

קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית־המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי

מבוא א. ההגנה על חופש הדיבור או הביטוי: אבני־יסוד ב. המשפט האמריקני: גבולות הייצוניים לביטוי המוגן א. ג. ביטוי מוגן; קטגוריות פנימיות ד. קטגוריות ואיזונים: השלכות דוקטרינריות א. זמן, מקום ואופן ב. זכות הדיבור לדעת ושמו הטוב של איש־ציבור א. דוקטרינת "הפורום הציבורי" ה. קטגוריות ומוסדות א. דוקטרינת ההגנות ב. מניעה מוקדמת מול ענישה מאוחרת א. פרזמטיוס איזוני ומבנה מערכת המשפט א. עם הפנים לעתיד: דוקטרינה אמריקנית לעידן חוקי־היסוד החדשים א. ז. סיכום

"אכן, עתה, למעלה משלושים שנה לאחר פרשת קול העם, ניתן לדבר כבר על מסורת של חופש הביטוי המקובלת בישראל. היא יונקת מהמסורת האמריקנית. היא קרובה לה. היא שונה ממנה."¹

מבוא

משחלף יובל להלכת קול העם,² וכחמש־עשרה שנה למן אמרתו של השופט ברק בדבר מסורת חופש הביטוי המקובלת בישראל, דומה כי יש מקום לבחון אותה "קרבה ושונות" בין ההגנה הניתנת לחופש הדיבור ולחופש העיתונות בארצות־הברית לבין ההגנה הניתנת לחופש הביטוי בישראל.³ בחינה זו מתבקשת לא רק משום שטרם נעשתה,

* מרצה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה למיכאל בירנהק ולחברי מערכת משפט, חברה ותרבות על הערותיהם המועילות, וכן לעידן לרון, לאיתי אפטר ולזאב מנס על עזרת־המחקר המקיפה.

1 אהרן ברק "החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי" זמנים כו (תשמ"ז) 14, 16.
2 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר־הפנים, פ"ד ז(2) 871 (להלן: עניין קול העם).

3 כידוע, התיקון הראשון לחוקה האמריקנית מעניק הגנה לדיבור ולעיתונות, בעוד שההגנה שפותחה בישראל עוסקת בביטוי באופן כללי – לא רק בדיבור ולא רק בחופש העיתונות. להבדלים אלה יש חשיבות: חופש הדיבור וחופש העיתונות קשורים באופן עמוק להליך הדמוקרטי (ראו: Alexander Meiklejohn *Free Speech and Its Relation to Self Government* (Port Washington, N.Y., 1972), בעוד חופש הביטוי מעניק משקל שווה גם לרציונלים הנשענים על הגשמתו העצמית של האדם.

אלא גם משום קבלתם של חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי־יסוד: חופש העיסוק,⁴ אשר אומנם אינם מגינים במפורש על חופש הביטוי אך כוללים הגנה על הזכות לכבוד האדם ועל הזכות לחופש העיסוק⁵ – שתי זכויות הפורשות לכאורה את הגנתן גם על תחום הביטוי.⁶

בתמצית, פרק זה יראה כי מבחינה דוקטרינרית המשפט הישראלי לא רק אימץ לעיתים נדירות בלבד את דרכי ההתמודדות המקובלות במשפט האמריקני בסוגיות ביטוי שונות,⁷ אלא אף הסתמך לעיתים על דוקטרינות אלה באופן שגוי. כל זאת דווקא מתוך קרבה רעיונית רבה לעקרונות־היסוד שבבסיס השיטה הדמוקרטית האמריקנית, ובראשם עקרון החירות. בעוד שברמת התכליות והרציונלים קלט המשפט הישראלי רבות מעמיתו האמריקני, ברמת הכלל המשפטי־הפוזיטיבי מסתבר כי אימצנו את הנהוג ברוב שיטות המשפט המערביות יותר מאשר את הכללים האמריקניים. תוך כדי הצגת הדברים יועלו היפותזות אחדות בדבר הסיבות שבבסיס תופעה זו, חלקן תרבותיות־חברתיות וחלקן מוסדיות. במסגרת זו ייאמרו מספר מילים נורמטיביות לעניין המשפט הרצוי – או ליתר דיוק לעניין המתודולוגיה הראויה בפיתוח המשפט הרצוי – בעידן החוקתי החדש אליו נכנסה מדינת־ישראל בעקבות הפרשנות שנתן בית־המשפט לחוקי־היסוד שנתקבלו בשנת 1992 ותוקנו בשנת 1994. כפי שיפורט להלן, הטיעון המרכזי של פרק זה אינו כי המשפט האמריקני בהכרח "טוב" יותר (או טוב יותר לחופש הביטוי), אלא שהוא מכיל גישות שמן הראוי לשקלן ברצינות שכן מתיישבות הן עם מבנה שיח ראוי בין הרשויות.

מבנה הפרק יהיה אם כן כדלקמן. ראשית, יוצגו על קצה המזלג מקצת מאבני־היסוד המאפיינות את גישת המשפט האמריקני לחופש הביטוי אל מול הגישה הישראלית. הצגה זו תשלב ניסיון להבין את הגורמים האפשריים שביסוד ההכרעות והדוקטרינות, כפי שהתפתחו. בחלקו השני של הפרק אציג את האופן שבו המשפט האמריקני משרטט את גבולותיו החיצוניים של הביטוי המוגן, ובכך מבחינו מביטויים הנתפסים כלא־מוגנים. אסקור בקצרה את סוגי הביטוי אשר נתפסים כלא־מוגנים, ואבחן הצדקה אפשרית לסיווג זה.

מכאן אבקש לבחון את הקטגוריות הפנימיות המשמשות את בית־המשפט בבואו

4 ס"ח התשנ"ב, 150 (להלן: חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו); ס"ח התשנ"ד, 90 (להלן: חוקי־יסוד: חופש העיסוק).

5 סעיף 2 לחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 3 לחוקי־יסוד: חופש העיסוק.
6 לדיון בשאלה אם חופש הביטוי כלול בזכות לכבוד ראו ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 156–157, 190–192; אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז (תשנ"ז) 223, 231. לדיון בפגיעה בחופש העיסוק מטעם הנובע מחופש הביטוי (ייצוג הולם להשקפות שונות הרווחות בציבור) ראו, למשל, בג"צ 1030/99 אורון נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 406, 662–665, וכן השוו לבג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (להלן: עניין קידום).

7 השוו לדברי השופט מצא, שנאמרו בהקשר של סוגיית ההתנגשות בין זכות הציבור לדעת, הנובעת מחופש הביטוי, לבין הסודיות הנהוגה בבחירת שופטים: "הנה כי כן, משדותיהם של זרים לא נוכל להעשיר בסוגייתנו." בג"צ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661, 676.

לשרטט את היקף ההגנה על ביטוי מוגן (ויש אומרים – בבואו לקבוע את עוצמת ההגנה לה יזכה ביטוי מוגן). מערכת זו כוללת את תכלית פעילותה של הרשות ואת הכלים בהם היא נעזרת על-מנת לממשה.

לאחר שאעמוד על הגבולות החיצוניים והפנימיים שקובעים את סוגי הביטוי הזוכים להגנתו הקשוחה של המשפט האמריקני, אציג שלוש דוקטרינות החלות על סוגי הביטוי הזוכים להגנה הקשוחה ביותר האפשרית במשפט האמריקני: דוקטרינת "זמן, מקום ואופן", דוקטרינת "שמו הטוב של איש-ציבור" ודוקטרינת "הפורום הציבורי". אבקש להציג את התכליות העומדות בבסיסן של דוקטרינות אלה ואת יישומן במשפט האמריקני אל מול המשפט הישראלי.

לאחר שאעמוד בקצרה על טיבם של מבחנים דוקטרינריים אלה, כפי שפותחו בשתי שיטות המשפט הנבחנות, אפנה לבדוק את ההשלכות המבניות-המוסדיות של דרכי ההגנה השונות על חופש הביטוי, בהתבסס על המייחד את המערכת האמריקנית מזו הישראלית. במסגרת זו אדון בהבדלים בדפוסי הפעולה של שתי המערכות כנגזרת של עיצובן המוסדי, תוך התמקדות ב"דוקטרינת ההגנות" ובדוקטרינת "המניעה המוקדמת". לבסוף, אציע כי מן הראוי לעיין שוב בלקחי הניסיון האמריקני – לא רק ברמת הרציונל, אלא גם ברמת הכלל המשפטי – ולשקול את ישימותם בישראל של עידן המהפכה החוקתית.

א. ההגנה על חופש הדיבור או הביטוי: אבני-יסוד

רבות נכתב על חופש הביטוי; דומה כי השדה נחרש דיו וכי אין צורך לחזור ולעסוק בהגדרות וברציונלים, אשר פותחו בספרות ומצאו את דרכם לפסיקה בארצות-הברית ובישראל.⁸ אחרי הכל, חופש הביטוי החוקתי מצוי עימנו למן שנת 1791, עת התקבלו עשרת התיקונים הראשונים לחוקה האמריקנית,⁹ וכתובה בנושא התקיימה אף קודם לכן.¹⁰ אך פטור בלא-כלום אי-אפשר. ראשית, יש לציין את נקודת המוצא של המשפט האמריקני בתחום: הגנה חוקתית, פורמלית, מוענקת לחופש הדיבור ולחופש העיתונות. הגנה זו

8 לפרישת הרציונלים הנשענים על פיתוחים של מלומדים אמריקנים ראו בג'צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (להלן: עניין כהנא נ' רשות השידור). ראו גם אילנה דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 377. לעיסוק נוסף בנושא ראו גיא פסח "הבסיס העיוני של עקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העתונות" משפטים לא(4) (תשס"א) 895.

9 התיקון הראשון לחוקה קובע כך: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press..." (U.S. Const. Amend. I; emphasis added)

10 ראו, למשל: John Locke *Second Treatise of Government* (Indianapolis & Cambridge, C.B. McPherson ed., 1980). לוק, שכתב את ספרו זה בשנת 1690, עסק בחירויות האדם באופן כללי, ורעיונותיו, אשר שימשו בסיס לחוקה האמריקנית, פותחו מאוחר יותר בהקשר של חירות הביטוי על-ידי ג'ון סטיוארט מיל בספרו על החירות (אריה סימון מתרגם, תשנ"ח) 31-95.

מחייבת פירוש המושג "דיבור" (speech), במובחן, למשל, מ"מעשה" (act)¹¹ ואולי אף מסוגי ביטוי (expression) שאינם בגדר "דיבור".¹² זו קביעת היקפה של ההגנה.¹³ מטבע הדברים, המשפט הישראלי - אשר נעדר סעיף ספציפי בחוק החרות, לא כל שכן בחוקי-היסוד, המעניק הגנה כללית לזכות זו - לא נדרש לעסוק בהגדרות מילוליות ובעימות עם כוונות כאלה או אחרות של המחוקק או המכונן. כך מצא המשפט הישראלי את עצמו ללא הגנה כתובה-פורמלית, לפחות ברמה החוקתית, אך גם ללא הגבלות פורמליות כבולות-הגדרה. העדרה של חקיקה, מחד גיסא, וקיומה של התשתית הרעיונית-האידיאולוגית שבבסיס השיטה הדמוקרטית, מאידך גיסא, הניעו את בית-המשפט הישראלי - אם לא חיבוהו - לפתח דוקטרינות יצירות-פסיקה בבואו להכריע בסכסוכים ספציפיים שהתעוררו בדבר הסמכות ואופן הפעלת שיקול-הדעת של פקידי הרשות.¹⁴ דין יציר-פסיקה זה פותח תוך שימוש במתודולוגיות מוכרות מן המשפט המקובל (במובנו

11 למשל, תיאום מחירים נעשה אומנם בדיבור, אך מדובר בהתנהגות. גם ריגול יכול שיעשה בדיבור, אך נסווגו כהתנהגות. בית-המשפט האמריקני ניסה לפתח מבחן לאיתור "מרכיבים תקשורתיים" בהתנהגות. ראו: *Spence v. Washington* 418 U.S. 405 (1974). בעניין זה ראו גם: *Cox v. Louisiana* 379 U.S. 536 (1965) (להלן: עניין *Cox*); וכן: *Loper v. New York City Police Dept.* 999 F.2d 699 (1993), שבו נקבע כי גם קבצנות מותרת מאחר שהיא כוללת בדרך-כלל כוונה להבעה שמובנת על-ידי מי ששומע אותה. ראו דיון גם בפסקי-הדין הבאים: *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* 393 U.S. 503 (1969) (ענידת סרט על הורוע); *West Virginia State Board of Education v. Barnette* 319 U.S. 624 (1943) (סירוב להשתתף בחובת ההצדעה לדגל); *Schenck v. U.S.* 249 U.S. 47 (1919) (להלן: עניין *Schenck*) (שליחת חוזרים למגויסים או למועמדים לגיוס לצבא האמריקני על-מנת להניאם מלהתגייס). השוו לדין בעניין *U.S. v. O'Brien* (להלן הערה 16), שעסק בשרפת פנקס גיוס של הצבא האמריקני. במשפט הישראלי נידון מודל לאיתור המרכיב התקשורתי, בהקשר של גידול זקן, בבג"צ 205/94 נוף נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449, 457.

12 למשל, דיון בשאלה אם הקולנוע הינו ביטוי מוגן כ"מדיום לתקשורת רעיונית": *Mutual Film Corp. v. Industrial Commission of Ohio* 236 U.S. 230 (1915) ראו גם דיון בשאלה אם מסרים תת-סיפיים (subliminal) הינם ביטוי: *Vance v. Judas Priest* 1990 WL 130920 (Nev. Dist. Ct., Aug. 24, 1990), ואם ריקוד ארוטי בעירום מוגן תחת "חופש הדיבור": *Barnes v. Glen Theatre, Inc.* 501 U.S. 560 (1991). בישראל נפסק כי התפרשותו של המונח "ביטוי" רחבה וכי הוא חולש גם על הבעה באמצעות יצירה אומנותית ככל אמצעי (ראו עניין בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, להלן הערה 192, בע' 277). בכלל זה ניתן למנות כמובן את הקולנוע (שם) ואף ביטוי פורנוגרפי (ראו, למשל, בג"צ 5432/03 ש.י.ן. - לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (להלן: עניין פלייבוי)).

13 ניתן לגשת לשאלת ההיקף גם באופן הבא: ראשית, לקבוע מה נחשב "דיבור", קרי, אילו התנהגויות מושג זה מקיף; ולאחר-מכן לקבוע אילו מבין אותן ההתנהגויות יזכו בהגנה, דהיינו, אילו ביטויים ייחשבו ביטויים מוגנים. דיבור או ביטוי שאינם מוגנים ייחשבו, לצורך העניין, "התנהגות". השוו פסק-דינו של השופט ברק בעניין כהנא נ' רשות השידור, לעיל הערה 8, בע' 283, 285.

14 ראו, למשל, בעקבות עניין קול העם, לעיל הערה 2, את בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421.

הרחב), ובראשן חקר הרציונל העומד בבסיסה של ההגנה,¹⁵ ולא דווקא חקר מילולי-מילוני של פסוק כזה או אחר (כגון "דיבור" או "הבעה").¹⁶ נוסף על העיסוק בהגדרות, נדרש המשפט האמריקני לעסוק גם בשאלת תנאי ההגנה: בהנחה שלפנינו ביטוי מוגן, האם מוגן הוא בכל מצב ובכל תנאי? יש שרואים בשאלה זו עניין של עוצמת ההגנה: בהנחה שלפנינו ביטוי מוגן, מה עוצמת ההגנה לה הוא זוכה כאשר הוא פוגע בזכות מוגנת אחרת או באינטרס אחר?¹⁷ בהקשר זה "עוצמת ההגנה" במשפט האמריקני משמעה דרגת הקשיחות של המבחן אותו יפעיל בית-המשפט: בהתקיים מאפיינים מסוימים, עליהם אעמוד בחלק ג להלן, יקפיד בית-המשפט עם הרשות המחוקקת או המבצעת ויוודא כי אכן זוכה הביטוי להגנה החוקתית המרבית. במצבים מוגדרים אחרים יפעיל בית-המשפט סטנדרט ביקורת הדוק פחות, ובכך יאפשר למחוקק או למבצע לפגוע בהיבטים שונים של חופש הביטוי.

לסיכום המבוא הדוקטרינרי, ניתן לדמות את דרכו של המשפט האמריקני, בבואו לפרוש הגנה על חופש הביטוי, לפעולת מלקחיים: מן הצד האחד, ניסיון להגדיר מהו ביטוי מוגן, הן תוך בחינה של מילות הסעיף החוקתי והן על-ידי ניתוח הרציונלים (ההיסטוריים או בני-זמננו) שבבסיס ההגנה המנויה בחוקה – זוהי פעולה החוקרת את הביטוי מתוכו פנימה; ומן הצד האחר, ניסיון להגדיר ביטויים שאינם מוגנים, ובכך לשרטט את גבולות הביטוי מן החוץ. פעולת מלקחיים זו אמורה להניב לא רק את היקפה

15 הדיון עסק לא-אחת בבחינה אם התנהגות הבעתית מסוימת אינה ביטוי, דהיינו, בשרטוט גבולותיו החיצוניים של חופש הביטוי. לפירוט ראו עניין כהנא נ' רשות השידור, לעיל הערה 8, בע' 283.

16 עם זאת, יודגש שגם המשפט האמריקני פנה לא-אחת לחקר הרציונל העומד בבסיס ההגנה על "חופש הדיבור" בבואו לפרש הגדרה זו, כל זאת במסגרת כללי הפרשנות השונים הנקוטים על-ידי. ראו: *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Consumer Council* 425 U.S. 748 (1976); *U.S. v. O'Brien* 391 U.S. 367 (1968); *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989); *U.S. v. Eichman* 496 U.S. 310 (1990); *Abrams v. U.S.* 250 U.S. 616 (1919). (להלן: עניין *Abrams*).

17 ההנחה במשפט האמריקני היא כי אם הביטוי אכן מוגן, על המדינה להראות כי התערבותה נדרשת לשם השגת מטרה ציבורית שיש הכרח להשיגה (compelling state interest), וכי האמצעים שנבחרו "תפורים" היטב לשם השגת אותה מטרה (narrowly drawn או narrowly tailored) או לכל-הפחות אינם רחבים מדי (*Widmar v. Vincent*), וכי האמצעים שנבחרו אינם רחבים מדי (narrowly drawn או narrowly tailored) (להלן: עניין *Perry*). ראו גם פסילת חוק מקומי בבירת ארצות-הברית שאסר הצבת שלטים מכל סוג שהוא סמוך לנציגויות של מדינות זרות אם יש בהם כדי ליצור תדמית ציבורית שלילית למדינות אלה: *Boos v. Barry* 485 U.S. 312 (1988). לעיתים בית-המשפט אינו דורש כי האמצעים שייבחרו יגבילו את הזכות באופן המינימלי הנדרש, אלא שלא ייבחרו אמצעים רחבים מאלה הנדרשים להשגת המטרה: *Ward v. Rock against Racism* 491 U.S. 781 (1989). המדינה תצטרך להוכיח את התאמת האמצעים למטרה גם כאשר מדובר במנגנון רישוי המגביל את חופש הביטוי. כך, למשל, נפסל חוק-עזר עירוני שהתנה כניסה לשטח פרטי למען קידום מטרה בקבלת רישיון מהרשות המקומית. ראו: *Watchtower Bible & Tract Society of New York, Inc. v. Village of Stratton* 536 U.S. 150 (2002). לעניין חוסר ההתאמה בין האמצעי למטרה ראו גם: *Schaumburg v. Citizens for Better Environment* 444 U.S. 620 (1980); *Globe Newspaper Co. v. Superior Court* 457 U.S. 596 (1982).

של גדר ההגנה, אלא גם את גובהה ואת השערים בה. קביעת היקף ההגנה ותנאיה (או עוצמתה) תלויה בתיאוריות פרשנות. יש שנסמכו בעיקר על מרכיבים מילוליים,¹⁸ יש המעדיפים לפנות למרכיבים היסטוריים המביטים אל האופן שבו הובנה ההגנה עם קבלת התיקון לחוקה¹⁹ (ובכלל זה יש אף הפונים לכוונתם המקורית או המשתמעת של המייסדים בדבר הסכנות עימן נועדה ההגנה להתמודד),²⁰ ויש הבוחרים להישען על מרכיבים נורמטיביים-תכליתיים הצופים פני עתיד, אשר מביטים על תפקיד ההגנה כיום לנוכח האיומים על הרציונלים שבבסיס ההגנה בהווה.²¹ קביעות פרשניות אלה משקפות הן תודעה ערכית, בדבר חשיבותו של חופש הביטוי במסגרת שיטת משטר ליברלית או רפובליקנית,²² והן תודעה מוסדית, המתייחסת לתפקידו של בית-המשפט בעיצובם של ערכים אלה ובקביעת התנאים להגנתם.²³ בסופו של יום, חשיבותה של הקביעה אם לפנינו ביטוי מוגן אם לאו רבה במשפט האמריקני, משום שקביעה זו, כשלעצמה, מהווה לא-אחת גם את סופו של הדיון; ביטוי מוגן מחייב עמידה ברף גבוה ביותר בטרם תותר פגיעה בו (אם תותר).²⁴

בעניין זה יצאו המשפט הישראלי והאמריקני מנקודת מוצא דומה, אך נראה שפנו לכיוונים שונים. בית-המשפט הישראלי, בהשראת השופט אגרנט בעניין קול העם, פיתח דוקטרינות אותן תפס כמגלמות "נוסחת איוון".²⁵ ביטוי זה – "נוסחת איוון" – מצריך עיון. כל עוד מדובר ב"איוון אנכי" קפדני, לפיו נדרשת המדינה להראות כי אין מנוס מפגיעה בחופש הביטוי, שכן אם לא תשתמש בכוחה לפגוע בחופש הביטוי קיימת הסתברות קרובה לוודאי שאינטרס עליון של המדינה ייפגע פגיעה קשה וממשית, אכן מדובר ב"נוסחה", או במילים אחרות – במבחן משפטי הדוק למדי. בנקודה זו המבחן

18 ראו את דברי השופט Black בעניין *Konigsberg v. State Bar of California* 366 U.S. 61 (1961) (להלן: עניין *Konigsberg*); את דעת המיעוט של Black בעניין *Scales* 367 U.S. 203 (1961); וכן את דעת המיעוט של Black בעניין *Dennis v. U.S.* 341 U.S. 494 (1951) (להלן: עניין *Dennis*).

19 Antonin Scalia "Common-Law in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws" *A Matter of Interpretation – Federal Courts and the Law* (Princeton, A. Gutman ed., 1997) 3, 37–39; Robert H. Bork "Neutral Principles and Some First Amendment Problems" 47 *Ind. L. J.* (1971) 1.

20 השוו: Keith E. Whittington *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review* (Kansas, 1999).

21 *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964) 273–277 (להלן: עניין *Sullivan*).

22 פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ז) 375, 377. המחברת משרטטת במאמרה קו בין הדילמות העומדות לפני בית-המשפט העליון הישראלי לבין הגישות השונות – הליברלית והרפובליקנית – המאפיינות את הפסיקה האמריקנית.

23 ראו דיון להלן בהערות 145–149 ו-170–174 ובסקסט שלידן.

24 למקרה נדיר בו עמד חוק בביקורת השיפוטית הקפדנית ראו: *Burson v. Freeman* 504 U.S. 191 (1992).

25 לעיל הערה 2, בע' 881–882.

הישראלי עדיין קרוב למקורו האמריקני. אך אם מוגמשים רכיבי הנוסחה,²⁶ או אם מוחלפת היא ב"איוון אופקי", אשר במסגרתו אמור בית-המשפט לבחון את עוצמתם היחסית של הזכויות הנפגעות (או של האינטרסים הנפגעים) אלה מול אלה,²⁷ או-או מצויים אנו בשדה משפטי אחר ושונה. בחלוף המישים שנות משפט למן הלכת קול העם, נראה כי בית-המשפט הישראלי הלך בדרך שהובילה את המשפט הישראלי אל מחוזות האיוון. לעיתים אף גזר בית-המשפט את מסקנתו ישירות מאיוון האינטרסים, ללא תיווך של דוקטרינה משפטית, או לכל-הפחות תוך הבהרה שאת העבודה האמיתית מבצעת החשיבה המאזנת, ולא הדוקטרינה.²⁸

והנה, בארצות-הברית קיימת גישה השוללת הכרעות בענייני חופש הביטוי בדרך איוזנית, ואשר קוראת על כל פנים לא להישען על הנמקה איוזנית. גישה זו מחייבת התייחסות לקטגוריות מוגדרות ול"כללים ברורים" (או כללי קו-ווקר - bright line rules): כללים בהירים שתכליתם לצייד את הגופים הממונים על אכיפתם באמות-מידה נהירות ובמבחנים ישימים. יודגש כי זו אינה בהכרח הגישה השלטת בקרב שופטי הערכאות השונות, ובמשפט האמריקני - בכל סוגיה, ובוודאי בסוגיה זו - משמשות גישות שונות בערבוביה.²⁹ עם זאת, ניתן לנסות לחלץ אופן התמודדות מסוים השזור את הדוקטרינות השונות ואת דרכי ההנמקה לכלל מארג לכיד (קוהרנטי) ועקבי. בהקשר זה יצוין כי גם הגישה המאזנת מבית-המדרש האמריקני מוציאה מתחת ידה, בסופו של דיון, דוקטרינה הנראית קרובה מאוד לכלל פורמלי, אשר אינה מותירה בידי הכפופים שיקול-דעת כה רחב כפי שמותירים מבחני האיוון האופקי מבית-המדרש הישראלי.

בחלקים ג ו-ד לפרק זה ארחיב מעט על דרך קטגוריאלית זו להבנת התמודדותו של המשפט האמריקני עם ההתנגשות האפשרית בין זכויות לבין אינטרסים, ועל השיח שנוצר

26 כאשר את רכיב "הקרבה לוודאות" בנוסחה מחליף רכיב של "אפשרות ממשית" או "אפשרות סבירה", ואת רכיב "הפגיעה הקשה והממשית" מחליף רכיב של "פגיעה" סתם, מתערער אופיו של המבחן כ"נוסחה" הדוקה, וצף במקומו החלק ה"איווני" שבמבחן. זאת, משום שבבואו לשקול אם הפגיעה אכן "סבירה", יבחן בית-המשפט לא רק את העניין האמפירי - אפשרות התרחשותו של אירוע מסוים בעולם המעשה - אלא מתבקש כי ישקול גם אם מבחינה נורמטיבית מניעת התרחשותו של האירוע על-ידי פגיעה בחופש הביטוי הינה "סבירה", דהיינו, אם סביר "לשלם את מחירה של הפגיעה" על-מנת למנוע את האירוע אשר "סביר" שיקרה אם לא תימנע הפגיעה.

27 ראו, למשל, בג"צ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נה(4) 267 (להלן: עניין גור אריה), לעניין האיוון בין חופש הביטוי לבין החופש לא להתבטא (על רקע חופש הדת או רגשות הדת).

28 ניתן לראות זאת, למשל, בבג"צ 2481/93 דיין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 480-488, 483 (להלן: עניין דיין). במקרה זה התגלעה מחלוקת בין המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) לבין השופט גולדברג בדבר התנאים בהם ניתן לקיים הפגנה ליד ביתו הפרטי של איש-ציבור. עם זאת, שני השופטים ביססו את עמדותיהם על הטענה כי תנאים אלה הם המאזנים באופן הראוי ביותר בין חופש הביטוי לבין הזכות לפרטיות.

29 לדיון בתקופות השונות בהתפתחותן של הדוקטרינות האמריקניות, תוך ניסיון להבחין בין פסקי-הדין השונים, ראו: David Yassky "Eras of the First Amendment" 91 *Colum. L. Rev.* (1991) 1699.

כתוצאה מאופן התמודדות זה, שיח שבבסיסו דיון בקטגוריות משפטיות או לכל-הפחות בדוקטרינות ברורות. ייאמר שוב כי התזה המרכזית של פרק זה אינה כי הפסיקה האמריקנית עדיפה על הישראלית, ובוודאי לא כי פסיקה זו מובילה בהכרח להגנה טובה יותר בעולם המעשה על חופש הביטוי בארצות-הברית. כידוע, הדשא של השכן נראה ירוק יותר כל עוד מביטים בו מעבר לגדר. לפיכך, פרק זה אינו קורא לקליטתן של ההכרעות האמריקניות הספציפיות – קליטה שהייתה בעייתית אפילו היו אלה הכרעות שפועלן מצוין מעבר לים – וזאת לנוכח ההבדלים בין המדינות כמעט בכל מישור שהוא (חברתי, תרבותי, פוליטי, כלכלי וכו'). הטענה המרכזית אותה מקדם פרק זה היא כי בדרך המוצעת כאן להבנת אופן ההתמודדות האמריקני טמונים יתרונות אחדים – לוגיים ופרגמטיים – שראוי כי ניתן דעתנו להם. אם כן, העיסוק במשפט המשווה הינו מתודולוגי: השיפת מתודה המשמשת (או שניתן לטעון כי משמשת) במשפט האמריקני (לפחות במקרים מסוימים ועל-ידי שופטים מסוימים) והצבתה אל מול המתודה הנהוגה במקומותינו. בכך מהווה הניתוח שלהלן רק תחילתו של דיון, ולא סיכומו. אך בטרם אגע בהבדל שבין חשיבה מושגית-קטגורית לבין דרך האיוון, אציג בקצרה את המודל האמריקני, על תנועת המלקחיים שבבסיסו.

ב. המשפט האמריקני: גבולות חיצוניים לביטוי המוגן

במכרשת גסה ניתן לשרטט כמה תחומי ביטוי – קטגוריות – הקובעים את גבולותיו החיצוניים של הביטוי המוגן בפסיקה האמריקנית, ביניהם: פגיעה בפרטיות,³⁰ דיבה,³¹ גנבת עין,³² גרימה מכוונת של נזק נפשי (intentional infliction of emotional harm),³³ מילות קנטור "לוחמניות" (fighting words),³⁴ תועבה³⁵ והסתה לעברה על החוק (תוך

30 *Time, Inc. v. Hill* 385 U.S. 374 (1967). יצוין כי בתביעות פרטיות "אמיתיות" תביעת הפרט היא לא לפרסם את המידע כלל, במיוחד אם הוא נכון.

31 *Beauharnais v. Illinois* 343 U.S. 250 (1952) (להלן: עניין *Beauharnais*); *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323 (1974) (להלן: עניין *Gertz*).

32 ליישום "ציבורי" של רעיון "גנבת העין", שמקורו בהגנה על אינטרס קנייני, ראו: *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group* 515 U.S. 557 (1995) (להלן: עניין *Hurley*), שבו הוחלט כי אין לכפות על מארגני מצעד פרטי שילוב קבוצות הנושאות מסר שאינו מקובל עליהם, שכן שילוב זה נוטל מן המארגנים דבר-מה השייך להם – זהותם (או המסר אותו הם הפצים להעביר או שלא להעביר).

33 *Farmer v. United Brotherhood of Carpenters & Joiners* 430 U.S. 290 (1977); *Kasachoff v. City of New York* 107 A.D.2d 130 (1985). לדיון בהגבלת הדוקטרינה לאישי-ציבור ראו: *Hustler Magazine v. Falwell* 485 U.S. 46 (1988).

34 *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 U.S. 568 (1942) (להלן: עניין *Chaplinsky*).

35 ראו: *Miller v. California* 413 U.S. 15 (1973) (להלן: עניין *Miller*). ביטויים בהם קיימת הצגה מינית שאינה עולה כדי תועבה אך מערבת ילדים, למשל, ניתנת להסדרה מבלי שיש צורך לעמוד ברף הגבוה המוצב לביטויים אחרים. ראו: *New York v. Ferber* 458 U.S. 747 (1982). ראו גם את פסק-הדין שהשאיר על כנו חוק-עזר עירוני שדרש כי בתי-קולנוע המתמחים בסרטי מין יוקמו במרחקים גדולים זה מזה ומחנאות ספרים המתרכזות בתחום. ראו: *Young v. American Mini Theatres, Inc.* 427 U.S. 50 (1976).

שימת דגש בנטילת שלטון בכוח).³⁶ מעבר לקטגוריות אלה יש לציין כי הביטוי המסחרי בהקשרים שונים זכה אף הוא בהגנה פחותה,³⁷ ויש הרואים סוגים מסוימים של ביטוי מסחרי, כגון פרסומות מסוגים שונים או לבעלי-מקצוע שונים,³⁸ כמצויים על גבול הביטוי המוגן.³⁹ בתחומים לא-מוגנים אלה נתון למדינה הכוח להסדיר את יחסי-הגומלין בין הפרטים בחברה, ובכלל זה לאזן בין חירותו של אדם להתנהג (או להתבטא) בדרך מסוימת (שאינה מוגנת) לבין אינטרסים אחרים, ביניהם הנזק הטמון בביטוי. לעומת זאת, בכל הקשור לביטוי מוגן "ממש" – לפחות ביטוי בעל מאפיינים מסוימים, שאדון בהם להלן – תש כוחה של המדינה לפעול בדרך איוונית כזו, ועליה לבוא המושה בכלים מסוג אחר, שאותם ניתן לכנות "כוח ציבורי". בטרם אפנה לאיזור הביטוי המוגן, אסקור את המשותף לאותן קטגוריות שאינן בגדר ביטוי מוגן.

פרט לתועבה והסתה, ניתן לראות כי הקטגוריות האחרות מהוות ביסודן עוולה אזרחית אותה מבצע אדם כלפי רעהו. מבחינה מושגית ניתן לארגן קטגוריות אלה כמקרים פרטיים של הפרת החובה של אדם לא לפגוע בביטוי המעשי של האוטונומיה של אדם אחר (אקראי לכך "עוולות ביטוי"). כשם שהפרה חוזית, הפרה נזיקית או הפרה קניינית

36 עניין *Dennis*, לעיל הערה 18.

