

חוק יסוד: חופש הביטוי והדעה

מרדכי קרמניצר | לילה מרגלית | עדן ארשיד

אפריל 2024

הצעה
לסדר
50



המכון הישראלי
לדמוקרטיה



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

חוקי־סוד: חופש הביטוי והדעה

מרדכי קרמניצר | לילה מרגלית | עדן ארשיד

הצעה לסדר 50
אפריל 2024

Basic Law: Freedom of Speech and Expression

Mordechai Kremnitzer | Lila Margalit | Adan Ershied

עריכת הטקסט: חמוטל לרנר

עיצוב הסדרה והעטיפה: סטודיו Alfabees

ביצוע גרפי: נדב שטכמן פולישוק

הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-429-6 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2024

נדפס בישראל, תשפ"ד/2024

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 02-5300800

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חנם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הדברים המובאים במסמך זה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

7	תקציר
9	מבוא
12	פרק 1. חופש הביטוי בישראל: ההסדר החוקתי הקיים
17	פרק 2. מבט משווה: ארצות הברית וגרמניה
62	פרק 3. הצעת חוק־יסוד: חופש הביטוי והדעה
99	נספח 1. הצעות קודמות לעיגונו החוקתי של חופש הביטוי
110	נספח 2. נוסח הצעת חוק־יסוד: חופש הביטוי והדעה

תקציר

ב־13 ביוני 1950 החליטה ועדת הררי של הכנסת הראשונה כי חוקת ישראל "תהיה בנויה פרקים-פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים

יחד יתאגדו לחוקת המדינה". על בסיס הכרזה זו פעל המחוקק הישראלי לאורך השנים לחקיקת חוקי-יסוד המסדירים נושאים הראויים להיכלל בחוקה, בהם חוקים הנוגעים לרשויות השלטון ולזכויות אדם. בעוד חלק נכבד מחוקי היסוד הקיימים עוסקים בנושא הראשון, שני חוקי יסוד בלבד מסדירים במפורש זכויות אדם – חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

בהיעדר מגילת זכויות שלמה, שני חוקי יסוד אלו הפכו להיות המקורות העיקריים לכל דיון בזכויות האדם בישראל – הן בבית המשפט והן מחוצה לו. במרוצת השנים הכירה הפסיקה במעמדן החוקתי של רבות מן הזכויות העומדות ביסוד הדמוקרטיה בשל היותן נגזרות מהזכות לכבוד, אף שלא עוגנו מפורשות בחוקי יסוד.

אחת הזכויות החשובות ביותר בדמוקרטיה היא הזכות לחופש הביטוי. מדובר בזכות אשר משרתת שורה ארוכה של רציונלים הנוגעים הן לקיום המשטר הדמוקרטי והן לערכו האינטרנטי של האדם. ואכן, בית המשפט הכיר במרוצת השנים בחופש הביטוי כאחת הזכויות העילאיות של האדם בדמוקרטיה, הנגזרת באופן ברור מהזכות לכבוד. עם זאת, על אף חשיבותה המוסכמת של הזכות, ואף שרובן המוחלט של החוקות בעולם מעגנות אותה במפורש, בישראל טרם עוגנה הזכות לחופש הביטוי בחוק או בחוק יסוד. זהו פגם יסודי בשיטה החוקתית שלנו המחייב תיקון.

לאורך השנים, הפסיקה הישראלית המשיכה להישען על כבוד האדם לצורך הדיון בשאלת ההגנה על הזכות לחופש הביטוי, על כל צורותיה ונגזרותיה. כך החלו לעלות שאלות בנוגע לזכות להפגין; לחופש העיתונות; לחופש הביטוי האומנותי וכן להיבטים רבים נוספים. עם ריבוי המקרים המצריכים הכרעה בנוגע להגנה על הזכות, התרחבו גם האינטרסים המתחרים (זכויות אדם אחרות או אינטרסים ציבוריים) אשר עשויים להצדיק פגיעה בה. הרחבה זו הביאה עימה מגוון של אפשרויות שונות לאיזון בין השניים. המורכבות הגלומה באיזון בין מימוש הזכות

מחד גיסא לבין האינטרסים העלולים להיפגע בעקבות זאת מאידך גיסא מחדדת את הצורך בהסדרה מתאימה של חופש הביטוי במסגרת חוק יסוד כמקובל, אשר תעגן את מעמדה כזכות יסוד ותסרטט את גבולות ההגנה עליה. על רקע זה, להלן מוצג מודל מפורט של חוק יסוד כאמור – חוק יסוד: חופש הביטוי והדעה.

במסגרת גיבוש המודל המוצג עמדו לנגד עינינו שלוש שאלות עיקריות: ראשית, מהם היקפה וליבתה של הזכות לחופש הביטוי; שנית, מהי נוסחת האיזון בין הזכות לבין אינטרסים מנוגדים; ולבסוף, מהן הזכויות הנגזרות מהזכות הבסיסית וכיצד יש להסדירן.

בהתאם לכך, המודל מעגן לא רק את הזכות הכללית לחופש הביטוי, אלא לצידה גם את הזכויות הכלולות בה והנגזרות ממנה – חופש האומנות, היצירה, המחקר וההוראה; חופש העיתונות; זכות הגישה לרשת האינטרנט; חופש האספה, התהלכה וההפגנה; חופש ההתאגדות; והזכות לקבל מידע שלטוני. נוסף לכך, המודל מציע נוסחאות איזון בין הזכות לבין האינטרסים העומדים בבסיס הגבלתה. נוסחאות אלו שואבות השראה מפסקת ההגבלה המופיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם מתוך מתן חשיבות מיוחדת לאפקט המצנן הטמון בפגיעות בחופש הביטוי (בשונה מזכויות יסוד אחרות). בשל חשיבותה המיוחדת של הזכות לחופש הביטוי, וכדי לתת ביטוי לתרומה החשובה של הפסיקה בסוגיות אלו, מוצע להעמיד שני חריגים לנוסחת האיזון "הקלאסית" על פי פסקת ההגבלה: ראשית, מוצע להעניק הגנה מיוחדת לליבתו הקשה של חופש הביטוי, על יסוד הגדרתה. במקרה זה, ההגבלה עשויה לבוא בחשבון מכוח הסמכה מפורשת בחוק רק על הסתה לאלימות, הסתה לטרור או הסתה לגזענות ואפליה. החריג השני לפסקת ההגבלה כנוסחת איזון קשור בהגבלה מסוג אחר של הזכות, קרי הגבלה מראש של הזכות. במקרה כזה, ההגבלה תהא אפשרית רק אם הדבר נדרש כדי למנוע פגיעה קשה בזכות או באינטרס ציבורי חיוני ודוחק, שמידת הסתברותה קרובה לוודאית.

המודל המוצע כאן הוא תוצר של חקר ההיסטוריה המשפטית הישראלית – הפסיקתית והחקיקתית ולצידו גם מחקר של שתי שיטות משפט נוספות, של ארצות הברית וגרמניה, שבהן הזכות לחופש הביטוי זכתה לעיגון חוקתי מפורש ופותחה לאורך השנים על ידי בתי המשפט והמחוקקים.

מבוא

כיום כמעט אין עוררין על חשיבותו של חופש הביטוי ועל הצורך בהכרה בו כזכות בשיטה הישראלית. תפיסה זו היא תוצר של פסיקה ענפה וספרות מחקר שלאורך שנים פעלו לחיזוק הזכות וחשיבותה. ראשיתה של המגמה בפסק דין

קול העם,¹ שבו הוצגו בקצרה ארבעה צידוקים לחשיבותו של חופש הביטוי.² שני הצידוקים הראשונים מציגים את חופש הביטוי כאמצעי להשגת מטרה: הצידוק הראשון הוא גילוי האמת, כלומר חופש הביטוי הוא אמצעי לברור האמת ולמציאתה. גם אם חופש הביטוי אינו מבטיח את ניצחונה של האמת, בהיעדרו לאמת אין סיכוי לצאת לאור; הצידוק השני גורס כי מדובר באמצעי להבטחת הדמוקרטיה ושמירתה. אכן, חופש הביטוי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה, ובהיעדרו אין לה ערך, שכן הליך הבחירה הופך בלעדיו לנטול משמעות. הצידוק השלישי קשור לחשיבותו של הביטוי, כלומר ליכולתו של אדם לנסח את רעיונותיו באוזני אחרים, לשמוע את תגובותיהם ולהתדיין עליהן, כאמצעי הכרחי למימוש עצמי ולכן תנאי לחיים בכבוד. גם הצידוק הרביעי מתמקד בחופש הביטוי כמטרה ציבורית ומצביע על כוחו לאפשר פריקה של רגשות בדרך של שכנוע ולא ב אלימות. צידוק זה הוכר גם בפסיקה, ועל כך עמד השופט ברק באומרו כי "בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטויו במשא, ולא במעש. הקיטור החברתי מוצא ביטויו במסלול השקט של הביטוי, ולא במסלול האלים של המעשי".³

לצד כל אלה קיימים צידוקים נוספים המתמקדים בבעייתיות הטמונה בהגבלת חופש הביטוי בידי גורמים אנושיים, שהם עצמם חשופים לטעויות, הטיות ומניעים פסולים. לפי גישות אלו, השלטון, על כלל רשויותיו, עלול לסבול (לפי

* המחברים מודים לד"ר תהילה שוורץ אלטשולר, לעו"ד עדנה הראל פושר, לפרופ' סוזי נבות ולעו"ד ענת טהון אשכנזי על הערותיהן המועילות.

1 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

2 מרדכי קרמניצר "צידוקי חופש הביטוי" זכויות האדם והאזרח בישראל כרך ב 48 (רוח גביון וחגי שניידור עורכים 1991). כן ראו ראם שגב חופש הביטוי: הצדקות וסייגים (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2008).

3 בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 276, 255 (1987).

תפיסתנו) מנחת זרועה של תקשורת ביקורתית. הוא עלול גם לנסות לגייס את התקשורת לטובת תפיסותיו שלו מתוך השתקת עמדות אחרות. אומנם חופש הביטוי הוא גם זכות חשובה ומרכזית וגם אינטרס ציבורי מן המעלה הראשונה, אלא שלא בטוח כלל שזכות זו תזכה ליחס שלטוני נאות. האינטרס המובהק של השלטון הוא לשמר את כוחו ולמנוע ביקורת עליו, והפיתוי שעומד בפני הרוב הפוליטי לסכל את קידומן של תפיסות וטענות החורגות מהקונצנזוס מחייב זהירות מפליגה באשר להגבלות שלטוניות על השיח.

אף שהשיטה הישראלית מכירה בקיומה של הזכות לחופש הביטוי, הזכות מעולם לא עוגנה במפורש בחוק יסוד – מקור ההכרה בה היא באותו פסק דין של בית המשפט העליון משנת 1953,⁴ וכל התפתחות בהיקף הזכות היא גם כן ביטוי של יצירה פסיקתית. לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו החלה הפסיקה לגזור את קיומו של חופש הביטוי מהזכות לכבוד האדם, ובכך קיבלה הזכות מעמד חוקתי.⁵ כיום ניתן לומר שההכרה במעמדו החוקתי של חופש הביטוי בהיבטיו הנגזרים מכבוד האדם היא בגדר הלכה מושרשת ומקובלת בפסיקה.⁶

ואולם מרכזיותו של חופש הביטוי עבור הפרט ועבור הכלל – זכות שקיומה מאפשר הגנה על זכויות אחרות מפני פגיעות בלתי מוצדקות – הופכת אותו לזכות יסוד הראויה לעיגון מפורש. כך עולה גם מן המשפט החוקתי המשווה. החשיבות המקיפה של חופש הביטוי, ההצדקות המגוונות והפינים הרבות והמורכבות שיש לו המשתקפות מהמשפט המשווה, ובכלל זה ההיבט המשטרי-הדמוקרטי הכרוך בו (שהוא חיוני מאין כמותו), מחייבים להעניק לו מעמד נפרד ועצמאי, כמקובל בחוקות אחרות, וכך גם להגן עליו הגנה מלאה כנדרש בלי לנתק את זיקתו האמיצה לכבוד האדם ואת ההגנה התקיפה עליו המתבקשת מזיקה זו. ההכרה הזו מסבירה את הניסיונות הרבים שנעשו לאורך השנים לעגן את הזכות בחקיקת יסוד.

4 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1.

5 בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד (5) 661 (1997); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג: פרשנות חוקתית 427-428 (1994).

6 ראו למשל בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (נבו 15.4.2015) (להלן: עניין אבנרי).

בעידן הנוכחי, שבו אנו עדים מצד אחד לדמוקרטיזציה חסרת תקדים של אמצעי התקשורת ושל יכולתם של פרטים להפיץ את דעותיהם ברבים, ומצד אחר לקיטוב פוליטי שמכרסם ביכולתנו להסכים על כללי משחק לניהולן של מחלוקות, נודעת חשיבות מיוחדת לאשרור המחויבות שלנו כחברה לקיומו של דיון דמוקרטי חופשי, ובכל צורות הביטוי ואמצעי הביטוי. במסגרת זו יש צורך מיוחד לחזק את ההכרה בעיקרון הבסיסי שלפיו אין לפגוע בחופש הביטוי בשל התנגדות לדעה או להשקפה העולה ממנו. בה בעת, דווקא לנוכח הקלות שבה רעיונות מועברים היום ברשתות החברתיות, חשוב לתת ביטוי מפורש בחוקה לחובת השלטון לפעול בצורה אקטיבית כדי להבטיח את מימוש תכליותיו של חופש הביטוי הלכה למעשה. כמו כן, חשוב להבהיר את ההגבלות הראויות על חופש הביטוי בדמוקרטיה – ובייחוד את הצורך למנוע הסתה לאלימות והסתה לגזענות.

מטרתו של מסמך זה להעלות על סדר היום הצעה עדכנית ומקיפה לעיגון חופש הביטוי בחוק יסוד. ההצעה, אשר עוסקת גם בנגזרותיו של חופש הביטוי – חופש העיתונות, חופש ההפגנה, חופש ההתאגדות, חופש המידע ועוד – מבקשת לצקת תוכן ממשי להכרה במעמדה העילאי של הזכות מתוך התמודדות עם האתגרים המיוחדים הניצבים היום לפני דמוקרטיות בהקשר זה.

הצעה לסדר זו מחולקת לשלושה חלקים: החלק הראשון מציג בקיצור נמרץ את התפתחות ההכרה בחופש הביטוי בפסיקה הישראלית ואת ההסדר החוקתי הקיים בעניין זה; החלק השני, שבו מוצג מבט משווה, סוקר את היחס לחופש הביטוי בשתי דמוקרטיות בעלות מסורות שונות מאוד בכל הנוגע להגנה על זכות זו: ארצות הברית וגרמניה. החלק על הדיון המשווה מעמיק יותר, שכן יש להניח שהנעשה בהקשר זה בדמוקרטיות אחרות מוכר פחות לקורא הישראלי. כפי שנראה, בחינת הגישות לחופש הביטוי במדינות אלה מעניינת ומלמדת לענייננו, הן בשל ההבדלים המהותיים ביניהן והן בשל המשותף להן. החלק השלישי מציג את הצעת חוק היסוד עצמה, עם דברי הסבר מפורטים לכל סעיף וסעיף. בנספח 1 מובאות בקצרה כמה מההצעות שהועלו בעבר לעיגון חופש הביטוי בחוקה של מדינת ישראל, ובנספח 2 מובאת ההצעה ללא דברי הסבר.

פרק 1

חופש הביטוי בישראל: ההסדר החוקתי הקיים

בפרק זה נעמוד בקצרה על ההסדר החוקתי הקיים בישראל בנוגע לחופש הביטוי. כידוע, עוד בשנות החמישים הכיר בית המשפט העליון בחופש הביטוי – אף שזכות זו לא עוגנה בחקיקה מפורשת – כזכות יסוד "עילאית", אשר ההכרה בה מתחייבת מעצם היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית, ואשר מהווה

תנאי מוקדם "למימושן של כמעט כל החירויות האחרות"⁷. על בסיס הכרה זו, בית המשפט פיתח במרוצת השנים, ובעיקר משנות השמונים, דוקטרינות שונות המחייבות את רשויות המדינה לכבד זכות זו ולפרש חקיקה קיימת באופן שיש בו כדי להגשימה.⁸ בהתאם לדוקטרינות אלו, בית המשפט העביר תחת שבט ביקורתו החלטות לסגור עיתונים לפי פקודת העיתונות,⁹ החלטות לפסול סרטים ומחזות,¹⁰ החלטות של רשות השידור להימנע מפרסומים בעייתיים,¹¹ החלטות למנוע את קיומן של הפגנות בנושאים שנויים במחלוקת,¹² החלטות של הצנזור הצבאי,¹³ ועוד. המבחן המרכזי שאומץ על ידו בהקשרים אלו העוסקים

7 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 876–878.

8 לדיון מעמיק בהתפתחות ההיסטורית של הגישה הישראלית לחופש הביטוי ראו עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "מסורת חופש הביטוי בישראל" שקט, מדברים: התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 27 (מיכאל בירנהק עורך 2006); כן ראו Adam Shinar, *Freedom of Expression in Israel: Origins, Evolution, Revolution and Regression*, in THE OXFORD HANDBOOK ON THE ISRAELI CONSTITUTION (Aharon Barak, Barak Medina, & Yaniv Roznai eds., forthcoming).

9 ש.ט.

10 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי ואח' (נבו 10.12.1962); בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות (נבו 5.2.1987) (להלן: עניין אולפני הסרטה).

11 עניין כהנא, לעיל ה"ש 3.

12 בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל (נבו 13.5.1984) (להלן: עניין לוי).

13 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי (נבו 10.1.1989) (להלן: עניין שניצר).

במניעת ביטוי על ידי הרשויות הוא מבחן הוודאות הקרובה, שבמסגרתו נדרשת הרשות להראות כי הגבלת חופש הביטוי נחוצה כדי למנוע פגיעה קשה בשלום הציבור או בביטחון ברמת הסתברות קרובה לוודאי. במקביל, בית המשפט אימץ פרשנות תכליתית לדיני לשון הרע שנועדה להבטיח את חופש העיתונות ולמנוע צינון יתר של חופש הביטוי.¹⁴ עקרון חופש הביטוי שימש את בית המשפט גם לפרשנות של איסורים פליליים – דוגמת המרדה, הסתה לגזענות ושבח למעשה טרור – המגבילים את חופש הביטוי.¹⁵

לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חופש הביטוי זכה למעמד חוקתי על-חוקי, כ"זכות-בת" של הזכות לכבוד האדם.¹⁶ גישה זו קיבלה ביטוי תחילה באמרות אגב של חלק מהשופטים.¹⁷ כך למשל, בעניין גולן הדגיש השופט מצא – כי –

אמנם חוק-ייסוד: כבוד האדם וחירותו אינו נוקב בשמו של חופש הביטוי ואינו מגדירו, בלשון מפורשת, כזכות יסוד. אך אין בכך כלום; אף ללא הוראה מפורשת כלול חופש הביטוי בכבוד האדם [...] שכן, מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?¹⁸

14 ראו למשל ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989) (להלן: עניין אבנרי נ' שפירא). בשנות השבעים, לעומת זאת, בית המשפט נמנע ברוב דעות מהענקת מעמד בכורה לחופש הביטוי בדיני לשון הרע (ראו ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל נ' הוצאת אתון "הארץ", פ"ד לב(3) 337 (1978)).

15 ראו דנ"פ 8613/96 גיבאריין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193 (2000); ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל (נבו 24.9.96); דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145 (2000).

16 ראו אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה 707-743 (2014).

17 שם, בעמ' 708-710.

18 עע"א 4463/94 גולן נ' שבי"ס, פ"ד ג(4) 136, 157 (1996). השופט דורנר, לעומת זאת, הביעה באותה פרשה את העמדה שניתן להצביע על פגיעה בזכות החוקתית לכבוד רק כאשר "שליח חופש הביטוי משפילה את האדם ופוגעה בכבודו באשר הוא אדם" (191).

במרוצת השנים השתרשה בפסיקה הגישה שהזכות לכבוד כוללת לפחות את ההיבטים של חופש הביטוי הקשורים "קשר ענייני הדוק" לכבוד האדם.¹⁹ כך למשל נקבע כי חופש הביטוי הפוליטי, הנמצא ב"גרעין" הזכות, הוא "מרכיב חיוני של כבוד האדם".²⁰ בפרשת אבנרי, שבה נדונה שאלת חוקתיותו של "חוק החרם" לפני הרכב מורחב של תשעה שופטים, דעות השופטים נחלקו באשר למידת הפגיעה בחופש הביטוי הטמונה בחוק; אך כל שופטי ההרכב יצאו מתוך נקודת הנחה שהזכות לחופש הביטוי הפוליטי נכללת בזכות האדם לכבוד.²¹ נראה כי היום כבר אין מחלוקת שגם היבטים גרעיניים נוספים של חופש הביטוי – דוגמת חופש הביטוי האומנותי – נהנים ממעמד חוקתי.²² לעומת זאת, על אף התפיסה הכללית ש"היקפו של חופש הביטוי משתרע על כל דרכי הביטוי, ועל כל צורות הביטוי, ועל כל תוכני הביטוי",²³ קיים ספק אם צורות ביטוי שהקשר שלהן לכבוד האדם מובהק פחות, דוגמת סוגים של ביטוי מסחרי, מעוגנים בחוק היסוד.²⁴

לאורך השנים בית המשפט העליון שם דגש על התפקיד המיוחד של חופש הביטוי הפוליטי בשמירה על חברה דמוקרטית וחופשית, שבה יכול אדם לממש חירויות חשובות לא פחות – כמו חופש היצירה, התרבות וההגות:

בלא חופש ביטוי פוליטי, מאבדת הדמוקרטיה את חיותה ואת חיוניותה, ומפנה את מקומה למשטר של אפלה, הפועל רחוק מעיניו של הפרט,

19 ברק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 710.

20 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 26 לחוות דעתה של השופטת (דאז) נאור (פורסם בנבו 20.8.2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי).

21 ראו עניין אבנרי, לעיל ה"ש 6.

22 על היות חופש הביטוי האומנותי חלק מגרעין חופש הביטוי ראו למשל ברק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 731. כן ראו למשל, בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט (נבו 13.5.2020).

23 בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (נבו 28.06.2006) (להלן: עניין מפלגת שינוי).

24 לעמדה הגורסת שגם ביטוי מסחרי טהור עשוי להיות קשור באופן הדוק לכבוד האדם ראו ברק, לעיל ה"ש 16. בבג"ץ 606/93 קידום נ' רשות השידור (נבו 13.1.1994), בית המשפט קבע כי ביטוי מסחרי זכאי להגנה פחותה מביטוי פוליטי, שכן לא כל הרציונלים של חופש הביטוי מתקיימים בעניינו.

ורחוק גם מן העין הציבורית. בלא חופש ביטוי פוליטי, נעלם גם חופש הביטוי בתחומי החיים האחרים, התרבות והיצירה האנושית נבלמים, ההגות והמחשבה קופאים, והקידמה האנושית נעצרת. יחד עימם נעלמת יכולתו של הפרט לפתח את כשרונותיו, ולהגשים את עצמיותו; זרימת המידע והאינפורמציה על מהלכיו של השלטון, שהם תנאי הכרחי לקיום ביקורת ציבורית על המשטר, משתתקת. מכאן, ההגנה המיוחדת, הענפה והרחבה, הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי, בין מכלול הגוונים והצורות שחופש הביטוי נושא במשטר דמוקרטי.²⁵

בית המשפט גם עמד על כך ש -

עקרון חופש ההתבטאות עומד במבחן, לא כאשר מדובר בהבעת דעות מקובלות וקונוונציונאליות, כי אם דווקא כשבדעות חריגות עסקינן, אשר בעיני רבים, ואולי אף בעיני רוב התושבים, נראות מקוממות, צורמות ומעוררות סלידה ואנטגוניזם. דמוקרטיה חזקה ואמיתית חייבת לוודא, שההתמודדות עם דעות כאלה לא תהיה בדרך של איסור מגבוה על הפצתן אלא בדרך של הוויכוח הגלוי והחופשי, אשר במסגרתו כל פרט בחברה יכול לגבש לעצמו את עמדתו העצמית.²⁶

קצרה היריעה מלהציג תיאור מלא של פסיקותיו הרבות של בית המשפט העליון בתחום זה. חופש הביטוי הוכר כמשליך על נושאים מגוונים – החל בזכותו של אסיר לפרסם כתבות מתוך תא כלאו,²⁷ וכלה בזכותו של אדם שככלל, לא יישלל ממנו פרס ישראל בשל התבטאויות שאינן קשורות לעיסוקו המקצועי.²⁸ הוא הוכר כזכות שלילית, המונעת מהמדינה להתערב במימושה בידי הפרט, וכזכות

25 עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 20, פס' 14 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

26 עניין כהנא, לעיל ה"ש 3, בעמ' 309-310.

27 עניין גולן, לעיל ה"ש 18.

28 ראו למשל בג"ץ 2199/21 ועדת השופטים להענקת פרס ישראל נ' שר החינוך (12.8.2021).

חיובית, המטילה על המדינה חובות פוזיטיביות שונות. בחלק מהסוגיות נרחיב בדברי ההסבר להצעה שתובא בהמשך הדברים. ואולם על אף מסורת פסיקתית מפוארת זו, כדי לבצר את מעמדו של חופש הביטוי נדרש היום עיגון מפורש שלו בחוקה – מסמך חינוכי ומשפטי כאחד. כפי שנראה, הצעתנו מבקשת לבנות על מסורת מפוארת זו ולהצעיד אותה קדימה.

פרק 2

מבט משווה:

ארצות הברית וגרמניה

חופש הביטוי מעוגן בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948, הקובעת כי "כל אדם זכאי לחירות הדעה והביטוי, לרבות החירות להחזיק בדעות ללא כל הפרעה, ולבקש ידיעות ודעות, ולקבלן ולמסרן בכל הדרכים וללא סייגי גבולות".²⁹ כמו כן, הוא מעוגן באמנות, בינלאומיות ואזוריות כאחד, שעוסקות

בזכויות האדם.³⁰ הוראות המגינות על חופש הביטוי ועל זכויות פוליטיות נוספות הנגזרות ממנו או הקשורות אליו קשר הדוק – חופש העיתונות, חופש ההתאגדות, חופש האספה וההפגנה ועוד – מופיעות גם ברוב המכריע של חוקות העולם. לפי האתר *Constitute* של *Comparative Constitutions Project*,³¹ הזכות לחופש הביטוי מעוגנת מפורשות ב־184 חוקות בעולם, מתוך 193 החוקות המופיעות באתר. נוסף על כך, 181 חוקות מעגנות את חופש ההתאגדות, 190 חוקות מעגנות את חופש האספה, 153 מעגנות את חופש העיתונות ו־88 חוקות את החופש האקדמי. אם כן, מדינת ישראל חריגה מאוד בעולם בכך שעד היום לא עיגנה את חופש הביטוי וזכויות הנגזרות הימנו בצורה מפורשת בחוקה או בחוק יסוד.

בדברי ההסבר להצעה שתוצג בהמשך הדברים נביא דוגמאות שונות לאופן עיגונן של הוראות אלה בחוקות בעולם הדמוקרטי. ואולם כדי להבין לאשורה את המשמעות הממשית של ההוראות השונות ואת כוחן להגן על חופש הביטוי הלכה למעשה לא די לבחון את נוסח החוקות עצמן ונחוץ לבחון גם

29 סעיף 19 להכרזה. כן ראו סעיף 20 להכרזה המגינה על חופש ההתאגדות וחופש האספה.

30 ראו למשל סעיפים 19–22 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040:269; סעיפים 10 ו־11 לאמנה האירופית לזכויות האדם.

31 מדובר בפרויקט מקיף המציג נחונים וניתוחים של כלל חוקות העולם, בניהולם של זקארי אלקינס, טום גינזבורג וג'יימס מלטון. ניתן לקרוא על הפרויקט באתר של *Comparative Constitutions Project*, ולעיין בנחונים המקיפים באתר *Constitute: The World's Constitutions to Read, Search and Compare*

את הדוקטרינות הפסיקתיות שפותחו במרוצת השנים ושמנחות את אופן יישומן בפועל. לשם כך בחרנו להעמיק את הדיון בחלק הזה של המחקר בשתי מדינות דמוקרטיות בעלות מסורות חוקתיות שונות מאוד בכל הנוגע להגנה על חופש הביטוי: ארצות הברית וגרמניה. בחינה זו מראה כיצד דמוקרטיות אחרות מתמודדות עם דילמות מרכזיות בתחום זה; כן היא מסייעת בזיהוי הדוקטרינות והעקרונות המדריכים את בתי המשפט, אשר בכוחם להעניק לחופש הביטוי הגנה ממשית במבחן המציאות.

חופש הביטוי בארצות הברית

אחד הטקסטים המוכרים ביותר בעולם המעגן את חופש הביטוי הוא התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית משנת 1791:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

הגישה האמריקאית, כפי שתפורט להלן, היא דוגמה למדיניות המעניקה הגנה רחבה ביותר, באופן יחסי, לחופש הביטוי. מהי אפוא נוסחת האיזון האמריקאית של חופש הביטוי החוקתי?

ליבת חופש הביטוי על פי התפיסה האמריקאית

על אף הנוסח ההחלטי של התיקון הראשון לחוקה, המונע לכאורה כל הגבלה של חופש הביטוי, בית המשפט העליון האמריקאי הכיר במרוצת השנים בהגבלות שונות על מימוש זכות זו. תוך כדי כך הוא קבע תחומים שבהם ההגנה על חופש הביטוי תהיה רחבה במיוחד. כך למשל נקבע לא אחת כי חופש הביטוי הפוליטי – ובייחוד החופש לבקר את רשויות השלטון – מצוי בלב התיקון

הראשון לחוקה.³² כמו כן עולה מהפסיקה החשיבות המיוחדת הנודעת לחופש ביטוי בלתי מרוסן בתחומים כמו פילוסופיה, דת, מדעים, אומנויות ועוד.³³

ההגנה הרחבה הניתנת לחופש הביטוי במשפט החוקתי האמריקאי איננה מבוססת על מבחני איזון כלליים המעניקים שיקול דעת רחב לבית המשפט, אלא על סיווגים נוקשים יותר שבכוחם להטיל הגבלות של ממש על כוחו של השלטון להתערב בדיון החופשי. בהתאם לכך, פגיעות בגרעין הזכות לחופש הביטוי כפופות למה שמכונה "ביקורת מחמירה" (strict scrutiny) – מבחן מחמיר המביא במקרים רבים לפסילת המעשה השלטוני הנדון. כדי לצלוח מבחן זה על המדינה להראות כי האמצעי שנקט קשור באופן ישיר וממשי לאינטרס ציבורי דוחק במיוחד (compelling state interest), ושהוא מותאם בצורה מדוקדקת למטרה הנדרשת, תוך צמצום הפגיעה בחופש הביטוי ככל האפשר.³⁴ על מבחן

32 ראו CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, THE FIRST AMENDMENT: CATEGORIES OF SPEECH (2019). כן ראו Edward J. Eberle, *The Architecture of First Amendment Free Speech*, MICH. ST. L. REV. 1191, 1205 (2011):

Core or first-order speech consists of political, religious, academic, scientific, and artistic speech. *New York Times Co. v. Sullivan* identified the very center of the First Amendment as a subspecies of political speech: the ability to engage in criticism of official conduct [...] [is] the central meaning of the First Amendment.

33 ראו למשל דעת המיעוט בעניין *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012) שבו ביח המשפט פסל חוק שביקש להפלייל טענוה שווא בנוגע לזכייה בעיטורים צבאיים (להלן: עניין *Alvarez*). גם שופטי המיעוט, אשר סברו שהחוק עומד במבחן החוקתיות, הדגישו כי –

[T]here are broad areas in which any attempt by the state to penalize purportedly false speech would present a grave and unacceptable danger of suppressing truthful speech. Laws restricting false statements about philosophy, religion, history, the social sciences, the arts and other matters of public concern would present such a threat (p. 571).

כן ראו Eberle, לעיל ה"ש 32.

34 ראו David L. Hudson Jr., *Strict Scrutiny*, THE FIRST AMENDMENT (2021) R. Randall (להלן: *Hudson, Strict Scrutiny*). כן ראו Kelso, *The Structure of Modern Free Speech Doctrine: Strict Scrutiny*,

זה נאמר לא אחת כי הוא "מחמיר בתיאוריה אך פטאלי הלכה למעשה" ("strict in theory, fatal in fact").³⁵

האיסור על אפליה בשל נקודת מבט

העיקרון החשוב ביותר אולי בפסיקה האמריקאית העוסקת בחופש הביטוי הוא האיסור הנחרץ על "אפליה על בסיס של נקודת מבט" (viewpoint discrimination) – כלומר הגבלות על ביטוי המכוונות נגד השקפה או דעה מסוימת. איסור זה נעוץ בתפיסה שלפיה גם כאשר יש הצדקה להגביל את חופש הביטוי, על השלטון להקפיד על ניטרליות כלפי העמדות השונות המתחרות בשוק הדעות. הגבלה של חופש הביטוי הכרוכה באפליה על בסיס נקודת מבט כפופה לביקורת מחמירה במיוחד, ויש הטוענים שמדובר בעיקרון על "המתעלה מעל הקטגוריות הדוקטרינריות המקובלות", והגורר הלכה למעשה הגנה כמעט מוחלטת.³⁶

Intermediate Review, and "Reasonableness" Balancing, 8 ELON L. REV. 291, 294-295 (2015)

35 Hudson, *Strict Scrutiny* 35 שם. האדסן מציין כי למרות אמרה זו החלת המבחן הביאה בשנים האחרונות לאישור חוקתיותם של כמה הסדרים הפוגעים בחופש הביטוי – לרבות הסדר האוסר על מתן סיוע ממשי לארגון טרור מוכרז, והסדר המונע ממועמדים לתפקידים שיפוטיים לגייס בעצמם כספים.

36 ראו Lackland H. Bloom Jr., *The Rise of the Viewpoint-Discrimination Principle*, 72 SMU L. REV. F. 20 (2019). המחבר מציין כי בפועל, בית המשפט העליון האמריקאי מעולם לא אישר הסדר שסווג כאפליה על בסיס נקודת מבט, ושלכן גם אם מוחלת ביקורת מחמירה, מבחינה מעשית מדובר בכלל קטגורי (שם, בעמ' 35-36). בהקשר זה הוא מפנה בין היתר לפסק הדין Iancu v. Brunetti, 588 U.S. (2019) (להלן: עניין Iancu), שבו נפסל חוק אשר אסר על רישום סימני מסחר בלתי מוסריים או שערוייתיים. באותו עניין התייחסו שופטי הרוב לאיסור על אפליה על רקע נקודת מבט כאיסור מוחלט, והשופטת קגו, אשר כתבה את פסק הדין של הרוב, ציינה כי "קביעת בית המשפט שמדובר בהטיה על בסיס נקודת מבט מסיימת את הדין" (שם, בעמ' 32). לדברי המחבר:

Following *Matal* and *Iancu*, it seems clear that the Court has fashioned a per se rule against viewpoint-discriminatory regulation with no opportunity for the government to save the law by satisfying strict scrutiny. That may not always have been the case as the principle developed, but it seems to be where the Court has ended up (p. 36).

לדעה שלפיה אפליה על בסיס נקודת מבט גוררת ביקורת מחמירה ראו Kelso, לעיל ה"ש 34.

