



ביטוי באמצעות הפגנה - הפגנת מחסירידין בירושלים, קיץ 1990

## חופש הביטוי ומגבלותיו / אהרון ברק

### חופש הביטוי - מהו

חופש הביטוי הוא זכות מסוג חירות. זהו החופש של אדם להשמיע את דעתו ולשמוע את דעת זולתו, בלא שתהא מוטלת עליו החובה לעשות כן. לשם הגשמתו של חופש זה מעניק הדין לבעליו זכויות נוספות, הנגזרות ממנו. מבין אלו ניתן להזכיר את הזכות לקבל מידע ואת הזכות להגיב על מידע. מכאן הזכות לדעת את תוכנם של הסכמים קואליציוניים. מחופש הביטוי נגזרת הזכות להפגין והזכות להתאסף. כן כלולות בו הזכות לכתוב ולקרוא ספרים ועיתונים ומחזות וסרטים. ממנו נגזרת גם הזכות שלא להשמיע דבר, כלומר - הזכות לשתוק. אכן, חופש הביטוי אינו זכות אחת, בעלת אופי מונוליטי. זהו אגד של זכויות. במרכזו של אגד זה עומד החופש להשמיע ולשמוע, ולצדו עומדות זכויות נוספות, הבאות להגשים את החופש הזה ולהגן עליו. חופש הביטוי והזכויות הנגזרות ממנו יוצרים מערך מקיף ומורכב של הסדרים השלובים זה בזה, היונקים זה מזה והמגבשים - בהפעלתם הלכה למעשה - את המסורת של חופש הביטוי באותה שיטת משפט.

"איני מסכים לדעתך, אך אגן בחיי על זכותך להביע אותה" - אמר וולטייר. וג'וזף סטיוארט מיל, בחיבורו של החירות, הוסיף: "אם כל האנושות כולה, למעט אדם אחד, היא בדעה אחת, ואם אותו אדם הוא בדעה אחרת, האנושות לא תהא מוצדקת בהשתקתו של אותו אדם יותר מאשר הצידוק של אותו אדם, אילו היה הכוח בידו, בהשתקת האנושות כולה." בכך העמידו הוגי דעות אלה ואחרים, ובעקבותם מדינות דמוקרטיות רבות, לרבות ישראל, את חופש הביטוי, כזכות-על "עילאית". השופט אגרנט ראה בחופש הביטוי את "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה, ואמר כי לה "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם."

מהי אותה זכות, ומה עושה אותה למרכזית בחיינו? ובעיקר - מהן המגבלות שמוצדק וראוי הוא להטיל על זכות זו בחברה דמוקרטית?

הרצאה בכנס בוגרי התכנית ללימודי עתונאות אוניברסיטת תל-אביב, כ"א בסיוון תש"ן, 14 ביוני 1990.

## הטעמים העומדים ביסוד חופש הביטוי

מהי הרציונלה של חופש הביטוי ומהו הטעם העומד ביסודה? נראה, כי אין לו, לחופש הביטוי, הצדק אחד ויחיד, אלא יש לו צידוקים רבים מגוונים. תופעה זו — ברכה רבה טמונה בה. חופש הביטוי מהווה מערכת מורכבת של חירויות וחזויות, השזורות זו בזו. אך טבעי הוא, שאין להצדיק מערכת מורכבת זו בהסבר אחד ויחיד. נדרשים טיעונים שונים ומגוונים, המבטאים היבטים שונים, להצדקתו של חופש הביטוי. רק בדרך זו ניתן לשקף את מלוא היקפו של חופש זה. אכן, הצידוק לחופש הביטוי הוא מורכב ומשולב. זהו החופש של היחיד להגשים את עצמו ולגבש לעצמו השקפת עולם ודעה על ידי מתן דרור לרוחו, היוצרת והקולטת, המרשימה והמתרשמת, הפורצת את סגור הלב, הפורשת כנף ונותנת דרור למחשבה. זהו החופש של היחיד ושל הכלל להוציא את האמת לאור בדרך של התמודדות חופשית ובלתי פוסקת בין האמת לבין השקר; זהו החופש של בני החברה להחליף, ברוח סובלנית ללא מורא ופחד ומתוך כיבוד האוטונומיה של כל יחיד, דעות והשקפות ולשכנע זה את זה, כדי לייצב, לעגן ולפתח את המשטר הדמוקרטי. חלקם של צידוקים אלה הוא תועלתני; חלקם האחר אינו תועלתני; חלקם מתמקד ביחיד ובאשרו, חלקם מתמקד בכלל ובהגנה על ערכיו. עיקרם של הטעמים סובב סביב שלושה טיעונים:

