

הנשיא אגרנט: "קול העם" – קולו של העם

"את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו"*

אהרון ברק

1. פרשת קול העם - תרומה מרכזית למשפט

"אין לכהד, שעם שינוי העתים, משתנים אף הדינים עמהם." אמרה נכונה זו יפה היא במיוחד לדינים העולים מפסקי הדין. חלוף השנים, המטביע חותמו על כל יצירה אנושית, אינו פוסח אף על פסקי הדין של בית המשפט העליון. רבים מהם מאבדים מחשיבותם עם עבור השנים. אמת, יש בהם פתרון למקרה הקונקרטי, הם משתלבים בהמשכותה האין-סופית של היצירה השיפוטית,² אך אין הם נותנים מכותם מעבר לסביבתם הקרובה. גורל אכזר זה אינו מנת חלקה של כל היצירה השיפוטית. בים הגדול של הפסיקה מצויים מספר פסקי דין, הנישאים משכמם ומעלה, והמאירים מאורם הגדול את סביבתם הקרובה והרחוקה. אלה הם ציוני הדרך,³ הקובעים את דרכו של המשפט, שעה שהוא עומד על פרשת דרכים. אלה הם אותם מתי מעט של פסקי דין, המקרינים מעוצמתם הפנימית לעבר העתיד, ומכוונים להתפתחותו של המשפט.⁴ מבין פסקי דין יחידי סגולה אלה מתבלט בחשיבותו פסק הדין של השופט אגרנט בפרשת קול העם. הוא ניתן בתחילת שנות החמישים. עם כתיבתו הורגשה תרומתו.⁵ מאז הוא ממשיך להיות אחד מפסקי הדין המרכזיים של המשפט הישראלי,⁶ ואחד מפסקי הדין החשובים ביותר שכתב השופט אגרנט. הפסיקה עמדה על הניתוח המעמיק והממצה שנעשה בפרשת קול העם,⁷ ועל כך כי "הדברים הנוקבים והמאלפים הנ"ל היו לאבן פינה בשיטתנו המשפטית, והעקרונות הגלומים בהם מקובלים על הכל, עד שאין עוד להרהר אחריהם."⁸

מהו שמעניק לפרשת קול העם את חשיבותה המיוחדת? נראה לי שהתשובה על כך היא כפולה: ראשית, פסק הדין הוא מרכזי במשפט הישראלי בשל ההלכות שנקבעו בו לעניין חופש העתונות בפרט, וחופש הדיבור ואופיה הדמוקרטית של המדינה בכלל; שנית, פרשת קול העם חשובה היא למשפטנו בשל דרכי החשיבה המשפטית בהן נקט השופט אגרנט כדי להגיע לגיבוש הדין. התשובה האחת, עניינה

היבט ענייני והיא קשורה במרכזיותו של חופש הביטוי במשטר דמוקרטי; התשובה השנייה עניינה היבט שיטתי, והיא קשורה למתודה המשפטית בה נקט השופט אגרנט בפסק הדין. על כל אחד משני היבטים אלה מבקש אני לעמוד בנפרד.⁹

2. ההיבט הענייני

א. חופש העתונות

ההיבט הענייני של פרשת קול העם מוצא ביטוי במשפט מישורים, הקשורים זה בזה והנובעים זה מזה. המישור הראשון עניינו פירוש הסמכות הנתונה לשר הפנים בסעיף 19 לפקודת העתונות.¹⁰ הפקודה מעניקה לשר הפנים כוח להפסיק פרסומו של עתון מקום שהפרסום הפקודה מעניקה לשר הפנים כוח להפסיק פרסומו של עתון משום שהפרסום עלול, לדעת שר הפנים, לסכן את שלום הציבור. "הביטוי 'עלול' מצביע על קשר סיבתי בין הפרסום לבין הסכנה לשלום הציבור. קשר סיבתי זה יכול שיהא רחוק, כגון שקיימת אפשרות, ולו רחוקה, שהפרסום יסכן את שלום הציבור. בין שני קצוות אלה קיימות אפשרויות נוספות, כגון אפשרות 'סתם', אפשרות סבירה, חשש רציני, קרוב לוודאי, ודאות קרובה וכיוצא בהן נוסחאות המצביעות על קשר בין הפרסום לבין סיכון שלום הציבור. פקודת העתונות עצמה אינה מצביעה על הבחירה הראויה.¹¹ לפנינו 'מקרה קשה' (hard case) המעניק לבית המשפט שיקול רעת שיפוטי.¹² הודקקות לקשר סיבתי 'קרוב' תקטין את כוחו של שר הפנים, ותגביר את חופש העתונות. עניין לנו, אפוא, בהכרעה שיפוטית בעלת חשיבות רבה, שהשפעתה ישירה על חופש העתונות במדינה דמוקרטית.¹³ בית המשפט העליון, מפי השופט אגרנט, פסק כי נוסחת הסיבתיות תהא זו של "הקרוב לוודאי". זו נוסחה הדורשת קשר סיבתי 'קרוב' וממילא יש בה צמצום של הכוח השלטוני, והרחבת חופש העתונות. זו תרומתה העניינית הראשונה של פרשת קול העם למשפטנו.

* השופט אגרנט בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (להלן פרשת קול העם).

ב. חופש הביטוי

המישור השני, בו תרמה פרשת קול העם תרומה חשובה למשפט הישראלי, עניינו חופש הביטוי בדרך כלל.¹⁴ קביעתה של פרשת קול העם אינה מצומצמת לפירוש הביטוי "עלול" המופיע בפקודת העתונות. היא "הועמדה על בסיס רעיוני רחב,¹⁵ שכן היא מבוססת על הכרה בקיומו של חופש הביטוי, הקשור קשר אמיץ להליך הדמוקרטי, והבא להגן על האינטרס החברתי של בירור האמת, ועל האינטרס הפרטי של ביטוי האדם, תכונותיו וסגולותיו האישיות.¹⁶ נקבע עוד כי חירות הביטוי מהווה "את התנאי המקודם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות,¹⁷ ועל כן יש לראות בה "זכות עילאית."¹⁸ עם זאת, יש להבחין בין חופש העתונות לבין הפקודת. הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת אלא זכות יחסית.¹⁹ בכל הנוגע לסדר הציבורי יש לתת לאינטרס אחרון זה עדיפות, וזאת כאשר, ורק כאשר, הסכנה לפגיעה בסדר הציבורי בעקבות הפרסום היא "קרובה לוודאי."²⁰ בהעמידו את חופש הביטוי כזכות קונסטיטוציונית מרכזית בישראל, תרם השופט אגרונט תרומה רבה בגיבוש משטרה הדמוקרטית של המדינה ובתפיסת זכויות האדם בה. בכך הוא העמיד את ישראל בשורה אחת עם הנאורות שבמדינות העולם, זאת ועוד: חופש הביטוי רחב מחופש העתונות. הוא כולל בתוכו, בין השאר, בנוסף לחופש העתונות, גם את החופש להפיץ, לקבל²¹ ולאסוף²² ידיעות, וחופש ההפגנה והתהלכות.²³ משהכיר בית המשפט העליון בחופש הביטוי, ממילא הכיר גם בקשת רחבה של זכויות נוספות, הנגזרות מחופש הביטוי, והנשענות עליו.

