

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6126/94

בג"ץ 6143/94

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין

העותרים בבג"ץ 6126/94:

1. גיורא סנש
2. איתן סנש
3. ד"ר דוד סנש
4. סגן יו"ר יד ושם

העותרות בבג"ץ 6143/94:

1. נדיה מטר
2. עמותת נשים למען עתיד ישראל

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 6126/94
ובבג"ץ 6143/94:

1. רשות השידור
2. יו"ר רשות השידור
3. מנכ"ל הטלוויזיה
4. מרדכי לרנר
5. אורי ברבש

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

ד' בכסלו התשנ"ה (7.11.94)

תאריך הישיבה:

בשם העותרים
בבג"ץ 6126/94:

עו"ד גבריאל לוי

בשם העותרות
בבג"ץ 6143/94:

עו"ד אביעד הכהן

בשם המשיבים:

עו"ד עוזי פוגלמן

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

1. "משפט קסטנר" הוא מחזה מפרי עטו של מר מ' לרנר. הוא נועד לשידור בטלוויזיה. המחזה הוא יצירה אמנותית בת שלושה פרקים הכתובה בהשראת "פרשת קסטנר" בכלל והמשפט הפלילי בת.פ. 124/53 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"מ מד 3, בפרט. רובה של העלילה מתרחש בין כתלי בית המשפט. היצירה מעלה את סיפור הצלתם של יהודי הונגריה בימי מלחמת העולם השנייה והדילמות המוסריות שהיו כרוכות בכך. היצירה היא בדיונית. אין היא מתיימרת לשקף במדוייק את האירועים בהם היא עוסקת. יצירה מסוג זה מכונה "דוקודרמה" (Docudrama). זהו ז'אנר אמנותי, המשתמש בדמויות ידועות מהחיים כבסיס ליצירה האמנותית. הוא מערב, מטבע הדברים, מציאות ודמיון. בתחילת כל פרק, בכותרת שתוקרן, ייאמר:

"האירועים שבסרט עוצבו בהשראת משפט קסטנר- גרינוואלד. עם זאת,
אין לראות בסרט שיחזור תיעודי של האירועים אלא דרמה בדיונית
המחוייבת לערכים אמנותיים".

2. באחד מקטעי היצירה מופיעה אימה של חנה סנש, הגב' קתרינה סנש. היא מעידה במשפט הפלילי של גרינוולד. היא נחקרת באולם בית המשפט על ידי עורך הדין ש' תמיר. קסטנר יושב באולם המשפטים ומתערב במהלך החקירה. באחת מהתפרצויותיו הוא מתריס כנגד קתרינה סנש:

"איך את מעזה לבוא אלי בטענות? מי בכלל ביקש מן הבת שלך לבוא
לבדפשט? מה היא חשבה לעשות? הרי בגלל הפזיזות שלה והיהירות
של מי ששלח אותה, היא חצתה את הגבול כמו טירונית, ונתפסה כעבור
חמש דקות. ואני אגיד לך מי גילה למשטרה ההונגרית שפלגי וגולדשטיין
עומדים להגיע אלי. היא! הבת שלך. חנה סנש הגיבורה! היא נשברה
בחקירה שלה וגילתה הכל. אני מתאר לעצמי איזה עינויים היא עברה.
אף אחד לא היה עומד בעינויים כאלה. אבל לא בגללי נעצרו פלגי
וגולדשטיין. אלא בגללה!" (ההדגשה שלי).

קתרינה סנש משיבה על כך "לא נכון".

3. דבריו של קסטנר בהצגה - שהודגשו על ידי - פגעו באחיה של חנה סנש ובבניו (העותרים בבג"ץ 6126/94). הם פגעו בגב' מטר ובעמותת הנשים למען עתיד ישראל (העותרות בבג"ץ 6143/94). הם פנו לרשות השידור ולמחבר היצירה. הם ביקשו להשמיט מהתכנית המשודרת את המשפטים (המודגשים), לפיהם

חנה סנש נשברה בחקירתה וגילתה כי פלגי וגולדשטיין עומדים להגיע לקסטנר. הם ציינו כי דברים אלה אינם נכונים. חנה סנש עמדה בגבורה בחקירתה, ולא הסגירה את חבריה. הם ציינו, כי העובדות השיקריות באשר לחנה סנש פוגעות בדמותה של אחת מגיבורות ישראל בכל הזמנים. הם הדגישו, כי יש בדברי השקר על חנה סנש כדי לנפץ, ללא כל בסיס, דימוי שעם ישראל חי לאורו. הם קבעו, כי בהכללת הדברים בתכנית הטלוויזיה יש משום פגיעה קשה ועמוקה באלפי אנשים, ניצולי השואה וילידי הארץ, אשר זכרה של חנה סנש יקר בעיניהם. רשות השידור והמחבר דחו את הבקשות. הם הדגישו בתשובתם לפונים אליהם את עקרון חופש הביטוי וחופש היצירה. הם ציינו, כי התסריט הוא דרמה בדיונית, הכתובה בהשראת אירועים שהתרחשו. מר לרנר ציין, כי ניסה למצוא איזון בין הצורך ההיסטורי מזה לבין הכורח לבטא את תפיסת העולם שלו ומחויבותו לאיכותה של היצירה האמנותית מזה. הציבור ישפוט אם עמד במשימה קשה זו. בתשובתה ציינה רשות השידור כי לתסריט עצמו צורפה "התנצלות המחבר" (ראה, "משפט קסטנר", עמ' 11). מובהר בה, בין היתר, כי התסריט הוא "דרמה בדיונית הכתובה בהשראת אירועים שאכן התרחשו. עיצובם של האירועים הללו בעלילה ברורה, שבה הדמויות מתפקדות לא רק על פי הידוע על פעולותיהן במציאות, אלא גם על פי חוקי ההתנהגות של דמויות דרמטיות - עיצובם של האירועים הללו מחייב כמובן סטיות מרובות מאירועי האמת, ומעלה בכך את השאלה הקשה של מידת הדיוק ההיסטורי המתבקשת ביצירת אמנות". המשיבים מסרו, כי בתחילת כל פרק מפרקי הסרט יודגש לצופים, כי אין לראות בסרט שיחזור תיעודי אלא דרמה בדיונית המחוייבת לערכים אמנותיים. כן מסרו, כי לאחר הפרק האחרון יתקיים דיון באולפן, אליו הוזמנו אחיה של חנה סנש, היסטוריונים ועיתונאים. במסגרת זו תינתן, כמובן, זכות התגובה לאלה שאינם מרוצים מהסידרה.

4. תשובתה של רשות השידור לא הניחה את דעת העותרים. הם פנו לבית משפט זה. הם ביקשו כי נורה לרשות השידור למחוק את הקטע בו מציין קסטנר כי חנה סנש נשברה בחקירתה ומסרה על בואם של פלגי וגולדשטיין. הם ביקשו צו ביניים האוסר על שידור המחזה - אשר נועד להתקיים ביום 7.11.1994 - עד להכרעה בעתירות. בבוקרו של אותו יום התכנסנו לשמוע את טענות הצדדים. לא היתה מחלוקת בין הצדדים כי במשפטו של גרינוולד לא אמר קסטנר את הדברים שיוחסו לו במחזה. כן לא היתה מחלוקת כי אין בסיס היסטורי לדבריו של קסטנר במחזה, וכי הם אינם אמת. על רקע זה נטען בפנינו, מפי העותרים, כי רשות השידור, כגוף ממלכתי, חייבת להימנע משידור מידע מטעה ולא מהימן (סעיף 4 לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965) (להלן - חוק רשות השידור). לטענת העותרים, הקרנת הקטע השיקרי תיפגע פגיעה קשה, רצינית וחמורה בכבודה ובשמה הטוב של חנה סנש. יש באותו קטע משום לשון הרע ביודעין, בלא שעומדת למפרסם הגנה של "תום לב" או "אמת דיברתי". פגיעה זו מתחזקת לאור העובדה שחנה סנש אינה יכולה להגן על זכויותיה. כן טוענים העותרים, כי הקרנת הקטע השיקרי תיפגע ברגשות הציבור בכללותו. סיפור גבורתה של

חנה סנש מהווה חלק מההיסטוריה של עם ישראל. הוא בגדר מיתוס לאומי. בהתנגשות בין חופש הביטוי לבין זכות הפרט (כבודו ושמו הטוב) לבין רגשות הציבור, יד האחרונים על העליונה.

5. המשיבים מגינים על עמדתם. לטענתם, אין לפגוע בחופש הביטוי וביצירה אלא בניסיונות קיצוניות, מהן עולה סכנה מוחשית וקרובה לוודאי לשלום הציבור. נסיבות קיצוניות אלה אינן מתקיימות בעניין שלפנינו. על פי טענתם, רשות השידור נתנה את המשקל הראוי לאינטרסים המתנגשים, והחלטתה היא סבירה. ננקטו על ידה האמצעים הדרושים כדי להקטין, ככל האפשר, את הפגיעה בכבודה של חנה סנש, את הפגיעה בבני משפחתה ואת הפגיעה בציבור הרחב.

6. בו ביום נתנו את פסק דינו. וכך פסקנו:

"החלטנו, ברוב דעות השופטים ברק ומצא, כנגד דעתו החולקת של השופט חשין, לדחות את העתירה. נימוקינו ינתנו בנפרד. צפינו באותו חלק של המשדר השנוי במחלוקת בין הצדדים. שלושתנו סבורים כי הוצאת הקטע השנוי במחלוקת לא היתה פוגעת ברצף של הטקסט. עם זאת, שופטי הרוב סבורים כי ההחלטה בעניין זה נתונה לשיקול דעת רשות השידור, ואין בידם להורות לה על כך. המיעוט סובר שבשים לב לכך שרשות השידור אינה היוצרת המקורי של הדרמה ניתן לצוות עליה כעתירת העותרים".

עתה הגיעה עת הנימוקים.

המסגרת הנורמטיבית

7. נקודת המוצא הינה סמכותה ושיקול דעתה של רשות השידור. סמכות זו ושיקול דעת זה קבועים בחוק רשות השידור. על פי הוראות חוק רשות השידור, על רשות השידור "לשדר תכניות חינוך, בידור ואינפורמציה בשטחי המדיניות, החברה, הכלכלה והמשק, התרבות, המדע והאמנות" (סעיף 3). על רשות השידור להבטיח, בשידורים אלה, כי יינתן "מקום לביטוי של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור ותשודר אינפורמציה מהימנה" (סעיף 4). היקפם של הסמכות ושל שיקול הדעת נקבע על פי הפירוש שיש ליתן להוראות החוק. פירוש זה נעשה על רקע עקרונות היסוד של המשפט והמשטר ומתוך רצון לקדם עקרונות אלה. אכן, חיקוק הוא "יצור החי בסביבתו" (השופט זוסמן בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 441, 513). סביבתו של החוק אינה רק הסביבה הטקסטואלית, אלא גם הסביבה הקונטקסטואלית. סביבה זו מבססת עצמה על "מעגלים רחבים יותר של עקרונות מקובלים, מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות" (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75). ערכים ועקרונות אלה מהווים את תכליתו הכללית של כל

דבר חקיקה. חזקה היא, שהמחוקק ביקש להגשימו (ראה בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 329).

8. מהם הערכים והעקרונות החלים בענייננו? ערכים ועקרונות אלה הם שלושה: האחד, הערך בדבר חופש הביטוי וחופש היצירה; השני, הערך בדבר שמו הטוב של האדם; השלישי, הערך (או האינטרס) בדבר שלום הציבור. לעתים מתיישבים ערכים אלה זה עם זה. לעתים הם מצויים בהתנגשות. נדרש איזון ראוי. אכן, לא פעם צועדים עקרונות וערכים זוגות זוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון משלו. לצד התזה ניצבת האנטייתזה. נדרשת סינתזה. זו נעשית על פי המשקל היחסי שיש ליתן לערכים השונים בנקודת ההתנגשות. נדרשת פעולה נורמטיבית של שקילה, תוך קביעת אמת מידה עקרונית באשר לאופן בו נעשית השקילה (ראה ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361; בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 434 (להלן - פרשת לאור)).

9. הערך האחד בו יש להתחשב, בפירוש כוחה של רשות השידור ושיקול דעתה, הוא זה של חופש הביטוי. זהו ערך יסודי. הוא נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אכן, המורשת היהודית מבוססת על ריבוי דעות והשקפות (ראה פסק דינו של השופט אלון בע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 294 (להלן - פרשת ניימן)). "אלו ואלו דברי אלהים חיים" (עירובין, יג, ב). אכן, ביסוד עולמה של ההלכה מונח ריבוי הדעות, בלא שהשלטון יתערב בכך. "כשם שאין פרצופיהן [של בני האדם] שווין זה לזה, כך אין דעתן שווה זה לזה, אלא כל אחד ואחד יש לו דעה בפני עצמו" (במדבר רבה, פינחס, פרשה כא, ב). וכך סיכם השופט אלון את גישתה של היהדות לחופש הביטוי:

"זאת תורת המנהיגות והשלטון במורשת ישראל - שיהיו סובלים כל אחד ואחד, כל קבוצה וקבוצה, לפי דעתם ולפי השקפת עולמם. וזהו סודן הגדול של הסובלנות ושל ההקשבה לזולת, וזהו כוחה הגדול של זכות הבעת הדעה לכל אחד ואחד ולכל ציבור וציבור, שלא זו בלבד שהכרחיים הם למשטר תקין ונאור, אלא אף חיוניים לכוחו היוצר, שהרי בעולם הריאלי 'שני יסודות מתנגדים זה לזה מתלכדים יחד ומביאים לידי הפריה, ומכל שכן בעולם הרוחני'" (פרשת ניימן, בעמ' 296).

ביטוי מובהק לכך ניתן למצוא בחופש הביטוי שניתן לנביא. עמד על כך חיים כהן בציינו:

"ההתגלמות הטיפוסית ביותר של חופש הדיבור בהיסטוריה הישראלית העתיקה איננה שלילית אלא חיובית - הרי היא הנבואה... קמו לנו נביאים אשר נבואותיהם מגלמות את חופש הדיבור" (ח' כהן, זכויות אדם במקרא ובתלמוד 69 (1988)).

