

מסורת חופש הביטוי בישראל

עלי זלצברגר*
פניה עוז-זלצברגר**

הקדמה ◀ א. מסורת חופש הביטוי בישראל – של מי? ◀ 1. חופש הביטוי במקורות הליברליים של המשפט הישראלי ◀ 2. המסורת הפוליטית, התרבותית והחברתית של חופש הביטוי בישראל ◀ ב. מסורת חופש הביטוי בפסיקה בית-המשפט העליון ◀ 1. מסורת חופש הביטוי בצרפת, בארצות-הברית ובגרמניה ◀ 2. חופש הביטוי בפסיקה בית-המשפט העליון לפני עידן אהרן ברק ◀ 3. המסורת השיפוטית של חופש הביטוי בעידן אהרן ברק ◀ ג. חופש ביטוי למי? ◀ ד. איזו מסורת חופש ביטוי ראוייה למשפט הישראלי?

The peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth; if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error.

John Stuart Mill *On Liberty* (1859)¹

הקדמה

במאמר שפרסם בשנת 1996 חגג נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק את מסורת חופש הביטוי בישראל בזו הלשון:
"אני סבור כי ניתן לדבר כיום בישראל על תרבות חברתית של חופש ביטוי. אני חושב, כי אנו רשאים לחשוב בישראל במונחים של מסורת חופש הביטוי. לא

* פרופסור, דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** מרצה בכירה, בית-הספר להיסטוריה והפקולטה למשפטים; ראש פורום פוזן למחשבה פוליטית, אוניברסיטת חיפה.

תודות לאמיר טבנקין על עזרתו המועילה והנבונה, לעורך ד"ר מיכאל בירנהק, לקורא האנונימי ולצוות המערכת על הערותיהם המועילות.

1 John Stuart Mill *On Liberty* (Harmondsworth, 1975 [1859]) 18

עוד דינים ספורדיים בדבר חופש הביטוי, המשקפים פרשנות שיפוטית מקרית של דברי חקיקה שונים ובלתי־קשורים זה בזה. נראה לי שניתן לדבר בישראל על 'סטטוס' משפטי של חופש ביטוי ועל 'מוסד' חברתי של חירות ביטוי, ובקיצור – על מסורת של חופש ביטוי.²

מילים אלה הן המשך ישיר לסדרת ההחלטות של הנשיא ברק באמצע שנות השמונים, בהיותו שופט בבית־המשפט העליון, בנוגע למאיר כהנא ולזכותו לתת ביטוי לדעותיו הגזעניות. החלטותיו של ברק, דוגמת זו שבה ביטל החלטה של רשות השידור לשדר רק ידיעות עובדתיות על כהנא ולאסור שידור ביטוי של דעותיו,³ היו מבוססות על אמונה עמוקה בתרבות הפוליטית האיתנה של ישראל ובחוסנה המוסרי (או לפחות ניסו להשריש תרבות כזו) ועל אימוץ המודל האנגלו־אמריקני בנוגע לחופש הביטוי. החלטות אלה נוגעות במחויבותנו לעקרונות דמוקרטיים, הכריז ברק, והן מאפשרות לציבור הישראלי להתיר את כניסתן של דעות גזעניות לשוק הרעיונות הישראלי, ושם לדחותן מניה וביה.⁴ בפרק זה נבקש לחלוק על הערכתו של ברק בדבר קיום של מוסד חברתי או מסורת של חופש ביטוי בישראל באמצעות שלוש טענות פוזיטיביות על ההיסטוריה של חופש הביטוי בישראל, וטענה נורמטיבית אחת לסיום. נטען כדלקמן: (1) מסורת חופש הביטוי שעליה דיבר ברק לא חצתה כמעט את גבולות האליטה המשפטית והאקדמית בישראל. מחוץ לאותה אליטה קשה למצוא עקבות לאותה מסורת, והיא לא נידונה כמעט בהקשר של תפיסת זכויות אדם אוניוורסלית. (2) גם במסגרת השיח השיפוטי הישראלי ניתן לזהות מסורות שונות, ואולי אף מנוגדות, ביחס לחופש הביטוי, והן חופפות חלקית מסורות משפטיות שונות בנושא בעולם המערבי ומטענים תרבותיים שונים של שופטי בית־המשפט העליון. (3) ניתן להבחין בין גישות שונות, ואף סותרות, ביחס לחופש הביטוי על־פי זהות הטענים לחופש זה. חופש הביטוי שנידון בהקשר של זכויותיהם של בני המיעוט הערבי בישראל, או של פלסטינים ממזרח ירושלים ומהשטחים הכבושים, שונה מזה שנידון בהקשר של יהודים אזרחי ישראל. (4) מסקנתנו הנורמטיבית מתייחסת לשימויות ולרציונות של ייבוא הפילוסופיה והשיח האמריקניים של חופש הביטוי אל מערכת המשפט הישראלית, שמייצגה המקומי המובהק ביותר הוא אהרן ברק.

א. מסורת חופש הביטוי בישראל – של מי?

טענתנו הראשונה היא כי תפיסת חופש הביטוי כעיקרון חוקתי־משפטי ותרבותי־

- 2 אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז (תשנ"ז) 223.
- 3 בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (להלן: עניין כהנא).
- 4 לפירוט על החלטות נוספות בעניין תנועת כך בתקופה זו ראו בג"צ 344/81 נגבי נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשירית, פ"ד לה(4) 837; עניין כהנא, שם; בג"צ 724/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85; בג"צ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (4) 393; בג"צ 400/87 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(2) 729.

חברתי לא חצתה למעשה את גבולותיה של האליטה המשפטית והאקדמית בישראל. ניכר כאן פער גדול בין הפופולריות של המונח בשיח התקשורתי, אשר גדוש בהתייחסויות לחופש הביטוי, בעיקר בשני העשורים האחרונים, לבין ההבנה המשפטית-החוקתית שלו על-ידי בית-המשפט העליון. שורשיו של הדיון העיתונאי בנושא זה מגיעים לימי ראשית המדינה, ובעת האחרונה נוצקה משמעות חדשה לחופש הביטוי, עם התרחבות פליה ואופניה של התקשורת האלקטרונית. לעומת זאת, כאשר בוחנים את הקשרי חופש הביטוי במשפט הישראלי בכללותו, התמונה מצטמצמת מאוד. אם יש מסורת ליברלית של חופש ביטוי במשפט הישראלי, היא ייחודית לרשות השופטת. בבחינה של כל מקורות המשפט האחרים – נורמות חוקתיות, חקיקה או חקיקת-משנה – לא ימצאו כמעט עקבות של הגנה על חופש הביטוי. מעבר לכך, גם בספרה הלבנ-משפטית, חרף האזכורים העיתונאיים התכופים, יקשה להצביע על חופש הביטוי כעל ערך מכונן של השיח הפוליטי-החברתי בישראל, באופן שבו מושג נתפס על-ידי אהרן ברק ובמסגרת הגישה שאותה הוא מייצג בבית-המשפט העליון.

1. חופש הביטוי במקורות הלבנ-שיפוטיים של המשפט הישראלי

הכרות-העצמאות (1948) מונה כמה זכויות אדם שעל המדינה החדשה לגונן עליהן. מפורטים בה חופש הדת, המצפון, הלשון, החינוך והתרבות, כמו-גם עקרון השוויון הפוליטי והחברתי, שיש לשמור עליהם ללא קשר לדת, לאום או מין. חופש הביטוי אינו נמנה עם זכויות ועקרונות אלה. לנוכח פירוטן של החירויות האחרות, העדרו של חופש הביטוי בהכרזה בולט.⁵

חוקים רבים, חלקם ממקור מנדטורי, מגבילים למעשה את חופש הביטוי באופן משמעותי. אחד מן החוקים הללו – פקודת העיתונות – היה מושא של ההחלטה המהפכנית של בית-המשפט העליון בשנת 1953 בעניין קול העם,⁶ אשר קבעה את יסודות השיח השיפוטי הליברלי לגבי חופש הביטוי בישראל. אבל החוק עצמו לא שונה בעקבות ההחלטה פורצת-הדרך של השופט אגרנט. כך גם אי-אפשר לראות שינוי בכיוון ליברלי בחוקים אחרים המטילים הגבלות על חופש הביטוי בעקבות רוב ההחלטות בהקשר זה של בית-המשפט העליון.

למעשה, המגמה החקיקתית השלטת בתחום הייתה הפוכה: הגבלות נוספות על חופש הביטוי הוטלו בחקיקה למן קום המדינה, לעיתים אף בעקבות החלטות של בית-המשפט העליון שנתפסו על-ידי המחוקק כליברליות מדי. כך, למשל, חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965.⁷ חוק זה נחקק לאחר שעבר גלגולים רבים למן הצעת החוק הראשונה

5 בדיונים שנערכו במועצת-העם בדבר ניסוחה של הכרזת-העצמאות עלתה ההצעה להוסיף לפסקת עקרונות-היסוד גם את עקרונות חופש הדיבור, האספה וההתארגנות, אולם הצעה זו לא התקבלה. ראו יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" משפט וממשל 1 (תשס"ג) 551, 567.

6 בג"צ 73/53 חברת קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: עניין קול העם).

7 ס"ח 240 (להלן: חוק איסור לשון-הרע).

בשנת 1962, שנוסחה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה דאז חיים כהן.⁸ הביקורות על הצעת החוק המקורית נסבו בעיקר על פגיעתו של החוק המוצע בחופש העיתונות ובחופש הביטוי.⁹ אולם למרות ביקורות אלה, שבעקבותיהן צומצמה מעט מידת הפגיעה בחופש הביטוי (למשל, בוטל סעיף המקנה לבית-המשפט סמכות לסגור עיתון שפורסמה בו דיבה), התקבל החוק ברוב קולות (שלושים ואחד בעד ועשרים נגד בהצבעה בקריאה השלישית).¹⁰ למרות הצמצומים, יש בחוק פגיעה משמעותית בחופש הביטוי. הוא מטיל, למשל, אחריות אזרחית ופלילית על המפרסם דיבה.¹¹ אחריות מוטלת גם על בית-דפוס המפרסם לשון-הרע וגם על מי שמוכר או מפין פרסום כאמור.¹² זאת ועוד, בתיקונים שונים לחוק הורחבה ההגנה מפני לשון-הרע, ובכך צומצם חופש הביטוי ביתר שאת. כך בתיקון משנת 1977, שהרחיב את הגדרת לשון-הרע,¹³ וכך גם בתיקון משנת 1998,¹⁴ המאפשר פסיקת פיצויים בגין פגיעה בשם טוב אף ללא הוכחת נזק.¹⁵

דוגמה נוספת לכך שמגמת החקיקה בישראל הפוכה מזו שאהרן ברק מתאר כ"מסורת חופש הביטוי" מצויה בהגדרתו של פרסום הסתה לגזענות כעברה פלילית. עברה חדשה זו נוספה לספר החוקים בשנת 1986 בעיצומו של מאבקו המשפטי של מאיר כהנא על השמעת דעותיו.¹⁶ המחוקק דחה את גישתו של ברק וביקש להפוך את ההלכה הליברלית בחוק. ברק, בעניין כהנא, התייחס לתיקון לחוק וקבע שהחובה המוטלת על רשות השידור לשדר את דעותיו של כהנא שרירה וקיימת גם במקרים שבהם רשות השידור סבורה כי השידור עלול לגרום לעברה לפי החוק החדש.¹⁷

בשנת 1998 תוקן חוק העונשין והורחבו בו הגדרותיהן של עבירות תחת הכותרת "פרסום והצגת תועבה".¹⁸ בעקבות פסק-דין ג'בארין, שעליו נפרט מעט בחלק ב,¹⁹ מיהרה הכנסת בשנת 2002 להוסיף לחוק העונשין סעיפים הקובעים כעבירות הסתה לאלימות או לטרור והחזקת פרסום המסית לאלימות או לטרור.²⁰ בשנת 2003 אף האריכה הכנסת את תקופת ההתיישנות בעבירת ההמרדה.²¹

8 הצעת חוק לשון הרע, תשכ"ג-1963, ה"ח 286.
 9 ראו סקירתו של יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, משה אונא, בעת הציגו את ההצעה המתוקנת בכנסת - ד"כ (תשכ"ה) 2680 (20.7.1965).
 10 ד"כ (תשכ"ה) 2726 (21.7.1965).
 11 סעיפים 6-7 לחוק איסור לשון-הרע.
 12 סעיפים 11-12 לחוק איסור לשון-הרע.
 13 חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 5), תשנ"ז-1997, ס"ח 70.
 14 חוק איסור לשון הרע (תיקון מס' 6), תשנ"ט-1998, ס"ח 18.
 15 דוגמה למגמת ההחמרה בגובה הפיצוי הנפסק בתביעות בגין פרסום לשון-הרע ניתן למצוא בפרשת שרנסקי נ' נודלמן, שבה נפסקו פיצויים בסך כמיליון ש"ח לטובת השר נתן שרנסקי בגין ספר שהוציא דיבתו רעה. ראו ת"א (י"ם) 1133/99 שרנסקי נ' נודלמן, תק"מ 4)2003, 1579.
 16 סעיפים 144-144 לחוק העונשין, תשל"ו-1977, ס"ח 226.
 17 עניין כהנא, לעיל הערה 3, בע' 299.
 18 חוק העונשין (תיקון מס' 52), תשנ"ח-1998, ס"ח 316.
 19 דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מ"י, פ"ד נד(5) 193 (להלן: עניין ג'בארין).
 20 סעיפים 144ד1 ו-144ד3, חוק העונשין (תיקון מס' 66), תשס"ב-2002, ס"ח 411.
 21 חוק העונשין (תיקון מס' 74), תשס"ג-2003, ס"ח 59.

בשנים 1992-1994 נחקקו שני חוקי-היסוד המיועדים להיות חלק ממגילת הזכויות החוקתית בישראל - חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוקי-יסוד: חופש העיסוק.²² היו אלה חוקי-היסוד הראשונים שעסקו במגילת הזכויות, להבדיל מחוקי-היסוד האחרים, שעסקו במבנה המשטרי בישראל. חוקי-יסוד אלה מפרטים רשימה של זכויות, ביניהן הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף, הזכות לכבוד האדם, הזכות לחירות התנועה, הזכות לפרטיות, הזכות לחופש העיסוק, ואפילו הזכות לקניין פרטי. גם בחוקים אלה חופש הביטוי אינו נמנה במפורש עם הזכויות המוגנות.

המקרים היחידים שמצאנו שבהם ניתן לראות את הכנסת כפועלת להרחבת חופש הביטוי היו צמצום סמכויותיה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות בשנת 1991,²³ וביטול עברת הסוביידיצה בשנת 2002.²⁴ באופן אירוני, הדוגמה היחידה כמעט להתערבות של הכנסת להרחבת חופש הביטוי הייתה אם כן בתחום שבו הצד המעוניין בהגבלתו הוא דווקא בתי-המשפט. ואולי אין כאן אירוניה, אלא מחשבה רציונלית של המחוקק שבעניין שבת-המשפט מעורבים בו אין לסמוך על שיקול-דעתם באשר לאיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין ערכים מתנגשים.²⁵

ניתן לסכם ולומר כי תפיסתו של אהרן ברק בנוגע למעמדו המשפטי של חופש הביטוי בישראל יכולה להתייחס לכל היותר להחלטות שיפוטיות, ובדרך-כלל אין היא חלה על מקורות אחרים של שיטת המשפט הישראלית. במקורות אלה לא רק שאין התייחסות חיובית לחופש הביטוי, אלא קיים אף ניסיון לצמצם את הלכותיו המרחיבות של בית-המשפט העליון.

2. המסורת הפוליטית, התרבותית והחברתית של חופש הביטוי בישראל

למעשה, תפיסתו של ברק בנוגע למסורת חופש הביטוי בישראל, כפי שבאה לידי ביטוי בציטטה ממאמרו שהובאה לעיל בפרק ההקדמה, רחבה יותר מקביעה פנים-משפטית גרידא. היא מתייחסת לא רק למעמד היורדי, אלא מבקשת להצביע על בסיס חברתי רחב של חופש ביטוי ועל תרבות של חופש ביטוי. גם בנקודה זו אנו מבקשים לחלוק על עמדתו.

נורמה חברתית ותרבות של חופש ביטוי פירושו, בין היתר, מתן לגיטימיות להתבטאויות מגוונות, שונות, סותרות, לא-פופולריות ואפילו מרגיזות, המופיעות בריש גלי וחדשות לבקרים בשיח הציבורי. תרבות כזו מבוססת על יכולת מושרשת ומקובלת על הציבור, אשר עמדה במבחני הזמן, להבחין בין הבלתי-מוסכם לבלתי-קביל: הבלתי-

22 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150; חוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90.

23 חוק העונשין (תיקון מס' 35), תשנ"א-1991, ס"ח 208. בתיקון זה בוטלו סמכויות הצנזורה על מחזות.

24 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 32), תשס"ב-2002, ס"ח 1266.

25 ברשימה זו ניתן לכלול גם את צמצום ההגבלות על פרסום ושידור של תעמולת בחירות, שנעשה, באופן טבעי, בלחצן של המפלגות, אם כי קשה לראות בכך הרחבה קלסית של חופש הביטוי.

מוסכם יישמע בסובלנות, כמאמרו של וולטר על נכונותו ליהרג על זכותו של בר-פלוגתא לבטא את דעותיו אשר הפילוסוף שלל מכל וכל;²⁶ ואילו הבלתי-קביל יוגדר כמתחם קטן מאוד של אמירות אשר גם האוזן הסובלנית אינה סובלת, בשל פגיעתן המוחשית בזכויות-יסוד או בעקרונות החירות עצמו. לא בהגדרה משפטית מדובר כאן, כי אם בתרבות חילופי הדעות הליברלית המערבית, אשר הצמיחה לה, בכונת מכוון, עור-תוף עמיד במיוחד.

אמצעי הביטוי והתקשורת של תרבות כזו יהיו אמונים על מבחר אסטרטגיות להתמודדות עם האחר והשונה, עם המטרד והמרגיז. אסטרטגיות אלה יכללו טכניקות מפותחות של שיח ציבורי, הינוך לרטוריקה, מסורת תקשורתית-אומנותית של אירוניה וסְטירה, ודרכי ביטוי פולמוסיות מן הזן המעודן והזן הבוטה כאחד.

נצביע תחילה על המצב בפועל, ולאחר-מכן על מקורותיו. כפי שנאמר לא אחת, תרבות הדיבור הישראלית מתייחדת בשילוב רב-עוצמה של גיוון, פתיחות, התבצרות ותוקפנות. הספרה הציבורית בישראל עשירה בהזדמנויות לוויכוח פתוח ולחילופי דעות כנים, אבל הזדמנויות אלה מוחמצות תכופות בשל טיפול נוקשה, אלימות מילולית והשתקת היריבים במהלך ויכוח, העדר עידון ומימד עומק, עיוורון לניואנסים ואטימות לדקויות. צופי תוכניות האקטואליה בנוסח "פופוליטיקה" ודומיה חייבים להודות בצער בשובה והדרגתי של תוקפנות בוטה מן הסוג שאפיין תוכניות אלה לפני רצח רבין, הרף התחייבויותיהם של מפיקים, עורכים ומנחים להימנע משיבה אל אותה רמת תוקפנות במדיום החדשותי אשר קדמה לנובמבר 1995. גם ערוצי ביטוי תקשורתיים אחרים – מאמרי דעה בעיתונות המודפסת והאלקטרונית, מכתבי קוראים, והמדיום החדש של תגובות גולשים באתרי חדשות ודעה באינטרנט (פורומים, בלוגים ו-talk-backs) – גדושים בהתבטאויות חריפות, שוטמות ואף אלימות. באופן פרדוקסלי, חופש הביטוי המוענק למגיבים (בעיקר באינטרנט) משמש אותם לעיתים קרובות לקריאה להשתקתם של בעלי דעות שונות משלהם.²⁷

המרחב הציבורי בישראל כיום מציג תמונת-מצב שונה בהשוואה לדמוקרטיות מודרניות אחרות בכל הנוגע לעוצמה, לניגודיות ולתחושת הדחיפות והמאבק הקיומי. יש בו שפע גדול של קולות דעתניים, מתווכחים ומגיבים, אשר רבים מביניהם מבקשים להגביל את חופש הביטוי של יריביהם, או למצער נוהגים זילות גדולה בדעותיהם. יתר על כן, רק מעטים מבין המשתתפים הרבים בזירה הפעלתנית הזו של חופש הביטוי מכירים

26 הציטטה הידועה "איני מסכים עם דבריך, אך אחרף את נפשי על-מנת להגן על זכותך לומר אותם" מיוחסת לוולטר אצל: Stephen G. Tallentyre *The Friends of Voltaire* (London, 1906). נראה שהתבטאותו המקורית של וולטר מצויה במכתבו לאדון לה-ריש מתאריך 6.2.1770: "אדוני ראש המנזר, אני מתעב מה שאתה כותב, אבל אתן את חיי כדי לאפשר לך להמשיך לכתוב."

