

פרק שלישי

שיקולים בזכות חופש ביטוי

כדי לקבוע את ההיקף הראוי של חופש הביטוי יש אפוא לבחון את השיקולים בזכות התרה או עידוד של ביטויים – ובהתאם את האינטרס בהתרת ביטויים – ולעמת אותם עם השיקולים בעד הגבלת ביטויים – ובהתאם את האינטרסים בהגבלת ביטויים – בנוגע לסוגים שונים של ביטויים.¹ בפרק זה אבחן את הצד הראשון של המשוואה, כלומר אנתח את השיקולים בזכות התרה או עידוד של ביטויים ואת האינטרס בזכות חופש הביטוי הנגזר מהם. מטרת הבחינה תהיה לעמוד על שני הממדים של השיקולים בזכות חופש ביטוי או של האינטרס בחופש ביטוי: היקפו של אינטרס זה, כלומר סוגי ביטויים שעליהם הוא חל; ועצמתו ביחס לכל סוג של ביטויים.²

כל אחד מן השיקולים שאבחן בפרק זה אינו סותר בהכרח שיקולים אחרים והוא אינו בהכרח שיקול בלעדי או מכריע. חשוב להדגיש נקודה זו מפני שלעיתים קרובות מוצגות תאוריות של חופש ביטוי כתאוריות מוניסטיות המבוססות על שיקול אחד – בעיקר השיקול המצביע על תרומת חופש ביטוי לאוטונומיה אישית³ או השיקול המצביע על תרומת חופש ביטוי למשטר דמוקרטי⁴ – ובהתאם כתאוריות השוללות כל שיקול אחר. אולם עצם הטיעון בזכות שיקול מסוים אין פירושו שלילה של שיקולים אחרים. לכן תאוריה של חופש ביטוי יכולה לאמץ כמה שיקולים יחדיו. יתר על כן, מכיוון שנראה כי יש שיקולים אחדים מבוססים בזכות חופש ביטוי, נראה שכל תאוריה סבירה של חופש ביטוי צריכה להיות

1 ראו לעיל, פרק שני, סעיף 1.א.

2 ההנחה העומדת בבסיס הדיון היא אפוא שיש אפשרות לבחון את תקפותם ואת משקלם של שיקולים שונים בזכות חופש ביטוי. איני חושב שיש ממש בטענה שמכיוון שבחירה בין שיקולים שונים בזכות חופש ביטוי מבוססת על שיפוט ערכי, 'אין תשובה טובה' לשאלה אם חופש הביטוי נועד בראש ובראשונה לקדם את האוטונומיה של הפרט או את צורת המשטר הדמוקרטית בה בחר הקולקטיב. לטענה זו ראו דיין-אורבך, 'המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי', עמ' 378. ככל שהנחה זו משקפת את התפיסה שאין תשובות טובות לשאלות ערכיות או נורמטיביות באופן כללי, היא רחוקה מלהיות מובנת מאליה, כפי שיוסבר בהמשך. ראו להלן, סעיף 2.ב. ואם יש סטנדרטים נורמטיביים בעלי תוקף כללי, אפשר לבחון לפיהם גם את משקלם של שיקולים שונים.

3 ראו להלן, סעיף 3.

4 ראו להלן, סעיף 4.

פלורליסטית במובן זה. עם זאת מכיוון ששיקולים שונים עשויים להוליך לא רק למסקנות שונות אלא גם למסקנות סותרות באשר להיקפו ולעצמתו של האינטרס בזכות חופש ביטוי, תאוריה המשלבת שיקולים מספר צריכה להכריע ביניהם במצבים של התנגשות ביניהם.

במהלך הניתוח של השיקולים אדגיש שרובם ככולם ממחישים את חשיבותה של ההבחנה בין סוגים של ביטויים מפני שהם תומכים בסוגים מסוימים של ביטויים בלבד, ושיש הבדלים בעצמת התמיכה בסוגים שונים של ביטויים, לעתים קרובות לאור נתונים אמפיריים אשר מעצם טיבם הם תלויי מקום וזמן.

המסקנה האמורה מעוררת קושי בעניין ההסדרה המשפטית של תחום הביטויים, שכן כללים משפטיים יעילים בעיקר (אם כי לא רק) כאשר הם נקבעים מראש, ברמת הכללה גבוהה יחסית ולפרק זמן ניכר – ומאפיינים אלו מקשים לעשות את ההבחנה בין סוגים של ביטויים ולהתחשב בכל הנתונים האמפיריים שעשויים להיות רלוונטיים. עם זאת הקושי להתחשב בכל הגורמים האמורים אינו צריך להוליך למסקנה שיש להתעלם לחלוטין מנתונים כאלה, אף במסגרת הסדר משפטי. הפתרון הראוי של הדילמה המוכרת הזאת צריך להיגזר מבחינתם של היתרונות והחסרונות של הכללה לעומת פירוט בנוגע לכל הסדר.

אפתח בשני שיקולים כלליים: התרומה של חופש ביטוי לרווחה אישית ולגילוי האמת. שיקולים אלו הם שיקולי מסגרת, והיבטים ספציפיים שלהם ינותחו ביתר הרחבה בהמשך. לאחר מכן אדון בשני השיקולים הבולטים ביותר בזכות חופש ביטוי – הטיעונים המצביעים על התרומה של חופש ביטוי לאוטונומיה אישית ולמשטר דמוקרטי. לסיום אבחן עוד שני טיעונים: הטיעון המצביע על חשיבות חופש ביטוי כרכיב חשוב במערכת מוצלחת של עריכת שינויים בהסדרים נורמטיביים, והטיעון שביטויים עשויים להיות דרך לפורקן של רגשות שליליים ולשמש בכך תחליף לפעולות שליליות העלולות להתבצע בעקבות רגשות כאלה.

1. רווחה אישית

הטעם הכללי ביותר העשוי לתמוך בהתרת ביטויים מבוסס על התפיסה שיש ערך לרווחה אישית (individual well-being) – במובן הרחב של טובתם של פרטים – ועל ההערכה שחופש ביטוי עשוי לתרום להגשמת היבטים שונים של ערך זה. כדי להעריך טעם זה יש לבחון את שני רכיביו: חשיבותה של רווחה אישית והקשר בינה ובין חופש ביטוי.

יש הסכמה רחבה מאוד שיש ערך לרווחה אישית. לאמתו של דבר דומה שהתפיסה שרווחה של פרטים (שבנוגע אליהם יש משמעות למושג הרווחה)

היא בעלת ערך משקפת את הגרעין הנורמטיבי שעליו יש הסכמה רחבה ביותר, עד כדי קונצנזוס.⁵ נראה כי אין חולק על קיומו של שיקול כללי בזכות הגנה על אינטרסים בסיסיים (חשובים דיים), כמו חיים ושלמות הגוף. עם זאת יש מחלוקות על האופן שיש להבין את מושג הרווחה⁶ בנוגע לשאלה אם כל ההיבטים של רווחה הם בעלי ערך (או בעלי ערך כללי, להבדיל מתלוי פועל)⁷ ובנוגע למידת חשיבותה של רווחה כערך.⁸ לפיכך אף שקיימת הסכמה רחבה שיש ערך לרווחה, תפיסות שונות של רווחה יוליו למסקנות שונות בכל הנוגע להיקפו ולמשקלו של ערך זה.

לאור ההנחה שיש ערך לרווחה אישית יש לבחון את הקשר בין ביטויים לבין רווחה אישית – ובהתאם גם בין חופש ביטוי או הגבלות על ביטויים לבין רווחה אישית, כלומר יש לבחון אם ההשפעה של סוגים שונים של ביטויים על רווחה אישית חיובית או שלילית, ומהי עצמת ההשפעה. אין ספק שסוגים שונים של ביטויים יכולים לתרום לרווחה של אנשים וגם לפגוע ברווחה של אנשים בדרכים שונות, לפי כל תפיסה מתקבלת על הדעת של תוכנו וחשיבותו של מושג הרווחה. לכן השאלה החשובה היא אם בהתרה, בעידוד או בהגבלה של **סוגים שונים של ביטויים** יש משום

5 ראו למשל Shelly Kagan, *The Limits of Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1989), p. 7; Kagan, *Normative Ethics*, p. 30; John Stuart Mill, *Utilitarianism* (1861) (2nd ed., George Sher, ed., Indianapolis and Cambridge: Hackett, 2001), p. 3 ('Nor is there any school of thought which refuses to admit that the influence of actions on happiness is a most material and even predominant consideration in many of the details of morals, however unwilling to acknowledge it as the fundamental principle of morality')

6 לתפיסות שונות של רווחה ראו למשל Griffin, *Well-Being*

7 לעמדות שלפיהן אין ערך, או אין ערך כללי, להיבטים מסוימים של רווחה אישית ראו למשל Thomas Nagel, *The View from Nowhere* (New York: Oxford University Press, 1986), pp. 167-173 (There are general agent-neutral reasons for action generated by some aspects of individual well-being, such as the reason to relieve pain, but other aspects of well-being, such as the promotion of personal projects, generate only agent-relative reasons); Ronald Dworkin, 'Reverse Discrimination,' in *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977), pp. 223-239, 233-238; Ronald Dworkin, 'Do We Have a Right to Pornography?' in *A Matter of Principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985), pp. 335-372, 359-372 (Excluding 'external' preferences of one person regarding the goods and freedoms of another); Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Cambridge: Harvard University Press, 1985), pp. 86-87 (excluding racial preferences)

8 לטענה שרווחה אינה ערך מרכזי או יסודי ראו למשל T. M. Scanlon, *What We Owe to Each Other* (Cambridge: Harvard University Press, 1998), ch. 3

תרומה או פגיעה ברווחה אישית בחשבון כולל במסגרת תפיסות שונות של רווחה אישית.

סוגיית הקשר בין חופש ביטוי לרווחה אישית מעלה אפוא שתי שאלות מקדמיות כלליות. השאלה הראשונה היא מה הם הרכיבים של רווחה אישית. התשובות לשאלה מה הופך חיים לטובים או לרעים יולכו לעתים למסקנות שונות בנוגע להשפעתם של סוגים שונים של ביטויים על המידה שבה חיים של אנשים טובים או רעים. השאלה השנייה היא איך לשקלל תוצאות חיוביות ושליליות של פעולות, ובפרט השפעות של ביטויים על רווחה אישית במסגרת כל תפיסה של רווחה אישית. שאלה זו חשובה בשל ההנחה שסוגים רבים של ביטויים ישפיעו על רווחה אישית הן בצורה חיובית הן בצורה שלילית, ולכן השאלה המכרעת תהיה המסקנה הכוללת. ההבחנה בין סוגים של ביטויים במסגרת שתי השאלות האלה מבוססת על ההנחה שבמסגרת כל תפיסה של רווחה אישית יהיו סוגי ביטויים אשר תרומתם החיובית לרווחה אישית תעלה על תרומתם השלילית ולהפך. התשובה לשתי השאלות הכלליות האלו שנויה במחלוקת בין התפיסות השונות, ולא כאן המקום לדיון מקיף בהן. לכן אתייחס אל כל אחת מהן בקצרה בלבד.

א. ההשפעה של ביטויים על רווחה אישית לפי תפיסות של רווחה

תפיסות שונות של רווחה יולכו, כאמור, למסקנות שונות בנוגע לשאלה אילו סוגים של ביטויים תורמים לרווחה ופוגעים בה ובאיזו מידה. נהוג להבחין בין שלושה סוגי תפיסות של רווחה אישית.

הסוג הראשון של תפיסות של רווחה אישית הוא תפיסות הדוניסטיות הבוחנות רווחה במונחים של אושר או הנאה. תפיסות כאלה תתמקדנה בבחינת השאלה אם ובאיזו מידה השמעה או שמיעה של ביטויים שונים צפויים לגרום לאנשים להרגיש טוב יותר או רע יותר. מעניין להזכיר בהקשר זה את הטענה הידועה של מיל במסגרת התפיסה ההדוניסטית שלפיה יש להבחין בין סוגים של הנאות, לא רק לפי עצמתן אלא גם לפי איכותן, ולהעניק עדיפות מוחלטת להנאה איכותית יותר על פני הנאה איכותית פחות. מיל טען כי הנאה אחת איכותית יותר מהנאה אחרת אם רוב האנשים שהתנסו בשתי ההנאות מעדיפים העדפה עקבית את הראשונה על פני האחרונה. לטענתו מבחן זה מוליך למסקנה שהנאות שכליות איכותיות יותר מהעדפות גופניות.⁹ גישה זו מעוררת שאלות רבות

9 ראו ג'ון סטיוארט מיל, **התועלתיות** (1861) (תרגום: יוסף אור, ירושלים: מאגנס – האוניברסיטה העברית, התשנ"ג-1993), עמ' 16-27.

וקשיים רבים שלא כאן המקום לדון בהם. אולם מעניין לציין שתי נקודות הנוגעות לה. ראשית, היא מוליכה להבחנה חדה בין סוגים של ביטויים: מצד אחד ביטויים שהם בסיס להנאות שכליות, כגון לימוד, ומצד אחר ביטויים שהם בסיס להנאות גופניות בלבד, כגון פרסומת למסעדה.

הסוג השני של תפיסות של רווחה אישית הוא תפיסות שמגדירות רווחה כהגשמה של העדפות. בהקשר זה יש להבחין בין תפיסות שמייחסות ערך להגשמה של כל העדפה ובין תפיסות המייחסות ערך רק להגשמה של העדפות רציונליות – במובן של העדפות המבוססת על ניתוח רציונלי של מידע רלוונטי מינימלי.¹⁰ התפיסה המייחסת ערך להגשמה של כל העדפה תייחס ערך חיובי לביטויים רבים בשל עצם העובדה שאנשים מעוניינים, לעתים קרובות, לשוחח עם אחרים – כלומר להתבטא או לשמוע אחרים מתבטאים בנושאים שונים ובדרכים שונות. לעומת זאת לפי תפיסה זו יש ערך שלילי לביטויים שהאנשים אינם רוצים להשמיע או לשמוע. תפיסה זו תקבע את משקל הערך החיובי או השלילי של סוגים שונים של ביטויים לאור עצמת השאיפות האמורות בכל מקרה. התפיסה המייחסת ערך – או ערך מיוחד – להגשמה של העדפות רציונליות במובן האמור מצביעה על היבט חשוב אחד של הקשר בין רווחה אישית ובין חופש ביטוי, שכן לפי תפיסה זו חופש ביטוי עשוי להיות חשוב כמקור מרכזי של קבלת מידע ושל ניתוח מידע העשוי להיות רלוונטי לגיבוש העדפות במגוון רב של נושאים. ככל שאדם נחשף למגוון רחב יותר של אפשרויות ושל עמדות בנוגע לערך של אפשרויות אלו, כך יש סיכוי רב יותר שהוא יגבש העדפות מושכלות יותר ולכן, לפי תפיסה זו, בעלות ערך רב יותר.

לעתים קרובות יהיה קשר בין הגישות האמורות בנוגע למשמעותה של רווחה אישית – הגישה ההדוניסטית והגישה המתמקדת בהגשמת העדפות – בשל שני טעמים. ראשית, הרצון של אנשים בפעילות מסוימת מבוסס לעתים קרובות על הנחה סבירה שלהם שפעילות זו תגרום להם אושר, בין היתר לאור ניסיון העבר. לדוגמה, אנשים מעוניינים לא פעם לשוחח עם אחרים כי הם נהנים לשתף אחרים בחוויותיהם או לשמוע על חייהם של אחרים, והם מניחים שייהנו מכך גם בעתיד. שנית, לרוב עצם הגשמה של רצונם של אנשים – בין השאר להשמיע ולשמוע ביטויים

10 אני מתעלם מתפיסות המייחסות ערך להגשמה של העדפות רציונליות או אידאליות במובנים מהותיים יותר, ובפרט מתפיסות המייחסות ערך להגשמה של העדפות היפותטיות (להבדיל מהעדפות ממשיות מסוננות), שכן ספק אם ראוי לראות תפיסות כאלה כתפיסות שהמוקד שלהן הוא העדפות של אנשים להבדיל מאמות מידה מהותיות עצמאיות.

שונים – גורם להם לחוש מאושרים, בה בשעה שסיכולו של רצון של אנשים – בין השאר להשמיע ולשמע ביטויים – גורם להם תסכול. עם זאת עשויים להיות גם הבדלים בין הגישות האמורות בנוגע למהותה של רווחה אישית מבחינת יחסם לביטויים כרכיב של רווחה, למשל מפני שאף על פי שאנשים יודעים בדרך כלל מה יגרום להם לחוש טוב או רע, הם עלולים לעתים לטעות, במיוחד בכל הנוגע להשפעה ארוכת הטווח של סוגים שונים של ביטויים על חייהם. למשל, לפעמים אנשים מצטערים בדיעבד על דברים שאמרו או שמעו, גם אם בזמן הרלוונטי הם רצו להשמיע או לשמוע את הדברים. הבדלים כאלה צפויים להוליך למסקנות שונות בנוגע לסוגי הביטויים שיש להם ערך בשל תרומתם לרווחה ובנוגע למידת חשיבותם, ובהתאם בנוגע לתקפותו – ובעיקר היקפו וחשיבותו – של השיקול שלפיו התרת ביטויים יכולה לתרום לרווחה של פרטים או לפגוע בה.

הסוג השלישי והאחרון של תפיסות של רווחה אישית כולל תפיסות 'אובייקטיביות' של רווחה. לפי תפיסות אלו חיים טובים כוללים מאפיינים מסוימים – ולא אחרים – ללא תלות בשאלה אם מאפיינים אלו גורמים אושר לאדם הרלוונטי או מגשימים העדפה כלשהי שלו. תפיסות שונות מסוג זה רואות מאפיינים שונים כבעלי ערך. בהקשר זה מעניין להזכיר את העמדה שמאפיין מרכזי של חיים טובים הוא עיסוק בפעילויות של מחשבה ולמידה או אף השגת הישגים של ידיעה או הבנה. עמדה זו תעניק משקל מיוחד לביטויים שהם חלק ממחקר מדעי או מהפצת ידע קיים.

ב. שקלול ההשפעות החיוביות והשליליות של ביטויים על רווחה אישית

השאלה המקדמית הכללית השנייה הנוגעת לקשר בין ביטויים לרווחה אישית היא, כאמור, כיצד יש לשקלל השפעות חיוביות ושליליות של ביטויים על רווחה לאור ההנחה שסוגים רבים של ביטויים ישפיעו על רווחה הן בצורה חיובית הן בצורה שלילית, ולכן השאלה המכרעת היא של החשבון הכולל.

העמדה הידועה ביותר של שקלול תוצאות, ובפרט השפעות של פעולות על רווחה של אנשים, היא העמדה התועלתנית הגורסת שהפעולה הראויה היא תמיד זו המוליכה להגדלה של סכום הרווחה הכולל של כל הפרטים במידה המקסימלית האפשרית. אולם יש לציין שהעמדה התועלתנית אינה הדרך היחידה המאפשרת שקלול של תוצאות. יתר על כן, הדרך התועלתנית של שקלול תוצאות זכתה לביקורת, בעיקר מכיוון שהיא אינה מייחסת חשיבות עצמאית לדרך שבה מתחלקת הרווחה הכוללת

בין אנשים.¹¹ בהתאם, אפשרות חלופית בולטת היא לשקלל בין השפעות חיוביות ושיליות על רווחה לפי שיקולים של צדק חלוקתי, למשל שיקול של שוויון התומך בחלוקה שווה של רווחה, או שיקול של מתן עדיפות בחלוקת רווחה לאדם שיפיק את התרומה המרבית לרווחתו מפעולה מסוימת או לאדם שמצבו רע יותר.¹² (אפשרות שלישית מקובלת היא לשלב בין שתי הגישות, כלומר, להתחשב הן במקסום סכום הרווחה הכולל הן בדרך חלוקת הרווחה.)

המחלוקת בין העמדה התועלתנית ובין עמדות המאמצות שיקולים של צדק חלוקתי יכולה לבוא לידי ביטוי בהסדרה הנורמטיבית של תחום הביטויים, למשל בנוגע לביטויים הצפויים להשפיע השפעה חיובית ניכרת על מעט אנשים והשפעה שלילית קטנה יותר על אנשים רבים. תפיסה תועלתנית תתמוך במניעה של ביטוי כזה אם המכפלה של עצמת ההשפעה השלילית של הביטוי במספר האנשים שיושפעו ממנו באופן שלילי תעלה על מכפלת עצמת ההשפעה החיובית של הביטוי במספר האנשים שיושפעו ממנו באופן חיובי (בהנחה שפעולת המניעה אינה כרוכה בהשפעות נוספות). לעומת זאת תפיסה המייחסת משקל לשיקולים חלוקתיים מסוימים עשויה להעדיף את ההשפעה החיובית הניכרת יותר על מספר קטן יותר של אנשים.

ג. ההשפעה החיובית של ביטויים על רווחה אישית כמסגרת כללית לטיעונים בזכות חופש ביטוי

ההשפעה של ביטויים על רווחה של אנשים היא מסגרת רחבה לטיעונים רבים בעד ונגד חופש ביטוי. טיעונים כאלה יכולים להתמקד לא רק בהשפעות הישירות, אלא גם בהשפעות עקיפות של ביטויים על רווחה אישית. למעשה חלק גדול מהטיעונים המועלים בעד ונגד חופש ביטוי בהקשרים שונים, לרבות הטיעונים שייבחנו בהמשך, עוסק בהשפעות עקיפות של חופש ביטוי על רווחה אישית ולכן הם היבטים של טיעון הרווחה.

חשוב לשים לב להשפעה העקיפה האפשרית של חופש ביטוי על רווחה אישית, במיוחד לאור הטענה שהאינטרס של אנשים בחופש ביטוי כרכיב של רווחה אישית חלש יחסית לאינטרסים אחרים, כמו האינטרס להיות מועסק או האינטרס שלא להיות חשוף לסיכון של תאונה בעת נהיגה

11 John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971), pp. 22-27; Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New York: Basic Books, 1974), pp. 32-33

12 להצעה שלי לשילוב של שיקולי רווחה אישית וצדק חלוקתי ראו Re'em Segev, 'Hierarchical Consequentialism' (unpublished manuscript)

בכביש ציבורי (והטענה הנגזרת מכך שחופש הביטוי בחברות ליברליות מעורר תמיהה מפני שהוא זוכה להגנה חזקה יותר מאינטרסים חשובים יותר).¹³ טענה זו מטעה שכן היא מתייחסת לתרומה הישירה בלבד של חופש הביטוי לרווחה אישית ומתעלמת מתרומתו העקיפה של חופש הביטוי לרווחה אישית.

פרק זה עוסק בשיקולים בזכות חופש ביטוי, ועל כן אצביע על כמה דוגמאות בולטות לטיעונים המבוססים על תרומה ישירה יותר או עקיפה יותר של ביטויים לרווחה אישית. טיעונים אלו עשויים לתמוך בהתרתם של ביטויים רבים ומגוונים. עם זאת חשוב לשים לב שאף טיעונים אלו אינם תומכים בהכרח בכל סוגי הביטויים, ובעיקר לעובדה שהם עשויים לתמוך בסוגים שונים של ביטויים בעצמה שונה.

היבט כללי מרכזי שבו עשוי חופש ביטוי לתרום לרווחה של אנשים הוא היותם של ביטויים אמצעי לתקשורת בין אנשים, כלומר להחלפת מידע ורעיונות. אין ספק שהעברת מסרים בין אנשים היא בעלת חשיבות רבה במסגרת כל תפיסה סבירה של רווחה אישית. חופש ביטוי כאמצעי של תקשורת בין אנשים מאפשר לאנשים להכיר טענות עובדתיות ונורמטיביות, ולתרום בכך לגיבושן של החלטות מושכלות בנוגע להיבטים רבים של חייהם. ברוח זאת נטען לעתים כי חופש ביטוי הוא אמצעי לקידום חופש המחשבה וחופש המצפון והדעה¹⁴ וליהתפתחות האינטלקטואלית של אנשים.¹⁵

נוסף על כך, כיוון שביטויים הם אמצעי לתקשורת בין אנשים, חופש ביטוי הוא גם אמצעי חשוב ליצירה ולקידום של מערכות יחסים בין-אישיות. למערכות יחסים כאלה יש חשיבות רבה לרווחה של אנשים.

דוגמה אחרת היא הטענה שחופש ביטוי הוא אמצעי חשוב לקידום אוטונומיה אישית. לפי עמדה אחת, אוטונומיה אישית היא בעלת חשיבות כרכיב (מכונן) של רווחה אישית או כגורם עצמאי שיש לו השפעה (ניכרת) על רווחה. לפי עמדה זו הטענה בדבר תרומתו של חופש ביטוי לאוטונומיה אישית היא היבט של הטיעון הכללי בדבר הקשר בין חופש ביטוי ובין רווחה אישית.

עוד דוגמה בולטת היא הטענה שחופש ביטוי הוא רכיב של משטר ראוי או אמצעי חשוב לקידום משטר ראוי – בעיקר משטר דמוקרטי.

13 לטענה האמורה ראו Raz, 'Free Expression and Personal Identification,' pp. 146-147

14 ראו Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, p. 53; Thomas I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (New York: Random House, 1970), p. 22 קרמניצר, 'חופש הביטוי', עמ' 55.

15 ראו ברק, 'חופש הביטוי ומגבלותיו', עמ' 7.

לפי תפיסה מרכזית, משטר ראוי הוא בעל חשיבות כמסגרת לחיים של אנשים, כלומר ערכו נגזר מתרומתו לחיים טובים של פרטים. בפרט משטר דמוקרטי נחשב למשטר אופטימלי (הטוב ביותר האפשרי) לאור ההנחה שהוא המשטר המקדם את רווחתם של הפרטים החיים בו במידה אופטימלית (כלומר יותר מחלופות אחרות).¹⁶ (מובן שהערכה זו מחייבת פירוט בנוגע למשמעות המושג 'אופטימלי'. ההגבלה היחידה החשובה כאן היא לפרשנויות המתחשבות בכל הפרטים האמורים. לכן חלופות פוליטיות אחרות עשויות להיות טובות יותר לפרטים מסוימים, למשל כאלה הנמצאים בעמדות כוח במשטרים המעניקים כוח רב למעטים.) לאור הקשר בין משטר ראוי לבין קידום אופטימלי של רווחה של אנשים אפשר להבין את הטענה שחופש הביטוי הוא תנאי מוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות.¹⁷

חלק מההשפעות החיוביות של חופש ביטוי הן בגדר 'טובין ציבוריים' (public goods) במובן של השפעות אשר השימוש בהן או ההנאה מהן בהכרח משותפים למספר רב של אנשים (אי-אפשר או קשה מאוד למנוע אותן מאנשים), והשימוש או ההנאה של אחד אינם גורעים מהשימוש או ההנאה של אחר. התרומה של חופש ביטוי לדמוקרטיה היא דוגמה בולטת, שכן היתרון המופק מחיים במסגרת משטר מסוים משותף מעצם טיבו לאנשים רבים.¹⁸ אולם מאפיין זה אינו מנוגד להיותו של חופש ביטוי אמצעי חשוב לקידום של רווחה אישית שכן, כאמור, חשיבותו של משטר דמוקרטי נובעת מתרומתו של משטר זה לרווחה אישית של אנשים.

2. ידיעת האמת

שיקול כללי אחר מצביע על הקשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת. שיקול זה הוא מסגרת לכמה שיקולים נוספים המגלמים היבטים של

16 ראו למשל Raz, 'Free Expression and Personal Identification,' p. 152 ('Members of the public in general [...] have an interest in the prosperity of democracy, since we assume that democracy is a better form of government than its alternatives, and, therefore, more likely to ensure that people get what they deserve and are entitled to, and what would be good for them to have')

17 לטענה זו ראו עניין קול העם, עמ' 878 (השופט אגרנט).

18 ראו למשל Raz, 'Free Expression and Personal Identification,' pp. 152-153 ('This good, i.e., living in a democratic country, that most people have a personal interest in having is clearly a public good. Its existence is, in part, the existence of the right to free public expression. Hence, that right is a public good, and a good not merely to its holders, but to the public at large')

השיקול הבסיסי של ידיעת האמת. היבטים אלו מצביעים על החשיבות של ידיעת האמת בכמה הקשרים.

הטיעון הידוע ביותר המקשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת הוא הטיעון של מיל. טענתו המרכזית של מיל הייתה שהטלת הגבלות על השמעת ביטויים תפגע באפשרות של אנשים – שהיו יכולים להיחשף לביטויים אלו לולא הוגבלו – לדעת את האמת או לבסס טוב יותר את תפיסת האמת שלהם. מיל טען שאפשרות זו יכולה להיות מושגת בכמה דרכים עיקריות. ראשית, ביטויים עשויים לתרום לגילוי של האמת – ובהתאם לגילוי של הטעות – אם אנשים יכירו טיעונים אמתיים, טיעונים שגויים ואף שקריים, ויאמצו את הטענות האמתיים. ושנית, ביטויים עשויים לתרום לתפיסה עמוקה יותר וחיה יותר של האמת לאור הדיונים אשר עשויים להיות כלולים בביטויים אלו בנימוקים בעד ונגד טיעונים נכונים ושגויים.¹⁹ (הקשר בין 'עקרון הנזק' הידוע של מיל²⁰ ובין הטיעון שלו בעניין – בעיקר בזכות – חופש ביטוי אינו חד-משמעי. לכאורה מיל לא טען בזכות חופש ביטוי לאור 'עקרון הנזק', כלומר בהתבסס על חוסר ההשפעה השלילית של ביטויים, אלא בהתבסס על הטענה האמורה שלפיה התוצאות של חופש ביטוי עדיפות על התוצאות של הגבלת ביטויים. אולם נטען כי אפשר להסביר את עמדתו לאור 'עקרון הנזק'.²¹)

ביטוי מוקדם יותר של רעיון דומה נמצא בטיעונו של ג'ון מילטון מאמצע המאה השבע עשרה. טיעון זה הופנה נגד הדרישה לקבלת רישיון כתנאי לפרסום של דברי דפוס באנגליה באותה תקופה. בדומה למיל, גם מילטון טען כי ביטויים עשויים לחזק את הכרת הידע הקיים ולהוליך לגילוי של מידע חדש, בה בשעה שהגבלה של ביטויים תפגע בהכרת האמת בשני המובנים הללו.²²

19 מיל, **על החירות**, פרק 2.

20 ראו להלן את הדיון בקשר שבין ביטוי לנזק, פרק רביעי, סעיף 2.

21 ראו Jeremy J. Ofseyer, 'First Amendment Law: Taking Liberties with John Stuart Mill,' *Annual Survey of American Law* (1999): 395-433, pp. 397-398 ("On Liberty" is best read as to advocate subjecting speech to the harm principle, without any blanket immunity for offense or falsity')

22 John Milton, 'Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England' (1644) in *Complete Prose Works of John Milton, Vol. II: 1643-1648* (New Haven: Yale University Press and London: Oxford University Press, 1959) (also available at www.dartmouth.edu/~milton/reading_room/areopagitica/text.shtml), pp. 486-570 (כל אתרי האינטרנט בספר זה אוחרו לאחרונה באוקטובר 2008).

הטיעון בדבר הקשר בין חופש ביטוי לידיעת האמת מתמקד אפוא לא רק באנשים המשמיעים ביטויים, אלא גם – ובמידה רבה אף בעיקר – באנשים היכולים להיחשף לביטויים.

