלי", משפטים יב 291 (תשמ"ב).

פרשנות כזאת. פרשנות משפטית מצויה בתחום סמכותה של הרשות השופטת.⁷⁵ השאלה אם ביטוי זה ואחר אסור או מותר נתונה להכרעתו של בית המשפט, ובשאלה זו לא נתון לרשות השידור מתחם של בחירה. כך גם קבע בית המשפט העליון, בפסק-דין שהתייחס ספציפית לרשות השידור:

לעתים ניצב השופט בפני שני פירושים אפשריים. עליו לבחור באותו פירוש הנראה לו כראוי. העובדה שהרשות השלטונית בחרה בפירוש אחר אינה מכרעת. לא קיים כאן "מיתחם של פרשנות סבירה" שבה יש ליתן זכות קדימה לרשות השלטונית, בעלת המקצוע והמומחית. נהפוך הוא: פירוש החוק הוא מקצועו של בית המשפט, והאחריות המוטלת עליו מחייבת אותו ליתן אותו פירוש הנראה לו – לו ולא למאן דהוא אחר – כראוי.⁷⁶

והנה, בענייננו הכשיר בית המשפט את ההחלטה מן הטעם שלא נפל בה אי-סבירות קיצונית, ושלא ניתן לקבוע ששום רשות סבירה לא הייתה עשויה לקבל את ההחלטה. בית המשפט הוסיף והטעים, כי ייתכן שהוא עצמו – אילו סמכות ההחלטה הייתה בידיו – היה מקבל החלטה אחרת.⁷⁷ אך בהתחשב בכך שהסוגיה שנדונה בהקשר זה הייתה בעיקרה משפטית – כלומר: האם הביטוי הנדון אסור או מותר – יש קושי בעמדה שסמכות ההחלטה המלאה אינה בידי בית המשפט. יש להבחין בין שאלה משפטית (כלומר: אם פעולה זו ואחרת מותרת או אסורה לפי הדין) לבין שאלה שהדין עצמו אוצל לגביה שיקול-דעת לרשויות או ליחידים. בענייננו, הדין קובע כללים בדבר חופש הביטוי הפוגע בשם הטוב. פרשנותם המחייבת של כללים אלה נתונה לבית המשפט ולא לרשות אחרת כלשהי. אכן, הדעת נותנת כי כוונתו של בית המשפט הייתה, שאילו היה הוא עורך בטלוויזיה היה מבכר שלא לשדר את הקטע מטעמים שאינם נוגעים לסמכות המשפטית אלא לשיקולים עריכתיים מן השורה. אך הטעמים שעליהם הסתמכו העותרים במקרה זה, שבעניינם התבקשה ההכרעה השיפוטית, לא היו טעמים עריכתיים כאלה. אלה היו טעמים משפטיים-פרשניים מובהקים, ובסוגיות כאלה, כאמור, הסמכות מעיקרה היא בידי בית המשפט.

3. התחולה של חופש הביטוי על עבירות פליליות

18. על דעת הרוב אוצלת התפיסה, כי חופש הביטוי חל גם על פרסומים המהווים עבירות פליליות או עוולות אזרחיות. בעצם העובדה שפרסום הוא אסור ושמפרסמיו

75 ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 160–162 (תשנ"ב); מיכל טמיר (יצחקי), "עילת חוסר-הוודאות במשפט הציבורי", משפט וממשל ה' 497, 525–526 (תש"ס). וכן

ראו בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141.

76 בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 306.

77 ראו בג"ץ סגש, הערה 15 לעיל, בעמ' 827, 841.

צפויים לסנקציות אלה ואחרות⁷⁸ אין כדי לשלול ממנו את הגנת הזכות לחופש הביטוי.

בהקשר זה מתעוררת ההבחנה האמריקנית,⁷⁹ שאומצה בפסיקה ישראלית שניתנה בעיקרה על ידי השופט ברק,⁸⁰ בין ביטויים המכוסים על ידי חופש הביטוי לבין ביטויים המוגנים באמצעותו. ביטוי יכוסה על ידי חופש הביטוי אם לצורך הגבלתו יידרש קיומם של תנאים מסוימים, כגון ודאות קרובה, שפרסום הביטוי יגרום לנזקים אלה ואחרים. לא כל "ביטוי" על פי מהותו הפיזית יכוסה בהכרח על ידי חופש הביטוי המשפטי. כך, למשל, בארצות-הברית, פרסומי תועבה (obscenity) אינם מכוסים כעיקרון על ידי הזכות החוקתית לחופש הביטוי המעוגנת בתיקון הראשון לחוקה.⁸¹ הוא הדין ב"מלים לוחמות", החורגות מכלל ביטוי המכוסה על ידי החוקה,⁸² ובדברי "הסתה".⁸³ לעומת זאת, שריפה של דגל ארצות-הברית הוכרה כביטוי המכוסה על ידי התיקון הראשון.⁸⁴

78 כמובן, בעצם העובדה שפעולה מהווה עבירה פלילית אין כדי להסמיך את כל הרשויות לנקוט פעולות כדי למנוע את הפעולה האסורה. ראו אריאל בנדור, "עבירה פלילית ומניעה מוקדמת", פלילים ג' 240, 248 (תשנ"ג). בכך אין כדי להתיר לרשות כלשהי לבצע פעולה אסורה, ובכלל זה לפרסם ביטוי אסור.

79 ראו Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 903 (2d ed., 1988).

80 ראו, בין השאר, בג"ץ Universal City Studios 806/88 ו' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 33-34; ע"א אבנר, הערה 55 לעיל, בעמ' 857-859; בג"ץ 506/89 בארי ג' ראש מדור תביעות אגף החקירות, המטה הארצי של משטרת ישראל, פ"ד מד(1) 604, 611-612; בג"ץ כהנא, הערה 76 לעיל, בעמ' 270. ראו גם אהרן ברק, "חופש הביטוי ומיגבלותיו", הפרקליט מ' 5, 10-14 (תשנ"א); אבנר ברק, "מבחן הודאות הקרובה במשפט החוקתי", עיוני משפט יד 371, 387-388 (תשמ"ט).

81 ראו *Kingsley Books v. Brown*, 354 U.S. 436 (1957); *Times Film Corp. v. Chicago*, 365 U.S. 413 (1961); *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 24 (1973); Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* 335-372 (1985). עם זאת, האיסור על "מניעה מוקדמת" (prior restraint), שלפי התפיסה המקובלת בארצות-הברית משתמע גם הוא מן התיקון הראשון, חל במקרים מסוימים גם בהקשר של פרסומי תועבה. הדבר נובע מהחשש שאמצעים של מניעה מוקדמת יופעלו גם כנגד פרסומי פורנוגרפיה (על פי המינוח המקובל בארצות-הברית) הכלולים ביצירות שיש להן, בכללותן, ערך אמנותי - ואלה מכוסים בארצות-הברית על ידי חופש הביטוי. ראו Steven T. Catlett, "Enjoining Obscenity as a Public Nuisance and the Prior Restraint Doctrine," 84 *Colum. L. Rev.* 1616, 1627-1628 (1984), הערה 40 לעיל, בעמ' 330.

82 ראו *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971). לדוקטרינת "המילים הלוחמות" ראו גם רפאל כהן-אלמגור, גבולות הסובלנות והחירות 156 (תשנ"ד).

83 ראו *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

84 ראו *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). על פסיקה אמריקנית זו הסתמך בית המשפט העליון הישראלי כאשר קיבל עתירה כנגד איסור להציג דגל של ארצות-הברית באופן שהיה

בישראל הנטייה היא להרחיב את תחום הכיסוי העקרוני של חופש הביטוי אף מעבר למקובל בארצות-הברית. כך, למשל, בישראל לא הוצאו מתחומי ההגנה העקרונית של חופש הביטוי פרסומי "הסתה".⁸⁵ ברוח זאת נקבע, כי חופש הביטוי חל גם על ביטויים שפרסומם הוא עבירה פלילית⁸⁶ או עוולה אזרחית – בראש וראשונה של פרסום לשון הרע.⁸⁷

4. הבחנה בין אמצעים שונים המגבילים את חופש הביטוי

(א) כללי

19. על פי התפיסה הדוגלת בתחולת חופש הביטוי גם לגבי פרסומים שבגינם קיימת אחריות פלילית או אזרחית בגין ביטוי, הרי שמהטלת אחריות כזאת לא מתחייב היתר לפגיעה בחופש הביטוי בכל אמצעי שהוא.

- עלול לפגוע, לפי הטענה, ביחסי החוק של ישראל. ראו בג"ץ 953/89 אינדור ג' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 691–692.
- 85 ראו ע"פ אלבה, הערה 10 לעיל, דעות השופטים ברק (בעמ' 296–297), כח (בעמ' 306), גולדברג (בעמ' 310), דורנר (בעמ' 316) וסירקל (בעמ' 331). לגישה אחרת ראו מרדכי קרמניצר, "חופש הביטוי", בלי הבדל... זכויות אדם בישראל – קובץ מאמרים לזכר ד"ר חמן שלח ז"ל 48, 58 (בעריכת אן סברסקי, 1988). השוו מרדכי קרמניצר ותאלד גנאים, הסתה, לא המרדה 32–34, 55–57 (תשנ"ז).
- 86 ראו בג"ץ כהנא, הערה 76 לעיל, דברי השופט ברק, בעמ' 299–301; והשוו לדעתו החולקת בפסק-דין זה של השופט גבריאל כח, שם, בעמ' 312–318. השופט השלישית שהשתתפה במותב – שושנה נתינו – לא נקטה עמדה במחלוקת. לתמיכה בגישת השופט ברק תוך ביקורת על דעת השופט כח ראו אביגדור קלגסבלד, "עבירה פלילית ומניעה מוקדמת", פלילים ב 93 (תשנ"א). לביקורת על דעתו של קלגסבלד ראו בנדור, הערה 78 לעיל. בפסיקה מאוחרת, הפעם על דעת מרבית חבריו להרכב, חזר השופט ברק על עמדתו בזכות התחולה של חופש הביטוי על פרסומים המהווים עבירות פליליות, תוך אזכור בג"ץ כהנא, כאילו נקבעה שם הלכה כדעתו. ראו בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם ג' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 676.
- 87 ראו ע"א אבנרי, הערה 55 לעיל. לביקורת על פסק-דין זה ראו בנדור, הערה 54 לעיל. ראו גם רע"א 3418/91 העולם הזה ג' סני שירותי החזקה, פ"ד מה(4) 283; רע"א 1045/98 חברת ארמון ההגמון (קסר אלמוטראן) ג' חירי (לא פורסם, 1.4.1998), סעיף 7; בג"ץ 2888/97 גוביק ג' הרשות השגה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נא(5) 193, 202; ע"א 3833/93 לוי ג' לוי, פ"ד מח(2) 862, 877. ברע"א 3614/97 אבי יצחק ג' חברת החדשות הישראלית, פ"ד נג(1) 26, 51 ביקש השופט גולדברג להשאיר בצריך עיון את השאלה אם לנוכח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכולל הגנה על הזכות לשם טוב במסגרת הזכות לכבוד האדם, יש מקום לשנות הלכה זו. גם השופט ברק עצמו, בבש"פ 537/95 גנימאת ג' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 418 ציין, כי "המעמד החדש של הזכות לשם הטוב (חלק מהזכות לכבוד האדם) עשוי להצדיק עיון מחדש בהפעלת שיקול-דעת שיפוטי במתן צווי מניעה (וזמניים) כנגד פירסומים שיש בהם, לפי הטענה, לשון הרע". אלא, שברע"א חברת ארמון ההגמון הנ"ל, שניתן לאחר פסק-דין זה, דחה הנשיא ברק בקשת רשות