37 לעניין זה ראו את העמדה המסורתית, שאינה בתוקף כיום, שעל-פיה "ביטוי מסחרי

טהור" אינו זכאי להגנה של חופש הביטוי ולכן כפוף להסדרה ממשלתית רגילה. ראו: *Valentine v. Chrestensen* 316 U.S. 52 (1942). כתוצאה מהיסטוריה זו, בית-המשפט מקל בשאלת ההתאמה בין האמצעי למטרה בהגבלת חופש הביטוי המסחרי – ראו: *Board of Trustees of SUNY v. Fox* 492 U.S. 469 (1989) – אף שנדרשת עדיין התאמה מספקת בין האמצעי למטרה: *Thompson v. Western States Medical Center* 535 U.S. 527 U.S. 173 (1999); *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly* 533 U.S. 525 (2001). מעבר לכך, אף אם קיים קשר בין הפרסום המסחרי לבין נושא המצוי בדיון ציבורי, אין מניעה לסווג את הבעיה כקשורה לביטוי מסחרי: *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.* 463 U.S. 60 (1983). סיווג הפוגע בהגנה.

38 דווקא בהקשר זה מצא המשפט האמריקני לנכון להגן על פרסומת לשירותים משפטיים. כך, חוק שאסר פרסום שירותים משפטיים בעיתונות נפסל, ראו: *Bates v. State Bar of Arizona* 433 U.S. 350 (1977), וכך גם חוק שאסר דיוור מכוון-קהל המציע שירותים משפטיים – ראו: *Shapero v. Kentucky Bar Assoc.* 486 U.S. 466 (1988). מצד אחר אושר חוק שאסר "רדיפת אמבולנסים" של עורכי-דין בניסיון להשיג לקוחות, ראו: *Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n* 436 U.S. 447 (1978), ואושר גם חוק שקבע תקופת צינון לשליחת פרסום משפטי לנפגעים בתאונות – ראו: *Florida Bar v. Went For It, Inc.* 515 U.S. 618 (1995). בנסיבות מסוימות הוגדר שידול לקבלת עבודה כמוגן במסגרת חופש הביטוי. ראו: *Edenfield v. Fane* 436 U.S. 412 (1978); *In Re Primus* 436 U.S. 412 (1978); *NAACP v. Button* 371 U.S. 415 (1963); *507 U.S. 761* (1993).

39 ראו, למשל: *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission* 447 U.S. 557 (1980). לעניין הנזק האפשרי ממניעתו של הביטוי המסחרי ראו: *Linmark Associates, Inc. v. Willingboro* 431 U.S. 85 (1977). על המחלוקות והתפתחות הפסיקה בישראל בדבר מיקום הביטוי המסחרי בגדר חופש הביטוי, ראו עניין קידום, לעיל הערה 6, בע' 26–27. ראו גם ע"פ 3426/94 רוט נ' מ"י, פ"ד מט(4) 837; רע"א 1367/95 פרופורציה מרכז רפואי נ' מ"י, פ"ד מט(3) 28.

ניתנות להמשגה במונחים של הפרת חובה שכנגדה עומדת זכות ספציפית בין הנפגע לפוגע שלא ייעשה מעשה ההפרה, כך גם במקרים של עוולות הביטוי השונות. הביטוי הפוגע מגלם בחובו הפרת חובה שניתן לראותה כפגיעה ביסוד חפצי (או מעין-חפצי) של האדם אשר מהווה ביטוי להיותו יצור אוטונומי. למשל, ניתן לחשוב על פרטיות, קניין רוחני, שם טוב ומוניטין, יכולת השתכרות, שלמות נפשית (כחלק משלמות גופנית-פיזית) ומרכיבים דומים נוספים כעל מרכיבים חפציים (או מעין-חפציים, במובן זה שאף אם הם אינם גשמיים, הם ניתנים להמשגה כשייכים לאדם כלפי כולי עלמא). כאשר אדם פוגע באמצעות ביטוי (וללא צידוק מוכר בדיון) במרכיבים ה"שייכים" לאדם אחר, הוא מפר את חובתו כלפי הנפגע לא להשיג גבול או ליטול דבר-מה אשר מיוחד לנפגע, קרי, דבר המגלם מרכיב באישיותו האוטונומית.

במקביל לתפיסה קניינית (או מעין-קניינית) זו, ניתן להמשיג סוג מסוים של ביטויים כמפרים זכויות אישיות המצויות בין אדם לחברו (in personam). בסיטואציות חוזיות או מעין-חוזיות, הביטוי מהווה לא-אחת חלק בלתי-נפרד מהאינטראקציה החוזית, כך שהפרות חוזיות יכול שיעשו (ואף טבעי שיעשו) באמצעות ביטוי - למשל, הצהרה כי אין בכוונתו של א לבצע את החוזה עם ב. גם מצבים מסוימים של הטעיה והצגת מצג-שווא מהווים הפרה של חובות המצויות (גם אבל לא רק) בתחום הזכויות החוזיות שבין אדם לחברו. במקרים רבים נראה בביטוי כזה "התנהגות", ולא "ביטוי", ובכך נוציא מגדר ההגנה הנפרשת על דיבור, אך קביעה פרשנית זו אינה אלא קיצור-דרך אל המסקנה המתבקשת, דהיינו העדר הגנה, שכן הביטוי המפר, לפחות מבחינה עיונית, אינו מאבד את תכונתו כביטוי רק משום שניתן לראות בו גם התנהגות: כל ביטוי הוא סוג של התנהגות (וייתכן שגם להפך). בהקשר זה יודגש כי על הביטוי המפר להיאמר מתוך מודעות בפועל (או לפחות בכוח) להפרת החובה הגלומה בו, שכן עלינו לראות גם בפוגע יצור אוטונומי האחראי למעשיו.⁴⁰

מכאן, ביטויים מסוימים מפרים זכויות שבין אדם לחברו. לא למותר לציין שעוולות ביטוי אלה במשפט הפרטי באות כמובן על רקע הפוך: כל ביטוי שבין אדם לחברו מותר,

40 מרכיב פורמלי נוסף המארגן את המשפט הפרטי מציב את הפוגע והנפגע ביחסי קרבה: מעשה הפגיעה צריך שיעשה כלפי אדם המצוי בקרבה מסוימת לפוגע (חובת זהירות מושגית, חובת זהירות קונקרטיית). לבסוף, הנזק צריך לעמוד בשני תנאים: ראשית, עליו לקיים קשר סיבתי הדוק מספיק למעשה ההפרה שעשה א כלפי ב; ושנית, עליו להיות בעיקרו נזק שמתייחס לייצוג בעולם המעשה של הפגיעה באוטונומיה, או במילים אחרות, על הנזק להיות מוחשי בעיקרו - דרישה המובילה ברוב המקרים להתמקדות בנזק כלכלי. אין אומנם מניעה שהמשפט יכיר בנזק רגשי בלבד, אולם הכרה שכזו מצריכה התגברות על בעיות של כימות וסובייקטיביזציה, שהרי המשפט הפרטי בא לתקן נזק בעולם המעשה, ולפיכך הוא דורש ביטוי מעשי לנזק, ביטוי החורג מגדר נבכי ליבו של אדם זה או אחר. ניתן לומר כי ככל שהנזק הרגשי מוכר כראש נזק עצמאי, יבוא זה לידי ביטוי גם בעולם הכלכלי, אם בדרך של פגיעה בכושר השתכרות פוטנציאלי ואם בגין הצורך לטפל בנזק רגשי זה על-מנת שיוכל האדם הנפגע לממש את חברותו בקהיליית בני-האנוש. משקמה עוולת ביטוי כזו, קמה עימה החובה להשיב את המצב לקדמותו, חובה שהמפר חב כלפי המופר. שיעורה של חובה זו קצוב: פיצוי בגובה הנזק שנגרם או ביצוע-בעין (על-ידי המפר כלפי המופר) של הדרוש ביצוע.

אלא אם כן הוא מהווה הפרה של המשפט הפרטי כאמור לעיל. הביטוי, כמובן, הינו אחד ממרכיבי-היסוד שבאמצעותם ממשש אדם את חברותו בקהילייה של בני-האנוש האחרים, יוצר קשרים, מפתח את אישיותו, חושב ומרגיש. מכאן, עמדתו של המשפט הפרטי כלפי הביטוי היא כעמדתו כלפי כל מרכיב אחר של האוטונומיה האנושית: הוא מוגן עד אשר הוא פוגע באוטונומיה (או במימוש האוטונומיה) של אדם אחר, או במילים אחרות, עד אשר הוא פוגע בחובה שאדם חב כלפי רעהו.

רואים אנו, אם כן, כי הקביעה שעוללות ביטוי מסוימות אינן "מעירות" את ההגנה החוקתית אינה בעייתית בהכרח. על-פי הגישה הפורמלית למשפט,⁴¹ המשפט הפרטי חולש על מערכות יחסים בין פרטים אוטונומיים כביטוי וכהמשך של מימוש האוטונומיה שלהם בחברה אזרחית מאורגנת. לפיכך המדינה אינה מבטאת סדר-יום פוליטי-חברתי מסוים במוסדותיה השיפוטיים האמונים על משפט זה, ואינה מגלמת מרכיבי זהות אורגניים מסוימים (לאום, דת, מורשת, היסטוריה וכו'), אלא מהווה אך את הזרוע הארוכה של הפרטים עצמם בבואם להתקשר עם פרטים אחרים. הרובד הציבורי, העוסק בזכויות האזרח ובחובות המדינה, אינו מעורב כאשר המדינה, באמצעות המשפט המקובל שלה, מגינה על זכויותיו של פרט אל מול פרט אחר, ולפיכך אך טבעי שהחוקה לא תעסוק בהגדרת עוללות ביטוי שבין אדם לחברו.⁴²

שונה המצב בתועבה ובעברות הסתה, שכן כאן נכנסים מרכיבים ציבוריים: המוסר המיני (ואולי המגדרי), כפי שנתפס על-ידי קהילה מסוימת; והגנה על מוסדות המשטר, ובראשם מוסד החוק. אין מדובר כאן בפיתוח של הגנה על אדם אחר, אלא בהגנה על הסדר או המוסר החברתי בכללותו. אין זה כה טריוויאלי שלמדינה יש הכוח לפעול למניעתו של ביטוי המגלם מוסר מיני חורג, כשם שאין זה טבעי שלמדינה יש הכוח למנוע ביטוי הקורא לא לקיים חוק כזה או אחר. לפיכך אנו נדרשים לבחון את ההצדקה לקביעה כי ביטויים אלה אינם בגדר ביטויים מוגנים על-פי המשפט האמריקני.

איסור ביטוי התועבה נשען על התפתחות המוסר המיני החל בסיפור גן-עדן מימי בראשית.⁴³ דומה כי מאז השתרשה ההכרה (הבעייתית) כי קיים סוג של ביטויים מיניים

41 השוו: Ernest J. Weinrib *The Idea of Private Law* (London, 1995).

42 לדיון בתפיסה זו של המשפט המקובל ראו: Amnon Reichman "A Charter-Free Domain: In Defence of Dolphin Delivery" 35 *U.B.C. L. Rev.* (2002) 329. לדיון בסוגיית שמו הטוב של איש-ציבור ראו את הדברים המובאים להלן בחלק ד. בהקשר זה יצוין כי ייתכנו מצבים בהם המדינה תשולב במעשה הפגיעה: היא זו שתכפה פגיעה בפרטיות (על-ידי חיוב הפרט למסור מידע מסוים ועל-ידי שמירתו במאגר). אולם מרכיב זה של פגיעה בחירות אינו ייחודי לתחום הביטוי, ולפיכך דומני שהוא אינו מחייב ניתוח מושגי ייחודי.

43 בראשית, ג, ו-ז. סיפור גן-עדן זה יורד למעשה לעומקו של אחד הכשלים המוכרים בהתפתחות המוסרית המערבית: משאכלו אדם וחוה מפרי עץ הדעת בגן-עדן, ועל-ידי כך למדו להבחין בין טוב לרע, תגובתם הראשונה, והמפתיעה, הייתה לכסות את גופם ולהתבייש במערומיהם, כאילו בכך טמון הרע. אפשר היה לחשוב שעם התבונה תגיע ההכרה כי הפרת מצוותו של האל היא הרע, או שמעשי הפיתוי הינם בגדר רע, אך משום-מה נכשלו אדם וחוה, וזהו את הבעיה המוסרית הבערת דווקא בתחום המיני, וראו בלבישת כסות את פתרונה. ניתן לטעון שמאז הביטוי המיני טעון בטעם של חטא.

שאינו מוסרי כשלעצמו, משל מעיד הוא על גשמיותו החייתית של האדם ובכך פוגע במותר האדם מן הבהמה, ולפיכך תפקידה של החברה האזרחית המאורגנת – ושל השלטון ששמה היא לעצמה – הוא לצאת נגד ביטוי כזה. מנקודת מוצא (בעייתית כאמור) זו ניתן להבין מדוע קיימת גישה לפיה ביטוי שהינו כל-כולו "תועבה" מהווה רע שחובתה של המדינה לאסור את הפצתו (ללא קשר לבגרותם או לבשלותם של קהל הנחשפים אליו).⁴⁴ בתי-המשפט נטו דווקא להתמקד בהשפעה המשחיתה, לדידם, שיש לתועבה על קהל הנחשפים אליה.⁴⁵ זהו מבחן בעייתי, משום שאם אכן ניתן לשקול את תוכנו המזיק של הביטוי, קטן המרחק מכאן ועד לשלילת ביטוי מטעמים אידיאולוגיים כאלה ואחרים.⁴⁶ בהקשר זה פיתח המשפט האמריקני מבחן משולב המתייחס ל"ערך" היצירה, לאופייה

44 האיסור חל על הפצה בלבד, ולא על אחזקה פרטית. ראו: *Stanley v. Georgia* 394 U.S. 557 (1969). החריג היחיד, אך החשוב לכלל זה, הוא שמדינות יכולות להפיל אפילו אחזקה פרטית של פורנוגרפיה של ילדים. ראו: *Osborne v. Ohio* 495 U.S. 103 (1990). שליחת חומר פורנוגרפי למבוגרים המעוניינים בכך הינה פעילות שהמחוקק רשאי למנוע אותה. ראו: *U.S. v. Reidel* 402 U.S. 351 (1971). לביקורת על המתח שבין ההגנה על השימוש הפרטי לבין שלילת המשלוח ראו את עמדתו של השופט Stevens בעניין *Mark v. U.S.* 430 U.S. 188 (1977). נציין עוד כי אי-אפשר להרשיע מוכר של חומר תועבה אם הוא לא ידע על תוכנו של החומר המדובר. ראו: *Smith v. California* 361 U.S. 147 (1959).

45 בפסק-הדין האמריקני המוקדם שדן בסוגיית היחס בין פרסום ה"תועבה" לבין חופש הביטוי נקבע כי פרסום ייחשב תועבה אם הוא מעורר אצל "אדם מן היישוב" רגשות של יצר ותשוקה. ראו: *Roth v. U.S.* 354 U.S. 476 (1957). בפסיקה מאוחרת יותר נקבע כי מקום שניתן לראות בתחושות אלה ביטוי למיניותו הנורמלית והבריאה של האדם, לא ייחשב הביטוי תועבה, וייהנה מהגנת חופש הביטוי. ראו: *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.* 472 U.S. 491 (1985).

46 כפי שאראה להלן בחלק ד, שלילת ביטוי מטעמים אידיאולוגיים הינה בעייתית. ראו, למשל, את כתיבתו של יורגן הברמס (*Jürgen Habermas Legitimation Crisis*) ורוברט פוסט (*Robert Post "Equality"*) (Boston, Thomas McCarthy trans., 1975) and *Autonomy in First Amendment Jurisprudence* 95 *Mich. L. Rev.* (1997) 1517; Robert Post "The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law of Tort" 77 *Calif. L. Rev.* (1989) 957; Robert Post "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*" 103 *Harv. L. Rev.* (1990) 601; Robert Post "Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment" 76 *Calif. L. Rev.* (1988) 297. מלומדים אלה הראו כי בהעדר ספירה מוגנת של חופש ביטוי, ובכלל זה חופש להשמיע דעות הפוגעות בנורמות הנימוס ובמוסכמות הבסיסיות ביותר, צפויה השיטה הדמוקרטית – כשיטה הנשענת על בחירה חופשית – לסבול ממשבר לגיטימיות. אפילו דעות פוגעניות או משתיקות, או שיש בהן כדי ליצור תודעה מעוותת כלפי קבוצה זו או אחרת, זוכות להגנה. החלופה – החשכתן של דעות שליליות אלה – אינה מתיישבת עם מקור הכוח לפעולתה של המדינה בשיטה דמוקרטית, דהיינו, עם בחירה חופשית של האזרחים אשר אינה נובעת מן המדינה ואינה משכפלת את התודעה הרעיונית שהמדינה מכתובה. לפיכך נראה כי האמרה המוכרת שאת השקר יש לחשוף על-ידי הארתו יפה גם לעניין ביטויי הפורנוגרפיה. השוו לעמדת המשפט האמריקני כי "אור השמש הוא המחטא הטוב ביותר". ראו עניין *Sullivan*, לעיל הערה 21, בע' 304.

הכולל הפונה ליצר, ולנזק הטמון בה.⁴⁷ ביטוי שעומד במבחנים אלה הינו תועבה, והמדינה רשאית למנוע את הפצתו בהתאם לכללים החוקתיים הרגילים החלים על פעילות המדינה, כללים שאינם מיוחדים לחופש הביטוי. יצוין כי יש הרואים בביטוי התועבה דבר שאינו ראוי להיכלל בהגדרה של "ביטוי", לא משום שהוא פוגע במוסר או מזיק לאוכלוסייה הנחשפת אליו, אלא משום שהוא אינו כולל מטען תקשורתי מעבר לגירוי פיזי. אם אכן אין זה "ביטוי", כי אם "מעשה גירוי", אזי ניתן לטעון שהרציונלים שבבסיס ההגנה על חופש הביטוי אינם חלים עליו.⁴⁸ יוזכר כי זה ההקשר בו השתמש המשפט האמריקני ב"מבחן

47 בעניין *Miller*, לעיל הערה 35, נקבעו שלושה תנאים (המקפלים בחובם גם מספר תנאי-משנה) המבחינים בין ביטוי תועבה (*obscenity*), שאינו מוגן על-ידי התיקון הראשון, לבין ביטוי גס או לא-נאות (*indecent*), שזוכה בהגנה:

1. אדם מן היישוב, המיישם אמת-מידה המקובלת בקהילייה המודרנית, ימצא כי היצירה בכללותה פונה במהותה אל היצר. פרשנות מאוחרת של ה"קהילייה" מראה כי אין מדובר בהכרח בדרישה לאמות-מידה ברמה הארצית, אלא ניתן להפעיל מבחן זה גם על-פי אמות-מידה של הקהילה באזור שבו הביטוי מתפרסם, ולפיכך גם אמות-מידה של עיירות קטנות (ושמרניות) הינן בנות-הגנה. לדיון ראו: *Jenkins v. Georgia* 418 U.S. 153 (1974), וכן: *Hamling v. United States* 418 U.S. 87 (1974), שנידונו יחד.
2. הביטוי שביצירה מתאר התנהגות מינית באופן בוטה ופוגעני, באופן המוגדר בצורה מפורשת כאסור על-ידי החוק הרלוונטי.
3. היצירה בכללותה נעדרת ערך אומנותי, ספרותי פוליטי או מדעי בעל משמעות. קביעה זו, בניגוד לתנאי הראשון, תיעשה לאור שאלת הערך שהיה רואה ביצירה "האדם הסביר", ולא הקהילה המקומית. ראו: *Pope v. Illinois* 481 U.S. 497 (1987).

רואים אנו, אם כן, שהמבחן ממקם אדם מן היישוב בקהילייה מודרנית (ובכך כולל מרכיב של סבירות), שהוא דורש כי הביטוי הפוגע יוגדר באופן מדויק בחוק (ובכך מונע הגדרות עמומות ורחבות-שוליים), ושנדרש כי ייעדר מן היצירה ערך פודה. על דוקטרינה זו אעמוד מאוחר יותר. מעניין שהמבחן עצמו לזיהוי הביטוי – אם הוא תועבה אסורה או ארוטיקה מותרת – כולל מרכיב שאילו נקלט בארץ כלשוננו, ייתכן שהיה מיושם, או נתפס, כמבחן איווני: ערך היצירה מול הנזק הטמון בה. אך המשפט האמריקני בחר לא ללכת בדרך זו, ודרש, תחילה, כי המדינה תראה שהביטוי חסר ערך כלשהו (*A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts* 383 U.S. 413 (1966), או בהתאם למבחן המעודכן – חסר ערך פודה בעל משמעות. משמעותו של הערך הפודה נבחנת בהקשר של המדיום המשמש להעברת הביטוי: אין דין "גלי האתר" הציבוריים (טלוויזיה ורדיו, אשר נגישים לכל, ובכלל זה לילדים ול"קהל שבוי" – *FCC v. Pacifica Foundation* 438 U.S. 726 (1978)) כדין אמצעי תקשורת שהגישה אליהם מוגבלת, כגון טלוויזיה בכבלים או שירותים טלפוניים של שיחות ארוטיות (*Sable Communications of California, Inc. v. FCC* 492 U.S. 115 (1989), וגם: *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC* 518 U.S. 727 (1996).

48 לדיון ראו: Moshe Cohen-Eliya & Yoav Hammer "Advertisements, Stereotypes, and Freedom of Expression" 35 *Journal of Social Philosophy* (2004) 165, 179; Cass R. Sunstein "Pornography and the First Amendment" 1986 *Duke L. J.* 589, 602–608 (1986). הטענה הועלתה כטענת הגנה לחוק שקבע כי בהגדרת "תועבה" נכללים גם ביטויים גרפיים שכוללים תמונות של נשים אשר נהנות מהשפלה או מקיימות יחסים מיניים מסוגים שונים. בית-המשפט דחה טענה זו, ופסל את החוק

הפיל": כשם שקשה להגדיר פיל באופן תיאורטי, כך קשה להגדיר מהי תועבה בצורה מילונית; "I know it when I see it", טבע השופט סטיוארט (Stewart).⁴⁹ מכיוון שברוב המקרים המשמעות החברתית והמשפטית של זיהוי לא־נכון של פיל (למשל, זיהוי היפופוטם כפיל) שונה מהמשמעות של זיהוי לא־נכון של תועבה (למשל, זיהוי של ביטוי מוגן כתועבה לא־מוגנת),⁵⁰ פיתח המשפט האמריקני במקביל דוקטרינות שנועדו להתמודד בדיוק עם מצבים גבוליים אלה.⁵¹

כאמור, גם הסתה לביצוע פשע הינה קטגוריית ביטוי שאינה מוגנת. לכאורה, התכלית ברורה: להגן על הסדר הציבורי מפני אי־ציות לחוק, ולהגן על ערכי־היסוד של הדמוקרטיה, על־פיהם שינוי הדין חייב להיעשות בהליכים דמוקרטיים, אם באמצעות הנציגים הנבחרים בבית־המחוקקים ואם באמצעות שכנוע בית־המשפט לסטות מהלכה מסוימת. זאת ועוד, כשם שעוולות הביטוי מהוות פיתוח תיאורטי של המשפט הפרטי, כך ההסתה מהווה פיתוח תיאורטי של המשפט הפלילי, העוסק בהדחת אדם לביצוע פשע⁵² –

בטענה כי הוא תלוי־תוכן וכולל העדפת עמדה (שנויה במחלוקת) לגבי מהות קיום היחסים. ראו: *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut* 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985) (להלן: עניין *Hudnut*). הנושא הועלה גם בעניין פלייבוי, לעיל הערה 12, בפסקה 4 לפסק־דינו של השופט חשין ובפסקה 2 לפסק־דינו של השופט טירקל; וכן בדברי השופט חשין בבג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 688–691 (להלן: עניין אימפריית החושים). יצוין כי הטענה שביטויי תועבה נעדרים מסר תקשורתי מצויה במתח עם הטענה כי בביטוי פורנוגרפי קיים מסר המשפיל את האישה, יש המשיבים על טיעון זה באמצעות ייחוד של אופן הצגת המסר: זהו אופן עקיף, שאינו מעודד דיון וליבון. לפי שיטה זו, אופי הגירוי תלוי גם בדרך הפרסום של דבר התועבה, ולא רק בתוכנו. ראו: *Ginsburg v. U.S.* 383 U.S. 463 (1966). עם זאת, לא ברור מדוע הדרך הנכונה להתמודד עם מסר משפיל כזה היא באמצעות פגיעה בהפצתו או ביצירתו, ולא באמצעות יצירה של סוגות מיניות חדשות שיפעלו באותו אופן ויעבירו מסר הפוך ביחס למיניות האדם.

49 187 (1964) *Jacobellis v. Ohio* 378 U.S. 184. בית־המשפט העליון הישראלי הסתייג מהתבטאות זו, וביכר מבהנים ברורים יותר להגדרת התועבה, ובפרט להגדרת הפורנוגרפיה. ראו עניין אימפריית החושים, שם, בע' 679.

50 ראו, למשל: *Kingsley International Pictures Corp. v. Regents of the University of the State of New York* 360 U.S. 684 (1959) (פסילת חוק שאסר הקרנת סרטים המציגים ניאוף כהתנהגות מקובלת). זיהוי שגוי של ניאוף כתועבה עלול להוביל לפגיעה בחופש הביטוי בטענה שהסרט מציג מסרים "לא־חינוכיים", ובכך תעוקר ההגנה על חופש הביטוי ממקצת מתפקידה הביקורתית.

51 על־מנת למנוע פגיעה בביטוי מוגן עקב זיהוי מוטעה, הציב המשפט החוקתי האמריקני את הדרישה כי איסור התועבה יהיה חד ומדויק דיו, ולא עמום ובעל שוליים רחבים יתר על המידה (vague and overbroad). ראו, למשל, *Ashcroft v. Free Speech Coalition* (2002) 535 U.S. 234, ולאחרונה גם: *Ashcroft v. ACLU* 542 U.S. 656 (2004) (להלן: עניין *Ashcroft v. ACLU*). בשני המקרים נידון חוק שמטרתו למנוע גישה של ילדים, דרך רשת האינטרנט, לתכנים שאינם הולמים את גילם.

52 בעבר אף הייתה עברת ההסתה קשורה לעברת ההמרדה הרחבה, כל עוד סוג ההסתה לא נתפס כאיסור המוגדר כשלעצמו בחוק. לפחות אצלנו, הדבר נבע מכך שבארץ־ישראל המנדטורית שימשה עברת ההמרדה, בין היתר, לדיכוי הביקורת על המערכת השלטונית האנטי־דמוקרטית דאז. לפירוט ראו מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הסתה, לא המרדה: ההמרדה בדיני העונשין – הדין המצוי והדין הרצוי (תשנ"ח) 7.

אם הדחתו של אדם אחד ניתנת להגדרה על-ידי המדינה כשידול אסור, מדוע לא תוגדר כך הסתתם של רבים?⁵³ אלא שבמחשבה שנייה, עצם דברי ההסתה אין בהם, כשלעצמם, כדי לגרום נזק; עליהם לשכנע ציבור מסוים כי מן הראוי, בנסיבות מסוימות, להפר את החוק, ויתר על כן, על המשוכנעים לפעול בהתאם. מדובר, לפיכך, ביצירת סיכון אשר התממשותו תלויה בהחלטתם המודעת של אנשים אחרים, בגירים, הנושאים באחריות למעשיהם.⁵⁴ אומנם, הסתת הציבור עלולה להיות מסוכנת יותר מהדחתו של יחיד (בהנחה שמדובר בביצוע אותו פשע), שכן ההמון עלול להיות מסוכן יותר מאדם יחיד, אך דווקא המרכיב הציבורי מעורר קושי. האינן לומר כי ביטוי מסוג זה הינו בבסיסו ביטוי מוגן דווקא, שכן מציב הוא לפני השומעים טיעון שניתן לסותרו באמצעות טיעונים אחרים, ובכך מתקיים אותו שיח ציבורי החיוני כל-יך לשיטה הדמוקרטית, לחיפוש האמת, להגשמה העצמית ולשחרור הקיטור? האם אי-אפשר להסתפק באיסור עצם הפרת החוק, ולהגן על הביטוי הקורא להפרתו? זאת ועוד, גם כאן קיים קושי הגדרתי: אישדת שאומר כי ניתוח של כללי הדת מראה כי חוק מסוים סותר את עקרונות-היסוד שבסיס האמונה, ולפיכך מבחינה דתית אין לקיימו – האם קורא הוא לעברה על החוק? האם הפצתה של תורה מסוימת – למשל, התורה המרקסיסטית, הקוראת (על-פי פרשנות מסוימת) לנטילת השלטון בכוח – מהווה הסתה לדבר עברה?

גם בהקשר זה תגובת המשפט האמריקני הייתה לפתח דוקטרינה שנועדה בבסיסה לרסן את כוחו של השלטון למנוע ביטויי הסתה כאלה, אף שגרעין ההסתה נותר לא-מוגן, באמצעות פיתוח מבחן הסכנה הברורה והמיידית⁵⁵ (שלימים נהפכה לסכנה ברורה וודאית),⁵⁶ ושילובו עם הדרישה כי על הביטוי לקרוא בפועל להפרת החוק (במובחן

53 לדיון ראו קרמניצר וגנאים, שם.

54 מר Debs הורשע בגין אמירתו למתגייסים כי "מגיע לכם משהו טוב יותר מעבדות או מליהפך לבשר-תותחים". במקרה זה נפסק כי הסיכון נוצר כתוצאה ישירה מתוכן הנאום עצמו. ראו: *Debs v. U.S.* 249 U.S. 211 (1919) (להלן: עניין *Debs*).

55 עניין *Schenck*, לעיל הערה 11, בע' 52. לפני פסיקה זו בחר השופט Hand להתמקד בתוכנו המילולי של הביטוי, ולפיכך פסק כי טקסט וציורי קומיקס שביקרו את כניסת ארצות-הברית למלחמת-העולם הראשונה ואת הגיוס למלחמה מהווים רק הבעת עמדה נגד המלחמה, ולא קריאה להפרת החוק. ראו: *Masses Pub. Co. v. Patten* 244 F. 535 (1917).

56 מבחן זה, שהושתל בפסיקה העוסקת בתיקון הראשון, יובא למעשה מן המשפט הפלילי. תפקידו במשפט החוקתי היה לקבוע את הגבול בין ביטוי לבין התנהגות: כאשר הביטוי יוצר סכנה ברורה ומיידית לביצוע פשע, הביטוי כבר אינו בגדר ביטוי, אלא נהפך להתנהגות, ואז אינו נופל בגדר ההגנה. לדיון במבחן זה ראו עניין *Abrams*, לעיל הערה 16; *Frohwerk v. U.S.* 249 U.S. 204 (1919); וכן עניין *Debs*, לעיל הערה 54. להמשך התפתחות ראו: *Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927); וכן עניין *Dennis*, לעיל הערה 18. לצמצום של תחולת המבחן והשבת חלק מההגנה לחופש הביטוי (על-ידי הגדרת ביטוי כהבעת עמדה בלבד), בעיקר בהקשר של המאבק בקומוניזם, ראו: *Yates v. U.S.* 355 U.S. 66 (1957). בת-המשפט האמריקניים השתמשו במבחן זה גם כדי להכריע בשאלת חופש הביטוי במסגרת ההליך השיפוטי, בהגדרים ביטוי כמבזה את ההליך (ואת בית-המשפט) רק כאשר הוא מהווה סכנה ברורה ומיידית לניהול ההליך. הדעה היא שהשופטים צריכים לדעת להתמודד עם ביקורת ציבורית. ראו: *Craig v. Harney* 331 U.S. 367 (1947), כך,

מקריאה לאימוץ של תיאוריה, השקפה או עמדה אידיאולוגית כזו או אחרת), ניסה המשפט האמריקני להתמודד עם האתגר הטמון בביטויי הסתה,⁵⁷ ראשית, על-ידי ניסיון להבחין בין ביטוי לבין התנהגות, ובהמשך על-ידי ניסיון להבחין בין ביטוי מוגן לבין ביטוי שבתנאים מסוימים נהפך ללא-מוגן.⁵⁸ גם כאן ניתן לטעון כי קיים תחום ביטוי שמבחינה רעיונית אינו מוגן, כל עוד מכירים אנו בתופעה אנושית הקרויה "חשיבה קבוצתית" (ליתר דיוק – העדר חשיבה קבוצתית), שבמסגרתה פרטים מונעים מכוח לחץ ההמון (תופעת העדר), תופעה אשר עלולה לחתור תחת השיטה הדמוקרטית (הנשענת על בחירה חופשית אותנטית) ועקרון שלטון החוק (המבטא בחירה זו). בארצות-הברית התמקד רוב הדיון במצבים בהם היה חשש מהסתה לנטילת השלטון בכוח (על-ידי תנועות קומוניסטיות).⁵⁹ עם זאת, אין לכחד כי הקביעה כי כל הסתה היא, גם לעברות שאינן אלימות, אינה מוגנת – אינה קביעה פשוטה. ניתן לצפות כי המבחן, כפי עוצב בשנת 1969, יעודכן אם יעמוד לבחינה מחודשת.

פרסום ביטוי שכינה פסיקה כ"שערורייתית" לא הוגדר כבזיון בית-המשפט. ראו: *Bridges v. California* 314 U.S. 252 (1941).