עיקרון זה, אשר הוגדר על ידי בית המשפט העליון האמריקאי כ"אבן היסוד המונחת בבסיס התיקון הראשון"³⁷, מונע הטלת הגבלות, גם צורניות, המכבידות בפועל על צד אחד של הדיון הציבורי. העיקרון חל גם בכל הנוגע לקטגוריות הצרות של ביטויים המוחרגות מההגנה החוקתית על חופש הביטוי בארצות הברית, כמו "מילים לוחמתיות" ("fighting words") – התבטאויות חסרות ערך חברתי שמזמינות תגובה אלימה), "איומים אמיתיים", הסתה לפעילות בלתי חוקית ותועבה. כך למשל, בעניין *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992) נפסל חוק שאסר על הצגת סמלים העלולים לעורר כעס על בסיס גזע, דת, מגדר ועוד.³⁸ אף שהחוק פורש כחל רק על התנהלות העולה כדי "מילים לוחמתיות", ולא מנע השמעת טענות גזעניות בצורות אחרות, הוא סווג כאפליה על בסיס נקודת מבט משום שצמצם את חופש הפעולה רק של אלה שמצדדים בעמדה מסוימת.

השאלה אם ראוי לסווג הגבלה כאפליה על בסיס נקודת מבט, או שמה כהגבלה תוכנית מהסוג שעשוי לצלוח בחינה חוקתית, מעוררת לעיתים כשלעצמה מחלוקת ממשית. כך, בעניין *Virginia v. Black*, מרבית השופטים סיווגו איסור כללי על שרפת צלבים כהגבלה חוקתית על סוג אלים במיוחד של "איום אמיתי", ודחו את הטענה שמדובר בניסיון לייחד טיפול נפרד למעשה המזוהה בבירור עם קבוצה מסוימת.³⁹ בית המשפט קבע כי במסגרת אותם חריגים מסורתיים מותר לאמץ הבחנות תוכניות הנוגעות לטעמים שבגינם הוכרו החריגים מלכתחילה (למשל לאסור רק על איומים נגד הנשיא; לאסור על תועבה פוגענית במיוחד; ובמקרה הנדון – לאסור על סוג מסוים של התנהגות המבטא איום חמור במיוחד).

בשני מקרים נוספים שנדונו בשנים האחרונות נפסלו כאפליה על בסיס נקודת מבט חוקים שמנעו רישום סימני מסחר פוגעניים, בלתי מוסריים או שערורייתיים.⁴⁰ בעניין *Matal* (2017), שהתמקד בסימני מסחר פוגעניים, הדגיש

37 שם, בעמ' 24.

38 *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). כן ראו *Bloom*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 25.

39 *Virginia v. Black*, 533 U.S. 343 (2003) (להלן: עניין *Black*).

40 ראו *Bloom*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 29–33. המקרים המדוברים הם עניין *Iancu*, לעיל ה"ש 36, ועניין *Matal v. Tam*, 582 U.S. (2017) – (להלן: עניין *Matal*).

בית המשפט כי הבחירה להעליב או לפגוע – גם, אך לא רק, על בסיס גזעי – היא בגדר עמדה, וכי איסור על כך, אף אם אינו מוגבל לסוגים מסוימים של פגיעה (כגון על רקע גזעי) הוא אפליה פסולה על רקע נקודת מבט.⁴¹

למעשה, החריג היחיד לכלל האוסר על אפליה בשל נקודת מבט עוסק במה שמכונה "ביטוי ממשלתי" (government speech) – מקרים שבהם הממשלה מממשת בעצמה את חופש הביטוי ובמסגרת זו בוחרת לקדם מסרים מסוימים ולא אחרים.⁴² בהתאם לדוקטרינה זו אושר סירובה של מדינת טקסס להנפיק לוחות זיהוי ייחודיות עם סמלים פוגעניים (במקרה שנדון – דגל הקונפדרציה).⁴³ דוקטרינה זו משמשת גם בסיס להכרה בסמכות הממשלה להעניק באופן סלקטיבי מימון לגופים פרטיים המקדמים תוכניות אשר משרתות לתפיסתה את האינטרס הציבורי.⁴⁴ בהקשר זה נקבע כי יש להבחין בין תנאים הנוגעים לעצם ההחלטה לממן פעילות מסוימת, ובין תנאים שנועדו לנצל את המימון באופן פסול כדי להגביל את חופש הביטוי.⁴⁵ כאשר השלטון מממן תוכניות שנועדו לעודד ביטוי פרטי, ולא להעביר מסר ממשלתי, חל העיקרון הכללי האוסר על אפליה על בסיס נקודת מבט.⁴⁶ עם זאת, גם כאשר מדובר בעידוד ביטוי פרטי

- 41 Bloom, לעיל ה"ש 36, בעמ' 39; המקרה המדובר הוא עניין *Matal*, שם.
- 42 David L. Hudson Jr., *Government Speech Doctrine*, THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (2009) (להלן: *Hudson, Government*).
- 43 שם. כן ראו *Walker v. Texas Division, Sons of Confederate Veterans, Inc.*, 576 U.S. 200 (2015).
- 44 *Hudson, Government*, לעיל ה"ש 42.
- 45 *Agency for International Development v. Alliance for Open Society*, 133 S. Ct. 2321 (2013); John R. Vile, *Agency for International Development v. Alliance for Open Society* (2013), THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (2017).
- 46 *Kelso*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 315-316. כך למשל, בעניין *Rust v. Sullivan* (1991) 500 U.S. 173 קבע בית המשפט כי הממשלה רשאית להתנות מימון לשירותי חינוך משפחה באיסור על רופאים לשוחח עם המטופלים שלהם על הפלות במסגרת התוכנית. לעומת זאת, בפסק דין שניתן כעשור לאחר מכן פסל בית המשפט הסדר אשר אסר על מרכזי סיוע משפטי שקיבלו מימון ממשלתי להשתמש בכספים כדי לאתגר חקיקה קיימת. בית המשפט קבע שהכספים ניתנו במסגרת תוכנית שנועדה לקדם ביטוי פרטי ולא מסרים של הממשלה עצמה (ראו *Hudson, Government*, לעיל ה"ש 42). לדיון ביקורתי בכוחה של ההבחנה האמריקאית בין ביטוי ממשלתי לבין ביטוי פרטי לספק הגנה נאותה לחופש

מותר לממשלה להתנות מימון בהגבלות נושאיות כלליות – ואלה גוררות רמת ביקורת נמוכה יותר, המתמקדת בבדיקת סבירות ההחלטה.⁴⁷

הגבלות מבוססות תוכן אחרות

גם הגבלות אחרות המבוססות על תוכנו של ביטוי, שאינן עולות כדי אפליה על רקע נקודת מבט, כפופות ככלל לביקורת מחמירה ונוטות להיפסל.⁴⁸ עם זאת, בדין האמריקאי מוכרים כמה חריגים מסורתיים שנעמוד עליהם בהמשך הדברים.

כך למשל, בעניין *Simon and Schuster* (1991) החיל בית המשפט ביקורת מחמירה על חוקי "Son of Sam", אשר נועדו למנוע מעבריינים להרוויח כלכלית מפרסומים הנוגעים לפשעיהם.⁴⁹ החוק חייב עבריינים להפקיד רווחים שהופקו מפרסומים המתארים את מחשבותיהם או רגשותיהם לגבי הפשעים שביצעו בחשבון נאמנות למשך חמש שנים, בין היתר למימון תביעות של קורבנות. בית המשפט מצא שמדובר בהגבלה מבוססת תוכן והחיל על החוק ביקורת מחמירה. הוא הסכים שיש אינטרס ציבורי דוחק במניעת השגת רווחים מעבריינות ובפיצוי נפגעי עבירה, אך פסל את החוק כיוון שמצא שלא היה מותאם די הצורך לאינטרס זה.⁵⁰

גם איסורים על מעשים כפופים לביקורת מחמירה אם הם נועדו להגביל את הביטוי הכרוך במעשה. בעניין *Texas v. Johnson* (1989) פסל בית המשפט חוק

הביטוי במקרים של מימון סלקטיבי ראו Adam Shinar, *Democratic Backsliding, Subsidized Speech, and the New Majoritarian Entrenchment*, 69 (2), THE AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 335 (2021)

47 Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 316.

48 Hudson, *Strict Scrutiny*, לעיל ה"ש 34; Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 293, 296-303.

49 *Simon and Schuster v. Members of the New York State Crime Victims Board*, 502 U.S. 105 (1991)

50 Virginia L. Vile, *Simon and Schuster v. Members of the New York State Crime Victims Board* (1991), THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (2009); SIMON AND SCHUSTER, INC. v. MEMBERS OF NEW YORK STATE CRIME VICTIMS BOARD, 502 U.S. 105 (1991)

שאסר על שרפת דגל ארצות הברית, כיוון שמצא שהאינטרס השלטוני העומד ביסוד החוק – הרצון למנוע פגיעה בכבוד הדגל שיפגע ברגשות הציבור – קשור לתוכן הביטוי עצמו.⁵¹

לעומת זאת, הגבלות ניטרליות הבאות להגן על אינטרסים כלליים שאינם קשורים לתוכן הביטוי עצמו – כמו איסורים על תליית מודעות על רכוש ציבורי – כפופות לביקורת בינונית, הדומה באופייה לבידיקת מידתיות.⁵² סטנדרט בינוני חל גם כאשר המדינה מטילה איסור כללי על מעשה מסוים, אשר חל בעקיפין גם על התנהגות שנועדה להעביר מסר. במסגרת מבחן זה, המכונה "מבחן או'ברייין" (O'Brien), יש לבדוק אם ההסדר נועד לשרת אינטרס ציבורי משמעותי או חשוב שאינו קשור לדיכוי ביטוי, ואם ההגבלה העקיפה על ביטוי חורגת ממה שנדרש לקידום האינטרס הניטרלי שעומד על הפרק.⁵³ כך למשל אושרה חוקתיותו של חוק שאסר על השחתת טופסי הרשמה לגיוס, גם כאשר שימש להרשעת אדם ששרף את התעודה כמחאה נגד מלחמת וייטנאם.⁵⁴ בית המשפט קבע שיש להחיל ביקורת בינונית, שכן האיסור נועד לשרת אינטרס כללי שאינו נוגע לדיכוי של ביטוי – קרי הצורך בניהול מערכת גיוס אפקטיבית.

ההתנגדות האמריקאית להגבלות מבוססות תוכן, בייחוד בתחומים כמו פילוסופיה, דת, היסטוריה, מדעי החברה, אומנויות וכדומה, מקבלת ביטוי גם בפסיקה הנוגעת לאיסורים על פרסומים שקריים (שלא בתחום לשון הרע). בעניין *Alvarez* (2012) נפסל ברוב דעות חוק אשר אסר על שקרים בנוגע לזכייה בעיטורים צבאיים, שעל בסיסו הורשע אדם שהציג עצמו באופן שקרי כמי שזכה במדליית הכבוד.⁵⁵ בפסק הדין שביטל את החוק קבעו ארבעה שופטים שאף שהחוק עוסק בשקרים מודעים שקל להפריכם יש להחיל ביקורת מחמירה, שכן

51 Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)

52 Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 296-297.

53 United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968)

54 שם; Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 296.

55 עניין *Alvarez*, לעיל ה"ש 33.

מדובר בהגבלה מבוססת תוכן (גם אם לא נקודת מבט), שאינה כלולה ברשימת החריגים לחופש הביטוי המקובלים בדין האמריקאי (שעליהם נעמוד בהמשך). דעה מצטרפת של השופטים בריאר וקגן הסתייגה מהחלת ביקורת מחמירה, והדגישה שמדובר בטענות שקריות שאינן נוגעות לתחומים כמו פילוסופיה וכדומה, שבהם כל הגבלה תוכנית עלולה להביא לדיכוי הדיון החופשי. דעת המיעוט (שלושה שופטים) הסכימה שיש להחיל ביקורת בינונית, אך הגיעה למסקנה שבנסיבות העניין אין לבטל את החוק. שופטי המיעוט עמדו עם זאת על כך שבתחומים האלה "כל ניסיון מצד המדינה לאסור על טענות לא אמיתיות כביכול היה גורר סכנה חמורה ובלתי מתקבלת על הדעת לדיכוי ביטוי אמיתי", ומסוכן להציב את השלטון כפוסק בענייני אמת ושקר.⁵⁶

מניעה מוקדמת של ביטוי

חומרה מיוחדת נודעת לפי הדין האמריקאי להגבלות של חופש הביטוי הכרוכות במניעה מוקדמת – להבדיל מענישה מאוחרת. הגישה הכללית שהובעה בפסיקה היא כי כל הגבלה כזאת כפופה לחזקה כבדת משקל של חוסר חוקתיות.⁵⁷ בשנת 1965, בתיק שעסק בצנזורה שהונהגה בעבר על סרטים במדינת מרילנד, קבע בית המשפט שכדי לצלוח את מבחן החוקתיות, הסדר הכולל מניעה מוקדמת חייב לקבל צו שיפוטי בתוך זמן קצר, תוך הטלת הנטל על הרשות להוכיח כי מדובר בביטוי שאינו מוגן.⁵⁸ בית המשפט הבהיר במרוצת השנים כי גם צו שיפוטי המטיל מניעה מוקדמת כפוף לביקורת מחמירה.⁵⁹ באחד המקרים המרכזיים שעסק בנושא זה, עניין **מסמכי הפנטגון** (1964), פסל בית המשפט צו שיפוטי שאסר על המשך פרסום תחקיר ב"ניו יורק טיימס" שחשף מסמכים סודיים הנוגעים לניהול מלחמת וייטנאם, כיוון שקבע שהממשלה לא עמדה בנטל הכבד

56 שם, בעמ' 751.

57 ראו למשל *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971) (להלן: עניין **מסמכי הפנטגון**).

58 ראו *Kelso*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 388; *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965).

59 *Kelso*, לעיל ה"ש 34.

הרובץ עליה להראות כי מדובר במניעה מוצדקת.⁶⁰ גישה זו, אשר משקפת את הרתיעה העמוקה בדין האמריקאי מפני צנזורה מוקדמת בידי השלטון, נעוצה בין היתר בהנחה שבעוד מי שמפר הוראה פלילית כללית רשאי לאתגר את חוקתיותה אם יועמד לדין לאחר המעשה (והפרסום עצמו לא נמנע), מי שמפר צו שיפוטי ספציפי האוסר על פרסום מסוים אינו יכול להתגונן בצורה דומה.⁶¹

יצוין עם זאת כי הסדרים רגולטוריים שהם ניטרליים לגבי תוכן הביטוי – כגון הגבלות כלליות על שימוש בפארק מסוים, החלות גם על פעילויות הכרוכות במימוש חופש הביטוי – אינם כפופים לביקורת מחמירה, אף אם היה אפשר לראות בהם סוג של מניעה מוקדמת.⁶²

הגנה רחבה על ביקורת על אנשי ציבור – גם כשמדובר בלשון הרע

כאמור לעיל, בית המשפט הכיר בביקורת על השלטון כביטוי העומד במרכז התיקון הראשון לחוקה. אף שפרסומים המהווים לשון הרע מוחרגים ככלל מההגנה הרחבה הניתנת לחופש הביטוי בארצות הברית, בית המשפט קבע כללים מיוחדים בנוגע ללשון הרע נגד אישי ציבור, החוסמים תביעות אלה בפועל כמעט לחלוטין. ההלכה המובילה בתחום היא זו שנקבעה בפרשת *New York Times Co. v. Sullivan* (1964). באותו עניין קבע בית המשפט שכדי שאיש ציבור יצליח בתיק לשון הרע העוסק בפרסומים הנוגעים לתפקידו הציבוריים, עליו להוכיח שהדברים נאמרו ב"זדון ממשי" ("actual malice"). משמעות הדבר שגם אם מתברר כי העובדות שפורסמו שגויות באופן משמעותי, אין להטיל אחריות אלא אם מוכח שהן פורסמו מתוך מודעות לכך שהן שקריות או מתוך התעלמות פיזיה מהאמת ("reckless disregard").⁶³

60 עניין מסמכי הפנטגון, לעיל ה"ש 57.

61 Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 388.

62 שם, בעמ' 389; *Thomas v. Chi. Park Dist.*, 534 U.S. 316 (2001).

63 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279–280 (1964). בשנת 2021 החליט בית המשפט העליון האמריקאי ברוב דעות שלא לשמוע ערעור של איש ציבור שביקש לקרוא תיגר על הלכה זו (ראו *Berisha v. Lawson* 141 S. Ct. 2424 (2021)).

הסתה, אימים ותועבה: חריגים מבוססי תוכן

כאמור, הדין האמריקאי מכיר בכמה חריגים לעיקרון שלפיו הגבלות מבוססות תוכן כפופות לביקורת מחמירה. כאשר חריגים אלה מתקיימים הביטוי הנדון איננו מוגן. עם זאת, אופיים המצומצם של חריגים אלה משקף אף הוא את הרתיעה האמריקאית מפני הגבלות מבוססות תוכן על ביטוי. החריגים העיקריים הם אלה:

א. הסתה לאלמות או לפעילות בלתי חוקית: בשנת 1969 קבע בית המשפט העליון האמריקאי שחופש הביטוי כולל את הזכות לתמוך באלמות או בפעילות בלתי חוקית, וכן להתאסף עם אחרים כדי להביע עמדות אלה, אלא אם הדברים נועדו להסית לפעילות בלתי חוקית מיידית, וקיימת הסתברות (likely) למימוש סכנה זו:

Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.⁶⁴

מעניין לשים לב שאף שהפסיקה בישראל קבעה שיש להעניק משקל גדול במיוחד לחופש הביטוי כאשר מדובר בחביעות דיבה המוגשת בידי אישי ציבור (ראו למשל עניין **אבנרי נ' שפירא**, לעיל ה"ש 14), לא אומץ בישראל מבחן נוקשה דוגמת זה שנקבע בארצות הברית (ראו שחר טל "אימת הדיבה: מפת התריצים להגשת תביעות SLAPP בישראל" **משפטים** מה 515, 544-545 (תשע"ו)). לאחרונה הושמעו קריאות לפתח בישראל דוקטרינות מתאימות למיגור התופעה הגוברת של "חביעות השתקה" – חביעות דיבה שמטרתן להשתיק ביקורת בנושאים שיש בהם עניין ציבורי, בין אם הוגשו בידי אישי ציבור ובין אם בידי גורמים פרטיים. ראו רחל ארידור הרשקוביץ ותהילה שוורץ אלטשולר **חביעות השתקה: מאפיינים, סכנות ודרכי התמודדות** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2022); כן ראו אבנר פינצ'וק "משתיק קול: משפט דיבה כאיום על חופש הביטוי" (האגודה לזכויות הישראל בישראל, 2013).

64 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). מבחן זה צמצם למעשה את מבחן *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 בעניין *1*. (1919), אשר הוזכר בין היתר בפרשת **קול העם (לעיל ה"ש 1)**.

באותו עניין בוטלה הרשעתו של אדם שהורשע ב"סינדקליזם פלילי" בעקבות דברים שנשא לפני קבוצה של הקו־קלוקס־קלאן באוהיו.

ב. "איומים אמיתיים": חריג נוסף עוסק ב"איומים אמיתיים" – דברים שבהם הדובר מביע כוונה רצינית לנהוג באלימות בלתי חוקית כלפי אחר.⁶⁵ ביישום של חריג זה דאגו בתי המשפט להבהיר, בין היתר, כי "דברי הפרזה פוליטיים" (political hyperbole) אינם בגדר איומים אמיתיים.⁶⁶ הדובר אינו צריך להתכוון לממש את האיום בפועל, אבל על התביעה להוכיח שהוא התכוון להעביר איום ממשי.⁶⁷

ג. תועבה: ככלל, פורנוגרפיה חוסה תחת חופש הביטוי בארצות הברית, אולם פורנוגרפיית ילדים וכן פרסומים העולים כדי "תועבה" אינם זוכים להגנה חוקתית.⁶⁸ לפי המבחן השולט, חומר יכול להיחשב "תועבה" רק אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים: (1) האדם הממוצע, המיישם אמות מידה קהילתיות עכשוויות, ימצא שהיצירה, בהתחשב במכלול, מגשימה אינטרס של תאווה בשרים; (2) היצירה מתארת באופן פוגעני בעליל התנהגות מינית המוגדרת ספציפית בחוק; (3) היצירה בכללותה חסרת ערך ספרותי, אומנותי, פוליטי

65 עניין *Black*, לעיל ה"ש 39. להרחבה על אופן יישום חריג זה ראו Kevin Francis O'Neill, *True Threats*, THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (June 2017) (להלן: *O'Neill, True Threats*); Kelso, *O'Neill, True Threats*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 331-336.

66 כך למשל, בשנת 1969 ביטל בית המשפט העליון את הרשעתו של אדם שצעק בהפגנה שאם יאלצו אותו לשאת נשק, האדם הראשון שיבקש לכוון אליו הוא הנשיא ג'ונסון. בית המשפט קבע שמדובר ב־political hyperbole ולא באיום אמיתי (עניין *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969), מובא אצל *O'Neill, True Threats*, לעיל ה"ש 65).

67 שם. בעבר אימצו בתי המשפט מבחן אובייקטיבי, הבוחן אם אדם סביר היה רואה בדברים כוונה רצינית לפגוע באחר (Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 331). עם זאת, ניטשה מחלוקת בין הערכאות השונות בשאלה מאיזו נקודה מבט יש לבחון את הביטוי – דהיינו אדם סביר העומד בנעליו של הדובר, או שמא אדם סביר העומד בנעליו של הנמען (שם). מסתמנת בפסיקה גם גישה שלפיה יש לבחון את כוונת הדובר על פי סטנדרט סובייקטיבי, הבוחן את כוונתו הממשית (*O'Neill, True Threats*, לעיל ה"ש 65).

68 David L. Hudson, Jr., *Obscenity and Pornography*, THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (2009)

או מדעי רציני.⁶⁹ רק לעניין התנאי הראשון רשאי חבר מושבעים להחיל את הסטנדרטים של המדינה הספציפית שבה המקרה נדון (להבדיל מהסטנדרטים הלאומיים הכלליים של ארצות הברית).⁷⁰ התנאי השני נבחן לפי "מבחן האדם הסביר". לגבי התנאי השלישי, בית המשפט הבהיר במרוצת השנים כי השאלה אם יש ליצירה ערך פודה היא שאלה משפטית, ולא שאלה עובדתית הנתונה להכרעת חבר מושבעים.⁷¹

ד. *Fighting Words* – דוקטרינת "המילים הלוחמתיות" מאפשרת לממשלה להגביל ביטוי כאשר הוא עשוי לעורר אלימות מיידית או פעולת גמול מצד קהל היעד. דוקטרינה זו אומצה לראשונה בשנת 1942, במקרה שעסק באדם שקילל איש אכיפת חוק,⁷² אך מאז היא צומצמה במידה ניכרת. כך למשל, בשנת 1972 קבע בית המשפט שקללות שאישה צעקה לעבר שוטרים שעצרו את בנה אינן בגדר "מילים לוחמתיות".⁷³ בפרשה נוספת משנת 1973 נפסק כי הצהרה במהלך הפגנה נגד מלחמה שלפיה "ניקח את הרחוב המזוין אחר כך" הייתה מוגנת חוקתית משום שהמילים לא כוונו לאף אחד במיוחד.⁷⁴ עם זאת, עדיין נעשה שימוש בדוקטרינה זאת לעיתים בערכאות נמוכות יותר, בין היתר בהקשר של התבטאויות קשות המופנות נגד שוטרים.⁷⁵ שימוש זה ספג ביקורת, בין היתר, בשל ההשפעה המוגברת שלו על מיעוטים והאפליה הגזעית התוצאתית הטמונה בו.⁷⁶

69 Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 346. המבחן נקבע בפרשה *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

70 ש.ם.

71 ש.ם, בעמ' 347.

72 J. Michael Bitzer, *Fighting Words*, THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (2009). הדוקטרינה אומצה בעניין *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

73 Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 342. המקרה המדובר הוא *Lewis v. New Orleans*, 408 U.S. 913 (1972).

74 ש.ם. המקרה המדובר הוא *Hess v. Indiana*, 414 U.S. 105 (1973).

75 ש.ם, בעמ' 342.

76 ש.ם, בה"ש 324.

נוסף על חריגים אלה יש קטגוריות צרות נוספות של ביטויים המוחרגים מהכלל האוסר על הגבלות מבוססות תוכן, ובהם לשון הרע (בייחוד נגד אנשים פרטיים) ומרמה.⁷⁷ כמו כן, בית המשפט הכיר באפשרות למנוע פרסומים שמהם נשקפת סכנה חמורה ומיידית מהסוג שעמד לדיון בעניין **מסמכי הפנטגון** – אך זאת במקרים חריגים מאוד.⁷⁸ חשוב להדגיש שכאמור לעיל, גם לגבי חריגים אלה, הפעלה מפלה שלהם על בסיס נקודת מבט תביא ככל הנראה לפסילת המעשה השלטוני. בניגוד למרבית הדמוקרטיות האחרות, ארצות הברית איננה מכירה בהסתה לגזענות או בביטויי שנאה (hate speech) כקטגוריה המצדיקה כשלעצמה הגבלות על חופש הביטוי – וכפי שראינו, במקרים אחדים הפסיקה התייחסה לניסיונות להגבילה כאפליה על בסיס נקודת מבט.⁷⁹

ביטוי הזוכה להגנה בינונית

כפי שראינו, הגבלות על ביטוי שאינן קשורות לתוכנו נבדקות לרוב על פי סטנדרט נמוך יותר, המכונה היום "ביקורת בינונית" (intermediate scrutiny). בניגוד לביקורת מחמירה, שנועדה להגביל מאוד את שיקול הדעת של בית המשפט, ושמובילה לרוב לפסילת ההגבלה, בביקורת בינונית בית המשפט בודק אם ההגבלה העומדת על הפרק משרתת אינטרס ציבורי חשוב או משמעותי ואם היא מכבידה על חופש הביטוי מעבר לנדרש (תנאי הכולל בדיקת השאלה אם נותרו ערוצים חלופיים אפקטיביים להשמעת המסרים).⁸⁰ רגולציה ניטרלית לתוכן שעוסקת בזמן, מקום ודרך (time, place and manner) היא דוגמה לרגולציה הכפופה לסטנדרט זה. בהתאם לכך, בית המשפט אישר הגבלות כלליות על תליית מודעות על רכוש ציבורי והוראה המחייבת מוזיקאים המופיעים בפארק ציבורי להשתמש בצידוד ובטכנאי של העירייה.⁸¹ כפי שראינו, גם איסורים כלליים

77 ראו עניין *Alvarez*, לעיל ה"ש 33 בחלק II לפסק דינו של השופט קנדי.

78 ש.ס.

79 באופן דומה, הגישה האמריקאית – בניגוד לגרמנית – אינה מאפשרת הטלת הגבלות על החבטאות המכחישות את השואה.

80 *Kelso*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 293.

81 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 54.

הגוררים הגבלות עקיפות על ביטוי בהתנהגות עשויים להיבחן על פי סטנדרט בינוני, אם בית המשפט משתכנע שהחוק נועד לשרת תכלית שאיננה קשורה לביטוי עצמו.⁸²

ביטוי מסחרי הוא דוגמה נוספת לביטוי הזוכה להגנה בינונית. עד שנות השבעים דבק בית המשפט העליון בארצות הברית בעמדה שלפיה ביטוי מסחרי אינו מוגן מכוח התיקון הראשון לחוקה. בפסק דין מרכזי שניתן בשנת 1976 קבע בית המשפט לראשונה כי גם כאשר מדובר בביטוי מסחרי – קרי ביטוי אשר אינו מציע יותר מאשר עסקה מסחרית – חשוב להגן על זרימה חופשית של מידע ועל יכולתם של צרכנים לקבל מידע.⁸³ עם זאת, בית המשפט הבהיר כי בניגוד לביטוי פוליטי, ביטוי מסחרי יכול להיות כפוף למבחני אמת. בשנת 1980 קבע בית המשפט את המבחן שמשמש עד היום לבחינת פגיעות בביטוי מסחרי (Central Hudson test): בשלב הראשון בית המשפט בודק אם הביטוי מרמה או עוסק בפעילות בלתי חוקית. אם התשובה חיובית – הבחינה החוקתית נעצרת והתיקון הראשון אינו חל. אם התשובה שלילית מוחלטת ביקורת בינונית, שבמסגרתה בית המשפט בודק אם הרגולציה משרתת אינטרס ציבורי משמעותי באופן ישיר, ואם היא עולה על הנדרש.⁸⁴ מבחן הדטון המרכזי הוא סוג של בדיקת ביניים, שכן

82 Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 297. כן ראו Ward et al. v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989); Members of the City Council of Los Angeles v. Taxpayers, 466 U.S. 789 (1984). קלטו מציין כי ההבחנה בהקשר זה בין התנהגות לביטוי אינה תמיד ברורה, אך אפשר לדלות את המאפיינים העיקריים שלה מפסיקות בית המשפט. למשל, בעניין Barnes v. Glen Theatre, Inc., 501 U.S. 560 (1991) נקבע כי ריקוד בעירום חוסה תחת התיקון הראשון לחוקה כאשר הוא נועד להוות "ביטוי אירוטי". עם זאת, בית המשפט אישר איסור על כך שנגזר מאכיפתו של חוק כללי שאסר על עירום בציבור, לאחר שקבע שהוא משרת אינטרס ציבורי כללי שאינו קשור לביטוי עצמו. דוגמה נגדיה לכך, מהשנים האחרונות, היא פרשת Pickup v. Brown, 728 F.3d 1042 (9th Cir. 2013), שבה קבע בית משפט פדרלי כי חוק בקליפורניה האוסר על ספקי בריאות הנפש (עם רישיון מהמדינה) לטפל בחולים מחתח לגיל 18 בטיפולי המרה לשינוי נטייה מינית הוא הגבלה של התנהגות, ולא של ביטוי (Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 323–324).

83 David Schultz, *Commercial Speech*, THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (2009). פסק הדין הוא Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U.S. 762 (1976).

84 David L. Hudson Jr., *Central Hudson Test*, THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (2017).

הממשלה צריכה רק להציג אינטרס ממשלתי "משמעותי", ולא אינטרס ממשלתי "חיוני ודוחק" כמו בנייתו מסוג ביקורת מחמירה. יתרה מכך, הממשלה אינה חייבת להראות שהאמצעי שנבחר הוא הכי פחות פוגעני.⁸⁵ הנכונות המוגברת לאפשר פגיעה בחופש הביטוי המסחרי בשל תוכנו מבוססת בין היתר על ההנחה שמאחר שהוא נועד לרוב לשרת אינטרסים כלכליים של הדובר, החשש שמא יצונן על ידי רגולציה רחבה מדי מטריד פחות.⁸⁶

ביטוי הזוכה לרמת הגנה נמוכה יותר

יש כמה הקשרים שבהם חופש הביטוי זוכה להגנה נמוכה בלבד. למשל, הפסיקה מכירה בכך שלממשלה סמכות מוגברת להטיל רגולציה על ביטוי במרחבים לא ציבוריים השייכים לשלטון. במרחבים אלה הגבלות על חופש הביטוי נבחנות על פי סטנדרט הבוחן את סבירות ההחלטה או את הרציונליות שלה.⁸⁷ כך למשל, בעניין *Greer v. Spock* (1976) אישר בית המשפט תקנות האוסרות על נאומים והפגנות בעלות אופי פוליטי בבסיסים צבאיים, ואוסרות הפצת ספרות ללא אישור של המטה.⁸⁸ יש לציין, עם זאת, כי גם במקומות כאלה, אפליה על בסיס נקודת מבט (להבדיל מהגבלה נושאית כללית יותר) תגרור ביקורת מחמירה.⁸⁹ סטנדרט דומה מוחל, כפי שראינו, גם לגבי מימון ממשלתי שנועד לסייע לפרטים לממש את חופש הביטוי – במקרים כאלה הגבלות נושאיות כלליות גוררות סטנדרט ביקורת נמוך.⁹⁰

85 שם.

86 *Kelso*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 373; *Central Hudson Gas and Elec. v. Pub. Serv.* Comm'n, 477 U.S. 577, 564 n.6 (1980)

87 ראו *Kelso*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 308-311. קלטו מסביר כי בית המשפט לא הבהיר עד הסוף אם מדובר בבדיקה סבירות או בבדיקה שמסתפקת בבחינת רציונליות ההחלטה. כך או כך, מדובר בסטנדרט נמוך מאוד במשפט החוקתי האמריקאי.

88 *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976); ראו *Kelso*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 310.

89 שם, בעמ' 295.

90 שם, בעמ' 316.

הגישה האמריקאית לחופש העיתונות

חופש העיתונות מוזכר במפורש בתיקון הראשון לחוקה, והפסיקה האמריקאית עמדה במרוצת השנים על חשיבות חופש זה בדמוקרטיה. ההלכות שעוסקות במניעה מוקדמת של ביטוי ושמקשות על תביעות לשון הרע של אישי ציבור נועדו להבטיח קיומה של תקשורת חופשית ובוועטת, שיכולה למלא את ייעודה ללא מורא. עם זאת, הגנות אלה חלות כלפי כולי עלמא, ואינן מוגבלות רק למי שמוגדרים כ"עיתונאים"⁹¹. כמו כן, בניגוד לגרמניה, ההכרה בחופש העיתונות בארצות הברית אינה מתפרשת כמטילה חובות הסדרה אקטיביות על המדינה.

כך למשל, בית המשפט העליון האמריקאי נמנע עד היום מהכרה בחיסיון העיתונאי כעיקרון חוקתי.⁹² ההגנה על סודות מקורותיהם של עיתונאים מעוגנת, עם זאת, בהסדרים סטטוטוריים ("חוקי מגן", "shield laws") שאמצו כמעט בכל המדינות (אף כי לא ברמה הפדרלית). חלק מחוקים אלה מגדירים מיהו "עיתונאי"⁹³.

91 כן למשל קבע בית המשפט בפסק הדין *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972) (להלן: עניין *Branzburg*):

Freedom of the press is a "fundamental personal right" which "is not confined to newspapers and periodicals. It necessarily embraces pamphlets and leaflets [...] The press in its historic connotation comprehends every sort of publication which affords a vehicle of information and opinion." [...] The informative function asserted by representatives of the organized press in the present cases is also performed by lecturers, political pollsters, novelists, academic researchers, and dramatists (pp. 704–705).

