

פתח־דבר: השיח על־אודות השיח

השיח הפוליטי הישראלי שוצף וקוצף. הוא אינו סובל ממחסור בביטוי, בדוברים או באפיקי ביטוי. הציבור הישראלי מפגין מעורבות גבוהה מאוד בחיים הפוליטיים. להבדיל מהקהל במדינות אחרות, הישראלי אינו אדיש לנעשה סביבו, והדבר בא לידי ביטוי, למשל, באחוזי הצבעה גבוהים בהרבה מאשר בדמוקרטיאות אחרות. השיח הישראלי התוסס מתבטא בהפגנות בכיכרות ובצמתים, בצעדות ובמשמרות־מחאה, במדבקות וסרטים כתומים או כחולים על מכוניות, בשלטי־חוצות, ביצירות אומנות ולעיתים במוזיקה, בתקשורת־המונים, בבלוגים ובפורומים מקוונים, ובגרפיטי על קירות הבתים. לעיתים מתנהל שיח מנומס, גם אם נוקב, מעל־גבי עמודי הדעות בעיתונים, ולעיתים הוא מתבטא בצעקות פופוליסטיות בטלוויזיה, בכנסת או בחוצות העיר. לעיתים מתנהל "שיח" של דוברים בלבד, שאין בו שומעים ואין מקשיבים לו. השיח השוצף מעמיד במבחן, שוב ושוב, את "רמת הסבולת" האישית והחברתית שלנו: עד כמה אנו מסוגלים באמת ובתמים להקשיב לביטויים ש"דוקרים בבשר החי"? עד כמה ביטויים אלה מניעים אותנו לחשוב שנית על עמדתנו שלנו? עד כמה אנו משנים את אורחות חיינו – כל אחת ואחד מאיתנו, וכחברה בכלל, על שלל קבוצותיה? האם אנו עומדים במבחן זה בהצלחה? מובן גם שלמרות ריבוי הדעות והדוברים, לא לכולם יש אפשרות שווה להשתתף בשיח ולהשפיע עליו.

המבחן לסבולת שלנו ולאופי השיח הציבורי הינו בראש ובראשונה מבחן חברתי: היכולת לשמוע, להקשיב, לספוג ולסבול ביטויים קשים, והיכולת לשתף ולכבד גם את מי שרחוק מאיתנו בהשקפותיו. מבחן קשה זה מתנקז בחלקו לשיח המשפטי. גבולות היכולת החברתית שלנו להכיל ביטויים שנוגעים ופוגעים בעצבים החשופים שלנו מתורגמים למושגים משפטיים. המשפטים מדברים על "עקרון חופש הביטוי", על "ביטוי שמכוסה" על־ידי עיקרון זה, על "היקף ההגנה" המוענקת לביטוי ועל מצבי "התנגשות" בין חופש הביטוי לבין אינטרסים אחרים, כגון שלום הציבור, בטחון המדינה, רגשות הציבור או שמו הטוב של אדם ופרטיותו. במצבי "התנגשות" אלה אנו מדברים על "נוסחות איוון" – לעיתים "איוון אופקי" ולעיתים "איוון אנכי". בין לבין, אנו מתרגמים את השאלות החברתיות למושגים כגון "דוקטרינת ההגנות" או לכלל בדבר "זמן, מקום ואופן" הביטוי, או לזכויות הנגזרות מחופש הביטוי, כגון חופש העיתונות, זכות הגישה לאמצעי התקשורת, האינטרס הציבורי לדעת ("זכות הציבור לדעת"), חופש המידע ועוד.

השיח המשפטי על־אודות השיח בכלל – כלומר, הדיון בסוגיית חופש הביטוי – התנהל עד כה בעיקר בפסקי־הדין ובספרות המשפטית, אשר אינם נגישים בהכרח לקהל הרחב. אבל הקושי המרכזי בשיח על־אודות חופש הביטוי אינו בהעדר דיון, אלא בכך שהוא מתנהל בשפה מונוליתית ומיושנת־משהו. אי־העדכניות של השיח המשפטי בשאלת חופש הביטוי צורמת במיוחד על רקע התמורות המשמעותיות שחלו במשפט הישראלי בכלל בעשורים האחרונים: מתפיסה פורמליסטית, הרואה במשפט מערכת טכנית כמעט של כללים, עבר המשפט לעמדה מהותית, ערכית, השוקלת את הערכים שעל־הפרק

במופגן ובמוצהר, ולא בהיחבא. שיח חדש זה נותן את אותותיו כמעט בכל תחום משפטי. המחקר המשפטי פתח צוהר – שהתרחב לכדי שער רחב – לתחומי ידע אחרים. הניתוח הכלכלי של המשפט הינו דוגמה מובהקת לכך, אבל המחקר הרב-תחומי השתלט על המשפט כולו. פילוסופיה של המשפט, היסטוריה של המשפט, משפט וכלכלה, משפט וספרות, משפט ופסיכולוגיה, משפט וחברה, אפילו משפט וקולנוע – בכל אלה מבקשים חוקרי המשפט להיעזר בתובנות ובכלים השאולים מתחומי ידע אחרים, כדי ללמוד עוד על הדרך שבה המשפט מתפתח וצריך להתפתח. מוזר ואפילו מדהים לראות עד כמה דילג שינוי דרמטי זה על השיח המשפטי של חופש הביטוי.

השיח המשפטי על-אודות חופש הביטוי היה עד כה ברובו הגדול חד-ממדי, והתרכז בעיקר ב"משפט ומשפט". המושגים שפותחו, דוגמת נוסחות האיזון המורכבות, מבודדים מתחומי הידע האחרים. זהו ניתוח חוקתי-אנליטי, שכולל ניסיון לנסח את המשפט במסגרת מושגית כללית המורכבת ממערכת מסועפת של כללים, ודיון בשאלות נקודתיות, כגון ההתנגשות שבין חופש הביטוי לזכות לפרטיות,¹ או שאלות של לשון-הרע.² רבים מבין מחקרים אלה הם של פרופסור אהרן ברק, שגם יישם בפסיקה כמה וכמה מעמדותיו האקדמיות בנושא חופש הביטוי,³ גם אם לא את כולן.⁴ מובן שאין כל פסול בכך שברק מפרסם מאמרים בעודו מכהן כשופט. גם לברק שמורה הזכות לחופש הביטוי. אבל הזירה האקדמית נותרה תחת השפעתו הכמעט-בלעדית, ללא קולות-נגד כמעט. רוב הכותבים האחרים על-אודות חופש הביטוי פעלו עד לשנים האחרונות בתוך המסגרת שהתווה ברק, בניסיון לשכלל עוד את המושגים המשפטיים וליישם לסוגיות קונקרטיות.⁵ עד כה היה המחקר המשפטי-הביקורתי – זה הבוחן את חופש הביטוי מחוץ לפרדיגמה החוקתית-האנליטית של ברק – מצומצם למדי. יש חריגים ספורים בלבד לגישה החוקתית-האנליטית. כך, אין מוצאים כמעט בספרות המשפטית הישראלית ניתוח כלכלי של חופש הביטוי⁶ או ניתוח סוציולוגי של חופש הביטוי. ההיסטוריה של חופש הביטוי

- 1 ראו, למשל, זאב סגל "הזכות לפרטיות למול הזכות לדעת" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 175; זאב סגל "חופש הביטוי באורו של מאיר שמגר" ספר שמגר – מאמרים (תשס"ג, חלק א) 111.
- 2 אריאל בנדור "חופש לשון-הרע" משפטים כ(2), (3) (תש"ן-תשנ"א) 561.
- 3 אהרן ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" הפרקליט מ (תשנ"א) 5; אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כ(2) (תשנ"ז) 223 (להלן: ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה").
- 4 ראו, למשל, את הצעתו להחיל כללים מן המשפט הציבורי על העיתונות הפרטית: אהרן ברק "על העיתונות הפרטית" עלי משפט ב (תשס"ב) 293.
- 5 ראו, למשל, אבנר ברק "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי" עיוני משפט יד(2) (תשמ"ט) 371.
- 6 אבל ראו איל בנבנשתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל (תשנ"ט) 29; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא" משפט וממשל ז (תשס"ד) 305; אביחי דורפמן "האיסורים הפליליים המוטלים על חופש הביטוי בראי המודל הכלכלי של אי-ודאות" משפט וממשל ח (תשס"ה) 313.