הטיעון בדבר הקשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת אמת, ובכלל זה הגרסאות של מילושל מילטון לטיעון זה, מבוסס על כמה הנחות נורמטיביות ואמפיריות. ראשית, ההנחה שיש אמת, כלומר שישנם סטנדרטים כלליים שלפיהם אפשר לבחון טיעונים ולקבוע אם הם נכונים (תואמים את הסטנדרטים הרלוונטיים) או שגויים (מנוגדים לסטנדרטים הרלוונטיים). שנית, ההנחה שיש חשיבות לידיעת האמת ובייחוד לידיעה הכוללת הבנה של הבסיס לאמת. ולבסוף ההנחה שחופש ביטוי תורם לידיעת האמת. כדי להעריך את הטיעון האמור יש לבחון אפוא באיזו מידה הנחות אלו תקפות.

א. המשמעות של אמת

המשמעות היסודית של מושג האמת, או של מושג הנכונות המקביל, היא קיומם של סטנדרטים עצמאיים בעלי תוקף כללי שאינו נגזר רק מהעדפות של אנשים כפרטים (סטנדרטים אובייקטיביים במונח זה). לפי סטנדרטים אלה אפשר לבחון טיעונים. בסעיף זה אבחן בקצרה את היחס בין מובן זה ובין שני מובנים מקובלים אחרים.

(1) נכונות וסבירות (או מתחם של סבירות)

לעתים נעשה שימוש במושגים אחרים האמורים להיות מתונים יותר ממושג האמת, לדוגמה מושג הסבירות. כך נטען כי לעתים אין סטנדרטים חד-משמעיים היכולים לקבוע את הנכונות של סוגים מסוימים של טענות, אך יש סטנדרטים מתונים יותר אשר יכולים להבחין בין טיעונים סבירים, מבוססים או משכנעים יותר או פחות, או לקבוע מתחם של סבירות המבחין בין טיעונים סבירים לטיעונים לא סבירים.²³

הבחנה זו מטעה ככל שהיא מיועדת להצביע על חלופת ביניים בשאלה אם יש אמתות אובייקטיביות הניצבות בתווך בין העמדה האובייקטיבית לעמדה הסובייקטיבית, שכן בהקשר זה ישנה שאלה יסודית אחת והתשובות האפשריות לה הן כן או לא בלבד: אם יש או אין סטנדרטים כלליים כלשהם לבחינה של סוג מסוים של טיעונים. אם קיימים סטנדרטים כאלה, אז יש אפשרות לבחון את האמתות או הנכונות בסוג זה של טיעונים; אם לא קיימים סטנדרטים כאלה או שמדובר בתחום שבו הם אינם חלים, אזי

23 לדוגמה של טעון כזה ראו לעיל, פרק ראשון, סעיף 3.א.

אין משמעות לבחינה כאמור. לכן אין אפשרות להיחלץ מהמחלוקת סביב תקפותם האובייקטיבית של סוגים שונים של ביטויים באמצעות מושגים כגון סבירות.

מכיוון שיש מובן בסיסי אחד של אמת או של אובייקטיביות, אין גם מקום להבנת ההבחנה בין נכונות ובין סבירות כהבחנה בין מובנים שונים של אובייקטיביות: מובן חזק יותר של נכונות לעומת מובן חלש יותר של סבירות.

נראה כי הנטייה להעדיף מונחים כגון סבירות נמצאת בעיקר בתחומים שההנחה (הלא תמיד מפורשת) בנוגע אליהם היא שיש קריטריונים בעלי תוקף כללי להערכת הביטוי, אך קריטריונים אלו מורכבים, עמומים, קשים לברור או שנויים במחלוקת (לעתים חלקם, ולעתים כל המאפיינים יחד). הדוגמה הבולטת ביותר לתחום כזה היא התחום הנורמטיבי שבו יש מחלוקת הן באשר לשאלה אם יש קריטריונים בעלי תוקף כללי לבחינת טענות במסגרתו הן – בקרב המאמינים בקיומם של קריטריונים כאלה – באשר לתוכנם. אולם חשוב להבחין בין השאלה של אופי מושג האמת ובין שאלות הנוגעות לתוכן האמת, לדרכי הברור והביסוס של האמת ולמידת ההסכמה או המחלוקת בתחום הרלוונטי. סטנדרטים כלליים יכולים להיות מסוגים שונים מבחינת תוכנם. בפרט סטנדרטים כאלה יכולים להיות ברמות שונות של כלליות, החל מסטנדרטים המכתיבים מסקנות ספציפיות מאוד וכלה בסטנדרטים הקובעים רק עקרונות כלליים ובהתאם מכתבים רק גבולות רחבים. אולם הבדל זה ברמת הכלליות אין פירושו מושג שונה של אמת, אלא הוא נוגע רק להיקף התחום אשר בו קיימים סטנדרטים בעלי תוקף כללי. בדומה לכך מידת המורכבות של סטנדרטים כלליים יכולה להיות רבה או מועטה, אך גם שוני זה אינו נוגע למושג האמת. ולבסוף מידת ההסכמה או המחלוקת סביב קיומם ותוכנם של סטנדרטים כלליים עשויה להיות רבה יותר או פחות, אך גם מאפיין זה אינו משליך על מושג האמת.

אין כמובן פסול בשימוש במושגים כגון סבירות, להבדיל מנכונות, כדי לשקף את ההבחנות האמורות בין טיעונים מורכבים יותר ופחות, בין טיעונים עמומים יותר ופחות, בין דרכים שונות לביסוס של טיעונים או בין טיעונים שיש עליהם הסכמה או מחלוקת רחבה יותר או פחות. אולם חשוב לזכור שהבחנות אלו אינן נוגעות לשאלת קיומה של אמת בתחום.

(2) 'אמת' כתוצר של שוק ביטויים (חופשי)

לעתים נעשה שימוש במובן אחר – פרוצדורלי – של המושג 'אמת', במשמעות של העמדה שרוב האנשים מאמצים בעקבות התחרות החופשית

של ביטויים במסגרת 'שוק הביטויים' (ובמונחים מקובלים יותר, 'שוק הדעות' או 'שוק הרעיונות').²⁴

המובן הפרוצדורלי האמור מטעה כפרשנות של מושג האמת, והוא אינו יכול לבסס טיעון קוהרנטי בנוגע לקשר בין אמת ובין 'שוק הביטויים'. המובן הפרוצדורלי משקף שימוש מטעה במושג 'אמת', שכן אם 'האמת' היא כל תוצר של 'תחרות בין רעיונות' אז אין קריטריון תוכני לבחינת האמת (הנכונות או הסבירות) של ביטוי.

חשוב יותר, המובן הפרוצדורלי של מושג האמת הוא מעגלי ככל שהוא מיועד לשמש בסיס לטיעון הקושר בין חופש ביטוי ובין גילוי האמת, שכן לפיו המטרה של 'שוק הרעיונות' אינה גילוי של אמת תוכנית נפרדת ממנו אלא קביעה של התוצר ההכרחי שלו. טיעון האמת אינו מניח את המבוקש רק אם הוא מתייחס לאמת במובן הרגיל של המושג, כלומר לאמת אשר מוגדרת לפי קריטריון תוכני עצמאי ולא כתוצר ההכרחי של 'שוק הרעיונות'. (המובן הפרוצדורלי מתיישב עם הנחה שלפיה יש חשיבות עצמאית לעצם קיומו של דיון ציבורי ללא תלות בתוצאותיו, בפרט בכל הנוגע לגילוי האמת. אולם זוהי, כמובן, הנחה שונה.)

לעתים קרובות לא עורכים הבחנה מדויקת ועקבית בין המובן הרגיל של 'אמת' ובין המובן הפרוצדורלי האמור של 'אמת' כתוצר של 'שוק הביטויים', ובהתאם מעלים טיעונים לא מדויקים בדבר הקשר בין אמת ובין 'שוק הרעיונות'. חוסר דיוק כזה עולה, למשל, כשכורכים יחדיו את הטענה ש'האמת' היא העמדה הגוברת ב'שוק הרעיונות' עם הטענה שתאוריית 'שוק הרעיונות' מבוססת על הנחה של התקרבות לאמת.²⁵ שילוב שתי הטענות הללו וכן גם הטענה האחרונה כשהיא עומדת בפני עצמה אינם עקביים מפני שכל אחת מהטענות האמורות וכל אחד מחלקי הטענה האחרונה מניחים מובן אחר של 'אמת'. הטענה הראשונה – שלפיה 'האמת' היא העמדה הגוברת ב'שוק הרעיונות', ולכאורה גם תאוריית 'שוק הרעיונות' – מתייחסות לאמת במובן הפרוצדורלי. לעומת זאת הטענה השנייה, אשר אמורה לשמש בסיס לתאוריית 'שוק הרעיונות', מניחה את קיומה של אמת במובן הרגיל של המושג – כלומר מניחה קריטריון של אמת שהוא עצמאי מאימוץ העמדה ב'שוק הביטויים'. מסקנה זו מתחייבת, שכן אילו הייתה הטענה השנייה מניחה את המובן הפרוצדורלי של אמת

24 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (6th ed., New York: Aspen, 2003), p. 693

25 לשילוב זה ראו Dorsen, Rosenfeld, Sajó, and Baer, *Comparative Constitutionalism*, p. 797

שלפיו אמת היא בהכרח התוצר של שוק הרעיונות, לא הייתה משמעות לרעיון של התקרבות לאמת (בלבד).

כך נראה כי יש חוסר עקביות גם בטענות הבאות: 'הנחת המוצא [של טיעון האמת בזכות חופש ביטוי] היא כי אף אדם אינו יכול לטעון לאחיזה מושלמת באמת ולחסינות מפני טעות. כל האמתות הן יחסיות';²⁶ גם אם לא קיימת אמת אובייקטיבית מוחלטת, עדיין חשיפה של טעויות על ידי שיח חופשי תורמת רבות לקידום תהליך הידע.²⁷ טענות אלו אינן עקביות מפני שאם אין אמת אובייקטיבית, כלומר אם יש רק עמדות סובייקטיביות או יחסיות אין כלל אפשרות לטעות, ולכן אין קושי באפשרות של 'אחיזה מושלמת באמת' (הסובייקטיבית) ובאפשרות של 'חסינות מפני טעות' (שהרי אם האמת היא סובייקטיבית, אין אפשרות לטעות), ואין אפשרות לחשוף טעויות.

אחד הנימוקים המועלים בזכות אימוץ המובן הפרוצדורלי של מושג האמת הוא היעדר חלופה מהותית, שכן לעולם אין ביטחון מוחלט בנוגע לשאלה אם טענה – כל טענה – היא אמתית. לכן, ממשכה הטענה, הקריטריון האפשרי היחיד הוא פרוצדורלי.²⁸ נימוק זה אינו משכנע. יש להבחין בין השאלה אם יש קריטריונים עצמאיים בסוג מסוים של טיעונים ובין השאלה אם אפשר ליישם קריטריונים כאלה בביטחון מוחלט. התשובה לשאלה הראשונה יכולה להיות חיובית גם אם התשובה לשאלה האחרונה היא שלילית. אכן זוהי הנחה מקובלת בנוגע לסוגים מסוימים של טיעונים, למשל טענות בתחום של מדעי הטבע. במצב כזה אפשר להעריך באופן רציונלי את ההסתברות שטענה מסוימת נכונה או שגויה.

טענה אחרת מבחינה בין שני מובנים של טיעון האמת בזכות חופש ביטוי: המובן הרגיל של המושג חל על עובדות, ואילו המובן הפרוצדורלי חל על 'דעות' שבנוגע אליהן משמעותו של טיעון האמת היא 'תחרות חופשית בין רעיונות ועמדות [דעות] שנועדה לאפשר לכל יחיד ויחידה גיבוש עצמאי של השקפת עולם ועמדות וכן לשם גיבוש החלטות ברמת המדיניות, שיש בהן כדי לשרת את טובת הכללי'.²⁹ הבחנה זו נובעת מההנחה שיש מקום לסטנדרט של נכונות בנוגע לטענות עובדתיות ולסטנדרט של סבירות בנוגע ל'דעות'. לכן, נטען, משקל טיעון האמת בזכות חופש ביטוי גדול יותר בטיעונים עובדתיים, שכן במישור זה קיים סטנדרט של נכונות, וקטן יותר

26 לטענה זו ראו גיא פסח, 'הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות', **משפטים** לא(4) (התשס"א-2001): 895-984, עמ' 898.

27 לתיאור טענה זו כמשכנעת ראו פסח, **שם**, עמ' 899.

28 ראו Posner, *Economic Analysis of Law*, p. 693.

29 גנאים, קרמניצר ושנור, **לשון הרע**, עמ' 36.

בטיעונים נורמטיביים, שכן במישור זה קיים רק סטנדרט של סבירות.³⁰ עמדה זו חשופה לשני סוגי הקשיים האמורים: בנוגע למושג הסבירות ובנוגע למובן הפרוצדורלי של המושג 'אמת'.

ב. תחולת מושג האמת: טענות עובדתיות וטענות נורמטיביות

ההנחה הראשונה שלפיה יש משמעות למושג אמת, באופן כללי או לפחות בהקשרים מסוימים, תלויה כאמור בשאלה אם או באילו תחומים קיימים סטנדרטים עצמאיים בעלי תוקף כללי שאינו נגזר רק מהעדפות של אנשים כפרטים – שלפיהם אפשר לבחון טיעונים. בהקשר זה נהוג להבחין בין תחומים שונים. יש הסכמה רחבה בדבר קיומם של סטנדרטים כלליים כאלה, ולכן יש משמעות למושג אמת בנוגע לטיעונים אמפיריים המתארים את המציאות, למשל טענה שלפיה אדם מסוים עשה פעולה מסוימת במקום מסוים ובזמן מסוים. לעומת זאת יש הסכמה רחבה שאין סטנדרטים כאלה בנוגע לשאלות של 'טעם וריח', למשל השאלה איזה מאכל טעים יותר.³¹ בתוך יש מחלוקת רצינית סביב סוגים אחדים של טיעונים, כגון טיעונים נורמטיביים – בפרט בשאלה אם ישנן אמתות מוסריות או טיעונים אסתטיים – בפרט בנוגע לערכן האסתטי של יצירות אמנות.

המחלוקת החשובה ביותר היא במישור הנורמטיבי, ובפרט במישור המוסרי, בנוגע לשאלות למה, אם בכלל, יש ערך מוסרי; אילו שיקולים יש לגזור מערכים אלו בעד ונגד פעולות; ומה הן המסקנות שיש לגזור משיקולים אלו על הדרך שבה ראוי להתנהג. המחלוקת במישור הנורמטיבי חשובה במיוחד, כי אם אין אמת אובייקטיבית במישור זה, אין תוקף אובייקטיבי בפרט לטיעונים בעד חופש ביטוי לרבות הטיעון המבוסס על התרומה של ביטויים לאמת. יש הטוענים כי יש סטנדרטים נורמטיביים (מוסריים) עצמאיים בנוגע לשאלות האמורות, בין שהם אינם תלויים כלל במחשבות של אנשים ובין שהם תלויים בהן בדרך כלשהי (למשל נגזרים מתפיסה של רציונליות או של הסכמה היפותטית, או משילוב שתי התפיסות). אחרים חולקים על כך וטוענים כי אין אמות מידה נורמטיביות כלליות החורגות מהעדפות אישיות או קבוצתיות.³² דיון מקיף במחלוקת הידועה האמורה

30 שם, שם.

31 למעשה נראה שהשאלה האמורה מתייחסת מראש להעדפות אישיות של אנשים, כך שאף במישור המושגי אין אפשרות לקבוע סטנדרטים כלליים בנוגע אליה.

32 ראו למשל Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, ch. 1; Gilbert Harman, 'Moral Relativism Defended,' *Philosophical Review* 84:1 (1975): 3-22

סביב קיומן של אמתות מוסריות חורג ממסגרת הדיון שלנו. אולם חשוב לציין כמה נקודות מקדמיות על מחלוקת זו.

ראשית, יש להזהיר מפני הנטייה לדחות את האפשרות של סטנדרטים נורמטיביים בעלי תוקף אובייקטיבי בהסתמך על נימוקים שכבר במבט ראשון ברור שהם שגויים. בעיקר, רבים מפקפקים בקיומן של אמתות נורמטיביות בשל עצם עובדת קיומן של דעות שונות – ובהתאם מחלוקות – רבות סביב סוגיות נורמטיביות. אולם, כמובן, עצם קיומן של עמדות שונות ושל מחלוקות בנושא מסוים אין פירושה בהכרח שאין אמתות אובייקטיביות בנושא זה, בשל האפשרות של טעות של חלק או אף של כל המשתתפים בדיונים כאלה. כידוע יש לעתים מחלוקות גם בשאלות עובדתיות שמקובלת בעניינן ההנחה בדבר קיומן של אמתות אובייקטיביות.

יתר על כן, מחלוקת או ויכוח הם בעלי משמעות רק בתחומים שקיימים בהם סטנדרטיים בעלי תוקף כללי. לפיכך נראה שהדיונים הרבים בשאלות מוסריות מצביעים על הנחה המשותפת לרוב האנשים – אם כי כפי הנראה הנחה שלא תמיד מודעים לה – שלפיה קיימים סטנדרטים מוסריים אובייקטיביים, כלומר יש משמעות למושג הנכונות במישור המוסרי. משמעות העמדה שלפיה אין אמתות נורמטיביות היא שהאנשים הנוטלים חלק בוויכוחים על שאלות נורמטיביות אינם מבינים שוויכוחים אלו חסרי בסיס.

שנית, טענה מורכבת יותר מבוססת על ההנחה העובדתית שהיקף המחלוקות בנושאים נורמטיביים רחב בהשוואה להיקף המחלוקות בנושאים אמפיריים, ועל המסקנה שההסבר הסביר ביותר לתופעה זו הוא היעדרן של אמתות נורמטיביות.³³ אולם אף בהנחה שקיימות מחלוקות רבות יותר סביב שאלות נורמטיביות בהשוואה לשאלות אמפיריות (ודומה שיש נטייה להגזים בהבדל הקיים בין שני התחומים האמורים מבחינה זו), קיימים הסברים משכנעים לקיומן של מחלוקות רבות במישור הנורמטיבי המתישבים עם ההנחה שישנן אמתות נורמטיביות: בעיקר הנטייה של אנשים רבים לחשוב שלא באופן רציונלי ובפרט לאמץ מוסכמות חברתיות ללא בחינה ביקורתית, הטיות שונות והעובדה שלאנשים יש לעתים קרובות מידע חלקי או מוטעה בנוגע לנתונים המשפיעים על תכנים של נורמות. (יש

33 ראו למשל Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, pp. 36-42
 James Rachels, 'The Challenge of Cultural Relativism,' in *The Elements of Moral Philosophy* (Philadelphia: Temple University Press, 1986), pp. 12-38

לזכור גם שבהינתן אמתות נורמטיביות אובייקטיביות, הבדלים בתנאי החיים במקומות שונים עשויים להצדיק כללים נורמטיביים שונים.)

ג. החשיבות של ידיעת האמת

השאלה הבאה – המתעוררת כמובן רק בהנחה שיש אמת (אובייקטיבית) או רק בתחומים שיש בהם אמת – היא אם יש ערך לידיעת האמת, ואם יש עקב כך ערך נגזר לפעולות התורמות לידיעת האמת כגון בירור האמת או אמירת האמת, ואם כן – מדוע ומתי.

לעתים מצייגים לא את השאלה אם יש ערך לידיעת האמת, אלא את השאלה אם יש ערך ל'אמת'. אולם שאלה זו אינה ברורה ומכל מקום אינה בעלת משמעות נורמטיבית, שכן התנהגותם של אנשים אינה יכולה להשפיע על קיומה או אי-קיומה של אמת (במובן המקובל של אמת בעלת מעמד אובייקטיבי). השאלה החשובה מבחינה נורמטיבית והשאלה שאליה כנראה מתכוונים בדרך כלל היא אפוא אם יש ערך או שיקול נורמטיבי בזכות פעולות היכולות להוליך אנשים לידיעת אמת, כלומר לאמונה נכונה ומוצדקת,³⁴ כגון פעולות לבירור האמת או של אמירת אמת.³⁵ כמו כן יש לבחון את הערך של ידיעת האמת בהשוואה לחלופה של אי-ידיעה, חלופה היכולה ללוש צורה של היעדר כל אמונה או צורה של אמונה מוטעית.³⁶ הבהרות נוספות דרושות בעניין משמעות המונח 'ידיעת האמת'. ראשית, הגדרה מקובלת של מונח זה כוללת שני היבטים: אמונה נכונה, כלומר הכרת האמת; ואמונה מוצדקת, כלומר הבנת ההצדקה וההשלכות של האמת. שנית, לעתים קרובות (אולי תמיד) אין בסיס למסקנה ודאית באשר לאמת ובשל כך יש לאנשים ספק בנוגע לאמת. לכן יש לכלול במונח 'ידיעה' גם הערכה הסתברותית, כך שהעלאת ההסתברות שאמת כלשהי היא נכונה היא קידום הידיעה של האמת. ולבסוף, ידיעת אמת יכולה לכלול אמת עובדתית ואמת נורמטיבית (ובפרט מוסרית).

אין ספק שבמקרים רבים יש לידיעת אמת ערך אינסטרומנטלי, הנגזר מתרומתה לערכים שיש לגביהם הסכמה רחבה – ידיעת אמת נורמטיבית ועובדתית יכולה לתרום להתנהגות מוסרית. וידיעת אמת עובדתית

34 להנחות שלי בנוגע לתשובה לשאלה מתי אמונה היא מוצדקת ראו Segev, 'Justification, Rationality and Mistake,' pp. 41-53

35 ראו Fredrick Schauer, 'Reflections on the Value of Truth,' *Case Western Reserve Law Review* 41 (1991): 669-724, pp. 707-708 (Reprinted in Raymond Wacks, ed., *Privacy, Vol. II*, Aldershot: Dartmouth, 1993), pp. 407-432

36 להדגשת חשיבותה של החלופה של היעדר אמונה, להבדיל מאמונה מוטעית, בהקשר זה ראו Schauer, 'Reflections on the Value of Truth,' p. 708

יכולה לקדם רווחה אישית.³⁷ במסגרת שיקול זה סביר להניח שהערך האינסטרומנטלי של ידיעת אמת (ובהתאם הערך האינסטרומנטלי של פעולות התורמות לכך) אינו קבוע אלא תלוי נסיבות.³⁸ לעתים לידיעת האמת (ולכן לפעולות התורמות לכך) תהיה השפעה חיובית, בה בשעה שלחוסר ידיעה (ולכן לפעולות התורמות לכך) תהיה השפעה שלילית על ערכים אחרים, ובפרט על המוסריות של התנהגות של אנשים ועל רווחה של אנשים. לדוגמה, במצבים רבים לאמירת אמת יש השלכות חיוביות מפני שהיא מאפשרת (כתנאי אחד מני רבים) לאנשים לברר היבטים שונים של העולם ומאפשרת שיתוף פעולה בין אנשים, בה בעת שביטויים לא נכונים עלולים לסכל אפשרויות אלו.³⁹ לעומת זאת במצבים אחרים יהיו לידיעת האמת השלכות שליליות, ואילו לחוסר ידיעה או טעות יהיו השלכות חיוביות על התנהגות מוסרית ועל רווחה של אנשים. לעתים קרובות טוענים, לדוגמה, כי פיתוחים טכנולוגיים חדשים המבוססים על אמתות אמפיריות עלולים להוליך לתוצאות שליליות. טענות אלו לעתים קרובות לא מבוססות, אם מפני שלאמתו של דבר ההשלכות המשוערות אינן שליליות ואם מפני שהן אמנם שליליות אך היתרונות המשוערים עולים עליהן. אולם אי-אפשר לשלול את האפשרות של גילוי אמפירי שתוצאותיו השליליות עולות על תוצאותיו החיוביות מבחינת הערך של רווחה אישית. למשל, ייתכן שלגילוי נשק הרסני, לדוגמה נשק אשר היקף פגיעתו עצום, יש בדרך כלל השלכות כוללות שליליות. בדומה, אי-אפשר לשלול לחלוטין את האפשרות של 'שקר מועיל', כלומר שקר בעל השלכות כוללות חיוביות, בפרט על רווחה של אנשים. למשל נטען כי בשל הגזענות הנפוצה בארצות הברית כלפי שחורים, לאמונה שגויה שאישים היסטוריים מוערכים מסוימים היו שחורים היו השלכות חיוביות בחשבון כולל.⁴⁰ בהקשרים אחרים הידיעה של האמת על ידי אנשים רבים בתחומים רבים

37 לפרשנות העמדה של מיל שלפיה הערך של אמת הוא אינסטרומנטלי לערך של רווחה אישית (ובפרט לעיקרון התועלתני של מקסום סכום הרווחה האישית) ראו Ofseyer, 'First Amendment Law: Taking Liberties with John Stuart Mill,' p. 427

38 ראו Schauer, 'Reflections on the Value of Truth,' pp. 709-712

39 השוו לטענה שלפיה ראיית הבטחות כמקור לחיובים היא חלק בלתי נפרד של המשפט בהינתן המאפיינים של אנשים, ובפרט הצורך בשיתוף פעולה ביניהם. ראו H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 1994), pp. 196-197 ('The [...] inescapable division of labor and perennial need for cooperation are also factors, which make other forms of dynamic or obligation-creating rules necessary in social life. These secure the recognition of promises as a source of obligation')

40 ראו Schauer, 'Reflections on the Value of Truth,' p. 706

לא תעלה ולא תוריד מבחינת תרומתה לרווחה של אנשים, למשל מידע על דרך התנהגות לא ייחודית של אדם מסוים ביום מסוים עשויה לספק מידע שאין לו השפעה על הרווחה של אנשים.

המסקנה היא שבחשבון כולל ידיעת אמת היא לפעמים בעלת ערך חיובי ולפעמים בעלת ערך שלילי. סביר להניח כי ברוב המקרים התוצאות המשוערות של גילוי ואמירה של אמת יהיו טובות יותר באופן ניכר מהתוצאות המשוערות של טעות ואמירת שקר מבחינה זו, בעיקר מפני שתיאור מדויק של המציאות צפוי לרוב להוליך לאפשרות של תפקוד טוב יותר במסגרתה, אם כי כאמור גילוי האמת עשוי להיות לעתים חסר חשיבות ואף בעל חשיבות שלילית.⁴¹

במסגרת התפיסה שידיעת האמת היא בעלת ערך כאמצעי לקידום הרווחה של אנשים, מידת החשיבות של ידיעת האמת משתנה בהתאם לחשיבות התרומה שלה לרווחה של אנשים. למשל, גילוי של תרופה למחלה קשה ונפוצה שלא הייתה לה תרופה יעילה קודם לכן הוא בעל חשיבות רבה בשל השפעתו הרבה על חייהם של אנשים רבים. לעומת זאת גילוי של תרופה למחלה קלה או למחלה שיש לה כמה תרופות חלופיות היעילות באותה מידה חשוב הרבה פחות, שכן השפעתו על חייהם של אנשים קטנה יותר.

לפי עמדה אחת, לידיעת האמת יש לא רק ערך אינסטרומנטלי הנגזר מתרומתה לערכים אחרים – כגון רווחה אישית – אלא גם ערך חיובי טבוע, בה בעת שבורות או טעות היא (רק או גם) בעלת ערך שלילי טבוע ללא תלות בהשלכות של ידיעה או אי-ידיעה של האמת (כלומר ללא תלות בערכן הנגזר). העמדה שלפיה יש ערך טבוע לידיעת האמת או לאי-ידיעת האמת יכולה לייחס משקל שונה לערך זה לפי משתנים שונים, כמו נושא האמירה. שאלה קשה יותר היא אם עמדה כזאת יכולה, באופן קוהרנטי, לייחס לידיעת אמת ערך טבוע שונה לאור השלכותיה על ערכים אחרים. עמדה כזאת עולה מהטענה שכל שקר פסול, גם שקר שאינו גורם כל נזק, אך שקר מהסוג האחרון הוא רק 'a little wrong'.⁴² ייחודה של העמדה המייחסת ערך טבוע לאמירת אמת או שקר הוא בכך שערך זה קיים תמיד ללא תלות בהשלכות האמירה. חשוב לציין שאף שיש הסכמה רחבה על כך שידיעת אמת תורמת לרוב לערכים אחרים, כגון רווחה של פרטים, קשה הרבה יותר לבסס את העמדה שקיים ערך טבוע בידיעת אמת או

41 השוו גנאים, קרמניצר ושנור, **לשון הרע**, עמ' 201-202 (טיעון האמת אינו חל על ביטויים אשר אין אינטרס ציבורי בפרסומם).

42 לטענה זו ראו Charles Fried, *Right and Wrong* (Cambridge: Harvard University Press, 1978), p. 69

באידיעת אמת, ובהתאם בפעולות המוליכות לכך, כגון אמירת אמת או אמירת שקר.

העמדה המייחסת ערך חיובי טבוע לידיעת אמת ולפעולות התורמות לכך או ערך שלילי טבוע לאמונה שגויה ולפעולות התורמות לכך מלווה לרוב, כאמור, גם בהסכמה על כך שיש לידיעת אמת או לאמונה שקרית גם ערך נגזר. עמדה המייחסת תוקף לשני סוגי השיקולים צריכה להכריע ביניהם במצבים שבהם הם מתנגשים, בעיקר אם יש ערך טבוע לידיעת האמת אך גם ערך נגזר לאמונה שגויה במצבים מסוימים. במסגרת עמדה כזאת ייתכנו גישות משנה בנוגע למשקל היחסי של ערכים אלו.

כמו כן יש לזכור, כמובן, שגם אם מייחסים לידיעת האמת ולפעולות התורמות לכך ערך טבוע או נגזר, ערך זה עלול להתנגש עם ערכים אחרים, וגם בהקשר זה ישנן גישות שונות בנוגע לשאלה מהו המשקל היחסי של הערכים המתחרים. עמנואל קאנט נקט בגישה קיצונית בהקשר זה כאשר טען שאסור לשקר אף לרוצח פוטנציאלי, גם אם הדבר צפוי להוליך לרצח (בלתי מוצדק).⁴³ אולם גישה זו, המייחסת להימנעות משקר משקל רב יותר מלהצלת חיי אדם, אינה נגזרת בהכרח מהתפיסה שיש ערך טבוע בידיעה או באידיעה של אמת או באמירת אמת או שקר. יתר על כן, ספק רב אם עמדה זו היא הביטוי המשכנע ביותר של התפיסה שלפיה יש ערך לאמת.

לסיכום יש אפוא הסכמה רחבה על כך שלדיעת אמת ולפעולות התורמות לכך יש, לפחות בדרך כלל, ערך חיובי הנגזר מתרומתה לרווחה של אנשים, בצדה של מחלוקת בשאלה אם יש להן גם ערך טבוע. עם זאת ההכרעה במחלוקת האחרונה היא בעלת חשיבות מעשית, מפני שהיא משליכה על השאלה אם לידיעת האמת ולפעולות התורמות לכך יש תמיד ערך חיובי ועל השאלה מהי מידת החשיבות של ידיעת האמת ושל פעולות התורמות לכך במצבים שונים.