92 Jane E. Kirtley, *Shield Laws*, FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (2020). בעניין *Branzburg*, שם, בית המשפט קבע כי אין בתיקון הראשון כדי לאפשר לעיתונאי לטרום להופיע לפני חבר מושבעים מסוג grand jury. עם זאת, מדובר בפסק דין שניתן ברוב של חמישה שופטים נגד ארבעה, ואחד משופטי הרוב – השופט Powell – טרח להבהיר כי לטעמו יש להבין את קביעת פסק הדין כמוגבלת לנסיבות המקרה הספציפי. לשיטתו, לעיתונאים עדיין עשוי לעמוד סעד שיפוטי במקרה של דרישה בלתי מוצדקת מצד רשויות המדינה למסור מידע, למשל כאשר אין קשר בין הדרישה לבין אינטרס לגיטימי באכיפת החוק. לדבריו, יש לבחון כל מקרה לגופו, תוך איזון בין חופש העיתונות ובין חובתם הכללית של אזרחים למסור עדות רלוונטית בהקשרים פליליים. לדיון מעמיק בחיסיון העיתונאי בדין המשווה ובישראל ראו שירן ירוסלבסקי קרני ותהילה שוורץ אלטשולר הסדרת החיסיון העיתונאי (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

93 Kirtley, לעיל ה"ש 92.

באופן דומה, החוקה לא פורשה כמחייבת נקיטת צעדים אקטיביים למניעת ריכוזיות בתקשורת או להבטחת גיוון בשידור. נציבות התקשורת הפדרלית (FCC, Federal Communications Commission) הנהיגה בעבר "דוקטרינת הגינות", אשר חייבה בעלי רישיונות שידור להציג נושאים שנויים במחלוקת בעלי עניין ציבורי באופן שמשקף דעות שונות באופן הוגן. בית המשפט אישר את חוקתיותם של כללים מעין אלה כיוון שתדרי שידור הם משאב מוגבל.⁹⁴ עם זאת, הדוקטרינה בוטלה בשנות השמונים ומאז לא חודשה. כלל נוסף של ה-FCC, שעדיין נמצא בתוקף, מחייב גופי שידור להעניק "זמן שווה" לשידורים מטעמים של מועמדים פוליטיים שונים.⁹⁵

חופש הביטוי והרשתות החברתיות

ככלל, זכויות חוקתיות חלות בדין האמריקאי במערכת היחסים שבין הפרט לשלטון ולא ביחסים שבין גורמים פרטיים (עיקרון המכונה "דוקטרינת הפעולה השלטונית", ובאנגלית: State Action Doctrine). לכן, לכאורה, על היכולת של השלטון להתערב בנעשה ברשתות החברתיות מוטלות הגבלות משמעותיות. ואולם בית המשפט העליון האמריקאי טרם הכריע בסוגיה זו – ומדעת מיעוט של ארבעה שופטים בהחלטת ביניים שניתנה במאי 2022 עולה כי לפחות אחדים משופטי בית המשפט העליון אינם משוכנעים באשר לגישה החוקתית הראויה בסוגיה זו.⁹⁶ נוסף על כך, בשנים האחרונות ניתנו פסיקות סותרות על ידי בתי משפט פדרליים לערעורים במדינות שונות בארצות הברית.

התיק שבו ניתנה החלטת הביניים הנזכרת של בית המשפט העליון עסק בשאלת חוקתיותו של חוק מדינתי בטקסס אשר אסר על רשתות חברתיות גדולות (עם יותר מ-50 מיליון משתמשים פעילים בארצות הברית) לצנזר תכנים על בסיס נקודת מבט, חייב אותן לגלות מידע מסוים לציבור על שיטות הפעולה שלהן

⁹⁴ ראו Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission, 395 U.S. 367 (1969)

⁹⁵ ראו Shannon K. McCraw, *Equal Time Rule*, FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (2009)

⁹⁶ ראו NetChoice v. Paxton 596 U.S. ___ (2022)

ולייסד מנגנון ערעור על החלטות הסרה של תכנים.⁹⁷ החלטת הביניים פסלה החלטה של בית משפט פדרלי לערעורים – זו השעתה זמנית צו ביניים של שופט בערכאה נמוכה יותר, שאסר על הפעלת החוק בשל היותו בלתי חוקתי לכאורה. העניין הוחזר לבית המשפט לערעורים כדי שידון בתוקף צו הביניים לגופו. למעשה, מהחלטת הביניים של בית המשפט העליון עולה כי רוב השופטים סבורים שהחוק הוא אכן בלתי חוקתי על פי הדין הקיים. עם זאת, בחוות דעת שאליה הצטרפו השופטים גורסץ (Gorsuch) ותומאס (Thomas), השופט אליטו (Alito) הדגיש את השינוי הדרמטי שחל בעולם התקשורת בעידן הרשתות וקבע שלא ברור כלל שדין החוק להיפסל (השופטת קגן (Kagan) הצביעה אף היא עם המיעוט, אך ללא נימוקים).

בספטמבר 2022, בית המשפט הפדרלי לערעורים ביטל שוב את צו הביניים (הפעם לא באופן זמני), לאחר שקבע שהחוק אינו בלתי חוקתי לכאורה.⁹⁸ בין היתר, בית המשפט ביסס את פסק דינו על הקביעה שיש לראות ברשתות החברתיות הגדולות "common carriers" – קרי, גופים דוגמת חברות טלפוניה אשר מספקים שירותי תקשורת לציבור הרחב ונכפפים לרגולציה מיוחדת. כמו כן, בית המשפט הצביע על כך שהחוק עצמו אינו פוגע בחופש הביטוי על בסיס נקודת מבט. לדבריו, "החוק אינו מצנן ביטוי; אם כבר, הוא מצנן צנזורה".⁹⁹

פסיקה חדשה סותרת של בית המשפט הפדרלי לערעורים ל־circuit ה־11 ממאי 2021 השעתה את תוקפו של חוק דומה שאומץ בפלורידה,¹⁰⁰ ובספטמבר 2023, בית המשפט העליון האמריקאי החליט לדון בשאלת חוקתיותם של חוקים אלה, והנושא עדיין תלוי ועומד בפניו. ברקע הדיון בארצות הברית עומד גם סעיף 230 לחוק ההגיונות בתקשורת (Communications Decency Act),¹⁰¹ הקובע שאין

97 שם.

98 ראו NetChoice v. Paxton (5th Circuit, Sept. 16, 2022).

99 שם, בעמ' 7.

100 NetChoice, LLC v. Att'y Gen., Fla., 2022 WL 1613291 (11th Cir. May 23, 2022).

101 "Decency" בהקשר זה משמעו התנהלות ראויה ומכובדת, בייחוד בהקשר המיני.

לראות בבלטפורמות "דוברים" או "מפרסמים" לעניינו של תוכן שמפורסם אצלן בידי גורם שלישי. למעשה, מדובר בהוראה הפוטרת את הרשתות מאחריות לרשומות של משתמשים.¹⁰² הסעיף גם מעניק לפלטפורמות פטור מאחריות אזרחית בגין החלטות הסרה שקיבלו בתום לב.¹⁰³

הזכות להפגין וחופש ההתאגדות במשפט החוקתי האמריקאי

התיקון הראשון לחוקה מגן בצורה מפורשת גם על הזכות להפגין (the right to peaceably assemble). העקרונות שפורטו לעיל בנוגע להגנה על חופש הביטוי חלים, בשינויים המחויבים, גם לעניין זה. הגבלות תוכניות, או כאלה הכרוכות באפליה בשל נקודת מבט, נחשדות כבלתי חוקתיות וכפופות לביקורת מחמירה. לעומת זאת, הגבלות ניטרליות הנוגעות לזמן, המקום והאופן של מימוש הזכות נבחנות לפי סטנדרט בינוני. משמעות הדבר שעל ההגבלות להיות מותאמות באופן צר לקידום אינטרס ממשלתי משמעותי, ולהותיר ערוצים חלופיים להשמעת המסרים.¹⁰⁴ בין היתר נבחנת השאלה אם המפגינים יכולים לקיים את האירוע במקום נגיש שבו צפוי לעבור הקהל המיועד.¹⁰⁵

במסגרת זו הכירה הפסיקה בחוקתיותם של משטרי היתרים, אם הם עומדים במבחנים אלה.¹⁰⁶ דרישה לקבלת היתר מוקדם אינה נחשבת מניעה מוקדמת

102 U.S.C. § 230 47

103 ראו סעיף 230(2)(c):

(2) No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of (a) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected.

104 Kevin Francis O'Neill, *Time, Place and Manner Restrictions*, THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA (2009)

105 ש.ם.

106 ראו Tabatha Abu El-Haj, *What Does the Constitutional Right of Assembly Protect? What Counts as "Peaceable"? And Who Should Decide?* JUST SECURITY (June 9, 2020)

פסולה.¹⁰⁷ השלטון גם רשאי להטיל אגרה במקרים המתאימים, כל עוד אין מדובר באפליה תוכנית. כך למשל, אי־אפשר להטיל אגרה גבוהה יותר כאשר מדובר במסר שנוי במחלוקת, המגדיל את הוצאות שמירת הסדר במקום; הגבלה כזאת נחשבת הגבלה מבוססת תוכן, ולכן פסולה.¹⁰⁸

בהתאם לכך, כאשר לממשלה יש הצדקה שהיא ניטרלית לתוכן ואשר מכוחה היא מטילה אגרה לפני מתן אישור לביטוי – כגון כדי להבטיח ששתי קבוצות לא יפגינו באותו זמן ובאותו מקום, או כדי להבטיח כי עלויות הניקוי ופינוי הפסולת שתצטבר במהלך אירוע מכוסות – בית המשפט מיישם סטנדרט ביניים של ביקורת.¹⁰⁹ כלומר בהפעלת ביקורת שיפוטית על הטלת אגרות הממשלה צריכה להוכיח כי: (1) הרגולציה והטלת האגרה משרתות תכלית חשובה וניטרלית לתוכן; (2) קיימים קריטריונים ברורים שאינם מותירים שיקול דעת רחב מדי לרשות הרישוי; (3) קיימים אמצעי הגנה פרוצדורליים, כגון ביקורת שיפוטית על תקני רישיון.¹¹⁰

חופש הביטוי בגרמניה

חופש הביטוי בגרמניה מעניין במיוחד, משום שאין לו המעמד המיוחד וההגנה התקיפה המאפיינים את המשפט האמריקאי. לעומת זאת, הזכות לכבוד אישי זוכה בדין הגרמני להגנה רחבה, לרבות בדמות עבירה כללית של העלבת אדם (שאינה קיימת בישראל). זאת ועוד, הפסיקה בגרמניה קשרה בין הכבוד האישי לכבוד האנושי, המוגן הגנה מוחלטת, ובכך העניקה לכבוד האישי מעמד חזק. בתנאים אלה אפשר לצפות שלחופש הביטוי יהיה מעמד חלש יחסית, וניתן

107 ש.ס.

108 Kelso, לעיל ה"ש 34, בעמ' 391. הלכה זו נקבעה בעניין Forsyth County v. Nationalist Movement, 505 U.S. 123 (1992)

109 ש.ס, בעמ' 390.

110 ש.ס.

למצוא ביטוי לכך בפסיקה ישנה של בית המשפט החוקתי. אולם פסיקה מאוחרת יותר פיתחה הגנה של ממש על חופש הביטוי. על אף ההבדלים בין הגישה הגרמנית לבין הגישה האמריקאית, גם בדין הגרמני ניכרת סלידה מיוחדת מהגבלות על ביטוי המכוונות נגד דעות או השקפות מסוימות. הדרישה החוקתית לעיגון הגבלות על חופש הביטוי ב"חוק כללי" פורשה על ידי בית המשפט הפדרלי לחוקה כאוסרת על אפליה על רקע דעה, וכמחייבת ככלל ניטרליות מצד המדינה כלפי האידיאולוגיה הספציפית המגולמת בהתבטאות.

הגישה הגרמנית לחופש הביטוי מעניינת גם לנוכח ההגנה המוסדית שהיא מעניקה לתקשורת ולשידור הציבורי, ולאור נכונות בית המשפט להטיל על המדינה חובות פוזיטיביות מהותיות למימוש הזכות הלכה למעשה – לרבות הסדרת שוק התקשורת. בניגוד לשיטה האמריקאית, אשר רואה בחופש הביטוי עיקרון אשר מגביל בעיקר את רשויות השלטון, השיטה הגרמנית מפרשת את הזכות כמגינה על פלורליזם רעיוני גם מפני גורמים פרטיים (עיקרון אשר כפי שנראה בהמשך הדברים משליך גם על הרשתות החברתיות).¹¹¹ לפי שיטה זו, עקרונות חוקתיים – לרבות חופש הביטוי – מייצרים מערכת ערכים המשפיעה על כל ענפי המשפט.¹¹² בעידן הדיגיטלי, שבו גם חברות ענק פרטיות עלולות לאיים איום של ממש על חופש הביטוי, ושבו הסדרה חיובית של שוק התקשורת עשויה להיות חיונית כדי לאפשר לתקשורת לממש את ייעודה, המקרה הגרמני עשוי להיות דוגמה מלמדת.

חופש הביטוי וחופש העיתונות, יחד עם זכויות וחירויות נוספות, מעוגנים בסעיף החמישי לחוק היסוד של הרפובליקה הפדרלית של גרמניה:

1. לכל אדם יש זכות לבטא ולהפיץ בחופשיות את דעותיו בדיבור, בכתיבה ובתמונות, ולקבל מידע באין מפריע ממקורות הנגישים לכלל.

111 ראו לעניין זה ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 54 (2007)

112 שם, בעמ' 62. דוקטרינה זו, הטוענת כי לזכויות חוקתיות גם השלכות עקיפות "אופקיות" על היחסים בין פרטים, הוכרה בפרשת Lüth המפורסמת, BVerfGE 7, 198, Jan. 15, 1958

יובטח חופש העיתונות וחופש הדיווח באמצעות שידורים וסרטים. אין צנזורה.

2. זכויות אלה יוגבלו על ידי הוראותיהם של חוקים כלליים, על ידי הוראות להגנה על בני נוער ועל ידי הזכות לכבוד אישי.

3. אומנות ומדע, מחקר והוראה יהיו חופשיים. חופש ההוראה לא ישחרר איש ממחויבות לחוקה.¹¹³

המודל המוצג לעיל מעגן במפורש היבטים נגזרים של חופש הביטוי, כגון קולנוע ושידור, ואף כולל התייחסות לאיסור צנזורה על אלה, נוסף לעיגון חופש האומנות, המדע, המחקר וההוראה. לצד אלה גם מעוגנת הזכות לקבלת מידע. בהמשך נעמוד על נוסחות האיזון המיושמות בפועל בידי בתי המשפט.

כבר כעת יש להבהיר כי הגישה הגרמנית למעשה מפרידה ומבחינה בין הזכויות המעוגנות בתת־הסעיף הראשון לזכויות המעוגנות בתת־הסעיף השלישי (דהיינו חופש האומנות, המדע, המחקר וההוראה).¹¹⁴ משמעות ההבחנה, כפי שעמד עליה בית המשפט החוקתי הפדרלי בשנת 1971, היא שתת־הסעיף השני, המאפשר הגבלה של חופש הביטוי בהתאם לתנאים הקבועים בו, חל על הזכויות המובטחות בסעיף הראשון אך לא על הזכויות בסעיף השלישי, אשר מובטחות, לכאורה, ללא סייג בדין.¹¹⁵ ואולם בהמשך נראה כי אפשר בכל זאת להגבילן. יש בכך כדי לבסס את חופש המדע וחופש האומנות כזכויות עצמאיות, ולא כמקרים פרטניים של חופש הביטוי הכללי. גם במסגרת תת־הסעיף הראשון, חוק היסוד הגרמני מעניק הגנה מפורשת לכמה זכויות נפרדות, לרבות הזכות לקבל מידע באופן חופשי ממקורות נגישים. האיסור על צנזורה הקבוע בסעיף, שמשמעותו

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [The Constitution of the Federal Republic of Germany], section 5 113

Oliver Jouanjan, *Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany*, 84(3) INDIANA LAW JOURNAL 867 (2009) 114

BVerfGE 30, 173, Feb. 24, 1971; 868 שם, בעמ' 115

שאסור להטיל הגבלות מינהליות כלשהן על פרסום מוקדם של ביטוי, איננו מסויג; אך אין בו כדי למנוע צווי מניעה שיפוטיים.¹¹⁶

חתי-הסעיף הראשון: דעה לעומת עובדה ואמת לעומת שקר

כעולה מנוסח סעיף 5 המצוטט לעיל, הזכות לחופש הביטוי בגרמניה מתמקדת במה שמכונה "חופש הדעה". על כן, אחת הסוגיות המרכזיות שעמדו לפני בית המשפט בפרשנות הזכות ובקביעת היקף פרישתה היא השאלה אם היא משתרעת על הצהרות עובדתיות שאינן בגדר הבעת דעה.

בהקשר זה קבע בית המשפט כי מטרת הסעיף היא להגן על זכותו של אדם לגבש ולהציג עמדות באופן חופשי, בלי שום קשר לשאלה אם הן סבירות, מבוססות או בעלות ערך.¹¹⁷ אומנם הצהרות עובדתיות גרידא אינן בגדר דעות, אך גם הן זוכות להגנה חוקתית ככל שהן תורמות לתהליך המוגן של גיבוש דעות. טענה עובדתית שאינה תורמת לתהליך זה – למשל כזו שהוכחה כבלתי נכונה או שהופצה בידיעה שהיא שקרית – עשויה שלא להיות מוגנת.¹¹⁸ עם זאת, בית המשפט הבהיר כי יש לאמץ פרשנות מרחיבה של המושג "דעה", המשתרעת למעשה על כל אמירה הבאה לנקוט עמדה או לבטא אמונה מסוימת – גם כאשר כרוכות בה טענות עובדתיות.¹¹⁹ כאשר אי-אפשר להפריד בין המרכיב העובדתי

116 BARENDT, לעיל ה"ש 111, בעמ' 60-61.

117 CHRISTIAN BUMKE AND ANDREAS BOMBA, BVerfGE 61, 1, June 22, 1982
VOSSKUHL, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: INTRODUCTION, CASES, AND PRINCIPLES 160 (2019)

118 שם.

119 ראו שם, בעמ' 160:

In this context, the definition of "opinion" [...] should generally be interpreted broadly: As soon as a statement shows the characteristics of staking out a position, supporting a point of view, or articulating beliefs, it falls within the scope of protection of the fundamental right. This will also be the case when these elements, as is commonly the case, are connected to or combined with elements of a statement of fact or with factual

למרכיב ההערכתי (הדעה) שבהתבטאות מסוימת מבלי שמשתבשת משמעות ההצהרה, בית המשפט יראה בה הבעת דעה ועל כן היא נופלת בגדר ההגנה של חופש הביטוי, שכן אחרת תוגבל מאוד ההגנה על חופש הדעה.¹²⁰ כמו כן, טענות עובדתיות כלליות או עמומות עשויות להיות מסווגות כהבעות דעה.¹²¹

בשנת 1994 עמדה לפני בית המשפט החוקתי בגרמניה השאלה אם הכחשת השואה היא ביטוי להגנה מכוח החוקה.¹²² התובע באותו עניין היה חבר במפלגה הלאומית הדמוקרטית של גרמניה (NPD), מפלגת ימין קטנה שאינה מיוצגת בבונדסטאג, הפרלמנט הפדרלי. ה־NPD תכננה פגישה פומבית בעיר מינכן שבה התובע היה אמור לטעון ל"סחיטה" היהודית לכאורה של הפוליטיקה הגרמנית באמצעות ניצולי השואה. הרשויות המוניציפליות של מינכן, שקיבלו הודעה על האספה המתוכננת, הוציאו צו האוסר על התובע ודוברים אחרים

claims - at least when the opinion and the factual claim cannot be separated, and the factual element is subordinate to the value judgement. If the factual element were to be seen as decisive in such a case, the fundamental protection of the right to freedom of opinion could be significantly curtailed.

120 Jouanjan, לעיל ה"ש 114, המפנה לפסק הדין, BVerfGE 90, 241, Apr. 19, 1994.

121 כך למשל נקבע שהטענה שמפלגה שמרנית (ה־CSU) היא ה־NPD של אירופה" היא בגדר הבעת דעה (BVerfGE 90, 241, לעיל ה"ש 120). בדומה לכך, נקבע כי הטענה שחוות דעה משפטית של עובדה עירייה מסוימת בנוגע לפליט התעלמה מהעובדות באופן מכוון ורצוני היא בגדר הבעת דעה (value judgement) החוסה תחת סעיף 5 לחוקה (BverfG, 1 BvR 444/13, July 24, 2013). בעניין נוסף, שנדון בשנת 2018, ביטל בית המשפט הרשעתו של אדם שפרסם ביוטיוב הרצאה שבה נטען בין היתר כי ההליכים שנוהלו נגד הנאצים התבססו על עדויות כוזבות, וכי אנשים הגיעו למחנות הריכוז באופן וולונטרי (BverfG, 1 BvR 2083/15, June 22, 2018). בית המשפט קבע שמדובר בטענות עובדתיות "עמומות" הקשורות להצהרות ערכיות, ועל כן מכוסות על ידי הזכות לחופש הביטוי (שם, בפס' 20), והדגיש כי "חופש הביטוי מכסה גם התבטאויות דוחות ופוגעניות באופן מובהק, וכן אמירות שנועדו להיות פרובוקטיביות, שאינן מבוססות מדעית ושמבקשות לחתור תחת הערכים היסודיים של החברה שלנו" (שם, בפס' 26). לעומת זאת, בית המשפט אישר הרשעתו של אישה אשר פרסמה סדרה של מאמרים שבהם התיימרה להציג ראיות חדשות המוכיחות שהשואה לא התרחשה (BverfG, 1 BvR 673/18, June 22, 2018).

122 BVerfGE 90, 241, לעיל ה"ש 120.

להכחיש את רדיפת היהודים והשוואה. בתגובה טען התובע כי יש בכך פגיעה קשה בחופש הביטוי המובטח לו מכוח החוקה.

באותו עניין קבע בית המשפט החוקתי כי הצהרות עובדתיות אינן בגדר הבעת דעה, משום שקיים יחס אובייקטיבי בינן לבין המציאות, ואפשר לבדוק את אמיתות תוכן. עם זאת, הצהרות עובדתיות אינן נופלות באופן מוחלט מחוץ לתחום ההגנה של סעיף 5 לחוקה. מאחר שדעות נשענות בדרך כלל על השערות עובדתיות או נוגעות למצבים עובדתיים, הרי שהצהרות עובדתיות אלו מוגנות גם כן, ככל שהן תנאי לגיבוש הדעות המוגנות.¹²³

דהיינו בית המשפט קבע שאומנם עובדות אינן הבעת דעה כפי שהיא מוגדרת בסעיף 5 לחוקה, אך ככל שהן חלק אינטגרלי בגיבושה של דעה, אף הן מוגנות מכוח אותו סעיף. משכך, ההגנה על קביעות עובדתיות מסתיימת בנקודה שבה הן חדלות לתרום דבר לגיבוש הדעה. עם זאת, דעה יכולה כמובן להתבסס על עובדות שקריות, ולכן קבע בית המשפט כי מידת ההגנה על דעה יכולה להיות תלויה באמיתות העובדות שעליהן היא מתבססת ויש לשקול זאת אל מול האינטרס העומד מנגד.¹²⁴ בית המשפט ציין כי "עם זאת, יש לציין כי בשאלות הנוגעות במהותן לציבור, קיימת חזקה לטובת חופש הביטוי".¹²⁵

תת-הסעיף הראשון: חופש העיתונות, השידור והדיווח

כפי שניכר מנוסח סעיף 5 המצוטט מעלה, החוקה הגרמנית מכירה באופן מפורש בחופש העיתונות ובחופש השידור. בפסיקותיו עמד בית המשפט על חשיבותה של תקשורת חופשית, שאיננה נשלטת בידי השלטון ואיננה כפופה לצנזורה, לקיומה של דמוקרטיה חופשית, והדגיש את תרומת התקשורת הן לקידומו של דיון ציבורי החושף את האזרח לדעות שונות והן לפיקוח על הרשויות.¹²⁶

123 שם, בפס' 27.

124 שם, בפס' 31.

125 שם.

126 BUMKE AND VOSSKUHLE, לעיל ה"ש 117, המפנה ל-BVerfGE 20, 162, 174, Aug.-5, 1966.

ההגנה המיוחדת על חופש העיתונות והשידור לא נועדה לפי התפיסה הגרמנית להעניק לעיתונאים ככאלה זכויות יתר בתחום חופש הדעה, אלא להבטיח שמירה על התנאים המוסדיים הדרושים כדי לאפשר לתקשורת לממש את ייעודה.¹²⁷ בהתאם לתפיסה זו, בית המשפט הפדרלי לחוקה קבע במרוצת השנים כמה עקרונות הנגזרים מההגנה החוקתית על חופש העיתונות והשידור:

● **העצמאות המוסדית של גופי התקשורת והשידור.** בית המשפט הדגיש כי "חופש העיתונות אינו רק תת־קטגוריה של חופש הדעה, שכן מעבר לכך הוא בא להגן גם על העצמאות המוסדית של התקשורת מרגע קבלתו של מידע ועד להפצתו בצורה של ידיעה חדשותית או הבעה של דעה".¹²⁸ עצמאות מוסדית זו משמעותה כי על גופי תקשורת ושידור להיות חופשיים משליטה שלטונית או מהשפעה בלתי ראויה אחרת.¹²⁹ היא מחייבת הגנה על הזכות להקים גופי תקשורת באופן חופשי ועל הזכות ליהנות מגישה חופשית למקצועות העיתונאיים,¹³⁰ וכן על זכותם של גופי תקשורת להחליט בעצמם, על פי אמות מידה עיתונאיות, מתי יש עניין ציבורי בפרסום.¹³¹

● **הגנה חוקתית על החיסיון העיתונאי.** במסגרת זו הוזכר גם החיסיון העיתונאי כעיקרון חוקתי הזוכה להגנה רחבה, אף כי לא מוחלטת.¹³² באחת הפרשות פסל בית המשפט צווי חיפוש בנימוק שלהלן:

127 BARENDT, לעיל ה"ש 111, בעמ' 423.

128 BVerfGE 10, 118, Oct. 6, 1959, המובא ב־Bumke and Vosskuhle, לעיל ה"ש 117, בעמ' 167. כן ראו BVerfG, 1 Bvz 1739/04, Dec. 10, 2010.

129 BARENDT, לעיל ה"ש 111, בעמ' 423. לדוגמה, עיתון עשוי להיות זכאי להגנה מפני לחצים כלכליים של גופי תקשורת אחרים (שם). גופי שידור זכאים מכוח הזכות לחופש השידור להגנה מפני השפעות שלטוניות או חיצוניות אחרות על בחירתן ועיצובן של תוכניות; ראו Bumke and Vosskuhle, לעיל ה"ש 117, בעמ' 169.

130 שם, בעמ' 168.

131 שם, בעמ' 166-167. בית המשפט קבע, למשל, שעיתונות בידור המדווחת על חייהן של דמויות ציבוריות מכוסה באופן עקרוני על ידי חופש העיתונות, ורק בשלב איזון האינטרסים אפשר לבחון את חשיבות העניין הציבורי (שם).

132 BARENDT, לעיל ה"ש 111, בעמ' 439.

הגנה זו מכסה גם את סודיות עבודת העריכה. החיסיון בעצם מונע מסוכנויות המדינה לצפות בתהליכי ייצור של הדיווחים או ההודעות החדשותיות המודפסות בעיתונות או המשודרות ברדיו. זכותו של עורך שלא לחשוף מקורות מידע מכסה גם מסמכים הנוגעים לארגון ואשר חושפים את תהליכי העבודה שלו, פרויקטים או זהות עובדי מחלקת העריכה שלו.¹³³

חוקתיותו של צו חיפוש או תפיסה, הפוגע בחיסיון העיתונאי, נבחנת על פי עקרון המידתיות.¹³⁴ בהקשר זה קבע בית המשפט, בין היתר, שחיפוש שנועד בעיקרו לחשוף מקור עיתונאי הוא פסול.¹³⁵ כמו כן קבע בית המשפט שלאור ההגנה החוקתית על החופש העיתונאי, אין בעצם חשיפתו של סוד מדינה כדי להקים חשד סביר נגד עיתונאי המצדיק הוצאת צו חיפוש.¹³⁶

133 BvR 1739/04 BVerfG 1, לעיל ה"ש 128. כן ראו BARENDT, לעיל ה"ש 111, בעמ' 60.

134 ראו למשל 1 BvR 1739/04, לעיל ה"ש 128. באותו מקרה נדונה החוקתיות של חיפוש במשרדה של תחנת רדיו, שבמסגרתו נתפסו מסמכים וצולמו שטחי התחנה. צו החיפוש ניתן לאחר שהתחנה השמיעה באחת מתוכניותיה הקלטות של שיחות טלפון בין דובר משרת המבורג לאדם שהזדהה בשיחות הטלפון כ"מר פ", שבמהלכן טען המתקשר כי שוטרים תקפו הפגנה וכי מפגינים נפצעו (פציעת המפגינים אושרה בהמשך בידי מוקד שליטה של המשטרה). המשרד הוסיף וביקר את התנהלות המשטרה ואפיין אותה כ"לא בוגרת במיוחד". בעקבות זאת הגישה הפרקליטות תלונה פלילית נגד הגוף המשרד, בחשד להפרת האיסור על האזנה סתר, מאחר שדובר המשטרה לא הסכים להקלטת שיחות הטלפון (זהו מאפיין של הדין הגרמני השונה מן הדין הישראלי). כחלק מההליכים שנפתחו קיבלה הפרקליטות אישור לביצוע צו חיפוש בשטח הרשות. בית המשפט קבע כי לא היה בכך איזון ראוי בין האינטרס בהעמדה לדין פלילי לבין חופש השידור, משום שבחי המשפט קמא העריכו יתר על המידה את האינטרס בהעמדה לדין הפלילי ככזה המצדיק אוטומטית פגיעה משמעותית בחופש השידור. שנית, בהערכת השפעת החיפוש לא הובאה בחשבון העובדה שמדובר במידים ציבורי וחברתי. נוסף על כך, בית המשפט קבע כי היה מקום לשקול במיוחד אם אפשר להגביל את החקירה לתחום פעילותם של עיתונאים בודדים, שכן ביצוע חיפוש בשטח תחנת רדיו מביא בדרך כלל לפגיעה בכלל יחסי הסודיות בין תחנת הרדיו לבין מקורות המידע שלה. לבסוף, לחיפוש בלתי מוגבל עשוי להיות אפקט מצנן על המוכנות של אותה מחלקת עיתונאים ואף של צוות עיתונאים אחר שלא היה מעורב במעשה לקיים דיווח ביקורתי על תפקוד הממשלה בעתיד.

135 BVerfGE 117, 244, Feb. 27, 2007

136 שם.

● **חובת המדינה לשמור על ניטרליות בהענקת תמיכות לגופי תקשורת פרטיים.** בית המשפט קבע כי המדינה רשאית להעניק תמיכות (בדמות סבסוד שירותי דיוור) לעיתונים מבלי להעניק סיוע דומה לפרסומים מסחריים שאינם תורמים לדיון הציבורי באותו האופן – ובלבד שהיא מקפידה על ניטרליות־תוכן ואינה מנצלת את הסבסוד כדי להעניק עדיפות לפרסומים המקדמים דעות או נטיות פוליטיות מסוימות.¹³⁷ בהקשר זה הכיר בית המשפט בזכותם של גופי תקשורת ליחס שווה מצד הרשויות בתחרות התקשורתית.

● **חובה חיובית לקדם את חופש השידור באמצעות רגולציה.** לאור התפקיד המרכזי של התקשורת המשודרת במימוש זכות הציבור לקבל מידע ולגבש דעות, בית המשפט הכיר בחובה מיוחדת המוטלת על המדינה להנהיג רגולציה שבכוחה להבטיח מימוש ייעוד זה הלכה למעשה.¹³⁸ על רגולציה זו להגן על גופי שידור מהשפעה בלתי ראויה הן מצד המדינה והן מצד גורמים פרטיים. כמו כן, עליה לקדם גיוון בשידור.¹³⁹ באופן עקרוני, הסדרת השידור בגרמניה נחשבת נושא למדינות המרכיבות את הרפובליקה הגרמנית – אך כדי להבטיח מדיניות אחידה, הדבר נעשה באמצעות אמנה ביניהן (Medienstaatsvertrag), אמנת תקשורת מדינתית).

● **שידור ציבורי עצמאי ומגוון.** קיומה של מערכת דואלית – המורכבת הן מגופים פרטיים הן מגופים ציבוריים – מוכר כאחד מעקרונות היסוד של שוק התקשורת

137 BARENDT, לעיל ה"ש 111, בעמ' 429; BUMKE AND VOSSKUHLE, לעיל ה"ש 117, בעמ' 169.

138 BUMKE AND VOSSKUHLE, לעיל ה"ש 117, בעמ' 169.

139 שם, בעמ' 169–170. כן ראו BARENDT, לעיל ה"ש 111, בעמ' 62; BVerfGE 136, 9, Mar. 25, 2014, para 29.

Freedom of broadcasting serves the free formation of individual and public opinion. The mandate to guarantee freedom of broadcasting contained in Art. 5(1) sentence 2 GG aims at an order that ensures that the diversity of existing opinions is expressed as broadly and completely as possible in broadcasting. The design of this order is the task of the legislature, which has a wide scope for design.

בגרמניה.¹⁴⁰ בפסק דין שניתן בשנת 2014 עמד בית המשפט על חשיבותו של שידור ציבורי עצמאי ומגוון, המשוחרר מהשיקולים הכלכליים המניעים גופים פרטיים, לקידום תכליות חופש השידור.¹⁴¹ בהתאם לכך, הוא קבע כי על המחוקק לקבוע כללים שבכוחם לקדם גיוון חברתי בגופים המפקחים על השידור הציבורי ולמנוע השתלטות שלטונית עליהם.¹⁴²

● השידור הציבורי הוא זכות חיונית שהמדינה חייבת לממן. השידור הציבורי ממומן בעיקר מאגרות שידור (אגרות הנגבות מכל מי שמחזיק ברשותו מקלט טלוויזיה או מקלט רדיו).¹⁴³ קביעת האגרות אף היא עניין למדינות, והדבר נעשה באמצעות הליך תלת-שלבי המוסדר באמנה המדינתית על מימון השידור הציבורי.¹⁴⁴ בשנת 2021 עמד בית המשפט החוקתי שוב על חובת המימון של המדינות, כאשר אחת מ-16 המדינות הצביעה נגד התיקון לאמנה בדבר מימון השידור הציבורי, אשר מטרתו הייתה להגדיל באופן גורף את המימון הציבורי.¹⁴⁵ סירובה של המדינה מנע את כניסת התיקון לתוקף. בית המשפט קבע שאין הצדקה חוקתית להתנגדות המדינה לאישור האמנה המתוקנת, ובכך לאימתן המימון הכספי לגופי השידור, ומכאן שהמדינה הפרה אפוא את חופש השידור

140 Bumke and Vosskuhle, לעיל הש"ש 117, בעמ' 170.

141 BVerfGE 136, 9, לעיל הש"ש 139.

142 שם. בהתאם לכך נקבע בין היתר כי לא יותר משליש מהחברים בגופים אלה יכולים להיות נציגים של השלטון.

143 ראו BVerfG, 1BvR 1675/16, Jul. 18, 2018.

144 Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag – RFinStV, last amended by the State Treaty on Modernising the German Media Landscape. בשלב הראשון גופי השידור הציבוריים מגישים בקשה למימון ל"ועדה לבדיקה ולבירור דרישות המימון של גופי השידור הציבוריים", בהתאם לתוכניות השידור בגוף; בשלב השני הוועדה בוחנת אם תוכניות השידור נכנסות לתחום השידור הציבורי ואם צורכי המימון חושבו "בהתאם לעקרונות היעילות והחיסכון". הוועדה עצמאית ואינה מחויבת להורות, אולם בעת בחינת דרישות המימון עליה לערב כהלכה את גופי השידור הציבוריים. בפרט, לפני הגשת הדוח הסופי עליה לתת לגופי השידור הזדמנות להגיש הצהרות ולדון בטיוטת הדוח; בשלב השלישי והאחרון המדינות קובעות את גובה המימון על בסיס הצעת המימון של הוועדה.