27 ראוי לציין כי מה שמופיע באתרים אלה הוא לעיתים אחרי סינון של מפעיליהם. כך, למשל, Ynet מסננת כ-80% מהתגובות בשל שפה בוטה. ראו בעניין זה את דבריו של יון פדר, עורך Ynet, ביום-עיון שערך המכון הישראלי לדמוקרטיה, ביום 15.2.2005, בנושא "העיתונות המקוונת בישראל". ניתן למצוא ב-<http://www.idi.org.il/hebrew/> article.asp?id=2340&did=39 (1.9.2005).

טובה לעקרון חופש הביטוי עצמו ונותנים דעתם ליסודות השוויוניות והאוניוורסליות הגלומים בו. במישור הרגשי ניכר לעיתים תכופות שעצם חילוקי הדעות נתפסים כמקור לדאגה, לכאב או לזעם יותר משהם נתפסים כערך בפני עצמו, כאינטרס ציבורי-דמוקרטי, או לפחות כהרגל חברתי שתועלת בצידו.

לא נוכל להציע כאן משנה סדורה באשר לפרשן של ייחוד ישראלי זה. על-דרך ההכללה, ניתן לומר שתרביות מערביות האמונות על מסורת חופש הביטוי נוטות פחות לתוקפנות, ואילו חברות שהורגלו באלמות פוליטית נוטות פחות לדיון ציבורי. המודל הישראלי משלב שיח ציבורי מפותח עם תוקפנות בין-קבוצתית ניכרת. חברה השרויה בעימותים פנימיים חריפים, שרובם מתנקזים לשדה-הקרב המילולי-התקשורתי, היא צירוף ישראלי מובהק, ואולי גם צירוף יהודי. על כך יש להוסיף את המרכיב הפנים-יהודי של חרדה ל"אחדות העם" ואת היסוד האליברלי של רתיעה מפני ויכוח ומחלוקת, מורשת התביעה האפוליטית לסדר ול"הרמוניה" שאפיינה משטרים לא-דמוקרטיים מודרניים.

לתרבות השיח הזו יש שורשים עמוקים הנוצרים בהיסטוריה האינטלקטואלית של החברה הישראלית. מייסדיה של חברה זו וראשוני מנהיגיה היו ברובם הגדול חניכי תרבויות אוטוקרטיות במזרח אירופה ובמרכזה. היכרותם עם קשת האפשרויות של שיח ציבורי ופוליטי נעה בין מרחב מדיני מוגבל ומצונזר לבין שיח מהפכני נלהב, כוחני וחשאי. חלקם היו גם אמונים על תרבות הוויכוח היהודית לדורותיה, שאליה נשוב להלן, אולם אך מעטים הפנימו, במהלך שנות המנדט הבריטי על ארץ-ישראל, את תרבות השיח האנגלופונית, אשר קבעה בתקופה המודרנית רף חדש בכל הנוגע לחופש הביטוי כערך פוליטי וחברתי. למען ההגינות יש להוסיף כי שלטון המנדט הבריטי לא ייצג כאן את תפיסת החירויות האנגלית במיטבה.

התרבות האנגלופונית הצטיינה למן המאה השמונה-עשרה בסובלנות גבוהה לסוגות פולמוסיות טורדות-מנוחה, ואף הכירה בערכן כתומכות-חירות. "קטירה", כתב המשורר האנגלי צ'רלס צ'רצ'יל, "היא ידידתה של המידה הטובה."²⁸ עניין זה הופנם באופן עמוק במסורת האנגלית-האמריקנית. הקטירה והפרודיה, הביקורת הארסית והמושחת, היו כלים להתמודדות עם דעות חריגות או מרגיזות, וסייעו להכיר בתועלת שבסובלנות ציבורית גבוהה. סבולת, להבדיל מסובלנות. לא מעמד שוויוני הציעו העיתונים והמפלטים הבריטיים של ראשית העת החדשה לקשת הדעות שנפרשה בהם, אלא כרטיס כניסה אל המרחב הציבורי, תכופות במחיר של הצלפה מילולית חסרת רחמים.

אחד מקוראי ה-*Wall Street Journal* קבע לאחרונה כי "חופש הביטוי עוזר להבחין בטיפשים", ואמרת-כנף זו אומצה ככותרת קבועה בבולטין הדעות של העיתון.²⁹ תפיסת-היסוד של תרבות זו נוסחה על-ידי הפילוסוף ג'ון סטיוארט מיל, שאחת מן המובאות הידועות והאפקטיביות ביותר שלו מצוטטת בפתח פרק זה. חשוב לציין שהמסורת האנגלית – בניגוד להשקפות פוסט-מודרניסטיות מסוימות בנות-זמננו – לא העניקה משקל שווה לכל דעה וביטוי, והתמידה בהבחנתה בין אמת לשקר, בין חוכמה לטיפשות. אולם דובריה טענו כי כל דעה טעונה "אוורור" וחשיפה, וכפי שאמר בעניין

.Charles Churchill *Ghost* (London, 1762) book III, line 943 28
."Opinion Journal" *Wall Street Journal* 10 February 2005 29

אחר שופט בית-המשפט העליון האמריקני לואיס ברנדייס, "אור השמש הוא הטוב שבחומרי החיטוי".³⁰

תפיסה זו נשענה על אמונה עזה הן בכושר השיפוט של הציבור הרחב והן במחויבותו לחופש הביטוי, אבל גלום בה עיקרון חשוב, שראשיתו בנאורות האירופית והבשלתו בשיח הליברלי של שלהי המאה התשע-עשרה, לאור משנתו של ג'ון סטיוארט מיל: שוק הרעיונות ראוי שיהא פתוח לכל.

יסודותיו הבריטיים של פלורליזם זה טמונים גם באהבת הוויכוח לשמו ובעונג המשחקי הגלום בחילופי רעיונות ובמהלומות מילוליות מתוחכמות. ממש כמו מסורת הספורט הבריטית, גם מסורת חופש הביטוי עברה תהליך הדרגתי של אוניוורסליזציה מלאה: כל אדם יכול לעלות על המגרש ולהפגין את יכולתו. לורד אנגלי או מהגר פקיסטני – מבחנם כשחקני קריקט או כבעלי טור בעיתון יומי הוא מבחן האיכות, ולא מבחן המוצא. אין לחטוא באידיאליזציה של מורשת חופש הביטוי האנגלית והבריטית. תכופות התנגשו העקרונות בחקיקה ובמדיניות מנוגדות להם. במהלך המאה התשע-עשרה צונרו דרך קבע מחזות בעלי אופי פוליטי או מיני, ביניהם יצירות של ג'ורג' ברנרד שו. במלחמת-העולם הראשונה נשלל חופש הביטוי מסרבני גיוס ומן המתנגדים למלחמה. צד זה של המסורת המשפטית הבריטית בא לידי ביטוי בפסק-הדין בעניין קול העם,³¹ כאשר השופטים ציטטו את מימרתו של לורד קניון: "The liberty of the press is dear to England. The licentiousness of the press is odious to England".³²

גם כיום, אם כי במידה פחותה בהרבה, התרבות הפוליטית הבריטית (ובמידה פחותה עוד יותר התרבות התקשורתית) נגועה באפליה על בסיס של מעמד, מוצא, גזע ודת. אולם איש כמעט אינו חולק על עצם העיקרון של חופש הביטוי וחלותו על הכל. חופש הביטוי ושוויון ערכם של המתבטאים אינו נתפס כעניין המיטיב עם מועדון פנימי כלשהו, אלא כסלע שעליו נוצקה התרבות הליברל-דמוקרטית כולה.

התרבות הפוליטית הישראלית אינה נושאת כרומוזומים של מסורת אנגלופונית זו. חרף מורשתה הפולמוסית לעילא, ששורשיה נעוצים בתלמוד ובגמרא, בוויכוחים הרבניים ובהתנגחויותיהם של חסידים ומתנגדים, אין לדעת-הקהל הישראלית כלים ותיקים ובדוקים להתמודדות באמצעות הומור, שנינה ואופטימיזם תרבותי עם ניגודי דעות ומרחקי השקפה. מחלוקות נתפסות בדרך-כלל כעניין מכאיב ומדאיג. ניגודי אינטרסים וניגודי דעות במישורים הפוליטי או הדתי נתפסים תכופות כמריבה המחייבת "פיוס". אמירות שנויות במחלוקת מוקעות כפרובוקציות, כמתקפות חימה או כהרסנות עצמית. ויכוח פוליטי הוא תכופות עניין נטול הנאה, ועל-פי-רוב אין מזהים בו את מרכיב התועלת, הבולט כליכך בליברליזם האנגלו-אמריקני מבית-מדרשו של מיל. המסורת היהודית, המורגלת כאמור במחלוקות פנימיות, התוותה לאורך הדורות קווים ברורים בין חילוקי-דעות לגיטימיים לשאינם לגיטימיים. המקרא הוקיע "נביאי-שקר"

30 Louis D. Brandeis *Other People's Money and How Bankers Use It* (New York, ראו: 1967) Ch. 5.

31 עניין קול העם, לעיל הערה 6.

32 *R. v. Cuthell* 27 How. St. Tr. 642 (1799).

ושלל מהם פתחון-פה בהבמדיה שמלכי ישראל ביקשו להשתיק את אלה שהסופר המקראי ראה בהם נביאי־אמת. התלמוד, אשר נטה חסד לתרבות פולמוסית, בחינת "אלו ואלו דברי אלהים חיים"³³ או "כל מחלוקת שהיא לשם שמים סופה להתקיים"³⁴ הקפיד בכל־זאת על הוצאתם מחוץ לגדר של מתדיינים פסולים מעיקרם (למשל, מי שאינם תלמידי חכמים, קל וחומר לא־יהודים) ושל דעות פסולות מעיקרן (למשל, כפירה בעיקר). הוא שלל מכל וכל מחלוקת "שאינן לשם שמים" (למשל, בפרשת קורח ועדתו). אפילו מחלוקת לגיטימיות, על־פי ההיגיון התלמודי, עלולות להסתיים בכי־רע.³⁵

תרבות המחלוקת התלמודית והרבנית, עם כל הדרה הפלורליסטי וחריגותה בתולדות העמים, הייתה עניין פנים־יהודי, למדני, המגודר היטב בדלת אמותיו. השופט חיים כהן דן בכך במסתו "על חופש הדעה והדיבור במסורת ישראל"³⁶ שבה כתב כי הרעיונות התלמודיים וההלכתיים בדבר ריבוי דעות ונחיצותה של המחלוקת הומשגו באופן בלעדי בתוך השבט או העם. לא חיים כהן, ולא המקורות שאותם הוא מצטט, מציעים תובנות כלשהן באשר לדעות ולביטויים של בני־אדם לא־יהודים.

החברה הישראלית ירשה אפוא מסורת וכחנית־פולמוסית מובהקת, ואף היתר עתיק־יומין ומבוסס היטב לחילוקי־דעות, אבל לא הוטבעו בה בעוצמה מסורות הנאורות והליברליזם אשר ציוו פתיחות אוניוורסלית וזכות כניסה שוויונית אל שדה הפולמוס. היא לא ספגה גם את מורשת ההומור והאירוניה, ההקפדה והדקדוק, ההנאה והחדווה, ובעיקר ההכרה בערך המחלוקת באשר היא מחלוקת, אשר מאפיינת את מסורת הוויכוח האנגלופונית ואת הנאורות האירופית במיטבה. אין כאן השתמטות שרירותית גרידא: במקומות רבים וברוב התקופות לא היו היהודים, אלה שבאירופה ובוודאי מחוץ לה, יכולים להפנים את כלליה של מורשת הנאורות, ליהנות מהישגיה ולרחוץ בזיווה.

אין להמעט בערכה הרב של מסורת הווכחנות היהודית, אשר התקיימה גם בתנאים חיצוניים עוינים ביותר. הציונות ניהנה בתודעה פלורליסטית, פתוחה וסובלנית יותר מתנועות לאומיות רבות, בוודאי מאלה שנאבקו על קיום והישרדות. התרבות הפוליטית הציונית, במהלך התפתחותה, הייתה מודעת להבדלים משמעותיים בעמדות ובתחזיות. היא הכירה בצורך – ולעיתים אפילו בברכה – שבקיומן של במות פתוחות לביטוי חופשי. ובכל־זאת, עקרון ריבוי הדעות היה תקף בעיקר בתוך טווח הדעות הציוני, ממש כשם שמסורת הפולמוס היהודי התגדרה במחיצתם של חכמים ורבנים.

דוגמה מעניינת היא "מאורע ברנר". הכוונה לפולמוס סביב מאמר שערווייתי שפרסם יוסף חיים ברנר, תחת שם־העט "יוסף חבר", בדו־שבועון הסוציאליסטי הפועל הצעיר בשנת 1910.³⁷ ברנר הגיב על התסיסה הפובליציסטית בסוגיית התנצרותם של צעירים

33 תלמוד בבלי, עירובין, יג, ב; תלמוד בבלי, גיטין, ו, ב; ועוד.

34 משנה, אבות, ה, יז.

35 ראו ניתוחו המקורי והמאלף של דני סטטמן לסיפור התלמודי בדבר "תנורו של עכנאי": דני סטטמן "אוטונומיה וסמכות מ'תנורו של עכנאי'" וכן יונתן יובל "תגובה" (נייר־עבודה 1, פורום פוזן, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, חיפה, 2004).

36 חיים כהן "על חופש הדעה והדיבור במסורת ישראל" תקדים ג-ד (תש"ן) 179.

37 יוסף חבר (יוסף חיים ברנר) "בעתונות ובספרות (הערות וצינונים)" הפועל הצעיר ד(3) (תל־אביב, תרע"א) 6. ראו גם נורית גוברין מאורע ברנר: המאבק על חופש הביטוי (ירושלים, תשמ"ה). תודותינו לד"ר אלה באואר על הסימוכין.

יהודים באותה תקופה, הציע "לא להתרגש" משמד, וביטא את משיכתו שלו אל הברית החדשה ואל נוכחותו הרוחנית והדתית של ישוע הנוצרי. בעקבות פרסום המאמר עיכב ועד חובבי ציון באודסה את תמיכתו הכספית בכתב-העת, והתנה את חידוש המימון בשינויים מערכתיים ותוכניים. בוויכוח שפרץ הגנו סופרים בארץ-ישראל על חופש הביטוי של ברנר בכך שקישרו בין חופש זה לבין מטרת החירות הלאומית החרוטה על דגלה של הציונות. בכך קיבעו פרדיגמה אופיינית לתנועה הציונית, ובעקבותיה לזרם המרכזי של התפיסה הישראלית בדבר חופש הביטוי: חופש זה הוא בשר מבשרה של התחייה הלאומית היהודית. החירות האישית זורמת אל תוך הגאות ההיסטורית הגדולה של שחרור לאומי. אולם בדרך זו גם עומעמה (אף כי ברנר עצמו לא נתן ידו לכך) משמעותו האוניוורסלית, כמו גם זו האישית, של חופש הביטוי, וטושטשה חלותו על לא-יהודים ועל לא-ציונים.

בתולדות היישוב ניכרו כמה וכמה מחלוקות שביסודן עמדה שאלת חופש הביטוי: כך המחלוקת שבעקבות רצח ארלוזורוב וכך הוויכוח על השקפתה הפציפיסטית של "ברית שלום". פרדיגמה זו נשארה שלטת גם בהיסטוריה של מדינת-ישראל העצמאית. חרדת "מה יאמרו הגויים" הטביעה את חותמה אף בדיונים רשמיים, ודוד בן-גוריון נדרש מדי פעם לחרדה זו, ואף טבע כמה אמרות-כנף בעניינה ("לא חשוב מה יאמרו הגויים, חשוב מה יעשו היהודים", "או"ם שמו"ם" וכיוצא בהן). בדיונים על חופש הביטוי נשמעו קולות בעד ונגד מתן עדיפות ועיגון משפטי לחירות זו, אבל אפילו ליברלים מוצהרים קיבלו את ההגבלות הציוניות בלא שהטילו בהן ספק. כך, למשל, כתב יצחק ארצי, חבר בכיר במפלגה הליברלית, בהגנה נלהבת על חירותה של העיתונות והמדיה האלקטרונית השמאלית בעמדותיה, בעת כהונתה של ממשלת הליכוד בשנות השמונים:

"במסגרת המאבקים הרעיוניים יכלו כל הגוונים התרבותיים בציונות לגור בכפיפה אחת. רשות השידור שימשה מסגרת לכל גווי הקשת העשירה. טענות על קיפוח המתבטא במסגרות שידור או זמני שידור, הן טריוויאליות והן שייכות למאבקים המקובלים על מקום, זמן והשפעה."³⁸

נראה אפוא שאפילו נציג של המסורת הליברלית הקלסית בישראל, שייצוגה הפוליטי היה באותה עת בשלב מתקדם של דעיכה, לא הבחין בין פלורליזם במשמעו הכלל-אנושי, או למצער הכלל-ישראלי, לבין קשת הרעיונות של הציונות.

הפלורליזם הישראלי נוטה אפוא להתקיים "בתוך השבט", ותכופות ניכרים בו שביבים של סלידה כלפי עצם קיומן של מחלוקות. בהקשר זה מעניין להשוות את שכיחותה של המילה האנגלית interlocutor לזו של הביטוי העברי הוותיק "בר-פלוגתא", המקובל יותר מן החלופה הניבוחה יותר "בן-שיח". בעוד המונח האנגלי מסמן יחסי-גומלין דיבוריים, הביטוי העברי נגזר מן הפלגנות, ומקורו בחרדה עתיקת-היומין מפני מחלוקת הרת-אסון, שימיה כימי "דור הפלגה" שאחרי אסון המבול.

תפיסה "מתבוננת פנימה" זו של חופש הביטוי בספרה היהודית-הישראלית אכן נהייתה מסורת, אבל מסורת לא-אוניוורסליסטית במובהק. באופן כללי, שיח הזכויות

38 יצחק ארצי "ההגנה על ערכי החופש" תמורות א(620) (תשמ"ג) 13.

הישראלי התקשה לעשות את המעבר מחופש הביטוי והמחלוקת הפנימיים לאישוש הלגיטימיות הגורפת של דעות "חיצוניות", ובכלל זה דעותיהם של אזרחים לא־יהודים במדינת־ישראל המודרנית. בדומה לסטנדרטים ליברליים אחרים, גם עקרון חופש הביטוי עבר דה־אוניוורסליזציה בעת קליטתו בשיח היהודי־הישראלי של המאה העשרים. בהמשך דברינו נראה כי דה־אוניוורסליזציה זו חלחלה גם אל השיח השיפוטי בישראל בנוגע לחופש הביטוי.³⁹

ב. מסורת חופש הביטוי בפסיקת בית־המשפט העליון

עד עתה דנו בתיאורו של אהרן ברק את תרבות חופש הביטוי תוך הבחנה בין שלוש מסורות במובן רחב: המסורת השיפוטית של חופש הביטוי, התרומה השלילית לחופש הביטוי של רשויות ממשלתיות אחרות, והפרשנות ה"מתבוננת פנימה" של חופש הביטוי בשיח הציבורי המרכזי בישראל. נעבור לטיעון השני המוצע כאן, המצריך בחינה מדוקדקת של גישת בית־המשפט העליון כלפי חופש הביטוי בישראל. כאן נטען שגם בהיסטוריה של בית־המשפט העליון בנוגע לחופש הביטוי ניתן למצוא גישות נבדלות, ואפילו מתנגשות. גישות אלה חופפות חלקית את המסורות התרבותיות השונות של שופטי בית־המשפט העליון בישראל.

כדי להבין מסורות אלה, נפתח את הפרק הזה בסקירה משווה בין מסורות חופש הביטוי בצרפת, בארצות־הברית ובגרמניה. על חשיבותה של המסורת האמריקנית, העומדת בבסיס של פסק־הדין בעניין קול העם ושל השיח הברקי בנוגע לחופש הביטוי, אין צורך לפרט. המסורת הגרמנית חשובה במיוחד לענייננו משני טעמים: (1) גישת החוקה של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית (Grundgesetz) השפיעה ברוחה ובלשונה על נוסח החוקה החדשה של האיחוד האירופי בכל הנוגע לזכויות האדם בכלל ולחופש הביטוי בפרט. מכאן, שמדובר בפרדיגמה אירופית מרכזית המציעה סדר עדיפויות חלופי לזה האמריקני. התפיסות הישראליות פעלו זה כבר, כפי שנבקש להראות, בתוך שדה המתח הנגלה כעת לעין בין המסורת החוקתית האמריקנית לתפיסה הגלומה בחוקה האירופית החדשה. (2) הגישה הגרמנית, אשר משקפת את שינוי סדר העדיפויות שנוצר ברפובליקה הפדרלית בהשפעתם של משקעי העבר הוויימרי והנאצי, מצויה לדעתנו בזיקה מעניינת לגישה ישראלית בולטת העולה מכמה פסיקות של בית־המשפט העליון. הדברים אמורים בהעברת הדגש מחופש הביטוי כחירות ראשונה במעלה (כפי שמצינו בחוקה האמריקנית וכן בחוקתה של הרפובליקה הוויימרית) אל עקרון כבוד האדם, הנתפס כקודם מבחינה ערכית ומשפטית לעקרון חופש הביטוי. המסורת הצרפתית מובאת כאן בקצרה כדי להשלים תמונה של התפיסות המערביות העיקריות בנושא. מסורת זו רלוונטית פחות לשיח הישראלי, אך היא חשובה להבנת המסורות האחרות וכתשתית לגישה האירופית החדשה.

