

## בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 316/03

בפני :

כבוד השופטת ד' דורנר  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' גרוניס

העותרים :

1. מחמד בכרי
2. פורום היוצרים הדוקומנטריים

נגד

המשיבים :

1. המועצה לביקורת סרטים
2. משרד המדע, התרבות והספורט
3. יצחק בוסידן (אביו של עמית בוסידן ז"ל)
4. לאה בר (אמו של דרור בר ז"ל)
5. פנינה יסקוב (אלמנת אבנר יסקוב ז"ל)
6. אוה מייזליש (אמו של דני שמואל מייזליש ז"ל)
7. סולומון ושמחה עזורי (הורי אייל עזורי ז"ל)
8. דוד צימרמן (אביו של אייל צימרמן ז"ל)
9. אמנון חבה (אביו של מנשה חבה ז"ל)
10. רוזלין וסלומון עזרא (הורי גד עזרא ז"ל)
11. אריה וציפורה וייס (הורי שמואל וייס ז"ל)
12. רינה ומארק ראבינסאן (הורי מתניה ראבינסאן ז"ל)
13. שמחה ופנינה מליק (הורי גדליה מליק ז"ל)
14. גדי וברניס יעקב (הורי אביהו יעקב ז"ל)
15. מיכל ארזי (אמו של טירן ארזי ז"ל)
16. שלמה אלשווחט (אביו של רונן אלשווחט ז"ל)
17. מזל, עמי וחגי טל (הוריו ואחיו של רועי טל ז"ל)
18. דר' דוד צנגן
19. זאב אילוז
20. ברק אלפי
21. ברוך בכר
22. אברהם גל
23. רון טייכר
24. ישראל כספי
25. רפי לדרמן
26. שגיא מרק
27. אלי פרוז
28. גיא פרידמן
29. אריה קדוש
30. עמיחי קדרון
31. אבנר קינל
32. מרון שטטר

## עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה:	ט"ז באדר ב תשס"ג (20.3.03)
בשם העותרים:	עו"ד אביגדור פלדמן
בשם המשיבים 1-2:	עו"ד דינה זילבר
בשם המשיבים 3-17:	עו"ד אילן בומבך ; עו"ד יריב רונן
בשם המשיבים 18, 24-25:	בעצמם

## פסק-דין

השופטת ד' דורנר:

ובשכל יבדיל האדם בין האמת והשקר  
[רמב"ם, מורה נבוכים, חלק ראשון, פרק ב].

העובדות, ההליכים והטענות

1. בערב ה-27.3.2002, ליל-הסדר, אירע פיגוע חמור במלון "פארק" שבנתניה. מחבל נכנס לחדר-האוכל של המלון – שהמה כ-250 נשים, גברים וילדים, בעיצומה של סעודת הסדר – ופוצץ מטען חבלה רב עוצמה שנשא על גופו. חדר-האוכל נהרס עד היסוד. 19 מהחוגגים נהרגו מיד, 11 נפטרו מאוחר יותר מפצעייהם, וכ-160 נפצעו.

יומיים לאחר מכן פתח צה"ל במבצע "חומת מגן". המבצע נועד לפגוע בתשתיות טרור, שהיו אחראיות לרצף של פיגועים, חסרי תקדים בהיקפם ובתדירותם, שפקדו את ישראל באותה עת. בתאריך 3.4.2002 נכנסו כוחות צה"ל למחנה הפליטים ג'נין, ששימש מוקד מרכזי להתארגנויות לפיגועים וממנו יצאו מחבלים מתאבדים רבים לפיגועים ברחבי הארץ.

במחנה הפליטים – לאחר שניתנה התראה לאוכלוסייה האזרחית לעזוב את המקום – ניהלו כוחות צה"ל לחימה קשה מבית לבית. היה זה מן הקרבות הקשים ביותר שידע צה"ל במסגרת הלחימה בשטחים. אל החיילים נורו יריות מכל עבר, מטעני חבלה רבים מאד הופעלו נגדם ומכשולים ממולכדים הוצבו בדרכם. הפלסטינים החמושים התערו בקרב האוכלוסייה האזרחית, שאלפים אחדים ממנה נותרו במחנה עם

פרוץ הלחימה, ונלחמו גם מבתי אזרחים ומתוך מתקנים אזרחיים. צה"ל ניסה לצמצם את הפגיעה באזרחים. לא נעשה שימוש בתקיפות מטוסים או בירי ארטילרי, אך הופעלו טנקים ומסוקי תקיפה. לאחר שכוח של חיילי מילואים נקלע למארב שבו נהרגו 13 לוחמים, הוחלט להכניס למחנה גם דחפורים כבדים, שהרסו בתים שמהם בוצעה לחימה. בקרבות במחנה הפליטים נהרגו 23 חיילי צה"ל ונפצעו כ-60 חיילים. על-פי נתוני צה"ל היו לפלסטינים 52 הרוגים, כמחציתם אזרחים. נזק כבד נגרם לרכוש ובתים רבים נהרסו, חלקם עד היסוד.

2. בעיצומה של הלחימה ובימים שלאחריה נאסרה כניסת עיתונאים למחנה. על שאירע במחנה ניתן היה ללמוד אך לאחר מעשה, מעדויות האנשים המעורבים, מתחקירי גורמים שונים וממראה-עיניים. האיפול התקשורתי תרם למחלוקת, השוררת עד היום, לגבי אופן התרחשות האירועים לאשורם.

כך, בדו"ח ארגון זכויות-האדם "Human Rights Watch" נטען כי במחנה התרחשו אירועים חמורים, ובגדרם הופרו זכויות-אדם באורח יסודי, נמנע סיוע רפואי מנפגעי המחנה, בוצעו מעצרים המוניים ונהרס רכוש אזרחי רב. עם זאת, נשללה הטענה – אשר פשתה בקרב הציבור הפלסטיני ועשתה לה כנפיים בכלי-התקשורת בעולם – כי צה"ל טבח בתושבי המחנה וכי הוצאות-להורג בוצעו באופן מתוכנן. ממצאים דומים הובאו בדו"ח מזכ"ל האו"ם וכן בדו"ח "אמנסטי" שפורסם אשתקד. בדו"ח שפורסם צה"ל בתגובה הודגשו הריסון והאיפוק שגילה, שאף שגררו פגיעה בחייליו נועדו למנוע ככל הניתן פגיעה באוכלוסייה אזרחית, והובלט כי ננקטו אמצעים שונים להבטחת מתן סיוע רפואי והומניטרי לתושבי המחנה אף במהלך הלחימה. עוד נטען, כי לפחות מחצית מן ההרוגים הפלסטינים היו פעילי טרור.

3. ברי, כי האירועים שהתרחשו במחנה הפליטים ג'נין באפריל 2002 נחקקו כזיכרון טראומטי הן בקרב חיילי צה"ל שלחמו שם ובני משפחותיהם והן בקרב תושבי המחנה. מנקודת ראותם של פלסטינים רבים קיבלו האירועים במידה רבה מימד סמלי ואף מיתי, המשפיע על האופן שבו הם מתוארים. משתמה הלחימה באמצעות כלי-הנשק, החל מאבק על תמיכת דעת-הקהל, בישראל ומחוץ לה.

4. העותר 1 – תושב הכפר בענה שבגליל (להלן: העותר) – נכנס למחנה הפליטים בסוף חודש אפריל 2002 מלווה בצוות הסרטה, וצילם תגובות של תושבים פלסטינים לאירועים שהתרחשו, שאותן ערך לסרט "ג'נין, ג'נין" (להלן גם: הסרט). מלכתחילה,

ובמוצהר, לא התיימר העותר להביא בסרט את עמדת הצד הישראלי או להציג תמונה מאוזנת של האירועים, אלא להשמיע את קול הסיפור הפלסטיני.

הסרט הוקרן בהקרנות מקדימות בסינמטקים של תל-אביב וירושלים ואף שוגר להקרנה במדינות זרות. לקראת הקרנתו בארץ באופן מסחרי הוגש, כנדרש בפקודת סרטי הראינוע, 1927 (להלן: הפקודה), לאישור המועצה לביקורת סרטים (להלן: המועצה). המועצה, שהייתה כפופה באותה עת למשרד המדע, התרבות והספורט, קיימה בתאריכים 18.11.2002 ו-23.12.2002 דיונים בעניין אישורו להקרנה.

הסרט הותיר רושם קשה על חברי המועצה שצפו בו. נשמעו דעות, כי זהו "סרט תעמולה מתועב" (פרוטוקול הישיבה מיום 18.11.02, בע' 4), "המטפף ארס בכל שנייה שבו" (שם, בע' 5). חבר המועצה, עורך-הדין יחיאל גוטמן, אף אמר כי "חטאי הגסטאפו במחנות הריכוז ילבינו כשלג" לנוכח מעשי צה"ל המתוארים בסרט (שם, בע' 2).

ברוב-דעות של שמונה מתוך 11 חברי המועצה שנכחו בדיון הוחלט שלא להתיר את הקרנת הסרט. חברי המועצה שנותרו במיעוט הציעו להתיר את ההקרנה בליווי שקופית מטעם דובר צה"ל או להתירה לצופים מעל גיל 18 בלבד. במכתב ששיגרה המועצה לעותר ובו נמסר לו על ההחלטה שלא להתיר את ההקרנה פורטו הנימוקים הבאים:

1. מדובר בהצגה מסולפת של אירועים במסווה של אמת דוקומנטרית העלולה להטעות את הציבור;
2. מדובר בסרט תעמולה המציג באופן חד-צדדי את עמדת הצד עמו מצויה מדינת ישראל במצב מלחמה ובעת שמלחמה זו עדיין נמשכת ואין זה ראוי שהמועצה תיתן יד והכשר להקרנתו;
3. מדובר בסרט הפוגע פגיעה קשה ברגשות הציבור העלול לחשוב בטעות, כי חיילי צה"ל מבצעים באופן שיטתי ומכוון פשעי מלחמה, וזאת בניגוד מוחלט לאמת ולמצאים העובדתיים בבדיקות שנערכו על-ידי צה"ל ועל ידי גורמים בינלאומיים;
4. הצגת האירועים גובלת בהסתה ויוצרת דה-לגיטימציה לעצם קיומה של מדינת ישראל;
5. עקרונות היסוד וטבעה של דמוקרטיה שאינה חפצה לאבד עצמה לדעת מחייבים, לטעמה של המועצה, להימנע ממתן אישור והכשר להקרנת הסרט האמור.

5. כנגד החלטת המועצה מכוונת העתירה שבפנינו, שבה ניתן בתאריך 10.1.2003 צו על-תנאי. בגדרי העתירה טוענים העותרים, כי ההחלטה היא בלתי-סבירה באופן קיצוני, כי היא פוגעת שלא כדין בזכותם לחופש הביטוי וחופש היצירה, וכי ניתנה בחוסר סמכות ותוך עירוב שיקולים זרים, שכן למועצה אין סמכות לקבל החלטות על-יסוד שיקולים מדיניים או לפסול להקרנה סרטים מפאת שקרים, הכלולים בהם לדעתה. עוד טוענים העותרים, כי הפקודה, שמכוחה פעלה המועצה, אינה חוקתית ולכן על בית-המשפט להכריז על בטלותה.

6. בתשובתה הארוכה והמפורטת פרשה המדינה את עמדתה, שצריך בה הוא כי הסרט הינו שקרי ומסלף באורח בוטה את המציאות. וכלשון התשובה: "האמת האחת והיחידה הינה אחרת" (ההדגשה במקור). אמת זו, לדידה של המדינה, משתקפת באורח ברור מתמונת האירועים כפי שגובשה בצה"ל וממידע שברשות גורמים בינלאומיים ואף בידי גורמים פלסטינים. לטענת המדינה, הסרט מציג תמונה עובדתית שקרית, ההופכת את האמור בו לחד-צדדי ולמעוות.

המדינה סבורה כי פסילת הסרט מתחייבת בשל הסכנה הטמונה בו לשלום הציבור ולרגשותיו. לפי הטענה, הסכנה היא, ראשית, בכך שהסרט מסית, שכן האמור בו עלול להניע מי מבין הצופים לנקוט פעולות אלימות; שנית, בכך שהסרט יחליש את עמידתה של מדינת ישראל בתקופה קשה זו של לחימה בשטחים ואף ייצור דה-לגיטימציה לקיום המדינה; ושלישית, בכך שמעצם היות הסרט שקרי הוא מטעה את הציבור ופוגע ברגשותיו.