ד. הקשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת אמת

השאלה האחרונה שיש לבחון – בהנחה שיש אמת, לפחות בתחומים מסוימים, ושיש לידיעת האמת ערך לפחות בסוגים מסוימים של מצבים – היא מהו הקשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת, בהנחה שזיהוי האמת

43 Immanuel Kant, 'On the Supposed Right to Lie Because of Philanthropic Concerns' (1799), in Immanuel Kant, *Grounding for the Metaphysics of Morals; With on the Supposed Right to Lie Because of Philanthropic Concerns* (Translated by James W. Ellington, 3rd ed., Indianapolis and Cambridge: Hackett, 1993), pp. 63-67

הוא המטרה וחופש הביטוי הוא האמצעי. חשוב לשים לב לעמימות באשר לשאלה האמורה (נוסף על העמימות באשר למשמעות של זיהוי האמת שהוזכרה בסעיף הקודם) לגבי המשמעות של המונח 'חופש ביטוי'. בפרט עולה השאלה אם הכוונה היא לחופש ביטוי מוחלט או לחופש ביטוי רחב אבל לא מוחלט.

מכל מקום, לא מובן מאליו שחופש ביטוי עשוי לקדם את ידיעת האמת יותר מחלופות אחרות, שכן המשמעות של חופש ביטוי היא מתן במה לפחות לכמה עמדות, אשר רק אחת מהן נכונה. במצב כזה, ההסתברות של אימוץ העמדה הנכונה היא נמוכה מההסתברות של אימוץ עמדה שגויה – אם שאר הדברים שווים. השאלה היא אפוא אם שאר הדברים אכן שווים. המשתנים הרלוונטיים – ההיבטים שבהם שאר הדברים אולי אינם שווים – הם שניים. ראשית, נקודת המוצא, כלומר המידה שהאדם הרלוונטי יודע את האמת או קרוב לאמת, כולל במונחים של הערכות הסתברותיות. כאשר רוב האנשים יודעים את האמת בנושא מסוים, חופש ביטוי עלול לפגוע בידיעת האמת ולא לתרום לה. שנית, אם לאמת יש כוח משכנע רב יותר משיש לשקר. בסיס אפשרי להנחה שלאמת יש כוח משכנע רב יותר משיש לשקר עשוי להיות ההנחה שאמת היא קוהרנטית בעוד השקר אינו קוהרנטי, ולכן דיון חופשי יתרום להבהרת הקוהרנטיות של האמת וחוסר הקוהרנטיות של השקר.

כאמור, מיל יצא מנקודת הנחה שלפיה לאמת יש ערך והתמקד בשאלה האמורה. הוא טען שחופש ביטוי עשוי לקדם את הכרת האמת בשתי דרכים: ראשית, בנוגע לביטויים אמתיים – השמעתם תאפשר לאנשים המחזיקים בדעה אחרת, מוטעית, להכיר את הדעה הנוגדת, הנכונה, ולשנות או לתקן את עמדתם. שנית, בנוגע לביטויים שגויים – השמעתם תאפשר לאנשים המתנגדים להם, כלומר למחזיקים בעמדה הנכונה, להבהיר ולחדד יותר את עמדתם באמצעות עימותה עם הטעות. במילותיו של מיל:

השתקת דעה זו או אחרת גורמת רעה מיוחדת במינה, שעל ידי כך מקפחים את המין האנושי כולו: לא רק את הדור הקיים, אלא גם את הדורות שיבואו, ולא רק את המחזיקים באותה דעה, אלא גם את הכופרים בה. אם הדעה נכונה, כי אז שוללים מהם את ההזדמנות להחליף טעות באמת; ואם היא מוטעית, כי אז שוללים מהם טובת הנאה השקולה כמעט כנגד זו, כלומר, הכרת אמת בהירה יותר ותפיסת אמת ערה יותר, הנובעות מתוך התנגשות האמת בטעות.⁴⁴

44 ג'ון סטיוארט מיל, **על החירות** (פורסם במקור בשנת 1859) (תרגום: אריה סימון, ירושלים: מאגנס – האוניברסיטה העברית בירושלים, התשנ"ד-1994), עמ' 34.

במילים אחרות, הטיעון של מיל מבוסס על הנחה שלפיה חופש ביטוי יכול לשפר את הסיכוי של אנשים לדעת את האמת ובמיוחד לגבש ידיעה מעמיקה של האמת. כאמור נהוג להגדיר את ידיעת האמת כאמונה נכונה ומוצדקת. אולם ייתכנו רמות שונות של הצדקה ושל הפנמה, ולכן נראה שאפשר להבחין בין אמונות מוצדקות לפי המידה שבה הן מעמיקות, או, במילים אחרות, בין ידיעה של האמת וידיעה מעמיקה (יותר) של האמת. שני השיקולים האמורים הודגשו גם על ידי מילטון. ראשית, בנוגע לדרישה של רישוי כתנאי לפרסום של ספרים הוא טען שהיא תוליך לפגיעה בלימוד ובהכרת האמת, לטשטוש הידע הקיים ולפגיעה באפשרות הגילוי של אמתות חדשות:

[A requirement for a license before books or pamphlets are printed] will be primely to the discouragement of all learning, and to stop the Truth, not only by disexercising and blunting our abilities in what we know already, but by hindering and cropping the discovery that might be yet further made both in religious and civil Wisdom.⁴⁵

שנית, מילטון הדגיש גם את חשיבות הבחינה מחדש של הידע כדי לא להפכו לדוגמה המבוססת רק על מסורת וקונפורמיות:

Well knows he who uses to consider, that our faith and knowledge thrives by exercise, as well as our limbs and complexion. Truth is compared in Scripture to a streaming fountain; if her waters flow not in a perpetual progression, they sicken into a muddy pool of conformity and tradition. A man may be a heretic in the truth; and if he believes things only because his pastor says so, or the Assembly so

לנוסח האנגלי ראו Mill, 'On Liberty,' p. 21 ('The peculiar evil of silencing the expression of an opinion is that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error')

Milton, 'Areopagitica,' p. 491 [3] 45

determines, without knowing other reason, though his belief be true, yet the very truth he holds becomes his heresie.⁴⁶

גם בתקופתנו הועלו טיעונים דומים בנוגע לקשר בין חופש ביטוי לאמת. כך למשל, לעתים קרובות מועלה השיקול הראשון כאשר נטען שחופש ביטוי תורם לגילוי האמת כאמצעי תקשורת המאפשר החלפת רעיונות ובחינתם, ושתנאי חשוב לבירור האמת הוא דיון חופשי ופתוח אשר במסגרתו מתלבן העניין מכל צדדיו באמצעות הצגת השקפות חלופיות במסגרת 'שוק רעיונות' (The marketplace theory of ideas).⁴⁷

השיקול השני – שלפיו חופש ביטוי דרוש לשם ידיעה מבוססת של האמת או כדי למנוע את הפיכת האמת לדוגמה – צוין, בין היתר, בישראל על ידי הוועדה הציבורית לבחינת חוקי העיתונות: 'גם מתנגדי הרעיונות המושתקים יינזקו – אמונתם הם עלולה להפוך לדוגמטית, כשאין לה הזדמנות של ממש להתעמת עם דעות, הנחות וערכים של קבוצה מתחרה'.⁴⁸

הטיעון השני בדבר הקשר בין חופש ביטוי לאמת – שלפיו חופש ביטוי דרוש כדי למנוע הפיכה של עמדות לדוגמות חסרות הנמקה – יכול להתפרש בשתי דרכים. לפי פרשנות אחת יש חשיבות לעצם העובדה שעמדה מסוימת אינה מתקבלת כדוגמה בלי לחשוב על ההצדקה לאותה עמדה ועל אפשרויות אחרות, בלא תלות בשאלה אם העמדה שמאמצים בסופו של דבר נכונה או לא. במילים אחרות, לפי הפרשנות הראשונה יש ערך גם לתפיסה בהירה של שקר, בהנחה שאפשרית לפחות תפיסה בהירה יותר של שקר (בהשוואה לתפיסה קודמת). לעומת זאת, לפי פרשנות שנייה, יש חשיבות לתפיסה בהירה של האמת בלבד. אפשר לאמץ את שתי ההנחות הללו גם יחד ולהניח שיש חשיבות לעצם הבחינה של כל עמדה, אלא שיש חשיבות מיוחדת לתפיסה בהירה של האמת. הניסוחים האמורים אינם מבחינים באופן חד בין הפרשנויות האמורות. רוב הניסוחים הללו מתמקדים כנראה באפשרות השנייה – כפי שעולה, למשל, מדבריו המפורשים של מיל שלפיהם יש ערך ליהכרת אמת בהירה יותר ותפיסת אמת ערה יותר – אך בלי להבחין בין שתי האפשרויות הללו בבירור ובלי להבהיר אם יש ערך גם לתפיסה לא-דוגמטית של עמדה שגויה.

46 שם, עמ' 543 [25].

47 ראו למשל 6-7, Emerson, *The System of Freedom of Expression*, pp.

48 דו"ח הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות (יושב ראש: חיים יי צדוק, 1997), עמ'

28-27.

השאלה המרכזית העולה באשר לטיעונים האמורים נוגעת לקשר בין חופש ביטוי ובין זיהוי האמת. הטיעון הראשון – שלפיו חופש ביטוי יכול לתרום לגילוי האמת – מניח כמובן שחופש ביטוי יתרום לגילוי האמת יותר מהיעדר חופש ביטוי. הטיעון השני – שלפיו חופש ביטוי דרוש כדי למנוע מעמדות להפוך לדוגמות חסרות הנמקה – מחייב הנחה זו לפי הפרשנות השנייה שלו.

חשוב להדגיש שהשאלה העומדת על הפרק היא מהו הקשר בין **חופש ביטוי** ובין הכרת האמת. לכן יש לבחון לא באיזו מידה אנשים נוטים לאמץ אמונות שהן (אנחנו מאמינים כיום) נכונות או שגויות, אלא באיזו מידה אנשים נוטים לאמץ אמונות נכונות או שגויות **בתנאים של חופש ביטוי בהשוואה לתנאים אחרים**. התשובה לשאלה מהו חופש ביטוי העומד בתנאים הדרושים עשויה להיות מורכבת, בעיקר מכיוון שלרוב היא עולה כשאלה היפותטית, שכן לעתים קרובות לא מתקיימים התנאים של חופש ביטוי או התנאים החלופיים הרלוונטיים. אולם זוהי השאלה שיש לבחון בהקשר זה. אין טעם לבחון, כפי שנעשה לעתים קרובות, את הנטייה הכללית של אנשים לאמץ עמדות נכונות או שגויות. בפרט עצם העובדה שאנשים מאמצים לעתים קרובות עמדות שגויות ודוגלים בהן לאורך זמן אינה מפריכה את טיעון האמת. אכן מיל עצמו הכיר בכך, והוא אף הדגיש נקודה זו כבסיס לטענתו בדבר החשיבות של חופש ביטוי כדי לתקן מצב זה.⁴⁹ אמנם מיל טוען כי לרוב האמת תוכר בטווח הארוך (כנראה לא רק בתנאים של חופש ביטוי).⁵⁰ אולם הנחה זו זהירה מאוד שכן, כמו שמיל עצמו רומז, טווח זה יכול להיות ארוך מאוד.

השאלה היא, אם כן, מהו הקשר בין חופש ביטוי ובין הכרת האמת. לעתים מובעות לגבי הקשר בין חופש ביטוי ובין הכרת האמת הנחות

49 ראו מיל, **על החירות**, עמ' 52.

לנוסח האנגלי ראו Mill, 'On Liberty,' p. 33 ('The dictum that truth always triumphs over persecution is one of those pleasant falsehoods, which men repeat after one another till they pass into commonplaces, but which all experience refutes. History teems with instances of truth put down by persecution. If not suppressed forever, it may be thrown back for centuries')

50 ראו **שם**, עמ' 53.

לנוסח האנגלי ראו Mill, 'On Liberty,' p. 34 ('The real advantage, which truth has, consists in this, that when an opinion is true, it may be extinguished once, twice, or many times, but in the course of ages, there will generally be found persons to rediscover it, until some one of its reappearances falls on a time when, from favourable circumstances, it escapes persecution until it has made such head as to withstand all subsequent attempts to suppress it')

אופטימיות מאוד לפחות כפשוטן (אם מניחים בעקבותיהן שיש ערך חיובי לגילוי האמת – הנחה שכאמור בהקשרים רבים אין סביבה מחלוקת של ממש). כך למשל, לעתים נראה כי מילטון מניח שאנשים יזהו תמיד את האמת. עמדה זו עולה, למשל, מהדברים האלו:

And though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so Truth be in the field, we do injuriously, by licencing and prohibiting to misdoubt her strength. Let her and Falsehood grapple; who ever knew Truth put to the wors[e], in a free and open encounter [...] For who knows not that Truth is strong next to the Almighty; she needs no policies, nor stratagems, nor licencings to make her victorious, those are the shifts and the defences that error uses against her power.⁵¹

עמדה אופטימית עולה לכאורה גם מאמירות שהובעו בפסקי דין בכמה מדינות. דוגמה בולטת היא אמירה ידועה של בית המשפט העליון בארצות הברית בתחילת המאה העשרים שלפיה:

[T]he best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market.⁵²

הנחה דומה עולה מפסק דין של בית המשפט העליון בישראל שבו נכתב:

יש להבטיח את חופש הביטוי כדי לאפשר להשקפות ולרעיונות שונים ומגוונים להתחרות אלו באלו. מתחרות זו – ולא מהכתבה שלטונית של 'אמת' אחת ויחידה – תצוץ ותעלה האמת, שכן סופה של האמת לנצח במאבק הרעיוני.⁵³

האמירות הללו – המצביעות על הנחה שקיים קשר הכרחי בין חופש ביטוי ובין גילוי האמת – יכולות להתפרש בדרכים מספר. לפי פרשנות אחת

Milton, 'Areopagitica,' p. 561-562 [34-35] 51
Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919) (hereinafter: *Abrams Case*), 52
 p. 630
 עניין **כהנא 1987**, עמ' 272 (השופט ברק). 53

האמירות הללו משקפות טיעון מושגי, כלומר הן מניחות מובן פרוצדורלי של 'אמת' אשר מגדיר את ה'אמת' כתוצר הכרחי של 'שוק הביטויים', דהיינו כעמדה שיאמצו רוב האנשים בעקבות דיון חופשי. כאמור, מובן זה של 'אמת' אינו יכול לתמוך בטיעון הקושר בין חופש ביטוי ובין אמת.⁵⁴

פרשנות אחרת של האמירות הללו מניחה שהן מבוססות על מובן עצמאי תוכני של אמת, והן עוסקות, בהתאם, בקשר האמפירי בין חופש ביטוי ובין גילוי האמת. כלומר אמירות אלו משקפות את ההנחה שיש קשר אוניברסלי ומידי בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת וחידוד תפיסת האמת, שקיים קשר תמידי בכל זמן ובכל מקום, ובפרט בכל מסגרת חברתית ובנוגע לכל אדם. פרשנות זו מוליכה לטיעון לא סביר בעליל. ככלל, ההנחה בדבר קיומו של קשר הכרחי בין נתונים אמפיריים אינה סבירה כמעט תמיד, בוודאי כאשר מדובר בנתונים אמפיריים הקשורים להתנהגותם של בני אדם. בפרט קשה להניח שיש קשר הכרחי בין פעולות מסוימות – בכללן השמעת ביטויים, התרת ביטויים או הגבלת ביטויים – ובין תוצאות מסוימות העשויות לנבוע מפעולות אלו, בכללן הכרת האמת. בפרט חופש הביטוי אינו יכול להבטיח את ידיעת האמת. יתר על כן, חופש ביטוי אינו יכול אף להבטיח בחינה רצינית של השקפות, מתוך מתן תשומת לב רצינית ושווה לכל ההשקפות והכרעה ביניהן לפי שיקולים ענייניים (להבדיל למשל מאינטרס אישי או מדעה קדומה). כמו כן ברור שלעתים עשוי דיון בלתי מוגבל להוליך דווקא למסקנות שגויות, בעיקר כאשר לא מתקיימים התנאים של מידע רלוונטי מלא ושל חשיבה רציונלית ובפרט של הנכונות לבחון ברצינות חלופות רעיוניות. התנאים הללו חשובים מאוד, שכן לעתים קרובות הם אינם מתקיימים אף במידה מינימלית, כך שחופש הביטוי אינו מוליך לדיון ציבורי רציני בנושאים מסוימים או, כאשר דיון כזה מתקיים, לאפשרות ממשית של אימוץ השקפות מסוימות על ידי מספר רב של אנשים. בפרט יש לציין שתי עובדות כלליות שכיחות: ראשית, לעתים קרובות אנשים לא מגבשים עמדות באופן רציונלי גם בהינתן אמות מידה מסוימות של רציונליות. ושנית, לרוב 'שוק הביטויים' אינו מושלם בעיקר משום שהוא מעניק תשומת לב רבה יותר לעמדות מסוימות ותשומת לב פחותה, אם בכלל, לעמדות אחרות, שלא לאור קריטריונים הנוגעים לקידום האמת.⁵⁵

המסקנה האמורה – השוללת את קיומו של קשר הכרחי בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת, העולה מהפרשנות הפשוטה של הטיעונים האמורים –

54 ראו לעיל סעיף 2.א(2).

55 ראו להלן, פרק חמישי, סעיף 2.

מוליכה לעתים לזניחה כוללת של הטיעונים הקושרים חופש ביטוי וידיעת האמת. כך למשל, נטען כי הפרשנות הנדיבה ביותר של ההצהרה שלפיה המבחן הטוב ביותר של האמת הוא ניצחון האמת ב'שוק הרעיונות' אינה מבוססת על השיקול שיש חשיבות עצמאית לגילוי האמת, אלא על שיקול המייחס חשיבות לעצם הדיון הפתוח בנושאים מסוימים, בעיקר נושאים ציבוריים.⁵⁶ לפי טענה אחרת הזונחת את טיעון האמת, הטיעון של מילטון בדבר הקשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת לא היה מבוסס על הערכה אמפירית אלא על הנחות אשר נגזרו מאמונה דתית.⁵⁷

אולם אין לזנוח מהר מדי את הטיעון הקושר בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת. למעשה דווקא משום שברור שאין ממש בטיעונים בפרשנות הפשטנית של טיעון זה, מתבקש לבחון פרשנות שונה – סבירה יותר – של האמירות הללו, כלומר יש לבחון אם יש ממש בטיעונים בדבר הקשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת לאור הבנה מורכבת יותר של טיעונים אלו. בפרט יש לבחון אם יש קשר לא הכרחי, אך עדיין חשוב, בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת. השערה זו סבירה בייחוד אם זוכרים שהשאלה החשובה אינה אם דיון חופשי יבטיח תמיד את אימוץ האמת, אלא אם דיון חופשי הוא אמצעי טוב יותר לאימוץ האמת לעומת חלופה של הגבלת (סוגים מסוימים של) ביטויים. ההנחה שחופש ביטוי עשוי לתרום יותר לגילוי או לביסוס האמת מהחלופה של הגבלת סוגים שונים של ביטויים היא לעתים קרובות הנחה סבירה. חופש ביטוי משפר את הסיכוי להכיר את האמת באמצעות מתן האפשרות להכיר ולבחון מגוון של השקפות. לעומת זאת המשמעות של החלופה האחרת עלולה להיות צמצום רציני, עם השלכות שליליות מרחיקות לכת, של האופק האינטלקטואלי של אנשים בשל הוצאת דרכי מחשבה מסוימות מחוץ למסגרת הדיון. במילים אחרות, הפרשנות הנדיבה ביותר להצהרות האמורות בדבר

56 ראו Schauer, 'Reflections on the Value of Truth,' pp. 704-705 לשיקול כזה ראו את הדיון על הקשר בין חופש ביטוי ובין הפן הפורמלי של דמוקרטיה, להלן, סעיף 4.

57 ראו Vincent Blasi, 'Milton's *Areopagitica* and the Modern First Amendment,' (1995) *Yale Law School Occasional Papers*, 2nd Series, No. 1: www.law.yale.edu/documents/pdf/Milton.pdf ('Milton's sweeping generalization about the strength of truth was not offered in the spirit of empirical demonstration, nor even that of didactic history. Milton here was simply affirming, once again, his faith in divine providence'; 'those parts of Milton's argument in *Areopagitica* that rest heavily on his claims and assumptions regarding truth – its nature, its strength, its function, its importance – cannot rightly be employed to make the secular case for the freedom of speech')

הקשר בין חופש ביטוי והכרת האמת אינה שהן משקפות טיעון מושגי שלפיו 'אמת' מוגדרת כתוצר של 'שוק הביטויים', או שהן משקפות טיעון אמפירי גורף שלפיו קיים תמיד קשר בין חופש ביטוי ובין גילוי האמת (בהינתן מובן עצמאי תוכני של אמת), אלא פרשנות שלפיה חופש ביטוי, ובפרט 'שוק הביטויים', הוא האמצעי הטוב ביותר לגילוי האמת. פרשנות כזאת אכן מתיישבת עם קטעים מסוימים באמירות הללו, ובפרט עם הטענה שמידת אימוצה של אמת ב'שוק הביטויים' היא האמצעי הטוב ביותר (best) – ולא דווקא האמצעי המושלם – לבחינת אמתותה. פרשנות כזאת מתיישבת גם עם ההשוואה בין 'שוק הביטויים' ובין 'הכתבה שלטונית'.

באופן ספציפי יותר, הפרשנות הסבירה ביותר של ההצהרות האמורות היא פרשנות שלפיה הן אינן משקפות הנחה אופטימית מסדר ראשון באשר לתרומה של חופש ביטוי להכרת האמת, אלא הנחה פסימית מסדר שני באשר לאפשרות של אנשים להפריד בין ביטויים נכונים לשגויים הדרושה לשם הגבלת חופש הביטוי מטעם זה. בניתוח הקשר בין חופש ביטוי ובין זיהוי האמת לעומת החלופה של הגבלה של ביטויים יש חשיבות רבה מאוד לשיקולים מסדר שני הנוגעים לזיהותם של האנשים המשפיעים על תחום הביטויים ובפרט לסכנה של הקדרה לא ראויה של תחום הביטויים. כאשר עורכים את ההשוואה בין חופש ביטוי ובין הגבלה של ביטויים מבחינת התרומה של כל חלופה לידיעת האמת, חשוב לזכור ששתי החלופות האמורות מושפעות מהחלטותיהם של אנשים וחשוב להעריך אותן מהיבט זה. בפרט יש לציין את הנקודות האלה: החלופה של חופש ביטוי (שלילי) פירושה חלוקת הכוח בתחום הביטויים בין אנשים רבים – אם כי לא בהכרח באופן שווה, ולמעשה לרוב באופן מאוד לא שווה. לעומת זאת החלופה של הגבלת ביטויים פירושה הפקדת כוח בידי מעט אנשים, בדרך כלל כאשר מדובר בהגבלות משפטיות, בידי נושאי משרות ברשויות המדינה. כפי שיפורט בהמשך, בשני המישורים יש להתחשב בסכנה של הסדרה לא ראויה. עם זאת לעתים סביר להניח כי הסכנה האמורה בולטת במיוחד בנוגע לחלופה של הגבלת ביטויים. במילים אחרות, אף אם ההערכה היא שחופש ביטוי (שלילי) הוא אמצעי מפוקפק למדי מבחינת תרומתו לזיהוי האמת על ידי אנשים, ייתכן בהחלט שהחלופה של הגבלת ביטויים גרועה עוד יותר מבחינה זו.⁵⁸

58 השוו לטענה שאין להתחשב בשיקול שסוג מסוים של ביטויים שגוי מנקודת המבט של רשויות המדינה, כלומר קיים שיקול (מסדר שני) בזכות חופש ביטוי השולל התחשבות בשיקול זה, לפי ההנחה שלפיה ראוי להעדיף תחרות חופשית במסגרת

כמובן, גם בהקשר זה יש מקום להבחנות עדינות יותר. כפי שאסביר בהמשך, הסדרה משפטית של ביטויים, ואף הגבלה של ביטויים, עשויה לתרום לעתים לדיון מגוון, ענייני, רציני ופתוח יותר מהחלופה של חופש ביטוי שלילי מוחלט. בייחוד יש לציין שחומרת הסכנה של הסדרה בלתי ראויה עשויה להיות מושפעת מאופי ההסדר, למשל נראה שככלל סכנה זו פחותה יותר בהסדרה שאינה שוללת סוגים מסוימים של ביטויים אלא רק קובעת מסגרות של דיון שנועדו לתרום לאיכות הדיון, לדוגמה באמצעות הבטחת מגוון של עמדות.⁵⁹

בדומה לרוב הטיעונים בעד (ונגד) חופש ביטוי, גם הטיעון בדבר הקשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת אינו חל על כל סוגי הביטויים והוא חל בעצמה שונה על סוגי הביטויים שבהם הוא רלוונטי.

טיעון האמת חל רק על ביטויים המשקפים טענה כלשהי (אמפירית או נורמטיבית) או העשויים לשמש בסיס לטענה כלשהי, שכן רק ביטויים כאלה יכולים לתרום לידיעת האמת. עם זאת יש להבהיר שהדרישה איננה לטיעון מפורש ומנומק; גם טיעון משתמע וחסר הנמקה עשוי לעורר מחשבה

שוק הרעיונות' על פני מצב שבו רשויות המדינה יחליטו אילו סוגים של ביטויים להגביל. ראו Iddo Porat, 'The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law,' *Cardozo Law Review* 27:3 (2006): 1393-1448, pp. 1420-1423, 1421 ('The free speech interest and the government's interest are not two valid interests that differ merely in their weight. Rather, the free speech interest is a second-order/exclusionary reason that totally excludes the government's interest in the case. Holmes interpreted the free speech norm as providing that "the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas [rather than by allowing] persecution for the expression of opinions." Such a free speech norm makes the government's interest in protecting against anti-war opinions totally invalid, rather than a consideration to be balanced with free speech. The free speech interest is a [second-order] reason for the government not to act on the [first-order] reason that it disagrees with the defendants' creed. The objection to the petitioner's creed is not a consideration that is balanced with the consideration of free speech. Rather, according to Holmes, "no one has a right even to consider [the petitioner's creed] in dealing with the charges before the court." Such a consideration is, therefore, totally excluded as irrelevant to the case')

הניתוח האמור נראה לי לא מדויק. בהנחה שיש חשיבות לגילוי האמת, הרי שמנקודת המבט של אדם – גם אדם הנושא משרה ציבורית – אשר מאמין שביטוי מסוים אינו נכון ועלול לפגוע בידיעת האמת, יש שיקול תקף בזכות הגבלת הביטוי. עם זאת לעתים סביר לקבוע עיקרון כללי מסדר שני השולל פעולה לאור שיקולים מסוימים מסדר ראשון, למשל לאור הסכנות של טעות או של שימוש לרעה בכוח להגביל ביטויים מהטעם שהם שגויים.

59 לשיקולים כאלה מסדר שני ראו להלן, פרק חמישי.

ובחינה ביקורתית של רעיונות. יתר על כן, אף ביטויים שבפני עצמם אינם בגדר טיעונים, למשל הבעת רגשות, יכולים לשמש בסיס ומקור לטיעונים. אולם נדרש, כתנאי מינימלי, שאפשר יהיה להפיק מהביטוי טיעון כלשהו. אמנם אפשר לטעון שכל ביטוי, ללא קשר לתוכנו, יכול לעורר מחשבה ביקורתית, כשם שכל מאורע, ללא קשר לטיבו, יכול לעורר מחשבה כזאת. אולם הסיכוי של השפעה מקרית כזאת לרוב זניח, מן הסתם.

חשוב עוד יותר, אף מידת החשיבות של ביטויים שבמאזן הכולל התרתם תורמת לידיעת האמת צפויה להיות שונה במצבים שונים. טיעון האמת תומך, ככלל, בעצמה רבה יחסית בביטויים הכוללים עמדות, נימוקים בזכות עמדות ודרכים להצגה ולארגון של עמדות ונימוקים שאינם מוכרים או אינם מקובלים. לעומת זאת טיעון האמת אינו משמעותי בביטויים המחזקים את הכרת האמת רק במידה מועטה, למשל על ידי חזרה על טיעון מוכר נגד עמדה שגם לפני כן לא יוחס לה משקל רב.⁶⁰

ה. טיעון האמת בזכות חופש ביטוי וביטויים שאינם אמתיים

נקודה הראויה להדגשה מיוחדת נוגעת לקשר בין טיעון האמת בזכות חופש ביטוי ובין ביטויים אשר אינם אמתיים – הן ביטויים שגויים, כלומר ביטויים שהמבטאים אותם מאמינים שהם נכונים, הן ביטויים שקריים, כלומר ביטויים שהמבטאים אותם יודעים שהם שגויים (או מניחים שהם שגויים, אף אם למעשה הם נכונים) ויודעים גם שאפשר שאנשים אחרים יראו אותם כנכונים – להבדיל מיצירות בדיוניות אשר כולם יודעים שהן כאלה. לכאורה אם חופש ביטוי הוא בעל ערך בשל תרומתו לגילוי האמת, יש ערך לביטויים אמתיים בלבד או, כפי שנכתב לעתים, אין ערך לביטויים שגויים.⁶¹ עמדה זו אינה מדויקת – אף אם מפרשים אותה כמוגבלת

60 ראו גם את הדיון בנושא תחולתו ומשקלו של טיעון האמת על ביטויים גזעניים: להלן, פרק שמיני, סעיף 3.

61 ראו למשל *Gertz Case*, p. 340 ("There is no constitutional value in false statements of fact. Neither the intentional lie nor the careless error materially advances society's interest in "uninhibited, robust, and wide-open" debate on public issues [...] They belong to that category of utterances which "are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by (the social interest in order and morality)" ; אריאל בנדור ומיכל טמיר, 'יקלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי', **משפטים** לב (התשס"ב-2002): 667-623, עמ' 658-657 (יאכן, גם ביטויים שקריים מובהקים מכוסים בדרך כלל על ידי חופש הביטוי, ובמקרים רבים הם אף זכאים להגנה – אך לא בשל ערכם כביכול לחשיפת האמת אלא משיקולים אחרים); גנאים, קרמניצר ושנור, **לשון הרע**, עמ' 305 (יאן

לבחינת הערך האינסטרומנטלי של ביטויים כאמצעי לגילוי האמת (אחרת היא שגויה, על פניה, שכן ביטויים שגויים ואף שקרים עשויים להיות בעלי יתרונות במישורים אחרים). יתר על כן, עמדה זו אינה מדויקת בכל הנוגע לשני המישורים של טיעון האמת בזכות חופש ביטוי, כלומר שני הטעמים המרכזיים התומכים בחופש ביטוי עשויים לחול גם על ביטויים שאינם אמתיים.