חופש הביטוי הוא מערכיה היסודיים ביותר של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. חופש הביטוי נתפס על ידי הדמוקרטיה כזכות "על", "עילאית" (ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295, השופט שמגר (להלן - פרשת חברת החשמל); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878, השופט אגרנט (להלן - פרשת קול העם)). יש לה "מקום של כבוד בהיכל זכויות היסוד של האדם" (בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 398, 393 (להלן - פרשת לוי)). חופש הביטוי הוא "חלק בלתי נפרד מהאתוס המשפטי שלנו" (ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201 (להלן - פרשת ראם)). אכן, חופש הביטוי מהווה "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה (הנשיא אגרנט בע"פ 225/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435). חופש הביטוי כולל בחובו את הביטוי האמנותי. אכן, הביטוי האמנותי הוא מרכיב מרכזי בחופש הביטוי (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 680 (להלן - פרשת סטיישן פילם)). מחופש הביטוי "צומחת, בין היתר, חירות היצירה האמנותית בתחום הספרותי ובתחום החזותי לצורתיו" (הנשיא שמגר בבג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיוס אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 27 (להלן - פרשת יוניברסל סיטי סטודיוס)). "חופש הביטוי הוא החופש של היוצר לפרוץ את סגור ליבו, להניף כנף וליתן דרור למחשבתו" (פרשת לאור, בעמ' 433). חופש הביטוי אינו המקור היחיד לחופש היצירה האמנותית. ניתן לבסס חופש זה גם כזכות אדם נפרדת, העומדת על רגליה היא. זוהי זכות האדם לחופש היצירה. עמדתו על זכות זו באחת הפרשות בציני:

"ניתן לראות בה זכות חוקתית העומדת על רגליה היא. היא מבוססת על ראיית האדם כיצור אוטונומי הזכאי למימוש עצמי הן כיצור והן כנהנה מהיצירה. אכן, חופש הביטוי האמנותי הוא החופש של האמן ליצור. זהו חופש הבחירה באשר לנושא ולאופן הצגתו, והחופש של הזולת לשמוע ולקלוט" (פרשת סטיישן פילם).

בענייננו, חופש היצירה הוא החופש של מר לרנר. חופש זה חופף את חופש הביטוי שלו. מנקודת מבטה של רשות השידור, עניין לנו בחופש הביטוי שלה. זהו חופש הביטוי של רשות השידור, וחופש הביטוי באמצעות רשות השידור. אכן, רשות השידור היא דובר ובמה גם יחד (בג"ץ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 268 (להלן - פרשת כהנא); בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 545-546). חופש הביטוי וחופש היצירה הם גם החופש של כל אחד מאיתנו לקרוא, לראות ולקלוט יצירות אמנות. "זכות הציבור לדעת", כשמה כן היא. זו זכותו של כל אחד מבני הציבור לשמוע, להבין, לגבש עמדה, להתווכח ולשכנע.

10. האם חופש הביטוי והיצירה משתרעים על ביטוי שאינו משקף את האמת? התשובה על שאלות אלה היא בחיוב. דבר שאינו אמת הוא חלק מחופש הביטוי והיצירה. דבר שאינו אמת המהווה לשון הרע נכלל בגדריו של חופש הביטוי (ראה ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 857 (להלן - פרשת אבנרי)); דבר תועבה המבוסס על אי-אמת נכלל בגדריו של חופש הביטוי (ראה פרשת סטיישן פילם בעמ' 676); יצירה אמנותית שיסודה באי-אמת נכללת בגדריו של חופש הביטוי והיצירה (השווה פרשת לאור, בעמ' 433).

11. עם זאת, חופש הביטוי וחופש היצירה אינם הערכים היחידים שיש להתחשב בהם. חברה דמוקרטית מבוססת על מגוון ערכים ועקרונות, אשר חירות הדיבור והיצירה הם רק חלק מהם. הגשמתם של ערכים ועקרונות מגוונים אלה מחייבת, מטבע הדברים, צמצום ההגנה הניתנת לחופש הביטוי והיצירה, כדי ההגנה הראויה לאותם ערכים ועקרונות. חופש התנועה שלי מסתיים במקום שהחוטם שלך מתחיל; חופש הביטוי שלי אינו מצדיק הוצאת לשון הרע על זולתי; חופש הביטוי שלי אינו מאפשר לי לגלות סודות כמוסים של המדינה או לפגוע בשלום הציבור; חופש הביטוי אינו החופש למסור עדות כוזבת בבית משפט. אנו מבחינים בתיאוריה החוקתית, בין היקפה של חירות האדם לבין מידת ההגנה הניתנת לה בשיטת המשפט; בין הפריסה (ה-coverage) של החירות לבין ההגנה (ה-protection) עליה (ראה: פרשת כהנא, בעמ' 270; פרשת אבנרי, בעמ' 857; ראה גם: (F. Schauer Free Speech: A Philosophical Inquiry 89 (1982)). עמדתי על הבחנה זו באחת הפרשות, בצייני:

"כל דיון בחופש הביטוי מחייב התייחסות לשתי שאלות נפרדות: האחת, מה כלול בערך היסוד בדבר חופש הביטוי, ומה נתפס כמצוי מחוצה לו. בחינה זו באה לתחום את היקף הביטויים 'המכוסים' על ידי העיקרון של חופש הביטוי. היא מתמודדת עם השאלה, מהו 'ביטוי' לענין ערך יסוד זה. כך, למשל, האם חופש הביטוי 'מכסה' מסירת עדות כוזבת בבית המשפט, או שמא ביטוי זה אינו נתפס כלל במסגרת חופש הביטוי? האם הפגנה כלולה בחופש הביטוי, והאם משתרע חופש זה על פרסומת מסחרית? השנייה, מהו היקף ההגנה שהדין נותן לאותם ביטויים הכלולים בחופש הביטוי. האם ניתנת להם הגנה 'מוחלטת' או שמא הגנתם היא יחסית בלבד, ואם הגנתם יחסית, מה הם מבחניה" (פרשת יוניברסל סיטי סטודיוס, בעמ' 33).

מכוחה של הבחנה זו נקבע, למשל, כי חופש הביטוי, כחירות חוקתית, משתרע על "כל דעה, כל השקפה וכל אמונה בחברה חופשית" (הנשיא שמגר בפרשת נימן, בעמ' 278), יהא תוכנה אשר יהא. חופש הביטוי הוא החופש להביע דעה "ללא מעצורים, ללא איסטיניסיות ופתוח לרווחה" (דברי השופט ברנן (Brennan) בפסק הדין New York Times v. Sullivan, 84 S.Ct. 495 (1964) (להלן - פרשת Sullivan)). עם זאת, לא כל מה שנכלל בחירות כזכות חוקתית זוכה להגנה חוקתית. מידת ההגנה הניתנת לחירות היא פרי האיזונים

שבין החירות לבין ערכים ועקרונות מתנגשים. היא פרי האיזון (האופקי) שבין זכות אדם אחת לזכות אדם אחרת. חופש הביטוי שלי מסתיים במקום שההגנה על השם הטוב שלך מתחילה; היא פרי האיזון (האנכי) בין החירות של הפרט לבין האינטרס של הכלל. חופש הביטוי שלי מסתיים במקום שיש ודאות קרובה לגרימתו של נזק ממשי לשלום הציבור (ראה בג"ץ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 475 (להלן - פרשת ד"ר)). אכן, הבעיה העיקרית המתעוררת בחיי המעשה - והיא גם המונחת ביסוד הפרשה שלפנינו - היא בהצבת הגבול בין חירות לחירות; בין זכות הפרט לצורכי הכלל. לשם כך עלינו לאתר את הערכים והאינטרסים השונים המתחרים על הבכורה, ולאזן ביניהם (באיזון אופקי או אנכי) בנקודת ההכרעה. בענייננו, עלינו לאתר את הערכים המתחרים על הבכורה, בנוסף לחופש הביטוי והיצירה. משנעשה זאת, יהא עלינו לנקוט - בלשוננו של השופט אגרנט -

"בתהליך של העמדת ערכים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור הנסיבות, ידם על העליונה" (פרשת קול העם, בעמ' 879).

נפנה, איפוא, לערכים ולעקרונות הנוספים, שיש להביאם בחשבון.

12. הערך השני בו יש להתחשב הוא כבוד האדם. בהקשרה של העתירה שלפנינו עניין לנו באותו היבט של כבוד האדם הקשור לשמו הטוב. היבט זה הוא חיוני לאדם. אכן, הזכות לשם הטוב של האדם היא ערך יסודי בכל משטר דמוקרטי. היא תנאי חיוני לחברה שוחרת חירות. היא מבוססת בין השאר, על הצורך בהערכה פנימית, בגאווה אישית ובהכרה אישית בין בני אדם. עמדתנו על כך באחת הפרשות, בצייני:

"כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל נכס אחר" (פרשת אבנר, בעמ' 856).

כך נובע מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. במורשתנו היהודית תופס שמו הטוב של האדם מקום מרכזי. מקורותינו מציינים כי "לשון הרע הורגת" וכי "כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים" (בבא מציעא, פרק רביעי, דף נח ע"ב), ואפילו סלח האדם עליו הוצא לשון הרע, הריהו "בוער מבפנים". במקורותינו צוין, כי "לא נחתם גזר דין על אבותינו במדבר אלא על לשון הרע בלבד" (רמב"ם, דעות ז (ב)). כך נובע מערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. הגוזל את רכושי עשוי לפצות אותי בממון. הגוזל את שמי הטוב גזל את טעם קיומי. שמו הטוב של האדם קובע את התייחסותו שלו לעצמו ואת התייחסותו של חבריו אליו. הוא קובע את יחסה של החברה אליו. הנכס היחיד שיש לרבים - בין המכהנים ברשויות השלטון ובין הפועלים במגזר

הפרטי - הוא שמם הטוב. הוא יקר להם כחיים עצמם. כך לגבי אנשים חיים. כך לגבי המתים. עלינו להגן על כבודו של המת ועל שמו הטוב (ראה ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 519, 464; בג"ץ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מז(2) 812, 827; דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מט(2) 195). בענייננו פגע הקטע השנוי במחלוקת במחזה של מר לרנר, כפי שהופק על ידי רשות השידור, בזכרה של חנה סנש. הוא פגע בכבודה, ובמיתוס האופף אותה. עמדו על כך העותרים, שהדגישו את "חילול שמה של אחת מגיבורות ישראל, שחירפה נפשה למען הצלת אחיה ובעצם ימי השואה היתה נכונה להיכנס ללוע הארי הנאצי על מנת לנסות ולהציל ולו משהו משארית הפליטה" (סעיף 3 מהעתירה בבג"ץ 6143/94).

13. הערך השלישי שיש להתחשב בו הוא אינטרס הציבור. האדם הוא יצור חברתי. הוא אינו חי על איבוד. הוא חלק מחברה. לחברה אינטרסים ומטרות אותם מבקשת היא להגשים. קיום המדינה, אופיה הדמוקרטי, בטחון הציבור ושלומו, טוהר השיפוט וכיוצא באלה ערכים כלליים, מהווים את מכלול האינטרס הציבורי, אשר כל משטר דמוקרטי מבקש להגשימם. בלא הגשמתם של אינטרסים ציבוריים אלה לא ניתן יהיה לקיים את זכויות האדם. אכן, זכויות האדם אינן במה לכליון לאומי. בלא סדר אין חירות. חופש אינו הפקרות. אין דמוקרטיה חייבת לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה. בלא סדר ציבורי אין לקיים משטר דמוקרטי (ראה בג"ץ 109/70 המוטראן הקופטי האורתודוכסי בירושלים נ' שר המשטרה, פ"ד כה(1) 225, 246). לכל מדינה זהות קולקטיבית; לכל מדינה היסטוריה לאומית; לכל מדינה שאיפות חברתיות. הגשמתם של כל אלה היא חלק מהאינטרס הציבורי (ראה פרשת לאור, בעמ' 433).

14. האינטרס הציבורי הראוי להגנה חוקתית אינו מושג מוגדר וקבוע. הוא משקף את ה"אני מאמין" של החברה. הוא ביטוי לאינטרס של הכלל, הנדרש על ידו כגוף מאורגן (ראה פרשת דיין, בעמ' 472). הוא כולל בחובו גם היבטים שונים של אינטרס הפרט. על כן, השמירה על חופש הביטוי והיצירה הם אינטרס הציבור. בדומה, השמירה על כבוד האדם ושמו הטוב הם אינטרס הציבור. אינטרס הציבור הוא, שיישמרו ויכובדו זכויות האדם. אינטרס הציבור הוא, שיקוימו חופש הביטוי והיצירה. אך בנוסף לכך, אינטרס הציבור כולל אינטרסים של הכלל, בתור שכזה, מתוך זווית ראייה של הכלל ולא של הפרט. כך, למשל, הוא כולל בחובו, בין השאר, את הטיפוח של ערכי תרבות, אמנות ושפה; את השמירה על הלשון ככלי ביטוי לאומי וכערך תרבותי (ראה פרשת ראם, בעמ' 203); את ההתחשבות ברגשותיו של הציבור כביטוי לסובלנות חברתית (ראה בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, בעמ' 44-45) (להלן - פרשת חורב); את השמירה על ההמשכיות ההיסטורית; את הכיבוד של הערכים הלאומיים; את השמירה על האמת ההיסטורית. בענייננו, יוצא אני מתוך ההנחה כי הקטע נשוא העתירה - כפי שהופק על ידי רשות השידור - פגע בשמה הטוב של חנה סנש ובכבודה; הוא פגע

בכיבוד ערכים לאומיים; הוא פגע ברגשות הציבור בכלל, וברגשותיהם של ניצולי שואה בפרט. הוא פגע בכל אלה שזכרה של חנה סנש יקר בעיניהם.