39 ראו בעיקר פרק ג.

1. מסורות חופש הביטוי בצרפת, בארצות־הברית ובגרמניה

שלוש תרבויות שונות של חופש ביטוי התפתחו בצרפת, בארצות־הברית ובגרמניה. ההבדלים ביניהן נובעים ממערכים משפטיים, מדיניים והיסטוריים נבדלים.⁴⁰ בעוד המסורת הצרפתית חיונית להבנת תשתיתו האוניוורסליסטית של עקרון חופש הביטוי ברמה העקרונית ביותר, פרי הגותן של הנאורות ושל המהפכה הצרפתית, הדגמים האמריקני והגרמני – לגולגוליהם השונים – מצויים בזיקה ישירה למנעד הגישות הישראליות לעיקרון זה.

הכרות זכויות האדם והאזרח שאושרה על־ידי האספה הלאומית הצרפתית בשלב הראשוני של המהפכה הצרפתית, ב־26 באוגוסט 1789, קבעה בסעיפים 10–11 שני עקרונות־יסוד בתולדות המאבק הצרפתי והאירופי, ולאחר־מכן גם העולמי, למען מיסודו של חופש הביטוי:

"[סעיף] 10 – איש לא יטרד בשל דעותיו, לרבות השקפותיו הדתיות, ובלבד שביטוין לא יפר את הסדר הציבורי שנקבע בחוק.

[סעיף] 11 – הפצתם החופשית של רעיונות ודעות היא אחת מן החשובות שבזכויות האדם. בהתאם לכך, כל אזרח רשאי לדבר, לכתוב ולפרסם בדפוס באופן חופשי, אך יהא אחראי לכל שימוש לרעה בחופש זה כפי שיוגדר בחוק."⁴¹

המשטר היעקוביני, שהשליט טרור על צרפת המהפכנית כעבור כשנתיים מיום ההכרזה, כמו־גם המשטרים שבאו אחריו, לא צייתו לכללים אלה. צרפת הנפוליאונית, המלוכנית והרפובליקאית, במהלך גלגוליה הפוליטיים במאות התשע־עשרה והעשרים, הייתה זירה למאבקים על חירות ודמוקרטיה בין כוחות פרוגרסיביים לאוטוריטריים. אלה האחרונים סיכנו את חופש הביטוי גם כאשר לא היו בשלטון.

הרפובליקה הצרפתית השלישית (1870–1940), שהתקיימה בין הכיבוש הגרמני בימי ביסמרק לבין הכיבוש הנאצי, התמודדה עם זרמים מלוכניים ושמרניים חזקים ויכלה להם. חוקתה התבססה במוצהר על עקרונות הליברליזם האינדיווידואליסטי ועל הרעיונות הדמוקרטיים של מהפכת 1789. עם זאת, לא נכללו בחוקה סעיפים הנוגעים בזכויות האדם וביחסי האזרח והמדינה, ועניינים אלה הוסדרו באמצעות חוקים ספציפיים. התבטאויות פוליטיות, לרבות אלה הקיצוניות והלא־קונסנזואליות, זכו בהגנה רחבה ביותר. כך

70 הסקירה שלהלן מבוססת בחלקה על: Frede B. Castberg *Freedom of Speech in the West: A Comparative Study of Public Law in France, the United States and Germany* (London, 1960).

41 הכרות זכויות האדם והאזרח, 1789. להלן הנוסח האנגלי:
"10 No one shall be disquieted on account of his opinions, including his religious views, provided their manifestation does not disturb the public order established by law.

11 The free communication of ideas and opinions is one of the most precious of the rights of man. Every citizen may, accordingly, speak, write, and print with freedom, but shall be responsible for such abuses of this freedom as shall be defined by law."

התבססו גם תנועות שהתנגדו לצורת השלטון הקיימת, לרבות תנועות מרקסיסטיות ומלוכניות בשני קצות הקשת הפוליטית.⁴²

המשפטן והפילוסוף מוריס אוריו (Hauriou, 1883–1929) תיאר את חופש הביטוי כזכות טבעית המעוגנת בחוקה הרפובליקאית: "הזכות האישית... מוצגת [בחוקה] כמתקיימת מתוך עצמה, כנובעת במישרין מן הקיום המוסרי של בן-האנוש, ואף כרכיב פנימי של קיום מוסרי זה. חופש המצפון, חירות אורחית, חופש העיסוק, נעשו לדידנו מושגים בלתי-נפרדים ממושג האדם."⁴³ ההצדקה המרכזית לדוקטרינת חופש הביטוי ברפובליקה השלישית הייתה ההצדקה הליברלית – חופש הביטוי הוא חלק מן האוטונומיה של הפרט, ועל-כן הוא זכות טבעית שאין לפגוע בה. גם הרציונלים החברתיים לחופש הביטוי הופיעו בחיבורים מאותה תקופה, אולם משקלם היה קטן בהרבה.

במהלך מלחמת-העולם הראשונה נחקקו בצרפת כמה חוקי-חירום, אשר אפשרו לרשויות הביטחון להגביל את פרסומם של עיתונים שיוחסה להם הסתה או פגיעה בשלום הציבור. מכיוון שצנזורה מוקדמת הייתה אסורה על-פי חוק, התפתחה פרקטיקה של פנייה "ולונטרית" מצד עורכי העיתונים אל רשויות הביטחון, על-מנת למנוע את סגירת העיתון לאחר הפרסום.

בשנות השלושים, עם עלייתן של תנועות פשיסטיות בצרפת והתרופפות היציבות הפוליטית, נחקק ברפובליקה חוק המאפשר לנשיא לפזר כל התאגדות אשר על-פי צורתה או מהותה מהווה מיליציה או קבוצה לוחמת. בית-המשפט העליון לעניינים מנהליים הגדיר את סמכותו של הנשיא ואת אופן הפעלת החוק, וקבע כי: (א) אסור להתחשב בפעולות שעשו הארגונים לפני חקיקת החוק; (ב) די בהוכחה כי הארגון חותר להפלת המשטר הרפובליקאי, ואין צורך להוכיח כי נעשו פעולות ומעשים משמעותיים להגשמת מטרה זו (ניתן אפוא להסתפק בהתבטאויות בלבד); (ג) ארגון מעין-צבאי לא יקבל חסינות מן החוק גם אם יסתתר מאחורי חזות של מפלגה פוליטית.⁴⁴

בין מלחמת-העולם השנייה להתייצבותה של הרפובליקה החמישית היו בצרפת תופעות של התנכלות לעיתונות אופוזיציונרית מצד ממשלות בתקופות של משברי הודו-סין ואלג'יריה. אולם בדומה למדינות מערביות אחרות, במהלך שלושת העשורים האחרונים של המאה העשרים התחזק עקרון חופש הביטוי בצרפת, והחגיגות במלאת מאתיים שנים למהפכה הצרפתית העניקו הודמנות להעלות על נס את חשיבותו של עיקרון זה בתרבות הפוליטית הצרפתית.

בארצות-הברית ניתן משקל רב למסורת מוצהרת של חופש ביטוי פוליטי. ערך זה זכה בעיגון חזק בחוקה ובפסיקה למן התיקון הראשון לחוקה, הגם שעיקר משקלו הפוליטי הוענק לו במהלך המאה העשרים. עוד לפני השגת העצמאות האמריקנית התבססה מסורת של עיתונות חופשית – או עיתונות הנאבקת על חירותה – בבריטניה ובמושבותיה באמריקה הצפונית.

התיקון הראשון לחוקה האמריקנית (שאושר במסגרת עשרת התיקונים הראשונים

⁴² Castberg, *supra* note 40, at p. 19

⁴³ Cited *ibid*, at p. 20 (התרגום שלנו – ע' ז' ופ' ע"ז).

⁴⁴ *Ibid*, at p. 25

לחוקה ב-15.10.1791) קיבע את עקרון חופש הביטוי באופן שלא הצריך עוד התערבות מתקנת ברמה החוקתית:

"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; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

יש לשים לב שחרף מקום הבכורה (שנקבע רק בדיעבד) של סעיף זה במגילת הזכויות האמריקנית, הייתה תחולתו צרה יחסית והתרחבה רק בהדרגה. הנוסח פוון כלפי הקונגרס הפדרלי. רק התיקון הארבעה-עשר לחוקה, שאושרר לאחר מאבק בשנת 1868, החיל את תוכנו של התיקון הראשון על כל מדינה ומדינה, בהקשר הכללי של מתן זכויות אזרח לעבדים-לשעבר. נוסף על כך, נוסח התיקון הראשון לחוקה פורש כמגביל רק מניעה מראש של ביטוי ופרסום באמצעות חקיקה. ככלל, נדרש זמן רב עד שהתיקון הארבעה-עשר לחוקה הובא בחשבון בפרשנות של מגילת הזכויות, וחשיבותו התקבעה בתהליך איטי רק לאחר מלחמת-העולם השנייה.

רגעי משבר בתולדותיה של ארצות-הברית זימנו לעיתים הפרות בוטות של עקרון חופש הביטוי. כך ב"חוקי הזרים וההסתה" (Alien and Sedition Acts) משנת 1798,⁴⁵ ברדיפות שרידיהם של נאמני הכתר לאחר מלחמת-העצמאות, בפעולות שנעשו במהלך מלחמת-האזרחים ובשתי מלחמות-העולם במאה העשרים, ויש הטוענים שגם בחקיקה נגד הטרור שבאה בעקבות מתקפת ה-11 בספטמבר 2001.

הליברליזם האמריקני של המאה התשע-עשרה, כמו הליברליזם הבריטי, תמך בחופש ביטוי על יסוד האמונה שדעות "לא-נכונות" יובסו על-ידי התבונה הציבורית במרחב החופשי של חילופי רעיונות. כך תומס ג'פרסון (Error of opinion may be... "tolerated where reason is left free to combat it")⁴⁶ וכך ג'ון סטיוארט מיל בספרו הנזכר לעיל, *On Liberty*, שהשפעתו בארצות-הברית הייתה גדולה.⁴⁷ במהלך המאה העשרים הוסבה רטוריית חופש הביטוי להדגשת ההבדלים בין ארצות-הברית ליריבותיה הטוטליטריות. אחת הדוגמות הבולטות היא "נאום ארבע החירויות" שנשא הנשיא פרנקלין דלנו רוזוולט לפני הקונגרס ב-6 בינואר 1941, שבו קדם חופש הביטוי לחופש הדת, לחופש ממחסור ולחופש מפחד ברשימת ארבעת העקרונות "המהותיים לאינטרסים של הדמוקרטיה".

עם זאת, חופש הביטוי בארצות-הברית ספג מהלומות פוליטיות במהלך מלחמות ומשברים מדיניים. במהלך מלחמת-העולם הראשונה, טוען ההיסטוריון הליברטריאני ג'וזף ר' סטרומברג, "על-פי כל קריאה הוגנת של התקופה, הייתה כנראה מידה רבה יותר של

⁴⁵ <http://earlyamerica.com/earlyamerica/milestones/sedition/>
⁴⁶ Thomas Jefferson "Inaugural Address", 4 March 1801, reprinted in *The Portable Thomas Jefferson* (New York, Merrill D. Peterson ed., 1975) 290–295
⁴⁷ Mill, *supra* note 1; Paul A. Passavant *No Escape: Freedom of Speech and the Paradox of Rights* (New York, 2003) ch. 3, pp. 86–109

חופש ביטוי אמיתי בגרמניה וברייכסטאג הגרמני באותן שנים מאשר ב'ביתם של בני-החורין'...⁴⁸ ואילו לאחר הצטרפותה של ארצות-הברית למלחמת-העולם השנייה הוגבל באורח קיצוני וגורף חופש הביטוי, לצד חופש התנועה וחירויות נוספות, של אזרחים אמריקנים ממוצא גרמני וממוצא יפני.

בתחילת המחצית השנייה של המאה העשרים יצרו המלחמה הקרה, משבר ברלין ומלחמת קוריאה, כמו-גם המקרתיות ופרשיות הריגול הבין-גושי, אווירה עוינת לחופש הביטוי. הזרוע המבצעת הגיבה בחומרה יתרה כלפי ביטויים של רעיונות קומוניסטיים או כלפי מה שכונה "הזדהות" עם המשטר הסובייטי וגרורותיו. הקונגרס וועדותיו ניהלו, בהנהגת הסנטור מקרתי, חקירות אישיות במטרה לבחון כליות ולב. רק בית-המשפט העליון שם מחסומים חלקיים לחסימה זו של חופש הביטוי.

גם בהיסטוריה המשפטית האמריקנית נרשמו עימותים רבים בנוגע לפרשנות של התיקון הראשון לחוקה. קיים ניגוד מרתק בין הבולטות והיציבות של מעמדו החוקתי של עקרון חופש הביטוי לבין הקונטרוברסליות המשפטית שלו. בתולדות המאבק על חופש הביטוי בלטו כמה פרשיות חשובות שנעשו נכסי צאן-ברזל של הדיון הציבורי והאקדמי: *Schenk v. United States* (1919)⁴⁹, שבו טבע השופט אוליבר וונדל הולמס את המושג "סכנה ברורה ומיידית" ("clear and present danger")⁵⁰; *Abrahms v. United States* (1919)⁵⁰, עם דעות המיעוט המפורסמות של השופטים הולמס וברנדייס; *Scopes v. State* (1925)⁵¹, הידוע בכינויו "משפט הקופים"; וכן *Whitney v. California* (1927)⁵². בעשור שלאחר מלחמת-העולם הראשונה נוצק אפוא הדיון האמריקני המודרני בשאלת חופש הביטוי וגבולותיו. רצף של פרשיות משפטיות הבטיח את קיומו של עניין ציבורי ער בפרשנות המשפטית של התיקון הראשון לחוקה במהלך המאה העשרים כולה.⁵³ הדיון האמריקני בחופש הביטוי וביחסיו עם חירויות וערכים חוקתיים אחרים התפתח

⁴⁸ "To read the story of American official and popular attitudes toward our allegedly highly valued freedoms during World War I is to conclude that the country was overrun with vicious morons. Some of the morons were judges, legislators, and bureaucrats. Others arose from the masses, so to speak, to demand that the people make political war on themselves, the better to fight those terrible Germans. On any fair reading of the period, there was probably more real freedom of speech in Germany and in the German Reichstag in the same years than in the 'home of the free' or the World's Greatest (and Least) Deliberative Body." Joseph R. Stromberg "Remembering with Astonishment Woodrow Wilson's Reign of Terror in Defense of 'Freedom'" (18.9.2001) <http://www.LewRockwell.com>

⁴⁹ *Schenk v. United States* 249 U.S. 47 (1919)

⁵⁰ *Abrahms v. United States* 250 U.S. 616 (1919)

⁵¹ *Scopes v. State of Tennessee* 154 Tenn. 105 (1925)

⁵² *Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927)

⁵³ Thomas L. Tedford & Dale A. Herbeck *Freedom of Speech in the United States* (State College, PA, 5th ed., 2005); Edward J. Larson *Summer for the Gods: The Scopes Trial and America's Continuing Debate over Science and Religion* (New York, 1997)

במהלך העשור האחרון של המאה העשרים, לנוכח מציאות חדשה שיצרה תופעת "התקינות הפוליטית" באמצעי התקשורת ובקמפוסים. כמה דיונים משפטיים בעשור האחרון בחנו את התיקון הראשון לחוקה בהתייחס לתביעות בגין שימוש בלשון בוטה או מפלה בתקשורת, בהרצאות אקדמיות ואף בשיחות פרטיות.⁵⁴

אולם הדיון קיבל תאוצה חדשה וכיוונים אחרים לאחר המתקפה על מרכז הסחר העולמי ובניין הפנטגון ב־11 בספטמבר 2001. באוקטובר של אותה שנה אישרו שני בתי הקונגרס ברוב סוחף את ה־USA PATRIOT Act, אשר נועד להגן על אמריקנים מפני פעולות טרור, אך כרוך לטענת מתנגדיו (ואחדים מתומכיו) בהגבלה של כמה חירויות, ביניהן חופש הביטוי.⁵⁵ גם הדיון בסרטו של מייקל מור, "פרנהייט 9/11" (2004), העלה הצעות בדבר סייגים לתיקון הראשון לחוקה.⁵⁶

מכל מקום, בהשוואה לחוקות האירופיות לדורותיהן, עקרון חופש הביטוי ניצב כיסוד מוסד בתרבות הפוליטית והמשפטית האמריקנית: אין ערעור רציני על מעמד הבכורה שלו כמושא התיקון הראשון לחוקה, קרי, הסעיף הראשון במגילת הזכויות.

לגרמניה יש מסורת מורכבת וייחודית משלה בכל הנוגע לחופש הביטוי. את הקריאה המוקדמת והמהדהדת ביותר ניסח פרידריך שילר במחזהו הפוליטי והנועז ביחס לזמנו, "דון קרלוס", משנת 1787: "תן לנו חופש מחשבה!" קורא הגיבור אל השליט.⁵⁷ ציטטה זו נהפכה לקריאת־קרב של אומנים, סופרים וליברלים בעידן הרומנטיקה ומלחמות נפוליאון, ואף בעידן הרסטורציה שלאחריהן ובמאבק בין מגמות ליברליות לבין שלטון ריכוזי ואוטוקרטי.

בראשית המאה התשע־עשרה שלטו בדוקטרינה הגרמנית רעיונות ממסורת המשפט הטבעי בדבר זכויות אדם טבעיות שאינן ניתנות לשינוי בחוק. עם זאת, המאבק למען ליברליזם ודמוקרטיזציה היה קשור באופן הדוק למגמות הלאומניות. מלומדים ואנשי־רוח החלו לפרסם חיבורים בשבח חופש הביטוי והעיתונות. בלט ביניהם וילהלם פון־הומבולדט, מייסד האוניברסיטה של ברלין, אשר כתב ופעל רבות למען חופש הביטוי העיתונאי והאקדמי. פון־הומבולדט קרא בשנת 1816 למתן חופש ביטוי פוליטי מלא לנתיני הכתר הפרוסי, למעט דברי הסתה.

התקופה הפוסט־נפוליאונית התאפיינה ברוב ארצות אירופה בריאקציה תקיפה נגד הלכי־רוח מהפכניים ופרוגרסיביים והשתקה אלימה של רעיונות דמוקרטיים. בגרמניה זכה

54 ראו, למשל: *Cohen v. San Bernardino Valley College* 92 F.3d 968 (9th Cir. 1996); *R.A.V. v. City of St. Paul* 505 U.S. 377 (1992).

55 השוו: Stanley Fish *There's No Such Thing as Free Speech; And It's a Good Thing, Too* (New York, 1994); Cass R. Sunstein *Democracy and the Problem of Free Speech* (New York, 1995); Elaine Cassel *The War on Civil Liberties: How Bush and Ashcroft have Dismantled the Bill of Rights* (Chicago, 2004).

56 "Fahrenheit 9/11" (written and directed by Michael Moore, 2004); Michael Moore *The Official Fahrenheit 9/11 Reader* (New York, 2004).

57 Friedrich Schiller *Don Carlos* (1787). במערכה השלישית, בתמונה עשירית, תובע המרקוז מפוזה מן המלך חירות מחשבה במשפט המפורסם: "Geben Sie Gedankenfreiheit!"

תהליך זה בתמיכה מתוך התרבות הפוליטית הגרמנית עצמה. הרומנטיקה הגרמנית, שהיה לה פן לאומני, הציבה מחסום בין עולם הפרט לבין התחום הפוליטי. חירות פוליטית התקבעה בתודעה כחירות של אומה לממש את עצמאותה וייחודה, ולא כחירות של יחידים לבטא דעות לא־פופולריות. בשל כך היו הוגים כפיכטה והגל יכולים לתמוך בחופש הדיבור ובהבעת לבטא תודעה לאומית מונוליתית, אורגנית, המייחסת לאומה קול אחד ונטול צרימות.