הטיעון האחד מבסס עצמו על הרצון לחשוף את האמת. יש להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלה באלה. מתחרות זו — ולא מהקתבה שלטונית של "אמת" אחת ויחידה — תצוץ ותעלה האמת, שכן סופה של האמת לנצח במאבק הרעיוני. כאשר הכל גלוי, והכל חשוף — האמת תנצח את השקר. אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר, ואור המנורה הוא השוטר היעיל ביותר. מבחנה של האמת אינו בכוח השלטוני הניצב לצדה אלא בכוחה הפנימי לשכנע. הדרך להתמודד עם השקר אינו בהשתקתו אלא בהסברה ובחינוך. כשלונו של השקר הוא בחשיפתו ולא בדיכוי. התרופה אינה בהגבלת הביטוי אלא בהגברתו. לשם כך חיוני הוא להבטיח את חופש הביטוי, שכן בלא ביטוי אין שכנוע, ובלא שכנוע אין התמודדות, ובאין התמודדות קיים חשש שהאמת לא תצא לאור;

הטיעון השני מבסס עצמו על הצורך להביא להגשמתו העצמית של האדם. רק בהבטחת חופש הביטוי ניתן להגיע להגשמה עצמית זו. בלא לאפשר חופש להשמיע או לשמוע, לכתוב או לקרוא, להתבטא או לשחוק, נפגמת אישיותו של האדם, אשר התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפת עולמו. חופש הביטוי הוא מרכיב חיוני בהגשמה זו. צורך זה אינו רק הצורך של הדובר. זהו גם הצורך של השומע. טיעון זה מקשר את חופש הביטוי אל כבוד האדם ואל חירויות אחרות, כגון חירות המצפון והדת. אך הוא גם מייחד את חופש הביטוי. מטבעו של האדם, שהוא מגשים את עצמו על ידי מתן ביטוי לעצמו.

הטיעון השלישי מבסס את חופש הביטוי על המשטר הדמוקרטי. חופש הביטוי הוא תנאי חיוני לקיומו ולהתפתחותו של המשטר הדמוקרטי. חופש הביטוי מבטיח החלפה של דעות בין בני הציבור ובכך

מאפשר להם לגבש עמדתם בנושאים העומדים על סדר היום הלאומי. בכך ניתן לעצב את השלטון, לפקח עליו ולהחליפו. אם הטיעון בדבר חשיפת האמת בא לגלות את האמת, הרי הטיעון הדמוקרטי בא לשתף את כל בני הציבור באמת זו, כדי שיוכל לכוון את עתידה של החברה. החלפה חופשית של מידע, דעות והשקפות, תוך ניסיון לשכנע הדדי, מבלי שתהיה מוכתבת על ידי השלטון, היא תנאי חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי. רק בדרך זו ניתן להבטיח, כי כל יחיד בחברה יקבל את מירב הנתונים הדרושים לו לשם קבלת החלטות בענייני משטר ושלטון. זרימה חופשית זו של דעות מאפשרת שינוי סדיר במבנה הכוחות המקיים את השלטון. בלא חופש הביטוי, הדמוקרטיה מאבדת את נשמתה. בצדק ציין השופט לנדוי כי:

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" מלמעלה.

אך למעלה מזאת: חופש הביטוי תורם ליציבות החברתית. בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטויו במשא ולא במעש. הקיטור החברתי מוצא ביטוי במסלול שקט של ביטוי, ולא במסלול אליים של מעשים. החברה, שלעיתים שוקטת היא על השמרים ואינה צופה את פני הרעה המתפרצת ממסתור, מכינה עצמה, בוכות חופש הביטוי, לקראת הבאות, שכן מודעת היא לסכנות שחופש הביטוי חושפן בגלוי.

הטיעון בדבר הדמוקרטיה חושף את הקשר בין חופש הביטוי לבין הסובלנות החברתית. משטר דמוקרטי מבוסס על סובלנות. זו סובלנות למעשי הזולת ולדעותיו. זו סובלנות גם כלפי חסר הסובלנות. בחברה פלורליסטית כשלנו, הסובלנות היא הכוח המאחד אותנו והמאפשר לנו חיים משותפים. חופש הביטוי מגביר את הסובלנות ומחזק את הדמוקרטיה.

הקשר בין המשטר הדמוקרטי לבין חופש הביטוי הוא דו-צדדי. עמד על כך נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר, באומרו:

חירות הביטוי היא תולדה עיקרית של הדמוקרטיה ובין מאפייניה המרכזיים; מאידך גיסא, עצם התארגנותה של הדמוקרטיה מעת לעת מותנה בכך, שחופש הביטוי אכן יהיה קיים, ומבחינה זו הדמוקרטיה היא תולדה של הקניית החירויות ושמירתן. סיכומו של דבר, דמוקרטיה אמיתית וחירות הביטוי חד הן.

אכן, חופש הביטוי מפיח רוח חיים במשטר הדמוקרטי. באותה מידה, מעניקה הדמוקרטיה חיות לחופש הביטוי. בין חופש הביטוי לבין הדמוקרטיה קיים, אפוא, קשר כל יינותק.

