

אגב הפסיקה

חופש הביטוי מעל לוחות-המודעות

(בג"צ 631/86 תנועת "המעגל הלאומי" נ' עיריית ירושלים ואח' פ"ד מ(4) 13)

מאת

אריאל בנדור*

א. הקדמה

1. בין זכויות-היסוד של האזרח בישראל שמור מקום של כבוד לחופש הביטוי¹. חופש זה עומד בראש החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי², והוא קשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי³. חופש הביטוי מהווה תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה⁴, ואף להבטחת קיומן ושמירתן של רוב זכויות-היסוד האזרחיות האחרות⁵. כלשונו של הנשיא אגרנט, לחופש הביטוי שמור במשטרנו מעמד של "זכות עילאית"⁶. מעמד-בכורה זה של חופש הביטוי, הוא אשר הביא את בית-המשפט העליון לגבש מבחנים נוקשים, אשר רק בהתקיים תנאיהם ייסוג חופש זה מפני זכויות או אינטרסים אחרים המתנגשים בו⁷. לפי מבחנים אלה, תותר הגבלת חופש הביטוי, אם בכלל, רק מכוח הסמכה מפורשת מאת המחוקק הראשי ובהתקיים מידה מוגדרת של אפשרות לפגיעה בעלת מידה מוגדרת של תומרה בזכות או באינטרס מתחרים⁸, ואף זאת

- תלמיד השנה הרביעית ועוזר הוראה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
- 1 ראה עש"מ 5/86 ספירו נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ(4) 227 (להלן: עש"מ ספירו), 239-240.
- 2 ראה בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (להלן: בג"צ לוי), 398, מול האות ג.
- 3 ראה בג"צ 87/53, 73 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: בג"צ קול העם), 876, מול האות א.
- 4 ראה בג"צ 372/84 קלוספר-נוה ואח' נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד לח(3) 233, 238-239.
- 5 ראה ב"ש 368/86, 298 ציפריין ואח' נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין ואח' (טרם פורסם), פסקה 12.
- 6 בג"צ קול העם, 878, מול האות ה.
- 7 ראה פ' להב, "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון", משפטים 1 (תשל"ו-תשל"ז) 375, 379.
- 8 ראה א' ברק, "הנשיא אגרנט - קול העם" - קולו של העם, גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, התשמ"ז) 129, 140.

כאמצעי אחרון, בנסיבות שבהן אין כל אפשרות סבירה למנוע את הפגיעה אלא עלידי הגבלת חופש הביטוי.⁹

2. על רקע נורמטיבי זה מפתיעה החלטתו, ובמיוחד הנמקתו, של בית-המשפט העליון בפסקה-הדין מושא רשימה זו.

3. בפסקה-דין זה (להלן: בג"צ המעגל הלאומי), אשר ניתן עלידי השופט דב לוי, בהסכמתם של השופטים בך ומלך, נדחתה עתירתה של תנועת "המעגל הלאומי" (להלן: העותרת) כנגד סירובו של מנכ"ל עיריית ירושלים להעניק לה היתר להדבקת מודעה מסוימת שהוצגה לפניו על לוחות-המודעות העירוניים. סירוב זה של מנכ"ל-העירייה להתיר את הצגת המודעה האמורה התבסס על הסמכות אשר הוענקה לראש-העירייה בסעיף 21(ב2) לחוק עזר לירושלים (שילוט), תש"ם-1980¹⁰ (להלן: חוקה-עזר) ואשר הוצגה עלידי ראש-העירייה למנכ"ל,

לסרב לתת היתר וכן לבטל היתר שניתן, ובלבד שלא ינהג כאמור זולת אם יש בפרסום המודעה משום עבירה על הוראות חוק עזר זה או כל דין אחר, או אם לדעת ראש העירייה יש במודעה משום פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו.

המנכ"ל, בהחלטה מנומקת, הביע את דעתו כי המודעה, בנוסח שהוצג לפניו, פוגעת בתקנת הציבור או ברגשותיו, שכן תוכנה עלול לגרום לשלוב יצרים ולעורר מדנים ואיבה בין יהודים לערבים, ובחלק מן הדברים שנכללו בה יש גם משום הסתה.¹¹

בדחותו את העתירה כנגד ההחלטה שלא להתיר את הצגת המודעה, קבע השופט לוי כי

...לא נוכל לומר, כי השיקולים שהנחו את המשיבים בדחותם את הבקשה להיתר לוקים בחוסר סבירות או שפגומה היא משיקולים פסולים אחרים.¹²

יצוין כי בפסקה-הדין לא צוטט נוסח המודעה האמורה, וכל שנאמר לגבי תוכנה היה שהיא

מציגה נתונים סטטיסטיים שונים בקשר לתהליך הדמוגרפי בישראל, ו...לצד הנתונים הסטטיסטיים מביאה את דבר התנועה ואת השקפתה באשר למשמעות הנובעת מנתונים אלה, על רקע הויקה של העם היהודי ושל העם הערבי לארץ-ישראל.¹³

4. ברשימה זו אתמקד בשני עניינים:

9 ראה בג"צ לוי, 406, בין האותיות ב-ג.

10 ק"ת תש"ם 1026.

11 בג"צ המעגל הלאומי, 14, בין האותיות ה-ו.

12 שם, 15, בין האותיות א-ב (השיבוש הלשוני במקור - א' ב').

13 שם, 13-14.

- (א) חוקיותו של הסעיף לחוק העזר שעל-פיו סירבו המשיבים להתיר לעותרת להציג את המודעה.
- (ב) בהנחה שסעיף זה חוקי – צדקת החלטתו של בית-המשפט לדחות את העתירה, ובמיוחד נאותות דרך ההנמקה שבה נקט.

אנסה להראות כי ספק אם הסעיף לחוק-העזר אשר מכוחו פעלו המשיבים הוא חוקי, וכי, על-כל-פנים, דרך ההנמקה ואולי אף עצם ההחלטה לדחות את העתירה לא היו נאותות והיתה בהן סטייה בלתי-מוצדקת מן העקרונות המקובלים והראויים לביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות הטומנות בחובן פגיעה בחופש הביטוי. לא אעסוק ברציונלים ובמטרות של עקרון חופש הביטוי, אשר זכו לליבון יסודי בפסיקה¹⁴ ובספרות¹⁵, אלא בנתון לנקודת-המוצא הקובעת כי חופש הביטוי הוא ערך-יסודי במשפטנו אעמוד על החשיבות שבעיגונו בכללים משפטיים ועל השגגה שנפלה – לדעתי – בפסקה-הדין מושא הרשימה, בכך שלא נעשה בו שימוש בכללים משפטיים כאלה.

ב. חוקיות סעיף 21(ב)(2) לחוק-העזר

5. מפסקה-הדין בנג"צ המעגל הלאומי עולה כי העותרת לא תקפה את עצם חוקיות תחיקת-המשנה שמכוחה לא הותר לה להציג את המודעה, ולפיכך לא נזקק בית-המשפט לסוגיה זו. אולם מאחר שלדעתי אין הדברים פשוטים, אנסה להעלות כאן ספק בדבר עצם חוקיותה של תחיקת-המשנה האמורה.

6. כאמור, סעיף 21(ב)(2) לחוק-העזר מסמיך את ראש עיריית-ירושלים, בהתבקשו להתיר פרסום מודעה בתחומי העיר,

לסרב לתת היתר וכן לבטל היתר שניתן, ובלבד שלא ינהג כאמור וזולת אם יש בפרסום המודעה משום עבירה על הוראות חוק עזר זה או כל דין אחר, או אם לדעת ראש העיריה יש במודעה משום פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו.