ראשית, גם בהנחה שעצם הטלת אחריות פלילית בגין ביטוי אינה נתונה למגבלות חוקתיות,⁸⁸ הרי שתפיסת ביטוי אסור כחוסה תחת כנפי חופש הביטוי עשויה להשפיע על שיקול הדעת של היועץ המשפטי לממשלה בהעמדה לדין. כך, למשל, בדחתו עתירה כנגד החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב אישום נגד הרב עובדיה יוסף בגין דברים שהיוו, לכאורה, עבירה של זילות בית המשפט לפי סעיף 255 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ציין בית המשפט העליון, כי "על היועץ המשפטי לאזן, בסוג המקרים שלפנינו, בין אינטרס הציבור לבין חופש הביטוי. איוון זה, מטבע הדברים, יכול להיעשות בנקודות שונות".⁸⁹ בדומה, בדחתו עתירה כנגד סירוב היועץ המשפטי להורות על חקירה משטרתית כנגד סגן ראש עיריית ירושלים, הרב חיים מילר, עקב התבטאות שנטען כי פגעה בכבודו של דגל המדינה, והיותה על כן עבירה לפי חוק הדגל והסמל, תש"ס-1949, קבע בג"ץ:

השיקול [של מידת האיפוק המאפיינת את התביעה בשקלה הגשת אישום על עבירה הכרוכה בביטוי אסור]... מהווה דוגמה מובהקת ליישומה של מדיניות תביעתית המשקפת איוון ראוי בין שמירת זכות חופש הביטוי לבין מגבלות שמטיל הדין הפלילי על ביטויים אסורים.⁹⁰

שנית, על פי דוקטרינת המניעה המוקדמת - שנקלטה בישראל לפי שעה כדוקטרינה פרשנית, המשפיעה גם על אופן ההפעלה של ביקורת שיפוטית,⁹¹ והוזכרה גם בבג"ץ סנש⁹² - יש להבחין בין אמצעים של סנקציות מאוחרות (כגון ענישה פלילית או פיצויים אזרחיים) כנגד ביטוי לבין אמצעים של מניעה מוקדמת. על פי דוקטרינה זאת, מידת הפגיעה בחופש הביטוי של סנקציות מאוחרות המוטלות על ביטוי פחותה ממידת הפגיעה של מניעה מוקדמת של הביטוי. על כן, גם אם בנסיבות מסוימות ישנה הצדקה לפגוע

עדור בעניין ולא מצא מקום לעיון מחדש כאמור. גם בבג"ץ גוביק הנ"ל, שניתן אף הוא לאחר פסק הדין בבש"פ גנימאת הנ"ל, הסכים ברק לדחיית הערעור על יסוד ההלכה שנקבעה בע"א אבנרי.

88 קיימות דעות שונות בשאלה אם חופש הביטוי, במלוא היקפו או בהיבטים מסוימים שלו, כלול בזכות לכבוד האדם הקבועה בסעיפים 12 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו רע"ב 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, דברי השופט מצא בעמ' 156-157 ודברי השופטת דורנר בעמ' 190-192; הלל סומר, "הזכויות הבלתי-מגויות - על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח 257, במיוחד בעמ' 318-324 (תשנ"ז). ראו גם הטקסט ליד הערה 172 להלן.

89 בג"ץ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 414, בעמ' 417.

90 בג"ץ 8507/96 אורין נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 269, 273. ראו גם ע"פ אלבה, הערה 10 לעיל, בעמ' 263.

91 ראו ע"א אבנרי, הערה 55 לעיל; בג"ץ סטיינן פילם, הערה 86 לעיל, בעמ' 676, 685; רע"א אבי יצחק, הערה 87 לעיל, בעמ' 82; בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 302-303, סעיף 13 לפסק הדין של השופט זמיר.

92 הערה 15 לעיל, בעמ' 846-847. ראו גם סעיף 21 להלן במאמר זה.

בחופש הביטוי באמצעים של סנקציות מאוחרות, לא נובעת מכך הצדקה לפגוע בו באמצעים החמורים יותר של מניעה מוקדמת.⁹³ נדון עתה, לפי סדרם, בשני סיעונים אלה – הטיעון כי כיסוי של פרסום על ידי חופש הביטוי משפיע על אכיפת הגבלות על הפרסום, והטיעון כי הכיסוי שולל מניעה מוקדמת של ביטויים.

(ב) שיקולים של חופש הביטוי כמשפיעים על אכיפת הדין

20. תיתכן טענה, כי הריסון הננקט באכיפה של עבירות ביטוי פוגע הלכה למעשה בשלטון החוק. כך, משום שהמחוקק, משגילה דעתו כי פרסום ביטויים אלה ואחרים הוא פסול ואף ראוי לענישה ולהטלת סטיגמה הנגזרות מעבירה פלילית, שלל את התחולה של חופש הביטוי על הפרסום. במקרים כאלה ההבחנה בין כיסוי להגנה אינה מועילה. באיזון בין שיקולים של חופש הביטוי לבין אינטרסים אחרים קבע המחוקק, בעצם הפללת הפרסום, כי האינטרסים האחרים גוברים, ובכל מקרה שיקולים של חופש הביטוי אינם רלבנטיים עוד. על כן, הכנסת שיקולים בדבר חופש הביטוי בדלת האחורית – במסגרת שיקול הדעת באכיפה ובקביעת הסנקציות – פוגעת בתכלית החקיקה ומפירה את רצון הרשות המחוקקת.

טיעון זה אינו משכנע. עבירות פליליות, כפי שהן מנוסחות בספר החוקים, מכסות במקרים רבים גם התנהגויות שאין אינטרס ציבורי בהפללתן⁹⁴ (ומה גם שיש לייחס למחוקקים, גם אם הדבר לא עולה מן הלשון המפורשת של החוק, תכלית של הגנה על חופש הביטוי⁹⁵). הדבר נובע, בין השאר, מהלשון המופשטת של נורמות כלליות, העשויה לתפוס מקרים שהנורמות לא נועדו לעסוק בהם, ומהדינמיות של תכלית החקיקה. תכלית זאת, המהווה יסוד לפרשנות נורמות ולא כל שכן לביצוען, אינה סטטית. שינויים פוליטיים, חברתיים ותרבותיים, וכמובן שינויים בסביבה המשפטית (למשל, הקמת המדינה⁹⁶ או קבלתם של חוקי-היסוד על זכויות האדם⁹⁷) משפיעים על תכליתן של נורמות, וממילא על ביצוען, לרבות אכיפתן.⁹⁸ בשל כך ניתן ליועץ המשפטי

93 ראו Thomas I. Emerson, "The Doctrine of Prior Restraint," 20 *Law & Contemp. Probs.* 648 (1955); Vincent Blasi, "Towards a Theory of Prior Restraint: The General Linkage," 66 *Minn. L. Rev.* 11 (1981).

94 ראו דניאל פרידמן, "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי", הפרקליט לה 155, 159–156 (תשמ"ג).

95 ראו, למשל, בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 328–330.

96 ראו, למשל, בג"ץ קול העם, הערה 8 לעיל, בעמ' 884; בג"ץ 234/84 חדשות נ' שר הביטחון, פ"ד לח(2) 477, 483; בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 628. להתאמת הפרשנות לרצון המחוקקים בני זמננו השוו חיים פרלמן, הלוגיקה המשפטית 154–155 (תשמ"ג).

97 ראו, למשל, בש"פ גנימאת, הערה 87 לעיל, בעמ' 653.

98 לעניין אכיפה של נורמות פליליות ראו ד' בייך, "מנהג ונוהג במשפטנו הפלילי – מקור משפטי

לממשלה שיקול דעת שלא להפעיל את מנגנון המשפט הפלילי מטעמים של "עניין לציבור",⁹⁹ ולבתי המשפט ניתן בדרך כלל שיקול דעת רחב בגזירת הדין.¹⁰⁰ אף ההגנה המהותית של "זוטי דברים", הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין, המורה כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך", מבוססת על טעמים דומים.¹⁰¹

(ג) דוקטרינת המניעה המוקדמת

21. כאמור, דוקטרינת המניעה המוקדמת הוזכרה בבג"ץ סנש על ידי הנשיא ברק כחזיון לתוצאה שאליה הגיע. וכך כתב:

משקבענו כי באיזון זה [בין חופש הביטוי וחופש היצירה מזה ואינטרס הציבור מזה] הפגיעה באינטרס הציבור אינה מצדיקה מניעת הגנה מחופש הביטוי ומחופש היצירה, יש בכך כדי להשפיע על סבירות הפעלת שיקול-הדעת של רשות השידור ... בוודאי כך, מקום שאנו מתבקשים לאסור פרסום מראש - איסור המהווה "מניעה מוקדמת" (prior restraint) - חרף החלטתה של רשות השידור לשדרו.¹⁰²

- מצוי או ראוי", ספר יצחק כהן 310, 329 (בעריכת מ' אלון ואח', תשמ"ט); רות גבזון, "ביטול המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה", משפטים יד 325, 341-342 (תשמ"ה).
- 99 ראו סעיף 6 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.
- 100 ראו ע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' שבתאי, פ"ד נה(3) 577, בפסק הדין של השופט יצחק אנגלרד (פסק הדין מצוטט במאמרה של יופי תירוש, "סיפור של אונס, לא יותר", על הפוליטיקה של ייצוג סקסואלי בע"פ 3031/98 מדינת ישראל נ' דן שבתאי", משפטים לא 579, 612 הערה 83 (תשס"א)); ע"פ 1289/93 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 158, 164, 175; ע"פ 212/79 פלוגי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 434.
- 101 ראו ע"פ 4596/98 פלוגי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, 187. לשימוש בהגנת "זוטי דברים" בהקשר של עבירת ההמרדה, בהיותה עבירת ביטוי, ולזיקה בינה לבין שיקול הדעת בהגשת כתבי אישום ראו ע"פ כהנא, הערה 45 לעיל, דברי השופט מצא בעמ' 571: "משקל מיוחד, בעבירות ההמרדה, יש לקיומו של האינטרס הציבורי; כי בעוד שברוב העבירות האחרות יסתפק בית המשפט בבדיקת השאלה אם היה אינטרס ציבורי להגיש את האישום, הרי שבעבירות ההמרדה ייסה, בראש ובראשונה, לבחון, שמא האינטרס הציבורי חייב שלא להגיש את האישום, בהיות הגשתו מנוגדת לזכות חופש הביטוי". להגנת "זוטי דברים" כמתחייבת מהפער בין נורמות משפטיות לבין המציאות ראו דברי מרדכי קרמיצר ברב-שיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי - החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות", המשפט ג 15, 29 (תשנ"ו). השוו גם לדברי קרמיצר, הערה 11 לעיל, בעמ' 113-114.
- 102 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 846. השופט חשין רמז על הסתייגותו מדוקטרינת המניעה המוקדמת, שאומצה בע"א אבנרי, הערה 55 לעיל, ובבג"ץ נוביק, הערה 87 לעיל. ראו בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 870.