### היקפו של חופש הביטוי וההגנה עליו

עמדתי על טעמיו של חופש הביטוי. על רקע זה מתעוררות שתי השאלות הבאות:

האחת, מהו היקפו של חופש הביטוי, כלומר, מהו היקף העניינים הנכללים בו, ומהם העניינים הנתפסים כמצויים מחוצה לו. שאלה זו מבקשת לתחום את היקף העניינים "המכוסים" על ידי העיקרון של חופש

החופש לבטא דברים בשקט ובנועם, אלא גם החופש לבטא דברי זעקה, הצורמים את האוזן. חופש הביטוי הוא החופש להביע דעה – כדברי השופט האמריקני ברנן – "ללא מצעורים, ללא איסתניסיות ופתוח לרווחה". גם ביטוי שיש בו "ממרח מגונה של ארוטיקה, פוליטיקה וסטיית מכל סוג" נכלל במסגרת חופש הביטוי וכמוהו גם ביטוי שיש בו פגיעה ברגשות הדת או שיש בו חומר תועבה.

האם ביטוי, בעל אופי גזעני, "מכוסה" על ידי העיקרון של חופש הביטוי? האין לומר, כי התוכן הגזעני של הביטוי מוציא אותו מתחומו של חופש הביטוי? כך, למשל, אם חופש הביטוי מוסבר ברצון לחשוף את האמת, הרי הגזענות בשקר יסודה, ואין בה כדי לתרום לכיור האמת. ואם כך, אין עלינו גם לתמוך בהגשמתו העצמית של נביא השקר. גם הטיעון הדמוקרטי עשוי לתמוך בגישה המוציאה את הדיבור הגזעני מהיקפו של חופש הביטוי, שכן הדיבור הגזעני פוגע במשטר הדמוקרטי. לדעתי, אין בשיקולים אלה כדי להכריע, ויש בהם תפיסה בלתי שלמה של טעמי חופש הביטוי. אכן, הגזענות בשקר יסודה, אך אמת זו תצא לאור רק בהתמודדות חופשית של רעיונות ודעות. בהתמודדות עם השקר שבגזענות, על הבמה החופשית של דעות ורעיונות, תוקע הגזענות בכל כיעורה, ושוויון האדם וכבודו יוגברו ויתחזקו. לא האמת שבגזענות מונחת ביסוד החופש לבטא, אלא ההתמודדות החופשית של דעות והשקפות, שתוקיע את השקר. חולשתה של הגזענות בשקר הטמון בה, הנחשף לעיני כל דווקא באותה תחרות חופשית של דעות ורעיונות. הטיעון בדבר ההגשמה העצמית תומך אף הוא בגישתי זו, שהרי לשם הגשמת עצמנו, עלינו להקשיב וללמוד ולהיות מודעים גם לדעות גזעניות. רק בדרך זו נדע להילחם בהן. תוצאה זו מתבקשת גם מהטיעון הדמוקרטי. בדרך של החלפת דעות והשקפות יוכל הציבור לגבש את עמדתו שלו באשר לדעה הגזענית, ולהביא לחיסולה או להחלשתה במאבק פוליטי, מבוסס על סובלנות, המתנהל בחברה דמוקרטית. ממאבק פתוח זה נגד הגזענות תצא הדמוקרטיה מחוזקת ואיתנה יותר. האם משתרע חופש הביטוי גם על ביטוי שיש בו משום לשון הרע? לדעתי, גם התשובה לשאלה זו היא חיובית. גם ביטוי שיש בו משום לשון הרע הוא ביטוי שעקרון חופש הביטוי "מכסה" אותו. גישה זו מתבקשת מהטעמים העומדים ביסוד העקרון של חופש הביטוי. יש בה ביטוי להגשמה העצמית של המפרסם וקוראיו. האמת היא זו העולה מהחלפה חופשית של דעות והשקפות ולא מדיכוי (עצמי או חיצוני) של ביטוי זה או אחר. רק החלפה חופשית של דעות מאפשרת את קיומו וביסוסו של המשטר הדמוקרטי.

הנה כי כן, הטעמים העומדים ביסוד חופש הביטוי מצדיקים, לדעתי, גישה מרחיבה לתחולתו של עקרון חופש הביטוי. לא ניתן להסיק מכאן, כי כל דיבור המוכנס תחת כנפיו של חופש הביטוי מוגן בכל היקפו בחברה דמוקרטית. כבר ציינתי כי ההיקף "הפנימי" של חופש הדיבור נבדל מההגנה "החיצונית" הניתנת לו. המקרה של דיבור שיש בו לשון הרע הוא דוגמה יפה להבחנה זו בין היקפו של חופש הביטוי, ומידת ההגנה הניתנת לו. כפי שצינתי, דיבור שיש בו לשון הרע נתפס בגדר חופש הביטוי. עם זאת, יש להתחשב גם בערכים אחרים, כגון שמו הטוב של האדם. על כן, אין צידוק ליתן הגנה כוללת על פרסום שיש בו לשון

הביטוי. היא מתמודדת עם השאלה, מהו "ביטוי" לעניין ערך יסוד זה. כך, למשל, נשאלת השאלה האם ביטוי גזעני הוא ביטוי שחופש הביטוי כולל בחובו; או שמא יש לומר, כי התוכן הגזעני של הביטוי מוציא אותו מתחומו של חופש הביטוי.

