

המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה*

מאת

אהרן ברק**

מאז פרשת קול העם הוכר חופש הביטוי כערך יסוד של משטר מדינת ישראל. כיום ניתן לדבר על מסורת חופש הביטוי בישראל. למסורת זו מספר בעיות. חלקן קשורות למבחן קול העם עצמו. חלקן קשורות ליחסה של המסורת לתקשורת הציבורית (טלוויזיה ורדיו) ולעיתונות הפרטית. עיקר הרשימה בוחן עניין אחרון זה. העיתונות הפרטית נהנית מחופש ביטוי. עם זאת היא עצמה במה אשר אמורה להגשים את חופש הביטוי של בני הציבור. כדי להבטיח הפעלה ראויה של חופש זה, מוצעת למחשבה התיזה לפיה יש לראות בעיתונות הפרטית "גוף דר-תכליתי". מכוח מעמד זה יוטלו על העיתונות הפרטית מספר חובות המוטלות על גוף ציבורי, כגון החובה להימנע מניגוד עניינים, איסור ההפליה, החובה לקיים דיווח אמיתי ואמין וזכות הגישה. הרשימה מנתחת את מעלותיה וחסרונותיה של ההצעה, ומעמידה אותה לבחינת הציבור.

א. הקדמה. ב. המסורת של חופש הביטוי. ג. בעיותיה של מסורת חופש הביטוי. ד. מבחן "קול העם". ה. מסורת חופש הביטוי והתקשורת הציבורית. ו. העיתונות הפרטית. ז. סוף דבר.

* הרצאה (ביום 13.5.96) ביום עיון להופעת ספרו של פרופסור זאב סגל, חופש העיתונות — בין מיתוס למציאות.

** נשיא בית-המשפט העליון.

א. הקדמה

מאז פרשת קול העם¹ הולכת וגוברת ההכרה בישראל כחשיבותו של חופש הביטוי. בתי-המשפט חזרו והדגישו — מאז פסקי-הדין המונומנטליים של השופט אגרנט בפרשת קול העם ושל השופט שמגר בפרשת חברת החשמל² — כי חופש הביטוי הוא "ציפור נפשה של הדמוקרטיה"³, כי יש לו "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם"⁴ וכי הוא "זכות-על"⁵ "עילאית"⁶.

בתי-המשפט נתנו פירוש נרחב לביטוי אשר החירות משתרעת עליו. נכללים בו כל הצורות של הביטוי ובהם ספרים⁷, סרטים והצגות⁸, מלים ומעשים⁹, הצגה בתיאטרון¹⁰ והצגה של פסל¹¹. הוא כולל בחובו את הביטוי הפוליטי¹², הספרותי והמסחרי¹³. הוא משתרע על הביטוי שאוהבים לשמוע ועל דעות מרגיזות וסוטרות¹⁴. גם ביטוי שיש בו "ממרח מגונה של ארוטיקה, פוליטיקה וסטיות מכל סוג"¹⁵ נכלל במסגרתו של חופש

- 1 בג"צ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: פרשת קול העם). ראו ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' — קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט 129 (התשמ"ז).
- 2 ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281; ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337. עמדתו של השופט שמגר בד"נ 9/77 היתה עמדת מיעוט.
- 3 השופט אגרנט בע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435.
- 4 בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398.
- 5 השופט שמגר בע"א 723/74, לעיל הערה 2, בעמ' 295.
- 6 כביטוי של השופט אגרנט בבג"צ 73/53, 87, לעיל הערה 1, בעמ' 878.
- 7 ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840.
- 8 בג"צ 806/88 *Universal City Studios Inc.* נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22.
- 9 בג"צ 153/88, לעיל הערה 4, שם.
- 10 בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421.
- 11 בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683.
- 12 בג"צ 83/53, 87, לעיל הערה 1, שם; בג"צ 1604-1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353.
- 13 בג"צ 806/88, לעיל הערה 8, בעמ' 36; על"ע 13/86 חוטר ישי נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד מא(4) 838; בג"צ 896/87 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מג(1) 701, 704; בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1891) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד ממוצ(8) 806/88, לעיל הערה 8, בעמ' 34; וכן ראו דברי הנשיא שמגר בע"ב 2/84, 3 גיימן נ' יושב ראש וועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 277.
- 15 בג"צ 14/86, לעיל הערה 10, בעמ' 433.

הביטוי. ביטוי שיש בו פגיעה ברגשות¹⁶ או בשמו הטוב של אדם¹⁷, ביטוי שהוא גזעני¹⁸ או שהוא חומר תועבה¹⁹ "מכוסה" על-ידי חופש הביטוי. כמובן, לא כל ביטוי המכוסה על-ידי חופש הביטוי הוא ביטוי מוגן במשפט הישראלי. הפסיקה שלנו הבחינה יפה בין היקפו של חופש הביטוי — שעליו עמדתי — לבין מידת ההגנה הניתנת לחופש הביטוי²⁰. אכן, ככל זכות חוקתית, גם חופש הביטוי אינו חופש מוחלט. בתי-המשפט חזרו והדגישו כי חופש הביטוי הוא חופש יחסי²¹. בכך באה לידי ביטוי התפישה, כי חופש הביטוי, עם כל חשיבותו, אינו הערך היחיד במרקם החיים של חברה ומדינה. לצדו של חופש הביטוי עומדים ערכים נוספים. אלה הם ערכים של הפרט, כגון כבוד האדם, שמו הטוב²², קניינו²³, פרטיותו²⁴ וחופש עיסוקו²⁵. אלה ערכים של הכלל, כגון עצם קיומה של המדינה, אופיה הדמוקרטי²⁶, טוהר השיפוט בה²⁷ ושלוש הציבור ובטחונו²⁸. חופש אינו הפקרות. חירותי לקיים תהלוכה אינה מאפשרת לי לעלות על רכושך ולהפגין בו. "בלא סדר אין חירות. חופש האסיפה

- 16 בג"צ 14/86, לעיל הערה 10, בעמ' 441; בג"צ 806/88, לעיל הערה 8, בעמ' 38; בג"צ 953/89, לעיל הערה 11, בעמ' 690; בג"צ 351/72 קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד (2) 811, 816.
- 17 ע"פ 24/50 גורלי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה(2) 1145, 1160; ע"פ 677/83 בורכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 218; ע"א 214/89, לעיל הערה 7, בעמ' 857-858; ע"א 334/89 מיכאלי נ' אלמוג, פ"ד מו(5) 555.
- 18 בג"צ 399/85 כהנא נ' הרעד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 281.
- 19 בג"צ 806/88, לעיל הערה 8, בעמ' 34.
- 20 בג"צ 399/85, לעיל הערה 18, בעמ' 270, 283; בג"צ 806/88, לעיל הערה 8, בעמ' 33; בג"צ 214/89, לעיל הערה 7, בעמ' 859. להבחנה זו בין היקפו של חופש הביטוי לבין מידת ההגנה הניתנת לו ראו *F. Schauer Free Speech — A Philosophical Enquiry* (1982).
- 21 השופט אגונט בבג"צ 73/53, 87, לעיל הערה 1, בעמ' 878; מ"מ הנשיא לנדוי בד"נ 9/77, לעיל הערה 2, בעמ' 343; הנשיא שמגר בע"ב 2/84, 3, לעיל הערה 14, בעמ' 279; בג"צ 806/88, לעיל הערה 8, בעמ' 34; ע"א 214/89, לעיל הערה 7, בעמ' 861; בג"צ 399/85, לעיל הערה 18, בעמ' 283.
- 22 ראו, למשל, ד"נ 9/77, לעיל הערה 2; ע"א 214/89, לעיל הערה 7; ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד מט(2) 843.
- 23 בג"צ 153/83, לעיל הערה 4, בעמ' 401.
- 24 בג"צ 2481/93 דייך נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456.
- 25 ראו, למשל, תב"ע (ירושלים) שז/1000-3 ג'זאנה יחיאל נ' פלשתין פוסט (טרם פורסם).
- 26 ראו, למשל, ע"ב 2/84, 3, לעיל הערה 14; בג"צ 399/85, לעיל הערה 18; ולאחרונה רע"א 7504/95 גאנם יאסין נ' רשם המפלגות (טרם פורסם).
- 27 ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169; ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 565; בג"צ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356.
- 28 למשל: בג"צ 153/83, לעיל הערה 4; בג"צ 411/89 תנועת נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת ירושלים, פ"ד מג(2) 17.

אין פירושו התפרקות מכל סדר ציבורי, וחופש התהלוכה אין פירושו חופש ההתפרעות²⁹. נמצא, כי אין המשפט נותן הגנה למלוא ההיקף של חופש הביטוי. מצב דברים זה מעורר את השאלה, היכן יוצב הגבול בין היקפו של חופש הביטוי לבין ההגנה עליו? בשאלה זו עסק המשפט הישראלי בארבעים השנים האחרונות. הוא פיתח מערכת מסועפת של איזונים בין חופש הביטוי לבין הערכים והעקרונות שהוא מתנגש עמם. איזונים אלה אינם בעלי אופי "אד-הוקי". הם בעלי אופי עקרוני. בית-המשפט פתח אמות-מידה הקובעות את מידת ההגנה על חופש הביטוי, על-פי החשיבות החברתית היחסית של הערכים והעקרונות אשר חופש הביטוי מתנגש עמם³⁰.

אחת מאותן נוסחאות האיזון — נוסחת "קול העם", והיא הנפוצה ביותר — קובעת כי בהתנגשות בין חופש הביטוי לשלום הציבור ובטחונו ניתן לפגוע בחופש הביטוי רק אם מתקיימים שני אלה: ראשית, הפגיעה של הביטוי בשלום הציבור ובטחונו היא קשה, רצינית וחמורה. פגיעה זו חייבת לעלות על "רמת הסיכולת" המקובלת בחברה דמוקרטית ולזעזע את ספיה; שנית, ההסתברות להתרחשותה של פגיעה זו בשלום הציבור ובטחונו היא ברמה של ודאות קרובה³¹. לא מספיק כי הפגיעה היא אפשרית. נדרש כי התממשות הסכנה לשלום הציבור ובטחונו היא בגדר ודאות קרובה. נוסחת איזון זו הפעלה במגוון של מצבים, ובהם בהתנגשות בין חופש העיתונות ובין שלום הציבור³²; בין חופש העיתונות לבטחון המדינה³³; בין חופש היצירה האמנותית לשלום הציבור³⁴; בין חופש ההפגנה לשלום הציבור³⁵ ורבים אחרים. עם זאת, אין זו נוסחת האיזון העקרונית היחידה. רב-הגונית של המצבים האפשריים מחייב רב-גונית בנקודות-האיזון³⁶. אין לנקוט אמת-מידה אחת ויחידה שיהיה בה כדי לפתור את כל הבעיות. הרי הערכים המתנגשים אינם תמיד בני אותה רמה נורמטיבית, והבעייתיות שבהתנגשות היא מסוגים שונים. עמדה על כך המשנה לנשיא, השופטת בן-פורת, בציינה כי "אמת המידה הראויה אינה קבועה ואחידה לגבי כל סוגי המקרים... יש לאמץ מבחן מתאים, תוך התחשבות במהותם ובחשיבותם של העקרונות המתמודדים,

29 בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169, 172.