אלא שההנחה שביסוד הטלתן של מגבלות מיוחדות על מניעה מוקדמת – מגבלות המשתרעות גם על ביטויים שפרסומם אסור – כאילו אמצעים של מניעה מוקדמת פוגעים בחופש הביטוי יותר מסנקציות מאוחרות, היא בעייתית. ברשימה זאת לא נדון בהרחבה בחולשותיה של דוקטרינת המניעה המוקדמת, שנדונו במקומות אחרים.¹⁰³ בענייננו יש להטעים במיוחד את הקושי ליישב בין הטלת איסור, ולא כל שכן איסור פלילי, על ביטוי מתוך מטרה להרתיע מפרסומו, לבין מתן זכות, ואף זכות בעלת אופי חוקתי, לפרסום אותו ביטוי עצמו. אכן, חופש הביטוי המהותי דורש כי האפשרות להתבטא תוגבל במקרים חריגים בלבד, שבהם הביטוי מסכן באופן ממשי זכויות או אינטרסים בעלי דרגה גבוהה של חשיבות חברתית או פרטית. הדבר נכון על אחת כמה וכמה כאשר המגבלה היא בדרך של הפללת הביטוי. אכן, עבירות ביטוי יש לפרש מתוך גישה מצמצמת. אך משהגענו למסקנה שבפנינו עבירה, סירוב לתת סעד מניעתי יהווה למעשה אישור לעבור עבירות.¹⁰⁴ משנמצא, כי קיימת הצדקה להטיל איסור על ביטוי, קשה איפוא להלום כלל המקנה זכות לפרסומו. גם פסק הדין בפרשת אבנרי נ' שפירא,¹⁰⁵ שבו קיבל בית המשפט העליון בישראל את דוקטרינת המניעה המוקדמת (לפחות ככלל פרשני), לא שלל אלא מניעה מוקדמת של פרסום כסעד זמני. בית המשפט הטעים שם, כי

יש להבחין בין השלב שבו האחריות של הנתבע טרם נקבעה, ובית המשפט צריך לעשות שימוש בשיקול דעתו לעניין מתן ציווי לשעה, לבין השלב שבו האחריות של הנתבע נקבעה, ובית המשפט צריך לעשות שימוש בשיקול דעתו לעניין ציווי לתמיד. בפרשה שלפנינו, אחריותו של הנתבע ללשון הרע טרם הוכרעה. השאלה הניצבת בפני בית המשפט במצב דברים זה הינה, מהו האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים וזאת בטרם הוכרעה שאלת האחריות.¹⁰⁶

103 לביקורת מפורטת על דוקטרינת המניעה המוקדמת ראו Bendor, הערה 40 לעיל; וכן בנדור, הערה 54 לעיל; בנדור, הערה 86 לעיל. ראו גם John Calvin Jeffries Jr., "Rethinking Prior Restraint," 92 *Yale L.J.* 409 (1983); Owen M. Fiss, "Free Speech and the Prior Restraint Doctrine," *Liberalism Divided – Freedom of Speech and the Many Uses of State Power* 121 (1996); Martin H. Redish, "The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory," 70 *Va. L. Rev.* 53 (1984); Martin Scordato, "Distinction Without a Difference: A Reappraisal of the Doctrine of Prior Restraint," 68 *N.C. L. Rev.* 1 (1989); William T. Mayton, "Toward a Theory of First Amendment Process: Injunctions of Speech, Subsequent Punishment, and the Costs of the Prior Restraint Doctrine," 67 *Cornell L. Rev.* 245 (1982).

104 ראו בג"ץ התנועה למען איכות השלטון, הערה 89 לעיל, בעמ' 416.

105 הערה 55 לעיל.

106 שם, בעמ' 855.

בית המשפט לא שלל שם סעד של מניעה מוקדמת כסעד סופי, כפי שנתבקש בענייננו, לאחר שהעובדות והשיקולים המשפטיים הרלבנטיים הובהרו ונדונו באופן ממצה. זאת ועוד: רבים מהאינטרסים המוגנים המתנגשים בחופש הביטוי – ובתוכם הזכות לשם טוב, שעמדה על הפרק בבג"ץ סנש – אינם ניתנים להשוואה או לתחלוף רציונליים (incommensurable) בסנקציות מאוחרות כלשהן.¹⁰⁷ שלילה של מניעה מוקדמת פוגעת באופן מהותי באינטרסים אלה, וזאת, כאמור, במצבים שבהם נקבע כי אינטרסים אלה גוברים כעיקרון על חופש הביטוי.

על כל פנים, דומה שבמידה רבה היו הטיעונים כנגד סנקציות "מינהליות" של מניעה מוקדמת במקרה שנדון בבג"ץ סנש בבחינת לעג לרש. שכן, כאמור, לצד הקביעה בחוק איסור לשון הרע כי "לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו, דינה כדין לשון הרע על אדם חי", השקולה לאיסור על פרסום כזה ומתן זכות נגדו, נקבע כי אין בפרסום "עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה".¹⁰⁸ ממילא ההימנעות של בג"ץ ממתן סעד של מניעה מוקדמת כנגד הפרסום – כאשר היועץ המשפטי לממשלה החליט שלא לנקוט צעד נדיר של הגשת אישום פלילי בעבירת פרסום לשון הרע¹⁰⁹ – שוללת מניה וביה את עצם הזכות לשם טוב.

5. מתחם הסבירות באיזון בין זכויות אדם מתנגשות

22. כתב הנשיא ברק בפסק הדין:

משקבענו כי באיזון זה [בין חירויות הפרט לאינטרס הציבור] הפגיעה באינטרס הציבור אינה מצדיקה מגיעת הגנה מחופש הביטוי ומחופש היצירה, יש בכך כדי להשפיע על סבירות הפעלת שיקול-הדעת של רשות השידור. בוודאי כך, מקום שהחלטתה של רשות השידור אינה איסור הפרסום אלא התרתו.¹¹⁰

הטעם להרחבתו של מתחם הסבירות במקרים אלה הוא שבדרך כלל נותנות רשויות ציבוריות לאינטרסים הציבוריים שעליהן הן מופקדות משקל מספיק (אם לא מעבר לכך). קשה להלום מקרים שבהם נכונות של רשות ציבורית להעדיף זכויות פרטיות על פני

107 לבעיות של incommensurability במשפט ראו Joseph Raz, *The Morality of Freedom* 321-367 (1986); Cass R. Sunstein, "Incommensurability and Valuation in Law," 92 *Mich. L. Rev.* 779 (1994); Richard A. Epstein, "Are Values Incommensurable, or Is Utility the Ruler of the World?," 1995 *Utah L. Rev.* 683 (1998) 1169-1731 *U. Pa. L. Rev.* 146(5).

108 סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע.

109 למדיניות היועץ המשפטי לממשלה למעט בהגשת אישומים לפי חוק איסור לשון הרע ראו יצחק זמיר, "חרות הביטוי כנגד לשון הרע ואלימות מילולית", ספר זוסמן 149, 155-156 (בעריכת אהרן ברק ואח', תשמ"ד).

110 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 846.

אינטרסים ציבוריים שבאחריותה ובתחום מומחיותה תהיה בלתי-סבירה במידה קיצונית.¹¹¹ אלא שבענייננו, כפי שנפרט בהמשך,¹¹² האינטרס שרשות השידור הסיגה מפני חופש הביטוי לא היה בעיקרו אינטרס ציבורי, אלא הזכות (הפרטית) לכבוד האדם של חנה סנש וקרוביה.¹¹³ ממילא, הטעם להרחבה האמורה של מתחם הסבירות לא התקיים.

ה. מבחנים לפגיעה בחופש הביטוי

1. כללי

23. תבנית השיח שבית המשפט נקט בפסק הדין הייתה התבנית הקונבנציונלית המקובלת בעתירות נגד רשויות בנושאים שבהם מתעוררות סוגיות של חופש הביטוי. הנראטיב השגור במקרים אלה הוא של התנגשות בין חופש הביטוי לבין אינטרסים ציבוריים. "המסגרת הנורמטיבית" שנראטיב זה מוביל אליה היא כי "חופש הביטוי שלי מסתיים במקום שיש ודאות קרובה לגרימתו של נזק ממשי לשלום הציבור".¹¹⁴ בהעדר "ודאות קרובה" כזאת גובר חופש הביטוי על אינטרס ציבורי המתנגש בו. בפסק הדין התעוררה התנגשות בין שתי זכויות אדם – חופש הביטוי, מצד אחד, וכבוד האדם ובתוכו הזכות לשם טוב, מצד שני. לכל אחת מזכויות אלה היה בנסיבות המקרה גם ערך ציבורי. ממילא לא התעוררה התנגשות מובהקת בין זכות פרטית לבין אינטרס ציבורי שבה מיועד להכריע מבחן הוודאות הקרובה. הוא הדין באשר להיזקקות בית המשפט לפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאף היא מותאמת ביסודה למקרים של פגיעה בזכות למען הגשמת תכלית ציבורית.¹¹⁵ זאת ועוד: פסק הדין הציג דווקא את עניינם של המתדיינים הפרטיים כ"אינטרס ציבורי", ואילו עניינה של רשות השידור – שהיא גוף ציבורי, שכרגיל אינו נהנה מ"זכויות האדם"¹¹⁶ – הוצג כזכות כזאת (חופש הביטוי), הנפרדת מזכותו של המחזאי לרנר, שנדונה גם היא. על כל פנים, בנסיבות המקרה, השיקול של כבוד האדם שהתבטא בזכות לשם טוב היה בעל מאפיינים פרטיים רבים יותר מחופש הביטוי. על כן היה לכאורה מקום לבחון בראש ובראשונה אם הפגיעה בכבוד האדם – ולא בחופש הביטוי – עמדה בדרישות פסקת ההגבלה.

111 ראו אריאל בנדור, "אווירט-צבא בביקורת שיפוטית – בין שפיטות לפופולריות", פלילים ט 413, 435 (תשס"א).

112 ראו סעיפים 25–26 להלן במאמר זה.

113 ראו בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 861.

114 שם, בעמ' 831.

115 ראו אהרן ברק, "זכויות יסוד מוגנות: ההיקף וההגבלות", משפט וממשל א 253, 262–271 (תשנ"ג).

116 ראו, למשל, דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 645 (השופט דורנר). לגישה שונה ראו ברק, הערה 33 לעיל, בעמ' 440–441.

יהיה עניין זה כאשר יהיה, מקרים של התנגשות בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב מוסדרים ספציפית בחוק איסור לשון הרע, שבית המשפט נמנע מלהיזקק לו - ובכך, לדעתנו, שגה. על כל פנים התבקשה נקיטתו של איוון אופקי ולא אנכי בין הזכויות, ברוח החוק, שכן כאשר מדובר ב"זכויות שוות מעמד" -

אין לנו עניין 'באיוון אנכי', המחפש נוסחאת הסתברות ראויה. עניין לנו כאן בשתי זכויות שוות מעמד, אשר האיוון ביניהן צריך להתבטא בוויזור ההדדי אשר כל זכות צריכה לוותר לרעותה, כדי לאפשר את קיומן של השתיים גם יחד. ההגנה של המשפט אינה ניתנת למלוא ההיקף של כל אחת מזכויות. כל זכות סובלת הגבלות של זמן, מקום ואופן כדי לאפשר את מימושה המהותית של הזכות האחרת.¹¹⁷

2. ודאות קרובה

24. משרחה בית המשפט את תחולתם של דיני לשון הרע בעתירה,¹¹⁸ קבע כי "במסגרת המשפט הציבורי, מתנגשות בפרשה שלפנינו חירות הביטוי וחירות היצירה עם אינטרס הציבור".¹¹⁹ הוא השיב בחיוב, בצפוי, לשאלה "האם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מאפשרים פגיעה בחופש הביטוי ובחופש היצירה כדי לקדם את אינטרס הציבור".¹²⁰ בית המשפט הוסיף וקבע, כי "במסגרת האינטרס הציבורי, אשר פגיעה בו מצדיקה הגבלה של חופש הביטוי וחופש היצירה, יש לכלול גם פגיעה ברגשות הציבור".¹²¹ אך זאת הוא כינה "מסקנה ... [ש]אינה פשוטה כלל ועיקר, ... [ה]מעמידה דילמה קשה בפני כל שיטת משפט אשר ערכיה הם דמוקרטיים".¹²² סיכומו הבלתי-מפתיע של מהלך זה היה:

הגנה-כיי-כן, לאור החשיבות הרבה שאנו מעניקים במשטר דמוקרטי לחופש הביטוי ולחופש היצירה, רק פגיעה ברגשות שהיא קשה, רצינית וחמורה - כלומר, היא פגיעה מעבר לרמת הסבולת שכל אדם נוטל על עצמו בחברה דמוקרטית - עשויה להצדיק הטלת הגבלות - כלומר מניעת הגנה - על חופש הביטוי וחופש היצירה. הסתברות התרחשותה

117 בג"ץ דיין, הערה 32 לעיל, בעמ' 480 (המשנה לנשיא ברק).

118 ראו בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 835.

119 שם.

120 שם, בעמ' 837, סעיף 19 לפסק הדין של הנשיא ברק. יצוין, כי הביטוי החוקתי העכשווי "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" - שהשימוש בו רב, אך רק במקרים מעטים, אם בכלל, היה לדברים משקל אמיתי בהכרעה - לא השפיע על הניתוח עצמו, שבו דיבר ברק, כמקובל בפסיקה שקדמה לחוקי-היסוד על זכויות האדם, אודות "הדמוקרטיה".