נחקרה עד כה על־ידי חוקרת אחת בלבד, פרופסור פנינה להב, ודיון פילוסופי ישיר וכולל ביסודותיו העיוניים של חופש הביטוי נמצא בשני מאמרים עבריים בלבד.⁷ אסור לטעות – העדר הדיון המשפטי בהיבטים האחרים של חופש הביטוי אין משמעו שאין היבטים כאלה. יש ויש. לעקרון חופש הביטוי הישראלי יש היסטוריה. לחופש הביטוי במובן המשפטי יש יחס מורכב לחברה הישראלית ולפוליטיקה המקומית, כמו־גם לחברות ולתרבויות אחרות. יש פה דרכי חשיבה קוגניטיביות הראויות לעיון; יש פה מקום לניתוח ספרותי; יש מקום גם לניתוח כלכלי; יש מקום לדיון בסוגיות של תקשורת־המונים, הקרובות מאוד לשאלות המשפטיות בדבר חופש הביטוי (בתחום זה מתנהל בישראל דיון עיוני ער, אך לא דיון משפטי). אבל בין כל אלה לבין השיח המשפטי קיים נתק לא־מוסבר.

הניתוח החוקתי־האנליטי הניח יסודות חשובים מאוד. הוא שכלל מאוד את כללי חופש הביטוי, וסייע בכינון מסגרת משפטית מפוארת למדי. בסיס זה צמצם במהלך השנים את כוחה של הצנזורה הצבאית והאזרחית, סייע בביצור העיקרון של חופש הביטוי כעיקרון־יסוד בשיטת המשפט הישראלית, וצמצם בכלל את הפגיעה בחופש הביטוי. אולם כל זה נעשה במנותק כמעט מתחומי ידע אחרים. כמו־כן לא ברור עד כמה חלחל השינוי המשפטי אל מוקדי הכוח: אל במות שונות של ביטוי, דוגמת כלי־התקשורת; אל רשויות מקומיות, השולטות בלוחות־מודעות ובככרות הערים; אל המשטרה וגופי בקרה רגולטוריים ואחרים; ובעיקר – אל הציבור עצמו. לעיתים נדמה שבמקום תגובה עניינית על טענה קשה, המאזין מגיב: "זו הסתה!" – תגובה שקוטעת את השיחה במקום להשתתף בה.

הספר שלפניכם מבקש להציע פתח חדש למחקר ביקורתי של חופש הביטוי. הוא מבקש להצטרף למחקרים הספורים שהחלו בדיון ביקורתי כזה, ולהצהיר עליו במפורש כפרויקט מחקר. רבים מפרקי הספר חושפים פערים שונים שבין המשפט הקיים לבין החברה. גם כאן, כמו בכל תחומי המשפט אם לא בכלם, יש פער בין המשפט עלי ספר (דפי הפסיקה, במקרה זה) לבין המשפט בפעולה. "נוסחת הוודאות הקרובה" טובה בבג"צ, במאמרים החוקתיים־האנליטיים ובקורסים במשפט ציבורי וחוקתי, אבל לפעמים די בשוטר, אשר ספק משתעשע ספק מאיים באלה שבידו, להשתיק ביטוי; לעיתים די במעצר של אדם המתפעל אתר אינטרנט להשתיק ביטוי.⁸ הנה דוגמה נוספת לפער שבין המשפט עלי ספר לבין המשפט בפעולה: דוקטרינת ההגינות המעוגנת בחוק הישראלי קובעת כי "בשידורים יינתן מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור".⁹ הרעיון של מתן זכות גישה, אפשרות תגובה וייצוג הולם לאנשים ממגוון של קבוצות ועם מגוון של עמדות הינו נאה עד־מאוד על ספר החוקים; אבל איך, למשל, מוצגים ומיוצגים אזרחים הערביים

7 ראו אילנה דיין־אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 377; גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא (תשס"א) 895.

8 ראו אפרת וייס "נעצר מפעיל אתר 'הבית הלאומי'", Ynet 4.7.2005 <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3107937,00.html>. כן ראו את רשימתו של בראיין אטינסקי בספר זה.

9 סעיף 4 לחוק רשות השידור, התשכ"ה־1965.

של ישראל בתקשורת הציבורית והפרטית? האם התקשורת "שמאלנית"? או אולי דווקא סיסמת הימין "העם נגד תקשורת עוינת" גרמה לצנזורה עצמית של העיתונאים? כיצד הכלל המשפטי משליך על הפרקטיקה העיתונאית? כל אחד מפרקי הספר בוחן היבט שונה של חופש הביטוי: היסטוריה, חברה, תרבות, תיאוריה פמיניסטית, פילוסופיה. פרקי הספר אינם ממצים. החלל שבו מתנהל השיח על-אודות השיח – החלל המשפטי שבו נידון חופש הביטוי – זועק למילוי. כאן אנהנו מציעים מעט ממילוי זה.

גם הניתוח החוקתי-האנליטי לא מיצה את עצמו. יש הרבה לשכלל גם שם. הנה שלוש שאלות חשובות שטרם באו על פתרונן המלא. הראשונה עוסקת בהצדקה העיונית של חופש הביטוי. כידוע, המהפכה החוקתית שהתרגשה עלינו בשנת 1992, ושעליה למדנו בדיעבד במאמרו של אהרן ברק בשנת 1994, הייתה חלקית.¹⁰ חלקיות המהפכה נובעת מטעמים ידועים של פשרה פוליטית. התוצאה הייתה שחופש הביטוי לא נכלל בזכויות המנויות במפורש בחוקי-היסוד. העדר בולט זה גורר שאלות חוקתיות רבות שטרם נענו במלואן. לפחות חלק משופטי בית-המשפט העליון הניחו, כ"הנחת-עבודה", שחופש הביטוי נגזר מ"כבוד האדם" ונכלל בו,¹¹ ו"כבוד האדם" הינו כידוע זכות אשר מנויה במפורש בחוקי-היסוד הנושא את שמה. אולם מה המשמעות ומה ההשלכות של קריאה פרשנית זו של חופש הביטוי לתוך "כבוד האדם"? לחופש הביטוי יש כידוע כמה הצדקות, שחלקן מתרכזות באדם הדובר וחלקן מכשירניות ומתרכזות בחברה בכללותה. בדרך-כלל אין מניעה שנאחו ב"גישה אקלקטית" – גישה החביבה על הנשיא ברק. אולם לעיתים, כפי שעמדה על כך אילנה דיין-אורבך, אין מנוס מבחירה בהצדקה העדיפה, שכן במצבים מסוימים ההצדקות השונות מובילות לתוצאות הפוכות.¹² האילוץ הפוליטי לקרוא את הזכות לחופש הביטוי לתוך "כבוד האדם" גורר את הדגשת ההצדקה בדבר האוטונומיה של הפרט, תוך הצנעה של ההצדקות האחרות – שלטון עצמי, השתתפות בשיח וחקר האמת. הטכניקה המשפטית המאלצת את השתתת הזכות על בסיס "כבוד האדם" עלולה להביא לידי "בחירה אידיאולוגית" מקרית, ולא בחירה כתוצאה מדיון-עומק.