30 השופט אגרוט בבג"צ 73/53, 87, לעיל הערה 1, בעמ' 881; השופט שמגר בד"נ 9/77, לעיל הערה 2, בעמ' 361; ולאחרונה בבג"צ 399/85, לעיל הערה 18, בעמ' 284; בג"צ 806/88, לעיל הערה 8, בעמ' 36.

31 לסיכום ההלכה ראו ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" הפרקליט מ (התשנ"א) 5.

32 ראו אבנר ברק "מבחן הוודאות הקרובה במשפט החוקתי" עיוני משפט יד (התשמ"ט) 371.

33 בפרשת קול העם; וכן בבג"צ 644/81 עומר אינטרנשיונל אינק, ניו יורק נ' שר הפנים, פ"ד לו(1)

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

35 בג"צ 14/86, לעיל הערה 10; בג"צ 806/88, לעיל הערה 8.

36 בג"צ 148/79, לעיל הערה 29; בג"צ 2481/93, לעיל הערה 24.

37 בג"צ 153/83, לעיל הערה 4.

בתפיסתנו לגבי עדיפותם היחסית ובמידת ההגנה שמבקשים אנו להעניק לכל עיקרון או אינטרס³⁷. כך, למשל, כאשר חופש הביטוי (העיתונאי) התנגש עם טוהר השיפוט — במסגרת כללי ה-*sub judice* — נפסק כי נוסחת האיזון היא זו של האפשרות הסבירה³⁸. על-כן חל איסור פרסום על דבר התלוי ועומד בפני בית-המשפט, אם קיימת אפשרות סבירה — ולא ודאות קרובה — שהפרסום ישפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו³⁹. גישה זו בדבר חופש הביטוי בנויה על שלושה טעמים: הטעם הראשון הוא הרצון לחשוף את האמת. "יש להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלו באלו. מתחרות זו — ולא מהכתבה שלטונית של 'אמת' אחת ויחידה — תצוץ ותעלה האמת, שכן סופה של האמת לנצח במאבק הרעיוני"⁴⁰. כאשר הכול גלוי והכול חשוף, האמת תנצח את השקר. "אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר, ואור המנורה הוא השוטר היעיל ביותר"⁴¹. מכאן צומחת התפישה של חופש הביטוי כמכשיר בתחרות החופשית בשוק הרעיונות⁴². הטעם השני מבסס את עצמו על הצורך להביא להגשמתו העצמית של האדם. "התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית [של האדם] מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפת עולמו"⁴³. "צורך זה אינו רק הצורך של הדובר. זהו גם הצורך של השומע, ועל כן גם של הציבור הרחב"⁴⁴. "מטבעו של האדם, שהוא מגשים עצמו על ידי מתן ביטוי לעצמו"⁴⁵. הטעם השלישי מבסס את חופש הביטוי על המשטר הדמוקרטי. עמד על כך הנשיא שמגר באומרו:

חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה. השמעת הדעות החופשית והחלפת הדעות הבלתי מוגבלת בין איש לרעהו הן בגדר תנאי שאינן בלעדיו לקיומו של המשטר המדיני והחברתי, בו יכול האזרח לשקול, תוך לימוד הנתונים וללא מורא, מה דרוש, לפי מיטב הבנתו, למען טובתם ורווחתם של הכלל ושל הפרט.

37 בג"צ 448/85 עור כמאל דאהר נ' הרב יצחק פרץ, פ"ד מ(2) 701, 708.

38 בג"צ 223/88, לעיל הערה 27.

39 ראו גם ע"פ 126/62, לעיל הערה 27; ע"פ 696/81, לעיל הערה 27.

40 בג"צ 399/85, לעיל הערה 18, בעמ' 272.

41 בג"צ 1604-1601/90, לעיל הערה 12, בעמ' 364.

42 ביסוד תפישה זו מונח פסק-דינו של השופט הולמס (Holmes) בפרשת *Abrams v. United States*,

250 U.S. 616 40 S.C.T. 17 (1919)

43 בג"צ 399/85, לעיל הערה 18, בעמ' 273.

44 שם, שם.

45 שם, שם.

ואיך יובטח קיומם של המשטר הדמוקרטי ושל המסגרת המדינית, אשר בתוכה הוא פועל...⁴⁶.

כפי שהדגיש השופט לנדוי:

שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה "מודרכת" מלמעלה⁴⁷.

חופש הביטוי מביא גם ליציבות חברתית, שכן הלחץ החברתי מוצא את ביטויו במשא ולא במעש. הוא מגביר את הסובלנות — לרבות הסובלנות כלפי הבלתי-סובלן — ובכך מחזק את הדמוקרטיה עצמה⁴⁸.

ב. המסורת של חופש הביטוי

הנה כי כן, בארבעים השנים האחרונות פתח בית-המשפט מערך מורכב ומסועף של איזונים עקרוניים הקובעים את היקפו של חופש הביטוי ומידת ההגנה עליו, כנדרש על פי הטעמים המונחים ביסודו⁴⁹. מערך זה מגלה יציבות רבה. עבור השנים לא הקהה את חדותו. עשרות פסקי-הדין חיזקו את יסודותיו ויצקו תוכן אקטואלי לדינו. התפתחות זו התאפשרה בשל אופיה של ישראל כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש. התפתחות זו היא ביטוי לתפישות-העומק של החברה הישראלית. היא פרי ההיסטוריה שלנו, התרבות שלנו ותפישות-היסוד שלנו. אכן, בין הדמוקרטיה הישראלית לבין חופש הביטוי יש מערך של כלים שלובים. חופש הביטוי מפיח חיים במשטר הדמוקרטי. אך באותה מידה מעניקה הדמוקרטיה חיות לחופש הביטוי⁵⁰.

על רקע זה אני סבור, כי ניתן לדבר כיום בישראל על תרבות חברתית של חופש ביטוי. אני חושב, כי אנו רשאים לחשוב בישראל במונחים של מסורת חופש הביטוי⁵¹. לא עוד דינים ספורדיים בדבר חופש הביטוי, המשקפים פרשנות שיפוטית מקרית של דברי חקיקה שונים ובלתי-קשורים זה בזה. נראה לי כי ניתן לדבר בישראל על "סטטוס"

46 בג"צ 372/84 קלופפר נוח נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238.

47 בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ ג' גרי, פ"ד טז 2407, 2416.

48 בג"צ 806/88, לעיל הערה 8, בעמ' 33.

49 ראו ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו", לעיל הערה 30.

50 ראו בג"צ 399/85, לעיל הערה 18, בעמ' 278.

51 הדיבור "מסורת חופש הביטוי" הוטבע על-ידי קלוין. ראו — H. Kalven A *Worthy Tradition* — *Freedom of Speech in America* (1988).

משפטי של חופש ביטוי ועל "מוסד" חברתי של חירות ביטוי, ובקיצור — על מסורת של חופש ביטוי.

מסורת חופש הביטוי גובשה על-ידי בית-המשפט העליון. תרמו לה שופטים דגולים. היא התאפשרה בשל אמון הציבור בשופטיו. זהו אמון הציבור כי ההכרעה השיפוטית נעשית באופן הוגן, נייטרלי וללא נטייה. זהו אמון הציבור, כי הרשות השופטת עושה צדק על-פי הדין. זהו אמון הציבור ברמתה המוסרית הגבוהה של השפיטה. זהו אמון הציבור באובייקטיביות השיפוטית, המשקפת את ערכי-היסוד ותפישות-העומק של החברה, ולא את השקפותיו האישיות של השופט. ואף כאן, יש מערך של כלים שלובים: אמון הציבור בשפיטה אפשר את התפתחות המסורת של חופש הביטוי. מסורת זו הגבירה את אמון הציבור בשופטיו.

אכן, חלקם של השופטים בבניית מסורת חופש הביטוי הוא ניכר. עם זאת, המסורת של חופש הביטוי לא היתה מתפתחת ולא היתה נשמרת, בלא שהחברה הישראלית כולה — ואנשי-התקשורת עצמם — היו רואים בה את בכת-עינם. מסורת חופש הביטוי נטועה עמוק בתרבות החברתית שלנו. היא משקפת את ההיסטוריה שלנו. היא ביטוי לתפישות-העומק שלנו.

מסורת חופש הביטוי גובשה בתנאים נורמטיביים ופיזיים קשים. התנאים הנורמטיביים הם קשים, שכן החקיקה בענייני חופש הביטוי היא בעיקרה חקיקה מגדטורית, פרי משטר קולוניאלי, שלא ביקש לקדם את חופש הביטוי. משטר זה חוקק, למשל, את פקודת העיתונות⁵² ופקודת סרטי הראינוע⁵³, אשר צמצמו והגבילו את חופש הביטוי. המחוקק הישראלי לא ביטל חקיקה זו. לא היתה זו משימה שיפוטית קלה לטעת על ארמת החקיקה הזו את נטע חופש הביטוי. רק היצמדות עיקשת לתפישות-היסוד שלנו אפשרה חקיקה שיפוטית זו. רק נכונות אינטלקטואלית לפרש את החקיקה המגדטורית שלא על-פי כוונתם הסובייקטיבית של יוצריה, אלא על-פי התכלית האובייקטיבית של בני החברה הזו כיום, אפשרה את פיתוח המסורת והשרשתה⁵⁴. כל זה חייב תפישת-עולם מגובשת באשר למעמד השפיטה, לתפקיד השופט בחברה דמוקרטית, ליחסיו עם הרשויות ולחובתו לקדם את שלטון החוק. התנאים הפיזיים הם קשים. בתי-המשפט פיתחו את חופש הביטוי בתנאים של מלחמות ושל צורכי ביטחון קשים. המסורת של חופש הביטוי גובשה על רקע סיכונים צבאיים ובטחוניים ועל רקע מגטליות בטחוניות חזקה. קלי-יחסית לגבש מסורת של חופש ביטוי במעצמה אדירה כמו ארצות-הברית. קשה הדבר בישראל הקטנה, אשר נאבקה על חייה ובטחונה. בספרות המשפטית ההשוואתית מובאת ישראל כדוגמא חיה לשיטת-משפט, אשר הכירה בחופש

52 פקודת העיתונאות 1933, חא"י ב (ע) 1191, (א) 1214.