סעיף זה הותקן – כך יש להניח¹⁶ – מכוח סעיף 246 לפקודת העיריות (נוסח חדש) (להלן: פקודת העיריות), הקובע:

העיריה תפקח על הצגת מודעות, שלטים וטבלות במקומות עסק או על גבי לוחות או במקומות אחרים, או תאסור הצגתם.

לפי סעיף 250 לפקודת העיריות,

מועצה רשאית להתקין חוקי עזר כדי לאפשר לעיריה ביצוע הדברים שהיא נדרשת או מוסמכת לעשותם על פי הפקודה או כל דין אחר או לעזור לה בביצועם.

14 ראה לדוגמא פסקי-הדין שאווכרו לעיל בהערות 1-5.

15 ראה פ' להב (לעיל, הערה 7) והספרות המאזכרת שם.

16 בחוק-העזר עצמו לא צויין מכוח איזה סעיף ספציפי של פקודת העיריות (בנוסף לסעיף 250 שהוא סעיף ההסמכה הכללי לחקיקת-משנה לפי הפקודה) הוא הותקן. אולם סעיף 246 הוא הסעיף היחיד בפקודת העיריות הדין בפיקוח על הצגת מודעות ושלטים, ולכן יש להניח כי חוק-העזר הותקן מכוחו.

7. האם מועצת העירייה היתה מוסמכת לאור סעיף הסמכה אלה, לקבוע הסדר כפי שנקבע בסעיף 21(ב2) לחוק העזר?¹⁷

8. לדעתי, אין חשיבות רבה לשאלה זו ככל שהיא נוגעת לרישא של הסעיף, המסמך את ראשי העירייה לסרב לתת היתר לפרסם מודעה

אם יש בפרסום המודעה משום עבירה על הוראות חוק עזר זה או כל דין אחר.

כאשר דין כלשהו אוסר לפרסם מודעה, הרי כשהאיסור אינו מותלה בשיקול דעתו של ראשי העירייה אין במתן היתר על-ידי לפי סעיף 21(ב) לחוק העזר כדי לבטל את האיסור או להעניק הגנה למפרסם. יתר על כן: לאור סעיף 26(א) לחוק העזר, הקובע כי

לא תדבק כרזה אלא על ידי העירייה,

הרי במקרה שבו הצגת המודעה נושאת צורה של הדבקת כרזה (וכאמור¹⁷), מפירושו של בית המשפט העליון עולה כי הביטוי "הצגת מודעות" מכונן בעיקרו להדבקת כרזות, הדבקת כרזה שפרסומה אסור, תהיה עשויה להפוך אף את העירייה לשותפה לעבירה (כמובן, בהתקיים כל יסודותיה, ובכללם היסוד הנפשי). אין להניח כי מחוקק המסמך את העירייה להיות שותפה בביצוע עבירות (ועל-כל-פנים, בוודאי אין תוקף להסמכה כזאת), ולכן, אף בלעדי הרישא של סעיף 21(ב2), דומה כי העירייה היתה רשאית לסרב להדביק כרזה שפרסומה אסור, ובכך למנוע כליל את הצגתה¹⁷.

17 הגדרת "פרסום" המופיעה בסעיף 1 לחוק העזר היא רחבה ביותר, וכוללת הודעת דבר ברבים בכל דרך שהיא, לרבות דרך הפצה, הדבקה, הארה, הסרטה, צביעה, חריטה, שידור, הקלטה, עשן או תנועה, על ידי מסירת תוכנו בכתב, בדפוס, בתמונה, בציור או בכל אופן אחר.

אף הגדרת "מודעה" מצטיינת בהרחבה דומה:

לרבות כל הודעה או תמונה או ציור על נייר, בד, מתכת או כל חומר אחר, וכן הודעה הנמסרת בכל דרך, לרבות דרך הפצה, הדבקה, הארה, הסרטה, צביעה או חריטה או באמצעות פטיפון, רשמקול, רמקול, מגפון, שידור, כדור-פורת, כלי טייס או בכל אמצעי אחר, וכן ארגז ראויה.

בית המשפט העליון (ע"פ 45/57 היועצים נ' מורים ואח', פ"ד יא 1218) ובעקבותיו בית המשפט השלום (ת"פ 2875/85 מדינת ישראל נ' אורנן (טרם פורסם)) פסקו כי אין לתלות בסעיף 246 לפקודת העיריות הדין ב"הצגת מודעות" קשת כה רחבה של צורות פרסום. לפיכך נפסק, כי אין הסעיף מסמך את מועצת העירייה להתקין חוקי-עזר המגבילים חלוקת מודעות מיד ליד. יש לתמוה על מועצת עיריית ירושלים ועל יועציה המשפטיים על שראו להתקין חוקי-עזר העומדים בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון, ובפועל – אף בניגוד ללשון החוק כפשוטה.

אולם בענייננו היה מדובר בהצגת מודעה מעל לוחות המודעות העירוניים הנכנסת ללא ספק לגדר סעיף 246 לפקודת העיריות, ולכן מוסמכת העירייה לפקח עליה. בעצם העובדה שחלק מן הסעיף הותקן על-ידי מועצת העירייה תוך חריגה מסמכות, אין כדי לפסול את חלקי החוקיים (ראה י' קלינגהופר, משפט מנהלי ירושלים, ב' אברהמי עורך, תשל"ד 80–82).

17 א ראה לעיל, הערה 17.

17 ב בפסק הדין המקיף בבג"צ 399/85 בהנא ואח' נ' הועד המנהל של רשות השידור ואח' (טרם פורסם), אשר ניתן לאחר סיום כתיבת רשימה זאת ומשום כך אין בה התייחסות נרחבת יותר אליו, נחלקו השופטים ברק ובד, בין השאר, בשאלה האם מוסמכת רשות השידור לסרב לפרסם דברים אשר ביטויים היווה עבירה פלילית של הדובר (להבדיל מרשות השידור עצמה). בעוד שהשופט ברק סבר כי עצם

9. שונה דינו של הסיפא לסעיף 21(ב)2(הג"ל, שעליו הסתמך מנכ"ל עיריית ירושלים בסרבו להעניק לעותרת את ההיתר המבוקש, ואשר לפיו ניתן שלא להעניק את ההיתר "אם לדעת ראש העיריה יש במודעה משום פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו". סעיף 246 לפקודת העיריות איננו מפרט את העקרונות או את השיקולים אשר לפיהם "העיריה תפקח על הצגת מודעות... או תאסור הצגתם". ברור כי שיקול-דעתה של העיריה בהפעלת הפיקוח או בהטלת האיסורים אינו בלתי-מוגבל¹⁸. כדברי ממלא מקום הנשיא (כתוארו אז) אגרנט:

העקרון הכללי הוא, כי כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך ד' אמותיה של המטרה שלשמה הקנה לה החוק את הסמכות הנדונה¹⁹.