השאלה השנייה הינה, מהו היקף ההגנה שהדין נותן לאותם ביטויים הכלולים בחופש הביטוי? שאלה זו מבקשת לקבוע אם ההגנה הניתנת לביטוי היא "מוחלטת" או "יחסית", ואם ההגנה היא יחסית, מהם מבחניה. הבחינה הראשונה היא בחינה פנימית, שכן היא בודקת את מהותו הפנימית של חופש הביטוי ואת היקף העניינים הכלולים בו. הבחינה השנייה היא בחינה חיצונית, שכן היא בודקת את היחס בין חופש הביטוי לבין תופשים אחרים, ואת מידת ההגנה שהדין נותן לחופש הביטוי. על כן, אנו יכולים לומר, למשל, כי חופש הביטוי כולל בחובו גם ביטוי שיש בו לשון הרע. עם זאת, הדין מגן על ביטוי זה רק אם הוא נעשה בתום לב.

אפתח אפוא, בשאלת היקפו של חופש הביטוי, ואעבור לאחר מכן למידת ההגנה שחופש זה נהנה ממנה.

העקרון של חופש הביטוי משתרע על כל הצורות של הבעת הביטוי. על כן נכללים בו כל צורות הביטוי הידועות, כגון ספרים, סרטים, הצגות. הוא כולל את הביטוי בכתב ואת הביטוי בעל-פה, יהיו אמצעי התקשורת אשר יהיו. הוא כולל ביטוי במלים וביטוי במעשים. על כן צעדה או עמידת דום, או שריפת דגל או העמדת פסל הם בגדר ביטוי הנתפס בעקרון חופש הביטוי.

האם עקרון חופש הביטוי משתרע על כל תכניו של הביטוי? האם כל ביטוי, תהא צורתו אשר תהא, נכלל בגדר חופש הביטוי? תשובתי לשאלה זו היא חיובית. חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי בין בעל תוכן פוליטי, בין בעל תוכן ספרותי בין בעל תוכן מסחרי ובין בעל תוכן אחר. עמד על כך השופט אגרנט בפרשת "קול העם" בציטונו:



ביסודו של דבר, כל התהליך הנזכר אינו אלא תהליך של בירור האמת, למען תשכיל המדינה לשים לפניו את המטרה הנכונה ביותר ותדע לבחור את קו הפעולה העשוי להביא להגשמת מטרה זו בדרך היעילה ביותר. והנה, לשם בירור אמת זו משמש העקרון של הזכות לחופש הביטוי אמצעי ומכשיר הואיל ורק בדרך של ליבון "כל" ההשקפות והחלפה חופשית של "כל" הדעות עשויה אותה "אמת" להתבהר.

על כן משתרע חופש הביטוי על דעות מקובלות ועל דעות חריגות; על דעות שאוהבים לשמוע ועל דעות מרגיזות וסוטרות. חופש הביטוי אינו רק

ותהלוכה, לבין רצונו של היחיד לשמור על שלומו ורכושו, ורצונו של הציבור לשמור על הסדר והביטחון הציבורי. בלא סדר אין חירות. חופש האסיפה אין פירושו התפרקות מכל סדר ציבורי, וחופש התהלוכה אין פירושו חופש ההתפרעות. אכן, לכל חברה דמוקרטית הזכות שלא להגן על מלוא חופש הביטוי. על כל משטר נאור החובה להגביל צורות שונות של ביטוי. אמרתו של וולטייר — "איני מסכים לדעתך, אך אגן בחיי על זכותך להביע אותה" — אינה מדוייקת. איני חייב להגן בחיי על זכותך לומר דברים שיביאו למותי. דמוקרטיה אינה חייבת לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה.

### האיזון

הנה כי כן, הבעיה המרכזית הניצבת בפנינו היא זו: באילו נסיבות, ועל פי אילו אמות מידה, מותר בחברה המכבדת זכויות אדם, והמעמידה את חופש הביטוי כזכות מרכזית ועילאית, להגביל את חופש הביטוי? מהם הקריטריונים, שעל פיהם לא יזכו היבטים מסויימים של חופש הביטוי להגנה?