53 פקודת סרטי הראינוע 1927, חא"י א (ע) 128, (א) 135.

54 ראו בג"צ 680/88 לעיל הערה 33.

הביטוי ופיתחה אותו חרף תשתית חקיקתית לא־דמוקרטית, פרי משטר קולוניאלי וחרף תנאים בטחוניים קשים⁵⁵.

עד לעת האחרונה התפתח חופש הביטוי בישראל בעיקרו מתוך פרשנות חקיקה אשר הגבילה אותו. פקודת העיתונות, אשר הטילה מגבלות על חופש העיתונות, שימשה בסיס בפרשת קול העם לפסיקה אשר הרחיבה את חופש העיתונות. תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, אשר יצרו צנזורה על העיתונות, שימשו מסד לפסיקה, אשר ביססה את חופש העיתונות⁵⁶. פקודת סרטי הראינוע — ובעבר פקודת ההצגות הציבוריות (ביקורת) — אשר הקימו צנזורה על סרטים ומחזות, היו נקודת-מוצא פרשנית להכרה בחופש היצירה⁵⁷. פקודת המשטרה⁵⁸, אשר אסרה על הפגנות ללא היתר, שימשה מנוף להכרה בחירות ההפגנה. לאחרונה חל מפנה. זוהי "המהפכה החוקתית"⁵⁹. הכנסת כוננה את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק־היסוד הוא חלק מחוקתה של המדינה. חוק זה הופך את זכויות האדם המוזכרות בו לזכויות חוקתיות-על־חוקיות. הוא מעניק מקום מרכזי לכבוד האדם. אין בו אֶזכור מפורש לחופש הביטוי. עם זאת, ניתן לומר —

55 ראו, למשל, W. Brennan *The Quest to Develop a Jurisprudence of Civil Liberties in Times of Security Crises* 18 *IYHR* (1988) 11, 20

It may will be Israel, not the United States, that provides the best hope for building a jurisprudence that can protect civil liberties against the demands of national security, for it is Israel that has been facing real and serious threats to its security for the last forty years and seems destined to continue facing such threats in the foreseeable future. The struggle to establish civil liberties against the backdrop of these security threats, while difficult, promises to build bulwarks of liberty that can endure the fears and frenzy of sudden danger — bulwarks to help guarantee that a nation fighting for its survival does not sacrifice those national values that make the fight worthwhile... In the future the protections generally afforded civil liberties during times of world danger owed much to the lessons Israel learned in its struggle to preserve simultaneously the liberties of its citizens and the security of its nation.

56 תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, ע"ד 1945. ראו ע"פ 5590/90 חנא סיניורא נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(5) 548; בג"צ 680/88, לעיל הערה 33; בג"צ 234/84 חדשות בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד לח(2) 477.

57 בג"צ 351/72, לעיל הערה 16; בג"צ 14/86, לעיל הערה 10.

58 פקודת המשטרה [נוסח חדש], תשל"א-1971, סעיפים 83-90.

59 למהפכה החוקתית ראו פסק־דיני בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי (טרם פורסם). ראו גם ברק פרשנות במשפט (ירושלים תשנ"ד, כרך ג) 261.

והשאלה פתוחה וטרם הוכרעה — כי חופש הביטוי הוא חלק מכבוד האדם⁶⁰. אכן, כבוד האדם כזכות חוקתית אינו רק זכותו של האדם שלא יענו אותו ושלא ישפילו אותו. כבוד האדם אינו רק ה-Honour של האדם. כבוד האדם הוא גם ה-Dignity של האדם. הוא צריך להתפרש — כאמור בחוק-היסוד — מתוך "הכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין"⁶¹ ובאופן שיהיה בו "כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"⁶². יש להבין אותו "כרוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"⁶³. על רקע זה ניתן לומר, כי כבוד האדם משמעותו הכרה באדם כיצור חופשי. כבוד האדם הוא חופש עיצוב האישיות של כל אדם. כבוד האדם הוא האוטונומיה של הרצון הפרטי⁶⁴, חופש הבחירה וגיבוש השקפת-העולם. כבוד האדם רואה באדם מטרה ולא אמצעי⁶⁵. ניתן לטעון — וכאמור, השאלה טרם הוכרעה — כי מתפשה זו של כבוד האדם מתבקשת המסקנה כי חופש הביטוי הוא חלק מכבוד האדם. אם אמנם השקפה זו תתקבל, כי אז ניתן חיזוק נורמטיבי ניכר למסורת חופש הביטוי בישראל. שוב אין היא יונקת במישור הנורמטיבי את כוחה מדברי חקיקה רגילים ופסיקה המפרשת אותם. היא יונקת את חיותה במישור הנורמטיבי מהחוקה עצמה ומפרשנותה השיפוטית. לא החוק המגביל לפי פרשנותו השיפוטית מבסס את חופש הביטוי. חופש הביטוי בפרשנותו השיפוטית קובע את חוקתיותו של החוק המגביל. זהו השינוי המחשבתי — המהפכה המחשבתית — אשר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הביא. זוהי הקונסטיטוציונליוציה של המשפט הישראלי אשר נגזרת ממנו⁶⁶.

ג. בעיותיה של מסורת חופש הביטוי

מסורת חופש הביטוי נראית אפוא איתנה. היא קשורה היטב בתרבות החברתית שלנו. היא מבוססת כראוי בטעמים המונחים ביסודה. היא מעוגנת בעוצמה רבה בפסיקתם של

60 ראו בג"צ 5688/92 שמואל ויטלכאום נ' שר הבטחון, פ"ד מוז(2) 812. ראו ברק פרשנות במשפט לעיל הערה 59, עמ' 427. השווה גם רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני (טרם פורסם); ע"א

105/92 דאם מהנדסים קבלנים כע"מ נ' עיריית בצרת עלית, פ"ד מוז(5) 189.

61 סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

62 סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שם.

63 סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שם.

64 ראו ברק פרשנות במשפט, לעיל הערה 59, עמ' 420.

65 ראו G.P. Fletcher "Human Dignity as a Constitutional Value" 22 U.W. Ont. L. Rev. (1984) 171.

66 על הקונסטיטוציונליוציה של המשפט הישראלי ראו ברק "הקונסטיטוציונליוציה של מערכות המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיהם על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקר משפט יד (תשנ"ז) 5.

בתי-המשפט. יש לה טיעון להכללה במגילת זכויות האדם החוקתיות שלנו. חרף כל זאת, המסורת באשר לחופש הביטוי מעוררת בעיות קשות ועומדת בפני אתגרים קשים. אבקש לעמוד על בעיות מספר שהיא מעוררת. חלקן קשורות בנוסחת "קול העם" עצמה. מרביתן נובעות ממערכות של יחסים משפטיים ועוברתיים אשר נוסחת "קול העם" לא נועדה כלל להתמודד עמם.

ד. מבחן "קול העם"

(1) כפי שראינו, יסודה של המסורת שלנו בפרשת קול העם. זו ניתנה ב-1953 והושפעה ממבחן הסכנה הברורה והמיידית (clear and present danger), שפותחה על ידי השופטים הולמס וברנדייס בארצות-הברית⁶⁷. מאז 1953 חל שינוי ניכר במבחן זה בארצות-הברית. שוב אין נזקקים לו. רואים בו מבחן שאינו מגן על חופש הביטוי במידה מספקת⁶⁸. תחתיו התפתחו בארצות-הברית שני מבחנים מקבילים: האחד בתחום המניעה המוקדמת (ה"Prior restraint"), הצנוורה; והאחר בתחום ההענשה שלאחר מעשה. בתחום הראשון ניתן להטיל מניעה מוקדמת על חופש הביטוי רק במקרים חריגים ביותר, כגון למנוע פרסום של סודות צבאיים, מניעת פרסום הסתה לאלימות או סוד צבאי על מספר הטנקים שבחזית⁶⁹. בתחום המניעה המוקדמת, המשפט החוקתי האמריקני אינו נזקק כלל למבחן הסכנה הברורה והמיידית או למבחן דומה לו. גישתו היא כי כל מניעה מוקדמת מוחזקת כבלתי-חוקתית⁷⁰, ואילו אנו מפעילים בתחום זה את מבחן הוודאות הקרובה. בתחום השני — של הענשה בשל ביטוי שהתבצע — ניתן להגביל בארצות-הברית את חופש הביטוי, כגון להטיל אחריות פלילית על מסיתים, רק

67 *Schenck v. United States*, *Baer v. Same* 249 U.S. 47, 39 S.C.T. 247 (1919); *Abrams et al. v. United States* 250 U.S., 616; 40 S.C.T. 17 (1919); *Whitney v. People of State of California* 247 U.S. 357; 47 S.C.T. 641 (1927). בפרשת קול העם סמך את עצמו השופט אגרט

על פרשת *Dennis v. United States* (1951), שניתנה שנתיים קודם-לכן.

68 על פרשת *Dennis*, שעליה סמך את עצמו השופט אגרט בפרשת קול העם נאמר כי היא

The discounted "clear and present danger" standard is one of the most infamous and least protective in the history of the first Amendment even in the domain of subsequent restraint (D. Fiss *Liberalism Divided* [1996] 131).

69 *Near v. State of Minnesota* 283 U.S. 697, 716; 31 S.C.T. 625, 631 (1930). ראו גם Fiss *Liberalism Divided* (1996) 123

70 *Bantam Books, Inc. v. Sullivan* 372 U.S. 58, 70; 83 S.C.T. 631, 639 (1963); *New York Times Co. v. United States* 403 U.S. 713, 714; 91 S.C.T. 2140, 2141 (1971); *Nebraska Press Ass'n v. Stuart* 427 (1963) U.S. 539, 556-559; 96 S.C.T. 2791, 2801-2802 (1976)

אם הביטוי מכוון להסתה הגורמת באופן אימננטי להפרת החוק⁷¹. דרישת האימננטיות מגינה על חופש הביטוי במידה רבה יותר מדרישת הוודאות הקרובה שהפעלנו בישראל. עם זאת יצוין, כי בהפעלת המבחן הרוך שלנו, הלכה למעשה, אנו מגיעים לתוצאות דומות לאלו אשר מגיעים אליהן בארצות-הברית, תוך שימוש במבחן החמור יותר והמגן יותר על חופש הביטוי. אך השאלה קמה ועומדת, אם אין מקום למחשבה מחדש באשר לנוסחת האיזון המקובלת עלינו?