ראשית, ההיבט המרכזי של טיעון האמת בזכות חופש ביטוי – שלפיו חופש ביטוי עשוי לתרום לחשיפת האמת באמצעות הצבעה על האמת – חל גם על ביטויים אשר אינם אמתיים במצב של חוסר ודאות, המצב הקבוע מנקודת המבט של בני אנוש.⁶² בשל כך עצם ההבחנה בין ביטויים 'אמתיים' לבין ביטויים 'שגויים' ואף 'שקריים' היא הבחנה מטעה. במציאות אין בדרך כלל בסיס למסקנה ודאית בשאלה אם ביטוי מסוים נכון או לא נכון, אלא יש הסתברות מסוימת שהוא נכון ובהתאם – שהוא שגוי. בהתאם, השאלה המדויקת מנקודת מבט נורמטיבית אינה אם ביטוי מסוים נכון או שגוי, אלא מהם הסיכויים שהוא נכון או שגוי. לכן טיעון האמת תומך בהשמעת ביטויים לפי הסיכוי שהם אמתיים, אף אם לאמתו של דבר – כלומר מנקודת המבט שיש מידע מושלם – הם אינם כאלה. במצב של חוסר ודאות, ביטויים שגויים עשויים להיות רבי ערך כאמצעי לגילוי האמת, בייחוד כאשר ההנחה המקובלת היא שהם נכונים או כאשר יש ספק של ממש בנוגע לנכונותם. שיקול זה חל אף על ביטויים שקריים, כלומר ביטויים שהמתבטא מניח שהם אינם נכונים (ויודע שאפשר שהם יטעו אחרים) שכן, בדומה לכל אדם אחר, גם המתבטא עשוי לטעות. בהתאם, גם הסכמה של אנשים מספר – ואף אנשים רבים – שביטוי מסוים שגוי אינה שוללת את תחולתו של טיעון האמת על הביטוי האמור – אף כאשר ההסכמה האמורה נובעת מאמונה כנה של כל האנשים האמורים שהביטוי אינו אמתי. (ההסכמה עשויה שלא לנבוע מאמונה כזאת, למשל כאשר מדובר בהסכמה של צדדים להליך שיפוט.⁶³)

יתר על כן, ביטויים שגויים ואף שקריים עשויים להוליך לגילוי האמת בדרכים נוספות – נוסף על האפשרות שהם נכונים – למשל בכך שהם

חולק כי פרסום עובדות כוזבות אינו תורם דבר וחצי דבר לקידום החיפוש אחר האמת או גיבוש דעת הציבור בענייני הציבורי.

62 לניתוח כללי של השאלה בדבר ההצדקה של ביטויים בתנאים של חוסר ודאות ראו להלן, פרק שישי, סעיף 5.5 ופרק שמיני, סעיף 4.ג.

63 להסתמכות על הסכמה – של צדדים להליך שיפוט ושל השופטים בו – שטענה מסוימת אינה נכונה כבסיס לדחיית הרלוונטיות של טיעון האמת בזכות חופש הביטוי ביחס לטענה זו, ראו בנדור וטמיר, 'קלישאות חוקתיות', עמ' 657-658.

מעוררים דיון ציבורי או גוררים תגובות אשר מושכות את תשומת הלב של אנשים לנושא הרלוונטי ומקדמות את הדיון בו. גם ההיבט הנוסף של טיעון האמת בזכות חופש ביטוי – החשיבות של הפנמת האמת והבנה אמיתית שלה, להבדיל מאמת שהיא בגדר ססמה או קלישאה שחוקה – חל אף הוא על ביטויים שגויים ואפילו שקריים. אחת הדרכים החשובות לחידוד תפיסת האמת היא באמצעות התעמתות עם תפיסה שונה – ובייחוד תפיסה הפוכה – המחייבת לעמוד על הבסיס לאמת.

כמובן, כפי שכבר הדגשתי באופן כללי, אין זאת אומרת שטיעון האמת תומך במידה (עצמה) שווה בכל סוגי הביטויים. עצמתו של טיעון האמת תלויה במשתנים העשויים לחול באופן שונה ובמידה שונה על סוגים שונים של ביטויים. בפרט, עצמתו של טיעון האמת עשויה להיות מושפעת לא רק מהחשיבות של גילוי האמת בנושא שבו עוסק הביטוי העומד על הפרק, אלא גם מרמת הסיכוי המשוערת שהביטוי העומד על הפרק הוא אמתי. (אך לא מהשאלה הדיכוטומית המטעה אם הביטוי 'אמתי' או 'שגוי' – שאלה שהתשובה לה יכולה להיות, כאמור, רק במונחים של סיכויים). לכן סביר להניח שבדרך כלל יש ערך רב (הרבה) יותר לביטויים שיש סיכוי רב שהם אמתיים וערך נמוך (הרבה) יותר לביטויים שהסיכוי שהם אמתיים אינו רב, ושערכם של ביטויים שקריים הוא לרוב נמוך מאוד (אם מניחים שבדרך כלל ההנחה של המתבטא שהביטוי הוא שגוי היא אינדיקציה טובה לכך שהביטוי אכן שגוי).

עם זאת חשוב להדגיש שתי נקודות בנוגע למסקנות הללו. ראשית, אלה הן הכללות בלבד. טיעון האמת על היבטיו תומך גם בביטויים אשר סביר להניח שהם שגויים, ובסוגים מיוחדים של מצבים אף בביטויים שקריים. שנית, מכיוון שהסיכוי שביטוי מסוים אמתי אינו הבסיס היחיד של טיעון האמת בזכות חופש ביטוי, טיעון זה עשוי לעתים לתמוך גם בביטויים שגויים, ובמקרים יוצאי דופן אף בביטויים שקריים ובעצמה רבה למדי. לדוגמה, טיעון האמת עשוי לתמוך בעצמה רבה בפרסום של ביטוי שהסיכוי לאמתותו נמוך יחסית, אם הוא עוסק בנושא שגילוי האמת בו בעל חשיבות רבה, למשל אם הוא עשוי לעורר דיון דחוף בנושא כזה.

1. הקשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת אמת וחופש ביטוי מוחלט

בחינה של ההנחות העומדות בבסיס הטיעון הקושר בין חופש ביטוי ובין ידיעת האמת – ההנחה שיש משמעות למושג אמת, לפחות בסוגים מסוימים של ביטויים; ההנחה שיש ערך לידיעת אמת, ובמיוחד לתפיסה

חדה ומבוססת של אמת; וההנחה שחופש ביטוי עשוי לתרום לידיעת אמת – מעלה שיש בסיס לכל ההנחות האמורות, אם כי ישנם ספקות בנוגע למידת הנכונות שלהן בהקשרים שונים.

אולם בדומה לטיעונים אחרים בזכות חופש ביטוי, גם הטיעון המצביע על התרומה של חופש ביטוי לגילוי האמת תומך בשיקול בזכות חופש ביטוי שאינו בהכרח מכריע. אף אם מקבלים את הנחות היסוד העומדות בבסיסו של הטיעון האמור בדבר הקשר בין חופש ביטוי ובין ידיעת אמת, טיעון זה אינו מבסס בפני עצמו מסקנה שלפיה חופש הביטוי צריך להיות תמיד מוחלט או אף כמעט מוחלט. חשוב להדגיש נקודה כללית זו בהקשר הנדון מפני שלעיתים קרובות מקשרים בין טיעון האמת ובין הרעיון של חופש ביטוי מוחלט. עמדה כזאת משתמעת לעתים גם מדבריהם של מיל ושל מילטון, אם כי לא באופן חד-משמעי. כך למשל, קטעים מסוימים של מיל מרמזים על תפיסה מוחלטת של חופש ביטוי, במיוחד הטענה המפורסמת שלפיה אף אם כל האנשים, חוץ מאחד, היו בדעה אחת, לא הייתה לרבים זכות להשתיק את היחיד.⁶⁴ לעומת זאת, מקטעים אחרים עולה שמיל הכיר בכך שיש הצדקה להגבלת ביטויים מסוימים.⁶⁵ הדוגמה הידועה שלו היא של ביטויים בפני קהל נרגש שיש רמת הסתברות גבוהה שיוליכו לאלימות.⁶⁶ אפשר להסביר חריג זה בשתי דרכים. לפי הסבר אחד השיקול שלפיו חופש ביטוי תורם לגילוי האמת אינו חל – או משקלו זניח – כאשר אין סיכוי של ממש לדיון ענייני, למשל מכיוון שביטוי עלול להוליד לפעולה מידית.⁶⁷ לפי הסבר אחר השיקול האמור חל, אבל קיים שיקול נגדי חזק יותר.⁶⁸

64 Mill, 'On Liberty,' p. 21 ('If all mankind minus one, were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind')

65 Ofseyer, 'First Amendment Law: Taking Liberties with John Stuart Mill,' pp. 395-433

66 Mill, 'On Liberty,' p. 62 ('Even opinions lose their immunity, when the circumstances in which they are expressed are such as to constitute their expression a positive instigation to some mischievous act. An opinion that corn dealers are starvers of the poor, or that private property is robbery, ought to be unmolested when simply circulated through the press, but may justly incur punishment when delivered orally to an excited mob assembled before the house of a corn dealer, or when handed about among the same mob in the form of a placard')

67 ראו להלן, פרק שישי, סעיף 1.5(2).

68 ראו באופן כללי להלן, פרק רביעי.

מכל מקום, תהא אשר תהא עמדתו של מיל בנקודה זו, יש לזכור שטיעון האמת מצביע רק על שיקול בזכות חופש ביטוי. לשיקול זה חשיבות רבה, שכן במצבים רבים עשוי חופש ביטוי להיות חשוב לשם ידיעת האמת, בעיקר כאשר נלווים אליו שיקולים מסדר שני בנוגע לאפשרות הטעות בעת הטלת הגבלות על ביטויים לאור ההנחה שהם שגויים. אולם שיקול זה אינו מבסס תמיד מסקנה של חופש ביטוי, משני טעמים.

ראשית, כאמור, אף שחופש ביטוי עשוי לתרום לידיעת האמת במצבים רבים, התרתם של סוגים מסוימים של ביטויים עשויה במצבים אחרים גם להוליך לתוצאה ההפוכה. לעתים השיקול של ידיעת האמת עשוי לתמוך דווקא בהגבלה של סוגים מסוימים של ביטויים, כאשר הסיכוי שהם יוליכו אנשים למסקנות שגויות גדול מהסיכוי שהם יוליכו למסקנות נכונות.

שנית, אף בהנחה שיש תמיד משמעות לאמת וערך לידיעת אמת (או בנוגע למצבים שבהם יש משמעות לאמת וערך לידיעת האמת), ואף אם (או כאשר) חופש ביטוי תורם תמיד לידיעת האמת, ישנם גם שיקולים אחרים שיש להתחשב בהם, כגון פגיעה אפשרית באנשים עקב סוגים שונים של ביטויים. כאשר שיקולים אלו מתנגשים עם ערכה של ידיעת האמת, יש לשקלל בין שני סוגי השיקולים ובמקרים מסוימים עשויה להיות הצדקה להעדפת השיקולים בזכות הגבלתם של סוגים מסוימים של ביטויים למרות המחיר הכרוך בכך במונחים של גילוי האמת וביסוסה.

לפיכך הטענה של מיל שכל השתקה של ביטוי משקפת הנחה של חוסר יכולת לטעות⁶⁹ אינה נכונה בהכרח. עשויה להיות הצדקה להגבלה של סוגים מסוימים של ביטויים, אף אם מכירים בכך שהם עשויים להיות אמתיים או שהדעה ההפוכה להם אינה בהכרח נכונה, למשל, כאשר ההערכה הרציונלית היא שהערך של התרת ביטויים אלו, לאור הסיכוי שלהם להוליך לגילוי האמת ולאור ערכה הצפוי של האמת, קטן מהמחיר של התרתם, כלומר האפשרות שהם יפגעו באינטרסים אחרים.

3. אוטונומיה אישית

שיקול חשוב בזכות חופש ביטוי שגרסאות מרכזיות שלו הן היבטים של שני שיקולי המסגרת בזכות חופש הביטוי – תרומתו לרווחה אישית ולגילוי האמת – מבוסס על התפיסה שיש ערך לאוטונומיה אישית ועל ההערכה שחופש ביטוי עשוי לתרום להגשמתו של ערך זה. כדי להעריך

Mill, 'On Liberty,' p. 22 ('All silencing of discussion is an assumption of infallibility')

טיעון זה יש לבחון את שני רכיביו: משמעותה וחשיבותה של אוטונומיה, והקשר בין חופש ביטוי לאוטונומיה.

יש הסכמה רחבה שיש ערך לאוטונומיה אישית, כלומר לכך שאנשים יגיעו בעצמם להכרעות רבות חשיבות בנוגע לחייהם.⁷⁰ עם זאת חשוב להדגיש שיש עמדות שונות בנוגע לשאלה **מדוע** יש חשיבות לאוטונומיה במובן האמור ובהתאם בנוגע למשמעותה המדויקת של אוטונומיה, ככל שהיא בעלת ערך, וכך בנוגע להיקפה, ולמידת חשיבותה של אוטונומיה בהקשרים שונים. הבחנה חשובה אחת היא בין גישות המייחסות לאוטונומיה ערך טבוע, למשל כביטוי ליכולת של אנשים לרציונליות,⁷¹ ובין גישות המייחסות חשיבות לאוטונומיה בשל תרומתה לערכים אחרים, בעיקר רווחה אישית. כמו כן תיתכן גישת ביניים הרואה באוטונומיה רכיב מכונן, בעל ערך טבוע, של רווחה. (בפועל, מכיוון שכאמור אין חולק על כך שרווחה היא בעלת ערך עצמאי ועל כך שחופש ביטוי עשוי לתרום לעתים לרווחה, המחלוקת היא בין גישות המייחסות חשיבות לאוטונומיה רק בשל תרומתה לרווחה ובין גישות המייחסות חשיבות לאוטונומיה גם בשל תרומתה לרווחה וגם בשל ערכה הטבוע, אם כרכיב של רווחה ואם ללא תלות ברווחה.)

במסגרת התפיסות הכלליות הללו בנוגע לערכה של אוטונומיה אישית ישנן גרסאות שונות. למשל גישות המייחסות חשיבות לאוטונומיה בשל תרומתה לרווחה עשויות להיות שונות זו מזו בכל הנוגע לתפיסת הרווחה שלהן, ובהתאם בנוגע ליחס בין רווחה ובין אוטונומיה. לדוגמה, גישה המגדירה רווחה כהגשמת העדפות תראה אוטונומיה כאמצעי לקידום רווחה מפני שאנשים רבים רוצים לעתים קרובות לבחור את דרכם בחיים. גישה זו תעריך את חשיבותה של אוטונומיה כאשר התנאי האמור מתקיים, בהתאם לעצמת השאיפה האמורה בכל מקרה. (מעניין לציין בהקשר זה את הטענה שלפיה העמדה הנפוצה, בעיקר בקרב כלכלנים, הרואה רווחה כהגשמת העדפות משקפת הנחה – לא נכונה כמובן – כי אנשים מגבשים

70 תפיסה כזאת של מושג האוטונומיה ראו למשל Mary Gibson, 'Consent and Autonomy,' in Mary Gibson (ed.), *To Breathe Freely: Risk, Consent, and Air* (Totowa, NJ: Rowman and Allanheld, 1985), p. 141 ('Autonomy understood as self-determination or being in control of one's life'); Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (New York: Knopf, 1993), p. 222 (Autonomy as making the important decisions that 'define' one's life)

71 ראו למשל Dworkin, *Life's Dominion*, p. 224 ('The value of autonomy, on this view, derives from the capacity it protects: the capacity to express one's own character [...] in the life one leads and, thus, making "self-creation possible"')

העדפות תמיד במטרה למקסם את רווחתם על סמך מידע מושלם ובאופן רציונלי לחלוטין.⁷² גישה שונה מגדירה רווחה כהגשמת העדפות רציונליות בלבד. גישה זו תייחס ערך אינסטרומנטלי לאוטונומיה, בנוגע לכל אדם, רק אם ובמידה שבה השארת החלטות המרכזיות בעניין חייו של אדם זה בידי צפויה להוליך לקידום רווחתו במידה האופטימלית, לעומת הפקדת החלטות אלו בידי אחרים. גישה הדוניסטית, הרואה רווחה כאושר, תייחס חשיבות לאוטונומיה רק בנוגע להכרעות הצפויות לתרום לקידום אושרו של האדם הרלוונטי או של אנשים אחרים, בהשוואה להפקדת הכרעות אלו בידיהם של אחרים. עם זאת במסגרת גישה כזאת יש להתחשב גם בכך שאנשים רוצים להגיע להכרעות מסוימות, ועצם הגשמתו של רצון זה עשוי לתרום לאושרם בה בשעה שסיכולו עלול להוליך לתסכול. לפי גישות אחרות תרומתה של אוטונומיה לרווחה נובעת משילוב של חלק מהגורמים האמורים, כגון הגשמתן של תכניות חיים רציונליות ושל גורמים אחרים.⁷³ לפיכך אף שקיימת הסכמה רחבה שיש ערך **כלשהו** לאוטונומיה בהקשרים מסוימים, להבדלים בנוגע לזיהויו של ערך זה עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת על היקף תחולתו ועל מידת חשיבותו (בתחום שבו הוא חל).

לאור ההנחה שיש ערך לאוטונומיה אישית יש לבחון את היחס בין ביטויים ובין אוטונומיה, ובהתאם גם בין חופש ביטוי מצד אחד – או הגבלות על ביטויים מצד אחר – ובין אוטונומיה, כלומר יש לבחון אם ובאיזו מידה ביטויים תורמים או פוגעים באוטונומיה.

תפיסות שונות של מושג האוטונומיה מוליכות למסקנות שונות בנוגע לקשר בין אוטונומיה ובין חופש ביטוי, לפי עמדתן בנוגע לסוגי הפעולות וההחלטות שיש להן ערך חיובי או שלילי במונחים של אוטונומיה. כאמור, תפיסה של אוטונומיה יכולה לייחס ערך להגשמת כל החלטה של אדם בנוגע לחייו או להגשמת החלטות מסוימות בלבד. יתר על כן, תפיסות שונות של אוטונומיה עשויות לייחס לפעולות ולהחלטות שונות – אשר

Jules L. Coleman, 'The Foundations of Constitutional Economics,' in *Markets, Morals and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), pp. 133-150, 135-136

73 לתפיסות כאלה ראו למשל Samuel Scheffler, *The Rejection of Consequentialism: A Philosophical Investigation of the Considerations Underlying Rival Moral Conceptions* (Oxford: Clarendon Press, 1982), pp. 26-32; Brink, *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, pp. 232-233

ההנחה היא שיש להן ערך – משקל שונה, למשל לאור מידת חשיבותן במסגרת חיי הפרט הרלוונטי.

תפיסה אחת של אוטונומיה המייחסת משקל לעצם הבחירה האישית בדרכו של אדם בחייו, ללא תלות במאפייניה ובתוכנה, עשויה לייחס ערך להגשמת כל רצון של אנשים המשפיע על מהלך חייהם ולראות חופש ביטוי כבעל ערך לאור עצם העובדה שאנשים רוצים לעתים קרובות הן להתבטא בעצמם הן לשמוע אחרים. תפיסה זו עשויה לערוך הבחנות בין סוגים שונים של ביטויים לפי ערכם הנגזר מעצמת הרצון להתבטא. ככל שאדם מסוים רוצה יותר להתבטא בנושא מסוים, כך תייחס גישה זו ערך רב יותר להגשמת רצון זה.

תפיסה אחרת של אוטונומיה מייחסת חשיבות רק, או בעיקר, לכך שפרטים יקבלו החלטות **מושכלות** בנוגע למהלך חייהם, כלומר על סמך מידע רלוונטי ולאור בחינה רציונלית של השיקולים הרלוונטיים. תפיסה זו תומכת רק בהתרתם של ביטויים התורמים להכרעות מושכלות, בעיקר ביטויים המספקים מידע עובדתי נכון או רעיונות העשויים לחשוף פרטים לאפשרויות, להשקפות ולדרכי חיים – ולדיון ביתרונותיהן ובחסרונותיהן – וכך לתרום לגיבושן של הכרעות של קולטי הביטוי בנוגע לחייהם אם כי, כאמור, גם ביטויים שגויים עשויים לתרום לגיבושן של הכרעות מושכלות בסוגים מיוחדים של מצבים.⁷⁴ תפיסה כזאת תבחין, בהערכת משקלם של הביטויים האמורים, במידת תרומתם הצפויה לגיבוש החלטות מושכלות. לעומת זאת התפיסה האמורה תייחס ערך שלילי לביטויים המטעים אנשים בכל הנוגע לנושאים הללו או הגורמים להם לפעול בצורה שאינה מבוססת על שיקולים רציונליים. למשל תפיסה כזאת עשויה להתנגד לפרסומת, ובמיוחד לפרסומת סמויה, אשר עלולה לגרום לאנשים להחליט לצרוך מוצרים שלא לאור ניתוח רציונלי של תרומתם לחייהם.⁷⁵

מעבר לכך קשה לערוך הבחנות כלליות בין סוגים של ביטויים לפי תרומתם לקידומה של אוטונומיה אישית, שכן לאנשים שונים יש מאפיינים שונים ושאיפות שונות ובשל כך יש חשיבות לסוגים שונים של ביטויים. כמעט כל סוג של ביטוי עשוי להיות חשוב – לעתים במידה רבה – לאוטונומיה של אדם כלשהו. עם זאת אפשר להצביע על סוגים מסוימים

74 ראו לעיל, סעיף 2.

75 פרסומת בכלל, ופרסומת סמויה בפרט, עשויה להשפיע גם השפעה עמוקה יותר שכן היא גורמת לאנשים לפתח העדפות שלא היו להם בלעדיה. מכיוון שהגשמת העדפות קיימות היא לעתים קרובות שיקול רציונלי, עולה בסוגים אלו של מצבים, בנוגע לכל העדפה, השאלה אם היה עדיף לאדם בלעדיה. ראו Scanlon, 'Freedom of Expression and Categories of Expression,' p. 526

של ביטויים שיש להם חשיבות לאנשים רבים מבחינת טיעון האוטונומיה. בהמשך אבחן שתי תפיסות המצביעות על היבטים ספציפיים של הקשר בין חופש ביטוי ובין אוטונומיה, תפיסות המתמקדות בסוגים מסוימים של ביטויים (אם כי כאלה המוגדרים בצורה רחבה).

א. חופש ביטוי והגדרה אישית

חופש ביטוי עשוי לתרום להיבט ספציפי של אוטונומיה אישית – הגדרתם האישית של אנשים כפרטים ייחודים הנבדלים מפרטים אחרים, ובהתאם הבחירה שלהם כיצד לחיות בין השאר בדרך הנותנת ביטוי לאופיים. חופש ביטוי יכול לתרום להגדרה אישית במובן האמור בדרכים מספר. ראשית, חופש ביטוי הוא כאמור אמצעי לתקשורת, כלומר להחלפת מידע ורעיונות שיש להכיר כדי לבחון מגוון חלופות אפשריות של עמדות ושל דרכי חיים. שנית, חופש ביטוי הוא אמצעי לבחינה ביקורתית של עמדות ושל דרכי חיים. חופש ביטוי מאפשר, בדרך זו, פיתוח של זהות ייחודית באמצעות דיאלוג עם אנשים אחרים – הן בעלי השקפות דומות הן בעלי השקפות שונות ובעיקר מנוגדות.

פיתוח של רעיונות אלו נמצא בטיעון המייחס משקל רב לחיים במערכת חברתית אשר במסגרתה באות לידי ביטוי דרכי חיים שונות. לפי טיעון זה התרומה של חופש ביטוי להגדרה אישית מבוססת על כך שסוגים רבים של ביטויים במישור הציבורי (בספרים, במאמרים, בתכניות טלוויזיה, בסרטים וכדומה) מציגים פעילויות שהן היבטים של דרכי חיים – אישיות או תרבותיות – ובוחנים אותן בחינה ביקורתית. (אחת הפעילויות האמורות היא עצם ההתבטאות – רכיב מרכזי בכמה דרכי חיים – למשל של חוקרים, של עיתונאים או של פוליטיקאים.) פעילויות אלו עשויות להיות רכיב מרכזי יותר או פחות של דרכי חיים והן עשויות להתקשר להיבטים מגוונים של החיים, כגון עיסוקים מקצועיים או עיסוקים בשעות הפנאי, סוגים של זוגיות או של חיי משפחה ושל חיי קהילה (במסגרות חילוניות או דתיות). הטענה היא שההצגה של פעילויות אלו כרכיבים של צורות חיים מאפשרת לאנשים להכיר צורות חיים שונות ומעניקה להן אישור פומבי, כצורות חיים מקובלות ולגיטימיות. לפי הטיעון האמור, ההצגה – והאישור הנלווה לה – של צורות חיים תורמת להגדרה אישית בדרכים מספר. ראשית, היא תורמת לפרטים שאת צורת חייהם היא מתארת בכך שהיא מחזקת את הזדהותם אתה, את תחושת הערך שלהם ואת הרגשתם שצורת חייהם מסייעת להם, ולא פוגעת באפשרותם, להשתלב בחברה. שנית, הצגה ואישור פומבי של צורות חיים הופכים אותן לחלופות אפשריות בעבור אנשים, ואילו היעדר אישור הופך אותן לחשודות ומקטין

את הסיכוי שאנשים יאמצו אותן. ולבסוף, אישור פומבי במובן האמור הוא רכיב מרכזי בפעילות של עיצוב, שימור ושינוי תרבותי. לעומת זאת הטלת הגבלות על ביטויים המציגים צורות חיים – בעיקר כאשר היא נעשית באמצעות המשפט ולאור תוכנם (להבדיל משיקולים אחרים, כגון הסכנה שהם יפגעו באינטרסים אחרים) – עשויה להתפרש כגינוי פומבי ורשמי לא רק של פעילויות ספציפיות, אלא גם של צורות החיים שביטויים אלה מייצגים. גינוי כזה משמעותי במיוחד בחברה שבה הכלל הוא של חופש ביטוי, מפני שאז ההצגה והאישור של צורות חיים נעשים על ידי פרטים, וההימנעות של רשויות המדינה מהגבלתם עשויה לשקף רק סובלנות כלפי הביטוי, ואילו הגבלת ביטויים צפויה להיות מובנת כמשקפת גינוי רשמי של צורות חיים מצד מוסדות המדינה. גינוי כזה יכול לפגוע ברווחתם של פרטים משום שהוא מקשה את הזדהותם של פרטים עם החברה שבה הם חיים, כאשר היחס בין הפרט לחברה שבה הוא חי, ובפרט הזדהותו אתה, הם רכיבים חשובים של רווחה אישית. החשיבות של ההצגה הפומבית של צורות חיים, ממשיך הטיעון, עולה במידה ניכרת אם מאמצים תפיסה פלורליסטית המעניקה משקל רב ליצירה ולשינוי של דרכי חיים, ובפרט בחברות מודרניות שבמסגרתן יש משקל מרכזי לכלי תקשורת ציבוריים הן באופן כללי הן בהקשר זה. אמנם הטיעון הזה אינו מוליך להענקת משקל מיוחד לחופש ביטוי לעומת פעילויות אחרות שגם הן מציגות דרכי חיים, אך הטענה היא שלמרות זאת יש לו חשיבות מכיוון שהטעמים הנוגדים – להגבלת חירויות – עשויים להיות חלשים יותר בנוגע לחופש ביטוי לעומת חירויות אחרות, למשל מפני שביטויים לעתים מזיקים פחות מפעילויות אחרות הנותנות ביטוי לדרכי חיים כמו, למשל, פולחן דתי הכרוך בהטלת מום פיזי. בכל הנוגע לאופי ולהיקף התמיכה שמעניק הטיעון האמור לחופש הביטוי, חשוב לציין נקודות מספר. ראשית, הטיעון מתמקד לא באינטרס של מציג הביטוי ובפגיעה הנגרמת לו עקב הגבלת הביטוי, אלא באינטרסים של פרטים שהם הקולטים הפוטנציאליים של הביטוי. בהתאם, הטיעון האמור לא בהכרח תומך בסוגים ספציפיים של ביטויים המציגים צורות חיים כל עוד יש במה מספקת לביטויים כאלה (ובהנחה שאין מדובר בביטויים או בדוברים שהם סמל או פרדיגמה של צורות חיים מסוימות). שנית, טיעון זה תומך לא רק בהימנעות מהגבלה של ביטויים אלא גם בעידוד ההצגה הפומבית של צורות חיים.⁷⁶

מנקודת מבט משלימה נטען כי חופש ביטוי יכול לתרום לגיבוש הזהות האישית גם בדרך אקטיבית. לפי טענה זו חופש ביטוי יכול לאפשר לאנשים

להשתתף ביצירה ובהפצה של תרבות – משמעות ורעיונות – ובדרך זו להשתתף במרחב הקהילתי המגדיר את זהותם של המשתתפים בו. כמו כן נטען כי בעידן האינטרנט יש אפשרות מעשית רבה יותר ליצור תרבות דמוקרטית שבמסגרתה יש לכל אדם, ולא רק למעט אנשים, הזדמנות הוגנת להשתתף ביצירת התרבות ובהפצתה בשל העלות הנמוכה של השתתפות במרחב הציבורי (וכי יש לחתור לעודד את האפשרות האמורה, בין היתר באמצעות יצירת טכנולוגיות לשם תמיכה בה ופיקוח על אופן השימוש בטכנולוגיות אלו בדרך שתתרום למימושה).⁷⁷

77 ראו Jack M. Balkin, 'Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society,' *New York University Law Review* 79 (2004): 1-58, pp. 3-4 ('The purpose of freedom of speech [...] is to promote a democratic culture [...] a democratic culture is a culture in which individuals have a fair opportunity to participate in the forms of meaning making that constitute them as individuals [...] Freedom of speech allows ordinary people to participate freely in the spread of ideas and in the creation of meanings that, in turn, help constitute them as persons. A democratic culture is democratic in the sense that everyone – not just political, economic, or cultural elites – has a fair chance to participate in the production of culture, and in the development of the ideas and meanings that constitute them and the communities and sub-communities to which they belong'), p. 6 ('Freedom of speech is valuable because it protects important aspects of our ability to participate in the system of culture creation. Participation in culture is important because we are made of culture; the right to participate in culture is valuable because it lets us have a say in the forces that shape the world we live in and make us who we are [...] The digital age provides a technological infrastructure that greatly expands the possibilities for individual participation in the growth and spread of culture and, thus, greatly expands the possibilities for the realization of a truly democratic culture')

במסגרת הטיעון האמור המושג 'תרבות דמוקרטית' מתייחס אפוא למובן ייחודי של המונח 'דמוקרטיה' השונה מהמובן הרגיל של המונח 'דמוקרטיה' המתייחס לצורת משטר מסוימת; בעיקרו של דבר, משמעות המושג 'תרבות דמוקרטית' במסגרת הטיעון האמור היא השתתפות רחבה של אנשים רבים בהליך של יצירת תרבות. בהתאם, טיעון זה נוגע לערך של אוטונומיה אישית, שנדון בסעיף זה, יותר מלערך של דמוקרטיה במובן הרגיל, שנדון בסעיף הבא. ראו Balkin, 'Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society,' p. 34 ('The populist nature of freedom of speech, its creativity, its interactivity, its importance for community and self-formation, all suggest that a theory of freedom of speech centered around government and democratic deliberation about public issues is far too limited. The free speech principle has always been about something larger than democracy in the narrow sense of voting and elections, something larger even than democracy in the sense

ולבסוף חופש ביטוי יכול לתרום להגדרה אישית של אנשים בכך שהוא דרך מרכזית של אנשים לתת ביטוי לייחודם, באמצעות השמעת עמדותיהם ומתן ביטוי לדרך החיים שבחרו.⁷⁸ התבטאות יכולה לתרום להגדרה אישית לא רק באמצעות יצירות אמנות או פרסומים מדעיים אלא לעתים גם באמצעות שיחות בנושאים פרוזאיים יותר. ברוח הטיעונים האמורים, ונראה שבייחוד ברוח הטיעון האחרון, אפשר להבין את אחת הטענות המוזכרות לעתים קרובות כתמיכה בחופש הביטוי: תרומתו למתן ביטוי לאישיות הייחודית של אנשים.⁷⁹ או ל'הגשמה אישית' של אנשים.⁸⁰ טענה זו עולה, בין היתר, מכמה פסקי דין של בית המשפט העליון בישראל. כך למשל, נכתב שחשיבותו של חופש הביטוי נובעת בין השאר מן 'ההגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו לענייניו של כל אדם, באשר הוא אדם, לתת ביטוי לתכונותיו ולסגולותיו האישיות: לטפח ולפתח, עד הגבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; בקיצור – להגיד את

of public deliberation about issues of public concern. If free speech is about democracy, it is about democracy in the widest possible sense, not merely at the level of governance, or at the level of deliberation, but at the level of culture. The Internet teaches us what the free speech principle is about, and always has been about, the promotion and development of a democratic culture')
ההבדלים בין הטיעון האמור ובין הטיעון המקשר בין חופש ביטוי לדמוקרטיה, במובן הרגיל של המושג, באים לידי ביטוי גם בהשלכות של הטיעונים בכל הנוגע לסוגי הביטויים שהם תומכים בהם. בהקשר זה ראו את הטענה שלפיה הטיעון האמור תומך (ישירות, ולא רק בעקיפין ובאופן משני) בסוגים רבים של ביטויים שאינם נתמכים על ידי הטיעון המקשר בין חופש ביטוי לדמוקרטיה במובן הצר, ובפרט ביטויים שאינם 'פוליטיים' וביטויים המשקפים 'תרבות נמוכה'. ראו Balkin 'Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society,' pp. 37-45

78 ראו בפרט את ההצעה להבין את חופש הביטוי לאור הרעיון שביטוי משקף את הדמיון של אנשים: Jed Rubenfeld, 'The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionalality,' *Yale Law Journal* 112 (2002): 1-60, pp. 38-39

79 ראו Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, p. 364 (*Lüth Case* [1958])

80 לטיעון זה ראו למשל: Emerson, *The System of Freedom of Expression*, p. 6; Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, p. 390 (*Tucholsky I Case* [1994]); Dorsen, Rosenfeld, Sajó, and Baer, *Comparative Constitutionalism*, pp. 801-802 (South Africa: *Curtis v. The Minister of Safety and Security* [1996]), p. 810 (European Court of Human Rights: *Ceylan v. Turkey* [2000]); ברק, 'המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעייתה', עמ' 227.