145 BVerfG, 1BvR 2756/20, July 20, 2021

החוקתי.¹⁴⁶ בפסק הדין כתב בית המשפט כי כל אותם גופי שידור שלא זכו למימון המוגבר זכאים לתוספת מימון כפיצוי, אשר תינתן להם במועד המימון הבא.¹⁴⁷ בית המשפט ציין כי "ייהיה צורך לבחון כיצד מגפת הקורונה עשויה להשפיע על צורכי המימון של גופי השידור הציבוריים והאם העלאת ההיטלים/ האגרות תהיה סבירה עבור הציבור הרחב".¹⁴⁸

הת־הסעיף השני: הגבלות על חופש הביטוי

בפתח הדברים נציין כי נקודת המוצא של בית המשפט החוקתי היא שהביקורת שלו על החלטות של ערכאות השיפוט היא מוגבלת. התפיסה היא שבירור העובדות וקביעתן נתונים לבתי המשפט דלמטה, וכך גם פרשנות החוק הרגיל והחלתו על המקרה הפרטני. לעומת זאת, עיקר עיסוקו של בית המשפט החוקתי הוא בשאלה אם נעשה זיהוי נכון של הזכויות הנפגעות ושל היקף ההגנה המוענקת להן, על בסיס עובדות המקרה הנדון כפי שנקבעו על ידי ערכאת השיפוט.¹⁴⁹ העיקרון המרכזי שמנחה את בית המשפט החוקתי בהקשר זה הוא עקרון המידתיות.¹⁵⁰ אך שעיקרון זה אינו מעוגן מפורשות בחוקה, הוא אומץ ופותח בידי בית המשפט לפני שנים רבות ומהווה היום יסוד מרכזי של המשפט החוקתי הגרמני.¹⁵¹ בקווים כלליים, מרכיבי מבחן המידתיות דומים לאלה שאומצו לימים גם בישראל: בית המשפט בודק אם הפגיעה היא לתכלית ראויה, אם האמצעי שנוקט הוא מתאים והכרחי, ואם מתקיימת מידתיות "במובן הצר".

146 שם, בפס' 103.

147 שם, בפס' 118.

148 שם.

149 BVerfGE 30, 173, לעיל ה"ש 115, בפס' 66.

150 Andrej Lang, *Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court*, in PROPORTIONALITY IN ACTION: COMPARATIVE AND EMPIRICAL PERSPECTIVES ON THE JUDICIAL PRACTICE 22 (Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner & Andrej Lang eds., 2020)

151 שם.

כפי שנראה, מבחן זה משמש לא אחת גם במקרים שבהם חופש הביטוי מתנגש באינטרס ציבורי מוגן.

הדרישה לחוק כללי

על פי סעיף 5 לחוק היסוד, תנאי ראשון לחוקתיותו של הסדר המגביל את חופש הביטוי הוא קיומו של "חוק כללי". על הפרשנות של מושג זה דנו בתי המשפט הגרמניים רבות. השאלה שניצבה לפני השופטים היא מהם אותם חוקים כלליים שיכולים, בהתאם לחוקה, להגביל את חופש הביטוי. הפרשנות שניתנה לביטוי זה לא הסתפקה בנוסחת האיזון הכללית המשמשת במקרים של התמודדות בין זכות חוקתית אחת לזכות חוקתית אחרת או לאינטרס ציבורי. בבחינת השאלה אם חוק הוא כללי השופטים שוקלים שתי דרישות, הנוגעות למעשה לשאלת לגיטימיות התכלית העומדת על הפרק:

- Sonderrechtslehre. החוק אינו מפלה דעות מסוימות ומטרתו אינה למנוע התבטאויות ספציפיות.
- Abwägungslehre. החוק משרת אינטרס ציבורי חזק ומטרתו להגן על החברה מההשפעות שיכולות להיות לצורות ביטוי מסוימות.¹⁵²

בית המשפט הבהיר כי גם חוקים הבאים להגן על בני נוער או על הזכות לכבוד אישי צריכים לעמוד בדרישת הכלליות ולהקפיד על ניטרליות כלפי הדעות הספציפיות המובעות.¹⁵³ כמו כן, גם כאשר חוק עונה על ההגדרה של "חוק כללי"

152 Jouanjan, לעיל ה"ש 114, בעמ' 875. בית המשפט הכיר בחריג אחד לדרישת החוק הכללי: סמכות המחוקק לקבוע הוראות חוקיות המכוונות באופן ספציפי נגד הגלורפיקציה של המשטר הנאצי (ראו 1 BvR 673/18, לעיל ה"ש 121, בפס' 23-24). הכרה זאת נובעת, כדברי בית המשפט, מהצורך להתחשב ב"השפעה המכרעת של ההיסטוריה הגרמנית על הזהות הלאומית" בפרשנות הניתנת לחוקה. עם זאת, בית המשפט הבהיר כי גם כאשר חריג זה חל, החקיקה עדיין צריכה לעמוד בתנאים המהותיים לחוקתיותה של פגיעה בחופש הביטוי, שעליהם נעמוד בהמשך הדברים (שם).

153 BVerfGE 124, 300, Nov. 4, 2009, Bumke and Vosskuhle, לעיל ה"ש 117, בעמ' 174 (ההדגשה במקור):

יש לפרשו לאור ההכרה בזכות לחופש הביטוי.¹⁵⁴ מהפסיקה הגרמנית אפשר ללמוד עוד כי בית המשפט גם בוחן את רמת בהירות החוק, כלומר בודק שאין מדובר בהוראה מעורפלת ולא ברורה, אלא שהחוק מפורט מספיק כדי ללמוד על יישומו בפועל.¹⁵⁵

איזון מול זכויות ואינטרסים אחרים

במרוצת השנים הדגיש בית המשפט כי חוק היסוד אינו מאפשר למדינה להתערב באמונותיו או בדעותיו של אדם, או לנקוט נגדו צעדים רק בשל ההשלכות האינטלקטואליות של דבריו.¹⁵⁶ אפשר להצדיק הגבלות על חופש הביטוי רק כאשר הדבר נדרש כדי להגן על אינטרסים מוגנים של האחר; עצם העובדה שמדובר בדעות חסרות ערך או אפילו מסוכנות אינה סיבה מספקת להגבילן.¹⁵⁷ עם זאת, בית המשפט הכיר בכך שיש הקשרים שבהם עצם השמעתם של דברים מסוימים עלול לפגוע באינטרסים מוגנים, באופן המצדיק את הגבלת חופש הביטוי.

The prohibition on special laws which is inherent in the requirement of generality guarantees [...] protection from discrimination related to certain opinions and political views [...] *Legal provisions intended to protect young people or personal honor are subject to the prohibition just as those which protect other legal interests* [...] The express inclusion of protection for young people and for personal honor [...] is intended only to make clear that such provisions continue to be permissible. They should not be interpreted as creating an exemption from the requirement, founded in the rule of law that the state keep an appropriate distance by practicing a policy of opinion neutrality.

154 Bumke and Vosskuhle, לעיל ה"ש 117, בעמ' 175. עיקרון זה נקבע בפרשן *Lüth*, לעיל ה"ש 112.

155 BVerfGE 93, 266, Oct. 10, 1995, בפס' 111.

156 BvR 2083/15, לעיל ה"ש 121, בפס' 17, 23-27.

157 ש.ם.

כך למשל, הדין הגרמני כולל איסור של הסתה לשואה נגד קבוצה לאומית, גזעית, דתית או אתנית, אם בכוחה של ההסתה לפגוע בשלום הציבור (public peace).¹⁵⁸ לגבי עבירה זו הדגיש בית המשפט כי:

[מטרת האיסור] איננה להגן על אזרחים מפני דאגות סובייקטיביות הנובעות מהמפגש עם דעות ואידיאולוגיות פרובוקטיביות. סכנת החשיפה לדעות מטרידות היא חלק מהחיים במדינה חופשית, והיא עשויה לכלול גם דעות עם תוצאות אינטלקטואליות מסוכנות, וכן דעות שמבקשות לשנות את המשטר המדיני באופן יסודי. רצון למנוע את "הרעלת דעת הקהל" או להגן על הציבור מפני פגיעות בערכים משותפים הנובעות מאידיאולוגיות טוטליטריות או פרשנויות של ההיסטוריה שהן שגויות באופן מובהק – אינו מצדיק פגיעה בחופש הביטוי.¹⁵⁹

בה בעת נקבע כי כאשר מתקיימים יסודות העבירה האחרים אפשר ככלל להניח שבכוחה של התבטאות לפגוע בשלום הציבור – ובלבד שאותם יסודות מתפרשים בעצמם לאור מושג "הפרת השלום".¹⁶⁰

כאמור לעיל, המשפט החוקתי הגרמני מעניק מעמד עילאי לזכות האדם לכבוד – מושג הכולל גם את הזכות לכבוד אישי. למרות זאת, ולאור חשיבות חופש הביטוי, בית המשפט עמד על כך שככלל, גם כאשר עומדת על הפרק פגיעה בזכות לכבוד אישי, יש לערוך איזון פרטני זהיר בין הזכויות המתנגשות.¹⁶¹

158 § 130, para. 1. Strafgesetzbuch [StGB] [Penal Code]. הטעיף אוטר גם על פגיעה בכבוד האדם של האחר על ידי העלבתו על רקע השתייכותו הקבוצתית, וכן על קריאות לאלימות או לאפליה על רקע זה.

159 BvR 2083/15, לעיל ה"ש 121, בפס' 26.

160 BvR 673/18, לעיל ה"ש 121. כך למשל נקבע כי בכוחן של התבטאויות גזעניות השוללות את הערך האנושי של האדם להפר את שלום הציבור, שכן יש בהן כדי לאיים על קיומו של דיון ציבורי בחנאי שלום ("the peacefulness of public debate"). על רקע ההיסטוריה הייחודית של גרמניה, נקבע גם שהכחשה של השואה והבעת הסכמה עם פשעי הנאצים כרוכות ככלל בסכנה לשלום הציבור. ואולם גם בנושא רגיש זה העניק בית המשפט הגנה מהותית לחופש הביטוי (ראו לעיל ה"ש 121).

161 ראו Bumke and Vosskuhle, לעיל ה"ש 117, בעמ' 178. כן ראו ה"ש 178 להלן.

במסגרת איזון זה בית המשפט מעניק משקל נכבד לשאלה אם ההתבטאות נוגעת לסוגיה שמשפיעה השפעה של ממש על הציבור.¹⁶² אם ההצהרה השנויה במחלוקת תורמת להתמודדות רעיונית פומבית, אזי קיימת חזקה לטובת חופש הביטוי. חריגה מכך מחייבת נימוק חזק המתחשב בחשיבותו המכוננת של חופש הביטוי לדמוקרטיה.¹⁶³ התבטאות המושמעת במסגרת סכסוך פרטי לשם מימוש אינטרסים אישיים, לעומת זאת, עשויה לזכות להגנה פחותה.¹⁶⁴

בית המשפט גם הדגיש כי חופש הביטוי מגן על זכותו של אדם להשמיע ביקורת קיצונית וקשה, וכי הזכות לבקר את רשויות השלטון ללא מורא – גם כאשר מדובר בביקורת נוקבת במיוחד – היא "אלמנט גרעיני" של חופש הביטוי ויש לה חשיבות מיוחדת.¹⁶⁵ כאשר ההתבטאות אינה בגדר טענה עובדתית אין חשיבות לשאלה אם הביקורת מוצדקת אם לאו, רציונלית אם לאו, מבוססת או חסרת בסיס, מועילה או מזיקה, בעלת ערך או חסרת ערך. ההגנה על חופש הדעה משתרעת גם על הצורה או הסגנון של הדעה המושמעת, ולכן התבטאות פולמוסית או פוגענית מצויה גם היא בתחום המוגן של הזכות. מוגנים גם העיתוי והמיקום של הביטוי. לעומת זאת, כאשר דעה נשענת על טענות עובדתיות שאינן נכונות תינתן לרוב עדיפות לזכות לכבוד.¹⁶⁶

כאמור לעיל, על רקע החשיבות המיוחדת הנודעת במשפט החוקתי הגרמני לזכות לכבוד אישי, הדין הגרמני כולל עבירה פלילית, שאינה קיימת בישראל, המגינה על אנשים מפני העלבה אישית. עבירה פלילית זו, אשר חלה גם על דברים המופנים כלפי אנשי ציבור, מגבילה במידה מסוימת את ההגנה הניתנת לחופש הביטוי בהקשר זה. ואולם גם במסגרת איסור זה הדגיש בית המשפט את

162 BVerfGE 90, 241, Apr. 13, 1994, מובא אצל Bumke and Vosskuhle, **לעיל** ה"ש 117, בעמ' 178. כן ראו BVerfGE 93, 266, **לעיל** ה"ש 155, בפס' 118.

163 BVerfGE 93, 266, **שם**, בפס' 118.

164 **שם**.

165 1 BvR 444/13, **לעיל** ה"ש 121, בפס' 29. כן ראו Bumke and Vosskuhle, **לעיל** ה"ש 117, בעמ' 178.

166 Bumke and Vosskuhle, **לעיל** ה"ש 117, בעמ' 178.

חשיבות ההגנה על זכותו של אדם להשמיע ביקורת חריפה ונוקבת, והגדיר באופן צר את המקרים החריגים שבהם יש להעניק עדיפות ברורה לזכות לכבוד.¹⁶⁷ ככלל, גם במסגרת עבירה פלילית זו יש לערוך איזון זהיר ומדוקדק בין חופש הביטוי לבין הזכות הנוגדת העומדת על הפרק. כמו כן, כאשר התבטאות ניתנת לפרשנויות שונות יש להעדיף פרשנות מקילה, שיש בה כדי להגשים את חופש הביטוי.

דוגמה ליישום של אמות המידה האלה היא כמה מקרים שבהם נתלה שלט או הופץ כרוז שלפיו "חיילים הם רוצחים או רוצחים בפותנציה". אנשי צבא שנתקלו בפרסומים אלה קבלו על עבירה של העלבה. בתי המשפט דלמטה קבעו שהעבירה נעברה, אך בית המשפט החוקתי סבר אחרת.¹⁶⁸ בית המשפט החוקתי לא חלק על המשמעות הפוגענית של הפרסומים אולם קבע כי אין בכך כדי להכריע את הכף, וכי היה על בית המשפט דלמטה לתת דעתו לאפשרות של פרשנות מקילה לפרסומים הללו. לפי משמעות אפשרית זו מדובר בהתייחסות כללית לחיילות (כפונקציה חברתית) ולמלאכת המלחמה, וההתייחסות היא שלילית בגלל הקשר בינה לבין המתת אנשים, שהיא לעיתים אכזרית ופוגעת גם באוכלוסייה אזרחית. מבחינה זו הקשר הדברים הקובע הוא שהפרסומים מטעימים שהמתה במלחמה אינה אירוע א-פרסונלי אלא מעשה ידי אדם, ובכך מעוררים מודעות לאחריות

167 בכמה פסקי דין שניתנו בשנת 2020 חידד בית המשפט את האופן שבו יש לפרש את עבירת ההעלבה ולאזנה מול חופש הביטוי (ראו למשל 1 May 19, 2020 (BvR 2397/19). בית המשפט הבהיר כי יש להעניק פרשנות מצמצמת לקטגוריות הצרות של התבטאויות מעליבות, העשויות להצדיק כשלעצמן הרשעה ללא צורך בעריכת איזון פרטני בין הפגיעה בזכות לכבוד במקרה הספציפי ובין הפגיעה בחופש הביטוי. אחת מקטגוריות אלה היא "abusive criticism". בהקשר זה בית המשפט קבע שביקורת אינה הופכת ל-abusive criticism רק משום שהיא קשה או פוגענית במיוחד, אלא יש להראות שהיא הושמעה רק כדי לפגוע או להשמיץ ברמה האישית, מבלי שהדברים קשורים לטענות או למחלוקת קונקרטיות (ראו שם). כאשר מדובר בהתבטאות שאינה נכנסת לגדרן של קטגוריות צרות אלה, יש לערוך איזון זהיר בין הזכות לחופש ביטוי ובין הזכות לכבוד. לעניין אופן עריכת האיזון כאשר יש התנגשות בין הזכות לכבוד אישי ובין הזכות לחופש הביטוי ראו גם Bumke and Vosskuhle, לעיל ה"ש 117, בעמ' 178. מעניין שהמשקל הרב שניתן בדין הגרמני לזכות לכבוד מקבל ביטוי גם בהוראה חוקתית – סעיף 46 לחוק היסוד הגרמני, אשר מחריג מהחסינות המהותית המוענקת לחברי פרלמנט בשל התבטאויות המושמעות בדיונים פרלמנטריים דברים שיש בהם "דיבה מעליבה" (יצוין כי כללי החסינות הדיוניים מוסיפים לחול גם במקרים אלו). ראו לעניין זה: סוזי נבוט "חופש הביטוי של חבר הכנסת והזכות לשם טוב" משפטים 67, 89 (תשע"א).

האישית של חיילים למעשי מלחמה, ומקדמים את הנכונות לסרב לשירות צבאי. מדובר, לכן, בהשקפה שהבעתה מוגנת על ידי חופש הביטוי.

גישה דומה, המאופיינת בבחינה קפדנית ומעמיקה של נסיבות המקרה, מנחה את בית המשפט גם בתביעות לשון הרע המשפיעות על חופש הביטוי העיתונאי. מפרשה משנת 1980, שבה נדונה תביעה נגד מבקרי אומנות שתקפו אישית ברדיו אדם שביקר אותם בהרצאות שהעביר, ניתן ללמוד על השיקולים אשר מדריכים את בית המשפט בהקשר זה.¹⁶⁹ ראשית, בית המשפט קבע כי מאחר שמדובר בהתבטאויות אשר חורגות מהתחום הפרטי ותורמות לדיון הציבורי האינטלקטואלי, יש לפרש את החוק הכללי תוך הכרה בחשיבות זו של חופש הביטוי ובאופן המצמצם את פגיעתו במימוש הזכות.¹⁷⁰ מה גם שמדובר בתחום שחופש המחשבה הוא נשמת אפו, בדומה לתחום הפוליטי. כגודל הפגיעה בחופש הביטוי, כך עולה, כמו במקרה הזה, האינטנסיביות וההקפדה של הביקורת השיפוטית.

שנית, בית המשפט קבע שיש להתחשב בכך שמי שמתתף במאבק על דעת הקהל חייב באופן עקרוני לקבל על עצמו את האפשרות לתגובה חריפה גם אם היא פוגעת במוניטין שלו.¹⁷¹ לעניין זה ציין בית המשפט כי אין זה משנה אם דבריו של התובע היו "אובייקטיביים" ונמנעו "מהתקפות אישיות העולות כדי לשון הרע"; התובע צריך לקחת בחשבון כי הרצאותיו, גם אם היו אקדמיות בעיקרן, "עלולות להביא על עצמן ביקורת נוקבת ומזלזלת מצד אחרים, ובתוך כך גם ביקורת על מקצוע התובע; על אחת כמה וכמה שההרצאות בענייננו כללו גם התקפות אישיות נגד מבקרי אמנות ידועים ובעלי גלריות ששמותיהם הזכרו בהרצאות".¹⁷²

לבסוף, בית המשפט הדגיש את החשיבות של שמירה על ה"ספונטניות" של חופש הביטוי, ובייחוד הביטוי בעל פה, שכן הוא תנאי לכוחו של הדיון הציבורי ולשמירה על גיוונו, שהוא בתורו תנאי יסוד של קהילה חופשית. על כן, במקרים פרטניים יש

BVerfGE, 54, 129, May 13, 1980 169

170 שם, בפס' 26.

171 שם, בפס' 27.

172 שם, בפס' 28.

לקבל העצמה והפרזה של מאבק הדעות הציבורי או שימוש בחופש הביטוי, אך אם אינם יכולים לתרום לגיבוש דעה הולמת.¹⁷³ לדברי בית המשפט, המצב ההפוך עלול ליצור אפקט מצנן שיגביל את הדיון הציבורי וכך יביא להשלכות הנוגדות את תפקודו של חופש הביטוי בסדר החוקתי הקבוע בחוק היסוד. פגיעה בחילופי דעות חופשיים בתחום הרוח (הנגרמת על ידי הטלת חובת פיצוי) נוגעת בגרעין הזכות לחופש הביטוי, ולכן יש להימנע ממנה.

כפי שעולה מנוסח חוק היסוד, אינטרס נוסף שהחוק הכללי יכול להגן עליו בעת הגבלת חופש הביטוי הוא ההגנה על ילדים. בשונה ממה שתואר לעיל לגבי הכבוד האישי, ההגבלות הנגזרות מההגנה על צעירים שייכות כמעט אך ורק לתחומים הספציפיים של חופש העיתונות, השידור והקולנוע. בבחינת חוקתיותן של הגבלות בתחום זה בית המשפט מחיל את מבחן המידתיות.¹⁷⁴

בהתאם לכך, בית המשפט אישר את חוקתיותו של איסור מוחלט על שידור פורנוגרפיה במסגרת הסכם השידור הבין-אזורי, לאחר שקבע שמדובר בהגבלה שנועדה לממש את האינטרס הלגיטימי של הגנה על צעירים; שההגבלה הכרחית לשם כך (ושאין בנמצא אמצעי פוגעני פחות למימוש האינטרס), ושמדובר בהגבלה נסבלת – מעין בחינה של מידתיות במובן הצר, שבה יש למחוקק מרווח הערכה מסוים. בית המשפט השאיר בצריך עיון את השאלה אם ההגבלה הייתה עדיין צולחת את מבחן המידתיות אילו עמדו לרשותם של הורים דרכים חלופיות למנוע מילדים גישה לתוכניות הרלוונטיות.¹⁷⁵

תת־הסעיף השלישי: חופש האומנות, המדע, המחקר וההוראה

אומנם על פי לשון סעיף 5(3) לחוק היסוד זכויות אלה אינן מסויגות, אך בפועל הן אינן חסינות מכל הגבלה, והרשות הציבורית רשאית להגביל זכויות אלו לשם

173 שם, בפס' 29.

174 Jouanjan, לעיל ה"ש 114, בעמ' 876-877.

175 שם, בעמ' 877.

הגנה על אינטרס בעל ערך חוקתי.¹⁷⁶ בית המשפט הפדרלי החוקתי קבע בעבר כי ההגנה על צעירים היא מטרה כזו, וכך גם הזכות להתפתחות חופשית של אישיות האדם וזכותם של הורים לחנך את ילדיהם.

כך למשל, בפסק דין משנת 1990 ערך בית המשפט החוקתי איזון בין הזכות לחופש הביטוי האומנותי לאינטרס ההגנה על ילדים, כאשר בחן את החלטת הוועדה הפדרלית שהכניסה לרשימת היצירות המסוכנות לילדים את הנובלה של התובע, שמתארת את סיפוריה של זונה בווינה.¹⁷⁷ פרשה זו מלמדת על כמה קווים מנחים לעריכת האיזון בין הזכויות המעוגנות בתת־סעיף 3 בחוק היסוד לאינטרסים שהזכרו בידי בית המשפט כבעלי ערך חוקתי:

ראשית, וכאמור לעיל, יש להצביע על אינטרס בעל ערך חוקתי. ההגנה על ילדים הוכרה כבעלת ערך כזה, בעיקר בגלל הזכות ההורית לגדל ילדים המעוגנת אף היא כזכות יסוד בסעיף 6(2) לחוק היסוד.¹⁷⁸ כמו כן, להגנה על ילדים ובני נוער יש מעמד חוקתי גם לפי סעיף 1(1) וסעיף 2(1) לחוק היסוד. לצעירים יש זכות לפיתוח אישיות, והם זקוקים להגנה ולעזרה כדי להתפתח לאישיות אחראית בתוך הקהילה החברתית.¹⁷⁹

שנית, בית המשפט מציין כי המחוקק בהחלט יכול להניח, מבלי לסתור את החוקה, שליצירה ספרותית מסוימת יכולה להיות השפעה מזיקה על צעירים. המחוקק אינו חייב לתלות את צעדי החקיקה שלו בראיות מדעיות ואמפיריות המוכיחות כי אותה יצירה ספרותית תשפיע לרעה על ילדים וצעירים בכלל.¹⁸⁰ ואולם החלטה של המחוקק להגביל את חופש הביטוי האומנותי, שמוענק ללא תנאי בחוקה, לשם הגנה על ילדים, צריכה לעמוד בסטנדרטים החוקתיים:

176 Lang, לעיל ה"ש 150, בעמ' 38.

177 BVerfGE 83, 130, Nov. 27, 1990

178 שם, בפס' 32.

179 שם.

180 שם, בפס' 34.

● על המחוקק להתקין בעצמו את התקנות המגבילות את הזכות המעוגנת בתת-סעיף 3, ולא להותיר זאת לרשות המבצעת. מידת הפירוט של ההנחיות שעל המחוקק לקבוע בנוגע לגבולות הפגיעה בזכויות היסוד לשם מימוש האינטרס תלויה בסוג הזכות. כאשר דנים בזכויות המעוגנות בחוקה ללא סייג, כמו במקרה זה, החובה החלה על המחוקק להגדיר גבולות מפורטים גדולה יותר.¹⁸¹

● בקביעת אותם גבולות אסור למחוקק להורות שלהגנה על קטינים תהיה תמיד עדיפות וללא יוצא מן הכלל,¹⁸² כלומר הסדר גורף לטובת האינטרס החברתי יהיה כנראה בלתי חוקתי. המחוקק נדרש לערוך איזון הולם בין האינטרסים המנוגדים ואסור לו לתת עדיפות גורפת לאחד מהם.

● אותו הסדר חוקי צריך גם להבטיח ודאות משפטית, דהיינו תקנות סטטוטוריות חייבות להיות מנוסחות כך שהאדם הנוגע בדבר יוכל להכיר בכפיפותו לנורמה ולהבין את המצב המשפטי כך שיוכל להתאים את התנהגותו.¹⁸³ עם זאת, אין פירוש הדבר שאסור שיהיו בתקנה סוגיות המערורות פרשנות.

במקרה נוסף משנת 1990 ביטל בית המשפט הרשעתה של אישה בעבירה של פגיעה בדגל. ההרשעה התבססה על עטיפה של ספר אנטי-מיליטריסטי, שעליה הופיעה קריקטורה של אדם המשתין על תמונה של דגל גרמניה עת הונף בטקס השבעה צבאי.¹⁸⁴ בפסק דינו עמד בית המשפט על הצורך לפרש יצירות אומנותיות על פי אמות מידה שהולמות את תחום האומנות (artistically appropriate standards), והבהיר שכאשר מדובר בסאטירה יש להביא בחשבון שעיוותים והגזמות הם מאפיין מרכזי של הז'אנר. במקרה הנדון הקריקטורה לא נועדה לפגוע בסדר החוקתי של גרמניה עצמה אלא לבטא

181 שם, בפס' 38.

182 שם, בפס' 40.

183 שם, בפס' 41-42.

184 BVerfGE 81, 278, Mar. 7, 1990, מובא אצל BUMKE AND VOSSKUHLE, לעיל ה"ש 117, בעמ' 183.

מסר אנטי-מיליטריסטי של התנגדות לשירות צבאי – ועל כן מדובר בביטוי מוגן.¹⁸⁵

חופש הביטוי והרשתות החברתיות

התפיסה הגרמנית הגורסת שהזכות החוקתית לחופש הביטוי עשויה להטיל חובות גם על גורמים פרטיים מקבלת ביטוי גם ביחס הגרמני לרשתות החברתיות. בשני פסקי דין שניתנו בשנת 2021 קבע בית המשפט הפדרלי לצדק (הערכאה הגבוה ביותר לעניינים אזרחיים ופלייליים) כי לנוכח חשיבות ההשתתפות של פרטים בדיון הציבורי ברשתות גדולות דוגמת פייסבוק, אין הן רשאיות לחסום או להסיר תכנים באופן שרירותי.¹⁸⁶ אומנם הדומיננטיות של פייסבוק אינה כזאת המצדיקה לראות בה רשות ציבורית – וכחברה פרטית היא זכאית להגנה על זכויותיה שלה, לרבות חופש העיסוק וחופש הביטוי – אך בד בבד עליה להביא בחשבון את זכויות היסוד של משתמשיה. כך למשל מותר לפייסבוק לקבוע כללי קהילה, גם כאלה המונעים התבטאויות שאינן אסורות על פי דין. ואולם על הכללים להיות אובייקטיביים וברורים, ועל מנגנון האכיפה להבטיח הליך הוגן. בהתאם לכך, על פייסבוק ליידע משתמשים על הסרת תכנים או על הכוונה לחסום את חשבונם, להסביר את הטעמים לכך ולספק להם הזדמנות להגיב.¹⁸⁷

זאת ועוד, חקיקה שנכנסה לתוקף בשנת 2017 מטילה על רשתות חברתיות עם יותר משני מיליון משתמשים חובות נרחבות למשטור תכנים בלתי חוקיים.¹⁸⁸

185 ש.ס.

186 ראו Matthias C. Kettemann & Torben Klaus, "Regulating Online Speech: Ze German Way," LAWFARE (Sept. 20, 2021) III ZR 179/20. מדובר ב-III ZR 192/20.

187 ש.ס.

188 חוק האכיפה ברשתות Netzwerkdurchsetzungsgesetz, או בקיצור - NetzDG. להסבר על מהות החוק ראו עמוד שאלות ותשובות באתר המשרד הפדרלי לצדק, אשר אמון על אכיפת החוק (להלן: שאלות ותשובות בעניין NetzDG). כן ראו Rebecca Zipursky, "Nuts about NETZ: The Network Enforcement Act and Freedom of Expression," 42 (4) FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL (2019) 1325-1374.

החוק אינו חל על שירותים לתקשורת בין פרטים, כמו אימייל או ווטסאפ, או על אתרים אשר מספקים תוכן עיתונאי ערוך.¹⁸⁹ על פי החוק, על רשתות להסיר בתוך 24 שעות תכנים שאופיים הבלתי חוקי ברור על פניו, ובתוך שבעה ימים תכנים אסורים אחרים (תקופה שניתנת להארכה במקרים שונים).¹⁹⁰ "תוכן אסור" מוגדר כהיגד שנוגד איסורים פליליים ספציפיים המפורטים בחוק. בין היתר, על הרשתות לקיים מנגנון שקוף ואפקטיבי לטיפול בתלונות ולקיים מנגנון ערעור הפתוח לשני הצדדים. רשתות שקיבלו יותר ממאה תלונות בשנה נדרשות לפרסם דוח חצי-שנתי על אופן הטיפול בהן. כמו כן, בנסיבות מסוימות על רשתות להעביר דיווחים למטרה הפדרלית. החוק גם מאפשר לרשתות להיעזר בטיפול בתלונות בגוף חיצוני הזוכה להכרה רשמית (המכונה בחוק self-regulatory body) – ובלבד שהוא מקיים תנאים שונים כגון שימוש בבוחנים עצמאיים ובעלי מומחיות מתאימה.

חופש האספה

החוקה הגרמנית מכירה גם במעמדו של חופש האספה. סעיף (1)8 לחוק היסוד קובע כי לכל הגרמנים (ולא לכל אדם) תהיה הזכות להתאסף בדרכי שלום, ללא נשק וללא הודעה או רשות מראש. אומנם לפי נוסח הסעיף הזכות מוקנית לגרמנים בלבד, אך נראה כי לפי הגישה הגרמנית העיגון של חופש הפעולה הכללי לכל אדם מספיק כדי להקנות גם זכות זו לכל אדם. לפי סעיף (2)8 לחוק היסוד אפשר להגביל זכות זו לפי חוק במקרה של אספות באוויר הפתוח. באשר לנוסחת האיזון, גם לגבי זכות זו חלה דוקטרינת המידתיות שתוארה לעיל, כפי שהיא חלה על יתר זכויות היסוד המעוגנות, וכמובן כל הגבלה ממשלתית על הזכות להתאסף חשופה לביקורת שיפוטית על בסיס דוקטרינה זו. הגבלות

189 או בלשון סעיף 1(1) לחוק: "Platforms with journalistic and editorially designed offers for which the service provider is responsible are not considered social networks within the meaning of this law" (התרגום שלנו).

190 המידע על פירוט ההסדר מובא אצל שאלות ותשובות בעניין NetzDG, לעיל ה"ש 188.

הנוגעות לתוכן המסרים שמקבלים ביטוי באספה צריכות לעמוד באמות המידה שתוארו לעיל בנוגע לחופש הביטוי.¹⁹¹

הכללים הרלוונטיים לעניין זה למעשה מפורטים בחוק הפדרלי בדבר אספות ותהלוכות. על כן, הסקירה להלן תתמקד בכללים העיקריים בחוק המדובר (ועל בסיס הסקירה של המדינה באתר הנציב העליון של האו"ם לזכויות האדם):¹⁹²

הגדרת אספה. אספה היא התכנסות במקום משותף של מספר אנשים שמתקיים ביניהם קשר מהותי ושחותרים למטרה משותפת שאינה מקרית בלבד. על פי פסיקת בית המשפט הפדרלי לחוקה, סעיף 8 נועד להגן על אספות הבאות לבטא דעות ומסרים, להבדיל מאירועי בידור גרידא.¹⁹³

רישום מראש. סעיף 14 לחוק הפדרלי מחייב את מארגן האספה לרשום אספה ציבורית באוויר פתוח ברשות האחראית לאספות לפחות 48 שעות לפני ההכרזה עליה. המטרה של דרישת רישום כזו היא להבטיח שאפשר להעניק לאספה את ההגנה הדרושה, למשל מפני חסימות מצד מפגינים נגדיים. בית המשפט אישר את החוקתיות של דרישה זו, אך קבע שיש לפרשה באופן שאינו פוגע יתר על המידה בחופש ההפגין. כך למשל, יש להכיר בחריגים שונים – בראשם הזכות לקיים הפגנות ספונטניות – ואין בעצם הפרתה של דרישת הרישום כדי להצדיק פיזור של אספה.¹⁹⁴

191 BUMKE AND VOSSKUHLE, לעיל ה"ש 117, בעמ' 215.

192 ראו תשובת גרמניה ל-Questionnaire on best practices of the right to freedoms of peaceful assembly and of association, The United Nations Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and association request non-governmental organizations to submit information for his new report (2012). ניתן לעיין במסמך באתר הנציב העליון לזכויות האדם של האו"ם (להלן: תשובת גרמניה).

193 BUMKE AND VOSSKUHLE, לעיל ה"ש 117, בעמ' 210-211.

194 שם, בעמ' 216-217.

צווי הגבלה או פירוק. על פי סעיף 15 לחוק הפדרלי, במקרה של איום ישיר על ביטחון הציבור אפשר לאסור אספה לפני תחילתה או לפזרה לאחר שכבר החלה רק באמצעות צווים שיפוטיים. כמו כן נקבע בחוק כי עבירות על איסור שהוטל על פי חוק אספות ותהלוכות או הפרת חובות המעוגנות בחוק בידי המשתתפים עשויות להיחשב כעבירה פלילית או רגולטורית.

חופש ההתאגדות והזכות להקים מפלגות פוליטיות

החוקה הגרמנית מעגנת בסעיף 9 את הזכות של כל גרמני להתאגד, וגם זכות זו מוענקת למי שאינם גרמנים מכוח זכות היסוד לחופש הפעולה הכללי. לעניין התאגדויות של אזרחים זרים ההבדל היחיד הוא שאפשר לאסור אותן גם מסיבות אחרות מאלה האמורות בסעיף 9 לחוקה. כמו כן, סעיף 9(3) לחוקה מבהיר כי הזכות להקים איגודים להגנה על תנאי תעסוקה ותנאים כלכליים נתונה לכל אדם ולכל מקצוע. לפי סעיף 9(2) לחוקה, התאגדויות שמטרתיהן או פעילויותיהן נוגדות את המשפט הפלילי או מכוונות נגד המשטר החוקתי או מושג ההבנה הבינלאומית ייאסרו.¹⁹⁵

סעיף 21 לחוקה מעגן את מעמדן המיוחד של מפלגות פוליטיות אשר "משתתפות בגיבוש הרצון הפוליטי של העם". הסעיף מבטיח את הזכות להקים מפלגות פוליטיות באופן חופשי, וקובע כי עליהן להתנהל באופן פנימי על פי עקרונות דמוקרטיים ולתת דין וחשבון ציבורי בנוגע למשאביהן ולאופן השימוש בהם. לפי החוק, מפלגה תיחשב "בלתי חוקתית" (ותיאסר פעילותה) אם היא פועלת להרס המשטר הדמוקרטי הבסיסי או לסיכון קיומה של הרפובליקה.