(2) במסגרת נוסחת האיזון בין חופש הביטוי לבין החקיקה הפוגעת בו, קבענו כי ודאות קרובה לפגיעה קשה, רצינית וחמורה באינטרס הציבור מאפשרת הגבלה של חופש הביטוי. במסגרת אינטרס הציבור כללנו גם פגיעה ברגשות הציבור. מסקנה זו מעוררת בעיות קשות. האין לומר, כי כל ביטוי עלול לפגוע ברגשות, והכרה בפגיעה ברגשות כעילה להגבלה של חופש הביטוי עלולה להביא לריקונו של חופש הביטוי מכל תוכן? אכן, בארצות-הברית התיר בית-המשפט לנאצים לצעוד בסקווי למרות הפגיעה ברגשותיהם של ניצולי השואה שהתגוררו במקום⁷². כשלעצמי, עמדה זו אינה נראית לי. לדעתי, הפתרון שלנו — המקובל גם במדינות אחרות, כגון קנדה⁷³ — הוא הראוי. הוא ביטוי נאמן לתפישות-היסוד שלנו. פגיעת נפשו של אדם אינה קלה ולעתים קשה מפגיעת גופו. היוק פסיכולוגי אינו פחות חריף וקשה מהיוק פיזי. משטר דימוקרטי, המגן על החירות של כל יחידיו, רשאי וצריך להגן לא רק על גופו של הפרט אלא גם על נפשו. עם זאת, צריכים להיות ערים לקושי הטמון בגישה זו ולסיכונים שהיא מציבה לחופש הביטוי. ניסינו להתגבר על סיכונים אלה בדרישה, כי הפגיעה ברגשות הציבור צריכה להיות קשה, רצינית וחמורה, כלומר: "עולה על 'רמת הסיכולת' בחברה דמוקרטית"⁷⁴. גישה זו מחייבת את בית-המשפט לקבוע את "רמת הסיכולת" של החברה שלנו, שמעבר לה ניתן להגביל את חופש הביטוי. זו משימה קשה, אשר אנו עומדים רק בפיתחה.

(3) הטעמים המונחים ביסוד המסורת שלנו של חופש הביטוי פועלים יפה כאשר הם מובילים כולם לכיוון אחד. הם מעוררים קשיים, כאשר נוצר חיכוך פנימי ביניהם. כזכור, הרגשנו שלושה טעמים המונחים ביסוד המסורת שלנו: חיפוש אחר האמת, הגשמה עצמית של הפרט וקיום המשטר הדמוקרטי. שלושת הטעמים הללו הלכו יד ביד וחיזקו זה את זה במרבית הבעיות המשפטיות שהתעוררו בעבר. בעיות אלה התמקדו בעיקר במערך עובדתי שבו רשות שלטונית — שר, שוטר, צנזור — ביקשה להגביל את חופש

71 *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444; 89 S.Ct. 1827 (1969) ראו גם *R.A.V. v. City of St. Paul*, 112 S.Ct. 2538 (1992).

72 *Village of Skokie v. National Socialist Party* 373 NE 2d 21 61 (1978)

73 *R. v. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697

74 בג"צ 806/88, לעיל הערה 8, בעמ' 38.

הביטוי כדי לשמור על שלום הציבור ובטחוננו. המאבק היה בין השלטון לפרט, בין שלום הציבור ובטחוננו של הפרט לביטוי של היחיד. ביטוי זה נדרש לגילוי האמת, אפשר את הגשתו העצמית ושמר וביסס את המשטר הדמוקרטי — ככל שלא היתה בו ודאות קרובה לפגיעה קשה, רצינית וחמורה בשלום הציבור ובטחוננו. היו אלה בעיקרם המקרים הקלסיים של פיתוח זכות האדם כלפי השלטון. זכות האדם הוכרה, אך נתאפשרה פגיעה בה לשם קיומה של מסגרת חברתית המבקשת לקיים זכויות האדם. אכן, הזכות לחופש הביטוי וההגבלות עליה — במסגרת האיזון העקרוני — ינקו ממקור משותף. ההכרה בחופש הביטוי וההגבלות שהוטלו עליו התיישבו יפה עם ליברליזם חברתי ועם הכרה בחירות האדם ובשוויון בין בני האדם.⁷⁵

התמונה הסתבכה כאשר במסגרת הפרדיגמה המקובלת — חופש הביטוי של הפרט אשר השלטון מבקש להגבילו — לא ניתן היה להפעיל את מלוא הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי. זהו המקרה כאשר הרשות השלטונית מבקשת להגביל את הדיבור הגזעני. אין לומר כי דיבור זה נועד לגלות את האמת, שהרי הגזענות בשקר יסודה. התערער גם הרצון להגן על הגשתו העצמית של נביא השקר והדיבור הגזעני פוגע במשטר הדמוקרטי עצמו ובכסים הסובלנות עליו הוא בנוי. האם לא מתבקש מכאן, כי אין להגן על חופש הביטוי הגזעני? הבעיה אינה פשוטה כלל ועיקר⁷⁶.

75 השו" 103 S.C.R. [1986] *R. v. Oakes*. ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי (טרם פורסם):

פסקת ההגבלה (סעיף 8) שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא מרכיב מרכזי של ההגנה על זכויות האדם. היא קובעת את גבולות הזכות ואת מגבלות המחוקק. תפקידה של ההגבלה הוא כפול. היא מגינה על זכויות האדם ומאפשרת פגיעה בהן, בעת ובעונה אחת. היא מבטאת את רעיון היחסיות של זכויות האדם. היא משקפת את תפיסת היסוד כי זכויות האדם מתקיימות במסגרת חברתית המקיימת את זכויות האדם. היא ראי לתפיסת היסוד, כי זכויות האדם אינן משקיפות על הפרט כאיבוד, אלא כחלק מחברה, אשר לה יעדים לאומיים. היא פרי ההכרה כי יש לקיים זכויות אדם בסיסיות ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד. היא נועדה לאפשר פגיעה בזכויות האדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. אכן, הזכות החוקתית והפגיעה כדין בה יונקים ממקור משותף... הן הזכות החוקתית והן ההגבלה עליה כפופות לעיקרון היסוד עליו בנוי חוק היסוד (סעיף 1) ולמטרותיו (סעיף 1א, 2). פסקת ההגבלה היא נקודת האחיזה עליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה.

76 על מקומו של הדיבור הגזעני בחופש הביטוי רבה הספרות ראו בין השאר L.E. Weinrib "Hate Promotion in a Free and Democratic Society — *R. v. Keegstra*" 36 *McGill L.J.* (1991) 1416; M.J. Mannheimer "The Fighting Words Doctrine" 93 *Colum. L. Rev.* (1993) 1527; E.F. Defeis "Freedom of Speech and International Norms — A Response to Hate Speech" 29 *Stan. J. Int'l L.* (1992) 57

פסקנו⁷⁷, כי חרף קשיים אלה, יש להפעיל גם על הדיבור הגזעני את נוסחת האיזון העקרונית של הוודאות הקרובה לפגיעה הממשית בשלום הציבור. ציינו, כי "אכן, הגזענות בשקר יסודה, אך אמת זו תצא לאור רק באותה התמודדות חופשית של רעיונות ודעות... לא האמת כגזענות תומכת בחופש לבטאה, אלא ההתמודדות החופשית של דעות והשקפות, שתוקיע את השקר שבה"⁷⁸. אשר להגשמה העצמית של האדם ציינו, כי "לשם הגשמת עצמנו עלינו להקשיב וללמוד ולהיות מודעים גם לדעות גזעניות. רק בדרך זו נדע להילתם נגדן"⁷⁹. ואשר לטעון הדמוקרטי הדגשנו, כי "בדרך של החלפת דעות והשקפות יוכל הציבור לגבש את עמדתו שלו כאשר לדעה הגזענית, ולהביא לחיסולה או להחלשתה במאבק הפוליטי, המתבסס על סובלנות, המתנהל בחברה דמוקרטית. ממאבק פתוח זה נגד הגזענות תצא הדמוקרטיה כשהיא מחוזקת ואיתנה יותר"⁸⁰.

עם זאת ניתן כמובן — במסגרת נוסחת האיזון העקרוני — למנוע את הביטוי הגזעני אם מוכחת ודאות קרובה של פגיעה ממשית בשלום הציבור, לרבות ברגשות של בני הציבור. עמדה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. לא הכול שותפים לה⁸¹. היא בוודאי תעסיק אותנו בעתיד. חוק המפלגות⁸² מונע ממפלגה שמצעה גזעני מלהירשם. חוק-יסוד: הכנסת⁸³ מונע ממפלגה גזענית מלהשתתף בבחירות. האם לא מתבקשת מכך המסקנה כי הדיבור הגזעני ייאסר, גם אם אין בו ודאות קרובה לגרימתו של נזק ממש? שאלה זו תעסיק אותנו בוודאי בעתיד.

(4) הפעלת נוסחת "קול העם" מסתבכת כאשר במסגרת האיזון העקרוני בין חופש הביטוי לאינטרס הציבור יש להתחשב לא רק בזכות הפרט לחופש ביטוי ובאינטרס הציבורי בשלום הציבור, אלא גם בזכויות אדם של פרטים אחרים. אדגים זאת בשתי זכויות אדם: הזכות לפרטיות והזכות לקניין.

טול מקרה — שהתעורר בפנינו — שבו מבקשים להפגין מול דירתו ה"פרטית" של איש-הציבור⁸⁴. המשטרה מסרבת לתת רשיון, שכן ההפגנה תפגע בפרטיותם של איש-הציבור ושכניו. כיצד יש לאזן את הערכים המתנגשים במצב דברים זה? השופט ש' לוינסקי פסק, כי יד הפרטיות על העליונה. אין להפגין ליד הבית הפרטי. על המפגין להפגין

77 בג"צ 399/85, לעיל הערה 18.

78 שם, בעמ' 281.

79 שם, שם.

80 שם, בעמ' 281.

81 היא נדחתה, למשל, בקנדה. ראו פרשת קיגסטרה, לעיל הערה 73.

82 חוק המפלגות התשנ"ב-1992, סעיף 5. ראו רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות (טרם פורסם).

83 חוק יסוד: הכנסת, סעיף 7א.

84 בג"צ 2481/93, לעיל הערה 24.

סמוך למקום עבודתו הציבורית של איש-הציבור. דעתי היתה שונה. הצבעתי על כך, כי תופש ההפגנה והזכות לפרטיות הן זכויות שוות-מעמד. חברה דמוקרטית נאורה מבקשת לקיים את שתייהן. נדרש אפוא איזון אשר בגדרו נקודת-המוצא היא, כי שתי החירויות הן שוות-מעמד. נוסחת האיזון תקבע מגבלות של זמן, מקום והיקף על זכות אחת, כדי לממש באופן מהותי את האחרת. ניתן להפגין בפני הבית הפרטי, תוך הטלת מגבלות שיצמצמו ככל האפשר את הפגיעה בפרטיות. השופט השלישי, השופט גולדברג, נקט עמדת-ביניים: ניתן להפגין מול הבית הפרטי רק אם אין אלטרנטיבה אפקטיבית. אם אלטרנטיבה כזו — כגון מקום עבודתו של איש-הציבור — קיימת, אין להפגין ליד ביתו. יש בפרשה זו כדי להדגים את הקשיים בקביעת נוסחת האיזון ובקביעת המשקל היחסי של הזכויות והערכים המתנגשים. קושי זה נעוץ בכך, שההתנגשות היא בתוככי הזכויות עצמן. האיש הליברלי חצוי עם עצמו, כפי שכותב פרופ' פיס:

Liberals are at war with themselves. For some time, freedom of speech has held them together, but now it is a source of division and conflict... The division within liberalism arises not from its pluralistic commitments and inability to prioritize equality and liberty but rather, I maintain, from a dispute over the very meaning of freedom. What is at issue is two different ways of understanding liberty⁸⁵.