אשר בלבן, כדי שהחיים יהיו כדאיים בשבילי.⁸¹ וברוח דומה נטען בפסק דין אחר כי 'מטבעו של האדם, שהוא מגשים את עצמו על ידי מתן ביטוי לעצמו'.⁸²

לעתים מתואר הטיעון שחופש ביטוי תורם ל'הגשמה אישית' כטיעון המצביע על ערך הטבוע בחופש הביטוי, להבדיל מערך הנגזר מתרומתו לערכים אחרים. אולם תיאור זה נכון רק אם רואים בחופש ביטוי **רכיב** של 'הגשמה אישית' באמצעות הגדרה אישית, ועל כן רכיב של אוטונומיה אישית. לעומת זאת אם רואים בחופש ביטוי **אמצעי** להגדרה אישית, ועל כן לקידום אוטונומיה אישית, למשל באמצעות הכרה של עמדות או דרכי חיים, טעון זה מייחס לחופש ביטוי ערך הנגזר מתרומתו לערכים האמורים. (כמובן, ההבחנה בין ערך טבוע לערך נגזר אינה בהכרח הבחנה במונחים של חשיבות; ערך נגזר יכול להיות חשוב מאוד, לעתים אף יותר מערך טבוע.)

גרסאות של העמדה שחופש ביטוי הוא אמצעי להגדרה אישית מבחינות בין סוגים של ביטויים לאור תרומתם למובן הרלוונטי של הגדרה אישית. ככלל, סוגים מסוימים של ביטויים הם בעלי חשיבות מרכזית להגדרה אישית, בעיקר כאלה המציגים היבטים מרכזיים של עמדות ושל דרכי חיים לא מוכרות או לא מקובלות, וביטויים המציגים טיעונים מפורשים בזכות היבטים מרכזיים של עמדות ודרכי חיים יוצאות דופן. לעומת זאת חשיבותם של ביטויים אחרים מבחינה זו עשויה להיות קטנה יותר. אמנם כל ביטוי כמעט יכול להיתפס כמשקף היבט כלשהו של דרך חיים מסוימת. אולם ביטויים המשקפים היבטים שוליים של דרכי חיים, או היבטים של עמדות או של דרכי חיים מוכרות ומקובלות, הם בעלי חשיבות פחותה מבחינת תרומתם להגדרה אישית. נוסף על הכללה זו עשויים להיות הבדלים בין גרסאות של הטענה המקשרת בין חופש ביטוי להגדרה אישית.

81 עניין **קול העם**, עמ' 878 (השופט אגרנט).

82 עניין **כהנא 1987**, עמ' 273 (השופט ברק); 'אחד הטיעונים בזכות חופש ביטוי] מבסס עצמו על הצורך להביא להגשמתו העצמית של האדם. רק בהבטחתו של חופש הביטוי ניתן להביא לידי הגשמה עצמית זו. בלא לאפשר חופש להשמיע או לשמוע, לכתוב או לקרוא, להתבטא או לשתוק, נפגמת אישיותו של האדם, אשר התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפת עולמו [...] טעון זה מקשר את חופש הביטוי אל כבוד האדם ואל חירויות אחרות – כגון חירות המצפון והדת – אך הוא גם מעמיד את חופש הביטוי על רגליו שלו. מטבעו של האדם, שהוא מגשים עצמו על ידי מתן ביטוי לעצמו.)

ב. חופש ביטוי, אוטונומיה אישית והלגיטימיות של משטר פוליטי

הטיעון שחופש ביטוי תורם לאוטונומיה אישית מכיוון שהוא מאפשר הכרעה מושכלת פותח גם במישור הפוליטי. נטען כי הלגיטימיות של כל משטר פוליטי תלויה בחופש ביטוי בהיקף מסוים, שכן אדם אוטונומי ורציונלי יכול לראות משטר כלגיטימי רק כל עוד הוא אינו שולל ממנו את האפשרות להחליט באופן עצמאי ומושכל בשאלה אילו עמדות לאמץ וכיצד לפעול לאורן. טיעון זה שולל אפוא הגבלה של ביטויים – אם ההגבלה מבוססת על כך שהביטוי מספק נימוק בזכותן של השקפות מסוימות – או פעולות מסוימות העשויות לשכנע אנשים לאמץ השקפה מסוימת או לעשות פעולה מסוימת (למעט במצבים חריגים של פגיעה קשה ביכולת של הפועלים לחשיבה רציונלית. במצבים אלו יש מקום לפטרנליזם במובן האמור של הגבלת ביטויים).⁸³ כפי שנראה בהמשך, טיעון זה הוא גרסה מסוימת של טיעון כללי יותר הקושר בין חופש ביטוי ובין הכרעה הוגנת במישור הציבורי.⁸⁴

יש לשים לב לכך שטיעון זה נשען על תפיסה מסוימת של אוטונומיה אישית, ובעיקר על תפיסה מסוימת בנוגע לשאלה מתי מוצדק משטר מדיני כופה. כמו כן יש לשים לב לכך שגם טיעון זה מתמקד בהגבלות המבוססות על סוג מסוים של שיקולים – מניעת נזק הנובע משכנוע של אנשים לאמץ עמדות מסוימות – ובהתאם, בסוגים מסוימים של ביטויים בלבד (אם כי מדובר בסוגים רבים של ביטויים) – ביטויים העשויים להוליך אנשים לאמץ עמדות מסוימות (להבדיל, למשל, מהגבלות על ביטויים שמטרתן למנוע רעש).

ולבסוף, וחשוב ביותר, הטיעון האמור אינו תומך במסקנה שלא תיתכן הצדקה להגבלות על ביטויים שמטרתן למנוע נזק הנובע משכנוע של אנשים

83 ראו Thomas Scanlon, 'A Theory of Freedom of Expression,' *Philosophy & Public Affairs* 1:2 (1972): 204-226, pp. 213-215; Ronald Dworkin, 'Even Bigots and Holocaust Deniers Must Have Their Say,' *Guardian*, February 14, 2006 ('Freedom of speech is not just a special and distinctive emblem of Western culture that might be generously abridged or qualified as a measure of respect for other cultures that reject it, the way a crescent or menorah might be added to a Christian religious display. Free speech is a condition of legitimate government. Laws and policies are not legitimate unless they have been adopted through a democratic process, and a process is not democratic if government has prevented anyone from expressing his convictions about what those laws and policies should be')
המשפטי של העיתונות, עמ' 906-907.

84 ראו את הדיון בקשר בין חופש ביטוי ובין תפיסה משטרית ראויה, להלן, סעיף 4.

לאמץ עמדות מסוימות (או במסקנה שתיתכן הצדקה להגבלות כאלה רק במצבים חריגים של פגיעה קשה ביכולת של הפועלים לחשיבה רציונלית). לכל היותר טיעון זה, כמו רוב הטיעונים בזכות חופש הביטוי, מצביע על שיקול – לא בהכרח מכריע – בזכות התרתם של סוגים מסוימים של ביטויים, שכן טיעון זה אינו מסביר מדוע יש להתחשב רק בערכם החיובי של ביטויים שנועדו לשכנע אנשים לאמץ השקפות מסוימות או לפעול בדרכים מסוימות ומדוע יש להתעלם מהסכנות שביטויים כאלה עלולים ליצור. נראה כי הגבלה של ביטויים יכולה להיות מוצדקת, אף אם היא כרוכה בפגיעה באוטונומיה של אנשים (בעלי יכולת סבירה לחשיבה רציונלית), אם המחיר של הימנעות ממנה – האפשרות של התממשות סכנות עקב החלטתם של אנשים לאמץ השקפות מסוימות ששמעו – גבוה דיו. במילים אחרות, עשויה להיות הצדקה לפגיעה באוטונומיה של אנשים, בכללה באמצעות מניעת מידע מהם – גם בנוגע לאנשים בעלי יכולת סבירה לחשיבה רציונלית – אם החלופה כרוכה בפגיעה חמורה יותר. למשל, הגבלה של ביטויים גזעניים עשויה להיות מוצדקת גם אם ביטויים אלו משקפים עמדה מסוימת, אם מחירם גבוה יותר מתרומתם לאוטונומיה של אנשים.⁸⁵ יתר על כן, כפי שצוין בצדק, אף במישור האישי שבו בוחן אדם רק את רווחתו האישית עשוי אדם רציונלי להעדיף הגבלה של ביטויים העשויים לספק לו נימוקים בזכות אימוץ עמדות מסוימות או נקיטת פעולות מסוימות – גם אם הוא מייחס חשיבות לאוטונומיה שלו ורואה בהגבלה כזאת כפגיעה חמורה באוטונומיה – אם להערכתו הפגיעה האמורה נופלת בחומרתה מהפגיעה הצפויה להיגרם לו עקב התרתם של ביטויים כאלה העלולים לגרום לאנשים מסוימים לפגוע בו. לפיכך אין סיבה שאדם רציונלי לא יוכל להכיר בלגיטימיות של משטר המטיל הגבלות על ביטויים כאמור. הטיעון שמשטר פוליטי המתמודד עם סכנות אלו באמצעות הגבלת הביטויים היוצרים אותם אינו לגיטימי, מניח את המבוקש.⁸⁶

אפשר לטעון, לכל היותר, כי יש להתחשב בשיקול מסדר שני שלפיו יש סכנה מיוחדת שהפקדת הכוח להגביל ביטויים בידי רשויות המדינה תוליך להגבלות בלתי מוצדקות. אולם זהו שיקול שיש לבחון את עצמתו בהשוואה לשיקולים נגדיים בכל הקשר, ואין להניח שהוא תמיד צריך

85 לשיקולים נגד התרת ביטויים גזעניים ראו להלן, פרק שמיני.

86 בנוגע לנקודה האחרונה ראו את הביקורת על הטיעון האמור ואת ההכרה של Scanlon בתוקפה: Robert Amdur, 'Scanlon on Freedom of Expression,' *Philosophy & Public Affairs* 9:3 (1980): 287-300; Scanlon, 'Freedom of Expression and Categories of Expression,' pp. 532-535

לגבור על שיקולים אחרים. לדוגמה, שיקול זה חזק במיוחד בנוגע לביטויים העוסקים בנושאים פוליטיים וחזק פחות בנוגע לביטויים אחרים.⁸⁷

4. משטר ראוי - 'דמוקרטי'

עוד שיקול מרכזי בזכות חופש ביטוי שגרסאותיו הן היבטים חשובים של שני שיקולי המסגרת בזכות חופש הביטוי – תרומתו לרווחה אישית ולגילוי האמת – מבוסס על הקשר בין חופש ביטוי ובין משטר ראוי. באופן כללי נימוק זה כולל שני פנים המשלימים זה את זה: ראשית, חופש ביטוי הוא רכיב חשוב של משטר ראוי; ושנית, חופש ביטוי הוא אמצעי חשוב לצמצום הסכנה של משטר שאינו ראוי.

הנוסח הסטנדרטי של הנימוק האמור מתמקד בקשר שבין חופש ביטוי ובין משטר דמוקרטי – ולפי התפיסה המקובלת הוא המשטר הראוי ביותר.⁸⁸ אולם היבטים מרכזיים של הנימוק האמור חלים גם על משטרים שאינם דמוקרטיים. כמו כן המושג 'דמוקרטיה' עמום ומשמש לעתים קרובות במובן רחב שיכול להתיישב עם כמה תפיסות משטריות. בדמוקרטיה רואים רבים שיטת משטר ראויה, גם במדינות שבהן לא נהוג משטר כזה. הדבר בא לידי ביטוי, בין השאר, בכך שמשטרים רבים שאין להם מאפיינים יסודיים של דמוקרטיה, לפי כל מובן ייחודי של המונח, מכנים את עצמם 'דמוקרטים' או מאמצים מאפיינים של דמוקרטיה – בעיקר בחירות כלליות – באופן פורמלי בלבד, למשל מבלי שיש אפשרות אמיתית לבחור בין תפיסות ובין מועמדים. כפי שכתב הנס קלזן (Kelsen):

87 ראו להלן, פרק חמישי, סעיף 1.

88 לביטויים בולטים של התפיסה, המדגישה את הקשר בין חופש ביטוי ובין דמוקרטיה בארצות הברית, ראו Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government* (New York: Harper, 1948), pp. 103-107; Owen M. Fiss, *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power* (Boulder and Oxford: Westview, 1996), p. 13; Owen M. Fiss, *The Irony of Free Speech* (Cambridge: Harvard University Press, 1996), ch. 3; Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (New York: Free Press, 1993), pp. xvi-xvii

לציון הקשר בין חופש ביטוי לדמוקרטיה בפסיקה של בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה ראו Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, pp. 364-365 (*Lüth Case* [1958]), 370 (*Schmid-Spiegel Case* [1961]), pp. 373-374 (*Blinkfüer Case* [1969])

דמוקרטיה היא הסיסמה השלטת אצל כמעט הכול במאות ה-19 וה-20. אך בדיוק בשל כך היא מאבדת – כמו כל סיסמה – את משמעותה האחידה. כקורבן של אופנה פוליטית היא משמשת לכל מיני מטרות ולכל מיני הזדמנויות. שימוש זה גורם לכך שמושג פוליטי זה – שהוא המנוצל לרעה ביותר – מקבל משמעויות שונות, לעתים מנוגדות מאוד זו לזו. יש שמחמת חוסר המחשבה הרווח בשפה הפוליטית-הוולגרית, המושג 'דמוקרטיה' הופך למליצה שאין לה עוד משמעות מוגדרת.⁸⁹

לכן יש להתמקד בבחינה זהירה של השאלה אילו יתרונות משטריים קשורים לחופש ביטוי; פחות חשוב אם יתרונות אלו הם חלק מתפיסה משטרית הראויה לתווית 'דמוקרטיה'. כפי שנראה בהמשך, הקשר בין חופש ביטוי ובין משטר ראוי – ובפרט משטר בעל מאפיינים דמוקרטיים – הוא קשר מורכב בעיקר מפני שהוא מבוסס על הנחות שנויות במחלוקת בנוגע לשיקולים בעד ונגד סוגים של משטרים (דמוקרטיים). ניתוח שיטתי ומפורט של היתרונות והחסרונות של סוגי משטרים ושל היחס ביניהם ובין חופש ביטוי חורג ממסגרת הדיון הנוכחי. לפיכך אסתפק בהצבעה תמציתית על טיעונים מרכזיים הנוגעים לאופי המשטר הראוי, ואשר יש להם נגיעה מיוחדת לחופש הביטוי. לא כל הטענות בזכות הדמוקרטיה תומכים בחופש ביטוי. לדוגמה, אחד הטענות המוכרים והחשובים ביותר בזכות הדמוקרטיה – הטענה שראוי לפזר את הכוח הפוליטי לאור הסכנה שריכוז רב מדי של כוח פוליטי מחריף מאוד את הסכנה של שימוש לרעה בכוח זה – אינו מבוסס על קשר ייחודי בין חופש ביטוי לדמוקרטיה. לעומת זאת כמה טיעונים מרכזיים אחרים בזכות הדמוקרטיה אכן מצביעים על קשר הדוק בין משטר ראוי (דמוקרטי) ובין חופש ביטוי. מאפיין משותף של הטענות בזכות חופש ביטוי לאור הקשר בינו ובין תפיסה משטרית ראויה הוא שטיעונים אלה חלים על סוג מסוים של ביטויים בלבד: ביטויים שיש להם נגיעה לדרך שבה ראוי לארגן את החיים של אנשים יחדיו, במסגרת חברתית.⁹⁰ זהו כמובן סוג רחב מאוד של

89 הנס קלזן, **על מהותה וערכה של הדמוקרטיה** (1929) (תרגום: יצחק אנגלרד, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005), עמ' 25.

90 לעתים מוצגת התמיכה של הטענה הדמוקרטית בסוגים מסוימים של ביטויים בלבד, כביקורת עליו. ראו דיין אורבך, 'המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי', עמ' 382-383. אולם, כמובן, המסקנה שלפיה היקפו של טענות מסוימות הוא מוגבל אינה נימוק עצמאי נגדו. יתר על כן, אין במסקנה האמורה אינדיקציה המצביעה על חשד בנכונות הטענה בהיעדר שתי הנחות נוספות: ראשית, שיש ערך גם לסוגים אחרים של ביטויים; ושנית,

ביטויים הכולל סוגי משנה רבים של ביטויים: לא רק ביטויים העוסקים במפורש בנושאים פוליטיים במובן הצר של מושג זה, כגון עמדות השנויות במחלוקת בין מפלגות פוליטיות, אלא גם ביטויים רבים אחרים הנוגעים למגוון הנושאים בעלי ההשפעה על החיים המשותפים של אנשים. עם זאת עדיין חשוב לזכור שהטיעון האמור תומך רק בסוג זה של ביטויים ולא בכל ביטוי. לדוגמה, ככלל, הטיעון האמור אינו חל על פרסומת מסחרית. ביטוי בולט לרעיון זה הוא ההגנה המוחלטת כמעט המוענקת בארצות הברית לביטויים 'פוליטיים'.⁹¹ כפי שנראה בהמשך, גרסאות שונות בדבר הקשר המדויק בין חופש ביטוי לדמוקרטיה מוליכות למסקנות נוספות, ספציפיות יותר, בנוגע לאופי ולהיקף התמיכה של הטיעון המשטרי – ובפרט הדמוקרטי – בזכות חופש ביטוי.

ולבסוף יש לציין שבצד התרומה האפשרית של חופש ביטוי לדמוקרטיה, יש גם אפשרות שחופש ביטוי יפגע בדמוקרטיה – וליתר דיוק שתפיסות מסוימות של חופש ביטוי יפגעו בערכים מסוימים הנקשרים למושג 'דמוקרטיה'. למשל חופש ביטוי שלילי במצב שבו כלי התקשורת הגדולים נשלטים על ידי מעטים יכול להוליך לריכוז כוח רב מאוד בידיהם של מעטים אלה – מצב עניינים זה אינו רצוי,⁹² בין היתר, לאור תפיסות של דמוקרטיה, כגון פיזור הכוח ושוויון.⁹³

א. טיעון האמת בתחום הציבורי

הקשר הישיר ביותר בין חופש ביטוי לתפיסה משטרית ראויה נובע מהחלת טיעון האמת בזכות חופש הביטוי על ההסדרים הנורמטיביים המתקבלים במסגרת קהילה פוליטית. יש לשים לב לשתי הנחות שעליהן מבוסס טיעון זה: ראשית, ההנחה שיש משמעות לאמת במישור הנורמטיבי.⁹⁴ ושנית, הנחה של מובן עצמאי תוכני של אמת, להבדיל ממובן פרוצדורלי של 'אמת'⁹⁵; בהקשר זה – 'אמת' כתוצר הכרחי של הליך פוליטי מסוים שאין אמת מידה עצמאית אחרת לבחירתו.⁹⁶ כאמור המובן האחרון אינו יכול

והעיקר, שייטכן רק טיעון אחד בדבר הערך של ביטויים. ההנחה האחרונה אינה משכנעת.

91 ראו להלן, פרק שישי, סעיף 3.

92 לקשיים הכרוכים בחופש ביטוי שלילי בכלל ראו להלן, פרק חמישי, סעיף 2.

93 ראו Balkin, 'Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society,' p. 30

94 ראו לעיל, סעיף 2.ב.

95 ראו לעיל, סעיף 2.א(2).

96 בדומה להגדרה שהציע Rawls למושג 'צדק פרוצדורלי טהור' (pure procedural justice)

לשמש בסיס לטיעון בזכות חופש ביטוי לאור תרומתו לגילוי האמת, אלא לכל היותר בסיס לטיעון המבוסס על הערך הטמון בעצם קיומו של הליך פוליטי מסוים.⁹⁷

כאמור, מידת חשיבותו של טיעון האמת בזכות חופש ביטוי תלויה בחשיבות של בירור האמת בהקשרים שונים. אחד ההקשרים אשר בו יש חשיבות רבה במיוחד לגילוי האמת הוא קבלת ההחלטות הראויות ביותר בעניין ההסדרים הנורמטיביים המתקבלים במסגרת קהילה פוליטית, לאור העובדה שהסדרים אלו הם בעלי השפעה עצומה על היבטים מרכזיים רבים של חיייהם של אנשים רבים. חשוב להדגיש את הנקודה האמורה לאור הנטייה של רבים להניח שהסדרים ראויים רבים בתחום הציבורי הם בגדר מובן מאליו; יש לזכור שכל ההסדרים הנורמטיביים, בכללם ההסדרים הנתפסים כמבוססים ביותר ולו רק מפני שהם מקובלים על רובם המכריע של האנשים הפעילים בתחום הציבורי, עלולים להשתנות במקרה של שינוי רציני במשטר.

כמו כן יש לשים לב לכך ששיקול זה, המקשר בין הטיעונים של גילוי האמת ומשטר פוליטי ראוי בזכות חופש ביטוי, חל על כל משטר פוליטי ולא רק על משטר דמוקרטי, תהא משמעותו המדויקת של מושג זה אשר תהא. גם במסגרת משטר שברור שאינו משטר דמוקרטי – שלטון של יחיד בלתי נבחר למשל – יש חשיבות לקבלת ההחלטות הנכונות, ותנאי הכרחי –

שלפיה עיקרון צודק אם התקבל בהליך הוגן מסוים ואין קריטריון עצמאי אחר לבחינת השאלה אם הוא צודק. ראו Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 85-87. ⁹⁷ לעתים אין הבחנה ברורה בין שני סוגי הטיעונים האמורים. ראו למשל את התיאור הזה של הטיעון בזכות חופש ביטוי בשל תרומתו לדמוקרטיה: דיין-אורבך, 'המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי', עמ' 382 ('האמת הפוליטית' מחליפה כאן את האמת 'האבסולוטית' שבמרכז הטיעון בדבר חקר האמת, וממילא ניטל עוקצה של הביקורת על הטיעון האמור: הרעיון שהאמת תעלה ותצופך כתוצאה מ'סחר' חופשי ברעיונות מחייב, כאמור, אמונה בקיומה של 'אמת' אובייקטיבית בת-גילוי ובהיות הביטוי הבלתי-מוגבל הדרך הטובה להפקת אותה אמת. ההנחות הבעייתיות הללו נופלות כאשר יעד החיפוש הוא האמת הפוליטית, וזו מוגדרת, מלכתחילה, כתוצאתו של הליך פוליטי לגיטימי. מובן עם זאת שאותה 'לגיטימיות' נגזרת אף היא מכמה אמות-מידה אובייקטיביות; סביר שהליך פוליטי כזה יעוצב על-סמך ההנחה שציבור אזרחים שיש בידו מידע רב יותר מגיע להחלטות פוליטיות מושכלות יותר, כשיר יותר לאתר כשלי תפקוד של השלטון ומגיע בסופו של דבר לרמות גבוהות יותר של השתתפות פוליטית).

טיעון זה מתחיל בתיאור של טענה המבוססת על מובן פרוצדורלי של 'אמת' שלפיה 'אמת פוליטית' מוגדרת כתוצר של הליך מסוים ('לגיטימי'), אך הוא ממשיך בתיאור ההליך האמור מתוך התייחסות לשאלה מה יתרום 'להחלטות פוליטיות מושכלות יותר' באופן המרמז על מובן תוכני של אמת הנבדל מהתוצר של ההליך הפוליטי (הלגיטימי).

אם כי לא מספיק – לכך הוא שהמחליט ידע מהן ההחלטות הנכונות. אחת הדרכים לחתור לידיעה כזאת היא באמצעות חופש ביטוי שיאפשר העלאת הצעות ובחינה ביקורתית שלהן.

ב. חופש ביטוי והפן הפורמלי של דמוקרטיה: השתתפות בבחירות והכרעת רוב

ההיבט המשטרי המרכזי המעלה את הקשר בין משטר ראוי ובין חופש ביטוי הוא הפן הפורמלי של דמוקרטיה, כלומר הרעיון שיש לקבל החלטות על מאפייני ההתארגנות של אנשים יחדיו באמצעות הליך של בחירות כלליות שכלל ההכרעה בו הוא של אימוץ עמדת רוב המשתתפים בבחירות. (המאפיין האחר שנהוג לייחסו לדמוקרטיה – הפן המהותי של הדמוקרטיה – הוא הגנה על אינטרסים בסיסיים – 'זכויות יסודי' – של אנשים מפני הכרעת רוב בלתי מוצדקת.)

לפי גרסה אחת של הפן הפורמלי של דמוקרטיה יש ערך לעצם עריכתן של בחירות כלליות, לעצם ההשתתפות בבחירות בלא תלות באופי ההשתתפות, ולעצם הכרעת הרוב בלא תלות בדרך שבה התקבלה.

לפי גרסה שנייה, יש ערך רק לבחירות המלוות בהשתתפות **מושכלת** של אנשים בהן, כלומר להבעת עמדה המבוססת על הכרה של מגוון טענות עובדתיות ונורמטיביות בנושאים העומדים על הפרק ועל בחינה רציונלית של טענות אלו, ובהתאם יש ערך רק להכרעת רוב מושכלת. ביטוי מובהק עוד יותר של גרסה זו מתייחס לא רק להשתתפות מושכלת בבחירות, אלא להשתתפות מושכלת מתמשכת של האזרחים בהכרעות ציבוריות בעיקר באמצעות דיון ציבורי קבוע (deliberative democracy). הגרסה התומכת רק בהשתתפות מושכלת של אנשים בהליך הפוליטי עומדת בפני עצמה אם ההנחה היא שמושג הרציונליות יכול לשמש בסיס לכל השיקולים, גם הבסיסיים ביותר, או במילים אחרות, להצדיק גם הצבת מטרות ולא רק התאמת אמצעים למטרות. לעומת זאת, אם ההנחה היא שמושג הרציונליות מוגבל לרציונליות אינסטרומנטלית, הגרסה האמורה מחייבת הנחה של מטרה מסוימת או מטרות מספר של האנשים המשתתפים בבחירות.

לפי גרסת ביניים, יש ערך לבחירות ולהכרעת רוב בתנאים שבהם יש לאנשים **אפשרות** מעשית לגיבוש עמדה מושכלת, כלומר אפשרות להכיר ולהעריך באופן ביקורתי מגוון של דעות.

הגרסאות הללו מייצגות, כמובן, רק עמדות קצה ויש ביניהן מרחב למגוון של עמדות ביניים אפשריות, בפרט בהתאם למידה שבה השתתפות של אנשים בבחירות – ובהתאם הכרעת רוב במסגרת בחירות כאלה – היא מושכלת.

המצב הקיים בפועל ברוב המקרים גם הוא מצב ביניים מבחינה זו: מצד אחד, לרוב המשתתפים בבחירות יש מידע מסוים על השאלות העומדות לדיון והם מייחדים מידה מסוימת של מחשבה לניתוחו של מידע זה. מצד אחר, ברוב המקרים מדובר במידע חלקי מאוד ובניתוח שטחי למדי שלו. כמו כן אם מאמצים גרסה של השתתפות מושכלת בבחירות הכוללת גם הנחה בדבר המטרה או המטרות של המשתתפים בבחירות, סביר להניח שלא תמיד יפעלו כל המשתתפים לאור מטרות אלו.

השאלה איזו גרסה של הפן הפורמלי של דמוקרטיה יש לאמץ היא בעלת חשיבות בכל הנוגע לקשר בין חופש ביטוי לדמוקרטיה. באופן כללי הגרסה הראשונה של הדמוקרטיה – שלפיה יש חשיבות לעצם ההשתתפות בבחירות או לעצם הכרעת הרוב – אינה מלמדת על קשר מיוחד בין חופש ביטוי לדמוקרטיה. אם יש חשיבות לעצם עריכת הבחירות, להשתתפות בהן או להכרעת הרוב, ללא תלות באופי ההשתתפות ובפרט בשאלה איך גובשה העמדה של אנשים במסגרת הבחירות, אז חופש ביטוי יקדם מובן זה של דמוקרטיה רק במובנים שוליים, כגון פרסום של פרטים טכניים על אופן ההצבעה.