57 מבחינה טכנית, המבחן העדכני לעניין זה נקבע בפרשת *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969). המבחן דורש קיומם של שני תנאים: (א) כי תהיה קריאה שמטרתה להסית או להביא לידי פעולה ודאית המפרה את החוק; (ב) כי מסתבר שקריאה זו אכן תוביל להסתה בפועל או לביצוע פעולה עבריינית כמתואר. ניתן לטעון שכפי שמבחן זה כתוב, הוא מרוקן למעשה מתוכן רבים מהישגי המשפט האמריקני. למשל, לא נדרש כי הפרת החוק תרחש סמוך למעשה ההסתה, ובכך נשמט הרציונל לאיסור ההסתה, והוא כי להמון המוסת לא תהיה הזדמנות אמיתית לשקול את הדבר ולהרהר בו. כמו-כן לא נדרש כי ההסתה תוביל ברמת הסתברות גבוהה למעשה האסור, אלא רק שתוצאה זו מסתברת (likely). לבסוף, לא נדרש כי הנזק הטמון בהסתה יהיה ממש: החוק שהמאוינים נקראים להפר אותו יכול שיהיה שולי ביותר, ושהפרתו לא תגרום נזק חברתי מעבר לפגיעה הפורמלית בשלטון החוק. עם זאת, בפועל, בתי-המשפט מקפידים בדרך-כלל כי הקריאה המסיתה תהיה ברורה וחדה (134) *(Bond v. Floyd)* 385 U.S. 116 (1966), חד-משמעית ובלתי-מותנית (705) *(Watts v. United States)* 394 U.S. 705 (1969), כי היא תובן ככזו על-ידי הקהל (*ibid*), כי היא תכלול התייחסות לכך שהעברה על החוק "ודאית", ולא היפותטית בזמן בלתי-מוגדר (105) *(Hess v. Indiana)* 414 U.S. 105 (1973), וכי יש להותיר בידי הנואמים מרווח מחיה להתבטא באופן ספונטני ולהמריץ את שומעיהם להתאחד ולפעול למען מטרה משותפת (928) *(NAACP v. Claiborne Hardware Co.)* 458 U.S. 886 (1982). גם נסיבות האמירה מובאות בחשבון, על-מנת לקבוע אם מבחינה אובייקטיבית קיים פוטנציאל של הלהטת הרוחות לקראת ביצוע עברה. בהקשר זה בדקו לעיתים בתי-המשפט אם אכן נעברה עברה, ואם לא נעברה עברה, הם גזרו מכך שלא הייתה הסתה ולפיכך הביטוי מוגן. לדיון בהלכה זו במשפט הישראלי ראו בג"צ 11243/02 פייגלין נ' מישאל חשין יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד נז(4) 145, 170.

58 מבחן הסכנה הברורה והמיידית הופעל בשלב מסוים כאשר מצא בית-המשפט ביטוי מוגן, ודרש מן המדינה להראות כי הביטוי הוגבל רק במצב בו התקיימה סכנה ברורה ומיידית לשלום הציבור. ראו, למשל, את הדיון בעניין *Beauharnais*, לעיל הערה 31, בע' 266.

59 הפסיקה התפתחה בשני גלים, שניתן לכנותם *The Big Red Scare*: הראשון סמוך לעליית הקומוניזם לשלטון ברוסיה, והשני בזמן המלחמה הקרה. לדיון ראו: Arthur J. Sabin *In Calmer Times: The Supreme Court and Red Monday* (Philadelphia, 1999).

המשפט הישראלי הגיע למסקנה כי אין צורך לעסוק בשאלת הקטגוריות. אומנם, סמוך לכניסתו של השופט ברק לעובי הקורה היינו עדים לדיון בסוגיה אם ביטוי גזעני או ביטוי פורנוגרפי הינם ביטויים מוגנים,⁶⁰ ולאחר זמן־מה עלתה תהייה אצל השופט חשין שמא גם ביטוי מסחרי אינו מוגן,⁶¹ אך כיום ברור כי שאלות אלה אינן מוקד הדיון במשפט הישראלי, שכן גם אם הביטוי מוגן ניתן לפגוע בו בנסיבות המתאימות ולאחר הליך איוון ראוי. חשיבותו של חופש הביטוי, מחד גיסא, והאפשרות הנגישה להתרת פגיעה בחופש הביטוי, מאידך גיסא, הניעו את המשפט הישראלי להרחיב את הגנת הביטוי על ביטויים מביטויים שונים, מבלי לחזור ולדון בכל מקרה בשאלות סיווג (ביטוי מוגן או לא־מוגן). לכאורה, אין מניעה שהמשפט הישראלי יפרוש את הגנתו גם על אותן התרחשויות שהמשפט האמריקני היה מסווגן כ"מעשה" או כ"התנהגות", ולא כ"ביטוי".⁶² בכך החליט המשפט הישראלי באופן מובהק לא לאמץ את אופני הניתוח של עמיתו האמריקני.

ג. ביטוי מוגן: קטגוריות פנימיות

הסיווג האמריקני של ביטויים ל"מוגנים" ול"לא־מוגנים", באמצעות הקטגוריות

60 עניין כהנא נ' רשות השידור, לעיל הערה 8, בע' 281–282, 312; עניין אימפריית החושים, לעיל הערה 48, בע' 677. בעניין פלייבוי, לעיל הערה 12, בע' 86, הוצג המבחן האמריקני ה"עדכני" להבחנה בין ביטוי לא־נאות (indecent) אך מוגן לבין ביטוי תועבה (obscene) לא־מוגן, ונראה כי מבחן זה שימש השראה להנמקה בפסק־הדין.

61 עניין קידום, לעיל הערה 6, בע' 27–29. המשפט האמריקני יתיר הסדרת ביטוי מסחרי על־ידי המחוקק במקרים מסוימים. למשל, ביטוי מסחרי שיש בו פוטנציאל להטעיה הינו ברה־הסדרה ((*In Re R.M.J.* 455 U.S. 191 (1982)), וכך גם ביטוי מסחרי למוצר או שירות אשר מזיקים לציבור (*Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico* 478 U.S. 328 (1986)). עם זאת, יקפיד בית־המשפט כי ההסדר לא יפגע בזכות הציבור לדעת נתונים על המוצר או השירות, כל עוד צריכתם חוקית, ובכלל זה מחירים של המוצר או השירות, ולפיכך איסור פרסום מחירים הינו בעייתי (44 (1996) *Liquormart v. Rhode Island* 517 U.S. 484).

62 כך היה לאחרונה, כאשר מתנגדי תוכנית ההינתקות צבעו מדרכות בכתום, ובכך שיבשו את סימון החנייה המותרת בתשלום ברמת־אביב. ראו: <http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3101834,00.html> (21.6.2005). בבסיס המעשה עמדה הצהרה פוליטית, אך מעשה זה, כמו־גם חסימת הכבישים, היו מוגדרים כנראה במשפט האמריקני כ"התנהגות", ולא כ"דיבור". כך גם ביחס לחטיפת בני־ערובה ממניעים פוליטיים. אין ספק שהמשפט האמריקני יראה בכך "התנהגות", ולא "ביטוי", ובכך יתייתר הדיון בהגנה החוקתית לביטוי. עם זאת, קשה להתעלם מכך שבבסיס המעשה עומד אינטרס הבעתי: החוטפים מעוניינים לעורר הד ציבורי למטרה מסוימת, וכך לעורר דיון. ברור שהאמצעי שבו בחרו אינו לגיטימי, שכן הוא פוגע בזכות הפרט, אך האם בכך ניתן הקשר בין אמצעי זה לבין המושג "ביטוי"? במשפט הישראלי לא תועיל לחוטפים הטענה כי מדובר בחופש ביטוי מוגן, שכן אם תעמוד לדיון חוקתיותו של האיסור החל על חטיפות, סביר שבית־המשפט יקבע כי בנסיבות אלה הזכות לחירות תנועה והזכות לא להיות במעצר כפוי (ללא הֶצדק בדיון) גוברות על הזכות לביטוי, אף אם נכיר בזכות כזו בנסיבות אלה. בכך יתייתר במשפט הישראלי הצורך לקבוע הבחנות בין ביטוי מוגן לביטוי לא־מוגן.

החיצוניות שהוזכרו לעיל, אינו מספק. למשל, משנקבע כי הדיבה אינה ביטוי מוגן, ולפיכך ניתן לקבוע כי ביטויי דיבה מנוגדים לחוק הפלילי או האזרחי, האם נוכל לאסור דיבה נגד איש ציבור כפי שאנו אוסרים דיבה נגד אדם פרטי?⁶³ דומה כי נדרשים אנו למשתנים נוספים על-מנת להתמודד עם שאלה זו, אך לא רק עימה, כפי שעולה מן הדוגמאות הבאות. טלו, למשל, את האיסור להצית אש במקומות ציבוריים. הניחו כי איסור זה נאכף בצורה סדירה במקום מסוים. הניחו שהגענו למסקנה כי שרפת דגל הינה פעילות המסווגת כביטוי מוגן. האם אדם המצית דגל באותו מקום פטור מאיסור זה רק משום שהצית דגל?⁶⁴ האם האיסור לשרוף תעודות ציבוריות, ובכלל זה תעודות חוגר או קצין, הינו חוקתי כאשר הוא נאכף על סרבני גיוס אשר אינם מסכנים את המרשם הציבורי?⁶⁵ או טלו, למשל, את האיסור לחסום נתיב תחבורה בשעות השיא. האם העובדה שאדם מפגין במקום מזכה אותו בפטור מהדין האוסר חסימת נתיב תעבורה? האם למפגינים יש זכות לישון בפארק הציבורי, בטוענם כי מהות הפגנתם היא שביתת-שבת?⁶⁶ האם יכול אדם לטעון כי תיאום המחירים שבו הואשם – עברה על-פי חוקי ההגבלים העסקיים – הינו ביטוי מוגן?⁶⁷ האם הטלת מס על דיו ונייר ממוחזר המשמשים את העיתונות הינו חוקתי?⁶⁸ האם איסור הגעתם של אזרחים למקום מסוים – למשל, הסירוב

- 63 השוו, למשל, את עניין *Beauharnais*, לעיל הערה 13, עם עניין *Sullivan*, לעיל הערה 21, ועם עניין *Dun & Bradstreet v. Greenmoss Builders* 472 U.S. 749 (1985).
- 64 השוו *Texas v. Johnson*, לעיל הערה 16.
- 65 השוו *U.S. v. O'Brien*, לעיל הערה 16. בפסק-דין זה נקבע מבחן בעל ארבעה חלקים: (א) ההסדרה מצויה בסמכותה העניינית של המדינה; (ב) תכלית ההסדרה לקדם אינטרס ציבורי חשוב; (ג) אינטרס זה והסדרתו אינם קשורים לפגיעה בחופש הביטוי; (ד) הפגיעה האגבית בחופש הביטוי הינה הפגיעה המינימלית ההכרחית על-מנת להגשים את האינטרס הציבורי. מעניין שבמקרה זה מצאו השופטים כי למדינה יש הכוח לאסור שרפת פנקסי גיוס, שכן קיים אינטרס ציבורי בשמירת פנקסים אלה כדי לשמור על תפקודו התקין של מערך הגיוס. נראה כי כוונת המחוקק בהוסיפו את התיקון לחוק שבגין הפרתו הואשם O'Brien – ככל שלוו יש משקל – הייתה במפורש למנוע מחאות "לא-פטרויות", שכן לפי נוסחו הקודם של החוק, נדרש כל מועמד לשירות ביטחון לשמור את הפנקס עימו בכל עת, אך לא היה סעיף ספציפי שהתייחס להשמדת הפנקס. סעיף זה הוסף בשנת 1965, ככל הנראה בעקבות גל מחאות שבו נשרפו פנקסים כאלה. כמו-כן נראה כי אכיפת האיסור להשמיד את הפנקס הייתה פרירנית (סלקטיבית), כלפי אלה שהשמידו את הפנקס כחלק ממחאה. מצב-עניינים זה מעלה חשד שהאינטרס של המדינה לא היה בלתי-קשור לחופש הביטוי. ראו: Laurence H. Tribe *American Constitutional Law* (New York, 3rd ed., 2000) 823.
- 66 השוו: *Clark v. Community for Creative Non-Violence* 468 U.S. 288 (1984) (להלן: עניין *Clark*).
- 67 השוו דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף-הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 78. השופט חשין קבע דווקא שחופש הביטוי כולל בתוכו את חופש התחרות, ולפיכך אפשר שיש כאן סתירה פנימית בתוך הזכות לחופש הביטוי עצמה.
- 68 *Minneapolis Star & Tribune Co. v. Minnesota Commissioner of Revenue* 460 U.S. 575 (1983). שאלה זו בדבר החוקתיות של הטלת מס על עיתונות בולטת עוד יותר כאשר מדובר בהטלת מס רק על כתבי-עת העוסקים בתחום מסוים. ראו: *Arkansas Writers' Project, Inc. v. Ragland* 481 U.S. 221 (1987). המצב שונה כאשר המדינה מרחיבה תחולת מס (למשל, מס על מוצרים) ומחילה אותו על אמצעי תקשורת מסוג

להעניק ויזות לקובה – פוגע בחופש לאיסוף מידע, כחלק מחופש הביטוי (של כל אדם, ואולי במיוחד של עיתונאים)?⁶⁹ האם לעיתונאים יש פטור חוקתי מעדות בבית-המשפט הכוללת תביעה למסירת מקורותיהם?⁷⁰

משנתקל המשפט האמריקני בשאלות אלה, גבר הצורך בהשגת אחידות רעיונית באופן שבו המשפט מתמודד עם הגנת הביטוי. בית-המשפט פנה כה וכה, ועד כה קשה להצביע על אופן התמודדות עקבי עם שאלות אלה. נסיונות לחשיבה מושגית, רשימה דוקטרינרית של תנאים ומבחני איזון משמשים בערבוביה. מלומדים אמריקנים, כרוברט פוסט (Post)⁷¹ ולורנס טרייב (Tribe),⁷² מציעים דרך אחת לארגן את חוות-הדעת של השופטים השונים בפסקי-הדין השונים – דרך אשר יש בה גם כדי להציע כיצד עלינו להתמודד עם סוגיות דומות בעתיד. דרך פרשנית זו מציבה שני פרמטרים אשר שילובם מכתיב את אופן ההתמודדות עם טענת הפגיעה בחופש הביטוי. הפרמטר הראשון בוחן את תכליתה של פעולת המדינה (חקיקת חוק, אכיפתו וכולי) או את ההצדקה העומדת ביסוד פעולה זו. התכלית או ההצדקה של פעולת המדינה כוללות, בתורן, שני מרכיבים: כוונת הרשות ותוצאתה המסתברת של פעולת הרשות. האם פעולת המדינה נועדה לפגוע בחופש הביטוי? דהיינו, האם המחוקק או המבצע התכוונו לפגוע בביטוי באשר הוא, או המור מכך – בביטוי בעל תוכן ספציפי? והאם תוצאתה המסתברת של פעילות המדינה, במהלך העניינים הרגיל, תוביל לפגיעה בחופש הביטוי? אם התשובה לשאלות אלה חיובית, נאמר כי חדרנו למרחב שעליו נועדה הגנת חופש הביטוי להגן. אם התשובה שלילית, דהיינו

מסוים, ולא על אחרים. ראו: *Leathers v. Medlock* 499 U.S. 439 (1991). נראה שעמדת המשפט האמריקני היא שמש כזה יהיה חוקתי כל עוד הוא אינו תלוי-תוכן או כאשר מדובר במס על אמצעי תקשורת ספציפי (מס שנועד להשפיע על אמצעי זה או להשפיע על המדיום). נראה שעמדת המשפט האמריקני אינה חסינה מביקורת בתחום זה אם בית-המשפט אכן מתעלם מהשפעת המס על המדיום בכללותו (ללא קשר לכוונת המחוקק).

Zemel v. Rusk 381 U.S. 1 (1965) 69

Mitchell v. Branzburg v. Hayes 408 U.S. 665 (1972) 70

Superior Court 37 Cal. 3d 268, 208 Cal. Rptr. 152 (Cal 1984); *Landmark Communications, Inc. v. Virginia* 435 U.S. 829 (1978) (להלן: עניין *Landmark*). במקרים אלה נקטו בתי-המשפט שפה מאזנת באופן מוצהר, אם כי מבצבצים עדיין מבחנים דוקטרינריים שניתן ליישם גם ללא איזון. לדוגמה, בעניין *Landmark* טענה חברת החדשות כי האיסור הסטטוטורי לפרסם דבר קיומה של חקירה נגד שופט כאשר טרם הוחלט אם יש ממש בהאשמות נגדו, מפר את חופש הביטוי. חברת החדשות טענה כי הסודיות מקדמת אומנם אינטרס חשוב, אך מבחינה קטגוריאלית, מקום שהפרסום מתייחס לאישיות ציבורית, המידע רלוונטי לשיח הציבורי, וכאשר המידע נכון, התיקון הראשון מגן על המפרסם. בית-המשפט סירב לנקוט בגישה הקטגוריאלית, וטען כי האיסור נופל קרוב לליבו של התיקון הראשון ולכן יש לתת משקל גדול יותר לערך זה מאשר לערך הסודיות (*ibid.*, at p. 838). ראו גם: *Smith v. Daily Mail Publishing Co.* 443 U.S. 97 (1979) (לעניין פרסום מידע נכון לגבי זהותו של עבריין-נוער, כולל תמונתו).

הדברים מבוססים על הרצאות שנתן פוסט באוניברסיטת ברקלי ובאוניברסיטת ייל. 71

Laurence H. Tribe *American Constitutional Law* (2nd ed., 1988) 791–792 72

קיימת הצדקה שאינה קשורה לחופש הביטוי כלל ועיקר, נאמר כי הפגיעה בו "אגבית", וננתח את המקרה באופן שונה.⁷³

הפרמטר השני הנבחן במסגרת זו הוא המדיום אותו באה פעולת המדינה לארגן. המושג "מדיום" דורש הגדרה.⁷⁴ הכוונה לתווך חברתי - מימד - אשר קושר, מארגן ומשמש מצע לפעולות ופרקטיקות שונות. זהו אמצעי,⁷⁵ כלי-קיבול או פורום, הכולל מאפיינים מספר, שלצורך הדיון כאן מאפשרים מערכות יחסים הנשענות על תקשורת אנושית. לתווך חברתי זה יש היבט פונקציונלי-ארגוני המגדיר סוג של פעילות: הטלוויזיה היא "מדיום"; הרדיו הוא "מדיום"; הדואר הוא "מדיום". לתווך זה עשוי להיות גם היבט גיאוגרפי-פיזי: לוח-המודעות, קרן הרחוב או במה בהייד-פארק - "מקומות" מסוימים בחברה - כל אחד מאלה הוא מדיום. לצורך העניין, גם רשת האינטרנט היא "מקום" כזה או פורום כזה. השאלה העומדת בבסיס פרמטר זה היא, אם כן, אם המדינה מסדירה מדיום נגיש (או שראוי כי יהיה נגיש) המשמש לתקשורת ולהעברת רעיונות, או שמא זהו מרחב חברתי שנעשות בו פעולות שמהותן הציבורית אינה קומוניקטיבית או דליברטיבית בדרך-כלל. פעולה הסדרתית של מדיום המשמש להעברת רעיונות - עיתונות, רדיו, טלוויזיה, לוחות-מודעות וכו' - מעוררת את הגנת חופש הביטוי מעצם נוכחותה הפעילה של המדינה הרגולטיבית. הסדרה של מדיום - תווך חברתי או מרחב חברתי - אשר אינו משמש בדרך-כלל לדיון ציבורי ולהעברת ידע, מידע, דעות ושאר תכנים תקשורתיים, תזכה (או ראוי שתזכה) ביחס שיפוטי שונה בכל הנוגע לתיקון הראשון של החוקה. אין עסקינן בשאלת הבעלות - אם לפנינו מדיום בבעלות פרטית או בבעלות הציבור; גם אין עסקינן בהכרח בתוצאה של פעילות המדינה - ביטוי רב יותר או פחות; הנקודה הרלוונטית היא עצם הסדרת המדיום. לעיתים קרובות אין בידינו כלים מתודולוגיים לדעת ברמת סמך מספקת מהי התוצאה של פעילות המדינה, אך ברגע שהמדינה פועלת ביחס למדיום מוגן, נדרשת ביקורת שיפוטית, שכן עצם נוכחותה של

73 השוו לגישתו של השופט אור בבג"צ 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2. השופט אור קבע כי אף אם יש מרכיבים של פגיעה בחופש ביטוי חוקתי במסגרת הפגיעה בזכות לחינוך, אין הדבר הופך את הזכות לחינוך לחוקתית, וכך לא תיבחן הפגיעה בה במבחני החוקתיות. בכך סירב השופט לבחון את ההשלכה בפועל של החינוך על הביטוי. עם זאת, הפסיקה מכירה במצבים בהם הפגיעה בחופש הביטוי שלובה בפגיעה בזכות חוקתית אחרת (כגון חופש ההתארגנות). במצבים אלה הפגיעה נבחנת ככל פגיעה אחרת בחופש הביטוי (גם אם הפגיעה בחופש הביטוי לא הייתה חלק ממטרתו - למצער, המוצהרת - של החוק (ע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45)). כך גם לעניין פגיעה אגבית בחופש הביטוי כחלק מפגיעה בזכויות שנובעות ממנו, כגון זכות הציבור לדעת (יסוד הפומביות). ראו בג"צ 6218/93 כהן נ' ראש לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529 (להלן: עניין כהן). ראו גם רע"א 3614/97 אבי יצחק, ע"ד נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 63.

74 לטווח הרחב של המשמעויות החוסות תחת המונח, ראו את הערך *The Medium* ב-*American Heritage Dictionary of the English Language* (Boston, 4th ed., 2000) לסקירה קצרה של ההתפתחות המילולית הכרונולוגית של המונח ראו: *Etymology Dictionary* [<http://www.etymonline.com/index.php?term=medium>].

75 ראו: Marshall McLuhan & Quentin Fiore *The Medium is the Message* (1967).

קול אמריקה בעברית? |

המדינה משנה את אופיו של מדיום זה.⁷⁶ אם המדיניות הממשלתית אכן פוגעת בחוסנו של המדיום, ברי שנדרשת הגנה פעילה מצידו של בית-המשפט. על בסיס התשתית התיאורטית שנפרשה לעיל ניתן לשרטט, בעקבות עבודתם של פוסט וטרייב, את הטבלה הבאה:

תכליתה של פעולת המדינה (או ההצדקה העומדת ביסודה) הינה "ניטרלית" לעניין הביטוי: היא אינה נשענת על מרכיבים תקשורתיים (קיומו של ביטוי או תוכן ביטוי מסוים)	תכליתה של פעולת המדינה (או ההצדקה העומדת ביסודה) היא פגיעה בחופש הביטוי (לשם הגשמה של ערך אחר או אף של חופש הביטוי עצמו)	מהי התכלית (ההצדקה) של פעולת המדינה? מה טיבו של המרחב החברתי המוסדר?
2	1	המדיום שפעולת המדינה מסדירה הוא מרחב ציבורי המשמש לתקשורת (העברת עובדות, דעות, מסרים, רגשות וכולי)
4	3	המדיום שפעולת המדינה מסדירה אינו מרחב המשמש לשיח ציבורי

טבלה זו יכולה לסייע לנו במבוך הסוגיות השונות. להלן אדון בקצרה במשמעות המשפטית של הסיווגים השונים הנגזרים מטבלה זו.

משבצת 1: המדיום תקשורתי וההצדקה לפעילות המדינה תקשורתית ככל שעסקינן במשבצת שסומנה לעיל במספר 1 - משבצת בה הן המדיום והן תכליתה של פעולת המדינה קשורות לביטוי - דומה כי אין ספק שבית-המשפט יפעיל סטנדרט ביקורת קפדני. למשל, בטרם תותר פגיעה כזו, ידרוש בית-המשפט הוכחה כי פעולת המדינה נועדה להשיג יעד ציבורי בעל חשיבות עליונה, כי אין כל אפשרות להשיג יעד זה ללא פגיעה בחופש הביטוי, וכי הפגיעה תפורר בדיוק למידות הדרושות להשגת אותו יעד. בית-המשפט יהיה חשדן במיוחד אם יתברר כי התערבות המדינה אינה ניטרלית לתוכן הביטוי (content-based)⁷⁷ או כוללת נקיטת עמדה המעדיפה צד אחד

76 תיתכן התחשבות באופיו של המדיום המוסדר. למשל, אם עסקינן במשאב מוגבל של גלי אתר, תיתכן הסדרה מדינתית: *FCC v. League of Women Voters* 468 U.S. 364 (1984). ראו גם לעניין ההבחנה באשר לטלוויזיה בכבלים: *Turner Broadcasting Sys. v. FCC* 512 U.S. 622 (1994).

77 השוו: *Forsyth County v. Nationalist Movement* 505 U.S. 123 (1992), שבו נקבע

בוויכוח מסוים (viewpoint discrimination).⁷⁸ אולם ייחודה של משבצת זו היא שביתת המשפט יהיה חשדן גם במקרים בהם אין מדובר בהתייחסות לתוכנו של הביטוי.⁷⁹ בפועל, דומה כי ביטויים הנופלים למשבצת זו יזכו בהגנה מוחלטת כמעט.⁸⁰

משבצת 4: המדיום אינו תקשורתי ותכליתיה של פעולת המדינה אינה תקשורתית אם פעולת המדינה אינה משרתת תכלית הנשענת על הגבלת חופש הביטוי, אלא נועדה להגן על חירות אחרת או על אינטרס אחר, והמדיום אינו מדינה להחלפת דעות, עובדות ושאר מסרים, או־אז נאמר כי הגנת חופש הביטוי אינה חלה.⁸¹ זוהי משבצת 4

כי דין שעל־פיו למדינה יש הזכות לגבות אגרת הפגנה בהתאם לעלותה של אבטחת ההפגנה אינו חוקתי משום שהוא מטיל נטל על בעלי דעות לא־פופולריות, שיוזקקו להגנה רבה יותר מאשר זו לה יודקקו מפגינים בעלי דעות מקובלות. השוו: *Hill v. Chicago Police Department of the City*, 330 U.S. 455 (1948). ראו גם: *Colorado*, 530 U.S. 703 (2000). שם בוטל חוק שמנע החזקת כרזות במסגרת הפגנה ליד בתי־ספר, אלא אם כן מדובר בהפגנה מול בית־ספר שיש בו סכסוך־עבודה. נקבע שחוק זה מבחין בין תוכניהן של הכרזות, ולפיכך הוא תלוי־תוכן וככזה הוא אינו תקף חוקתית. הלכה זו חלה גם במקום שבו המדינה אוסרת התבטאות בנושא מסוים בעודה מאפשרת ביטוי בנושאים אחרים. לפיכך נפסל איסור מדינתי שבא למנוע חברת השמל אמריקנית מלצרף להודעת התשלום החודשית הנשלחת ללקוחות חומר כתוב הדין ביתרונותיהן של תחנות־כוח גרעיניות. ראו: *Consol. Edison Co. v. Public Serv. Commission*, 447 U.S. 530 (1980). מקרה זה ניתן לאפיון גם כעוסק בהפליה על רקע עמדה, שכן בפועל המדינה באה למנוע ביטוייה של עמדה מסוימת.

78 הפליה על רקע עמדה מתרחשת כאשר המדינה מעדיפה עמדה או דעה אחת על דעות אחרות בוויכוח. העיקרון המנחה הוא כי "the First Amendment forbids the government to regulate speech in ways that favor some viewpoints or ideas at the expense of others..." *Members of the City Council of Los Angeles v. Taxpayers Rosenberg v. Rector & Visitors of the Univ. of Va.*, 466 U.S. 789 (1984). ראו גם: *Univ. of Va.*, 515 U.S. 819 (1995) (להלן: עניין *Rosenberger*), הקובע כי הפליה על רקע עמדה מתרחשת במקום שבו האידיאולוגיה, הדעה או נקודת־ההשקפה של הדובר הן שעומדות בבסיס פעולת המדינה המגבילה את הביטוי. Sunstein מנה שתי הצדקות לדוקטרינה זו: (1) חשש מפני הצדקות פסולות או שיקולים זרים העומדים בבסיס פעולת המדינה; (2) חשש מפני הטיה אפשרית (skewing effects) של מערך חופש הביטוי. ראו: Cass R. Sunstein "Half-Truths of the First Amendment" 25 *U. Chi. Legal Forum* (1993) 26–27.

79 *Hague v. Committee for Indus. Org.* 307 U.S. 496 (1939); Tribe, *supra* note 72, at p. 982.

80 ראו את דברי השופט O'Connor בעניין *Arca v. Cloud Books, Inc.* 478 U.S. 697 (1986).

81 השוו לדברי השופט Black בעניין *Konigsberg*, לעיל הערה 18. פסיקה זו עסקה בדחיית בקשת הצטרפות ללשכת עורכי־הדין (אף שהמבקש עמד בכל התנאים המקצועיים) בגין סירובו של המבקש לענות על השאלה אם השתייך אי־פעם למפלגה הקומוניסטית. השופט Black תפס את האינטרס של המדינה כציד אנשים המהזיקים בדעות קומוניסטיות, ובהתאם לכך ראה את האינטרס כקשור בטבורו לחופש הביטוי. הוא ראה בכך גם פגיעה באפשרות המעשית להתאגד, אפשרות אשר מימושה מהווה מדיה מרכזי להבעת דעה ולהחלפת דעות. השופט Harlan, לעומתו, סיווג את המקרה הזה כנופל במשבצת השנייה דווקא, שכן הוא זיהה בו אינטרס שאינו קשור לחופש הביטוי, והוא שמירת טוהר המקצוע.

בטבלה שלעיל. כך ניתן להבין חלק מהקטגוריות הלא-מוגנות המנויות לעיל, כגון גרימה מכוונת של נזק נפשי, סחיטה באיומים, תיאום מחירים אסור ושאר מקרים בהם הסדרת הביטוי נתפסת כהסדרת התנהגות. עם זאת, ייתכנו מקרים הנופלים במשבצת זו בהם היבטים אגביים של הפעילות יכילו מרכיבי ביטוי (התנהגות הבעתית), ובית-המשפט עשוי לבחון שמא היבטים אלה אינם משנים למעשה את אופי העניין הנידון ומצריכים בחינה שמא לפנינו הגבלת ביטוי על-פי תוכנו.⁸²

משבצת 2: תכלית המדינה "ניטרלית", אך המדיום תקשורתי ביטויים הנופלים למשבצת 2 מצריכים ניתוח מעודן יותר, ופיתוח תיאוריה אשר תנחה את בית-המשפט בבואו לפקח על רשויות הפועלות ביחס למדיום תקשורתי מסוים אך אינן מונעות על-ידי הצדקה הקשורה לביטוי.⁸³ תיאוריה שלמה כזו אינה בנמצא עדיין, ולכן טבעי שבית-המשפט יפתח מבחני איזון. עם זאת, ניתן לשרטט מספר קווים מנחים שעל תיאוריה כזו להביא בחשבון. ראשית, גם אם ההצדקה אינה קשורה לביטוי, אם פעולת ההסדרה המדינתית משפיעה ישירות על שוק הרעיונות או על יכולתם של פרטים או קבוצות לגשת אל המרחב החברתי – הפורום – בו מתקיים שיח ציבורי, על בית-המשפט לדרוש מהמדינה כי תבחן אמצעים חלופיים להשגת היעד, שיפגעו פחות בנגישות למרחב זה וביכולת לממש את חופש הביטוי בו.⁸⁴ זאת ועוד, במקרים בהם נפגע המדיום, על בית-המשפט לנקוט סטנדרט מחמיר יותר כלפי המדינה בבואה להציג את תכליתה, על-מנת לוודא שאין אנו מצויים במשבצת 1. על בית-המשפט להקפיד כי בבואו לבדוק את תכלית הפעולה המדינתית אכן יש לפניו תמונה מלאה: לא רק את עמדת המדינה בעת ההתדיינות – עמדה שתציג לרוב אינטרס "נקי" – אלא גם את ההיסטוריה החקיקתית,

82 השוו: *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota* 505 U.S. 377 (1992) (להלן: עניין R.A.V.).

83 דוגמה אפשרית לעניין זה היא הסדרה של הפעלת מגברים בשעות מסוימות. ההצדקה אינה קשורה לביטוי, שכן היא נשענת על הרצון לשמור על המנוחה והשלווה בשכונה. עם זאת, קשה להתעלם מכך שרמקולים ומגברים הינם מדיום להפצת רעיונות, ולפיכך הסדרת השימוש בהם משפיעה על היכולת המעשית להפיץ דעות בקרב הציבור, ובכלל זה להעיר את הציבור לפעולה למסוימת. באמצע המאה העשרים הכירה הפסיקה האמריקנית בהסדרת התחום כפעולה "ניטרלית", אולם קיימת אינדיקציה לכך שכאשר לרשות יש סמכות בלעדית להסדיר תחום שיש לו השפעה על חופש הביטוי, יבחן בית-המשפט את אופן ההסדרה ברגישות רבה יותר, ואפשר אף שיראה בהשתקת הרמקולים "מניעה מוקדמת" פסולה. ראו: *Saia v. New York* 334 U.S. 77 (1949); *Kovacs v. Cooper* 336 U.S. 77 (1949); *U.S. 558* (1948). כיום התחום מוסדר באמצעות דוקטרינת ה"זמן, מקום ואופן" (ראו להלן חלק ד1).

84 דווקא בעניין זה של הגבלת ביטוי שהצדקתה "ניטרלית" בחר המשפט האמריקני לנסות להבחין בין "תוצאה ישירה" לבין "תוצאה אגבית". למשל, בית-המשפט מתיר לרשויות המעוניינות לשמור על שוויים של נכסים בשכונה מסוימת לא לאפשר קיום עסקים שעניינם ביטויים מיניים, שכן הפגיעה הנטענת בחופש הביטוי הינה אגבית בלבד. הבחנה זו תמוהה. לדיון ראו: *475 U.S. 41* (1986); *Los Angeles v. Alameda Books* 535 U.S. 425 (2002). הלכה זו הולוכה במקרים מסוימים גם לאיסור ביטוי פורנוגרפי מסחרי. ראו: *City of Erie v. Pap's A.M.* 529 U.S. 277 (2000).

על-מנת לוודא שההשלכה המסתברת של פעולת המדינה, קרי הפגיעה בחופש הביטוי, לא עמדה בכל-זאת לנגד עיניהם של המחוקק או המבצע. אולם מחויבותו הסופית של בית-המשפט היא לא רק להגן מפני שיקול-דעת חסר או פגום, אלא גם להגן מפני פגיעה במרחבים החברתיים בהם מתבצע שיח חברתי-ציבורי. ייתכנו מצבים בהם הצדקת המחוקק אכן "נקייה",⁸⁵ אך קבלתה עלולה להוביל להשחתתו של מדיום המשמש להחלפת דעות. לפיכך, על בית-המשפט להקפיד כי אכיפת החקיקה תהיה אף היא ניטרלית, ולא בפירגנית (סלקטיבית), וכי תוצאתה האפשרית של המדיניות אינה מובילה להפליה על בסיס עמדה (viewpoint discrimination), אף אם תוצאה זו לא נצפתה ואינה בהכרח מסתברת.⁸⁶ ייתכנו גם מצבים בהם הצדקת המדינה "נקייה", והתוצאה של המדיניות או של הפעולה לא תוביל לעיוות המדיום, אלא לצמצומו הכולל. נניח שהמדינה מטילה איסור על צריכת חשמל בשעות מסוימות משיקולים של חיסכון בחשמל; אין זה מסתבר בהכרח שאיסור שכזה יפגע בנגישות לאינטרנט או ביכולתם של בתי-הדפוס להיערך להוצאת עיתונים, אך זו תוצאה אפשרית. או נניח שעיריית לונדון תחליט כי מצוקת הדיוור בעיר גדולה, ומחייבת הסבת חלק מההייד-פארק לבנייה. אם יאמץ המשפט הבריטי את החשיבה האמריקנית בתחום, אזי יהיה על בית-המשפט לבחון במצב זה אם הצמצום של המדיום עומד בתנאי הביקורת השיפוטית. אם ההערכה תהיה כי פגיעה במדיום אכן אפשרית (גם אם לא מסתברת או הכרחית), ניתן לצפות שבית-המשפט יבקש מהמדינה ראיות כי דרך אחרת להשגת האינטרס ה"נקי" – דרך שאינה פוגעת עד כדי כך במדיום להחלפת עובדות, דעות ומסרים – אינה בנמצא.