121 שם, בעמ' 836.

122 שם.

של פגיעה זו ברגשות צריך שתהא בגדר של ודאות קרובה. ... בנסיבות מיוחדות ויוצאות-דופן ניתן להסתפק בהסתברות שהיא בגדר של אפשרות סבירה.¹²³

על פי קונסטרוקציה זו של "המשפט הציבורי", הזכות הפרטית לכבוד האדם (כביטוי בזכות לשם טוב) שובצה בתבנית השיח המקובלת כאינטרס הציבור. כלומר: השאלה שהועלתה הייתה אם יש מקום להגביל את חופש הביטוי עקב התנגשותו באינטרס הציבורי, ולא אם יש מקום להגביל רשות ציבורית עקב פגיעתה בכבוד האדם של חנה סנש. אינטרס הציבור הוצג כעניין למנוע פגיעה ברגשות הציבור, שלגביו אכן קיימת "דילמה קשה" אם בכלל הוא ראוי להתחשבות כלשהי בהתנגשו בחופש הביטוי. עניינה של רשות השידור בהצגת המחזה, המגלם במידה רבה את האינטרס הציבורי בשידורו, סוגי כזכות יסוד של האדם. מבחן הוודאות הקרובה, המטפל במקרים של התנגשות בין חופש הביטוי לבין אינטרס ציבורי, הוצהר כמבחן החולש על המקרה, אף שבדרך כלל קשה להלום צורך להיזקק לקטגוריה ההסתברותית¹²⁴ "ודאות קרובה" בהקשר של פגיעה ברגשות בכלל, ולא כל שכן ברגשות הציבור.¹²⁵ כך גם עולה בענייננו בבידור מדברי העותר גיורא סנש, כי "מאז נודע לי על ההקרנה הצפויה אני מרגיש כאילו עולמי חרב עלי ואני עומד חסר אונים".¹²⁶

25. אכן, לרשות השידור – למרות היותה רשות ציבורית הקיימת ופועלת מכוח חוק – נתון חופש הביטוי. זאת, משום שלצד היותה במה לביטויים של אחרים,¹²⁷ שלהם חופש ביטוי במסגרת השידורים שהיא מקיימת, היא גם דוברת בפני עצמה.¹²⁸ חופש הביטוי

123 שם, בעמ' 837-838.

124 ראו, בין היתר, בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 402; בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 436-437; אהרן ברק, "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם", גבורות לשמעון אגרנט 129, 143 (בעריכת אהרן ברק ואח', תשמ"ו).

125 "מבחן הסתברותה של סכנת הפגיעה הינו, לדעתי, מחוץ לגדר דיוננו במקרה זה. ... כשניתן לנו לקבוע בדרך בלתי אמצעית, אם הסרט פוגע ברגשות הדת או (כבדוגמה נוספת) אם הוא פוגע בשמו הטוב של אדם, אין אנו נזקקים להערכת הסתברותה של הפגיעה. עיינו ראות ואוזנינו שומעות, אם פגיעה כזאת קיימת או שאינה קיימת (שאלה נפרדת נוגעת למידת הפגיעה...)". (השופט אליעזר גולדברג בבג"ץ יוניברסל, הערה 80 לעיל, בעמ' 41 (ההדגשות במקור)). השופט ברק הצטרף לדברים אלה של השופט גולדברג. ראו שם, בעמ' 40. לאותה גישה ראו בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 14; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נד(4) 178, 183, סעיף 8 לפסק הדין של השופט דורנר.

126 כמצוטט בבג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 681.

127 ראו סעיף 4 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965.

128 ראו בג"ץ כהנא, הערה 76 לעיל, בעמ' 268.

של רשות השידור נובע מ"זכות הציבור לדעת"¹²⁹ ומהתפקיד שהוטל עליה בחוק "לשדר תכניות חינוך, בידור ואינפורמציה".¹³⁰ הוא מתבקש מהטעמים המיוחדים שביסוד חופש הביטוי, שכוללים גם שיקולים שבטובת הציבור (ולא רק שיקולים הגובעים מאינטרסים של פרטים המבקשים להתבטא)¹³¹ ומשתרעים גם על האינטרס של עובדי רשות השידור. עובדי הרשות הם אורגנים שלה בהפעלת סמכויות השידור שלה, ויש להם אינטרס בהגשמתם העצמית, שהיא טעם מרכזי לחופש הביטוי. טעם זה רלבנטי גם לפעולת יחידים כאורגנים של רשויות.

ואולם - כפי שגם משתמע מדעת המיעוט של השופט חשין¹³² - קיימת בעייתיות בהצבת האינטרס הציבורי שבהגנה על רגשות הציבור בלבד כנגד חופש הביטוי של רשות השידור (וכן של המחזאי, מוטי לרנר, ששידורי הרשות שימשו לו במה).¹³³ ראשית, אף כי אפשר לטעון, והעותרים אף טענו, ששידור הקטע השנוי במחלוקת יפגע ברגשות הציבור ככלל,¹³⁴ הרי שככל שעומדת על הפרק פגיעה ברגשות, הפגיעה היא גם פגיעה ספציפית ברגשות קרוביה של חנה סנש. הכרה באינטרס זה של בני המשפחה אף מתבקשת מהוראת סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע, כי "לא יוגש כתב אישום בשל עבירה ... [של פרסום לשון הרע על מת] אלא אם ביקש זאת בן-זוגו של המת או אחד מילדיו, מכריו, הוריו, אחיו או אחיותיו". שנית, פגיעה בשם הטוב, ובכלל זה פגיעה בשם הטוב של מת, מסווגת כפגיעה בזכות לכבוד האדם. בפסק הדין אף צוין, כי "עלינו להגן על כבודו של המת ועל שמו הטוב".¹³⁵ גם אם אפשר להטיל ספק אם למתים נתונה

129 ראו בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 150-152.

130 ראו סעיף 3 לחוק רשות השידור.

131 לטעמים השונים לחופש הביטוי ראו Thomas I. Emerson, *Towards a General Theory of the First Amendment* 3-15 (1966); Thomas I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* 6-9 (1970). הטעמים שהביא אמרסון לחופש הביטוי אומצו בשורה של פסקי דין בישראל. ראו, בין היתר, בג"ץ קידום, הערה 125 לעיל, בעמ' 13; בג"ץ כהנא, הערה 76 לעיל, בעמ' 267.

132 ראו בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בין השאר בעמ' 861.

133 שם, בעמ' 830.

134 לאמיתו של דבר, ספק רב אם עיקר הקושי הוא בפגיעה ב"רגשות" של הציבור. העותרים, ובתוכם עותרים ציבוריים, טענו כי "יש בדברי השקר על חנה סנש כדי לגפץ, ללא כל בסיס, דימוי שעם ישראל חי לאורו" (שם, בעמ' 826). בפסק הדין ציין הנשיא ברק כי הקטע השנוי במחלוקת פגע "במיתוס האופף" את חנה סנש (שם, בעמ' 833, סעיף 12). ואכן, דומה כי עיקר הערך הציבורי שבשמירת המיתוס בדבר גבורתה של חנה סנש אינו דווקא בהגנה על רגשות הציבור. לסמלים לאומיים יש תפקיד חברתי שונה: לתפקידי מיתוסים בחברה ראו Ernst Cassirer, *An Essay on Man* 79-83 (1944); לסמלים בחברה ראו Hugh D. Duncan, *Symbols and Social Theory* (1969); Carole E. Hill ed., *Symbols and Society* (1975). ורטל, "המעונים והקדושים: כינונה של מרטרולוגיה לאומית", ומגים 48 (1994) 26.

135 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 832.

זכות לכבוד האדם או כל זכות אחרת, הרי שהזכות בוודאי נתונה לקרוביהם. זכות זו נפגעת עקב פרסום לשון הרע.

26. מכל אלה נובע, כי כנגד האינטרס הציבורי והפרטי לחופש הביטוי עמדה במקרה זה זכות אדם, ולא דווקא אינטרס ציבורי. ממילא, השימוש שנעשה בפסק הדין במבחן הוודאות הקרובה אינו הולם. הדבר נכון אם שני האינטרסים המתנגשים זה בזה הם זכויות יסוד, ובענייננו – הזכות לכבוד האדם וחופש הביטוי. הדבר נכון על אחת כמה וכמה אם כנגד הזכות לכבוד האדם עומד האינטרס הציבורי בביטוי חופשי.

כאמור, האיזון בין שתי זכויות חוקתיות הוא בדרך כלל "אופקי".¹³⁶ איזון אופקי הוא כינוי מקובל, גם אם מעורפל, לכללים שאינם מבוססים על מבחנים הסתברותיים כמבחן הוודאות הקרובה. זהו איזון בין "שתי זכויות אדם שוות מעמד, אשר האיזון ביניהן צריך להתבטא בויתור ההדדי אשר כל זכות צריכה לוותר לרעותה, כדי לאפשר את קיומן של השתיים גם יחד".¹³⁷ איזון כזה בין ערכים שלא פעם, כמו בענייננו, "יונקים בסופו של דבר מאותו מקור עצמו – כבוד האדם",¹³⁸ אינו אמור להיעשות באמצעות מבחנים הסתברותיים-סיבתיים כמבחן הוודאות הקרובה. כפי שצוין בפסק הדין, האיזון האופקי בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב –

מוצא את ביטויו בדינים בדבר האיסור על לשון הרע. דינים אלה הם פרי האיזון אשר שיטת המשפט ערכה בין חופש הביטוי מזה לבין שמו הטוב של האדם מזה. הם ה"צינור" אשר דרכו מוזרם האיזון הראוי בין חופש הביטוי לשם הטוב, אל המרקם של שיטת המשפט. כל שנתפס בגדריו של איסור לשון הרע מוצא מההגנה על [צ"ל של] חופש הביטוי, ומוסיף להגנה על השם הטוב (בעיית ה"הגנה"). איזון זה הוא "אופקי". הוא קובע את הגבולות של כל אחת מהזכויות.¹³⁹

אכן, גישת בית המשפט היא שהאיזון האופקי נעשה במסגרת "המשפט הפרטי".¹⁴⁰ כאמור, גישה זאת ראויה לביקורת. על כל פנים, עצם קיומו של הדיון בבג"ץ, במסגרת "המשפט הציבורי", אינו יכול להשפיע על מהות האינטרסים העומדים על הפרק או על

136 ראו גם סעיף 23 לעיל במאמר זה.

137 בג"ץ דיין, הערה 32 לעיל, בעמ' 480.

138 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 834, סעיף 16 לפסק הדין של הנשיא ברק.

139 שם. אך ראו דברי השופט ברק בע"א אבנרי, הערה 55 לעיל, בעמ' 860–861, כי מאופקיות האיזון "לא מתבקשת ... המסקנה, כי המשקל היחסי שיש ליתן לזכויות השונות שווה הוא. משקל יחסי זה נקבע על פי מקומה של הזכות בתפיסות היסוד החברתיות, על פי המסורת של השיטה, על פי הסדרה החוקיים השונים, ועל פי ההשקפות החברתיות של הציבור הנאור. על כן, כאשר מתרחשת סתירה בין הערך בדבר השם הטוב לבין הערך בדבר חופש הביטוי, יש להכריע בסתירה זו על פי המשקל היחסי שיש ליתן לערכים המתנגשים".

140 ראו בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 834.