דוקטרינת הפוזיטיביזם המשפטי, שהתפתחה בגרמניה באמצע המאה התשע־עשרה, דחקה לשוליים את תפיסת הזכויות הטבעיות, שמדינות המערב עיגנו בהן זכויות אזרח אישיות כחופש הביטוי. ההיסטוריה החוקתית של גרמניה במאה התשע־עשרה לא כללה "מגילות זכויות", ומושג זה היה זר לשיח החוקתי הגרמני. הפוזיטיביזם חָבר לתפיסה היסטוריציסטית אשר עיגנה נורמות חוקיות בשורשים היסטוריים ותרבותיים של החברה שבה התפתחו. דוקטרינה זו שללה את חופש הביטוי בתוך ההקשר הכולל של שלילת הזכויות הטבעיות. היא עלתה בקנה אחד עם דיכויים הפוליטי של ליברלים ודמוקרטים.

נסיון־הנפול לחולל מהפכה ליברלית בשנת 1848 הוביל לחקיקתה של "חוקה קיסרית" על־ידי האספה המחוקקת בשנת 1849. לחוקה קדם, כבר בסוף 1848, חוק חוקתי בדבר "זכויות־יסוד". חוק זה הועבר באוסטריה, בפרוסיה ובמדינות גרמניות אחרות. אולם זכויות־היסוד נתפסו כנחלתה של "האומה הגרמנית" וכנתונות ל"כל גרמני". המרכיב האוניוורסלי נעדר מהן, ותפיסת החירות הושתתה על הלאומיות. במדינה רב־לאומית כאוסטריה בלטה במיוחד ההתניה הלאומית־הגרמנית. האספה דחתה על הסף תביעות רדיקליות לעיגון חופש דפוס (Pressefreiheit) מלא ולשלילת הצנזורה בחוקה.

בסופו של דבר כללה החוקה הקיסרית, בסעיף 143, חוק שקבע כי "לכל גרמני הזכות לבטא את דעתו בחופשיות באמצעות דיבור, כתיבה, דפוס ויצוג חזותי. בשום נסיבות ובשום אמצעים לא יוגבל חופש הדפוס, לא יושעה ולא יבוטל באמצעים מניעתיים, דהיינו צנזורה, ויתורים, ערבויות מחייבות, מיסי מדינה, הגבלות על מדפיסים או חנויות ספרים, איסורי משלוח בדואר או מכשולים אחרים בפני תקשורת חופשית. עבירות בתחום הדפוס שיובאו לדין על־ידי הרשויות יישפטו לפני חבר־מושבעים". סעיף 152 בחוקה הקיסרית קבע כי "המדע והוראתו הם חופשיים".⁵⁸

עם זאת, נותר בעינו יחסה האוטוריטרי של הקיסרות הגרמנית, עד נפילתה בשנת 1918, לעקרון חופש הביטוי. בפועל התקיימה צנזורה על כתבי־עת וספרים. ערך הלאום הגרמני האפיל על עקרון חירות הפרט לאורך התקופה כולה.

במהפכה שפרצה עם תבוסת גרמניה במלחמת־העולם הראשונה היה חופש ביטוי מוחלט אחת מדרישות־היסוד של הכוחות המהפכניים משמאל. לאחר הקמתה של רפובליקה חדשה, אשר נשאה את שמה של העיר ויימר, נחתמה ביולי 1919 חוקה רפובליקאית, שמחברה הראשי היה המשפטן היהודי־הגרמני הוגו פרויס. חוקה זו שאבה השראה מן החוקה המהפכנית של 1848, אך שילבה גם דגש סוציאליסטי חזק בכל הנוגע לחובות האזרחיות של אזרחי הרפובליקה.

⁵⁸ Castberg, *supra* note 40, at p. 309.

עם זאת, הדוקטרינה השלטת בעולם המשפטי-האקדמי נותרה דוקטרינה פוזיטיביסטית מובהקת. הניתוח החוקתי התמקד בבחינה "אובייקטיבית" של הנורמות, תוך שלילת אמות-מידה לא-פוזיטיביסטיות, כגון זכות טבעית לחופש הביטוי. תיאוריית הפוזיטיביזם המבני של קלזן מייצגת באופן מובהק את הדוקטרינות בנות-התקופה. תפיסת הזכויות הבסיסיות כנובעות מן התרבות המשפטית הקיימת, וכשואבות את תוקפן מכוח עיגוןן בחוקה, האפילה על התפיסה שלפיה החוקה היא רק עיגון של אגד זכויות טבעי.

בחלקה השני של חוקת ויימר, שכותרתו "זכויות-יסוד וחובות-יסוד של הגרמנים", הוקדש הפרק הראשון לזכויות ולחובות של הפרט (סעיפים 109-118). רק הסעיף האחרון בפרק זה קובע את עקרון חופש הדעה וההתבטאות. יתר על כן, הדגש הלאומי ניכר בהגבלת חירויות אלה ל"גרמנים" בלבד. יש לשים לב שלא דובר אף ב"אזרחי גרמניה". החוקה אפשרה להגביל את חופש הביטוי של אזרחי מדינות זרות - או של "לא-גרמנים" בכלל - גם באמצעות החוק הרגיל, ואילו היסוד הפוזיטיביסטי התיר לחוק הרגיל להגביל, גם לגבי גרמנים, את חופש ההבעה והייצוג החזותי, מבלי שהחוקה הציבה לכך תנאים או מטרות:

"[סעיף] 118 - כל גרמני רשאי, במגבלות החוקים הכלליים, לבטא בחופשיות את דעותיו באמצעות דיבור, כתיבה, דפוס, ייצוג חזותי או בדרך אחרת... אין צנזורה, אבל החוק עשוי להתייחס באמצעים אחרים לכל מה שקשור להצגות קולנוע. אמצעים חקיקתיים מותרים גם לשם מאבק בפרסומים שפלים ופורנוגרפיים..."⁵⁹ (הסעיפים מחוקת ויימר תורגמו על-ידינו - ע' ז' ופ' ע"ז)

לקחי קריסתה של רפובליקת ויימר וכשלון חוקתה, כמו-גם ביטולו המוחלט של עקרון חופש הביטוי בתקופת המשטר הנציונל-סוציאליסטי, ניכרים היטב בחוקה של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית שאושרה ב-23 במאי 1949 - ה-Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland. בחוקה זו עקרון כבוד האדם מוצב במקום הראשון ובסעיף הראשון של החוקה כולה, וקודם לכל שאר החירויות ולכל התכנים החוקתיים האחרים. "כבוד האדם", קובע סעיף זה, "אינו ברה-פרה. כל עוצמת המדינה מחויבת להגן עליו ולכבדו."⁶⁰

קדימות זו של עקרון כבוד האדם עומדת בניגוד בולט להעדרו בחוקה האמריקנית: המושג "כבוד האדם" אינו נזכר בה כלל, הגם שיש המוצאים את העיקרון שביסודו בנוסחיהם של שניים מן התיקונים לחוקה - השמיני (הפוסל ענישה אכזרית וחריגה) והשלושה-עשר (בנוסח של שנת 1865, המבטל את העבדות).

59 ובנוסח הגרמני:

"Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu aeußern..."

Eine Zensur findet nicht statt, doch koennen fuer Lichtspiele durch Gesetz abweichende Bestimmungen getroffen werden. Auch sind zur Bekaempfung der Schuld- und Schmutzliteratur... gesetzliche Massnahmen zulaessig."

60 "Die Wuerde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schuetzen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt"

חופש הביטוי מעוגן בסעיף החמישי לחוקת הרפובליקה הפדרלית הגרמנית, שבו שלווה סעיפים:

1. לכל אדם יש הזכות לבטא ולהפיץ בחופשיות את דעותיו בדיבור, בכתובה ובתמונות, ולקבל מידע באין מפריע ממקורות הנגישים לכלל. יובטח חופש העיתונות וחופש הדיווח באמצעות שידורי רדיו וסרטים. אין צנזורה.
2. זכויות אלה יוגבלו על-ידי החוקים הכלליים, שיספקו אמצעים ככל הנדרש להגנתם של בני-נוער, ועל-ידי הזכות לכבוד אישי.
3. אומנות ומדע, מחקר והוראה יהיו חופשיים. חופש ההוראה לא ישחרר איש ממחויבות לחוקה.⁶¹

בחוקת הרפובליקה הפדרלית, בהשוואה לחוקה הוויימרית, הורחבה ובוססה אפוא הזכות החוקתית לחופש הביטוי. אך בה-בעת, כלקח מן העבר הוויימרי והנצינולי-סוציאליסטי, נקבע עקרון כבוד האדם כראש וראשון לעקרונות החוקתיים כולם, וחופש הביטוי ביניהם.

יצוין עוד כי סדר עדיפויות זה אומץ על-ידי האיחוד האירופי בחוקתו החדשה, אשר אושרה על-ידי המדינות החברות באיחוד ביוני 2004. גם כאן עקרון כבוד האדם קודם באופן משמעותי לעקרון חופש הדעה והביטוי. חלקה השני של חוקת האיחוד קרוי Charter of Fundamental Rights of the Union. הסעיף הראשון בצ'רטר, סעיף II-61, שכותרתו "כבוד האדם", קובע בקצרה כי "כבוד האדם בלתי-ניתן להפרה. יש לכבדו ולהגן עליו". ניכר דמיון בולט בין נוסח זה לבין נוסח הסעיף הראשון של ה-Grundgesetz הגרמני. חופש הביטוי נקבע בחוקת האיחוד האירופי בשני סעיפים מאוחרים יותר: סעיף II-70, "חופש המחשבה, המצפון והדת"; וסעיף II-71, "חופש ההתבטאות והמידע".

כיצד שלוש המסורות שסקרנו כאן משיקות למציאות ולשיח הישראליים בעשורים האחרונים? צרפת הייתה הראשונה שהניפה, ברגע המהפכני של 1789, את נס חופש הביטוי כערך אוניוורסלי הנכלל בהכרות זכויות האדם והאזרח. המסורת האנגלית קדמה אומנם לזו הצרפתית בהתייחסות לחופש הביטוי, אך צרפת המהפכנית והרפובליקאית יצרה פרדיגמה ראשונה לכל התפיסות המודרניות שלאחריה. השיח המשפטי והפוליטי הישראלי ממצט מאוד להתייחס למסורת הצרפתית, ורק מעטים מצטטים אותה ביעף, מצוות אנשים מלומדה. בעינינו, חסר זה מעיד על חלקיותו של הדיון הישראלי, על ריחוקו

61 ובנוסח הגרמני:

- (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu aeußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugaenglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewaehrleistet. Eine Zensur findet nicht stat.
- (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persoenlichen Ehre.
- (3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung."

מעקרונות כלליים, ועל המקריות הביוגרפית-ההיסטורית של ההשפעות שפעלו על המערכת המדינית והמשפטית שלנו. על-כן כללנו כאן סקירה של המסורת הצרפתית, שהיא יסוד מוסד של שיח הזכויות העולמי, והדבר מדגיש ביתר שאת את עמימותה במסורת הישראלית.

לא כך פני הדברים בנוגע למסורת האמריקנית ולמסורת הגרמנית. שתיהן עומדות בויקה ברורה ומורכבת לדיון הישראלי בחופש הביטוי. במקרה האמריקני, הפרשיות והפסיקות אשר העצימו מאוד את שיח חופש הביטוי במהלך המאה העשרים נקלטו בישראל בעיקר למן שנות השבעים המוקדמות. באותן שנים נהו שופטי בית-המשפט העליון אחר פסיקה אמריקנית (בין היתר הודות להתעשרותה של ספריית בית-המשפט העליון במקורות מתאימים), והתרבות הפוליטית הישראלית נחשפה יותר ויותר לשדה-השפעה אמריקני מובהק. תהליך זה התרחש בד בבד עם האמריקניזציה הכללית של חלקים בחברה, בכלכלה ובתרבות הישראליות, וסימן חדירה הדרגתית של שיח ליברלי אמריקני אל התודעה הציבורית בישראל.

המקרה הגרמני מורכב הרבה יותר. כאן ניכרות, לדעתנו, השפעות-עומק הן של הכישלון החוקתי הוויימרי והן של הצלחת החוקה הפדרלית החדשה. ההשפעות הללו סמויות לעיתים מן העין, אך ניתן להתחקות אחריהן. כאן פעל שדה-מתח חזק בין הרגישות העצומה כלפי כל "ייבוא" גרמני לאחר רצח יהודי אירופה על-ידי הנציאונל-סוציאליזם לבין הרקע וההשכלה המשפטיים והתרבותיים של ילידי גרמניה וחניכיה שהגיעו לעמדות-מפתח במערכת המשפטית הישראלית מראשיתה ובמהלך שלושת העשורים הראשונים שלה. בעניין זה עסקנו בהרחבה במאמר קודם.⁶²

בעשורים האחרונים, למן שנות השבעים של המאה העשרים, פחתה הרגישות כלפי מקורות גרמניים, ובית-המשפט העליון בישראל מרבה להסתמך על החקיקה של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית. עם זאת, בכל הנוגע לחופש הביטוי אין הסתמכות משמעותית על החוקה הגרמנית. חשוב לציין שהמצב הישראלי הקיים שונה לא רק מן הדגם האמריקני, אלא גם מן הגרמני והאירופי: בניגוד לכל הדגמים האלה, חופש הביטוי בישראל אינו מעוגן בחוק-יסוד נפרד (יהא מקומו בסולם העדיפויות ובסדר של סעיפי החוקה אשר יהא), אלא נגזר מעקרונות כלליים ומחקיקה קיימת, לרבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בשנים האחרונות, עם גיבושה הראשוני של תפיסה משפטית של כלל האיחוד האירופי, ניתן לומר שבכל הנוגע לחופש הביטוי ולאיוונו כנגד עקרון כבוד האדם, נוצרת פרדיגמה אירופית השונה מן הפרדיגמה האמריקנית. המשפט הישראלי מגבש את דרכו בויקה לשתיהן הפרדיגמות הללו. בפרק הבא נדון באופן מפורט יותר במסורת המשפטית הישראלית, ונסה למצוא בה סימנים לשדה-מתח מסוים בין הקדימות של חופש הביטוי לבין מעמדו העליון של כבוד האדם.

62 ראו עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית-המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 259.

2. חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון לפני עידן אהרן ברק

תורת חופש הביטוי של הנשיא ברק קשורה בטבורה למורשתו של השופט שמעון אגרנט, שאותה המשיך השופט מאיר שמגר.⁶³ מורשת זו עוצבה בפסק-הדין בעניין קול העם משנת 1953,⁶⁴ שנחשב בעיני רבים אחד מפסקי-הדין החשובים בהיסטוריה של בית-המשפט העליון ואחת מאבני-היסוד של מגילת זכויות האדם השיפוטית, שקדמה בארבעים שנה לשני חוקי-היסוד החדשים (שהם תחילתה של מגילת זכויות האדם החוקתית או החוקתית).

בפסק-הדין בעניין קול העם ביטל בית-המשפט העליון החלטה של שר הפנים לסגור לכמה ימים שני עיתונים המזוהים עם המפלגה הקומוניסטית בעקבות פרסומים בעיתונים אלה שהיו לדעת שר הפנים סכנה לשלום הציבור. שר הפנים הוציא את צו הסגירה מכוח סמכות שהוקנתה לו בסעיף 19 לפקודת העיתונות. במקרה זה כמעט, שלושה חודשים מוקדם יותר, דחה בית-המשפט העליון, בחוות-דעת קולקטיבית (שהשופט אגרנט היה שותף לה), עתירה דומה מאוד של אותם עותרים, בקובעו כי לשר הפנים ניתן בחוק שיקול-דעת מוחלט לסגור עיתון אם לדעתו היה בפרסומיו משום סכנה לשלום הציבור, ואין בית-המשפט יכול להתערב בשיקול-דעת מוחלט זה.⁶⁵ בפסק-הדין הקנוני בעניין קול העם, שבדרך פלא אינו מאזכר אפילו את פסק-הדין הראשון שניתן שלושה חודשים מוקדם יותר, קבע אגרנט לראשונה כי חופש הביטוי הוא זכות עילאית המהווה תנאי מוקדם למימושן של כל החירויות האחרות כמעט. בפסק-דין זה קבע אגרנט גם את מבחן "הוודאות הקרובה" כמבחן המכריע באשר להגבלת חופש הביטוי, ובכך התבסס על שיח התיקון הראשון לחוקה בארצות-הברית.⁶⁶

מעניין שפסק-הדין בעניין קול העם שכן בהקפאה שנים ארוכות, עד למינויו של מאיר שמגר לבית-המשפט העליון בשנת 1975, והפשרתו הואצה עם מינויו של אהרן ברק לבית-המשפט העליון בשנת 1978. בעשרים וחמש השנים שחלפו ממתן פסק-הדין בעניין קול העם עד לתחילתו של עידן שמגר-ברק ניתן אומנם למצוא פסקי-דין אחדים שהגנו על חופש הביטוי, אך לא היה זה במסגרת אותה מסורת שברק כותב עליה – המסורת האגרנטית הרואה בחופש הביטוי זכות עליונה בחשיבותה ובדירוגה.

כך, למשל, בשנת 1962, בעניין אולפני הסרטה,⁶⁷ התערב בית-המשפט העליון, בשם חופש הביטוי, בהחלטה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות. המועצה החליטה לאסור, בעילה של פגיעה בטעם הטוב והטעיית הציבור, הקרנת קטע מיומן חדשות קולנועי שבו

63 על מורשת חופש הביטוי אצל מאיר שמגר ראו זאב סגל "חופש הביטוי באורו של מאיר שמגר" ספר שמגר (2003) 111.

64 עניין קול העם, לעיל הערה 6.

65 בג"צ 25/53 חברת קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 165. ראו גם אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית-המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח" עיוני משפט ג (תשל"ג) 640.

66 פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ז) 375; Pnina Lahav "American Influence on Israel's Jurisprudence of Free Speech" 9 *Hastings Const. L. Q.* (1981) 21, 27–34.

67 בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי והמועצה לביקורת סרטים, פ"ד טז 2407 (להלן: עניין אולפני הסרטה).

דווח על תגרת-ידיים במעמד פינוי תושבים מבתיהם בשכונה בתל-אביב. בית-המשפט פסל את ההחלטה, אבל באותו פסק-דין הייתה גם דעת מיעוט, שייצגה קולות אחרים שהושמעו באותה תקופה בהיסטוריה של בית-המשפט העליון בישראל – קולות המבטאים תפיסות אחרות של חופש הביטוי וגבולותיו. לטענתנו, תפיסות אלה קשורות במידת-מה למסורות תרבותיות שונות בבית-המשפט. הבולטת ביניהן היא המסורת הגרמנית שהביאו עימם שופטי בית-המשפט העליון שנולדו או התחנכו בגרמניה, ואשר נוכחותם בשלושת העשורים הראשונים של בית-המשפט הייתה בשיעור של כמחצית משופטיו הקבועים.⁶⁸ מסורת זו הייתה שונה מהמסורת האמריקנית, שמייצגה המובהק, ואולי גם הבלעדי כמעט בשנים הפורמטיביות, היה שמעון אגרנט, יליד לואיזיאנה שבקנטקי ובוגר אוניברסיטת שיקגו. המסורת הגרמנית יובאה לשיח השיפוטי הישראלי בהסתר כמעט, שכן בעידן ההוא מוצרים גרמניים – מוחשיים ותרבותיים – לא היו קבילים בחברה הישראלית.

נציג אופייני של המסורת הגרמנית היה השופט אלפרד ויתקון, אחד ה"ייקים" המובהקים של בית-המשפט העליון, יליד ברלין וחניך האוניברסיטות של פרייבורג, בון, ברלין ולונדון, שכהן בבית-המשפט העליון בין השנים 1954–1980. דוגמה לקולו ניתן למצוא בפסק המיעוט שלו בעניין אולפני הסרטה משנת 1962,⁶⁹ שבו אישר ויתקון החלטה של המועצה לצנזר יומן חדשות קולנועי שהראה קרבות-רחוב ואלימות משטרתית בעקבות צווי פינוי שהוצאו על-ידי המשטרה בשכונה תל-אביבית. הוא דחה במשתמע את מבחן הוודאות הקרובה, ואימץ את מבחן "הנטייה הרעה", בקובעו שהקרנת היומן עלולה לעורר תגובות אלימות.

השופט ויתקון הרים גם קול חשוב בסדרת פסקי-הדין בעניין תנועת אל-ארד. הייתה זו קבוצה של אזרחי ישראל ערבים שביקשה לקדם דעות "רדיקליות" לגבי מדינת-ישראל, מה שהיינו מתארים כיום כחתימה להסבת מדינת-ישראל ממדינת היהודים למדינת כל אזרחיה. בשנת 1958 הם ניסו לפרסם עיתון, הועמדו לדין והורשעו בעוון הוצאת עיתון ללא רישיון. ויתקון היה שותף לפסק-הדין של בית-המשפט העליון שאישר את ההרשעה,⁷⁰ אף שהחליט להפחית בעונש בציינו כי אף-על-פי שתוכן הפרסום יכול להוות שיקול תקף באשר לחומרת העונש, במקרה הנידון לא הוכח אופיו המסית של הפרסום. את פסק-הדין המרכזי המאשר את ההרשעה כתב "ייקה" אחר – השופט משה לנדוי. השופט השלישי, אגרנט, נתן את הסכמתו.