ג. האופי הדמוקרטי של המשטר

המישור הענייני השלישי, בו הרים פסק הדין בפרשת קול העם תרומה מהותית למשפט הישראלי, עניינו הקשר ההדוק שבין המדינה לבין משטרה הדמוקרטית. הוצהר כי²⁴ "מערכת החוקים, לפיה הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות - ובפרט בדבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון - פירושה, כי ישראל היא מדינה שוחרת חופש." לגישה זו, בדבר אופיה הדמוקרטי של המדינה, השלכות חשובות ביותר. היא משמשת מקור השראה ליצירתן וטיפוחן של זכויות נוספות, הנגזרות מאופיה הדמוקרטי של המדינה,²⁵ כגון חופש ההתאגדות,²⁶ כבוד האדם,²⁷ חופש המצפון והדת,²⁸ ושוויון בין בני אדם. היא משמשת מעין ממנו נשאים עקרונות יסוד, כגון הפרדת רשויות,²⁹ טוהר השיפוט,³⁰ המשמשים לפירושם של חוקים. היא קובעת, בסופו של דבר, את "הסביבה" המשפטית אשר במסגרתה מופעל החוק,³¹ ואשר על פיה הוא מתפרש. אופיה הדמוקרטי של המדינה קובע את אורה חייהם של אזרחיה, ועל פיו יש לפרש כל חוק.³² אכן, מושגות זו של "דמוקרטיה" היא המגשרת בין ההיבט הענייני, עליו עמדת, לבין ההיבט השיטתי, אליו ברצוני לפנות תתה.

3. ההיבט השיטתי**א. עקרונות היסוד**

בצד חשיבותה העניינית של פרשת קול העם, עומדת חשיבותה השיטתית. בפרשת קול העם, הרי הן משמשות ציר עליו סובבת ההלכה

הפסוקה כולה. מכוון של אמות מידה אלה מתפתח המשפט ההילכתי הישראלי בכל תחומי המשפט. אכן, ההיבט השיטתי אינו מיוחד לחופש העתונות או לחופש הדיבור. זהו היבט כללי החל בכל ענפי המשפט, ולגבי כל פעילות של השלטון והאזרח. מכאן חשיבותו יוצאת הדופן של פסק הדין בפרשת קול העם. הוא העניק למשפט הישראלי לא רק הסדרים נורמטיביים ראויים באשר לחופש הביטוי, אלא גם הסדרים נורמטיביים ראויים באשר לכלים אשר באמצעותם תפתח ההלכה הפסוקה, ועמה המשפט כולו.

היסוד השיטתי המרכזי³³ בפרשת קול העם קשור למעמדם של עקרונות היסוד של השיטה המשפטית. השאלה הקונקרטית שעמדה בפני השופט אגרונט היתה שאלת פירושו של הביטוי "עלול" בסעיף 19 לפקודת העתונות. לשם פירוש ביטוי זה, נזקק השופט אגרונט לעקרונות היסוד של השיטה. בכך הקדים השופט אגרונט מספר שנים ויכוח הנטוש כיום בפילוסופיה של המשפט באשר למקומם של עקרונות (principles) וקווי מדיניות (policy) במשפט.³⁵ כמו רבים מהפילוסופים המודרניים - בין אלה הנוקטים עמדה פוזיטיביסטית³⁶ ובין אלה הנוקטים עמדה נטורליסטית³⁷ - כך גם השופט אגרונט העניק מקום מרכזי בהליך השיפוטי לעקרונות היסוד של השיטה.

ב. מקומם של עקרונות היסוד

כפי שראינו, הבעיה המיידית אשר ניצבה בפני השופט אגרונט היתה פירוש לביטוי "עלול" (likely) אשר בהוראת סעיף 19 לפקודת העתונות. על פי הוראה זו מוסמך שר הפנים להפסיק הופעת עתון אם דבר המתפרסם בו "עלול", לדעת שר הפנים, לסכן את שלום הציבור. כיצד יפורש הביטוי "עלול"? השופט אגרונט ציין כי "התשובה לשאלה זו תלויה בבחירה בין מספר גישות אפשריות". בחירה זו צריכה להעשות על פי אמת המידה של "כוונת המחוקק".³⁸ אך כיצד נדע מהי כוונת המחוקק בענין זה? תשובתו של השופט אגרונט:³⁹

"מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו במגילת העצמאות ובפרט בדבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון - פירושה, כי ישראל היא מדינה שוחרת חופש. אמנם ההכרזה 'אין בה חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם' (בג"ץ 10/48 פסקים, כרך א, עמ' 33, בעמ' 36), אך במידה שהיא 'מבטאה את חוון העם ואת האני-מאמין שלו', מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח - 1948; הלא זו אכסיומה ידועה שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו."

בכך הגיה השופט אגרונט את התשתית הנורמטיבית להודקקותם של בתי המשפט, בפירוש חוקים, לעקרונות היסוד של השיטה. בקביעתו, כי "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכות החיים הלאומיים שלו", הוא העניק לגיטימציה וקבע כלים נורמטיביים

אסכת העתונאים הביעה אורת רוחה על ההתקשות בחופש העתונות

האספה הכללית השנתית של אגודת העתונאים בתל-אביב נסתיימה אמש בקבלת החלטות ובזירת מוסדות האגודה לשנה הקרובה.

אחת ההחלטות הנוגעות לחופש העתונות נתקבלה על רקע צו הסגירה השרירותי ל-10 ימים שהוציא שר הפנים י. רוקח נגד "קול-העם". החלטה זו מביעה כורת רוח על סגירת עתונים על סמך נימוק סתמי של "סכנה לשלום הציבור".

בהחלטה הנוגעת לחופש העתונות נית לעצור בעד שספון הלוועיות בישראל, נאמר:

עתונאי ישראל הביעו את מורת רוחם מנקיטת "היד הקשה" מצד שר הפנים

המקובלות על הציבור הנאור⁵⁰ (השופט לנדוי); "עקרון שאינו כתוב בספר החוקים... הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה... כללים יסודיים, על חוקתיים" (השופט זוסמן); "העקרון של שוויון הכל בפני החוק... שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו"⁵² השופט לנדוי); "מעקרונות חוקתיים המונחים ביסוד כל החקיקה הישראלית, והוא שחופש הביטוי האמנותי יישמר ולא ייפגע"⁵³ (השופט ח. כהן);

"אך כבר עתה מעוגנות חירויות היסוד... בתפיסת היסוד המשפטית שלנו והן חלק מהותי

של המשפט החל בישראל. שילובן של זכויות אלה לתוך המשפט שלנו, הוא כידוע תולדה של שיטת הממשלה והמדיניות אותה איוונו לנו"⁵⁴ (השופט שמגר); "עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית"⁵⁵; "ערכיה המקובלים של שיטתנו המשפטית... עקרונות מקובלים, מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות."⁵⁶ קביעתו של השופט אגרנט, כי "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו", הניחה את היסוד לרצף פסיקה זה. היא שחררה את הפרשנות של החוק מתפיסות פורמליות-טכניות, והעמידה את מלאכת הפרשנות על בסיס יוצר.⁵⁷ השופט חייב תמיד להתחיל במילות החוק, אך הוא לעולם אינו יכול לסיים בהן. על השופט לפרש את מילות החוק על רקע הוויית של העם, חייו הלאומיים והאני מאמין שלו. שלושים שנה לאחר פרשת קול העם אמר בית המשפט העליון: "מעשה החקיקה בכלל, והוראות חוק יסודיות בפרט, אינם מעשה חד פעמי המנותק מההוויה הכללית. החוק קורם עור וגידים, במסגרת שיטה פוליטית ומשפטית נתונה. הוא מהווה לבינה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט." בין קביעה זו לבין פרשת קול העם ישנו "קשר סיבתי משפטי" ישיר.