מתי, בחברה נאורה, מוצדק להגביל את חופש הביטוי? כיצד נקבעת ההגבלה? על שאלה זו אין תשובה כללית. הכל תלוי בערכים, באינטרסים ובעקרונות, אשר חופש הביטוי מתנגש בהם. על כן, יהיו מצבים, בהם חופש הביטוי לא יוגבל כלל — ויקבל תוקף כמלוא כישוריו — וזאת במקום שאינם קיימים כלל ערכים או אינטרסים המצדיקים את הגבלתו של חופש הביטוי. במקום שקיימים ערכים ועקרונות, המצדיקים את הגבלתו של חופש הביטוי, תיווצר התנגשות, אשר תצריך יצירתו של איזון כאשר להגבלות על חופש הביטוי ועל הערך האחר המתנגש עמו. מאז פסק דינו המונומנטלי של השופט אגרט בפרשת "קול העם", מקובל עלינו, כי האיזון יהא עקרוני ולא אד-הוק. יש לקבוע — בלשונו של השופט אגרט — "עקרון רציונלי", שיהווה — בלשונו של הנשיא שמגר — "אמת-מידה הנרשאת בתוכה קו מנחה ערכי", תוך התרחקות מכל "אמת מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה". אמת מידה זו מאזנת את הערכים השונים הבאים לידי התנגשות על פי משקלם וקובעת את "נוסחת האיזון" העקרונית.

ביטויים אלה — איזון, משקל — הם כמובן ביטויים מטפוריים. מאחוריהם עומדת התפיסה, כי לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה וכי בהעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. כשם שאין לך אדם ללא צל, כן אין לך עיקרון ללא משקל. קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים.

אך טבעי הוא, כי האיזון משתנה מעניין לעניין, על פי מהותם של הערכים הנאבקים. על כן, אין לנקוט אמת מידה אחידה, אלא יש לגבש אמות מידה משתנות, על פי משקלם של הערכים המתנגשים. נקודות האיזון משתנות על פי מהותם ואופים של הערכים המתנגשים. הבחנה מועילה, בהקשר זה, היא בין שני סוגים של הגבלות על חופש הביטוי:

הסוג הראשון עניינו הגבלות על חופש הביטוי המתבקשות מאופיו

הרע, ובוודאי לא הגנה על פרסום שיש בו לשון הרע ושאינו אמת. אכן, הגנת הפרסום היא פרי האיזון בין הערך של חופש הביטוי לבין הערך של שמו הטוב של אדם וכבודו. מכאן, שבחינת היקפו של חופש הביטוי הנו רק צדו האחד של המטבע. עלינו לעבור עתה לצדו השני. צד זה בוחן את ההגנה שמן הראוי ליתן לחופש הביטוי, ואת המקרים שבהם ביטוי, הנכלל בגדר עקרון חופש הביטוי, אינו ראוי להגנה. עלינו לבחון אפוא, את ההגבלות שמן הראוי להטיל על חופש הביטוי.

### ההגנה על חופש הביטוי

חופש הביטוי הוא ערך מרכזי לאדם ולחברה, אך אין הוא הערך היחיד, ואין הוא הערך החשוב ביותר. מכירים אנו בערכים נוספים, מרכזיים וחשובים: חיי האדם וכבודו הם ערכים מרכזיים. הנתיר חופש לכל ביטוי, שיש בו פגיעה בחיים וכבוד? אך מעבר לכך: לשם הגשמתם של זכויות האדם, ולשם קידומן של מטרות לאומיות, קיימת החברה המאורגנת, קיימת המדינה. הבטחת קיומה, שלימותה, בטחונה ושלומה של המדינה מחייבים גם הם הגבלה על חופש הביטוי. הנתיר חופש לכל ביטוי, שיש בו פגיעה בסודותיה הכמוסים של המדינה, או שיש בו כדי לגרום לעיוות דין או למהומות? אכן, הגישה המקובלת בכל שיטות המשפט הנה, כי חופש הביטוי אינו חופש "מוחלט", אלא חופש "יחסי" בלבד. אנו מבחינים בין חופש לבין הפקרות. כך, למשל, חירות האסיפה וחירות התהלוכה אינן בלתי מוגבלות. אלו הן חירויות יחסיות ולא מוחלטות. זכותי לקיים אסיפה ותהלוכה, אין פירושה שאני זכאי לעלות על רכושו של חברי בלא הסכמתו, או שאני רשאי לגרום לאלימות ולהפרת שלום הציבור. בדומה לחירויות אחרות, אף כאן יש לאזן בין רצונו של היחיד — ורצונו של יחידים — להביע את השקפותיהם בדרך של אסיפה



ביטחונה ושלומה של המדינה מחייבים מידה של הגבלה על חופש הביטוי

בדיני איסור לשון הרע, בדינים הפליליים בעניין חומר תועבה ובדינים בדבר "עניין תלוי ועומד" (sub judge). צנזורה כלולה אף היא בסוג זה של איסורים, שהרי מטרתה של הצנזורה להגן על הציבור מפני התוכן המזיק של הביטוי עצמו. גם ההגבלות על הביטוי הגזעני, כלולות בסוג זה של הגבלות, שכן לא אופיו התקשורתי של הביטוי אלא תוכנו, הוא הפוגע באינטרסים ובערכים אחרים, הראויים להגנה. לעתים, כמובן, ניתן למצוא, במצב דברים נתון, הגבלות מהסוג הראשון ומהסוג השני גם יחד. כאשר מפגינים מבקשים לצעוד ברחוב ראשי של עיר, והמסר אותו הם מבקשים להעביר הוא גזעני, עשוי להתעורר הצורך להגביל את חופש הביטוי הן משום ההפרעה לתנועה (הגבלה שאינה קשורה לתוכנו של הביטוי) והן משום ההפרעה לשלום הציבור (הגבלה הקשורה לתוכנו של הביטוי). נפנה בקצרה לכל אחד משני סוגי ההגבלות הללו.