7. בדיון שהתקיים בפנינו בתאריך 20.3.2003 העלו הצדדים את טיעוניהם בהרחבה. החלטנו לאפשר לבני משפחותיהם של חיילי צה"ל שנפלו במחנה ולקבוצת לוחמים שהשתתפו בקרב וטענו, כי המדינה אינה מעניקה להם ייצוג הולם בגדרי ההליך שבפנינו, להצטרף כמשיבים נוספים לעתירה. האזנו בקשב רב לדבריהם, ואף קראנו את שהעלו בהרחבה על הכתב. בתשובתם לעתירה הוסיפו, כי הסרט פוגע פגיעה קשה בשמם הטוב של חללי צה"ל ולוחמיו, ואף העידו, בדברים החודרים אל הלב, על תחושות התסכול והכאב שהם חווים בהיותם מותקפים ומושמצים על לא עוול בכפם.

8. בתוך כך, שבועות מספר לאחר שהוגשה תשובת המדינה לעתירה, הודיענו בא-כוח העותרים, עורך-הדין אביגדור פלדמן, על קיומו של סרט נוסף – "הדרך לג'נין", בבימויו של במאי צרפתי שכינויו פייר רחוב – שנוצר בעיקרו להפרכת האמור בסרטו של העותר, בין היתר תוך התעמתות גלויה עם קטעים המובאים בסרט והדגשת נקודת-

מבטם של לוחמי צה"ל ושל בני משפחות חלליו. העותרים ביקשו כי יינתן צו ביניים, שימנע שידור סרט זה בתוכנית "מבט שני" בערוץ הראשון בטלוויזיה, אלא שלא מצאנו עילה למניעת השידור. יש להעיר, עם זאת, כי בעוד שרכים יכלו לצפות בסרט "הדרך לג'נין", המתעמת כאמור עם הסרט "ג'נין, ג'נין", הרי שיכולת הציבור לצפות בסרט האחרון הוגבלה במידה ניכרת לנוכח ההחלטה נושא עתירה זאת.

אנו צפינו בשני הסרטים – בגרסת הסרט "ג'נין, ג'נין" כפי שהוגשה על-ידי המדינה, והיא הגרסה שנפסלה להקרנה, ובסרט "הדרך לג'נין" שצרפו העותרים לחומר שהגישו.

#### המסגרת הנורמטיבית

9. החלטת המועצה לאסור את הקרנת הסרט פוגעת בחופש הביטוי של יוצרו ושל האנשים אשר להם הוא משמש כפּה. חופש הביטוי הינו, כידוע, מעקרונות היסוד של משטרנו הדמוקרטי, והוכר כבר בפסיקתו המוקדמת של בית-משפט זה כ"זכות עילאית", המשמשת אף בסיס לזכויות אחרות. ראו דבריו המפורסמים של השופט שמעון אגרנט בבג"ץ 73/53 חברת "קול-העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (להלן: פסק-דין קול העם), בע' 876-878.

משמעותה של הזכות לחופש הביטוי היא, בראש וראשונה, כי אסור לשלטון להגביל את האפשרות להשמיע ולשמוע דעות בפומבי, ומוטלת עליו חובה למנוע מאחרים להפריע לבעלי הזכות לעשות בה שימוש. ראו ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח', פ"ד לב(3) 337, בע' 343. כדברי חברתי, השופטת אילה פרוקצ'יה, בבג"ץ 9723/01 לוי נ' מנהלת מחלקת תעשייה ושידותיים למתן היתרים לעובדים זרים, פ"ד נז(2) 87, בע' 94, "חופש הביטוי אינו רק חופש להביע דעות, לכתוב ולהציג, אלא גם לראות ולשמוע".

חופש הביטוי אינו זכות מוחלטת. במקרים מסוימים מאפשר הדין לפגוע בו. יש להבחין בין עקרון חופש הביטוי כשלעצמו, המשתרע על כל סוגי הביטויים ועל כל האמצעים המשמשים במה להבעתם, לבין היקף ההגנה עליו, שהוא חלקי בלבד. ראו, למשל, בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (להלן: פסק-דין כהנא), בע' 283; בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (להלן: פסק-דין סנש), בע' 831-830; בג"ץ 806/88 *Universal City Studios Inc.* נ' המועצה

לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (להלן: פסק-דין *Universal*), בע' 34-35; ובג"ץ 7144/01 גוש שלום נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887, בע' 890-891.

אך בעצם היותו של ביטוי פוגעני, גס או צורם אין עילה להסרת ההגנה ממנו. עמד על כך השופט אליהו מצא בבג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 193 (להלן: פסק-דין נוביק), בע' 201:

חופש הביטוי נועד להגן, לא רק על דעות מקובלות ואהודות, המושמעות בתנאים של שלווה וביישוב הדעת, אלא גם – ובכך עיקר מבחנו של חופש הביטוי – על דעות חריגות, מקוממות ומכעיסות, המושמעות על רקע מאורעות מסעירים ובסגנון בוטה וצורם.

לעניין זה יפים גם דברי השופט האנגלי, הלורד דנינג:

freedom of speech [is] amongst our most precious freedoms. Freedom of speech means freedom not only for the views of which you approve, but also freedom for the views you most heartily disapprove. [*Verrall v. Great Yarmouth Borough Council*, [1981] Q.B. 202, at p. 216]

גם היותו של ביטוי שקרי אינה, כשלעצמה, עילה להסרת הגנתו. זאת, להבדיל מצורות ביטוי – דוגמת הביטוי הגזעני – שעצם השמעתן, בלי קשר לתוצאותיה, מפרה איסור שבדין ומקימה עילה להגבלת הביטוי. ראו ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 בע' 320; מרדכי קרמניצר, "גבולות חופש הביטוי", העין השביעית (ינואר-פברואר 1996), בע' 26-27.

אכן, ידוע כי "במסגרת חופש הביטוי אין בוחנים אם הביטוי הוא אמת או שקר" (פסק-דין *Universal* הנ"ל, בע' 33). שכן, הסרת ההגנה מהביטוי השקרי מעניקה לרשויות את הכוח לברור את האמת מן השקר, להחליט אלו ביטויים ראויים להישמע ואלו אינם ראויים להישמע, ולשים את הכרעתן שלהן תחת הכרעת שוק הרעיונות החופשי. "חופש הביטוי כולל גם חופש להציג עובדות ולפרש עובדות, גם אם הן שנויות במחלוקת, ואף אם רבים בטוחים שההצגה מוטעית והפרשנות מסולפת" (בג"ץ 2137/98 אליאס נ' יו"ר הוועד המנהל של רשות השידור (לא פורסם), ניתן בתאריך 5.4.1988). ראו גם פסק-דין סנש הנ"ל, בע' 830; ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד

מג(3) 840, בע' 857-858; בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, בע' 676; בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (להלן: פסק-דין לאור), בע' 433; ופסק-דין כהנא הנ"ל, בע' 281. כדברי השופט האמריקני הולמס (Oliver Wendell Holmes):

But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out...  
[*Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919)]

ויפים לעניין זה אף דברי השופט ברנדייס (Louis Brandeis):

To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the process of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression. Such must be the rule if authority is to be reconciled with freedom.  
[*Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927)]  
(להלן: פסק-דין *Whitney*)

זאת ועוד: הצורך בהגשמה עצמית של המתבטאים עצמם והצורך בשמירה על הסדר הציבורי, במיוחד על-ידי מתן פתח לשחרור "הקיטור החברתי" המצטבר בקרב מחזיקי דעות מיעוט אלו ואחרות בחברה, נמנים אף הם עם הטעמים שביסוד חופש הביטוי. הטלת איסור על ביטויים שקריים עלולה לתרום להצטברות ה"קיטור", שתביא להתפרצות אלימה שלו. כדברי השופט דגלאס (William Douglas):



Free speech has occupied an exalted position because of the high service it has given our society, its protection is essential to the very existence of a democracy. The airing of ideas releases pressures which otherwise might become destructive. When ideas compete in the market for acceptance, full and free discussion exposes the false and they gain new adherence...

[*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1950)]

10. אמות-המידה להפעלת סמכות מינהלית לפגיעה בחופש הביטוי קבועות ב"פיסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו למשל דנג"ץ 4466/94 נוטייבה נ' שר האוצר, פ"ד מט(4) 68 (להלן: פסק-דין נוטייבה), בע' 87; בג"ץ 7852/98 ערוצי זהב ושות' נ' שרת התקשורת, פ"ד נג(5) 423, בע' 429; ופסק-דין יפאודה הנ"ל, בע' 182. זאת בין אם חופש הביטוי מעוגן, במלואו או בחלקו, בזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק-היסוד, שאז תחולתו של סעיף 8 היא ישירה; ובין אם חופש הביטוי אינו מעוגן בזכות לכבוד האדם, שאז תחולת פיסקת ההגבלה היא מכוח היקש (ואף מכוח המשפט המינהלי הכללי). ראו בג"ץ 41/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (להלן: פסק-דין מילר), בע' 138 ובג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (להלן: פסק-דין חורב), בע' 43.

פיסקת ההגבלה מתירה לפגוע בזכות רק אם סמכות הפגיעה מעוגנת בחוק, והפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, הינה לתכלית ראויה והיא במידה שאינה עולה על הנדרש. המידתיות כוללת התאמה של האמצעי הפוגע בזכות לתכלית שנקיטתו נועדה להשיג (מבחן ההתאמה); נקיטת האמצעי שמידת פגיעתו בזכות היא המצומצמת ביותר (מבחן הפגיעה הפחותה); וקיום יחס סביר בין התועלת שבהגשמת התכלית לבין הנזק שגורמת הפגיעה בזכות (מבחן היחסיות). מבחנים אלה מופעלים תוך התחשבות במשקלן הסגולי, בנסיבות המקרה, של התכלית שהגשמתה מתבקשת, מצד אחד, ושל הזכות הנפגעת, מצד שני. ראו דבכי בפסק-דין מנהלי ההשקעות הנ"ל, בע' 422-423.

בגדר מבחני המידתיות שבפיסקת ההגבלה משתלבות כיום גם נוסחות האיזון, שפותחו בפסיקה עוד קודם לחקיקת חוק-היסוד ומתייחסות למידת ההסתברות, כי מימוש חופש הביטוי יפגע באינטרס הציבורי. ראו בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157 (להלן: פסק-דין אינדור), בע' 164. כידוע, לשם פגיעה בחופש הביטוי נדרשת, בדרך-כלל, ודאות קרובה לפגיעה בציבור. ראו פסק-דין קול העם הנ"ל, בע' 888.

עם זאת, המבחנים ההסתברותיים אינם ישימים כשהפגיעה שבה מדובר היא ברגשות. במקרה כזה יש לעמוד על עוצמת הפגיעה. ראו דברי השופט אליעזר גולדברג בפסק-דין *Universal* הנ"ל, בע' 41; וכן דברי בפסק-דין קידום הנ"ל, בע' 14. יש לבחון אם הפגיעה היא בעוצמה שאינה עולה על העוצמה הנסבלת בחברה דמוקרטית, ש"רמת הסיבולת" שלה גבוהה. עמד על כך הנשיא אהרן ברק:

רק פגיעות חמורות ברגשות מצדיקות הגבלה על חופש הביטוי וחופש היצירה. אכן, במשטר דמוקרטי יש להכיר בכך כי קיימת "רמת סיבולת" של פגיעה ברגשות, אשר בה מחויבים בניה של חברה דמוקרטית, והמתבקשת מעקרונות הסובלנות עצמם. רק כאשר הפגיעה ברגשות עולה על "רמת סיבולת" זו, ניתן להצדיק, במשטר דמוקרטי, הגבלה על חופש הביטוי וחופש היצירה.

...

רמת סיבולת זו מצויה על סף גבוה ביותר, כאשר הפגיעה ברגשות באה למנוע הגנה מחופש הביטוי וחופש היצירה.