כמובן, אין לתלות בפרשת קול העם מה שאין בה. השופט אגרנט הזכיר אך בקצרה את "כוונת המחוקק", תוך שראה ב"מערכת החיים הלאומיים" אמת מידה לגילוי כוונת המחוקק. השופט אגרנט לא פיתח בפרשת קול העם את המושגיות של "כוונת המחוקק", ולא עמד על היחס שבינה לבין "מערכת החיים הלאומיים" של העם. כך, למשל, מה הדין אם שני אלה אינם מתיישבים זה עם זה? זאת ועוד: בפרשת קול העם נוקט השופט אגרנט לערכי היסוד של השיטה לענין פרשנותו של טקסט סטטוטורי. הוא לא עסק כלל בשאלת מעמדם של ערכי היסוד בהעדר טקסט סטטוטורי. חרף כל זאת, פרשת קול העם מהווה

להתפתחות ההלכה הפסוקה, המפרשת חוק, על רקע עקרונות השיטה. השופט אגרנט לא היה הראשון בכך.⁴⁹ הקדים אותו השופט זמורה - אותו ציטט השופט אגרנט בפסק דינו - אשר קבע כי הכרות העצמאות "מבטאת את חוון העם ואת 'האני מאמין' שלו"; "השופט חשין, אשר נתן ביטוי לכלל הגדול, בדבר 'זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה,⁵² והשופט לנדוי אשר הכריז כי 'חופש המצפון והפולחן הוא אחת מחירויות הפרט המובטחות לו בכל משטר דמוקרטי'. אכן, פסיקתו של השופט אגרנט משתלבת בפסיקה שקדמה לה, ומקדמת אותה, תוך שהיא מביאה אותה לידי גיבוש אנאליטי-דוגמאטי, בקביעתו כי "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו." בכך הרחיב את המעגל מעבר להכרות העצמאות, ומעבר לפירוש הוראת החקיקה. בקביעתו הנית אמת מידה כללית לקביעת המשפט של עם. מאז פרשת קול העם המשיך בית המשפט העליון וחזר על תפיסה עקרונית זו, תוך שנוקט לנוסחאות שונות ומגוונות.⁵³ בין השאר, ניתן להזכיר את "העקרונות היסודיים עליהם מושתת שלטון החוק... עקרון... אוניברסלי בכל מדינה דמוקרטית... מושכל ראשון... כעין כלל בקונסטיטוציה הבלתי כתובה שלנו"⁵⁴ (השופט אולשן); "עיקרי היסוד שמדינתנו מושתתת עליהם"⁵⁵ (השופט ויתקון); "מגילת העצמאות הבטיחה חופש הדת והפולחן לכל אזרחי המדינה, וגם אם לא העניקה המגילה עצמה זכות לאזרח הניתנת לביצוע על דרך של תביעה משפטית, אזרח חיהם של אזרחי המדינה נקבע בה, ואת עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להניח נר לרגליה"⁵⁶ (השופט זוסמן); "עקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות"⁵⁷ (השופט ח. כהן); "זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר, אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש";⁵⁸ "ההשקפות

שהם יהפכו להיות בעלי כוח מחייב וישאו את הגושפנאק והסנקציה של המשפט הפוזיטיבי. יושם לב, כי תכנו של השכנוע האמור איננו שהנורמות והסטנדרטים ההם צריכים עדיין להיוולד בעתיד. אלא שהם כבר קיימים בהווה ויש בהם אמת, הגם שחסרה להם הגושפנאק הרשמית של החוק. נמצא, כי הקונסנסוס של החברה, באשר לאמיתותה וצדקתה של נורמה זו או אחרת, קודם לזכותה להכרה משפטית על ידי המדינה. גם ברור, כי התהליך של היווצרות הסכמה חברתית שכזאת אינו מתחיל ומסתיים ביום אחד; זהו תהליך של התפתחות הדרגתית, הנמשך זמן רב ואף מתחדש בכל עת.⁷⁰

דעה זו, שגם השופט לגדוי היה שותף לה בפרשת שליט,⁷¹ אינה היחידה האפשרית. השופט ויתקון הביע בפרשת שליט דעה נוגדת, באומרו:⁷²

"לפעמים חייב בית המשפט לנקוט עמדה בשאלות אידאולוגיות, ואל יחשוב שאינו מסוגל לכך או שהדבר יפגע ביוקרתו... הן מבחינת המצוי והן מבחינת הרצוי כמעט שאין עוד ממש בטענה השגורה, כי שאלות אלו חורגות מן התחום השיפוטי. דעתם של חברי הנכבדים, הנשיא והשופט לגדוי, בנושא זה אינה אפוא אלא אחת הדעות הרווחות בעולם המשפט שבימינו ולא היחידה... אף אם לא תתקבל דעתו של בית המשפט בשאלה אידאולוגית קונטרוברסלית על דעת הציבור כולו, אלא על דעת חלק ממנו בלבד, מי יפקפק שאף אז ממלא הוא פונקציה שיפוטית לגיטימית וחשובה?"

עניין לנו אפוא במחלוקת הלכתית-פילוסופית היורדת לשורש ההליך השיפוטי. כל שיטת משפט חייבת להתמודד עם מחלוקת זו. פתרונה לא ימצא אך ורק בפסיקה, שכן שורשיה קובעים את עצם הלגיטימיות השיפוטית. אך הפסיקה חייבת לתרום את חלקה במחלוקת זו, שכן מספר הנחות החשובות להכרעתה, קשורות בתפיסת התפקיד השיפוטי על ידי הפסיקה עצמה. אכן, כאשר הפסיקה חוזרת וקובעת כי הדינים הספציפיים מושפעים מעקרונות היסוד - אם בדרך פירוש ואם בדרך של יצירה הלכתית חדשה - וכי עקרונות היסוד נקבעים על ידי הפסיקה בדרך של מתן ביטוי ל"מערכת החיים הלאומיים" של העם, ונוצרת דינמיקה הלכתית, הנותנת מעצם הילוכה לגיטימציה ליצירה השיפוטית. מתגבש "כלל הכרה" - על פי גישתו של פרופסור הארט - המכיר בלגיטימיות השיטה.

ד. עקרונות יסוד מתנגשים - איזון עקרוני

כל המכיר בחשיבותם של עקרונות יסוד,⁷³ חייב להתמודד עם המציאות הנורמטיבית, בה עקרונות יסוד אינם מתיישבים זה עם זה.⁷⁴ לעתים קרובות נתקל השופט בערכים יסודיים הסותרים זה את זה. לא פעם נמצא כי בצד העיקרון מצוי הניגוד לאותו עיקרון, וליד תחייה מצויה האנטיזה... עקרונות היסוד של השיטה צועדים לא פעם וזוגות וזוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון משלו.⁷⁵ עמד על כך השופט קרדווי:⁷⁶

"Again the task of judging is found to be a choice between antithetical extremes. We seem to see the working of an Hegelian philosophy of history whereby the tendency of every

את הניסיון הראשון והחשוב ביותר להנחת תשתית שיטתית באשר למעמדם של ערכי היסוד בגיבוש "המשפט של עם".

ג. קביעתם של עקרונות היסוד

בפרשת קול העם עמד השופט אגרנט על חשיבותה של "מערכת החיים הלאומיים" בגיבוש משפטו של עם. על מערכת החיים הלאומיים למד השופט אגרנט ממקורות שונים. הוא הצביע בעיקר על שניים: מערכת החוקים והכרזות העצמאות. מקורות אלה למד השופט על דבר אופיה הדמוקרטי של המדינה. מאופי דמוקרטי זה הסיק השופט אגרנט את דבר קיומו של חופש הביטוי. הפסקה שבאה לאחר מכן המשיכה בקו שיטתי זה. מאופיה הדמוקרטי של המדינה הוסקו ערכים כמו שוויון,⁷⁷ צדק⁷⁸ ומוסר;⁷⁹ מטרות חברתיות כמו עצם קיום המדינה,⁸⁰ הפרדת רשויות,⁸¹ טוהר השיפוט,⁸² שלום הציבור ובטחון;⁸³ מות מידה כמו תום לב,⁸⁴ צדק טבעי,⁸⁵ הגינות,⁸⁶ סבירות,⁸⁷ העדר ניגוד ענינים;⁸⁸ זכויות יסוד כמו החופש לקבל מידע⁸⁹ ולהפיצו,⁹⁰ חופש התהלוכה,⁹¹ חופש הפולחן,⁹² חופש העיסוק⁹³ וכבוד האדם.⁹⁴