לעומת זאת הגרסה השנייה של דמוקרטיה – שלפיה יש ערך להשתתפות ולהכרעת רוב מושכלת בבחירות ובהכרעות ציבוריות בכלל – וכן הגרסה השלישית – שלפיה יש ערך לבחירות ולהכרעת רוב הנעשות בתנאים שבהם יש אפשרות מעשית לגיבוש הכרעה מושכלת – מצביעות על קשר הדוק בין חופש ביטוי ובין דמוקרטיה, שכן חופש ביטוי הוא כאמור אמצעי מרכזי להכרה ולהערכה של עמדות. אמנם, לכאורה, חופש ביטוי נוגע רק לגרסה השלישית מפני שהוא אינו יכול להבטיח השתתפות מושכלת בבחירות והכרעת רוב מושכלת, אלא רק את האפשרות להשתתף ולהכריע כאמור בכך שהוא הבסיס לרקע של דיון ציבורי במגוון השקפות המאפשר להכיר ולבחון אותן – גם אם אנשים אינם מממשים את האפשרות האמורה או אם רק מעט אנשים מממשים אותה. אולם חופש ביטוי קשור גם לגרסה המייחסת ערך להשתתפות ולהכרעת רוב מושכלת ממש, מפני שהוא משפר את הסיכוי להשתתפות ולהכרעה כאמור, כפי שהסברתי במסגרת הניתוח של טיעון האמת.⁹⁸

ברוח זו נכתבו, למשל, הדברים האלה בעניין הקשר בין חופש ביטוי ובין דמוקרטיה פורמלית (אגב הדגשת הגרסה השנייה המתייחסת להכרעה מושכלת ממש):

What democracy exalts is not simply public choice, but rather public choice made with full information and under suitable conditions of reflection. From democracy's perspective, we should not complain, but rather applaud the fact that outcome was affected (and presumably improved) by full and open debate.⁹⁹

וברוח דומה נכתבו בפסק דין של בית המשפט העליון בישראל הדברים האלה בנוגע לתרומה של חופש ביטוי לדמוקרטיה פורמלית (תוך הדגשת הגרסה השלישית המתייחסת לאפשרות של הכרעה מושכלת):

חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה. השמעת הדעות החופשית והחלפת הדעות הבלתי מוגבלת בין איש לרעהו הן בגדר תנאי שאין בלעדיו לקיומו של המשטר המדיני והחברתי, בו יכול האזרח לשקול, תוך לימוד הנתונים וללא מורא, מה דרוש, לפי מיטב הבנתו, למען טובתם ורווחתם של הכלל ושל הפרט, ואיך יובטח קיומם של המשטר הדמוקרטי ושל המסגרת המדינית, אשר בתוכה הוא פועל.¹⁰⁰

ובאותה רוח נכתבו הדברים הבאים:

חופש הביטוי מוגן חוקתית כדי לאפשר שיח ציבורי עשיר ופתוח, שהינו חיוני לקבלת החלטות מושכלות.¹⁰¹ השתתפות דמוקרטית היא יותר מכוח וחופש להצביע בבחירות. מדובר ביכולת להצביע מעמדה של ידע ושל חופש. אי-אפשר אמנם לכפות על אנשים להיות בעלי ידע או חופשיים ואוטונומיים, אך תנאי הרקע צריכים לאפשר לאנשים חירות אפקטיבית להשגת דברים אלה.¹⁰²

99 Fiss, *The Irony of Free Speech*, p. 23

100 בג"צ 372/84 קלופפר נווה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233 (1984), עמ' 238.

101 דייך-אורבך, 'המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי', עמ' 378.

102 רות גביוון, 'על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות', רבין ושני (עורכים), *זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל*, עמ' 25-67, עמ' 39.

התשובה לשאלה איזו גרסה של הפן הפורמלי של דמוקרטיה ראוי לאמץ – זו המסתפקת בעצם עריכת בחירות כלליות ובעצם הכרעת רוב או זו הדורשת עריכת בחירות כלליות המלוות בהשתתפות מושכלת של אנשים בהן ובהתאם הכרעת רוב מושכלת, או לפחות בחירות כלליות המאפשרות השתתפות מושכלת בבחירות והכרעת רוב מושכלת – ובעקבותיה התשובה לשאלה מהו הקשר בין פן זה של דמוקרטיה ובין חופש ביטוי, תלויה בשאלה מדוע יש ערך לדמוקרטיה במובן של עריכת בחירות כלליות והכרעת רוב. יש כמה אפשרויות כלליות בנוגע לערכו של הפן הפורמלי של משטר דמוקרטי, והן ייבחנו בסעיפים הבאים. חלק מהאפשרויות הללו משקפות היבטים מיוחדים של טיעונים כלליים בזכות חופש ביטוי – הטיעונים הקושרים בין חופש ביטוי ובין רווחה אישית, אוטונומיה אישית וגילוי האמת (בתחום הציבורי) – ואילו אפשרות אחרת משקפת טיעון עצמאי בזכות חופש ביטוי.

(4) הכרעת רוב כהתחשבות הוגנת באנשים: שוויון או חשיבות המספרים

אפשרות אחת היא לבסס את הפן הפורמלי של דמוקרטיה על גרסה מסוימת של הטיעון הכללי הקושר בין חופש ביטוי ובין רווחה אישית.¹⁰³ כאמור, לפי עמדה מקובלת, רווחה אישית פירושה הגשמת העדפות של פרטים – כל העדפה או רק העדפות מסוימות. לפי עמדה מקובלת אחרת, במצבים של קונפליקט בין-אישי, כאשר אי-אפשר לקדם את רווחתם של כל האנשים (במידה שווה) אלא יש לבחור בין קידום רווחתם של אנשים מסוימים לבין קידום רווחתם של אחרים (או קידום רווחתם של אנשים מסוימים במידה רבה יותר מקידום רווחתם של אחרים), יש להכריע בהגינות בין האינטרסים המתנגשים.¹⁰⁴ יש כמה גרסאות אפשריות של העמדה האמורה בנוגע למשמעות של המושג הגינות. גרסה בולטת אחת מפרשת הגינות במובן של שוויון. גם במישור זה יש כמה מובנים של שוויון.¹⁰⁵ תפיסה ספציפית אחת מפרשת שוויון בהקשר האמור במובן של מתן כוח השפעה שווה לכל אדם על ההחלטות הציבוריות באמצעות בחירות כלליות שוות (קול אחד לכל אדם) והכרעת רוב. גרסה בולטת אחרת מפרשת הגינות במובן של העדפת המספר הגדול יותר של אנשים:

103 ראו לעיל, סעיף 1.

104 לפירוט ראו Segev, 'Hierarchical Consequentialism'; Segev, 'Second-Order Equality and Levelling Down,' *Australasian Journal of Philosophy* 87 (forthcoming 2009); Segev, 'Well-Being and Fairness'

105 לתפיסה המוצלחת ביותר לדעתי ראו Segev, 'Second-Order Equality and Levelling Down'

במצב של קונפליקט, כאמור, ראוי להעדיף את רווחת האנשים שמספרם רב.¹⁰⁶ גם גרסה זו תומכת בהכרעת רוב שכן היא מקדמת את רווחת האנשים שמספרם רב יותר (בהשוואה לחלופות אחרות שאינן נותנות עדיפות לרוב). סביר לפרש את שתי הגרסאות האמורות כמצביעות על שיקולים בלבד – שאינם בהכרח מכריעים – שכן הם עלולים להתנגש עם שיקולים אחרים, בעיקר השיקול שיש להתחשב במידה שבה אפשר לקדם את רווחתו של כל אדם.¹⁰⁷

בהנחה שטיעונים אלו תקפים, הם תומכים בחופש ביטוי במידה שהוא עשוי לתרום לרווחה אישית במובן של הגשמת העדפות. (כאמור יש הבדל

106 לדיון בנושא זה ראו למשל G. E. M. Anscombe, 'Who is Wronged?' *Oxford Review* 5 (1967): 16-17; John M. Taurek, 'Should the Numbers Count?' *Philosophy & Public Affairs* 6:4 (1977): 293-316; Jonathan Glover, *Causing Death and Saving Lives* (Middlesex: Penguin Books, 1977), pp. 208-209; Derek Parfit, 'Innumerate Ethics,' *Philosophy & Public Affairs* 7:4 (1978): 285-301; Gregory Kavka, 'The Numbers Should Count,' *Philosophical Studies* 36 (1979): 285-294; Harris, *The Value of Life*, pp. 21-22; Frances Myrna Kamm, 'Equal Treatment and Equal Chances,' *Philosophy & Public Affairs* 14:2 (1985): 177-194; Shelly Kagan, 'The Additive Fallacy,' *Ethics* 99:1 (1988): 5-31, pp. 23-26; John T. Sanders, 'Why the Numbers Should Sometimes Count,' *Philosophy & Public Affairs* 17:1 (1988): 3-14; Kamm, *Morality, Mortality: Volume I – Death and Whom to Save From It*, pp. 81-87, 100-119; Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights* (Cambridge: Harvard University Press, 1990), pp. 181-196; Ken Dickey, 'Why I May Count the Numbers,' in John Martin Fischer and Mark Ravizza (eds.), *Ethics: Problems & Principles* (Fort Worth: Harcourt Brace Jovanovich College, 1992), pp. 243-250; Scanlon, *What We Owe to Each Other*, pp. 230-234; Michael Otsuka, 'Scanlon and the Claims of the Many Versus the One,' *Analysis* 60:3 (2000): 288-293; Rahul Kumar, 'Contractualism on Saving the Many,' *Analysis* 61:2 (2001): 165-170; Iwao Hirose, 'Saving the Greater Number without Combining Claims,' *Analysis* 61:4 (2001): 341-342; Joseph Raz, 'Numbers, With and Without Contractualism,' *Ratio* 16:4 (2003): 346-367; Derek Parfit, 'Justifiability to Each Person,' *Ratio* 16:4 (2003): 368-390; David Wasserman and Alan Strudler, 'Can a Nonconsequentialist Count Lives?' *Philosophy & Public Affairs* 31:1 (2003): 71-94; Michael Otsuka, 'Skepticism about Saving the Greater Number,' *Philosophy & Public Affairs* 32:4 (2004): 1-19; Iwao Hirose, 'Aggregation and Numbers,' *Utilitas* 16:1 (2004): 62-79; Jens Timmermann, 'The Individualist Lottery: How People Count, But Not Their Number,' *Analysis* 64:2 (2004): 106-112; Véronique Munoz-Dardé, 'The Distribution of Numbers and the Comprehensiveness of Reasons,' *Proceedings of the Aristotelian Society* 105:2 (2005): 207-233; Re'em Segev, 'The Significance of Numbers' (unpublished manuscript)

107 Segev, 'Well-Being and Fairness' ראו

מבחינה זו בין הגרסה המייחסת ערך להגשמה של כל העדפה לגרסה המייחסת ערך רק להגשמה של העדפות רציונליות.¹⁰⁸ חשוב לשים לב לכך שטיעונים אלו מבוססים על הנחות מספר אשר נכונות אינה מובנת מאליה. ראשית, ההנחה שיש ערך לרווחה אישית במובן של הגשמת העדפות (להבדיל ממובנים אחרים). שנית, הפרשנויות הספציפיות האמורות של מושג ההגינות שלפיהן הכרעה הוגנת במצבי קונפליקט פירושה שוויון במובן של השפעה שווה על ההכרעה הציבורית או העדפת הרווחה של אנשים רבים יותר. עם זאת כל העמדות האמורות זוכות למידה רבה של תמיכה.

(2) התרומה של בחירות כלליות והכרעת רוב לקידום החלטות ציבוריות

ראויות

עמדה אחרת משקפת גרסה ספציפית של הטיעון הקושר בין חופש ביטוי ובין גילוי האמת בתחום הציבורי. כבר הזכרתי את התרומה האפשרית של חופש ביטוי לגילוי האמת בתחום הציבורי, יהא אשר יהא סוג המשטר המדויק.¹⁰⁹ אולם לעתים קרובות מועלה טיעון ספציפי יותר בדבר התרומה של הפן הפורמלי של הדמוקרטיה – בחירות כלליות והכרעת רוב – לגיבוש המסקנות הראויות ביותר בתחום הציבורי. עריכת בחירות כלליות והכרעת רוב הן בעלות ערך, לפי עמדה זו, מפני שהן יוצרות את הסיכוי הטוב ביותר לקבלת ההחלטות האופטימליות בנוגע לתוכן ההסדרים הנורמטיביים המשפיעים על חייהם של אנשים רבים במסגרת חברתית מסוימת. במילים אחרות, לפי עמדה זו, החלופה של בחירות כלליות והכרעת רוב עדיפה על פני כל החלופות האחרות מבחינה זו. עמדה זו משקפת אפוא גרסה מיוחדת של הטיעון הקושר בין חופש ביטוי ובין גילוי האמת, גרסה הרואה בפן הפורמלי של משטר דמוקרטי ערך אינסטרומנטלי בשל תרומתו כאמצעי לקידום החלטות ראויות בתחום הציבורי.

הטענה האמורה כוללת, אם כן, שני היבטים: היבט חיובי בדבר איכות ההחלטות של רוב המשתתפים בבחירות כלליות, והיבט שלילי הנוגע לחסרונות של החלופות האפשריות – בעיקר החשש מפני שימוש פסול בכוח שיופקד בידי מעטים בקביעות. הטענה האמורה מבוססת, בהתאם, על הערכה יחסית המשקללת את שני הרכיבים האמורים ולפיה איכות ההחלטות צפויה להיות גבוהה יותר במשטר הכולל את הפן הפורמלי של דמוקרטיה – הכרעת רוב במסגרת בחירות כלליות – לעומת חלופות אחרות.

108 ראו לעיל, סעיף 1.

109 ראו לעיל, סעיף 4.א.

במסגרת הערכת האיכות של החלטות ציבוריות יש להתחשב לא רק בסיכוי שיתקבלו החלטות נכונות יותר או פחות, אלא גם בחומרה של החלטות שגויות מבחינת השפעתן על חייהם של אנשים. לכן ההערכה היחסית שלפיה יש להעדיף בחירות כלליות והכרעת רוב על פני חלופות אחרות אינה מבוססת בהכרח על ההנחה שלחלופה זו הסיכוי הרב ביותר לקבלת ההחלטות הנכונות ביותר, אלא היא עשויה להתבסס על ההנחה שהסכנה להחלטות גרועות במיוחד חמורה יותר אם לא תאומץ החלופה האמורה.

ההנחה הראשונה – שלפיה בחירות כלליות והכרעת רוב הן החלופה היוצרת את הסיכוי המרבי לקבלת החלטות הנכונות ביותר במישור הפוליטי – מוטלת בספק מכיוון שלעתים קרובות איכות ההחלטה בנושאים העומדים להכרעה ציבורית היא נמוכה. הן בנוגע לבוחרים הן בנוגע לנבחרים, שני סוגים של סכנות עלולות לפגום באיכות ההחלטות המתקבלות במסגרת הכרעת רוב בבחירות כלליות: טעויות במענה על השאלה אילו הסדרים ראויים; ואימוץ של עמדות פסולות במודע, בעיקר עקב העדפת יתר של אינטרס אישי או קבוצתי. בקרב הבוחרים סכנת הטעות נובעת בעיקר מכך שלכל אדם בנפרד אין אינטרס אישי להשקיע את המשאבים הדרושים לגילוי ולניתוח שיטתי של המידע הנוגע לו, ומהעובדה שלעתים קרובות אנשים אינם מחליטים באופן רציונלי גם בהקשר זה.¹¹⁰ כמו כן קיים חשש שאנשים רבים יצביעו לא לפי השיקולים הראויים בעיניהם, אלא לפי השיקולים המשקפים את האינטרס האישי שלהם. לכן ההנחה ששקלול האינטרס האישי של כל הבוחרים בצורה של הכרעת רוב יוליך למסקנות ראויות אינה סבירה. הנחה זו אינה סבירה במיוחד, אם כי לא רק, כאשר קיימים מיעוטים קבועים אשר דרך של הכרעת רוב אינה מעניקה משקל להעדפותיהם. בקרב נבחרים ציבור החשש לטעות נובע בעיקר מכך שהכישורים והרצון הדרושים כדי להיבחר במשטר דמוקרטי עלולים לבוא על חשבון הכישורים והרצון להכריע כראוי. כמו כן גם בקרב נבחרים קיים החשש שהאינטרס האישי ישפיע על הכרעתם, ובפרט שלא ישקף נאמנה את העדפות רוב הבוחרים.

לעומת זאת ההנחה השנייה – שלפיה הסכנה להחלטות גרועות במיוחד חמורה יותר אם לא תאומץ החלופה של בחירות כלליות והכרעת רוב – סבירה יותר. אף שהחלופה של הכרעת רוב במסגרת בחירות כלליות עלולה

110 לדיון בנושא זה ראו דיון אורבך, 'המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי', עמ' 418-407.

להוליך להכרעות שגויות חמורות מאוד, נראה שיש בסיס להנחה שחלופות אחרות יוצרות סכנה חמורה עוד יותר מבחינה זו.

הטענה שיש ערך אינסטרומנטלי לפן הפורמלי של דמוקרטיה בשל תרומתו לערך של קידום החלטות ראויות בתחום הציבורי מתיישבת, כמוכן, בצורה הטובה ביותר עם הגרסה שיש ערך רק להשתתפות מושכלת בבחירות ובהתאם להכרעת רוב מושכלת. יש בסיס מוצק להנחה שככל שעמדה מושכלת יותר – כלומר מבוססת על הכרה טובה יותר של הטענות העובדתיות והנורמטיביות הרלוונטיות – כך גובר הסיכוי שעמדה זו נכונה. במילים אחרות, הטיעון האינסטרומנטלי בזכות הפן הפורמלי של הדמוקרטיה הוא היבט של הטיעון הכללי שיש חשיבות מיוחדת להכרעות הנכונות בנוגע להסדרים הנורמטיביים הנוגעים לחייהם של אנשים רבים. אם הכרעות אלו מתקבלות, לפחות במידה מסוימת ובעקיפין, על ידי כל האנשים המשתתפים בבחירות בדרך של הכרעת הרוב, אז חשוב לשפר את הסיכוי של כל אחד מהאנשים המשתתפים בבחירות להגיע למסקנות הנכונות.

בהנחה שיש חשיבות להכרעה מושכלת, לאור הסיכוי שהיא תוליך להכרעות נכונות או ראויות יותר בהשוואה לחלופות אחרות, יש, כאמור, חשיבות לחופש ביטוי כרכיב מרכזי של הכרעה מושכלת.

לעומת זאת הטענה שהפן הפורמלי של משטר דמוקרטי הוא בעל ערך אינסטרומנטלי לערך של קידום החלטות ראויות בתחום הציבורי מתיישבת פחות טוב עם הגרסה שיש ערך לעצם עריכת בחירות כלליות ולעצם הכרעת רוב, שכן נראה שאין מקום להנחה שעצם העובדה שאנשים רבים תומכים בעמדה מסוימת היא אינדיקציה חשובה לנכונותה. ההנחה המקובלת – שלפיה העובדה שאנשים רבים תומכים בעמדה מסוימת היא אינדיקציה חשובה לנכונותה – סבירה רק אם או במידה שמדובר באנשים המכירים את הטענות העובדתיות או הנורמטיביות הרלוונטיות ובחנו טענות אלו באופן רצינולי.

לכאורה אפשר להעלות טיעון מורכב יותר שלפיו החשיבות האינסטרומנטלית של בחירות כלליות ושל הכרעת רוב לקידום הכרעות ציבוריות ראויות מתיישבת היטב גם עם הגרסה שלפיה יש חשיבות לעצם עריכתן של בחירות כלליות והכרעת רוב. טיעון זה מבוסס על ההנחה הסבירה כאמור, שערכו האינסטרומנטלי של הפן הפורמלי של משטר דמוקרטי לקידום החלטות ציבוריות ראויות נובע פחות מההיבט החיובי שלו – הבטחת ההחלטות הנכונות ביותר על ידי רוב המשתתפים בבחירות כלליות – ויותר מההיבט השלילי שלו – המתמקד במניעת חלופות שהן גרועות במיוחד. מנקודת מבט זו הכרעת רוב חשובה בעיקר

כאמצעי שלילי: כדי להתמודד עם הסכנה של מתן כוח רב וקבוע בידי מעט אנשים העלולים לעשות בו שימוש לרעה. במילים אחרות, לפי עמדה זו, הדגש צריך להיות לא על כך שהסיכוי לקבלת החלטות ראויות במשטר של הכרעת רוב גבוה באופן מוחלט, אלא על כך שהסיכוי האמור נמוך פחות מבמסגרת חלופות אחרות. לפי הגרסה הקיצונית ביותר של טיעון זה, אף הכרעת רוב סתמית לחלוטין – במובן שאינה מושכלת כלל – עדיפה על פני החלופות האחרות.

בטיעון זה יש גרעין של אמת בכל הנוגע לחשיבות היחסית של ההיבט החיובי וההיבט השלילי במסגרת העמדה בדבר ערכו האינסטרומנטלי של הפן הפורמלי של דמוקרטיה לקידום החלטות ציבוריות ראויות (והפן המשלים של מניעת החלטות ציבוריות פסולות). ייתכן שיש ממש אף בגרסה הקיצונית של הטיעון האמור, שלפיה הכרעת רוב כלל לא מושכלת עדיפה על פני החלופות האחרות. אולם אף אם מאמצים את ההנחה האמורה, יש לזכור שהערך האינסטרומנטלי של הפן הפורמלי של דמוקרטיה מבוסס לא רק על הערכה יחסית של היתרונות והחסרונות של חלופות משטריות, אלא גם על **מידת** התרומה המוחלטת של החלופה הטובה ביותר לקידום איכותן של החלטות ציבוריות. מידת התרומה האמורה תלויה לא רק בעצמת החסרונות של חלופות אחרות, אלא גם בעצמת היתרונות של הכרעת רוב. לכן גם בהינתן הפרשנות המורכבת יותר האמורה של הטיעון האינסטרומנטלי בזכות דמוקרטיה, יש חשיבות לאיכות של הכרעת הרוב. ככל שהכרעת הרוב תוליך להחלטות ראויות יותר, כן יתחזק הטיעון האינסטרומנטלי בזכות הפן הפורמלי של דמוקרטיה. אף אם מבחינת איכות ההחלטות הציבוריות כל הכרעת רוב עדיפה על פני כל הסדר חלופי, יש עדיפות להכרעת רוב מושכלת על פני הכרעת רוב לא מושכלת מבחינה זו.

לפיכך במסגרת שתי הגרסאות של הטיעון האינסטרומנטלי בזכות הפן הפורמלי של דמוקרטיה כאמצעי לקידום איכותן של החלטות ציבוריות יש לאמץ את הגרסה התומכת בהכרעת רוב מושכלת, ולכן בחופש ביטוי בנושאים ציבוריים.

חשוב להדגיש שיש הסכמה רחבה על התפיסה האמורה בדבר הערך של הפן הפורמלי של דמוקרטיה, ובהתאם בנוגע לקשר בין חופש ביטוי לבין היבט זה של דמוקרטיה. אמנם יש מחלוקת סביב השאלה אם ערכה של דמוקרטיה **מתמצה** בכך שהיא יוצרת את הסיכוי הרב ביותר להכרעות ראויות בתחום הציבורי, אך דומה שאין חולקים על כך שהכרעת רוב היא בעלת ערך שכן היא מונעת חלופות אחרות – כגון שלטון של מעטים – הצפויות להוליך להכרעות פסולות במיוחד במישור הציבורי. יתר על כן,

חשוב לזכור גם את החשיבות הרבה של איכות ההחלטות בתחום הציבורי לאור השפעתן העצומה על חייהם של רבים.

לטיעון בדבר התרומה של חופש ביטוי לאיכות ההכרעות המתקבלות במסגרת הפן הפורמלי של דמוקרטיה, כלומר בבחירות כלליות שבמסגרתן מאומץ הכלל של הכרעת רוב, יש כמה מאפיינים ייחודיים מבחינת אופי והיקף התמיכה שהוא מספק לחופש הביטוי. מאפיינים אלו חורגים מעבר להיבט הכללי המשותף לכל הטיעונים בדבר הקשר בין חופש ביטוי למשטר ראוי או דמוקרטי מבחינת היקף התמיכה שלהם בחופש הביטוי, כלומר ההתמקדות של טיעונים אלו בביטויים הנוגעים לארגון חייהם של אנשים יחדיו במסגרת חברתית.

ראשית, הטיעון שיש ערך להשתתפות מושכלת בבחירות ובהתאם להכרעת רוב מושכלת בשל תרומתן האינסטרומנטלית לגילוי האמת, כמו שאר הגרסאות של הטיעון הכללי בזכות חופש ביטוי בשל תרומתו לגילוי האמת, תומך במיוחד – במסגרת הקטגוריה של ביטויים בנושאים ציבוריים – בנושאים שאין עליהם די מידע והם אינם נדונים דיים, בביטויים שיש להם סיכוי ממשי להוליך לגילוי האמת ובעיקר בביטויים ענייניים ומנומקים (להבדיל מהבעת עמדה בלתי ברורה ובלתי מנומקת) ובביטויים המייצגים השקפות שאינן נפוצות אך גם אינן מופרכות.¹¹¹

שנית, לטיעון האינסטרומנטלי המבוסס על הקשר בין הכרעת רוב מושכלת ובין ביטויים יש מאפיין חשוב נוסף מבחינת אופי והיקף התמיכה שלו בביטויים 'פוליטיים'. טיעון זה תומך לא רק בהתרה של ביטויים כאלה – כלומר בהימנעות מהטלת מגבלות משפטיות עליהם – אלא גם בעידוד של ביטויים מסוג זה. אם המטרה היא הכרעה מושכלת בעניינים ציבוריים – והאמצעי להשגת מטרה זו הוא שיח ציבורי שבו באות לידי ביטוי ונבחנות באופן ביקורתי מגוון השקפות – אז יש לוודא שהשקפות שונות יקבלו בימה נאותה. קשה להשיב עד כמה צריך להיות רחב מגוון ההשקפות שראוי לתת להן בימה כזאת. אולם ברור שלעתים קרובות יהיה מקום לעידוד ביטויים שאחרת לא יקבלו בימה נאותה. תמיכה בביטויים כאלה יכולה להיעשות בכמה דרכים, למשל באמצעות הסדרים שיחייבו כלי תקשורת מרכזיים להעניק במה לביטויים כאלה או הסדרים למימון

111 לאופי הסלקטיבי של הגרסה האמורה של הטיעון הדמוקרטי בזכות חופש הביטוי מבחינת סוגי הביטויים שהיא תומכת בהם, השוו דין-אורבך, 'המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי', עמ' 399 (יאם חופש ביטוי נועד להבטיח שיח ציבורי פורה וקבלת החלטות פוליטיות נבונות [במובן שהן משקפות את רצונם האמיתי של המשתתפים], אפשר שהדבר משליך גם על תבונתם הרצויה של משתתפי השיח הזה. השתתפות פופולרית טובה אולי לבריאות ההליך, אבל לא לאיכות תוצאותיו).

של ביטויים כאלה. דוגמה לכך היא ההסדר הנוהג בישראל של חיוב כלי תקשורת מרכזיים – ערוצי טלוויזיה ורדיו – לשדר את תעמולת הבחירות לכנסת המציגה את עמדותיהן של המפלגות העומדות לבחירה.¹¹² ולבסוף, הטיעון המבוסס על הקשר האינסטרומנטלי בין הכרעת רוב מושכלת ובין ביטויים עשוי לתמוך לא רק בהתרה ובעידוד של ביטויים 'פוליטיים' אלא גם בהגבלה של ביטויים 'פוליטיים' מסוימים – כאלה שאינם תורמים להכרעה מושכלת, אלא להפך, מעוותים אותה. מסקנה זו באה לידי ביטוי במגבלות משפטיות מקובלות – הקיימות גם בישראל – על ביטויים העלולים לעוות את הכרעת הבוחרים, כגון איסורים על איום בנוגע לבחירות,¹¹³ על הצעה למתן שוחד או טובת הנאה בנוגע לבחירות.¹¹⁴ ועל תעמולת בחירות המלווה במתן טובות הנאה.¹¹⁵

(3) הערך העצמאי של השתתפות פוליטית

לפי עמדה אחרת בדבר ערכו של הפן הפורמלי של משטר דמוקרטי, משטר הכולל בחירות כלליות והכרעת רוב הוא בעל חשיבות מפני שיש **ערך עצמאי להשתתפות פוליטית**. כלומר יש ערך לכך שאנשים ישתתפו בהליך הדמוקרטי במובנו הרחב ויטלו חלק בעיצוב ההסדרים הנורמטיביים המשפיעים על חייהם, והשתתפות בבחירות והכרעת רוב הם רכיב חשוב – אם כי לא בלעדי – של השתתפות פוליטית. (כאמור עמדה זו אינה שוללת

112 ראו חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: חוק הבחירות [דרכי תעמולה]), סעיפים 15, 15א, 16ב, 16ג; חוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973 (מימון הוצאות של סיעות ורשימות מועמדים לכנסת בנוגע לתעמולה; 'להסברה' וליקיום הקשר הארגוני והרעיוני עם הציבור' – בפרט בתקופת מערכת הבחירות לכנסת).

113 ראו חוק בחירות לגופים ציבוריים, התשי"ד-1954 (להלן: חוק בחירות לגופים ציבוריים), סעיף 10(א)(3) (איסור על איום על יבוחר בגרימת נזק – בין גופני בין חמרי ובין כל נזק אחר – לבוחר או לאחר, אם הבוחר יצביע או יימנע מהצביע בעד רשימת מועמדים מסוימת או בעד מועמד מסויים).

114 ראו חוק בחירות לגופים ציבוריים, סעיף 10(א) (איסור על הצעת שוחד, מתן שוחד, הסכמה לקבל שוחד או קבלת שוחד יכדי להצביע או להימנע מלהצביע, בכלל או בעד רשימת מועמדים מסוימת או בעד מועמד מסוים); חוק המפלגות, תשנ"ב-1992, סעיף 28(א)(3) (איסור על ניסיון להשפיע על בעל זכות הצבעה להצביע תוך הבטחת טובת הנאה); וסעיף 28(א)(8) (איסור על מתן או הצעת שוחד יכדי להשפיע על בוחר להצביע או להימנע מלהצביע).

115 חוק הבחירות (דרכי תעמולה), סעיף 8 (לא תהא תעמולת בחירות מלווה תכניות בידור, לרבות הופעות אמנים, נגינה, זמרה, הצגת סרטים ונשיאת לפידים; לא תהא תעמולת בחירות קשורה במתן מתנות ופרט למסיבות בבתים פרטיים לא תהא קשורה בהגשת מאכלים או משקאות).

את השיקול האינסטרומנטלי בזכות הכרעת רוב אלא מצביעה על עוד שיקול בזכות הכרעת רוב.)

העמדה שיש ערך להשתתפות פוליטית מקושרת לעתים לטענתו של אריסטו שראוי שאנשים יגשימו את ייעודם כיצורים חברתיים ופוליטיים באמצעות מעורבות בחיים הציבוריים.¹¹⁶ עמדה זו מקושרת לעתים גם לטענה של קאנט שהאדם הוא בעל ערך בשל יכולתו לחשיבה רציונלית ובעיקר לבחירה רציונלית של דרך התנהגותו, ובפרט לתפיסה של קאנט שהאדם הוא 'חבר בממלכת תכליות' של יצורים תבוניים¹¹⁷ המוחלת גם במישור הפוליטי: קבלת הכרעות הנוגעות לחיים המשותפים של אנשים בדרך של דיון ושכנוע הדדי.¹¹⁸ כיום מקושרת העמדה האמורה לתפיסה של 'דמוקרטיה השתתפותית' (deliberative democracy), ולפי אחת הגרסאות שלה יש ערך עצמאי להשתתפותם של האזרחים בהליך של גיבוש ההחלטות במסגרת דמוקרטית לא רק בבחירות אלא באופן קבוע ומתמשך. (גרסאות אחרות של דמוקרטיה השתתפותית אינן מניחות שיש ערך עצמאי להשתתפות פוליטית אלא שהשתתפות פוליטית היא בעלת ערך בשל התרומה שלה לערכים אחרים, למשל קבלת ההכרעות הטובות ביותר או הפיקוח היעיל ביותר על תפקודן של רשויות המדינה.)

בהנחה שיש ערך עצמאי להשתתפותם של אנשים בעיצוב ההסדרים הנורמטיביים המשפיעים על חייהם, מתעוררת השאלה אם יש ערך טבוע לעצם ההשתתפות בלא תלות באופי ההשתתפות, בתוכן ההחלטות שיתקבלו בדרך זו או בהסתברות שיתקבלו החלטות נכונות יותר או פחות, או שמא יש ערך טבוע להשתתפות מושכלת בלבד.