"אוי לי מירצרי, אוי לי מיצרי".

התנגשות דומה קיימת לעניין זכות הקניין⁸⁶. פלוני מבקש להפגין בקניון. בעלי-המקרקעין מתנגדים. המשטרה מסרבת לתת היתר. היא מנמקת את עמדתה בזכות הקניין של בעלי-הקניון. אין מחלוקת כי ניתן היה לקיים את ההפגנה ברחובה של עיר או במגרש-חנייה של משרד ממשלתי. אלה הם מקרקעי הציבור. אין ספק כי אין להתיר הפגנה על קרקע פרטית המשמשת למטרות פרטיות, כגון בתי-מגורים. אך מה דינו של קניון שהוא קניין פרטי המשמש את הציבור הרחב? האם החיפוש אחר האמת מצדיק פגיעה בקניין זה? האם ההגשמה העצמית של המפגין שקולה כנגד הגשמתו העצמית של בעל-הקניין המונחת אף היא כיסוד הקניין? דומה שהפתרון צריך להימצא בטיעון הדמוקרטי. קניון הוא קניין פרטי המשמש את הציבור הרחב. הוא אמצעי חשוב לשיח ציבורי המקדם את המשטר הדמוקרטי. לכאורה זהו אמצעי חשוב במיוחד לאותם מפגינים שאין בידם אמצעים כספיים לקנות מקום למודעה בעיתון או שעניינם אינו

85 פיס, לעיל הערה 68, עמ' 1, 5.

86 אני מודה לד"ר דיין על שנתאפשר לי לעיין במאמרה החשוב בנושא זה בטרם פורסם ראו דיין "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי".

מושך את תשומת-לכם של הרדיו והטלביזיה. אם אמנם תתקבל גישה זו — והשאלה פתוחה וטרם התעוררה בישראל — מתבקשת ממנה הבחנה בין הטעמים השונים המונחים ביסוד חופש הביטוי והעדפת האחד על פני האחר. עד כה נמנענו מכך, תוך שהעדפנו גישה אקלקטית. ציינתי באחת הפרשות כי "אין לו, לחופש הביטוי, הסבר אחד ויחיד, אלא יש לו, לחופש זה, הסברים רבים ומגוונים. כשלעצמי, רואה אני בתופעה זו ברכה רבה. חופש הביטוי מהווה מערכת מורכבת של חירויות וזכויות, השזורות זו בזו, ואך טבעי הוא, שאין להצדיק מערכת מורכבת זו בהסבר אחד ויחיד. אלא נדרשים טיעונים שונים ומגוונים, המבטאים היבטים שונים, להצדקתו של חופש הביטוי. רק בדרך זו ניתן לשקף את מלוא היקפו של חופש הביטוי"⁸⁷. עד עתה יכולנו לעמוד בגישה אקלקטית זו. אך הדוגמאות שהבאתי — הפרטיות והקניין ורבות אחרות — מלמדות על הקשיים הרבים הניצבים בדרכה. יהיה עלינו בעתיד לפתח איוונים פנימיים בתוך מערך הטעמים המונח ביסוד חופש הביטוי. זוהי מלאכה קשה וסבוכה, שכן היא מחייבת בחירה פנימית בין זכויות אדם בינן לבין עצמן.

ה. מסורת חופש הביטוי והתקשורת הציבורית

התקשורת הציבורית — הטלביזיה והרדיו — פועלים בישראל מכוח דברי חקיקה⁸⁸. מבחינתו של המשפט הישראלי הם רשות שלטונית. הפרדיגמה הקלסית, העומדת ביסוד מסורת חופש הביטוי בישראל — זכות הפרט לחופש הביטוי כנגד השלטון המבקש להגבילה — תופשת גם במקרה זה. הפרט מבקש לדבר. רשות השידור מונעת זאת ממנו. הפרט עומד על חופש הביטוי שלו, ואילו רשות השידור עומדת על האינטרס הציבורי. בכל המקרים הללו הדגיש בית המשפט כמובן את העובדה שרשות השידור היא רשות שלטונית מיוחדת במינה⁸⁹. זו רשות שלטונית שלה עצמה יש חופש ביטוי⁹⁰. נתקלנו אפוא — במסגרת הפרדיגמה המקובלת — בסיבוך הנובע מהופעתה הכפולה של רשות השידור: היא גם שלטון גם דובר. התגברנו על קשיים אלה, תוך אימוץ נוסחת "קול העם": נוסחת האיזון המקובלת של ודאות קרובה לסיכון ממשי לשלום הציבור,

87 בג"צ 399/85, לעיל הערה 18, בעמ' 270-271.

88 ראו חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, ס"ח תשכ"ה 106; חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, ס"ח תש"ן 38.

89 בג"צ 606/93, לעיל הערה 13, בעמ' 23-24; בג"צ 2868/90 האגודה הישראלית למניעת עישון נ' רשות השידור, פ"ד מו(1) 163, 165; בשג"צ 146/89 דוד אלדורי נ' רשות השידור, פ"ד מד(1) 798, 800; בג"צ 399/85, לעיל הערה 18, בעמ' 268-270.

90 בג"צ 2314/91 אייבי נתן נ' רשות השידור, פ"ד מה(3) 436, 440.

שהרי באמצעותה לא רק שניתנה הגנה ראויה לאינטרס הציבור, אלא בכך ניתנה גם הגנה לחופש הביטוי של רשות-השידור. אכן, הכרה באופיה השלטוני של רשות-השידור אפשרה — במסגרת הפרדיגמה הקלסית של מסורת חופש הביטוי בישראל — להכיר בחובותיה של רשות-השידור כרשות שלטונית. אלה חובות לאובייקטיביות בשידור⁹¹, למניעת פוליטיזציה של הרשות⁹², להגנות בשידור⁹³, לשוויון⁹⁴, לסבירות⁹⁵, להיעדר ניגוד עניינים ולתום-לב⁹⁶ בהחלטותיה. זו חובתה שלא להפלות⁹⁷. מכוח מעמדה השלטוני הזה התאפשר לבית-המשפט לקבוע כי דוקטרינת ההגנות (The Fairness Doctrine) חלה על רשות-השידור⁹⁸. דוקטרינת ההגנות — כפי שהוגדרה בפסיקה על-ידי הנשיא שמגר — "היא מערכת כללים, הבאים להבטיח את קיום זכותו של הציבור בקבלת מידע מלא ורב-גווני, ואשר נועדה לפעול נגד שרירות וחד-צדדיות אפשריים של עורכי התוכניות והשדרים. האינטרס הציבורי הוא, כי תתאפשר החלפת דעות והשקפות בלתי מוגבלת"⁹⁹. על כן, "אם אמצעי תקשורת ציבורי... מציג דעה א, עליו להציג, באורח סביר, את הדעות האחרות... אם אמצעי תקשורת, הכפוף לדוקטרינה זו, מעניק כמה לדעה מסוימת, הוא אינו רשאי להפלות ולמנוע משאר הדעות העיקריות את ביטויין"¹⁰⁰. דוקטרינה זו אינה אלא היבט מיוחד של חובה כללית יותר המוטלת על רשות-שידור כגוף שלטוני, וזו זכות הגישה (ה-Access) לאמצעי-התקשורת¹⁰¹. רשות-השידור, כרשות שלטונית, אינה פועלת למען עצמה. היא נאמן הציבור. היא נאמן של גלי-האתר, שהם רכוש הציבור. עליה לאפשר גישה לתקשורת¹⁰². בקביעתה של הלכה זו פעלה הפרדיגמה הקלסית שלנו. היא הכירה בזכות הפרט לחופש הביטוי ובכוח השלטון (רשות-השידור) להגבלה רק בשל ודאות קרובה של סיכון ממשי לשלום

91 בג"צ 266/81 אפרים אברון נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 502, 504.

92 בג"צ 3005/90 עקיבא נוף נ' רשות השידור (טרם פורסם).

93 בג"צ 1/81 ויקי שירן ואח' נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 378; בג"צ 372/84, לעיל הערה 46, בעמ' 238.

94 בג"צ 3472/92 ברנד יוסף נ' שר התקשורת (טרם פורסם).

95 בג"צ 243/82 אמנון זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לז(1) 757; בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 434.

96 בג"צ 2073/94 מני רגב גרינבוים נ' שרת האומנויות והתקשורת (טרם פורסם).

97 בג"צ 1047/96 עמותת האגודה לזכות הציבור לדעת נ' רשות השידור (טרם פורסם).

98 בג"צ 243/82, לעיל הערה 95, בעמ' 774.

99 בג"צ 1/81, לעיל הערה 93, בעמ' 378.

100 בג"צ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין (טרם פורסם).

101 בזכות הגישה ראו J. Barron "Access to the Press — A New First Amendment Right, 80 *Harv. L. Rev.* (1967) 1641.

102 בג"צ 399/85, לעיל הערה 18; בג"צ 243/82, לעיל הערה 95.

הציבור. בתוך כך היא הכירה בחובת השלטון (רשות-השדור) לאפשר גישה לאמצעי-התקשורת, ובכך להגביר עוד יותר את חופש הביטוי; שהרי במציאות המודרנית הכרה בכוחו של פרט לעמוד בפני-הרחוב ולהביע את דעתו אינה נותנת ביטוי נאות לחופש הביטוי. בלי גישה לתקשורת עלול חופש הביטוי להישאר בגדר אות מתה. כידוע, רשות-השדור איננה רק דובר ואיננה רק שלטון. רשות-השדור היא גם במה¹⁰³. יש לה לרשות-השדור מעמד משולש, מעין שילוש היבטים: היא דובר, היא שלטון והיא במה. באמצעותה ניתן ביטוי לחופש הביטוי של אחרים. על מעמדה של רשות-השדור כבמה עמדתי באחת הפרשות, בצייני:

תחולה זו [של החירויות והזכויות המרכיבות את "חופש הביטוי" על רשות-השדור] יש לה היבט כפול: ראשית, רשות השדור נהנית מחופש הביטוי כמו כל אדם אחר המבקש להשמיע את דעתו שלו. זהו חופש הביטוי של רשות השדור; שנית, רשות השדור חייבת להבטיח את חופש הביטוי של זולתה. זהו חופש הביטוי באמצעות רשות השדור. ההיבט הראשון משקיף על רשות השדור כעל דובר. ההיבט השני משקיף על רשות השדור כעל במה — מעין פינת רחוב אלקטרונית — שמעליה מוצא ביטוי חופש הביטוי של דוברים ושל שומעים, ובעייתה הכללית של רשות השדור היא במציאת איזון בין זכותה כדובר לבין חובתה כבמה¹⁰⁴.