[פסק-דין טנש הנ"ל, בע' 836-837; 839]

וראו גם דברי בפסק-דין קידום הנ"ל, בע' 16 ובפסק-דין יפאורה הנ"ל, בע'

.183

חוקיות החלטתה של המועצה

11. משנמצא, כי החלטת המועצה פוגעת בחופש הביטוי של העותרים, יש לבחון אם פגיעה זו עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה. התנאי הראשון הוא, כי הפגיעה תיעשה אך "בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו". בענייננו, ההחלטה ניתנה בגדרי הסמכויות המוענקות למועצה מכוח סעיף 4(1) לפקודה, הקובע:

אסור להציג כל סרט-ראינוע אלא אם כן נתאשר להצגה וסומן ע"י המועצה.

אומנם, העותרים טוענים כי הפקודה עצמה אינה חוקתית, ולכן כי היא בטלה ואינה בגדר "חוק" העשוי להצמיח סמכות לפגוע בחופש הביטוי. טענה זו ניתנת להשאיר בצריך-עיון, לנוכח המסקנה שעליה אעמוד בהמשך, כי ההחלטה אינה מקיימת דרישות אחרות של פיסקת ההגבלה – תכלית ראויה ומידתיות. הוא הדין בשאלה אם

ההחלטה עשויה להלום את ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, שגם בה אין צורך להכריע בהליך זה.

עם זאת, יש לציין כי החלטת המועצה עלולה לפגוע בהליך הדמוקרטי. בגדרי ההליך הדמוקרטי הדרך לבירור מגוון הגישות בחברה הינה בהתרת הגישה החופשית למכלול הביטויים הפוליטיים ולא בחסימתם. עמדה על כך חברתי, השופטת אילה פרוקצ'יה:

חופש הביטוי... במשטר דמוקרטי מחייב חירות בהבעת דעות וקליטת מסרים שדרכם מעוצבת דעת הקהל. חופש זה מחייב זרימה חופשית ובלתי מופרעת של דעות ורעיונות.  
[בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, בע' 72]

ראו גם פסק-דין קול העם הנ"ל, בע' 877, ודברי השופט מאיר שמגר בבג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, בע' 377.

גם ערכי המדינה כמדינה יהודית תומכים בריבוי דעות והשקפות: "אלו ואלו דברי אלהים חיים" (עירובין, יג, ב). ראו דברי המשנה-לנשיא מנחם אלון בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, בע' 294.

תכלית ראויה

12. להחלטת המועצה תכלית דומיננטית ברורה, והיא: חשיפת האמת. הרציונל העיקרי שעליו מושתתת ההחלטה, ושאותו אימצה המדינה כיסוד לעמדתה – כעולה מפרוטוקול ישיבות המועצה, מנימוקי ההחלטה ומתשובת המדינה לעתירה שבפנינו – הוא כי הסרט – שכנטען, מסולף ומעוות את תמונת המציאות – יוותר, אם הקרנתו לא תיאסר, כאמת ההיסטורית היחידה לדראון עולם. המועצה ביקשה איפוא בהחלטתה להגן על הציבור על-ידי הרחקת הביטוי השקרי והבטחת קיומה של מה שהיא, לדעת המשיבים, האמת, כביטוי הנגיש היחידי.

אלא שלמועצה, בדומה לכל רשות שלטונית, אין מונופולין על האמת. הכוח שניתן בידיה אינו כולל סמכות לגילוי האמת על-ידי השתקת ביטויים שלדעת חברי

המועצה הם שקריים. ככלל, גילוי האמת בחברה חופשית ופתוחה מסור לציבור, הנחשף למגוון הדעות והאמירות, ובתוכן גם אמירות שקריות. כדברי השופט הרלן (John Harlan):

The Constitutional right of free expression is powerful medicine in a society as diverse and populous as our. It is designed and intended to remove governmental restraints from the arena of public discussion, putting the decision as to what views shall be voiced largely into the hands of each of us, in the hope that use of such freedom will ultimately produce more capable citizenry and more perfect polity and in the belief that no other approach would comport with the premise of individual dignity and choice upon which our political system rests.

[*Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 26 (1971)]

תחולת חופש הביטוי גם על ביטויים שאמיתותם שנויה במחלוקת הינה משמעותית במיוחד כשמדובר בהתבטאויות שלהן השלכות פוליטיות דומיננטיות, כמו הסרט "ג'נין, ג'נין", שלגביו קשה להבחין בין מגמתו הפוליטית לבין הטענות העובדתיות המוצגות בו. ואכן, כפי שכבר צוין, העותר לא התיימר להציג בסרט תמונה מאוזנת של האירועים, אלא לתת ביטוי לסיפור הפלסטיני. המועצה אינה רשאית להגביל השמעתם של ביטויים, שמעיקרם הם אידיאולוגיים או פוליטיים, אך משום שרשויות השלטון, חלק מהציבור או אף רובו חולקים על ההשקפות המובעות בגדרם.

בבריטניה, שם התעוררו שאלות דומות, פסק בית-הלורדים כי יש לשלול הגבלתם של ביטויים פוליטיים אם אין הדבר נדרש לצורך הגנה מפני אלימות או מפני תכנים מגונים העלולים לזעזע את הציבור. ראו, למשל, *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd.*, [1993] 1 All ER 1011 בעניין *Hector v. A-G of Antigua and Barbuda*, [1990] 2 All ER 103, at p. 106 'קבע הלורד ברידג' (Bridge), כי כל ניסיון להגביל ביקורת כלפי רשויות השלטון – "amounts to political censorship of the most insidious and objectionable kind".

בנוסף, הרכב המועצה וההליכים שבהם היא פועלת ומקבלת החלטות אינם הולמים הכרעה במחלוקת עובדתיות. המועצה – בשונה מבית-משפט, המוסמך, למשל, להוציא צווי-מניעה בתביעות לשון-הרע ובמסגרת זאת קובע לעתים קרובות

ממצאים עובדתיים לצורך ההכרעה בסכסוך שבפניו – אינה מסוגלת לקבוע אם האמור בסרט דוקומנטרי זה ואחר הינו אמת או שקר. ממילא, הדעת נותנת כי היא אינה מוסמכת לקבל החלטות על-סמך שיקול זה.

המועצה – בהחלטתה המכוונת לגילוי האמת – חרגה מתחומי שיקול-הדעת שמתווה הדין ופעלה מתוך שיקולים זרים. הפגיעה בחופש הביטוי לא הייתה איפוא לתכלית ראויה.

#### מידתיות

13. כאמור, החלטה מידתית נדרשת לקיים את מבחני ההתאמה, הפגיעה המינימלית והיחסיות. לדעתי, החלטת המועצה שלא להתיר להקרנה את הסרט "ג'נין, ג'נין" אינה מקיימת אף לא אחד משלושה מבחנים אלה.

14. מבחן ההתאמה: המועצה סברה כי אי התרת הסרט להקרנה תמנע חשיפה לנאמר בו, וכך יצטמצם הסיכון לשלום הציבור וביטחונו. בעניין זה ראוי תחילה להעיר, כי ספק אם פגיעה בחופש הביטוי היא, ככלל, אמצעי יעיל לקידום ביטחון הציבור. אפשר כי דווקא בהתרת פרסום חופשי יש כדי להשיג תכלית זו. על הקשר בין ביטוי חופשי לבין ביטחון הציבור עמד בית-המשפט העליון האמריקאי בפסק-הדין *Whitney* הנ"ל, בע' 375-376:

the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies; ...the fitting remedy for evil counsels is good ones.

וראו גם *Stromberg v. California*, 283 U.S 359 (1931), at p. 369.

יהא הדבר כאשר יהא, ברור כי האמצעי שנבחר על-ידי המועצה – פסילת הסרט להקרנה מסחרית בבתי-קולנוע בישראל – אינו מתאים אף להשגת התכלית של צמצום גישת הציבור לביטוי, כי אם להיפך. חברי המועצה ידעו כי החלטתם תעורר הד ציבורי וסביר שאף תעמוד לבחינת בית-משפט זה, על הכרוך בכך מבחינת פרסום הסרט. עורך-הדין גוטמן אמר: "אין לי ספק ... אם נקבל החלטה ברוח ההחלטה שאני הולך לתמוך בה, אנו נחזור לכותרות שוב" (פרוטוקול הישיבה מיום 18.11.02, בע' 2).

וחבר המועצה ד"ר מנחם הורוויץ הוסיף: "הבעיה היא שאני חושב שאיסור ייתן לסרט הרבה יותר תפוצה מאשר שאם הסרט [לא] ייפסל" (שם, בע' 4). ואכן, בעקבות ההחלטה לאסור על הקרנת הסרט נעשו הן הסרט והן יוצרו מוקד לדיונים ציבוריים ומושא לכתבות בעיתונות. "ג'נין, ג'נין" הפך עם פסילתו לסמל. ברי, כי לא לכך כיוונה המועצה בהחלטתה.

יתרה מזו, החלטת המועצה משפיעה אך על תחום צר של החשיפה לסרט – הוא תחום הקולנוע המסחרי בישראל – בעוד שאין בסמכות המועצה לאסור על הקרנתו במדינות זרות וכן באמצעים אחרים (למשל, בערוצי טלוויזיה, במכשירי ההקרנה הביתיים או באמצעות רשת האינטרנט, שבה יכול כל אדם לרכוש את הסרט תמורת 30 דולר). סביר כי אמצעים חלופיים אלה יוכלו לענות לביקוש לסרט, שאף עשוי לגדול בעקבות ההמולה התקשורתית שיצרה ההחלטה.

ייתכן אף כי איסור ההקרנה, כשלעצמו, עלול לעורר בדעת הקהל חשד, כי יש דברים בגו, שאם לא כן, מה צורך ראתה המועצה למנוע צפייה בסרט? האמצעי שבו בחרה המועצה לא קידם איפוא את התכלית שההחלטה נועדה להשיג, וייתכן שאף השיג תוצאה הפוכה.

15. מבחן הפגיעה המינימלית: איסור הקרנת הסרט אינו האמצעי היחיד המסור למועצה בגדר סמכותה. סעיף 6(2) לפקודה קובע:

המועצה רשאית, עפ"י הכרעת דעתה, ליתן רשות להצגת כל סרט או כל חלק הימנו... בין בתנאים מסויימים ובין בלא תנאים, וכן רשאית היא להימנע ממתן רשות. [ההדגשה הוספה]

לרשות המועצה עמדו, אם כן, כלים פוגעניים פחות. כך, למשל, ניתן היה להגביל את הסרט לצפייה מגיל מסוים, להקדים לו כתובית אזהרה, להורות על השמטת קטעים מסויימים, להגביל את שעות הצפייה וכיוצא באלה. מבלי לחוות דעה על כשרותם של אמצעים אלה או על התאמתם לנסיבות המקרה שבפנינו, ברור כי קיומם מעניק למועצה כר פעולה רחב למדי, בטרם תחליט על פסילה מוחלטת של סרט. אף כי בדיוניה הועלתה, כאמור, האפשרות ללוות את הסרט בכתובית, הרי המועצה – כעולה מן הפרוטוקול – לא קיימה דיון רציני באפשרות השימוש באמצעים חלופיים אלה. בכך טעתה המועצה. איסור מוחלט של הקרנת סרט הוא האמצעי הפוגעני ביותר שהייתה מוסמכת לנקוט. עליו להיות האמצעי האחרון, ונקיטתו צריכה להיות מוגבלת

אך לאותם מקרים שבהם אין בכוחו של אמצעי אחר להשיג את התכלית. השוו לדברי השופט אהרן ברק בפסק-דין *Universal* הנ"ל, בע' 35, וכן לדברי השופט אליהו מצא בע"פ 697/98 סוטצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289, בע' 308.