נראה לי כי מטרת המחוקק בפקודת העיריות, ובכלל זה בסעיף 246, לה היתה להסמך את העיריות להסדיר את העניינים בעלי האופי המוניציפלי הנוגעים לניהול חיי הערים. לענייננו, אני נוטה לדעה כי בהסמיכו את העיריה לפקח על הצגת מודעות או לאסור את הצגתן התכוון המחוקק כי שיקוליה יהיו בעלי אופי "טכני" ולא יגעו בתוכן הקונקרטי של המודעות²⁰. לדעתי, תכלית סעיף 246 הג"ל היתה לאפשר לעיריות למנוע הדבקה פירטית של מודעות והפיכת תוצות הערים להפקר, כשעריב של מודעות מוצג בכל אתר ואתר. מצב כזה של הפקר עשוי אף לפגוע בחלק מן המעוניינים להציג מודעות, אשר יהיו חשופים להדבקת מודעות אחרות על-גבי מודעותיהם, ללא כל פיקוח. נראה לי, כי סעיף 246 לפקודת העיריות הסמך את העיריות להקצות מקומות ולוחות להצגת מודעות, לחלק את הלוחות לפי נושאי המודעות (כגון מודעות מסחריות/פוליטיות/הודעות העיריה), להגביל את גודל המודעות וצורתן, לקבוע את אורך הזמן שבו תוצג מודעה עד שתוחלף במודעה אחרת ובדומה. במרכיב אין לשלול את הפירוש שלפיו העיריה הוסמכה גם לאסור הדבקת סוגים מסוימים של מודעות (כגון מודעות אישיות או מודעות פרסומיות שעניינן אינו אירועים, מופעים או סרטיקולנוע), בנסיבות

העכירה הפלילית שבביטוי אינה יכולה לשמש טעם להימנעות משידורו מקום בו אין מתקיימת סכנה קרובה לפגיעה חמורה בסדר הציבורי כתוצאה מן השידור, הרי דעתו של השופט כך היתה כי די בפליליות הביטוי על-מנת למנוע את שידורו. מעמדת השופט ברק נובע כי יש לפסול אף את הריסא של סעיף 21(בא) לחוק העזר, בעוד שעל-פי עמדת השופט כך יש תוקף מלא לחלק זה של הסעיף. דעתי היא כדעת השופט כך. אני סבור כי חופש הביטוי כלל אינו קיים מקום בו הביטוי נאסר על-ידי המחוקק. ההגבלות שקבע המחוקק מצטברות להגבלות שנקבעו בהלכה הפסוקה. דבריו של השופט ברק בפיסקה 38 לפסק-דינו, כי "חופש הביטוי יקר הוא לנו מדי, מכדי שנפקיד בידיו מומחה לשידור שאינו בית משפט... את ההכרעה הקשה של מניעה מראש של ביטוי" יפים באותה המידה גם כשהמבחן המנחה את מומחה השידור, בבואו לקבוע האם למנוע ביטוי מראש, אינו זה שנקבע בחוק הפלילי אלא מבחן הסכנה הקרובה לפגיעה חמורה בסדר הציבורי. אמנם ייתכן כי המצב האידאלי הוא כי כל מניעה מראש של ביטוי תהיה טעונה אישור בית המשפט, אולם בנסיבות כהן ההחלטה מופקדת בידי הרשות המבצעת אין כל טעם המצדיק כי בידה יופקר יישום המבחנים הפסיקטיים הכלליים אך לא יישום מבחנים סטטוטוריים ספציפיים, מה גם שאלה אינם בהכרח קשים יותר להפעלה.

18 ראה בג"צ 742/84 בהנא נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד לט(4) 85 (להלן: בג"צ בהנא), 91-92.

19 בג"צ 241/60 ברדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, 1162 בין האותיות ב-ג.

20 כאמור, אולי בכפיות לסמכות שלא "לשתף פעולה" בפרסום המנוגד לחוק.

שבהן קיים מספר מוגבל של לוחות-מודעות, אשר אינו מאפשר הדבקת מודעות מכל הסוגים. קושי מסוים עשויה לעורר המלה "לאסור" המופיעה בסעיף, אולם אף אותה אין כל הכרח לפרש כמתייחסת לאיסור אשר יוטל דווקא בשל תוכנה הקונקרטי של המודעה. כאמור, האיסור יכול להיות מוטל על הצגת מודעות בגדלים ובצורות מסוימים הפוגעים באפשרות להציג מודעות אחרות, על הצגת מודעות במקומות שלא יועדו לכך וכיו"ב.

ההלכה היא כי

הבריקה של הקיקת המשנה עליפי הגבולות, שהותוו לה בחקיקה הראשית, היא, כמובן, קפידה במיוחד, כאשר מדובר בהגבלתה של זכות יסוד. ...בשל המעמד החוקתי המיוחד של זכות יסוד, ייברק באופן קפדני וזהיר, אם אכן יש ללמוד מן ההסמכה של המחוקק הראשי, אם היא קיימת, כי הייתה מונחת ביסודה הכוונה להעניק למחוקק המשנה את הכוח לשנות מגבולותיה והיקפה הקיימים של זכות יסוד.²¹

אכן, אין ספק כי בסעיף 246 לפקודת העיריות הסמיך המחוקק הראשי את העירייה לפגוע בחופש הביטוי, העומד, כאמור, בראש חירויות-היסוד, עלידי הסמכתה לפקח על הצגת מודעות ואף לאסור את הצגתן. אולם – לדעתי – יש מקום להבחין בין הגבלה "טכנית" של חופש הביטוי לבין הגבלתו ה"מהותית"²². הגבלה "טכנית" היא הגבלה המוטלת על מקום הפרסום, גודלו, צורתו הגיאומטרית, משך הצגתו וכדומה. הגבלה כזו מטרתה לשמור על אפשרויותיהם של כל הפרטים המעוניינים בכך להביא את דברם אל הציבור, ולדאוג לכך שהפרסום, מבחינת צורתו, עיתויו ומיקומו, לא יהווה מפגע או מטריד פיזי לסביבה. גם בהגבלה על הצגת מודעות מסוגים מסוימים מטעמים של מחסור במקומות תצוגה ניתן לראות כהגבלה "טכנית", כל עוד אין היא מתייחסת לתוכנה הקונקרטי של מודעה זאת או אחרת, אלא לסיווג הכללי של המודעה. הגבלה "מהותית" על חופש הביטוי היא הגבלה המוטלת על תוכן הפרסום הקונקרטי: המסר המועבר בו, ניסוחו ואף המדיום שבו בחר הדובר להביע את דברו (כגון הלשון שבה הוא משתמש, האמצעי התקשורתי או האמנותי וכיו"ב)²³. הבחנה זו בין הגבלות "טכניות" לבין הגבלות "מהותיות" על חופש הביטוי בוודאי איננה חדשה, וייתכנו מקרי גבול שבהם לא יהיה ברור האם הגבלה פלוגית היא "טכנית" גרידא או שמא יש לה גם השלכות "מהותיות", בפוגעה באפשרותו של הפרט להביא את דבריו לתשומת-לבו של הציבור. למרות זאת, נראה לי כי בדרך-כלל יהיה ניתן להבחין, כאשר דנים בנסיבות קונקרטיות, בין שני סוגי ההגבלות.

10. דעתי היא, כי יש לבדוק מהו סוג ההגבלות שהסמיך המחוקק הראשי את מחוקקה-המשנה להטיל על חופש הביטוי. נראה לי כי סעיף 246 לפקודת העיריות לא

21 בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לו(3) 337, 358 בין האותיות ב-ד. ראה גם ב' ברכה, משפט מינהלי (שוקן, תשמ"ז) 160-164.

22 השווה למחלוקת המתוארת בבג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', פ"ד מא(1) 421 (להלן – בג"צ לאור), 429 בין אותיות השוליים ב-ד.

23 השווה פ' להב (לעיל, הערה 17), 404.