אם מאמצים את העמדה שיש ערך עצמאי לעצם ההשתתפות, הקשר בין חופש ביטוי ובין ההליך הדמוקרטי נובע מכך שביטויים הם דרך חשובה של מעורבות בנושאים ציבוריים. דרך זו כוללת הבעת דעות והחלפת רעיונות בנושאים הנוגעים לחיים הציבוריים או אף התארגנות של כמה אנשים יחדיו לקידום מטרות מסוימות. אם מאמצים את העמדה שיש ערך עצמאי להשתתפות מושכלת בלבד – ברוח הפרשנות האמורה

116 ראו אריסטו, **אתיקה: מהדורת ניקומאכוס** (תרגם מיוונית: יוסף ג' ליבס, ירושלים ותל אביב: הוצאת שוקן, 1985), 1097b. השוו: Plato, *Republic* (Ware, Hertfordshire: Wordsworth, 1997)

117 ראו עמנואל קאנט, **הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות** (1785) (תרגם: משה שפי, ירושלים: מאגנס – האוניברסיטה העברית, תשנ"ד), עמ' 99-111.

118 ראו אלעזר וינריב, 'כבוד האדם – שני מובנים', יוסף דוד (עורך), **שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית** (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה ומאגנס – האוניברסיטה העברית, 2006), 71-80, עמ' 74-75.

של גישתו של קאנט – קיים קשר הדוק עוד יותר בין חופש ביטוי ובין התפיסה האמורה של דמוקרטיה פורמלית שכן, כאמור, השתתפות מושכלת מחייבת הכרה ובחינה של עמדות בתחום הציבורי, ולשם כך נדרש, מבחינה מעשית, חופש ביטוי נרחב בתחום זה.

יש לשים לב לכך שמבחינת הקשר בין חופש ביטוי ובין משטר דמוקרטי הטיעון שיש ערך טבוע להשתתפות פוליטית שונה מהטיעונים הקודמים שסקרתי בדבר הקשר בין חופש ביטוי ובין הפן הפורמלי של דמוקרטיה. הוא שונה מהם כי טיעון זה אינו רק יישום של טיעונים אחרים בזכות חופש ביטוי במישור הציבורי – של הטיעון הקושר בין רווחה אישית ובין חופש ביטוי בכל הנוגע לתפיסה שיש חשיבות לבחירות כלליות והכרעת רוב בשל הערך של הגשמת רצונם המושכל של אנשים רבים, ושל הטיעון הקושר בין חופש ביטוי וגילוי האמת בכל הנוגע לטיעון האינסטרומנטלי שלפיו חופש ביטוי ישפר את הסיכוי לקבלת החלטות נכונות במישור הציבורי.

למרות המשיכה האינטואיטיבית של רבים אל העמדה שיש ערך עצמאי להשתתפות פוליטית (כל השתתפות פוליטית או רק השתתפות מושכלת), עמדה זו אינה מובנת מאליה. ניתוח שיטתי ומפורט של טיעונים בזכות העמדה האמורה חורג ממסגרת הדיון הנוכחי. לכן אסתפק בכמה הערות קצרות בנושא זה. באופן כללי יש להיזהר בפרט מפני הנטייה לקשר בין אוטונומיה אישית, כלומר האפשרות של כל אדם לגבש בעצמו את החלטות החשובות הנוגעות לחייו,¹¹⁹ ובין אוטונומיה קבוצתית או הגדרה עצמית קולקטיבית (self-determination), כלומר האפשרות של קבוצת אנשים להחליט בנושאים הנוגעים למסגרת החברתית. (אני מניח שההבחנה בין החלטות 'אישיות' להחלטות 'ציבוריות' אינה חדה, אלא היא עניין של מידה.) גם אם מניחים שיש ערך לאוטונומיה אישית אין להסיק מכך שיש ערך גם לאוטונומיה קבוצתית, לאור ההבדלים הניכרים בין שני המישורים. בפרט יש לזכור שהאופי של החלטות של אנשים בעניינים הנוגעים ישירות לחייהם האישיים הוא לרוב שונה מאוד מהאופי של החלטות של אנשים בנושאים הנוגעים למסגרת החברתית בשל טעמים אחדים. חלק מהטעמים הללו נובעים בהכרח מההבדל בין שני סוגי החלטות, ואילו חלק אחר מבוסס על מאפיינים עובדתיים קשורים שאמנם אינם הכרחיים אבל הם כה שכיחים עד שקשה להעלות על הדעת משטר דמוקרטי שהם אינם מתקיימים בו. ראשית, בדרך כלל יש לרוב האנשים עניין מוגבל בנושאים ('ציבוריים') הנוגעים לחייהם האישיים רק

119 ראו לעיל, סעיף 3.

במידה שולית ובנושאים שסיכוי ההשפעה שלהם על ההכרעה בהם נמוך, ולכן רק חלק מהאנשים טורחים להשתתף בבחירות ורוב המשתתפים בבחירות מייחדים אנרגיה מוגבלת בלבד להשגת מידע רלוונטי בנושאים העומדים להכרעה ציבורית ולניתוחו. שנית, בחברות מודרניות, שבהן נהוגה שיטה של דמוקרטיה ייצוגית, ההחלטות המרכזיות מתקבלות על ידי נושאי המשרות הציבוריות ועל ידי נבחרי הציבור ולא ישירות על ידי כלל האזרחים. (משאלי עם שבהם מתקבלת החלטה ספציפית באמצעות הכרעת רוב שבה כל האזרחים יכולים להשתתף הם החריג. אולם ברור שמשאלי עם אינם יכולים להיות דרך ההכרעה הרגילה במדינות מודרניות; בשל גודלן של מדינות אלו, המשטר הדמוקרטי שבהן הוא בהכרח ייצוגי. גם במדינות שבהן משאלי רוב נפוצים **יחסית** למדינות אחרות, באופן מוחלט שיעורם זניח בכלל ההחלטות הציבוריות המתקבלות באותן מדינות. וכידוע קיים ויכוח סביב השאלה אם משאלי עם רצויים, אף במידה המוגבלת שבה משתמשים בהם כיום.) אמנם נבחרי הציבור עומדים להלכה בראש הפירמידה והם מייצגים את מכלול האזרחים, אך למעשה התמונה שונה במידה ניכרת – הן מפני שלנושאי משרות ציבוריות שאינם נבחרי ציבור יש כוח השפעה רב על ההחלטות המתקבלות; הן מפני שייצוג הבוחרים על ידי נבחרי ציבור אינו מושלם, בעיקר מכיוון שהמצע שלפיו הם נבחרים הוא לרוב עמום למדי ובשל מגוון הנושאים הנכללים במצע המחייבים כל בוחר להתמקד בנושאים החשובים לו ביותר במסגרת הבחירה שלו; הן מפני שנבחרי ציבור מעניקים לעתים משקל יתר לאינטרסים אישיים או מגזריים;¹²⁰ הן מפני שבדרך כלל אין כמעט מגבלות משפטיות על נבחרי ציבור לפעול בניגוד למצע שלהם ולעתים קרובות סטייה ממצע אינה מוליכה לתגובה ציבורית שלילית חזקה (אולם ראוי לציין את ההשפעה הגוברת של סקרי דעת קהל על החלטות של נבחרי ציבור). שלישית, ולאור שתי הנקודות הקודמות, בדמוקרטיה ייצוגיות יש אמנם להלכה משקל שווה לקולו של כל אדם, אך למעשה יש לרוב תופעות של ייצוג יתר ושל תת-ייצוג. בפרט יש כוח רב יותר לאנשים המשתייכים לקבוצות מאורגנות המייעדות משאבים לקידום העמדה של חבריהן (interest groups) או לקבוצות הכורתות בריתות עם קבוצות אחרות (להבדיל מקבוצות מיעוט מבודדות) – הן בשל ההשתתפות של חלק מהאנשים בלבד בבחירות, עובדה המעניקה עדיפות למי שמשקיע משאבים בהנעת אנשים התומכים

120 ראו למשל ברק מדינה, 'חובתה של המדינה לספק צרכים בסיסיים: מ'שיח של זכויות' ל'יתיאוריה של מימון ציבורי', רבין ושני (עורכים), **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל**, עמ' 131-194, 140-147.

בעמדתו בבחירות; הן מכיוון שלאחר הבחירות יש לקבוצות כאלה השפעה על נבחר הציבור ועל נושאי משרות ציבוריות.¹²¹ אמנם קבוצות מאורגנות יכולות לעתים לתקן עיוותים בייצוג, כלומר להעצים את כוחם של אנשים השייכים למגזרים בעלי השפעה מועטה יחסית,¹²² אך לעתים הן עלולות גם לפגוע בשוויון בייצוג.

ג. חופש ביטוי כאמצעי פיקוח על תפקודם של נושאי משרות ציבוריות

חופש ביטוי עשוי לתרום למשטר ראוי בכך שהוא משמש אמצעי חשוב, אולי החשוב ביותר, של פיקוח וביקורת על תפקודם של נבחר הציבור ועובדיו. פיקוח ובקרה כאמור הם תנאי חיוני למשטר ראוי. חופש ביטוי דרוש להגשמתם מפני שהוא הדרך להחלפת מידע עובדתי ולהעלאת טענות נורמטיביות בנוגע לתפקודם של נושאי משרות ברשויות המדינה. חופש ביטוי בנוגע לתפקודם של נושאי משרות ברשויות המדינה תורם לפיקוח בשני שלבים. מראש, חופש ביטוי מסוג זה הוא גורם העשוי להרתיע נושאי משרות ציבוריות מפני ביצוע פעולות לא ראויות. בדיעבד, חופש ביטוי מסוג זה הוא הבסיס להעברה מתפקידם של נושאי משרות שפעלו שלא כראוי.¹²³

ברוח זו טען במאה השמונה עשרה דייוויד יום (Hume) בזכות חשיבותו של חופש העיתונות לקיומה של דמוקרטיה:

[A]rbitrary power would steal in upon us, were we not careful to prevent its progress, and were there not an easy

121 להזכרת נקודה זו כבסיס לטיעון בזכות הגבלת הכלל של הכרעת רוב באמצעות ביקורת שיפוטית ראו עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר, 'המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים', **משפט וממשל** ד (התשנ"ח-1998): 489-520, עמ' 500.

122 ראו למשל בנוגע לישראל: יואב דותן, 'בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות', רבין ושני (עורכים), **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל**, עמ' 69-129, 105 (בין הקבוצות שמרבות לעשות שימוש בעתירות לבג"ץ מצויות קבוצות-אינטרס המייצגות מיעוטים ומגזרים הסובלים מהפלייה פוליטית).

123 ראו שגב, **חופש הביטוי נגד רשויות המדינה**, עמ' 108-112; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957) (hereinafter: *Roth Case*), p. 488 (Justice Brennan: 'The fundamental freedoms of speech and press have contributed greatly to the development and well-being of our free society and are indispensable to its continued growth. Ceaseless vigilance is the watchword to prevent their erosion by Congress or by the States')

method of conveying the alarm from one end of the kingdom to the other. The spirit of the people must frequently be roused, in order to curb the ambition of the court; and the dread of rousing this spirit must be employed to prevent that ambition. Nothing so effectual to this purpose as the liberty of the press, by which all the learning, wit, and genius of the nation may be employed on the side of freedom, and every one be animated to its defence. As long, therefore, as the republican part of our government can maintain itself against the monarchical, it will naturally be careful to keep the press open, as of importance to its own preservation.¹²⁴

דוגמה מעניינת במיוחד של הטענה בדבר חשיבות הפיקוח על רשויות המדינה באמצעות חופש ביטוי היא הטענה האמפירית שמצבים של מחסור קיצוני בצורכי קיום בסיסיים בעולמנו – כמו מחסור קיצוני במזון הגורם למוות ברעב של אנשים רבים לאורך זמן – אינם תוצר של מחסור בלתי נמנע אלא של הכרעות חברתיות, בעיקר של רשויות המדינה, על אופן החלוקה של המשאבים.¹²⁵ הטענה היא שבמדינות שבהן קיימים מאפיינים של משטר דמוקרטי, ובפרט חופש ביטוי מעל רף מסוים, יופעל על רשויות המדינה לחץ להתמודד עם בעיות כאלה ולרשויות יהיה תמריץ להיענות ללחץ זה, ולכן לא ייתכנו מצבים כמו רעב קיצוני לאורך זמן:

[A] free press and an active political opposition constitute the best early-warning system a country threatened by famines can have.¹²⁶

David Hume, 'Of the Liberty of the Press' (1741), in *Political Essays* (Knud 124 Haakonssen, ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1994), pp. 1-3, 3

Amartya Sen, *Poverty and Famine: An Essay on Entitlements and* 125 *Deprivation* (Oxford: Oxford University Press, 1981), p. 43 ('While famines involve fairly widespread acute starvation, there is no reason to think that it will affect all groups in the famine-affected nation. Indeed, it is by no means clear that there has ever occurred a famine in which all groups in a country have suffered from starvation, since different groups typically do have very different commanding powers over food, and an overall shortage brings out the contrasting powers in stark clarity')

Amartya Sen, *Development as Freedom* (New York: Knopf, 1999), pp. 16, 126 180-184, 181

טיעון זה מייחס אפוא קשר בין מה שנהוג לכנות 'זכויות אזרחיות ופוליטיות', ובפרט חופש הביטוי, ובין 'זכויות חברתיות וכלכליות'. קיים כמובן גם קשר הפוך, מוכר יותר, בין שני סוגי הזכויות האמורים: בהיעדר הגנה מינימלית על אינטרסים בסיסיים המסווגים כ'זכויות חברתיות וכלכליות', אין לרוב עניין ב'זכויות אזרחיות ופוליטיות' ובפרט בחופש ביטוי.¹²⁷

טיעון זה הוא המחשה קיצונית של הטענה הכללית שלפיה טיעונים רבים בזכות חופש ביטוי, ובפרט טיעונים רבים בדבר הקשר בין חופש ביטוי למשטר ראוי או לדמוקרטיה, הם למעשה טיעונים עקיפים בדבר הקשר בין חופש ביטוי לבין רווחה אישית.¹²⁸ הטיעון תומך בהתרה ובעידוד של ביטויים העוסקים בתפקודם של נושאי המשרות הציבוריות, הן ברשויות המדינה והן בגופים אחרים שיש להם השפעה ניכרת על חייהם של אנשים רבים. טיעון זה תומך בפרט בעידוד של ביטויים באמצעות מתן תמריצים לנושאי משרות ציבוריות המתריעים על מעשים פסולים במקום עבודתם.

ד. חופש ביטוי ופרוצדורת הקבלה של החלטות ציבוריות

טיעון אחר בזכות חופש ביטוי מתבסס על תפיסה פרוצדורלית של הגינות שלפיה ההצדקה או ההגינות של החלטות – או לפחות של כפיית החלטות על אנשים בניגוד לרצונם – מבוססת, לפחות בחלקה, על כך שהחלטות אלו התקבלו בהליך שבמסגרתו הייתה הזדמנות לפרטים – בעיקר לאלה העשויים להיות מושפעים מההחלטה העומדת על הפרק – להביע את עמדתם וכך להשפיע על גיבוש ההחלטה.¹²⁹ כבר הזכרתי היבט אחד של הטיעון האמור במסגרת הדיון על הקשר בין חופש ביטוי ובין אוטונומיה אישית.¹³⁰ כאן אבחן את הגרסה הכללית יותר של טיעון זה.

127 בנוגע לנקודה האחרונה ראו רות גביון, 'על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות', רבין ושני (עורכים), **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל**, עמ' 25-67, עמ' 39 (יככלל ענייננו בחופש הביטוי מתעורר רק לאחר שצורכי הקיום הבסיסיים שלנו מסופקים).

128 ראו לעיל, סעיף 1.

129 לקישור בין חופש ביטוי ובין הלגיטימיות של הליך דמוקרטי ראו Emerson, *The System of Freedom of Expression*, p. 44; קרמניצר, 'חופש הביטוי', עמ' 53. לטענה שזהו הנימוק התקף היחיד בזכות הדוקטרינה שיש להעניק מעמד מיוחד לביטויים פוליטיים, ראו Alon Harel, 'Free Speech Revisionism: Doctrinal and Philosophical Challenges' (Review Essay on Sunstein, *Democracy and The Problem of Free Speech*), *Boston University Law Review* 74 (1994): pp. 687-714, p. 696.

130 ראו לעיל, סעיף 3.ב.

יש לשים לב לכך שטיעון זה אינו מחויב בהכרח לקבלת החלטות ציבוריות בהתאם לפן הפורמלי של משטר דמוקרטי, כלומר בעקבות בחירות כלליות המוכרעות לפי עמדת רוב המשתתפים. טיעון זה מתיישב גם עם משטר שאינו מאמץ שיטה של בחירות כלליות – אלא למשל הכרעה של אדם מסוים או של אנשים – אם הכרעה זו נעשית לאחר מתן תשומת לב למגוון של עמדות. עם זאת הטיעון האמור נוגע במיוחד למשטר הכולל את ההיבט של בחירות כלליות והכרעת רוב, שכן הקשר בין מאפיין זה ובין דיון ציבורי הדוק במיוחד (אם כי לא הכרחי).

יש להבחין בין הטענה הנורמטיבית האמורה שלפיה הגינות מחייבת קבלת החלטות ציבוריות רק לאחר דיון ציבורי חופשי ובין הטענה האמפירית שלפיה הסיכוי שאנשים ישלימו עם החלטות ציבוריות רב יותר אם הן נתקבלו במסגרת הליך הוגן, כאמור. שתי הטענות הללו הן טענות נפרדות (אם כי קשורות, שכן הטיעון הנורמטיבי עשוי להסתמך, בין היתר, על הנחות אמפיריות כגון ההנחה האמורה).

הטענה הנורמטיבית שלפיה הגינות מחייבת קבלת החלטות ציבוריות רק לאחר דיון ציבורי חופשי מעלה בראש ובראשונה את השאלה מדוע יש חשיבות לפרוצדורה הוגנת של קבלת החלטות. פרוצדורה של קבלת החלטות היא ללא ספק בעלת חשיבות כאינדיקציה לכך שהחלטה שהתקבלה בפרוצדורה מסוימת נכונה (ראויה), ובפרט הוגנת יותר או פחות מבחינת המדד המהותי של תוכנה. בפרט, ברוב המקרים, ככל שאדם אוסף יותר מידע ומנתח אותו בזהירות רבה יותר, כן גדל הסיכוי להחלטה נכונה ובפרט הוגנת יותר מבחינת תוכנה. בשל כך, כאמור, חופש ביטוי עשוי לתרום לגילוי האמת. טיעון זה אינו שנוי במחלוקת של ממש, אך הוא אינו מוסיף דבר על טיעון האמת ככל שהוא נוגע להחלטות ציבוריות. השאלה היא אפוא אם יש חשיבות עצמאית לפרוצדורה, נוסף על תרומתה לשיפור האיכות של ההחלטה מבחינת תוכנה. נראה כי תפיסה מקובלת אכן מייחסת חשיבות עצמאית לפרוצדורה של קבלת החלטות. אולם ייתכן שרושם זה נוצר בשל הקושי הקיים לעתים קרובות בבחינת השאלה אם התוכן של החלטה ראוי, שכן בדרך כלל קל יותר לבחון את הפרוצדורה שבה נתקבלה ההחלטה.

בהנחה שיש חשיבות עצמאית לפרוצדורה של קבלת החלטות, חופש ביטוי עשוי לתרום לפרוצדורה הוגנת – בהנחה שפרוצדורה הוגנת מחייבת שמיעת עמדות על הנושא העומד להחלטה – בכך שהוא מאפשר להשמיע עמדות כאלה.

עם זאת חשוב להדגיש שאף אם מקבלים את ההנחה שיש חשיבות עצמאית לפרוצדורה של קבלת החלטות, יש חשיבות גם לתוכן ההחלטה.

לכן עצם האפשרות להשמיע עמדות אינה תנאי מספיק להבטחת ההגיונות של החלטות ציבוריות. התפיסה המקובלת שלפיה יש להכפיף את הפן הפורמלי של דמוקרטיה (בחירות כלליות המוכרעות לפי דעת רוב) לפן המהותי של דמוקרטיה (ההגנה על אינטרסים חשובים מפני פגיעה בלתי מוצדקת) משקפת את העמדה שאף החלטות שנתקבלו בעקבות הליך שבו הייתה אפשרות לכל אדם להשמיע את עמדתו אינן בהכרח לגיטימיות.

ה. חופש ביטוי והיענות של רשויות המדינה לרצונות האזרחים

נימוק נוסף בזכות חופש ביטוי הנוגע לתרומתו לדמוקרטיה מבוסס על התפיסה שמשטר דמוקרטי הוא משטר הכולל הסדרים מוסדיים שנועדו להבטיח היענות או תגובה (responsiveness) ניכרת מצד רשויות המדינה לרצונות האזרחים.

לפי גרסה אחת של הטיעון האמור, ההצדקה של משטר דמוקרטי במובן האמור מוליכה לשתי מסקנות. ראשית, רצויה היענות או תגובה מצד רשויות המדינה לרצונות האזרחים, אם הרצונות עצמם אינם רק תוצאה של השפעה מניפולטיבית מצד הרשויות – במובן של סינון או עיוות של מידע המגיע לפרטים או השפעה שלילית על היכולת של פרטים להעריכו. ושנית, ככל שיש לאזרחים יותר מידע וככל שיש להם אפשרות טובה יותר להעריך מידע זה, כן יהיה הטיעון שיש לכבד את רצונותיהם חזק יותר. ההשלכות האלה מוליכות למסקנה שחופש ביטוי הוא רכיב מרכזי בדמוקרטיה מפני שחופש ביטוי מאפשר קבלת מידע רב יותר לצד אפשרות טובה יותר להעריכו, ולכן הוא מקטין את החשש מפני מניפולציה שלטונית במובן האמור.¹³¹

השאלה אם יש תוקף לטיעון זה היא בעלת חשיבות מיוחדת במציאות שבה הכרעות ציבוריות רבות מתקבלות בעקבות סקרי דעת קהל. שאלה אחרת היא אם טיעון זה מוסיף על הטיעונים שכבר נדונו בזכות חופש ביטוי. באופן כללי אין ספק שככל שרצונו של אדם מבוסס יותר – מבחינת המידע שעליו הוא מבוסס ומבחינת אופן הניתוח של מידע זה – כן יגבר השיקול בזכות ההתחשבות בו. התחשבות כזאת יכולה להיתפס כבעלת ערך על סמך ההנחה שרווחה של אנשים פירושה הגשמת רצונות מושכלים שלהם או על סמך ההנחה שיש ערך לאוטונומיה אישית, ובהתאם גם לכיבוד רצונותיהם המושכלים של אנשים.¹³² כמו כן אין ספק שחופש

131 ראו Raz, 'Free Expression and Personal Identification,' pp. 149-153

132 ראו את הדיון על הקשר בין חופש ביטוי ובין רווחה אישית ואוטונומיה אישית, לעיל, סעיף 3.

ביטוי עשוי לתרום לגיבוש רצונות מושכלים יותר במובנים אלו.¹³³ אולם יש ספק רב בנוגע לרכיב הייחודי של הטיעון האמור – ככל שהוא חורג מעבר לנקודות אלו שההסכמה עליהן רחבה – כלומר בנוגע למשמעותו המדויקת של הרעיון שמשטר דמוקרטי צריך להיות קשוב לרצונו של הפרט. לאור העובדה שלעתים קרובות יש לאנשים רצונות שונים, השאלה המרכזית היא אילו רצונות יש להעדיף. הטיעון האמור אינו עונה על שאלה זו. הפן הפורמלי של התפיסה הדמוקרטית משקף את ההנחה שככלל ראוי להעדיף את רצונותיהם של רוב האנשים. אולם גם אם הטיעון אמור לשקף את התפיסה האמורה, הוא אינו מוסיף דבר על הטיעונים הקודמים.

1. סיכום: חופש ביטוי והפן המהותי של דמוקרטיה

ישנם, אם כן, טיעונים מספר על הקשר בין חופש ביטוי בנושאים פוליטיים – במובן הרחב של המושג – ובין תפיסה משטרית ראויה, ובפרט בין חופש ביטוי ובין משטר דמוקרטי. דומה שיש בסיס מוצק לפחות לטיעונים הראשונים שהצגתי – אלה המצביעים על חשיבותו הרבה של חופש ביטוי לגילוי האמת בתחום הפוליטי, למימוש ראוי של הפן הפורמלי של דמוקרטיה ולפיקוח על תפקודם של נושאי משרות ציבוריות. לעומת זאת קיים ספק באשר לתוקפם של הטיעונים האחרונים – אלה הנוגעים לקשר בין חופש ביטוי ללגיטימיות של החלטות פוליטיות ולהיענות נציגיו של משטר דמוקרטי לרצונותיהם של האזרחים.

נוסף על בחינה של כל אחד מהטיעונים האמורים, לסיכום ראוי להצביע גם על החשיבות של המשקל המצטבר של הטיעונים הספציפיים האמורים – בעיקר אלה שיש להם בסיס מוצק. השילוב של טיעונים אלו מלמד על קשר הדוק בין חופש ביטוי בנושאים פוליטיים ובין תפיסה משטרית ראויה. מכלול הטיעונים האמורים מצביע בפרט על קשר הדוק בין חופש ביטוי בנושאים אלו ובין הפן המהותי של דמוקרטיה – כלומר משטר המכבד עקרונות נורמטיביים מרכזיים מסוימים, בראש ובראשונה בחינה עניינית ומדוקדקת של ההצדקה לפגיעה באינטרסים חשובים של פרטים. חופש ביטוי אמנם אינו תנאי הכרחי במובן הדוקני לכיבוד עקרונות נורמטיביים כאלה; הרעיון של משטר המכבד עקרונות כאלה אך מטיל מגבלות קשות על חופש הביטוי אינו כרוך בסתירה לוגית. עם זאת מכלול הטיעונים האמורים בדבר הקשר בין חופש ביטוי להיבטים של משטר דמוקרטי ראוי מצביע על קשר הדוק בין חופש ביטוי ובין עקרונות כאלה. מנקודת המבט ההפוכה, קשה להעלות על הדעת משטר המכבד עקרונות

133 ראו את הדיון על הקשר בין חופש ביטוי ובין גילוי האמת, לעיל, סעיף 2.

נורמטיביים רבים הנתפסים כראויים אשר אין בו מידה רבה של חופש ביטוי. בשל כך היקף ניכר של חופש ביטוי נראה חלק בלתי נפרד של הפן המהותי של דמוקרטיה.¹³⁴

5. שינוי של הסדרים ציבוריים

נימוק ספציפי יותר מצביע על החשיבות של חופש הביטוי כרכיב חשוב במערכת מוצלחת של עריכת שינויים בהסדרים נורמטיביים, בעיקר כאלה הנוגעים לחייהם של אנשים רבים, הדרושים להתאמתם למצבים שונים. חופש ביטוי עשוי לתרום לכך מפני שהוא כלי חשוב למשיכת תשומת לב לבעיות, להעלאת הצעות על הדרך שבה ראוי להתמודד עם בעיות אלו, לבחינה של הצעות אלו, להחלטה אם לאמץ אותן בדרך שאינה כרוכה בשימוש בכוח ולנכונותם של המתנגדים לשינוי להשלים עמו לאחר מעשה לאור הדיון הציבורי שקדם לכך.¹³⁵

התשובה לשאלה האמפירית בעניין האופי ומידת ההשפעה של חופש ביטוי על מערכת עריכת השינויים בהסדרים ציבוריים אינה פשוטה בשל טעמים מספר: הדרגות האפשריות של 'חופש ביטוי'; האופי המורכב של התשובה לשאלה מהו מנגנון מוצלח של עריכת שינויים כאמור; הקושי בבידוד המשתנה של חופש ביטוי ממשתנים אחרים אשר יכולים להשפיע על אופי ההסדרים הציבוריים במקומות שונים ובזמנים שונים; והאפשרות של חופש ביטוי לא רק לתרום לשינוי מוצלח של הסדרים ציבוריים אלא גם לסכל שינוי ראוי של הסדרים כאלה, למשל בכך שהוא מושך תשומת לב ועקב כך התנגדות פוטנציאלית לשינויים ראויים. עם זאת סביר להניח שבחשבון הכולל לעתים קרובות, אם כי לא תמיד, יגברו היתרונות האמורים של חופש ביטוי על חסרונותיו מבחינה זו.¹³⁶

134 השוו עניין **כהנא 1987**, עמ' 277 (השופט ברק: 'קשר זה בין חופש הביטוי לבין המשטר הדמוקרטי מעמיד את חופש הביטוי במעמד מיוחד במינו. חופש הביטוי מבטיח את המשטר הדמוקרטי, אשר מצדו בא להבטיח זכויות יסוד אחרות. מכאן חשיבותו של חופש הביטוי, שבו תלויות הזכויות האחרות').

135 ראו למשל Emerson, *The System of Freedom of Expression*, pp. 44-47; עניין **כהנא 1987**, עמ' 276 (השופט ברק: 'החברה, שלעתים שוקטת היא על השמרים ואינה צופה את פני הרעה המתפרצת מהמסתור, מכינה עצמה לקראת הבאות, בהיותה מודעת לסכנות שחופש הביטוי חושפן בגלוי'); דו"ח הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות, עמ' 28 (הוועדה מציינת את 'תרומת ההתבטאות החופשית להכרת הדעות המקובלות בחברה ולפיתוח מנגנונים גלויים וחוקיים של ליבון ודיון, שכנוע הדדי, התאמה ושינוי חברתי').

136 אך ראו את הטענה ששיקול זה אינו בהכרח תומך, בחשבון כולל, בהתרה של ביטויים זעניים. להלן, פרק שמיני, סעיף 3.

שיקול זה חל בעיקר על ביטויים העוסקים בנושאים ציבוריים או פוליטיים הנוגעים לארגון חייהם של אנשים יחדיו.¹³⁷ שיקול זה מצביע על היבט חשוב של שני שיקולים כלליים יותר התומכים בחופש ביטוי – השיקול בזכות חופש ביטוי כאמצעי לגילוי האמת, והשיקול בזכות חופש ביטוי כרכיב של תפיסה משטרית ראויה ובפרט של משטר דמוקרטי. השיקול האמור קשור לשיקול הכללי בזכות גילוי האמת, ככל שהוא מצביע על חשיבותו של חופש ביטוי להכרה ולבחינה של הצעות לשינוי של הסדרים נורמטיביים. השיקול האמור קשור לשיקולים העוסקים בחשיבותו של חופש ביטוי במסגרת משטר ראוי, שכן הוא מצביע על כך שחופש ביטוי הוא רכיב חשוב של מנגנון פוליטי המאפשר בחינה של הצעות לשינויים בהסדרים הציבוריים והכרעה אילו מהן לאמץ בהליך מוסכם וללא אלימות. דרך זו של עריכת שינויים מאפיינת במיוחד משטר דמוקרטי. עם זאת השיקול האמור אינו בהכרח ייחודי למשטר דמוקרטי, שכן גם במסגרת משטרים לא דמוקרטיים אפשר לאמץ דרך זו של עריכת שינויים. למשל שיקול זה חל גם על משטר המעניק כוח הכרעה בלעדי לאדם אחד או לקבוצת אנשים הנוהגים לערוך התייעצות פומבית לפני הכרעה שלהם מתוך התחשבות אמתית בטיעונים המועלים במסגרת הדיון הציבורי. אולם הדרך האמורה של עריכת שינויים מתיישבת פחות טוב עם משטר לא דמוקרטי, שכן במסגרת משטר כזה יש סכנה חמורה שאנשים יחששו להעלות הצעות לשינויים המנוגדות לאינטרס של בעלי הכוח, ושאינם יועלו הצעות כאלה הן לא יישקלו ברצינות.