195 בפסק דין משנת 2018 נדרש בית המשפט הפדרלי לחוקה לעקרונות החוקתיים שצריכים להסדיר החלטה מצד הרשויות להוציא ארגון אל מחוץ לחוק (ראו BVerfG, 1 BvR 1474/12, Jul. 13, 2018). משמעות הביטוי "ההבנה הבינלאומית" בהקשר זה, בין היתר, היא ההכרה באיסור על שימוש בכוח במשפט הבינלאומי (להסבר מפורט יותר ראו שם, פסי' 111-112). מעניין בהקשר זה שגם ההסדר הישראלי לפסילת מפלגות שואב השראה מסוימת מה"דמוקרטיה המחגוננת" הגרמנית. לפירוט הכללים המסדירים רישום עמותות בגרמניה ראו תשובת גרמניה, לעיל ה"ש 192.

ואולם לאור חשיבותן החוקתית המיוחדת של מפלגות פוליטיות נקבע בחוקה שרק בית המשפט הפדרלי לחוקה רשאי לקבוע כך.¹⁹⁶

ארצות הברית וגרמניה – סיכום

סקירת הגישה לחופש הביטוי בארצות הברית וגרמניה – שתי דמוקרטיות בעלות מסורות שונות מאוד בתחום זה – מספקת כמה תובנות חשובות לדיונו. ראשית, הן בארצות הברית והן בגרמניה זכותו של אדם לבקר את השלטון נתפסת כחלק מ"גרעין" חופש הביטוי, גם אם בגרמניה זכות זו עשויה להיות נתונה להגבלות שונות על רקע המעמד המיוחד המוענק בחוקה הגרמנית לזכות לכבוד אישי. בשתי המדינות נודעת חשיבות מיוחדת לחופש הביטוי הפוליטי (במובן הרחב), וכן לחופש הביטוי בתחומים נוספים – אומנות, מחקר ועוד – הקשורים לרוח האדם ולקדמה האנושית. כמו כן, בשתי המדינות ניתן לזהות רתיעה עמוקה מפני הגבלות על ביטוי המכוונות נגד דעה או השקפה מסוימת.

בצד זאת, ישנם הבדלים חשובים בין שתי השיטות. בעוד בגרמניה זכויות חוקתיות מקרינות באופן ברור גם על חובותיהם של גורמים פרטיים, בארצות הברית תחולתן העיקרית היא כלפי המדינה. כמו כן, בגרמניה מושם דגש מיוחד על זכות האדם להיחשף לדעות ועמדות שונות. להבדלים אלה השלכות משמעותיות על האופן שבו נתפס חופש העיתונות ועל אופן הסדרת תחום התקשורת בידי המדינה. הם משליכים גם על הגישה לחופש הביטוי באינטרנט: בעוד בגרמניה נקבע כי רשתות חברתיות גדולות צריכות לכבד את חופש הביטוי של משתמשיהן, בארצות הברית המצב המשפטי בעניין זה הרבה פחות ברור.

196 ראו סעיף 21(4) לחוק היסוד הגרמני. לעקרונות שעל בית המשפט להפעיל בהקשר זה ראו BverfG, 2 BvB 1/13, Jan. 17, 2017. כמו כן, לפי סעיף 21(3) לחוקה בית המשפט רשאי לקבוע שמפלגה העומדת בחנאים אלה חאבד מימון ממשלתי, גם אם פעילותה לא תיאסר.

פרק 3

הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי והדעה

בחלק זה של ההצעה לסדר נביא את הצעתנו לחוק-יסוד: חופש הביטוי והדעה, בשילוב דברי הסבר לנוסחים שבחרנו בהם. כמפורט לעיל, מטרת ההצעה היא לעגן בחוק יסוד את הזכות לחופש הביטוי והדעה ואת אגד הזכויות הנגזרות ממנה – לרבות חופש העיתונות, חופש ההתאגדות, חופש האספה, התהלוכה וההפגנה, הזכות לקבל מידע שלטוני, ועוד.

מאז מתן פסק הדין המכונן בעניין **קול העם**, חופש הביטוי זוכה למעמד בכורה במשפט בישראל. ואולם אף שהוא מוכר היום כזכות יסוד חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד, הוא טרם עוגן מפורשות בחוקה המתהווה של מדינת ישראל. בשנים האחרונות ההגנה על חופש הביטוי פוגשת אתגרים מגוונים, החל בקיטוב הפוליטי ההולך וגובר, המקשה על השמירה של כללי משחק דמוקרטיים, וכלה בהיחלשות התקשורת הממוסדת וההשפעה הגוברת של הרשתות החברתיות על קיום הדיון הציבורי. על רקע אתגרים אלה, הצעה זו מבקשת לחדש ולרענן את המחויבות החברתית והפוליטית לחופש הביטוי, שבלעדיו לא תיתכן דמוקרטיה מהותית. יש לעשות זאת בדרך המביאה בחשבון את האתגרים של העידן הנוכחי, במיוחד לנוכח עלייתן של הרשתות החברתיות, הכוח הגדול שנמצא בידי גופים בינלאומיים, ועליית קרנו של הפופוליזם הנושא את דגל האמת האלטרנטיבית.

המודל המוצע כאן שואב השראה הן מהניסיון העשיר שכבר נצבר בפסיקה הישראלית והן מניסיון של דמוקרטיות אחרות – בכלל זה ארצות הברית וגרמניה, שנסקרו בהרחבה לעיל. מדובר בהצעה עבה, הכוללת פירוט רב יחסית של הזכויות השונות ושל התנאים שבהם ניתן להגבילן. כפי שיוסבר להלן, מטרת פירוט זה לחזק את ההגנה על החופש הביטוי, להבטיח התייחסות ראויה להיבטים המיוחדים של כל אחת מן הזכויות ולספק לרשויות הדרכה קונקרטית יותר באשר לתכליות ולנסיבות שעשויות להצדיק פגיעה בהן.¹⁹⁷ פירוט זה גם

197 לדיון בקשר שבין "עובי" הפירוט של הזכויות בחוקה ובין הבחירה בין פסקת הגבלה המבוססת על עקרונות ופסקת הגבלה הכוללת כללים מוחלטים יותר, ראו גיא לוריא, עמיר פוקס ודפני בנבניסטי חוק-יסוד: זכויות במשפט 64-68 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021). יצוין כי ככלל, לא נקטנו גישה של פירוט האינטרסים הספציפיים העשויים להצדיק פגיעה בחופש הביטוי, מכמה סיבות: ראשית, ביקשנו להיות עקביים

עולה בקנה אחד עם המשפט המשווה ועם רוב ההצעות שהוגשו בישראל במרוצת השנים (לעניין אחרון זה ראו תיאור ההצעות המובא בנספח 1). באופן כזה, ניתן להפוך את האיחור החוקתי של ישראל ליתרון לעומת חוקות ישנות יותר, שכן הוא מאפשר לימוד והפקת לקחים הן מן הפסיקה אצלנו והן מהתפתחות חופש הביטוי בשיטות משפט אחרות. הגנה חוקתית תקיפה, ומפורטת יחסית, על חופש הביטוי נדרשת משום שגופי השלטון השונים הם מושאים לביקורתה של התקשורת ושל הפרטים בחברה, ולכן יש לחשוש מפגיעות בלתי מוצדקות בחופש הביטוי. פגיעות כאלה מסכנות את המשטר הדמוקרטי במובניו השונים, וחותרות תחת תנאי הבסיס לקדמה ולהתקדמות. פירוט כאמור מתאים גם לטיבה החינוכי של חוקה. ראוי שההגנה על חופש הביטוי ברמה הנורמטיבית תיעשה על ידי הגוף והמסמך שהלגיטימיות שלהם הם החזקים ביותר – האספה המכוננת והחוקה, שהיא מעשה ידיה.

בטרם נצלול אל תוך נבכי ההצעה, נעיר כמה הערות מקדמיות. ראשית, כאמור, הצעתנו מבקשת להביא בחשבון את האתגרים המיוחדים למימוש חופש הביטוי בעידן הדיגיטלי. כפי שטוען Tim Wu, אם בעבר שוק הדעות סבל ממחסור בדוברים ובתכנים, והאיום המרכזי על חופש הביטוי נבע מסכנת ההשתקה הישירה – כיום אנו מוצפים במידע ובדעות מכל קצוות הקשת, והמשאב המוגבל אינו הביטוי עצמו אלא תשומת הלב שלנו.¹⁹⁸ בהקשר זה הוא מצביע על שתי תופעות: הקלות שבה כל אחד יכול להתבטא באינטרנט ולהפיץ את רעיונותיו; ו"תעשיית תשומת הלב" – מודלים עסקיים המבוססים על ניסיון מתמיד למקסם את משך הזמן שאדם שוהה באתר מסוים, בין היתר על ידי התאמה מדוקדקת של התכנים המוצגים להעדפותיו של המשתמש.¹⁹⁹ גם כאשר השלטון מנסה לשלוט בשיח

בעניין פסקת ההגבלה הכללית עם חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. כמו כן, ספק אם בכוחו של פירוט מסוג זה לספק הדרכה ממשית לרשויות או להגביל את הפגיעות בחופש הביטוי בצורה אמיתית. הניסיון מלמד שפירוט מסוג זה נוטה לכלול קשת רחבה של אינטרסים – המנוסחים בלשון עמומה – המצדיקים פגיעה בזכות (לעניין זה ראו למשל ההצעות הקודמות לעיגון חופש הביטוי בחוק יסוד, המובאות בנספח 1).

Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, in *THE PERILOUS PUBLIC SQUARE: STRUCTURAL THREATS TO FREE EXPRESSION TODAY* 15-43 (David E. Pozen ed., 2020)

199 שם, עמ' 21. לעניין האתגרים המיוחדים לחופש הביטוי בעידן "הביטוי הזול" ראו Eugene Volokh, "What Cheap Speech Has Done: (Greater) Equality and its Discontents," 54 (5) U.C. DAVIS LAW REVIEW (2021)

הציבורי, פעמים רבות הוא בוחר לעשות זאת לא על ידי צנזורה בוטה – העלולה להפנות זרקור דווקא לביטוי הנתפס בעיניו כבעייתי, ובכך להעניק לו את תשומת הלב הנכספת – אלא באמצעות כלים מתוחכמים יותר כמו הצפת הרשת במידע אלטרנטיבי ובחדשות כזב ("פייק ניוז"; טקטיקה שזכתה בכינוי "צנזורה הפוכה") ובשימוש ב"צבאות של טרולים" להטרדת דוברים מתריסים.²⁰⁰ עוד הוא טוען ששוק הדעות נשלט היום במידה רבה על ידי חברות ענק טכנולוגיות, אשר בניגוד לעיתונות הממוסדת אינן פועלות לפי כללי אתיקה או סטנדרטים מקצועיים שעשויים למנוע פרסום דברי כזב או שמועות חסרות בסיס.²⁰¹ לדבריו של Wu, יש צורך אקוטי להתאים את דוקטרינות התיקון הראשון לחוקה האמריקאית למציאות חדשה זו. בין היתר, הוא מציע לשקול חיוב הרשתות הגדולות לפעול כנאמני הציבור – להסיר בוטים ומשתמשים מזויפים ולקיים תנאים המאפשרים דיון בועט בסוגיות בעלי עניין ציבורי.²⁰²

בד בבד, העידן הדיגיטלי מעורר ביתר שאת את השאלה התמידית אם בכוחו של "שוק הדעות החופשי" להכריע את השקר הלכה למעשה. גם בעבר היה מקום לסקפטיות בריאה ביחס למטפורה זו, המניחה תפיסה אוטופית של אופן ניהולם של דיונים אנושיים.²⁰³ ואולם רבים הצביעו על האופנים השונים שבהם השימוש

200 Wu, לעיל ה"ש 198, בעמ' 23-31.

201 שם, בעמ' 32-33.

202 שם, בעמ' 39.

203 וכדברי גייסון סטנלי:

Rightly or wrongly, many associate Mill's *On Liberty* with the motif of a "marketplace of ideas," a realm that, if left to operate on its own, will drive out prejudice and falsehood and produce knowledge. But this notion, like that of a free market generally, is predicated on a utopian conception of consumers. In the case of the metaphor of the marketplace of ideas, the utopian assumption is that conversation works by exchange of reasons: one party offers its reasons, which are then countered by the reasons of an opponent, until the truth ultimately emerges. But conversation is not just used to communicate information. It is also used to shut out perspectives, raise fears, and heighten prejudice (Jason Stanley, "What John Stuart Mill Got Wrong about Freedom of Speech," *BOSTON REVIEW* (Sept. 4, 2018))

באינטרנט העמיק והחריף את בעיית השקר, עד כדי הפיכתו לאיום ממשי על הדמוקרטיה.²⁰⁴

אכן, לא ניתן להתעלם מהנזקים החמורים לדמוקרטיה הטמונים בשיטות הפסולות המשמשות למניפולציה של השיח הציבורי ברשת, ובהן הפצה מכוונת של דיסאינפורמציה וחדשות כזב, במטרה לעוות את שוק הדעות.²⁰⁵ יש להידרש לסוגיה זו בכובד ראש. ואולם נדרשת זהירות מפליגה על מנת להבטיח שהתרופה בהקשר זה לא תהיה מסוכנת יותר מהמחלה. אכן, שוק הדעות הוא מטפורה אידיאליסטית, ואין מקום להניח בתמימות שכוחות השוק יבטיחו תמיד את ניצחונה של האמת. אך בד בבד אין גם מקום לתמימות באשר לניסיונות מצד השלטון או הרוב הפוליטי לאכוף "אמיתות" רשמיות – בייחוד בתחומים שבליבת חופש הביטוי, כגון פוליטיקה, פילוסופיה, תרבות ומדעים. ניסיונות מסוג זה **מבטיחים** את כישלון מלאכת החיפוש אחר האמת ואף חותרים תחת הרציונלים האחרים לחופש הביטוי שעליהם עמדנו לעיל. הכאוטיות של השיח ברשתות עלולה לשמש את השלטון – בתמיכת חלק מהציבור והמומחים – "לעשות סדר" על ידי כך שיחליט עבור האזרחים מה אמת ומה לא, "ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה".²⁰⁶

לתפיסתנו, הדרך הראויה להתמודד עם אתגרים אלו היא על ידי התערבויות שמטרתן לשפר את **תנאי** שוק הדעות, ולא באמצעות צנזורה שלטונית. במקרים המתאימים יש גם מקום לפעולה נגד הפצתה המכוונת של דיסאינפורמציה מזיקה. שאלת ההסדרים הספציפיים שיש לאמץ חורגת כמובן מגדר מסמך זה. אנו מקווים, עם זאת, שהעקרונות הגלומים בהצעתנו יוכלו לספק לרשויות – ולבתי המשפט – מסגרת חוקתית ראויה לקיום הדיון בשאלות אלו.

204 ראו למשל CASS SUNSTEIN, LIARS: FALSEHOODS AND FREE SPEECH IN AN AGE OF DECEPTION (2021); Emily Bazelon, "Free Speech Will Save Our Democracy: The First Amendment in the Age of Disinformation," NEW YORK TIMES (Oct. 13, 2020).

205 בעניין זה ראו למשל תהילה שוורץ אלטושלר וגיא לוריא **תעמולה דיגיטלית והאיום על הבחירות** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020).

206 עניין **אולפני הסרטה, לעיל** ה"ש 10, בעמ' 2407.

הערה נוספת נוגעת לבחירה שלנו לסטות ממודל פסקת ההגבלה שאומץ בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהציע פסקת הגבלה הכוללת מגבלות נוקשות יותר על הנסיבות שבהן ניתן לפגוע בחופש הביטוי. כאמור, מטרת ההצעה היא לחזק את ההגנה על חופש הביטוי ולספק לרשויות הנחיות ברורות יותר לגבי העקרונות שצריכים לחול בהקשר זה. כפי שנראה בהמשך הדברים, פסקת ההגבלה המוצעת על ידינו מוסיפה למבחן המידתיות המקובל שני נדבכים: ראשית, היא מבקשת להגביל את הסמכות למנוע מראש את מימוש חופש הביטוי למקרים שבהם הדבר נדרש כדי למנוע פגיעה קשה בזכות או באינטרס ציבורי חיוני ודוחק, שמידת הסתברותה היא קרובה לוודאי. שנית, היא מזהה את תחומי הליבה של חופש הביטוי הראויים להגנה מוגברת ואת סוגי הביטוי שצריכים לקבל הגנה כמעט מוחלטת – לרבות ביקורת על רשויות השלטון. כמו כן, היא קובעת כלל כמעט מוחלט שלפיו אין לפגוע בחופש הביטוי בשל התנגדות לדעה או להשקפה העולה ממנו. גישה זו שואבת השראה מהמשפט המשווה שסוקר לעיל. היא גם עולה בקנה אחד עם גישות שקיבלו ביטוי בספרות בשנים האחרונות, אשר מצביעות על כוחו המוגבל של מבחן המידתיות להבטיח הגנה נאותה על זכויות יסוד כמו חופש הביטוי²⁰⁷ והעומדות על הצורך לחזק את מעמדם של כללים – דוגמת מבחן הוודאות הקרובה והדרישה לניטרליות שלטונית ביחס לדעות שונות – בפסיקה בתחום זה.²⁰⁸

נוסח ההצעה

סעיף 1: עקרונות יסוד

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

²⁰⁷ ראו למשל, מיכל פינטו ויובל יקותיאל "יתרונותיו של מבחן האיזון האנכי על פני מבחני המידתיות בהגנה על זכויות האדם" פורום עיוני משפט מב 106 (2019).

²⁰⁸ ראו Barak Medina, "Unintended Consequences of Prohibiting Advocacy of Hatred and Regulating Campaign Finance: The Weakening Status of Freedom of Speech in Israel," 18 (3) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 804-820 (2020)

סעיף 2: מטרה

2. חוק־יסוד זה מטרתו להגן על חופש הביטוי והדעה, כמתחייב מכבוד האדם וחירותו, לשם הגיבוש והמימוש העצמיים של כל אדם וזהותו, לשם הבטחת קיומו של המשטר הדמוקרטי וכדי לאפשר ליבון של סוגיות ציבוריות וגיבוש עמדות מושכלות, לשם שגשוגה של התרבות, האומנות והיצירה, המדע והמחקר, למען הקדמה האנושית וקידום האמת ולמניעת אלימות; כל זאת כדי לעגן בחוק־יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

סעיף 3: חופש הדעה, האמונה והמצפון

3. חופש המצפון, חופש האמונה הדתית או ההשקפה האחרת וחופש הדעה, בתור שכאלה, מצויים בתחום הליבה הפרטי של האדם וכאלה הם מחוץ לעניינה של המדינה.

דברי הסבר

סעיף 3 להצעה מעגן את חופש הדעה, חופש האמונה וחופש המצפון כזכויות מוחלטות, שבהן אי־אפשר לפגוע אפילו במצב חירום. כאמור בסעיף, עצם זכותו של אדם להחזיק בדעות ובאמונות מסוימות – להבדיל מזכותו לתת ביטוי לדעות ואמונות אלה – נמצא בתחום הליבה הפרטי של האדם, ועל כן הוא "מחוץ לעניינה של המדינה".

תפיסה זו, שלפיה אין לפגוע כלל בחופש הדעה והמצפון – גם לא במצב חירום – עולה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת במשפט הבינלאומי. סעיף 18 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, אשר אושררה בידי מדינת ישראל בשנת 1991,²⁰⁹ קובע כי "לכל אדם הזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת". הסעיף מבהיר כי ניתן לפגוע בחופש ליתן ביטוי לאמונותיו של אדם בתנאים

209 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב־1966) (נכנסה לחוקף ב־1992).

מסוימים, אך אינו מאפשר פגיעה בעצם החופש להחזיק באותן אמונות. באופן דומה, סעיף 19 לאמנה, שמעגן את הזכות לחופש הביטוי, מבחין בין זכותו של אדם "להחזיק בדעותיו ללא הפרעה" – שאינה כפופה להגבלות כלשהן – ובין זכותו לחופש הביטוי, אשר כפופה לפסקת הגבלה. בחופש המחשבה, המצפון והדת, וכן בחופש להחזיק בדעות ללא הפרעה, אי-אפשר לפגוע גם במצב חירום מוכרז המאיים על חיי האומה, אשר מצדיק גריעה מחלק מהזכויות המעוגנות באמנה.²¹⁰

משמעות קביעה זו היא, בין היתר, שאסור לנקוט צעדים כלשהם נגד אדם בשל אמונותיו או דעותיו הפרטיות וכן אסור לאלץ אותו להחזיק בדעה מסוימת או להתנחש אליה.²¹¹ אחת הצורות החמורות ביותר של דיכוי המאפיין משטרים אורווליאניים היא השתלטות על המחשבה – וממנה יש להישמר מכל משמר.

210 כך למשל, סעיף 4 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע כי אין לגרוע מסעיף 18 לאמנה במצב חירום. אף שככלל ניתן לגרוע מסעיף 19 במצב חירום, ועדת זכויות האדם הבהירה כי במצב חירום אין לגרוע גם מעצם הזכות להחזיק בדעה:

Furthermore, although freedom of opinion is not listed among those rights that may not be derogated from pursuant to the provisions of article 4 of the Covenant, it is recalled that, "in those provisions of the Covenant that are not listed in article 4, paragraph 2, there are elements that in the Committee's opinion cannot be made subject to lawful derogation under article 4". Freedom of opinion is one such element, since it can never become necessary to derogate from it during a state of emergency (CCPR, *General comment No. 34: Article 19 (Freedom of opinion and expression)*, 102nd Sess, adopted 12 September 2011, UN Doc CCPR/C/GC/34, par. 5.)

211 ראו שם, בפס' 9-10:

No person may be subject to the impairment of any rights under the Covenant on the basis of his or her actual, perceived or supposed opinions. All forms of opinion are protected, including opinions of a political, scientific, historic, moral or religious nature. It is incompatible with paragraph 1 to criminalize the holding of an opinion [...] Any form of effort to coerce the holding or not holding of any opinion is prohibited. Freedom to express one's opinion necessarily includes freedom not to express one's opinion.

סעיף 4: חופש הביטוי

4. (א) לכל אדם חופש הביטוי, לרבות החופש להעביר, לבטא, לפרסם, לשמוע, לצרוך ולקבל מידע, מחשבות, רעיונות, השקפות, דעות, ביטויי תרבות ואומנות ורגשות, בכל דרך שהיא.
- (ב) חופש הביטוי כולל את הזכות לבטא, בכל דרך, עמדות לא מקובלות ופוגעניות.
- (ג) הזכויות המנויות בסעיפים 5, 6, 8, 9, 10 ו־11 לחוק־יסוד זה נגזרות מחופש הביטוי והן חלק בלתי נפרד ממנו.

דברי הסבר

סעיף 4 להצעה מבהיר את ההיקף העקרוני של הזכות לחופש הביטוי. היקפה הרחב של הזכות, הכוללת את כל צורות הביטוי, לרבות הביטוי התרבותי והאומנותי, והכוללת הן את הזכות להשמיע ולפרסם דעות, מידע ורגשות והן את הזכות לשמוע ולהישף לדברי הזולת, נגזר מהצדוקים לחופש הביטוי – הן אלה העוסקים בחיפוש אחר האמת ובהבטחת המשטר הדמוקרטי, והן אלה העוסקים בהגשמתו העצמית של האדם. היקף רחב זה משקף את התפיסה שהשתרשה בפסיקה במרוצת השנים, שלפיה "היקפו של חופש הביטוי משתרע על כל דרכי הביטוי, ועל כל צורות הביטוי, ועל כל תכני הביטוי"²¹². בית המשפט גם עמד בהזדמנויות שונות על חשיבות זכותו של אדם להישף לדעות ולמידע המופצים בידי אחרים, שכן "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"²¹³. ההגדרה המוצעת גם

212 עניין מפלגת שינוי, לעיל ה"ש 23; כן ראו בג"ץ Universal City 88/806 Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 33-34; ברק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 734.

213 עניין אולפני הסרטה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 2407. באותו פסק דין הדגיש השופט לנדוי כי –

למעשה שתיים אלו יונקות זו מזו: כדי שהאזרח יוכל ליהנות מחירותו להחליף דעות, דרושה לו גם החירות להחליף ידיעות ולגשת ללא מעצור למקורות האינפורמציה שברצון אזרחים אחרים לספק לו, כל עוד אין בכך נזק לאינטרסים

עולה בקנה אחד עם אופן הגדרת הזכות במשפט הבינלאומי לזכויות אדם. כך למשל נקבע בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם כי "כל אדם זכאי לחירות הדעה והביטוי, לרבות החירות להחזיק בדעות ללא כל הפרעה, ולבקש ידיעות ודעות, ולקבלן ולמסרן בכל הדרכים וללא סייגי גבולות".²¹⁴

עוד מובהר בסעיף כי הזכות לחופש הביטוי כוללת את הזכות לבטא עמדות בלתי מקובלות ופוגעניות. קביעה מפורשת זו, אף שהיא כמעט מובנת מאליה, נועדה להדגיש ביתר שאת את תפקיד חופש הביטוי בהגנה דווקא על דעות ומסרים קשים, נוקבים ואף פוגעניים, החורגים מהקונצנזוס. עיקרון זה עובר כחוט השני בפסיקה העוסקת בחופש הביטוי, אשר מזהירה כי "יש לשוב ולשון, לשוב ולזכור, כי עיקר תכליתו של חופש הביטוי להבטיח הגנה דווקא לביטויים קיצוניים, המעוררים מחלוקת ואף סלידה. דברי־נועם, הערבים לאוזן, הנעימים לצפייה והקלים לעיכול, אינם זקוקים להגנה של חופש הביטוי".²¹⁵ אופיים של החוקה ושל חוקי היסוד – כמסמכי יסוד שיש להם גם תכלית חינוכית – מצדיק מתן ביטוי מפורש זה לטיבו של החופש הביטוי.

חיוניים אחרים של המדינה או של הפרט. רק בדרך זו הוא יוכל ליצור לעצמו דעה עצמאית ככל האפשר על אותן שאלות העומדות ברומן של עולם החברה והמדינה, שההכרעה עליהן נחונה בסופו של דבר בידי, בתוקף זכותו לבחור את מוסדות המדינה" (שם, עמ' 2415).

כן ראו דברי השופט מצא בעניין גולן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 153: "מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנחונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?!".

214 סעיף 19 להכרזה (ראו הנוסח המלא באתר הספרייה הווירטואלית של מט"ח). כן ראו סעיף 19 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

215 רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס' 33 לחוות דעתו של השופט ריבלין, בדעת מיעוט אך לא לעניין זה (נבו 12.11.2006). כן ראו למשל בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, פס' 16 (1984): "חופש הביטוי וחופש ההפגנה אין משמעותם אך החופש לבטא דברים הערבים לאוזן. חופש התהלכה אינו רק החופש של ילדים וזרי פרחים בידיהם לצעוד ברחובה של עיר, אלא גם חופש הצעידה של אנשים, אשר דעותיהם אינן מקובלות, ועצם צעידתם מרגיזה ומעוררת כעס". כן ראו בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 6, בפס' 2 לחוות דעתו של השופט הנדל: "חופש הביטוי הפוליטי איננו עומד למבחן מעשי כאשר עסקינן בהבעת דעות שמצויות בלב־לבו של הקונצנזוס. הקושי מתעורר כאשר אדם חפץ להביע דעות אשר מצויות במרחק מה – ואפילו במרחק רב – מלב ההסכמה החברתית המקובלת. אלו הן דעות שעלולות להיתפש על ידי הרוב כקיצוניות, מקוממות ואף פוגעניות".

סעיף 4(ג) המוצע מבהיר כי הזכויות לחופש התרבות, האומנות, היצירה, המחקר וההוראה האקדמיים, לחופש העיתונות, לגישה לאינטרנט, לחופש האספה, התהלוכה וההפגנה, לחופש ההתאגדות ולקבלת מידע שלטוני נגזרות מחופש הביטוי והן חלק בלתי נפרד ממנו. בהתאם לכך, ההגנה המיוחדת הניתנת לליבת חופש הביטוי (ראו להלן) חלה גם על ביטוי הבא בגדר מימושן של זכויות אלה.

סעיף 5: חופש התרבות, האומנות, היצירה, המחקר וההוראה האקדמיים

5. (א) לכל אדם חופש התרבות, האומנות, היצירה, המחקר וההוראה האקדמיים.

(ב) המדינה תבטיח, באמצעות גופי חיץ בני חורין ונעדרי זיקה פוליטית, תנאים לשגשוגם החופשי והעצמאי של תחומי התרבות והמדע, האומנות והיצירה, המחקר וההוראה האקדמיים.

דברי הסבר

ההכרה בחופש התרבות, האומנות, היצירה, המחקר וההוראה האקדמיים, המעוגנת בסעיף 5(א) להצעה, טומנת בחובה הן את החירות השלילית של האדם לממש חופש זה, והן את חובת המדינה לנקוט במקרים המתאימים פעולות אקטיביות כדי לאפשר את מימושו. בשל התפקיד המיוחד שיש למדינה בקידום התחומים המפורטים בסעיף זה, סעיף 5(ב) להצעה מדגיש מפורשות את חובת המדינה להבטיח, באמצעות גופי חיץ בני חורין ונעדרי זיקה פוליטית, תנאים לשגשוגם החופשי והעצמאי של תחומים אלה.²¹⁶ התייחסות ספציפית לחופש האומנות, המחקר וההוראה מופיעה בחוקות שונות בעולם – בין היתר, כפי שראינו, בחוקה של גרמניה.²¹⁷ סעיף זה כפוף לעקרונות הקבועים בפסקות ההגבלה שבהצעה (סעיפים 13–14).

216 לדיון בחופש הביטוי התרבותי ותפקיד המדינה בטיפוח התרבות ראו עדנה הראל ממלכתיות במדיניות תרבות 26–27 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020).

217 ראו לעיל לעניין חוקת גרמניה. כמו כן ראו למשל סעיף 16 לחוקת פינלנד: "The freedom of science, the arts and higher education is guaranteed"; סעיף

סעיפים 6 ו-7 להצעה: חופש העיתונות, השידור הציבורי ותקשורת חופשית ומגוונת

חופש העיתונות

6. (א) המדינה תגן על חופש העיתונות; תקשורת חופשית, אתית ומגוונת היא יסוד חיוני של הדמוקרטיה.

(ב) עיתונאים זכאים להגנה על עצמאותם המקצועית ועל סודיות מקורותיהם.

(ג) על אף האמור בסעיפים 13-15 לחוק־יסוד זה:

1. הקמתם של עיתון או רשת חברתית ועיסוק בעיתונות לא יהיו טעונים רישוי.

2. לא תהיה צנזורה על כלי התקשורת ועל עיתונאים בעבודה העיתונאית אלא בשעת חירום כאמור בסעיף 15 לחוק־יסוד זה ומכוח הסמכה מפורשת בחוק.

3. פעלו עיתונאים וכלי תקשורת לפי כללי האתיקה העיתונאית, לרבות החופש העיתונאי, לא יישאו באחריות משפטית בגין פרסום או תוצאותיו.

4. לא יישא אדם באחריות משפטית בגין פרסום פוגעני שתוכנו הוא בעיקרו אמת, ושיש בו עניין ציבורי.

(ד) תאגיד המנהל פלטפורמה שתכליתה לאפשר שיתוף תכנים על ידי צדדים שלישיים ללא עריכה, ינקוט אמצעים סבירים, באמצעות גוף חיצ

113 לחוקה לטביה: "The State shall recognize the freedom of scientific research, artistic and other creative activity, and shall protect copyright and patent rights"; סעיף 16 לחוקה דרום אפריקה: "Everyone has the right to freedom of expression, which includes [...] freedom of artistic creativity; and [...] academic freedom and freedom of scientific research"; סעיף 21 לחוקה השוויצרית: "Freedom of artistic expression is guaranteed".

עצמאי ומקצועי, כדי למנוע הפיכתו לבמה לפרסומים אסורים לפי חוק, בלי לפגוע בחופש הביטוי.

שידור ציבורי ותקשורת חופשית ומגוונת

7. (א) קיומו של שידור ציבורי־ממלכתי בן חורין ונעדר זיקה פוליטית חיוני להבטחת השיח הדמוקרטי, למתן ביטוי להשקפות מגוונות, לרבות של קבוצות מיעוט, ולמימוש זכות הציבור לקבל מידע רחב ממקורות מגוונים.

(ב) המדינה תבטיח קיומו ושגשוגו של שידור ציבורי־ממלכתי, ברדיו, בטלוויזיה ובדיגיטל.

(ג) השידור הציבורי יהיה עצמאי מהשפעה פוליטית וכלכלית, הוגן ונאמן לכללי האתיקה העיתונאית; ייתן ביטוי הולם להשקפות השונות הרווחות בחברה, ישרת את קבוצות המיעוט וידאג לייצוג נאות שלהן.

(ד) המדינה תמנע היווצרות והתקיימות של מונופולים בתקשורת ושל ניגודי עניינים ואינטרסים צולבים; ותבטיח, באמצעות גוף חיץ בן חורין ונעדר זיקה פוליטית, תנאים לקיומם של ריבוי וגיוון דעות בכלי התקשורת.

דברי הסבר

סעיף 6 להצעה, אשר קובע את חופש העיתונות, מעגן עקרונות בסיסיים אשר חיוניים לקיומה של תקשורת חופשית ובוועטת, שבכוחה למלא את יעודה כ"כלב השמירה" של הדמוקרטיה.²¹⁸ כפי שהודגש בפסיקה:

218 מלבד ארצות הברית וגרמניה, שנסקרו לעיל, חופש העיתונות מעוגן מפורשות בחוקות של מדינות רבות אחרות, ובהן קנדה (סעיף 2(b) לצ'רטר הקנדי); יוון (סעיף 14(2) לחוקה); איטליה (סעיף 21 לחוקה); הולנד (סעיף 7 לחוקה); דרום אפריקה (סעיף 16(1)(a) לחוקה); שוודיה (חוק חופש העיתונות מ־1949, שהוא אחד מארבעת חוקי היסוד המרכזיים את החוקה השוודית); שווייץ (סעיף 17 לחוקה), ופורטוגל (סעיף 38 לחוקה). איסורים על צנזורה מופיעים אף הם בחוקות רבות (ראו למשל סעיף 17(2) לחוקת שווייץ; סעיף 77 לחוקת דנמרק; סעיף 14(2) לחוקת יוון; סעיף 21 לחוקת איטליה; סעיף 37(2) לחוקת פורטוגל; סעיף 8 לחוק חופש העיתונות וסעיף 11 לחוק היסוד בעניין חופש הביטוי בשוודיה).