16. מבחן היחסיות: הנזק שבהחלטת המועצה עולה על התועלת שבה. ראשית, קהל הצופים לא נאלץ לצפות בסרט בעל-כורחו ובהעדר ברירה. אין מדובר בקהל שבוי, כי אם להיפך: הצופים יגיעו לבית-הקולנוע מבחירה חופשית, ישלמו על הצפייה בכספם וסביר שאף יכינו עצמם נפשית לקראתה. לשם ההשוואה, לקהל צופים זה חופש בחירה רב יותר מזה שהיה לצופי הסרט "בדרך לג'נין", שהוקרן בערוץ הטלוויזיה הממלכתי בשעת צפיית שיא. אכן, מידת החשיפה הכפויה לביטוי היא אחד הנתונים – אף כי לא תמיד הנתון המכריע – שבהם יש להתחשב בקביעת עוצמת הפגיעה הנדרשת להגבלת אותו ביטוי. ראו פסק-דין קידום, בע' 16. עמד על כך פרופ' נימר:

The presence or absence of a captive audience is a relevant factor which should be taken into account in reaching a proper accommodation between given speech and anti speech interests. It is useful in drawing an appropriate definitional balance.  
[M.B. Nimmer, *On Freedom of Speech* (1992), 1-40]

שנית, אמנם אין ספק כי הסרט פוגע ברגשות רבים מבני הציבור בישראל בכלל, ובמיוחד ברגשות החיילים שהשתתפו בקרב ובני-משפחותיהם, לרבות ההורים, בני-הזוג והאחים השכולים, וביניהם המשיבים 3-32. אך אין לומר כי פגיעה זאת – עם כל הקושי שבה – אינה בגדר הנסבל בחברה הישראלית הדמוקרטית. חברה דמוקרטית פתוחה, המקיימת חופש ביטוי מתוך ביטחון כי בערך זה יש כדי לקדם את החברה ולא לאיים עליה, מוכנה לשאת בשם הביטוי החופשי פגיעה, ואפילו פגיעה ניכרת, ברגשות הציבור. יפים לכאן דברי השופט דגלאס:

A function of free speech... is to invite dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger. Speech is often provocative and challenging. It may strike at prejudices and preconceptions and have profound unsettling effects as it presses for acceptance of an idea. That is why freedom of speech though

not absolute... is nevertheless protected against  
 censorship or punishment...  
 [Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1, 4 (1949)]

בגדרי ההגנה על חופש הביטוי בישראל נפסק, למשל, כי יש להתיר הדבקת מודעות, המגנות בלשון חריפה ובוטה במיוחד את מדיניות הממשלה (בג"ץ 206/61 המפלגה הקומוניסטית הישראלית נ' ראש העיר ירושלים, פ"ד ט"ו 1723); כי ניתן להקרין סרט, העלול לפגוע ברגשות מאמינים נוצרים עקב פגיעה בדמותו של ישו (פסק-דין *Universal* הנ"ל); כי יש להתיר שידורו בטלוויזיה של סרט תיעודי, שנטען כי הוא מגמתי בתיאור אירועים שקדמו לרצח ראש הממשלה יצחק רבין (פסק-דין נוביק הנ"ל); וכי יש להתיר תלייתן של מודעות ברחבי העיר ירושלים, המגנות בלשון גסה ומעליבה את יושב-ראש האופוזיציה דאז, חבר-הכנסת יוסי שריד (פסק-דין אינדור הנ"ל). רף גבוה במיוחד בהגנה על ביטוי, על אף פגיעתו הקשה ברגשות, הוצב בפסק-דין לאור הנ"ל בעניין המחזה "אפרים חוזר לצבא", שבו הושווה הממשל הצבאי בשטחים לשלטון הנאצי. בכל אותם מקרים קבע בית-המשפט, כי חרף הפגיעה הברורה ברגשות הציבור מחייב חופש הביטוי כי הביטויים הפוגעים לא ייאסרו. הוא הדין, לדעתי, אף במקרה שבפנינו.

המשיבים ביקשו להסתמך על עניין עין גל (בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג(1) 274), שבו אישר בית-המשפט העליון את החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות לפסול להקרנה סרט תיעודי, שבו נטען כי ערביי ארץ-ישראל גורשו מאדמתם בידי מתיישבים יהודים, בנימוק כי מדובר בסרט שקרי ובלתי מאוזן, המבזה את מדינת ישראל, מחליש את מעמדה בעולם ועלול להסית לאלימות. אלא שמאז ניתן פסק-דין זה בשנת 1979 השתנו העתים והשתנה הדין. נוכח הפסיקה שניתנה מאז אין עוד ההלכה שנקבעה שם יכולה לעמוד. על-כל-פנים, סבורה אני כי החברה הישראלית מסוגלת כיום להתמודד עם ביטויים מעין אלה.

כאבן של המשפחות השכולות ותחושותיהם הקשות של הלוחמים מובנים, ואין באי-פסילת הסרט משום התעלמות מכך או משום הפחתה מן ההערכה וההוקרה על תרומתם לביטחון המדינה. אף אין משמעות הדבר מתן גושפנקא לאמור בסרט. אלא שראוי הוא, כי אף המשיבים ימקדו מאמציהם – כפי שאכן עשו, ובמידה לא-מבוטלת של הצלחה – בהתמודדות עם הפגיעה הנטענת, במגרש של חופש הביטוי.



אין מנוס איפוא מן המסקנה, כי ההחלטה שלא להתיר את הקרנת הסרט פוגעת  
שלא-כדין בחופש הביטוי של העותרים.

17. בחיבורו המפורסם משנת 1644 על אודות חירות הביטוי המודפס –  
Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing, to the  
Parliament of England – כתב ההוגה האנגלי ג'ון מילטון:

Let [the Truth] and Falsehood grapple; Who ever  
knew Truth put to the worse, 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 licensings to make  
her victorious... Give her but room, and do not  
bind her...

תנו לה לאמת להתכתש עם השקר בתנאים פתוחים  
וחופשיים; כלום אפשר לה לאמת שתצא וידה על  
התחתונה? כי מי הוא זה אשר לא יכיר בכוחה הכביר?  
אין היא נצרכת לתוכניות ולתכסיסים, אין היא נזקקת  
להיתר. כל שדרוש לה הם מרחב וחופש פעולה.

מן הדין להתיר את הקרנת הסרט "ג'נין, ג'נין" בבתי-הקולנוע ולהניח לציבור  
הצופים לשפוט אותו בעצמו. אני מציעה, על-כן, כי ייעשה צו מוחלט, המבטל את  
החלטת המועצה ומתיר את הסרט להקרנה.

המשיבים 1-2 יישאו בהוצאות העותרים, בסך כולל של 15,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופטת א' פרוקצ'יה:

אני מצטרפת בהסכמה לפסק דינה של חברתי, השופטת דורנר. מפאת חשיבות  
הענין, אבקש להוסיף את הדברים הבאים:

## עילות המועצה לפסילת הסרט

1. החלטת המועצה לביקורת סרטים לפסול את הסרט "ג'נין, ג'נין" להקרנה מסחרית נשענת על שלושה טעמים שאלה עיקריהם:

האחד – הצגה מסולפת של ארועי הקרב במסווה של אמת דוקומנטרית העלולה להטעות את הציבור, והיותו של הסרט סרט תעמולה מסולף שנעשה על ידי גורם עמו מצויה המדינה במצב של מלחמה.

השני – אופן הצגת הארועים בסרט מגיע כדי הסתה שיש בה דה-לגיטימציה לקיומה של מדינת ישראל.

השלישי – בהקרנת הסרט יש כדי לפגוע פגיעה קשה ברגשות הציבור בהצגת חיילי צה"ל כמבצעי פשעי מלחמה בניגוד מוחלט לאמת, ובהינתן סמיכות הזמן בין קרבות ג'נין לבין הצגתו של הסרט.

2. חברתי השופטת דורנר הניחה דגש בדבריה על הטעם הראשון מבין טעמי המועצה לפסילת הסרט, הקשור בהצגה המסולפת והשיקרית של מציאות הדברים האמיתית בקרב ג'נין. אני מסכימה לגישתה כי שאלת האמת והשקר בביטוי האנושי – וביצירה האמנותית בכלל זה – איננה יכולה דרך כלל לשמש עילה להגבלת חופש הביטוי, בהיות חופש זה בבחינת זכות חוקתית מן המעלה הראשונה. מזה זמן רב נשתרשה במחשבה החוקתית התפיסה כי חופש הביטוי הינו זכות יסוד רחבת היקף המשתרעת דרך כלל גם על ביטוי שקרי ומסולף. האמצעי להתמודד כנגד השקר והסילוף אינו בהכנעתו של השקר על דרך הטלת איסור על השמעתו, אלא בעשיית שימוש מקביל בחירות הביטוי הנתונה לכל אדם להציג את האמת ולהתמודד באמצעותה כנגד הסילוף והכזב בשוק רעיונות ודעות פתוח וחפשי. בזרימה חפשית ובלתי מבוקרת של מידע, דעות, רעיונות, והערכות, סופה של האמת לגבור על השקר והתמודדות זו היא מסמני ההיכר של חיי חופש במשטר דמוקרטי. בהתמודדות זו ניתן לשלב את כל אמצעי הביטוי הציבורי – הכתב, הצילום, הקולנוע, והתקשורת הלאומית והבינלאומית על גווניה וערוציה. בחלק מאמצעים אלה נעשה אף שימוש בענייננו על דרך יצירת סרט אחר בתגובה, המציג את הארועים בג'נין מנקודת ראותם של מי שלקחו חלק בקרבות מן הצד הישראלי. הפתיחות המוחלטת להגיב לאמירותיו של הסרט "ג'נין-ג'נין" בהצגה מלאה של הנתונים, העובדות והמציאות האמיתית שארעה בשטח גורעת באופן ניכר מהשפעתו המזיקה האפשרית של הסרט כסרט תעמולה, ומקטינה במידה רבה את החשש לפגיעתו בסדר הציבורי. אין לקבל גם את הטעם השני מנימוקיה

של המועצה לפיו הצגת הארועים גובלת בהסתה ויוצרת דה-לגיטימציה לקיומה של המדינה. הקרנת הסרט מיועדת לציבור הרחב בבתי הקולנוע בישראל. החשש כי מצגי הסרט יסיתו את הציבור או חלקים ממנו לאי הכרה בזכות הקיום של המדינה הוא חשש רחוק שאינו מעוגן בסיכונים מוכחים של ממש.

### פגיעה ברגשות הציבור

3. אלא, שלטעמי, הנימוק השלישי מנימוקיה של המועצה לאיסור הקרנת הסרט שעניינו פגיעה קשה ברגשות הציבור, מחייב בחינה והערכה מיוחדות, וסביבו טמונה הדילמה העיקרית בפרשה זו. בהיבט זה אני רואה את הגרעין המרכזי של המחלוקת, והוא הניצב במרכזה של מערכת האיזונים בין הערכים השונים המתנגשים בסוגיה זו. האם תוכנו של הסרט המציג את חיילי צה"ל כמי שבצעו באורח שיטתי פשעי מלחמה בקרב ג'נין מצדיק הטלת איסור על הקרנתו עקב פגיעתו הקשה ברגשות הציבור על רבדיו השונים – ציבור הדוחה בשאט נפש את מסריו של הסרט כעומדים בניגוד מוחלט לאמת ולממצאים העובדתיים ומתקומם כנגד הנסיון לערער את דמותו של צה"ל ודמותה של החברה בישראל כחברה המושתתת על ערכי מוסר אנושי וכבוד לחיי אדם. השאלה המהותית בעיני היא האם פגיעה ממשית ברגשות הציבור עקב הקרנתו של הסרט מצדיקה בנסיבות ענין זה הטלת איסור על הצגתו בבתי קולנוע, כפי שסברה המועצה, או שמא יש עילה להתערב בהחלטתה כחורגת ממתחם הסבירות.

4. בתשובת המשיבים לעתירה נטען בין היתר: פעילות צה"ל בג'נין נכפתה על מדינת ישראל כתגובה לפיגועי טרור שהגיעו לשיאם במרץ 2002, ואשר בהם נהרגו מאות אזרחים ישראלים ונפצעו אלפים. לנוכח זאת, נדרש צה"ל להיכנס למרכזי טרור, ובהם ג'נין, בה פעלה תשתית טרור עניפה וחסרת תקדים בהיקפה. במחנה התנהלו קרבות קשים, במהלכם נהרגו 23 חיילי צה"ל. פעילי הטרור הניחו במחנה עשרות מילכודים ומטעני חבלה, תוך ניצול האוכלוסיה וסיכונה, ושימוש בילדים ונשים וכן באמצעים לסיוע הומניטרי, כדוגמת אמבולנסים, לצרכי פעולות טרור.