"מערכת החיים הלאומיים" אינו מושג סטטי. זהו מושג דינמי. עם משתנה במהלך ההיסטוריה. מערכת החיים הלאומיים משתנה. מכאן גם שעקרונות היסוד של השיטה אינם קבועים ועומדים. אין רשימה סגורה של עקרונות היסוד. העקרונות משתנים עם שינוי בהוויתו של העם. עקרונות יסוד שהיו מקובלים בעבר מאבדים מחשיבותם. עקרונות יסוד חדשים נולדים ככור ההיתוך של המציאות החברתית. מציאות דינמית זו מעוררת בעיות קשות שלא התעוררו בפרשת קול העם. כך, למשל, על פי אלו אמות מידה יכיר בית המשפט בעקרונות יסוד שטרם הוכרו בעבר? מהי מידת הקונסנסוס החברתי החייבת ללוות אותם? מהי מידת האובייקטיביות השיפוטית המתחייבת מהכרה בעקרונות חדשים? שאלות אלה עומדות כיום במרכז הוויכוח הפילוסופי.⁹⁵ אין להן פתרון בפרשת "קול העם". השופט אגרנט עמד על חלק מהן בפסיקה מאוחרת, בפרשת שליט, באומרו:⁹⁶

"כור מחצבתן הראשוני של אמיתות הצדק (truth of justice) איננו מצוי בספירה של המדינה, כי אם בזו של החברה. לשון אחר: הורתן ולידתן של האמיתות הללו הינן פרי המחשבה החברתית; דבר התהוותן והתפתחותן, הינה תולדה של הבירורים והליבוניים המתקיימים באמצעות האירגונים הסוציאליים למיניהם (המפלגות, העתונות, האגודות השונות והארגונים המקצועיים וכו'). רק לאחר שהן עברו תהליך זה של התגבשות ראשונית, באה המדינה - קרי: החוקים של הרשות המחוקקת, התקנות והצווים של הרשות המינהלית ופסיקת בתי המשפט - ומעצבת את דמותן מחדש, מתרגמת אותן לשפת החוק ומטביעה עליהן את חותם המשפט הפוזיטיבי המחייב. ההסבר לעניין זה הוא: תפקידה של המדינה הוא התפקיד - כך מלמדת התורה הדמוקרטית - למלא את רצון העם ולתת תוקף לנורמות ולסטנדרטים אשר העם חפץ ביקרם. העולה מכאן, כי דרוש שיתקיים קודם ההליך של השתכנועו משותפת (common conviction) אצל בני החברה הנאורים, בדבר אמיתותם וצדקתם של אותם הנורמות והסטנדרטים, לפני שנוכל לומר כי נוצר בקרבם רצון כללי (general will)

ביה"ד העליון בישראל הצווה השרידותי של שר הפנים לסגירת "קול-העם" ל-15 ימים

ירושלים, יום א' – צו-הסגירה השרידותי של קול-העם לתקופה של עשרה ימים, שני תנאי שר הפנים מיום 22 למרץ ש. ז. בהסתמך על פקודת העתונות, בומל ביום א' על ידי בית הדין הגבוה לצדק אשר קבע, כי במעשהו זה חרג שר הפנים מגדר סמכותו. בית הדין עשה גם להחליט את הצו על תנאי שהוצא נגד שר הפנים בקשר לצו הסמכת פרסום השבועון בשפה הערבית. אל-איתחאד לתקופה של חמשה עשר יום שני העתונים נסגרו בזמננו על פרסום מאמר תגובה להכרזתו של הנרי מורגנטאו בנוכחותו של שגריר ישראל בארה"ב. אבא אבן, בדבר העמדת 200 אלף חיילים ישראלים לצד ארה"ב במקרה מלחמה.

הדין העליון שר הפנים חויב בתשלום הוצאות הי משפט.

המאמר בקול-העם: ילך אבא אבן להילחם לבדו. שפורסם ב-18 במרץ ש. ז. וכתב בתגובה על הכרזתו של הנרי מורגנטאו, שניתנה בנוכחותו של א. אבן, על העמדת 200 אלף חיילים ישראליים לצד ארצות הברית במקרה מלחמה.

במאמר הנ"ל נאמר בין השאר, כי באם אבא אבן או מישהו אחר רוצה ללכת להילחם לצד מצויה המלחמה האבי ריקאים, שילך, אך שילך לבד. המוני העם רוצים בשלום, בעצמאות לאומית. נבביר את מאבקנו נגד המדיניות האנטי-לאומית של ממשלת בן-גוריון המספיק רת בדם הנוצר הישראלי – נאמר בסי יום המאמר.

סגירת עתון עושה גם רושם רע על הציבור והספעתה שלילית בהתחשב ביעודה, סגירת עתון מגבירה רק את הפופולריות שלו. שר הפנים נהג במקרה זה שלא בחכמה. הוברים שפורסמו בעתונים הנ"ל אין בהם משום סיכון בטחון הציבור וברור, לכן, סגירת העתון היתה שרירותית – מצוין בית

הנו נכס יקר ביותר לאורחי המדינה וזכי הפירוטמים בקול-העם ואל-איתחאד לא היה בהם משום סיכון בטחון המדינה ושלום הציבור. אם כי בית הדין לא ציין זאת במפורש, הרי ברור מתוך סטייה שלו כי החלטת שר הפנים באה מתוך כוונה לפגוע בקול-העם ובאל-איתחאד מבחינה פוליטית ובמטרה לסתום את פיה של דעה מתנגדת לדעת השלטון. כהיד ציין, כי אין זאת הדרך להלחם בדעה מתנגדת וכי הדרך היעילה היא הסברה נגדית ומלחמת דעות בעתונות ובפרסוד מים ולא בדרך נאסדת כסגירת עתונים בכלל הסיבה הפשוטה, שהם הביעו דעה מתנגדת לדעת השלטון, ורך זאת של

ישבו בדין השופטים ד"ר ש. אגרנט, מר י. ווסמן ומר מ. לנדוי. שפס בשם שר הפנים היועץ המשפטי מר חיים כהן. כשם "קול-העם" הוסע עזיר ש. ויצנר ובשם "אל-איתחאד" עזיר זונה נאקרא.

בפסק דין ארוך שהקראתו ארכה למעלה-משעה נתן ביה"ד העליון את נימרו קול לצו על תנאי אשר ניתן נגד צערו השרידותי של שר הפנים, מה י רוקח שהמליט על סגירת "קול-העם" ל-15 ימים. זאת "אל-איתחאד" ל-15 ימים.

בית הדין ציין, שצערו של שר הפנים היה צעד אנטידימוקראטי שאינו מתאים לעקרונותיה של מדינה דמוקראטית. בית הדין הרגיש, כי חופש הביטוי והעתונות

סוף הפרשה – בידיעה גדולה בקול העם, 17.10.1953

התרחקות מ"אמת מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה."⁸⁸

עמדה שיטתית זו, בדבר הצורך באיזון עקרוני בין עקרונות היסוד מתחרים, מהווה תרומה מרכזית של השופט אגרנט בפרשת קול העם. מאז נהג בית המשפט העליון בדרך זו לא פעם שעה שנתקל בעקרונות מתנגשים.⁸⁹ כך נהג כאשר חופש הביטוי התנגש עם טוהר השיפוט,⁹⁰ המוסר הציבורי,⁹¹ כבוד האדם⁹² ושלום הציבור;⁹³ כאשר החופש להפגין התנגש עם חופש הקניין, חופש התנועה ושלום הציבור;⁹⁴ כאשר חופש המצפון והדת התנגש בחופש הקניין, התנועה ושלום הציבור;⁹⁵ כאשר החופש האישי התנגש בטוהר השיפוט,⁹⁶ בשלום הציבור,⁹⁷ בטחוננו⁹⁸ ושלמות הרכוש והגוף.⁹⁹

אף כאן, אין לקרוא בפרשת קול העם מה שאין בה. השופט אגרנט הניח את היסוד לשיטה של "איזון עקרוני", אך לא קבע את היקפה. השאלה, מהם המקרים בהם יעשה שימוש במתודה זו, ומהם המקרים בהם לא ינהג בית המשפט על פיה, נשארה פתוחה. כך, למשל, בפרשת ירדור, היה מקום, לדעתי, לאזן בין הערך בדבר קיום המדינה לבין הערך בדבר חופש הבחירה.¹⁰⁰ הנשיא אגרנט לא נהג בדרך זו. הוא ראה בקיום המדינה "נתון קונסטיטוציוני" שאין לעמתו מול עקרון אחר כלשהו. מהי אמת המידה על פיה יש לנהוג במקרים אלה? מהו "האיזון העקרוני" באשר לשאלה אם יש לבקוט ב"איזון עקרוני"? שאלות אלה ואחרות נשארו פתוחות, אך היסוד להן הונח בפרשת קול העם.

principle is to create its own antithesis."