משבצת 3: תכלית המדינה תקשורתית, אך המדיום אינו תקשורת

מסובך עוד יותר להתמודד עם אותם מקרים בהם תכלית המדינה המוצהרת היא הסדרת חופש הביטוי אך הפעולה משתרעת על-פני מדיום שאינו נתפס כמשמש להחלפת דעות, ביקורת, גיבוש זהות ושאר מרכיבים תקשורתיים. למשל, נניח כי המדינה מעוניינת למנוע ביטויים פוגעניים, ובוחרת לאסור ביטויים אלה ברובד התת-סיפוי. ברובד זה, כידוע, המוח האנושי קולט מסרים מסוימים מבלי שאלה עוברים דרך הכרתו הקוגניטיבית. רובד זה אינו מדיום להחלפת דעות משום שהוא אינו כולל כל דיאלוג, אינו

85 השוו להסדר הניטרלי לתוכן שאושר ב-*Thomas v. Chicago Park Dist.* 534 U.S. 316 (2002). עם זאת, נותרת בעינה השאלה אם בית-המשפט האמריקני הקפיד דיו במקרה זה על מהותו של המרחב הציבורי כמרחב שמתקיים בו ביטוי הלכה למעשה, באופן שנגיש לכל ומאפשר השתתפות פעילה (פיזית ורעיונית).

86 לעיתים, אומנם, נדרש מעצם העניין דווקא אימוץ של סטנדרט המבחין בין עמדות שונות, אך על המדינה להראות כי האינטרס שאינו קשור לביטוי אכן מחייב זאת. למשל, אם תשאל המדינה את כל המבקשים להצטרף ללשכת עורכי-הדין או את כל המבקשים לזכות בתעודת רופא מהי עמדתם לגבי ביצוע פשע, אותם אנשים שסרבו להשיב או שיאמרו כי הם אינם שוללים ביצוע פשעים עלולים לא לזכות בחפצם, אך תנאי זה מוצדק בנסיבות העניין: דווקא משום שמטרת המדינה לא להסדיר ביטוי, אלא להסדיר חברות בגופים מקצועיים, עמדה היורדת לשורש מהותם של גופים אלה הינה רלוונטית להסדרת החברות בהם. ראו את הדיון בעניין *R.A.V.*, לעיל הערה 82, ובעיקר את עמדותיהם של השופטים *White* ו-*Scalia* בנושא.

מאפשר התמודדות עם המסרים, אינו מאפשר ביקורת על תוכנם ואף אינו מצהיר על עצם קיומו. דומה שהסדרת מדיום זה תורמת להגנתו של חופש הביטוי במשמעותו העשירה. עם זאת, דוגמה זו מראה כי על המדינה להסדיר את השימוש במדיום זה בכללותו, ולא רק ביטויים הנוקטים עמדה מסוימת. גם כאן דומה כי נדרשת התמודדות חפה מהעדפת עמדה תוכנית. לפיכך הקביעה הדוקטרינרית כי התערבות תלוית-תוכן מחייבת ביקורת שיפוטית קפדנית תקפה גם במשבצת זו.⁸⁷

עם זאת, קיים הבדל מהותי בין משבצת זו לבין משבצת 1, בה המדינה מסדירה מרחב חברתי בו מוחלפות דעות. טלו, למשל, את הסדרת הגישה לבניינים ציבוריים בהם ממלאים בעלי-תפקידים את תפקידם הציבורי,⁸⁸ או את הכללים החלים על התבטאויות של עובדי-ציבור כל עוד הם בתפקידם.⁸⁹ האם נאמר כי אין להטיל הגבלות על ביטוי בכל מקום פיזי השייך לציבור? האם נאמר כי אין להטיל הגבלות על אנשים הפועלים במרחב חברתי מסוים ה"שייך" לציבור, או ליתר דיוק – אשר נוצר למען הציבור? משבצת 3 מאפשרת לנו להתמודד עם הסדרה של הביטוי במצבים בהם התווך החברתי אינו משמש פורום או מדיום להחלפת דעות לא רק משום שהמדיום עצמו אינו מאפשר זאת (דוגמת התקשורת התת-סיפית), אלא גם במקרים בהם מבנה המרחב החברתי מאורגן כך שאיזור גיאוגרפי או פונקציונלי מסוים אינו מהווה ספירה של שיח ציבורי, אלא ספירה של שיח ארגוני סגור או סגור למחצה.⁹⁰

- 87 הנושא מתעורר גם בהקשר של פורנוגרפיה, שהרי ניתן לטעון כי הקשר זה אינו מערב רציונלים של חופש הביטוי שכן הפורנוגרפיה אינה מעוררת דיון, כי אם יצרים. ראו עניין *Hudnut*, לעיל הערה 48. לעניין חופש הבחירה הכרוך בחשיפה לביטוי מעין זה, ראו: *U.S. v. Playboy Entertainment Group, Inc.* 529 U.S. 803 (2000).
- 88 השוו: *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.* 473 U.S. 171 (1983); *U.S. v. Grace* 461 U.S. 788 (1983).
- 89 עש"מ 5/86 גדעון ספירו נ' נציב שירות המדינה, פ"ד מ(4) 227. השוו: *Broadrick v. Connick v. Myers* 461 (1979) *Oklahoma* 413 U.S. 601 (להלן; עניין *Oklahoma*); *Rankin v. McPherson* 483 U.S. 378 (1983); *U.S.* 138 (1983). כך גם לעניין ביטול חוזה של הרשות מול קבלן עצמאי על רקע ביקורת שהלה מותח נגדה: *Commissioners v. Umbehr* 518 U.S. 668 (1996).
- 90 לדוגמאות של מרחבים שאינם מוכרים כפורומים ציבוריים לעניין חופש הביטוי, ולדיון בהם, ראו הערה 121 להלן. על כך ניתן להוסיף את בית-הספר, כמקרה מעניין. בית-הספר הינו מרחב חברתי בו ביטוי הינו הכרחי, אך אין זה מרחב דמוקרטי פתוח ונגיש לכל, ולכן הסדרה של הביטוי בו אינה דומה להסדרה של מדיום ביטויי אחר. כך, בית-המשפט האמריקני הכיר בזכויות התלמידים, ובכלל זה בזכות לחופש הביטוי (*Meyer v. Nebraska* 262 U.S. 390 (1923)), אך הכיר גם בחשיבות ההגנה על העצמאות הניהולית של מוסדות החינוך (*Epperson v. Arkansas* 393 U.S. 97 (1968)), ובמצב של התנגשות חזיתית קבע כי האינטרס החברתי בחינוך תלמידים להתנהגות נאותה עולה על זכותם החוקתית לחופש הביטוי (*Bethel School District No. 403 v. Fraser* 478 (1986)). לפיכך התיר בית-המשפט קיומה של צנזורה על עיתון תלמידים (U.S. 675 (1986)). לצנזורה זו אכן מוצדקת בנסיבות העניין. באותו אופן התיר בית-המשפט הסרתם של ספרים מספרייה בית-ספרית, אך רק בתנאי שהסרת הספרים תיעשה לא מתוך עמדה פוליטית או מתוך רצון למנוע מהתלמידים גישה לרעיונות שהרשויות מתנגדות להם (*Board of Education v. Pico* 457 U.S. 853 (1982)). רואים אנו, אם כן, שבית-

ביסוד מודל זה ניצבת ההנחה כי ניתן לחלק את תחומי הפעילות של החברה האנושית, על ממדיהם השונים (המימד הפיזי, מימד הזמן, המימד הפונקציונלי-הייעודי, המימד הפרסונלי וכולי), למרחבים שונים. פעולה מדינתית שנועדה להסדיר ביטוי במרחב מסוים תעיר את התיקון הראשון לחוקה (אף מעבר לסוגיה של העדפת עמדה) אם מדובר במרחב שמוגדר כנגיש לציבור (ואשר יש הצדקה להיותו נגיש לציבור) ואם אכן מתנהל במרחב זה שיח ציבורי, אך תדרוש ביקורת שיפוטית קפדנית פחות אם מדובר בפורום שאינו משמש במה שייעודה ביטוי עמדה, בין שהבמה שייכת לציבור ובין שהיא שייכת לפרט.⁹¹ למשל, המדינה יכולה להסדיר ביטויים הנאמרים במשחקי ספורט על-ידי שחקנים, שכן מדיום זה – משחק ספורט בו משתתפים שחקנים מסוימים ואשר מתנהל באולם ספורט מסוים – אינו נתפס כפי שנתפס ביטוי הנכתב בעיתון מפלגתי. בעוד הטלת איסור על התייחסות שלילית לגזע, ללאום או אף לחבר לקבוצה, למשל, הינה אפשרית כחלק מכללי האתיקה של שחקני ספורט (בבחינת "ביטוי שאינו הולם"), הטלת איסור כזה על פובליציסטים תעורר בעיית חופש ביטוי קשה.

המשפט מחיל במשבצת זו מרכיבים של הדרישה לניטרליות, אך אינו דורש כי הרשויות יראו כורח ציבורי לוחץ להגביל את הביטוי. עם זאת, יש לתת את הדעת לכך שביטוי בבית-הספר אינו מעורר רק את סוגיית אופיו של המרחב, אלא גם את שאלת זהותו של הדובר. ייתכן כי חופש הביטוי המוענק לתלמידים מצומצם יותר משום שהם ילדים, ולפיכך מקרה-המבחן יהיה הסדרת ביטוי של מבוגרים הלומדים בבית-ספר. עם זאת, נראה כי שאלת זהותו של הדובר אינה מכרעת בהכרח: נראה כי אם ילד בן שתי-עשרה יעמוד מול הבית הלבן עם שלט המוחה נגד מלחמה כזו או אחרת, תתקשה המדינה להשתיק את הביטוי בטענה כי מדובר בביטוי של ילד. כך גם לעניין הביטוי של בני-תשחורת באינטרנט: <http://www.aclu-wa.org/Issues/students/Beidler.html>.

91 ברי כי מודל זה מעורר בעיות סיווג. דוגמה מפורסמת היא סיווג של מרכזי מסחר וקניונים המצויים בבעלות פרטית. בתחילת הדרך הושו אוורי מסחר לרכוש ציבורי (1946) 326 U.S. 501 (*Marsh v. Alabama*), ולאחר-מכן הוחלה הלכה זו גם על קניונים (1968) 391 U.S. 308 (*Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*). אולם שנים מספר מאוחר יותר הפך בית-המשפט הלכות אלה כאשר דן בהפגנות נגד מלחמת וייטנאם, ופסק כי כאשר אין קשר בין חופש הביטוי לניהול מרכז הקניות, אין חובה לאפשר הבעת עמדה פוליטית בתחומם (1972) 407 U.S. 407 (*Lloyd Corp. v. Tanner*). הלכה זו הורחבה כאשר נקבע כי התיקון הראשון לחוקה אינו מבטיח גישה למרכזי קניות בבעלות פרטית בלי קשר לתוכן הביטוי (1976) 424 U.S. 424 (*Hudgens v. NLRB*). עם זאת, בתי-משפט מדינתיים מפרשים לעיתים את חוקות המדינות, והוות במהותן לחוקה הפדרלית, ככוללות הגנה על ביטוי גם במרחבים אלה. פרשנות זו זוכה בהכרה על-ידי בית-המשפט העליון הפדרלי (*Pruneyard Shopping* (1980) 74 U.S. 447 (*Center v. Robins*)). לדיון עכשווי ראו: *Green Party v. Hartz Mt.* (2000) 127 N.J. 164 (*Indus.*); Jennifer Niles Coffin "The United Mall of America: Free Speech, State Constitutions, and the Growing Fortress of Private Property" 33 *U. Mich. J. L. Reform* (2000) 615; Jennifer A. Klear "Comparison of the Federal Courts' and the New Jersey Supreme Court's Treatments of Free Speech on Private Property: Where Won't We Have the Freedom to Speak Next?" 33 *Rutgers L. J.* (2002) 589; Josh Mulligan "Finding a Forum in the Simulated City: Mega Malls, Gated Towns, and the Promise of Pruneyard" 13 *Cornell J. L. & Pub. Pol'y* (2004) 533. ניתן להשוות את הדיון במרחב זה עם הדיון בסוגיית הנגישות לתיבות-דואר פרטיות ובסוגיית רשימות הדיור (ראו להלן הערה 105).

ד. קטגוריות ואיזונים: השלכות דוקטרינריות

ייחודה של הטבלה שלעיל טמון בניסיון לארגן את תחומי התפרשותו של חופש הביטוי בחברה דמוקרטית. מטבע הדברים, טבלה זו אינה מבטיחה בהכרח כי תוענק לחופש הביטוי הגנה מיטבית; היא אינה מטה־קסמים. ככל כלי מתודולוגי, גם טבלה זו מצריכה התעמתות עם מקרים גבוליים וסיווגים שונים שאינם נקיים מספקות. שדות־תעופה, קניונים, ספריות ציבוריות, האינטרנט – כל אלה הינם "מקומות" שיש לקבוע לגביהם אם הם משמשים מדיום תקשורתי, קרי, מרחב ציבורי להעברת מידע ודעות.⁹² מטבע הדברים, שימוש בטבלה זו, כשימוש בכל מארג משפטי, חשוף למניפולציה. חשיבותה של הטבלה טמונה בכך שיישומה על־ידי רשויות השלטון כולן, ובמיוחד על־ידי הרשות השופטת, מחייב אימוץ של הליכי חשיבה אשר יש בהם כדי לתרום לעקביות. טבלה זו מאפשרת התמודדות עם משרעת רחבה של סוגיות באופן נאמן לתכליות שבבסיס ההגנה על חופש הביטוי, וזאת מבלי להיזקק פעם אחר פעם, בכל שאלה ושאלה, לפעולה השיפוטית הקרויה "איזון".

הבעייתיות הטמונה באיזון ברורה. יש הטוענים כי האיזון אינו מספק הגנה מיטבית לחופש הביטוי. היטיב לתאר זאת השופט סטיוארט, באומרו כי "כל עוד ימשיכו שופטי בית־משפט זה לראות בתיקון הראשון לחוקה לא יותר מאשר 'מערכת ערכים' שיש לאזנה כנגד 'ערכים' אחרים, ייוותר תיקון זה בסיכון קיומי".⁹³ אולם מעבר לטענה זו, המצריכה בדיקה אמפירית לבחינת תקפותה, קיים קושי עמוק יותר בגישה האיזונית. בסופו של יום, מלאכת ה"איזון" אינה אלא הכרעה פרגמטית הנשענת, במקרה הטוב, על אינטואיציה

92 לדיון ראו דיין־אורבך, לעיל הערה 8, בע' 425–437. לדיון עכשווי בסיווג האינטרנט ראו: Dawn C. Nunziato "The Death of the Public Forum in Cyberspace" 20 *Berkeley Tech. L. J.* (2005) 1115. לרשימה זו ניתן לצרף "מקומות" רבים אחרים, ביניהם: גלי האתר והטלוויזיה בכבלים (ראו לעיל הערה 76), הקולנוע (ראו לעיל הערה 12), תיבות־הדואר הפרטיות (ראו להלן הערה 104), רחובות (ראו להלן הערה 122) וקניונים בבעלות פרטית (ראו לעיל הערה 91). למקרים גבוליים ראו גם להלן הערה 120. לביקורת ראו: Matthew D. McGill "Unleashing the Limited Public Forum: A Modest Revision to a Dysfunctional Doctrine" 52 *Stan. L. Rev.* (2000) 929; Jamin B. Raskin & Clark L. Leblanc "Disfavored Speech about Favored Rights: Hill v. Colorado, the Vanishing Public Forum and the Need for an Objective Speech Discrimination Test" 51 *Am. U. L. Rev.* (2001) 179.

93 *Pittsburgh Press Co. v. Human. Com. On Human Relations* 413 U.S. 376 (1973) 402–403 (התרגום שלי – א' ר'). השופט סטיוארט מראה כיצד "ערכים" רבים – כגון האינטרס הציבורי באיכות חיים, סביבה ציבורית נאותה, טון דיבור בעולם המסחר, גיהות (בעניין זה ראו: *Paris Adult Theatre I v. Slaton* 413 U.S. 49 (1973)), הצורך לספק מידע לחבר־המושבעים (ראו עניין *Branzburg*, לעיל הערה 70), הצורך השיפוטי לא להיחפו בעת מתיחות (*New York Times Co. v. United States* 403 U.S. 713 (1971)) – גברו כולם על "ערך" חופש הביטוי. מכאן הוא מסיק כי חשיבה מאזנת זו לא רק מזיקה לחופש הביטוי, אלא גם אינה אנליטית דייה, ככל הנראה, במובן זה שהיא נעדרת תשתית תיאורטית מעבר לפרגמטיזם. לדוגמאות שמנה השופט ניתן לצרף גם את הצורך לשמור על סודות צבאיים, אף אם חלקם כבר הותרו לפרסום בעבר. ראו: *U.S. v. The Progressive, Inc.* 467 F.Supp. 990 (W.D. Wis. 1979).

מסוימת לגבי אופן התרחשות הדברים במציאות, מחד גיסא, ועל אינטואיציה אחרת בדבר חשיבותם של אינטרסים מסוימים, מאידך גיסא, והכל בנסיבות המקרה.⁹⁴ במקרה הטוב פחות, איוון אינו אלא הכרעה אד-הוק, בהעדר כל קנה-מידה אחר האמור להנחות הכרעה זו.⁹⁵ יודגש כי ברוב המקרים הכרעה אד-הוקית כזו עדיפה על העדר הכרעה כלל או על הכרעה על-פי כלל בלתי-מוסרי בעליל, ובדרך-כלל "חוש המומחיות של המשפטן" מיושם באופן שמניח את דעתנו. לפיכך יהיה זה נאיבי לטעון שהכרעה איוונית הינה בהכרח ובכל מצב "רעה" לחופש הביטוי (אם כי ניתן לשער שבמצבי לחץ הכוחות הפועלים על בית-המשפט עלולים להטות את הכף לאיוון שבו חופש הביטוי ייפגע, כפי שטוען השופט סטיוארט). הטענה נגד אימוץ הגישה האיוונית באופן גורף היא כי גישה זו נעדרת תשתית מושגית-אנליטית מספקת. כמו-כן, מבחינה מוסדית, אין להתעלם מכך שלשופטים אין בהכרח יתרון במלאכת האיוון על פוליטיקאים, עורכי-דין, משפטנים אקדמאים, אנשי-דת, פילוסופים, חכמי מדע המדינה, כלכלנים, חוקרי חברה או בעלי מקצועות אחרים שחידדו את חושיהם האתיים-החברתיים בשנים רבות של עיסוק רפלקסיבי. אפשר בהחלט שמומחים מדיסציפלינות אלה ניהנים בראייה חברתית רגישה, כוללת ומדויקת לא-פחות, כמו-גם במחויבות ערכית המשקפת טוב לא-פחות את עקרונות-היסוד של החברה.

הניסיון לארגן את תחולתו של התיקון הראשון באופן שיש בו מרכיבים פורמליים אמור להנחות את בית-המשפט לא לאזן במצבים מסוימים, אלא לנסות להחיל מבחן דוקטרינרי הנשען על תיאוריה דמוקרטית כלשהי המתייחסת ליחס שבין המדינה, האזרח, מוסדות המדינה וההליכים של קביעת נורמות והכרעה בסכסוכים. ניסיון זה נועד להניח אמת-מידה שתאפשר פיתוח עקבי של הפסיקה, ובכך להבטיח את שלטון החוק. אמת-מידה זו עלולה להתפוגג כאשר השופטים "מאזנים".

הבעייתיות בשמירה על עקביות ה"איוון" ברורה: בפועל הליך האיוון הינו לא-אחת שטר ושוברו בצידו. כאשר על פניו ניתן משקל שונה - ביחס לפסיקה קודמת - לערכים אותם יש לאזן, תכלול ההנמקה בדרך-כלל התייחסות גם לערכים אחרים (אף שערכים אלה או דומיהם היו נוכחים גם בפסיקה המוקדמת), או שתשתנה רמת ההפשטה כך

94 לשם המחשה ניתן לראות את השינוי בהלכה האמריקנית באשר לחוקתיות הרשעתו של אדם בבזיון ועדת חקירה במצב שבו הנשאל מסרב לענות על שאלות לגבי חברותו בארגון פוליטי (בדרך-כלל דובר במפלגה הקומוניסטית) או לגבי עמדותיו ופעולותיו הפוליטיות. בתחילת הדרך ניתן משקל מהותי לאינטרס (שנראה או עליון) של הממשל בגילוי הפעילות ה"חתרנית" לעומת זכותו של אדם לסרב לחשוף השתייכות מפלגתית או עמדה פוליטית (כלומר, לא להודות בחברותו בארגון), וזאת כנראה כחלק מהאווירה ששרתה בארצות-הברית באותה תקופה. ראו: *Barenblatt v. U.S.* 360 U.S. 109 (1959). תקופה קצרה מאוחר יותר, על-פי אותו מבחן של איוונים, הכריע אותו בית-משפט כי חופש ההתארגנות (ובמסגרתו חופש הביטוי) הוא העליון, וכי כדי להשיע בבזיון יצטרך הממשל להראות קשר מהותי בין המידע שהתבקש לבין האינטרס של הממשל. ראו: *Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee* 372 U.S. 539 (1963).

95 השווה אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 222-224, וראו דעות מתנגדות: William Cohen & Jonathan D. Varat *Constitutional Law: Cases and Materials* (Westbury, 11th ed., 2001) 1237-1238; Melville B. Nimmer "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy" 56 *Cal. L. Rev.* (1968) 935.

שהמשקל היחסי ישתנה, או שבנסיבות המקרה יטען בית־המשפט כי ערך מסוים נפגע בצורה "קשה" יותר או "קרוב יותר לגרעינו".⁹⁶ לדאבוננו, אין בידינו, נכון לעכשיו, מתודולוגיה מספקת להתמודד עם איזונים כגון דא, כשם שנעדרים אנו אמת־מידה לתחם באופן משכנע אילו ערכים יש לאזן ואילו ערכים אינם באים לידי ביטוי בכל מקרה ומקרה.⁹⁷ לכאורה, כך לפחות ניתן לטעון, רוב המקרים החוקתיים מצריכים איזון של "הכל" עם "הכל",⁹⁸ אם אכן ניתן לעלות ולרדת ברמת ההפשטה. באופן זה תהיה עקביות יישומו של חופש הביטוי תלויה במידת הכיול הפנימית של כל שופט ושופט.⁹⁹ איזון, לפי גישה זו, הינו פתרון שיש לאמצו רק בהעדר תיאוריה טובה יותר שתנחה את בית־המשפט, תיאוריה שתביא בחשבון הן את הזכויות השונות והן את המוסדות השונים, ובכלל זה את היחס בין ההליכים השיפוטיים לבין אלה המתרחשים בבית־הגבחים או בקרב הרשות המבצעת. תיאוריה זו אמורה להנביע דוקטרינות קוהרנטיות ועקביות, ובהעדר תיאוריה כזו, תפקידה של הדוקטרינה הוא להנחות את שיקול־הדעת כך שהדיון בכל מקרה לגופו יהיה מושכל ומאורגן ככל שניתן. כך נוכל לשאוף למזער את המתח בין הדוקטרינות המשפטיות המתגבשות לבין התיאוריה הדמוקרטית אותה הן אמורות להגשים.

1. זמן, מקום ואופן

טלו, למשל, את הדוקטרינה הקרויה "זמן, מקום ואופן",¹⁰⁰ אותה קלט המשפט הישראלי על קרביה.¹⁰¹ הדוקטרינה מאפשרת להגיע לנקודה בה עיקרו של הביטוי מפורסם, אך בזמן, במקום ובאופן הממוזערים את הפגיעה באינטרסים האחרים. דוקטרינה

96 כך, למשל, בעניין פרסום מידע במהלך משפט אשר הגיע לידי המושבעים. במקרים מסוימים יקבע בית־המשפט כי ערך ההליך הראוי נפגע קשות ולכן גובר על חופש הביטוי וחופש העיתונות. ראו: *Sheppard v. Maxwell* 384 U.S. 333 (1996). ראו גם: *Gentile v. State Bar of Nevada* 501 U.S. 1030 (1991) (לעניין אישורו של הסדר שמונע עורכי־דין מלדבר על המשפט בעודו מתנהל, מחשש להשפעה על ההליך השיפוטי).

97 השוו לגישת השופט אנגלרד בע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א רשל"צ, פ"ד נג(3) 600, במיוחד בע' 635, 639-640, 645 (להלן: עניין שביט).

98 ב"הכל" הכוונה לטובין חברתיים באשר הם, ובפרט לאותם טובין שניתנים להגדרה כאינטרסים וזכויות. מהלך זה מוביל בצורה טבעית להכרה ב"יחסיות" של הזכויות, שכן יש "לאזן" זכות עם כל זכות אחרת. למשל, יש לאזן בין זכותו של עיתונאי לא לחשוף את מקורותיו (הפן השלילי והפן החיובי של חופש הביטוי) לבין זכותו החוקתית של נאשם להליך ראוי (*In Re Farber* 78 N.J. 259 (1978)). לעניין ההכרה ביחסיותן של הזכויות החוקתיות במשפט הישראלי, ראו בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 76. לביקורת ראו אריאל בנדור "בגנות היחסיות של זכויות־היסוד" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 343.

99 השוו דנ"פ 1789/98 מ"י נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, 189, וראו גם את הוויכוח בין הנשיא ברק לשופט אנגלרד בעניין שביט, לעיל הערה 97.

100 ראו: 576 (1941) 312 U.S. 569 *Cox v. New Hampshire*. כמו־כן ראו עניין *Perry*, לעיל הערה 17, בע' 45.

101 עניין דיין, לעיל הערה 28, בע' 481-482.

זו מאפשרת לכאורה לבית המשפט לאזן בין צורכי החברה השונים: היא פותרת את הקשיים האובייקטיביים הנובעים מעובדת המחסור (אין די מקום למכוניות ולהפגנות על צירי התנועה המרכזיים) ומצורכי האדם השונים (למשל, הצורך בשנת לילה ובכילוי זמן עם המשפחה במעון הפרטי). אולם הפעלתה של הדוקטרינה בעולם המעשה מראה כי לא אחת היא נעדרת עוגן פנימי. היא אינה מגדירה את הזמן או המקום או האופן שבהם ביטוי נהפך ל"יקר" מדי.

למשל, הדוקטרינה, כלשונה, אינה נותנת מענה משכנע לשאלה מדוע לא לחייב את המדינה להתיר למפגינים נגד תופעת חסרי הבית לישון בפארק ציבורי (אף שקיימת תקנה האוסרת הקמת אוהלים, הבערת אש ושינה בפארק כזה);¹⁰² או באילו תנאים תותר אספה כזו או אחרת מול רחוב ז'בוטינסקי 36 בירושלים – בית המגורים הפרטי בו התגורר הרב עובדיה יוסף.¹⁰³ בכל הכבוד, הדיון בבתי המשפט השונים – הישראלי או האמריקני – בשאלה אם "יש חלופות אפקטיביות" אינו ממצה.¹⁰⁴ מרכיב החלופות חשוב אומנם ביישומה של הדוקטרינה אך אינו מספיק, כשם שבחינת השאלה אם המסגרת החקיקתית הינה "ניטרלית" לעניין הביטוי אינה מספיקה. האיסור החל על קמפינג בפארק אינו תולה אומנם את הצדקתו בענייני ביטוי, ולכן הוא "נקי" (מה שאין כן, אגב, לעניין הכלל שעמד לדיון בעניין דיין, אשר עסק באספה על מדרכה ליד ביתו של הרב עובדיה יוסף בירושלים), אולם השאלה השנייה שיש לשאול היא אם הפגנה בפארק הכוללת שינה

102 ראו עניין *Clark*, לעיל הערה 66.

103 ראו עניין דיין, לעיל הערה 28. מקרה דומה נידון בבית המשפט האמריקני, אשר הגדיר את הקהל בבית המגורים הספציפי כ"קהל שבוי", ובכך התיר לרשות המקומית לאסור קיום הפגנה מולו כדי להגן על יושבי הבית מפני שמיעת מסרים לא-רצויים. ראו: *Frisby v. Schultz* 487 U.S. 474 (1988). עניין הקהל השבוי התעורר גם בהקשר של מרחב ציבורי, אשר נמצא בסופו של דבר כי הוא אינו פורום ציבורי בדיוק משום שהקהל בו שבוי. במקרים בהם מדובר בקהל שבוי, בית המשפט נוטה לאפשר הטלת הגבלות על חופש הביטוי. ראו: *Lehman v. Shaker Heights* 418 U.S. 298 (1974), בו נקבע כי אין זכות אינהרנטית לפרסם מודעות פוליטיות בתוך אוטובוסים עירוניים.

104 ראו: *Metromedia, Inc. v. City of San Diego* 453 U.S. 490 (1981). הדיון בקיומן של חלופות מאפשר לעיתים לבית המשפט לפסול את ההגבלה שהוטלה על חופש הביטוי מבלי להיכנס לדיון מהותי בשאלה אם מותר להגביל סוג כזה של ביטוי בכל חלופה שהיא. ראו, למשל: *Martin v. Struthers* 319 U.S. 141 (1943), בו נפסל חוק עירוני אשר אסר חלוקת עלונים אישית לאנשים בבתיהם (תוך דפיקה על הדלת או צלצול בפעמון). במקרה זה נפסק כי אמצעי חלופי מגביל פחות ואפקטיבי באותה מידה יהיה לקבוע שהאיסור יחול רק במקרים שבהם יציב אדם שילוט בחזית ביתו אשר יבהיר כי הוא אינו מעוניין בחלוקה כזו ("no soliciting sign"). עם זאת, נראה כי אם כל שנדרש מקהילה המעוניינת לא להתיר לעדי יהיה לחלק חומר הוא להציב שלט בחזיתות הבתים, חופש הביטוי עלול לצאת נפסד. באופן דומה נפסק כי צו איסור פרסום על מידע שקשור לביצוע פשע במטרה למנוע השפעה אפשרית על מושבעים פוטנציאליים הינו אמצעי גורף כל מקום שניתן לשנות את מקום המשפט, לדחות אותו או לבדוד את המושבעים. ראו: *Nebraska Press Association v. Stuart* 427 U.S. 539 (1976). עם זאת, במקרה אחר פסק בית המשפט כי סגירתם של הליכי קדם-משפט לציבור (ובכלל זה הוצאת צו איסור פרסום על הליכים אלה) מהווה אמצעי חוקתי נעדר חלופות הפוגעות פחות בחופש הביטוי, ראו: *Gannett v. DePasquale* 443 U.S. 368 (1979), ובכך חזרה השאלה למקומה.

מהווה מדיום להעברת מסרים חברתיים. קשה להתווכח, לדעתי, עם הקביעה שכך הדבר. ניתן אומנם לדרוש מהמפגינים לייחד את עצמם לחלק אחד בלבד, ולא להבעיר אש, אך דומה כי בעניין זה הניסיון לאזן את האינטרס הלגיטימי בשמירה על פארקים עם האינטרס הטמון בתוספת השולית לביטוי המושגת כתוצאה משינה בפארק נידון לכישלון, פשוט מכיוון שהוא נעדר סרגל משקלים פנימי. אין בידינו מתודולוגיה לעשותו. לעומת זאת, הניסיון לחשוב על הבעיה באמצעות אפיון המרחב החברתי – דהיינו, לשאול אם זהו מרחב ציבורי המשמש להעברת מסרים אם לאו – טומן בחובו פוטנציאל לניתוח עקבי יותר שאינו מאפשר לפגוע בקלות בחופש הביטוי המוגן.

מובן שהגדרת מרחב חברתי כמדיום להעברת מסרים אינה הגדרה שרירותית: יש להביא ראיות לגבי אופני השימוש במקומות שונים ובזמנים שונים, ולגבי האופן שבו מדיום זה נתפס בחברה הנתונה.¹⁰⁵ כן יש להתייחס גם לחלופות. כאמור, צפויים מקרים גבוליים, וצפוי צורך לשוב ולבחון מקרים מסוימים עם התפתחות הטכנולוגיה והשינויים בתפיסה ובשימושים החברתיים במרחבים השונים. אך כל אימת שנעשית פעולת איזון – בהנחה שאין בנמצא דרך טובה יותר להגיע להכרעה – עליה להיעשות לאחר שברור אם עסקינן במרחב להעברת מסרים אם לאו; ואם המרחב אכן משמש להעברת מסרים, דומה כי הנטל על המדינה להראות כי לא תוכל לשמר את אופיו של מרחב זה ללא הגבלת האופן, הזמן והמקום שבהם ייעשה הביטוי, וכי הגבלה זו היא המינימלית הנדרשת. נראה כי במקרה הפארק תתקשה המדינה להראות מדוע לא תוכל לייחד חלק מסוים מן הפארק להפגנה הכוללת גם שינה, בהנחה שפעילות זו לא תגרום נזק בלתי־הפיך.