"חובתה כבמה" נבעה ממעמדה כרשות שלטונית. היא התקשרה גם עם הגישה כי "גלי האתר הם רכושו של הציבור ולא רכושו של פרט זה או אחר"¹⁰⁵. הנה כי כן, מעמדה השלטוני של רשות-השדור אפשר לה להגביל את חופש הביטוי של הפרט. בכך נתאפשר גם לתת ביטוי לחופש הביטוי של הרשות כדובר. עם זאת, מעמדה השלטוני של רשות-השדור הטיל עליה חובות כ"במה" וחייב אותה באותן חובות המוטלות על שלטון שיש לו "במה". אלה הן חובות המעוגנות במשפט הציבורי והמבטיחות אובייקטיביות, שוויון, היעדר ניגוד-עניינים, הגינות וגישה. דין דומה מוטל על הרשות השנייה לטלביזיה ורדיו, שאף כי היא גוף מסחרי, היא פועלת מכוח דבר חקיקה — הוא חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990¹⁰⁶. הדבר מצא גם

103 על מעמדה של התקשורת האלקטרונית בארצות-הברית ראו L. Bollinger *Images of A Free Press* (1991).

104 בג"צ 399/85, לעיל הערה 18, בעמ' 268.

105 בג"צ 1/81, לעיל הערה 99, בעמ' 378.

106 חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, ס"ח תש"ן 59.

ביטוי מפורש בהוראות החוק ובכללי האתיקה שהותקנו מכוחו¹⁰⁷. דין דומה הוטל על כתב-עת של לשכת עורכי-הדין, שנתפשה כרשות שלטונית הפועלת מכוח חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961¹⁰⁸. הודגש בפסק-הדין, כי לשכת עורכי-הדין היא תאגיד סטטוטורי ומשמשת גוף ציבורי, שהמשפט הציבורי חל עליה¹⁰⁹.

1. העיתונות הפרטית

על רקע זה ברור כי הפרדיגמה הקלסית, המונחת ביסוד מסורת חופש הביטוי שלנו, אינה בנויה לפתור את בעייתה של העיתונות הפרטית. זו אינה פועלת כשלטון. היא אינה נזקקת לגלי-האתר, שהם קניין הציבור. היא פועלת כבעל קניין פרטי וכמי שמפעילה את חירותה לחופש העיסוק. שני אלה — הקניין הפרטי וחופש העיסוק — הם זכויות אדם חוקתיות המוגנות בחוק-היסוד שלנו¹¹⁰. כיצד ניתן להתמודד עם מעמד העיתונות הפרטית? ניתן כמובן לומר — ועניין זה אינו שנוי במחלוקת — כי העיתונות הפרטית היא אכן דובר ככל דובר אחר, ועל זכותה כדובר כלפי השלטון באה המסורת של חופש הביטוי לשמור. איש אינו חולק היום, כי מרכיב מרכזי של מסורת חופש הביטוי בישראל הוא חופש הביטוי של העיתון כלפי השלטון. חופש זה נשלט על-ידי נוסחת איזון העקרונית בדבר הוודאות הקרובה לגרימתו של נזק ממשי לאינטרס הציבור. בגדרה של נוסחת איזון זו, העיתון הוא דובר המבקש למנוע הגבלת זכותו לביטוי כלפי השלטון¹¹¹.

אך העיתונות הפרטית — זו שאינה פועלת כשלטון — אינה רק דובר. כמו רשות-השידור, גם העיתונות הפרטית היא במה. היא אמצעי עיקרי שדרכו מתגבש חופש הביטוי בחברה הישראלית. האם מוטלות עליה חובות, כמו אלו המוטלות על רשות-השידור ככמה, חרף העובדה שהיא אינה רשות שלטונית? המשפט האמריקני נתן תשובה שלילית לשאלה זו¹¹². דוקטרינת ההגנות וכללי הגישה — אשר בינתיים בוטלו

107 כללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בשידורי טלוויזיה ורדיו), התשנ"ד-1994, ק"ת התשנ"ד 640; כללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה) בפרסומת בטלוויזיה וברדיו, התשנ"ד-1994, ק"ת תשנ"ד 640.

108 ס"ח תשכ"א 178.

109 בג"צ 6218/93 לעיל הערה 100.

110 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 3); חוק-יסוד: חופש העיסוק.

111 בג"צ 644/81, לעיל הערה 32; בג"צ 234/84 "חדשות" בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד לח(2) 477.

112 *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo* 418 U.S. 241 94 S.C.T. (1994). לניתוח העמדה האמריקנית, ראו בולינגר, לעיל הערה 103.

בדרך חקיקה תחולתם על התקשורת האלקטרונית¹¹³ — אינם חלים על העיתונות הפרטית. חוק שביקש לקבוע זאת במדינת פלורידה נמצא כבלתי-חוקתי ובטל בהיותו נוגד לחופש הביטוי והעיתונות המובטח בתיקון הראשון לחוקה¹¹⁴. העיתונות נהנית מאותן זכויות לחופש ביטוי ככל פרט ואין מוטלת עליה כל חובה לתת חופש ביטוי לזולתה. ה-*N.Y. Times* והדוכר בקרן-הרחוב הם במעמד משפטי שווה. על העיתון לא מוטלות כל חובות כבמה. גישה זו אינה נחלת הכלל. נמתחת עליה ביקורת קשה¹¹⁵. ה-*N.Y. Times* אינו רק דובר, אלא גם במה¹¹⁶. חופש הביטוי אינו רק שלו, אלא גם כלפיו: זו זכות חופש הביטוי של כל פרט כלפיו. זהו חופש הביטוי של עיתונאים כלפי הנהלת העיתון. זהו חופש הביטוי של עיתון אחד כלפי רעהו. כיצד נוכל לפתור את בעייתה של העיתונות הפרטית בישראל?

הבעיה טרם נפתרה בישראל. היא התעוררה בהיבט מסוים בפני בית-הדין לעבודה¹¹⁷. בית-הדין האזורי הכיר בחופש הביטוי של העיתונאי כלפי העיתון. הוא התייחס לעיתון לא רק כאל דובר, אלא גם כאל במה. הוא הגביל את הפרווגטיבה הניהולית של בעל-העיתון. העיתונאי אינו רק עובד. הוא גם פרט שיש לו חופש ביטוי כלפי העיתון. גישה זו לא נתקבלה בבית-הדין הארצי לעבודה¹¹⁸. זה אימץ את ההשקפה

113 Lockhart, Kamissar, Choper & Shiffrin *Constitutional Law* 976-977 (7th ed., 1991)

114 ראו, פ"ד *Miami*, לעיל הערה 112.

115 גדול המבקרים הוא פרופ' פיס. ברשימה ארוכה של מאמרים חקף את העמדה האמריקנית המקובלת והטיף להטלת מגבלות על מדעי-התקשורת הפרטיים. מאמריו קובצו ופורסמו עתה מחדש ראו פיס, לעיל הערה 69. ראו גם L.C. Bollinger "Freedom of the Press and Public Access — Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media" 75 *Mich. L. Rev.* (1976) 1; Nimmer "Is Freedom of the Press a Redundancy? What does it add to Freedom of Speech?" 26 *Hast. L.J.* (1975) 639.

116 פיס, לעיל הערה 69, עמ' 13. המחבר מנתח את הגישה האמריקנית ומציין:

The tradition assumes that by leaving individuals alone, free from the menacing arm of the policeman, a full and fair consideration of all the issues will emerge. The premise is that autonomy will lead to rich public debate. From the perspective of the street corner, that assumption might seem plausible enough. But when our perspective shifts, as indeed it must, from the street corner to, say, CBS, this assumption becomes highly problematic. At that point, autonomy and rich public debate — the two free speech values — might well diverge and become antagonistic. Under CBS, autonomy may be *insufficient* to ensure a rich public debate. Oddly enough, it might even become *destructive* to that goal.

117 לעיל הערה 25.

118 רב"ע נג/3-223 פלסטין פוסט בע"מ נ' יחיאל (טרם פורסם).

המכירה בזכות הקניין, בחופש העיסוק של העיתון ובחופש הביטוי שלו, אך לא בחופש הביטוי של העיתונאי כלפיו. בית-המשפט העליון טרם אמר את דברו. המסורת הקיימת של חופש הביטוי אינה בנויה לפתרון של שאלות אלה. הפרדיגמה הקלסית של פרט העומד כנגד שלטון אינה תופשת בעיתונות הפרטית. כיצד עלינו לפתור שאלות אלה? מהו המודל העיוני שעלינו לעצב כדי להתמודד עם בעיות אלה, שטרם נבחנו במסורת חופש הביטוי שלנו?¹¹⁹

נקודת-המוצא העקרונית היא בשאלה, אם חופש הביטוי, כזכות חוקתית, קיים ביחסים בין פרטים לבין עצמם? האין לומר, כי חופש הביטוי הוא החופש של הפרט כלפי השלטון בלבד? אין זה חופש של פרט כלפי פרט. חופש הביטוי — כמו גם כל זכויות האדם האחרות — הוא חופש החל לא רק כלפי השלטון, אלא גם כלפי הפרטים. כל זכויות האדם החוקתיות, לרבות חופש הביטוי, חלות גם ביחסים בין פרטים.¹²⁰ חופש העיסוק הוא אפוא לא רק חופש של האזרח והתושב כלפי המדינה. זהו גם חופש של אדם כלפי רעהו. חוזה המגביל מעבר למידה הראויה את חופש העיסוק הוא בטל.¹²¹ כבוד האדם לשמו הטוב אינו רק חופש כלפי המדינה. הוא חל גם ביחסים בין פרטים.¹²² דיני לשון-הרע הם ביטוי לכך. חירות התנועה ושלמות הגוף אינן רק חירויות כלפי השלטון הן גם חירויות ביחסים בין פרטים. דיני-הנזיקין עוסקים בכך. חוזה שיגביל את חופש התנועה מעבר למידה הראויה הוא בטל. זכות הקניין אינה רק זכות כלפי השלטון. היא גם זכות ביחסים בין פרטים. דיני-הקניין מסדירים היבט זה. ברוח זו, גם חופש הביטוי אינו רק החופש להתבטא כלפי השלטון. זהו גם חופש של פרט כלפי רעהו. זהו החופש של העיתונאי כלפי עיתונו. זהו החופש של הפרט כלפי העיתונאי והעיתון. זהו החופש של עיתון אחד כלפי העיתון השני. מטבע הדברים כי כנגד חופש הביטוי של הפרט עומדות זכויות אחרות. כנגד חופש הביטוי שלי עומד שמך הטוב.¹²³ כנגד חופש הביטוי שלי עומד חופש העיסוק שלך. כנגד חופש הביטוי שלי עומדת זכותך לפרטיות.¹²⁴ כנגד חופש הביטוי שלי עומד חופש הביטוי שלך. אם נתמקד בחופש

119 ממכלול הספרות הענפה בסוגייה זו מצאתי את בולינגר, לעיל הערה 103; ואת פיס, לעיל הערה 69, כמעניינים ביותר.