שאלה חוקתית-אנליטית שנייה שטרם הוכרעה במפורש היא מה היחס בין נוסחות האיוון הישנות, ובעיקר נוסחת הוודאות הקרובה, לבין פסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד? כידוע, חוקי-היסוד מתיר לפגוע בזכויות המנויות בו אם הפגיעה עומדת בתנאים אחרים, כפי שאלה מפורשים בחוקי-היסוד וכפי שפורשו בפסיקה. התנאים הם שהפגיעה בחופש הביטוי נעשית בחוק או על-פי חוק, שהיא הולמת את ערכיה של מדינת-ישראל, שתכליתה ראויה, ובעיקר שהיא מידתית, כלומר, שהיא אינה עולה על הנדרש. אם חופש

10 אהרן ברק "המהפכה החוקתית – זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9; רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח(1), 2 (תשנ"ז) 21.

11 ראו, למשל, ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עלילית, פ"ד מז(5) 189, 201-202; רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 265; ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558, 565-566 (להלן: עניין שוקן); עע"מ 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, תק-על 2004(4), 2130, פסקה 11 (השופטת פרוקצ'יה).

12 ראו דיין-אורבך, לעיל הערה 7.

הביטוי נכלל בחוק־היסוד, האם יש להמיר את הנוסחה הישנה במבחי הפסיקה החוקתית החדשה? בכמה מקרים נראה שחלק משופטי בג"צ אכן פעלו כך.¹³ שאלה חוקתית־אנליטית שלישית היא מה גורלן של נוסחות איזון ספציפיות בעידן שאחרי המהפכה החוקתית. קניין וביטוי, למשל, אוזנו עד למהפכה החוקתית במה שנראה כ"איזון אופקי", כלומר, כאילו שתי הזכויות הינן שוות־מעמד מבחינה נורמטיבית, ואין האחת גוברת על רעותה א־פרוירית. אלא שחלקיותה של המהפכה החוקתית עלולה לעוות את האיזון, שהרי הזכות לקניין עלתה מדרגה, וכפי שבת־המשפט אוהבים להעיר, הזכות הינה כעת זכות חוקתית על־חוקתית. האם השתנה האיזון? דוגמה נוספת היא האיזון שבין חופש הביטוי לבין שמו הטוב של אדם, המתעורר בהקשר של תביעת לשון־הרע. השם הטוב נהנה כעת ממעמד חוקתי, ואילו חופש הביטוי אינו נהנה ממעמד כזה.¹⁴ האם העדרה (הזמני?) של הזכות לחופש הביטוי בחוקה המתהווה משמיע שינוי במערך החוקתי?¹⁵ כשלעצמי, אני סבור שהמהות היא שצריכה לקבוע, ולא הצורה, במיוחד לנוכח העובדה שהטעם לחלקיותה של המהפכה החוקתית הינו פוליטי־משני, ולא מהותי. אפשר להוסיף עוד: מה גורלה של נוסחת ההסתברות, כלומר נוסחת הוודאות הקרובה, בהקשר הפלילי? האם כללי המשפט הפלילי המחייבים אוהרה מפורשת לפני ענישה מתיישבים עם כלל משפטי המתבסס על הסתברות?¹⁶ כל אלה שאלות חשובות וראויות לדיון, אולם הן אינן נידונות כאן. יהיה מי שידון בשאלות האנליטיות. אסופת המאמרים שלפניכם מצטרפת להערה אחת מרכזית בעניין זה: אין לנתק את המחקר החוקתי משאלות פילוסופיות. אין לנתק את המחקר האנליטי מההקשר ההיסטורי, החברתי והתרבותי. למשל, כאשר שופט בית־המשפט העליון אליקים רובינשטיין כותב כי "לפרהסיה הישראלית יש נטייה להתלהמות",¹⁷ אפשר להסכים או לא להסכים, אולם

- 13 ראו, למשל, את עמדתה של השופטת דורנר בבג"צ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 157, 163; בג"צ 2753/03 עו"ד מיכאל קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נו(6) 359, פסקה 4; בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, פסקה 10 (להלן: עניין בכרי). השוו לעמדה שונה של מאיר שמגר "חופש הביטוי במבחנו של המאבק הפוליטי" כוח המילים וחולשת הדעת – תעמולה, הסתה וחופש הביטוי (מיכאל קונפינו עורך, 2002) 55, 91.
- 14 בית־המשפט העליון הציב את השאלה אך טרם השיב עליה במישרין ובהחלטיות. ראו, למשל, בג"צ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 870 (השופט חשין); רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' פרופ' משה אטינגר, תק"על 2004(4), 2109, פסקה 11 (השופטת ביניש). בעניין שוקן, לעיל הערה 11, הניח הנשיא ברק כמובן מאליו שהאיזון האופקי בין השם הטוב לבין חופש הביטוי נשמר גם לאחר המהפכה החוקתית.
- 15 להשוואה, ראו את הדיון וההצעה לשינוי חקיקתי במשפט האיחוד האירופי: Jacob Rowbottom "Property and Participation: A Right of Access for Expressive Activities" [2005] E.H.R.L.R. 184.
- 16 ראו, למשל, ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 564; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 284–285; וכן מאמריהם של קרמניצר ולבנון־מורג, מחד גיסא, ושל דורפמן, מאידך גיסא, לעיל הערה 6.
- 17 על"ע 736/04 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' עו"ד שרה מזרחי, פ"ד נח(6) 200, פסקה ז. הדברים נאמרו בהקשר של התבטאויות מתלהמות של עורכי־דין בכתבי בית־דין.

כאשר ההערה היא בסיס שמתוכו נגזר כלל משפטי, ראוי להעמידה במבחן הביקורת – למשל, לשאול על-סמך מה השופט מבסס את האבחנה הזו? מהי התלהמות? מי מגדיר מהי התלהמות? האם נימוס רלוונטי בכלל לשאלות של חופש הביטוי? ואם כן, שוב – מי קובע? האם רק אותם אנשים שיודעים מה משמעות המילה "פרהסיה"? אבל השאלות רחבות יותר משאלות של אליטיזם חברתי.

הסוציולוג הצרפתי פייר בורדייה כותב כי הביטוי הינו פשרה בין מה שרצינו לומר לבין מה שמותר לנו לומר, כאשר ה"מותר" נקבע לפי כללי השדה שבו מדובר.¹⁸ "השית", הוא כותב, "חב את תכונותיו הייחודיות ביותר – את תכונותיו הצורניות ולא רק את תוכנו – לתנאים החברתיים של ייצורו, כלומר לתנאים הקובעים מה יש לומר, ולתנאים הקובעים את שדה הקליטה שבו מה שייאמר עתיד להישמע." אותו שדה שבורדייה מדבר עליו הוא "מבנה מסוים של חלוקת סוג מוגדר של הון", כאשר ההון הוא כוח מסוג זה או מסוג אחר, כגון כוח פיזי, פוליטי או תרבותי.¹⁹ מכאן נובע כי "יש לנתח את התנאים החברתיים המכוננים את השדה שבו מיוצר השית, מכיוון שבמבנה השדה טמון העיקרון הקובע מה יכול היה להיאמר כאן ומה לא".²⁰

הספר שלפניכם מבקש לחקור את שדה הביטוי הישראלי, להבין את התפלגות ההון שבו ואת גורמי הכוח הפועלים בתוכו. השיח המשפטי בישראל על-אודות חופש הביטוי ניצב אם כן לפני אתגר מחקרי: הניתוח המשפטי צריך לפרוץ את גבולות השיח החוקתי-האנליטי, ולעשות את מה שנעשה בתחומים משפטיים אחרים כה רבים: לקלוט תובנות וידע מתחומי מחקר משיקים.