בשנת 1960 ביקשה קבוצת אל-ארד להירשם כעמותה אך נענתה בשלילה. עתירתה לבג"צ נגד רשם החברות התקבלה.⁷¹ פסק-הדין המרכזי ניתן על-ידי השופט אגרנט, אשר קבע כי למרות שיקול-הדעת המוחלט שניתן לרשם בפקודה המנדטורית (שהייתה עדיין בתוקף), שיקול-דעת זה אינו יכול לכלול "שיקולים פסולים". על ההנמקה מתחום המשפט המנהלי הוסיף אגרנט קטע ארוך על חופש הביטוי, בצטטו את פסק-הדין בעניין קול העם, ובקובעו כי המשמעות העקיפה של סירוב הרשם היא למנוע מן העותרים את האפשרות

68 זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל הערה 62, בע' 259.

69 עניין אולפני הסרטה, לעיל הערה 67, בע' 2425.

70 ע"פ 228/60 קהוגי נ' הי"מ, פ"ד יד(3) 1929 (להלן: עניין קהוגי).

71 בג"צ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו(2) 1151.

לבטא את דעותיהם. השופט ויתקון הסכים עם אגרנט בנוגע להנמקה מתחום המשפט המנהלי, אבל חלק עליו בעניין חופש הביטוי החוקתי. וכך כתב:
"...רושם החברות ביסס את סירובו על שיקולים ביטחוניים. בזה רואה חברי הנכבד, השופט אגרנט, פגם, ולמסקנתו זו הנני מסכים, אם כי לא בלי היסוסים. אינני סבור כלל וכלל, שמתעוררת כאן שאלה של שמירה על 'חופש הדיבור' או של 'חופש העיתונות'. חירויות אלה נכס יקר הן, מסורת המשטר הדמוקרטי במדינה חופשית, אך דווקא משום כך אסור שימשו אמתלה או כלי עזר בידי החותרים תחת המשטר הזה."⁷²

ראוי לציין שהשופט השלישי בהרכב - השופט חיים כהן, אחד ה"ייקים" המובהקים בבית המשפט העליון, חניך האוניברסיטות של מינכן, המבורג ופרנקפורט - כתב דעת מיעוט. הוא השתמש בסגנון הנמקה פורמליסטי, בציינו כי המחוקק נתן לרשם החברות שיקול-דעת מוחלט, אשר צמצומו יכול להיעשות רק על-ידי המחוקק, וזאת אף שהפעלת שיקול-דעת כזו עלולה לפגוע בזכויות אדם. לכן, לא כוויתקון, הכיר חיים כהן בהיבט זכויות האדם של המקרה ובהשפעתו על חופש הביטוי, אבל ההנמקה הפורמליסטית אפשרה לו להתעלם מהם.

היועץ המשפטי לממשלה ביקש דיון נוסף ובקשתו נענתה, אך בית המשפט העליון, ברוב של שלושה נגד שניים, אישר את פסק-דינו. לדעת המיעוט של כהן הצטרף הנשיא אולשן.⁷³

בשנת 1964 ביקשה שוב קבוצת אל-ארד להירשם כעמותה, הפעם בהתאם לחקיקה עותמאנית שהייתה עדיין בתוקף. בחוקה המוצעת של העמותה נאמר שאחת ממטרותיה היא למצוא פתרון צודק לבעיה הפלסטינית בהתאם לרצון העם הפלסטיני. הבקשה לרישום העמותה נדחתה, והקבוצה עתרה לבג"צ. השופט ויתקון כתב את פסק-הדין הדוחה את העתירה.⁷⁴ הוא כתב כי מטרות הקבוצה, שעולות בבירור ממצעה, שוללות את קיומה של מדינת-ישראל, בעיקר בגבולותיה בני-הזמן, ומתעלמות מזכותו של העם היהודי לקיום במולדתו. אחרי שהעלה על נס את חופש ההתאגדות כאחת מחירויות-היסוד במדינה דמוקרטית, הוסיף ויתקון כי חירות זו אינה בלתי-מוגבלת:

"לא פעם קרה בהיסטוריה של מדינות בעלות משטר דמוקרטי תקין, שקמו עליהן תנועות פשיסטיות וטוטליטריות למינהן, והשתמשו בכל אותן הזכויות של חופש הדיבור, העתונות וההתאגדות, שהמדינה מעניקה להן, כדי לנהל את פעולתן ההרסנית בחסותן. מי שראה זאת בימי הרפובליקה של ויימאר לא ישכח את הלקח."⁷⁵

פסקה מפורסמת זו של השופט ויתקון צוטטה במלואה על-ידי לא אחר מאשר השופט

72 שם, בע' 1170.

73 ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טז(2) 1209.

74 בג"צ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673 (להלן: עניין ג'ריס).

75 שם, בע' 679.

אגרנט, שנה לאחר-מכן, בפסק-הדין הידוע בעניין ירדור, שבו אסר בית-המשפט על אותה קבוצה להציג את מועמדותה בבחירות לכנסת.⁷⁶ השופט לנדוי, בהנמקה נפרדת לפסק-הדין בעניין ג'ריס משנת 1964 (עניין הרישום כעמותה של קבוצת אל-ארד), הוסיף:

"זכותה האלמנטרית של כל מדינה היא לשמור על חרותה ועל עצם קיומה בפני אויבים מחוץ ובפני הנוהים אחריהם מבית... אין לדרוש משום ממשל שבשם השמירה על חרות ההתאגדות הוא יתן את הגושפנקא שלו להקמת גייס חמישי בתוך גבולות מדינתו."⁷⁷

מילים אלה של השופט לנדוי אינן הדוגמה היחידה לתפיסת חופש הביטוי שלו, השונה מן המסורת של אגרנט, שמגר וברק. ההתבטאויות הבולטות ביותר של לנדוי בנושא זה מצויות בפסק-הדין בעניין עיתון "הארץ" משנת 1977⁷⁸ ובפסק-הדין בעניין עין גל משנת 1979.⁷⁹ פסק-הדין בעניין עיתון "הארץ" עסק בהוצאת דיבה. בפסק-דין זה ביקש בית-המשפט לאזן בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב, כאשר ברקע היה פסק-הדין האמריקני *New York Times v. Sullivan* משנת 1964.⁸⁰ בפסק-הדין האמריקני דן בית-המשפט העליון בעתירתו של העיתון נגד החלטת הערכאות הנמוכות לחייבו בפיצויים בעילת פרסום לשון-הרע נגד פקיד האחראי לפעולתה של המשטרה המקומית בעיר מונטגומרי שבאלבמה. התביעה הוגשה בגין פרסום מודעת פרסומת בעיתון שבה הושמץ הפקיד עקב הדיכוי האלים של הפגנות השחורים על-ידי המשטרה, והוצגו פעולות פליליות לכאורה שנעשו על-ידי המשטרה. בית-המשפט העליון הפך את הכרעת הערכאות הנמוכות, וקבע כי חוק המטיל חובת פיצוי ללא הוכחת נזק בגין פרסום לשון-הרע נגד עובדי ציבור אינו חוקתי.⁸¹

בפסק-הדין הישראלי, העמדה המצדדת בחופש הביטוי הובעה על-ידי השופט מאיר שמגר, שבכך הציב את עצמו במחנה של הנשיא אגרנט (ולעתיד במחנהו של הנשיא ברק). השופט משה לנדוי התנגד לעמדתו של שמגר, ולא היסס לבטא אי-הסכמה זו בהקשר של מעמד חופש הביטוי במשפט הישראלי. הוא כתב כי אין מדובר במעמד-על של חופש הביטוי לעומת זכויות אחרות, אלא, בלשונו של השופט אגרנט, "תהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם".⁸² לא דירוג "אנכי" של "זכות-על" כנגד זכות סתם, אלא "תיחום אפקי של זכויות בעלות מעמד שווה... אם

76 ע"ב 1/65 ירדור נ' ירדור ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (להלן: עניין ירדור). ראו לעניין זה גם זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל הערה 62, בע' 279-283.

77 עניין ג'ריס, לעיל הערה 74, בע' 681.

78 ד"ב 9/77 חברת החשמל נ' הוצאת עיתון "הארץ", פ"ד לב(3) 337 (להלן: עניין עיתון "הארץ").

79 בג"צ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג(1) 274 (להלן: עניין עין גל).

80 *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964).

81 ראו: Lahav, *supra* note 66, at p. 69.

82 עניין עיתון "הארץ", לעיל הערה 78, בע' 343.

נדייק, עומדת כאן חירות האזרח מול זכות האזרח, דהינו חירותו להשמיע את אשר עם ליבו ולשמוע מה שיש לאחרים להשמיע, כנגד זכותו שלא להיפגע בכבודו ובשמו הטוב. אם בכלל יש מקום לדירוג בין השניים, הייתי מעמיד את הזכות מעל החירות".⁸³

בהמשך מתח לבדוי ביקורת גם על פסק-הדין של בית-המשפט העליון האמריקני: "התיקון הראשון לחוקה, בדבר חופש הביטוי והעתונות... הפך אצל המשפטנים הפונדמנטליסטים מבית-מדרשו של בלק לכלל ברזל שאינו ניתן לשום הגבלה".⁸⁴

פסק-הדין בעניין עין גל משנת 1979 עסק בהחלטה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפסול להקרנה את הסרט "המאבק על הקרקע - או פלסטין בישראל". הסרט, שהופק על-ידי צוות של האוניברסיטה החופשית בברלין, נפסל להקרנה מן הטעם כי הוא אינו מנסה לשמור על גישה מאוזנת, מסלף במזיד עובדות היסטוריות ומכוון בעליל להשחיר את דמותה של מדינת-ישראל ולהסית את האוכלוסייה הערבית בישראל. לבדוי, בפסק-דין קצר (שאליו הצטרפו השופטים אלון ובכור), אינו מסתיר את חופש הביטוי ואת עקרון הוודאות הקרובה, אך קובע כי "במקרה דגן אינני מתקשה כלל לומר שבהחלטתה על נימוקיה, אין שום סתירה לעקרונות של חופש הביטוי ושל חופש למסור מידע ולקבל מידע, שבה דוגלת מדינתנו".⁸⁵ כמו בפסק-הדין בעניין עיתון "הארץ", גם כאן לבדוי מבטא עמדה שונה מזו של אגרנט-שמגר-ברק באשר למעמדו של חופש הביטוי ולאיוונו הראוי עם זכויות ועקרונות מתנגשים.

מן הראוי לציין כי העמדה שביטא ויתקון בהחלטותיו השיפוטיות בשנות השישים קיבלה חיזוק בכתיבתו האקדמית בשנות השמונים. במאמר משנת 1982, שכותרתו "הרהורים וכמה זכרונות נעורים על חופש העתונות", ויתקון מצדיק את עמדותיו בפסקי-הדין בעניין אולפני הסרטה ובעניין ג'ריס, ומוסיף:

"מי שדוגמתה של הרפובליקה הגרמנית של ויימאר עדיין לבגד עיניו, יהסס להתעלם מן הסכנה שהדבקת הקפדנית בערכים מקודשים של חופש הביטוי וחופש העיתונות תפלוס את הדרך למשטר טוטאליטרי... מבחן 'הוודאות הקרובה' עלול להכשיל את הדמוקרטיה, כאשר הוא מתעלם מהעובדה שהתערערו הדמוקרטיה אינה מאורע פתאומי, אלא תהליך ממושך של חתרנות".⁸⁶

חיים כהן, שהרקורד השיפוטי שלו בנוגע לחופש הביטוי הוא מעורב, כתב בשנת 1985 מאמר לזכרו של ויתקון על תפיסתו את חופש הביטוי, וסיכם כך: "בדאגה רבה ראה [ויתקון] את הנולד אצלנו... ואירוועי הימים האחרונים מאמתים חששותיו עד תום".⁸⁷

לסיכום, בשלושת העשורים הראשונים של המדינה קשה להסיק כי התפיסה הליברלית של חופש הביטוי ומבחן הוודאות הקרובה נהפכו למסורת השיפוטית השלטת בישראל.

83 שם, בע' 344.

84 שם, בע' 345.

85 עניין עין גל, לעיל הערה 79, בע' 278.

86 אלפרד ויתקון "הרהורים וכמה זכרונות נעורים על חופש העתונות" זכויות אזרח בישראל (רות גביוון עורכת, 1982) 153, 174.

87 חיים כהן "על אלפרד ויתקון" אלפרד ויתקון - משפט ושיפוט (1988) 15, 18.

למעשה, בתקופה זו אוזכר פסק־הדין בעניין קול העם רק בעשרה פסקי־דין נוספים, לעומת אזכורו ביותר ממאה פסקי־דין לאחר מינויו של השופט ברק לבית־המשפט העליון. נכונה היא מסקנתם של יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט כי הלכת קול העם התגלתה לבית־המשפט העליון רק כרבע מאה לאחר כתיבתו.⁸⁸

הגישה השלטת בבית־המשפט העליון בתקופה זו היא גישתם של השופטים חניכי גרמניה. גישה זו, ובפרט זו של השופט ויתקון, עולה בקנה אחד, לדעתנו, עם תהליך מקביל שהתרחש כפי שראינו בעולמה החוקתי של "גרמניה האחרת" לאחר המלחמה: הסטת הדגש בחוקתה של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית, אשר העמידה לראשונה את עקרון כבוד האדם מעל לחופש הביטוי. גם כאן נבע סדר העדיפויות החדש מהפנמה של לקחי הרפובליקה הוויימרית, אשר לפי פרשניה החוקתיים התירה לחופש הביטוי להתדרדר במדרון השיסוי וההסתה. ניתן לטעון, אפוא, כי השופטים בעלי הרקע המשפטי־התרבותי הגרמני נהגו על־פירוב בעיקרון האנגלו־אמריקני של חופש הביטוי מנהג כבדהו וחשדהו: עיקרון זה היה מועד, לטעמם, לגלוש במדרון החלקלק של ההפקרות הוויימרית, ולהמיט על משטר דמוקרטי מתקפה אנטי־ליברלית מוחצת, אשר בשלביה הראשונים נאחזת במגן הדמוקרטי ורוממות חופש הביטוי בפיה.

3. המסורת השיפוטית של חופש הביטוי בעידן אהרן ברק

מינויו של אהרן ברק לבית־המשפט העליון בשנת 1979, וכהונתו לצד מאיר שמגר, שינו את שיח חופש הביטוי והיטו אותו לכיוון האנגלו־אמריקני. לזמן־מה נראה כי שיח זה נהפך לגישה השלטת בבית־המשפט העליון, אך בשנים האחרונות אנו עדים להיווצרות אופוזיציה משמעותית לגישה זו, אשר ייתכן אף שנהפכת לקול המרכזי של בית־המשפט העליון. בסעיף זה נסקור את ההתפתחות היוריספרודנטית בנוגע לחופש הביטוי בישראל למן מינויו של ברק.

מייד עם מינויו לבית־המשפט העליון, בשנת 1979, אימץ ברק את נימוקיו ורוחו של פסק־הדין הקנוני בעניין קול העם, את שיח "הוודאות הקרובה" וכן גישה ליברלית בהרבה מזו של השופטים ה"ייקים". מבחן הוודאות הקרובה הורחב על־ידי גם לחופש ההתקהלות וההפגנה – למשל, בפסק־דין סער משנת 1979.⁸⁹ על־פי סעיף 85 לפקודת

88 שחר, גרוס וגולדשמידט בדקו את מאה פסקי־הדין המאזכרים ביותר בהיסטוריה של בית־המשפט העליון בישראל. פסק־הדין בעניין קול העם מופיע במקום הראשון עם 88 אזכורים (לאחר מועד השלמת מחקרים ניתן להצביע על עוד כ־25 אזכורים), אך רובם ככולם היו לאחר מינויו של ברק לבית־המשפט העליון. המחברים מציינים שתי סיבות אפשריות נוספות לגילוי של פסק־הדין – מאמר של פנינה להב (לעיל הערה 66), המציג את חשיבותו של פסק־הדין, ואזכורו הנרחב בפסק־הדין בעניין עיתון "הארץ" (לעיל הערה 78) – אולם הם מציינים בצדק כי רק מן השנים 1983–1984 נעשה קצב אזכורו של פסק־דין זה משמעותי יותר, וכי ממצא זה עולה בקנה אחד עם תחילת נוכחותו של השופט ברק בבית־המשפט העליון, כפי שיפורט מייד. ראו יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז (תשס"ד) 243, 280–288.

89 בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמטרה, פ"ד לד(2) 169.

המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971,⁹⁰ לכל התקהלות פוליטית של יותר מחמישים איש נדרש רישיון מן המשטרה. השיקולים למתן רישיון אינם מפורטים בחוק. בפרשת סער סירבה המשטרה לתת רישיון להפגנה של ארגון לזוגות צעירים. חברי הארגון ביקשו לצעוד ברחובות המרכזיים של ירושלים ולסיים בהפגנה מול הכנסת. בהפגנות קודמות של אותה קבוצה התרחשו אירועים אלימים, לרבות השגת גבול לכמה בניינים ציבוריים. המשטרה לא נעתרה על-כן לתת את האישור המבוקש, והציעה למארגנים תוכנית חלופית, שכללה הפגנה בלבד, ללא תהלוכה. הסיבה הרשמית לסירוב לתת את הרישיון המבוקש הייתה שהתהלוכה עלולה לשבש את הסדר הציבורי ולעורר קשיים רציניים לתחבורה. המשטרה גם ציינה שאם תאושר ההפגנה במתכונת המבוקשת, תיאלץ המשטרה להקצות כוח גדול לשמירת הסדר הציבורי ובטחון המפגינים, ומשימות אחרות, לרבות פעילות לסיכול טרור, יזנחו. המארגנים סירבו לקבל את תנאי המשטרה, ועתרו לבג"צ. בג"צ קיבל את העתירה. השופט ברק (בהסכמת השופט שמגר ובהסכמתו המסויגת יותר של ממלא-מקום הנשיא, כתוארו אז, השופט לנדוי) הפעיל את מבחן הוודאות הקרובה על-פי העקרונות שהתווה אגרונט. הוא קבע כי המשטרה יכולה למנוע רישיון להפגנה רק על בסיס של סכנה לבטחון הציבור. הפרעה לתנועה ובעיות של כוח-אדם משטרתי אינן יכולות לשמש כשלעצמן סיבות למניעת רישיון כזה. באשר לסכנה לבטחון הציבור, קבע ברק כי נטל ההוכחה הוא על המשטרה, וכי עליה להראות שסכנה כזאת קיימת, אמיתית ובוודאות קרובה.

פסיקות דומות של ברק ניתנו בפסק-הדין בעניין לוי בשנת 1983,⁹¹ שוב בנוגע לחופש ההפגנה (פסק-הדין משופע באסמכתות מבתי-המשפט בארצות-הברית), וכן בעניינים אחרים של צנזורה על סרטים ועל מחזות. כך, למשל, בעניין ההצגה "אפרים חוזר לצבא",⁹² אשר נפסלה בשנת 1986 על-ידי המועצה לביקורת סרטים ומחזות בנימוק שהיא מסיתה, מסלפת ופוגעת; וכך גם בנוגע לסרט "הפיתוי האחרון של ישו", שנאסר להקרנה בטענה של פגיעה ברגשות דתיים.⁹³

באמצע שנות השמונים היה השופט ברק שותף לכמה פסקי-דין אשר הגנו על זכותו של מאיר כהנא לבטא את עמדותיו, מכיוון שלהערכתו של ברק לא היה בביטוי עמדות אלה סכנה קרובה לוודאי לשלום הציבור או למעמדה של הדמוקרטיה בישראל. את סדרת פסקי-הדין הללו פתחה ההחלטה אשר הפכה את החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית לפסול את רשימתו של כהנא מלהשתתף בבחירות. בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט לערעורי בחירות, סירב "להרחיב" את התקדים המפורסם בעניין ירדור לרשימת "כך".⁹⁴ אף שפסק-הדין ניתן פה אחד, נימוקי השופטים היו שונים זה מזה. בעוד ארבעה

90 דמ"י 17, 390.

91 בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של המשטרה, פ"ד לח(2) 393.

92 בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421. בעקבות פסק-דין זה ביטלה הכנסת את סמכותה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות לצנזר מחזות. שמה של המועצה שונה על-כן ל"מועצה לביקורת סרטים". ראו לעיל הערה 23.

93 בג"צ 806/88 Universal City Studios, Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22.

94 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225 (להלן: עניין ניימן).