משקלם היחסי הראוי. פגיעה בכבוד האדם אינה חדלה מלהיות כזאת אך בשל הפורום שבו העניין מתברר או בשל מערכת הנורמות המוחלטת. גם על פי הגישה שלפיה על העניין להתברר בבג"ץ במסגרת המשפט הציבורי יש להתחשב בפגיעה בכבוד האדם. פגיעה כזאת היא עניין של משפט ציבורי לא פחות מפגיעה בחופש הביטוי (שבמצמו יונק, כפי שצוין בפסק הדין, מכבוד האדם). בעצם החלתו של משפט ציבורי אין כדי לחייב החלה של מבחן הוודאות הקרובה או של מבחן הסתברותי אחר. בפרקטיקה נערכים איזונים אופקיים גם בבג"ץ ובמסגרת המשפט הציבורי.¹⁴¹ בוודאי שאין בהחלת משפט ציבורי כדי להצדיק הגבלה של ההגנה על הזכות לכבוד האדם רק למקרים שבהם קיימת ודאות קרובה לפגיעה בה.

גישה אפשרית, המטעימה את ההתנגשות במקרה זה בין הזכות לכבוד האדם לבין האינטרס הציבורי בביטוי, עשויה להצדיק החלה של מבחן הוודאות הקרובה בכיוון מהופך לזה שנגקט בפסק הדין. כלומר: פגיעה בכבוד האדם תותר רק בהתקיים ודאות קרובה לפגיעה מהותית בחופש הביטוי. ספק אם הימנעות משידור הקטע השנוי במחלוקת – שבפועל רשות השידור אף לא התקשתה לוותר עליו בעקבות הערות השופטים – מהווה פגיעה מהותית כזאת.

3. פסקת ההגבלה

27. בפסק הדין נכתב:

לא כל פגיעה באינטרס הציבורי שוללת הגנה על חופש הביטוי וחופש היצירה. פגיעה בחופש הביטוי וחופש היצירה נתפסת כמוצדקת אך ורק אם היא תואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; אם היא לתכלית ראויה; אם הפגיעה בחופש הביטוי ובחופש היצירה אינה מעבר לנדרש. דרישות אלה – המעוגנות בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8) – מבטאות את עמדתה של שיטת המשפט הישראלית באשר לכוחו של האינטרס הציבורי להגביל את חירותו של הפרט. ... אכן, אם שמירה על כל אינטרס ציבורי היה בכוחה לשלול ההגנה מחופש הביטוי ומחופש היצירה, כי אז היו חירויות אלה נפגעות פגיעה אנושה. עצם האופי הדמוקרטי של המדינה היה נפגע קשות.¹⁴²

בדומה לקושי שבהחלת מבחן הוודאות הקרובה בענייננו, גם החלת העקרונות של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא בעייתית, בהתחשב בעובדה

141 ראו, למשל, בג"ץ פורז, הערה 95 לעיל, עמ' 336–337; בג"ץ דיין, הערה 32 לעיל, 480–482; בג"ץ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 685–686; בג"ץ 42/94 מאנקו יבוא ושוק מזון נ' משרד המסחר והתעשייה (לא פורסם, 9.3.1994), סעיף 2 לפסק הדין של השופט גולדברג.

142 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 835–836.

שכנגד חופש הביטוי והיצירה לא עומד אינטרס ציבורי גרידא אלא הזכות לכבוד האדם. השופט ברק עצמו הביע עמדה, כי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד אינה חלה כאשר זכויות אדם מתנגשות זו בזו.¹⁴³ ואכן, יש קושי בהחלה במצב כזה של ההסדר הקבוע בפסקת ההגבלה, המתיר לפגוע בזכות רק "במידה שאינה עולה על הגדרש" (מידתיות). שכן, מטבע הדברים, פגיעה מזערית בזכות אחת משמעותה ההכרחית היא פגיעה מרבית בזכות המתנגשת בה. זאת בניגוד לאחד מיסודות המידתיות – דרישת הפגיעה הפחותה – שעל פיה "האמצעי השלטוני צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. האמצעי השלטוני הוא ראוי, רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר".¹⁴⁴ עם זאת, יש הסוברים כי עקרונות פסקת ההגבלה חלים גם בהתנגשויות בין זכויות יסוד לבין עצמן.¹⁴⁵ גישה אחרונה זאת היא אפשרית, למשל מכוח התפיסה בדבר "מתחם המידתיות", המקנה לרשויות מתחם של שיקול דעת ביישומן של דרישות המידתיות, ואינה עומדת על כך שפגיעה בזכות אכן תהיה בכל מקרה הפחותה ביותר האפשרית – ובלבד שהאיוון שנערך הוא סביר.¹⁴⁶

על כל פנים, בענייננו הזכות שבה רשות השירות ביקשה לפגוע הייתה בראש ובראשונה הזכות לכבוד האדם. הפגיעה בזכות זאת – ולא, או לא רק, הפגיעה בחופש הביטוי – היא זו שהייתה צריכה להיבחן במשקפי פסקת ההגבלה. חופש הביטוי היה במידה רבה של הרשות עצמה, ואילו פסקת ההגבלה נועדה להתמודד עם מקרים שבהם רשות מרשויות המדינה מבקשת לפגוע בזכות הפרט. עם זאת, בהתחשב בפגיעה האפשרית גם בחופש הביטוי של המחזאי, אין לדחות גם עמדה המחילה את פסקת ההגבלה על הזכות לכבוד האדם (של חנה סגש וקרוביה) ועל חופש הביטוי (של המחזאי לרנר) גם יחד, תוך איוון בין הזכויות במסגרת מתחם המידתיות.

4. חוק איסור לשון הרע

28. בענייננו "לא הייתה מחלוקת בין הצדדים כי במשפטו של גרינוולד לא אמר קסטנר את הדברים שיוחסו לו במחזה. כן לא הייתה מחלוקת כי אין בסיס היסטורי לדבריו

143 ראו ברק, הערה 115 לעיל, בעמ' 262–271. ראו גם בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נה(4) 267, 285, דברי השופט דורנר בדעת מיעוט: "אמות המידה שבפסקת ההגבלה, ובמיוחד עקרון המידתיות, אינן הולמות איוון בין שתי זכויות אדם".

144 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 54. ראו גם בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12–13.

145 ראו ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 105 (המשנה לנשיא אלוך). השוו אריאל בנדור, "פגמים בחקיקת חוקי היסוד", משפט וממשל ב 443, 453–454 (תשנ"ה).

146 ראו דליה דורנר, "מידתיות", ספר ברנזון ב 281, 289–290 (בעריכת אהרן ברק וחיים ברנזון, תש"ס) והאסמכתות המובאות שם.

של גרינוולד במחזה, וכי הם אינם אמת".¹⁴⁷ נפסק, כי "הקטע השנוי במחלוקת אינו משקף אמת היסטורית. אין לו כל ביסוס היסטורי. הוא אינו אמת".¹⁴⁸ והנה, בפסק הדין, בדונו בשאלה "הראוי הוא להגן על הביטוי השיקרי",¹⁴⁹ הטעים השופט ברק כי "חברה דמוקרטית שוחרת חופש אינה מתנה את הגנתה לדיבור וליצירה בכך שהם השקפות אמת".¹⁵⁰ לדבריו,

הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו שאין לדעת מהי האמת, וכי השקר של אתמול עשוי להיות האמת של המחר; הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו שוויון נפש כלפי השקר, והעמדתו על דרגה אחת עם האמת. בבסיס תפיסה זו אינה שוררת גישה המייחסת אותה מידת חשיבות לאמת ולשקר. ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי האמת עדיפה על השקר. בבסיס תפיסה זו שוררת הגישה כי עלינו לשאוף לחשיפת האמת ולהכשלת השקר. המייחד עמדה זו היא הפילוסופיה של החירות עצמה. על פיה, מבחנה של האמת הוא בכוחה הפנימי לשכנע. הדרך להתמודד עם השקר אינו בהשתקתו אלא בהסברת האמת ובחינוך לה. כישלוננו של השקר הוא בחשיפתו ולא בדיכוי. ... הנהיגו, האמת בכל הנוגע לחנה סנש תעלה מהדיון הציבורי העשוי לבוא בעקבות שידור היצירה. מדיון זה, ומפרסומיהם של חוקרים וסופרים, תצוף האמת ותנצח את השקר. הם שיגבירו את זוהרה של חנה סנש, ויאירו את הלהבה שהיא יצרה.¹⁵¹

אך בהנחה שהקטע השנוי במחלוקת אכן מייחס לחנה סנש בגידה בחבריה, וכי ייחוס זה - כפי שפסק בית המשפט - הוא שקרי, יש קושי בגישה שפרסום השקר מוסיף להיות דרוש לחשיפת האמת העובדתית. ערכו של חופש הביטוי לחשיפת האמת בשאלות עובדתיות נוגע בעיקרו למצבים שבהם אין ודאות מהי האמת. במצבים כאלה עשוי להיות ערך, לשם גילוי האמת, בהצגת גרסות שונות. אך כאשר האמת - לפי פסיקת בית המשפט עצמו - כבר נחשפה והיא ידועה וברורה, אין עוד צורך ב"חשיפתה". לא כל שכן אין צורך בחשיפתה באמצעי המפוקפק של הערמת שקרים דווקא. זאת ועוד: דווקא בסוגיות עובדתיות, שלציבור אין גישה בלתי-אמצעית למקורות הרלבנטיים או יכולת עצמאית להכריע בין גרסות שונות, אין לראות את תועלתם של שקרים להנחלת האמת. אכן, ביסוד הטיעון בדבר חשיפת האמת עומדת במקרים רבים ספקנות בדבר עצם היכולת לעמוד על האמת באופן מוחלט.¹⁵² עם זאת, פסק הדין אינו מבוסס על ספקנות

147 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 827.

148 שם, בעמ' 839.

149 שם.

150 שם, בעמ' 840.

151 שם, בעמ' 840-841.

152 ראו גיא פסח, "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות", משפטים לא 895, 899 (תשס"א).

כזאת. הדבר בולט במיוחד מדברי השופטים שלפיהם ניתן להשמיט את הקטע השנוי במחלוקת.¹⁵³ בהקשר האמור הטיעון של בית המשפט הוא אפוא קלישאה רטורית, שלמרות שכיחותה בשיח החוקתי לא עומד מאחוריה הרבה.

אכן, גם ביטויים שקריים מובהקים מכוסים בדרך כלל על ידי חופש הביטוי, ובמקרים רבים הם אף זכאים להגנה – אך לא בשל ערכם כביכול לחשיפת האמת אלא משיקולים אחרים.¹⁵⁴ כגון ההנאה של המתבטאים מיכולתם להביע עצמם והסבל הנגרם עקב פגיעה באוטונומיה של האדם בהקשר כה אינטימי כפעולת התבטאות, ובמיוחד עקב הצורך למסור לרשויות השלטון דין וחשבון בעניינים אלה או להתדיין עמן על כך. זאת ועוד: איכות החיים והאווירה הדמוקרטית עשויות להיפגע באופן חמור על ידי רגולציה גורפת של ביטויים. מבחינה זאת, אחת היא אם ההסדרה השלטונית תתייחס לדעות או לעובדות. כל הנימוקים הללו אינם מבוססים על התועלת שבביטוי – אמיתי, ולא כל שכן שקרי – לחשיפת האמת, כאשר האמת ידועה. שיקולים אלה ואחרים, אף אם יש בהם כדי להצדיק בדרך כלל כיסוי של שקרים עובדתיים על ידי חופש הביטוי, אינם מצדיקים תמיד הקניה של הגנה משפטית אקטואלית לביטויים כאלה. לעתים ראוי, למרות שיקולים אלה, להגביל את החופש לשקר.

29. הגבלות רלבנטיות בענייננו על החופש לשקר קבועות בחוק איסור לשון הרע, המטיל אחריות פלילית¹⁵⁵ ואזרחית¹⁵⁶ בגין פרסום לשון הרע. בסעיף 1 לחוק נקבע בין השאר:

לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול –

(1) להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצידם;

(2) לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו. ...

ואילו בסעיף 14 לחוק איסור לשון הרע נכתב בין השאר:

במשפט פלילי או אזרחי בשל לשון הרע תהא זאת הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום עניין ציבורי.

אכן, אפשר שככל שהדברים אמורים בכיסוי פרסומי לשון הרע על ידי חופש הביטוי, יש ממש בדברי בית המשפט כי "דבר שאינו אמת המהווה לשון הרע נכלל בגדריו של

153 ראו בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 827. לדיון בהערה זאת של השופטים ראו סעיף 33 להלן במאמר זה.