השופט אגרנט נתקל במצב דברים זה בפרשת קול העם. ליד העקרון של חופש הביטוי עומד העקרון של שלום הציבור. שני עקרונות אלה אינם מתיישבים זה עם זה. כפי שאומר השופט אגרנט בפרשת קול העם:⁸⁴

"עיקר הסבך מקורו בתופעה, שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה."

כיצד יותר הסבך? תשובתו של השופט אגרנט בפרשת קול העם היא, כי הפתרון הוא באיזון בין העקרונות המתנגשים. לעתים, המחוקק עצמו קובע את האיזון הדרוש.⁸⁵ אך לרוב מוטל תפקיד האיזון על בית המשפט. על בית המשפט לאזן בין העקרונות המתחרים. עמד על כך השופט אגרנט בפרשת קול העם באומרו:⁸⁶

"מן ההכרח שתתעורר השאלה - ודווקא משום שאין אותה גישה מכילה בקרבה נוסחה מדויקת וצרה - מהו העקרון הרציונלי שצריך לשמש לה, לרשות המבצעת, שעה שהיא עוסקת בתהליך האמור, לשם הכרעת הכף לצד זה או זה משני האינטרסים הנזכרים."

האיזון בין העקרונות אינו יכול להיות תמיד מקרי. האיזון חייב להיות לעתים עקרוני.⁸⁷ על בית המשפט לשאוף לגיבושו של "עקרון רציונלי", אשר יחול במקרה שלפניו ובמקרים דומים אחרים. עליו לשאוף אל "אמת המידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי", תוך

ה. מתן משקלות לעקרונות היסוד המתנגשים

איוון בין עקרונות אינה פעולה מכנית. הוא מחייב שקילה ועימות. בכך הכיר השופט אגרנט בפרשת קול העם, כאשר דיבר על כך כי "הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של בטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה."¹⁰¹ והוא מוסיף:¹⁰²

"הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית, הניתנת לצמצום ולפיקוח לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים-חברתיים חשובים, הנחשבים בתנאים ידועים כעדיפים מאלה המובטחים על ידי מימוש העקרון של חופש הביטוי. תיחום התחומים לשימוש בזכות לחופש הדיבור והפרסה (press) נעוץ אפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה."

פעולת "האיוון" ו"השקילה" מחייבת מתן "משקל" לעקרונות השונים. ביטויים אלה של "איוון", "שקילה" ו"משקל" אינם אלא מטאפורות. מאחריהם עומדת תפיסה הלכתית לפיה לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את חשיבותם החברתית היחסית של העקרונות השונים.¹⁰³ אכן, לא תיתכן כלל הבחנה בין עצם קביעתו של עקרון לבין קביעת משקלו. "מערכת החיים הלאומיים" של עם, הקובעת את עקרונות היסוד שלו, קובעת ממילא את משקלם של אותם עקרונות, כלומר, את חשיבותם היחסית. כמוכן, לעתים קובע המחוקק את המשקל הראוי של כל עקרון, אך במקום שהמחוקק ימנע מכך, נקבעת חשיבותו הערכית של העקרון על ידי בית המשפט. האיוון בין העקרונות המתחרים אפשרי רק לאחר שנקבעת עמדה שיפוטית באשר לחשיבותם היחסית.¹⁰⁴ עמד על כך השופט שמגר, באומרו:¹⁰⁵

"התהליך של העמדת ערכים מתחרים על כפות המאזניים מתאר את קו ההתחלה הפרשני אך אין בו כדי לגבש קנה מידה או משקלות ערכיים בעזרתם תיעשה מלאכת הפרשנות."

אכן, השופט אגרנט היה מודע לצורך זה של מתן משקלות כתנאי לאיוון. כפי שראינו, הוא התייחס להעמדת ערכים מתחרים על כפות המאזניים ושל בחירתם "לאחר שקילה" של אלה אשר ידם על העליונה.¹⁰⁶ בפרשת קול העם בחן השופט אגרנט את חשיבותו של העקרון בדבר חופש הביטוי. הוא ראה בו "זכות עילאית",¹⁰⁷ אשר מהווה "את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות."¹⁰⁸ דומה, הוא ראה את חשיבותו המכרעת של האינטרס בדבר "שלום הציבור". האיוון בין השניים נעשה באמצעות נוסחת ההסתברות של "קרוב לוודאי". חופש הביטוי נסוג כאשר קיימת הסתברות של "קרוב לוודאי" כי שימוש בחופש הביטוי יביא לסיכון שלום הציבור. מלים אינן חשובות מדם, אך רק הסתברות קרובה לוודאי לשפיכת דם יש בה כדי למנוע את המלים. זאת ועוד: אך טבעי הוא, כי נוסחת האיוון בין העקרונות המתחרים תשתנה מעניין לעניין. עם שינוי באינטרסים המתנגשים, משתנה נוסחת האיוון. כפי שאמר בית המשפט העליון:¹⁰⁹

"רב הגוניות של המצבים האפשריים, מחייבת רב גוניות בנקודות האיוון. אין לנקוט באמת מידה אחת ויחידה, שהיא בה כדי לפתור את כל הבעיות. הטעם לכך הוא, שהאינטרסים

המתנגשים אינם תמיד בני אותה רמה נורמטיבית והבעייתיות שבהתנגשות היא מסוגים שונים."

אכן הנוסחה בדבר "קרוב לוודאי" היא יפה כאשר חופש הביטוי מתנגש בשלום הציבור. אין נוסחה זו תופסת כאשר חופש הביטוי מתנגש עם טוהר השיפוט,¹¹⁰ או זכות הקניין,¹¹¹ או האינטרס בדבר קיום המדינה או אופיה הדמוקרטי.¹¹²

הנה כי כן, התפיסה השיטתית בדבר "איוון עקרוני על בסיס משקל" מקורה בפרשת קול העם. בכך חשיבותה ויחודה של הלכה זו. מאז פותחה תפיסה זו והופעלה במצבים רבים ומגוונים. עם התפתחותה התגלו בעיותיה.¹¹³ לאלה לא ניתן פתרון בפרשת קול העם. הפתרון לכל אלה מחייב פיתוח נוסף, שאינו נעשה, לא בפסק דין אחד או במאמר אחד, ולא בשנה אחת או דור אחד. בהבנת מושגיות זו של "איוון עקרוני על בסיס משקל" חייבים ליטול חלק שופטים וחכמי משפט כאחד. מושגיות זו יורדת לשורש ההליך השיפוטי. היא קשורה בבעיות של הפרדת רשויות, ובמקומה הראוי של השפיטה בחברה הדמוקרטית. היא משפיעה במישרין על אמון הציבור ברשות השופטת ועל תפקידה של השפיטה בפיתוח המשפט. אכן, פרשת קול העם לא פתרה בעיות אלה, אך היא עוררה אותם ונפחה בהם רוח חיים. היא הציבה את המסד האינטלקטואלי לעריכת האיוון העקרוני, ונתנה לו את הלגיטימיות הפורמלית. עתה יש להעמיק שיטה זו ולשכללה.