עיתונות חופשית משמשת כלי מרכזי בחשיפת מידע על השלטון ועל אחרים ובהבאתו לידיעת הציבור. בסמכותה ובכוחה של התקשורת לחקור את דרכי ניהולן של רשויות הממשל ושל אחרים, לחשוף דרכי ניהול בלתי נאותות ולבקרן. בשל תפקידים אלו, היו מי שכינו את העיתונות והתקשורת "הרשות הרביעית" [...]. ככזו, התקשורת מהווה גורם מאזן לכוחו של השלטון, ומבטיחה כי האחרון לא יפגע בעקרונות הדמוקרטיים. מלבד היכולת לפקח על הממשלה – התקשורת מבטיחה זרימה חופשית של מידע והשמעה תדירה של דעות שונות ומגוונות. היא מאפשרת לאזרחים רבים יותר להשתתף בתהליך הדמוקרטי תוך אספקת המידע הדרוש להם לשם כך [...]. תקשורת חופשית היא, איפוא, הבמה שעליה מתקיים השיח הציבורי וכזאת היא גורם, אשר משמר, מקדם ומעצים אותו השיח.²¹⁹

הסעיף קובע כי הקמתם של עיתון או רשת חברתית, וכן עיסוק בעיתונות, לא יהיו טעונים רישוי – ובכך מבהיר כי חופש העיתונאי אינו בגדר פריוילגיה המוענקת על ידי המדינה לקבוצה מוגדרת של אנשים, אלא חירות הנתונה לכל מי שמבקש לעסוק בעשייה זו. ההחלטה לעגן בחוקה סעיף נפרד שעניינו חופש העיתונות לא נועדה, אם כן, להעניק זכויות מיוחדות לאמצעי תקשורת ככאלה, אלא נועדה להעניק הגנה מיוחדת ל**עיסוק** בעיתונות, בשל תפקידו המיוחד במימוש תכליות חופש הביטוי. ראוי לציין כי הצורך להבטיח את חופש העיסוק בתקשורת מפני התערבות שלטונית כבר אפיין את הצעות החוק הראשונות שנועדו לעגן בחקיקה את חופש הביטוי.

הרובד הראשון של הזכות הוא החירות השלילית לעסוק בעיתונות: לאסוף ולפרסם מידע בנושאים שיש בהם עניין ציבורי, לפקח על התנהלות השלטון, לבצע תחקירים נוקבים, לחשוף שחיתויות ועוד. לשם כך נקבע בהצעה כי

219 בג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים בישראל נ' ראש הממשלה (נבו 23.1.2019), פס' 35 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (דאז) מלצר (להלן: עניין ארגון העיתונאים) (ההדגשה במקור).

עיתונאים זכאים להגנה על עצמאותם המקצועית ועל סודיות מקורותיהם.²²⁰ הגנה זו היא כה חשובה וחיונית לחופש העיתונות, עד שבית המשפט בישראל מצא לנכון להכיר בה גם בהיעדר עיגון חוקי ספציפי. אין מדובר בפריווילגיה לעוסקים בעיתונות אלא למה שנחוץ על מנת שיוכלו למלא את תפקידם הציבורי. באופן עקרוני, הסעיף כפוף לפסקאות ההגבלה הקבועות בסעיפים 14^א–13 להצעה, וניתן לפגיעה בתקנות שעת חירום. עם זאת, הוא קובע כמה עקרונות קשיחים שאינם כפופים לפסקת ההגבלה.

ראשית, נקבע כאמור שהקמתם של עיתון או רשת חברתית ועיסוק בעיתונות לא יהיו טעונים רישוי. קביעה זו מונעת אימוץ הסדר מהסוג שהיה קבוע בעבר בפקודת העיתונות (שבוטלה בשנת 2017), אשר אסר על הדפסה או הוצאה לאור של עיתונים ללא רישיון מיוחד.

שנית נקבע שלא תהיה צנזורה אלא בשעת חירום מוכרזת, ומכוח הסכמה מפורשת בחוק. משמעות הדבר היא שבימים כתיקונם אי־אפשר להנהיג הסדר מהסוג הקבוע בתקנות 86–101 לתקנות ההגנה (שעת חירום), המחייב הגשת פרסומים לפיקוח מוקדם של צנזור צבאי.²²¹ צנזורה, שתכליתה למנוע מראש את הפרסום, היא מאפיין מובהק של משטרים עריצים, שמקומה לא יכרנה בדמוקרטיה. בימי שגרה דרך המלך למנוע פרסומים העלולים לפגוע בביטחון

220 על עיגון סודיות מקורותיהם של עיתונאים במשפט החוקתי הגרמני ראו לעיל בסעיף "תת־הסעיף הראשון: חופש העיתונות, השידור והדיווח". כמו כן ראו סעיף 38(2) לחוקת פורטוגל, המבהיר כי חופש העיתונות משמעו, בין היתר, זכותם של עיתונאים לקבל גישה למקורות מידע ולהגנה על העצמאות והסודיות המקצועית שלהם (Journalists' right, as laid down by law, to gain access to sources of information and to the protection of professional independence and secrecy"; Constitution of the Portuguese Republic, Seventh Revision, 2005). החיסיון העיתונאי מוכר כמובן גם בישראל, וראו למשל ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז ת"א, פ"ד מא(2) 337 (1987); רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון (נבו, 29.11.2021); בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (נבו, 28.5.2012). כן ראו ירוסלבסקי ושוורץ אלטשולר, לעיל ה"ש 92.

221 לדיון נרחב בסמכויות הצנזור הצבאי ואופן הפעלתו ראו תהילה שוורץ אלטשולר וגיא לוריא צנזורה וסודות ביטחוניים בעידן הדיגיטלי 22–41 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016).

המדינה או באינטרסים ציבוריים אחרים היא באמצעות קביעת איסורים פליים מידתיים והסמכת בית המשפט להוציא צווי איסור פרסום פרטניים במקרים המתאימים.²²² יצוין כי אין בקביעה זו כדי למנוע כינונו של גוף שלטוני שתפקידו ליעץ לציבור בנוגע לתחולת האיסורים הרלוונטיים ולסייע לו להימנע מעבירות על החוק – על מנת לצמצם את האפקט המצנן הכרוך בעבירות אלה.²²³ עוד מבהיר הסעיף כי על אף הקביעה הכללית בסעיף 15 להצעה, שלפיה ניתן לפגוע בחופש הביטוי באמצעות תקנות לשעת חירום, קיומה של צנזורה טעון הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. על חקיקה זו לעמוד ביתר התנאים המהותיים הקבועים בסעיף 15. חשוב להדגיש כי אף שסעיף זה חל באופן ספציפי על צנזורה עיתונאית, גם מנגנוני צנזורה נוספים (דוגמת הצנזורה על סרטים ומחזות שהונהגה בעבר) סותרים את חופש הביטוי ולא יעמדו בדרישות פסקת ההגבלה שבהצעה, הן בימים כתיקונם והן בשעת חירום.

עיקרים אלה, ובייחוד השני, מאפיינים את המעבר משיטת משטר אוטוריטרית לשיטה הדמוקרטית. ולכן יש להם ביטוי נרחב בחוקות שונות וגם בהצעות השונות שהועלו בישראל לעיגון חוקתי של חופש הביטוי.

שלישית, נקבעו עקרונות מהותיים שמטרתם להבטיח את יכולתה של תקשורת אחראית לפעול באופן חופשי וללא חשש מופרז שפרסומים ביקורתיים יגררו אחריהם אחריות פלילית או אזרחית – גם אם יתבררו בדיעבד כבלתי מבוססים. עקרונות אלה, אשר משקפים את ההגנות המוכרות היום ביני לשון הרע, מגבילים אף הם את סמכות השלטון לפגוע בחופש הביטוי והעיתונות בהתאם לפסקת ההגבלה. לפי העיקרון הראשון, עיתונאים וכלי תקשורת שפעלו לפי כללי האתיקה העיתונאית, לרבות החופש העיתונאי, לא יישאו באחריות משפטית בגין הפרסום או תוצאותיו. קביעה זו מבטאת את ההלכה שנפסקה בעניין

222 גם בגרמניה האיסור החוקתי המוחלט על צנזורה אינו נוגע לצווים שיפוטיים (ראו לעיל, ה"ש 116).

223 להמלצה ברוח זו ראו שורץ אלטשולר ולוריא, לעיל ה"ש 221. על המבחנים המהותיים שראוי להחיל בכל הנוגע למניעה מוקדמת של ביטוי ראו להלן, בדיון הנוגע לסעיף 13 להצעה.

דיין־אורבך, אשר הכירה בחובה עיתונאית לפרסם מידע עובדתי שיש בו עניין ציבורי.²²⁴ חובה זו, הנגזרת מחשיבות תפקידה של תקשורת אחראית בשלטון הדמוקרטי, מחייבת לפטור מאחריות משפטית פרסומים בעלי עניין ציבורי משמעותי אך אם התבררו כשגויים – ובלבד שנעשו בתום לב, בהתאם לכללי הסבירות וההגינות המאפיינים עיתונות אחראית.²²⁵ הדגש המושם בהצעה על האתיקה המקצועית של העיתונות נועד גם להבליט את חשיבותה ומרכזיותה, דווקא לנוכח תופעות שליליות של התנהלות בלתי אתית ובלתי מקצועית, ומשום שאין תחליף להתנהלות אתית כתנאי יסוד לתפקוד העיתונות, למילוי שליחותה ולהבטחת אמון הציבור בה. עיקרון זה – כמו יתר העקרונות העוסקים בחופש העיתונות – אינו חל רק על מי שנחשבים או מוגדרים עיתונאים שזהו משלח ידם, אלא על כל מי שעוסק באופן מהותי בעשייה עיתונאית.²²⁶ העיקרון השני מעניק מעמד חוקתי להגנת "אמת דיברתי", המוכרת אך היא בתחום דיני לשון הרע. אך שהוא ממוקם בסעיף העוסק בחופש העיתונות – בשל הקשר

224 דנ"א 2121/12 פלוגי נ' דיין־אורבך, פ"ד סז(1) 667 (2013). כן ראו חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנוור דיני לשון הרע: הדין המצוי והדין הרצוי 340–349 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019).

225 עניין דיין־אורבך, שם.

226 שם, בפס' 62–63 לחוות דעתו של הנשיא דאז גרוניס:

מקום שהמפרסם הוא עיתונאי, נושאים היחסים בינו לבין הציבור אופי מוגדר יותר מאשר היחסים שבין הציבור הרחב למי שאין עיסוקו הרגיל בעבודה עיתונאית. לפיכך בבחינת השאלה אם הנתבע פעל לשם מילוי "חובה עיתונאית", ניתן להתמשקל להיותו עיתונאי, הגם שלעמדתו אין זה תנאי הכרחית לתחולת ההגנה. אילו הוגבלה תחולתה של ההגנה לעיתונאים בלבד היה הדבר מעורר קשיים ניכרים מבחינה עיונית ומבחינה מעשית כאחד. מן הבחינה העיונית, מקום שהמידע שפורסם הוא בעל חשיבות רבה ותועלת לציבור, ראוי כי יובא לידיעתו ללא קשר לזהותו של המפרסם. [...] התכליות שביסוד מתן ההגנה לפרסומים בעלי אופי עיתונאי בנושאים שקיים בהם עניין ציבורי משמעותי, שכבר עמדתי עליהן, מתקיימות גם במי שאינו עיתונאי במקצועו. מובן שהרחבה זו מחייבת להדגיש כי ההגנה תחול בתנאי שהמפרסם והפרסום עומדים ביתר תנאי ההגנה, ובכללם התנהלות אחראית וזהירה [...] מן הבחינה המעשית קיים קושי להגדיר הגדרה גורפת וממצה את המושג "עיתונאי", מיוחד בעידן הנוכחי, שבו התרחבו המאפיינים וזירות הפעולה של העיסוק העיתונאי אל מעבר לכלי התקשורת המסורתיים.

האמיץ שלו לתפקוד היום-יומי של התקשורת – מדובר למעשה בעיקרון כללי, החל על כל צורות הביטוי.

הרובד השני של הזכות הוא החובה הפוזיטיבית המוטלת על המדינה להסדיר את תחום התקשורת באופן שיש בו כדי לשמור על שוק דעות חופשי ופלורליסטי.²²⁷ חובה פוזיטיבית זו עולה מעצם הקביעה שהמדינה תגן על חופש העיתונות. שכן, אין ביטחון כלל שתחום התקשורת יסדיר את עצמו באופן מיטבי, ואף להפך – יש מקום לחשש שיהיו מי שינסו להשתלט על התחום, למנוע פלורליזם ולחתור תחת הרציונלים של חופש הביטוי וחופש הדעה. לחובה זו נודעת חשיבות מיוחדת בזמננו, לאור ההתפתחויות המדיאיות המתרחשות בתחום התקשורת. בהקשר זה, על המדינה לפעול, בין היתר, למניעת מונופולים וניגודי עניינים המעוותים את שוק הדעות ומונעים הלכה למעשה את מימוש חופש הביטוי.²²⁸ כמו כן, עליה לנקוט את הצעדים הדרושים כדי להבטיח תנאים לריבוי דעות בתקשורת ובדיון הציבורי. בשל הרגישות המיוחדת הטמונה בחובה אחרונה זו – הפותחת פתח להתערבות השלטון במגוון הדעות המושמעות – מובהר בהצעה כי חובה זו תמולא באמצעות גופי חיץ בני חורין ונטולי זיקה פוליטית.

הרובד השלישי של הזכות הוא חובת המדינה לדאוג לקיומו של שידור ציבורי ממלכתי עצמאי, החופשי מהשפעה פוליטית וכלכלית ופועל בהגינות מתוך נאמנות לכללי האתיקה העיתונאית.²²⁹ הניסיון מלמד כי זו אחת הדרכים המרכזיות והחשובות כדי להבטיח שוק דעות חופשי ופלורליסטי ועשייה

227 ראו לעיל בסקירה של חופש הביטוי בגרמניה. כן ראו סעיף 39 לחוקת פורטוגל המחייב את המדינה להקים גוף מינהלי עצמאי שיקדם רגולציה של שוק התקשורת כדי להבטיח, בין היתר, גיוון דעות, מניעת מונופולים ועצמות מכוחות שלטוניים או כלכליים.

228 על הצורך ברגולציה שתבטיח את יכולת התקשורת לממש את ייעודה ראו לעיל בסקירה העוסקת בגרמניה; כן ראו אסף וינר ותהילה שוורץ אלטשולר ריכוזיות בשוק התוכן העיתונאי-חדשותי (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020).

229 על החובה החוקתית לקדם שידור ציבורי עצמאי ומגוון בגרמניה ראו לעיל. כמו כן ראו סעיף 38(5) ו-6 לחוקת פורטוגל, המורה למדינה להבטיח את קיומו של שידור ציבורי עצמאי ומגוון:

עיתונאית כשליחות ציבורית מובהקת. בית המשפט העליון עמד על חובת המדינה לדאוג לקיומו של שוק תקשורת מגוון ועל החשיבות של השידור הציבורי בהקשר זה בעניין ארגון העיתונאים לישראל:²³⁰

במציאות שבה שוק התקשורת נשלט על־ידי קבוצה מצומצמת יחסית של בעלי אינטרסים, ישנו חשש כי "שוק הדעות" יכיל בתוכו מנעד דעות מצומצם בלבד [...] חשש זה מצדיק, בתפיסה המערבית האירופאית המקובלת [...] הטלת חובה על המדינה לפעול לתיקון המצב. מאחר שגיוונו של שוק הדעות לא יכול להיעשות באמצעות מתן זכות קנויה לכל אזרח להתבטא כרצונו באמצעי התקשורת ההמוניים, התגבשה התפיסה לפי כדי למלא את חובתה הנ"ל – על המדינה לדאוג לכך שהתקשורת תנסה לשקף בפועל את מגוון הדעות והרעיונות הקיימים בחברה. [...] דרך המלך שבה המדינה יכולה לצעוד כדי למלא את חובתה הנ"ל ולדאוג לגיוונו ולשימורו של שוק דעות עשיר ותוסס, היא באמצעות הדאגה לכינונה של שידור ציבורי מקצועי, אמין ועצמאי.²³¹

5. The state shall ensure the existence and operation of a public radio and television service. 6. The structure and operation of public sector media shall safeguard their independence from the Government, the Public Administration and the other public authorities, and shall ensure that all the different currents of opinion are able to express themselves and to confront one another.

230 ראו עניין ארגון העיתונאים, לעיל ה"ש 219.

231 שם, פס' 36–37 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה מלצר (ההדגשה במקור). ובהמשך הדברים:

מן האמור לעיל עולה כי שידור ציבורי, הכולל חדשות ואקטואליה, חייב להיות עצמאי ומשוחרר מהתערבויות מאינטרסים פוליטיים וכלל זה משקף, בין השאר, זכות של הציבור. [...] ראוי לפיכך שהכלל יפנימו כי התוצאה אליה הגענו מתחייבת מהתפיסה הדמוקרטית. שידור ציבורי מבוסס ובלתי תלוי הוא כלי חשוב לקיומו של שוק תקשורת מגוון, תוסס וביקורתי, שאיננו נושא פנים לבעלי שררה, ממון או אינטרס. בהיותו כזה הוא שומר על הדמוקרטיה ועל ההשתתפות של אזרחי המדינה בעיצוב דמותה (פס' 39 לחוות הדעת, ההדגשה במקור).

גם בעניין זה, הצורך בשידור ציבורי־ממלכתי נעשה חיוני ודוחק מאין כמותו בעידן הנוכחי. השופט מזוז עמד באותה פרשה על חשיבות השידור הציבורי על רקע ה"דמוקרטיזציה" של המידע מחד גיסא – אשר הגבירה בין היתר את כמות המידע השקרי שאנו נחשפים אליו – וריכוזיות אמצעי התקשורת ההמוניים מאידך גיסא:

על רקע מציאות זו נקל לראות את החיוניות של שידור ציבורי מקצועי, אמין ובלתי תלוי בהשפעות פוליטיות או כלכליות, אשר ימסור לציבור מידע אמין ונטול הטיות בנושאים פוליטיים, חברתיים, כלכליים ותרבותיים, וישמש "במה ציבורית" לכל מגוון הדעות והרעיונות בחברה [...] קיומו של שידור ציבורי כזה הפך לחיוני מאי־פעם לתפקוד של חברה דמוקרטית פתוחה וליכולת של אזרחיה לקבל הכרעות דמוקרטיות על בסיס ענייני.²³²

סעיף 8: זכות הגישה לרשת האינטרנט

8. (א) לכל אדם החופש לגישה לרשת האינטרנט.

(ב) רשת האינטרנט היא כלי חיוני בעידן הדיגיטלי למימוש הזכות לחופש הביטוי, לקיום חיי חברה, להגשמתו העצמית של האדם ולהשתתפותו בחיים הפוליטיים, הציבוריים, התרבותיים והכלכליים של החברה.

(ג) המדינה תפעל לקדם גישה שוויונית לרשת האינטרנט.

דברי הסבר

סעיף 8 להצעה מבטא הכרה בחשיבותה של רשת האינטרנט למימוש חופש הביטוי בעידן הדיגיטלי, וכן להשתתפותו של אדם בחיים הפוליטיים, הציבוריים, התרבותיים (ובכלל זה חיי היצירה, הרוח, ההשכלה, המחקר והמדע) והכלכליים

232 שם, פס' 5 לחוות דעתו של השופט מלצר.

של החברה. על רקע חשיבות זו, ההצעה מעגנת את זכות הגישה לאינטרנט בשני מישורים: ראשית, היא מטילה על המדינה חובה חיובית כללית לקדם גישה שוויונית לרשת. לצד זאת, היא מעגנת את החופש של האדם לגישה לאינטרנט. זכות זו ניתנת לפגיעה בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 13(א) המוצע; ואולם סעיף 13(ב) מבהיר כי אין לשלול חופש זה אלא אם הדבר נדרש כדי למנוע פגיעה קשה בזכות או באינטרס ציבורי חשוב ודחוק, שמידת הסתברותה היא קרובה לוודאי.

הקשר ההדוק בין חופש הביטוי ובין זכות הגישה לאינטרנט זוכה להכרה בשנים האחרונות בדמוקרטיה אחדות. בארצות הברית נפסל בשנת 2017 חוק שאסר על עברייני מין רשומים, שסיימו לרצות את עונשם, להשתמש ברשתות חברתיות הנגישות לילדים. בפסק דינו הדגיש בית המשפט כי היום האינטרנט בכלל והרשתות החברתיות בפרט הן מרחבים מרכזיים להחלפת דעות, לצריכת חדשות, לחשיפה למידע ולידע האנושי, להשתתפות בדיון הציבורי ולחיפוש עבודה. על רקע זה, גם בהנחה שהחוק אינו מפלה רק על בסיס של תוכן (ועל כן הוא כפוף לביקורת בינונית), השלילה הגורפת רחבה מדי.²³³ בצרפת, המועצה החוקתית פסלה בשנת 2009 חוק שביקש להילחם בהפרות זכויות יוצרים ברשת על ידי שלילה של זכות הגישה לאינטרנט מאנשים שהורידו חומרים באופן בלתי חוקי ולא פסקו לעשות כן גם לאחר שהוזהרו.²³⁴ בהחלטה, שהתבססה בין היתר על כך שהסמכות ניתנה לגוף מינהלי ולא שיפוטי, נקבע כי זכות הגישה לאינטרנט כלולה בחופש הביטוי.²³⁵

233 *Packingham v. North Carolina*, 582 US_ (2017). פסק הדין המרכזי נכתב בידי השופט קנדי, והצטרפו אליו ארבעה שופטים. ההחלטה התקבלה פה אחד, אולם השופט אליטו כתב חוות דעת נפרדת, שאליה הצטרפו שני שופטים, שבה הסתייג מהרטוריקה הגורפת של הרוב בנוגע לחשיבות האינטרנט.

234 Conseil constitutionnel [CC] [Constitutional Court] decision No. 2009-580 DC, June 10, 2009 (להלן: החלטת המועצה).

235 בעקבות ההחלטה תוקן החוק ונקבע הליך שיפוטי לשלילת הגישה לאינטרנט לתקופה של עד חודש, אולם האפשרות להטיל עונש זה בוטלה בשנת 2013 (Siraj Dato, *France Drops Controversial "Hadopi Law" After Spending Millions*, THE GUARDIAN (Sep. 7, 2013). בפס' 12 להחלטת המועצה, שם, נכתב כך:

גם בישראל בית המשפט נדרש בהקשרים שונים לתפקידו המרכזי של האינטרנט במימוש חופש הביטוי.²³⁶

Article 11 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 proclaims: "The free communication of ideas and opinions is one of the most precious rights of man. Every citizen may thus speak, write and publish freely, except when such freedom is misused in cases determined by Law." In the current state of the means of communication and given the generalized development of public online communication services and the importance of the latter for the participation in democracy and the expression of ideas and opinions, this right implies freedom to access such services.

כן ראו סעיף 5א לחוקת יוון, המעגן את זכותו של אדם להשתתף ב"חברת המידע" ואת חובת המדינה לקדם גישה למידע דיגיטלי. בשנת 2011 פרסם הדָּנָן המיוחד של מועצה זכויות האדם של האו"ם לקידום והגנה על חופש הביטוי והדעה דוח מיוחד על תפקיד האינטרנט במימוש חופש הביטוי: Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Human Rights Council, U.N. Doc A/HRC/17/27 (16 May 2011) (by Frank La Rue) בדכות הגישה לאינטרנט כזכות אדם ראו Ryan Shandler & Daphna Canetti, *Reality of Vulnerability and Dependence: Internet Access as a Human Right*, 52 (1) ISRAEL L. REV. 77 (2019). על החופש לגלוש באינטרנט כנגזרת של חופש הביטוי ראו גם מיכאל בירנהק "החופש לגלוש בספריות ציבוריות" **משפט וממשל** 421 (החש"ג).

236 ראו למשל את דבריו של המשנה לנשיאה ריבלין ברע"א 4447/07 מור נ' ברק אי. טי. סי. (נבו, 25.3.2010), שבו נקבע כי צו המורה על חשיפת זהותו של גולש באינטרנט טעון הסכמה בחוק:

ניתן בהחלט לומר כי חופש הביטוי של עידן האינטרנט אינו כחופש הביטוי של העידן הקדם-אינטרנטי (כפי שיש הסופרים את מניין השנים תוך הבחנה בין התקופה ה"קדם-גוגל" (BG) לבין התקופה שלאחר גוגל (AG)). חופש הביטוי הפך לזכות מוחשית הרבה יותר. [...] האינטרנט הוא "כיכר העיר" החדשה שהכול שותפים לה. המדיום החדש – המרחב הווירטואלי – מצוי בכל ופוחח לכל. הכלים שהוא מציע, ובהם "חדרי השיח", הדואר האלקטרוני, הגלישה על גלי הרשת העולמית ובתוך הרשתות החברתיות – מאפשרים קבלת מידע והעברתו, "האזנה" לדעות של אחרים והשמעתן של דעות עצמיות. זהו אפוא אמצעי דמוקרטי מובהק המקדם גם את עקרונות השוויון ומציב מחסום בפני התערבות שלטונית ובפועל רגולטיבית בחופש הביטוי. המקלדת זמינה לכל כותב, והקשה על זנבו של "העכבר" מובילה את הכתוב לקצווי הארץ (פס' 14).

סעיף 9: חופש האספה, התהלוכה וההפגנה

9. (א) לכל אדם החופש לקיים, בדרכי שלום, אספות, תהלוכות והפגנות.
- (ב) המשטרה חייבת להבטיח את שלומם של המפגינים ולקיים את הסדר הציבורי בעת הפגנה.
- (ג) על אף האמור בסעיף 13 לחוק־יסוד זה:
1. איומים של אחרים על שלומם של מפגינים והתנכלות שלהם לשלומם של מפגינים אינם עילה לפגוע בחופש להפגין.
 2. מימוש חופש האספה, התהלוכה וההפגנה לא יהיה טעון אישור או הודעה מוקדמת, אולם ניתן לדרוש מתן הודעה מוקדמת על קיום אספה, תהלוכה או הפגנה באוויר הפתוח במקום ציבורי לרשויות המופקדות על שמירת הסדר הציבורי באותו מקום, ובלבד שלא יהיה בכך כדי למנוע קיומן של אספות, תהלוכות או הפגנות ספונטניות.

דברי הסבר

ההכרה בחופש האספה, התהלוכה וההפגנה כשייך "לאותן חירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי" מושרשת היטב בפסיקה ובמסורת הישראליות הנוגעות לחופש הביטוי.²³⁷ גם לזכות זו פנים שליליות וחיוניות: על המדינה לאפשר לכל אדם לקיים אספות, תהלוכות והפגנות בדרכי שלום, וכן לנקוט את הצעדים הדרושים (באמצעות המשטרה) כדי לקיים את הסדר הציבורי בעת הפגנה.²³⁸ החובה להגן על חופש המחאה כוללת את החובה

237 עניין לוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 399. כן ראו בג"ץ 5078/20 פדידה נ' משטרת ישראל (19.8.2020); בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (4.4.2021). (להלן: עניין אחריות לאומית).

238 ראו לעניין זה בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, בפס' 15 לחוות דעתו של הנשיא דאז ברק (2006):

חובתה של המדינה בהיבט ה"חיובי" של הזכות לחופש ביטוי ולהפגנה משמיעה, בין השאר, את חובתה לאפשר את מימושה של הזכות להפגנה על־ידי אבטחחה ושמירת הסדר הציבורי במהלכה. משטרת ישראל היא הגוף המופקד על היבט זה. משימת השמירה על הסדר הציבורי במהלך הפגנה, וההגנה על אפשרות מימושה של הזכות

להשקיע את המשאבים הדרושים כדי לאפשר את קיומו, בגבולות הסביר.²³⁹ לא ניתן להתנות את מימוש זכות המחאה בהטלת ההוצאות הנדרשות לשמירת הסדר הציבורי על המפגינים עצמם. הטלת חיוב כספי כזה אינה מתיישבת עם תפיסת המחאה כזכות חוקתית, ויש בה כדי לפגוע במימוש הזכות, מתוך אפליה בין מי שידם משגת לבין אחרים.

חופש ההפגנה הוא זכות יחסית, הניתנת להגבלות מידתיות של זמן, מקום ואופן,²⁴⁰ ועל כן הסעיף כפוף לפסקת ההגבלה המעוגנת בסעיף 13 להצעה. בהתאם לסעיף 14 המוצע, לא ניתן להגביל אירוע בשל הדעות או ההשקפות המושמעות בו, אלא אם מדובר בהסתה לאלימות, לטרור או לגזענות. כמו כן, הטלתן של הגבלות הפוגעות באפקטיביות של מימוש הזכות – כמו הגבלת מספר המשתתפים או דרישה לקיים את האירוע במקום חלופי – כפופה למבחן הוודאות הקרובה הקבוע בסעיף 13(ב) המוצע.²⁴¹

נוסף על כך, הסעיף קובע שני עקרונות ספציפיים שאינם כפופים לפסקת ההגבלה. העיקרון הראשון הוא שאין לפגוע בחופש להפגין בשם איומים של אחרים על שלומם של מפגינים והתנכלות שלהם לשלומם. עיקרון זה נועד להבטיח את מימוש חופש ההפגנה גם כאשר מדובר במסרים מרגיזים ולא בפולריים, המעוררים התנגדות עזה בקרב קבוצות אחרות באוכלוסייה. וכדברי בית המשפט: "ההתחשבות בעוינות הקהל, כמוה כהענקת המפתח לשימוש בזכות ההפגנה והתהלוכה בידי המתנגדים לה. דבר זה יש למנוע. אין לתת וטו לאספסוף ופרס לאלימות".²⁴² זהו עיקרון המתחייב גם מהיות המדינה מדינת

החוקתית לחופש ביטוי, תהלוכה והפגנה, הינן מתפקידיה המרכזיים, המובהקים, והגרעיניים של משטרת ישראל.

239 שם, פס' 14.

240 שם, פס' 17.

241 ראו למשל עניין אחריות לאומית, לעיל ה"ש 237.

242 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 405. עיקרון זה מקבל ביטוי גם בהערה הכללית של ועדת זכויות האדם בנוגע לחופש האספה, המעוגן בסעיף 21 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

חוק. במדינה כזו לא ניתן להצדיק הסגת מימוש של זכות חוקתית בשל אלימות או איום באלימות של מי שמתנכלים לחופש להפגין. שאם לא כן, מוחלף שלטון החוק בשלטון האגרוף. יש לוודא, מבחינת כוח האדם במשטרה והצטיידותה, שיש בידה לעמוד בחובתה להגן על המפגינים מפני פורעים.

לפי העיקרון השני, מימוש חופש האספה, התהלוכה וההפגנה לא יהיה טעון אישור או הודעה מוקדמת. עם זאת, כאשר מדובר באירוע המתקיים באוויר הפתוח ובמקום ציבורי, ניתן לדרוש מתן הודעה לרשויות המפקדות על שמירת הסדר הציבורי באותו מקום – ובלבד שלא יהיה בכך כדי למנוע קיומן של הפגנות ספונטניות. כמו כן, אי־קיום דרישה זו אינו פוטר את הרשויות מהחובה לאפשר קיומו של אירוע במידת האפשר, וכן אינו מצדיק, כשלעצמו, את פיזורו. לאור תכליתה של דרישה זו, אין גם להחיל אותה על אירועים – כמו אספות קטנות – אשר אינם צפויים לחייב התארגנות מוקדמת מצד הרשויות. מובן שאין להבחין לעניין זה בין אספות שונות על פי ההשקפות שהן מבטאות. הצעתנו בעניין זה נכתבת בהשראת פסק הדין בעניין **התנועה למען איכות השלטון**. בית המשפט העליון עמד שם על הבעייתיות של ההסדר הקבוע היום בפקודת המשטרה (נוסח חדש), התשל"א-1971, אשר מסמיך את המשטרה להתנות את קיומה של אספה או תהלוכה בקבלת רישיון (אספה מוגדרת "חמישים איש או יותר שהתקהלו כדי לשמוע נאום או הרצאה על נושא בעל ענין מדיני או כדי לדון בנושא כזה").²⁴³ בית המשפט סקר את הדין הנוהג בדמוקרטיה אחרות בנושא זה וציין כי "הדרישה לרישוי כזה אינה מקובלת ואינה נהוגה במדינות המערביות שאליהן התייחסנו לעיל, אף לא בבריטניה, ועל אחת כמה וכמה שאין למצוא דרישה כזו בשיטות משפט של מדינות דמוקרטיות על פי אמת מידה הנוגעת לתוכן ההפגנה".²⁴⁴

243 סעיפים 83-84 לפקודה.

244 בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל (8.10.2017), פס' 43 לחוות דעתה של השופטת דאז חיות. על הפסול שבמשטרי היתרים, ועל הצורך להבטיח שגם דרישות להודעה מוקדמת לא יכבידו יתר על המידה על מימוש הזכות להפגין ולא ימנעו הפגנות ספונטניות, ראו גם סעיפים 70-73 להערה הכללית של ועדה זכויות האדם בעניין חופש האספה, המעוגן בסעיף 21 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות General Comment No. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21). על הצורך לאפשר הפגנות ספונטניות ראו גם בפרק לעיל העוסק בגרמניה.

מאחר שהוראות הפקודה חוסות תחת סעיף שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בית המשפט הסתפק בקריאה למחוקק לבחון את שינוי ההסדר, ש"אינה אלא שריד מנדטורי אשר דומה כי הגיעה העת לבחון את הסרתו מספר החוקים הישראלי"²⁴⁵. ההצעה הנוכחית תביא לביטול הסדר מיושן זה.

סעיף 10: חופש ההתאגדות

10. (א) לכל אדם החופש להתאגד, לרבות החופש להתאגד בהתאגדויות פוליטיות ובאיגודים מקצועיים.

(ב) לכל אזרח או תושב של המדינה החופש להתאגד במפלגות.

דברי הסבר

סעיף 10 להצעה מעגן את חופש ההתאגדות – הזכות הכללית של כל אדם להתאגד, לרבות בהתאגדויות פוליטיות ובאיגודים מקצועיים, והזכות של כל אזרח או תושב להתאגד במפלגות. הזכות לחופש ההתאגדות מוכרת כ"זכות יסוד הן מבחינת זכויותיו האישיות של האזרח במדינה דמוקרטית, הן מבחינת העיקרים החברתיים המנחים אותה והן מבחינת אופייה כמדינת חוק"²⁴⁶. ההתאגדות מאפשרת למתאגדים לא לשמוע (ולהשמיע) רק את עצמם אלא גם קולות אחרים, בדרך לכינון של מצע פעולה משותף. החופש הזה נועד לאפשר לפרטים לפעול באופן אפקטיבי כדי לקדם שינויים חברתיים. בלעדיו, היחיד המבקש לשנות הוא, למעשה, חסר אונים. על זכות זו מושתת קיום החברה האזרחית, שפעולתה החופשית כה חשובה בדמוקרטיה, והיא מוכרת ברוב החוקות הדמוקרטיות בעולם ובאמנות בינלאומיות שעוסקות בזכויות אדם.²⁴⁷

245 ש.ס.

246 ע"א 1282/93 רשמח העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 100, 106 (1993).

247 ראו למשל סעיף 22 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הקובע, בכפוף להגבלות שונות, כי "לכל אדם תהיה הזכות לחופש ההתאגדות עם אחרים, לרבות הזכות להקים איגודי מקצועיים ולהצטרף אליהם לשם שמירת ענייניו". כן ראו, Liat Levanon, *Criminal Prohibitions on Membership in Terrorist Organizations*,

בהתאם לסעיף 14 להצעה, המגן על ליבת חופש הביטוי, אין למנוע הקמתן של אגודות או מפלגות בשל עצם העובדה שהדעות או ההשקפות המקודמות על ידן אינן מקובלות על השלטון – מלבד כאשר מדובר בהסתה לגזענות, לטרור או לאלימות. העילות הללו משקפות את דעתנו לגבי ההסדר הרצוי בנושא זה.

סעיף 11: הזכות לקבל מידע שלטוני

11. (א) לכל אזרח או תושב הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית.

(ב) המידע המצוי בידי רשויות השלטון הוא קניינו של הציבור ומוחזק על ידן בנאמנות עבורו; אזרחים מיוחדים ובעלי אוריינות אזרחית הם יסוד חיוני של הדמוקרטיה.