במציאות הישראלית חופש הביטוי עצמו ניצב לפני אתגרים מורכבים, חלקם ייחודיים לחברה הישראלית של ראשית המאה העשרים ואחת, וחלקם משותפים למדינות ותרבויות אחרות. הדילמות שהחברה הישראלית מתחבטת בהן הינן לעיתים קרובות קיומיות – לא רק משום שיש התלהמות שהופכת כל עניין לשאלה של חיים ומוות, אלא משום שלעיתים קרובות אכן מדובר בחיים ובמוות. לרצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל קדם שיח בוטה מאוד – הסתה, צעקות, גידופים, התלהמות.²¹ אחרי הרצח באה תגובת-נגד משפטית בדמות כמה כתבי-אישום בגין הסתה לגזענות.²² היה זה אנושי מאוד, אולי, אך נראה שהמטוטלת נעה מהר מדי לצד האחר, עד שנראה כי האפיק הפלילי נהפך לקל מדי. אולם הבעיה העמוקה יותר היא השסע הפוליטי-החברתי העמוק שהחברה היהודית בישראל מצויה בו, שסע אחד מבין כמה בחברה הישראלית. המאבק הציבורי נגד "תוכנית ההינתקות" מרצועת-עזה המחיש לנו לאחרונה שוב את החשיבות של שיח ציבורי תוסס, דווקא במקום שבו ההסכמה מועטה מאוד.²³

18 פייר בורדייה "הצנוורה" שאלות בסוציולוגיה (אבנר להב מתרגם, 2005) 135.

19 שם, בע' 136.

20 שם, בע' 137.

21 ראו כוח המילים וחולשת הדעת – תעמולה, הסתה וחופש הביטוי (מיכאל קונפינו עורך, 2002).

22 לדיון במדיניות התביעה ראו אליקים רובינשטיין "על חופש הביטוי ועל מדיניות התביעה בעבירות של הסתה לאלימות" הפרקליט מד (תשנ"ח) 5.

23 בית-המשפט הכתיב גבולות למחאה הפוליטית של הימין נגד התוכנית. ראו, למשל,

האיום השלטוני על חופש הביטוי היה עד כה במרכז השיח המשפטי. "הפרדיגמה המדינתית"²⁴ היא זו שבמסגרתה פותחו דוקטרינות־היסוד של חופש הביטוי, ושם נבנתה מסורת משפטית מפוארת.²⁵ אלה המצבים שבהם המדינה אוסרת על אזרח להתבטא, להפגין, להתראיין בטלוויזיה או לשדר פרסומת. אלה המקרים שבהם המדינה מעמידה לדין אזרחים בגין ביטויים בעברות של המרדה, הסתה, העלבת עובד ציבור, זילות בית־המשפט או סובוודיצה. אבל האיום על חופש הביטוי מגיע לא רק מצד המדינה. השיח הציבורי מתנהל כיום בזירות פרטיות. שוק התקשורת גדל והתרחב מאוד. במקביל נוצרה בו ריכוזיות גבוהה מאוד, והשליטה באפיקי ביטוי רבים מתרכזת בידי קבוצה מצומצמת של "משפחות". במציאות הכלכלית של היום אפשר למצוא בעלים של הוצאת ספרים שהינו גם בעלים של עיתון ואשר יש לו גם בעלות חלקית בזכיון שידור בטלוויזיה ובתחנות־רדיו, ולעיתים נוספת על כך גם שליטה עקיפה או חלקית בחברות תשתית ובגופי תקשורת אחרים, כגון חברות טלפוניה.²⁶ ריכוזיות זו משליכה על תוכני הביטוי ועל גבולותיו – מי משתתף בשיח, מי קובע מי משתתף בשיח ומה ייאמר בו, ובעיקר מי אינו משתתף בשיח ומה לא ייאמר בו – לא פחות מאשר הצנזורה הצבאית. מפת התקשורת המשתנה גוררת "תרבות רייטינג" ושינויים בתכנים.

חופש הביטוי ניצב לפני אתגרים נוספים. המדיה החדשים – הסביבה הטכנולוגית הדיגיטלית – הולידו אפשרויות חדשות לביטוי אבל גם קשיים חדשים.²⁷ הנה, היה נדמה שבאינטרנט כל אחד יוכל להיות דובר, שמוקדי שליטה ישנים ייעלמו, שכמות הביטוי תגדל עד לבלי די, ובכלל – שנתגבר על כל קשיי העולם הזה. ברם, התברר שבמקום חוסר במידע יש היצף מידע, שיש מתווכים חדשים הצוברים בידם כוח רב,²⁸ ושלצד עושר הביטוי יש גם ערב רב של ביטויים פוגעניים, כגון הסתה, ביטויים אנטישמיים, פורנוגרפיה של ילדים ופורנוגרפיה בכלל, פגיעות בפרטיות ולשון־הרע. יש גם פער דיגיטלי, ויש גם חשש לפיצול ולבדלנות.²⁹ נראה גם שחלק מהמתווכים הישנים הצליחו לשעתק את כוחם אל הזירה התקשורתית החדשה.³⁰ כך, אתרי החדשות בעברית הנצפים ביותר נמצאים בבעלותן של קבוצות תקשורת ותיקות.

שינויים נוספים חלו בחברה הישראלית. כיום מדובר בחברה אינדיווידואליסטית יותר ויותר, שהערבות החברתית ההדדית שהייתה בה נחלשת. אנו חברה קפיטליסטית

בש"פ 5934/05 מלכה נ' מדינת ישראל, תק"על 2005(3), 657. אולם שוב, נראה כי יש פער בין הגבול המשפטי לבין המחאה בפועל.

24 לדיון ראו דיין־אורבך, לעיל הערה 7.

25 ראו ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה", לעיל הערה 3.

26 לדיון ראו, למשל, ירון אורחי, זהר גושן ושמואל לשם בעלות צולבת – שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי (תשס"ד).

27 ראו יצחק זמיר "חופש הביטוי באינטרנט" משפט וממשל ו(2) (תשס"ג) 353, וכן מאמרים בכתב־העת פתו"ח, גיליון 5 (2003).

28 ניבה אלקין־קורן "המתווכים החדשים 'בכיכר השוק' הווירטואלית" משפט וממשל ו(2) (תשס"ג) 381.

29 Cass Sunstein *Republic.com* (Princeton, NJ, 2001).

30 מיכאל בירנהק "אתיקה עיתונאית ברשת: על הסדרה פרטית, חופש העיתונות, כוח ותחרות" פתו"ח 5 (2003) 173.

וצרכנית יותר ויותר. לא במקרה אחד הענפים של חופש הביטוי שזכה בדיון מואץ ואינטנסיבי בשנים האחרונות הוא הביטוי המסחרי.³¹ המצב הפוליטי, התנאים הכלכליים והשינויים הטכנולוגיים מחייבים הערכה מחודשת של חופש הביטוי, כפי שראוי לעשות מפעם לפעם בכל תחום משפטי (ואולי בכלל).