שופטים קבעו כי אין לוועדת הבחירות סמכות לפסול את הרשימה בהעדר הרשאה לכך בחוק,⁹⁵ ברק קבע כי לוועדת הבחירות יש סמכות פסילה, אך זו ניתנת למימוש רק בהתקיים ודאות קרובה לגבי סכנה לדמוקרטיה הישראלית. ברק לא ראה סכנה כזו ברשימת "כך".

פסק־הדין המשמעותי ביותר בעניינו של כהנא ניתן בעתירתו נגד החלטתה של רשות השידור לא לשדר ידיעות וכתבות עליו ועל תנועתו, למעט ידיעות בעלות ערך חדשותי מובהק.⁹⁶ בהסתמך על הוירוספרודנציה האמריקנית בנוגע למעמד־העל של חופש הביטוי, ביטל ברק את החלטתה של רשות השידור, וקבע כי עליה לשדר גם ביטויים גזעניים, כל עוד אין בהם סכנה קרובה לוודאי לפגיעה משמעותית בשלום הציבור או בסדר הציבורי או באושר הדמוקרטיה. השופט ברק כתב שם, בין היתר, כי "הרי לשם הגשמת עצמנו עלינו להקשיב וללמוד ולהיות מודעים גם לדעות גזעניות. רק בדרך זו נדע להלחם נגדן".⁹⁷ יתר על כן, ברק קבע בפסק־הדין כי גם פליליותו של הפרסום (בעיקר לנוכח התוספת הטרייה של עברת ההסתה לגזענות שנחקקה באותה שנה⁹⁸) אינה יכולה להכשיר את החלטתה של רשות השידור, וכי מניעה מראש של פרסום אפשרית רק אם קיימת ודאות קרובה לגבי סכנה ממשית לסדר הציבורי.⁹⁹

אף־על־פי שהשופטים בך ונתניהו הצטרפו להכרעתו של ברק, הם הסתייגו מקביעתו כי חובה על הרשות לשדר גם ביטויים העולים כדי הסתה לגזענות אם אין בהם סכנה קרובה לוודאי לשלום הציבור, ובעיקר על קביעתו כי חובה זו אינה מושפעת מהיות הפרסום בגדר עברה פלילית לכאורה. השופט בך (שבגלגול קודם שימש סגן התובע במשפט אייכמן) פירט בנושא וחזר לחלקים מהשיח של הדור המוקדם יותר בבית־המשפט – אותו דור של שופטים יוצאי גרמניה או חניכיה. הוא כתב, בין היתר, כי "אינני סבור, כי במדינת ישראל, על רקע נסיונו הטראגי והטראומטי של עמנו, צריך אני להכביר מילים, כדי לעמוד על טיבה ומהותה ההרסניים של ההסתה לשינאה גזענית",¹⁰⁰ ובהמשך הוסיף כי "הכללת פרסום דברי ההסתה הגזענית במסגרת הנושאים שעקרון חופש ההתבטאות מגן עליהם באופן כה מרחיק לכת, הינה בלתי מוצדקת ומלאכותית".¹⁰¹ השופט בך, לא כמו ברק, מוכן לאשר פסילתם לשידור של דברים אשר יש בהם כדי לפגוע ברגשות בדרגת הסתברות של ודאות קרובה.

בשנות התשעים נהפך שיח חופש הביטוי מבית־מדרשם של אגרנט, שמגר וברק לבולט יותר. כך, בית־המשפט העליון (מפי הנשיא ברק) פסל החלטה של המועצה לביקורת

95 במקום אחר ביקרנו את עמדת רוב השופטים על כך שהיו מוכנים להפעיל את עקרונות המשפט הטבעי על־מנת להגן על הדמוקרטיה הישראלית מפני השמאל הקיצוני אך לא מפני הימין הקיצוני, ובכך חזרו על אותה טעות של שופטי בתי־המשפט של רפובליקת ויימר. ראו זלצברגר ועוזלצברגר, לעיל הערה 62, בע' 279–283.

96 עניין כהנא, לעיל הערה 3.

97 שם, בפסקה 20 לפסק־דינו של השופט ברק.

98 ראו לעיל הטקסט הנלווה להערה 16.

99 עניין כהנא, לעיל הערה 3, בפסקה 38 לפסק־דינו של השופט ברק.

100 שם, בפסקה 4 לפסק־דינו של השופט בך.

101 שם, בפסקה 5 לפסק־דינו של השופט בך.

סרטים לצנזר קטעים מהסרט היפני "אימפריית החושים" כתנאי להתרת הקרנתו.¹⁰² כן נדחתה עתירה נגד רשות השידור שביקשה לאסור הקרנת מחזה על משפט קסטנר בטענה כי המחזה אינו נאמן לעובדות ההיסטוריות ובכך פוגע במורשתה של חנה סנש.¹⁰³ גם כאן נקבע, מפי הנשיא ברק, כי אף אם יש במחזה משום פגיעה בכבודה ובשמה הטוב של סנש, ברגשות של הציבור בכלל ושל ניצולי־שואה בפרט וכן בערכים לאומיים, חופש הביטוי גובר עדיין, שכן רק פגיעה ברגשות שהיא קשה, רצינית וחמורה – כלומר, מעבר לרמת הסבולת שכל אדם נוטל על עצמו בחברה דמוקרטית – עשויה להצדיק הטלת הגבלות על חופש הביטוי וחופש היצירה. כמו־כן, הסתברות התרחשותה של פגיעה כזו ברגשות צריך שתהיה בגדר של ודאות קרובה.

לתפיסתו המרחיבה של ברק בנוגע לחופש הביטוי הצטרפו כמה משופטי בית־המשפט העליון בשנות התשעים ובעשור הראשון של המילניום החדש. השופט דורנר היא אולי הדוגמה הבולטת לעמדה זו. בשנת 1994 הרחיבה דורנר את חופש הביטוי גם לביטויים מסחריים. היה זה על רקע תקדימים של בית־המשפט העליון שלא הכירו בחופש הביטוי המסחרי.¹⁰⁴ בפסק־הדין בעניין קידום היא פסקה (בהסכמת השופט כן ובהתנגדותו של השופט חשין) כי רשות השידור לא הייתה מוסמכת לפסול תשדיר פרסומת ובו הסיסמה "לך תצטיין". השופט דורנר קבעה אומנם כי היקף חופש הביטוי המסחרי צר מהיקף חופש הביטוי הפוליטי, וכי ניתן להגביל ביטוי מסחרי בגלל פגיעה ברגשות, אך "אין אפשרות לנתק בין מושג 'הטעם הטוב' באמנות לבין המושג בפירסום. אין להציב, לצורך שידורים של יצירות אמנות, אמת מידה של 'טעם טוב' ההולמת חברה פתוחה וליברלית, ואילו לצורך תשדירי פרסומת להשתמש באמת מידה המקובלת בחברה שמרנית וסגורה".¹⁰⁵ על הלכה זו חזרה דורנר בשנת 2000, בהסכמת המשנה לנשיא שלמה לויין והשופט שטרסברג־כהן, בפסק־דין יפאורה,¹⁰⁶ שעסק בפסילת תשדיר פרסומת בשל תכניו המיניים.

קולה הליברלי של השופטת דורנר נשמע גם בתחומים אחרים הנוגעים בחופש הביטוי. כך, בעניין אינדור קבעה דורנר, בהסכמת השופטים גרוניס וריבלין, כי סירובה של עיריית ירושלים להציב שלטי־חוצות הנושאים את הכיתוב "יוסף שריד משת"פ של ערפאת" אינו חוקי.¹⁰⁷ העירייה הסתמכה בסירובה על חוק־עזר עירוני המאפשר לה לסרב לתת השילוט אם בתוכנו יש משום פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו. דורנר קבעה כי לנוכח משקלו הסגולי הכבד של חופש הביטוי, העירייה רשאית להשתמש

102 בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661 (להלן: עניין סטיישן פילם).

103 בג"צ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (להלן: עניין סנש).

104 ראו בג"צ 421/71 יפאורה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד כה(2) 741, וכן בג"צ 245/87 בראטר נ' רשות השידור, תקדין 2(88) 42, אשר לו היה שותף השופט ברק (כתוארו א).

105 בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 14 (להלן: עניין קידום).

106 בג"צ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נד(4) 178.

107 בג"צ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 157.

בחוק־עזר זה רק אם במודעה יש משום פגיעה ברגשות שהיא קשה וכבדה במיוחד, במידה העולה בעליל על רמת הסבולת של החברה בישראל. היא הוסיפה כי "כידוע השיח הפוליטי בישראל מאופיין בהתבטאויות קשות ואף מעליבות ורמת הסבולת המקובלת בחברה היא גבוהה"¹⁰⁸.

אבל לצד העמדה המרחיבה בעניין חופש הביטוי ניתן להצביע גם על קול אופוזיציוני של כמה שופטים בבית־המשפט העליון. כבר ציינו את הסתייגותו של השופט בך (אחרון ילידי גרמניה שכהן בבית־המשפט העליון) מעמדתו המרחיבה של ברק, כפי שבאה לידי ביטוי בעניין כהנא.¹⁰⁹ אולם הקול הבולט ביותר בקרב אופוזיציה זו הוא קולו של השופט חשין. מישאל חשין, בנו של השופט ש"ז חשין, שישב בהרכבו הראשון של בית־המשפט העליון, יליד לבנון שגדל וחונך בישראל, כתב דעות מיעוט הן בעניין סטיישן פילם ("אימפריית החושים")¹¹⁰ והן בעניין סנש (המחזה הטלוויזיוני על משפט קסטנר).¹¹¹ הוא התנגד להכרעת הרוב בעניין קידום (חופש הביטוי המסחרי),¹¹² ואף מצא את עצמו בעמדת מיעוט בעתירתו של אבי גולן נגד שירות בתי־הסוהר, אשר עסקה בסירובו של שירות בתי־הסוהר לבקשתו של האסיר לכתוב טור במקומו על חוויותיו מהכלא.¹¹³ עתירה זו התקבלה בדעותיהם של השופטים מצא ודורנר, שקבעו כי זכותו של אדם לחופש ביטוי אינה נשללת עם מאסרו, וכי היא נתונה לאסיר גם בתא כלאו. שלילתו אפשרית רק אם קיימת ודאות קרובה כי התרתו תפגע באופן ממשי ורציני בסדר ובמשמעת בכלא. השופט מצא, שניתן לשייכו (בהסתייגות מסוימת, שתפורט מיד) למחנה של מרחיבי חופש הביטוי, אף קבע כי חופש הביטוי נכלל בזכויות החוקתיות מכוח חוק כבוד האדם וחירותו, אף שהוא אינו מצוין שם במפורש, מכיוון שהוא חלק אינהרנטי מכבוד האדם.¹¹⁴ על מסקנה זו חלקה השופטת דורנר.¹¹⁵

השופט חשין כתב כאמור דעת מיעוט בכל פסקי־הדין הללו. בין היתר הוא מציין כי "המושג 'חופש הביטוי' אינו מושג קסם שאם ייקרה על דרכנו ניקוד ונשתחוה לו".¹¹⁶ במקום אחר הזכיר חשין את אמירתו המפורסמת של וולטיר, "אינני מסכים למלה אחת שאתה אומר, אך אגן עד־מוות על זכותך להביע את דעתך", והוסיף: "לו שאלנו את וולטיר אם יגן עד מוות על זכותה של העותרת להשמיע את סיסמת הפרסומת 'לך תצטיין' – בהסבירונו לו הסבר־היטב כי מדברים אנו בחופש הדיבור – כי אז היה מבקש מאיתנו לחזור שנית על השאלה: כה רחוק היה הדבר מכוונתו."¹¹⁷ תפיסתו של חשין את חופש הביטוי דומה לתפיסה הקונטיננטלית, המכפיפה את חופש הביטוי לכבוד האדם. כך, למשל, כתב בפסקי־הדין בעניין סטיישן פילם:

- 108 שם, בע' 164.
 109 ראו הטקסט הנלווה להערה 100.
 110 עניין סטיישן פילם, לעיל הערה 102.
 111 עניין סנש, לעיל הערה 103.
 112 עניין קידום, לעיל הערה 105.
 113 עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136.
 114 שם, בע' 157.
 115 שם, בע' 190.
 116 עניין סטיישן פילם, לעיל הערה 102, בפסקה 3 לפסק־דינו של השופט חשין.
 117 עניין קידום, לעיל הערה 105, בע' 18.

"אלא שיכול הטוען לטעון, כי לא חופש הפירסום אלא האדם הוא העומד במרכז הבימה. חופש הביטוי אינו אלא קונצפציה שנועדה מעיקרה לשרת את האדם. לעולם נפתח באדם, נלך עם האדם יד-ביד, ונסיים באדם. וגם אם נבקש להגן על האדם באמצעות חופש הפירסום, הנה האדם הוא התכלית, וחופש הפרסום אינו אלא כלי ואמצעי להיטיב את מצבו של האדם."¹¹⁸

את דעת המיעוט שלו בעניין סגש הוא פותח באלה המילים:

"הוא נולד ביום כ' באדר ב' תשנ"ב (25 מארס 1992). בהיותו כבן שנתיים - ביום כ"ז באדר תשנ"ד (10 מארס 1994) - ערכו ניתוח בגופו: שיפרו את מראהו והוסיפו לו בינה. בימים אלה הוא כבן שבע וחצי, תרבינה שנותיו. מדברים אנו, כמובן, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק היסוד החשוב ביותר שנחקק לתפארת כבוד האדם וחירותו. כבוד האדם הוא בריח התיכון בחוק יסוד זה, מראש ועד כף רגל. החוק ספוג כולו בכבוד האדם, וכבוד האדם הוא הנותן בו חיים. ציפיתי, קיויתי, כי עתירה זו שלפנינו תתקע יתד עמוקה בקרקע המשפט - עד סלע - וכי אל יתד זו ייקשר, מעל לקרקע, תורן גבוה ובקצהו דגל כבוד האדם. למען ידעו הכל - למקצה הארץ ועד קצה - כי תחילה והמשך וסוף הם בכבוד האדם. כי באין כבוד האדם אין אדם ואין חברת אדם. כך קיויתי, כך ציפיתי. צר לי שהחמצנו הזדמנות זו שנקרתה על דרכנו. לא ניוואש ונמתין ליום המחר."¹¹⁹

חשין אינו מסתיר את ביקורתו על השיח הברקי של חופש הביטוי, וכותב: "סבורני כי חברי הרחיקו לכת במתן חירות לחופש הביטוי, תוך קיצוץ בלתי ראוי בערכים אחרים, ערכים חשובים - חשובים מאוד - אף הם."¹²⁰ אכן, חשין מבקש להבחין בין היקף חופש הביטוי בישראל לבין היקפו בארצות-הברית. הוא מפרט מדוע יש לעשות את ההבחנה: עיגונו של חופש הביטוי במעמד-על בחוקת ארצות-הברית (ומכלל הן נשמע הלאו לעמדה כי גם אצלנו חופש הביטוי מוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו); המבנה הפדרלי, המאפשר הפעלת סטנדרטים שונים במדינות שונות באשר למוסר החברתי שיכול לגבור על חופש הביטוי; ושיטת חר-המושבעים, המשאירה את האיזון בידי החברה.¹²¹ מעניין במיוחד הדיון הנוסף בבית-המשפט העליון בפרשת ידיעות אחרונות נ' יוסף קראוס.¹²² תיק זה עסק בחוק איסור לשון-הרע, ובהקשרנו - באיזון שבין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב. דעת הרוב של השופטים לוי, אור, זמיר, מצא ודורנר קבעה כי התרשלותו של עיתון מפרסום ידיעה על אי-הגשת כתב-אישום אין בה כדי להשפיע על בחינת הגנתו התקיפה של העיתון בפרסום החשדות נגד קראוס. בכך נתנה דעת הרוב משקל מכריע לחופש הביטוי אל מול הזכות לשם טוב. השופטים חשין וגולדברג סברו,

118 עניין סטיישן פילם, לעיל הערה 102, בפסקה 41 לפסק-דינו של השופט חשין.
 119 עניין סגש, לעיל הערה 103, בפסקה 1 לפסק-דינו של השופט חשין.
 120 שם, בפסקה 10 לפסק-דינו של השופט חשין.
 121 עניין סטיישן פילם, לעיל הערה 102, בפסקה 54 לפסק-דינו של השופט חשין.
 122 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1.

בדעת מיעוט, כי אי-פרסום דבר ביטול האישומים יש בו כדי להשפיע על היכולת להשתמש בהגנת אמת בפרסום. השופט חשין סמך את פסק-דינו על כבוד האדם, ואף שאסמכתותיו מובאות ברובן מהמשפט האנגלו-אמריקני, תפיסתו היוריספרודנטית הכללית בנושא מזכירה דווקא את הגישה הגרמנית-הקונטיננטלית, הרואה בכבוד האדם את הזכות המרכזית, ואת חופש הביטוי כנגזרת ממנו או כמשנית לו. הנה כי כן, קם יורש לדור ה"גרמני" המייסד של בית-המשפט העליון.

דוגמה נוספת לקול שונה של בית-המשפט מצויה בפסק-דין גוש שלום נ' רשות השידור משנת 2001.¹²³ רשות השידור סירבה לשדר תשדיר פרסומת בתשלום מטעם גוש שלום שהופנה לחיילי צה"ל והזהיר אותם מפני ביצוע מעשים המהווים, לפי האמור בתשדיר, פשעי-מלחמה. נימוקה של רשות השידור להחלטתה היה כי בתשדיר יש משום טעם לפגם מבחינה מוסרית וציבורית, פגיעה בטעם הטוב ובסדר הציבורי וגרימת נזק לציבור, וכי הוא עוסק בעניין ששנוי במחלוקת מבחינה ציבורית, פוליטית ואידיאולוגית. בית-המשפט דחה את העתירה בפסק-דין קצר מפי השופטת שטרסברג-כהן ובהסכמת השופטות פרוקצ'יה ונאור. השופטת שטרסברג-כהן נמנעה מהכרעה בשאלה אם מדובר בכלל בתשדיר פרסומת, והייתה נכונה להניח כי הדבר אכן כך ולהתבסס על נימוקי הדחייה של רשות השידור. היא ציינה אומנם את חשיבותו של חופש הביטוי, אך הוסיפה כי "חופש הביטוי אינו ערך מוחלט. עצם ההכרה בהתבטאות כחוסה בצלו של חופש הביטוי אינה מחיבת מתן במה לה בכל מסגרת. מקום שחופש הביטוי מתנגש בערכים אחרים אשר לחברה האינטרס להגן עליהם, יש לאזן בינו לבין הערכים המתחרים. בכל מקרה של התנגשות נגזר האזיון מהחשיבות המיוחסת לערך המתחרה לעומת חשיבותו של חופש הביטוי במקרה המסוים".¹²⁴ בפסק-הדין אין זכר למבחן האזיון שעל בית-המשפט לאמץ או לוודאות קרובה, ואין התייחסות מהותית לתקדימים השונים שבהם עסק בית-המשפט בהחלטות דומות של רשות השידור להימנע משידור תשדירי פרסומת על בסיס אותם כללים של הרשות שנותחו בהרחבה באותם תקדימים.

קבוצת פסקי-דין שיש בה כדי להבליט את חילוקי-הדעות בבית-המשפט העליון בנוגע למעמדו של חופש הביטוי קשורה לשאלת מעמדו של העיקרון במסגרת המשפט הפלילי. השאלה עלתה בכמה פסקי-דין של בית-המשפט העליון בעשור האחרון, כאשר הטראומה של רצח יצחק רבין הייתה עדיין טרייה. הראשון מביניהם היה משפטו של הרב עידו אלבה. אלבה הואשם והורשע בבית-המשפט המחוזי, בין היתר בהסתה לגזענות ובתמיכה בארגון טרוריסטי, בגין פרסום מאמר שכותרתו "בירור הלכות הריגת גוי". ערעורו בבית-המשפט נשמע לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים, אשר ברוב דעות אישר את ההרשעה, כנגד דעתם החולקת של השופטים טירקל וטל, שקבעו כי ציטוט כתבי-יד אינו יכול להיחשב הסתה לגזענות.¹²⁵ השופט טירקל גם קבע כי הפרסום הוא בגדר חופש אקדמי, שיכול להיות רחב יותר מהגנת חופש הביטוי – ביטוי שאינו מוגן על-ידי חופש הביטוי יכול שיהיה מוגן על-ידי חופש אקדמי.

123 בג"צ 7144/01 גוש שלום נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887.

124 שם, בע' 890.

125 ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד נו(5) 221.