התקשורתי, בלא כל קשר לתוכנו של הביטוי. כל שיטת משפט מבקשת ליצור איזון בין האופן שבו הערך של חופש הביטוי מוצא מהכוח אל הפועל (בלא כל קשר לתוכנו של הביטוי עצמו) לבין ערכים אחרים, שהגשמת חופש הביטוי פוגעת בהם. דוגמה לסוג זה של הגבלות ניתן למצוא בדינים המגבילים את חופש ההפגנה בשל פגיעתו בחופש התנועה. הגבלות אלה אינן מכוונות לתוכן המסר שההפגנה מבקשת להעביר, אלא לאופן שבו מועבר המסר. אופן זה עשוי לפגוע בחופש התנועה, ועל כן נדרש איזון בין השניים; הסוג השני של הגבלות עניינו הגבלות על חופש הביטוי שמקורן בתוכנו של הביטוי עצמו. בסוג מקרים זה, תוכנו של הביטוי גורם לתוצאות, אשר חברה דמוקרטית מבקשת להתגונן כנגדן. שיטת המשפט יוצרת איזון בין הערך של חופש הביטוי לבין הערכים שהביטוי החופשי פוגע בהם. דוגמאות לסוג זה של הגבלות ניתן למצוא

כרוזים פזורים בכיכר מלכי ישראל בעת מערכת הבחירות לכנסת



## הגבלות תקשורתיות (שאינן קשורות בתוכן הביטוי)

ההגבלות בסוג זה של מקרים אינן מכוונות כנגד תוכנו של הביטוי אלא כנגד דרכי הבעתו. מפגינים המשתמשים ברמקולים והמפיעים כרוזים, עשויים להפריע את מנוחת השכנים או את עבודתם של פקידים ועשויים ללכלך את סביבתם, יהא המסר אשר יבקשו להעביר אשר יהא. חברה המעניקה משקל כבד לחופש הביטוי צריכה לאפשר ביטוי גם בנסיבות הגורמות הפרעה ופגיעה בערכים אחרים. עם זאת, חופש הביטוי אינו הערך היחיד, ויש לאזן בינו לבין הערכים האחרים הראויים להגנה. בחייה המאורגנים של החברה אין "הכל או לא כלום". יש "תן וקח" ואיזון בין הערכים השונים. נראה כי בסוג זה של הגבלות יש לדאוג לכך, כי ההגבלות המוטלות על אופן הביטוי, מבחינת המקום, הזמן והצורה, יהיו כאלו שישאירו חופש נשימה ראוי לחופש הביטוי, ולא יפגעו באופן מהותי בחופש הביטוי. על כן יש לאפשר קיומה של הפגנה ברחובות מרכזיים של העיר, גם אם הדבר גורם להפרעה לתנועה, תוך קביעת תנאים מגבילים כאשר לזמן וצורת ההפגנה. אכן, כשם שזכותי להפגין ברחובה של עיר מוגבלת בזכותו של חברי למעבר חופשי באותו רחוב, כן מוגבלת זכותו של חברי להלך ברחובה של עיר בזכותי לקיים אסיפה או תהלוכה. הכבישים והרחובות נועדו להליכה ולנסיעה, אך אין זו מטרתם היחידה. הם אף נועדו לתהלוכות, למצעדים, להלוויות וכיוצא באלה אירועים. לענין זה, יש כמובן מקום להבדיל בין הגבלות לחופש הביטוי במקומות ציבוריים לבין הגבלות על חופש הביטוי במקומות פרטיים או במקומות מעין ציבוריים, כגון מרכזי קניות.

## הגבלות הקשורות בתוכן הביטוי

הגבלות מסוג אחר, הן אלה הקשורות בתוכנו של הביטוי. מהבחינה התקשורתית, הביטוי אינו פוגע בערכים אחרים, הראויים להגנה. לעומת זאת, מבחינת התוכן, הוא פוגע בביטחון, בשלום הציבור וברגשותיו, בטוהר השיפוט, בכבוד האדם, ובערכים אחרים שכל חברה דמוקרטית מבקשת להגן עליהם. מהי נקודת האיזון הראויה במצב דברים זה? מטבע הדברים, אין להצביע על נקודת איזון אחת ויחידה, שהרי הערכים המתנגשים בחופש הביטוי אינם מעור אחד. לא הרי התנגשות בין תוכנו של חופש הביטוי לבין ביטחון המדינה ושלום הציבור, כהרי התנגשות בין תוכנו של חופש הביטוי לבין כבודו של האדם. ולא הרי שני אלה כהרי התנגשות בין תוכנו של חופש הביטוי לבין טוהר השיפוט. עלינו לעצב, אם כן, מבחנים עקרוניים שונים, אשר יתחשבו ברב גויות הערכים אשר חופש הביטוי מתנגש בהם.