5. הטענות העיקריות המועלות בסרט הן: צה"ל ביצע טבח בג'נין וניסה לטשטש אותו ולהעלים את הגופות. חיילי צה"ל פגעו במכוון בילדים, נשים, זקנים, ואנשים מוגבלים. נעשה שימוש במטוסים ובארטילריה להפצצת המחנה ובכך נגרמה פגיעה נרחבת בחיי אדם ורכוש; מנהל בית החולים בג'נין, ד"ר אבו ראלי, טוען בסרט כי בית החולים הופגז ונהרס, וכי צה"ל פגע במתכוון באספקת המים והחשמל של בית החולים; קשיש, תושב ג'נין, בן 75 מספר בסרט כשהוא ממרר בבכי, כי הוצא ממיטתו באישון לילה, נורה בידו, ולאחר שלא הצליח לציית לפקודות החיילים, נורה שוב

ברגלו; בסרט מופיעים צילומים בהם נראים עצורים פלסטינים כפותים שכובים על הקרקע ונגמ"ש נוסע לעברם. הסרט יוצר תרחיש כאילו טנקים ונגמשי"ם דורסים את העצורים באמצעות חיבור קטעי תמונות ומלל, וראיונות עם אנשים שונים; אחד המרואיינים מספר על הילד מוניר וושיחי שכדור רובה פגע בחזהו, אשר נפטר מאחר שחיילים מנעו פינויו לבית החולים; כן מדובר בסרט על כך כי בחור בשם אבו ג'נדל נכפת על ידי חיילי צה"ל ונורה בראשו פעמיים, וכי חיילי צה"ל השתמשו בילדים לצורך פריצת חורים בקירות מיבנים והריסת מיבנים וחלק מהם הוצא להורג לאחר מכן על ידי החיילים. הסרט מייחס לצה"ל הריסת בתים על יושביהם.

6. הטענות האמורות קשות הן עד מאד. הן מקבלות מישנה חומרה כאשר הן מוצגות במידיום ויזואלי קל ונוח לקליטה, העושה שימוש, כנטען, בצילומים מסולפים מן השטח ובראיונות עם אנשים המספרים, כביכול, את סיפורם האישי, בין כעדי ראייה ובין כנפגעים ישירים. תשובתם של המשיבים למסריו של הסרט היא, בראש וראשונה, כי דרך הפעולה של צה"ל לאורך כל הקו מתאפיינת במאמץ לצמצם ככל הניתן את הפגיעה באזרחים חפים מפשע וברכוש. נוכח מדיניות זו לא ננקטו דרכי פעולה צבאיות שעשויות היו להביא להשלמת המשימה הצבאית בצורה מהירה יותר ותוך הקטנת הסיכון לחיילים, כגון שימוש במטוסים ובארטילריה. בג'נין לא היה טבח. עלילות השוא של ההנהגה הפלסטינית הופרכו כחסרות בסיס גם על ידי גופים בינלאומיים. מספר ההרוגים הפלסטינים על פי נתוני אמת עמד על 52 וחלק הארי מהם נמנה על אלה שלחמו בחיילי צה"ל. אשר לטענות בדבר בית החולים – מחבלים התבצרו בו, וסיכנו בכך את שלום החולים. למרות זאת, הקפידו חיילי צה"ל על פי הנחיות שקבלו שלא לפגוע בבית החולים ולא להיכנס אליו, לא לירות לעברו, ולאפשר את המשך פעילותו, והם אף סיפקו לו גנרטור, מים, חשמל וחמצן; צה"ל עשה מאמצים רבים לטפל בפצועים ובחולים מביין הפלסטינים ואיפשר להם לקבל סיוע רפואי. 257 פצועים פונו לבית חולים בג'נין ו-60 פצועים וחולים פונו לבתי חולים בישראל; דבריו של הקשיש בסרט אודות נסיונו האישי עם החיילים הינם מופרכים מעיקרם, ועל כך ניתנה עדות הרופא הישראלי שטיפל בו; לא היה שום מקרה של פלסטיני אשר נדרס על ידי רכב צבאי, והטענה בדבר דריסת אנשים על ידי נגמ"ש ישראלי מופרכת מיסודה. הילד המתואר על ידי המרואיין כמוניר וושיחי היה לוחם חמאס כבן 19 שנהרג בפעולה כנגד צה"ל; אין בסיס לטענות כי אבו ג'נדל נתפס, נכפת, ונורה מטווח קצר על ידי חיילי צה"ל. אין גם יסוד לטענות כי חיילי צה"ל השתמשו בילדים ופגעו בהם במכוון. המחבלים הם אלה שהשתמשו בילדים לפיזור מטענים וביצוע תצפיות עבור המחבלים; אשר להריסת בתים – אכן במהלך הפעילות הצבאית נהרסו בתים פרטיים ונפגע רכוש, אולם לא בהיקף המתואר על ידי הפלסטינים. הפגיעה בבתים התחייבה נוכח השימוש

שעשו המחבלים בבתי תושבים על מנת לפגוע מתוכם בחיילי צה"ל, כאשר פעילי טרור התבצרו בבתיים, ירו מתוכם, וסיכנו בכך את האוכלוסייה המקומית ורכושה. חלק מהבתיים אף מולכדו על ידי פעילי הטרור. אחת הדרכים להכניע את הטרור ולצמצם את הפגיעה בחפים מפשע היתה באמצעות שימוש בדחפורים להריסת בתים לאחר מתן שהות מספקת למתבצרים לצאת מן הבתים, והדבר נעשה משיקולים צבאיים.

7. מסריו של הסרט "ג'נין, ג'נין", כמתואר לעיל, כרוכים בפגיעה של ממש ברגשות חוגים רחבים של הציבור בישראל. הצגה, דוקומנטרית כביכול, של פעולות חיילי צה"ל כעולות כדי פשעי מלחמה מעוררות תגובה רגשית קשה בציבור על שלושת מעגליו: המעגל הקרוב של החיילים שהשתתפו במבצע וחוו מקרוב את אימת הקרב ואת הסבל והטרגיות שבאובדן חבריהם לנשק שנלחמו לצידם; מעגל המשפחות השכולות שאיבדו את היקרים להם בקרבות הקשים; ומעגל שלישי, עליו נמנים חוגים רחבים מן הציבור בישראל, המעורבים והנוטלים חלק פעיל או סביל בכל התרחשות בעלת משמעות בחיי המדינה והחברה, ושותפים בהזדהות מלאה עם תחושות הצד הישראלי בכל הקשור למהלך הקרבות בג'נין, לדמותו האנושית של צה"ל, ולכאב ולאבל על אובדן חיי החיילים בלחימה. שלושה מעגלים אלה של הציבור בישראל חשים עצמם מחוייבים לאמות מידה בסיסיות של אנושיות וכבוד לחיי אדם גם במלחמה עם האויב. שוררת בקרבם התודעה והבטחון כי לוחמת צה"ל בג'נין התאפיינה בהקפדה על אמות מידה הומניטריות ואף למעלה מכך: הם נחושים באמונתם כי, עקב שמירה קפדנית על כללי לוחמה שימזערו פגיעה באזרחים חפים לא נעשה שימוש באמצעי לוחמה דרסטיים, אשר עשויים היו להקל על השגת היעדים הצבאיים ביתר מהירות, תוך מתן הגנה רחבה יותר לחייהם של חיילי צה"ל. תחושת הציבור היא כי אובדן חיים מבין חיילנו נגרם במידה לא מעטה משיטות לוחמה מוגבלות במכוון בהיקף פגיעתן, אשר תבעו מחיר חיים יקר לצד הישראלי. על רקע זה, ייחוס פשעי מלחמה לחיילי צה"ל שלחמו בג'נין הוא מעשה פוגעני בצורה ממשית, ופגיעתו מקיפה רבדים שונים של הציבור בישראל. עומק הפגיעה מושפע גם מקרבת הזמן שבהקרנת הסרט לארועי הקרב הקשים ולתחושת הכאב הגדול על אובדן חיי אדם שלא קהה. הפגיעה מתעצמת גם נוכח מציאות החיים שבה פעולות הטרור עדיין משתוללות בישובי הארץ וההתמודדות היומיומית כנגדן הן במישור הצבאי והן במישור האזרחי נמשכת. על רקע דברים אלה, מובנת תחושת הפגיעה ברגשות הציבור בישראל הכרוכה בהקרנת הסרט "ג'נין, ג'נין", על תכניו, מסריו, ומגמותיו. זוהי פגיעה בחיל כפרט אשר נלחם בקרב והעמיד חיו מנגד תוך שמירה על ערכים אנושיים גם במלחמה; זו פגיעה בצבא כולו שערכים אלה מכוונים את דרכו; זהו כאבן של המשפחות השכולות שהשכול מלווה אותן יום ויום ושעה שעה, וזוהי פגיעה בציבור

רחב בישראל, החש הזדהות עמוקה עם הווייתה של המדינה, שותף להתמודדויותיה בתחומי החיים השונים, ומחוייב לדמותה האנושית והמוסרית של החברה בישראל.

8. מהם גבולות חופש הביטוי – ובמקרה זה חופש היצירה הקולנועית – כאשר אל מול חופש הביטוי מתמודד ערך ההגנה מפני פגיעה של ממש ברגשות הציבור – פגיעה שעניינה האשמה חמורה כלפי הצבא בפעילות צבאית בלתי אנושית והפניית אצבע מאשימה כלפי דמותה הערכית והמוסרית של החברה בישראל. האם פגיעה כזו מצדיקה הגבלת הצגתה של יצירה קולנועית? מהם גבולות חופש ביטוי זה כאשר הפגיעה ברגשות הציבור נגרמת בעיתות משבר לאומי, או בעיתות חירום של מלחמה? זו השאלה שלפנינו.

### סמכותה של המועצה

9. סמכותה של המועצה לאסור הקרנת סרט נובעת מפקודת סרטי הראינוע. סעיף 4(1) לפקודה קובע כי "אסור להציג כל סרט ראינוע אלא אם כן נתאשר להצגה וסומן על ידי המועצה". משמע, שאין להתיר הצגה קולנועית בלא קבלת היתר מהמועצה. הפקודה אינה קובעת אמות מידה לשיקול דעת המועצה, וחרף האופן בו הוגדרה סמכותה בפקודה, אין היא חפשית בשיקוליה, וככל רשות בעלת סמכות סטטוטורית, מוגבלת היא על פי גבולות שיקול הדעת הנשאבים מהחיקוק שהקים אותה, על פי מילותיו ותכליתו. כבר נפסק בעבר כי המועצה פועלת בד' אמות המטרה שלשמה הוקמה, כפי שהדבר עולה מן הפקודה ועיקר מטרה זו הוא להעניק לה סמכות למנוע מראש הצגת סרט הפוגע בסדר הציבורי (השווה פסק דינו של השופט ברק בבג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י מא(1) 421, 430). "סדר ציבורי" בהקשר זה פורש בהרחבה ככולל "פגיעה בסדר הציבורי, בין אם פגיעה זו באה במעשה עבירה, ובין אם היא באה במעשה בלתי מוסרי או במעשה אחר הפוגע ברגשות הציבור ובשלומו" (הדגשה לא במקור) (בג"צ 146/59 כהן נ' שר הפנים, פד"י י"ד 284; בג"צ 381/66 היועץ המשפטי לממשלה נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י כ(4) 757); ובלשונו של השופט זמיר בפרשת נאמני הר הבית (בג"צ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פד"י נא(2) 509, 522):

"מבחינה מהותית, רגשות הציבור, לרבות רגשות דתיים,  
הם היבט של שלום הציבור".

(ראה גם בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פד"י מא(3)

255, 295, ופרשת לאור, שם, עמ' 430).

בהיות המושג "פגיעה בסדר ציבורי" מושג רחב הכולל בתוכו שורה רחבה של עניינים הנוגעים לשלום הציבור, הוא מתפרש גם על פני מעשי פגיעה ברגשות הציבור. מכאן, כאשר באה המועצה לקבוע אם להתיר או לאסור הקרנתו של סרט, עליה להעמיד במרכז שיקוליה, מן הצד האחד, את עקרון חופש הביטוי המשקף זכות יסוד בעלת משקל חוקתי ומן הצד השני ערכים אחרים שהיא מופקדת על שמירתם, המגולמים בצורכי ההגנה על שלום הציבור והסדר הציבורי. השיקולים האם מסריו של סרט שמבקשים להקרין הם אמת או סילוף, או האם הסרט הינו בעל ערך אומנותי אינם ממין השיקולים שעל המועצה להעמידם כנגד חופש הביטוי. הם, כשלעצמם, אינם משליכים על הערך המוגן של שמירה על הסדר הציבורי. לעומתם – החשש מפני פגיעה ברגשות הציבור עקב הקרנת סרט בעל משקל פוגעני עשוי להוות שיקול רלבנטי וחשוב במערך האיזונים בין הערכים שעל המועצה לערוך בטרם תקבל החלטתה.