* * *

המאמרים בספר זה מבקשים למלא את החלל הקיים בשיח המשפטי על-אודות חופש הביטוי. הספר כולו מבקש לגשר בין המשפט לבין ענפי ידע אחרים. חלק מהכותבים והכותבות אינם באים מעולם המשפט, אלא מעולם ההיסטוריה, מעולם הפילוסופיה, מלימודי התקשורת ומביקורת התרבות. גם הכותבות והכותבים המשפטנים פורשים כאן מחקר רב-תחומי. הם מביטים אל מעבר ל"משפט ומשפט", ורואים שדה משפטי מורכב שיש בו איום על חופש הביטוי לא רק מצד השלטון, אלא גם מצד גורמים פרטיים. זהו שדה משפטי שיש לו עבר, ויש בו ספק דו-שיח ספק שיח-של-חירשים עם תרבויות משפטיות אחרות, בעיקר עם זו האמריקנית. הכותבות והכותבים מביטים על שדה משפטי זה ורואים שיש בו מגננוני כוח, שקובעים מי תדבר, מה תאמר ומה המשמעות של הדיבור. הכותבים מציגים, כל אחת ואחד מתחומי, את השאלות האלה וגם את תשובותיהם להן. בין הכותבים יש גם מחלוקות ואי-הסכמה – לעיתים הן גלויות ולעיתים הן רוחשות מתחת לפני הטקסט. אבל הצירוף מציע נקודת-מבט שונה מן הניתוח החוקתי-האנליטי המקובל. הפרק הפותח של הספר הוא מאמר פרי-עטם של המשפטן פרופסור עלי זלצברגר וההיסטוריונית ד"ר פניה עוז-זלצברגר, הקורא תיגר על העמדה הרווחת, לפחות בקרב "הציבור הנאור", כי בישראל יש מסורת מפוארת של הגנה על חופש הביטוי. הכותבים טוענים כי מסורת זו הינה נחלתה של אליטה משפטית ואקדמית, ואינה חלק משאר המרחב הציבורי הישראלי. הם טוענים עוד כי גם בתוך בית-המשפט יש עמדות שונות, אשר חלקן מצמצמות את ההגנה על חופש הביטוי יותר משנהוג לסבור, וכי בכל מקרה קבוצות שונות, בעיקר פלסטינים בישראל ובשטחים הכבושים, לא נהנו מההגנה על חופש הביטוי שלהם. הכותבים גם ספקנים באשר ליבוא המשפטי מארצות-הברית בכל הנוגע לחופש הביטוי, בגלל השונות התרבותית. המאמר משרטט לפיכך מסגרת רחבה, ורבים מבין המאמרים האחרים בספר מרחיבים בנקודות המועלות בו: ההיסטוריה של חופש הביטוי, הפער בין העמדה השיפוטית לעמדה הציבורית, היבטים חלוקתיים, הקשר האמריקני של דיני חופש הביטוי הישראליים ועוד.

ההיסטוריה של חופש הביטוי בישראל זכתה במחקר מעמיק ומאיר של פנינה להב,

31 ראו, למשל, בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 11-10; בג"צ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד מט(5) 751, 755; בג"צ 7833/96 מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נב(3) 586.

בסדרת מאמרים ובספר על־אודות נשיא בית־המשפט העליון לשעבר שמעון אגרנט.³² אגרנט כתב כידוע את פסק־הדין בעניין קול העם – מפסקי־הדין החשובים במשפט הישראלי, אם לא החשוב שביניהם.³³ בפסק־דין זה ביסס אגרנט את מעמדה החוקתי של הזכות לחופש הביטוי, כמו־גם את כוחו של בית־המשפט להכיר בזכויות שאינן מנויות עלי ספר. מתוך עמדה זו הגביל אגרנט את סמכותו של שר הפנים לסגור עיתון רק למצבים שבהם יש הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה בשלום הציבור. אגרנט קבע גם כללי פרשנות חוקתיים ("את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו")³⁴ וכן מתודולוגיה חוקתית של איוונים אשר תקפים ביסודם עד היום. ההיסטוריונית ד"ר אודית רוזין ממקמת את פסק־הדין בהקשר החברתי־הפוליטי שלו. פסק־הדין של אגרנט מוצג כיום ונלמד באוניברסיטות ובשיעורי האזרחות בבתי־הספר כפסק־דין נועז, שבו העז בית־המשפט וצעד לפני המחנה. רוזין מציבה את פסק־הדין כמבטא דווקא קולות הנובעים מליבו של הזרם המרכזי של האליטה הפוליטית־התקשורתית של ראשית שנות החמישים – התקופה שבה נידון המקרה ונפסק. היא מתמקדת בחלקה של העיתונות העברית במאבק הציבורי, ומצביעה על כך שלמרות חילוקי־דעות אידיאולוגיים, דווקא נמצאה לקול העם – העיתון שנסגר בהוראת שר הפנים – תמיכה בקרב הזרם המרכזי. אם כך, עמדתו של בית־המשפט בשעתו הייתה נועזת פחות מכפי היא מוצגת כיום. ההילה שיש לפסק־הדין כיום נרכשה בדיעבד, והיא חזקה מזו שהייתה לה בשעתה.³⁵

המשפטנית פרופסור דפנה ברק־ארז בוחנת מקרוב את הפער בין התרבות המשפטית והשיפוטית של חופש הביטוי לבין התרבות הציבורית והממסדית, כלומר, את הפער בין הדרך שבה בית־המשפט רואה את חשיבותו של חופש הביטוי ואת איזונו אל מול ערכים אחרים לבין הדרך שבה הציבור ורשויות המנהל רואים את הדברים. מקרה־המבחן הוא הדיון בסרטים שנפסלו לאורך השנים על־ידי המועצה לביקורת סרטים, הידועה יותר בשמה העממי – "הצנזורה על סרטים". ברק־ארז מצביעה על שינוי הדרגתי בהנמקה של המועצה לאורך השנים במקרים שבהם החליטה לפסול סרטים. בעבר, די היה למועצה בטענה לשקריותו של סרט שנבחן לפסול אותו. אלא שבית־המשפט העליון סירב לקבל את עילת הפסילה הזו, ואישר להקרנה גם סרטים "שקריים". במקום עילת השקריות, כך מזהה ברק־ארז, החלה המועצה להשתמש בעילה חדשה לפסילת סרטים: פגיעה ברגשות הציבור. בחלק מהמקרים הייתה העילה החדשה אך מסווה לעילה הישנה. במילים אחרות, ברק־ארז מזהה שלאורך השנים ניסתה המועצה לדורותיה "ליישר קו" עם בית־המשפט

32 פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית־המשפט העליון" משפטים 3 (3) (תשל"ז) 375; פנינה להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית (תשנ"ט).

33 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר־הפנים, פ"ד 2 (2) 871.

34 שם, בע' 884.

35 להשלמת התמונה, ראוי להזכיר כי פקודת העיתונות, שהייתה המסגרת המשפטית של עניין קול העם, הותקפה לאחרונה בבג"צ, בטענה כי היא נוגדת את חופש העיסוק ואת חופש הביטוי. בית־המשפט דחה את העתירה מחמת סעיף שימור הדינים שבחוק־יסוד: חופש העיסוק, ראו בג"צ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד 3 (נב) 117. במקביל פרסם משרד המשפטים הצעה לביטול הפקודה, אולם בינתיים היא לא קודמה.

ולדבר בשפתו. אבל לאחרונה הגיע הציות המתחכם הזה של המועצה לבית-המשפט לכלל נתק. בפרשת הקרנתו של הסרט "ג'נין-ג'נין" לא היססה המועצה להביע את עמדתה, גם כאשר שיערה (וצדקה) שהחלטתה תיהפך על-ידי בית-המשפט העליון, כפי שקרה בעניין בכרי,³⁶

המשפטן ד"ר אמנון רייכמן בוחן פער אחר בסביבה המשפטית של חופש הביטוי – פער גיאוגרפי-תרבותי-משפטי. רייכמן נע ונד בין ארצות-הברית לישראל, בין וושינגטון לירושלים, ובוחן את ההשפעה האמריקנית על הדין הישראלי של חופש הביטוי. שם, מעבר לים, חופש הביטוי מוגן בתיקון הראשון המפורסם לחוקה, השגור בפי כל ילד אמריקני; כאן, הזכות אינה מנויה בחוקי-היסוד או בחוקים אחרים, ולא ברור אם היא שגורה בפי ילדי ישראל. למרות השוני הבסיסי הזה יש מידה רבה של קרבה בין ההגנה המשפטית על חופש הביטוי שם לבין ההגנה כאן. בית-המשפט הישראלי פנה לעיתים קרובות לדין האמריקני, והטמיע במשפט המקומי כללים זרים, דוגמת הדוקטרינה בדבר "זמן, מקום ואופן": כאשר ההסדרה הציבורית הפוגעת בחופש הביטוי אינה מתייחסת לתוכן, אלא רק להיבטים טכניים של מועד הביטוי, מקומו ואופיו – הפגיעה מותרת.³⁷ אבל לצד הקרבה של הדין הישראלי לזה האמריקני, יש גם שוני. רייכמן מזהה אותו ומנסה להסבירו. הוא מיישם פליי-ניטוח ניאורמליסטיים, וטוען שארצות-הברית אימצה מתודולוגיה פורמליסטית הפועלת בקטגוריות של ביטוי, לעומת הפרגמטיזם המקובל בישראל, של שפת האיוונים. רייכמן מצביע גם על הבדלים מוסדיים כמקור לשוני. נראה שמעל לכל מרחף שוני תרבותי עצום בין ארצות-הברית לישראל בדרך שבה חופש הביטוי נתפס ומיושם. הפרק מנווט אותנו בים המפריד, בעיקר כדי ללמוד מן השוני, ולא דווקא כדי לאמץ את המודל הזר. אם תרצו, זהו מקרה של גלוקליזציה – המפגש שבין הגלובלי (האמריקני) ללוקלי (הישראלי).³⁸