טול את המקרה בו האינטרסים המתנגשים הם חופש הביטוי מזה וביטחון המדינה או שלום הציבור מזה. נקודת המוצא הנה, כי בהתנגשות זו, עד כמה שהיא "חזיתית" ואינה ניתנת למניעה, יד הערכים של ביטחון הציבור ושלומו תהיה על העליונה. המשטר הדמוקרטי נכון להגן על חופש הביטוי, כל עוד חופש הביטוי מגן על הדמוקרטיה. אך מקום שחופש הביטוי הופך קרדום לפגיעה בדמוקרטיה, אין כל צידוק שהדמוקרטיה תניח את צווארה לכורת. חוקה אינה מרשם להתאבדות, וחוקיות אורזת אינן במה לכיליון לאומי. אין אדם יכול ליהנות מחופש

הביטוי, אם הוא אינו נהנה מחופש לחיות בחברה בה בחר לחיות. הזכות לחיים בחברה קודמת לזכות להביע בה דעה.

"נוסח האיזון" בהתנגשות בין ביטחון המדינה ושלום הציבור לבין חופש הביטוי מניחה, אפוא, הגשמתו של הערך בדבר ביטחון המדינה. עם זאת, בשל מרכזיותו של ערך היסוד בדבר חופש הביטוי, היא מבקשת לצמצם את הפגיעה בערך יסוד זה עד כמה שאפשר, ורק אם הפגיעה בחופש הביטוי היא חיונית כדי לקיים את הערך בדבר ביטחון המדינה ושלום הציבור, תתאפשר פגיעה זו.

בהקשר זה עמד בית המשפט העליון על שתי שאלות עיקריות: האחת, מהי מידת הפגיעה בביטחון המדינה או בשלום הציבור, שיש בה כדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי;

השנייה, מהי מידת ההסתברות כי פגיעה בביטחון המדינה או בשלום הציבור תתרחש אם חופש הביטוי לא יוגבל.

תשובתו של בית המשפט על שתי שאלות אלה היא זו: חופש הביטוי נסוג מפני ביטחון המדינה ושלום הציבור, רק אם הפגיעה בביטחון ובשלום הציבור היא קשה, רצינית וחמורה, ורק אם קיימת ודאות קרובה כי הגשמתו של חופש הביטוי תביא לפגיעה זו. על כן, רשאי שר הפנים לאסור את הופעתו של עתון בשל דבר שפורסם בו העלול לפגוע בשלום הציבור, רק אם הפגיעה בשלום הציבור היא רצינית, ורק אם קיימת ודאות קרובה לכך. בדומה, הצנזור הצבאי רשאי למנוע פרסומה של ידיעה, רק אם קיימת ודאות קרובה כי פרסום הידיעה יביא לפגיעה חמורה בביטחון המדינה. הצנזורה על סרטים ומחזות רשאית היתה לשלול היתר להצגתו של סרט או מחזה, רק אם היתה ודאות קרובה לכך כי תהיה פגיעה קשה ורצינית בשלום הציבור. מפקד המשטרה רשאי למנוע מתן היתר לקיום הפגנה בשל חשש לפגיעה במפגינים בשל המסר של הפגנתם, רק אם קיימת ודאות קרובה כי תתרחש פגיעה רצינית בשלום הציבור. בכל המקרים הללו, יש לבחון ולברוק אמצעים חלופיים, שיש בהם כדי למנוע את הוודאות הקרובה של הסכנה הרצינית, בלא לפגוע בחופש הביטוי. על כן, אם קהל עוין מאיים על מפגינים, הצעד הראשון צריך להיות בריסונו של הקהל ולא בשלילתה של ההפגנה. איסור ההפגנה צריך להיעשות כצעד אחרון, ולא כצעד ראשון. זאת ועוד: במקום שהדבר אפשרי, יש להעדיף תמיד בחינה של חוקיות הביטוי לאחר התרחשותו, על פני בחינה של חוקיות הביטוי לפני התרחשותו. בחינה לפני ההתרחשות יש בה כדי להקפיא את הביטוי; בחינה לאחר ההתרחשות יש בה כדי לצנן את הביטוי. עדיף צינון על פני הקפאה.