הסמך את העיריות לייסד צנזורה זוטא, אשר תפקח על תוכנן של מודעות המוצגות בחוצות הערים, לצד הצנזורה הממלכתית על מחזות²⁴ ועל סרטים²⁵. מגמתה הכללית של פקודת העיריות, העולה ממכלול סעיפיה, היא הסדרת המנהל העירוני הפנימי, ואין לראות בהטלת צנזורה על תושבי הערים כנכנסת לגדר מגמה זאת. אני מתקשה להניח כי המחוקק, כמעט אגב אורחא בסעיף יחד מתוך שלוש מאות ארבעים ושבעת הסעיפים הכלולים בפקודה, ואשר ניסוחו לקוני למדי, התכוון להסמך את ראשי-העירייה, ואף כל עובדי-ציבור שזכה לאצילה, לפסוק אילו מסרים יהיה ניתן להעביר לציבור תושבי העיר באמצעות מודעות. יש לציין כי לעניין מחזות וסרטים יסד המחוקק מועצה מיוחדת, המהווה "גוף ציבורי, רפרזנטטיבי, המביע את השקפותיהן של שכבות שונות של העם"²⁶, אשר היא המוסמכת להטיל צנזורה על תוכן הדברים אשר הבעתם מתבקשת במדיומים המטופלים על-ידיה. לא כן סעיף 21(ב2) לחוק-העזר, שבו ניתנה הסמכות בידי של אדם יחיד – ראשי-העירייה (המהווה, בדרך-כלל, אישיות פוליטית-מפלגתית מובהקת) – ובפועל, עקב האצילה – בידי מנכ"ל-העירייה, אשר קשה לראות בו "גוף רפרזנטטיבי"²⁷. טעם נוסף למתן פירוש המצמצם את סעיף 246 לפקודת העיריות להגבלות "טכניות" על חופש הביטוי נעוץ בכך שבפקודת המועצות המקומיות (נוסח חדש) אין כל הוראה המסמיכה מועצות מקומיות להגביל בדרך כלשהי את חופש הביטוי. אמנם, בצו המועצות המקומיות (א), תשי"א-1950, אשר הוצא על-פי פקודה זאת נקבע בסעיף 146 כי

המועצה מוסמכת... במידה שאין בכך משום סתירה לכל דין...

(1) לקיים סדר, שלטון תקין ובטחון...

(2) לקבוע סדרים, להטיל איסורים והגבלות... כדי להבטיח... את הסדר...

(10) להסדיר, להגביל או לאסור... צילומי רחוב (או) פרסומת רחוב.

אולם בוודאי אין לסעיף זה תוקף ככל שהוא בא להטיל הגבלות "מהותיות" (ואולי אף ככל שהוא בא להטיל הגבלות "טכניות") על חופש הביטוי, הגבלות אשר זכרן לא נודע בפקודה שמכוחה הוצא הצו. פירוש רחב של סעיף 246 לפקודת העיריות, כאילו הוא מסמך את העירייה להגביל אף את תוכנן של המודעות המוצגות בתחומיה, יביא לפער שרירותי ובלתי-מוצדק לחלוטין בין חופש הביטוי בשטחי שיפוטן של העיריות לבין חופש הביטוי בשטחי שיפוטן של המועצות המקומיות. דומה כי אין לפרש את התחיקה באופן שיגרור תוצאות כה מוזרות ובלתי-הרמוניות, בהתחשב במיוחד במעמדם הכביר של זכויות-היסוד: אין זה סביר כי זכויות-היסוד של האזרח ישתנו בהתאם להגדרה האדמיניסטרטיבית של מועצת היישוב שבו הוא חפץ לממשו.

24 לפי פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת), תא"י ב 1240 (עברית), 1264 (אנגלית).

25 לפי פקודת סרטי ראינוע, תא"י א 128 (עברית), 135 (אנגלית).

26 כג"צ 260/60 פורום פילם נ' המועצה לביקורת פרטים ומחזות, פ"ד סו 611, 613 בין האותיות 1-1.

27 אמנם בסעיף 19 לפקודת העיתונות, תא"י ב 1191 (עברית), 1214 (אנגלית), הוקנתה הסמכות לשרי-הפנים, שאינו "גוף רפרזנטטיבי", לצוות על סגירת עיתון כשל תוכן הפרסומים המופיעים בו. אולם הטעמים להפעלת הסמכות הם מצומצמים מאלה הנקובים בחוק-העזר, ואינם כוללים "פגיעה ברגשות הציבור" בתור שכזאת.

טעמים אלה תומכים במסקנה כי בסעיף 246 לפקודת העיריות לא היה כדי להפוך את ראשי-העיריות או את הפקידים שנאצלו עלידיהם לאפוסטרופסים על תקנת הציבור ועל רגשות הציבור בעריהם תוך פגיעה מהותית בחופש הביטוי, ולכן כי אין תוקף לסיפא של סעיף 21(ב2) לחוקהעזר ולא היה ניתן להסתמך עליו בסירוב להעניק לעותרת את ההיתר שביקשה.

11. כנגד מסקנה כזאת ניתן לטעון לא רק כי אין היא מתחייבת מלשון סעיף 246 לפקודת העיריות, אלא גם שככל שקיימת הצדקה להטיל הגבלות "מהותיות" על חופש הביטוי, היא קיימת דווקא במדיום זה של כרוזות ומודעות המוצגות בחוצות. מדיום זה, להבדיל מהצגות, מסרטים, מספרים ומעיתונים, לעתים קרובות "כופה" עצמו על הציבור. אכן, הציבור בודאי אינו מחויב לעיין בכרוזות ובמודעות למיניהן, אולם מבחינה מעשית, במיוחד אם האותיות המופיעות במודעה גדולות מן המקובל או שמופיעות בה תמונות, יהיה קשה לו להימנע מכך, מה גם שלהבדיל מכלי-ביטוי אחרים (הצגות, סרטים, ספרים), אשר בדרך-כלל עיקרי התכנים שלהם ידועים לציבור "לקוחותיהם" עוד בטרם נחשף אליהם ישירות ויש לו לכן האפשרות להגיע להחלטות מוקדמות ורציונליות האם להיחשף אליהם, הרי בדרך-כלל עיקר תוכנן של מודעות אינו ידוע בטרם העיין בהן. הורים גם יתקשו למנוע מילדיהם הנתונים לפיקוחם לעיין במודעות שבהן הם רואים כ"בלתי-רציונליות", להבדיל מן היכולת הרבה-החסית למנוע מן הילדים להיחשף למדיומים אחרים. יש מקום להתחשב גם בכך, שכתוצאה מן העובדה שלא נדרשים כל מאמץ או יחזמה כדי להיחשף למודעה המוצגת בחוצות, עשוי להיחשף למסרים הכלולים בה מספר רב ביותר של אנשים מכל גוני קשת החברה; ואם למודעה תוכן מסית, יעלה הסיכוי שהיא תביא ציבור גדול להפר את הסדר, לחולל מהומות וכיו"ב.

12. נראה לי כי למרות טעמים אלה אין להכיר בתוקפו של סעיף 21(ב2) לחוקהעזר. אף אם מן הראוי לשקול הטלת הגבלות מהותיות כלשהן על חופש הביטוי מעל לחוות-המודעות, הרי התשתית הנורמטיבית הקיימת אינה בסיס הולם לכך. במשטרנו, שבו חופש הביטוי מהווה ערך-יסודי, הרי מקום בו קיים ספק אם המחוקק התכוון לאפשר הגבלתו המהותית אין להתיר הגבלה כזאת, אף אם לגוף העניין הנדון אין היא נראית בלתי-רצויה. במיוחד יש להקפיד על כך בנסיבות כמו אלה שבפנינו, שבהן ההכרה בפגיעה בחופש הדיבור, אם תתאפשר, תהיה מוגבלת באופן שרירותי בעליל לחלקים מסוימים של המדינה, כשספק אף אם המנגנון המצנזר (מנכ"ל-העירייה) נהנה מן הכשירות הדרושה למילוי תפקיד כה רגיש.