האיזון

15. פתחנו בחופש הביטוי ובחופש היצירה. הבחנו בין היקפן של זכויות אלה לבין ההגנה עליהן. הקטע השנוי במחלוקת ביצירתו של מר לרנר - ובתסריט שהוכן על ידי רשות השידור לשידור על ידה - כלול בחופש הביטוי של מר לרנר ושל רשות השידור. הוא חלק מחופש היצירה שלהם. הוא גם חלק מחופש הביטוי של כל אחד מבני הציבור. חופש הביטוי והיצירה כוללים גם החופש ליצור ולבטא דבר שאינו אמת. אך השאלה הינה - והיא כאמור, מונחת ביסוד העתירה שלפנינו - אם הקטע השנוי במחלוקת ביצירתו של מר לרנר זוכה להגנתו של המשפט. חופש הביטוי והיצירה - בין של היוצר, בין של הבמה, ובין של הציבור - אינם חופשים מוחלטים. הם חופשים יחסיים. הם אינם מוגנים כדי מלוא היקפם. האם הקטע השנוי במחלוקת מוגן במשפט הישראלי? כדי להשיב על שאלה זו עלינו להתחשב בערכים ובאינטרסים האחרים שיש להביאם בחשבון. עלינו ליתן לכל הערכים והאינטרסים משקל המבטא את חשיבותם היחסית. עלינו להניחם על כף המאזניים, ולאזן ביניהם. איזון זה אינו נעשה על פי "נוסחת איזון" אחת ויחידה. מהותם של הערכים המתנגשים קובע את דרכי האיזון. לא הרי האיזון הראוי בהתנגשות בין חופש הביטוי לשם הטוב כהרי האיזון הראוי בהתנגשות בין חופש הביטוי ושלום הציבור. "רב-הגוניות של המצבים האפשריים, מחייבת רב-גוניות בנקודות האיזון" (פרשת לוי, בעמ' 401). נפנה עתה לבחינתן של דרכי האיזון הראויות.

16. צמד הערכים הראשון שיש לדון בו הוא חופש הביטוי מזה ושמו הטוב של האדם מזה. בהתנגשות בין שני אלה, ידו של מי על העליונה? התשובה לשאלה זו הינה, כי ביטוי הפוגע בשמו הטוב של אדם אינו חדל מלהיות ביטוי רק בשל תוכנו הפוגע. הזכות החוקתית בדבר חופש הביטוי משתרעת גם על הביטוי שיש בו פגיעה בשמו הטוב של אחר (בעיית ה"היקף"). עם זאת, שיטת המשפט רגישה לא רק לחופש הביטוי אלא גם לשמו הטוב של האדם. השניים יונקים בסופו של דבר מאותו מקור עצמו - כבוד האדם. כל שיטת משפט מבקשת לאזן בין הערכים המתנגשים. איזון (אופקי) זה קובע הן את היקפן של זכויות אלה והן את מידת ההגנה שהמשפט נותן לחופש הביטוי ולשם הטוב. איזון זה מוצא את ביטויו בדינים בדבר האיסור על לשון הרע. דינים אלה הם פרי האיזון אשר שיטת המשפט ערכה בין חופש הביטוי מזה לבין שמו הטוב של האדם מזה. הם ה"צינור" אשר דרכו מוזרם האיזון הראוי בין חופש הביטוי לשם הטוב, אל המרקם של שיטת המשפט. כל שנתפס בגדריו של איסור לשון הרע מוצא מההגנה של חופש הביטוי, ומוסיף להגנה על השם הטוב (בעיית ה"הגנה"). איזון זה הוא "אופקי". הוא קובע את הגבולות של כל אחת מהזכויות. התרופות על הפרת הזכות היא

חלק מהמשפט הפרטי. כמובן, לעתים מסתבר כי דיני לשון הרע אינם תואמים את אמות המידה הראויות לאיזון בין הערכים המתנגשים. במקרה זה עשוי לחול שינוי בדיני לשון הרע, כדי לשקף את האיזון הראוי (ראה פרשת Sullivan).

17. במסגרת דיני לשון הרע עשויה הדוקודרמה לעורר בעיות מיוחדות. המחבר של הדוקודרמה הוא פרשן יוצר. המציאות משמשת לו בסיס, אך היא הופכת לחלק בלתי נפרד מיצירה אמנותית. היצירה האמנותית משחזרת את החיים ומוסיפה עליהם (ראה, Anderson, "Symposium: Defamation in Fiction: Avoiding Defamation Problems in Fiction", 51 Brook. L. Rev. 383, 393 (1985)). בניסיונות אלה עשוי להטשטש קו הגבול בין מציאות לדמיון, בין עובדות להערכות. הפעלתם של דיני לשון הרע במקרה מעין זה עשויה להתקל בקשיים מיוחדים (ראה, Masson v. Malcolm, 501, U.S. 496, 513 (1991); Davis v. Costa-Gavras, 654 F. Supp. 653 (1987); Seale v. Gramercy Pictures, 964 F. Supp. 918 (1997)). אין לנו צורך לדון בשאלות אלה, שכן העותרים אינם תובעים על פי דיני לשון הרע. עתירתם היא במסגרת המשפט הציבורי. מבקשים הם מרשות השידור שלא לשדר את הקטע השנוי במחלוקת, וזאת מטעמים של האינטרס הציבורי, ומטעמים אלה בלבד.

18. במסגרת המשפט הציבורי, מתנגשת בפרשה שלפנינו חירות הביטוי והיצירה עם אינטרס הציבור. חירות הביטוי והיצירה היא של היוצר, מר לרנר; זו גם חירות הביטוי והיצירה של רשות השידור. זהו גם חופש הביטוי - "זכות הציבור לדעת" - של כל אחד מבני הציבור המבקש לשמוע את התכנית. אינטרס הציבור בפרשה שלפנינו הוא מורכב. הוא כולל בחובו, בין השאר, את אינטרס הציבור בשמירה על זכויות האדם של מר לרנר ורשות השידור ושל חנה סנש, ובהם כבודה בכלל ושמה הטוב בפרט. כן כולל אינטרס הציבור את אינטרס הכלל בשמירת האמת ההיסטורית ובכיבוד ערכים לאומיים; הוא משתרע על אינטרס הציבור במניעת פגיעה ברגשות הציבור בכלל, וניצולי השואה בפרט, אשר נפגעו בשל הפגיעה במיתוס של חנה סנש. כיצד תיפתר התנגשות זו? שאלה זו אינה חדשה עמנו. היא מעוררת את השאלה הישנה בדבר האיזון "האנכי" בין הזכות של הפרט לבין האינטרס של הכלל. איזון זה אינו קובע את גבולותיה של הזכות. הוא קובע את מידת ההגנה עליה, ואת החופש הניתן לרשויות השלטון לפגוע בה. ברשימה ארוכה של פסקי דין, אשר ביססו את מסורת חופש הביטוי בישראל, בחן בית משפט זה את מאפייניו של איזון זה ואת אמות המידה לפתרונו (ראה א' ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" הפרקליט מ 7 (התשנ"א); א' ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223 (1996)). נקודת המוצא הינה, כי מוצדק הוא, בחברה דמוקרטית שוחרת חופש, להגביל בתנאים מסויימים את ההגנה על חופש הביטוי והיצירה. ראוי הוא שלא לתת הגנה לחופש הביטוי והיצירה במקום שאלה פוגעים באינטרס הציבור. עם זאת, לא כל פגיעה באינטרס הציבור שוללת הגנה על חופש הביטוי והיצירה. פגיעה

בחופש הביטוי והיצירה נתפסת כמוצדקת אך ורק אם היא תואמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; אם היא לתכלית ראויה; אם הפגיעה בחופש הביטוי והיצירה אינה מעבר לנדרש. דרישות אלה - המעוגנות בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8) - מבטאות את עמדתה של שיטת המשפט הישראלית באשר לכוחו של האינטרס הציבורי להגביל את חירותו של הפרט (ראה בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 138; דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653; פרשת חורב, בעמ' 43-41). אכן, אם שמירה על כל אינטרס ציבורי היה בכוחה לשלול ההגנה מחופש הביטוי והיצירה, כי אז היו חירויות אלה נפגעות פגיעה אנושה. עצם האופי הדמוקרטי של המדינה היה נפגע קשות.

19. האם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מאפשרים פגיעה בחופש הביטוי והיצירה כדי לקיים את אינטרס הציבור? התשובה על שאלה זו היא בחיוב. אמת, חופש הביטוי והיצירה מהווים מרכיב מרכזי של הדמוקרטיה. בין חופש הביטוי לדמוקרטיה קיימת מערכת של כלים שלובים. פגיעה לא ראויה בחופש הביטוי והיצירה פוגעת בכל זכויות האדם האחרות, ומערערת את האופי הדמוקרטי של המשטר (ראה פרשת חברת החשמל, בעמ' 293). הדמוקרטיה היא הבסיס לחופש הביטוי; חופש הביטוי מעניק חיות לדמוקרטיה (ראה פרשת קול העם, בעמ' 876; בג"ץ 372/84 קלופפר-נווה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238; פרשת כהנא, בעמ' 274 ואילך). עם זאת, כדי לקיים משטר דמוקרטי, המגן על מכלול זכויות האדם, מוצדק הוא לעתים לפגוע בחופש הביטוי והיצירה.

20. במסגרת האינטרס הציבורי, אשר פגיעה בו מצדיקה הגבלה של חופש הביטוי והיצירה, יש לכלול גם פגיעה ברגשות הציבור. מסקנה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. היא מעמידה דילמה קשה בפני כל שיטת משפט אשר ערכיה הם דמוקרטיים (ראה פרשת חורב, פסקה 56 לפסק דיני). מחד גיסא, קיים חשש כבד לפגיעה בחופש הביטוי והיצירה אם פגיעה ברגשות הציבור תהווה עילה להגבלת חופשים אלה. לעתים קרובות ביטוי ויצירה פוגעים ברגשות הזולת. אם כל פגיעה כזו תצדיק פגיעה בחופש הביטוי והיצירה, עשויים חופשים אלה, ועמם הדמוקרטיה עצמה, לאבד ממשמעותם (ראה בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 638, 690 (להלן - פרשת אינדור)). חברה דמוקרטית מבוססת על הכרה כי רגשות יפגעו בשל שימוש בחירויות. זהו חלק מהסובלנות לדעות הזולת, המאפיינת משטר דמוקרטי (ראה פרשת יניברסל סיטי סטודיוס, בעמ' 37). מאידך גיסא, משטר דמוקרטי רגיש לרגשות האדם. המסגרת החברתית הדמוקרטית נועדה, בין השאר, לאפשר מתן ביטוי לרגשות אלה. אף זהו אחד מהיבטיה של הסובלנות. "בניה ובנותיה של חברה חופשית, שכבוד האדם הוא חלק מעיקריה, נקראים לכבד את התחושות האישיות-רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה כי הדגשים הרגשיים-אישיים ואורחות הביטוי שלהם שונים מאדם לאדם" (הנשיא שמגר בבג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 354). הפתרון

לדילמה זו נמצא בתפיסה, כי רק פגיעות חמורות ברגשות מצדיקות הגבלה על חופש הביטוי והיצירה. אכן, במשטר דמוקרטי יש להכיר בכך כי קיימת "רמת סיבולת" של פגיעה ברגשות, אשר בה מחוייבים בניה של חברה דמוקרטית, והמתבקשת מעקרונות הסובלנות עצמו. רק כאשר הפגיעה ברגשות עולה על "רמת סיבולת" זו, ניתן להצדיק, במשטר דמוקרטי, הגבלה על חופש הביטוי והיצירה (ראה פרשת חורב, בעמ' 47-48). עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

חייבת חברה דמוקרטית, המבקשת להגן הן על חופש הביטוי והן על רגשות הציבור, לקבוע 'רמת סיבולת' שרק פגיעה ברגשות הציבור העולה על רמה זו תצדיק פגיעה בחופש הביטוי" (פרשת אינדור, בעמ' 690).

ובפרשה אחרת הוספתי:

"בחברה שערכיה דמוקרטיים, ניתן לפגוע בזכויות אדם כדי להגן על רגשות האדם... ובלבד שהפגיעה ברגשות היא מעבר ל'רמת הסיבולת' הנתפסת כראויה באותה חברה" (פרשת חורב, שם, שם).

ובפרשה אחרת ציינה השופטת דורנר:

"חברה דמוקרטית - שסובלנות לדעות מתנגדות היא ממאפייניה - מניחה ומתירה פגיעה ברגשות עד לגבול מסוים, שהרי ביטויים הערבים לאזני הכול אינם זקוקים להגנה. פגיעה המספקת להגבלת חופש הביטוי חייבת להיות פגיעה קשה ומשמעותית" (בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 16 (להלן - פרשת קידום יזמות)).

ועל אותו רעיון חזר השופט מצא בציינו:

"כדי שבית המשפט יעתר לבקשה לאסור מראש פרסום ביטוי, על יסוד הטענה שפרסום הביטוי יפגע ברגשות הציבור, מוטל עליו להשתכנע כי תוכנו של הביטוי הוא כה חמור, ופגיעתו הצפויה ברגשות הציבור עלולה להיות כה אנושה, עד שהימנעות מאיסור פרסום תקים סכנה מוחשית וקרובה להתערערות הסדר הציבורי או להפרתו המעשית והקשה" (בג"ץ 2888/97 נביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נא(5) 193, 202 (להלן - פרשת נביק)).

הנה כי כן, לאור החשיבות הרבה שאנו מעניקים במשטר דמוקרטי לחופש הביטוי והיצירה, רק פגיעה ברגשות שהיא קשה, רצינית וחמורה - כלומר, היא פגיעה מעבר לרמת הסיבולת שכל אדם נוטל על עצמו בחברה

דמוקרטית - עשויה להצדיק הטלת הגבלות - כלומר מניעת הגנה - על חופש הביטוי והיצירה. הסתברות התרחשותה של פגיעה זו ברגשות צריך שתהא בגדר של ודאות קרובה (ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, 1003 (כרך שני, מהדורה חמישית, 1997)). בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן ניתן להסתפק בהסתברות שהיא בגדר של אפשרות סבירה (ראה ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169; ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565; ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)).