אילו נדרשנו להוכיח בדבר חשיבותה של דרך חשיבה זו, הנה בא פסק־דינו של בית־המשפט העליון בעניין יושבי כיכר הלחם שעברו מכיכר המדינה בתל־אביב אל המדרכה שמול קריית ראש הממשלה בירושלים.¹⁰⁶ בפסק־דין שלא ניתח כהלכה את מהות המדיום פיזר בית־המשפט את ההפגנה. בית־המשפט הגדיר את המרחב בו נערכה ההפגנה כ"רחוב" בו לציבור יש זכות למעבר ללא הפרעה, סירב לראות את ההתרחשות כהפגנה, ואף הזכיר שמאהל כזה מהווה "מטרד". לפי האמור כאן, טעותו של בית־המשפט נעוצה בכך שהוא ניסה לסווג את המקרה למשבצת 4, במקום למשבצת 2, בה הצדקת הכלל המשפטי אכן "נקייה" (גיהות ובטיחות, איכות הסביבה), אך יישומו במקרה הנידון פוגע במדיום להעברת מסרים (איסור הפגנה). הניסיון להציג את ההפגנה כהתנהגות גרידא (ניסיון להשתלט על המדרכה ללא הגבלת זמן, דהיינו, כהיאחזות בלתי־חוקית) נסתר

105 טלו, למשל, את המקום הגיאוגרפי־החברתי הקרוי "תיבות־דואר". בית־המשפט אישר את זכותו של אדם לדרוש כי שמו יימחק מרשימת דיזור של גורם אשר מפיץ לטענתו האישית חומר פרובוקטיבי, וזאת למרות הפגיעה בחופש הביטוי. ראו: *Rowan v. United States Post Office Dept.* 397 U.S. 728 (1970). לצמצום נוסף ב"גישה לתיבות־דואר" ראו: *U.S. Postal Service v. Greenburgh Civic Ass'ns* 453 U.S. 114 (1981), שבו נקבע כי תיבות־דואר ביתיות אינן פורום ציבורי, ולכן הושאר על כנו חוק פדרלי שאסר חלוקת מכתבים ללא בולים בתיבות־דואר. כיום עומדת על הפרק הסדרת הגישה לתיבות הדואר האלקטרוני במסגרת המאבק בדואר הפרסומי הלא־רצוי, הקרוי בעברית "דואר־זבל". ראו תביעה שהוגשה באחרונה: ת"א (ת"א) 1262/05 **Microsoft Corporation נ' גנס** (טרם נפסק).

106 עע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, תקעל (4)2004, 2130.

בפסק־הדין עצמו, המודע לכך שאין כאן ניסיון אמיתי להתיישבות, אלא פעילות מחאה שעיקרה ביטוי והעברת מסר. בית־המשפט סותר את עצמו גם בעניין מהות המרחב. בית־המשפט הרי הכיר במדרכות כמרחב ציבורי (כך בעניין דיין), ומכיוון שההפגנה עצמה לא נערכה בתוך גדרותיה של קריית הממשלה, אלא מול מוסדות השלטון, אין עסקינן במרחב ארגוני־גיאוגרפי סגור (או סגור למחצה), אלא באיזור אשר דווקא בו לציבור יש – ותמיד הייתה – זיקה לפעילות מחאתית־הפגנתית. כך בעת ההפגנות אחרי מלחמת יום־הכיפורים, כך בעת ההפגנות בשנות השמונים נגד מלחמת לבנון, וכך בעת ההפגנות ומשמרות־המחאה נגד ההתנתקות. המשטרה עצמה טענה כי באיזור מתקיימות משמרות־מחאה באופן תדיר. בפסיקתו השתיק בית־המשפט את זכותם של המפגינים להשמיע את קולם, ולו בלחש,¹⁰⁷ ופוגג את זכותם להפגין – במובנה המלא של המילה – את בעייתם של כלל מחוסרי הדיוור במדינה.¹⁰⁸ הקבלה השלמה של עמדת העירייה כי הצבת אוהל־מחאה הינה פעילות המותרת למשך שלושה ימים בלבד, והיישום המכשירני של דוקטרינת ה"זמן, מקום ואופן", אפשרו לבית־המשפט, כפי שהזכירו השופטים הפורמליים האמריקנים,¹⁰⁹ לקבוע כי זכות ההפגנה נסוגה מפני אינטרס ציבורי חשוב (מראית פני הסביבה?), ובכך לפגוע דווקא בביטוי של אלה שביטויים נדרש יותר מכל, שכן הד מחאתם אינו נשמע.

2. זכות הציבור לדעת וזכויות הטוב של איש־ציבור

לעומת דוקטרינת ה"זמן, מקום ואופן", שהינה דוגמה לדוקטרינה שנקלטה היטב במשפט הישראלי (דווקא על מרכיב האיזון שבה, ולא על מרכיביה המושגיים), דוקטרינה שנשקלה ונדחתה היא זו החולשת על ההתנגשות בין חופש הביטוי לבין שמו הטוב של איש־ציבור.¹¹⁰ המשפט האמריקני, בעניין *Sullivan*, קבע כי כלל משפטי המסתפק בהוכחה כי העיתון התרשל בדיווחו ופגע בשמו הטוב של עובד־הציבור מושא הכתבה אינו חוקתי משום שכלל זה פוגע בחופש הביטוי של העיתון. רק כלל המחייב סטנדרט גבוה יותר – למשל, פגיעה בזדון בשמו הטוב או סילוף העובדות בכוונה – יעמוד בדרישת ההגנה על חופש הביטוי.¹¹¹ לכאורה, נקבע בארצות־הברית כי דיבה אינה "מעירה" את ההגנה על חופש הביטוי שכן היא אינה נכללת בה. מדוע זה דיבתו של איש־ציבור מחייבת

107 מיכאל בירנהק "כשהמפגינים הם מטריד" הארץ (8.12.2004) חלק ב. ראו גם את רשימתו של ישראל טויטו בספר זה.

108 השוו לבג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים, פ"ד לד(2) 169, 171.

109 ראו את דברי השופט סטיוארט (לעיל הערה 93).

110 ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 344 (להלן: עניין חברת החשמל נ' "הארץ"). לניתוח הדין האמריקני בנושא ביחס למשפט הישראלי ראו ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558.

111 ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555, 571. אף שהדוקטרינה האמריקנית באשר לאיש־ציבור נדחתה, כאמור, גם המשפט הישראלי מכיר בכך שאיש־ציבור צריכים להיות מוכנים לספוג ביקורת רבה יותר מאדם פשוט (אם כי בפסק־דין זה נקבע דווקא שקמה עילת לשון־הרע). ראו גם עניין אבנרי, להלן הערה 159, בע' 864.

התייחסות מיוחדת? בבואנו למקם את המקרה, אין מנוס מלהתייחס לכך שמדובר בעיתונות, המהווה מדיום חשוב להעברת מידע, דעות, מסרים ושאר תכנים תקשורתיים.¹¹² אולם ברור כי העיתונות עשויה להיות מעורבת (אם כי לעיתים נדירות יותר) גם בהוצאת דיבתו של אדם "פרטי", ולפיכך העובדה כי מדובר בדיבה באמצעות פרסום בעיתונות אין בה, כשלעצמה, כדי לענות על השאלה. מה מיוחד באיש הממלא תפקיד ציבורי, שמעלה את הגנת חופש הביטוי? התשובה הסטנדרטית לשאלה זו היא כי העיתונות ממלאת תפקיד של ביקורת חשובה כלפי איש-הציבור, דהיינו איש המחזיק בכוח ציבורי, ולפיכך סטנדרט של רשלנות בלבד עלול לפגוע ביכולתו של הציבור לקבל מידע רלוונטי, שכן העיתונות עלולה לחשוש מלפרסם דבר-מה, ובכך יושתקו גם ביטויים רצויים ביותר יחד עם ביטויי הדיבה. אולם תשובה זו אינה מספקת, שכן לכאורה ניתן להתמודד עם קושי זה על-ידי יישום זהיר של סטנדרט הרשלנות בכל מקרה ומקרה, תוך התמקדות בהתנהגות הסבירה של מערכת העיתון בנסיבות העניין. כל שתירש העיתונות להראות הוא שהיא ערכה בדיקה שכל עיתונאי סביר היה עורך, בהתחשב בלוח-הזמנים להפצת מידע רלוונטי, ולעובדה שמדובר במידע המתייחס לאיש-ציבור, אשר לגביו לציבור יש עניין. דומה שדווקא סטנדרט הרשלנות הוא שיבטיח שיה ציבורי איכותי יותר, שכן הוא יסנן החוצה ביטויים לא-נאותים כלפי איש-ציבור כזה או אחר.

בכך דווקא תימצא העיתונות ממלאת את תפקידה המפקח טוב יותר. אלא שדיון כזה מחמיץ את התפקיד שממלא האיסור (הפלילי והאזרחי) החל על הוצאת דיבה. הוצאת דיבה אינה עוסקת רק באי-אמיתות, שכן אמירת אי-אמת כשלעצמה אינה כרוכה בתוצאות משפטיות במישור האזרחי או הפלילי.¹¹³ מהותה של הדיבה היא בכך

112 ראו בג"צ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא ביהמ"ש העליון, פ"ד מח (3) 573, 603. כהגדרתו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו דאז), העיתונות "חיונית לדמוקרטיה". חיוניות זו, כמו גם כוחה של העיתונות, שימשו את השופט ברק בהצעתו להחיל על העיתונות את דוקטרינת ההגינות מכוח היותה "גוף דו-מהותי" (ראו להלן הערה 136). השאלה אם העיתונות ראויה ליחס מיוחד אינה פשוטה. בית-המשפט האמריקני לא הכיר בפטור שנטען כי יש לתקשורת, מעצם מהותה ומעצם "חופש העיתונות", מתחולתם של חוקים כלליים אשר לא נועדו אומנם להטיל מעמסה על התקשורת אך החלתם אכן מטילה נטל מסוים גם על התקשורת. ראו: *Zurcher v. Stanford Daily* 436 U.S. 547 (1978); לעניין תקפותו של צו חיפוש במשרדי עיתון, ראו גם: *Cohen v. Cowles Media Co.* 501 U.S. 663 (1991); לעניין תשלום פיצויים במסגרת הפרת הסכם לסודיות. אפילו בשאלה מהותית לתפקוד העיתונות, דוגמת גישה למידע ממשלתי (לא-חסוי), נפסק שעקרונות אין לתת יחס מועדף לאמצעי התקשורת. כך, לעניין אישור חוקים שאוסרים ראיונות עם אסירים בבתי-סוהר, ראו: *Saxbe v. Washington Post Co.* 417 U.S. 843 (1974); *Pell v. Procunier* 417 U.S. 817 (1974); עם זאת, במצבים מסוימים תינתן בכל-זאת לתקשורת גישה למידע, על בסיס חופש הביטוי והעיתונות, אף אם אין מאפשרים זאת לציבור הרחב, וזאת כדי שהמידע יגיע בסופו של דבר לציבור. ראו: *Richmond Houchins v. KQED, Inc.* 438 U.S. 1 (1978) (לגבי בתי-סוהר); *Newspapers v. Virginia* 448 U.S. 555 (1980) (לגבי הליכים במשפט פלילי); *Enterprise Co. v. Superior Court of California* 467 U.S. 501 (1984) (לגבי הליכי סינון של מושבעים).

113 ע"א 6871/99 רינת נ' רוב, פ"ד נו (4) 72, 86. פרסום "לשון-הרע" בישראל אינו מתנה בכך שהדברים אינם אמת או בכך שהפרסום נעשה בדרך לא-הוגנת.

שפוגעת היא במעמדו החברתי (והכלכלי) של האדם בחברה. מבחינה מושגית, חברה אינה רק אוסף מקרי של פרטים, אלא ישות שבמסגרתה מקיימים הפרטים מערכות יחסים, מייצרים הון חברתי, מגדירים את עצמם, יוצרים משמעות בסובב אותם, מעצבים תפיסת עולם ערכית וטוויים זהות אישית וקבוצתית. איסור הדיבה ממלא בהקשר זה תפקיד הכרחי.¹¹⁴ הוא שומר על מסגרת ההתייחסות ההדדית של הפרטים בחברה.¹¹⁵ איסור הדיבה מתייחס לאותם ערכים אשר הפוגע בהם נחשב אדם הראוי ליחס שלילי מבני החברה האחרים. הוא קובע מה נחשב "שם טוב", ואיזה סוג אמירה פוגע באותו "שם טוב". במילים אחרות, מכיוון שאיסור הדיבה אינו מתייחס רק לעובדות לא-נכונות, אלא לאותן עובדות הפוגעות במוניטין של אדם, הדיבה מהווה מרכיב הכרחי בעיצוב הזהות הערכית של החברה: המוניטין החיובי והשלילי נגזרים ממערכת ערכית מסוימת. זוהי אותה מערכת ערכית השוורת את הפרטים לכלל חברה.¹¹⁶ אותו סוג של מעין קניין רוחני לו זכאי אדם עקב פועלו בחברה – השם הטוב – אינו רק סרח העודף, זנב-לוואי המתלווה לחיים החברתיים, אלא חלק מחוט המקשר בני-אדם שונים לכלל אגד חברתי הקרוי קהילה. תביעת דיבה אינה רק תביעתו של אדם, אלא היא מהווה, ברובד מסוים לפחות, תביעתה של הקהילה כולה להגן על אותם מרכיבים המגבשים השתייכות אליה. השתייכות לקהילה משמעה, אם כן, השתייכות למערכת ערכים. הנימוס החברתי אינו רק ריטואל שעומנו במקרה; הוא מגן על ההשתייכות החברתית. תביעת הדיבה נועדה לשמר מערכת ערכית זו, תוך הענקת משמעות להשתייכות זו.

הרעיון הדמוקרטי, אשר הזכות לחופש ביטוי הינה חלק ממנו, מצוי במתח תמידי עם מצב-עניינים זה. ראשית, הדמוקרטיה טוענת לגיטימציה לא רק כעובדה חברתית – שלטון מסוים הינו לגיטימי כי הוא נהנה מתמיכה של קהילה מסוימת – אלא גם כייצוג נורמטיבי: שלטון מסוים הינו לגיטימי כי הקהילה הנשלטת בחרה בו. ההצדקה הדמוקרטית נשענת על קיומה של אפשרות ממשית לבחור ערכים מסוימים כערכים שלאורם ראוי יותר לכלכל את ענייני הציבור. אך זה עתה ראינו כי אין לפנינו אפשרות בחירה אמיתית: ההשתייכות לקהילה – אותה השתייכות המקימה את הזכות לבחור ולהיבחר – מקימה גם מערכת ערכים "נתונה", במובן זה שהיא מכילה נתוני-יסוד המצויים מחוץ להליכי הליבון החברתיים בכל זמן נתון. כיצד, אם כן, ניתן לדבר על בחירה? שנית, ביסוד הדמוקרטיה ניצבת האפשרות לשינוי. זוהי שיטת המשטר היחידה המציגה לפרטים החברים בה את האפשרות לפעול לשינוי סדר-היום הציבורי, לשינוי האנשים המובילים אותו ולשינוי

114 שאלה מעניינת היא, לכן, אם ניתן להכיר בתביעת דיבה נגד הצהרה שהינה בגדר חיווי דעה, ולא קביעת עובדה. ההלכה האמריקנית התירה תביעה כזו, אך הקפידה שההצהרה שנכללה בהבעת העמדה הינה שקרית, ושניתן לקרוא לתוכה עובדות ממשיות על אותו פרט הטוען להשמצה. ראו: *Milkovich v. Lorain Journal Co.* 497 U.S. 1 (1990). לדיון בעניין זה במשפט הישראלי ראו ע"א 323/98 שרון נ' בנימין, פ"ד נו(3) 245. ראו גם את רשימתו של עוזי בנוימן בספר זה.

115 לעניין קהילות-היחוס השונות השוו לזכויות בע"א 466/83 שאהה נ' הארכיגמון דרדריאן, פ"ד לט(4) 734, מול ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1.

116 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 75.

מערך הכוחות בין מרכיבי החברה השונים. אך כיצד ניתן לחשוב על שינוי כזה אם עצם קיומה של החברה נשען על מערכות ערכיות שהחברה משמרת לצורך הבטחת המשכיותה והמשכיות חברותם של הפרטים בה?

גדרשים אנו, אם כן, ליצור מרחב חברתי שאליו יכולים הפרטים לגשת ואשר בו הם יכולים לתהות, לחקור, לשאול, לבקר ולשנות. בדיוק על-מנת לענות על מתח זה חשובה ההבחנה בין ה"פרטי" ל"ציבורי". אותה ספרה ציבורית – בה פועלים שליחי-הציבור ומפעילים כוחות שניתנו להם על-ידי הציבור ובשמו¹¹⁷ – צריכה לפרוע את שטר המחויבות של הדמוקרטיה לבחירה ולשינוי, שאם לא כן תימצא הדמוקרטיה בגרעון לגיטימציה. מכאן, ספרה ציבורית זו חייבת להיות מנותקת, במידת-מה לפחות, מאותן "נורמות נימוס" המגדירות השתייכות לחברה, על-מנת שכל אחד מן הפרטים יוכל להעמיד נורמות אלה למבחן הביקורת. מכאן, שהסטנדרט לשם טוב בספרה הציבורית חייב להיות שונה מזה החל בספרה הפרטית. ודוק: הסטנדרט שאותו אימצה שיטת המשפט הישראלי – בעניין חברת החשמל נ' "הארץ"¹¹⁸ – לעניין עובדי-הציבור הוא בדיוק הסטנדרט שאינו מתאים לספרה זו. זאת, משום שהוא מעמיד ביסוד החקירה את האדם הסביר, הלוא הוא האדם המגלם את ערכי הקהילה, על כללי הנימוס הטבועים בה. המשפט הישראלי מאפשר אומנם "איוון" שונה בין שמו הטוב של אדם לבין זכות הציבור לדעת כאשר מדובר באיש-ציבור בהשוואה לאיש "פרטי", אלא שאיוון זה, ככל האיוונים, אינו

117 ניתן להרחיב דוקטרינה זו גם לאנשים שאינם שליחי-ציבור, אלא מצויים בעמדת כוח מקצועית, תרבותית או כלכלית. קיים עדיין קושי להתמודד עם מצבים בהם אדם מוצא את עצמו במוקד דיון ציבורי בעל-כורחו (למשל, הורים שכולים או בני משפחה של שבויים או נעדרים). האם בהצטרפם לשיח הציבורי לשם קידום עמדה מסוימת הם נהפכו ל"אנשי-ציבור"? יצוין כי המשפט האמריקני מחיל לעיתים את הלכות "האישיות הציבורית" לא רק על אנשים אשר נבחרו לתפקיד ציבורי או ממלאים תפקיד מרכזי ובעל כוח בחיים התרבותיים-הכלכליים, אלא גם על אנשים פרטיים המוצאים את עצמם במצבים בהם קיים עניין ציבורי במידע. ראו: *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.* 403 U.S. 29 (1971); *Curtis Pub. Co. v. Butts* 388 U.S. 130 (1967); *Associated Press v. Walker* 388 U.S. 130 (1967) (שניהם מופיעים באותו מראה-מקום ועוסקים במאמן פוטבול ובאיש צבא שפרש). עם זאת, בהמשך הדרך נראה שבית-המשפט מנסה לצמצם את התחולה. ראו עניין *Gertz, Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps* 424 U.S. 448 (1976) וגם: *Time, Inc. v. Firestone* 424 U.S. 448 (1976). לעיל הערה 31, ולעיל הערה 46, במיוחד במאמרו על פרשת *Falwell*.

118 ראו עניין חברת החשמל נ' "הארץ", לעיל הערה 110, והשוו סעיף 15(1) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240. לעניין דחיית המודל האמריקני לדיני לשון-הרע ראו ע"א 670/79 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' מזרחי, פ"ד מא(2) 169. בית-המשפט הישראלי קבע למעשה כי יש להחיל מבחן הבוחן את מידת התרשלותם של העורך והעיתונאי בפרסום החומר השגוי בנסיבות העניין: אם מדובר באיש-ציבור ו/או במידע בעל ערך ציבורי, "מותר" לעיתון לפרסם חומר שלא עבר את שלל הבדיקות שהיינו מצפים כי ייערכו אילו דובר בפרסום מידע על אדם פרטי, ובלבד שניתנה לאיש-הציבור זכות תגובה ושאינו מדובר בהתרשלות "רבתי".

כולל בתוכו את כיוול המשקלות הראויים. הוא גם אינו מתמודד עם הצורך ליצור שדה שיח שבו ערכי הקהילה עצמם נתונים לביקורת. לפיכך, גם אם יגיע בית-המשפט במקרים כאלה או אחרים לתוצאה הנראית צודקת בנסיבות העניין, המבחן עצמו אינו מספק. בשיטה האמריקנית, לעומת זאת, שמו הטוב של עובד-הציבור מושעה במידה מסוימת בספירה הציבורית, שכן הערכים הקובעים מהו שם טוב בספירה זו נמצאים הם עצמם בבחינה מתמדת. הסטנדרט שאימץ המשפט האמריקני דורש מאיש-הציבור לשאת את המעמסה של הבחינה, החקירה והתהייה על אופיו, מעשיו וערכיו, כל עוד, כמובן, תהייה זו אינה נשענת על כוונת זדון או על ידיעה של ממש כי העובדות המשמשות בסיס לחקירה שגויות. כמובן, בספירה הפרטית ניתן עדיין לדבר על שמו הטוב של אדם, ובכלל זה על שמו הטוב של עובד-ציבור, כשם שניתן לדבר על כך ששמו הטוב של עובד-הציבור שייך גם לקהילה, אשר לה אינטרס בכך שישמר שמו הטוב של עובדיה ושרק עובדים השומרים על שמו הטוב ישמשו את הציבור. אך התיאוריה הדמוקרטית דורשת התייחסות שונה. היא דורשת סטנדרט שאינו סטנדרט פרטי רגיל ואף אינו סטנדרט הנשען על ערכי הקהילה עצמה. בחירתו של המשפט האמריקני, לפיכך, אינה מהווה אך "איוון" ראוי יותר, אלא נשענת על מרכיבים פורמליים המציבים את הפרט אל מול המדינה בשיטת משטר דמוקרטי. הדיון בשמו הטוב של עובד-ציבור ימוקם על-יכן בשיטת המשפט האמריקנית במשבצת 1, בעוד שמו הטוב של אדם "פרטי", כזכות מעין-קניינית השמורה לו, יוגן במשבצות האחרות, לפי נסיבות הפרסום ובהתאם להקשר של הסדרת התחום על-ידי המדינה.

3. דוקטרינת "הפורום הציבורי"

המשפט הישראלי ניסה דווקא לבטא רגישות מסוימת לחשיבות קיומו של שדה שיח אשר נגיש לציבור הרחב, על-ידי הגנה על מדיום המשמש לתקשורת ציבורית פתוחה. בפסק-דין ידוע אף קבע הנשיא שמגר, בדעת מיעוט, כי הביטאון של לשכת עורכי-הדין מהווה "פורום ציבורי" כזה.¹¹⁹ שימוש זה, כמובן, אינו מדויק כלל ועיקר. הביטוי "פורום ציבורי" – Public Forum – מיוחד במשפט האמריקני הקלסי לאותם מקומות פיזיים אליהם לציבור יש זכות גישה, בהם קיימת לו זכות התאספות, ולגביהם כל הגבלה של חופש הביטוי מחייבת הצדקה מיוחדת.¹²⁰ הפורום הציבורי האמריקני הינו מקרה ספציפי של מדיום מוגן (משבצות 1 ו-2). מותר אומנם למדינה לדאוג שמדרכותיה לא ילוכלכו, ובכלל זה בניירות המשמשים דפי-מידע, אך עניין זה אינו יכול להפקיע את זכותו של

119 ראו עניין כהן, לעיל הערה 73, בע' 546–549.

120 שם, בע' 572–573. לדיון במקרים גבוליים במשפט האמריקני ראו, למשל: *City of Madison Joint School District v. Wisconsin Employment Relations Commission* 429 U.S. 167 (1976) (לגבי אספה בבית-ספר); *U.S. v. Am. Library Ass'n* 539 U.S. (2003) (לגבי גישה לאינטרנט בספריות ציבוריות); *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad* 420 U.S. 546 (1975) (לגבי תיאטרון בבעלות ציבורית).

הציבור להחליף דעות ורעיונות בקרן הרחוב, ובכלל זה לחלק דפי-מידע.¹²¹ ניתן כמובן לקנוס כל אדם על זריקת פסולת – עברה שאינה נשענת על הצדקת ביטוי כלשהי – אך כאשר מדיניות אכיפה כזו מופעלת נגד מחלקי דפי-המידע, אנו עוברים ממשבצת 4 למשבצת 2, שבה המדינה נדרשת להראות את השלכת המדיניות על זרימת המידע והחלפת הרעיונות בחברה, בדיוק מכיוון שעסקינן בפורום ציבורי במשמעותו הקלסית.¹²² יוזכר כי אליבא דמשפט האמריקני, בפורום ציבורי, כהגדרתו בדין, על המדינה הנטל להראות מדוע נדרשת התערבותה, אף אם התערבות זו ניטרלית לתוכנו של הביטוי, לא כל שכן כאשר התערבות המדינה מעדיפה עמדה אחת על רעותה.¹²³ שונים הם פני הדברים, כמובן, לגבי הביטאון של לשכת עורכי-הדין. אין זה פורום ציבורי אליו לציבור יש גישה, אלא ביטאון מקצועי. אף אם נסכים, בניגוד לרעיון האמריקני, לקבל את ההנחה כי ייתכן פורום ציבורי שרק חלק מן הציבור יכול לגשת אליו – למשל, רק ציבור עורכי-הדין – עדיין לא מתקיים הרציונל של פורום פתוח. עיתון, מעצם טיבו, נשען על מערכת, ומחייב, במתכונתו המוכרת, שיקולי עריכה. בפורום הציבורי במשמעותו הקלסית אין מערכת.¹²⁴ זהו מדיום שמסדיר את עצמו, או לכל-היותר מתמקד בהסדרת סדר

121 ראו: 162 (1939) 147 U.S. 308 *Schneider v. State of New Jersey*. ודוקו: המשפט האמריקני מקפיד על ייחוד הפורום הציבורי, ואינו מתמקד בחלוקת העלונים כאשר היא. חלוקת עלונים הינה בת-הסדרה כאשר היא נעשית במקומות ציבוריים שאינם מהווים פורום ציבורי קלסי. ראו: 452 U.S. *Heffron v. Int'l Soc. for Krishna Consciousness* (1981) 640. במקומות ציבוריים שאינם מקיימים את דרישות הפורום הציבורי הקלסי המדינה רשאית להסדיר את חופש הביטוי בהראותה אינטרס לגיטימי, הסדרה ניטרלית ואכיפה שוויונית. ראו: 505 U.S. *Int'l Soc. for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee* (1992) 672, בו אושר הסדר האוסר התרמת כספים בשדה-תעופה. כך בכתיסה *Greer v. Spock* 424 (1966) 39 (1966) 385 U.S. *Alderley v. Florida*, בבסיסים צבאיים (U.S. v. Konkida 497 U.S. 720 (1990)) ועוד.

122 אין זה אומר, כמובן, שכאשר מדובר במרחב שאינו פורום ציבורי קלסי, לא יקפיד בית-המשפט לבחון את השפעת התערבותה של המדינה על זרימת המידע ועל היכולת להשמיע דעות. כך, בית-המשפט האמריקני פסל חוק שאסר הצבת שלטים (הפונים לרחוב) בבתים, אף שחוק זה עמד בכל התנאים האחרים להסדר שמגביל חופש ביטוי, מאחר שהחוק הטיל הגבלה חמורה על יכולתו של אדם בעל אמצעים מוגבלים לבטא את דעתו הפוליטית במסגרת החלפת רעיונות חברתית זו (*City of Ladue v. Gilleo* 512 U.S.) (1994) 43. יודגש כי העובדה שהשלטים הופנו לרחוב קושרת אותם לפורום הציבורי, אף שהם עצמם מוצבים בשטח שאינו פורום ציבורי. בית-המשפט הכיר גם ב"פורום ציבורי מוגבל", בו למדינה יש אינטרס לגיטימי. ראו עניין *Rosenberger*, לעיל הערה 78.

123 Tribe, *supra* note 72, at p. 982. על המדינה להראות כי ההסדרה הכרחית לקידום אינטרס ציבורי חשוב שבשמו היא פועלת, וכי ההסדרה גורמת לפגיעה מזערית בלבד בחופש הביטוי. התערבות המהווה העדפה של עמדה אחת על רעותה לא תעמוד, כאמור, בדרישות הביקורת השיפוטית הקפדנית, אלא אם כן אין כל דרך אחרת לקדם אינטרס לאומי בעל חשיבות עליונה.

124 ניתן כמובן להמשיג את הטענה כהתנגשות בין זכות הגישה לבין חופש הביטוי של העורך, אולם לדעתי אין צורך להיכנס לדיון אם במקרה זה אכן יש לעורך חופש ביטוי "עצמאי", מהי דרגתו, ומתי נאמר שחופש ביטוי זה נפגע – בצורה משמעותית – על-ידי דרישה למאמר נוגד. די לנו בתובנה הבסיסית שפורום מסוים אינו פורום ציבורי אם קיים בו עורך המוסמך לשקול שיקולי תוכן. אין ללמוד מכך, כמובן, שמקום בו

הדוברים. מכיוון שהמדרכות "שייכות" לציבור בכללותו, ההשוואה בין עניין כהן לבין פסקי-הדין האמריקניים העוסקים בפורום ציבורי הינה שגויה. עם זאת, פסקי-הדין חשובים אם אנו מתייחסים לביטוי "פורום ציבורי" לא במשמעותו הטכנית-הדוקטרינרית – שם, כאמור, בית-המשפט לא דק פורטא – אלא כחלק מביקורת על התערבותו של השלטון במדיום המשמש להעברת מסרים תקשורתיים. או-אז נראה כי נכון עשה בית-המשפט כאשר בדק אם לשכת עורכי-הדין הינה גוף שלטוני, ואם יש לפנינו כשל שוק במובן זה שנוצר מונופולין על העברת המידע לעורכי-הדין. לגופו של עניין, נדמה כי לא זה המצב, וכי אין שום סיבה להוציא צו עשה שיפוטי נגד ביטאון כזה או אחר המטיל עליו חובה לפרסם דבר-מה, כאשר קיימת אפשרות לא רק לפרסם את אותו הדבר בערוצים אחרים, אלא גם לבקר באותם ערוצים אחרים את העובדה שהביטאון של לשכת עורכי-הדין הציג לקוראיו תמונה שאינה שלמה. באופן ספציפי, לא ברור מדוע לא יתכבד העותר באותה פרשה וייסד ביטאון מתחרה לביטאון של לשכת עורכי-הדין, ובו יעביר את ביקורתו (ולראיה, ייסוד ביטאון אופוזיציוני כזה אפשרי),¹²⁵ או יפיץ את ביקורתו לכל החברים בלשכת עורכי-הדין באמצעים אחרים שאינם ביטאון.

עלינו להביא בחשבון כי לצו שיפוטי כזה יש משמעות: בית-המשפט אינו מוסד המצוי כל-כולו מחוץ למדינה. מעורבותו של בית-המשפט באמצעות מתן צו עשה לפרסום כזה או אחר מהווה סוג של התערבות מדינתית. דווקא משום שאנו עוסקים במדיום להעברת תכנים תקשורתיים המצוי במרחב הציבורי, על המדינה, ובכלל זה בית-המשפט, להקפיד על ההפרדה בין מדיום זה לבין המדינה. אם לא כן, נמצא את עצמנו מצמצמים את המרחב החברתי המנותק באופן מסוים מן המדינה, בו ניתן, במידה מסוימת, להפעיל ביקורת שאינה רק שחזור של ערכי המדינה המגובשים באמצעות מוסדותיה.¹²⁶

רואים אנו, אם כן, שבבואנו לבחון את הדוקטרינות השונות הנוהגות בבית-המשפט הישראלי – זמן, מקום ואופן, או הזכות לשם טוב של איש-ציבור – אין די באיזונים. באותה נשימה אנו רואים כי הניסיון לקבוע מרחבים מסוימים כ"פורומים ציבוריים", או הניסיון לשלול ממרחבים מסוימים את ציבוריותם לעניין הביטוי, צריך שיעשה באופן הרגיש לתשתית הרעיונית-המושגית שבבסיס החלוקות השונות. אלה אינן חלוקות מכשירניות גרידא, אלא עליהן לשקף גישה עקבית, הרגישה הן להיבטים הערכיים של התיאוריה הדמוקרטית והן להיבטיה המוסדיים.

קיים עורך כזה – דהיינו, עיתון כלשהו – אינו משמש מדיום להעברת מסרים, הזכאי להגנה על-פי משבצות 1 ו-2. כאמור, דוקטרינת הפורום הציבורי הינה רק מקרה פרטי ספציפי בתוך משבצות אלה.

125 בטאוני הלשכה המחוזיים מאפשרים במה לגורמים אופוזיציוניים, ככל שנציגי המחוז חולקים על הוועד הארצי. ראו, למשל, הפרקליטים – מגזין לשכת עורכי הדין – מחוז תל אביב והמרכז 1 (2004).

126 אומנם, הביטאון של לשכת עורכי-הדין, שהינה גוף סטטוטורי שנהנה ממונופול, אינו הדוגמה הקלסית למדיום המייצג את החברה האזרחית המנותקת מן המדינה ומוסדותיה, אבל התערבות של הרשות השופטת בביטאון זה עלולה לסתום את הסדק הצר שקיים בין הלשכה והשלטון. סדק זה, צר ככל שיהא, חשוב עדיין לביקורת על ערכי המדינה המעוצבים על-ידי רשויות השלטון.