4. סיכום

עמדתי על היבטים ענייניים ושיטתיים בפרשת קול העם, על ההלכות המהותיות בדבר חופש העתונות, חופש הביטוי, ואופיה הדמוקרטי של המדינה; על המתודה ההלכתית הקשורה בעקרונות יסוד, מקומם במשפט, קביעתם ואיוונם העקרוני על בסיס משקלם. שני היבטים אלה גם יחס מעוגנים בתפיסה דינמית של המשפט. השופט הוא פרשן נאמן של מערכת החיים הלאומיים של העם. השופט מעצב את "אמיתות הצדק" של החברה בה הוא חי, ומתרגם אותן לשפת הנורמה המשפטית המחייבת. במובן מסויים, תפקידו הצהרתי. אך במובן עמוק יותר, תפקידו הוא מהותי ויוצר!¹¹⁴ וא הביטוי האותנטי של קול העם העולה ממעמקי הוויתור הלאומית. ביטוי לכל אלה ניתן בפרשת קול העם. ממנו עולה דמותו של השופט אגרנט כמבטא את קולו של העם.

המאמר ראה אור לראשונה ב: "גבורות לשמעון אגרנט", בעריכת א. ברק ואחרים, ירושלים תשמ"ז-1986, עמ' 129-144.

1. סעיף 39 למג'לה, המג'לה בוטלה בחוק לביטול המג'לה, התשמ"ד-1984.
2. על דימוי היצירה השיפוטית כיצירה נמשכת, ראה Dworkin, "Natural Law as Revisited," *U. of Florida L. Rev.* (1982) 165; Dworkin, "Law as Interpretation," *60 Texas L. Rev.* (1982), 527.
3. ראה: Denning, *Landmarks in the Law* (1984) VI: "So here these stories tell you of landmarks in the law. They are like stones which mark the boundaries of principles. They are like lighthouses from which our forefathers have taken their bearings. They have set the course of the law for future generations."

22. לקבל מידע בענינים ציבוריים" עיוני משפט י (1984) 625.
23. בג"ץ 259/84 מ.ל.ג. נ' רשות השידור פ"ד לה (2) 673.
24. בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה פ"ד לד (2) 169; בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז של משטרת ישראל פ"ד לח (2) 393; ראה, Kretzmer, "Demonstrations and the Law," 19 Isr. L. Rev. (1984) 47.
25. פרשת קול העם, 884.
26. הראה שרת, "Reflections on the Protection of the Rights of the Individual - Form and Substance" 12 Isr. L. Rev. (1977) 32.
27. ראה בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח (4) 673; "ההופש להתאגדות הוא מעיקרי המשטר הדמוקרטי ואחד מכוונות היסוד של האורח" (השופט ויתקין).
28. ראה בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד (3) 294.
29. ראה בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח (2) 454, 449; "כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן. חופש זה מובטח לכל אדם בכל משטר דמוקרטי נאור, והרי הוא מובטח, על כן, לכל אדם בישראל בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתתת עליהם"; ראה גם ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה (4) 486, 481; "חופש המצפון והפולחן הוא אחת מהירויות הפרט המובטחות לו בכל משטר דמוקרטי נאור".
30. השווה גם בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו פ"ד טו 2101.
31. ראה ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי (לעיל הערה 28), 486; בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693; בג"ץ 507/81 אבו חצירה נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לה (4) 561; ע"א 507/79 ראונדנאף נ' חכים, פ"ד לו (2) 737, 794.
32. ראה בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141.
33. ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 160.
34. חוק הוא "צנור החי בסביבתו": השופט זוסמן בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477, 513, סביבתו של החוק כוללת מעגלים נרחבים של עקרונות מקובלים, ותפיסות יסוד חברתיות: ראה בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו (לעיל הערה 28), 2116.
35. ראה ע"א 165/82 קיבוץ צנור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט (2) 70, 75; ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט (2) 281, 307.
36. בצד יסוד מרכזי זה ניתן להצביע על יסודות שיטתיים משניים. כך, למשל, נקבע כי הודקקות לעקרונות היסוד של השיטה כאמצעי פרשני לא חלה רק לעניין חקיקה ישראלית, אלא גם לעניין חקיקה מנדטורית, שנקלטה לתוך שיטתנו (פרשת קול העם, בעמ' 884). כן יש להצביע על חשיבותה של פרשת קול העם בפתיחת פתח למשפט האמריקאי. דבר זה נעשה כבר לפני פרשת קול העם, אך הוא קיבל תנופה רבה בעקבותיו: ראה אפלבוים, "השראה טרנסאטלנטית" הפרקליט כא (התשכ"ח) 170, וכן Rev. (1966) 562.
37. ראה דבורקין (לעיל הערה 12); רז (לעיל הערה 12). ראה גם רז, "עקרונות משפטיים ושקול דעת שיפוט" משפטים ב 317; שפירא, "בעיית 'שיקול הדעת השיפוטי', במקרי גבול", משפטים ג (1970) 57. ראה גם Hughes, "Rules, Policy and Decision Marking," 77 Yale L. J. (1968) 411.
38. ראה Hart, *The Concept of Law* (1961) 120; Raz, *The Authority of Law* (1979) 180; Maccormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) 195.
39. ראה דבורקין (לעיל הערה 2 והערה 12) וכן Startorious, *Individual Conduct and Social Norm* (1975).
40. פרשת קול העם, עמ' 882.
41. שם, עמ' 884 (ההדגשה שלי).
42. השופט אגרנט עצמו נוקט להכרות העצמאות בפסיקה קודמת: ראה בג"ץ 96/49 אל-כורי נ' הרמטכ"ל, פ"ד ד 34, 37, שבו עמד על "הרוח המפעמת בהצהרה על הקמת המדינה, בה הוכרו, כזכור, כי מדינת ישראל תהא מושתתת (בין השאר) על יסודות החירות".
43. בג"ץ 10/48 וזו נ' גוברניק, פ"ד 85, 88.
4. על כוחה המקריין של הפסיקה, ראה Wurzel, "Methods of Judicial Thinking - Science of Legal Method," 9 Modern Legal Philosophy Series (1817) 286. ראה גם ברק, "כוונת המחוקק? - מציאות או דמיון", הפרקליט לו, (1985) 165, 171.
5. ראה בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל נ' גרי, פ"ד טו 2407. השופט לנדוי עומד על "דבריו הנוקבים" של השופט אגרנט בפרשת קול העם, ועל עקרונותיו שבוטאו במלים "שכל המוסיף עליהן גורע" (שם, 2415).
6. ראה להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון", משפטים (1977) 375; וכן Lahav, "American Influence in Israel's Jurisprudence of Free Speech," 8 Hastings Con. L. Q (1981) 21.
7. ראה בג"ץ 644/81 עומר אינטרנשיונל אינק. נ' שר הפנים פ"ד לו (1) 227, 231 (מ"מ הנשיא, השופט יצחק כהן).
8. בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לו (1) 757, 765 (השופט דב לוי).
9. לפסק הדין בפרשת קול העם הקדישה פרופסור להב שתי רשימות מצוינות (לעיל הערה 6). ברשימתי שלי אבקש להרגיש היבטים מספר, מבלי להקפיד את מלוא העושר של הלכת קול העם. המבקש להעמיק עוד, יפנה למאמריה של פרופסור להב.
10. סעיף 2(19) לפקודת העתונות קובע לאמור: "רשאי שר הפנים על פי צו להפסיק במקרים דלקמן את פרסום העתון... (א) אם מתפרסם דבר העלול (likely), לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור."
11. עם זאת, הפקודה היא מנדטורית, ובעל הסמכות היה הנציב העליון. לאור הרקע החקיקתי ולאור משקלו של בעל הסמכות, ניתן היה לחשוב כי די בנוסחת סיבתיות דחוקה. זאת ועוד: הסמכות מנוסחת בלשון סובייקטיבית, דבר המגביר את כוחו של שר הפנים: ראה בג"ץ 25/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 165, ובו נקבע כי "אם דבריו השמצה אלה עלולים להרגיז במידה כזו, שיכולים להביא לידי סיכון שלום הציבור - לא עלינו לקבוע. דבר זה נתון לפי החוק, להכרעתו של שר הפנים." על "גלגוליה" השונים של פרשת קול העם, ראה שפירא, "הריסון העצמי של בית המשפט העליון והסתחת זכויות האורח" עיוני משפט ג (1973) 640.
12. על שיקול הדעת השיפוטי במקרים קשים, ראה Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978) 81; Raz, "Legal Principles and the Limits of Law," 81 Yale L. J. (1971), 823; Greenwalt, "Discretion and Judicial Decision - The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges," 75 Col. L. Rev. (1975), 359; Maccormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978).
13. ראה Lahav (ed.), *Press Law in Modern Democracies* (1985).
14. ראה להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" (לעיל הערה 6); להב וקצמר, "מגילת זכויות האדם והאורח בישראל - הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?" משפטים ז (תשל"ז) 149; Shetreet, "Reflections on the Protection of the Rights of the Individual - Form and Substance," 12 Isr. L. Rev. (1977) 32.
15. השופט לנדוי בבג"ץ 243/62 (לעיל הערה 6), 2418.
16. הבהנה זו בין האינטרס "הפרטי" לבין האינטרס "החברתי" מזכירה את הבהנתו הידועות של פרופסור רסקו פאונד (Pound) בין Individual Interest לבין Public Interest-Social Interest. לגיתוח גישתו של פרופסור פאונד וביקורת עליה ראה Stone, *The Province and Function of Law* (1961) 490.
17. פרשת קול העם, עמ' 578.
18. שם, שם.
19. שם, עמ' 879.
20. שם, עמ' 884.
21. בג"ץ 243/62 (לעיל הערה 6), 2415: "כוונתי לזכות האורח להפיץ ולקבל ידיעות על המתרחש מסיבוב, בתוך גבולות המדינה, בה הוא חי, ומחוצה לה. זכות זו קשורה קשר אמיץ עם הזכות לחופש הביטוי, ומשום כך שייכת גם היא לאותן זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר" (השופט לנדוי); בג"ץ 243/82 (לעיל הערה 8); בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365; ראה סגל, "זכות האורח