120 ראו בעניין זה א' ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ירושלים, תשנ"ג) 163; וכן ברק פרשנות במשפט, לעיל הערה 59, בעמ' 649.

121 ראו ע"א 1432/90 לה ג'באנו נ' מאיר דם רון (טרם פורסם); ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית נ' יצחק משיח, פ"ד מח(2) 66, 72; בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4) 702, 709-708.

122 ראו ברק, לעיל הערה 120, שם.

123 ע"א 214/89, לעיל הערה 7.

124 בג"צ 2481/93, לעיל הערה 24.

הביטוי של הפרט כנגד העיתון, הרי כנגדו עומד חופש הביטוי, הקניין והעיסוק של העיתון כלפי הפרט. כיצד ניתן לפתור דילמה זו? פתרון הראוי הוא במציאת איזון עקרוני בין השניים. עניין לנו בהתנגשות "משפחתית" בתוך משפחת הזכויות החוקתיות. כמובן, נוסחת האיזון אינה יכולה להיות זו של הוודאות הקרובה לגרימתו של נזק ממשי. נוסחה זו מונחת ביסוד הפרדיגמה הקלסית של פרט נגד שלטון. עתה עניין לנו בהתנגשות בין פרט לבין עיתון. באה בחשבון אפוא נוסחת איזון אחרת ומיוחדת. זאת ועוד: איזון זה עצמו אינו יכול להיעשות על-פי נוסחת איזון אחת ויחידה אם אמנם מבקשים נוסחת איזון. יהיה מקום לפתח נוסחות איזון שונות המשקפות טיפוסים של מצבים. אכן, לא הרי האיזון הראוי ביחסים שבין עיתונאי לעיתוננו כהרי האיזון הראוי ביחסים שבין פרט שאינו עיתונאי לבין העיתון. ליחסי עובד-מעביד השפעה על נוסחת האיזון, אך מעבר לכך לא הרי עיתון שיש לו מגמה מסוימת ברורה ואחידה (כגון עיתון מפלגתי) כהרי עיתון שאין לו מגמה כזו. אך טבעי הוא אפוא, כי ריבוי המצבים יצריך פיתוח של נוסחות איזון שונות. אינני מביע כמובן כל עמדה באשר לכיווני ההתפתחות של איזונים אלה. אבקש אך להעלות רעיון מרכזי אחד, אשר יש בידו לסייע בגיבוש נקודות-האיזון אם אכן יוחלט כי יש מקום לכך. מעלה אני אותו למחשבה ולדיון בלא להביע כל עמדה לגופה. מודע אני למעלותיו ולחסרונותיו. וזהו הרעיון:

עיתון פרטי עשוי להיתפש כגוף דר-ממדי או דר-מהותי, כיצור כלאיים. מחד גיסא, הוא גוף שהמשפט הפרטי חל עליו. כמוהו ככל גוף אחר של המשפט הפרטי. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי הוא ממלא תפקיד ציבורי והוא דומה ל-"public utility". הוא מוביל ציבורי של השיח הציבורי, או בלשונה של ועדת הציניס (Hutchins):

[the] great agencies of mass communications should regard themselves as common carriers of public discussion¹²⁵.

על-פי קו טיעון זה, אין הוא עושה שימוש — כמו התקשורת האלקטרונית — בגלי-אתר שהם רכוש הציבור. אך העיתון שולט על במת הדיבור, שהיא מהבמות הציבוריות החשובות ביותר במשטר הדמוקרטי. עקרונית, כל אחד יכול לרכוש לעצמו במה זו. למעשה מעטים הם הרוכשים. ישנה ריכוזיות של שליטה בבמה זו. יש "כשל שוק חוקתי" בתחום זה¹²⁶. מי ששולט בבמה זו שולט על נכס שהוא חיוני למשטר דמוקרטי. אמת, הוא אינו מוקם על-פי דין. בית-המשפט הגבוה לצדק אינו מוסמך לשפוט אותו. הוא גוף פרטי שעל-פי הרעיון המוצע ממלא תפקיד ציבורי, אך לא על-פי דין. אכן, בידי העיתון הפרטי שליטה על הבמה אשר באמצעותה מתקיימת הדמוקרטיה והיא השומרת

.Commission on Freedom of the Press *A Free and Responsible Press* (1947) 125

126. בג"צ 6218/93, לעיל הערה 100.

על חיותה. במה זו אינה רק נכס פרטי, שדין הקניין חל עליו. במה זו היא גם נכס ציבורי, שהעיתון מחזיק בו כנאמן של הציבור.

אמת, כתאגיד פרטי נהנה העיתון מכל אותן זכויות וחב בכל אותן חובות שכל פרט נהנה מהן וחב בהן. אך על-פי הרעיון המוצע, כבעל פונקציה ציבורית, חלים על העיתון גם עקרונות-יסוד של המשפט הציבורי. אין אלה כל הכללים הרגילים החלים על כל רשות ציבורית. אין הוא תאגיד ציבורי המוקם על-פי דין ואין הוא מפעיל סמכות שלטונית, אך הוא נאמן הציבור. יחולו עליו כל אותם עקרונות של המשפט הציבורי הדרושים כדי לשמור על הבמה הציבורית ולמנוע השתלטות בלתי-ראויה עליה. על-כן עליו לפעול בכל הנוגע לבמה זו באובייקטיביות. אסור לו להפלות. עליו לדאוג לדיווח אמיתי ואמין. עליו לעדכן את הקורא — כפי שפסק השופט גולדברג לאחרונה בהקשר אחר של חופש הביטוי שעניינו לשון-הרע — בהתפתחויות שהתרחשו לאחר שהפרסום המקורי הוטמע בתודעת הציבור¹²⁷. אסור שיהיה בו ניגוד עניינים. עליו לפעול מתוך חובת אמונים. עליו ליתן זכות גישה. עליו לפעול על-פי דוקטרינת ההגינות, והכול באופן סביר ובמידה הראויה, כפי שמתחייב לפי המהות של כל עניין ועניין. בהקשר זה יש להתחשב כמובן בקניין של הבעלים ובחופש העיסוק שלהם. כן יש להתחשב באופיו של העיתון.

גישה זו אין בה חידוש רב. התופעה של הגופים הדרמהוטיים — גופי-הכלאיים אשר אליה אני מפנה את תשומת-הלב — ידועה במשפט הישראלי. אלה גופים שאינם חלק מהשלטון ושמבחינתם הפורמלית הם גופים של המשפט הפרטי, אך הם מבצעים פונקציה ציבורית. בית-המשפט הפעיל עליהם "דואליות נורמטיבית". הוא החיל עליהם, בצד המשפט הפרטי, כמה עקרונות מתחום המשפט הציבורי. בין גופים אלה ניתן להזכיר את חברת-החשמל¹²⁸, את החברות הממשלתיות והעירוניות¹²⁹, את חברה קדישא¹³⁰, את הסוכנות היהודית לארץ-ישראל¹³¹, את ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ-ישראל¹³² ואת הבורסה ליהלומים¹³³. רב השוני בין גופים אלה, בינם לבין עצמם. לא דין ציבורי אחד חל עליהם, אך הם קבוצה הולכת ומתפתחת — בישראל

127 ע"א 3199/93, לעיל הערה 22.

128 בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449.

129 שם.

130 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א נ' ליונל אריה קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.

131 בג"צ 4212/92 המוסד החינוכי הממלכתי דתי בית רבקה נ' הסוכנות היהודית (טרם פורסם).

132 דב"ע 4-12/ב-4 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' צים, חברת השיט הישראלית בע"מ (טרם פורסם).

133 ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ (טרם פורסם).

ומחוצה לה¹³⁴ — ובתי-המשפט מפעילים עליהם עקרונות-יסוד של המשפט הציבורי. הרעיון שאני מעלה הוא לשקול את האפשרות אם אין לראות את העיתונות הפרטית כחלק מקבוצה זו. אם אמנם נכון הכינוי של העיתונות בתור "הרשות הרביעית" (ה-Fourth Estate)¹³⁵, הרי נכון יהיה להפעיל עליה — במסגרת הדואליות הנורמטיבית — כללים מסוימים של משפט ציבורי.

רעיון זה המועלה למחשבה — שלפיו בצד הבעלות הפרטית בעיתון תוכר חובת אמונים ציבורית לבמה שהוא מספק — וכאמור, מעלה אני רעיון לבחינה ולדין בלי להביע כל עמדה לגופו, אינו זר לתפישת העיתונות את עצמה. עיון בתקנון האתיקה המקצועית של מועצת העיתונות בישראל¹³⁶ מראה, כי העיתונות ממלאת "שליחות ציבורית"¹³⁷, כי עליה לפעול מתוך נאמנות¹³⁸, כי עיתונאי הוא "משרת הציבור"¹³⁹ וכי אסור לו לקבל טובת הנאה העלולה להשפיע על אופן כתיבתו או עריכתו¹⁴⁰. מתוך המציאות של הזמן האחרון למדנו, כי אם בעל-עיתון או עורך ראשי מועמדים לדין, הוא משעה את עצמו מתפקידו. ניתן לטעון, כי כל אלה אינם אלא עניינים יחידים, אשר הרעיון המאחד אותם הוא בראיית העיתון כנאמן של במה ציבורית, אשר גורר אחריו — לפי הטענה — תחולתם של עקרונות מסוימים מהמשפט הציבורי.

אכן, יש הבדל מהותי בין העיתון המודרני — הנהנה מחופש הביטוי — לבין אדם העומד על דרגש בגן ציבורי והנהנה אף הוא מחופש הביטוי. השניים הם דוברים, אך רק העיתון הוא גם במה. זו במה ציבורית, בעלת עוצמת תקשורת רבה ביותר, החיונית למשטר דמוקרטי, הדרושה לביטוי העצמי של הפרט ושאין בלעדיה לחקר האמת. הטענה היא, כי מי ששולט בבמה זו חב אמונים לציבור. במובן מסוים הוא שולט בנכס ציבורי.