מקרה-מבחן חשוב שבו הפסיקה הישראלית מנסה להידמות לזו האמריקנית הוא היחס לפורנוגרפיה, או בלשונה של המשפטנית ד"ר אודית קמיר – הזניה מתועדת. קמיר מתנגדת לניסיון זה, ומראה כיצד החוק הישראלי שונה מזה האמריקני, בכך שהחוק כאן אוסר (בין היתר) התפצה מינית של נשים. במוקד הפרק נמצא פסק-הדין בבג"צ 5432/03 ש.י.ן. – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין,³⁹ שבו פסק בג"צ כי היה מותר למועצה להתיר לחברת הכבלים לשדר את ערוץ פלייבוי. שופטת בית-המשפט העליון דליה דורנר המשיגה את השאלה המשפטית במונחים של חופש הביטוי.⁴⁰ קמיר טוענת שבין הפורנוגרפיה לבין חופש הביטוי אין ולא כלום. השידורים החזותיים יוצרים התניה חברתית, וזו מתייחסת לנשים כאל חפץ, ולא כאל בנות-אדם

36 עניין בכרי, לעיל הערה 13.

37 ראו בג"צ 2481/93 דייין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456.

38 ראו אורי רם הגלובליזציה של ישראל – מקוורלד בתל-אביב, ג'יהאד בירושלים (2005). רם מתרגם את הביטוי גלוקליזציה לעולמקומיות.

39 פ"ד נח(3) 65.

40 ראו שם, בע' 81: "בבחינת הזכות לחופש הביטוי, נקודת המוצא במשפטנו היא שכל ביטוי, יהיה תוכנו אשר יהיה, 'מכוסה' על-ידי ההגנה החוקתית... הביטוי הארוטי והפורנוגרפי... אינו שונה בהקשר זה."

הזכאיות להגנה על כבוד האדם שלהן. לגישתה, הדיון המשפטי בסוגיה היה צריך להשתמש במושגים שונים, להתייחס לעובדות שונות ולהחיל מערכת ערכית שונה מאלה המופיעים בפסיקת בג"צ. נוסף על כך, השאלות המשפטיות שהיה ראוי לדון בהן בתיק זה לטעמה של קמיר, ואשר לא נידונו, נוגעות בשיקולים זרים שהופעלו לטענת העותרים על־ידי הרשות, בחוסר תום־הלב של הרשות ובשימושה לרעה בסמכותה הציבורית. במקום מאמר משפטי במתכונת הרגילה, חבשה קמיר כובע שיפוטי. כדי לתת ביטוי לקולן של נשים, אשר לא נשמע בבית־המשפט או נשמע אך לא נקלט, היא מציעה את פסק־הדין שלא נכתב, שהיה יכול להיכתב לדעתה לפי המצב המשפטי הקיים, ואשר בוודאי היה צריך להיכתב במסגרת השקפת־עולם ערכית המושתתת על כבוד האדם.

הדיון הפמיניסטי המתמקד בצד הנפגע מ"הביטוי" ממחיש שאלה רחבה יותר, הנוגעת בעובדה שלביטוי יש גם צד אחר – זה של השומעים, בין שומעים מרצון ובין שומעים בעל־כורחם. חוקר התקשורת ד"ר עמית פינצ'בסקי מעיין מקרוב בשותף השקט לשיחה – הצד השותק. הוא מאבחן שהשיח הפילוסופי המקובל על־אודות חופש הביטוי מתרכז בדובר, ולא בשותק. ההצדקות הקלסיות של חופש הביטוי מקיפות רק את מי שחבר בקהילת הרוב, ואילו על האחר, שאינו חבר בקהילה, נגזרת דממה כפויה. פינצ'בסקי חורג מגבולות השיח הליברלי, ומוסיף מימד, ברוח עמנואל לוינס, של אחריות ביחס לזולת. בעקבות מרטין בובר, פינצ'בסקי מדגיש את חיוניותה של השתיקה לתקשורת האנושית. ניתוחו מאיר פן מרכזי בתרבות הביטוי שלנו, אשר פעמים רבות מוחמץ על־ידי התרבות המשפטית של חופש הביטוי. הביטוי מחייב את הציווי "שקט!" כדי שהדובר יוכל לדבר. אבל לביטוי אין משמעות בהעדרו של שומע, וממילא אין לחופש הביטוי משמעות בהעדרם של שומעים־שותקים. הניתוח שפינצ'בסקי מציע מצטרף להערה החוקתית־האנליטית שהושמעה לעיל, בדבר דחיקתו של העיקרון המשפטי של חופש הביטוי לתוך המושג החוקתי "כבוד האדם". הוא גם מניח יסוד לבחינה מחודשת של כמה כללי־יסוד משפטיים: האם המשפט צריך לתת את דעתו לצד השותק השותף לשיחה? האם יש הבדל בהקשר זה אם השתיקה הינה מרצון או שמא כפויה? סוגיות אלה ממתונות למחקר־המשך. חוקרת התרבות ד"ר שרה הינסקי מביאה את סיפורה של דוברת שהושתקה. אחלאם שיבלי הינה צלמת בדווית, "אומנית פלסטינית ישראלית" כהגדרתה, שזכתה בפרס גוטסדינר היוקרתי והוזמנה בעקבות זה להציג תערוכת־יחיד במוזיאון תל־אביב. אוצר התערוכה ערך ושכתב את הטקסט שליווה את התערוכה, על אפה ועל חמתה של שיבלי, ואף הוסיף טקסט משלו. אף לא אחת מעבודותיה הוסרה מהקיר, אולם הינסקי טוענת כי התערבותו של האוצר בטקסט הפרשני שליווה את התערוכה פגעה בחופש הביטוי של האומנית מכיוון שהאוצר סילף את כוונותיה והעדיף את אמונותיו הפוליטיות על אלה ששיבלי ניסתה להציג בעבודתה. הקושי שחינסקי מתמודדת איתו הוא שהפרדיגמה המשפטית ושיח חופש הביטוי ציוריים לפגיעה מסוג זה. שיבלי לא הושתקה בדרך בוטה, והפגיעה בחופש הביטוי שלה לא הייתה במסגרת הפרדיגמה הממשלתית. במקרה זה אין מדובר במדינה שאסרה על דובר להתבטא; הפגיעה בחופש הביטוי של שיבלי באה במסגרת שדה האומנות – ובאופן נקודתי, בשדה המוזיאלי – והתבטאה בשינוי הטקסט הנלווה. מעמדו של הטקסט הפרשני באידיאולוגיה האסתטית ובשיח המשפטי הוא מכשירני, ומשום כך ההתערבות בטקסט אינה נתפסת כצנזורה, אלא כפעולת עריכה

לגיטימית. חינוסקי מפרקת את הקשר המורכב שבין זהות פוליטית ליצירה ואת הקשר שבין יצירה לפרשנותה, ומבחינה בין שיקול־דעת שבעריכה לבין צנזורה. בתוך כל זה היא מגדירה את הפגיעה שנפגע חופש הביטוי של שיבלי. אבל טענתה של חינוסקי רחבה יותר: היא מראה כיצד השיח הקיים של חופש הביטוי, על הנחות־הרקע הגלויות והסמויות שבו ועל כלליו הפרטניים, הוא שפוגע בחופש הביטוי בכלל. השיח הקיים פשוט צר מלהכיל את האחר. בכך חינוסקי חושפת את מגבלותיו של השיח הקיים על־אודות חופש הביטוי.