42. בג"ץ 1/49 בזרנו נ' המשטרה, פ"ד ב 80.
43. ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי (לעיל הערה 28), 486.
44. ראה שפירא, "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל - מבצר משוררין או נמר של גייר", עיוני משפט ג (1973) 625.
45. בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל אביב, פ"ד יד 1041, 1059.
46. בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו פ"ד טו 2101, 2113.
47. שם, עמ' 2116.
48. בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 612. השופט חיים כהן נוקט לא רק למגילת העצמאות אלא אף להצהרה האוניברסלית של האומות המאוחדות על זכויות האדם, וקבע כי "אם אין אלה מסמכים בני פועל תחיקתי המזייבים את בית המשפט, הרי יעמיד בית משפט זה את המחוקק הישראלי תמיד בחוקתו שאין הוא מתכוון לפגוע על ידי מעשי חקיקתו בעקרונות יסודיים של שוויון, הוות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות."
49. בג"ץ 243/62 (לעיל הערה 45), 2415.
50. ע"א 46/62 צים נ' מזיאה פ"ד ז' 1319, 1335; על השקפתו זו חר השופט לנדוי גם בבג"ץ 58/68 (לעיל הערה 32), 530: "גם ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור הן מקור כשר לפסיקתנו, כאשר אין לנו מקור אחר."
51. ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 389.
52. בג"ץ 98/69 (לעיל הערה 29), 698.
53. בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו גוש נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 828, 821.
54. ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 295, 281.
55. ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, 565, 574 (השופט ברק); ראה גם בג"ץ 153/88 (לעיל הערה 23); בג"ץ 292/83 (לעיל הערה 28).
56. ראה ע"א 165/82 (לעיל הערה 33), 75 (השופט ברק). ראה גם בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 217: "העקרונות הכלליים של שיטתנו המשפטית."
57. עמד על כך הנשיא אגרנט באומרו:
"התפקיד הפרשני, המוטל על השופט - אין לראותו אך ורק כתפקיד של קריאת דבר החקיקה חרלבנטי ויישמו מניה וביה ובאורה אוטומטי על המקרה בו נדרש הוא להוציא לאור משפט, כי אם כתפקיד המחייב לעתים פעולה יוצרת מצד השופט... הנסיון מלמד שלמלים חיים דינמיים משלהן, לאמור: עם השתנות תנאי החיים במרוצת הזמן והשנוי שחל בינתיים בהשקפות החברה למיניהן, הן 'פשוטות' מעליהן בהדרגה את משמעותן המקורית ו'לובשות' איצטלה בעלת משמעות חדשה או שנדבקים אליהן מובנים וגונים נוספים" (אגרנט, "תרומה של הרשות השופטת למפעל חקיקה" עיוני משפט י (1984) 233, 238).
58. ראה בג"ץ 98/69 (לעיל הערה 29) 698; ע"א 507/79 (לעיל הערה 29); בג"ץ 81/507 (לעיל הערה 29).
59. ע"א 251/73 תרשיש נ' שיינליכט, פ"ד כה(1) 572, 575.
60. ע"א 165/82 (לעיל הערה 33).
61. ע"ב 1/65 (לעיל הערה 51); ע"ב 2/84 (לעיל הערה 33).
62. בג"ץ 73/85 (לעיל הערה 30).
63. ע"פ 126/62 (לעיל הערה 31); ע"פ 696/81 (לעיל הערה 55). ראה גם סגל, "איסור פרסום מטעמי 'טוביודיחה' - הצעה לחיתור ולהסדר אלטרנטיבי" מחקרי משפט ד (1985) 105.
64. ראה בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז' 534; בג"ץ 243/82 הנ"ל.
65. ראה בג"ץ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449.
66. ראה בג"ץ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת לצורך הסדר הכירת מקרקעין, פ"ד טו 459; בג"ץ 319/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב, 1493; בג"ץ 685/78 עומרי מתמודד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לג(1) 767; ראה גם שיטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה", הפרקליט (תשל"ז) 42.
67. בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והכוננים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לר(3) 729; ראה גם ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות התברתית - הויקה אל עקרונות היסוד", ספר זוסמן (תשמ"ד) 71.
68. בג"ץ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421; ראה גם שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 102; א' זמיר, "עילת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 291.
69. בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566; ראה גם ברק, "ביגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י 11.
70. בג"ץ 243/62 (לעיל הערה 5); בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג(1) 274.
71. בג"ץ 1/81 (לעיל הערה 21); בג"ץ 243/82 (לעיל הערה 8); בג"ץ 259/84 (לעיל הערה 22).
72. בג"ץ 148/79 (לעיל הערה 23); בג"ץ 153/83 (לעיל הערה 23).
73. בג"ץ 292/83 (לעיל הערה 28).
74. בג"ץ 337/80 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו(3) 337. ראה גם קלינגהופר, "חופש העסק ורישוי עסקים", עיוני משפט ג (1973) 582.
75. בג"ץ 355/77 (לעיל הערה 27).
76. Clark, "Limits of Judicial Objectivity," 12, *Am. U.L.Rev.* (1963)1; Kaufman, "The Anatomy of Decisionmaking," 53 *Fordham L. Rev.* (1963) 1; Greene, *The Judicial Office* (1938); Frankfurter, *Of Law and Life* 188.
77. בג"ץ 58/68 (לעיל הערה 32), 602.
78. שם, בעמ' 50:
- 'מכיון שטרם הושגה הסכמה כללית, אף לא ברובו המכריע של ציבורנו, בשאלות הנקבות הללו, יכול 'השופר' להשמיע רק דיסוננסים, והתוצאה העגומה היא שבית המשפט כאילו נוטש את מקומו הראוי לו, מעל למהלוקות המפלגות את הציבור, ושופטיו יורדים בעצמם אל תוך הזירה, וכמו שאמר חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, בפסק דין אחר, בית המשפט הופך לבית שופטים, הנעשים בעלי פלוגתה במהלוקות הציבורית. דעתי היא שעלינו להימנע בכל כוחנו מלהיגרר אל דרך זו. ודאי, לכל אחד מאתנו השקפתו האישית בעניינים העומדים ברומו של עולמנו, אולם אל ייחשב שופט 'הכובש את נבואתו' בשבתו על כס המשפט כמתחמק מהכרעה. לפי מיטב הכרתי חובתנו היא זאת לנהוג בהתאפקות בכגון אלה."
79. שם, בעמ' 532. השופט ויתקין פיתח את השקפתו זו בהרחבה במקום אחר: ראה ויתקין, פוליטיקה ומשפט (1965).
80. על היבטים נוספים ראה ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית - הויקה אל עקרונות היסוד" (לעיל הערה 67).
81. ראה Dickson, "The Law Behind the Law," 29, *Col. L. Rev.* (1929).
82. ע"ב 2/84 (לעיל הערה 33), 308 (השופט ברק).
83. ראה Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science* (1928), 62.
84. פרשת קול העם, עמ' 880.
85. כפי שמציין השופט אגרנט פרשת קול העם: "יש המחוקק עושה את מלאכת השקילה והאיוון בעצמו" (שם, עמ' 881). דוגמא לאיוון סטטוטורי מהווה סעיף 44(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א - 1971. האיוון הסטטוטורי לא מייחד את האיוון ההלכתי: ראה ב"ש 838/84 ליבני נ' מדינת ישראל פ"ד לח(3) 729.
86. פרשת קול העם, עמ' 881.
87. על האיוון העקרוני (Principled Balancing) בתחום חופש הביטוי, ראה Mendelson, "On the Meaning of the First Amendment - Absolutes in the Balance," 50 *Cal. L. Rev.* (1962) 821; Frantz, "The First Amendment in the Balance," 71 *Yale L.J.* (1962) 1424; Frantz, "Is the First Amendment Law? - A Reply to Professor Mendelson," 51 *Cal. L. Rev.* (1963) 729; Mendelson, "The First Amendment and the Judicial Process - A Reply to Mr. Frantz," 17 *Vand. L. Rev.* (1964) 479; Kalven, "Upon Reading Mr. Justice Black on the First Amendment," 14 *U.C.L.A. L. Rev.* (1967) 428; Gunther, "In Search of the Judicial Quality on a Changing Court - The Case of Justice" Gunther, *Powell Constitutional Law* 24 *Stan. L. Rev.* (1972) 1001. (10th ed 1980) 1113-1117.
88. השופט שמגר בד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון 'הארץ'