6. ביטוי כהבעה של רגשות וכתחליף לאלימות

שני טיעונים ספציפיים אחרים בזכות חופש הביטוי הם שביטויים הם דרך לפורקן של רגשות שליליים, כמו תסכול, ולכן הם גם דרך למניעת פעולות אלימות או מעשים שליליים אחרים העלולים להיות תוצאה של רגשות כאלה בהיעדר האמצעי החלופי של ביטוי.¹³⁸

137 השוו לטענה שיש חשיבות מיוחדת לביטויים בנושאים ציבוריים בשל תפקידם כאמצעי לשינוי פוליטי, Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, pp. 136-137

138 ראו למשל עניין **כהנא 1987**, עמ' 276 (השופט ברק: 'היבט אחר של הטיעון הדמוקרטי עניינו התרומה החשובה של חופש הביטוי ליציבות החברתית, ומכאן גם למשטר הדמוקרטי [...] בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטויו במשא, ולא במעש. הקיטור החברתי מוצא ביטוי במסלול השקט של הביטוי, ולא במסלול האלים של המעשים'); דו"ח הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות, עמ' 28 (לעתים השתקתם של דברים מפני שהם פוגעים או אפילו מסוכנים במידה מסוימת עלולה

אין ספק, שני השיקולים האלה בעד התרת ביטויים תקפים וחשובים. עם זאת חשוב לזכור שחופש ביטוי עשוי לתרום גם לתופעות ההפוכות, כלומר להוליך ליצירת רגשות שליליים ולהקצנתם ועקב כך לעתים גם לפנייה לאמצעים אלימים. לדוגמה ייתכן שביטוי הטוען לקיפוח של אנשים מסוימים יוליך ליצירה או לחיזוק של רגשות תסכול בקרב אנשים אלו, ובמקרים קיצוניים גם לפנייה שלהם לאמצעים אלימים. דוגמה אחרת היא הטענה שעצם הענקת במה לסוגים מסוימים של ביטויים – כגון ביטויים גזעניים, במיוחד בפורומים הנתפסים 'מכובדים' – עשויה להוליך לעידוד המחזיקים בעמדה שהם משקפים, או לעידוד המתלבטים אם לתמוך בה לנקוט, בין השאר, דרכים אלימות כדי לקדמה.¹³⁹

השאלה אם בסופו של דבר התרת ביטויים אכן מצמצמת את מידת האלימות או להפך, מגבירה אותה, היא כמובן שאלה אמפירית שהתשובה לה עשויה להשתנות במקומות שונים ובזמנים שונים וביחס לסוגים שונים של ביטויים.

להיות מסוכנת הרבה יותר מאשר ההתמודדות הגלויה איתם, תוך כדי ניסיון להבין את הרקע להתבטאויות ולרגשות שהם משקפים, תוך העמדתם במבחן ערכי מתאים ותוך מאבק ציבורי גלוי ותקיף בהם, בשורשיהם ובתוצאותיהם האפשריות, ככל הראוי על פי העקרונות המוסריים של שיטת הממשל הדמוקרטית. חשוב במיוחד להיזהר מפתיחת פתח העלול להוביל אל הדרך של סכנה והתעלמות [...] מוטב להתעמת עם התבטאויות קשות ומקוממות בקשת הדרכים החברתיות והמשפטיות הפתוחות בפנינו, מאשר להשלות את עצמנו שסגירת כלי הביטוי בפני דעות מקוממות או מסוכנות במידה מסוימת מסלקת אותן מן המפה הציבורית או גורמת להן לאבד מתומכיהן. רבות הן סכנות ההשתקה [...] יש חשש כי קבוצה שאין מתירים לה לבטא באופן חופשי וגלוי את דעותיה תחוש צודקת, מאוימת ונרדפת ותעבור לערוצים של פעילות חשאית ובלתי חוקית. תחושת הרדיפה מצידה תקטין את הסיכוי שתומכי הדעות המוקעות יבחנו אותן מחדש, לאור התגובות של הציבור עליהן, ויראו בעצמם את סכנותיהן).

139 ראו תמר ליבס, 'הסתה מתווכת – הדילמה של התקשורת', פורסם בספר **שלטון החוק בחברה מקוטבת: היבטים משפטיים, חברתיים ותרבותיים – דברי יום עיון**, עמ' 133-147, 136-140, 137 (ביניגוד לתפיסה שהשקר מסוכן יותר כאשר מדכאים אותו) [מאשר כאשר מעניקים לו פתחון פה], ושחשיפת סטיות מהנורמות היא הצעד הראשון לקראת פעולה של הרשויות לחיסולן, חוקרים טוענים שהופעתם של מסיתים לגזענות בטלוויזיה דווקא מעניקה להם סטטוס [status conferral], מספקת לגיטימציה למרואיינים בקרב קבוצתם, מגבירה את הלגיטימציה שלהם בקרב תומכים פוטנציאליים, ובעיקר היא עלולה לערער את הנורמות ולהעמידן בסימן שאלה, במקום לאשש אותן).

7. השיקולים בזכות חופש ביטוי וההבחנה בין טענה 'עובדתית' לבין הבעת 'דעה'

כזכור, אחת ההבחנות המקובלות ביותר בתחום הביטויים היא ההבחנה בין טענות 'עובדתיות' ובין 'דעות'. בפרק הראשון הצבעתי על חוסר הבהירות של ההבחנה האמורה במישור המושגי וניתחתי מובנים שלה.¹⁴⁰ בכל הנוגע להשלכות הנורמטיביות של ההבחנה האמורה נהוג לטעון, בין היתר, שהשיקולים בזכות חופש ביטוי חלים ביתר תוקף על 'דעות', בהשוואה לטענות 'עובדתיות'. בעקבות הניתוח של השיקולים בזכות חופש ביטוי בפרק זה אפנה כעת לבחינה של הטענה האמורה.

עוד לפני הבחינה המפורטת של טענה זו מתעורר ספק מקדמי בנוגע לתקפותה, בשל רמת ההפשטה הגבוהה של ההבחנה שהיא עורכת. כפי שהסברתי, בדרך כלל אין מקום להבחנה נורמטיבית בנושא חשיבותם היחסית של סוגים שונים של שיקולים המוגדרים ברמת הפשטה גבוהה.¹⁴¹ מסקנה זו תקפה גם בעניין ההבחנה בין טענות 'עובדתיות' ו'דעות' בשל רמת ההכללה הגבוהה של מושגים אלו. עם זאת כדי לאשש או להפריך השערה זו יש לפנות לבחינה של תחולתם ועצמתם של שיקולים בזכות חופש הביטוי ביחס למובנים המקובלים של טענות 'עובדתיות' ושל 'דעות', ובהתאם של ההבחנה ביניהם.

א. תחולתם ועצמתם של השיקולים בזכות חופש ביטוי בנוגע למובנים של ההבחנה בין טענה 'עובדתית' לבין הבעת 'דעה'

הפרשנות הראשונה של המושגים טענות 'עובדתיות' ו'דעות' מסתמכת, כזכור, על ההבחנה בין טענות תיאוריות – בנוגע למציאות – לבין טענות נורמטיביות – בנוגע לשאלות מהו בעל ערך ואיך ראוי להתנהג. אין ספק ששיקולים בזכות חופש הביטוי עשויים לחול בעצמה שונה על ביטויים תיאוריים ונורמטיביים. אולם ספק אם בחשבון כולל יש בסיס מוצק להבחנה גורפת או כללית בנוגע לחשיבותם של ביטויים תיאוריים לעומת ביטויים נורמטיביים. אמנם, לכאורה, שיקולים מספר בזכות חופש הביטוי תומכים במתן עדיפות לביטויים נורמטיביים, בעיקר השיקולים שלפיהם חופש ביטוי הוא אמצעי חשוב להגשמה של אוטונומיה אישית ולליבון של נושאים העומדים להכרעה ציבורית. אולם אף אם בוחנים שיקולים אלו בלבד, יש לזכור שהטיעונים הנורמטיביים החשובים ביותר והנפוצים

140 ראו לעיל, פרק ראשון, סעיף 3.

141 ראו את הדיון במעמד חופש הביטוי בנוגע לאינטרסים אחרים, לעיל, פרק שני, סעיף 2.

ביותר – בנוגע למציאות הקיימת (להבדיל מטיעונים נורמטיביים בנוגע למציאות היפותטית) – מבוססים בהכרח על טיעונים תיאוריים באשר לטיבה של מציאות זו. לפיכך לעתים יש חשיבות רבה, מבחינת השיקולים האמורים ושיקולים אחרים בזכות חופש ביטוי, לטענות תיאוריות.

הפרשנות המקובלת השנייה של המושגים טענות 'עובדתיות' ו'דעות' מסתמכת על ההבחנה בין ביטויים במישור האובייקטיבי – כלומר ביטויים שהמושגים 'נכונות' או 'אמת' ו'טעות' או 'שקר' רלוונטיים בנוגע אליהם – ובין ביטויים במישור הסובייקטיבי – כלומר ביטויים שהמושגים האמורים אינם רלוונטיים בנוגע אליהם. נראה כי פרשנות זו עשויה לשמש בסיס מוצק להבחנה נורמטיבית מקבילה בין שני סוגי הטענות, שכן, לפחות ככלל, השיקולים בזכות חופש ביטוי חלים בעצמה רבה יותר על טענות במישור האובייקטיבי משהם חלים על טענות במישור הסובייקטיבי. חלק מהשיקולים בזכות חופש ביטוי חלים רק על טיעונים במישור האובייקטיבי, טיעונים שאפשר לבחון במונחים של אמת או שקר. הדוגמה הבולטת ביותר היא, כמובן, השיקול שחופש הביטוי הוא אמצעי לגילוי האמת, שמעצם הגדרתו חל בהכרח רק על ביטויים העוסקים בנושאים אובייקטיביים אשר מושג הנכונות או האמת רלוונטי בנוגע אליהם. אולם נראה כי גם שיקולים אחרים בזכות חופש הביטוי חלים רק, או לפחות בעיקר, על ביטויים שבנוגע אליהם יש משמעות למושג האמת. לדוגמה, הטיעון של חופש ביטוי כאמצעי לליבון של סוגיות ציבוריות במסגרת משטר דמוקרטי נראה חשוב רק בהנחה שיש חשיבות אובייקטיבית להכרעה העומדת על הפרק. לעומת זאת אין טעם לוויכוח סביב נושאים סובייקטיביים מעצם טיבם, במובן שבנוגע אליהם אין משמעות למושג הנכונות או האמת. אמנם חלק מהשיקולים התומכים בחופש ביטוי חלים גם על ביטויים במישור הסובייקטיבי ומושג האמת אינו רלוונטי בנוגע אליהם, למשל לשיקול שחופש ביטוי הוא אמצעי להבעת רגשות ותחליף לפנייה לאמצעים אלימים יש רלוונטיות גם בביטויים במישור הסובייקטיבי, בעיקר כשמשיעיים אותם אנשים המרגישים מחויבות רבה לאותם ביטויים (אולי, אך לא בהכרח, לאור הנחה מוטעית שלהם שאלה הן טענות בעלות משמעות אובייקטיבית).

אולם, כאמור, נראה כי בחשבון כולל יש חשיבות רבה יותר לביטויים אשר מושג האמת רלוונטי להם מלביטויים אשר מושג האמת אינו רלוונטי להם. עם זאת יש לזכור שהעמדה המקובלת שיש להעניק עדיפות ל'דעות' בהשוואה לטענות 'עובדתיות' אינה משקפת לרוב את הפרשנות האמורה באופן חד-משמעי.

הפרשנות המקובלת השלישית של ההבחנה בין המושגים טענות 'עובדתיות' ו'דעות' היא במישור הזמן, ולפיה טענות 'עובדתיות' הן טענות המתייחסות לעבר ולהווה ו'דעות' הן טענות המתייחסות (רק או גם) לעתיד. נראה כי פרשנות זו יכולה לשמש בסיס להבחנה נורמטיבית בין סוגים של ביטויים לפי חשיבותם, אך לא בהתאם להבחנה הנורמטיבית המקובלת בין טענות 'עובדתיות' ובין 'דעות'. אפשר לטעון שהן טענות תיאוריות הן טענות נורמטיביות חשובות יותר כאשר הן מתייחסות להווה ולעתיד ופחות כאשר הן מתייחסות לעבר, שכן רק לטענות מהסוג הראשון יכולה להיות חשיבות מעשית. (עם זאת יש לזכור שטענות על העבר יכולות לשמש בסיס להפקת לקחים באשר לעתיד.) הבחנה זו בולטת יותר במישור הנורמטיבי: חשוב יותר לדעת כיצד ראוי לפעול בהווה ובעתיד מלדעת כיצד ראוי היה לנהוג בעבר. במישור התיאורי הבחנה זו חדה פחות, שכן ידע תיאורי כללי – למשל חוקי הטבע – תקף במידה שווה בנוגע לעבר, להווה ולעתיד, אך טענה זו אינה חסרת משקל גם במישור זה, שכן המשמעות של ידע תיאורי כללי עשויה להיות שונה בנסיבות שעשויות להשתנות עם הזמן. נוסף על כך טענות תיאוריות על ההווה והעתיד חשובות יותר מטענות תיאוריות על העבר, אם הן משמשות בסיס לטיעונים נורמטיביים. אולם ההבחנה האמורה – בין הווה ועתיד מצד אחד, ובין עבר מצד אחר – אינה משקפת את ההבחנה המושגית המקובלת בין טענות 'עובדתיות' ובין 'דעות' – שהיא כאמור בין עבר והווה מצד אחד, ובין עתיד מצד אחר. כמו כן ההבחנה האמורה במישור הזמן אינה נוגעת לטענות תיאוריות שאינן בעלות חשיבות מעשית, שבנוגע אליהן ספק אם יש מקום להבחנה כוללת בדבר חשיבותן לאור התייחסותן לעבר, להווה או לעתיד.

לבסוף, הפרשנות הרביעית של המושגים טענות 'עובדתיות' ו'דעות' מבוססת על שיקולים מסדר שני, והיא נוטה לאפיין טענות שיש ביטחון רב יותר בנוגע לנכונותן כטענות 'עובדתיות' וטענות שיש ספק רב יותר בנוגע לנכונותן כ'דעות'. פרשנות זו אינה מספקת מעצם טיבה בסיס להבחנה נורמטיבית גורפת או אף כללית מקבילה בין שני סוגי הטענות, על שום היותה עניין של מידה. כמו כן נראה כי ישנם שיקולים מנוגדים מבחינה זו. מנקודת מבט אחת, חשיבותן של טענות עולה ככל שהביטחון בנכונותן רב יותר – בהנחה שהביטחון בנכונותה של טענה עומד ביחס ישר לרמת ההסתברות שהיא אכן נכונה, בעיקר כאשר הביטחון בנוגע לטענה מסוימת אינו נחלת הכלל – ולהפך. לדוגמה, טענה שיש סכנה של פגיעה באנשים שאפשר להתגונן מפניה, אך עלות נקיטת אמצעי ההתגוננות גבוהה – חשובה יותר ככל שהביטחון בנכונותה גבוה יותר. מנקודת מבט אחרת יש

חשיבות מיוחדת דווקא לטענות שקיים ספק רב בנוגע לנכונותן, בעיקר לשם דיון בהן ובחינה ביקורתית שלהן כדי להבין אותן טוב יותר וכדי להסיר את הספק או לפחות לצמצם את מידת הספק. לדוגמה, לעתים קרובות יתעורר ספק בנוגע לנכונותן של טענות המעלות רעיונות חדשים ובלתי מקובלים, אך כאמור טענות כאלה עשויות להיות בעלות חשיבות רבה.

ב. טיעונים בזכות העדיפות של 'דעות' על פני טענות 'עובדתיות'

כאשר בוחנים טיעונים מקובלים המועלים בעקבות ההנחה שהשיקולים בזכות חופש הביטוי חלים על 'דעות' ביתר תוקף משהם חלים על טענות 'עובדתיות', מתעורר קושי מקדמי: טיעונים כאלה אינם מבוססים לרוב על הבחנה ברורה בין שני המושגים האמורים, וזהו תנאי מקדמי הכרחי להערכת הטיעונים האמורים.

למשל, הקביעה של בית המשפט העליון של ארצות הברית שיש הגנה חוקתית מועדפת ל'דעות' או 'רעיונות' לעומת טענות עובדתיות התבססה בעיקר על השיקול שחופש ביטוי עשוי לתרום לגילוי האמת:

We begin with the common ground. Under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries, but on the competition of other ideas. But there is no constitutional value in false statements of fact. Neither the intentional lie nor the careless error materially advances society's interest in 'uninhibited, robust, and wide-open' debate on public issues [...] They belong to that category of utterances which 'are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality'.¹⁴²

טיעון זה אינו מבהיר את משמעות המושגים 'רעיון' (idea), 'דעה' (opinion) או טענה עובדתית, וקשה לחלץ ממנו את משמעותם של מושגים אלו. יתר על כן, הטיעון אינו ברור אף בכל הנוגע להנחות היסוד שלו בנוגע לשיקול

Gertz Case, pp. 339-342 142

שלפיו חופש ביטוי יכול לתרום לגילוי האמת. מצד אחד, הטענה שבמסגרת ההגנה החוקתית על חופש הביטוי בארצות הברית אין מקום למושג 'רעיון מוטעה' מצביעה, כפשוטה, על הנחה שאין משמעות למושג האמת בנוגע לרעיונות או דעות. הנחה זו עשויה לרמז על תפיסה של רעיונות או דעות במובן של ביטויים נורמטיביים, לאור העמדה המושמעת לעתים שאין משמעות לאמת במישור הנורמטיבי. מצד אחר, הטענה שיש לתקן רעיונות או דעות מוטעות במסגרת השיח הציבורי (ולא במסגרת בחינה שיפוטית) מצביעה על הנחה הפוכה, ולפיה יש משמעות למושג האמת ביחס לביטויים אלו, שהרי אחרת אין מה לתקן. לכן ספק אם זהו המובן אשר בית המשפט התכוון אליו. אפשרות אחרת היא שהטיעון האמור מפרש את ההבחנה בין דעות לטענות עובדתיות בהתבסס על שיקולים מסדר שני בדבר מידת הביטחון בנכונותם של ביטויים. לפי פרשנות זו, העמדה שאין מקום להטיל הגבלות על השמעתן של דעות שגויות משמעה שאין מקום להטיל הגבלות על השמעת ביטויים שחושדים שהם אינם נכונים אך אין בטוחים בכך, ואילו העמדה שמוצדק להטיל הגבלות על ביטויים עובדתיים שגויים משמעה שיש מקום להטיל הגבלות על ביטויים שיש ביטחון רב שהם שגויים. אולם קשה לעגן פרשנות זו בלשון הטקסט האמור. וכאמור, ספק אם פרשנות זו יכולה לתמוך בהבחנה נורמטיבית חדה בין שני סוגי הביטויים. בסופו של דבר קשה אפוא להצביע על מובן ברור ועקבי אחר העולה מהטיעון האמור. לפיכך קשה להבין את העמדה העומדת בבסיסו.

טענה ברוח דומה עולה מהדברים שלהלן שכתבו שופטי בית המשפט העליון בישראל:

המשקל של חופש הביטוי מתחזק כאשר עסקינן בביטוי כגון ביקורת, סאטירה, פרודיה, טור דעות, שמטרתו בעיקר לעורר ויכוח ציבורי, אך הוא חף מיומרה להציג אמת עובדתית. כאשר מדובר בהבעת דעה מסוג זה, הגבלת חופש הביטוי פוגעת בצורה קשה בקיומו של 'שוק רעיונות' חופשי, בצורך להגשמה עצמית ובלב ליבו של השיח הדמוקרטי.¹⁴³

גם טיעון זה אינו מבהיר במפורש את המשמעות המיוחסת במסגרתו למונח 'דעות'. אמנם אפשר לחלץ ממנו כמה פרשנויות של המושג האמור,

143 ע"א 4534/02 שוקן נ' הרציקוביץ פ"ד נח(3) 558 (2004) (להלן: עניין הרציקוביץ), עמ' 567-568.

אך אלה הן פרשנויות שונות שאינן מתיישבות זו עם זו. הקישור של 'דעות' ל'ביקורת' מצביע על פרשנות של דעות כביטויים נורמטיביים, להבדיל מתיאוריים. כאמור, ספק אם לאור פרשנות זו יש מקום להבחנה נורמטיבית בין טענות 'עובדתיות' ל'דעות'. לעומת זאת הקישור של 'דעות' ליצירות אמנות, כגון סטירה ופרודיה, מצביע על תפיסה של 'דעות' כביטויים במישור הסובייקטיבי להבדיל מהמישור האובייקטיבי, כלומר ביטויים שלמושג הנכונות או האמת אין רלוונטיות בנוגע אליהם. אמנם יש כידוע מחלוקת סביב השאלה אם יש משמעות אובייקטיבית לאסתטיקה, אך זהו תחום הנתפס בעיני רבים כסובייקטיבי. תפיסה מושגית זו אינה תומכת בהבחנה הנורמטיבית המקובלת בין טענות 'עובדתיות' ובין 'דעות' המעניקה עדיפות לסוג הביטויים האחרון שכן, כאמור, נראה שאם יש מקום להבחנה נורמטיבית בין ביטויים לאור היותם במישור אובייקטיבי או סובייקטיבי, ראוי לתת עדיפות דווקא לביטויים מהסוג הראשון. נקודה זו בולטת כמובן במיוחד בתפיסה של חופש הביטוי כאמצעי לחשיפת האמת – העולה מן הציטוט האמור – אשר חלה רק על ביטויים 'אובייקטיביים' שמושג האמת רלוונטי בנוגע אליהם. לבסוף, הציטוט האמור מצביע גם על תפיסה של דעות כטענות שיש ספק רב בנוגע לנכונותן, ובשל כך הן גם שנויות במחלוקת. כאמור ספק אם גם מובן זה יכול לשמש בסיס להבחנה נורמטיבית, במיוחד הבחנה נורמטיבית גורפת או כללית, בין טענות 'עובדתיות' ובין 'דעות'.

ניתוח זה ממחיש כיצד חוסר הבהירות של העמדה המבחינה בין טענות 'עובדתיות' ובין הבעת 'דעות' במישור המושגי מקשה את הערכת הבסיס הנורמטיבי של עמדה זו.

8. סיכום: היקפו ועצמתו של האינטרס ב'חופש ביטוי'

הסקירה האמורה של השיקולים בזכות חופש ביטוי מוליכה לכמה מסקנות כלליות. בראש ובראשונה, סקירה זו מאששת את ההשערה ששיקולים שונים תומכים במידה שונה בהתרתם ובעידודם של סוגים שונים של ביטויים, ובהתאם עשויים להוליך למסקנות שונות בנוגע להיקפו ולעצמתו של האינטרס בהתרת ביטויים או בעידודם. במילים אחרות, האינטרס בהתרת ביטויים אינו חל על כל סוגי הביטויים ובעיקר, אף כאשר הוא חל, עצמתו משתנה בנוגע לסוגים שונים של ביטויים. הסקירה האמורה מסבירה בפרט מדוע ישנם סוגים של ביטויים, כגון ביטויים הכוללים עדות שקר במשפט שבו נדון אישום של רצח, שעצם הקישור שלהם לנושא

יחופש הביטוי נראה מוזר. הסיבה לכך אינה (רק) שיש שיקולים חזקים נגד ביטויים כאלה, אלא גם שאין שיקולים רציניים התומכים בהתרתם. שנית, ניתוח השיקולים בזכות חופש ביטוי מצביע על כך שלעתים יש חשיבות מיוחדת לאינטראקציה בין סוגים שונים של ביטויים. מסקנה זו עולה במיוחד מהשיקולים הכלליים החשובים הנוגעים ליחס בין חופש ביטוי ובין ברור האמת בתחומים שונים, ובין חופש ביטוי למשטר ראוי – בעיקר משטר דמוקרטי במובנו הפורמלי – אם מבינים מובן זה כמחייב לא רק עריכה של בחירות כלליות והכרעת רוב אלא השתתפות מושכלת בבחירות, ובהתאם הכרעת רוב מושכלת. שיקולים אלו מצביעים על כך שיש חשיבות מיוחדת לקיומה של אפשרות מעשית לבחון ולהעריך מגוון של טענות עובדתיות ונורמטיביות בנושאים שונים. בפרט עשויה להיות חשיבות רבה להצגה של טענות סותרות זו מול זו, ולעימות ביניהן. במילים אחרות, האינטראקציה בין ביטויים עשויה להיות בעלת ערך מוסף, מעבר לערך של כל אחד מהביטויים האמורים בפני עצמו. מנקודת המבט ההפוכה, מחיר המניעה של ביטוי מסוים עשוי להיות מושפע לא רק מתרומתו הישירה של ביטוי זה מבחינת השיקולים האמורים, אלא גם מתרומתם המצטברת של הביטוי האמור וביטויים אחרים המושמעים במקביל.

שלישית, השיקולים בנוגע לחשיבותם של סוגים שונים של ביטויים תומכים לעתים קרובות לא רק בהתרתם של ביטויים אלו, למשל כך שלא תהיה בהשמעתם משום עברה פלילית, אלא גם בעידודם של סוגים אלו של ביטויים, למשל באמצעות מימון של השמעתם בכלי תקשורת מרכזיים. מסקנה זו בולטת במיוחד בשיקולים הנוגעים לחשיבותם של סוגים מסוימים של ביטויים במסגרת משטר דמוקרטי, ובפרט הטיעון שביטויים המציגים והמנתחים עמדות שונות בנושאים העומדים להכרעה ציבורית חשובים לשם הכרעה מושכלת בנושאים אלו.

כמו כן יש לתת את הדעת על השפעות עקיפות של הגבלות על ביטויים. לדוגמה, ישנם שיקולים התומכים באיסור על פרסום מידע מחקירות משטרה, לאור החשש מפני השפעה פסולה של הדבר על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים פליליים שבהם נדונים אישומים הנוגעים למידע זה. שיקולים אלו תומכים גם באיסור על פרסומו של מידע, כאמור, גם אם הוא נמסר במסגרת הליכים שיפוטיים מקדמיים – בעיקר הליכים פליליים העוסקים בהחלטות הנוגעות למעצר של חשודים בביצוע עברות. אולם מכיוון שהליכים כאלה מבוססים בעיקר על הצגה של מידע, כאמור, איסור כזה עלול להוליך לכך שכלי התקשורת לא יסקרו – או יסקרו

במידה פחותה – הליכים כאלה. תופעה זו היא בעלת השלכות שליליות ניכרות בשל חשיבות הפיקוח על הליכים אלו.¹⁴⁴ ולבסוף הניתוח האמור מצביע גם על האפשרות של התנגשות פנימית, במסגרת האינטרס בחופש ביטוי, בין שיקולים בזכות חופש ביטוי או, ליתר דיוק, בזכות התרה או עידוד של סוגים שונים של ביטויים. כאשר יש התנגשות פנימית בין שיקולים התומכים בחופש ביטוי, הכרעה בקונפליקט צריכה להיעשות לפי משקלם של השיקולים המתנגשים בכל סוג של מצבים. בהתאם, הניתוח האמור מצביע גם על כך שטעמים מסוימים העוסקים בחשיבותם של ביטויים תומכים לא רק בהתרה של ביטויים, אלא לעתים גם בהסדרת תחום הביטויים העשויה להיות כרוכה אף בהטלת הגבלות על ביטויים.

דוגמה אחת של התנגשות פנימית במסגרת השיקולים בזכות חופש ביטוי נוגעת להסדרת המועד והמקום של השמעת כמה ביטויים (אשר יש שיקולים התומכים בהשמעת כולם) באמצעות הסדרת סדר הדוברים. הסדרה כזאת חיונית כדי שהביטויים ייקלטו וישתרו את מטרת הדוברים והשומעים הפוטנציאליים, שכן אחרת עלול להיווצר מצב שבו כמה אנשים מדברים יחדיו ואיש אינו נשמע. כמו כן, ככלל, הסדרה כזאת פוגעת פחות בחופש הביטוי מסוגים אחרים של הגבלות על ביטויים, בעיקר הגבלות של ביטויים לפי תוכנם. אולם לעתים עשויה הנהגה של סדר להשמעת ביטויים להיות בעלת משמעות של קביעת סדר **עדיפות** בין ביטויים, שכן לרוב יש הבדלים בין הזדמנויות שונות להשמעת ביטויים מבחינת תקפותם ועצמתם של השיקולים התומכים בחופש ביטוי, למשל מבחינת מספרם של האנשים הנחשפים לכל ביטוי או מבחינת המועד של השמעת כל ביטוי. משתנים אלו הם לעתים בעלי חשיבות רבה. לדוגמה, אם צפויה להתקבל החלטה חשובה בזמן מסוים, יש חשיבות רבה לאפשרות של השמעת טיעונים הנוגעים לה לפני קבלת ההחלטה ולא אחריה, בייחוד אם אין סיכוי רב לשנות את ההחלטה לאחר שנתקבלה. לעתים עשויות גם הגבלות של זמן או מקום על השמעתו של ביטוי מסוים לפגוע באופן ממשי – או אף לחלוטין – באפשרות להעביר מסר מסוים לאנשים מסוימים כדי להשפיע עליהם לפעול בדרכים מסוימות.¹⁴⁵

דוגמה אחרת להתנגשות פנימית במסגרת השיקולים בזכות חופש ביטוי היא התנגשות בין שיקולים התומכים ברצון של אדם שביטוי שלו יקבל בימה במסגרת כלי תקשורת מרכזי ובין שיקולים התומכים ברצון

144 ראו שגב, **סוב-יודיציה**, עמ' 159-172.

145 ראו Scanlon, 'Freedom of Expression and Categories of Expression,' p. 528

של האנשים השולטים בכלי התקשורת האמור לתת בימה לביטוי אחר. דוגמה נוספת היא ההתנגשות בין שיקולים התומכים ברצון של אדם או של גוף, כגון כלי תקשורת, לדווח בפומבי על דברים שאמר אדם אחר ובין שיקולים התומכים ברצון של האחרון לשלוט על דרך ההצגה של דבריו, על קהל היעד הנחשף אליהם – למשל להחליט איזה חלק מדבריו יקבלו ביטוי פומבי ואיזה חלק לא – על מקום הדיווח ועל מועד הדיווח.¹⁴⁶ המסקנות האמורות מצביעות על היבטים שונים שבהם האינטרס בחופש ביטוי עשוי להיות מורכב יותר מכפי שהוא נראה במבט ראשון.

146 דוגמה זו כוללת מאפיינים הדומים למקרה שנדון בעניין **גור אריה**, אך נראה שהשיקולים העיקריים שעמדו על הפרק באותו עניין לא נגעו לחופש הביטוי. מצד אחד, ההתנגדות של המרואיינים לשידור הריאיון עמם נבעה מטעמים דתיים – ההתנגדות לשידור בשבת – ולא מרצון לשלוט על אופי קהל היעד של דבריהם. מצד שני, לא ברור אם שידור הריאיון ביום חול היה פוגע, לא כל שכן פוגע במידה ניכרת, בחופש הביטוי של הגוף המסדר. לנקודה האחרונה ראו דניאל סטטמן וגדעון ספיר, 'חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים', **מחקרי משפט** כא (התשס"ד-2004): 87-5, עמ' 74-75. לכן ספק אם ההתנגשות בעניין זה נגעה לגרעין של חופש הביטוי.