ה. קטגוריות ומוסדות

1. דוקטרינת ההגינות

הדיון בתפקידו המוסדי של בית המשפט מוביל אותנו באופן טבעי לדיון בדוקטרינת נוספת אותה קלט המשפט הישראלי מעמיתו האמריקני, ואשר עימה נותר אף שבמשפט האמריקני ירד קרנה ובית המחוקקים ואף בית המשפט מנעו מלעשות בה שימוש – הלוא היא דוקטרינת ההגינות.¹²⁷ ביסוד דוקטרינה זו ניצבת התביעה כי כליתקשורת ציבורי¹²⁸ יציג בצורה מאוזנת והוגנת את עמדות הצדדים הניצים בכל ויכוח (ולא יסתפק בהצגת עמדה חד-צדדית),¹²⁹ ובכלל זה יעניק, במקרים המתאימים, זכות תגובה הולמת לנפגע מכתבה כלשהי, לפחות במצב בו ניתנה לצד האחר הזכות להשמיע דברים ישירים או במקרים בהם מוצגת עמדה המתארת צד אחד באור שלילי. דוקטרינה זו, אותה עיצב בית המשפט העליון¹³⁰ על בסיס חוק רשות השידור¹²¹ ובהשראת בית המשפט האמריקני,¹³² ואשר אותה דחתה בסופו של דבר השיטה האמריקנית ככלל הנגזר מההגנה על חופש הביטוי,¹³³ מחייבת את בית המשפט לשבת כפוסק בענייני תוכן: האם ביטוי

127 בשנת 1987 נעשה ניסיון לעגן בחקיקה את דוקטרינת ההגינות, אך הנשיא דאו ריגן הטיל עליה וטו בטענה שהיא נוגדת את עקרונות החוקה. ראו: Steven H. Shiffrin & Jesse H. Choper *The First Amendment: Cases, Comments, Questions* (St. Paul, 1991) 476, fn. J.

128 הכוונה אינה רק לכליתקשורת המצוי בבעלות הציבור, אלא גם לכליתקשורת עליו מופקדת מועצה ציבורית (board), שתפקידה כולל, בין היתר, פיקוח תוכני מסוים בשם הציבור. כך, בישראל ייחשב הערוץ השני לכליתקשורת ציבורי.

129 למשל, כאשר תחנת טלוויזיה ציבורית מארגנת עימות או דיון פוליטי, היא אינה רשאית לבחור איזה צד להזמין בהתבסס על עמדתו הפוליטית. ראו: *Ark. Educ. TV Comm'n v. Forbes* 523 U.S. 666 (1998).

130 בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 385–386 (להלן: עניין שירן). אימוץ הדוקטרינה על-ידי בית המשפט היה טנטטיבי. ראו את דברי השופט שמגר (כתוארו אז) בעניין שירן: "יהיה המצב המשפטי לעניין זה אשר יהיה" (שם), וכן ראו, למשל, את סעיף 40 לדברי השופט ברק בעניין כהנא נ' רשות השידור, לעיל הערה 8, לעומת סעיף 1 לדברי השופט כץ בעניין כהן, לעיל הערה 73, וראו גם בג"צ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לז(1) 757, 774–775. עם זאת, חקיקת חוקי השידור השונים והתקנת התקנות על-פיהם הובילו את בית המשפט להפעלת הדוקטרינה ללא היסוסים רבים. להפעלה יצירתית ראו בג"צ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט – למען הומוסקסואלים, לסביות וביסקסואלים בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נא(5) 822.

131 חוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, ס"ח 106. סעיף 2 לחוק מגדיר את שידורי הרשות כ"שירות ממלכתי". סעיף 4 קובע כי "הרשות תבטיח כי בשידורים יינתן מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור ותשודר אינפורמציה מהימנה".

132 ראו: *Red Lion Broadcasting Co. v. F.C.C.* 395 U.S. 367 (1969).

133 בתי המשפט הפדרליים אישרו את המדיניות של הגוף המפקח על אמצעי התקשורת בארצות הברית (FCC), שקבעה כי החלת דוקטרינת ההגינות על אמצעי התקשורת הפרטיים באמצעות פיקוח מדינתי נוגדת עקרונות חוקתיים. ראו: *Syracuse Peace*

מסוים מחייב תגובה או לא? האם התגובה שניתנה הולמת דייה את זכות הציבור לדעת? המשפט האמריקני הגיע כנראה למסקנה כי בכך עלולה להיפגע ההפרדה בין התקשורת לבין בית המשפט.¹³⁴

גם בית המשפט הישראלי היה ער לכך. בפסק הדין המרכזי שקלט את הדוקטרינה הקפיד השופט שמגר להזהיר מפני מהלך כזה.¹³⁵ אכן, לנוכח אזהרות אלה הגביל בית המשפט את תחולת הדוקטרינה לאמצעי התקשורת האלקטרוניים¹³⁶ (תוך פתיחת פתח להחלתה גם במקרי מונופולין מסוימים).¹³⁷ גם ביחס למדיום זה הקפיד בית המשפט לא לפסול שידור מן הנימוק שלא ניתנה זכות תגובה,¹³⁸ ועד כה אף לא כפה על גוף משדר, בצו עשה, לשדר עמדה מסוימת.

כידוע, חופש הביטוי כולל גם את החופש לא לבטא עמדה מסוימת (או כלשהי).¹³⁹ עם

Council v. FCC 276 U.S. App. D.C. 38 (1989). עם זאת, חשוב לציין שדוקטרינה זו אינה מתמצית רק בדרישה מאמצעי התקשורת להציג סיקור הוגן ומאוזן, אלא כוללת גם את השאיפה להביא לידי כך שטווח מרבי של דעות יתבטא באמצעי התקשורת. בתקופה שבה היה רוב בבית המשפט האמריקני להעדיף מתקנת, אושרו על רקע זה הוראות המעניקות עדיפות למיעוטים בבעלות על אמצעי תקשורת. ראו: *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC* 497 U.S. 547 (1990).

134 בית המשפט לא הכיר בזכויות גישה לתקשורת הכתובה הנובעות מהתיקון הראשון. זכות כזו נדחתה בפסיקה שביטלה חוק מדינתי אשר דרש מעיתונים לפרסם תגובה של פוליטיקאים על מאמרי ביקורת. ראו: *Miami Herald Pub. Co. Div. of Knight Newspapers, Inc. v. Tornillo* 418 U.S. 241 (1974). באופן דומה קבע בית המשפט כי זכותה של חברה להספקת שירותים לסרב לבקשות לפרסם ביקורת על תפקוד החברה במסגרת החשבון החודשי. זכותה זו מוגנת במסגרת החופש לא להביע עמדה: *Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Comm'n of California* 475 U.S. 1 (1986) (להלן: עניין *Pacific Gas*).

135 עניין שירן, לעיל הערה 130, בע' 378-384.
136 לעומת זאת, ראו את דברי אהרן ברק, אשר הציע להחיל את דוקטרינת ההגינות על העיתונות הפרטית בישראל, כגוף דומה: אהרן ברק "על העיתונות הפרטית" עלי משפט ב (תשס"ב) 293; ברק, לעיל הערה 6, בע' 241-245. ראו גם את דברי השופטת שטרסברג-כהן בעניין כהן, לעיל הערה 73, בע' 572.

137 עניין שירן, לעיל הערה 130, 386.
138 בעניין זה הבהיר השופט שמגר כי הסעד לפי דוקטרינת ההגינות אינו איסור שידור, אלא חיוב שידורים מאוזנים. שם, בע' 385-386.

139 ראו עניין *Pacific Gas*, לעיל הערה 134. הזכות לא להיות מעורב בביטוי ממלאת תפקיד חשוב בגיבוש החשיבה האמריקנית, שאינה בהכרח חשיבה איזונית. בהתבססו על פסיקה קודמת, שקבעה כי אנשים שאינם חברים בארגון עובדים זכאים שדמי הטיפול המקצועי שהם משלמים לא ישמשו לתמיכה במטרות אידיאולוגיות (*Aboud v. Detroit Board of Education* 431 U.S. 209 (1977)), פסק בית המשפט כי אין לכפות על בעלי עסקים להשתתף כספית במסע פרסום רחב לענף בו הם עוסקים (*U.S. v. United Foods* 533 (2001)). עם זאת, חשוב לציין שכאשר מסע הפרסום הינו ממשלתי וחלק ממנגנון הסדרה נרחב, כפיית ההשתתפות מותרת למרות הפגיעה בפן השלילי של הזכות. ראו: *Glickman v. Wileman Bros. & Elliott* 521 U.S. 457 (1997). כן ראו: *Board of Regents of the University of Wisconsin System v. Scot Harold Southworth* 529 U.S. 217 (2000) (לעניין כפיית תשלום על סטודנטים למימון פעילות שכרוכה בביטוי הכולל הבעת עמדות מסוימות). על בסיס פן שלילי זה של חופש התארגנות פסק בית המשפט כי לקבוצה יש זכות למנוע מקבוצות אחרות הבעת עמדה שאינה תואמת את

זאת, הדינמיקה בדיונים בבג"צ כוללת לא־אחת, בעידוד בית־המשפט, התחייבות מצד הגורם המסדר להעניק זכות תגובה, או לחלופין, הודעה כי הרשות שומרת לעצמה את הזכות להטיל הגבלות שונות על השידור, הודעה הנרשמת לעיתים כחלק מפסק־הדין.¹⁴⁰ כך, למרות האזהרות העצמיות בשמה של דוקטרינת ההגינות, מוצא את עצמו בג"צ לעיתים בתפקיד של עורך תקשורת. כך היה, למשל, כאשר הציע לשנות תשדיר פרסומת כך שיאמר "מיום ראשון נשלחת לכל בית בישראל הצעת הסכם ז'נבה", במקום הנוסח שביקשו יוזמי ההסכם: "מיום ראשון אזרחי ישראל מקבלים את הצעת הסכם ז'נבה".¹⁴¹ קשה לראות בית־משפט אמריקני שיסכים ליטול חלק כה פעיל בניסוח תשדיר פרסומת או כתבה בתקשורת הכתובה או האלקטרונית, אף בימי פריחתה (הקצרים) של דוקטרינת ההגינות.¹⁴² בכך יורד בית־המשפט הישראלי אל זירת הביטוי עצמה. כשם ששופטיו לא נרתעו מלפתוח מפות ותצלומי־אוויר על־מנת לבחון אם אין בנמצא ציר חלופי להפגנה,¹⁴³ כך שופטיו נאלצים, אם מכוח דוקטרינת ההגינות הכללית ואם משום הדרישה החוקית לסיקור הוגן, להעביר תחת שבט ביקורתם השיפוטית ניסוח כזה או אחר או חלק כזה או אחר מסרט או מסדרת טלוויזיה.¹⁴⁴ את בדיקת שיקול־הדעת של המשטרה לעניין ציר ההפגנה ניתן להבין, אולם ההתערבות בניסוח הפרסומות מהווה התערבות ישירה

עמדתה. זאת, על־סמך הקביעה שלקבוצה יש זכות מלאה לא לאפשר ביטוי לדעות שיפריעו למסר המרכזי שלה. לפיכך נקבע שקבוצת הומוסקסואלים לא תוכל לשאת שלטים במסגרת מצעד אם מארגני המצעד אינם מעוניינים בכך (עניין *Hurley*, לעיל הערה 32). כך גם לגבי ביטול חוק האוסר הפליה נגד חברות של הומוסקסואלים בתנועת הצופים, שם נקבע כי עקב העובדה שהתנגדות להומוסקסואליות הינה חלק מהמסר ההבעתי של התנועה, כפיית חברות תפריע לחופש הביטוי המוקנה לה (*Boy Scouts of America v. Dale* 530 U.S. 640 (2000)).

140 ראו, למשל, את עמדת הרשות בפסק־הדין בבג"צ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלביזיה ורדיו, פ"ד נא(5) 193 (להלן: עניין נוביק).

141 ההדגשות שלי – א' ר'. הנוסח המלא של יוזמי ההסכם היה: "מיום ראשון אזרחי ישראל מקבלים את הצעת הסכם ז'נבה. עותקים של ההסכם, על כל פרטיו, יחולקו לכל בית בישראל על ידי רשות הדואר. אתם תשפטו בעצמכם." הנוסח שהציע בית־המשפט, ואשר התקבל בסופו של דבר על־ידי העותרים, היה: "מיום ראשון נשלחת לכל בית בישראל הצעת הסכם ז'נבה. עותקים של ההסכם, על כל פרטיו, יחולקו לכל בית בישראל על ידי רשות הדואר." בג"צ 10182/03 ח.ל. חינוך לשלום בע"מ נ' רשות השידור, תק־על 2004(4), 1451, פסקות 1–2 (להלן: עניין ח.ל. חינוך לשלום).

142 ראו לעיל הערות 132–134.

143 בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 413.

144 לעיתים השופטים משמשים גם מבקרי סגנון ואיכות. ראו, למשל, את דברי השופט לוי בעניין פלייבוי, לעיל הערה 12, ואת דברי השופט חשין בעניין אימפריית החושים, לעיל הערה 48, בע' 692–693. ראו גם בג"צ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 828, שם הביעו השופטים את דעתם בדבר תפקידו האומנותי והמהותי של הקטע השנוי במחלוקת בתוך היצירה בכללותה, באומרים: "שלושתנו סבורים כי הוצאת הקטע השנוי במחלוקת לא הייתה פוגעת ברצף של הטקסט." ראו גם את דברי השופטת נתניהו על המחזה "אפרים חוזר לצבא" בבג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 442–445.

בתוכן, העומדת בסתירה לעקרון הניטרליות שביסוד דוקטרינת ה"זמן, מקום ואופן", אף אם ההתערבות בתוכן הפרסומות נועדה לשמור על הניטרליות שלהן.¹⁴⁵ אומנם, הרציונל של דוקטרינת ההגנות מתבקש: הצגת הזוויות השונות של סוגיה או אירוע מסוימים לפני הקהל, ושמירה על איזון, או לפחות איזון מינימלי, בין העמדות השונות, נועדו לשכלל את זרימת המידע ולמנוע עיוותים וחסימי כניסה. עם זאת, לא ברור כלל שזה תפקידה של הרשות השופטת בשיטת משטר דמוקרטית.¹⁴⁶ לא פלא שבת-המשפט הפדרליים בארצות-הברית נרתעים מעיסוק בכגון דא.¹⁴⁷ במקרה שגוף תקשורתי נכשל בהצגת הדברים, יש לוודא, מבחינה מערכתית, כי הגופים האחרים יביאו את נקודות-המבט (או העובדות) החסרות לפני הציבור, לא משום שכפו אותם לעשות כן בצו שיפוטי, אלא משום שזה תפקידה של התקשורת. מטבע הדברים, וכפי שידון להלן, מאפייניו של שוק התקשורת משפיעים על יכולתה למלא תפקידה זה. אך בהנחה שקיים פלורליזם תקשורתי מינימלי, המקפיד על עצמאותם של גופי התקשורת השונים, יכולתו של בית-המשפט להתערב במצב בו שום גוף תקשורתי אינו נכון למלא את תפקידו – מצב שניתן לכנותו "צנזורה עצמית" – הינה מועטה. זאת ועוד, לא ברור כי בכל נושא קיימת עמדה מאוזנת כזו. יש רבים הסוברים שהיא פשוט אינה בנמצא, ולפיכך המרדף אחריה נידון לכישלון, ויש להחליפו בגילוי נאות, ברוח "אנו חושבים שכך וכך, אך אפשרית עמדה אחרת".

מעבר לשאלות אמפיריות-חברתיות אלה, שבה ועולה השאלה המוסדית: האם יש לבית-המשפט כלים משפטיים להעריך ניטרליות זו? שילובם הפעיל של השופטים בפרויקט זה, בהעדר כלים משפטיים נאותים, עלול לפרום את הייחוד שבהליך השיפוטי, ולמקם את העוסקים במלאכה בשדה פעילות מושגי אחר, הוא שדה המסרים ועיצוב דעת-הקהל. לשדה שיח זה יש כללי פעולה משלו, המופעלים על-ידי הגופים המשדרים, הכתבים, העורכים, הפרסומאים ויועצי התקשורת. בית-המשפט וההליך השיפוטי, למרות המימד המחנך שבפעולתם, עלולים חלילה – במסגרת גל הבין-תחומיות אותו חווה עולם המשפט – להצטרף לפרקטיקות אלה, או להיתפס כמצטרפים אליהן, ובכך לפתוח פתח

145 ודוקו: ברור שאי-התערבות אינה ניטרלית במובן זה שיש לה השלכות בעולם המעשה – ביטוי שאינו ניטרלי אינו "מאוזן" על-ידי ביטוי אחר. אלא שאם אכן המדיום להעברת מסרים הינו חלק מהחברה האזרחית, ולא כלי שלטוני, אזי התערבות של הרשות השופטת במדיום, לשם השגת ניטרליות, תשיג אולי ניטרליות לעניין התוכן, אך תחסל את הניטרליות של המדיום במובן זה שהיא תבטל את המרחק בינו לבין רשויות השלטון. לעניין זה יצוין כי אפילו רדיו ציבורי נתפס, במדינה דמוקרטית, כחלק מהחברה האזרחית, והניטרליות שלו (במובן של עצמאות מהתערבות שלטונית) חשובה. על כך יש להוסיף שגם ניטרליות לעניין התוכן אינה מושג נקי מספקות. האם זו קיימת בעולם המעשה? האם היא יעד שיש לשאוף אליו? עולם התקשורת של היום חלוק בשאלות אלה, ולפיכך אך טבעי שאין זה ברור כי על בית-המשפט לאכוף אידיאל כזה.

146 יפים לעניין זה דבריו של השופט Berger כי "[f]or better or worse, editing is what editors are for", ושלמרות הסיכונים הכרוכים במתן שיקול-דעת כזה לגוף התקשורת, אין דרך אחרת לאפשר את עקרונות חופש הביטוי החוקתיים. ראו: *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic Nat'l Committee* 412 U.S. 94 (1973).

147 ראו לעיל הערה 133.

לא רק לביקורת כאילו פסקי-הדין אינם אלא אירועים תקשורתיים,¹⁴⁸ אלא גם לחזק את "משפט התקשורת" על-חשבון משפט בתי-המשפט. אם בתי-המשפט נהפכים לגופי תקשורת, מדוע שגופי התקשורת לא ייהפכו לגופי משפט?¹⁴⁹

בהקשר זה יוזכר אחד מאירועי התקשורת המרתקים של מערכת הבחירות לכנסת שנערכה בשנת 2002, עת הפעיל השופט חשין, יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, את סמכותו והורה על הפסקת שידורה של מסיבת-העיתונאים של ראש הממשלה אריאל שרון, שכונסה בתקופה בה אסורים שידורים המהווים תעמולת בחירות (פרט לתשדירי תעמולה ממומנים). מסיבת-העיתונאים נועדה להסביר את חלקו של מר שרון בעניין "האי היווני", בה לכאורה העסיק הקבלן דודי אפל את בנו של מר שרון בשכר גבוה (ומבלי שנדרש ממנו לעשות רבות), וזאת בתמורה לתמיכת ראש הממשלה בתוכניתו של הקבלן. במקום לעסוק בתגובה על ההאשמות נגדו, פצח ראש הממשלה, בשידור חי, בתעמולת בחירות. במקום לקנוס את גופי השידור (פרט לערוץ 10), אשר לא הפעילו שיקולי עריכה ולא התערבו בשידור החי אף שידעו כי מדובר בתעמולת בחירות אסורה,¹⁵⁰ בחר השופט חשין להפעיל את סמכותו המניעתית ולהתערב בשידור בזמן-אמת.¹⁵¹ התוצאה התקשורתית לא איחרה לבוא. העיסוק בעניין האי היווני

148 ראו, למשל, יעקב ידגר "טקס מפלג: הקראת פסק הדין במשפט דרעי כאירוע מדיה של נידוי והשפלה" דין ודברים א (תשס"ה) 299, כמו-גם את הביקורת על ניתוח זה (אריאל בנדור "על דין ודיבורים" דין ודברים א (תשס"ה) 327) ואת תגובת המחבר על הביקורת (יעקב ידגר "בעקבות תגובתו של אריאל בנדור" דין ודברים א (תשס"ה) 343). יודגש כי ד"ר ידגר אינו רואה בפסקי-הדין עצמו אירוע תקשורתי, אלא את הקראתו בשידור כאירוע כזה.

149 הרעיון של משפט על-ידי התקשורת נתפס, בעקבות פרשת *Commonwealth v. Sacco* 151 N.E. 839, 255 Mass. 369 (1926), כעיוות דין וכפגיעה בניטרליות השיפוטית. לפיכך מצב בו התקשורת חורצת דין – שופטת אנשים ומציגה אותם כעבריינים – נתפס כמצב בעייתי מבחינה אתית. יש להבחין מצב זה ממצב שבו התקשורת מבקרת אדם או עמדה לא משום שניתן כי הם אינם חוקיים, אלא משום שניתן כי התנהגותו של אדם או הערך שבעמדה מסוימת אינם ראויים או אינם מוסריים או הינם הריי-אסון. דיון ציבורי כזה הינו בדיוק חלק מתפקידה של התקשורת, ופיתוח כללי אתיקה תקשורתיים שיבטיחו סיקור נאות, הגון והוגן הינו הכרחי. יצירת מנגנוני פיקוח, הן בדמות ועדות אתיקה והן – וזה פתרון עדיף – בדמות פורומים תקשורתיים בהם התנהגות שאינה אתית תידון על-ידי גופי תקשורת אחרים ותספוג ביקורת ציבורית, הינה מרכיב חשוב בשוק תקשורת. עם זאת, אין לשלול מצבים בהם הפרה בוטה וגורפת של החובה העיתונאית לסיקור נאות, הגון והוגן תחייב התערבות של אורגן שיפוטי לא רק באמצעות הפגיעה בשם הטוב. יש לקוות שבניגוד למצב כיום, בו הפנייה לבית-המשפט תדירה, אלה יהיו מצבי הקיצון החריגים.

150 מבחינה טכנית, לא הייתה מניעה לשרר את מסיבת-העיתונאים בעיכוב (delay) של דקה או שתיים, המאפשר למגיש החדשות לסנן תעמולת בחירות אסורה על-ידי העברת שידור הקול לאולפן או לכתב במסיבת-העיתונאים עד אשר יגיע הדובר לנושא שאינו אסור על-פי חוק.

151 ראו מישאל חשין "עמדת יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית בנושא הפסקת דברי התעמולה של ראש הממשלה בערב שבין יום חמישי 9/1/03 לבין יום שישי 10/1/03" ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה – החלטות והנחיות מהבחירות לכנסת השש-עשרה (תשס"ג) 109.

הפך שולי, ונושא החשכת המסך בזמן בחירות נהיה למוקד הדיון. בהקשר זה יודגש כי השימוש בדוקטרינת ההגינות לא היה מועיל. דרישה להעניק זמן שווה למפלגות האחרות להגיב על דברי ראש הממשלה רק הייתה מעצימה את העברה על חוקי תעמולת הבחירות, שכן תגובת המפלגות הייתה בהכרח מתייחסת לדבריו המפלגתיים של שרון, אשר שידורם בתקופה האמורה אסור כאמור על-פי חוק.¹⁵² לא למותר לציין כי איסורים כגון אלה המצויים בחוק הישראלי אינם מצויים במשפט האמריקני, ואילו היו שם, מעמדם החוקתי היה בעייתי לנוכח פגיעתם בתיקון הראשון לחוקה.¹⁵³ מכך אין ללמוד, כמובן, שהאיסורים הישראליים כולם בעייתיים לפי המבנה החוקתי הישראלי, אלא שישומום מחייב הקפדה על הפרדה בין הפונקציה השיפוטית לבין הפונקציה התקשורתית, דווקא בתחום בו נדרשת הסדרה של הגישה לאמצעי התקשורת.

במסגרת ניתוח הגישות השונות לדוקטרינת ההגינות אין להתעלם, כמובן, מהבדלים נוספים – מעבר לאיסורים הסטטוטוריים – בין שוק התקשורת האמריקני לעמיתו הישראלי. קצרה היריעה מלסקור את מלוא ההבדלים, ולפיכך אעמוד בקצרה רק על כמה מהם. בארצות-הברית שוק התקשורת רחב וכולל ערוצי שידור מקומיים רבים. הרשתות הארציות משרתות קהל צופים של מאות מיליונים על-פני שטח נרחב ביותר. בישראל, לעומת זאת, השוק ריכוזי ומצומצם, ולנוכח גודלו, יכולת הביזור שלו מוגבלת. עם זאת, גם בארצות-הברית קיימת ריכוזיות מסוימת בידי גופי תקשורת גדולים, אשר עלולה, במקרים מסוימים, ליצור אתגר הגבלי דומה.

152 ראו את דברי השופט חשין בעניין בקשתו של חבר-הכנסת אפי אושעיה להקצות למפלגת העבודה זמן שידור שווה לזמן השידור שראש הממשלה עסק בו בשידור תעמולה, שם, בע' 116-117.

153 בית-המשפט האמריקני גורס כי הגבלות המוטלות בחוק על ביטוי במהלך בחירות, ובכלל זה הגבלות המוטלות על מימון מודעות, מחייבות הצדקה לנוכח פגיעתן בתיקון הראשון. בית-המשפט ער אומנם לתכלית החקיקה בנושא – מניעת שחיתות או מראית-עין של שחיתות במערכת הבחירות – אך רגיש לפגיעה בחופש הביטוי של מועמדים לבחירות וביכולת להביע תמיכה ציבורית או אישית בהם. לפיכך אישר בית-המשפט הֶסדרים חוקיים שמגבילים את סכום התרומות למועמדים, אך פסל הֶסדרים שהגבילו מועמדים בהוצאת כספים והגבילו תומכים פרטיים בפרסום מודעות תמיכה. ראו: *Buckley v. Valeo* 424 U.S. 1 (1976). כך גם ניתן להגביל תרומות לוועדות תמיכה פוליטיות (PAC), אך אין להגביל תרומות של ועדות כאלה או הוצאות פוליטיות של מפלגות לצורך קידום מועמדים. ראו: *California Medical Ass'n v. Fed. Election Comm'n v. Nat'l Conservative Political Action Comm'n* 453 U.S. 182 (1981); *Colorado Republican Fed. Campaign Comm'n v. FEC* 518 U.S. 604 (1996); *Campaign Comm. v. FEC* 518 U.S. 604 (1996); *McCannell v. FEC* 540 U.S. 93 (2003); *FEC v. Colorado Republican Fed. Campaign Comm.* 533 U.S. 431 (2001); *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC* 528 U.S. 377 (2000). כאשר מדובר בתרומות המקדמות עמדה בשאלה העומדת להחלטה במשאל-עם או בתשלום למפזי תעמולה דומה שיד חופש הביטוי עדיין על העליונה. ראו: *CARC v. Berkeley* 454 U.S. 290 (1981); *Meyer v. Grant* 486 U.S. 414 (1988). ראו גם לאחרונה: *Bipartisan Campaign Reform Act of 2002*, Pub. L. No. 107-155, 116 Stat. 81 (המוכר גם כ-*McCain-Feingold Act*).

בארצות-הברית השדה הפוליטי רווי גורמים בעלי אמצעים המשמיעים את קולם באמצעות מודעות קנויות או תמיכה בגופים משדרים המשקפים את עמדותיהם. כך נוצר שוק של תקשורת פוליטית המשקף את נקודות-המבט השונות על-גבי הקשת האידיאולוגית (אם כי לא את כל קצות הקשת, שכן קיימות קבוצות שקולן לא נשמע עקב העדר אמצעים). בארצות-הברית התפיסה היא כי יש די אנשים עשירים שיכולים להציג מגוון של עמדות, ובכל מקרה אין כל רע בכך שאדם שיש ברשותו ממון ישקיע אותו על-מנת לקדם עמדה מסוימת. זהו חופש הביטוי שלו, וכל אדם אחר מוזמן להגשים את החלום האמריקני, להרוויח או לגייס כסף, ולהשמיע עמדה נגדית. בישראל המצב שונה לחלוטין. הרעיון של השתלבות גורמי הון באופן פעיל בהבעת עמדות מפלגתיות-פוליטיות נתפס כקניית שלטון בכסף; קיים חשש מפני מצב בו בעל המאה יהיה גם בעל הדעה.¹⁵⁴ קיים גם חשש נגזר כי לא כל בעלי הדעות השונות הינם גם בעלי מאות מספיקות. לנוכח ריבוי המפלגות בישראל, השתלטות של גורמים כלכליים-פוליטיים חזקים על קביעת סדר-היום הציבורי - ככל שזו מתרחשת או תתרחש - משמעה פגיעה ביכולתן של מפלגות שאינן נמנות עם גורמים אלה להשתלב בשיח. בארצות-הברית הקשת הפוליטית האמריקנית מתמצית בשתי מפלגות גדולות, השומרות על "מאזן אימה" תקשורתי מסוים ביניהן. היכולת להקים מפלגה שלישית מוגבלת, כשם שיכולתו של בעל הון להשתלט על המפלגה הרפובליקנית או הדמוקרטית הינה מוגבלת.¹⁵⁵

אין להתעלם גם מצידו האחר של המטבע: בארצות-הברית יש מסורת של תקשורת אלקטרונית השומרת בקנאות על ניתוקה מהמדינה. בישראל המסורת היא שהתקשורת האלקטרונית הינה ממלכתית, ואף כאשר הגוף המסדר הינו פרטי, הרגולטור משולב ומעורב בעבודתו היומיומית. אין להתעלם מהמעורבות הפוליטית בגופים המשדרים והמסדירים בישראל.

אכן, דפוסי הארגון החברתיים של מוסדות התקשורת ושוקי התקשורת שונים בארצות-הברית ובישראל. הכלכלה שונה, האתוס החברתי שונה, החינוך אותו מקבלים אנשי התקשורת והשופטים שונה, ועוד. אך בסופו של יום, התקשורת בישראל והתקשורת בארצות-הברית נדרשות למלא תפקיד דומה, וגם בתי-המשפט בשתי המדינות נדרשים למלא תפקיד דומה. לכן אפשר שהגיעה העת לשקול שנית את עיצובו של שוק התקשורת כך שהמערכת הדמוקרטית בכללותה תצא נשכרת. לא כאן המקום לדון בפרטיה של רפורמה כזו או אחרת. אומר רק כי בשוק בו הנגישות קלה יותר עדיף שדוקטרינת ההגינות תצטמצם לזכות התגובה, ובית-המשפט יוכל להדיר את רגליו מחדר-העריכה.

154 7144/01 גוש שלום עמותה רשומה נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887, 892. ראו גם עניין ח.ל. חינוך לשלום, לעיל הערה 141, בפסקה 7.

155 אין זה אומר, כמובן, שלבעלי ההון אין השפעה רבה ביותר על הבחירות בארצות-הברית. אולם השפעה זו אינה מוגבלת רק להם: קבוצות-האינטרסים השונות דואגות כל אחת לתמוך במועמדים כאלה או אחרים, דבר הפוגע בשוויון. עם זאת, הרעיון שכסף מניע את מערכת הבחירות נתפס כמקובל, ויכולתו של מועמד לגייס כסף מעידה על יכולתו לשכנע גורמי כוח לתמוך במדיניותו. כמו-כן, לאחרונה, עם חדירת האינטרנט, מתאפשרת ביתר קלות תרומה קטנה על-ידי אנשים פרטיים רבים, וניתן לראות בכך גורם מאזן מסוים. לפרטים ראו, למשל, את האתר <http://www.opensecrets.org>.

במצב זה תוכל כל מפלגה לרכוש זמן פרסומות מסוים - מוקצב - לא רק עשרים ואחד יום לפני הבחירות. מצב זה עדיף גם לנוכח ההתפתחויות בטכנולוגיית המידע, המציבות את רשת האינטרנט במקום מרכזי.¹⁵⁶ כאשר מסה קריטית של אזרחים יפנו לאינטרנט כמקור לחדשות ולשם החלפת דעות ומסרים, נראה כי דוקטרינת ההגינות של בית המשפט העליון תעמוד למבחן אמיתי.¹⁵⁷ תיטיב המדינה אם תאפשר מרחב חברתי-ציבורי המנותק מעט מהמדינה וממוסדותיה, כדי לאפשר לחברה האזרחית לנהל שיח ציבורי ביקורתי אותנטי יותר, ובכך גם שיח ציבורי המעניק לגיטימציה אותנטית יותר להכרעות המתקבלות בסופו. עד אז ניתן לשקול יצירת הליך פורמלי בתוך הגוף המשדר אשר יחלוש על יישומה של דוקטרינת ההגינות לפני פנייה לערכאות שיפוטיות. בסופו של יום, מצב שבו בית המשפט העליון - גוף הזוכה הוא עצמו בסיקור תקשורתי - יידרש לדון בשאלת הגינותו של דיווח כזה או אחר (ובכלל זה דיווח על בית המשפט העליון) אינו מצב פשוט.¹⁵⁸ יודגש כי עד אשר תצומצם מעורבות השלטון בגופים המשדרים, דומה כי גם נוכחותו של בית המשפט במרחב הכרחית, ואין לוותר על דוקטרינה זו.

2. מניעה מוקדמת מול ענישה מאוחרת

המימד המוסדי ממלא תפקיד חשוב ביחס לדוקטרינה נוספת אותה קלט המשפט הישראלי מעמיתו האמריקני: ההבחנה בין מניעה מוקדמת לענישה מאוחרת.¹⁵⁹ המשפט האמריקני מקפיד כי התנאים לאיסור צנזורה ציבורית על ביטוי מראש יהיו קשוחים ביותר, בטענה כי ביטויים הגורמים נזק "רגיל" יוסדרו באמצעות מערכת המשפט הפלילית והאזרחית ה"רגילה", המטילה סנקציות לאחר ביצוע המעשה, ובמקרה זה - לאחר

156 ראו את החלטת השופט חשין בתב"מ 16/01 התאחדות ספרדים שומרי תורה נ' ח"כ אופיר פינס, פ"ד נה(3) 159. בארצות-הברית נקבע כי יש לדמות את האינטרנט לעיתון וספריים, ולכן מדיום זה צריך ליהנות מחופש מהסדרה תוכנית. ביטוי לחשיבות שבית המשפט מקנה לחופש זה ניתן בפסיקות שפסלו הגבלת גישה לאתרי פורנוגרפיה במטרה למנוע כניסה של קטינים אליהם. ראו: *Reno v. ACLU* 521 U.S. 844 (1997) וכן עניין *Ashcroft v. ACLU*, לעיל הערה 51.

157 באותו אופן, דומה כי לא ירחק היום שבו יהיה על המחוקק לשקול שוב את מבנה השידורים של תעמולת הבחירות בישראל, המוסדרים כיום כך שתעמולת בחירות בגופים המשדרים אסורה אלא בפרק-זמן קצוב לפני הבחירות, ואז ממומנת היא על-ידי המדינה. מבנה זה נקבע בימים בהם היה ערוץ אחד, והאינטרנט היה מצוי רק בספרי המדע הבדיוני. המצב כיום בכל האמור לסוגי המדיום המשמשים להחלפת דעות, רעיונות ועובדות מציב את בית המשפט במתח בין תכלית הדין כמייצג תיאוריה דמוקרטית (ובכלל זה תיאוריה בדבר תפקידם של המוסדות השונים) לבין המצב הפוזיטיבי עימו נדרש בית המשפט להתמודד. ראו מישאל חשין "סיכומי דברים מן הבחירות המיוחדות לראשות הממשלה" ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 ולראש הממשלה - החלטות והנחיות מהבחירות לראשות הממשלה (תשס"א) 156, 157-161.