ג. הסירוב לתת את ההיתר

13. בהנחה כי בכלי-זאת סעיף 21(ב2) לחוקהעזר הוא חוקי, יש לבחון את נאותות הדרך שבה נקט בית-המשפט העליון בבג"צ המעגל הלאומי בהפעילו ביקורת שיפוטית על ההחלטה לסרב להתיר את הצגת המודעה.

14. לדעתי, הדרך שבה בית-המשפט העליון נימק את החלטתו לדרות את העתירה אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות אשר גובשו על-ידי לראשונה בבג"צ קול העם ואשר אותם חזר ואימץ במספר רב של פסקי-דין²⁸, במיוחד מן העת האחרונה. על דבריו של השופט (כתוארו אז) אגרנט בבג"צ קול העם אמר אף השופט דב לוי, אשר כתב את פסקי-דין בבג"צ המעגל הלאומי, כי הם

אכן פינה בשיטתנו המשפטית, והעקרונות הגלומים בהם מקובלים על הכול, עד שאין עוד להרהר אחריהם²⁹.

משום-דמ, בבג"צ המעגל הלאומי התעלם השופט לוי מבג"צ קול העם ומשורה ארוכה של פסקי-דין אשר אמצו את העקרונות הגלומים בו לענין מעמדו של חופש הביטוי ומעמדן של חירויות-יסוד אחרות, ודחה את העתירה בצורה לקונית, על-יסוד נימוקים השאובים מן הכללים השגרתיים של דיני המינהל הציבורי. מקובלים עלי דבריה של הפרופ' להב כי

קשה להתעלם מן העובדה, שלא רק בבית-המשפט יש לתלות את הקולר. יתכן שגם עורכי-הדין של הצדדים אינם ערים דיין לעיקרון של חופש הביטוי, ולהגנה שזכה לה בקול העם, ואינם מציגים אותם בפני בית-המשפט. אך עם זאת, שוגה בית-המשפט לדעתנו, שעה שהוא מחיל כללי מינהל ציבורי רגילים על בעיות מסוג זה, ומוטב שיקפיד הקפדת יתר שלא להרשות הגבלה או התערבות בחופש הביטוי על-ידי רשות מינהלית, בלא שזו פעלה לפי קריטריונים ברורים, חדים ורציונליים³⁰.

15. תמצית ההלכה שנקבעה בבג"צ קול העם היא שבהעדר תחימה מדויקת ומצומצמת של סמכויות הרשות המינהלית בחיקוק המסמך, בית-המשפט הוא אשר יקבע את המבחן שלפיו תחליט הרשות האם לשלול את החופש לביטוי מסוים³¹. בענייננו הסמך וחוקהעזר את המשיבים לסרב להתיר הצגת מודעה אם לדעתם "יש במודעה משום פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו".

על בית-המשפט, אילו הלך בתלם שנקבע בבג"צ קול העם, היה לקבוע את המבחן אשר לפיו ייעשה האיזון בין עקרון חופש הביטוי לבין עקרונות תקנת הציבור והשמירה על רגשותיו או לשאוב מבחן כזה מפסיקה קודמת. שני הפרמטרים לקביעת איזון עקרוני כזה היו מידת האינטנסיביות של הפגיעה שתגרום המודעה לתקנת הציבור ולרגשותיו וההסתברות להתרחשותה³² (בעיה נוספת שבה היה צריך להכריע היתה פירוש של הביטוי "תקנת הציבור" המופיע בסעיף 21(ב2) לחוקהעזר. דומה כי יש לפרש את הביטוי כמתייחס לסדר הציבורי ולשלום הציבור במובנם הפיזי, להבדיל מרגשות הציבור שאף הם מוזכרים בסעיף).

28 ראה פסקי-דין שהוזכרו לעיל בהערות 1-2, 21-22.

29 בג"צ 243/82 זכרני נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ז (1) 757 (להלן: בג"צ זכרני), 765 מתנת לאות ו.

30 פ' להב (לעיל, הערה 7), 406.

31 בג"צ קול העם, 881-882; ראה גם א' ברק (לעיל, הערה 8), 140.

32 השווה בג"צ לאור, 435 מול אות השוליים ד.

16. אולם לא זו הדרך שבה הלך השופט לזון בדיונו בעתירה. לאחר שעמד על כך שלעותרת, כלכל אזורת, קגויות במדינתנו זכויות יסוד וביניהן הזכות לספק מידע ולהביע דעה ולהעמיד נושאים לויכוח³³,

ובכך הבהיר כי היה ער לכך שבעתירה היתה מעורבת בעיה של חופש הביטוי³⁴, לא פנה, כפי שהיה ניתן לצפות, להגדרת המבחן שעליה ייקבע, לעניין התרת פרסום מודעות בתחומי עיריית ירושלים, האיוון בין חופש הביטוי לבין תקנת הציבור ורגשותיו. במקום זאת הסתפק באמירה:

השאלה החשובה לענייננו היא, כיצד עושים זאת ואיך מוצגים הדברים לפני הציבור³⁵.

אין ספק כי לסגנון ולדרך ההתבטאות³⁶ ואף למדיום המשמש ככלי-ביטוי³⁷ עשויה להיות חשיבות כאשר מחילים עיקרון משפטי כללי על עובדות ונסיבות קונקרטיות. אולם מאחר שהשופט לזון לא הציג כל עיקרון הקובע מה צריכות להיות מידת הסכנה לפגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו וההסתברות להתממשותה כדי שיהיה ניתן לשלול את חופש הביטוי, עשוי להשתמע מדבריו כי חופש הביטוי מוגבל מלכתחילה, וכי אין חופש להתבטא אלא בדרך ובצורה "נאותות". השקפה זו אינה עולה בקנה אחד עם הדימוקרטיות:

כוחה של זו אינה ההכרה בזכותי לשמוע דברי נועם, הערבים לאוזני. כוחה של זו בהכרה בזכותו של הזולת להשמיע דברים הצורמים את אוזני והצובתים את לבי³⁸.

אמנם חופש הביטוי אינו חסין מפני הגבלה, אולם מן הראוי להגבילו רק בנסיבות שבהן מימושו המלא עלול לפגוע בזכות או באינטרס אחרים – פגיעה אשר מידת חומרתה וההסתברות להתרחשותה עומדות בתנאי של כלל משפטי מוגדר. סיכם השופט לזון:

...לא נוכל לומר, כי השיקולים שהגחנו את המשיבים בדחותם את הבקשה להיתר לוקים בחוסר סבירות או שפגומה היא משיקולים פסולים אחרים³⁹.

דברים אלה מזכירים במידת-מדה את הנמקתו של בית-המשפט העליון לרדייתתה של עתירה שהוגשה על-ידי העיתון "קול העם" (להלן: בג"צ קול העם הראשון)⁴⁰ חודשים

33 בג"צ המעגל הלאומי, 14-15.

34 להבדיל ממספר פסקי-דין שבהם נראה כי בית-המשפט לא היה ער לכך שבמחלוקת שבה דן היתה מעורבת בעיה של חופש הדיבור, ולכן דן בה לפי הכללים הרגילים של דיני המינהל הציבורי. ראה פ' להב (לעיל, הערה 7), 403-406.

35 בג"צ המעגל הלאומי, 15 מעל האות א.