המשפטן אביחי דורפמן מצטרף לפינצ'בסקי ולחינוסקי בהצביעו על מגבלות השיח הליברלי בהקשר של הכלת העושר שיש ברעיון של חופש הביטוי. דורפמן כופר ביכולתן של התיאוריות המקובלות לייצג בדרכים רציונליות את חוויית הביטוי, וזאת משום הכשל הבלתי־ניתן לאיחוי, בעיניו, בין השפה לבין המציאות שהיא מתימרת לייצג. ביקורתו נסבה, אם כן, לא על מה שיש בתיאוריה, אלא על מה שאין בה. במקום השיח הליברלי המוגבל, ובעקבות ריצ'רד רורטי, דורפמן מציג עמדה פרגמטיסטית אשר רגישה לחוויה האנושית של ביטוי. מקרה־מבחן מרכזי שדורפמן בוחן הוא זה של "כיכר הלחם" – הפגנה חברתית שהחלה בכיכר המדינה בתל־אביב, מעגל של עושר ישראלי, שהמפגינים ניסו לחזור לתוכה ולהקים בה את ביתם הזמני במקום הבית שאין להם. כיכר המדינה הינה גם מעגל ציוני, בהיותה מוקפת על־ידי רחוב ה' באייר ונחצית על־ידי הרחובות על־שם של זאב ז'בוטינסקי וחיים ויצמן. המפגינים סולקו ממעגל העושר הציוני, ונדדו אל המוקד הפוליטי בירושלים, במרחב הציבורי ביותר בישראל, זה שבין משרד ראש הממשלה לבין הכנסת ובקרבת בית־המשפט העליון. אבל גם משם סולקו המפגינים, באישור בית־המשפט. ההצעה לשיח פרגמטיסטי של חופש הביטוי המובאת בפרק זה מאירה את מוגבלותו של השיח הליברלי בהקשר של הכלת ההפגנה, ומעמידה בספק את כל הפרויקט המודרניסטי של בית־המשפט.

פרקי הספר שנסקרו עד כה בוחנים שאלות חברתיות ותרבותיות בהקשר של ההיסטוריה, הדוקטרינה והבסיס העיוני של חופש הביטוי הישראלי. לדיני חופש הביטוי, כמו למשפט כולו, יש גם היבט חלוקתי. להיבט החלוקתי בהקשר של חופש הביטוי יש לא רק משמעות של אפליה, אלא גם משמעות של מניעה מהשתתפות בשיח הציבורי, כלומר, הדרה מהתהליך הפוליטי. המשפטן ד"ר גיא פסח בוחן את המשמעות החלוקתית של כללי חופש הביטוי, ומיישם את הדיון לתחום הטכנולוגיה. התשתית הטכנולוגית שהביטוי נישא על־גביה משתנה לנוכח המהפכה הדיגיטלית, ובעיקר לנוכח רשת האינטרנט. פסח מניח כי הטכנולוגיה עמוסת־ערכים, וכי יש ביכולתה לקדם או לעכב אידיאולוגיות שונות. לטכנולוגיה יש השלכות כלכליות ופוליטיות, ואת אלה הוא מנסה לברר על־מנת להראות כיצד הכלכלה הפוליטית של חופש הביטוי נובעת (גם) מהטכנולוגיה. מכאן הוא מזהה שהטכנולוגיות החדשות יוצרות משאבי ביטוי חדשים, שאינם מתמצים רק בתשתית הטכנולוגית, אלא כוללים גם בתכנים חדשים ואפיקי גישה חדשים. מכאן אך מתבקשת שורה של שאלות בדבר הקצאת דרכי השימוש במשאבי ביטוי אלה.

כאמור, חופש הביטוי מושפע לא רק מהתנאים המשפטיים, החברתיים והפוליטיים, אלא גם מהתשתית הטכנולוגית שהביטוי נישא על־גביה. המדיום יוצר (ומגביל) את אפשרויות התקשורת – קרי, את אפשרות ההשתתפות בשיח הציבורי – הן בהיבט של סוג השיח,

כלומר מי מדבר עם מי ומי מאזין למי, והן בפרמטרים של זמן, מקום, נגישות ועוד. הקשר שבין משפט לבין טכנולוגיה בכלל, ובין חופש הביטוי לבין אמצעים טכנולוגיים של תקשורת בפרט, מחייב דיון נרחב. אנו מוצאים התחלה של דיון כזה בישראל.⁴¹ בספר זה אנו מביאים את תרומתם של חוקרת המידע ד"ר קרין ברזילי־נהון ושל המשפטן וחוקר מדע המדינה פרופסור גד ברזילי. השניים בוחנים במאמרם את התמורות שחוללה רשת האינטרנט בקשר לצנזורה. המודל הקלסי של הצנזורה, שבו המדינה מפעילה את סמכותה המרכזית כדי לקבוע מה מותר ומה אסור, נחלש מאוד בסביבה הדיגיטלית. אבל במקום המודל הישן, הכותבים מזהים הסדרה לא־מדינתית, ואפילו פרטית, שיש לה אופי צנזורי־אלי. המאמר מבוסס על מחקר אמפירי שבחן את התנהגותם של גולשים בקהילות וירטואליות ואת תגובותיהם של מנהלי הקהילות האלה. הכותבים טוענים כי מנגנוני ההסדרה הקהילתיים מחליפים את המנגנונים הממשלתיים, וכי בפועל יש בהם צנזורה שאינה פחותה מזו המדינתית. אכן כך, אלא שבמקרה של הצנזורה הפרטית – בינתיים לפחות – אין כלים לביקורת שיפוטית חוקתית. ממצאיהם של הכותבים על הולדתה המחודשת של הצנזורה מחייבים את המשפטנים לבחון בתשומת־לב את המתווכים החדשים בסביבה הדיגיטלית, מתוך מודעות לכוהם.⁴²

* * *

פרקי הספר שתוארו זה עתה עוסקים, כל אחד בדרכו, במגבלותיו של השיח המשפטי הקיים בקשר לחופש הביטוי – הנתק שבין המשפט לחברה (ולצברגר ועוז־לצברגר, ברק־ארוז), מגבלות השיח הליברלי (פינצ'בסקי, דורפמן, הינסקי), ההקשר ההיסטורי של דיני חופש הביטוי הישראליים (ולצברגר ועוז־לצברגר, רוזין) והקשר המורכב לתרבויות משפטיות זרות (רייכמן, קמיר). פרקי הספר בוחנים גם את ההשלכות החלוקתיות של הכללים המשפטיים (פסח), את כוהם המשתק קבוצות אוכלוסייה מסוימות (קמיר, הינסקי) ואת השינוי בתנאים הטכנולוגיים־החברתיים בסביבה המקוונת (פסח, ברזילי־נהון וברזילי). בכל המובנים האלה, המאמרים המובאים כאן שונים מאוד מהזרם המרכזי של השיח המשפטי המקובל בישראל על־אודות חופש הביטוי. אבל פרקי הספר האלה דומים לזרם המרכזי במובן אחד: הם מדברים על חופש הביטוי של האחר. השיח מתנהל בגוף שלישי, ובמקרה אחד בגוף שני (שרה הינסקי, המביאה את קולה של אחלאם שיבלי). בספר זה אנו מבקשים לעשות גם את מה שמתבקש כל־כך ואשר לא נעשה עד כה בשיח האקדמי המשפטי בישראל: לשמוע במישרין גם את אלה שחופש הביטוי שלהם נפגע. לאורך הספר פוזרים דיווחים אחדים – סיפורים אישיים – של אלה שחוו "חוויות של חופש ביטוי". הם מספרים על החוויה בגוף ראשון, ומתארים את מפגשם עם העולם המשפטי. לרשימות אלה של "חופש הביטוי בגוף ראשון" יש מטרה כפולה: האחת –

41 ראו, למשל, יובל קרניאל "חופש הביטוי באינטרנט" עלי משפט א (תש"ס) 163; וכן המאמרים שפורסמו בכרך 1 של כתב־העת משפט וממשל (תשס"ג) והמאמרים שפורסמו בגיליון מס' 5 של כתב־העת פתוח (2003).
42 אלקין־קורן, לעיל הערה 28.