(ג) רשות ציבורית תדאג לפרסם מיוזמתה מידע שהוא נחלתו של הציבור.²⁴⁸

דברי הסבר

סעיף 11 מעגן רכיב חשוב נוסף של חופש הביטוי – הזכות לקבל מידע מרשויות השלטון. מדובר באחת מ"אבני היסוד של חברה חופשית" אשר "נוגעת לעצם קיומו של המשטר הדמוקרטי".²⁴⁹ ההכרה בה חיונית למימוש חופש הביטוי, לפיקוח על התנהלות השלטון ולשמירה על "ההיגיינה הציבורית".²⁵⁰ היא משקפת את ההבנה שהמידע שמוחזק בידי השלטון שייך למעשה לציבור.²⁵¹

15 (2) *NEW CRIMINAL LAW REVIEW: AN INTERNATIONAL AND INTERDISCIPLINARY JOURNAL* 224, 268–270. על חשיבות חופש ההתאגדות לשמירה על הדמוקרטיה ראו למשל Aziz Huq and Tom Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, 65 *UCLA LAW REVIEW* 78 (2018).

248 יש לשקול הגנה מוגברת על היבטים של הזכות למידע שלטוני.

249 עע"מ 9135/04 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217, 233 (להלן: עניין המועצה להשכלה גבוהה). כן ראו עע"מ 398/07 התנועה לחופש המידע נ' מדינת ישראל (23.9.2008); עע"מ 7024/03 גבע נ' גרמן (נבו) 6.9.06.

250 עניין המועצה להשכלה גבוהה, שם.

251 שם.

חופש המידע השלטוני מעוגן מפורשות בחוקות רבות בעולם הדמוקרטי.²⁵² לחופש הזה נודעת חשיבות רבה במיוחד בזמננו. במציאות שבה רבים מצדדים באמיתות אלטרנטיביות והדיון הציבורי נעשה לא אחת רדוד, שטחי ולא מבוסס על עובדות ונתונים, חשוב להדגיש את הערך של שיח רציני המבוסס על מידע. המידע שברשות השלטון הוא מקור מידע שחשיבותו לשיח הציבורי היא עצומה. יש חשש שמידע רלוונטי אינו מגיע לידיעת הציבור לא רק לשם הגנה נדרשת על אינטרסים לגיטימיים, אלא גם כדי למנוע חשיפה של מידע שהוא מביך או לא נוח לשלטון, וכן כדי להימנע מהמאמץ הכרוך בכך.

בהקשר זה, ההצעה מעגנת באופן מפורש את העיקרון שלפיו המידע המצוי בידי רשויות השלטון הוא קניינו של הציבור ומוחזק על ידן בנאמנות עבורו.²⁵³ כמו כן היא מבהירה כי אזרחים מיודעים ובעלי אוריינות אזרחית הם יסוד חיוני של הדמוקרטיה. בהתאם לכך, ההצעה מטילה על הרשויות חובה אקטיבית לפרסם מיוזמתן מידע שהוא נחלתו של הציבור – כלומר מידע שראוי שיועמד לרשות הציבור באופן שגרתני גם ללא הגשת בקשה מיוחדת. דוגמה מובהקת לכך היא חובת הרשויות לפרסם מיוזמתן הנחיות ונהלים פנימיים, המעוגנת היום בחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.²⁵⁴ הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית מוגבלת לאזרחים ותושבים, שכן אלה הקבוצות המרכיבות את "הציבור", שהמידע מוחזק בנאמנות עבורו. הסעיף כולו כפוף לפסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 13 להצעה.

252 ראו למשל סעיף 20 לחוקת אוסטרליה; סעיף 32 לחוקת בלגיה; סעיף 12 לחוקת פינלנד; סעיף 5A(1) לחוקת יוון; סעיף 100 לחוקת נורווגיה; סעיף 32 לחוקת דרום אפריקה; סעיף 105 לחוקת ספרד; פרק 2 לחוק היסוד בעניין חופש העיתונות בשוודיה.

253 ראו למשל, ע"מ 8282/02 הוצאת עיתון "הארץ" נ' משרד מבקר המדינה (נבו 23.11.2003): "מידע שרשות הציבור מחזיקה בו אין הוא קניינה של הרשות. קניינו של הציבור הוא. הרשות מחזיקה בו אך בנאמנות עבור הציבור – עבור הציבור ולמען הציבור – וממילא אסורה היא לנהוג בו רך בעלים משל ירשה אותו מאבותיה" (שם, פס' 6 לחוות דעתו של השופט חשין).

254 סעיף 6 לחוק חופש המידע.

סעיף 12: אזרחות מעורבת

12. (א) המדינה ורשויות השלטון המקומי יעודדו השתתפות פעילה ושוויונית של התושבים בענייני ציבור.

(ב) מערכת החינוך תטפח את העניין והיכולת של המתחנכים להשתתף באורח ענייני ומכבד בשיח הציבורי, מתוך מחויבות לחופש הביטוי, וכן תטפח את העניין והיכולת שלהם לגבש עמדה בענייני ציבור ולהציגה בצורה מנומקת, ולפתח מיומנות בבחינה ביקורתית של מקורות מידע; המתחנכים יוכשרו להיות צרכנים מודעים וביקורתיים של תקשורת, על סוגיה השונים.

דברי הסבר

חינוך לאזרחות מעורבת הוא נדבך חיוני בטיפוח תרבות פוליטית דמוקרטית, המבוססת על השתתפותם הפעילה והשוויונית של כלל תושבי המדינה בענייני ציבור.

במסגרת זו יש לדאוג שמערכת החינוך תקנה לתלמידים את הכלים הדרושים לשם כך. בכלל זה, בעידן הדיגיטלי – שבו אנשים נחשפים להיקף חסר תקדים של מידע בלתי מתווך, ונדרשים לבחון בעצמם את מהימנותו – יש חשיבות מיוחדת לפיתוח של מיומנות בחינה ביקורתית של מקורות.²⁵⁵ מעבר למה שנאמר בו, הסעיף מדגיש את הקשר החזק שבין חופש הביטוי לבין חינוך לאזרחות מעורבת ומדגים את המשמעות החינוכית של מסמך חוקתי. אנו ערים לכך שמדובר בהוראה בלתי שגרתית, אולם היא נראית בעינינו נחוצה, שכן אין תחליף לזירת דעות חופשית; והמגן העיקרי מפני זירה פרועה ובלתי אחראית הוא אזרחיות ואזרחים המסוגלים לנווט בבטחה את דרכם גם על גבי גלים סוערים של

255 חינוך למיומנות דיגיטלית הוא חלק אינטגרלי של המאבק בדיסאינפורמציה ובחדושת כזב. בצרפת, חוק שאומץ בשנת 2018 למניעת מניפולציות של מידע (Law Against Manipulation of Information) – המחייב פלטפורמות בין היתר לסמן מידע עובדתי לא נכון ולהגביר את שקיפות הלוגריתמים המשמשים אותם – מחייב גם בחי ספר ציבוריים להכשיר תלמידים לבחינה ביקורתית של מידע.

תקשורת בעייתית. זאת ועוד, בחשבון אחרון ההגנה בפועל על חופש הביטוי וטיפוחו מותנים במחויבות של האזרחים לזכות יסוד זו.

סעיפים 13 ו-14: פסקת הגבלה והגבלה מיוחדת על ליבת חופש הביטוי

פסקת ההגבלה

13. (א) אין פוגעים בזכויות שלפי סעיפים 4(א), 5(א), 6(א)-(ב), 8(ג), 9(א)-(ב), 10, ו-11 לחוק-יסוד זה, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו; בבחינת מידתיות הפגיעה יובא בחשבון גם האפקט המצנן הטמון בפגיעות בחופש הביטוי.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), אין להגביל מראש את מימוש חופש הביטוי לפי סעיפים 4, 5, 6, 9 ו-10 לחוק-יסוד זה, ואין לשלול מאדם את זכות הגישה לאינטרנט לפי סעיף 8(א) לחוק-יסוד זה, אלא אם הדבר נדרש כדי למנוע פגיעה קשה בזכות או באינטרס ציבורי חיוני ודוחק, שמידת הסתברותה קרובה לוודאית.

הגנה מיוחדת על ליבת חופש הביטוי

14. (א) הגנה מיוחדת תינתן לליבת חופש הביטוי, ובכלל זה לחופש הביטוי הרחב ביותר בדמוקרטיה, בנושאים פוליטיים, דתיים, מצפוניים, מקצועיים, מדעיים ותרבותיים, יצירתיים ואומנותיים.

(ב) על אף האמור בסעיף 13 לחוק-יסוד זה, אין לפגוע בליבת חופש הביטוי, ובכלל זה:

1. אין לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי, הדתי, המצפוני, המדעי, המקצועי או התרבותי, היצירתי והאומנותי לפי סעיפים 4, 5, 6, 8, 9 ו-10 לחוק-יסוד זה, בשל התנגדות להשקפה המתבטאת בפרסום או לדעה העולה ממנו, או המיוחסת לו.

2. אין להגביל את החופש לבקר מוסדות שלטוניים, גופים ציבוריים ואישי ציבור.

(ג) אין באמור בסעיף זה כדי למנוע הגבלות מכוח הסמכה מפורשת בחוק על הסתה לאלימות, הסתה לטרור או הסתה לגזענות ואפליה.

דברי הסבר

סעיפים 13 ו־14 להצעה מעגנים יחד את פסקת ההגבלה, הקובעת את התנאים שבהם ניתן לפגוע בזכויות המנויות בה. פסקת ההגבלה בנויה מכמה רבדים. הרובד הראשון הוא פסקת הגבלה כללית (סעיף 13(א)), הדומה לזו שמופיעה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, והמאפשרת פגיעה בזכויות המנויות בהצעה (למעט הזכות לחופש הדעה, האמונה והמצפון, ולמעט העקרונות הספציפיים שפורטו לעיל), בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו. לשם הדרכת המחוקק וכדי להעמיד את כלל הציבור על המשמעות המיוחדת, התוספתית, של פגיעה בחופש הביטוי, מובהר בסעיף כי בבחינת מידתיות הפגיעה יובאו בחשבון לא רק הפגיעה הישירה בזכות, אלא גם האפקט המצונן הטמון בפגיעות בחופש הביטוי.

מניעה מוקדמת של ביטוי

הרובד השני קובע תנאים מיוחדים לפגיעות בחופש הביטוי הכרוכות בהגבלה מראש של מימוש הזכות (סעיף 13(ב)), לאור הפגיעה המיוחדת הטמונה במניעה מוקדמת של ביטוי, "שבכוחה לא רק לצנן את חופש הביטוי אלא אף להקפיא אותו".²⁵⁶ הסעיף קובע כי אין להגביל מראש את חופש הביטוי "אלא אם הדבר נדרש כדי למנוע פגיעה קשה בזכות או באינטרס ציבורי חיוני ודוחק, שמידת הסתברותה קרובה לוודאית". קביעה זו הולמת את הגישה המסורתית של הפסיקה, שקיבלה ביטוי לראשונה בעניין **קול העם**,²⁵⁷ שלפיה אין למנוע

256 עניין אבנרי נ' שפירא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 855.

257 עניין קול העם, לעיל ה"ש 1.

פרסום העלול לפגוע בביטחון המדינה או באינטרס ציבורי חשוב אחר, אלא אם ישנה ודאות קרובה להתממשות הסכנה. גישה זו הדריכה את בית המשפט, כפי שראינו, גם בתחומים הנוגעים לתרבות ואומנות – כגון פסילת סרטים ומחזות. מאז פותח מבחן זה והוחל בהקשרים מגוונים – החל במניעה מראש של הפגנות ועד למניעת פרסומים העלולים לפגוע בביטחון המדינה.²⁵⁸ כאמור לעיל, ההצעה הנוכחית מבקשת לאסור על קיומה של צנזורה בימי שגרה. אין בכך כדי למנוע מתן סמכות לבית המשפט להוציא צווי איסור פרסום במקרים המתאימים, אך גם על סמכות זו להיות מופעלת בזהירות רבה, מתוך הפנמה של חשיבות חופש הביטוי. בהתאם למוצע כאן, מבחן הודאות הקרובה הוא אשר יחול במקרים אלו. כמו כן, ראוי לשקול צעדים – דוגמת השתתפות נציג ציבור מטעם מועצת העיתונות בהליכים אלו, המתקיימים לא אחת במעמד צד אחד – שיש בהם כדי להבטיח מתן משקל ראוי לחופש הביטוי ולרסן את הנטייה הקיימת של בתי המשפט להוציא צווים אלה ביד רחבה מדי. יובהר כי כאשר הנזק שנגרם בשל פרסום הוא ודאי (למשל, כאשר מדובר בפרסומים שעניינם לשון הרע או פגיעה בפרטיות), די יהיה להראות שהפגיעה עומדת ברף המהותי הקבוע בסעיף, קרי שמדובר בפגיעה קשה בזכות או באינטרס ציבורי חיוני ודוחק.

חשוב להדגיש כי אין בסעיף 13(ב) המוצע – הקובע תנאים מינימליים לחוקתיותה של מניעה מוקדמת של ביטוי – משום הסדר שלילי, שממנו עולה שאין מקרים נוספים שבהם יש לדרוש ודאות קרובה לפגיעה קשה באינטרס ציבורי רלוונטי כתנאי לפגיעה בחופש הביטוי, במסגרת עקרון המידתיות שבפסקת ההגבלה הכללית (סעיף 13(א)).

סעיף 14: ליבת חופש הביטוי

הרובד השלישי מצוי בסעיף 14 המוצע, המסייג את פסקת ההגבלה שבסעיף 13 וקובע הגנה מיוחדת לליבת חופש הביטוי: לדיון הציבורי בנושאים פוליטיים, דתיים, מצפוניים, מקצועיים, מדעיים ותרבותיים; לחופש לבקר מוסדות שלטוניים, גופים ציבוריים ואישי ציבור; ולחופש לבטא דעות והשקפות שונות.

258 ראו למשל עניין לוי, לעיל ה"ש 12; עניין שניצר, לעיל ה"ש 13.

הקביעה כי יש להעניק הגנה מיוחדת לחופש הביטוי הרחב ביותר בדמוקרטיה בנושאים פוליטיים, דתיים, מצפוניים, מקצועיים, מדעיים, תרבותיים, יצירתיים ואומנותיים משקפת את החשיבות העילאית הנודעת לדין החופשי בעניינים אלו, הקשורים קשר אמיץ לזהות האדם, ל"אני מאמין" שלו ולהתפתחות החברה האנושית. מדובר בתחומים שבהם הרציונלים לחופש הביטוי באים לידי ביטוי באופן החזק ביותר, ובהם הנזק הטמון בהגבלות "מלמעלה" הוא החמור ביותר.²⁵⁹ כמו כן מדובר בתחומים שבהם אנשים עשויים לערער על המוסכמות הבסיסיות ביותר של החברה, וממילא ההתנגדות לכך והנכונות להגביל את חופש הביטוי שלהם יהיו חזקים במיוחד. אל מול חשש זה נדרשת הגנה תקיפה במיוחד על חופש הביטוי, שכן אחרת ישנה סכנה של קפיאה על השמרים ומניעת קדמה והתקדמות.

ביקורת נגד השלטון והזכות לבטא דעות והשקפות: הליבה של הליבה

בתוך כך, ההצעה מזהה שני תחומים הראויים להגנה כמעט מוחלטת בדמוקרטיה: הזכות לבקר את השלטון והזכות לבטא דעות והשקפות שונות. לגבי זכויות אלה נקבע בהצעה כלל נוקשה המונע את הגבלתן, והחריגים היחידים לכך הם הגבלות

259 ראו לעניין זה את חוות הדעת של המיעוט בעניין *Alvarez*, לעיל ה"ש 33, שבו כאמור גם שופטי המיעוט שסברו שיש מקום להפיל שקרים לגבי זכייה בעיתורים צבאיים הדגישו שבתחומים כמו פילוסופיה, דת, היסטוריה וכדומה יכל ניסיון מצד המדינה לאסור על טענות לא אמיתיות כביכול היה גורר סכנה חמורה ובלתי מתקבלת על הדעת לדיכוי ביטוי אמיתי". על ליבת חופש הביטוי כמשתרעת בין השאר על ביטוי פוליטי ואומנותי ראו ברק, **כבוד האדם, לעיל ה"ש 16**, בעמ' 730-732; הראל, **לעיל ה"ש 216**, בעמ' 26-27, והאסמכתאות המובאות שם. כן ראו סעיף 23 לפרק 2 ב-*Instrument of Government (1974)* (אחד מארבעת חוקי היסוד המרכיבים את החוקה השוודית), הקובע שבהטלת הגבלות על חופש הביטוי תוקדש תשומת לב מיוחדת לחופש הביטוי ולחופש המידע הרחבים ביותר בעניינים פוליטיים, דתיים, מקצועיים, מדעיים ותרבותיים "In judging what restrictions may be introduced in accordance with paragraph one, particular attention shall be paid to the importance of the widest possible freedom of expression and freedom of information in political, religious, professional, scientific and cultural matters"; (Regeringsformen [RF] [Constitution] 2:23).

מכוח הסמכה מפורשת בחוק על הסתה לאלימות, לטרור ולגזענות. מובן שעל הגבלות אלה לעמוד במבחני סעיף 13 לחוק היסוד.

מעמדו המיוחד של חופש הביטוי הפוליטי, שבלעדיו לא ייתכן משטר דמוקרטי, קיבל דגש מיוחד בפסיקה לאורך השנים.²⁶⁰ בית המשפט הדגיש את תפקיד חופש הביטוי הפוליטי לא רק כאמצעי לשמירה על הדמוקרטיה אלא גם כמפתח לשגשוגה של חברה חופשית שבה שוררים התנאים למימוש חופש הביטוי בתחומים אחרים כמו התרבות והיצירה:

בלא חופש ביטוי פוליטי, מאבדת הדמוקרטיה את חיותה ואת חינויותה, ומפנה את מקומה למשטר של אפלה, הפועל רחוק מעיניו של הפרט, ורחוק גם מן העין הציבורית. בלא חופש ביטוי פוליטי, נעלם גם חופש הביטוי בתחומי החיים האחרים, התרבות והיצירה האנושית נבלמים, ההגות והמחשבה קופאים, והקידמה האנושית נעצרת. יחד עימם נעלמת יכולתו של הפרט לפתח את כשרונותיו, ולהגשים את עצמיותו; זרימת המידע והאינפורמציה על מהלכיו של השלטון, שהם תנאי הכרחי לקיום ביקורת ציבורית על המשטר, משתתקת. מכאן, ההגנה המיוחדת, הענפה והרחבה, הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי, בין מכלול הגוונים והצורות שחופש הביטוי נושא במשטר דמוקרטי.²⁶¹

מבין סוגי הביטוי הפוליטיים, הביקורת נגד השלטון – בין שהיא מופנית נגד מדיניות מסוימת, ובין שהיא מופנית נגד אישי ציבור בעלי כוח ושררה – היא בגדר "הליבה של הליבה".²⁶² כפי שראינו, עיקרון זה מקבל ביטוי חזק במיוחד בדיון האמריקאי, ואף בגרמניה, שבה מוענקת הגנה מיוחדת על הזכות לכבוד

260 רע"פ 5991/13 סגל נ' מדינת ישראל, פסי' 33-34 לחוות דעתה של הנשיאה נאור והאסמכתאות המובאות שם (אר"ש, 2.11.2017). כן ראו בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157 (2003); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).

261 עניין המפקד הלאומי, לעיל ה"ש 20, פסי' 14 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה.

262 על חשיבות הזכות לבקר אישי ציבור ראו עניין אבנרי נ' שפירא, לעיל ה"ש 14.

אישי, בית המשפט הדגיש כי מדובר בחלק מגרעין חופש הביטוי. יכולתו של אדם לבקר את השלטון ללא מורא היא שהופכת אותו לאזרח חופשי, להבדיל מנתין של משטר אוטוקרטי.²⁶³ כל עוד אין מדובר בהסתה של ממש לאלומות או לגזענות – אין הצדקה להגבילה. בד בבד, הביקורת נגד השלטון עלולה להיות חשובה במיוחד לניסיונות התנכלות והשתקה.²⁶⁴ בכל הנוגע לביקורת כלפי השלטון עצמו או לביקורת על ההשקפות הפוליטיות המקובלות עליו (או על הקונצנזוס החברתי), השלטון נמצא בניגוד עניינים מובנה, ולכן ראוי שיימנע מעשייה. ההתמודדות עם ביקורת צריכה להיעשות ב"כיכר העיר" החופשית, ואין קושי לשלטון לבטא את עצמו ולהשיב לביקורת.

פן נוסף של "ליבת הליבה" הוא זכותו של אדם שחופש הביטוי שלו לא ייפגע בשל הדעות או ההשקפות העולות מדבריו. החשיבות המיוחדת המיוחסת לזכותו של אדם לגבש עמדות באופן חופשי ולבטא את דעותיו בדיון הציבורי עולה בצורה מובהקת מהסקירה המשווה המובאת לעיל: על אף ההבדלים המשמעותיים בקשר לחופש הביטוי בין ארצות הברית לגרמניה, שתי שיטות המשפט מעניקות מעמד בכורה לעיקרון זה. לעניין זה יש משמעות להבחנה בין עובדות לדעות. ישנם מקרים שבהם מוצדק לפגוע בחופש לפרסם טענות עובדתיות – למשל כאשר מדובר בשקרים הנוגעים לאדם פרטי ופוגעים בשמו הטוב; בפרסומים הפוגעים בצורה קשה בפרטיות; בפרסומים החושפים סודות מדינה ועוד. לעומת זאת, כאשר המדינה מפעילה הסדרים באופן סלקטיבי נגד מי שדעותיו אינן מקובלות על הרוב הפוליטי, היא פוגעת פגיעה קשה בכללי המשחק הדמוקרטי, בעקרון השוויון ואף בזכות האדם לכבוד.

[פעולה מסוג זה] יש בה משום הפרה של הניטראליות אשר צריך שתהא מנת חלקה של המדינה בעת שהיא פועלת כ"רגולטור" של שוק הדעות. התערבות זו ב"כללי המשחק" מסכנת את שוק הדעות ואת זרימת

263 ראו עניין קול העם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 876.

264 לעניין הפגיעות המיוחדת של חופש הביטוי הפוליטי ראו עניין סגל, לעיל ה"ש 260, בפס' 34 לחוות דעתה של הנשיאה נאור; וכן עניין אבנרי, לעיל ה"ש 6, חוות דעתו של השופט דנציגר.

המידע החופשית. היא פוגעת בהליך הדמוקרטי. היא חותרת תחת ההגנה אשר מקנה חופש הביטוי מפני עריצות הרוב. בהפרה זו של הניטרליות המדינתית טמונה גם אפליה.²⁶⁵

באופן דומה, אומנם אפשר להגביל את הזמן, המקום והאופן של מימוש הזכות להפגין, אך אין לשלול זכות זו בשל תוכן המסר שהמפגינים מבקשים להעביר. גם כאן, החריגים היחידים הראויים להכרה על פי ההצעה הם אלה הנוגעים להסתה לאלימות, לטרור ולגזענות.

ההכרה בחריגים אלה נובעת מהתפיסה שלפיה יש לראות בהסתה לאלימות, לטרור ולגזענות מקרים מיוחדים של ביטוי, אשר די בתוכנם המזיק כדי להצדיק את איסורם. במקרה של הסתה לאלימות, יש סוגים של קריאות לאלימות שראוי לאסור אותם אף בהעדר הסתברות שיגררו אלימות בפועל. כך, למשל, יש מקום לאסור על קריאות ישירות לאלימות ללא מבחן הסתברותי, בשל הערך הפנימי הנמוך שלהן ותרומתן המצטברת לאווירה המעודדת מעשים אלימים.²⁶⁶ זאת, להבדיל, למשל, מדברי שבח ותמיכה במעשי אלימות, שעשוי להיות להם ערך חברתי פודה.²⁶⁷ באופן דומה, יש מקום לאסור על הסתה מכוונת לגזענות ללא מבחן הסתברותי, בשל הפגיעה הקשה והמיוחדת הטמונה בה בשוויון ובזכות האדם לכבוד.²⁶⁸ ההחרגה של הסתה לגזענות מההגנות הרחבות הניתנות לחופש הביטוי מקובלת גם במשפט הבינלאומי.²⁶⁹

265 עניין אבנרי, שם, פסי' 18 לחוות דעתו של השופט דנציגר (בדעת מיעוט).

266 ראו לעניין זה איתי וושר-באר, עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר **עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות - חשיבה מחדש** 104-105 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019).

267 שם.

268 שם, בעמ' 81-83, 107-108.

269 ראו סעיף 20(2) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הקובע כי "כל הטפה לשנאה לאומית, גזעית או דתית, המהווה הסתה להפליה, לפועלת איבה או אלימות חסר על-ידי החוק".

פרסומים בנושאי ליבה שאינם בגדר הבעת דעה גרידא

כפי שראינו, ההבחנה המוצעת בין ליבת חופש הביטוי – הראויה באופן כללי להגנה מוגברת – ובין "הליבה של הליבה" מושתתת במידה מסוימת על הבחנה בין פרסומים שעניינם הבעת דעה ובין פרסומים שעוסקים בהעברת מידע ועובדות. ואולם, כאשר מדובר בנושאים החוסים תחת סעיף 14(א) המוצע, גם טענות עובדתיות גרידא ראויות להגנה מיוחדת במסגרת הליבה. שכן בייחוד בתחומים אלה, "האמת אותה מחפשים היא זו העולה מהחלפה חופשית של דעות והשקפות ולא מדיכוי (עצמי או חיצוני) של דיבור זה או אחר"²⁷⁰. בה בעת, כאשר מדובר בפרסומים שעניינם המובהק הוא העברה של מידע או עובדות, ההגנה על זכויותיהם של אחרים או על אינטרסים ציבוריים חיוניים ודוחקים אחרים עשויה לחייב הגבלות מסוימות. כמו כן, כפי שהבהרנו במבוא לפרק זה, לא ניתן להתעלם בעידן הדיגיטלי מהפגיעה בדמוקרטיה אשר עשויה להיות טמונה במניפולציות של השיח ובהפצה מכוונת של שקרים ודיסאינפורמציה.²⁷¹ גם כאשר מדובר בביקורת על אישי ציבור, מקרים קיצוניים של פרסומים מזיקים שעיקרם שקרי בידועין עשויים להצדיק הגבלה מסוימת, ובסיווג אמירה כהבעת דעה או כקביעה עובדתית, "יש לייחס משקל רב ונכבד לעקרון חופש הביטוי"²⁷².

270 עניין אבנרי נ' שפירא, לעיל ה"ש 14, בעמ' 862.

271 בעניין זה ראו למשל תהילה שוורץ אלטושלר וגיא לוריא תעמולה דיגיטלית והאיום על הבחירות (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020).

272 ע"א 323/98 שרון נ' בנזימן, פ"ד נו(3) 245, 266 (2002). בהקשר זה שקלנו גם נוסח חלופי לסעיף 14, המפרט באופן ספציפי יותר את התנאים החריגים שבהם ראוי לאפשר הטלת הגבלות על פרסומים בנושאי ליבה שאינם בגדר הבעת דעה גרידא. עם זאת העדפנו את הנוסח שמופיע כעת בהצעה, שכן הוא מציג בצורה בהירה יותר את מהות גרעין חופש הביטוי מבלי לכבול את ידי המחוקק יתר על המידה. להלן הנוסח החלופי:

14. (א) הגנה מיוחדת תינתן לחופש הביטוי הרחב ביותר בדמוקרטיה, בנושאים פוליטיים, דתיים, מצפוניים, מקצועיים, מדעיים ותרבותיים.

(ב) על אף האמור בסעיף 13 לחוק יסוד זה, אין לפגוע בליבת חופש הביטוי, ובכלל זה:

1. אין להגביל את החופש לבקר מוסדות שלטוניים, גופים ציבוריים ואישי ציבור.
2. אין לפגוע בחופש הביטוי בשל התנגדות להשקפה המתבטאת בפרסום או לדעה העולה ממנו.
3. אין לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי, הדתי, המצפוני, המדעי, המקצועי או התרבותי.

סעיף 15: יציבות החוק: חופש הביטוי במצב חירום

15. (א) אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה, מותר להתקין תקנות שעת-חירום בהתאם לסעיף 39 לאותו חוק-יסוד, שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי סעיפים 4(א), 5(א), 6(א)-(ג), 8(ג), 9(א)-(ב), 10, ו-11 לחוק-יסוד זה, ובלבד שהשליטה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

(ב) הגבלה כאמור בסעיף קטן (א) לא תפגע בליבת חופש הביטוי כאמור בסעיף 14 לחוק-יסוד זה.

דברי הסבר

בדומה להוראה הקבועה בסעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 15 להצעה מבהיר כי אין בכוחן של תקנות שעת-חירום, המותקנות לפי סעיף 39 לחוק-יסוד: הממשלה, כדי לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים. עם זאת, נקבע בהצעה שבמצב חירום מוכרז ניתן להתקין תקנות שעת-חירום שיש בהן כדי להגביל זכויות לפי ההצעה, בכפוף לדרישה לתכלית ראויה ולעמידה בעקרון המידתיות.

סעיף 15(ב) להצעה קובע סייג לסמכות זו ומבהיר כי אין להתקין תקנות לשעת-חירום הפוגעות בליבת חופש הביטוי.

(ג) אין באמור בסעיף קטן (ב) כדי למנוע הגבלות מכוח הסמכה מפורשת בחוק על הסתה לאלימות, הסתה לטרור או הסתה לגזענות ואפליה.

(ד) אין באמור בסעיף קטן (ב) (3) כדי למנוע הגבלות מכוח הסמכה מפורשת בחוק על פרסומים שאינם בגדר הבעת דעה גרידא, הדרושות בדמוקרטיה כדי למנוע פגיעה קשה בזכות או באינטרס ציבורי חיוני ודוחק, ובכלל זה:

1. הגבלות הדרושות כדי למנוע פגיעה בזכות האדם לפרטיות או לשם טוב, ובלבד שאין בהן כדי למנוע קיומו של דיון חופשי בנושאים בעלי ענין ציבורי;
2. הגבלות על פרסומים שעיקרם שקרי, שפורסמו ביודעין ושיש בהם כדי להטעות את הציבור ולפגוע פגיעה קשה בביטחון הציבור, בחקינותה של מערכת בחירות, או באינטרס ציבורי חיוני ודוחק אחר.

נספח 1

הצעות קודמות לעיגונו החוקתי של חופש הביטוי

ההצעה הראשונה שביקשה לעגן את חופש הביטוי כחלק מחוקתה של מדינת ישראל היא הצעתו של פנחס כהן משנת 1948.²⁷³ לפי סעיף 16 של החוקה המוצעת:

עֲרֵבָה נִיתַנְתּ בְּזֶה לְחֹפֶשׁ הַדִּיבּוּר וּלְחֹפֶשׁ הַדְּעָה בְּכַתֵּב וְכֹל צוֹרֵת־הַבְּעָה אַחֲרָת. עֲרֵבָה זֹ לֹא תַחּוּל לֹא עַל פְּרִסוּמֵי עֵלְבוֹן, לַעֲזֹ אוֹ חִלּוּל צְנִיעוּת; וְלֹא עַל פְּרִסוּם דְּבָרִים, אֲשֶׁר תַּכְלִיתָם הִיא לְעוֹרֵר אִיבָה גְזֵעִית אוֹ דְתִית אוֹ לְהַסִּית לְמַעֲשֵׂי אִלִּימוּת וּפִשְׁע; וְלֹא עַל פְּרִסוּם דְּבָרֵי תַעֲמוּלָה לְדַכּוּי זְכוּיוֹת־אָדָם וְחֻרְיוֹת־יְסוּד אוֹ לְמַגּוֹר הַשְּׁלֹטוֹן הַדְּמוֹקְרָטִי; וְלֹא עַל פְּרִסוּם דְּבָרִים הַמְגַלִּים אֶת סוּדוֹת הַגְּנָת הַמְדִינָה. לֹא תִנְהַג צְנֹזְרָה קוֹדֶמֶת לְפְרִסוּם, אֲלֵא בִימֵי מִלְחָמָה אוֹ שְׁעוֹת־חֵרוֹם וְעַל פִּי הוֹרָאָה מִפְּרִשֵׁת שְׁנֵת־יַחַדָּה לְכֹן בְּחוּק, וְאֲשֶׁר הוּצְאָתָה לְפַעַל תַּעֲמַד תַּחַת הַפְּקוּחַ הַמֵּתֵמֵדִים שֶׁל בֵּית־הַנְּבַחְרִים.

ניתן אפוא לראות כי אין מדובר בזכות מוחלטת ואולי אף מוגבלת למדי בהיקפה, מאחר שההצעה מחריגה מראש היבטים רבים של ביטוי, כגון עלבון, חילול צניעות ועוד. חופש הפרסום מוגן באופן תקיף יותר מפני צנזורה מוקדמת, אלא בימי מלחמה או בשעות חירום ומכוח הוראה מפורשת בחוק ופיקוח של בית הנבחרים. ואולם מאחר שמדינת ישראל נמצאת במצב חירום מאז קומה, ייתכן שהזכות מוגבלת יותר משנדמה.

הצעה נוספת להעניק לחופש הביטוי מעמד על־חוקי הועלתה על ידי מנחם בגין בנאום שנשא במליאת הכנסת בשנת 1956: "היינו מציעים שהבית, בחוק

273 הצעת חוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948). להצעות החוקה השונות המובאות בסקירה זו ראו "הצעות חוקה בעבר - רשימת מסמכים סרוקים" אתר הכנסת. ראו גם - הלל סומר, לטם בן בשט, גבראלה שוורץ "מסמך רקע בנושא: חופש הביטוי" הוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (28.2.2005).

הנוגע לו, יגביל מרצונו החפשי את סמכויותיו ויאמר שהכנסת לא תחוקק שום חוק שיש בו הגבלת חופש הביטוי בכתב או בעל פה, או הגבלת ההתאגדות ועוד זכויות יסודיות של האזרח והאדם שאת פירוטן נביא לפני ועדת החוקה, חוק ומשפט".²⁷⁴ בדבריו שאב בגין השראה מההגנה הרחבה על חופש הביטוי המעוגנת בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית, והדגיש כי "זו ערובה מוחלטת שניתנת על-ידי בית־הנבחרים לאזרחי ארץ היא בקשר עם זכויות מיוחדות שלהם".²⁷⁵ עם זאת, בגין ציין כי במצבי לחימה יש לעיתים הכרח בל יגונה לאפשר הגבלה זמנית של חופש הביטוי ברוב מיוחד.²⁷⁶

תפיסה רחבה יחסית של היקף ההגנה הראויה על חופש הביטוי קיבלה ביטוי גם במגילת זכויות האדם שחיבר חבר הכנסת פרופ' יצחק קלינגהופר בשנת 1963, שבה נקבע כי "כל אדם זכות לו לחופש הביטוי".²⁷⁷ התנאים שבהם אפשר להגביל את הזכות נקבעו בתת־סעיף נפרד: "לא יגביל חוק זכות זו ולא ירשה להגבילה אלא במידה שיש צורך בכך, בתנאיו של המשטר הדמוקרטי, לבטחון המדינה או הציבור, למניעת עבריינות, להגנה על המוסר, על בריאות העם או על זכויותיהם של אחרים ושם הטוב, או לניהול תקין של דיונים בערכאות שיפוטיות".²⁷⁸ רוב העילות הן מתוחמות, אך מקצתן עמומות, דוגמת ביטחון הציבור והגנה על המוסר. כמו כן, בהצעה של קלינגהופר נכללו אלמנטים של הגנה קשיחה על חופש הביטוי, שאינם כפופים לפסקת הגבלה. כך, למשל, נקבע בהצעה איסור מוחלט על צנזורה מוקדמת של פרסומים: "ההוצאה לאור של עתונים, ספרים או פרסומים אחרים לא תהא מותנית בהשגת רשיון מאת השלטונות ולא תהא כפופה לצנזורה קודמת. איסורים אלה אינם נתונים להגבלה או להרשאת הגבלה, על אף האמור בסעיף 25(ב)".²⁷⁹

274 ד"כ 1956.9.7, 2220. כן ראו מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס חשבון נפש דמוקרטי לפי משנתו של מנחם בגין 6 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2011).