36 אך השווה פ' להב (לעיל, הערה 7), 398.

37 ראה בג"צ לאור, 440 בין אותיות השוליים ו-1.

38 שם, 441 בין אותיות השוליים ד-ה.

39 בג"צ המעגל הלאומי, 15, בין האותיות א-ב.

40 בג"צ 25/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 163.

מספר לפני שהוגשה העתירה אשר פסקהדין שניתן בה – בג"צ קול העם – מהווה, כאמור, מורה הדרך בסוגיית מעמדו של חופש הביטוי במשפט הישראלי⁴¹. בבג"צ קול העם הראשון היו העובדות דומות ביותר לעובדות שעל בסיסן נפסק בבג"צ קול העם (סגירת עיתון בשל פרסומים שאותם ראה שרהפנים כמסכנים את שלום הציבור). את נימוקיו לדחיית העתירה בבג"צ קול העם הראשון סיכם בית המשפט כך:

אין לומר כי מסקנת שר הפנים... מופרכת מעיקרה ושאינן לה על מה שתסמוך. היוצא מזה, שעל כל פנים לפחות במידה שהוא מסתמך על נימוק זה, אין בידנו לקבוע כי הצו הורג ממסגרות החוק, פקודת העיתונות, ואין להיענות לבקשה⁴².

המשותף להנמקות בבג"צ קול העם הראשון ובבג"צ המעגל הלאומי הוא בניסוחן הלקוני אשר אין בו זכר לבעייתיות המיוחדת של פגיעה בחופש הביטוי ולכללים המשפטיים המיוחדים שלהם נזקקת הביקורת השיפוטית בדונה בפגיעות כאלה. אולם בעוד שבג"צ קול העם הראשון ניתן עוד בטרם נקלטו כללים אלה במשפט הישראלי, הרי הגישה בבג"צ המעגל הלאומי מהווה ריאקציה של ממש, ולמעשה מחזירה את המשפט הישראלי לימי הבראשית שלו.

אמנם, בבג"צ המעגל הלאומי נזקק בית המשפט העליון לביטוי המודרני "סבירות"⁴³ ואף ציין כי קנוי לעותרת חופש הכיטוי, אולם בהנמקתו המשפטית הוא התעלם לחלוטין מחופש הכיטוי ובוודאי לא הקנה לו את מעמדהעל שלו זכה בבג"צ קול העם ובפסקידין רבים אחרים שבאו בעקבותיו. אין משמעות רבה בבחינת סבירותה של פגיעה בחופש הביטוי אם בית המשפט לא מציב אמת מידה משפטית אשר תקבע סבירות זאת מהי. יש צורך לקבוע מבחן אשר יגדיר את מתחם הסבירות שבתוכו מוסמכת הרשות המינהלית להפעיל את שיקול-דעתה⁴⁴. בלא קביעת מבחן כזה תהיה התוצאה שכל אפשרות, רחוקה ככל שתהיה, לכל פגיעה, ועירה ככל שתהיה, בתקנת הציבור או ברגשותיו, תצדיק את שלילת חופש הביטוי, והחלטת השלילה תיחשב מן הבחינה המשפטית כמצויה במתחם הסבירות.

17. בניגוד למקובל בפסקידין מסוג זה⁴⁵, לא צוטט בבג"צ המעגל הלאומי הטקסט שאותו פסלה הרשות⁴⁶. לפיכך אין אפשרות לקורא פסקהדין לגבש כל רעה האם בפועל

41. לדיון ביחס שבין בג"צ קול העם הראשון לבין בג"צ קול העם ראה פ' להב, "קיום להשקפת העולם המשפטית של השופט אגרנט", גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, התשמ"ז) 9, 16-23.

42. בג"צ קול העם הראשון, 168, בין האותיות ה-ז.

43. דרוקסריגית הסבירות המינהלית ראה בג"צ 389/80 דמי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421.

44. השווה בג"צ לאור, 438-439.

45. ראה פסקהדין שהוזכרו לעיל בהערות 1, 3 ו-22.

46. הגם שלא היה מחוץ לאפשרויות להשיג את נוסח המודעה האמורה ולהביאו במסגרת הרשימה, ביכרתי שלא לעשות כן. לדעתי אין זה מן הראוי להתייחס לפסקדין לאור עובדות שלא נכללו בו, ואשר יריעתן היא "אישית" בלבד. אכן, "את משמעותו של פסק דין... אין ללמוד אלא מן הדברים שנאמרו בו, ולא מדברים הכמוסים בתיק או בליבו של השופט" (י' זמיר, "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הסרקליט כו [תשל"ז] 212, הערה 2).

היתה הפסילה מוצדקת. אמירתו הכמעט-אפולוגטית של השופט לוי –

נרגיש, כי את המודעה יש לקרוא בכללותה, על כל המשמעויות המבצבצות ועולות מתוכה⁴⁷

– עשויה דווקא להעלות את ה"חשד" כי אין סיכוי רב שהמודעה כשלעצמה, אם תוצג מעל לוחות-המודעות, תסית את הציבור לגרום להפרת הסדר או תפגע פגיעה קשה ברגשותיו, שכן יש להניח שבדרך-כלל מודעה שניסוחה מרומז ומשמעותה אינה גלויה על-פניה באופן בוטה לא תביא לתגובה ציבורית חריפה. למותר לציין כי דברים אלה על אופייה המרומז של המודעה והסיכוי הנמוך שהיא תביא לפגיעה רצינית באינטרסים שעליהם סעיף 21(ב2) לחוק-העזר בא להגן הם בגדר ספיקולציה גרידא. אולם העלאתן של ספיקולציות היא תולדה של היעדרם בפסקי-הדין של הנתונים העובדתיים הרלבנטיים ושל העקרונות המשפטיים הישימים על נתונים אלה.

18. כאמור, הדרך שבה בית-המשפט העליון היה צריך ללכת בדונו בעתירה היתה לנסח מבחן משפטי אשר יקבע, לצורך סעיף 21(ב2) לחוק-העזר, את האיוון בין חופש הביטוי לבין תקנת הציבור ורגשותיו. מהו המבחן הראוי? המודעה, כפי שתוארה בפסקי-הדין⁴⁸, היתה מודעה פוליטית. פרופ' להב עמדה על כך שבפסקי-דין אחרים⁴⁹ קיימת נטייה לגישה

המעניקה חסיון מוחלט לביטוי פוליטי, המבקש את הממשל או שאינו מקובל בחברה⁵⁰.

לענייננו, משמעות גישה זאת היא כי העירייה לא היתה מוסמכת לסרב להתיר לעותרת להציג את המודעה, אף אם פרסומה היה פוגע פגיעה וראית וגסה בתקנת הציבור וברגשותיו, וזאת בשל אופייה הפוליטי. אולם בהתחשב בכך שקשה לעגן גישה זאת בלשון הסעיף, מה גם שאף בית-המשפט העליון לא נקט אותה בעקבות⁵¹, לא נראה כי היא תחול בענייננו. יש לקבוע אפוא עיקרון אשר יקבע את מידת הפגיעה והסתברותה בתקנת הציבור וברגשותיו אשר יצדיקו סירוב להתיר הצגת מודעה. בבג"צ קול העם, שבו מול הערך של חופש הביטוי עמד הערך של שלום הציבור, נקבע כי כדי שיהיה ניתן לפגוע בחופש הביטוי נדרשת ודאות קרובה לפגיעה חמורה בשלום הציבור. לעניין ההכרעה בין

47. בג"צ המעגל הלאומי, 15 בין האותיות א-ב.