הפגיעה הקשה, הרצינית והחמורה כוללת גם פגיעה ברגשותיו של הציבור. אמת, חברה המבוססת על פלוראליזם חברתי, חייבת לאפשר החלפת דעות, גם אם יש בכך כדי לפגוע ברגשות המתנגדים לאותן דעות. אכן, מעצם מהותו של משטר דמוקרטי מתבקשת הכרה ברמה מסוימת של חשיפה לפגיעה ברגשות בני הציבור. פגיעה "קשה" רצינית וחמורה המצדיקה הגבלה של חופש הביטוי, היא אותה פגיעה העולה על "רמת הסיכולת" בחברה דמוקרטית. אכן, עצם הבעתה של דעה בסוגיה השנויה במחלוקת ציבורית (היסטורית, דתית, חברתית או אחרת) מותרת היא. יהיו אלה, אפוא, מקרים חריגים ונדירים, בהם תוכנו של הביטוי יהיה בו כדי להוות פגיעה "קשה" רצינית וחמורה ברגשותיו של הציבור. יהיו

התממשות הסכנה היא בגדר ודאות ברורה. כמו כן אין צורך להראות כי מימוש הסכנה הוא דבר מיידי. די בכך שמראים כי התממשות הסכנה היא ודאות קרובה.

יטען הטוען, כי בגישה זו יש משום פשרה עם העקרונות. בנימה צינית אפשר לומר, כי על פי גישה זו, חופש הביטוי מוגן כל עוד הוא אינו אפקטיבי דיו. ביקורת זו אינה נראית לי כפי שראינו, חופש הביטוי אינו הערך היחיד שעליו צריכה חברה דמוקרטית להגן. מטבע הדברים, מתבקשת פשרה שתאזן בין האינטרסים השונים. פשרה אינה אות לחולשה. פשרה היא תנאי חיוני לסובלנות ולחיים משותפים. חברה דמוקרטית המבוססת על פלורליזם וסובלנות, חייבת לבסס עצמה על פשרה ולא על "הליכה עד הסוף".

### סוף דבר

הנה כי כן, חופש הביטוי הינו ערך סבוך. אי אפשר בלעדיו, אך אי אפשר רק עמו. הוא מעורר בעיות קשות בכל חברה דמוקרטית. האם עלינו להגן — ואם כן, באיזה היקף — על הדיבור הגזעני? האם חברה דמוקרטית צריכה לאפשר דיבור אנטישמי או פורנוגרפי? עמדתי על מספר היבטים במסגרתן של בעיות אלה. האם הפתרון הישראלי, ההלכתי והחקיקתי, מניח את הדעת? קיימים היבטים רבים נוספים בהם לא נגעתי. האם חופש הביטוי של היחיד, המבקש להשמיע דעתו בפנינת הרחוב, הוא כחופש הביטוי של עתון רב תפוצה או תחנת טלוויזיה? האם חופש הביטוי אינו גורר אחריו חובות הקשורות לביטוי ובעיקר חובות של הגינות, מימנות ואתיקה מקצועית? האם לעורך עתון אין חובות, שחופש הביטוי מטיל עליו, לשקף דעות שעמן הוא אינו מסכים והעשויות לפגוע בתפוצת העתון? מהו היחס בין חופש הביטוי לבין רישוי אמצעי התקשורת? בשאלות אלה ואחרות עשויים בני הציבור הנאור לחלוק זה על זה. מתן תשובה להן מטיל אחריות מיוחדת על בית המשפט. אחריות זו כפולה היא: ראשית, אחריות בגיבוש פתרונות שיעלו בקנה אחד עם מה שהשופט אלון כינה "נשמתה היתרה" של שיטת המשפט, כלומר ערכי היסוד של משפטנו וה"אני מאמין" שלה; שנית, אחריות ליישום עקבי של תפיסות היסוד, שאם לא כן, כל מה שנקבע במישור הנורמטיבי ירד לטמיון בעולם המעשה. על בית המשפט לבחון לא רק את ההלכה אלא גם את המעשה. לא רק את הרטוריקה אלא גם את הפרקטיקה. "העקרונות עליהם עמד בית משפט זה בעבר" — אמר השופט בך — "אסור שימשו רק בתור דגל אידיאולוגי כלפי חוץ, אלא חייבים הם גם להנחות אותנו בהחלטותינו היומיומיות הלכה למעשה." מי יתן ונעמוד באחריות כבדה זו.



הצגה שנפסלה על ידי הצנזורה לסרטים ומחזות — "אפרים חוזר לצבא" מאת יצחק לאור

אלה מקרים המזעזעים את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית. אכן, תהלוכה נאצית בישוב יהודי או תהלוכה גזענית אנטי ערבית בישוב ערבי, או תהלוכה שבה נישא פגר חזיר בישוב יהודי דתי, עשויה לעבור אותו סף סובלנות של החברה הדמוקרטית, ולהצדיק איסורו של הביטוי בשל תוכנו.

אפילו תתקיים פגיעה "קשה, רצינית וחמורה" בביטחון או בשלום הציבור, אין בכך כדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי, אלא אם כן קיימת ודאות קרובה להתרחשותה של אותה פגיעה. נמצא, כי לא מספיקה אפשרות סתם, או אפילו אפשרות סבירה, של התממשות הפגיעה. יש לראות כי התממשות הסכנה היא בגדר ודאות קרובה. בכך בא לידי ביטוי המשקל הרב שאנו נותנים לחופש הביטוי. עם זאת, אין צורך להראות כי