154 ראו Kent Greenawalt, "Free Speech Justifications," 89 Colum. L. Rev. 119, 127-134 (1988).

155 ראו סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע.

156 ראו סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע.

חופש הביטוי¹⁵⁷. אלא, שמהסדרים הקבועים בחוק איסור לשון הרע עולה, כי פרסומי שקר, או פרסומים שאין בהם עניין לציבור, המשפילים או מבזים בני אדם, אינם זכאים להגנה אקטואלית של חופש הביטוי¹⁵⁸. ואילו פרסום שאינו משפיל או מבזה אינו אסור לפי החוק, אפילו הוא שקרי או שאין בו עניין ציבורי. החוק אינו אוסר גם פרסום משפיל או מבזה שהוא אמת ושיש בו עניין ציבורי.

ככל שהקטע שנדון אינו אמת ויש בו השפלה או ביזוי של חנה סנש, לא חלה עליו איפוא הגנתו של חופש הביטוי. בהתקיים תנאים אלה לא נתון חופש לשון הרע. לעומת זאת, אם הקטע אינו שקרי, או שאין בו כדי להשפיל את חנה סנש או לבזותה, חל לגבי חופש הביטוי.

30. הקביעה אם הקטע הנדון הוא אמת, ולא כל שכן אם יש בו להשפיל את חנה סנש בעיני הבריות או לעשותה מטרה לשנאה, לבזו או ללעג מצידם, או לבזותה בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחדים לה, אינה בנסיבות המקרה קביעה טכנית או טריביאלית. הקביעה מעוררת שורה של בעיות פרשנות, שהדיון בהן מצוי בליבתם של דיני איסור לשון הרע. בין השאר, מתעוררות השאלה מהי משמעות דרישת "האמת" לעניין יצירות אמנות, והשאלה בדבר מהותן של אמנות המידה להיותו של פרסום משפיל או מבזה. ההכרעה בבעיות פרשנות אלה ואחרות תובעת בעצמה נקיטת עמדה בדבר משקלם היחסי של הזכויות והאינטרסים שביסוד דיני איסור לשון הרע¹⁵⁹. בהקשר זה כתב השופט שמגר דברים אלה, שהתייחסו לפרשנות חוק איסור לשון הרע:

אפיו המתואר של חופש הביטוי כזכות בין זכויות היסוד החוקתיות מעניק לו מעמד-על משפטי. ... חופש הביטוי והוראת חוק הבאה להגבילו אינם בעלי מעמד שווה-ערך זהה, אלא במידה והדבר מתיישב עם הכתוב יש להעדיף את קיומה של הזכות בכל עת על הוראת חוק בה סמונה מגמה להגבלתה. ... אמת-המידה על פיה יש להציב את השמירה על חופש הביטוי כראש וראשון בשיקולים כאשר זכות זו מתנגשת עם רעותה, מן הראוי שתבוא לידי ביטוי מלא לא רק עת מתווה המחוקק הוראותיו של

157 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 830.

158 זאת בכפיפות לחריגים הקבועים במסגרת ההגנות לפי סעיפים 13 ו-15 לחוק איסור לשון הרע, המתירים בנסיבות המצוינות בהם גם פרסומי לשון הרע שאינם אמת. חריגים אלה אינם רלבנטיים לענייננו.

159 ראו תמר גדרון, "לשון הרע - עוולת רשלנות?", המשפט ד 219, 236 (תשנ"ט); והשוו, לשיקולים של מדיניות משפטית בדבר חופש הביטוי לצורך סיווג של פרסום כ"עובדה", שרק היא נדרשת להיות אמת, או כדעה, ע"א 323/98 שרון נ' בנימין (לא פורסם, 18.2.2002), סעיפים 19-24 לפסק הדין של השופט מצא.

החוק, אלא גם בפרשנותו של החוק וביישום הוראותיו של הדין לנסיבות בהן נבחנת מהותו והפעלתו הלכה למעשה.¹⁶⁰

דברים אלה, אף כי בשעתם היו דעת מיעוט,¹⁶¹ אומצו לימים על ידי המשפט העליון.¹⁶² ואכן, החינויות של חופש הביטוי לאיכות החיים הדמוקרטית – מבחינתם של המדינה, של הציבור כמכלול, ושל כל יחידה ויחיד – מצדיקים ריסון מיוחד בהטלת מגבלות עליו. עצם היותו של ביטוי פוגע – ואין סיבה להטיל ספק בפגיעת הקטע הנדון ברגשות קרובי המשפחה של חנה סגש – אינה עילה מספיקה להטלת איסור על הביטוי. אמנם, פרסומי לשון הרע שקריים אינם ככלל זכאים לחופש הביטוי, אך בקביעת אמות-המידה בשאלה אם ביטוי מסוים הוא בגדר לשון הרע אסורה, שבעניינה נסוג חופש הביטוי, יש להיות ערים לחשיבות האמורה של חופש הביטוי ולהעמידו כ"ראש וראשון בשיקולים".¹⁶³ אכן, למתן "מעמד-על משפטי" לחופש הביטוי יש מחיר. פגיעות אלה ואחרות ברגשות, ואפילו פגיעות קשות, עשויות להיות מותרות – אך חשיבותו הייחודית של חופש הביטוי מצדיקה פירוש של חוק איסור לשון הרע באופן שיתיר לעתים פגיעות כאלה.

31. לאור תפיסה זאת יש להיזהר בהחלטה של הדרישה ל"אמת" בפרסום על יצירות אמנות, אפילו אם מדובר בדוקודרמה.¹⁶⁴ ככלל, יצירות אמנות, גם אם הן עוסקות בבני אדם ובאירועים אמיתיים, אינן מתיימרות לעסוק בתיעוד. לדעתנו, מעצם העובדה שמדובר ביצירת אמנות, גם אם היא מסוגת הדוקודרמה, מתבקש בדרך כלל שהיצירה לא תשקף או תתיימר לשקף במדויק אירועים מציאותיים, ואין לפרשה ככזאת.¹⁶⁵ הייצוג האמנותי אינו, ואף אינו מתיימר להיות, שיקוף מדויק של אירוע מציאותי זה ואחר.¹⁶⁶ צדק אפוא בית המשפט, בהתייחסו לדוקודרמה, בציינו:

זו מבוססת מטבע הדברים על מיזוג בין אמת היסטורית לדמיון ספרותי. יצירות מופת בכל הדורות מבוססות על מיזוג זה. תהא זו פגיעה קשה בתרבות האנושית, אם יוצרים לא יהיו חופשיים להשתמש בדמויות היסטוריות, תוך שתיוחס להן התנהגות שאין לה בסיס היסטורי. סופרים

160 ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד לא(2) 281, 295.

161 ראו ד"נ חברת החשמל, הערה 55 לעיל.

162 ראו, בין היתר, בג"ץ יוניברסל, הערה 80 לעיל, בעמ' 27–28; ב"ש 298/86 ציטריק נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, 360; בג"ץ 337/81 מיטרגי נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 355–356.

163 להעדר יומרה של בית משפט לקבוע "אמת היסטורית", להבדילה מ"אמת משפטית", השוו ע"א שרון, הערה 159 לעיל, סעיפים 11–13 לפסק הדין של השופט מצא.

164 ראו (1987) 653, 658 F. Supp. 654 *Davis v. Costa-Gavras*.

165 ראו (1997) 81–94 *Literary Theory* Jonathan Culler; שולמית אלמוג, משפט וספרות 164 (2000).

ומחזאים אינם היסטוריונים. אין לצפות מהם לשחזור האמת. יש להגן על חופש הדמיון שלהם. מבחנם הוא אמנותי ולא מדעי. הבחינה של יצירה היא אמנותית וכוללת. הבחינה אינה היסטורית ופרטנית.¹⁶⁶

ואכן, ככלל, אמת ואי-אמת כמובנם בחוק איסור לשון הרע אינם רלבנטיים ליצירות אמנות. ודוק: בכך שבדרך כלל דוקודרמה אינה "אמת" או "שקר" כמובנם בחוק איסור לשון הרע אין כדי לשלול את תחולתו של החוק כאשר על הפרק עומדת דרישה להגבלה של חופש הביטוי האמנותי בטענה כי הביטוי פוגע בשם הטוב. אמנם, לפי החוק, כאשר מדובר בביטוי משפיל או מבזה, דווקא על הנתבעים מוטל להוכיח כי הביטוי הוא אמת; אולם, ביטוי שאינו מייחס התנהגות או תכונה כלשהן לאדם אלא רק ל"דמות ספרותית" אינו בגדר לשון הרע. ביטוי כזה מותר לפי החוק. לכן, כאשר טענת התובעים כי הביטוי משפיל או מבזה מבוססת על כך שהביטוי מתיימר להציג אמת עובדתית, להבדילה מ"אמת אמנותית" – ובענייננו, בלשון סעיף 1(2): "לבזות אדם כשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו"¹⁶⁷ – הרי שעליהם להראות כי הביטוי אכן מתיימר לייחס להם התנהגות כזאת. אם התובעים לא הוכיחו כי הביטוי מייחס להם את ההתנהגות המבזה הם לא עמדו בנטל להוכיח כי הביטוי הוא לשון הרע. אכן, חלופה אחרת להגדרת לשון הרע, הקבועה בסעיף 1(1) לחוק, עוסקת ב"דבר שפרסומו עלול ... להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבז או ללעג מצדם". אך ההשפלה שבה דובר כאן התייחסה לחנה סנש. אם המסקנה היא כי הדוקודרמה אינה מייחסת לחנה סנש המציאותית את התנהגותה של הדמות "חנה סנש", ממילא קשה לומר כי הדוקודרמה עלולה להשפיל את חנה סנש. ועל כל פנים, דומה שמהמונח "לשון הרע" עולה כי האיסור חל על הוצאת דיבה על אדם, ולא על התנהגות כלשהי שתוצאתה היא השפלה של אדם או עשייתו מטרה לשנאה, לבז או ללעג. ממילא נראה שיש לקרוא את דרישת ה"היחוס" גם אל תוך החלופה שבסעיף 1(1).¹⁶⁸

אמנם אין להוציא מכלל אפשרות מקרה שבו מחזה טלוויזיה יתיימר להיות תיעוד היסטורי או שזה יהיה פירושו הסביר,¹⁶⁹ אך בענייננו לא כך היה. רשות השידור מסרה, כי "בתחילת כל פרק מפרקי הסרט יודגש לצופים, כי אין לראות בסרט שחזור תיעודי אלא דרמה בדיונית המחויבת לערכים אמנותיים".¹⁷⁰ גם על פי פרשנות שאינה מעניקה משקל מיוחד לחופש הביטוי, ולא כל שכן על פי פרשנות המעניקה לחופש הביטוי משקל כזה, אין להתעלם מאמירה מפורשת של המפרסם, במסגרת הפרסום, כי הפרסום אינו

166 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 841.

167 ההדגשה הוספה.

168 לעניין גידופים בלשון הרע השווה שנהר, הערה 37 לעיל, בעמ' 131-132.

169 ראו *Kelly v. Loew's*, 76 F. Supp. 473 (1948); *Street v. National Broadcasting*, 645 F.2d 1227 (2). והשווה

Eric Barnedt, "Defamation and Fiction," *Law and Literature* (1981).

Current Legal Issues 1999, Michael Freeman and Andrew D. Lewis eds.) 481, 483-489.

170 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 826.