158 לא מן הנמנע לשקול פנייה דווקא לבית המשפט המחוזי לשם אכיפת דוקטרינת ההגינות, על-מנת ליצור ביזור מסוים בעניין זה.

159 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 852-856, 867-868 (להלן: עניין אבנרי).

הפרסום.¹⁶⁰ הטענה המושמעת לרוב לשם הצדקת הבחנה זו מתייחסת להשפעה המקפאיה (ולא סתם המצננת) שיש לצנזורה המוקדמת¹⁶¹ בהשוואה לענישה המאוחרת.¹⁶² רעיון ההשפעה המקפאיה נשען, מתודולוגית, על פיתוח כלכלי במהותו של מודלים רציונליים לקבלת החלטות, ועיצוב הדין על-פי מודל זה.

קיימת שאלה יוריספרודנטית אם אכן ניתן וראוי לפתח דין בהסתמך על מתודולוגיה (או גישה) זו,¹⁶³ אולם זו ביקורת חיצונית למודל. בהנחה שהתשובה לשאלה זו חיובית, ניתן לבחון את הטיעונים מתוך המודל פנימה. הטענה היא כי משטר המניעה המוקדמת מקפאיה ביטוי (ופרסומו) משום שהטלת חובת אישור מוקדם כרוכה בהטלת סנקציה על פרסום ללא אישור מוקדם, וסנקציה זו מרתיעה דוברים (ומפרסמים) ובכך מקפאיה ביטוי. ומדוע לא יפנו המפרסמים לקבל אישור? לעיתים, כך הטענה, הדוברים (והמפרסמים) חוששים ליצור קשר עם הצנזור מראש עקב השערותם בדבר מדיניותו, כפי שהבינו אותה ממקרים בעבר. קיים גם חשש כי גופי התקשורת ירצו בסופו של יום לעבוד בשיתוף-פעולה עם הצנזור, ולפיכך לא יהפכו כל אי-הסכמה לתביעה משפטית, אלא ייאותרו "להתפשר" בחלק מהמקרים. משמעותה של פשרה זו היא כמובן השתקה מסוימת. מהלך טיעון זה מראה כי גם קיומה של הביקורת השיפוטית על החלטות הצנזור אינו פותר את הבעיה בשלמותה, שכן קיים פער מסוים בין החלטות הצנזור שאינן חוקיות לבין החלטות הצנזור שבגינן ייגשו הצדדים לערכאות ובית-המשפט יאות להתערב בסופו של דיון, ולו רק משיקולי שחיקה.¹⁶⁴ גם פער זה מייצג בעולם המעשה שולי השתקה מסוימים. לבסוף, יש לציין גם את רתיעתם האפשרית של גופי השידור מכך שהצנזור, ובאמצעותו השלטון, ייחשף למידע מסוים לפני שמידע זה הגיע לידי הציבור כולו, ובכך העניין המשודר עלול להימצא נפגע.

עם זאת, לא ברור עדיין די הצורך מדוע מניעה מוקדמת מקפאיה ביטוי בהשוואה להשפעה שיש לענישה מאוחרת על הביטוי. הרי לכאורה אנשים שונאי סיכון יחששו

160 ראו: *Near v. Minnesota Ex. Rel. Olson, County Attorney* 283 U.S. 697 (1930) (להלן: עניין *Near*). ראו גם: *Kunz v. New York* 340 U.S. 290 (1951), שבו נקבע כי אין למנוע קבלת רישיון מכומר שאמר בעבר דברים פוגעניים נגד דתות אחרות. בית-המשפט פסק כי רק אם דבריו בעתיד יפגעו בסדר הציבורי ויובילו לאלימות, יש לנקוט נגדו אמצעים. עם זאת, חשוב להדגיש כי המניעה המוקדמת אינה אסורה לחלוטין. ראו: *Times Film Corp. v. Chicago* 365 U.S. 43 (1961).

161 בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 632.
162 בפרשת *Arnett v. Kennedy* 416 U.S. 134 (1974) ציין השופט Marshall (בדעת מיעוט, אך לא לעניין זה) כי ההסתכלות בכל הנוגע להשפעה זו אינה מתמצית בשחקן הספציפי העומד לפני בית-המשפט, אלא בוחנת את מלוא ההשלכה על אחרים שעלולים להימנע מביצוע פעולות מוגנות כדי לא להסתכן בסנקציות חוקיות.

163 ראו, למשל: 1 *Cornell L. Rev.* (1986) 72 "The Death of the Law?" Owen M. Fiss, שם מובע, בין היתר, החשש מפני הפיכת המשפט למעין מנגנון עסקי, תוך ריקונו ממרכיבים מוסריים ומערכים חברתיים.

164 בהקשר זה יוזכר כי גם כלפי בית-המשפט קיים הצורך המובן לשמור על מוניטין ולהימנע מתדמית של עותר טרדן, מה-גם שהדוקטרינה המשפטית המנחה את התערבות בית-המשפט כוללת גם מתחם סבירות, אשר בהחלטות הנופלות בתוכו לא יתערב בית-המשפט.

לא-פחות, אם לא יותר, מעונש פלילי או מתשלום פיצויים אזרחיים – מנת-חלקם בגין פרסום מזיק על-פי משטר הענישה המאוחרת – מאשר מסירובו המוקדם של הצנזור, סירוב הכפוף לביקורת שיפוטית.¹⁶⁵ אנשים שונאי סיכון יעדיפו פנייה לערכאה שתאשר את הביטוי מראש, משום שפנייה כזו תעביר את האחריות להחלטה לערכאה זו, ובכך יגנו הדוברים (והמפרסמים) על עצמם, לפחות במידה מסוימת, מפני נזק שעלותו תושת עליהם בדיעבד.¹⁶⁶ משטר המניעה המוקדמת, על האישורים שהוא מעניק, עשוי להיתפס כעדיף, לפחות כל עוד הסנקציה האוחרת יעילה (דהיינו, מטילה מחיר ששחקן רציונלי יעדיף לא לשאת לאחר שישקול את הרווח הטמון בפרסום אל מול עוצמת הסנקציה, ההסתברות להטלתה ומחיר אי-הוודאות). מחיר אי-הוודאות הטמון במשטר המניעה המוקדמת מצומצם יותר, ולפיכך תוחלת הרווח הטמון בו עשויה להיות רבה יותר מבחינתם של שונאי סיכון. כך, כשם שהתקשורת עלולה להפעיל צנזורה עצמית במשטר המניעה המוקדמת, כך היא עלולה להפעילה במשטר הענישה המאוחרת, ולפיכך אין להניח מראש כי אפשרות הסדרה מסוימת תוביל בסופו של יום לפרסום מידע רב יותר בהשוואה לאפשרות האחרת.¹⁶⁷

אין להתעלם מכך שהתוצאה החברתית של יישום משטר המניעה המוקדמת היא שהביטוי לא יצא לחלל העולם בטרם תוכרע סוגיית חוקתיותה של המניעה, ובכך טמון עיכוב אשר עלול במקרים מסוימים לרדת לשורש העניין, שכן הפרסום המאוחר עלול להיות לא-רלוונטי ולכן אף לא להתפרסם. אולם ברור שלא בכל המקרים נעדיף פרסום מיידי. לעיתים דווקא השהיית הפרסום תאפשר חשיפה שלמה יותר של התמונה, ובכך יזכה הציבור בפרסום מלא יותר של המידע. כשל נוסף הטמון במנגנון המניעה המוקדמת הינו אפיסטמולוגי בעיקרו: הליך אישור הפרסום במשטר המניעה המוקדמת הינו צופה פני עתיד, ולפיכך מחייב את המכריע להעריך אם ייגרם נזק אם לאו. מטבע הדברים זהו הליך ספקולטיבי, וטעויות עלולות להוביל להשתקת מידע שאין בו נזק אמיתי. במשטר של ענישה מאוחרת אנו יודעים כבר אם נגרם נזק או לא, ולפיכך נוכל לחסוך את השתקות המידע הלא-נחוצות, ו"להעניש" רק בגין פרסום מידע שאכן גרם נזק. כך לפחות יהיה המידע בידי הציבור, ונוכל לקבל החלטה מושכלת יותר.¹⁶⁸ אולם הנחה זו נשענת על ההשערה כי המחיר החברתי הכולל של הנזק שייגרם כתוצאה מפרסום הביטוי קטן מהתועלת החברתית המצרפית הטמונה בפרסום. ברם, יש ביטויים מסוימים שהנזק בפרסומם רב עד כדי כך שענישה או פיצוי לא יועילו להשבת המצב לקדמותו. דוברים

165 התגובה המאוחרת לפרסום אינה מוגבלת לתביעה אזרחית של פרט נפגע (השוו רע"א 6709/98 י"מ נ' רשימת מולדת, פ"ד נג(1) 351). קשת התגובות יכולה לכלול גם פגיעה ברווחים שיופקו מן הביטוי. כך הרשה בית-המשפט לשירות הביון האמריקני לקבל לרשותו את כל התמלוגים מספר שכתב עובד השירות אשר התחייב בחוזה לאשר את תוכן הפרסום עם מנהליו. אף שהספר לא כלל כל מידע חסוי, קבע בית-המשפט כי הפרת החוזה על-ידי העובד מצדיקה את ה"ענישה" המאוחרת. ראו: *Snepp v. U.S.* 444 (1980). U.S. 507

166 השוו עניין נוביק, לעיל הערה 140.

167 השוו: Ariel Bendor "Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means" 68 *Fordham L. Rev.* (1999) 289, 326–341

168 ראו את דבריו של השופט לנדוי בבג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז(4) 2407, העומד על החשיבות של הגעת המידע לציבור.

ומפרסמים אותה בי סיכון או אדישים לסיכון יפרסמו, ובני-אדם אחרים (או הקהילה כולה) יישאו בנזק, או לפחות בחלקו. במילים אחרות, משטר הענישה המאוחרת כרוך בסיכון אשר אין ביטחון כי מוצדק לנטולו, לפחות כאשר מדובר בנזק בלתי-הפיך לאינטרס חברתי חשוב (ובכלל זה הפגיעה בזכויות הפרט שעלולה להיגרם כתוצאה מהפרסום).¹⁶⁹ רואים אנו, אם כן, כי כפות-המאזניים מעוינות.

אם כן, מדוע נעדיף בכל-זאת את משטר הענישה המאוחרת? ההבדל, כך נראה, טמון בהיבטים המוסדיים השונים אשר בבסיס שני המודלים. אם מדובר ברשות מנהלית המפקדת על אישור או חסימה של הביטוי, אזי על-פי-רוב יש לרשות זו אינטרס מוסדי שבמקרה של ספק בדבר אפשרות של גרימת נזק עקב הפרסום ייחסם הביטוי, שכן במקרה של הפעלת שיקול-דעת מוטעה שהובילה לפרסום ולהתממשות הנזק, תיפול האחריות על שִׁכְמָה. לעומת זאת, במקרה של השתקה מוטעת המידע כלל לא יגיע לציבור ולפיכך תינה הרשות מן האפשרות לחמוק מביקורת ציבורית אפקטיבית על השתקתו. גם אם יגיע המידע לציבור בסופו של דבר, יהיה קשה לאמוד את הנזק שנגרם עקב השתיית הפרסום, וברוב המקרים האחריות לאי-הפרסום לא תהיה מגובשת דייה כדי לפגוע בהון המוסדי של הרשות המחליטה. זאת ועוד, לרשות המחליטה עשוי להיות אינטרס בהגדלת כוחה המוסדי (לפחות ככל שהגדלה זו אינה כרוכה בסיכון ההון המוסדי הצבור בידיה). ייתכן בהחלט מצב בו הרשות תפרוש את רשתה על ביטויים רבים כדי להגדיל את כוחה, והגדלה זו תיעשה באמצעות מניעת פרסום של דברים אשר לגביהם קיים ספק מסוים שמא יובילו להתממשות הנזק, אך קיים גם נימוק טוב מדוע מן הראוי לפוסלם. במצב זה, כאמור, עלולים המפרסמים להירתע מהגשת עתירה לבירור העניין, ואף אם תוגש עתירה כזו, תוכל הרשות להשתמש בכך לביסוס סמכותה (אפילו אם אופן ההפעלה של שיקול-הדעת במקרה מסוים יימצא פגום).

אין להתעלם גם מן העובדה שהרשות המנהלית המפקחת הינה מעצם טיבה חלק מהרשות המבצעת, אשר כפופה, בדרגת עצמאות כזו או אחרת, להנחיות של הדרג הפוליטי או למינוי על-ידי הדרג הפוליטי. ברור כי לרשות הפוליטית עצמה יש בדרך-כלל אינטרס מוסדי בהשתקת ביטוי ביקורתי נגד הרשות והעומדים בראשה, לא בהכרח משום שמדובר באנשים ובמסגרות שאינם חפצים בשמירה על ערכי הדמוקרטיה, אלא משום שאנשים ומסגרות אלה מזהים את הביקורת הנמתחת עליהם עם ביקורת על "המדינה", אשר מחלישה את המדינה ופוגעת בציבור האזרחים.¹⁷⁰

המצב שונה בענישה מאוחרת, או אף בבקשה למתן צו מניעה מרשות שיפוטית במסגרת אזרחית.¹⁷¹ לבית-המשפט אין אינטרס בהשתקת ביטוי (פרט לביטוי שיש בו כדי

169 קיימים בהחלט מקרים בהם הפרסום ייצור פגיעה בלתי-הפיכה בשם הטוב או בפרטיותו של אדם, בעוד עיכוב מסוים של הפרסום, עד אישור בית-המשפט, לא ייצור פגיעה כה רבה בחופש הביטוי. ראו עניין אבנרי, לעיל הערה 159, שם.

170 השוו לעניין קול העם, לעיל הערה 2.

171 בארצות-הברית צו המניעה השיפוטי כפוף אף הוא לביקורת שיפוטית, הבוחנת אם הצו אינו מונע ביטוי מעבר לנדרש למען הגשמת האינטרס של המדינה. ראו: *Madsen v. Women's Health Center, Inc.* 512 U.S. 753 (1994).

לפגוע בבית-המשפט עצמו, ואכן, אין פלא שאנו מוצאים בישראל¹⁷² גישה מרוככת לעניין הסטנדרט לפיו פגיעה בחופש הביטוי מותרת כאשר על הפרק טוהר ההליך השיפוטי¹⁷³. כלפי הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת יש לבית-המשפט דווקא אינטרס מוסדי בפרסום, הן משום שביית-משפט במדינה דמוקרטית מאורגן אידיאולוגית סביב עקרון חופש הביטוי, הן משום שפרסום ביקורתי של מעשיהן של רשויות השלטון האחרות מעצים את מקומו של בית-המשפט כרשות הראויה לאמון הציבור, והן משום שתפקידו המוסדי של בית-המשפט כמגן על המפרסם מפני ניסיון של רשות שלטונית להשתקו יוצר לבית-המשפט הון ציבורי חשוב, המתבטא גם הוא באמון הציבור.¹⁷⁴

לתמונה מוסדית זו יש להוסיף את הנטל המוטל על הצדדים. מנגנון המניעה המוקדמת מחייב את האזרח לפנות לרשות המנהלית. מבחינה טכנית-פורמלית אין אומנם הכרח שהוא יישא בנטל משפטי להוכיח כי הביטוי אינו מזיק, אך בפועל קשה למנוע מצב שבו יתבקש המפרסם לשכנע את הפקיד כי כך אכן המצב, ובכל מקרה, עצם האינטראקציה הביורוקרטית הזו מטילה את "נטל היוזמה" על המפרסם. המצב שונה בעניישה מאוחרת, כאשר הנטל מוטל על רשויות האכיפה (או על הנפגע). בעניישה מאוחרת על הרשות לחקור, לגבש כתב-אישום ולהגישו, ובסופו של דיון להוכיח את האשמה מעל ספק סביר,¹⁷⁵ ועל התובע האזרחי לפנות לייעוץ משפטי, לגבש כתב-ביעה ותצהירים, ולשכנע את בית-המשפט כי הרים את הנטל האזרחי. נטל זה משמש מעין אמצעי לסינון

172 ע"פ 126/62 דיסנצ'יק והון נ' י"מ, פ"ד יז(1) 169. בפסק-דין זה נדחתה החלתו של מבחן "הסכנה הברורה והמיידית" האמריקני על השפעתם של פרסומים חיצוניים על הכרעת השופט. המבחן החלופי שהתקבל בוחן את "הכמות המספקת" להשפעה אפשרית.

173 סעיף 71(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198, כפי שתוקן בשנת 2002, קובע כי "לא יפרסם אדם דבר על ענין פלילי התלוי ועומד בבית משפט במטרה להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו, וראייה מראש את ההשפעה האמורה כאפשרות קרובה לודאי כמוה כמטרה להשפיע, והכל אם יש בפרסום כדי להשפיע כאמור". סעיף זה עושה אומנם שימוש במבחן הוודאות הקרובה, אך כחלופה ליסוד הנפשי הנדרש (מודעות לאפשרות הקרובה לוודאי). המבחן האובייקטיבי הכלול בסעיף - "יש בפרסום כדי להשפיע" - אינו דורש ודאות קרובה. יצוין כי בעבר הקיף איסור הסובידיצה לא רק הליכים פליליים, אך ניכרת עמדתו המצמצמת של היועץ המשפטי לממשלה, עוד לפני הצמצום בחוק עצמו, במסגרת הנחיה 51.051 א מיום 13 במרס 1992. בית-המשפט עצמו העדיף סטנדרט מקל יותר לפגיעה בביטוי. לעניין קביעת המבחן להפעלת הסעיף ראו, למשל, ע"פ 696/81 אזולאי נ' מ"י, פ"ד לו(2) 565, 575-577, המבהיר כי המבחן לעניין הרכיב האובייקטיבי הוא של "אפשרות סבירה", להבדיל ממבחן של "ודאות קרובה". ההנמקה מתייחסת לכך שעל הפרק לא רק זכות הביטוי, אלא גם הזכות להליך הוגן. ראו גם ע"פ 6696/96 כהנא נ' מ"י, פ"ד נב(1) 535, 582. השוו לעניין זה את עמדת המשפט האמריקני, לעיל בהערה 56.

174 השוו עומרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט (תשס"ב-תשס"ג) 665.

175 ודוק: היועץ המשפטי לממשלה מפעיל שיקול-דעת באילו מצבים מן הראוי להעמיד לדין הן בהתייחס לחוק הראיות והן בהתחשב בעניין לציבור (סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ס"ח 43). זהו מנגנון בקרה נוסף וחשוב שאינו קיים בדרך-כלל במשטר המניעה המוקדמת.

המקרים השונים, מתוך הנחה שבכך יגיעו לכלל דיון, במסלול הענישה המאוחרת, בעיקר מקרים בהם קיימת טענה רצינית להגבלת חופש הביטוי (מתוך הנחה כי ייתכן שמקרים ראויים נוספים לא יגיעו לדיון,¹⁷⁶ אך עימם יידחקו הצידה גם מקרים רבים בהם לא ראוי לנהל דיון משפטי שכן עצם ניהולו עלול להוות עונש למפרסם¹⁷⁷).

בסופו של יום, נראה כי לפחות בכל הקשור לפרסום חומר שאינו קשור למערכת המשפט, ולפחות כאשר לפנינו ביטוי ספציפי ולא ביטוי היפותטי, ניתן לסמוך על שופטים יותר מאשר על רשויות מנהליות אחרות. אכן, כך ניתן להבין את הפסיקה האמריקנית בתחום.¹⁷⁸ בהקשר זה יש להזכיר כי בהצעת החוק לביטול פקודת העיתונות המנדטורית ניטלה הסמכות לסגור עיתון משר הפנים, והועברה לבית המשפט.¹⁷⁹ יש לקוות שכאשר יבוא בית המשפט להפעיל סמכותו זו לא ימצא את עצמו יורד שוב אל זירת הביטוי עצמה כאילו היה שחקן בה, אלא ישמור על ריחוק מתבקש.

3. פרגמטיזם איזוני ומבנה מערכת המשפט

נקודה מוסדית אחרונה הראויה לציון מתייחסת להבדל הבסיסי בין המשפט הישראלי לבין המשפט האמריקני. כאמור, בעוד שבית המשפט האמריקני נמנע מאיזונים, לפחות בכל האמור לביטויים הנופלים למשבצת 1 בטבלה שלעיל, וגם כאשר בחר לאזן יצאה תחת ידו דוקטרינה הכוללת מרכיבים פורמליים ברמת קונקרטיזציה גבוהה יחסית, בית המשפט העליון הישראלי אימץ במוצהר את דרך האיזון,¹⁸⁰ ונוסחות האיזון שיצר נשמרות ברמת הפשטה גבוהה יחסית. הדבר בולט במיוחד כאשר בית המשפט בא לאזן בין שתי

176 מעניין להשוות סוגיה זו לנטל הראיה שיש להרים בתביעת דיבה המוגשת על-ידי איש ציבור. כאמור, איש הציבור צריך להוכיח כי המפרסם ידע על אי-נכונות הפרסום (ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843, 877) או שלכל הפחות היו לו ספקות רציניים לגבי אמיתותו (St. Amant v. Thompson 390 U.S. 727 (1968)). זהו סטנדרט גבוה. היה אפשר לשער כי הדבר יוביל למיעוט תביעות מצד אנשי ציבור, אולם שיחות מספר עם עורכי דין אמריקנים העוסקים בתחום פורשות תמונה אנקדוטלית שונה. איש ציבור, כך נטען, דווקא מהססים פחות. ברור להם כי ההפסד הצפוי יתפס כציבור כנובע מהרף הגבוה שמערכת המשפט מציבה להם, ואילו המשפט מאפשר להם להגיב ולהציג את עמדתם לפני הציבור. לעיתים, תוך שימוש בטכניקת "משפט זוטא", התובעים מצליחים להראות כי לגופו של עניין הפרסום היה שגוי (גם אם העיתון לא ידע על כך). לתובעים רבים זהו תמריץ מספיק. ייתכן שבכך ניתן להסביר את תביעתו של ראש הממשלה אריאל שרון נגד המגזין Sharon v. Time, Inc. 575 F.Supp. 1162 (1983), אשר גם סיבת דחייתה שלה הייתה שלא הוכח כי המפרסם ידע על אי-נכונות הפרסום.

177 ראו: Malcolm Feeley *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court* (New York, 2nd ed., 1992).

178 ראו: *Freedman v. Maryland* 380 U.S. 51 (1965); *Kingsley Books, Inc. v. Brown* 354 U.S. 436 (1957). לעיל הערה 160.

179 סעיף 7 לתזכיר חוק העיתונות, תשס"ה-2004. ראו גם יובל יעו "תכנון: לבטל סמכות שר הפנים לסגור עיתון" הארץ (26.4.2004).

180 ראו ע"א 5604/94 חמד נ' מ"י, פ"ד נח(2) 498.

זכויות נפגעות - פעולה הקרויה "איוון אופקי"¹⁸¹ קריאת פסקי-הדין העוסקים בתחום מותרת לעיתים תחושה כי הקווים המייחדים את השיח המשפטי-המקצועי מסוגי השיח הפוליטי האחרים מיטשטשים בהתאם לדיספוזיציה האישית של השופט.¹⁸² כיצד ניתן להסביר אסטרטגיית התמודדות שונה זו?

הסבר אפשרי (אחד מני רבים)¹⁸³ לשוני בולט זה נעוץ במסגרות המוסדיות בהן פועלים שני בתי-המשפט. בית-המשפט העליון האמריקני עומד בראש מערכת ענפה וסבוכה של בתי-משפט פדרליים ומדינתיים. עליו לפקח על מאות ערכאות ואלפי שופטים. הוא עצמו מתייחס רק לכמאה וחמישים מקרים בשנה. במצב-עניינים זה בית-המשפט העליון האמריקני נדרש לפתח דוקטרינה ברורה. הנטייה לאמץ כללים הכוללים מבחן ברור וישים (כללי קו-ווקר) הינה מתבקשת, משום שפסיקתו של בית-המשפט העליון מנחה את המחוקקים השונים, את האורגנים השונים של הרשות המבצעת במישור הפדרלי ובמישור המדינתי, ומעל כולם - את הערכאות השיפוטיות השונות על גוניהן.¹⁸⁴ בית-המשפט העליון הישראלי, לעומת זאת, נהנה מבלעדיות יחסית. הוא האורגן הטבעי לדיון בעתירות שעניינן הגנה על זכויות הפרט כנגד השלטון, בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק ובהליך המכונה בג"צ; הוא אינו נדרש להנחות ערכאות שיפוטיות אחרות כעניין שביומיום; הוא אינו נדרש להתמודד עם רשות מבצעת סבוכה, אלא עם יועץ משפטי לממשלה אחד, שהנחייתו מחייבת את הרשות המבצעת כולה. עד לאחרונה הוא גם לא נדרש להתמודד עם המחוקק על-דרך של ביקורת שיפוטית ישירה (זולת לאור סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת¹⁸⁵), ונדמה כי השינוי שנוצר עם פרוץ המהפכה החוקתית טרם נתן את מלוא אותותיו המערכתיים, שכן לעת עתה מעטים המקרים בהם נקבע על-ידי הערכאות השונות כי חוק אינו חוקתי. נוסחת האיוון, אם כן, מופעלת בעיקר בבית-המשפט העליון עצמו. מכאן, בית-המשפט לא נדרש לייצר דוקטרינות קונקרטיות יתר על המידה; נהפוך הוא - לבית-המשפט יש אינטרס מוסדי בשמירה על רמת הפשטה גבוהה יחסית, ובמיקומה ברמת העיקרון המשפטי (תוך פיתוח "תכליות כלליות" או "עקרונות-יסוד של השיטה"), שכן כך הוא יכול לשקול כל מקרה לגופו מבלי לכבול את שיקול-דעתו יתר על המידה במקרים הבאים שיובאו לפניו.¹⁸⁶

181 מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 591, 594-596. כך גם נעשה האיוון, במסגרת דיני לשון-הרע, בין חופש הביטוי לכבוד האדם. ראו רע"א 4740/00 אמר נ' יוסף, פ"ד נה(5) 510. ראו גם עניין גור אריה, לעיל הערה 27.

182 השוו לדברי השופט טירקל בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 739-740, אך ראו את דברי השופט זמיר, שם, בע' 786-788.

183 ושוב, תקצר היריעה מלפרט את כל הגורמים הסוציולוגיים המבחינים בין שיטות המשפט, שלא לדבר על האקלים הגיאופוליטי השונה.

184 לפי פרופסור Frederick Schauer, יש לראות בנטייה לקבוע כללים ברורים אינדיקציה לכך שהמערכת האמריקנית מעדיפה לא להפקיד את מלאכת האיוון העדינה בידי פקידים ושופטים בכל הערכאות. ראו: Frederick Schauer *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford, 1991) 136-137, 149-155.

185 תשי"ח, ס"ח 69 (להלן: חוק-יסוד: הכנסת).

186 עניין זה בולט גם בשינוי שחל בדוקטרינה החולשת על כפיפותו של בית-המשפט

צידו האחר של מטבע מוסדי זה הוא כמובן מידת הביקורת הפנימית האפשרית בכל אחת משיטות המשפט. מכיוון שהמערכת האמריקנית דורשת מכל שופט בכל ערכאה ליישם את הכלל החוקתי, היא דורשת מכל שופט בכל ערכאה לקרוא את פסקי-הדין המנחה של בית-המשפט העליון וליישמו בעובדות המקרה. כך עומד למעשה פסקי-הדין של בית-המשפט העליון לביקורת בעולם המעשה על-ידי שופטים מגוונים, בערכאות שונות וביחס לקשת מקרים רחבה. היה אם שופטים רבים לא ישתכנעו מנימוקי בית-המשפט העליון או לא יעלה בידם ליישם את הדוקטרינה שנקבעה באופן שנראה להם כמתיישב עם יתר הפסיקה בתחום, צפויה הדוקטרינה לחיים קשים בעולם המשפט: השופטים בערכאות הנמוכות צפויים לאבחן דוקטרינה זו, לפרשה פרשנות תכליתית או אף להעלות תהיות בפסקי-דינם ולבקש הבהרות מערכאת הערעור. מערכת זו מאפשרת, אם כן, בקרה פנימית על מידת הלכידות והעקביות של פסקי-הדין של הערכאות הגבוהות. לעומת זאת, פסיקתו של בית-המשפט העליון בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק (פרט לתחומים מוגדרים שהועברו לבית-המשפט המחוזי,¹⁸⁷ ענייני תכנון ובנייה המצויים בתחומו של בית-משפט השלום¹⁸⁸ או ענייני לשון-הרע הנתפסים כתביעה אזרחית) לא הייתה ישימה כעניין שבשגרה, לפחות עד לאחרונה, בבתי-המשפט הנמוכים יותר. השופטים בכל הערכאות אומנם קראו בוודאי את פסקי-הדין שניתנו במסגרת הליכי הבג"צ, אך מידת ישימותם הייתה נמוכה יחסית לפסקי-הדין שניתנו ברוב ההליכים האחרים הנשמעים ומוכרעים בבית-המשפט העליון.

אין כמובן להבין מדבריי אלה כאילו הכרעותיו הספציפיות של בית-המשפט העליון ראויות לביקורת רק בשל כך; נהפוך הוא – מכיוון שעד כה נהנה בית-המשפט העליון משופטים בעלי רמה אישית גבוהה המחויבים לניתוח משפטי מעמיק, ולנוכח התרבות הארגונית שהתפתחה בבית-המשפט העליון, על-פיה נקודת המוצא היא כי כל פסקי-דין ייקרא על-ידי הקהילייה המשפטית בכללותה ויעמוד לביקורת (הן של עורכי-הדין, הן של האקדמאים והן של הדורות הבאים), זכינו, בדרך-כלל, בפסיקה עקבית למדי בנושא זכויות האדם בכלל וחופש הביטוי בפרט.

עם זאת, נראה כי מן הראוי לשקול מחדש את החשיבה האיזונית בבית-המשפט העליון. זאת, בראש ובראשונה משום שהמייחד את המשפט מסוגי שיח פוליטי אחרים הוא השימוש העקבי במושגים, שימוש המצוי במתח אפשרי עם חשיבה מאזנת פרגמטית.¹⁸⁹ שלטון החוק אינו "סתם" עוד סוג של כוח חברתי (שלטון), אלא סוג מובחן בכך שהוא

לתקדימים שלו עצמו. השוו את בג"צ 287/51 ראם נ' שר האוצר, פ"ד ח(1) 494, לרע"א 1287/92 בוסקילה ראש המועצה הדתית נ' צמח, פ"ד מו(5) 159. ראו גם מיכל תמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א (תשס"ה) 211, 230-242, 260-267.

187 סעיף 5 והתוספות לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, ס"ח 190, מעבירים את תחומי הארגון, המועצות הדתיות, המכרזים ותחומים נוספים אל בית-המשפט לעניינים מנהליים.

188 סעיפים 14(ג) לתוספת השלישית וסעיפים 158(דא), 183, 203(א), 205-207 ו-255 לחוק התכנון והבניה, תשכ"ה-1965, ס"ח 307.

189 השוו דנג"צ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 825-829.

נשען על שיח מסוים, על מערכת מושגית מסוימת המקימה דרכי הצדקה והנמקה מסוימים, המתבררים בהליכים מסוימים לפני מוסדות מסוימים, ובין כל אלה קיימת זיקה רעיונית. ברם, מי שטיעונים פורמליים כגון דא אינם מהווים מבחינתו נימוק משכנע – אחרי הכל, נימוקים אלה אינם משרטטים את המפסידים והמרוויחים מאימוץ דוקטרינה זו או אחרת – ימצא אולי עניין בכך שהולכת ונבנית כעת מציאות מוסדית בה ענייני זכויות האדם החוקתיים מוכרעים גם בערכאות הנמוכות. בהקשר זה יוזכר כי אכיפת חוקי־היסוד אינה מוגבלת, בשלב זה לפחות, לבית־המשפט העליון בלבד, והליכי תקיפה אפשריים בכל ערכאה.¹⁹⁰ זאת ועוד, הולכת ומתפתחת כאמור ערכאה מנהלית נוספת, בדמות בית־המשפט המחוזי שבבתו כבית־המשפט לעניינים מנהליים.¹⁹¹ זו המציאות; אך גם ניתן להצדיקה, שכן יש ערך – דווקא בתחום חופש הביטוי, הבנוי על הרעיון של החלפת דעות ומרחבי ביקורת ציבוריים – לשתף גופים נוספים בשיח על־ידי ביזור ההכרעה. כך נוכל לתור טוב יותר אחר תיאוריה מספקת בתחומי הביטוי השונים. "מחירו" של ביזור זה הוא היווצרות דוקטרינות קונקרטיות יותר, המאפשרות יצירת בסיס אינטר־סובייקטיבי להכרעות המערכת כולה, בסיס המאפשר דיון וליבון תוך שמירה על רמת ודאות מסוימת. איני טוען, כמובן, כי ניתן או רצוי לקבוע כלל משפטי נוקשה, החסין מפני פרשנותה של השופטת היושבת בכל מקרה ומקרה. גישה מכניסטית כזו למשפט אינה גישתי. אלא שהותרת המשפט החוקתי כמערכת של איוונים מעורפלים־משהו אינה מועילה, במיוחד בתחום חופש הביטוי, אם אנו שואפים למערכת שניתן להבטיח בה רמה מסוימת של צפיות ואחידות. רמה זו של צפיות ואחידות אפשרית כל עוד הדוקטרינות מושתתות על בסיס מושגי איתן, שאם לא כן הן צפויות, במוקדם או במאוחר, לסתור דוקטרינות אחרות ולהציב אתגר לערכאות השונות. אתגר זה עלול לפגוע במושג שלטון החוק באופן כללי, ואף עלול, אם הצדק עם גישתם של מספר שופטים אמריקנים, להוביל למצב בו חופש הביטוי יצא נפסד.