אבל המחלוקות המרכזיות הרלוונטיות לנושאנו היו קשורות לשאלה אם יש לראות במבחן ההסתברותי של ודאות קרובה חלק ממרכיבי העברה של הגדרת "המפרסם דבר", אם פרסום דבר שאינו גזעני אך מתוך מטרה להסית לגזענות משכלל את יסודות העברה, ואם "מתוך מטרה להסית לגזענות" כולל גם מבחן צפיות בהעדרה של כוונה מוכחת. דעה המחייבת השתלה של מבחן הסתברותי מצמצמת את תחולת העברה ובכך מרחיבה את חופש הביטוי, לעומת עמדה השוללת מבחן זה, שניתן לראותה כמצמצמת את חופש הביטוי. התמקדות במטרה להסית ללא קשר למהות תוכנו של הפרסום מרחיבה את תחולת העברה ומצמצמת את חופש הביטוי, ולהפך. לבסוף, הכללת מבחן צפיות מצמצמת את חופש הביטוי, ואילו דרישת הוכחת כוונה מרחיבה אותו.

באופן לא מפתיע רמז הנשיא ברק בפסק-הדין כי עמדתו מחייבת את הכללת המבחן ההסתברותי של ודאות קרובה כחלק ממרכיבי העברה (אף שקבע כי במקרה הנידון ניתן להשאיר שאלה זו בצריך עיון שכן כאן הוכחה הסתברות ברמת ודאות גבוהה ביותר), וכי אין להרשיע בעברה זו ללא הוכחה שתוכן הפרסום אכן גזעני, אף אם מטרת המפרסם הייתה להסית לגזענות. כמו-כן שלל ברק את החלת הלכת הצפיות בעברה של הסתה לגזענות (אם כי גם עניין זה לא היה דרוש לצורך אישור ההרשעה), מתוך שאיפה לתת משקל ראוי לחופש הביטוי. בכך שמר ברק אמונים לגישה המרחיבה לחופש הביטוי. ברוב הסוגיות הללו העמידו השופטים טירקל וטל את עצמם לצידו של ברק. מפסק-דינם עולה כי הם במחנה המרחיב של חופש הביטוי, אך יש לזכור כי מדובר בשני שופטים דתיים, והרשעת המערער בגין ציטוט מכתב-ביקודש הייתה באופן טבעי בעייתית לדידם.

השופט מצא, לעומת זאת, קבע כי אין צורך במבחן הסתברותי, כי די בהוכחת כוונה להסית לגזענות ללא קשר למהות תוכנו האובייקטיבי של הפרסום, וכי צפיות מספקת להרשעה. בכך הציב השופט מצא את עצמו במחנה של מצמצמי חופש הביטוי. הוא כתב כי "הביטוי הגזעני הוא חריג. הוא מצוי מחוץ לגדרה של תפיסת עולם דמוקרטית, ושערי חופש הביטוי נעולים בפניו", וכן כי "בקביעת היקפו של האיסור הפלילי על פרסום הסתה לגזענות אין לייחס כל משקל לחופש הביטוי".¹²⁶ מצא גם העיר כי לא היה יכול להצטרף להכרעתו של ברק בפסק-הדין בעניין כהנא, שעל-פיה אין למנוע מראש ביטוי גם אם פרסומו עלול להוביל להרשעה בהסתה לגזענות. לעמדתו של השופט מצא הצטרפו גם השופט בך, אשר המשיך בכך את הקו המצמצם יותר כלפי חופש הביטוי שאותו ביטא בפסק-הדין בעניין כהנא. השופטים גולדברג ודורנר נקטו עמדת-ביניים, שעל-פיה חופש הביטוי הוא בהחלט שיקול בקביעת גבולות העברה, ועל-כן אין להסתפק במטרה להסית, אלא יש להוכיח כי דבר הפרסום אכן גזעני. עם זאת, בשתי הסוגיות האחרות – מבחן ההסתברות והחלת הלכת הצפיות – העמיד השופט גולדברג את עצמו עם עמדת השופט מצא, ואילו השופט דורנר דחתה את החלת הלכת הצפיות בעברה זו, אך גם את החלת מבחן ההסתברות כחלק מיסודות העברה.¹²⁷

חילוקי-הדעות האקדמיים הללו (בין שופטי הרוב) קיבלו משמעות מעשית בפסק-הדין

126 שם, בפסקה 24 לפסק-דינו של השופט מצא.

127 ראו מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'" משפטים ל (תשנ"ט) 105.

בעניין ג'בארין, שבו נערך דיון נוסף בבית־המשפט העליון על הרשעה בעבירה של תמיכה בארגון טרור.¹²⁸ ג'בארין - עיתונאי - פרסם סדרת מאמרים שבהם הביע את תמיכתו ועידודו בזריקת אבנים ובקבוקי־תבערה. השאלה בנוגע לדרישת קשר הסתברותי בין הפרסום לבין הסיכון שיתרחשו בעקבותיו מעשים אלימים הייתה במוקד הדיון בערעור,¹²⁹ שבו התקבלה עמדתו של השופט מצא מפסק־דין אלבה, שעל־פיה אין צורך בקשר הסתברותי לצורך הרשעה. למסקנה זו הגיעו - נוסף על השופט מצא, שישב בערעור - גם השופטים גולדברג וקדמי.

בדיון הנוסף הוסט מוקד המחלוקת לשאלה נוספת - אם נדרש כי דברי השבח לאלימות יופנו ישירות לארגון טרוריסטי. לשון הסעיף לא קבעה כך, אך הסעיף הוא חלק מהפקודה למניעת טרור, שהמונח "ארגון טרוריסטי" שזור לכל אורכה, וכן כותרת הסעיף היא "תמיכה בארגון טרוריסטי". במחנה המרחיב את חופש הביטוי, שצמצם את תחולת העבירה לתמיכה במעשי אלימות של ארגון טרוריסטי, התייצבו השופטים אור (שכתב את פסק־הדין המרכזי), ברק, דורנר וטירקל. במחנה המצמצם את חופש הביטוי נותרו, בעמדת מיעוט, השופטים מצא, לוין וקדמי. מעניין שאחד מנימוקיו של השופט קדמי לבחירתו בפרשנות מרחיבה לעבירה, שאינה דורשת כי מעשי העידוד יהיו לאלימות של ארגון טרוריסטי דווקא, הוא רצח ראש הממשלה רבין, כמעשה טרוריסטי שלא נעשה על־ידי ארגון.¹³⁰ אף שהדבר לא נאמר על־ידיו, כמובן, ניתן לפרש הערה זו של השופט קדמי גם כביטוי החולק על עמדתו של השופט ברק, שהתירה, בסדרת פסקי־הדין בעניינו של כהנא, חופש ביטוי לעמדות ימניות קיצוניות.

באותו מועד שבו ניתן פסק־הדין בדיון הנוסף בעניין ג'בארין, הכריע בית־המשפט העליון בדיון נוסף אחר - בעניינו של בנימין כהנא, שזוכה קודם לכן על־ידי בית־המשפט העליון ברוב דעות (של השופטים ברק וגולדברג כנגד דעתו של השופט מצא) מעבירת המרדה, לאחר שפרסם כרוז שקרא להפציץ את אום אל־פאחם.¹³¹ נוסף על השאלה בנוגע לדרישת הקשר ההסתברותי לצורך הרשעה, עמדה גם השאלה אם עבירת ההמרדה מוגבלת לסיכון סדרי המשטר והממשל או שמא סעיף 136 לחוק העונשין, שעל־פיו הואשם כהנא - "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסיה" - כולל ערכים מוגנים נרחבים יותר, ועל־כן יש בו משום צמצום־יתר של חופש הביטוי.

גם כאן הציב הנשיא ברק את סמן העמדה המרחיבה את חופש הביטוי, אלא שבתיק זה הוא נותר, יחד עם השופט טירקל, בעמדת מיעוט. חמשת השופטים האחרים גרסו כי יש להפוך את פסק־הדין של בית־המשפט העליון ולהרשיע את כהנא. השופט אור, שכתב את פסק־הדין המרכזי, קבע כי הערך המוגן בעבירת ההמרדה אינו מוגבל למבנה המשטר, אלא כולל, בהקשר הנוכחי, גם "לכידות חברתית". דברים שעלולים לרופף לחלוטין את הדבק המינימלי המחבר בין חלקיה השונים של החברה ולמנוע אפשרות של חיים משותפים באותה מדינה צריכים להיחשב המרדה.

128 עניין ג'בארין, לעיל הערה 19.

129 ע"פ 4147/95 ג'בארין נ' מ"י, פ"ד נ(4) 38.

130 עניין ג'בארין, לעיל הערה 19, בע' 214.

131 דנ"פ 1789/98 מ"י נגד כהנא, פ"ד נד(5) 145.

השופט אור מחייב אומנם מבחן הסתברותי כחלק מיסודות העברה, אך קובע כי "בחירת ההסתברות של ההמרדה תיעשה בהתאם לכלל נסיבותיו של כל מקרה".¹³² בכך הוא מרמז שאותו ביטוי ממש עשוי לא להוות עברה בחברה אחת, ואילו בחברה אחרת, פגיעה יותר (כחברה הישראלית), הוא עלול להגיע כדי עברה. אל נקודה זו נשוב בחלק האחרון של הפרק, שבו נטען כי גבולות חופש הביטוי בישראל אינם צריכים להיות זהים לאלה הנהוגים בארצות-הברית, משם יבאו אגרנט וברק את שיח חופש הביטוי, בדיוק משום שהנורמות החברתיות שלנו ומסורת ההתרה של ביטויים קיצוניים בישראל אינן דומות לאלה שבארצות-הברית. מעניין לציין כי השופטת דורנר (יחד עם השופטים קדמי ומצא) נוקטת אף עמדה קיצונית יותר, בשוללה מבחן הסתברותי כחלק מיסודות העברה. בכך, לפחות בסוגיה זו, היא מבין המצמצמים ביותר את חופש הביטוי.

כאמור, הנשיא ברק נשאר כאן בעמדת מיעוט, שבמסגרתה ביקש להגביל את עברת ההמרדה לסיכון סדרי שלטון וממשל, תוך שהוא מוכן לקבל למען ערך מוגן זה מבחן הסתברותי נמוך יותר מוודאות קרובה. הוא גם קובע, כמו בפסקי-הדין שלו משנות השמונים, כי אף אם תיחשב לכידות חברתית כערך המוגן בעברת ההמרדה, אין לדעתו בכרוז של כהנא כדי לעורר מדנים בין חלקי האוכלוסייה.

זה לא כבר התבקש בית-המשפט העליון, בעניין ביטון,¹³³ לעיין שוב בעברה הפלילית של פרסום לשון-הרע ובפלל שקבע הוא עצמו בפרשת בורוכוב,¹³⁴ שעל-פיו אין להחיל את הלכת הצפיות על היסוד הנפשי הנדרש בעברה זו על-פי סעיף 6 לחוק איסור לשון-הרע – כוונה לפגוע. אי-החלת הלכת הצפיות נקבעה כדי לצמצם את פגיעתו של האיסור הפלילי בחופש הביטוי. דהיינו, הרשעה על-פי חוק זה תתאפשר רק אם תוכח כוונה לפגוע, ואין די בצפיות לפגיעה. בפסק-דין ביטון אישר הרוב – בראשות הנשיא ברק ובהסכמת השופטים בניש, פרוקצ'יה, לוי, ריבלין וטירקל – את הלכת בורוכוב. עמדה שונה הביעו המשנה לנשיא השופט חשין והשופטים מצא ונאור. כבפסקי-דין קודמים שלו, קבע חשין כי חופש הביטוי והזכות לשם טוב – המתגוששים במקרה דנן – שניהם בנים לכבוד האדם ולכן אין לקבוע יחס מדרגי ביניהם. מכך הסיקו שופטי המיעוט כי יש להחיל את הלכת הצפיות בעברה לפי חוק איסור לשון-הרע, שמשמעותה צמצום חופש הביטוי מול הזכות לשם טוב.

נהה כי כן, המסורת השיפוטית הישראלית של חופש הביטוי היא רבת-פנים גם בשנים הפורמטיביות של המדינה וגם כיום. המסורת האמריקנית, שמייצגיה הבולטים הם הנשיאים אגרנט, שמגר וברק, לא התקבלה על-ידי כל שופטי בית-המשפט, ואולי אף לא על-ידי רובם. כפי שביקשנו לטעון, בבית-המשפט העליון בישראל ניכרות טביעות-האצבע הן של הגישה האמריקנית והן של הגישה הגרמנית/האירופית. בהקשר זה ניתן לתהות אם עמדתם של רבים מבין השופטים בעלי הזיקה ה"ייקית" או הקונטיננטלית נובעת מהשפעה ישירה של החוקה הפדרלית הגרמנית, ה-Grundgesetz, או שמא מקורה בתהליך דומה של הפקת לקחים מכשלונה של החוקה הוויימרית, אשר הניב בחשיבה

132 שם, בפסקה 29 לפסקי-דינו של השופט אור.

133 רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, תק-על 1/2005(1), 4187.

134 ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד (לט) 3/205.

המשפטית הישראלית תוצאה מקבילה לזו שהופיעה בחוקתה של גרמניה החדשה. מכל מקום, שיווי-המשקל השונה בין עקרון חופש הביטוי לעקרון כבוד האדם, המבדיל בין שני צידי האוקיינוס האטלנטי, הוא חלק משדה המתח בתוך בית-המשפט הישראלי עצמו.

ג. חופש ביטוי למי?

נעבור כעת מניתוח עמדותיהם האינדיווידואליות של שופטי בית-המשפט העליון אל ניתוח מוסדי. נתבונן על ההיסטוריה של חופש הביטוי בישראל מבעד לעדשה אחרת – זו של המבקשים את הגנת בית-המשפט על זכותם להתבטא. טענתו השלישית של פרק זה היא שבית-המשפט העליון מעניק חופש ביטוי בדרגות שונות לקבוצות אוכלוסייה שונות, או במילים אחרות, שחופש הביטוי מקבל גוון אחר כאשר המבקשים אותו אינם מקרב הרוב היהודי, אלא משתייכים למיעוט הערבי בישראל או בשטחים הכבושים.¹³⁵ מצב-עניינים זה, הקשור למסורת התרבותית שעליה פירטנו בפרק א, אינו מאפשר לכותבי פרק זה להצטרף בלב שלם לחגיגת חופש הביטוי בישראל.

לעניין זה ניתן להצביע על כמה קבוצות של דוגמות. הראשונה היא קבוצת המקרים שמתייחסת לתנועת אל-אראד ואשר באה לידי ביטוי, כפי שכבר פירטנו, בשורת פסקי-דין מראשית שנות השישים, עשור לאחר תקדים קול העם.¹³⁶ השתמשנו בפסיקות הללו כדי להדגיש קול אחר בבית-המשפט העליון (קולם של ה"ייקים"), אבל אנו סבורים שפסיקות אלה מבטאות גם את הרקורד הבעייתי של בית-המשפט העליון כמוסד בכל הנוגע ליישום שוויוני של עקרון חופש הביטוי לערבים וליהודים, שכן שותפים פעילים בהחלטות אלה היו גם חלוצי השיח הליברלי האנגלו-אמריקני בנוגע לחופש הביטוי, דוגמת השופטים אגרנט, שמגר וברק.

המכה האחרונה לקבוצת אל-אראד ניתנה בהחלטתו של בית-המשפט העליון משנת 1965, בשבתו כבית-משפט לערעורי בחירות, לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית שפסלה את הקבוצה מלהיות מועמדת לבחירות לכנסת השישית.¹³⁷ היה זה השופט אגרנט שכתב את פסקי-הדין המרכזי בדעת הרוב. כאן, כבפסקי-הדין בעניין קול העם, השתמש אגרנט בשיח היוריספרודנטי-החוקתי האמריקני, אבל במקרה זה מטרת הפנייה אל מעבר לאוקיינוס הייתה להדגיש את אופייה היהודי של מדינת-ישראל, כפי שבא לידי ביטוי בהכרזת-העצמאות, ואת היות ההכרזה מקור נורמטיבי לפרשנות של חוק הבחירות. בפסקי-דין זה התעלם אגרנט לחלוטין מחלקה האחר של "ההכרזה על הקמת

135 ראוי לציין כי מסקנותינו בפרק זה אינן מבוססות על מחקר סטטיסטי ושיטתי, אלא על פסקי-הדין שפורסמו בנושא. כמו-כן לא בדקנו את מה שקורה מחוץ לבתי-המשפט, והרי חלק גדול מההתנגשויות עם הרשויות אינן מגיעות בסופו של דבר להכרעת בית-המשפט. במילים אחרות, פרק זה מציג תובנות ראשוניות בלבד, שלצורך בירורן המקיף דרוש מחקר מעמיק יותר.

136 ראו לעיל הערות 70, 71, 73, 74, 76.

137 עניין ירדור, לעיל הערה 76.

מדינת ישראל" (כשמה הרשמי), הלוא הן החירויות המפורטות בה, ומנקודת-מפתח בשיח האמריקני - תפיסה של זכויות ומבחן הוודאות הקרובה בכל הנוגע לגיטימיות של הפגיעה בהן - אשר הוא עצמו עמד עליה עשור קודם לכן. במקום זאת בחר אגרנט לצטט את הפסקה המפורסמת של ויתקון בנוגע ללקח הרפובליקה הוויימרית. שיח הזכויות המשפטי (jurisprudence of rights) נחסם בטרם הוחל באופן שוויוני על כל אזרחי ישראל. תשע-עשרה שנים לאחר פסק-הדין בעניין ירדור התבקש בית-המשפט העליון להרחיב את התקדים שאפשר לפסול רשימות על בסיס מצען גם לרשימת "כך" של מאיר כהנא.¹³⁸ רוב השופטים - שמגר, אלון ובייסקי - אישרו את תקדים ירדור שאפשר פסילת רשימה שמאלנית-ערבית על בסיס מצעה, אך סירבו להרחיבו לרשימתו הימנית הקיצונית אך היהודית של מאיר כהנא. במונח מסוים, בהתבסס כביכול על הלקח הגרמני מתקופת ויימר, חזרו שופטי בית-המשפט העליון שלנו על טעותם של שופטי ויימר בהקלם עם הימין (היהודי) ובהכבידם עם השמאל (הערבי).¹³⁹

קבוצת הדוגמות השנייה נוגעת בסדרת פסיקות שניתנו בתחילת שנות השמונים בעניין פרסום של עיתונים בערבית. המקרה של ד"ר נג'א מחול, משנת 1981, הוא טיפוסי.¹⁴⁰ מחול, מרצה לבריאות הציבור באוניברסיטה העברית בירושלים, ביקשה רישיון לפרסם שבועון בערבית בנושא בריאות הציבור וסוציולוגיה של מדע ומגדר. בקשתה נדחתה על-ידי הממונה על המחוז במשרד הפנים בירושלים ללא מתן הנמקה, ועל כך עתרה מחול לבג"צ. הבסיס הסטטוטורי להליך של בקשת האישור להוצאת עיתון לא היה פקודת העיתונות, שאותה פירש פסק-הדין בעניין קול העם, כי אם תקנה 94 לתקנות הגנה (שעת חירום), 1945.¹⁴¹

הייתה זו הפעם השלישית בהיסטוריה הישראלית שבה עתרו לבית-המשפט נגד החלטה על בסיס תקנה זו. המקרה הראשון היה סירוב לאפשר לקבוצת אל-ארד להוציא לאור עיתון בשנת 1958.¹⁴² בעתירה זו סירב בית-המשפט להתערב בהחלטתו של הממונה על המחוז הצפוני במשרד הפנים, בהתבססו על עילה פורמליסטית שעל-פיה תקנה 94 פוטרת את הממונה על המחוז מהנמקת החלטותיו. המקרה השני, משנת 1979, הוא מקרה אל אסעד, שבו פסל בית-המשפט, בדעת רוב (נגד דעתו החולקת של הנשיא יצחק כהן), את החלטתו של הממונה על המחוז, שכן הלה בחר מיוזמתו לגלות את הסיבות לדחייה ועל-כן אפשר ביקורת שיפוטית של בית-המשפט.¹⁴³ בבג"צ מחול סירב נציג המדינה (בהתבסס על הלקח משנת 1979) לגלות את סיבותיו של הממונה על המחוז לדחיית הבקשה. הוא הציג לבית-המשפט תעודת חסיון ראיות. השופטים אלון, בייסקי ונתניהו, אחרי הליך-ביניים שבו אושרה תעודת החיסיון ועל-כן גם הסתרת ההנמקה מן העותר, דחו את העתירה בקובעם שנמצאו עילות מהותיות המצדיקות את דחיית מתן הרישיון.

138 עניין ניימן, לעיל הערה 94.

139 זלצברגר ועוז-זלצברגר, לעיל הערה 62, בע' 266-276.

140 בג"צ 322/81 מחול נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד (1) 789.

141 ע"ר תוס' 2, (ע) 855, (א) 1055.

142 עניין קהוגי, לעיל הערה 70.

143 בג"צ 2/79 אל אסעד נ' שר הפנים, פ"ד (1) 505.