בהפעלת שיקול דעתה, פועלת המועצה כרשות עצמאית ודרך כלל לא ימיר בית המשפט שיקול דעתו בשיקול דעתה. עם זאת, בקבלת החלטתה, מחוייבת המועצה לפעול במיתחם הסבירות, תוך הערכת שיקולים רלבנטיים לענין באיזון ראוי ביניהם. בדרכה זו עליה להשען על אמות מידה שהותוו בדין כפי שפורשו על ידי בתי המשפט (בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פד"י מה(4) 683, 693; בג"צ 4804/94 חב' סטיישן פילם נ' המועצה לבקורת סרטים, פד"י נ(5) 661, 685). תכלית הביקורת השיפוטית על הפעלת שיקול דעת זה היא, איפוא, לבחון האם החלטת המועצה נשענת על שיקולים רלבנטיים והאם ניתנה כפרי איזון ראוי בין הערכים המתנגשים בנסיבות הענין.

האם בקובעה כי יש בהקרנת הסרט "ג'נין, ג'נין" בבתי הקולנוע משום פגיעה קשה ברגשות הציבור ולכן יש לאוסרו להקרנה, הפעילה המועצה את שיקול דעתה במסגרת המטרות שלהשגתן הוסמכה לפעול, והאם בעשותה כן פעלה במיתחם הסבירות על פי אמות המידה שנקבעו בדין ובפסיקת בתי המשפט? זו תמצית השאלה בענייננו.

#### חופש הביטוי מול פגיעה ברגשות הציבור

10. בהפעילה את שיקול דעתה אם לאסור הקרנתו של סרט, על המועצה להעמיד זה כנגד זה את ערך חופש הביטוי מול ערך נוגד של שמירה על הסדר הציבורי, ובמקרה זה – פגיעה ברגשות הציבור. אמות המידה להפעלת שיקול דעתה של המועצה נחרשו בתלמים עמוקים בהלכה הפסוקה במקומנו ויש ליישמן, כרוחן, בענייננו. חופש הביטוי

הוא הכלל, והוא ערך יסוד בתפיסה הערכית הבסיסית של זכויות האדם המקובלת בישראל. הוא נגזר מאופיו הדמוקרטי של המשטר ומתחייב משיטת הבחירות ומהזכות לבחור ולהיבחר; הוא נגזר ממושגי החופש האישי להשמיע רעיונות ודעות ולהציג מצגי עובדות, בין נכונים ובין מסולפים, וכן לחזות, לשמוע ולקלוט אותם; הוא נובע מהזכות לבקר את השלטון, ומתפרש על החופש להביע מסרים כלשהם באמצעות יצירה אומנותית בכל אמצעי, ללא קשר לטיבה, לתוכנה, לרמתה או לאמיתותה של היצירה. מבין דרכי הביטוי השונות, חופש הבעת הדעה באמצעות היצירה האומנותית הוא מן הרחבים ביותר. וכך, "חופש הביטוי הוא החופש של היוצר לפרוץ את סגור לבו, להניף כנף, וליתן דרור למחשבתו. במשטר דמוקרטי, קיומה או חדלונה של יצירה הוא ביטוי לכח הפנימי הטמון בה ולא ביטוי לכח השלטון המפקח עליה" (דברי השופט ברק בפרשת לאור, שם, עמ' 433). החופש ליצור מתפרש גם על פני חופש ליצור יצירה בעלת מסר פוליטי – אמיתי, כוזב או פוגעני ככל שיהא (בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פד"י נג(3) 817, 830; פרשת סטייטן פילם, שם, עמ' 676). בהליך דמוקרטי, דרך ההתמודדות עם מסר פוגעני אינו באמצעות הטלת איסור על ביטוי אלא על דרך שימוש בחירות הביטוי הנתונה לאחר להגיב לו ולהציג את האמת שלו במסר משלו. וכך, בזרימה בלתי מופרעת של דעות ורעיונות תמצא האמת את מקומה על דרך התמודדות חזיתית כנגד הסילוף והעיוות, כשהיא מוצגת על במת-ביטוי חופשית שבה כל אדם רשאי לומר את אשר עם לבו.

11. חופש הביטוי אינו מוחלט. עשויים לעמוד כנגדו ערכים חיוניים שיש להגן עליהם כדי להבטיח חיי חברה תקינים. מביניהם, הצורך בשמירה על הסדר הציבורי במשמעותו הרחבה הוא מערכי היסוד של החברה, ובלא הגנה עליו עלולים יסודות המדינה והמשטר הדמוקרטי להינזק. כאשר נוצר ניגוד בין הזכות לחופש ביטוי לבין ערך ההגנה על הסדר הציבורי יש להכריע בהתמודדות בין ערכים אלה. יש לאזן בין הערכים המתנגשים על פי טיבם של הערכים המתחרים. דרך האיזון נעשית על פי החשיבות היחסית שיש לייחס לערכים השונים במדרג חשיבותם על פי התפיסה החוקתית הנוהגת. בערך חופש הביטוי יש להעריך את המשקל היחסי של הזכות בהתאם לאופי הביטוי המתבקש במקרה נתון ואין בהכרח משקל זהה לסוג הביטוי בכל הקשר. באותה מידה, ישנם ערכים שונים הראויים להגנה במסגרת ערך ה"סדר הציבורי" אשר גם להם אין בהכרח משקל אחיד. וכך, האיזון בין הערכים המתמודדים נעשה תוך ייחוס משקל ראוי לכל אחד מהם בהתאם לאופיים, ולהקשר הדברים ולנסיבות המיוחדות של הענין.



12. במושג שלום הציבור וסדר ציבורי נכלל גם ערך מוגן של שמירה על רגשות בני הציבור (בג"צ 651/03 האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-16, פד"י נז(2) 62, 73; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פד"י נא(4) 1, 5-34; ד. סטטמן, פגיעה ברגשות דתיים, רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר זכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל, 1998, עמ' 133). חשיבותו של ערך זה רבה הן בתחום הפרט והן בתחום חיי החברה והלאום. ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור היא צורך טבעי של האדם לא פחות מהצורך בהגנה מפני פגיעה בגופו וברכושו, ופעמים אף מעבר לכך. היא נועדה להגן על נכסיו הרוחניים, על ערכיו התרבותיים והמוסריים, ועל האמת הפנימית שלו מפני פגיעה. היא נועדה לסוכך עליו מפני ביזוי היקר לו ומפני הטלת כתם על ערכי חייו המקודשים ביותר.

ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור הינה ערך ראוי גם אם השלכתה של הפגיעה אינה חורגת מגדר גרימת כאב, רוגז, או רגשות מחאה בקרב פרט או בקרב חוגים בציבור. עם זאת היקף הפגיעה ומידתה אינם קשורים רק במהותה ובתכניה אלא גם בעיתוי שבו היא עולה. לא הרי פגיעה ברגשות בעיתות שלווה ורגיעה כפגיעה בעיתות מלחמה וצוק העיתים. חומרת הפגיעה ניזונה מהאקלים החברתי ומנסיבות הזמן והמקום של התרחשותה. השפעתה של פגיעה ברגשות בעיתות של חירום לאומי עשויה לחרוג אף מגדר תופעה הגורמת לכאב, מחאה ורוגז בחוגי ציבור רחבים. היא עלולה להביא עמה נזק מוראלי, לעיתים חסר תקנה, העלול ליצור בקיעים בחוסן החברתי הפנימי, ביכולת הביצוע של משימות לאומיות, ובכושר ההתמודדות עם משימות הגנה קיומיות המוטלות על החברה בישראל. בנסיבות כאלה תתכנה השלכות חברתיות נרחבות יותר לפגיעה ברגשות הציבור, העשויות להוליד צורך בהגנה על תחומים נוספים שבסדר הציבורי.

### דרך האיזון

13. חופש הביטוי משמעו חופש לבטא השקפות, רעיונות, דעות ומצגי עובדות יהא אשר יהא תוכנם ותוצאתם. חופש זה עלול לפגוע ברגשות הציבור ובכך בסדר הציבורי. ערך חופש הביטוי וערך ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור הם שניהם ערכי יסוד בשיטתנו המשפטית. לצורך איזון ביניהם יש להעריך מצד אחד את סוג הביטוי המתבקש ואת משקלו בתחום סוגי ההתבטאות על פי הקשרם. מצד שני, את הפגיעה ברגשות יש להעריך בשני מישורים: מישור חומרת הפגיעה ומישור ההסתברות להתרחשותה (פרשת תנועת נאמני הר הבית, שם, עמ' 522). אשר להסתברות התרחשות הפגיעה, עליה להיות בדרגת ודאות קרובה (בג"צ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיו נ' המועצה לבקורת סרטים, פד"י מג(2) 22, עמ' 30, עמ' 40); אשר לחומרת הפגיעה, אמת

המידה שנשתרשה היא כי חופש הביטוי נסוג מפני פגיעה ברגשות הציבור רק מקום שהפגיעה היא קשה, רצינית וחמורה (לאור, שם, עמ' 435; בג"צ 351/72 קינן נ' מועצה לבקורת סרטים ומחזות, פד"י כו(2) 811) נוכח משקלו הרב של חופש הביטוי והיצירה, רק פגיעה ברגשות שעוצמתה מעבר לרמת סיבולת שעל אדם ליטול על עצמו בחברה דמוקרטית עשויה להצדיק הטלת הגבלות על חופש הביטוי (סנש, שם, עמ' 839). כדי שערך הפגיעה ברגשות יגבר על חופש הביטוי נדרשת, איפוא, כלשון בית המשפט באותו ענין "פגיעה ברגשות המזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית" (שם, עמ' 839). פגיעה כזו עשויה להתרחש כאשר היא נוגעת לתשתית הערכית העמוקה ביותר של הוויית הפרט והחברה, וכאשר יש בה כדי לערער על מושכלות יסוד בדרך העלולה לפגוע בחוסן החברתי והלאומי, ומקום שלא ניתן, או קיים קושי להגיב לה בתגובת-נגד. רמת הסיבולת של הרגשות אינה נתון קבוע, ורמה זו עשויה להשתנות מחירות לחירות ומערך לערך בהתאם לענין (פרשת תנועת נאמני הר הבית שם, עמ' 521). רף הסיבולת המצדיק הגבלת חופש ביטוי עקב פגיעה ברגשות הוא, איפוא, גבוה ביותר, ורק מצבים חריגים ויוצאי דופן של פגיעה יצדיקו הגבלת חופש ביטוי כזה, שאם לא כן, היה חופש זה עשוי להתרוקן במידה רבה מתוכנו.

בבג"צ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פד"י נא(5) 193, נקט בית המשפט (מפי השופט מצא) אמת מידה מחמירה עוד יותר להטלת הגבלות על חופש הביטוי מפאת פגיעה ברגשות הציבור, בקובעו כתנאי לכך כי:

"תוכנו של הביטוי הוא כה חמור, ופגיעתו הצפויה ברגשות הציבור עלולה להיות כה אנושה, עד שהימנעות מאיסור פרסומו תקים סכנה מוחשית וקרובה להתערעות הסדר הציבורי או להפרתו הממשית והקשה" (שם, עמ' 202).

יוצא מכך כי, ככלל, לערך חופש הביטוי מעמד בכורה בהתמודדות עם ערך ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור, כנגזר מערך ההגנה על הסדר הציבורי. רק פגיעה אנושה ברגשות, העלולה להביא לידי הפרה של ממש בסדר הציבורי, תצדיק הגבלתו של הביטוי.

14. בדמוקרטיה המערביות מקובלת תפיסה חוקתית דומה. המשפט האמריקאי, ככלל, מצר ביותר את ההכרה בפגיעה ברגשות הציבור כעילה להגבלת חופש הביטוי.

עוד בפרשת אברמס נ' ארה"ב בשנת 1919 אמר השופט הולמס:

"The hallmark of the protection of free speech is to allow 'free trade of ideas', even ideas that the overwhelming majority of people might find distasteful or discomfoting" (Abrams v. U.S., 250 US 616, 630 (1919)).