שיקוף מדויק של המציאות, ולייחס למפרסם, בניגוד לרצונו ולהצהרתו הברורה, כוונה כזאת.¹⁷¹

זאת ועוד: הגבלה של חופש הביטוי בהקשר של יצירות אמנות אינה פוגעת בחברה בלבד. הגבלה כזאת פוגעת גם, אולי בראש ובראשונה, בזכות לכבוד האדם של המחבר. שכן, גם לפי גישה המצמצמת את מובן הזכות לכבוד האדם, ואינה כוללת בה את חופש הביטוי בתור שכזה, "פעולה הפוגעת בחופש הביטוי תיחשב כפוגעת בזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ... אם פוגעת היא באופן מובהק בטעם 'האישי' שביסוד חופש הביטוי, להבדילו מן הטעמים החברתיים שביסודו".¹⁷² על כן, פסילה של יצירה או הבעת דעה, שהיא פסילה הפוגעת בהגשמה העצמית של המחברים, תסווג גם לפי גישה מצמצמת זאת כפגיעה בזכות לכבוד האדם. זאת בשונה, למשל, מידעה עיתונאית. ממילא, לפי גישה זאת, מקור ההגנה על אמת אמנותית, להבדילה מאמת עובדתית, אינו שונה ממקור ההגנה על הזכות לשם טוב.

32. שאלה נוספת היא האם ב"ייחוס" של ההתנהגות המתוארת בקטע שנדון לחנה סנש יש כדי להשפילה בעיני הבריות, לעשותה מטרה לשנאה, לבזו או ללעג מצדם, או לבזותה – כנדרש בהגדרת לשון הרע בחוק. כזכור, בקטע זה טוענת דמותו של ישראל קסטנר במחזה, כי סנש "נשברה בחקירה שלה וגילתה הכול. אני מתאר לעצמי איזה עינויים היא עברה. אף אחד לא היה עומד בעינויים כאלה. אבל לא בגללי נעצרו פלגי וגולדשטיין [עמיתיה של חנה סנש] אלא בגללה!"

ככלל, קשה להסכים כי בייחוס אי-עמידה ב"עינויי תופת", שבהם – כדברי דמותו של קסטנר בקטע השנוי במחלוקת גופו – "אף אחד לא היה עומד", יש כדי להשפיל או לבזות.¹⁷³ אכן, תיתכן טענה כי השפלה או ביזוי כאלה מתקיימים כאשר לאשה שבה

171 ראו David A. Anderson, "Avoiding Defamation Problems in Fiction," 51 *Brook. L. Rev.* 383, 388-389 (1985). ייתכן, כי לעניין זה ניתן להקיש מהוראת סעיף 9(א) לחוק איסור לשון הרע, כי בית המשפט רשאי, נוסף לכל עונש וסעד אחר במשפט פלילי בשל לשון הרע, לצוות "על פרסום תיקון או הכחשה של דבר המהווה לשון הרע"; ומהוראת סעיף 17 לחוק, כי "פורסמה לשון הרע באמצעי תקשורת לא תעמוד הגנת תום לב לעורכו, למי שהחליט בפועל על הפרסום או לאחראי על אותו אמצעי תקשורת אם הנפגע ... דרש ממנו לפרסם תיקון או הכחשה מצד הנפגע ולא פרסם את התיקון או ההכחשה בכותרת מתאימה במקום, במידה בהבלטה ובדרך שבה פורסמה אותה לשון הרע, ותוך זמן סביר מקבלת הדרישה". ממילא – אפשר לטעון – פרסום "תיקון או הכחשה" בגוף הדברים כפי שהיה בעניינו, שולל, ועל כל פנים מפחית עד מאוד, את משמעותם כלשון הרע.

172 רע"ב גולן, הערה 88 לעיל, בעמ' 192 (השופט דורנר). למהלך דומה, המתייחס לזכות לשוויון, ראו דברי השופט דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 131-133.

173 השופט חשין רומז בקצרה, אם הצלחנו לרדת לסוף דעתו, כי אמירתו של "ד"ר קסטנר השחקן" בכללותה – לרבות חלקה שאינו נוגע להסגרת חבריה של סנש עקב העינויים שעונתה – היא כזו ש"דומה שאך מעט יחלקו כי ... תבוא בגדרי לשון הרע" (בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 858). מעיון באמירה המלאה מסתבר כי חלקה היחיד שאינו מתייחס לעינויים ולהסגרה

מדובר יש מוניטין מיוחדים של גיבורה, שעמדה אף בעיניו שבהם אף אחד לא היה עומד, ולא הסגירה את חבריה. זאת גם על פי המבחן המקובל, הדורש כי הפגיעה תהיה "אובייקטיבית"¹⁷⁴ – בין על פי אמות-מידה סבירות הרווחות בחברה בכללותה,¹⁷⁵ ובין על פי אמות-מידה הרווחות בחוג החברתי שאליו משתייכים הנפגעים.¹⁷⁶ כנגד טענה זאת אפשר לומר שהיא אינה מתחשבת די הצורך במשקלו הכבד של חופש הביטוי. כאמור, מעמדו המיוחד של חופש הביטוי מחייב, ככלל, לפרש באיפוק חוקים המתירים פגיעה בו, ולא כל שכן כאשר על הפרק עומדת הגבלה של חירות היצירה האמנותית. לדעתנו, ייחוס התנהגות סבירה לאדם, גם אם היא שונה מהתנהגותו בפועל ואינה נעלה כמותה, אינו "משפיל" או "מבזה" לפי פירוש בלתי-מרחיב של הגדרת לשון הרע בחוק. אכן, פגיעה במוניטין, גם אם אין בה ייחוס של התנהגות לא-ראויה, יכולה להוות לשון הרע אם היא עשויה, כאמור בסעיף 1(3) לחוק איסור לשון הרע, "לפגוע באדם במשרתו, ... בעסקו, במשלח ידו או במקצועו". בענייננו לא היה, כמובן, מדובר בפגיעה כזאת. יתר על כן: גם לא היה מדובר בפרסום שממנו משתמע שהאדם שבו מדובר שיקר או הפריז בתיאור גבורתו. אכן, ייחוס התפארות-שווא לאדם עשוי להשפילו או לבזותו, אך קטע המחזה הנדון בוודאי לא ייחס לחנה סנש התנהגות כזאת.¹⁷⁷

אמנם, תיתכן טענה כי גם אם ההתנהגות של דמותה של חנה סנש במחזה היא "סבירה", הרי שלסנש ולקרוביה יש זכות לכך שסיפורה האמיתי לא יעוות, במיוחד כאשר מדובר בפרק כה מרכזי בקורות חייה, הקשור קשר אמיץ לכבוד האדם שלה.¹⁷⁸ אולם, נראה לנו כי משקלו המיוחד של חופש הביטוי דורש שכאשר מדובר בדוקדומה, שאינה מתיימרת לייצג במדויק את המציאות, לא ייאסר "עיוות" מסוג זה גם אם יש בו כדי לפגוע ברגשות של הנוגעים בדבר, כל עוד אין בו השפלה או ביזוי כנדרש בחוק איסור לשון הרע. דרישת ההשפלה והביזוי בחוק זה מגלמת את האיוון הראוי בין האינטרסים המתנגשים, למרות שאין לכתחילה שפגיעה ברגשות עלולה להתרחש גם כשהחוק מתיר את הביטוי. זהו אחד ממחיריו של חופש הביטוי, שיחידים בחברה דמוקרטית נדרשים לשלם.

הרושם הוא שהדרישה לפסילת הקטע התבססה במידה רבה על הפגיעה שהייתה לדעת

בעקבותיהם הוא ייחוס לסנש של "פזיזות" ושל התנהגות "כמו טירנונית". דומה, כי עניינים אלה הם בהקשר הנדון בגדר *de minimis*, ולא הם שעמדו במקד העתירה ובמוקד הפגיעה ברגשות העותרים.

174 ראו שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב, "לשון הרע במבחן הבריות", משפט וממשל ב 235, 237 (תשנ"ד).

175 ראו ע"א 466/83 שאהה נ' רדריאן, פ"ד (4) 734, דעת השופט דב לוין בעמ' 740-741.

176 ראו ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1.

177 יצוין גם שלא זו בלבד שהדברים במחזה נאמרים על ידי הנאשם קסטנר, שיש לו אינטרס להגן על עצמו ולהדוף את הטענות נגדו בכל דרך, אלא שהם מוכחשים מיד ובהחלטיות על ידי דמותה של קתרינה סנש.

178 ראו פסק-דין *Davis*, הערה 164 לעיל.

העותרים במיתוס הלאומי בדבר גבורתה של חנה סנש, בטענם כי "סיפור גבורתה של חנה סנש מהווה חלק מההיסטוריה של עם ישראל. הוא בגדר מיתוס לאומי".¹⁷⁹ מבלי להרחיב בסוגיה, שבסופו של דבר לא עמדה במוקד ההכרעה במקרה זה, אנו סוברים שבשיטה דמוקרטית, המקנה הגנה חוקתית רצינית לחופש הביטוי, אין לפסול ביטוי אך בהיותו מנוגד למיתוס לאומי.¹⁸⁰ גם השופט חשין, בעל דעת המיעוט, לא ביסס את הצעתו לקבל את העתירה על הפגיעה שנטענה – במיוחד על ידי העותרים הציבוריים – במיתוס הלאומי. השופט חשין הבחין בין הפגיעה בסנש כ"דמות" לאומית לבין הפגיעה בשמה הטוב כאדם, שאחיה – עצמה ובשרה – ביקש למנוע, והסתמך בעיקר על האחרונה.¹⁸¹

33. כאמור, לשיטתו של השופט חשין, במאבק הפרשני בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב, "תוצאות המערכה בין שתי הזכויות ברורות מראש: אין ענייננו בזכויות שוות-ערך זו לזו; ענייננו בזכות גדולה-מכל-גדולה הנאבקת בזכות קטנה הימנה. כבודה של חנה סנש, כבודה ושמה הטוב יגברו – ובנקל יגברו, לדעתי – על זכותו של המחזאי ועל זכותה של רשות השידור".¹⁸² בדברים אלה מובלעת הנחה כי הקטע הנדון פוגע בכבודה – שמה הטוב – של חנה סנש. בהנחה זו יש עקיפה של שאלה מרכזית הטעונה הכרעה, ולמצער עשויים להיות בה פנים לכאן ולכאן, והיא, כאמור, האם ייחוס של התנהגות סבירה כשלעצמה עשוי להוות לשון הרע, הפוגעת בכבוד האדם. בשאלה זאת לא דן השופט חשין כלל.

עמדתו של השופט חשין, שלפיה קטע ממחזה מסוג דוקודרמה בכלל, והקטע הנדון בפרט, עשוי להיות אי-אמת כמובנה בחוק איסור לשון הרע, היא בעייתית. חשין הטעים, כי "המחזאי לא יוכל – ואין זה ראוי כי ניתן לו – להסתתר מאחורי האמירה כי המדובר אינו אלא ב'דרמה בדיונית'. דבריו של ד"ר קסטנר השחקן אודות חנה סנש נדמים הם בבירור לחלק הדוקומנטרי שבדוקודרמה".¹⁸³ "שונים היו הדברים, למשל, לו באמצע עדותה של קתרינה סנש היה קם ד"ר קסטנר על רגליו, מנסה לפתוח את פיו, ולפתע היה מתחיל לרחף בחלל החדר, משל יצא מסיפורו של מרקס".¹⁸⁴ ברוח דומה ציין אף הנשיא ברק: "צר לי על הקטע השנוי במחלוקת. אילו אני כתבתי את המחזה, הייתי נמנע ממנו".¹⁸⁵ ובהכרעת בית המשפט העליון, שניתנה ביום הדיון, נכתב, כי "שלושתנו סבורים כי הוצאת הקטע השנוי במחלוקת לא הייתה פוגעת ברצף של הטקסט". אך לא הנשיא ברק, לא השופט מצא, לא השופט חשין ולא הסופר גבריאל

179 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 827.

180 ראו גם הערה 134 לעיל.

181 בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 860–863.

182 שם, בעמ' 871.

183 שם, בעמ' 857.

184 שם.

185 שם, בעמ' 841.