תכלית ראויה ומידה ראויה

21. פגיעה בחופש הביטוי והיצירה היא מוצדקת רק אם פגיעה זו הינה לתכלית ראויה ואינה מעבר למידה הדרושה. תכלית היא ראויה, בין השאר, אם היא מהווה מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם. שמירה על רגשות הציבור, ועל שמה הטוב של חנה סנש, עשויה לקיים את דרישותיה של התכלית הראויה. פגיעה היא לא מעבר למידה הדרושה אם היא מקיימת אמות מידה של מידתיות (ראה בג"ץ 987/94 יורנט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412; בג"ץ 3477/95 בן עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1). תמיד יש לבחון, בין השאר, אם ניתן לנקוט באמצעי שפגיעתו בזכות האדם קטנה יותר, ואשר בכוחו להשיג את התכלית הראויה.

מן הכלל אל הפרט

22. יוצא אני מתוך ההנחה כי הקטע השנוי במחלוקת פגע בכבודה של חנה סנש ובשמה הטוב; הוא פגע במיתוס של חנה סנש. אין בו תיאור אמת של האירועים ההיסטוריים. הוא פגע ברגשות הציבור בכלל, וברגשותיהם של ניצולי שואה בפרט. כל אלה מהווים פגיעה באינטרס הציבורי. היש בפגיעה כזו כדי להצדיק הסרת ההגנה של המשפט מחופש הביטוי והיצירה של מר לרנר, של רשות השידור ושל בני הציבור? תשובתי היא בשלילה. תשובתי זו מבוססת על כך, כי הפגיעה בחופש הביטוי והיצירה של מר לרנר ושל רשות השידור אינה עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מכיוון שכך, איני ממשיך בבדיקה הנוספת, אם הפגיעה בחופש הביטוי והיצירה היא לתכלית ראויה ולא מעבר למידה הדרושה.

23. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מכירים בחופש הביטוי והיצירה, של כל פרט ופרט, גם אם אלה פוגעים ברגשות הזולת. דווקא במקרים אלה - כאשר הביטוי צורם לאוזן והיצירה מעוררת הסתייגות - נדרשת הגנה על הביטוי ועל היוצר. כוחה של דמוקרטיה שהיא מגינה על דעות חורגות ועל יצירות

דוחות. מבחנה של הדמוקרטיה אינו בהגנה על ביטוי נעים לאוזן ועל יצירות מופת. מבחנה של הדמוקרטיה הוא דווקא במקרים הקשים, בהם הציבור הרחב מתקומם כנגד הדיבור וסולד מהיצירה (ראה בג"ץ 351/72 קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו(2) 811, 816 (להלן - פרשת קינן)). זוהי תורת הסובלנות, עליה מבוססת הדמוקרטיה שלנו. כל אחד מבני החברה, נוטל על עצמו את "הסיכון" כי ביטוי ויצירה יפגעו ברגשותיו, ובלבד שפגיעה זו אינה מעבר לרמת הסיבולת הראויה. הנני סבור, כי הפגיעה ברגשות הציבור בכלל, וברגשות ניצולי השואה בפרט, מהקטע השנוי במחלוקת ביצירתו של מר לרנר, אינה עוברת את סף הסיבולת שבה מחוייבים בניה של חברה יהודית ודמוקרטית. אמת, רבים הנפגעים; אמת, פגיעתם כנה ואמיתית. אך בכל אלה אין די. נדרש הרבה יותר מכך, ודרישה זו אינה מתקיימת במקרה שלפנינו. דוק: איננו עוסקים כאן בשאלה, אם הדין מעניק לחנה סנש - ולאחר מותה ליורשיה - זכות תביעה אזרחית על הנזק שנגרם. איננו עוסקים כאן באיזון אופקי בין זכות האדם של הדובר והיוצר לבין זכות האדם של הנפגע והמושם. עוסקים אנו כאן בהגבלת חופש הביטוי מטעמים של אינטרס הציבור, וכחלק מהפגיעה ברגשות הציבור. בעניינם של אלה עמדתי הינה כי הפגיעה שכבודה ושמה הטוב של חנה סנש נפגעו אינה מעבר לרמת הסיבולת שכל אחד מבני החברה הישראלית נוטל על עצמו כחלק מהחברה עצמה.

24. "רמת הסיבולת" של הרגשות, אשר רק מעבר לה ניתן להגביל את החירות, משתנה מחירות לחירות (ראה בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509, 521). רמת סיבולת זו מצויה על סף גבוה ביותר, כאשר הפגיעה ברגשות באה למנוע הגנה מחופש הביטוי והיצירה. יהיו אלה מקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם פגיעה ברגשות תעבור סף גבוה זה. בהתייחסי למקרים אלה באחת הפרשות ציינתי:

"המסורת שלנו של חופש הביטוי ורתיעתנו מפני איסור מוקדם שמקורו בתוכן הביטוי עצמו מצמצמות מקרים אלה לחריגים יוצאי דופן. אלה חייבים להיות מקרים המזעזעים את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית" (פרשת יוניברסל סיטי סטודיוס, בעמ' 38).

נדרשת, איפוא, פגיעה ברגשות המזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית. רמה גבוהה זו אינה מתקיימת במקרה שלפנינו. עם כל הכאב הנגרם בשל הפגיעה בדמותה של חנה סנש, אין לומר כלל כי שידור המחזה מזעזע את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית. הוא אינו שונה מהפגיעה ברגשות במקרים אחרים, בהם קבע בית משפט זה, כי הפגיעה ברגשות אינה עוברת את הסף המצדיק הגבלה על חופש הביטוי והיצירה (ראה, למשל, פרשת קינן; פרשת לאור; פרשת יוניברסל סיטי סטודיוס).

25. הקטע השנוי במחלוקת אינו משקף אמת היסטורית. אין לו כל ביסוס היסטורי. הוא אינו אמת. הראוי הוא להגן על הביטוי השיקרי? האין בשקר שבביטוי כדי להעבירו את הסף הנדרש לפגיעה ברגשות? התשובה

לשאלות הללו הינה, כי חברה דמוקרטית שוחרת חופש אינה מתנה את הגנתה לדיבור וליצירה בכך שהם השקפות אמת. עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט לנדוי, בציינו:

"אילו בסילוף עובדות היסטוריות בלבד היה המדובר, לא היה די בזה כדי להצדיק את פסילת הסרט, כי מחבריו היו יכולים לטעון שאין אמת היסטורית אחת אלא כל היסטוריון והאמת שלו, ובכלל - מאימתי פוסלת אי-אמת סרט או מחזה להצגה במדינה שבה מובטח לאזרח חופש הביטוי" (בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג(1) 274, 277).

הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו שאין לדעת מהי האמת, וכי השקר של אתמול עשוי להיות האמת של המחר. הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו שיוויון נפש כלפי השקר, והעמדתו על דרגה אחת עם האמת. בבסיס תפיסה זו אינה שוררת גישה המייחסת אותה מידת חשיבות לאמת ולשקר. ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי האמת עדיפה על השקר. בבסיס תפיסה זו שוררת הגישה כי עלינו לשאוף לחשיפת האמת ולהכשלת השקר. המייחד עמדה זו היא הפילוסופיה של החירות עצמה. על פיה, מבחנה של האמת הוא בכוחה הפנימי לשכנע. הדרך להתמודד עם השקר אינה בהשתקנו אלא בהסברת האמת ובחינוך לה. כישלוננו של השקר הוא בחשיפתו ולא בדיכוי (השווה ר' כהן-אלמגור, גבולות הסובלנות והחירות 130 (1994)). המלחמה בשקר אינה בהגבלת החירות של דובר השקר, אלא בהגברת החירות של דובר האמת (ראה פרשת כהנא, בעמ' 272). נצחונה של האמת יבוא מכוחה הפנימי, ומיכולתה להתגבר על השקר במאבק הרעיוני. אכן, הפילוסופיה של חירות הביטוי היא הפילוסופיה של חשיפת האמת. אמת זו תצמח מהתחרות בינה לבין השקר. עמד על כך השופט אגרנט בפרשת קול העם, בציינו:

"ביסודו של דבר, כל התהליך הנזכר אינו אלא תהליך של בירור האמת. למען תשכיל המדינה לשים לפניה את המטרה הנבונה ביותר ותדע לבחור את קו הפעולה העשוי להביא להגשמת מטרה זו בדרך היעילה ביותר. והנה, לשם בירור אמת זו משמש העיקרון של הזכות לחופש הביטוי אמצעי ומכשיר, הואיל ורק בדרך של ליבון כל ההשקפות והחלפה חופשית של 'כל' הדעות עשויה אות 'אמת' להתבהר" (שם, בעמ' 877).

ידועים דבריו הבאים של השופט ברנדייס:

"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)).

דברים אלה משקפים את מסורת חופש הביטוי בישראל. כשלונם של השקר יבוא מתוך חינוך לאמת; מבחנם של השקר יהיה בהתמודדות עם האמת; הגברת השיח הציבורי ולא השתקתו הם התרופה של הדמוקרטיה כנגד מחלת השקר. הנה כי כן, האמת בכל הנוגע לחנה סנש תעלה מהדיון הציבורי העשוי לבוא בעקבות שידור היצירה. מדיון זה, ומפירוסימיהם של חוקרים וסופרים, תצוף האמת ותנצח את השקר. הם שיגבירו את זוהרה של חנה סנש, ויאירו את הלהבה שהיא יצרה. לא איסור שלטוני הבא מגבוה, אלא השתכנעות פנימית הבאה מבפנים היא שתביא לנצחון האמת על פני אי האמת (השווה בג"ץ 273/97 האגודה לשמירת זכויות הפרט - למען נ' שר החינוך והתרבות והספורט (טרם פורסם)).

26. סף גבוה זה לפגיעה ברגשות כמצדיק פגיעה בחופש הביטוי תופס במיוחד בז'אנר הספרותי שעניינו דוקודרמה (Docudrama). זו מבוססת מטבע הדברים על מיזוג בין אמת היסטורית לדמיון ספרותי. יצירות מופת בכל הדורות מבוססות על מיזוג זה. תהא זו פגיעה קשה בתרבות האנושית, אם יוצרים לא יהיו חופשיים להשתמש בדמויות היסטוריות, תוך שתיוחס להן התנהגות שאין לה בסיס היסטורי. סופרים ומחזאים אינם היסטוריונים. אין לצפות מהם לשחזור האמת. יש להגן על חופש הדמיון שלהם. מבחנם הוא אמנותי ולא מדעי. הבחינה של יצירה היא אמנותית וכוללת. הבחינה אינה היסטורית ופרטנית.

27. האין ייחוד במקרה שלפנינו בכך, שהיצירה פוגעת במיתוס של חנה סנש - גיבורה לאומית, ודמות נערצת? האם בשם חופש הביטוי יש להניף את הכורת גם על כך? צר לי על הקטע השנוי במחלוקת. אילו אני כתבתי את המחזה, הייתי נמנע ממנו. אך את המחזה כתב מר לרנר. הוא היוצר. הוא סבר שהקטע נחוץ לצרכי האמנותיים. איננו צנזורים של מחזות וסרטים. על הפגיעה האפשרית במיתוס של חנה סנש יש להצטער. אך חברה דמוקרטית אינה שומרת על מיתוסים באמצעות פגיעה בחופש הביטוי והיצירה. המיתוס חייב לנבוע מאותה החלפה חופשית של דעות והשקפות. אסור לו שיהיה פרי הגבלות שלטוניות על חופש הביטוי והיצירה. המיתוס של חנה סנש יתקיים ויפרח בזכות החופש שבאמת, ולא בעקבות השתקת השקר. שיריה וגבורתה של חנה סנש הם המבססים את המיתוס. השקר לא יפגע בה או בזכרה. השקר יידחה על ידי האמת, במאבק "בשוק החופשי" של הרעיונות.

28. השימוש בחופש הביטוי והיצירה של מר לרנר ושל רשות השידור פגעו בכבודו של חנה סנש, ובשמה הטוב. האם פגיעה שכזו מוגנת היא? ודוק: איננו עוסקים ביחס בין חופש הביטוי מזה לבין כבוד האדם והשם הטוב מזה, כזכויות אדם המתנגשות זו בזו בגדרי המשפט הפרטי. איננו עוסקים באיזון אופקי בין זכויות אדם מתנגשות, אשר מטרתו לקבוע אם המשפט הפרטי - כגון דיני הנזיקין או החוזים - מכירים בעילת תביעה ומעניקים סעד (של פיצויים או אכיפה). בפנינו אינה מונחת תביעתה של חנה סנש (או של יורשיה) כנגד מר לרנר ורשות השידור. אין לנו עניין בדיני לשון הרע; אין לנו עניין בפיצויים; אין לנו עניין בצווי מניעה בגדרי הסעד האזרחי. כפי שראינו התביעה האזרחית מורכבת היא וקשה. ענייננו שלנו הוא שונה. עוסקים אנו בכבוד האדם של חנה סנש ושמה הטוב כחלק מאינטרס הציבור. כבוד האדם כזכות הופכת לערך המהווה חלק מהאינטרס הציבורי. עוסקים אנו באיזון אנכי בין זכות אדם לחופש ביטוי ויצירה לבין אינטרס הציבור בשמירה על שמה הטוב וכבודו של חנה סנש. השאלה שלפנינו הינה, אם פגיעה בכבוד ובשם הטוב מצדיקה מצידה פגיעה בחופש הביטוי והיצירה? התשובה על שאלה זו ניתנת במסגרת האיזון (האנכי), לפיו ניתן לפגוע בחופש הביטוי והיצירה, רק אם הפגיעה תואמת את ערכיה של מדינת ישראל, היא לתכלית ראויה ואינה מעבר למידה הדרושה. הפגיעה תהא תואמת את ערכיה של מדינת ישראל, רק אם ההסתברות להתרחשותה היא קרובה לוודאי, ורק אם הפגיעה באינטרס הציבורי היא קשה, רצינית וחמורה. פגיעה כזו תתרחש, כאשר היא מעבר ל"רמת הסיבולת" של החברה הישראלית בכל הנוגע לפגיעה בכבוד האדם ובשם הטוב. על כן לא די בכך שכבודו של חנה סנש ושמה הטוב נפגעו, כדי להצדיק פגיעה מקבילה בחופש הביטוי והיצירה. לא די בכך שהפגיעה בכבוד ובשם הטוב הם כבדים וחמורים. השאלה אשר עלינו לשאול עצמנו - בגדרי האיזון האנכי בין חופש הביטוי והיצירה לבין השם הטוב - הינה אם הפגיעה בכבוד ובשם הטוב, כחלק מהאינטרס הציבורי הכללי, הם כה חמורים עד כי הם מעבר לסף הסיבולת של החברה הישראלית? השאלה אותה אנו צריכים להעמיד לנגד עינינו הינה, אם הפגיעה בחנה סנש היא בעלת מימדים כאלה, עד כי נאמר עליה כי היא מזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית. איננו שואלים עצמנו אם זכותה של חנה סנש (או יורשיה) נפגעו; אנו שואלים עצמנו אם אינטרס הציבור נפגע אנושות, באופן המצדיק - בלא קשר לזכותה של חנה סנש (ויורשיה) - פגיעה בחופש הביטוי והיצירה. התשובה על שאלות אלה היא בשלילה. אפילו כבדה הפגיעה בשמה הטוב ובכבודו של חנה סנש, אין בכך כדי לאפשר, בגדרי המשפט הציבורי, פגיעה בחופש הביטוי והיצירה. פגיעה כזו תתאפשר רק אם נראה כפגיעה בשמה של חנה סנש ובכבודה - כמו גם הפגיעה באתוס שלה, באמת ההיסטורית ובשאר מרכיבי האינטרס הציבורי - פגיעה כה חמורה, קשה ורצינית, עד כי ניתן לומר, ברמת הסתברות של הקרוב לוודאי, כי היא מעל ומעבר למה שניתן לסבול בחברה דמוקרטית שוחרת חופש. כפי שראינו, לרמת פגיעה כזו לא הגיעו הדברים. את התרופה על הפגיעה בכבודו של חנה סנש יש לחפש, איפוא, במשפט הפרטי. מודע אני לפסיקתו של בית המשפט החוקתי הגרמני, אשר בנסיבות דומות, הכיר באפשרות להגביל את חופש הביטוי (פרשת מפיסטו (1971) 173 BVerfGE 30: ראה: The D. Kommers,

Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany 301, 427 (2nd. Ed., D. Currie, The (ראה (1997). עם זאת, עניינה של הלכה זו - השנויה כשלעצמה במחלוקת (ראה Constitution of the Federal Republic of Germany 195 (1994) - הוא לעניין יחסים במשפט הפרטי. אין לה תחולה במשפט הציבורי. היא עוסקת בזכותם של קרוביו של שחקן לבקש צו מניעה, בפני בית משפט אזרחי, בגין פרסום ספר המהווה לדעתם פגיעה בשמו הטוב של קרובם שנפטר. אין היא עוסקת בחובתה של רשות ציבורית (רשות השידור) למנוע פרסום של יצירה מטעמים של אינטרס הציבור. אכן, בפרשת מפיסטו התנגשה זכות (הביטוי והיצירה) בזכות (לכבוד האדם). הסעד שנדרש היה בגדרי המשפט הפרטי. בעתירה שלפנינו מתנגשת זכות (לביטוי וליצירה) עם אינטרס הציבור (כבוד האדם). האיזון בשני מצבים אלה עשוי להיות שונה.

29. בטרם אסיים סוגיה זו, ברצוני לציין כי ההבחנה בין האיזון במשפט הציבורי לבין האיזון במשפט הפרטי אינה חדה ומוחלטת. כשם ששיקולי זכויות הפרט מהווים חלק מהאינטרס הציבורי, כך מוזרמים שיקולים ציבוריים אל תחום המשפט הפרטי ונוטלים חלק בעיצוב הזכויות המוגנות בו (ראה ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464; ראה גם ברק, פרשנות במשפט 649 (כרך שלישי, 1994)). עם זאת, לא מדובר גם בזהות מוחלטת. המשקל שיש לתת לשיקולים ולאינטרסים השונים, עשוי להשתנות בהתאם לתחום הרלבנטי (משפט פרטי או ציבורי) ובהתאם להקשר הספציפי. בהתאם לכך עשוי להשתנות גם האיזון הסופי. בענייננו הן האיזון האופקי הקובע את היקף הזכות לחופש הביטוי והיצירה בהתנגשותה עם כבוד האדם (כחלק מהאינטרס הציבורי) והן האיזון האנכי הקובע אם מותר לפגוע בחופש הביטוי והיצירה לשם הגנה על כבוד האדם, נעשים בגדר המשפט הציבורי. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם אינטרס הציבור - במובנו הרחב והעשיר - מצדיק פגיעה בחופש הביטוי והיצירה. תשובתי על שאלה זו היא בשלילה.

שיקול דעת רשות השידור

30. עד כה דנו בחופש הביטוי והיצירה של מר לרנר, של רשות השידור ושל בני הציבור. הגענו לכלל מסקנה כי עומדת למר לרנר ולרשות השידור החירות לפרסם את המחזה ולשדרו, מבלי שחירות זו תוגבל בשל אינטרס הציבור. בנייתו עד כה לא הבחנו בין מר לרנר לבין רשות השידור. התייחסנו אל שניהם כאל כל אדם - אחר במדינת ישראל. אך האם ככל האדם רשות השידור? האם אינן מוטלות על רשות השידור מגבלות -

מגבלות שאינן מוטלות על מר לרנר - בשל מעמדה המיוחד? חוק רשות השידור קובע, כי רשות השידור מקיימת את השידורים "כשירות ממלכתי" (סעיף 2). האם שירות ממלכתי רשאי לפרסם ידיעה בידעה כי היא מבוססת על אי אמת היסטורית הפוגעת בדמות ציבורית נערצת כחנה סנש? תפקידה של רשות השידור הינו, בין השאר, לשקף את חיי המדינה (סעיף 3(1)(א)). האם היא עומדת בדרישה זו כאשר היא מפרסמת דבר אי-אמת על חנה סנש? כיצד זה מתיישב פרסום זה עם חובתה של רשות השידור להבטיח כי תשודר לציבור "אינפורמציה מהימנה" (סעיף 4)? האין לומר, כי החלטתה של רשות השידור לעשות שימוש בחירות שהדין מעמיד לרשותה, אינה סבירה?

31. שאלות אלה אינן חדשות עמנו. היקף שיקול הדעת של רשות השידור נבחן בפסיקתנו בעבר. בית משפט זה הדגיש, בהקשר זה, שתי פרופוזיציות, האחת כללית והאחרת הנוגעת לרשות השידור. הפרופוזיציה הכללית הינה, כי החלטה היא בלתי סבירה, רק אם שום רשות סבירה לא היתה יכולה לקבלה. חוסר הסבירות הנדרש הוא, איפוא, קיצוני. "רק פגיעה מפליגה בחוש הצדק [מצדיקה] את פסילת פעולתה של הרשות" (השופט שמגר בבג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365, 378 (להלן - פרשת שירן)). נדרש כי חוסר הסבירות יהא קיצוני, יורד לשורשו של עניין (ראה בג"ץ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל (2) 94, 103, 107). הפרופוזיציה המיוחדת היא זו הנוגעת להתערבות שיפוטית בחירות הביטוי. כותב השופט שמגר:

"העובדה, שמדובר בשידורים או בפרסום דברים כתובים, יש בה כדי להניע את בית המשפט לריסון נוסף במידת ההתערבות, וזאת בשל חובת יישומו של העיקרון המנחה הנוסף חופש הביטוי, שהינו מרכיב בעל משקל מיוחד במכלול השיקולים. כדי שבית המשפט הזה יאסור על פלוני המופקד על השידור והפרסום מטעם הציבור, את פרסומו של שידור פלוני, צריכות להתקיים נסיבות קיצוניות, שמהן עולה סכנה מוחשית וקרובה לוודאי לשלום הציבור הרחב, או אי-חוקיות ברורה וגלויה בעלת גוון אחר" (פרשת שירן, בעמ' 378. ההדגשות במקור).

השופט שמגר ממשיך וקובע, כי:

"יש למנוע, ככל האפשר, גרירתן לערכאות של שאלות, שאינן אלא ויכוח בנושאי תרבות, חינוך, טעם טוב או נושאים כיוצאים באלה, כי, כאמור, בית משפט זה אינו יכול ליטול על עצמו את תפקיד הפיקוח על תוכנם של שידורים וגם אינו צריך לעשות כן... אלא אם נתקיימו הנסיבות הקיצוניות, כמוזכר לעיל" (שם, שם). ההדגשה במקור).

השופט שמגר ציין, כי הפיקוח על הפעלת שיקול הדעת של רשות השידור בעניינים אלה הוא פיקוח מינהלי (פנימי) ולא פיקוח שיפוטי (חיצוני). מוסדות הרשות הם הצריכים לעסוק בכך. אל לו לבית המשפט להתערב בכך, אלא אם כן ההחלטה חורגת מן הסבירות בקיצוניותה, ויוצרת וודאות קרובה לפגיעה באינטרס הציבור

(ראה גם בג"ץ 266/81 אברון נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 502). אכן, "תהא האמת ההיסטורית אשר תהיה, בית המשפט אינו צנזור על רשות השידור, לפסול תכניות אשר לדעת עותר זה או אחר, או לדעת בית המשפט, אינן משקפות את האמת לאמיתה. כך מחייב חופש הביטוי שהוא יסוד מוסד של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית" (בג"ץ 2137/98 אליאס יעקב נ' יושב ראש הוועד המנהל, רשות השידור (טרם פורסם)).

32. מקובל עלי כי לרשות השידור יש שיקול דעת בקביעת התוכניות לשידור. מחופש הביטוי של מר לרנר אינה נגזרת חובתה של רשות השידור לשדר את מחזהו ברדיו או בטלוויזיה. רשות השידור היא במה ודובר, וחופש הביטוי שלה מאפשר לה להחליט מה לשדר ומה לא לשדר. כך, למשל, רשאית היתה הרשות להחליט כי מטעם זה או אחר אין היא משדרת את מחזהו של מר לרנר. מוכן אני אף להניח, כי טעם ראוי לכך היה הקטע השנוי במחלוקת. אך רשות השידור החליטה לשדר את מחזהו של מר לרנר. עתה אנו מתבקשים להתערב בהחלטה זו. זאת לא נוכל לעשות. הטעמים לכך הם שניים: ראשית, לא נפל בהחלטת הרשות אותו חוסר סבירות קיצוני המצדיק התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק. אין לומר כלל, כי שום רשות שידור סבירה לא היתה מקבלת החלטה לשדר את מחזהו של מר לרנר, ובו הקטע השנוי במחלוקת. סבירות ההחלטה היא פונקציה של איזון ראוי בין הערכים המתנגשים (ראה בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513; בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229). הערכים המתנגשים בענייננו הם חופש הביטוי והיצירה מזה ואינטרס הציבור מזה. אל אלה, יש לצרף שיקולים הקשורים למעמדה של רשות השידור כשירות ממלכתי. תפקידיה ומהימנותה. כפי שראינו לעניין ההתנגשות בפרשה שלפנינו בין חופש הביטוי והיצירה מזה ואינטרס הציבור מזה, ידם של חופש הביטוי והיצירה על העליונה. אין בכוחם של השיקולים הקשורים למעמדה של רשות השידור, כדי לגרום לכך, שהחלטתה לשדר את התכנית חורגת ממתחם הסבירות. בוודאי אין לומר כי חוסר סבירות זה בהחלטתה הוא קיצוני במהותו, עד כי שום רשות שידור סבירה לא תוכל לקבלה.

33. שנית, היקף התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בחופש הבחירה של רשות השידור הוא מצומצם. כפי שציין השופט שמגר בפרשת שיהן, נדרשות נסיבות יוצאות דופן בחריגותן כדי להצדיק החלטה שיפוטית האוסרת על רשות השידור לעשות שימוש בחופש היצירה והביטוי שהדין מעניק לה. עמדה על כך המשנה לנשיא, השופטת בן-פורת, בצ"נה:

"הלכה פסוקה היא, שאם מדובר בחופש הפרסום או השידור, ינהג בית משפט זה בריסון רב ויתערב רק בנסיבות קיצוניות (כגון שעולה מהן סכנה מוחשית וקרובה לוודאי לשלום הציבור הרחב... או אי חוקיות ברורה וגלויה...). זכותו של הכלל היא, כי תישמר חירות הביטוי בכלי התקשורת. גלי האתר של הציבור הם, והזכאים ואף החייבים לשאת באחריות לקיום החוק בעת איסוף המידע ושידורו הם מוסדות רשות

השידור עצמם. השימוש בזכות הפיקוח והבקרה של בית משפט זה, כאשר נשקלת התערבות בחופש הפרסום, צריך, איפוא, להיות זהיר ונדיר" (בג"ץ 259/84 מ.י.ל.ן. - מכון ישראלי למוצר ולעסק הנבחר בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(2) 673, 680).

נסיבות יוצאות דופן אלה מתקיימות רק אם הגשמת השידור תגרוור פגיעה קשה, חמורה ורצינית באינטרס הציבור. כאשר הפגיעה הנטענת היא ברגשות, צריך שזו תהא כה חמורה עד כי היא מזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית בחברה דמוקרטית. פגיעה כזו אינה קיימת במקרה שלפנינו. על כן, אין יסוד להתערבותו של בית משפט זה.