בענין Collin v. Smith, 578 F2d. 1197 (1978), הידוע כפרשת סקוקי, נמנע בית המשפט האמריקאי מלאסור קיום צעדה של המפלגה הניאו-נאצית בפרבר בשיקגו בו התגוררו מספר רב של תושבים מניצולי שואה. חרף שאט הנפש שהובעה כלפי מטרות המפלגה ודרכיה, קבע בית המשפט כי החוקה אינה מתירה הגבלת חופש הביטוי בשל תוכן מסריו, והגבלתו מותרת רק בנסיבות חריגות ביותר של תועבה, מילים "לוחמות", או סכנה ממשית לקיום רעה חמורה העלולה להתרחש אם הביטוי לא ייאסר. פגיעה ברגשות, עמוקה ככל שתהא, אינה כשלעצמה עילה להגבלת הזכות החוקתית לחופש ביטוי אלא אם היא כרוכה בפגיעה בזכות לפרטיות, או מופעלת על "קהל שבוי" שאינו חופשי להימנע מחשיפה לביטוי הפוגע (שם, עמ' 1206). וכך אומר בית המשפט (שם, בעמ' 1201):

"...our constitutional system protects minorities unpopular at a particular time or place from governmental harassment and intimidation that distinguishes life in this country from life under the Third Reich"

בקשת רשות ערעור שהוגשה באותו ענין לבית המשפט העליון נדחתה ברוב דעות: Smith v. Collin, 439 U.S. 916 (1978). השווה גם Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US 568 (1942); Street v. New York, 394 US 576 (1969). זו פסק בית המשפט העליון האמריקאי לאורך שנים, ואף לאחרונה בענין Virginia v. Black, 123 S. Ct. 1536 (2003) במקרה זה נפסק כי חוק במדינת וירג'יניה שנועד לאסור בצורה גורפת על שריפת צלבים אינו חוקתי ופגיעה ברגשות בני אדם הנחשפים לשריפת הצלב אינה עילה מספקת לאסור על השריפה כל עוד לא הוכחה הסתברות גבוהה להתפתחות אלימות עקב מעשים אלה. השאלה עלתה בעקבות שריפת צלבים על ידי ארגון הקו-קלוקס-קלן. וכך כותבת השופטת O'Connor באותו ענין (שם, עמ' 1551):

"It may be true that a cross burning, even at a political rally, arouses a sense of anger or hatred among the vast majority of citizens who see a burning cross. But this sense of anger or hatred is not sufficient to ban all cross burnings. As Gerald Gunther has stated, "the lesson I have drawn from my childhood in Nazi Germany and my happier adult life in this country is the need to walk the sometimes difficult path of denouncing the bigot's hateful ideas with all my power, yet at the same time challenging any community's attempt to suppress hateful ideas by force of law"

באנגליה הוכר משקלו הרב של חופש הביטוי תוך הכרה כי ישנם אינטרסים ציבוריים שונים העשויים להצדיק הגבלתה של חירות זו (Halsbury's Laws of England, 1996, Vol 8 (2), p. 104; Feldman, Civil Liberties and Human Rights in England and Wales, 1993, p. 560).

באוסטרליה נתפש חופש הביטוי כאמצעי להשגת מטרה חברתית העשויה לקדם את השיח הדמוקרטי ולא כזכות העומדת לעצמה. מהשקפה זו נגזר מרחב ההגנה הניתן לה. (Chesterman, *Freedom of Speech in Australian Law*, 2000, p.18, 238). הפסיקה האוסטרלית נוטה להכיר בהגבלת חופש הביטוי כשמדובר בפגיעה הנוגעת לגזע, צבע עור או מקור אתני. (Toben v. Jones, 199 A.L.R. 1 (2003) (FCAFC 137)). פגיעה ברגשות דת, עמוקה ככל שתהא לא היוותה עילה מספקת להגבלת חופש הביטוי והיצירה: כך, בענין Archbishop of Melbourne v. The Council of Trustees of the National Gallery of Victoria (1997) 96 A CRIM R 575. נמנע בית המשפט מלאסור הצגת יצירת אמנות אשר השפילה את ישו על ידי הצגתו טבול בשתן.

#### פגיעה ברגשות בעיתות חירום ומשבר לאומי

15. עיתות חירום של מלחמה או של משבר לאומי מעניקות לאינטרס הציבורי של שמירה על שלום הציבור משקל רב יותר בעומדו כנגד חופש הביטוי. במצבים כאלה מקבל גם ערך ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור משקל מיוחד, העשוי להסיט את נקודת האיזון בין הערכים המתנגשים ולהעלות את ערך שלום הציבור ובטחונו לגדר אינטרס בכורה. אולם גם בנסיבות אלה, על הגבלת חירות הביטוי להיות מידתית, ולא לעלות על המידה ההכרחית להשגת התכלית האחרת.

זכורים בענין זה דבריו של השופט אגרנט בפרשת קול העם (בג"צ 73/53 פד"י

ז(2) עמ' 871, בעמ' 880 :

"בתקופת הרת-עולם- למשל, כאשר המדינה נתונה במצב מלחמה או עובר עליה משבר לאומי ממין אחר – יש להכריע את הכף – לפי מסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה – לטובת בטחון המדינה".

עיתות משבר לאומי ומלחמה עשויות להוליד צורך ממשי בהגבלת חופש ביטוי להגנת הסדר הציבורי. גם בארה"ב, ערש ההגנה על חירויות היסוד של הפרט, הוגבל חופש הביטוי מקום שהמדינה היתה מעורבת בפעולה מלחמתית והביטוי עלול היה לפגוע במשמעת הצבא. בענין (Schenk v. U.S., 249 US 47, 52(1919) פסק בית המשפט העליון האמריקאי (מפי השופט הולמס):

"When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court could regard them as protected by any constitutional right" .

והמבחן לכך הוא :

"Clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent".

ובענין (Abrams v. U.S. 250 U.S. 616 (1919) הדגיש השופט הולמס (הפעם בדעת

מיעוט):

"Only the emergency that makes it immediately dangerous to leave the correction of evil counsel to time warrants making any exception to the sweeping command "Congress shall make no law...abridging the freedom of speech" .

עשור לאחר מכן חזר השופט ברנדייס וחיזק את אותה תפיסה בענין Whitney

.v. California, 274 U.S. 357 (1927) .לניתוח דרך היישום של מגבלות חופש הביטוי

בעת משבר לאומי בארה"ב ראה מחקרה של פרופ' פנינה להב לשם קבלת התואר  
דוקטור 1973, Freedom of Expression During National Security Crises.

באנגליה, בה ניתנה ככלל הכרה חוקתית רחבה לחופש הביטוי, הכיר בית  
המשפט בחוקיות הטלתן של מגבלות מסוימות על שידורי רדיו וטלוויזיה הקשורים  
במאבק בין אנגליה לצפון אירלנד. בענין R v. Secretary of State for the Home  
Department, ex parte Brind, (1991) 1 AC 696 אישר בית הלורדים את הפעלת  
סמכות הרשות המבצעת להגביל שידורים ישירים של נואמים מקרב הארגונים הצפון  
אירלנדיים בשל פגיעה קשה ברגשות הצופים במיוחד לאחר מיתקפות טרור. פרסום  
תוכן הנאומים עצמם לא נאסר, אולם נאסר שידורם של הנאומים בקולות הנאומים  
עצמם, וההגבלה האמורה הוכרה כמצויה במיתחם הסבירות והמידתיות.

אכן, מצבים קשים של משבר לאומי או מצב חירום הקשור במאבק מזויין של  
המדינה עשויים להוליד שינוי בהערכת משקלם היחסי של ערכי חופש הביטוי מול ערך  
ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור המתמודדים על ההגנה החוקתית. כל מערכת  
חוקתית וכלליה היא באשר לאופן ההתמודדות עם מצבי משבר ויישום השינויים  
המתבקשים מכך בנקודות האיזון בין הערכים הנוגדים.

16. אמות המידה לאיזון בין ערך חופש הביטוי והיצירה לבין ערך ההגנה מפני  
פגיעה על רגשות הציבור, כחלק מההגנה על הסדר הציבורי, הן, איפוא, אלה: לחופש  
הביטוי ינתן, דרך כלל, מעמד בכורה גם מקום שחופש זה מנוצל לפגיעה ברגשות,  
ואפילו מדובר בפגיעה ממשית. רק במצבים חריגים וקיצוניים בהם הפגיעה הינה  
מעבר לסף הסיבולת האנושי שראוי לשאתו במשטר דמוקרטי באופן העלול להפר  
באופן ממשי את שלום הציבור ואת הסדר הציבורי, יהא מקום להגבלה מידתית של  
חופש הביטוי. מצבים של משבר או חירום לאומי עשויים לבוא בגדר אותם מקרים  
חריגים וקיצוניים.

17. כאמור, בגדר הפעלת סמכותה לאסור הקרנת סרט, על המועצה להתחשב בערך  
ההגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור כערך מתמודד עם חופש הביטוי והיצירה, ומדובר  
בשיקול רלבנטי (פרשת חורב, שם, עמ' 5-34) שאלה היא מה דרך האיזון הראויה בין  
ערך זה לבין ערך חופש הביטוי, ומהו משקלו היחסי של כל אחד מערכים אלה במסגרת  
איזון כאמור, נוכח הנסיבות שברקע הענין.

## מן הכלל אל הפרט

### תוצאות האיזון

18. הסרט "ג'נין, ג'נין" מתיימר להיות סרט דוקומנטרי המתעד את עלילות קרבות ג'נין מנקודת ראותו של הצד הפלסטיני. גם אם יש בו הצגה חד מימדית, סובייקטיבית, ואף מסולפת וכוזבת של עובדות, נקודת המוצא היא כי עומדת ליוצריו זכות להציגו - זכות הנובעת מחופש הביטוי והיצירה המוגן כזכות יסוד במקומנו.

כנגד זכות זו עומדת הפגיעה שנפגעים חוגים רחבים מן הציבור בישראל מתכניו ומסריו של הסרט. לצורך ענייננו, ראוי להניח כי ההסתברות להתרחשות הפגיעה ברגשות הציבור עקב התרתו של הסרט "ג'נין, ג'נין" להקרנה בבתי הקולנוע אינה מסתכמת לגדר ודאות קרובה, אלא היא בגדר ודאות מוחלטת. עם זאת, השאלה היא האם הפגיעה ברגשות הציבור עקב הקרנתו הצפויה של הסרט מגעת כדי החומרה הנדרשת על פי אמות המידה שעוצבו בהלכה הפסוקה לצורך העדפת ההגנה על הרגשות מפני ערך חופש הביטוי והיצירה.

דעתי היא כי בנסיבות הענין, אף שמדובר בפגיעה עמוקה וממשית, אין היא מגעת כדי הסף הגבוה הנדרש לצורך הסגתו של חופש הביטוי מפניה. אכן, מדובר בפגיעה ברגשות שהיא רחבה ועמוקה כאחד (השווה פרשת נאמני הר הבית, שם, עמ' 524-5). אין היא מוגבלת לאדם אחד או לקבוצה קטנה של אנשים המהווים מיעוט קטן בחברה. היא מקיפה את חיילי צה"ל שנלחמו בקרבות ג'נין וחבריהם המשרתים בחילות הסדירים והמילואים, המופקדים על משימות ההגנה על הבטחון; היא משותפת למשפחות השכולות של החיילים שנתנו את נפשם בקרבות ג'נין, והיא נחלת חוגים רחבים בציבור כולו. אין מדובר בפגיעה קלת-ערך, החולפת על פני השטח ונישאת עם הרוח. זו פגיעה ממשית, אמיתית וקשה. היא איננה מתמצית בפגיעה בעלת אופי כללי בהווייה הערכית-מוסרית של החברה בישראל, אלא היא קשורה בארועים ספציפיים וממוקדים שזכרונם הקשה עדיין חי בקרב ישראלים רבים שלקחו בהם חלק. עם זאת, אין הפגיעה מזעזעת את אמות הסיפים של הסיבולת האנושית ברמה הקיצונית והחריגה שיש בה כדי לאיים באופן ממשי על הסדר הציבורי בדרך העשויה להצדיק הגבלת חופש הביטוי והיצירה. אף שמדובר בפגיעה ברגשות הקשורה למאבק מזויין של ישראל באויב, אין מדובר בעיתוי של מצב חירום או משבר לאומי חמור מן הסוג שעשוי היה להצדיק מתן משקל מכריע להגנה מפני פגיעה כאמור.