גאריסיה מארקס הם המחזאים, אלא מוסי לרנר. לרנר הוא זה שבחר אמצעים דרמטיים אלה ואחרים התואמים את תכליותיו האמנותיות ואת האמת הספרותית של המחזה. וכדי להסיר ספק, ולהבהיר כי מדובר במחזה ולא במסמך תיעודי, הדבר צוין בפתיחת כל פרק. תהיה זו פגיעה בוטה בחופש הביטוי והיצירה האמנותית אם בתי המשפט יכתיבו ליוצרים, שלא על בסיס כללים משפטיים דווקניים, את התכנים והאמצעים האמנותיים ביצירותיהם. לטעמנו יש אפילו צרימה גם בהבעת דעה של שופט בגנות יצירת אמנות זו ואחרת כאשר הדבר אינו מתחייב על ידי הכלל המשפטי עצמו,¹⁸⁶ תוך ציון כיצד השופט עצמו היה כותב את המחזה, או כי השמטת קטע זה ואחר "לא הייתה פוגעת ברצף של הטקסט", משל היה מדובר בטקסט של צוואה או שטר. ייתכן שהערות מסוג זה, שהושמעו על ידי השופטים בעת שמיעת העתירה ונכתבו בהחלטה, תרמו להחלטת רשות השידור להשמיט את הקטע.

ודוק: השאלה אם ביטוי זה ואחר הוא ביטוי אסור לפי חוק איסור לשון הרע היא כאמור¹⁸⁷ שאלה משפטית, הנתונה להכרעת בית המשפט, ולגביה לא נתון לרשות מתחם של סבירות. אך משקבע בית המשפט כי הביטוי הנדון זכאי להגנת הזכות החוקתית לחופש הביטוי ופרסומו הוא כדן, לא היה מקום שיוסיף ויביע דעתו באשר לערכו האמנותי של הביטוי ותרומתו ליצירה. גם אם אין מקום לשלול על הסף את הלגיטימיות של הערה מצד בית משפט כנגד ביטוי המותר משפטית אך פסול מוסרית, יש לדעתנו קושי בהערות של שופטים שהן בבחינת ביקורת אמנותית, ובכלל זה חיזוי דעה כיצד ניתן להשיג מטרות אמנותיות אלה ואחרות.

גישתו של השופט חשין נסמכת ביסודה על תפיסתו כי הזכות לשם טוב היא זכות "גדולה-מכל-גדולה" לעומת חופש הביטוי.¹⁸⁸ אלא שכאמור, דווקא חופש הביטוי, מטעמים טובים, הוא שהוכר כ"זכות עילאית".¹⁸⁹ לפחות כאשר מדובר בחופש היצירה האמנותית, יש לשתי הזכויות מקור משותף - הזכות לכבוד האדם. יש להיזהר מגישה פרשנית שכדי להעניק הגנה מלאה וגורפת לשם הטוב - גם במקרים שבהם הפגיעה בו, אם בכלל קיימת, היא שולית¹⁹⁰ - תאפשר פגיעה מהותית בכבודם של יוצרים.

אמנם, במינוח המקובל בפסיקה, האיזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב הוא "אופקי".¹⁹¹ משמעות הדבר היא שעצם הוודאות של פגיעה באחת מזכויות אלה אינה מסיגה מאליה את הזכות האחרת. כך, למשל, הזכות לשם טוב, גם כאשר הפגיעה בה

186 כשם שהדבר הוא, לפי הפסיקה הקיימת, כאשר להגדרת פורנוגרפיה בלתי-מוגנת, המחייבת לבחון אם יש ליצירה ערך אמנותי. ראו דעת הרוב בבג"ץ סטיישן פילם, הערה 86 לעיל.

187 ראו סעיף 17 לעיל במאמר זה.

188 "אינני חולק, כמוכן, על זכות-היסוד של חופש הביטוי וחירות היצירה. ואולם, סבורני כי חבריי הרחיקו לכת במתן חירות לחופש הביטוי, תוך קיצוץ בלתי ראוי בערכים אחרים, ערכים חשובים - חשובים מאוד - אף-הם". בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 854.

189 ראו סעיף 30 לעיל במאמר זה.

190 ראו הערה 173 לעיל.

191 ראו סעיף 26 לעיל במאמר זה.

ודאית, תיסוג בפני חופש הביטוי אם הביטוי הנדון הוא אמת ויש עניין ציבורי בפרסומו. חופש הביטוי ייסוג כאשר מדובר בפרסום לשון הרע, אם שני תנאים אלה לא מתקיימים. בכך אין כדי להפוך את שתי הזכויות לשוות-ערך.¹⁹² השופט חשין עצמו הטעים, לעניין חופש הביטוי, את המשקל השונה שיש לסוגי ביטויים שונים.¹⁹³ משקל מיוחד נתון לחופש היצירה האמנותית, שהוא מעמודי התווך של עיקרון חופש הביטוי. פסילת ביטוי אמנותי על ידי רשות שלטונית או בסיועה אך בשל פגיעתו ברגשות – כל עוד הביטוי לא מתיימר באופן מובהק לייחס לאדם ללא בסיס התנהגות מבזה, ולא כל שכן כאשר הדבר מובהר במפורש – היא התערבות בלתי-נאותה של השלטון במחוזות רוח, שבדמוקרטיה יש לעשות את המרב להותירם חופשיים. חוק איסור לשון הרע, שאינו אוסר "שקרים אמנותיים", אינו קובע אחרת.

1. סוף דבר

34. בפרשה שגדונה בבג"ץ סנש נתבקש בית המשפט העליון להטיל איסור על שידור קטע ממחזה טלוויזיה. בשיטה המקפידה על חופש הביטוי, בקשה כזאת היא בעייתית ו"חשודה" על פניה. ראוי לאפשר, ולא כל שכן לכפות, פגיעה בחופש היצירה האמנותית – בין באמצעות מניעה מוקדמת, ובין באמצעות סנקציות אחרות, עונשיות או אזרחיות – במקרים נדירים בלבד. קשה איפוא לבקר את עצם דחייתה של העתירה. הבעייתיות בפסק הדין אינה בהכרעה; הבעייתיות היא בהנמקת בית המשפט. משקל מיוחד יש להנמקה במקרה הנדון, משום שהנימוקים ניתנו שנים אחדות לאחר ההכרעה של בית המשפט. שאלת שידורו של הקטע השנוי במחלוקת אף הוכרעה בסופו של דבר מחוץ לכותלי בית המשפט, כאשר רשות השידור הסכימה להשמיטו מרצונה (אומנם בעידוד השופטים).

192 מבחינה זו האמירה כי איוון אופקי נעשה בין שתי "זכויות שוות מעמד" (בג"ץ דיין, הערה 32 לעיל, בעמ' 480) אינה מדויקת. משמעותו של איוון אופקי, להבדילו מאיוון אנכי, היא שאף אחת מהזכויות אינה גוברת על האחרת באופן גורף במקרים של התנגשות חזיתית ביניהן. אין זה סביר, ובדרך כלל גם אין עולה ממבחני האיוון האופקי הנוהגים, שלשני זכויות או אינטרסים יהיה משקל זהה לחלוטין. נוסחת האיוון האופקי הנבחרת בכל סוג של התנגשות משקפת את המשקל היחסי בין הערכים המתנגשים. כך גם עולה מדברי השופט ברק בע"א אבנרי, הערה 55 לעיל, בעמ' 863: "באיוון... בין הערך האישי והציבורי לשם טוב לבין הערך האישי והציבורי לחופש הביטוי יש ליתן משקל מיוחד לערך בדבר חופש הביטוי". אך אם כך הדבר – דומה שהאיוון הוא אנכי ולא אופקי. ראו יצחק זמיר ומשה סובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה'165, 214–215 (תש"ס); וכן בג"ץ גור אריה, הערה 143 לעיל, בעמ' 283–285, סעיפים 4 ו-5 לפסק הדין של השופט דורנר (בדעת מיעוט).

193 ראו בג"ץ סנש, הערה 15 לעיל, בעמ' 854–855. ראו גם דברי השופט חשין בבג"ץ קידום, הערה 125 לעיל, בעמ' 28–30.

ההנמקה של פסק הדין מבוססת על שימוש גורף יתר על המידה בקונבנציות. זהו שיח של קלישאות. בית המשפט השתמש כבדרך שגרה במבחנים ובטיעונים שלא הלמו כולם את הבעיות שהתעוררו, לא התייחס כראוי לדינים ולשיקולים ספציפיים ורלבנטיים, והדגיש את הדיכוטומיה בין משפט ציבורי למשפט פרטי, המעוררת קשיים מיוחדים בסוגיות הנדונות בחוקים כגון חוק איסור לשון הרע וחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. אלה חוקים המתחשבים במובהק בשיקולים ציבוריים, ומתווים חוקים של משפט ציבורי לא פחות מכפי שהם חוקים של משפט פרטי.

אמנם, במקרה הנדון לא גררה דרך ההנמקה של בית המשפט תוצאה משפטית מוטעית. עם זאת, השיח של התנגשות בין חופש הביטוי ל"סדר הציבורי" (ובתוכו "רגשות הציבור") יצר למעשה פוטנציאל של הגבלת כל ביטוי המעורר התנגדות, ובכך הוא עלול להוביל לפגיעה בחופש הביטוי מעבר למידה. שכן, גם אם המבחנים המשפטיים הדווקניים (כגון מבחן הוודאות הקרובה) לא מאפשרים הטלת מניעה משפטית על ביטויים אלא במקרים מועטים ואפילו נדירים, הרי ששיח זה עשוי לתרום לפגיעה בפועל בחופש הביטוי. הדבר הודגם במקרה זה בהמלצת בית המשפט להימנע משידור הקטע שנדון, שהתקבלה על ידי רשות השידור. ספק אם המלצה כזאת הייתה ניתנת אלמלא המשקל שייחסו השופטים לפגיעת הביטוי ברגשות הציבור, על פי מתכונת השיח המקובל, גם אם פגיעה זאת לא הגיעה לדעת הרוב לרמה המחייבת איסור משפטי פורמלי.

המצב עשוי להיות שונה אם מחילים אמות מידה ספציפיות יותר, כגון אלה הקבועות בחוק איסור לשון הרע, שאינן חושף להגבלה אלא ביטויים שהם לשון הרע כפי שהיא מוגדרת בחוק. ביטויים שאינם לשון הרע כלל אינם חשופים להגבלה לפי החוק, ואף לא נוצר שיח העשוי לגרור את הגבלתם באמצעים לא-משפטיים. גם ביטויים שהם לשון הרע מותרים בהתקיים נסיבות המוגדרות בחוק, שבהעדרן אין לראותם כמועמדים להגבלה - משפטית או אחרת.

זאת ועוד: השימוש בקלישאות חוקתיות עלול לגרום ממידת ההפנמה של הערכים שביסוד הקלישאות. הקלישאות מכסות על המהות, והן עלולות להפוך אותה לכלי ריק. הן מטשטשות ניואנסים חיוניים, ובכך נוצר ריתוך בין הציבור לבין הערכים החוקתיים עצמם. בטווח רחוק עלולה תוצאה זו לפגוע בהנחלת הערכים. במקרים אחרים השימוש בקלישאות עלול דווקא להכשיר ללא הצדקה ביטויים אסורים. כך, למשל, מתיר חוק איסור לשון הרע פרסום לשון הרע שהוא "אמת" ושיש בו "עניין ציבורי". היוזקות למבחן השגור של ודאות קרובה לפגיעה בסדר הציבורי עלולה לסשטש את הדרישה לעניין ציבורי בפרסום ביטויים הפוגעים בכבוד האדם, ולהכשיר ביטויים שהחוק אסר. ההנחה העומדת ביסוד השימוש בקלישאות במשפט - שהדבר תורם לשיטתיות, להרמוניה ולקוהרנטיות של השיטה - עשויה להתברר כאשליה. ראוי להבחין בין שימוש מושכל בקונבנציות משפטיות לבין הפיכת הקונבנציות לקלישאות. בסופו של דבר, שימוש יתר בקלישאות תוך טשטוש ניואנסים מהותיים עלול לפגוע ביושרת המשפט. גם אם התוצאה המשפטית של פסק הדין בבג"ץ סגש נכונה כשלעצמה, הנמקתו עשויה לתרום לפגיעה כזאת.