34. שני הטעמים עליהם עמדתי קשורים זה בזה ושזורים באיזון הראוי שבין חופש הביטוי והיצירה מזה ואינטרס הציבור מזה. אכן, אין לבודד את שיקול דעתה של רשות השידור מהמערך הכולל של הערכים החוקתיים והאיזון הראוי ביניהם. אין להשקיף על שיקול דעתה של רשות השידור כשיקול דעת מינהלי מבודד. סבירות שיקול הדעת של רשות השידור קשורה בקשר בל-יינתק לאיזון הראוי בין חירויות הפרט לאינטרס הציבור (ראה בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לז(1) 757, 785; פרשת כהנא, בעמ' 307). משקבענו כי באיזון זה הפגיעה באינטרס הציבור אינה מצדיקה מניעת הגנה מחופש הביטוי והיצירה, יש בכך כדי להשפיע על סבירות הפעלת שיקול דעת של רשות השידור. בוודאי כך, מקום שהחלטתה של רשות השידור אינה איסור הפרסום אלא התרתו; בוודאי כך, מקום שאנו מתבקשים לאסור פרסום מראש - איסור המהווה "מניעה מוקדמת" (prior restraint) - חרף החלטתה של רשות השידור לשדרו. תפקיד זה של צנזור נמלא רק בלית ברירה. בהקשר זה מקובלים עלי דברי חברי השופט מ' חשין, לפיהם "מנהל רשות השידור הוא האחראי לשידוריה. לא בית המשפט הוא האחראי לתוכן השידורים. אני מסרב בכל תוקף ליטול על עצמי את משימת הנהלתה של הרשות" (פרשת קידום יזמות, בעמ' 37). אכן, כאשר רשות השידור - על האורגנים המוסמכים שבה - מחליטה לשדר תכנית פלונית הפוגעת ברגשות הציבור, במיתוס החברתי ובערכים היסטוריים, יהיו אלה מקרים קיצוניים ויוצאי דופן בחומרתם, אשר יצדיקו התערבותו של בית משפט זה למניעת השידור. מניעה כזו פוגעת בחופש הביטוי והיצירה של יוצר התכנית; היא פוגעת בחופש הביטוי של רשות השידור כדובר וכבמה; היא פוגעת בזכותו של כל אחד מבני הציבור. פגיעה משולשת זו - שתוצאתה מניעה מראש ולא אחריות בדיעבד - תוכל להיעשות רק כאשר השידור פוגע באינטרס הציבור פגיעה כה קשה ורצינית עד שהיא מזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית; חייב המקרה להיות כה קיצוני עד שיש בו התפררות של כל המאחד אותנו; הפגיעה באינטרס הציבורי צריכה להיות - בלשונו של השופט מצא - "כה אנושה, עד שהימנעות מאיסור פרסומו תקים סכנה מוחשית וקרובה להתערעות הסדר הציבורי או להפרתו הממשית והקשה" (פרשת נוביק, עמ' 202). נסיבות כאלה אינן מתקיימות בפרשה שלפנינו.

35. ותפקידה הממלכתי של רשות השידור - מה היא עליו? תשובתי הינה, כי בשידור המחזה שלפנינו, אין משום פגיעה בתפקידה של רשות השידור. מחזה זה הוא דוקודרמה. יש בו ערבוב של מציאות ודמיון. הוא מבוסס על דמויות היסטוריות ואירועים היסטוריים מזה, ועל דמיון שאינו תואם את המציאות מזה. השקר במחזה הוא בשולי המחזה, והוא נועד למטרות אמנותיות. כל אלה גורמים לכך, כי שידור המחזה נופל לגדר "מתחם הסבירות" של שיקול דעתה של רשות השידור. אמת, מתפקידה של הרשות לשדר "אינפורמציה מהימנה". אך דוקודרמה אינה תכנית המשדרת אינפורמציה. זו יצירת אמנות, וכך יש להשקיף עליה. יש לבחון אותה על פי אופיה האמנותי, ולא על פי המסר ההיסטורי שבה. יש להשקיף עליה כעל מכלול אמנותי, בו שזורות עובדות נכונות ובלתי נכונות באשר לדמויות היסטוריות. לעניין תפקידה של רשות השידור וסבירות החלטתה, האופי האמנותי הוא המכריע. על כל פנים, המקרה אינו כה קיצוני, המצדיק את התערבותנו.

מטעמים אלה החלטתי לדחות את העתירה.

ה נ ש י א

השופט א' מצא:

אני מסכים לפסק דינו של חברי הנשיא.

ש ו פ ט

השופט מ' חשין:

הוא נולד ביום כ' באדר ב' תשנ"ב (25 במארס 1992). בהיותו כבן שנתיים - ביום כ"ז באדר תשנ"ד (10 במארס 1994) - ערכו ניתוח בגופו: שיפרו את מראהו והוסיפו לו בינה. בימים אלה הוא כבן שבע וחצי, תרבינה שנותיו. מדברים אנו, כמוכן, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-היסוד החשוב ביותר שנחקק לתפארת כבוד האדם וחירותו. כבוד האדם הוא בריח התיכון בחוק-יסוד זה, מראש ועד כף רגל. החוק ספוג כולו בכבוד האדם, וכבוד האדם הוא הנותן בו חיים. ציפיתי, קיוויתי, כי עתירה זו שלפנינו תתקע יתד עמוקה בקרקע-המשפט - עד הסלע - וכי אל יתד זו ייקשר, מעל לקרקע, תורן גבוה ובקצהו דגל כבוד האדם. למען ידעו הכל -

למקצה הארץ ועד קצֶה - כי תחילה והמשך וסוף הם בכבוד האדם. כי באין כבוד האדם אין אדם ואין חברת-אדם. כך קיוויתי, כך ציפיתי. צר לי שהחמצנו הזדמנות זו שנקרתה על דרכנו. לא ניואש ונמתין ליום המחר.

עיקרי העובדות שלעניין:

2. ענייננו נסוב על מחזה שכתב המחזאי מוטי לרנר. שם המחזה הוא "משפט קסטנר", והטלוויזיה בישראל אמורה היתה לשדרו - ואכן שידרה אותו - בשלושה חלקים בתחילת חודש נובמבר 1994, החל ביום 7 בו. להזכירנו, כי יום ה-7 בנובמבר 1994 היה יום השנה החמישים לרציחתה של חנה סנש בידי הגסטאפו. המחזה לא נולד יש-מאין. נוטע הוא עצמו עמוק-עמוק באירועי-אמת שאירעו בהונגריה בעת מלחמת העולם השנייה - בשנת 1944 - וב"משפט קסטנר" שהיה בישראל בשנים 1953 עד 1958.

3. בראשית היתה הטרגדיה הנוראה שפקדה את היהודים בהונגריה בעת מלחמת העולם השנייה. רצח היהודים בידי הנאצי וניסיונות שנעשו למלט את חלקם של היהודים מן התופת. טרגדיה זו - ובה ניסיונות החילוץ - נפרשה לפני בית-המשפט בישראל שעה שהיועץ המשפטי לממשלה הגיש כתב-אישום נגד אחד, מלכיאל גרינוולד, באשמה של הוצאת שם רע על ד"ר ישראל קסטנר. ד"ר קסטנר היה בשנת 1944 מראשי יהדות הונגריה, וגרינוולד הפיץ ברבים עלון בדפוס ובו האשים את ד"ר קסטנר, בארבעה ראשי-האשמה אלה (כלשון בית-המשפט): "(א) שיתוף פעולה עם הנאצים; (ב) 'רצח בעקיפין' או, 'הכשרת הקרקע לרצח' של יהדות הונגריה; (ג) שותפות גזל עם פושע מלחמה נאצי [קצין האס. אס. קורט בכר]; (ד) הצלת אותו פושע מלחמה מעונש אחרי המלחמה." משפטו של גרינוולד נערך בבית-המשפט המחוזי בירושלים, בפני הנשיא ד"ר בנימין הלוי, ולסופו החליט הנשיא הלוי לזכות את גרינוולד בשלושה מתוך ארבעה ראשי-לשון-הרע (הראשים (א), (ב) ו-(ד)). גרינוולד הורשע אך בראש (ג), אך בשים-לב לזיכוי משאר ראשי ההאשמה הוטל עליו קנס בסך של לירה אחת בלבד. פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי - ת.פ. י-ם 124/53 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' גרינוולד - פורסם בפסקים מחוזיים מ"ב, 3 עד 241.

היועץ המשפטי לממשלה ערער על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, ובית-המשפט העליון - במושב חמישה - החליט לקבל את הערעור בחלקו העיקרי. גרינוולד הורשע בראשי-האשמה (א) ו-(ב) (לגבי ראש-האשמה (א) - ברוב דעות של ארבעה נגד אחד) אך זיכוי מראש-האשמה (ד) נותר על כנו: ע"פ 232/55 היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד, פ"ד יב 1017 עד 2317.

4. מחזהו של מוטי לרנר ניתן לדמותו לקומה שלישית שנבנתה על שתי קומות שמתחתיה. קומה ראשונה היא הטרגדיה של יהדות הונגריה בשנת 1944. הקומה השניה היא הדרמה שהיתה בבית-המשפט המחוזי בירושלים במשפטו של גרינוולד, הוא המשפט הקרוי "משפט קסטנר". והקומה השלישית היא הדרמה שעל הבימה - מחזהו של מוטי לרנר "משפט קסטנר". מי שראה מחזה זה בטלוויזיה - ואני ראיתיו - יידע כי המחזאי אדם ברוך-כישרון הוא. נוסף עם זאת ונדע, כי כגודל הכישרון והדרמה כן עוצמת השפעתו של המחזה על הצופים בו.

5. על קטע אחד מן המחזה יצא קיצפם של העותרים שלפנינו והוא לעת חקירת גב' קתרינה סנש, אימה של חנה סנש. גב' סנש הופיעה כעדה במשפט, ונחקרה בידי עורך-הדין ש' תמיר, פרקליטו של גרינוולד. בעת עדותה מתפרץ ד"ר קסטנר אל תוך דבריה פעם ועוד פעם, עד לשיא בו מאשים הוא את חנה סנש במסירת חבריה לגיסטאפו. וכך קוראים אנו במחזה:

" קסטנר "
(בזעם לקתרינה סנש)

איך את מעזה לבוא אלי בטענות? מי בכלל ביקש מן הבת שלך לבוא לבודפשט? מה היא חשבה לעשות? הרי בגלל הפזיזות שלה והיהירות של מי ששלח אותה, היא חצתה את הגבול כמו טירונית, ונתפסה כעבור חמש דקות. ואני אגיד לך מי גילה למשטרה ההונגרית שפלגי וגולדשטיין עומדים להגיע אלי. היא! הבת שלך. חנה סנש הגיבורה! היא נשברה בחקירה שלה וגילתה הכל. אני מתאר לעצמי איזה עינויים היא עברה. אף אחד לא היה עומד בעינויים כאלה. אבל לא בגללי נעצרו פלגי וגולדשטיין. אלא בגללה!

קתרינה סנש

לא נכון!!! "

על קטע זה במחזה מלינים העותרים לפנינו, ובקשתם היא כי יושמט מן המחזה שיוצג בטלוויזיה. לדבריהם, האמירה כי חנה סנש הסגירה את שני חבריה - פרץ גולדשטיין ויואל פלגי - לידי הגסטאפו, אמירת-שקר היא, אמירה שיש בה כדי לפגוע בחנה ללא-מרפא. חנה סנש עמדה בגבורה בעינויים קשים שעונתה בידיהם של אנשי הגסטאפו, כך אומרים הם, ולא הסגירה סודות למְעַנֶיהָ. כך באשר לגולדשטיין ולפלגי, וכך באשר לקוד הסודי שהיה בידיה לשידור ידיעות לבריטים, קוד שהנאצים היו מעוניינים בו לשידור ידיעות כזב על-ידם (דיסאינפורמציה).

6. להוכחת דבריהם מביאים העותרים ראיות מראיות שונות, ולמעשה אין חולק בפנינו על-כי אמירתו של קסטנר במחזה אמירה היא שאין בה אמת. אין כל ראייה - אף לא שמץ-ראייה - כי חנה שנש הסגירה את חבריה לידי הגסטאפו. כך באשר לקומה הראשונה, לאשר אירע בהונגריה בשנת 1944. ואשר לקומה השנייה - קומת המשפט - הכל מסכימים כי במשפטו של גרינוולד לא אמר קסטנר את שהמחזאי מוטי לרנר שם בפיו. פירוש: דברי קסטנר במחזה - כפי שהבאנום למעלה - אין להם כל אחיזה במציאות. אין הם אלא פרי-דמיונו של היוצר.

7. מוטי לרנר ורשות השידור היו ערים, כמובן, לרגישות שבהקרנת המחזה בטלוויזיה, ועל-כן הוקרנה בטלוויזיה, בתחילתו של אחד ואחד משלושה קיטעי המחזה, פתיחה בלשון זו:

"האירועים שבסרט עוצבו בהשראת משפט קסטנר-גרינוואלד. עם זאת, אין לראות בסרט שיחזור תיעודי של האירועים אלא דרמה בדיונית המחוייבת לערכים אמנותיים".

יתר-על-כן: המחזה הוקרן בסינמטק בתל-אביב, ולעת אותה הקרנה הופץ לקהל-הצופים דף-הסבר שכותרתו היא "התנצלות המחבר". וכך מסביר מוטי לרנר את המחזה:

" התנצלות המחבר "

התסריט 'משפט קסטנר' הוא דרמה בדיונית הכתובה בהשראת אירועים שאכן התרחשו. עיצובם של האירועים הללו לעלילה ברורה, שבה הדמויות מתפקדות לא רק עפ"י הידוע על פעולותיהן במציאות, אלא גם על פי חוקי ההתנהגות של דמויות דרמטיות - עיצובם של האירועים הללו מחייב כמובן סטיות רבות מאירועי האמת, ומעלה בכך את השאלה הקשה על מידת הדיוק ההיסטורי המתבקשת ביצירת אמנות.

אפשר להתחמק מן השאלה ולהשיב בפשטות שהתסריט הוא יצירת אמנות בלבד, ואין בו שום מסמך היסטורי, ולכן יש לבדוק אותו באמות מידה אמנותיות ולא באמות מידה היסטוריוגרפיות. אבל עם זאת, קשה להתכחש לעובדה שהתסריט מציע פרשנות לאירועים הנתונים בחילוקי דעות קשים, וברור שרבים מן הקוראים והצופים יבחרו לראות בו התערבות בכתיבת היסטוריה, ולא דווקא יצירת אמנות גרידא. מאחר שבמהלך בכתיבה התלבטתי הרבה בין שתי הגישות הללו, נראה לי שעליי להבהיר כמה מן הסייגים שהצבתי לעצמי.