1. עם הפנים לעתיד: דוקטרינה אמריקנית לעידן חוקי־היסוד החדשים

הבה נחזור לפיתוחה של הפרדיגמה המארגנת, כך נטען, מקצת מן הדין האמריקני העוסק בהגנה החוקתית על חופש הביטוי. כאמור לעיל, פעילות המדינה תיפול לאחת מארבע הקטגוריות שתוארו בטבלה לעיל. האפשרות הפשוטה היא שהרשות תשתיק ביטוי מתוך כוונה להסדיר ביטוי זה ואת המדיום בו הוא מתפרסם. מעשה זה יהיה כפוף לביקורת שיפוטית קפדנית בארצות־הברית, ויש לשער שגם בישראל תפתח ההבנה כי פעילות המדינה במשבצת זו (משבצת 1) מערבת לא־אחת מרכיבים של הזכות לכבוד

190 ראו, לדוגמה, ת"א (ת"א) 2252/91 שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ נ' גבעת יואב – מושב עובדים, פס"מ נד(3) 243; ת"פ (ת"א) 4696/01 מ"י נ' הנדלמן, תק"ש 2003(2), 38.
191 השוו ת"א (חי') 1555/00 המטה למען ארץ ישראל חיפה והצפון נ' מצנע, תק"מ 2001(2), 2043.

האדם, ולפיכך ניתן, במקרים המתאימים, לדרוש כי תעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.¹⁹² אך מה בדבר פעילות המדינה ביתר הקטגוריות?

נניח שהרשות המחוקקת מטילה איסור על סוג ביטוי שאינו מוגן (משבצת 4) או מסדירה התנהגות הכוללת בשוליה מרכיבים הבעתיים אך לא מתוך הצדקה ביטויית (משבצת 4); או נניח שהרשות מסדירה מדיום להחלפת דעות כדי לאפשר ורימה טובה יותר של מסרים ללא הגבלות וחסימים (משבצת 3); לבסוף, נניח שהרשות אוכפת מדיניות ניטרלית אשר לה השלכות על מדיום המשמש להחלפת דעות (משבצת 2). בית־המשפט נדרש לסוגיה, בטענה שהחקיקה, חקיקת־המשנה או פעולת האכיפה פוגעות בחופש הביטוי, ככל שמרכיביו מוגנים בזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ו/או ככל שמרכיביו מוגנים במגילת הזכויות השיפוטית.¹⁹³ כיצד על בית־המשפט לנהוג? על־פי המוצע כאן, יידרש בית־המשפט ראשית לסווג את גבולותיה של פעולת המדינה: האם אך ביטוי לא־מוגן נאסר? האם מרכיב הביטוי בהתנהגות שהוסדרה אכן שולי, והשלכות אלה מצויות בתחום המידתיות? האם אכן שקלה המדינה את ההשלכות הכוללות על המדיום המוסדר? האם אין בהסדרה משום יצירת העדפה תוכנית או שמא המניע הנסתר של הרשות טומן בחובו העדפה כזו? אלה שאלות מסדר ראשון, אשר סביר להניח שישפיעו על קביעת בית־המשפט לעניין תחולת חוק־היסוד או הפגיעה במגילת הזכויות השיפוטית, בהתאמה. אך לצד שאלות אלה צפוי שתתעורר לא־אחת שאלה מקדמית. המציאות מראה כי לא־אחת ההגדרות בהן עושה החוק שימוש אינן חדות דיין. לחלופין (או במצטבר), האכיפה במקרה הנידון אומנם אינה פוגעת בחופש הביטוי, אך המדיניות שביסודה, ובכלל זה החוק המסמך, פוגעים בביטוי מוגן. כיצד על בית־המשפט לנהוג בבואו לסווג מצבים אלה לקטגוריות האמורות?

עד קבלת חוק־היסוד בשנת 1992 נהג המשפט הישראלי להתמודד עם מצבים אלה בעזרת שלוש טכניקות מרכזיות. ראשית, הוא קבע כי לבית־המשפט אין סמכות להעביר חקיקה ראשית של הכנסת תחת שבט הביקורת השיפוטית.¹⁹⁴ קביעה זו, אשר השתנתה עם

192 בפועל אימץ בית־המשפט את פסקת ההגבלה, בדונו בטענה כי נפגע חופש הביטוי, בבג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249. פרשה זו לא הצריכה קביעה ישירה אם חופש הביטוי מאפשר ביטול חוק, אך טבעי שפסיקה עתידית תתבסס על פסיקה זו. ראו גם דיון בהערה 6 לעיל.

193 כידוע, מגילת הזכויות השיפוטית חולשת במהותה על פעולות המנהל. כאן המקום לציין כי לכאורה קיים עדיין פתח במשפט הישראלי לאכיפתה של החוקה המטריאלית, ובכלל זה מגילת הזכויות השיפוטית המצויה שם, כנגד חקיקה של הכנסת. ראו את דברי השופט ברק בבג"צ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 553–554.

194 ראו בג"צ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337. בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ומבקר המדינה, פ"ד כג(1) 693, הותר בית־המשפט את שאלת השפיות (קרי: כוחו של בית־המשפט לבטל חקיקה ראשית של הכנסת) בצריך עיון, על־פי בקשת המדינה, ובפועל נוצרה בישראל פרקטיקה על־פיה ניתן לעתור לבג"צ בטענה כי המחוקק שינה, בין במפורש ובין במשתמע, סעיף בחוק־יסוד הדרוש שכל שינוי שלו יתקבל ברוב של חברי־הכנסת. סעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת, הקובע כי הבחירות יהיו שוויוניות, היווה את מוקד הדיון, אשר גלש גם לתחום של תעמולת הבחירות. ראו, למשל, בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1; בג"צ 141/82

המהפכה החוקתית,¹⁹⁵ ייתרה את הצורך (והאפשרות) לדון בחוקתיות החוק. שנית, בית המשפט דרש הסמכה מפורשת לפגיעה בחופש הביטוי, כפי שדרש זאת לגבי זכויות אחרות.¹⁹⁶ ושלישית, בית המשפט עצמו פירש הסמכה זו באופן מצמצם ברוב המקרים, על-ידי נטיעת מבחן הוודאות הקרובה בסדקי החקיקה.¹⁹⁷ שלושת המרכיבים הללו הובילו למצב בו הקשר בין האמור בחוק של הכנסת, המנוסח לעיתים בלשון גורפת ורחבה, לבין ההיתר שניתן לרשות המבצעת בפועל לא היה קשר פשוט. מכיוון שלא הייתה אפשרות לפסול חוק, ומכיוון שבית המשפט העליון הוא האורגן המוסמך לפרש את כל החקיקה במדינת ישראל, יצר בית המשפט העליון – ועל כך מלוא האשראי – מגילת זכויות שיפוטית אשר תרמה ותורמת רבות להגנת זכויות האדם בישראל. משמעותה המעשית של גישה זו הייתה שחוקים עמומים של הכנסת (או של המחוקק המנדטורי, כפי שהיה בעניין קול העם) פורשו באופן יצירתי ברוב המקרים (אם כי לא בכולם)¹⁹⁸ על-מנת להעניק הגנה מרבית לזכויות האדם, ובראשן לחופש הביטוי (זכות אשר הוגדרה בכמה פסקי-דין כזכות עילאית). העמימות צומצמה על-ידי פרשנות, תוך קביעת מבחני-משנה אשר אינם מעוגנים בלשון החוק כפשוטה.

הגישה האמריקנית עומדת בניגוד בולט לגישה זו. נקודת המוצא האמריקנית, כפי שגובשה על-ידי בית המשפט העליון בראשית המאה התשע-עשרה, היא כי לרשות השופטת יש הכוח לפסול חקיקה ראשית.¹⁹⁹ על בסיס כוח זה פותחו במאה העשרים שתי

- ח"כ אמנון רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141. אולם פרט לתחום מצומצם זה, לא התקיימה בישראל ביקורת שיפוטית על חוקיות של חוק הפוגע בחופש הביטוי.
- 195 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 265.
- 196 ראו ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295, אך ראו אורן גזל "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 381, המראה כי בית המשפט החיל במקרים מסוימים דוקטרינה אחרת.
- 197 מבחן הוודאות הקרובה נהפך למן עניין קול העם, לעיל הערה 2, למבחן המוביל בסוגיות של חופש הביטוי (ראו, למשל, לעניין ביטויים פליליים וגזעניים, ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד נ(5) 221). כך גם בסוגיות שמקבילות לו ולעיתים אף בסוגיות שכוללות אותו, כגון חופש הדת (ראו לעניין זה את החלתו בעניין תפילה בהר הבית: בג"צ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449). עם זאת, לעיתים הפעיל בית המשפט מבחנים אחרים, ולעיתים אף התעלם מהפגיעה בחופש הביטוי. ראו להב, לעיל הערה 22, בע' 403-422. לגישה המבכרת את מבחן הוודאות הקרובה במקרים רבים, אף שלא תמיד, ראו אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" הפרקליט מ (תשנ"א-תשנ"ג) 5, 14-18. לסקירה כללית של חופש הביטוי בפסיקה ובחוק עד 1972, ראו קלוז קליין מחקר משווה על חוק יסוד – זכויות האזרח (ירושלים, תשל"ב) 148-186.
- 198 ראו, למשל, בג"צ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש עשרה, פ"ד נו(1) 750, 756-761. במקרה זה נפסק כי יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית מוסמך למנוע שידורי תעמולה ברדיו, אף שבחוק נקבע רק כי הוא מוסמך לאשר את שידורי התעמולה בטלוויזיה.
- 199 *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). בהתבסס על התיקון הארבעה-

דוקטרינות החולשות על אופן ההתמודדות השיפוטית עם דבר חקיקה או עם מדיניות אכיפה של הרשות: דוקטרינת דבר החקיקה העמום ("Vagueness Doctrine");²⁰⁰ ודוקטרינת ה־Overbreadth, העוסקת בפעולה של המדינה (הן דבר חקיקה והן מדיניות אכיפה) שהינה רחבה יתר על המידה (overbroad).²⁰¹

הדוקטרינה הראשונה עוסקת, במהותה, בדיוק באותו סוג חקיקה שבית־המשפט הישראלי פירש בצורה מצמצמת. אלא שבמקום לפרשה, בית־המשפט האמריקני בוחן אם לשונה עלולה להתפרש כעמומה יתר על המידה על־ידי רשויות האכיפה או על־ידי האזרחים האמורים לכלכל את צעדיהם על־פי האמור בחוק. אם בית־המשפט מגיע למסקנה שהחוק חולש על תחומים שבהם מתעורר התיקון הראשון לחוקה (משום שהאמצעי שנבחר עלול להשפיע על אנשים המבטאים את דעתם או מפרסמים עובדה או דעה), אזי עמימות החוק פועלת נגדו. בלשון פרק זה, מעשי המדינה, ובכלל זה חוקיה הנופלים למשבצות 1, 2 ו־3 או המצויים על גבולותיהן של משבצות אלה, נדרשים להיות חדים, בהירים ומוגדרים היטב. גם אם קיים תחום מסוים אותו מסדיר החוק אשר לגביו מוסמכת המדינה להפעיל את כוחה החקיקתי כפי שהפעילה אותו (משום שמדובר בביטוי שאינו מוגן – המצוי במשבצת 4 – או משום שבתחום זה המדינה עומדת בסטנדרט הביקורת או בתנאי הדוקטרינה החולשת על הסוגיה), בית־המשפט יביט בחוק בקפידה, שמא הניסוח עמום דיו להשפיע גם על תחומים אחרים שלגביהם ההסדרה החוקית אינה עומדת בתנאי החוקה. אם קיימת עמימות, יפרש בית־המשפט עמימות זו כמטילה על המופקדים על יישום החוק ועל האזרחים הכפופים לחוק נטל א־ודאות מסוים אשר די בו להעלות חשש שגם ביטוי מוגן יושתק, על־דרך ההשפעה המקפאיה.

המשמעות המוסדית של הכרעתו זו של בית־המשפט האמריקני היא שליחתו של החוק בחזרה אל המחוקק לצורך ניסוח מחודש, הדוק וקפדני יותר. יש לזכור שבית־המשפט האמריקני מפעיל את דוקטרינת העמימות הן כלפי חוקים מדינתיים – אף שלא הוא האורגן המופקד על פרשנותם, אלא בתי־המשפט העליונים בכל מדינה – והן כלפי חוקים פדרליים. בית־המשפט העליון הפדרלי ובתי־המשפט העליונים המדינתיים יעשו אומנם מאמץ לתת לחוק פירוש המקיים את החוקה, אך ברוב המקרים לא יתירו לעצמם את החירויות הפרשניות המקובלות במשפט הישראלי, נטול ההגנה החוקתית הפורמלית על הזכות לחופש הביטוי.

כאמור, הכלי השני המצוי בארגון הכלים של בית־המשפט העליון האמריקני – זה

עשר ועל הזכות להליך הוגן (Due Process), הורחבה סמכות זו גם לפסילת חקיקה מדינתית הפוגעת בתיקון הראשון.

200 להגדרה ראו: *Connally v. General Construction Co.* 269 U.S. 385 (1926). ראו גם: *Stromberg v. California* 283 U.S. 359 (1931), בו נקבע כי חוק שאוסר "הצגה ציבורית של דגל כסימן להתנגדות לממשל מאורגן" הינו חוק עמום מאחר שלא ברור אם בממשל מאורגן הכוונה לממשל הנוכחי או לצורות אחרות של ביטוי שמוגנות חוקתית. דוגמה נוספת לעניין זה ניתן לראות בביטול חוק שקבע כי יש להדיח מרצים באוניברסיטה אם יהיו מעורבים בהיגדים או במעשים "בוגדניים ומרדניים". ראו: *Keyishian v. Board of Regents* 385 U.S. 589 (1967).

201 להגדרת דוקטרינת ה־Overbreadth ראו: *Thornhill v. Alabama* 310 U.S. 88 (1940).

הקרוי overbreadth – משלים את כלל העמימות. הכלל העוסק בשוליו הרחבים של החוק נועד למצבים בהם החוק נאכף דווקא בסיטואציה העומדת בכללי התיקון הראשון לחוקה, אלא שהסדר המצוי באותו חוק מקיף גם קשת של מקרים אחרים – השונים מזה המצוי לפני בית-המשפט – אשר אינם עומדים בתנאי התיקון הראשון כפי שפורשו על-ידי בית-המשפט. במצבים אלה לא יתיר בית-המשפט את אכיפתו של החוק גם ב"איזור המותר", אלא יקבע כי ההסדר בחוק רחב יתר על המידה, שכן מסדיר הוא תחום מוגן באופן שאינו מקיים את תנאי התיקון.²⁰² בכך מתגבר המשפט האמריקני על בעיה שניתן להגדירה כבעיית זכות עמידה, שכן מבחינה טכנית קיים עותר פוטנציאלי טוב יותר נגד החוק – זה אשר ביטוי המוגן הוסדר באופן שמנוגד לחוקה.

צמד הדוקטרינות הללו משמשות את בית-המשפט האמריקני במקרים של ספק, כאשר חשש מקנן בליבו שמא כוונת המחוקק לא הייתה כה חפה משיקולי תוכן, או במצבים בהם השלכות החוק ומדיניות אכיפתו עלולות, בעולם המעשה, להותיר בידי הרשות המבצעת שיקול-דעת רחב דיו לפיתוח פרקטיקות של אכיפה בירנית או גורפת.²⁰³ כאמור, בית-המשפט פועל בהקשר מוסדי שאינו מאפשר לו לפקח, כעניין שבשגרה, על האופנים השונים בהם דבר החקיקה מיושם, והמשמעות עלולה להיות השתקת ביטוי עד שיגיע מקרה מבהיר לבית-המשפט.

שתי טכניקות אלה – זו הישראלית וזו האמריקנית – נועדו להתמודד עם פעולות מדינה שיש בהן סכנה למימושו האפקטיבי של חופש הביטוי. אך כאמור, השוני ברור. אין פרק זה טוען כי הדוקטרינה האמריקנית בהכרח "נכונה" יותר או יעילה יותר. הטענה היא כי עם המעבר לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, יש לשקול מחדש את הנטייה הטבעית של בית-המשפט העליון הישראלי לפרש את החקיקה פרשנות יצירתית – אם לא

202 גרסה "חלשה" של הכלל תפסול חוק שיוגדר כ"רחב מדי באופן מהותי" (ולא בכל מצב בו החוק רחב). במסגרת הדיון ב"מהותיות" ניתן לבחון אם עיקר פועלו של החוק "לגיטימי" לאור דוקטרינות חופש הביטוי או שמא מסה קריטית של יישומיו חורגת מן המותר על-פי דין, דהיינו, פוגעת בביטוי חוקתי מוגן. למשל, חוק שאוסר על עובדי מדינה ליטול חלק בפעילות פוליטית מסוימת לא ייפסל אף שעקרונית ניתן להחילו גם על הדבקות מדבקות פוליטיות או על סממנים פוליטיים אחרים, מאחר שהיישומים הלגיטימיים של החוק רבים מיישומיו המגבילים את חופש הביטוי. ראו עניין *Oklahoma*, לעיל הערה 89.

203 כך פסל בית-המשפט חוק-עזר עירוני שהעניק שיקול-דעת רחב מדי לרשות המקומית למנוע הפצת ספרות בתחומיה. חוק זה נפסל על רקע היותו מעורפל ורחב מדי. ראו: *Lovell v. Griffin* 303 U.S. 444 (1938). לעניין שיקול-הדעת הרחב מדי הניתן בידי הרשות ראו גם: *Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.* 486 U.S. 750 (1989). שיקול-דעת כזה ניתן בדרך-כלל במסגרת הסדרי רישוי שונים, וחשוב לציין שאדם שפועל ללא רישיון יתקשה לתקוף את חוקתיות ההסדר. ראו: *Poulos v. New Hampshire* 345 U.S. 395 (1953). לבהינתן חוקתיותם של צווים שהוצאו מכוח חוקים המגבילים את חופש הביטוי, ראו: *Walker v. Birmingham* 388 U.S. 307 (1967). לביקורת על הדין הישראלי ויישומו, ובאופן ספציפי, לטענה ששיקול-הדעת המסור בידי בית-המשפט ורשויות האכיפה אינו מופעל בצורה שוויונית אלא תלוית-דובר, ראו: Ronen Shamir "Legal Discourse, Media Discourse, and Speech Rights: The Shift from Content to Identity – the Case of Israel" 19 *Int'l J. of the Sociology of Law* (1991) 45

מלאכותית – על-מנת לקיים את עקרונות-היסוד של השיטה, ולאחרונה גם כדי למנוע סתירה עם חוקי-היסוד. ייתכן שבמקרים מסוימים עדיף דווקא לקרוא את החוק כפשוטו, לאור כוונת מנסחיו או לאור השלכתו כפי שעולה ממשמעותם הטבעית של סעיפיו, ולקבוע כי הוא אינו חוקתי.²⁰⁴ בכך יתקיים דו-שיח חשוב בין בית-המשפט ובית-המחוקקים, במסגרתו יוכל המחוקק לצאת מנקודת הנחה כי החוק היוצא מתחת ידו יובן כלשונו, וכי אין לצפות שהאורגן השיפוטי יעשה להטוטי פרשנות על-מנת להכשירו. אין כמובן להבין שורות אלה כקוראות לקריאה דווקנית של החקיקה מקום שגישת תכליתית תוביל לפרשנות המקיימת את החוק, אך מכיוון שהקהילייה המשפטית, אם לא התקשורת ודרכה חלקים מן הציבור, עוקבים כאמור אחר מהלכי הפרשנות של בית-המשפט, אפשר שכעת, בעידן החוקתי, יש מקום לייחד לפרשנות את המקום הראוי לה, ולביקורת השיפוטית – את מקומה שלה. אם כתוצאה ממהלך זה נזכה בחקיקה מהודקת יותר בתחומים הקשורים לחופש הביטוי – מה טוב.

ז. סיכום

האם מכל האמור לעיל עולה כי הדוקטרינות האמריקניות חסינות יותר או מגינות טוב יותר על חופש הביטוי? בהחלט לא. התקשורת האמריקנית נהנית אומנם מחירות פורמלית רבה ומעצמאות להביא לפני הציבור האמריקני זוויות שונות של כל אירוע ללא חשש מצנזורה על-ידי הממשל. יתר על כן, היא נהנית מתיקון חוקתי המיוחד לה (ואפשר שזאת אחת הסיבות שתיקון זה אכן זוכה במעמד מיוחד, שכן יש אורגן חברתי בעל גישה ישירה לשיח הציבורי, נוסף על בית-המשפט, אשר מבקר את אופן הפעלתו). אולם בפועל, למשל בעיתות משבר, התקשורת עצמה מתגייסת ומדברת בקול אחד. דוגמה בולטת לכך היא תגובת התקשורת האמריקנית על אירועי ה-11 בספטמבר, שהייתה שונה מתגובתם על כל אירוע דומה בכל מקום אחר בעולם: זום העדשה נמשך החוצה כדי לא להציג את זוועות הפיגוע ובכך להעניק פרס נוסף לטרוריסטים על-ידי הגברת הפחד ופגיעה בכבוד הנפגעים, השורות התלכדו מאחורי הממשל, וקשת הדעות והעמדות שנשמעו הייתה חדגונית מאי-פעם. כך היה גם לגבי המלחמה בעירק ועוצמת הראיות שבידי הממשל

204 ראו בעניין זה את המחלוקת שהתגלעה לאחרונה בין השופטים בבג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, תק"על 2004(4), 1390. במקרה זה ביכרו ארבעה שופטים לפרש חוק הכולל הוראה למפרע לאור חוק-היסוד, ובלבד שלא יבוטל. שלושת השופטים האחרים קבעו כי אין עיגון לפרשנות שבחר הרוב, ולפיכך יש לפרש את החוק לפי לשונו הטבעית, ולקבוע כי הוא בטל בשל סתירה עם חוק-היסוד. ראו גם את עמדת בית-המשפט בע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק"על 2005(1), 163. ליצירתיותו של בית-המשפט בפרשנות חוק ראו גם רע"פ 2976/01 אסף נ' מ"י, פ"ד נו(3) 418. אומנם, ביטול חוק בטענה כי הוא אינו חוקתי מחרף לכאורה את המתח בין הרשויות, אך זו רק טענה לכאורית, שכן המתח קיים גם מקום שביית-המשפט נוטל לעצמו חירויות פרשניות, והמחוקק חש כי דבריו משמשים הנחיה כללית בלבד.

האמריקני לעניין הימצאות כלי-נשק להשמדה המונית. במקרה זה הגיעו הדברים לידי כך שה-*Washington Post*, עם שוך הקרבות והתבהרות התמונה (העדר נשק להשמדה המונית בכמויות משמעותיות בעירק), היכה על חטא והודה בכישלון בתפקידו ככלב-השמירה של הדמוקרטיה.²⁰⁵ הממשל האמריקני עשה שימוש בתקשורת במהלך הקרבות על-ידי ציוות כתבים לכוחות הלוחמים, ובכך שלט בזווית שהוצגה לפני הציבור האמריקני, ולעיתים רבות גם בטון, שכן בניגוד למלחמת וייטנם – שם הייתה הגישה הבסיסית לתקשורת חשדנית ועוינת – בעירק חובקה התקשורת והייתה חלק מהמאמץ. אכן, ברוב המקרים אימצה התקשורת את רוח הקרב של הלוחמים, ולא רוח ניטרלית או ספקנית.²⁰⁶ מוכר גם מקרה החילוץ המפורסם של Jessica Lynch, החיילת האמריקנית שנפלה בשבי העירקי. חילוץ זה הוצג כפעולת קומנדו לכל דבר, אך בסופו של דבר התברר כי כלל ככל הנראה מרכיבים של ביום פעולה לצרכים תקשורתיים, והכוחות העירקיים לא היוו למעשה אופוזיציה של ממש לכוחות האמריקניים שהגיעו לתפוס את בית-החולים שבו היו השבויים.²⁰⁷ עם זאת, עם תום גל הקרבות הראשון וההצהרה על כיבוש עירק, חזר משהו מעצמאותה של התקשורת האמריקנית, במיוחד בכל האמור לעניין ההתעללות באסירים עירקיים בכלא אבו-ג'ריב.²⁰⁸ יצוין כי התקשורת האמריקנית נאלצת לעיתים לעמוד גם כנגד מערכת המשפט, העומדת על הגנתם של אינטרסים בטחוניים אמריקניים גם במחיר של פגיעה בחופש העיתונות על-ידי דרישה לחשיפת מקורות.²⁰⁹ במבחן התוצאה, אם כן, לא ברור אם התקשורת הישראלית – עם כל ההגבלות החוקיות המוטלות עליה ועם קרבתה הרבה לשלטון, עד כדי כך שמקצת הכתבים הצבאיים נשמעים כמו דוברת צה"ל בכבודה ובעצמה בייצגם את עמדת הצבא – הייתה מסקרת את המלחמה בעירק באופן עצמאי פחות מהתקשורת האמריקנית.²¹⁰

- 205 Howard Kurtz "An Inside Story – Prewar Articles Questioning Threat Often Didn't Make Front Page" *The Washington Post* (12.8.2004) A1
- 206 ראו ביקורתו של Michael Moore בסרטו (המגמתי כשלעצמו) "Fahrenheit 9/11" (written and directed by Michael Moore, U.S.A., 2004)
- 207 Frank Rich "Will We Need a New 'All the President's Men'?" *N.Y. Times* (17.10.2004) sec. 2, p. 1, column 1
- 208 Joseph Lelyveld "Interrogating Ourselves" *N.Y. Times* (12.6.2005) sec. 6, p. 36, column 1
- 209 ראו לאחרונה את פרשת Judith Miller, כתבת *New York Times*, שנשפטה ונכלאה בגין סירובה למלא אחר הוראת בית-המשפט לחשוף את מקורותיה לעניין גילוי שמה של סוכנת CIA בכתבה שלא פורסמה. כתב של עיתון אחר – Matthew Cooper מ-*Time Magazine* – "ניצל" ממאסר משום שעורך העיתון החליט לפרסם את התרשומות של הכתב. הפרשה זכתה בתהודה תקשורתית רחבה. ראו, למשל: Adam Liptak "Reporter Jailed After Refusing to Name Source" *N.Y. Times* (7.7.2005) A1
- 210 מחד גיסא, זכורים דבריו של רוני דניאל, הפרשן הצבאי של הערוץ השני, שלפיהם אין שום ספק שקיים נשק להשמדה המונית בעירק, וכעת ימצאו אותו. ראו ביקורת הטלוויזיה של רוגל אלפר "דניאל יודע – סיכום המלחמה בעיראק, 20:30 ערוץ 2 הארץ (25.4.2003) חלק א. מאידך גיסא, ראו את הפולמוס הקולני בין דוברת צה"ל לבין אילנה דיין בעניין פרשת וידוא ההריגה בעזה: <http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3017866,00.html> (13.12.2004)

שאלה מעניינת נוספת עוסקת באיתור הסכנה האמיתית לחופש הביטוי. האם זו נשקפת רק מן השלטון ונגזרותיו? האם התאגידים הפרטיים השולטים במרחבים ציבוריים רבים, כגון העיתונות, הטלוויזיה, התיאטראות ואף מרכזי המסחר השונים, אינם מהווים איום רציני לא־פחות על טיב השיח הציבורי? מוכר ויכוח בין המלומדים באיזו מידה ראוי שתאגיד יינה מחופש ביטוי כאדם פרטי, בהתחשב בעוצמתו היחסית ובנגישותו למוקדי הכוח.²¹¹ גם בארץ נודעת לנושא זה חשיבות רבה. לא מכבר היינו עדים להחלטת חברה שבבעלותה בתי־קולנוע להסיר מעל מסכי הכסף פרסומת של ארגון "בצלם" המציגה זווית־ראייה מסוימת על מעשיהם של חיילי צה"ל בשטחים, בטענה כי קהל הצופים התלונן והחברה אינה מעוניינת להעכיר את שלוות־רוחו.²¹² מחד גיסא, זהו נימוק ניטרלי, אולם מאידך גיסא, טבעי שקהל הצופים יביע התנגדות דווקא להצגת דעות שאינן נוחות או מקובלות בחברה, ובכך תתעורר בפועל סיטואציה המוכרת כהעדפה על בסיס עמדה (viewpoint discrimination). למשל, סביר להניח שבישראל של 2005 לא תישמע זעקה נגד תשדיר מטעם המדינה הקורא להתיישבות ברמת־הגולן, משום שרוב אזרחי המדינה ותושביה אינם רואים בעייתיות בעמדה זו. תשדיר הפוך, לעומת זאת, הקורא שלא להתיישב ברמת־הגולן, ייתקל, כך ניתן לשער, ביחס שונה.²¹³ ברור, עם זאת, כי גם להנהלת הקולנוע יש זכויות, אם כחלק מזכויות הקניין, אם כחלק מחופש החוים או חופש העיסוק, ואפשר שאף כחלק מחופש הביטוי.

אך האם מכך שגם לגופים פרטיים יש כוח לפגוע בטיב השיח הציבורי בישראל נגזרת המסקנה כי עלינו להחיל את הנורמה החוקתית גם במשפט הפרטי? לדעת כותב שורות אלה תהיה זו טעות,²¹⁴ לא משום שהמגזר הפרטי מאיים פחות על זכויות, אלא משום שחוקות עוסקות ביחסים שבין האזרח למדינה. הגיונו הפנימי ועקביותו של המארג המושגי המגדיר חוקה נפגע כאשר החוקה מוחלת על יחסים בין פרטים. ככל שהמגזר הפרטי מאיים על זכויות־יסוד, התשובה לאיום זה מצויה במישור הסטטוטורי (תנאי הזיכיון, משטר הרישוי) או במישור המשפט המקובל (הגדרת זכות הקניין או חופש החוים). הרעיון לראות בבעלי התיאטראות גוף מעין־שלטוני חוטא לא רק להיגיון הפנימי המגדיר את

211 לפסילה של איסור הבעת עמדה פוליטית על־ידי תאגיד, הנשענת בעיקרה על זכותו של הציבור לדעת, ראו: *First National Bank of Boston v. Bellotti* 435 U.S. 765 (1978).
 לניתוח ראו: Carl E. Schneider "Free Speech and Corporate Freedom: A Comment" on *First National Bank of Boston v. Bellotti* 59 *S. Cal. L. Rev.* (1986) 1227
 ראו גם: Meir Dan-Cohen "Freedoms of Collective Speech: A Theory of Protected Communications by Organizations, Communities, and the State" 79 *Cal. L. Rev.* 1229 (1991).
 שאלה דומה ניתן לשאול בעניין חופש הביטוי השלטוני. הפסיקה בארצות־הברית קבעה שהממשל רשאי להימנע מלתקצב גופים שאינם תואמים את מדיניותו, ושברפרסומיו הוא אינו מחויב בניטרליות. ראו: *Rust v. Sullivan* 500 U.S. 173 (1991); *National Endowment for the Arts v. Finley* 524 U.S. 569 (1998).
 212 גואל פינטו "רשת 'לב' הפסיקה להקרין סרטון של 'בצלם'" הארץ (30.11.2004).
 213 ודוק: אין כוונתי כאן לשייך לרוב העם דעות "ימניות" או "שמאלניות", ואף לא לומר דבר לגופו של עניין ההתיישבות. הטענה נשענת על כוחה של ההגמוניה, ועל הסכנה שבקבלת כוח זה במסווה של אינטרס כלכלי שלא להעכיר את שלוותם של הלקוחות.
 214 השוו: Reichman, *supra* note 42.

המושג "חוקה", אלא גם פוגע, הפעם מזווית אחרת, בחלוקת מרחבי השיח הציבורי בחברה. קליטת הנורמות החוקתיות (בצורה ישירה או עקיפה)²¹⁵ אל תוך כל אחד ממרחבי המשפט משמעה מחיקת כל מרחב משפטי ממנו ניתן להביט אל החוקה מחוץ לחוקה, באופן ביקורתי. כפי שנטען במקום אחר,²¹⁶ בכך נפגע מנגנון דליברטיבי חשוב הדרוש לחוקה על-מנת להשיג לגיטימציה בת-משמעות. בהקשר זה יצוין כי המשפט האמריקני מקפיד, ככל שניתן, כי הנורמה החוקתית תופעל כנגד פעולת המדינה (State Action), ובנושא זה נוהג כך אף המשפט הקנדי.²¹⁷

ראינו כי המשפט האמריקני שימש השראה למשפט הישראלי, אך ראינו גם כי קיימים הבדלים משמעותיים בין שתי שיטות המשפט. אלה נובעים, בין היתר, מתפיסות שונות במסגרת תורת המשפט (שימוש בקטגוריות פורמליות אל מול פרגמטיזם איזוני), ממצייאות מוסדית שונה (המערכת הפדרלית אל מול המערכת שביסודה בג"צ) וכן מתפיסות חברתיות שונות ביחס למשמעות הביטוי ומשמעות המשפט. אין להתעלם גם מהשערה ערכית: אפשר שהמערכת האמריקנית מעדיפה חירות על שוויון, ובכלל זה גם את חירות הביטוי על תביעות הנגזרות מעקרון השוויון. יהיו הסיבות להבדלים אשר יהיו, דומה כי נקודת המוצא אותה פרש הנשיא ברק במאמרו על חופש הביטוי²¹⁸ שרירה וקיימת: על המשפטנים לחקור את עמדות המשפט המשווה על-מנת לבחון באיזו מידה המארג המושגי והרציונלים השונים שבבסיס הפתרונות שנמצאו מעבר לים מתאימים למערכת הישראלית בכללותה. אם דיאלוג זה חשוב באופן כללי,²¹⁹ קל וחומר בתחום חופש הביטוי, המגלם את רעיון הדיאלוג.

215 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, חלק שלישי: פרשנות חוקתית) 653-696, וכן: Aharon Barak "Constitutional Human Rights and Private Law" *Human Rights in Private Law* (Oxford, Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez eds., 2001) 13.
 216 השוו: Reichman, *supra* note 42.
 217 לדיון ראו: *Ibid*.
 218 ברק, לעיל הערה 1.
 219 Ann-Marie Slaughter "A Typology of Transjudicial Communication" 29 *U. Rich. L. Rev.* (1994) 99.