גם אם תתקבל גישה זו, לא מתבקש מכאן רישוי של העיתונות. זוהי סוגייה שונה. חובת הנאמנות של העיתונות כבעלת במה ציבורית אינה קשורה בשאלת הרישוי. לא כל מי שיש בידו רשיון חב בנאמנות לציבור ולא כל מי שאין לו רשיון פטור מחובת אמון זו. לא נדרשת לשם כך חקיקה מיוחדת. חובת הנאמנות נובעת מהדין הכללי ומעקרונות

134. *Tribute American Constitutional Law* sec. 18-5 (2d ed., 1988).

135. T. Carler, M. P. Stewart "Or of the Press" 26 *Hastings L.J.* 631, 633-634 (1975) ראו גם.

Franklin & J. Wright *The First Amendment and the Fourth Estate* (4th ed., 1988).

136. הנוסח שהומצא לעיוני הוא זה שהופיע בכתב-העת העין השביעית (מאי-יוני 1996) בהוצאת המכון

הישראלי לדמוקרטיה, עמ' 37-38.

137. השווה בג"צ 680/88, לעיל הערה 33, בעמ' 643.

138. סעיף 4, 15-1 לתקנון האתיקה, לעיל.

139. סעיף 2 לתקנון האתיקה, לעיל.

140. סעיף 18 לתקנון האתיקה, לעיל.

כלליים. לא מתבקשת מכאן מניעה מוקדמת של פרסומים. חובת האמון לא באה אלא כדי להגן על הבמה לא רק מהשלטון — הגנה שהפרדיגמה הקלסית של מסורת חופש הדיבור בישראל עוסקת בה — אלא מבעלי העיתון עצמו. היא לא נועדה להטיל צנזורה חיצונית. היא נועדה למנוע צנזורה פנימית בלתי-ראויה. היא נועדה למנוע השתלטות מעטים על הבמה הציבורית. היא נועדה להטיל מגבלות על כוח, הפעם כוח פרטי ולא כוח שלטוני. האמרה הידועה כי כוח נוטה להשחית, וכוח מוחלט משחית לחלוטין — והתוספת לה כי כוח משחית, אך החשש לאובדן הכוח משחית לחלוטין — נכונה לא רק בתחום הציבורי. היא עשויה להיות נכונה גם בתחום הפרטי. כללי הנאמנות באים לרסן כוח — יהיה מיקומו אשר יהיה¹⁴¹. אכן, בידי העיתון הפרטי הופקד האינטרס הציבורי של זרימה חופשית של מידע. לפי הרעיון שאני מעלה, כוח זה מחייב פיקוח וריסון כדי למנוע שימוש-לרעה בו.

הנה כי כן, חופש הביטוי אינו רק חופש שלילי — במינוחו של ישעיהו ברלין¹⁴². הוא אינו רק המגן כנגד התערבות המדינה. על-פי הרעיון האמור, חופש הביטוי הוא גם חופש חיובי. הוא חרב לשמירת חופש הביטוי. הוא מטיל חובה על העיתון לפעול בהגינות, באובייקטיביות, ללא ניגוד עניינים, ומתוך שוויון, כפי שכל מי שחב נאמנות לציבור חייב לפעול. אני חוזר ומציין: לא גיבשתי עמדה ברורה בסוגייה זו. זהו רעיון שחלף במוחי על רקע המציאות והספרים בנושא זה. אני מעמיד את הרעיון לדין ולבחינה.

2. סוף דבר

התבררנו בחופש ביטוי בישראל. חרף חקיקה מגדטורית, המבוססת על הנחות לא-דמוקרטיות, פתחנו בישראל מסורת של חופש ביטוי. תרמו לכך כראש-זכראשונה בת-המשפט. אך תרומה זו לא היתה אפשרית, לולא שיקף חופש העיתונות את תפישות-העומק ואת התרבות החברתית של הציבור בישראל.

המסורת שלנו מבוססת על מה שניתן לכנות כדור הראשון של בעיות בחופש הביטוי. היא ניזונה מהפרדיגמה הקלסית של יחסי פרט-שלטון. היא בנויה בעיקרה על קיומה של חירות הביטוי והיכולת לפגוע בה על-ידי השלטון רק כאשר ישנה ודאות קרובה לכך שחופש הביטוי יפגע קשות בשלום הציבור. זהו ההיבט השלילי של חופש הביטוי. המסורת הזו מבוססת וחזקה. היא פועלת יפה גם לעניין השידור הממלכתי, הנתפש על-פיה כשלטון. עם זאת, יש מקום להרהר אם אין צורך בחיזוק חופש הביטוי

141 בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקוה נ' מועצת עיריית פתח-תקוה, פ"ד לד(2) 566.

142 י' ברלין ארבע מסות על חרות (ת"א, תשמ"ז) 35-59.

במסגרתה. אך עיקר הבעיה היום היא באותם היבטים של חופש הביטוי, אשר המסורת שלנו טרם התמודדה עמם. זהו הדור השני של בעיות בתחום חופש הביטוי. אלה הן בעיות הקשורות ביחסים בין פרט לפרט, ובעיקר בין הפרט לבין התקשורת הפרטית. ביחסים אלה התקשורת אינה רק דובר. היא גם במה. היא עצמה עשויה להיתפש כדמוית שלטון וכמי שיש לה פונקציה ציבורית. זהו ההיבט החיובי של חופש הביטוי. אכן, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע הן את העיקרון כי אין פוגעים בכבודו של אדם¹⁴³, זהו ההיבט השלילי, הן את העיקרון כי כל אדם זכאי להגנה על כבודו¹⁴⁴, וזהו ההיבט החיובי. כולנו זכאים להגנה על חופש הביטוי שלנו. אנו זכאים להגנה זו כלפי השלטון. אנו זכאים להגנה זו כלפי הפרט. אנו זכאים להגנה זו כלפי התקשורת עצמה. בהיבט חיובי זה נדרש מודל נוסף — בצד המודל הקלסי — אשר ישמש בסיס לחופש הביטוי בישראל. העליתי רעיונות מספר למחשבה בכיוון זה. אני מודע כי זו אך תחילת הדרך. נדרש דיון ציבורי בעניין, שבו ישתתפו בני הציבור כולו, על כל גווניו. נדרש דיון פתוח וענייני בתוך העיתונות עצמה. אין זו רק בעיה משפטית שבית-המשפט צריך לפתור אותה. זוהי בעיה חברתית אשר צריכה לשקף את תפישות-העומק של החברה עצמה. הבעיה קשה במיוחד, שכן המאבק אינו כנגד השלטון, אלא בתוכו משפחת הזכויות עצמה. הבעיה קשה, משום שהיא מבטאת משבר בליברליזם עצמו. הבעיה קשה, שכן האדם הליברלי מתבקש לקבוע סדר-עדיפויות בערכי-הוא¹⁴⁵. הבעיה קשה, משום שאנו מבקשים להגן ולהבטיח את החירות של כולם, של כל פרט ופרט ושל התקשורת. אך אנו מודעים לכך, כי הבטחת זכות כלפי התקשורת עלולה לפגוע בחירותה של התקשורת. הבעיה קשה, שכן לכל חובה המוטלת על התקשורת יש אפקט מרתיע ומצנן. אם אנו מבקשים לקיים ויכוח ציבורי בעיתון שיהיה "ללא מעצורים, ללא איסתניסיות ופתוח לרווחה"¹⁴⁶, יש חשש שהטלת חובות נאמנות עלולה למנוע את השגתה המלאה של מטרה זו. הבעיה קשה, שכן בהטלת חובות נאמנות על העיתונות הפרטית יש פגיעה

143 סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150.

144 סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכך בא לידי ביטוי הרעיון כי הזכות לכבוד האדם אינה רק זכות נגטיבית (status negativus), אלא גם זכות אקטיבית (status activus). על המדינה מוטלת לא רק החובה להימנע מפגיעה בזכות זו, אלא גם החובה (הפוזיטיבית) להגן עליה. ראו ברק, לעיל הערה 59, עמ' 363.

145 פיס. לעיל הערה 69, בעמ' 116, מפנה לפרשת *R.A.V. v. City of St. Paul* (לעיל הערה 71), ומוסיף:

The upshot is an impasse, where liberals are divided among themselves. One group asserts the priority of liberty and the other the priority of equality, and neither provides any principled basis for deciding between them. Liberals are being asked to chose between their defining values.

146 דברי השופט ברנן (Brennon) בפסק-הדין (1964) *New York Times v. Sullivan* 84 S.Ct. 710, בתרגומו של הנשיא לנדוי בד"נ 9/77, לעיל הערה 2.

— מעין "הפקעה" — של זכות הקניין שלה. הבעיה קשה, שכן היא מעוררת את השאלה, אם ראוי לה לרשות השופטת להנהיג שינוי נורמטיבי זה, או שמא זהו עניין למחוקק¹⁴⁷. אכן, אנו ניצבים בפני דילמה קשה שדור שני זה של בעיות מציג לפנינו הספרות החדשה בישראל בתחום חופש הביטוי מקדמת שיח ציבורי זה. זכינו לפני שנתיים בספרו של ד"ר רפאל כהן-אלמגור, על גבולות הסובלנות והחירות¹⁴⁸. זכינו בשנה שעברה בספרו של משה נגבי על חופש העיתונות בישראל¹⁴⁹ ועתה אנו זוכים גם בספרו של פרופ' זאב סגל על חופש העיתונות, בין מיתוס למציאות¹⁵⁰. ספר זה עוסק בעיקרו בפרדיגמה הקלסית, בדור הראשון של בעיות בתחום חופש הביטוי, או בקמה שמכונה בספר "המעגל החיצוני". אך יש בו תשתית חשובה ומאירת-עיניים — שכבר השפיעה רבות בעבר על השיח הציבורי והפסיקה — למתן תשובות לבעיות מהדור השני של בעיות בחופש הביטוי, או במה שפרופסור סגל מכנה "המעגל הפנימי". ברכות לכותב ואיחולים לכולנו, שנוכל להתמודד עם הבעיות הקשות שחופש הביטוי מעורר כיום ואשר מחייבות התמודדות שלנו עם עצמנו.

147 חובות מהמשפט הציבורי אינן מטילות צנזורה חיצונית, אך הן מטילות ביקורת שיפוטית, שאף שאינה מעוגנת בחקיקה, היא ביקורת חיצונית.

148 ר' כהן-אלמגור גבולות הסובלנות והחרות — תאוריה ליברלית והמאבק במהנאות (ירושלים, תשנ"ד).

149 מ' נגבי חופש העיתונות בישראל — ערכים בראי המשפט (ירושלים, 1995).

150 ז' סגל חופש העיתונות — בין מיתוס למציאות (תל-אביב, תשנ"ו).