ככלל, שאפתי לדייק ככל האפשר. עם זאת, ובפרט בתמונות המתרחשות בחדרי חדרים בין הדמויות לבין עצמן, כשלא היה באפשרותי לגלות מה מתרחש בהן, נטלתי לעצמי את 'חירות הפיוט' לברוא את הדברים מדמיוני - בהסתייגות ברורה שתוצאת המתרחש בתמונות אלו חייבת להתאים לאירועי האמת. עשיתי כמיטב יכולתי להשתמש בחירות זו כדי להעמיק את הדמויות, לחדד את ההתרחשויות שאכן התרחשו. פעלתי לפי העיקרון שאינני עושה את מלאכתי קלה על ידי השמטת אירועים הסותרים את תפיסת העולם הפוליטית וההיסטורית שלי. לא רק משום שרציתי לפעול ביושר אמנותי ואינטלקטואלי, אלא גם משום שדווקא באותם אירועים שבהם היה איום

מסוים על דעותי הפוליטיות, דווקא שם הסתתרה דרמה אמיתית יותר, נוקבת ומרגשת יותר.

אני מקווה שהצלחתי למצוא את האיזון הנכון בין הצורך ההיסטורי, הכורח לבטא את תפיסת העולם הפרטי [כך - מ' ח' שלי והמחויבות לאיכותה של היצירה האמנותית. (ההדגשות הוספו - מ' ח')

מוטי לרנר "

כעשרה ימים לפני תחילת ההקרנה (ביום 28.10.94) פורסם במוסף "7 ימים" של העיתון "ידיעות אחרונות"

מאמר שכותרתו היא "האם היא נשברה", וכותרת המישהנה בו היא:

"סערה רבתי עשויה לפרוץ בעקבות סדרה חדשה בטלוויזיה, העומדת להעלות את האשמה כי הצנחנית חנה סנש, שנשלחה לעזרת יהודי הונגריה בתקופת השואה, נשברה בחקירתה והסגירה את חבריה הצנחנים לידי המשטרה הפשיסטית. ההאשמה מובאת מפיו של ישראל קסטנר, מארגן רכבת ההצלה מבודפשט ו'האיש שמכר את נפשו לשטן'. הסופר אהרון מגד: זהו שקר וכזב".

כותבת המאמר (גב' אספה פלד) מראיינת את מר לרנר, ובין השאר מוצאים אנו את מר לרנר אומר דברים אלה:

"- מוטי לרנר, המיתוס שקרי?"

אני רואה את עצמי כמי שחושף את האמת הסובייקטיבית של קסטנר וחברי ועד-ההצלה, שנלכדו במלכודת של מיתולוגיה ומיתוס, שלא היו מסוגלים לנפץ, ואולי גם חששו לנסות לעשות זאת. נראה לי שהיום אנחנו בוגרים מספיק כדי להבין שחנה היתה גיבורה גדולה, על אף העובדה שייתכן ונשברה בחקירה. בסופו של דבר, מי מהשבוים הישראליים שנפל בשבי המצרי או הסורי לא נשבר? בעיניי זה לא גורע מאומה מגבורתה.

- אז היא בגדה או לא בגדה?"

אני לא הייתי בחקירה, ואני לא יודע. מה שברור הוא שחנה חצתה את הגבול, והיתה לה כתובת-קשר אחת להגיע אליה - כתובתו של קסטנר. שלושה ימים אחר-כך הגיעו גולדשטיין ופלגי לקסטנר מבלי שהוא ידע בכלל שהם עומדים להגיע אליו. ... אין לי כלים לבדוק את זה, ולכן אני מציג את זה בסרט כדעתו של קסטנר.

- אבל קסטנר לא אמר זאת.

קסטנר היה משוכנע שחנה הסגירה את הצנחנים, ואת זה אני יודע מרמזים ממכתביו.

נגיב על דבריו האחרונים של מר לרנר - אודות ה"רמזים" במכתביו של ד"ר קסטנר - ונאמר כי לפנינו לא הועלתה כלל טענה זו - אף לא טענה בדומה לה - לא במפורש ולא במרומז. הכל מסכימים כי הדברים שהושמו בפי ד"ר קסטנר במחזה אין בהם אמת: לא במציאות של אותה שנה מקוללת בהונגריה, שנת 1944, ולא

במשפטו של גרינוולד. אין שמץ ראייה כי חנה סנש הסגירה את חבריה לגסטאפו - נהפוך הוא - וד"ר קסטנר לא אמר מעולם דברים שהמחזאי שם בפיו במחזה. בעברית פשוטה ייאמר: דבר-האשמה שד"ר קסטנר מטיח במחזה בחנה סנש, דבר-עלילה הוא.

עד כאן - עיקרי העובדות, ולמיקצתן נשוב בהמשך דברינו.

חובתה של רשות השידור וסמכותנו לאסור עליה שידור

8. עד שניכנס אל טרקלין הערכים והאמת, נאמר מילים אחדות באשר לסמכותנו לצוות על הרשות כבקשת העותרים. אין חולק על סמכותנו לאסור על רשות השידור לשדר את הקטע השנוי במחלוקת. רשות השידור רשאית היתה שלא לשדר את "משפט קסטנר" - כולו או מיקצתו - ואת החלטתה לטרב לבקשת העותרים - למחוק אותו קטע - מוסמכים אנו להעביר תחת שבט הביקורת. השאלה אינה אלא אם החלטתה של הרשות לשדר את המחזה בלא קיטוע, היא מסוג אותן החלטות שבית-המשפט הגבוה לצדק מוצא לראוי להתערב בהן ולהופכן על פיהן. עד כאן היסכמנו כולנו, חבריי ואנוכי. ומכאן נפרדו דרכינו: חבריי סוברים כי העותרים לא עלה בידם לעבור את הסף, ואילו אני, שלא כמותם, דעתי היא כי העותרים עברו את הסף, ואף ברווח. הגיעה עת שאנמק את דעתי.

השאלה השנויה במחלוקת

9. אלה הם שני הכוחות המושכים לצדדים, כל אחד מהם אל צידו-שלו: מעבר מזה, חופש הביטוי וחירות היצירה של היוצר - מוטי לרנר - ומעבר מזה, כבוד האדם: כבודה של חנה סנש, אישה צעירה שנרצחה בידי הגסטאפו ואין בידה להגן בכוחה-שלה על כבודה. הניעתר לעותרים ונאסור על רשות השידור לשדר אותו קטע - בן כדקה - באשר פוגע הוא בכבודה של חנה סנש? או שמא נסרב להיעתר לעותרים ולא נאסור על רשות השידור לשדר אותו קטע באשר נכיר בחופש הביטוי ובחירות היצירה של היוצר?

לבחינת הדברים הבה נעלה על הבימה - בנפרד, ובזה אחר זה - את השחקנים הראשיים, נציג אותם ונשמע את שיחם. בהיאסף הכל אל הבימה נתיר לשחקנים להשיח איש-עם-רעהו וידענו ידו של מי על העליונה. את דברינו להלן נחלק לשלושה חלקים וזה יהיה סידרם: בתחילה נדון בחופש הביטוי ובזכות לשם טוב

כמהויות וכעיקרים במשפט. לאחר מכן נעבור ונדון במעמדם ההירארכי של חופש הביטוי ושל הזכות לשם טוב. לבסוף נפגיש את חופש הביטוי ואת הזכות לשם טוב, לבחינת עוצמה כנגד עוצמה.

נפתח את דברינו במהותה של חירות הביטוי והיצירה ולאחריה נעבור אל כבוד האדם.

חופש הביטוי וחירות היצירה

10. חופש הביטוי וחירות היצירה הינו שורש במשפט ישראל זה מכבר. אין טעם כי נחזור לבראשית ונסביר ונפרש מדוע ולמה וכיצד, והרי הדברים פורשו ובוארו שוב ושוב. את דעתי-שלי על מיקטעים מסויימים בנושא חופש הביטוי - ועל התנגשות בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים - היבעתי, לעיתים באריכות, למיצער בשלושה מקומות, ואלה הם (כסידרם הכרונולוגי): בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 17 ואילך ("לך תצטיין"); בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 601, 688 ואילך ("אימפריית החושים"); דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס (טרם פורסם). בשלושה פסקי-דין אלה - כבעניינינו-שלנו - היתה דעתי דעת-מיעוט, ומדעתי לא שינית. אינני חולק, כמובן, על זכות-היסוד של חופש הביטוי וחירות היצירה. ואולם סבורני כי חבריי הרחיקו לכת במתן חירות לחופש הביטוי, תוך קיצוץ בלתי-ראוי בערכים אחרים, ערכים חשובים - חשובים מאוד - אף-הם.

11. לא אחזור על דברים שכתבתי, ואביא אך דברים שלעניינינו עתה. מושג חופש הביטוי (וכמוהו חירות היצירה) אין הוא מעשה-מיקשה; מעין פדרציה הוא, פדרציה של זכויות ואינטרסים. יש כרוניקה ויש נאום, יש מאמר פרשנות ויש סיפורת ושירה, יש ביקורת השלטון ויש פירסומת מסחרית, יש תהלוכה ויש הפגנה, יש מחזה ויש סרט. כל אחת מדרכי התבטאות אלו משקפת אינטרס מסויים, ולא הרי אינטרס אחד כהרי אינטרס אחר. כך, למשל, פירסומת מסחרית לא תזכה - ואין היא ראויה שתזכה - לאותה הגנה שכרוניקה תזכה לה. מכאן: תחת אשר נדבר על חופש הביטוי - כך על דרך הסתם - שומה עלינו ליטול את אגד חופש הביטוי לידנו ולברור מתוכו בזהירות אותו שריג שלעניין. אין עניינינו, כמובן, בתוויות גרידא - סיפורת או כרוניקה, שיר או הפגנה. שומה עלינו להעמיק חקור עד-השורש, לנסות ולעשות כמיטבנו כדי לעמוד על טיבו של האינטרס המבקש הגנה, על תוכה ועל תוכנה המהותי של הזכות המוצגת לפני בית-המשפט. אמרתי על כך, בין השאר, בפרשת חברת סטיישן פילם (שם, 689):

"בבית חופש הביטוי יש דרכי ביטוי והתבטאות שמקומן בכותל המזרח,
יש דרכי ביטוי והתבטאות שאינן בכותל המזרח. ולעת התנגשות עם אינטרסים הנוגדים את חופש
הביטוי, ייצאו דרכי ביטוי והתבטאות למיניהן למאבק, כל אחת מהן

בעוצמתה שלה, לא חסר אך גם לא יתר. המושג 'חופש הביטוי' אינו מושג קסם שאם ייקרה על דרכנו ניקוד ונשתחוה לו. לאחר שנדע כי ענייננו הוא באחת מנגזרות חופש הביטוי - לאמור: בביטוי או בהתבטאות החוסים תחת כנפיו של עקרון חופש הביטוי - נקרב מבטנו אל אותו ביטוי או התבטאות ונמוד את כוחם ועוצמתם הפנימית טרם צאתם אל קרב עם אינטרסים אחרים הנוגדים אותם. דרכנו היא דרך האטומיזציה - אם תרצה: דרך המולקוליזציה - חלוקת שדה חופש הביטוי למיגזרים מיגזרים, והיא על-פי סוג האינטרס שחופש הביטוי אמור להגן עליו. יש מאמר בעיתון ויש ספרות יפה, יש תיאור אירועים ויש נאום, יש פרסומת מסחרית ויש ביקורת השלטון, יש ביקורת חברתית ויש תהלכה. כל אחד מאלה - הם ואחרים זולתם - אמורים לשקף אינטרס מסויים, ועוצמת הזכות תהיה כעוצמת האינטרס. הוא הדין בדרכי הביטוי וההתבטאות: יש עיתון ויש סרט, יש הצגה ויש טלוויזיה, יש רדיו ויש תנועה על בימה." (ההדגשה במקורו - מ' ח')

ועוד (שם, שם):

"... [מוצאים] אנו לא אחת כי מבקשים להסביר טיבו של חופש ביטוי מסוג אחד באינטרסים התומכים בחופש ביטוי המשייך עצמו לסוג אחר, וכך נמצאים אנו מערבים מין בשאינו מינו. כך, למשל, שעה שמעסיק הוא עצמו בחופש העיתונות או בדיווח דוקומנטרי על אירועים מסויימים, פשוט הוא שביט-משפט יקבע את גדרותיו ואת עוצמתו של חופש הביטוי באורח ההולם את הסוגיה הנדונה לפניו - סוגיה שהיא מנדבכי המשטר הדמוקרטי - והדבר יתגלה בדרך התבטאותו של בית-המשפט ובקביעתה של ההלכה..."

ראו עוד: שם, 688 עד 691. כן ראו והשוו: פרשת קידום יזמות, 25 עד 28, פרשת קראוס, פסקאות 32 ו-33 - לחוות-דעתי.

12. ולענייננו. מה הוא חופש הביטוי שאנו מדברים בו? אם תרצו: מה הוא האינטרס שחופש הביטוי בענייננו מעמיד כנגד אינטרסים אחרים הנוגדים אותו? מדברים אנו במחזה, ואולם לא במחזה שהוא פרי דמיונו של המחזאי, מחזה שהמחזאי בדה מליבו מתחילה ועד סוף. מדברים אנו בזן מיוחד הקרוי דוקודרמה (Docudrama), קרא: יצירה שיש בה גם מן הדרמה גם מן הדוקומנטציה. עובדות מן החיים ויסודות של דרמה מעורבים אלה-באלה ובאים אלה-בתוך-אלה, עד שאינך יודע מה מן החיים הוא ומה מן הדרמה. אכן, הקליפה היא קליפת-דרמה, אך עובדות החיים - עובדות שהצופים, או חלקם, שמעו עליהן ויודעים אותן, כולן או חלקן - משולבות בדרמה עד-לבלי-הכר. למותר לומר כי בעירבוב זה בין חיים לבין דמיון לא הרי דוקודרמה אחת כחברתה. אין מינון קבוע מראש לשיעור הדמיון או לעובדות החיים, והכל בידי היוצר: ברצותו מרחיב וברצותו מקצר ביסוד זה או ביסוד זה.