להציב את משתתפי השיח במרכז, ולא כצופים מהצד בשיח על-אודותיהם, ובכך לאפשר השתתפות שלהם בשיח הזה; המטרה האחרת היא להאיר את הדרך שבה המשפט נתפס אצל מי שאינם משפטנים (למעט ספיבק) – נושא שהעניין בו חורג מתחומי הנושא של חופש הביטוי.

הכותבות והכותבים בגוף ראשון חוו מפגשים שונים עם המשפט, בנושאים שונים. חלקם חוו זאת בהפתעה, כמו הסופרת שפרה האפרתי, שבסך-הכל כתבה ספר ביקורתי על ספרי הסמב"ה של יגאל מוסיגוזון, וספרה הורד מן המדפים בגלל טענה בדבר הפרה של זכות יוצרים, או הפעיל החברתי בראיין אטינסקי, שהתעורר במיטתו מוקף שוטרים (או חוקרי שב"כ, הוא אינו יודע) בגלל קריקטורה בוטה מאוד (וכנראה פלילית) שהציב גולש ברזילאי באתר אינטרנט פוליטי שאטינסקי הפעיל בשעתו. חלקם מספרים על הפגיעה הממשלתית בחופש הביטוי שלהם, דוגמת ישראל טויטו, שהוביל את הפגנות "כיכר הלחם" בתל-אביב ובירושלים, ואשר סולק משם באישור בתי-המשפט, או נודי אלעוקבי, שהועמד לדין והורשע בעבירה של השחתת פני מקרקעין, בגין כתובת הגרפיטי "מסגד באר-שבע הגדול" שכתב על מבנה אשר שימש בעבר מסגד. הפובליציסט והעיתונאי עוזי בנימין מספר על התביעה שניהל נגדו חבר-הכנסת דאז וראש הממשלה אריאל שרון בעקבות שלושים וארבע מילים שכתב בנימין על-אודות שרון בטור עיתונאי, אשר עסקו ביחס שבין שרון ומנחם בגין בתקופת מלחמת לבנון. הרשימות בגוף ראשון ממחישות גם שהאיום על חופש הביטוי מגיע פעמים רבות לא מהשלטון, אלא דווקא מגורמים חברתיים. עו"ד דורי ספיבק מדווח על המאבק המשפטי-החברתי שניהל נגד חברת "דן", אשר סירבה לפרסם מודעות שפנו לקהילה ההומו-לסבית בקשר לקיום מין בטוח, וחושף את הקשיים של עורך-הדין הציבורי הנאלץ לתמרן בין האינטרס שהוא מייצג לבין המערכת המשפטית הלוחצת לפשרה. אביטל ליבנה-לוי כותבת על תגובתה של הקהילה הדתית, שאליה היא משתייכת, על סרט שהכינה, שכלל תמונות עירום. ד"ר דוד צנגן כותב על הצד האחר של חופש הביטוי – על מי שנפגע מביטוי של אחר. צנגן היה רופא בחטיבה של צה"ל שהשתתפה במבצע "חומת מגן" בג'נין, באפריל 2002. הוא היה אחד ממובילי המאבק נגד הקרנת סרטו של מוחמד בכרי "ג'נין-ג'נין". האם המאבק השתלם? צנגן מספר על המפגש עם המערכת המשפטית, שהייתה אטומה לעמדתו ולעמדת חבריו ליחידה.

* * *

על-גבי מוצרים רבים אפשר למצוא כיום פנייה ללקוחות – ספק פנייה אישית, ספק פטור מאחריות – שבה מצהיר היצרן כי המוצר עוזב את המפעל טרי, שלם ומושלם. ספר זה אינו מוצר, ואחרי קריאה בו תמצאו בוודאי גם מדוע הוא אינו שלם. הוא מבקש להתחיל פרויקט מחקרי, לא לסיימו. הספר יוצא מתחת ידינו ומוגש לקוראים לשיפוט. יש כאן הזמנה לדין. מאחורי הביטוי העמום "יוצא מתחת ידינו" מסתתרת קבוצה גדולה ומצוינת, ואני מבקש להכיר תודה עמוקה למי שדיברו מאחורי הקלעים כדי לאפשר לאחרים להתבטא טוב יותר, ולכולנו – לקרוא. ראשית, תודה לחברי המערכת, תלמידי הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב,

ולעומדים בראש המערכת, שני סגני העורך, רונן וודלינגר ומיכל פרי. פעם אחר פעם במהלך העבודה על הספר התפעלתי מכשרונם. חשיבתם המקורית ורחבת־האופקים ויכולות הניתוח המשפטי המצוינות שלהם חברו לנועם אנושי, ליכולת ארגון וניהול מצוינת ולהרמוניה מושלמת, גם כאשר לא הסכמנו בינינו. הם ניווטו את המערכת ביד בוטחת וטובה.

כותבים רבים מעידים על הבדידות שבתהליך הכתיבה. ספר זה שונה. הכותבות והכותבים גילו אוזן קשבת למערכת ונכונות לשנות ולתקן ולבדוק שוב ושוב. חברי המערכת שקדו על כל מאמר שבספר בשבעה גלגולים שונים (ולעיתים יותר), והכל כדי לתמוך בכותבים, לחזק את טיעוניהם, להבהיר את עמדותיהם ולעשות לשיפור הטקסט שלפניכם. עבודתם המצוינת נטמעה בכתיבה, ויעידו הכותבים על ההבדלים בגרסות השונות של המאמרים. מאחורי כל מאמר מסתתר גם קורא אנונימי אחד לפחות, ולעיתים יותר מאחד, שווידאו כי המאמרים עומדים בסטנדרטים אקדמיים גבוהים. למפיקה של הוצאת רמות איה דראל ולצוות ההוצאה לאור, וכן למזכירת המערכת מיכל לוקר־אשד – לכל אלה אני מבקש להודות על העבודה המקצועית, היעילה, הפורייה והנעימה. תודתי גם לעורך הראשי של סדרת הספרים משפט, חברה ותרבות, פרופסור אשר מעוז, שהגה את הנושא והזמין אותי לערוך את הספר. אשר ואני מחזיקים בעמדות שונות, הפוכות במקרים רבים, בקשר לנושאי הספר, ואני מעריך עד־מאוד את פתיחותו לעמדות האחרות, שהרי זה בדיוק לבי־ליבו של הספר. תודה אחרונה גם לעוזר־המחקר תומר אפלדורף, שסייע לי בהכנת הקדמה זו.

אם הספר מעורר את המחשבה על־אודות חופש הביטוי, אזי הצלחנו במשימה. בסיום קריאת הספר יגיע תורם של הכותבים בו ושל המערכת להשתתף מעט ולהאזין לתגובה או לקרוא אותה. אחר כך יגיבו, אם ירצו. כך דרכו של שיח אקדמי, וכך דרכו של שיח בכלל.

ד"ר מיכאל בירנהק, עורך הספר

ראש המרכז למשפט וטכנולוגיה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