במיגוון שיקוליה, היה מקום כי המועצה תתן משקל גם להיבטים הבאים:

19. טענות שיקריות ומצגי עובדות מסולפים ומעוותים של גורמים עויינים בדבר פעולות צבאיות והתנהגות חיילי צה"ל בהן אינם חזיון חד פעמי במקומנו, והם מלווים את העימות בין שני העמים לכל אורכו. ההתמודדות עם רגשות פגיעה עמוקים עקב מצגים שיקריים הקשורים בעימות המתמשך הופכים, איפוא, לתופעה מוכרת שיש בה כמעט מסממני השיגרה. משסיומו של העימות אינו נראה באופן, יש להניח כי גילויים של ביטוי מסולף הקשורים בעימות יימשכו. הגבלתו של חופש ביטוי בהקרנת הסרט משמעו נכונות להכיר בזכות להגביל בצורה נרחבת מסרים דומים בעתיד, תוך צמצום בלתי סביר של חירות המסר והאמירה – בין הנכונה ובין השגויה בתחום זה. הגבלה כזו אינה ראויה.

20. קרבה מיוחדת בזמן לארועים נשוא המצג הפוגע עשויה להחריף במידה משמעותית את עוצמת הפגיעה. בענייננו, העיתוי להעלאתו של הביטוי הפוגע נושא חשיבות משל עצמו. מדובר כאן במעבר זמן של כ-7 חודשים בין קרבות ג'נין לבין החלטת המועצה בדבר האיסור על הקרנת הסרט. מדובר במעבר זמן אשר אין בו אמנם כדי להקהות ולהחליש את הרשמים הקשים שקרב זה הותיר בקרב חיילי צה"ל והציבור בישראל עקב ההתמודדות הצבאית הקשה ואובדן חיי החיילים. אולם יש במעבר זמן זה כדי לחזק את כח העמידה של הציבור בפני פגיעות מן הסוג שהסרט גרמם, וכדי לאפשר לו להתמודד עמן בדרכים שונות, ובהן – מיצוי אמצעים שונים להציג את אמיתותיו הוא בפרשה זו.

21. בענייננו, חרף הפעילות הצבאית המתרחשת לאורך זמן בהיקפים שונים, וחרף אימת הטרור המתמשכת שאיננה פגה, אין מדובר במצב של מלחמה כוללת או במשבר חירום לאומי כולל המחייב התמודדות הציבור בפני בעיות קיומיות מיידיות. הזמנים, גם אם סוערים, משקפים תהליך מתמשך של מתח בטחוני רב ופעילות צבאית-בטחונית מקומית המשתרעת על פני שנים. מציאות זו אינה מצדיקה פגיעה בחופש הביטוי לצורך הגנה על רגשות הציבור. בגידרו של תהליך מתמשך זה מתחייבת רמת סיבולת גבוהה של הציבור להתמודד עם פגיעה ברגשותיו הכרוכה בהבעת עמדות והעברת מסרים, כואבים וכוזבים ככל שיהיו.

22. זאת ועוד: בידי הציבור הנפגע כלי ביטוי משלו להציג את נתוני האמת שבפיו ואת עובדות המציאות לאשורה, כפי שהוא יכול להעיד עליהן. וכך אמנם נעשה על דרך יצירת סרט תגובה המציג את קרבות ג'נין מזווית הראייה של הצד הישראלי. אמצעי הביטוי הציבורי פתוחים בפני הצד הישראלי; מקורות האינפורמציה ומכלול המידע הרלבנטי מצוי בידו; עדי ראייה וחיילים שהשתתפו בקרבות יכולים להעיד על האמת



מכלי ראשון; היכולת והשימוש בפועל שנעשה בערוצי הביטוי השונים כדי להציג את הגרסה הנגדית מקטינים עד מאד את רמת הפגיעה ברגשות מתכניו ומסריו של הסרט, וכבר נאמר לא אחת כי כוחו הגדול של הציבור בישראל אינו בהגבלת חופש הביטוי של האחר, אלא בהכשלתו של דבר שקר על ידי הבאתו של דבר האמת (פרשת סנש, שם, עמ' 841).

23. לא ניתן להתעלם מכך כי פרט למדיום הקולנועי, מצויים ערוצי ביטוי נוספים אשר אינם אסורים על פי החוק, הטומנים פוטנציאל רב-אפשרויות להביע דעות ומסרים שונים בנושא העימות בין הצדדים. כך, למשל, בתקשורת הכתובה ובעתונות, במלל התקשורתי, בתקשורת המצולמת, בהרצאות, וכיוצא באלה. איסור הקרנת הסרט עקב פגיעתו ברגשות הציבור פירושו ייחוד האיסור, על דרך הפעלת סמכות הצנזורה, למדיום הקולנועי בלבד, כאשר שאר ערוצי הביטוי נותרים פתוחים וחופשיים לשימוש בלא הגבלה, וזאת גם מקום שהם כוללים תכנים פוגעניים. הסרט "ג'נין, ג'נין" הוא עצמו נאסר להקרנה רק בבתי קולנוע מסחריים, בעוד הצגתו לא נאסרה בערוצי הקרנה אחרים. בנסיבות אלה, פוטנציאל החשיפה הציבורית לתכנו של הסרט הינו רחב בלאו הכי גם נוכח האיסור על הקרנתו בבתי קולנוע, וממילא עולה שאלת מידת האפקטיביות של החלטת המועצה לאסור את הקרנתו בהינתן השלכתה החלקית בלבד של החלטה זו. טעם זה גם הוא מציב סימן שאלה לגבי משקלה המשכנע של החלטת המועצה, כאשר כנגדה ניצב ערך חירות הביטוי והשמעת הדעה.

24. לסיכום הדברים: חרף פגיעתו העמוקה של הסרט בחוגים רחבים מן הציבור בישראל, אין האיסור על הקרנתו מתיישב עם יישום נכון של אמות המידה הנדרשות לצורך איזון בין הערכים המתנגשים בסוגיה זו. החלטתה של המועצה לאסור על ההקרנה חורגת ממתחם הסבירות ולכן אין היא יכולה לעמוד. יש להתיר את הסרט להקרנה ולהתמודד, על דרך זרימה חפשית של ביטוי, אמירות, ומסרים, על מקומה של האמת. הפגיעה ברגשות הציבור, קשה ככל שתהא, אינה מאיימת לפגוע באופן ממשי בסדר הציבורי ולערערו. חוסנו הרוחני הפנימי של הציבור בישראל הוא רב עד מאד. ציבור זה עמד במבחני התמודדות גורליים על קיומו, תוך שמירה עיקשת על ערכי אנוש, מוסר וכבוד האדם. בציבור זה טמון חוסן פנימי לעמוד גם כנגד האשמות המוטחות נגדו במדיום תקשורתי כזה או אחר, מסולפות ומעוותות ככל שתהיינה. בכוחו להגיב להן באמירות ובמסרים נגדיים במידת הצורך. כך הוא גם מקום שזכרון הארועים נשוא הפגיעה עדיין טרי, צורב את הלב, ומעצים את תחושת העלבון ואת רצון המחאה. בצורך וביכולת להתמודד עם פגיעות כאלה בלא לחסום את חופש הביטוי טמון גרעינה הקשה של הדמוקרטיה, ובהם מקופלים מושגי היסוד של

הסובלנות המתחייבים במשטר של חופש, גם מקום שהסובלנות היא חד צדדית ואינה רב-כיוונית.

### פיסקת ההגבלה

25. תהליך גיבוש העקרונות בדבר חופש הביטוי והיצירה ודרכי איזונו עם ערכים חברתיים אחרים התרחש שנים בטרם חקיקתם של חוקי היסוד, ובתוכם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, נעשה שימוש באמות המידה הקבועות בו לצורך פירוש הסמכויות שהוענקו בחקיקה לגופים המוסמכים – בין בחקיקה שקדמה לחוק היסוד ובין בחקיקה שבאה אחריה, בין ביחס לזכויות אדם שחוק היסוד דן בהן ובין אלה שאינן מכוסות על ידו. "קשר זה בין פיסקת ההגבלה החוקתית לבין מכלול הדינים של המשפט הציבורי, לרבות זכויות האדם שאינן "מכוסות" בחוקי היסוד – הוא טבעי" (דברי הנשיא ברק בפרשת חורב, שם, עמ' 43-41).

בחינת השאלה שבמחלוקת בפנינו על פי תנאי פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מביאה אף היא למסקנה כי יש להתערב בהחלטת המועצה לאסור על הקרנת הסרט ולשנותה. בחינת ענייננו על פי פיסקת ההגבלה מצריך בירור האם יש להגביל את חופש הביטוי והיצירה כדי להגן על אינטרס ציבורי אחר מנקודת מבטם של תנאי פיסקת ההגבלה שהם – התאמה לערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; הגבלה לתכלית ראויה; ופגיעה בחופש הביטוי שהיא מידתית ואינה מעבר לנדרש. תנאים אלה מבטאים את עמדת שיטת המשפט הישראלית ביחס לכוחו של האינטרס הציבורי להגביל את חופש הביטוי (פרשת טנש, שם, עמ' 6-835). אשר להתאמה לערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית ניתן לומר כי במשטר דמוקרטי ניתן מעמד ומשקל לא רק לחופש הביטוי אלא גם לצורך בהגנה מפני פגיעה ברגשות הציבור במסגרת ההכרה בדבר ערך הסובלנות וחובת כיבודם של רגשות הזולת. מכאן, שקיום הגבלות על חופש הביטוי במצבים קיצוניים של פגיעה ברגשות, כאשר הסתברות התרחשות הפגיעה היא בגדר ודאות קרובה, מתיישב עם ערכיה של מדינת ישראל. אולם בכך לא די. על הגבלת חופש הביטוי להיות לתכלית ראויה והיא חייבת לקיים גם את דרישת המידתיות ולא לעלות על הנדרש. בענייננו, גם אם הגבלת חופש הביטוי של היצירה הקולנועית נעשתה לתכלית ראויה כדי למנוע פגיעה ברגשות הציבור, היקפה וחומרתה אינם מגיעים כדי הקיצוניות החריגה הנדרשת כדי להצדיק את הגבלתו של הביטוי הקולנועי. מכאן, שהגבלה כאמור איננה עומדת באמת-המידה של המידתיות. לפיכך, גם על פי עקרונות פיסקת ההגבלה מתבקשת המסקנה כי איסור הקרנתו של הסרט בבתי קולנוע מסחריים אינו עומד במבחן הביקורת השיפוטית, ולכן יש להתערב בהחלטת האיסור ולשנותה.

26. מסקנה זו מתבקשת לא רק כאשר בוחנים את טעם האיסור בהחלטת המועצה, הנעוץ בפגיעה ברגשות הציבור, כשהוא עומד לעצמו. היא מתבקשת גם בהינתן משקלם המצטבר של כל טעמי המועצה בהחלטתה. הצטברות טעמים זו אף היא אינה נושאת משקל מספיק אשר די בו כדי להדוף את חירות הביטוי והיצירה בנסיבות מקרה זה.

27. המסקנה העולה מדברים אלה היא כי חירות הביטוי מצמצמת עד מאד את סמכות הצנזורה המבקשת להגבילה. הנחת המוצא היא כי כנגד ביטוי רע, מעוות ופוגעני יש להתמודד באמצעי הביטוי הטוב והמיטיב, המהימן והאמיתי. ביטוי זה הוא שישלוט בסופו של יום בקשת הצבעים העשירה והמגוונת של הדעות, האמונות, והמסרים העובדתיים התלויה על פני רקיע העולם החפשי. כדבריו של אלן דרשוויץ בספרו, "Shouting Fire", 2002, בעמ' 187:

"The problem is that our First Amendment prohibits persuasive governmental censorship. The solution is to answer bad speech with good speech, and to have the good speech prevail in the marketplace of ideas".

מטעמים אלה מצטרפת אני לפסק דינה של השופטת דורנר, כאמור.

ש ו פ ט ת

השופט א' גרוניס:

אני מצטרף בהסכמה לפסק-דינה של חברתי, השופטת דורנר ולטעמיה הנוספים של חברתי, השופטת פרוקצ'יה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' דורנר.

ניתן היום, ט"ז בחשוון תשס"ד (11.11.03).

שופט

שופטת

שופטת