48. ראה לעיל, הטקסט להערה 13.

49. פסקי-הדין אשר צוינו עליידי הפרופ' להב הם בג"צ 206/61 המפלגה הקומוניסטית הישראלית נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד טו 1723; בג"צ 243/62 אולפני הסרטה נ' גרי, פ"ד טו 2407; ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בך-משה, פ"ד כב(2) 427; בג"צ 144/74 ליבנה נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד כח(2) 686. מגמה דומה, אם כי בהקשר שונה מעט, ניכרה לאחרונה בכמה פסקי-דין שבהם גורנו זכויותיו של חבר-הכנסת מ' כהנא: ע"כ 3/84, 2 ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225; בג"צ 83/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141; בג"צ כהנא.

50. פ' להב (לעיל, הערה 7), 409.

51. ראה שם, 410-411.

חופש הביטוי לבין שלום הציבור אומץ מבחן זה בפסקי דין נוספים.⁵² מבחן דומה אומץ לעניין ההכרעה בין חופש הביטוי של עובדי הציבור לבין האינטרסים של שירות הציבור.⁵³ לעניין ההכרעה בין חופש הביטוי לבין טוהר ההליך השיפוטי אומץ מבחן האפשרות הסבירה להשפעה אסורה.⁵⁴ לעניין סמכויות המועצה לביקורת סרטים ומחזות נקבע בבג"צ לאור, שנפסק לאחר בג"צ המעגל הלאומי, כי רק ודאות קרובה לפגיעה קשה, רצינית וחמורה בסדר הציבורי (ובכלל זה רגשות הציבור) תאפשר פסילת מחזה. המאטריה שבה עסק בג"צ לאור קרובה במיוחד לענייננו, בשל זהות האינטרסים המתמודדים: חופש הביטוי, מחד גיסא, מול הסדר הציבורי (או כנוסח סעיף 21(ב)(2) לחוק העזר – "תקנת הציבור ורגשותיו"), מאידך גיסא. אולם אין להתעלם מן ההבדל בין המדיומים שבהם עסק כל אחד מפסקי הדין, בעוד שבג"צ לאור עסק ב"הצגתו של מחזה בתיאטרון – המיועד מטבע הדברים לקהל מצומצם ולעתים נבחר הבא מיוזמתו שלו לחזות במחזה"⁵⁵, הרי שבג"צ המעגל הלאומי עסק בהצגת מודעה מעל לוחות המודעות העירוניים – מודעה שאליה חשוף הציבור בכללותו ושהעיון בה איננו דורש כל "יוזמה". להבדל זה עשויות להיות שתי נפקדות: האחת נוגעת לקביעת המבחן המשפטי עצמו, והאחרת נוגעת ליישום המבחן על העובדות. מבחינת המבחן המשפטי ניתן לומר, כי אין לדרוש את אותה המידה של פגיעה ברגשות, בנסיבות שבהן קשה לציבור להימנע מלהיות חשוף לפרסום. פומביותה הרבה של מודעה המוצגת מעל לוחות המודעות העירוניים עשויה להצדיק שלא להתיר את הצגתה, אף אם הפגיעה שהיא פוגעת ברגשות הציבור אינה "קשה, רצינית וחמורה". מבחינת יישום המבחן על העובדות יש להגות, כי בפומביות המודעה יש כדי להגדיל את ההסתברות לכך שהצגתה תביא לפגיעה בסדר הציבורי ובשלום הציבור, שכן עשוי לצפות בה המון רב ובלתי-סלקטיבי, העלול להיות מוסת בהשפעתה לפעול בדרך אלימה או בלתי-חוקית אחרת. גם כאשר לפגיעה ברגשות הציבור – ככל שגדל מספר בני הציבור שרגשותיהם עשויים להיפגע מן המודעה, כך גדל משקלה הכללי של הפגיעה ברגשות הציבור.

לדעתי, כדי שלא להיכשל בהבחנות ריקנות בין פגיעה "קשה, רצינית וחמורה" לבין פגיעה "ממשית" וכיו"ב, מן הראוי לקבוע כי גם לגבי הצגת מודעות מעל לוחות המודעות העירוניים המבחן הראוי הוא מבחן האפשרות הקרובה לפגיעה חמורה בתקנת הציבור או ברגשותיו.⁵⁶ אולם ביישום המבחן יהיה, כמובן, מקום להתחשב בתכונותיו המיוחדות של המדיום: שכן אותו טקסט עצמו עשוי להביא להשפעות שונות בהתאם למדיום שבאמצעותו הוא מועבר.

52 ראה בג"צ זכרונ, בג"צ לוי.

53 ראה בג"צ ספיר.

54 ראה ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד (ז) 565.

55 בג"צ לאור, 440 בין אותיות השוליים ו-1.

56 עשויה לעלות גם הטענה כי לנוכח העובדה שהמודעות מורכבות על-ידי העירייה מעל לוחות עירוניים, יש לאפשר לעירייה יתר פיקוח על תוכנן. לדעתי, יש לרחות טענה זאת: חוק העזר עצמו אוסר הדבקת כרזות שלא על-ידי העירייה (סעיף 26(א)), ועל-כך-לפנים, העירייה היא גוף ציבורי אשר אינו רשאי להפלות בין הנזקקים לשירותיו תוך פגיעה בחירויות היסוד שלהם.

למותר לציין כי אין זה השיקול היחיד בהפעלת המבחן. כך, יש מקום להתחשב גם בהרכב אוכלוסיית המקומות שבהם אמורה המודעה להיות מוצגת. אף אם לעתים לא נעים להודות בכך, הרי יש להניח כי מודעה הקוראת לפגיעה באזרחים ערביים תביא לפגיעה קשה יותר ברגשות אזרחים אלה מאשר ברגשותיהם של יהודים. לעומת זאת, ייתכן כי למודעה בעלת תוכן או משמעות מסתתרים יהיה אפקט חזק יותר מבחינת הסדר הציבורי ושלום הציבור בשכונות שבהן שוררים מצוקה כלכלית, בערות ורגשות קיפוח מאשר באזורים מבוססים מבחינה סוציו-אקונומית. כאמור, בשל התמציתיות הרבה של תיאור העובדות בפסקה דין, קשה להעריך האם מתקיים מבחן האפשרות הקרובה לפגיעה חמורה בתקנת הציבור או ברגשותיו במודעה שבקשר אליה הוגשה העתירה. דומה, כי בדרך-כלל לא תביא מודעה שניסוחה אינו בוטה ושמשמעותיה רק "מבצבצות" מתוכה ואינן גלויות על-פניה לאפשרות קרובה לפגיעה חמורה בסדר הציבורי, אם כי, בהעדר הנתונים העובדתיים, זוהי ספיקולציה גרידא. ייתכן כי היה ראוי להבחין, לצורך מתן היתר להצגת המודעה, בין אזורים בירושלים שבהם ניתן להניח כי הפרסום לא יביא לפגיעה חמורה ברגשות הציבור או בשלומם, לבין אזורים שבהם מתקיימת סכנה כזאת, ולהתיר את הצגתה רק באזורים מן הסוג הראשון.

יודגש שוב כי תוכן המודעה כשלעצמו אינו יכול להוות מבחן להתרת הצגתה. עקרון חופש הביטוי חל במידה שווה על מודעות שתוכנן שקרי, מקומם, אכזרי ומטופש ועל מודעות שלדעת בית-המשפט תוכנן אמיתי, שקול ונכון. בקשר לכל סוגי המודעות השאלה היא אובייקטיבית ועובדתית, ועניינה השפעתה הצפויה של הצגת המודעה על בני הציבור: האם בפועל קיימת אפשרות קרובה לפגיעה חמורה, רצינית וקשה בסדר הציבורי.