השונות.

104. ראה ע"ב 2/84 (לעיל הערה 33, עמ' 309):
'במקום שערכי היסוד של השיטה המשפטית מובילים לכיוונים מנוגדים, על בית המשפט להתחשב בכולם. עליו להביא לעימוד ולאיוון בין הערכים השונים, על משקלם ועוצמתם בנקודת החיכוך.'
105. ד"ג 9/77 (לעיל הערה 88), 361.
106. פרשת קול העם, עמ' 879.
107. שם, עמ' 878.
108. שם, שם.
109. בג"ץ 153/83 (לעיל הערה 23), 401.
110. ראה ע"פ 126/62 (לעיל הערה 31).
111. ראה לעיל הערה 94.
112. ראה ע"ב 2/84 (לעיל הערה 33).
113. כך, למשל, כיצד יש להפעיל שיטה זו לענין פירושו של חוק פלילי? השופט אגרנט עצמו התלבט בשאלה זו: ראה אגרנט, "תרומה של הרשות השופטת למפעל חקיקה" (לעיל הערה 57), 241. הבעיה היא, אם יש לאזן בתחום זה בין החופש האישי ממאסר לבין שלום הציבור, או שמא יש לתת ערך "מוחלט" לחופש האישי? בדומה, כבר ראינו את הבעייתיות שמעלה פרשת ירדור, אשר בה לא נעשה איוון בין הערך בדבר קיום המדינה לבין חופש הבחירה (ראה לעיל הערה 89), כמוכח, אלה אינם המצבים היחידים.
114. דבר זה בא לידי ביטוי בפרשת שליט עצמה. ראה גם ע"א 150/50 קאופמן נ' מרגינס, פ"ד ו 1005, 1034:

'במקום שמתגלית לפני השופט מערכת עובדות שיסודן בתנאי חיים חדישים, אשר לא לשמן נקבעה ההלכה הקיימת, שומה עליו, על השופט, לבקר מחדש את ההנחה ההגיונית (logical premise) עליה מושתתת אותה הלכה שנוצרה ברקע כללי אחר, במטרה להתאימה לתנאים החדשים, אם בדרך של הרחבה ואם בדרך של הצרה, וכן במטרה - כאשר אין מוצא אחר - לזנות כליל אותה הנחה ההגיונית, המשמשת משענת להלכה הקיימת, ולהשתמש, במקומה, בנורמה משפטית אחרת - ואפילו תהא זו נורמה משפטית חדשה שלא ידעו קודם לכן.'

בע"מ פ"ד לב (3) 337, 361.

89. יצוין כי השופט אגרנט עצמו נמנע מלגקוט את שיטת האיוון העקרוני בפרשת ירדור (ע"ב 1/65, לעיל הערה 51). הוא לא ראה מקום לאיוון בין העקרון בדבר קיום המדינה לבין העקרון של חופש הבחירה. בתחום זה גישתו היתה "מוחלטת" ולא "מאוזנת". לביקורת גישה זו ראה ע"ב 2/84 (לעיל הערה 33), בפסק דינו של השופט ברק, וכן להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" (לעיל הערה 416, 6).
90. ראה ע"פ 126/62 (לעיל הערה 31); ע"פ 696/81 (לעיל הערה 55).
91. ראה בג"ץ 243/62 (לעיל הערה 5).
92. ראה ע"א 723/74 (לעיל הערה 54); ד"ג 9/77 (לעיל הערה 88).
93. ראה בג"ץ 243/82 (לעיל הערה 8).
94. ראה בג"ץ 148/79 (לעיל הערה 23); בג"ץ 153/83 (לעיל הערה 23).
95. ראה בג"ץ 292/83 (לעיל הערה 28).
96. ראה ע"פ 696/81 (לעיל הערה 55).
97. ראה ע"א 165/82 (לעיל הערה 33).
98. ראה ב"ש 838/84 (לעיל הערה 85).
99. ראה המ' 1061/54 רינשטיין נ' קדימה, פ"ד ה, 1317; שחאדה נ' הלוי, פ"ד כ(4) 617; ע"א 144/60 מדינת ישראל נ' חואטי, פ"ד טז 209; ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 114; ע"א 343/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.
100. ראה לעיל הערה 89.
101. פרשת קול העם, עמ' 881.
102. שם, בעמ' 879 (ההדגשה שלי)
103. ראה בג"ץ 153/83 (לעיל הערה 23), 401, שבו עומד בית המשפט על כך כי מתחייב איוון המצריך "קביעת עמדה שיפוטית - בהעדר הדרכה חקיקתית - באשר למעמד היחסי של האינטרסים השונים, תוך הכרעה בשאלה אם שווי מעמד הם או שיש לאחד עדיפות על פני רעהו. כן מחייב איוון עקרוני זה באינטרסים שהם שווי מעמד, קביעת עמדה שיפוטית, באשר למידת הנסיגה אשר האחד צריך לסגת כדי לקיים האחר. מתחייבת אפוא עמדה שיפוטית באשר ליגבול הסבילות של הזכויות