באותה שנה דחה בית-המשפט גם עתירה של המוציא לאור של העיתון אל-פג'ר נגד פקודה של שר הפנים לסגור את העיתון לחודש אחד, לאחר פרסום שבו ראה השר סכנה לשלום הציבור.¹⁴⁴ במקרה זה, שנסיבותיו דומות לאלה של עניין קול העם, אישר בית-המשפט את החלטת שר הפנים בהשתמשו ברטוריקה של מבחן הוודאות הקרובה. בית-המשפט הגיע להחלטתו למרות העובדה שהפרסום שהיה מושא הסירוב של שר הפנים היה אמור להופיע בשפה האנגלית, ולכן תפוצתו המיועדת הייתה לקהל שסכנתו לשלום הציבור מזערית, כטענת העותר.

במקרה אחר, זה של עסלי משנת 1983,¹⁴⁵ ביטל הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים רישיון של עיתון ערבי בהנמקה שהעיתון נהפך לשופר של החזית הערבית לשחרור פלסטין, המוגדרת כארגון טרור. גם כאן לא נמסרו לעותרים הראיות שבבסיס ההחלטה, וזאת בהתאם לתעודת חיסיון. השופט ברק, בשם בית-המשפט, אישר את תעודת החיסיון, קבע שהראיות שהוצגו לפניו מניחות את הדעת בכל הנוגע להצדקתו של ביטול הרישיון, ואישר את החלטתו של הממונה על המחוז. בפסק-הדין אין זכר לעקרון חופש הביטוי או למבחן הוודאות הקרובה. בית-המשפט ראה כמובן מאליו שאם העיתון אכן משמש כלי ביטוי של ארגון המוגדר ארגון טרור, מוצדק לסגור אותו, ללא קשר לתוכן הפרסומים, שבכל מקרה היו נתונים בפיקוחה של הצנזורה הצבאית.

מקרה נוסף התרחש בשנת 1986, בפרשת אל חטיב.¹⁴⁶ בפרשה זו נסגרו שני עיתונים שהתפרסמו במזרח ירושלים בנימוק שהם משמשים עיתונים של ארגון החזית העממית לשחרור פלסטין. גם החלטה זו של הממונה הייתה מבוססת על ראיות חסויות. המדינה הסכימה לחשוף לפני העותרים אך ורק הצהרה כללית בדבר סוג הראיות שיש בידיה. השופט שלמה לויין דחה את טענות העותרים, שלפיהן יש להחיל את הלכת קול העם על לשון תקנה 94, וקבע: "השאלה נושא הלכת 73/53 [עניין קול העם - ע' ז' ופ' ע"ז] אינה נוגעת לענייננו, שאין אנו נדרשים בגדר תקנה 94 לפרש דיבור שאינו מופיע בה".¹⁴⁷ בכך הבחין לויין את המקרה מהלכת קול העם, וקבע כי מבחן הוודאות הקרובה לא יחול בפרשנות של תקנה 94.

המשותף לכל פסקי-הדין שסקרנו לעיל הוא שכולם פסקי-דין קצרים, אשר מתבססים על סגנון פורמליסטי של הנמקה ומזכירים בקושי, אם בכלל, את עקרון חופש הביטוי או את המבחנים להגבלתו. חסר זה בולט בעיקר על רקע פסקי-דין אחרים שניתנו באותה תקופה לגבי עיתונים עבריים. אלה עתרו לא נגד צווי סגירה, אלא נגד צנזורה נקודתית של מאמרים. במקרים אלה נידון חופש הביטוי בהרחבה. כדוגמה ניתן להביא את פסק-דין שניצור משנת 1988 נגד הצנזור הצבאי הראשי,¹⁴⁸ שבו הפך בית-המשפט החלטה של הצנזור שפסלה כתבה בעיתון העיר על ראש המוסד. בית-המשפט דחה את טענתו של

144 בג"צ 644/81 עומר אינטרנשיונל אינק נ' שר הפנים, פ"ד לו(1) 227.

145 בג"צ 541/83 עסלי נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד לו(3) 837.

146 בג"צ 562/86 אל חטיב נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד מ(3) 657.

147 שם, בע' 660.

148 בג"צ 680/88 שניצור נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617.

הצנזור כי הפרסום עלול להזיק למוסד ולסכן פיזית את ראשו, בקביעה שיישום מבחן הוודאות הקרובה מוביל להעדפה ברורה של חופש הביטוי.

קבוצת הדוגמות השלישית קשורה להשוואה בין שני פסקי-דין של בית-המשפט העליון בנוגע להחלטות של רשות השידור. בשנת 1982 החליטה מליאת רשות השידור לא לשדר ראיונות עם אנשי-ציבור שזיהו את עצמם עם העמדה שאש"ף הוא הנציג הלגיטימי של העם הפלסטיני ביהודה, שומרון ועזה. בשנת 1984 החליטה מליאת הרשות לא לשדר ראיונות שמובעות בהם עמדות גזעניות בנוסח הרב מאיר כהנא, למעט מידע חדשותי. נגד שתי ההחלטות הוגשו עתירות לבג"צ. שתי ההחלטות נפסלו על-ידי בג"צ,¹⁴⁹ אבל הנקודה המעניינת היא ההשוואה בין ההנמקות וסגנון. בעוד שפסקי-הדין בעניין זכרוני היה עתיר ציטטות מפורטות מן האמנה הפלסטינית, בצירוף ביטויים חוזרים ונשנים של גינוי ותיעוב כלפי אש"ף ומצעו המדיני, פסקי-הדין בעניין כהנא לא כלל כמעט דיון או ניתוח של עמדות כהנא ותומכיו, אלא פיאר באריכות את מעלותיו של חופש הביטוי. עניין זכרוני הוכרע ברוב דעות, כאשר גם הרוב נמנע מדיון בחופש הביטוי של הפלסטינים ותומכי אש"ף, והתמקד בקושי הטכני בגיבוש "רשימה שחורה" של אישים שדבריהם אסורים לשידור. בניגוד לכך, פסקי-הדין בעניין כהנא עסק ברובו בזכותו האישית של מאיר כהנא לחופש ביטוי. הבדלי הדגש אומרים דרשני: גזענות יהודית מימין נתפסת כנתעבת אך נכללת בסוכך ההגנה על חופש הביטוי; לאומנות פלסטינית – לא.

קבוצת פסקי-דין רביעית נוגעת בסמכותה של המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפסול להקרנה סרטים. כבר הזכרנו כי בשנת 1978 פסלה המועצה להקרנה בישראל סרט שהופק על-ידי צוות מהאוניברסיטה החופשית בברלין בנושא "המאבק על הקרקע – או פלסטין בישראל", מן הטעם שהסרט אינו מנסה לשמור על גישה מאוזנת, מסלף במזיד עובדות היסטוריות ומכוון בעליל להשחיר את דמותה של מדינת-ישראל ולהסית את האוכלוסייה הערבית בישראל. בפסקי-דין קצר של ממלא-מקום הנשיא (כתוארו אז) השופט לנדוי נדחתה העתירה של בעל הזכויות בסרט – אהוד עין גל.¹⁵⁰ לנדוי מקדיש חלק ניכר מפסקי-הדין להתפלמסות בעניין נכונותם של התיאורים ההיסטוריים בסרט, וקובע כי אין פגם בשיקול-דעתה של המועצה, שעל-פיו בסילוף ההיסטורי יש משום מתן לגיטימציה למעשי רצח של ארגוני החבלה בתוך המדינה. את טענת העותר כי אין בסרט "מלים לוחמות" לנדוי מכנה "טענה מיתממת" שיש לדחות, מכיוון שאילו הוצג סרט זה במדינה, הוא היה משמש "מכשיר יעיל להסתה ולהכשרת הלבבות של ערבים תושבי המדינה לסייע בכצוען של פעולות פליליות".

מעניין להשוות את פסקי-הדין הנה לפסקי-דין שניתן יותר מחמש-עשרה שנה קודם לכן, ואשר נכנס להיכל "חגיגת מסורת חופש הביטוי", בעניין אולפני הסרטה.¹⁵¹ בפסקי-דין זה הפך בית-המשפט העליון (השופט לנדוי עצמו) החלטה של המועצה לפסול להקרנה ביומני החדשות של הקולנוע סיקור של פיגועי תושבים יהודים בשכונת סומייל

149 בג"צ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד (ז)1 (1) 757 (להלן: עניין זכרוני); עניין כהנא, לעיל הערה 3.
150 עניין עין גל, לעיל הערה 79.
151 עניין אולפני הסרטה, לעיל הערה 67.

בתל-אביב. הקטע נפסל משום שלדעת המועצה הסיקור לא היה אובייקטיבי ולא "שיקף את הבעיה בכללותה". בפסק-הדין בעניין עין גל התייחס לנדוי לפסק-דינו המוקדם אך הבחין בין המקרים בכך שבעניין אולפני ההסרטה דובר בצילום והקרנה של אירועים מ"ענייני דיומא בסרט תיעודי, שבו אינה נדרשת הצגה של בעיות בשלמותן", ואילו כאן מדובר ב"סרט הסברתי המתמר להיות תיעודי אך לאמיתו של דבר יש בו הצגה מגמתית של מאורעות העבר, תוך סילוף העובדות ההסטוריות".¹⁵²

קשה לנו להבין את ההבחנה, שהרי הטענה נגד סיקור פיגועים של תושבי סומייל הייתה אף היא כי מדובר בסיקור מגמתי תוך סילוף העובדות בשלמותן. האם ייתכן שהשוני נובע מכך שבעניין אולפני הסרטה דובר בעניין פנים-יהודי ואילו בעניין עין גל דובר בהצגת הגרסה הערבית למאורעות 1948?

תיקון מסוים עשה בית-המשפט העליון עשרים וחמש שנה לאחר פסק-הדין בעניין עין גל, במקרה הטעון של הסרט "ג'נין-ג'נין", שנאסר להקרנה על-ידי המועצה לביקורת סרטים.¹⁵³ בפסק-דין ארוך ומנומק ביטל בית-המשפט העליון את ההחלטה, בציינו במפורש (מפי השופט דורנר) כי "מאז ניתן פסק-דין זה [בעניין עין גל - ע' ז' ופ' ע"ז] בשנת 1979 השתנו העתים והשתנה הדין. נוכח הפסיקה שניתנה מאז אין עוד ההלכה שנקבעה שם יכולה לעמוד".¹⁵⁴ זאת ועוד, בעוד שהנימוק המרכזי בפסק-הדין בעניין עין גל היה כי ביטוי שקרי עלול להוביל לאלימות, בפסק-הדין בעניין בכרי ציינה השופטת דורנר כי "הטלת איסור על ביטויים שקריים עלולה לתרום להצטברות ה'קיטור', שתביא להתפרצות אלימה שלו".¹⁵⁵

ראוי לציין כי למרות התוצאה הסופית של פסק-הדין - ביטול החלטת הפסילה של המועצה לביקורת סרטים - בית-המשפט (ובעיקר פסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה) טורח להתפלמס ארוכות עם העובדות המוצגות בסרט, ומדגיש עד כמה הסרט שקרי ופוגע "פגיעה ממשית, אמיתית וקשה" ברגשותיהם של "חוגים רחבים בציבור הישראלי".¹⁵⁶ פסק-הדין בעניין בכרי מדגיש אומנם את חופש הביטוי, לרבות ההנמקה כי דווקא איסור הביטוי עלול להגביר את האלימות, אך למעשה יש כאן רטוריקה אפולוגטית שאינה כה מרוחקת מקו ההנמקה של פסק-הדין בעניין עין גל.

נדמה, אם כך, שהמסורת המפוארת של בית-המשפט העליון בנוגע לחופש הביטוי אינה מופעלת באופן שוויוני כאשר אלה המבקשים את הגנת בית-המשפט אינם נמנים עם קבוצת הרוב היהודי בישראל.

152 עניין עין גל, לעיל הערה 79, בע' 278.
 153 בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (להלן: עניין בכרי).
 154 שם, בפסקה 16 לפסק-דינה של השופטת דורנר.
 155 שם, בפסקה 9 לפסק-דינה של השופטת דורנר.
 156 בקשה לדיון נוסף בתיק זה נדחתה על-ידי השופט מצא, ראו דנג"צ 10480/03 בוסידין נ' בכרי, פ"ד נט(1) 625.

ד. איזו מסורת חופש ביטוי ראויה למשפט הישראלי?

נסיים בטענה נורמטיבית. אנו מסכימים עם המשתמע מדברי הנשיא ברק כי פרויקט של ניתוח חופש הביטוי אינו יכול להתבסס רק על פרספקטיבה משפטית, צרה או רחבה, או על ניתוח פילוסופי גרידא. פרויקט כזה, כאשר הדברים אמורים בחברה מסוימת ובתרבות פוליטית מסוימת, אינו יכול להניב תוצאות קוהרנטיות מחוץ לממדים החברתיים והתרבותיים. במילים אחרות, חופש ביטוי, גבולותיו הראויים וגבולותיו הממשיים קשורים בטבורם לתרבות ביטוי ולתרבות פוליטית בכלל, או בלשונו של ברק – למסורת של חופש ביטוי.

אבל מנקודת מוצא זו דרכנו נפרדות. מאפיין חשוב של התרבות הפוליטית בישראל, המבדיל אותה מזו האמריקנית, הוא שהדמוקרטיה הישראלית אינה ניטרלית מבחינה תוכנית (content neutral). יש סוציולוגים המכנים אותה "דמוקרטיה אתנית", בהתכוונם לכך שהמדינה מזהה את עצמה בדרכים שונות עם קבוצת הרוב היהודי-הציוני.¹⁵⁷ גם אם נניח שאין רבותא בהגדרה זו, ההולמת מדינות-לאום רבות אחרות בעלות לכידות אתנית היסטורית, ניכרת עדיין במרחב הציבורי הישראלי עצימת עיניים כלפי קבוצות מיעוט, ודרכן אל החברה האזרחית – העל-אתנית – קשה ומשובשת. זיהוי פורמלי בין ישראל לבין הרוב היהודי שבתוכה קיים כמובן כבר במגילת-העצמאות ובהגדרתה הראשונית של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית", ובאופן הבולט ביותר – בחוק השבות. גם חוקי-היסוד מציינים כי מטרתם להגן על זכויות אדם "כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".¹⁵⁸ חוק-יסוד: הכנסת מונע גישה לבחירות לכנסת לרשימות המתנגדות למדינת-ישראל כמדינת העם היהודי, אף אם הן מחויבות לחלוטין לדמוקרטיה.

כמו "הקו הדק הכחול" האנגלי-האמריקני, אשר מפריד כביכול בין כוחות האכיפה והסדר הציבורי לבין העבריינות והכאוס, כך "הקו הדק הכחול-לבן" הוא המחסום הסמוי של ההתניה הציונית וההתבצרות בעמדת הרוב היהודי-הישראלי. הוא מאפיין את השיח הציבורי של בעלי-תפקידים, והוא מסתגן אל לשון הניסוח במהדורות החדשות בתקשורת, שבוודאי אינה ניטרלית בתכניה. הוא משפיע, כפי שהראינו, גם על השיח השיפוטי הליברלי. אין נפקא מינה אם עורך החדשות או השופט או כותב הניתוח הביקורתי ציונים הם אם לאו. השאלה הנורמטיבית שלפנינו נוגעת בתקפותן של הנחות מוקדמות ציוניות בלב השיח הממלכתי, הדמוקרטי, הציבורי והאזרחי.

אנו טוענים כי הפריזמה הלאומית, יחד עם חסרונה של תרבות חופש ביטוי בצורתה האוניוורסליסטית, השפיעו באופן משמעותי על הדרך שבה התקבל שיח זכויות האדם האמריקני ויושם בבתי-המשפט בישראל. משמעותית עוד יותר היא הדרך שבה הובן שיח זה בציבור הרחב ויושם על-ידי רשויות האכיפה.

ראינו כיצד סימפתיה כלפי הצד הפלסטיני נדחקה בהחלטות משפטיות, ללא הבחנה

157 ראו, למשל, סמי סמוחה "המשטר של מדינת-ישראל: דמוקרטיה אזרחית, אי-דמוקרטיה או דמוקרטיה אתנית?" סוציולוגיה ישראלית ב(2) (תש"ס) 565.
158 סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

כמעט, אל מתחת לשטיח של "הוודאות הקרובה", אך חשובה לא פחות היא הדרך שבה טיפלו רשויות האכיפה בישראל בהסתה לאומנית יהודית בתקופה שקדמה לרצח יצחק רבין. הביוגרפיה האישית של רוצחו של רבין וניתוח מניעיו מצביעים על קשר סיבתי אפשרי בין מעשהו לבין שלל ביטויים מילוליים שהושמעו בחודשים שקדמו לרצח. ביניהם ניתן לציין את פסק ההלכה של דין רודף, שהעניק לגיטימציה לרצח, וטקסים כגון פולסא דנורא – ריטואל יהודי של הטלת קללה. אף לא אחד מן הביטויים הללו, שניתן להם פומבי, הוביל לפתיחתו של הליך פלילי, אף שהיו דרכים משפטיות שונות להביא את האחראים לדין. הרטוריקה של חופש הביטוי שימשה, באופן חלקי לפחות, הצדקה לאי-אכיפה.

פסקי-הדין בעניין כהנא, משנת 1984, ממקד את הבעיה. ראשית, פסקי-דין אמריקניים שהתירו, למשל, מצעד של ניאונאצים בפרוור יהודי של שיקגו לא נתפסו על-ידי הציבור האמריקני כלגיטימציה אידיאולוגית להשקפת-עולמם של המפגינים.¹⁵⁹ לעומת זאת, פסקי-הדין בעניין כהנא התקבלו על-ידי חלקים של הציבור הישראלי כלגיטימציה מהותית של האידיאולוגיה שאותה אפשר בית-המשפט לבטא, וזאת בשל העדרה של ניטרליות תוכן (content neutrality) והעדר תרבות כללית מושרשת של חופש ביטוי בישראל. שנית, בבסיסה של ההחלטה עמדה אמונתו היסודית של השופט ברק בחוסן המוסרי של הציבור הישראלי, שהייתה גורם מכריע בהערכתו כי הסכנות של גזענות יהודית ולאומנות יהודית אינן קרובות לוודאי. הערכה זו הביאה את רשויות התביעה והאכיפה בשנות התשעים לידי זחיחות, למרות אזהרות מפורשות של שירותי הביטחון כי אלימות פיזית צפויה להתעורר בעקבות הביטויים המילוליים. המיתוס של סולידריות יהודית-ציונית והעדר סיכון של אלימות פנים-יהודית היה בן-לווייתה של תפיסת חופש הביטוי בחברה היהודית-הציונית, שאותה כינינו תפיסה "מתבוננת פנימה". הביקורת שהובאה בפרק זה ביחס להטיה הישראלית-היהודית בשיח המשפטי והציבורי בישראל אין בה כדי לשלול את השקפת-העולם הציונית בכללותה, ואין היא נובעת מכפירה במשקל החוקתי המרכזי שהעניקו מגילת-העצמאות וחוקי-היסוד לאופייה היהודי של מדינת-ישראל. מטרתנו הייתה להצביע על זליגה בעייתית של ערכים וסדרי עדיפויות פנים-יהודיים (ובמובן זה ציוניים) לתחום חקיקתי-משפטי ולשדה של שיח ציבורי בעלי הקשרים אוניוורסליים, אשר נושאים מחויבות שוויונית-דמוקרטית, ואשר מן הראוי כי יהיו "עיוור-צבעים" בכל הנוגע להשקפות, דעות ועמדות לא-אלימות המובעות במרחב הציבורי הישראלי. חופש הביטוי, כערך וכעיקרון, מן הראוי שיעמוד בנפרד מסוגיות הנוגעות בזהות האתנית והתרבותית השלטת של מדינת-ישראל, ושל כל דמוקרטיה מודרנית באשר היא. עם זאת, וביתר שאת, ההגבלות שהדמוקרטיה הישראלית נאלצת להטיל על הבעת עמדות שהדעת הדמוקרטית אינה סובלת, מן הראוי שיהיו אף הן "עיוורות-צבעים" בכל הנוגע לאידיאולוגיה או להשקפת-העולם שביסוד העמדות המובעות.

כפי שביקשנו להראות, היוריספרודנציה האמריקנית בנוגע לחופש הביטוי, אשר

Smith v. Collin 439 U.S. 916 (1978) 159

יובאה ויושמה על-ידי בית-המשפט העליון אל התרבות הפוליטית השונה בישראל, ביקשה להביס את הגישה הזהירה יותר של המשפטנים הקונטיננטליים בנוגע לחופש הביטוי. הניסיון ההיסטורי של כשלון רפובליקת ויימר, אשר טבע את חותמו בקרב המשפטנים יוצאי גרמניה, לא ניכר בגישה המתירנית יותר של בית-המשפט העליון בעשורים האחרונים. האם ידה של גישה זו על העליונה כעת, והאם ניצחון זה הוא סיבה לחגיגה? אלה יישארו כאן כשאלות פתוחות.