19. גם בהנחה שלפי מבחן זה אין לפסול את המודעה, ייתכן כי היה ניתן לפסול אותה מכוח הרישא של סעיף 21(ב2) לחוק-העזר, שבו נקבע כי

ראש העיריה רשאי...לסרב לתת היתר אם יש בפרסום המודעה משום עבירה על הוראות...כל דין.

כאמור, בנמקו את החלטתו לסרב להתיר להציג את המודעה, הביע מנכ"ל-העירייה את דעתו כי

תוכנה של המודעה עלול לגרום לשליליות יצרים ולעורר מרגזים ואינה בין יהודים וערבים. להבנתו, יש, בחלק מן הדברים, גם משום הסתה⁵⁷.

בהנחה כי תיאור זה הוא נכון, הרי אפשר שהצגת המודעה מהווה עבירה לפי סימן א'1 לפרק ה לחוק העונשין, תשל"ו-1977 (להלן: החוק), סימן שכותרתו "הסתה לגזענות". סעיף 144 לחוק קובע:

(א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו - מאסר חמש שנים.
(ב) לעניין סעיף זה, אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא ואם היה בו אמת או לא.

57 בג"צ המקגל הלאומי, 14, בין האותיות ה-1.

בסעיף 144א לחוק מוגדרת "גזענות" כדלקמן:

רדיפה, השפלה, ביוז, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסיה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני.

מסעיף 144ב(ב) לחוק ניתן ללמוד, כי המחוקק לא ראה להתנות את עבירת ההסתה לגזענות בגרימה ממש של גזענות, אלא שם את הדגש על כוונת המפרסם. לענייננו, אם המודעה אכן מגלה כוונה של העותרת להסית ולעורר מדנים ואיבה בין יהודים לערבים (והדברים אינם פשוטים, הן מהבחינה הראייתית (אם כי כאן ניתן, אולי, להקל עם מנכ"ל-העירייה, שהוא גוף מינהלי אשר איננו קשור בדיני הראיות המחייבים את בתי-המשפט)⁵⁸), והן מבחינת דיני העונשין המהותיים (בעיקר בעייתיות משמעותו של הביטוי "מטרה" בהקשר הסעיף)), הרי היה מותר לסרב להתיר את הצגתה, בהיותה עבירה על סעיף 144ב לחוק, אף אם לא התקיימה אפשרות קרובה כי הצגתה תביא לגזענות.

ד. סיכום: מעמדו המשפטי של חופש הביטוי

20. קיימת דעה הקושרת את מעמדו של חופש הביטוי במשפטנו בגישה שיפוטית אנטי-פורמליסטית, המפעילה בגלוי שיקולים ערכיים לברי-משפטיים⁵⁹. אולם דעתי היא כי מן הרגע שערך מסוים הוכנס לשיטת המשפט, הרי אף אם ההכרה הראשונית בו נעשתה בדרך של "חקיקה שיפוטית"⁶⁰ או תוך הפעלת שיפוט ערכי "אנטי-פורמליסטי", הרי על בית-המשפט לצקת את הערך לתוך כללים משפטיים ברורים ומוגדרים במידת האפשר, כדי שאת ההכרעות בפסקי-הדין הבאים יהיה ניתן לבסס בדרך פורמליסטית. המשפט ביסודו הוא דיסציפלינה פורמליסטית, שעיקרה הסדרת ההתנהגות החברתית וההכרעה בסכסוכים לפי כללים שנקבעו מראש, ולא לפי האינטואיציה השרירותית של בית-המשפט. ולענייננו, מן הרגע שחופש הביטוי זכה למעמד בשיטתנו המשפטית, על מעמד זה להתבטא בכללים מוגדרים, אשר לא יאלצו את בית-המשפט להפעיל שיפוט ערכי (ובכלל זה עמידה על חשיבותו וטעמיו של חופש הביטוי) בכל עניין ועניין שיובא לפניו. השופט (כתוארו אז) שמגר עמד על כך כי אין להמיר

אמת...מידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי...באמת-מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה. בכך אין, עם כל הכבוד, כדי להניח את הדעת ו...גם אין בכך כדי להוליד לבחירותה של ההלכה או לאחידותה⁶¹.

אמירתו האנטי-פורמליסטית המובהקת של השופט רב לוין בבג"צ המעגל הלאומי בהתייחסו לחופש הביטוי כי

58 השווה עש"מ 1/66 פסקל נ' היועץ"מ, פ"ד כ(3) 71.

59 פ' להב ולעיל, הערה 41, 16-23.

60 השווה א' ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 25.

61 ר"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 361, 337 בין האותיות ד-ה.

השאלה החשובה...היא, כיצד עושים זאת ואיך מוצגים הדברים לפני הציבור?⁶²

על ההשלכות הגובעות הימנה, ממחישה את הסכנה שבהשאתם של ערכי-סוד "מרחפים באוויר", מבלי לצקת אותם אל תוך כללים משפטיים מוגדרים ככל האפשר.

21. דומה כי בג"צ המעגל הלאומי מעיד על כך, שהערך של חופש הביטוי טרם נקלט באופן אורגני בתוך כללי משפטנו. אופיו הקונסטיטוציוני, וכנראה אף היות מקורו פסיקתי ולא סטטוטורי,⁶³ גורמים לו לעתים להיתפש כערך נעלה אך ערטילאי ולא כזכות משפטית קונקרטית ומוגדרת. אני מתקשה להניח כי הזכויות לאכיפת החוזה, להשבה עם ביטולו או לקבלת פיצויים נזיקיים – אל-על-פי שאף הן, כחופש הביטוי, אינן זכויות מוחלטות – היו נשללות עליידי בית-המשפט בצורה כה לקונית, מבלי לבסס את השלילה על נימוקים משפטיים ועובדתיים מפורטים, כפי שנשלל חופש הביטוי בבג"צ המעגל הלאומי. לדעתי, העובדה כי קשה למצוא פסק-דין – ולעניין זה בג"צ המעגל הלאומי מהווה חריג דווקא – שבו הכריע בית-המשפט במודע בהתנגשות בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים – אשר אינו כולל דיון מפורט בחשיבותו ובטעמיו של חופש הביטוי,⁶⁴ היא כשלעצמה עשויה להעיד על כך שחופש הביטוי אינו נתפש ככלל אורגני במשפט הישראלי, שאין עוד צורך "ללמד עליו סניגוריה". הלא בהחלט אין זה מקובל לכלול בפסק-דין שגרתיים בנזיקין דיון בערך החברתי, המוסרי והכלכלי של חובת המעוול לשלם פיצויים לניזוק.

22. סיכומי של דבר: מעמדו המשפטי של חופש הביטוי יבוצר רק אם בית-המשפט, בדונו במחלוקות שבהן מעורבות בעיות של חופש הביטוי, יקפיד להגדיר ולהפעיל מבחנים ברורים הקובעים את היקפו ואת מגבלותיו (וזאת, אף ללא צורך לחזור ולהכביר מלים על הרציונלים העומדים מאחוריו), ולא יתעלם מהם כפי שעשה, ובכך שגה – לדעתי – בית-המשפט העליון בבג"צ המעגל הלאומי.

62 בג"צ המעגל הלאומי, 15, מעל האות א.

63 אך ראה הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח תשל"ג 448, סעיף 11.

64 השווה פסקי-הדין שהוזכרו לעיל, בהערות 1-5, 22 ו-29.