275 ד"כ 1956.9.7, 2220.

276 ש.ס.

277 סעיף 25(א) להצעת חוק־יסוד: מגילת הזכויות של האדם, התשכ"ד-1963, פ/180/5.

278 ש.ס, בסעיף 25(ב).

279 ש.ס, בסעיף 26.

נוסף על כך נכללה בהצעה של קלינגהופר הוראה כללית – אשר לא הוכפפה לפסקת הגבלה – המבטיחה כי "האמנות, המדע, המחקר וההוראה חפשיים הם".²⁸⁰ סעיפים נוספים בהצעה הגנו על הזכות לחופש ההתאספות ועל הזכות לחופש ההתאגדות.²⁸¹

באותה תקופה פורסמה גם הצעתו של פרופ' בנימין אקצין שאומנם עיגנה את חופש הביטוי אך קבעה זכות מסויגת יותר, אשר החריגה –

דברים שיש בהם משום גילוי סודות המדינה, התנכלות לקיומה, לשלמותה או לביטחונה, הסתה למיגור המשטר הדמוקרטי או זכויות היחיד בה, פגיעה במוסר, הסתה למעשי אלימות או עבירה, או גרימת נזק לגופו, לשמו הטוב, לרכושו או למצבו הכלכלי של הזולת, או משום פטור כל אדם או תאגיד, מאחריותן לתוצאות הפרסום שנגרם על־ידיהם או בהשתתפותם.²⁸²

בניגוד להצעות אחרות, אשר ביקשו להגביל צנזורה מוקדמת, הצעתו של אקצין הבהירה שמטרות אלה עשויות להצדיק הן קביעתם של איסורים פליליים הן קביעתם של הסדרים לפיקוח מוקדם על פרסומים (או כלשון ההצעה: "החוק יהיה רשאי לקבוע הסדרים להוצאת כתבי־עת ועיתונים והפצתם וכן לייצורם ולהפצתם של אמצעי־תקשורת אחרים ולניצולם לשם הפצת ידיעות ודעות") – ובלבד שאלה ייקבעו בחוק.²⁸³

280 שם, בסעיף 27.

281 ראו שם, בסעיף 28(א) להצעה, שבו נקבע כי "כל אזרח ישראלי זכות לו לחופש ההתאספות", ובסעיף 29(א), שבו נקבע כי "כל אזרח ישראלי זכות לו לחופש ההתאגדות, לרבות התאגדות באיגודים מקצועיים להגנת ענייניו הכלכליים והסוציאליים וקידומם". שני הסעיפים הוכפפו לפסקת הגבלה דומות בעיקרן לזו שהוחלה על חופש הביטוי. כמו כן נקבע כי "על אסיפות תחח כיפת השמיים יחולו האיסורים וההגבלות שייקבעו בחוק או על־פיו" (שם, בסעיף 28(ג)).

282 ראו הצעת חוק יסוד חוקת המדינה, מובא בבנימין אקצין הצעת חוקה למדינת ישראל (1965).

283 ראו סעיף 24 (ב) ו־(ג) להצעה.

הצעה לחוק יסוד שהגיעה לשלב מתקדם יותר בדיונים בכנסת, עד לשלב ההכנה לקריאה שנייה ושלישית, היא הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח משנת 1973, אשר הוגשה מטעם ועדת חוקה, חוק ומשפט.²⁸⁴ סעיף 10 לחוק המוצע קבע כי "כל אדם זכאי לחופש המחקר והיצירה המדעית, הספרותית והאמנותית". סעיף זה נותר ללא פסקת הגבלה, ומהפרוטוקולים של דיוני הוועדה עולה שהכוונה הייתה להכיר בזכויות אלה כזכויות מוחלטות, שכן "איש לא יוכל, והמדינה במיוחד לא תוכל, לאסור על אדם לחקור וליצור. להבדיל מן הפרסום של יצירותיו והצגת הדברים שלו – זה יהיה כפוף לחוקים".²⁸⁵

סעיף 11, לעומת זאת, אשר עיגן את חופש הביטוי בפועל, סויג באמצעות פסקת הגבלה רחבה. הסעיף קבע כי "כל אדם זכאי להביע דעותיו, לפרסמן, להפיצן ולהקנותן לאחרים, וכן לפרסם, להציג ולהפיץ מידע, מחקר ויצירה מדעית, ספרותית והאמנותית, והכל בעל פה, בכתב ובכל אמצעי התקשורת". ואולם פסקת ההגבלה בסעיף העניקה מרחב תמרון רחב לרשויות: "אין מגבילים זכות מזכויות אלה, אלא על פי חוק הבא להבטיח את קיום המשטר הדמוקרטי, לשמור על בטחון המדינה ושלומו הציבור, לשמור על ערכי המוסר או למנוע חילול דת, לשמור על זכויות הזולת או להבטיח הליכי משפט תקינים". סעיף 12 להצעה עיגן את חופש האספה: "הכל זכאים לקיים אספות, תהלוכות והפגנות בדרכי שלום למטרות חוקיות", תוך התרת פגיעה בו "על פי חוק הבא לקיים את שלום הציבור או למנוע הפרת סדר ציבורי". חופש ההתאגדות עוגן אף הוא, בסעיף אשר קבע כי "הכל זכאים להתאגד להשגת מטרות חוקיות באמצעים חוקיים, לרבות התאגדות באיגודים מקצועיים להגנת ענייניהם הכלכליים והסוציאליים וקידומם". פסקת ההגבלה בסעיף קבעה שאפשר להגביל זכות זו "על פי חוק הבא להגן על בטחון המדינה או על קיום המשטר הדמוקרטי או על זכויות הזולת". ההצעה כללה סייג מעניין נוסף לאפשרות הפגיעה בזכויות: "אין מפעילים סמכות חוקית הנוגעת בזכויותיו של אדם אלא בהליך הוגן, ללא משוא פנים וללא שיקולים שאינם לעניין".²⁸⁶ בסעיף 20(א) להצעה הופיעה גם הוראה

284 ה"ח 1085.

285 פרוטוקול ישיבה 295 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-7, 7 (1973.1.29).

286 סעיף 19 להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח.

מפורשת שלפיה חוק שנתקבל לאחר תחילת חוק היסוד, ואשר סותר אותו, בטל (חוק שהתקבל לפני חקיקת החוק יפורש בהתאם לזכויות המנויות בו).

הצעה זו לא הזכירה מפורשות את חופש העיתונות או את נושא הצנזורה. עם זאת, חברים בוועדת החוקה מתחו ביקורת על ההחלטה להימנע מאזכור מפורש של נושאים אלה. כך למשל, היו מי שסברו כי חופש הביטוי צריך להיות מעוגן במפורש בשני אופנים – ראשית עצם הזכות ושנית עניין הרישוי.²⁸⁷ בסופו של דבר הוסכם כי כאשר נאמר בהצעה שלכל אדם הזכות להביע דעותיו, זכות זו כוללת את חופש העיתונות לצורך חוק יסוד זה.²⁸⁸

הצעה נוספת, שהוגשה בידי צוות בראשותו של פרופ' אוריאל רייכמן בשנת 1986, עיגנה בסעיפים נפרדים את חופש הדעה והמידע, חופש הביטוי, חופש המדע והמחקר, חופש האספה, התהלוכה וההפגנה, וחופש ההתארגנות וההתאגדות.²⁸⁹ בהצעה נקבע כי לכל אדם זכות לחופש הביטוי, וכי לא תוגבל זכות זו אלא "בחוק לשם מניעת הרס המשטר הדמוקרטי, ההגנה על ביטחון המדינה, שלום הציבור, זכויות הזולת ושמו הטוב, ולשם הבטחת טוהר ההליך השיפוטי".²⁹⁰ גם הצעה זו אסרה ככלל הכפפת עיתונים, ספרים, מחזות, סרטים ופרסומים אחרים לצנזורה או לפיקוח מוקדם אחר, אך כללה סייג רחב המאפשר "פיקוח מוקדם הקבוע בחוק אשר נועד להגן על ביטחון המדינה".²⁹¹ כמו כן הובהר כי אין באמור בסעיף כדי למנוע הסדרה חוקית של שידורי רדיו וטלוויזיה תוך הבטחת חופש

287 פרוטוקול ישיבה 303 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-7, 3 (12.2.1973).

288 ראו דבריו של ח"כ צדוק בדיון בוועדה: "אם כי בחוקים הרגילים אפשר להסדיר אחרת את ענין חופש העיתונות, אבל מבחינה קונסטטוציונית זה דבר אחר. כאשר מתרגמים את חופש העיתונות זה תרגום בלתי מדויק. הכוונה היא חופש ההדפסה. כלומר, חופש הבעת הדעות בדפוס, ולא דווקא עיתונות מבחינה זו שזו עיתונות יומית או שבועית"; שם, בעמ' 5.

289 הצעת חוקה למדינת ישראל סעיפים 23-27 (הוועד הציבורי למען חוקה לישראל בראשות אוריאל רייכמן 1986). בצוות החוקה היו חברים גם ברוך ברכה, אריאל רוזן-צבי ועמוס שפירא.

290 שם, בסעיפים 24 (א) ו-(ב).

291 שם, בסעיף 24(ג).

הביטוי.²⁹² מעניין לציין כי בעוד רוב הזכויות הקשורות לחופש הביטוי הוכפפו לפסקות הגבלה שונות, זכותו של אדם לחופש דעה עוגנה בזכות מוחלטת.²⁹³ כמו כן נכללה בהצעה הוראה כללית האוסרת על חריגה מערכים דמוקרטיים, שלפיה "כל הוראה בפרק זה הקובעת כי ניתן להגביל זכות מזכויות האדם מותנית בכך שההגבלה מתיישבת עם הערכים הדמוקרטיים עליהם מושתתת מדינת ישראל".²⁹⁴

ניסיון נוסף לעיגון זכויות האדם בחוק נעשה בשנת 1989, בהצעת חוק-יסוד: זכויות האדם, שהוגשה בידי מספר חברי כנסת ובראשם שולמית אלוני ממפלגת "רצ".²⁹⁵ לצד חופש הביטוי, בהצעה זו מעוגנים חופש המצפון, חופש הדעה, חופש המדע והמחקר, חופש האספה, התהלוכה וההפגנה וחופש ההתאגדות וההתארגנות. כל אלה מוצגים בסעיפים נפרדים ועצמאיים, בדומה להצעות קודמות. באשר לאופן עיגון הזכות לחופש הביטוי, לפי הצעת החוק אפשר להגביל אותה על פי חוק בשל עילות מפורטות, דוגמת הגנה על המשטר הדמוקרטי, ביטחון המדינה ועוד.²⁹⁶

הצעת חוקה עדכנית יותר היא ההצעה של המכון הישראלי לדמוקרטיה, שנכתבה בהנהגת השופט מאיר שמגר, בשנת 2005, כלומר אחרי כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהיה פרי של פשרה פוליטית כדי להבטיח הסכמה.²⁹⁷ השער השני של ההצעה עוסק בזכויות יסוד של האדם, ובהתאם לכך, סעיף 18 מכונה "חופש הדעה והביטוי".

292 שם, בסעיף 24(ד). עם זאת יצוין כי על פי סעיף 208 להצעה, הזכות אינה נכללת ברשימת הזכויות שבהן אי-אפשר לפגוע במצב חירום.

293 שם, בסעיף 23(א).

294 שם, בסעיף 35.

295 הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם, התשמ"ט-1989, פ/12/1.

296 שם, בסעיף 22(א).

297 חוקה בהסכמה, הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005).

שני הסעיפים הבאים מעגנים את חופש המידע; חופש האספה, התהלוכה וההפגנה; חופש האמונה ומצפון; וחופש האמנות, היצירה, המחקר וההוראה. בניגוד להצעות קודמות, בהצעה זו אין פירוט של העילות המאפשרות הגבלה של הזכויות. תחת זאת כוללת ההצעה פסקת הגבלה כללית, הדומה לזו שמופיעה בחוקי היסוד הקיימים שדנים בזכויות האדם.²⁹⁸

מעבר להצעות החוקה שהוכנו לאורך השנים, ולעבודתה היסודית של ועדת איתן בגיבוש "חוקה בהסכמה רחבה" (שעליה נעמוד להלן), היו ניסיונות לעגן את הזכות לחופש הביטוי בכמה הצעות ספציפיות שהגישו חברי כנסת לאורך השנים. עם זאת, רק שתי הצעות הצליחו להגיע לדיונים מתקדמים, מעבר לשלב הדיון המוקדם במליאה, ועל מאפייניהן נעמוד בקצרה להלן.

הצעה ראשונה, אשר הגיעה לשלב הדיון במליאה לקראת קריאה ראשונה, היא ההצעה לחוק־יסוד: חופש הביטוי משנת 1991, אשר הגיש חבר הכנסת פרופ' אמנון רובינשטיין.²⁹⁹ בהצעה זו נקבע כי "לכל אדם חופש הביטוי וכן החופש לפרסם דעות ומידע ברבים, בכל דרך".³⁰⁰ כמו כן נקבע כי "לכל תושב החופש לקיים אספות, תהלוכות והפגנות למטרות חוקיות ובדרכי שלום".³⁰¹ ההצעה כללה פסקת הגבלה כללית, וכן סעיף המאפשר פגיעה בזכויות אלה של "משרתים בצבא ההגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה ובלבד שהפגיעה תקבע לפי חוק ומטעמים של ארגון, סדר, משטר או משמעת".³⁰² כמו כן נקבע בהצעה סעיף כללי שלפיו "אין לעשות שימוש בזכות שבחוק יסוד זה במטרה לפגוע בקיום המדינה, במשטר הדמוקרטי או לדכא זכויות אדם".³⁰³ ההצעה כללה גם סעיף יציבות, המונע את שינוי חוק

298 שם, בסעיף 39.

299 הצעה חוק־יסוד: חופש הביטוי, החש"א-1991, פ/1012/12.

300 שם, בסעיף 1.

301 שם, בסעיף 2.

302 שם, בסעיף 3(ב).

303 שם, סעיף 3(ג).

היסוד באמצעות תקנות לשעת חירום, וכן נקבע בה שריון פורמלי המונע את שינוי החוק אלא ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת. הצעה זו קודמה יחד עם הצעה נוספת שהגיש ח"כ רובינשטיין בעניין חופש ההתאגדות.³⁰⁴

הצעה נוספת, הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות אשר נדונה בשנת 1996,³⁰⁵ הגיעה לשלב ההכנה לקריאה שנייה ושלישית, אם כי בהחלטה שנויה במחלוקת בוטלה ההצבעה בקריאה ראשונה לאחר מעשה.³⁰⁶ הצעה זו הייתה רחבה יותר מבחינת היקף הזכויות המעוגנות: היא עיגנה את חופש הביטוי, חופש הדעה, החופש לפרסם דעות ומידע ברבים בכל דרך וכן את חופש היצירה כזכויות הניתנות לכל אדם, ולצד זאת עיגנה את חופש ההתאגדות והחופש לקיים אספות, תהלוכות והפגנות כזכויות המגיעות לכל אזרח או תושב.³⁰⁷ גם הצעה זו כללה פסקת הגבלה כללית הדומה במהותה לזו שמופיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן הוראה שלפיה "אין לעשות שימוש בזכות מזכויות שלפי חוק-יסוד זה שיש בו משום פגיעה בקיום המדינה או במשטר הדמוקרטי, או שיש בו כדי לדכא זכויות אדם". הצעה זו כללה שמירת דינים מוגבלת, השומרת על תוקפם של חוקים קיימים שסותרים את חוק היסוד במשך חמש שנים בלבד (תוך קביעה שיפורשו ברוח חוק היסוד). ההצעה גם כללה הוראת נוקשות, שלפיה אין לשנות את החוק (מלבד תיקון שנועד להוסיף על הזכויות המנויות בו) אלא באמצעות תיקון מפורש או באמצעות חוק יסוד אחר שבו נאמר שהוא על אף האמור בחוק, וכן ברוב של חברי כנסת בכל אחת מהקריאות. גם הצעה זו לא עיגנה בנפרד את חופש העיתונות.

304 הצעת חוק-יסוד: חופש ההתאגדות, התשנ"א-1991, פ/1011/12.

305 הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, ה"ח התשנ"ד 336.

306 ראו פרוטוקול ישיבה 490 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13 (15.4.1996); כן ראו הסבר היועץ המשפטי של הוועדה בפרוטוקול ישיבה 29 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 2 (9.11.1999). הצעה קודמה יחד עם הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 335, והצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשנ"ד 337.

307 סעיפים 5 ו-6 להצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות.

ניסיון החקיקה בוועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת ה־16 - "חוקה בהסכמה רחבה"

ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה־16, שבראשה עמד חבר הכנסת מיכאל איתן, שמה לה למטרה להשלים את המלאכה שהתחילה בכנסת הראשונה, ולהגיש הצעה לחוקה בהסכמה רחבה. המלאכה ארכה שלוש שנים, ובהן קיימה הוועדה עשרות דיונים שכל אחד מהם התמקד בהיבט אחר של החוקה. בסופו של דבר הוגש נוסח שכלל חלופות וגרסאות בסוגיות רבות, ולוזה בהערות, דברי הסבר והצעות לדיון. פרקיה של הצעה זו כוללים עקרונות יסודי; זכויות היסוד של האדם (מתוך מודעות לכך שרשימת הזכויות שנמנו בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו היא חלקית ובלתי מספקת); נשיא המדינה; הכנסת; הממשלה; השפיטה; מבקר המדינה; החקיקה; משק המדינה; הצבא; אומנות; שעת חירום; תיקון החוקה והוראות שונות.

הנוסח שגובש שיקף את תפיסתו של איתן, שלפיה לנוסח רזה יש סיכוי גדול יותר לזכות בתמיכה רחבה.

המחלוקות שעלו בדיוני הוועדה בניסיון לגבש את הסעיפים המעגנים את הזכות לחופש הביטוי ואת ההיבטים הנגזרים מזכות זו שופכות אור על הדילמות הכרוכות בעיגון חופש הביטוי בחוקה:

● **חופש הדעה, המחשבה, המחקר והיצירה.** הוחלט לעגן מפורשות, לצד חופש הביטוי, גם את זכותו של כל אדם לחופש הדעה והמחשבה ולחופש היצירה והמחקר.

● **חופש העיתונות.** העמדה שהתגבשה בדיוני הוועדה הייתה שלא להעניק לחופש העיתונות מעמד בחוקה, בין באזכור נפרד של חופש העיתונות ובין באזכור חובות המוטלות על העיתונות או התייחסות לרישוי של עיתונים. זאת בניגוד להצעות קודמות – וכפי שנראה, בניגוד למקובל ברוב מדינות העולם. הנימוק שנתנה לכך הוועדה היה כי "העיתונות היא אמנם בעלת חשיבות ציבורית רבה במשטר הדמוקרטי ואולם הגנה הולמת לביטוי של עיתונאים יכולה להינתן

במסגרת הסעיף הכללי של חופש הביטוי.³⁰⁸ הרתיעה מעיגון חופש העיתונות לצד חופש הביטוי נבעה בעיקר מעמימות המושג "עיתונאי", וכן מהאמונה כי אין מקום להעניק הגנת יתר לעיתונות המסורתית אשר "נהנית בימינו מכוח מעין-שלטוני כלפי הפרטים בחברה".³⁰⁹ ואולם, כפי שראינו לעיל, עיגון מפורש של חופש העיתונות בחוקה חשוב לא כדי להעניק זכויות יתר למי שמוגדר כ"עיתונאי", אלא כדי להעניק הגנה מוסדית למלאכת העיתונות, בשל חשיבותה לתפקודה התקין של דמוקרטיה.

● **חופש האספה.** לאחר דיונים בנושא החליטה הוועדה לעגן את חופש האספה בסעיף נפרד, אשר קבע כי "לכל אדם החופש לקיים אסיפה, הפגנה ותהלוכה".³¹⁰ עם זאת, לאור מחלוקות שלא נפתרו בוועדה הוצגו גם שתי גרסאות נוספות: האחת שביקשה לייחד זכות זו לאזרחים ותושבים ישראלים בלבד; וגרסה שביקשה להבהיר כי הזכות מגינה רק על החופש לקיים אספות, הפגנות ותהלוכות בדרכי שלום.³¹¹

● **חופש ההתאגדות.** בהקשר של זכות זו נדונה השאלה, הפרשנית למעשה, אם צריכה להיות התייחסות מפורשת לזכות שלא להיות חבר בהתאגדות. מסקנת הוועדה בעניין זה הייתה ש"ההנחה הפרשנית היא שהביטוי 'החופש להתאגד', במקובץ עם החירויות האחרות שבחוקה, מעניק הגנה מפני הטלת חובה להתאגד".³¹² הנוסח שאומץ העניק את חופש ההתאגדות לכל תושב ואזרח ישראלי, ואולם נותרה לדיון השאלה אם להרחיב את הזכות גם לתיירים ולאחרים השוהים בישראל באופן ארעי. יצוין כי הזכות להתאגד בארגוני עובדים עוגנה בסעיף נפרד והוחלה על כל אדם,³¹³ וסוגיית ההתאגדות במפלגות הוסדרה בפרק נפרד שעסק בכנסת.

308 לסיכום הנוסח, הדיונים והדילמות שנדונו בוועדה ראו "הצעת חוקה - זכויות היסוד של האדם", אתר הכנסת, בסעיף 8.

309 ש.ם.

310 ש.ם, בסעיף 9.

311 ש.ם.

312 ש.ם, בדברי ההסבר לסעיף 14.

313 ש.ם, בסעיף 20 להצעה, שעסק בזכויות עובדים.

● **חופש המידע.** הזכות לקבל מידע מהשלטון עוגנה בסעיף 30 להצעה, אשר קבע כי "לכל אזרח ישראלי ולכל תושב ישראל הזכות לקבל מידע שבידי רשויות השלטון". נוסח חלופי ביקש להרחיב זכות זו גם לגופים אחרים שממלאים תפקידים ציבוריים. הסעיף קבע כי ניתן לקבוע בחוק תנאים וסייגים לקבלת המידע, אך הוצגו גם גרסאות אשר ביקשו לקבוע ספיציפיים בלבד, כגון "לשם הגנה על עניין חיוני של המדינה או של גורם אחר", או "לשם הגנה על בטחון המדינה, יחסי החוץ שלה או קשרי מסחר בינלאומיים שלה". בסיכום הדיונים צוין כי -

לרשויות השלטון תמריץ שלילי לקדם חקיקה המסדירה מסירת מידע לאזרחים ועל כן יש חשיבות מיוחדת להגבלה חוקתית של כוחן בהקשר זה [...] לכאורה די בפסקת ההגבלה כדי להתיר פגיעה בזכות לקבל מידע. אולם נדמה, כי לגבי זכות זו, מוטב לקבוע בסעיף עצמו, בצד הזכות, את הטעמים העיקריים המצדיקים את הגבלתה. במקרה של הזכות לקבל מידע, הגבלתה צפויה וידועה מראש ואף העילות הבולטות להגבלתה ידועות ברובן (הבולטות שבהן - ביטחון, אינטרס ציבורי כמו יחסי החוץ, פרטיות או ענין חיוני של צד שלישי). קביעה מפורשת משפיעה על פרשנות החקיקה ומידת הביקורת השיפוטית בכך שהיא נותנת משנה ותוקף להיתר הניתן למחוקק לגרוע מן הזכות.³¹⁴

● **אופן הגבלת חופש הביטוי.** כאמור, בדומה להצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, ההצעה של ועדת החוקה הכפיפה את הזכויות לפסקת הגבלה כללית, הדומה לזו שמופיעה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת בניגוד לחלק מהצעות החוקה האחרות שהצגנו, אשר בחרו לסייג את הזכות באמצעות רשימה ספציפית - אף כי לעיתים עמומה - של המטרות המצדיקות פגיעה בה. עם זאת, בסיכום הדיונים צוין כי נושא זה נותר לדיון, אם כי "הנטייה בדיון היתה שלא למנות הגבלות נוספות בגלל הסכנה שרשימה כזו תחטיא את המטרה".³¹⁵ כמו כן צוין כי "בדיון הועלתה הצעה שלא זכתה לתמיכה, להוציא מגדרי הזכות החוקתית סוגים מסוימים של ביטוי שיימנו במפורש בחוקה".³¹⁶

314 שם, בדברי ההסבר לסעיף 30 להצעה.

315 שם, בדברי ההסבר לסעיף 8 להצעה.

316 שם.

נספח 2

נוסח הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי והדעה

עקרונות יסוד

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

מטרה

2. חוק יסוד זה, מטרתו להגן על חופש הביטוי והדעה, כמתחייב מכבוד האדם וחירותו, לשם הגיבוש והמימוש העצמיים של כל אדם וזהותו, להבטחת קיומו של המשטר הדמוקרטי וכדי לאפשר ליבון של סוגיות ציבוריות וגיבוש עמדות מושכלות, לשם שגשוגן של התרבות, האומנות והיצירה, המדע והמחקר, למען הקדמה האנושית וקידום האמת ולמניעת אלימות; כל זאת כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

חופש הדעה, האמונה והמצפון

3. חופש המצפון, חופש האמונה הדתית או ההשקפה האחרת וחופש הדעה, בתור שכאלה, מצויים בתחום הליבה הפרטי של האדם וככאלה הם מחוץ לעניינה של המדינה.

חופש הביטוי

4. (א) לכל אדם חופש הביטוי, לרבות החופש להעביר, לבטא, לפרסם, לשמוע, לצרוך ולקבל, מידע, מחשבות, רעיונות, השקפות, דעות, ביטויי תרבות ואומנות ורגשות, בכל דרך שהיא.

(ב) חופש הביטוי כולל את הזכות לבטא, בכל דרך, עמדות והשקפות בלתי מקובלות ופוגעניות.

(ג) הזכויות המנויות בסעיפים 5, 6, 8, 9, 10 ו־11 לחוק יסוד זה כלולות בחופש הביטוי ומהוות חלק בלתי נפרד ממנו.

חופש האומנות, היצירה, המחקר וההוראה המדעיים

5. (א) לכל אדם חופש התרבות, האומנות, היצירה, המחקר וההוראה האקדמיים.

(ב) המדינה תבטיח, באמצעות גופי חיץ בני חורין ונעדרי זיקה פוליטית, תנאים לשגשוגם החופשי והעצמאי של תחומי התרבות והמדע, האומנות והיצירה, המחקר וההוראה האקדמיים.

חופש העיתונות

6. (א) המדינה תגן על חופש העיתונות; תקשורת חופשית, אתית ומגוונת היא יסוד חיוני של הדמוקרטיה.

(ב) עיתונאים זכאים להגנה על עצמאותם המקצועית ועל סודיות מקורותיהם.

(ג) על אף האמור בסעיפים 13-15 לחוק יסוד זה:

1. הקמתם של עיתון או רשת חברתית ועיסוק בעיתונות לא יהיו טעונים רישוי.

2. לא תהיה צנזורה על כלי התקשורת ועל עיתונאים בעבודה העיתונאית אלא בשעת חירום כאמור בסעיף 15 לחוק יסוד זה ומכוח הסמכה מפורשת בחוק.

3. פעלו עיתונאים וכלי תקשורת לפי כללי האתיקה העיתונאית, לרבות חופש העיתונאי, לא יישאו באחריות משפטית בגין פרסום או תוצאותיו.

4. לא יישא אדם באחריות משפטית בגין פרסום פוגעני שתוכנו הוא בעיקרו אמת, ושיש בו עניין ציבורי.

(ד) תאגיד המנהל פלטפורמה שתכליתה לאפשר שיתוף תכנים על ידי צדדים שלישיים ללא עריכה, ינקוט באמצעים סבירים, באמצעות גוף חיץ עצמאי ומקצועי, כדי למנוע הפיכתו לבמה לפרסומים אסורים לפי חוק, בלי לפגוע בחופש הביטוי.

שידור ציבורי ותקשורת חופשית ומגוונת

7. (א) קיומו של שידור ציבורי־ממלכתי בן חורין ונעדר זיקה פוליטית חיוני להבטחת השיח הדמוקרטי, למתן ביטוי להשקפות מגוונות, לרבות של קבוצות מיעוט, ולמימוש זכות הציבור לקבל מידע רחב ממקורות מגוונים.

(ב) המדינה תבטיח קיומו ושגשוגו של שידור ציבורי־ממלכתי, ברדיו, בטלוויזיה ובדיגיטל.

(ג) השידור הציבורי יהיה עצמאי מהשפעה פוליטית וכלכלית, הוגן ונאמן לכללי האתיקה העיתונאית; ייתן ביטוי הולם להשקפות השונות הרווחות בחברה, ישרת את קבוצות המיעוט וידאג לייצוג נאות שלהן.

(ד) המדינה תמנע היווצרות והתקיימות של מונופולים בתקשורת, ושל ניגודי עניינים ואינטרסים צולבים; ותבטיח, באמצעות גוף חיץ, בן חורין ונעדר זיקה פוליטית, תנאים לקיומם של ריבוי וגיוון דעות בכלי התקשורת.

זכות הגישה לרשת האינטרנט

8. (א) לכל אדם החופש לגישה לרשת האינטרנט.

(ב) רשת האינטרנט מהווה כלי חיוני בעידן הדיגיטלי למימוש הזכות לחופש הביטוי, לקיום חיי חברה, להגשמתו העצמית של האדם, ולהשתתפותו בחיים הפוליטיים, הציבוריים, התרבותיים והכלכליים של החברה.

(ג) המדינה תפעל לקדם גישה שוויונית לרשת האינטרנט.

חופש האספה, התהלוכה וההפגנה

9. (א) לכל אדם החופש לקיים, בדרכי שלום, אספות, תהלוכות והפגנות.
- (ב) המשטרה חייבת להבטיח את שלומם של המפגינים ולקיים את הסדר הציבורי בעת הפגנה.
- (ג) על אף האמור בסעיף 13 לחוק יסוד זה:
1. איומים של אחרים על שלומם של מפגינים והתנכלות שלהם לשלומם של מפגינים אינם עילה לפגוע בחופש להפגין.
 2. מימוש חופש האספה, התהלוכה וההפגנה לא יהיה טעון אישור או הודעה מוקדמת ואולם ניתן לדרוש מתן הודעה מוקדמת על קיום אספה, תהלוכה או הפגנה באוויר הפתוח במקום ציבורי לרשויות המופקדות על שמירת הסדר הציבורי באותו מקום, ובלבד שלא יהיה בכך כדי למנוע קיומן של אספות, תהלוכות או הפגנות ספונטניות.

חופש ההתאגדות

10. (א) לכל אדם החופש להתאגד, לרבות החופש להתאגד בהתאגדויות פוליטיות ובאיגודים מקצועיים.
- (ב) לכל אזרח או תושב של המדינה, החופש להתאגד במפלגות.

הזכות לקבל מידע שלטוני

11. (א) לכל אזרח או תושב הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית.
- (ב) המידע המצוי בידי רשויות ציבוריות הוא קניינו של הציבור ומוחזק על ידן בנאמנות עבורו; אזרחים מיודעים ובעלי אוריינות אזרחית הם יסוד חיוני של הדמוקרטיה.
- (ג) רשות ציבורית תדאג לפרסם מיוזמתה מידע שהוא נחלתו של הציבור.

אזרחות מעורבת

12. (א) המדינה ורשויות השלטון המקומי יעודדו השתתפות פעילה ושוויונית של התושבים בענייני ציבור.

(ב) מערכת החינוך תטפח את העניין והיכולת של המתחנכים להשתתף באורח ענייני ומכבד בשיח ציבורי, מתוך מחויבות לחופש הביטוי, וכן תטפח את העניין והיכולת שלהם לגבש עמדה בענייני ציבור ולהציגה בצורה מנומקת, ולפתח מיומנות בבחינה ביקורתית של מקורות מידע; המתחנכים יוכשרו להיות צרכנים מידעיים וביקורתיים של תקשורת, על סוגיה השונים.

פסקת הגבלה

13. (א) אין פוגעים בזכויות שלפי סעיפים 4(א), 5(א), 6(א)־ב), 8(א), 9(א)־ב), 10, ו־11 לחוק יסוד זה, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו; בבחינת מידתיות הפגיעה יובא בחשבון האפקט המצנן הטמון בפגיעות בחופש הביטוי.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), אין להגביל מראש את מימוש חופש הביטוי לפי סעיפים 4, 5, 6, 9 ו־10 לחוק יסוד זה, ואין לשלול מאדם את זכות הגישה לאינטרנט לפי סעיף 8(א) לחוק יסוד זה, אלא אם הדבר נדרש כדי למנוע פגיעה קשה בזכות או באינטרס ציבורי חיוני ודוחק, שמידת הסתברותה הינה קרובה לוודאי.

הגנה מיוחדת על ליבת חופש הביטוי

14. (א) הגנה מיוחדת תינתן לליבת חופש הביטוי, ובכלל זה לחופש הביטוי הרחב ביותר בדמוקרטיה, בנושאים פוליטיים, דתיים, מצפוניים, מקצועיים, מדעיים ותרבותיים, יצירתיים ואומנותיים.

(ב) על אף האמור בסעיף 13 לחוק יסוד זה, אין לפגוע בליבת חופש הביטוי, ובכלל זה:

1. אין לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי, הדתי, המצפוני, המדעי, המקצועי או התרבותי, היצירתי והאומנותי לפי סעיפים 4, 5, 6, 8, 9 ו-10 לחוק יסוד זה, בשל התנגדות להשקפה המתבטאת בפרסום, או לדעה העולה ממנו או המיוחסת לו.

2. אין להגביל את החופש לבקר מוסדות שלטוניים, גופים ציבוריים ואישי ציבור.

(ג) אין באמור בסעיף זה כדי למנוע הגבלות מכוח הסמכה מפורשת בחוק על הסתה לאלימות, הסתה לטרור או הסתה לגזענות ואפליה.

יציבות החוק

15. (א) אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 38 לחוק-יסוד: הממשלה, מותר להתקין תקנות שעת-חירום בהתאם לסעיף 39 לאותו חוק יסוד, שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי סעיפים 4(א), 5(א), 6(א)-ג), 8(א), 9(א)-ב), 10, ו-11 לחוק יסוד זה, ובלבד שהשליטה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

(ב) הגבלה כאמור בסעיף קטן (א) לא תפגע בליבת חופש הביטוי כאמור בסעיף 14 לחוק יסוד זה.

פרופ' מרדכי קרמניצר הוא עמית בכיר במרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה; פרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחה למשפט פלילי, ציבורי ומינהלי, זכויות אדם, שחיתות שלטונית ומידתיות.

עו"ד לילה מרגלית, בעת כתיבת המחקר הייתה חוקרת בכירה במרכז לביטחון לאומי ודמוקרטיה במכון הישראלי לדמוקרטיה.

עדן ארשיד היא דוקטורנטית במסלול הישיר בפקולטה למשפטים, באוניברסיטה העברית בירושלים. תחום המחקר שלה הוא המשפט החוקתי.