13. המחזה "משפט קסטנר" נוטע עצמו עמוק בעובדות החיים, ושיעור חלקן של עובדות אלו בסך הכול הוא שיעור ניכר עד ניכר-מאד. לא זו בלבד שהעלילה היא, בעיקרה, עלילת-אמת - עלילה "מן החיים" - אלא שגיבורי המחזה מופיעים במחזה בשמם, כבכיים. כך, למשל, השופט הוא ד"ר בנימין הלוי; התובע הוא היועץ המשפטי לממשלה, חיים כהן; הסניגור הוא עורך-דין שמואל תמיר; הנאשם הוא מלכיאל גרינוולד; גב' קתרינה סנש; גב' הנזי בראנד; יואל פלגי; ועל כולם - חנה סנש. כל אלה מופיעים במחזה בשמותיהם וכמות-שהם. המחזאי מוטי לרנר נטל אירועי-חיים מסויימים והעלה עליהם שלמת-דרמה. הצופה התמים - גם הצופה המשכיל - לא יידע מה אמת במחזה ומה אינו אמת. האם אמר קסטנר את שמוטי לרנר שם בפיו או שמא לא אמר זאת? האם יש יסוד-של-אמת לאמירתו של קסטנר במחזה אודות חנה סנש או שמא לא אמר קסטנר אמת? הצופה יוצא מהורהר ולא יידע. הן ולא ורפיא בידיה.

זו היא איפוא היצירה שלפנינו: יש בה מזה ומזה - מן החיים ומן הדרמה - והעובדות מן החיים רבות הן. בידענו על המחזה את שאנו יודעים, אני כופר - ובתוקף - באמירתו של מוטי לרנר כי המחזה הינו "דרמה בדיונית הכתובה בהשראת אירועים שאכן התרחשו". הדרמה אינה בדיונית כלל-ועיקר, ו"האירועים שהתרחשו" לא שימשו אך "השראה" למחבר. הם באו בתוכה של היצירה והיו לאחדים עימה. גם לא אסכים כי "התסריט מציע פרשנות לאירועים הנתונים בחילוקי דעות קשים". אין כל חילוקי דעות בענייננו, והכל מסכימים כי חנה סנש לא מסרה את חבריה לגסטאפו. גם אתקשה להסכים לאמירתו של מוטי לרנר כי "שאפתי לדייק ככל האפשר". גם אם כוונתו היתה רצויה, מעשהו לא היה רצוי. בקטע השנוי במחלוקת, לא זו בלבד שמוטי לרנר לא דייק, אלא שאמר לא-אמת. אין ענייננו ב"חירות הפיוט" כטענתו של מוטי לרנר. מוטי לרנר אף לא עמד בהתחייבות שנטל על עצמו "שתוצאת המתרחש בתמונות ... חייבת להתאים לאירועי האמת". אין זו אמת שקסטנר אמר בבית-המשפט את שלרנר שם בפיו, והדברים אף אינם אמת לגופם. מוטי לרנר סבר כי דבריו הבוטים של ד"ר קסטנר במחזה יעלו את המתח הדרמטי - ואכן מעלים הם את המתח הדרמטי - ואתקשה למצוא טעם אחר לאותה סצינה בה מטיח ד"ר קסטנר השחקן דברים שהוא מטיח בחנה סנש. מי שראה ד"ר קסטנר במחזה מטיח את האשמתו בחנה סנש - השחקן הוא ששון גבאי, במשחק מעולה ומרגש - לא יוכל שלא להשתכנע כי דיברי-אמת הם דבריו. אכן, אני מתקשה לקבל את הטענה כי המחזה "משפט קסטנר" הוא "דרמה בדיונית". הדרמה רחוקה מהיותה "בדיונית".

14. עירבוב זה שבין דמיון לבין מציאות, מעמיד את המחזה אי-שם בתווך בין כרוניקה ודוקומנטציה לבין יצירת דרמה - וכשמו: דוקודרמה - כאשר הכף נוטה בבירור אל עבר הדוקומנטציה והכרוניקה. חנה סנש אכן נכלאה בידי הנאצים; חנה סנש אכן עונתה בידי הנאצים; יואל פלגי ופרץ גולדשטיין אכן נתפשו בידי הנאצים; חנה סנש אכן הוצאה להורג בידי הנאצים. כל עובדות אלו, עובדות מן החיים, סוגרות סביב-סביב על אותה

אמירה בוטה שד"ר קסטנר השחקן מטיח בפני אימה של חנה סנש. ואם כל העובדות סביב-סביב עובדות אמת הן, מדוע לא יאמין הצופה התמים גם לעובדה זו? מדוע לא יאמין כי ד"ר קסטנר אכן אמר דברים שאמר, ומדוע לא יאמין כי ד"ר קסטנר יודע - או מאמין - כי חנה סנש מסרה את חבריה לידי הנאצים? שונים היו הדברים, למשל, לו באמצע עדותה של קתרינה סנש היה קם ד"ר קסטנר על רגליו, מנסה לפתוח את פיו, ולפתע היה מתחיל לרחף בחלל החדר משל יצא מסיפרו של מרקס. ואולם לא כן הוא הילוכו של המחזה.

כשאני לעצמי, דומני כי המחזאי לא יוכל - ואין זה ראוי כי ניתן לו - להסתתר מאחורי האמירה כי המדובר אינו אלא ב"דרמה בדיונית". דבריו של ד"ר קסטנר השחקן אודות חנה סנש נדמים הם בבירור לחלק הדוקומנטרי שבדוקודרמה. מכל מקום, אין אנו רשאים למקמם בחלקו הדרמטי של המחזה, בנפרד - כביכול - מן המציאות הנחזית. סבורני כי אמירתו הבוטה של ד"ר קסטנר השחקן נמשכת אל מרכז הכבידה של הדוקומנטציה או, למיצער, חגה סביבו. אם נצייר את חלקו הבלתי-מסויים של החלק הדוקומנטרי שבדוקודרמה כגורם-שמייים בעל מרכז כבידה; ואת החלק הבלתי-מסויים של החלק הדרמטי שבדוקודרמה לגורם שמייים בעל מרכז כבידה משלו; ניתן לומר - למיצער - כי אמירתו הבדוייה של ד"ר קסטנר השחקן נעה-חגה בצורת הסיפרה 8 סביב שני גרמי-שמייים אלה. לשון אחר: האמירה הבדוייה יש בה גם מזה וגם מזה: גם מתיאור מציאות שהיתה, כביכול (בהונגריה בשנת 1944 ובשנים 1953-1954, בבית-המשפט בירושלים) וגם ממעשה הדרמה. והצופה לא יידע אם מציאות רואה הוא או אם אין המדובר אלא בפרי דמיונו של המחזאי.

15. חופש הדיבור וחירות היצירה שולחים, איפוא, אל המערכה מין יצור היברידי, דוקודרמטי, יצור שחלקו אמת שהיתה (כביכול) וחלקו דרמה פרי-רוחו של המחזאי.

16. עד כאן - חופש הדיבור וחירות היצירה. ומנגד - כך נראה עתה - זכותו של האדם לשם טוב.

כבוד האדם - זכותו של האדם לשם טוב

17. הצורך הנפשי העמוק של אדם לשם טוב - צורך מן הטבע - זכה להכרה משפטית זה מכבר. המשפט עטף אותו צורך בהגנה בתחום המשפט וכך נתן בידו של אדם זכות לשם טוב. זכותו של האדם לשם טוב נתגלגלה אלינו מקדמת דנא. אמירות חז"ל כי "כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים" (בבא מציעא, נח ע"ב) - וכמותה האמירה כי "כל היורדין לגיהנם עולים חוץ משלושה שיורדין ואין עולין ואלו הן ... []המלבין פני חברו ברבים ..." (שם, שם) - מלוות את עמנו מאות רבות בשנים. אכן, שמו הטוב וכבודו של אדם יקרים לו מכל-יקר, לעיתים גם מחייו. "כבוד האדם ושמו הטוב חשובים לאדם כחיים עצמם, הם יקרים לו לרוב יותר מכל

נכס אחר" (השופט ברק בע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 856). כבודו ושמו הטוב של אדם יקרים לו - למיצער - כגופו. ומה אדם קונה זכות על גופו - שלא יפגעו בו - כן קונה הוא זכות שלא יפגעו בכבודו ובשמו הטוב. פגיעה בכבודו ובשמו הטוב של אדם מדמה עצמה לאונס או למעשה מגונה הנעשים בגופו של אדם. ההבדל בין שני סוגי הפגיעה אינו אלא זה, שאונס ומעשה מגונה פוצעים תחילה בגוף ולאחר מכן בנפש, ואילו פגיעה בכבודו ובשמו הטוב של אדם פוצעים בנפש ופגיעת-הנפש יכולה אף שתביא לפגיעת הגוף.

18. בימינו קונה אדם זכות לשם טוב משני מקורות (ובשתי רמות): בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 (להלן נכנה חוק זה - חוק לשון הרע או החוק). בחוק-היסוד נדבר במקום אחר (ראו להלן, בפסקאות 28 ו-29) ועתה נדבר בחוק לשון הרע.

19. חוק לשון הרע קובע באורח מפורש ומפורט מה זכויות קונה אדם להגנה על שמו הטוב, ובעצם קיומו קובע הוא "איזונים" בין הגנה על שמו הטוב של אדם לבין חופש הביטוי של זולתו. לו חנה סנש עימנו, אין ספק קל בדעתי כי היתה זכות בידה על-פי חוק לשון הרע כנגד המחזאי וכנגד רשות השידור. לשון הרע היא, כלשון סעיף 1 לחוק, דבר שפירסומו עלול "להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרה לשנאה, לבוז או ללעג מצידם" (סעיף 1(1) לחוק); או דבר שפירסומו עלול "לבזות אדם בשל מעשים, התנהגות או תכונות המיוחסים לו" (סעיף 1(2) לחוק). אמירתו של ד"ר קסטנר במחזה עולה איפוא כדי לשון הרע. (יהיו מי שיאמרו כי לא לנו לדון לכף חובה מי שעונה ובמכאוביו גילה סודות, וכאימרת חכמים: "אל תדין את חברך עד שתגיע למקומו" (אבות, ב, ד). אמור מכאן, כך יוסיף הטוען ויטען, רשות השידור והמחזאי לא הוציאו לשון הרע על חנה סנש. ואולם גם אם אמרנו כחכמים, דומה שיהיו אך מעט שיחלקו כי אמירתו של ד"ר קסטנר השחקן תבוא בגידרי לשון הרע).

לו חנה סנש עימנו - וכיום היא כבת שבעים ושמונה - כי-אז זכאית ויכולה היתה לבקש מבית-משפט כי יצווה לאסור את אמירת-השקר המיוחסת במחזה לד"ר קסטנר. ואולם חנה סנש השיבה את נפשה לאלוהים ביסורים - לאחר שעונתה קשות ונרצחה - ביום 7 בנובמבר 1944, והיא כבת עשרים ושלוש. חנה סנש אינה עימנו. והשאלה אינה אלא אם יכול זולתה לתבוע את השבת כבודה. ואלה הם התובעים את כבודה של חנה סנש. בתיק בג"ץ 6126/94 העותרים הם אחיה של חנה סנש, גיורא סנש; שני בניו: איתן סנש ודוד סנש; וראובן דפני, סגן יו"ר יד ושם, ומי שבחודש מארס 1944 היה בקבוצת הצנחנים אשר צנחה ביוגוסלביה וחנה סנש עימהם. בתיק בג"ץ 6143/94 העותרים הם גב' נדיה מטר ועמותת הנשים למען עתיד ישראל ("נשים בירוק").

מה הוא איפוא דינה של לשון הרע על מי שמת?

20. מסתבר כי בנושא זה חלו שינויים בחוק. בתחילה, עם חקיקתו, קבע חוק לשון הרע כך:

"לשון הרע על 5. מת
 לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו,
 דינה כדין לשון הרע על אדם חי, ורואים
 כנפגעים את בן-זוגו של המת, ילדו, הורה,
 אחיו ואחותו".

דהיינו: לשון הרע על המת היתה כלשון הרע על החי, אלא שהזכות לבקש סעד מביט-משפט נשמרה אך לבן-זוגו של המת, לילדו, להורה, לאחיו ולאחותו. לפי חוק זה, אין ספק כי אחיה של חנה סנש, גיורא סנש, קנה זכות מלאה לדרוש כי יימחק מן המחזה הקטע השנוי במחלוקת. בכך חולל החוק שינוי בדין שקדם לו. ראו עוד: סעיף 6 להצעת חוק לשון הרע, תשכ"ב-1962 (הצעות חוק לשנת תשכ"ב, 142, ודברי ההסבר בעמוד 146, בסעיף (1)); סעיף 4 להצעת חוק לשון הרע, תשכ"ג-1963 (הצעות חוק לשנת תשכ"ג, 286).

אלא שהחוק תוקן בשנת תשכ"ז-1967 (חוק לשון הרע (תיקון), תשכ"ז-1967) והזכות לתבוע בגין הוצאת לשון הרע על המת צימצמה את תחומיה. וזו לשונה של הוראת סעיף 5 לחוק לשון הרע כנוסחה כיום:

"לשון הרע על 5. מת
 לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו,
 דינה כדין לשון הרע על אדם חי, אלא שאין
 בה עילה לתביעה אזרחית או לקובלנה, ולא
 יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה
 אלא אם ביקש זאת בן זוגו של המת או
 אחד מילדיו, נכדיו, הוריו, אחיו או אחיותיו".

שלושה עיקרים אלה משמיע אותנו חוק לשון הרע (מאז 1967): עיקר אחד: לשון הרע על המת "אין בה עילה לתביעה אזרחית או לקובלנה [פלילית]". עיקר שני: ניתן להגיש כתב אישום בגין לשון הרע על מת, ואולם לא יוגש כתב אישום אלא אם ביקשו על-כך בן זוגו של המת, אחד מילדיו, אחד מנכדיו, אחד מהוריו, אחד מאחיו או אחת מאחיותיו. עיקר שלישי: בכפוף לאמור בשני העיקרים הראשונים, לשון הרע על המת "דינה כדין לשון הרע על החי". בעיקר שלישי זה רואים אנו את ליבתו של דבר-החוק, והיא: במהותם ובעיקרם של דברים, לשון הרע

על המת דינה כדין לשון הרע על החי, הגם שמבחינה דיונית מטיל החוק מיגבלות על יכולת הפניה לערכאות, בין בתביעה אזרחית בין באישום פלילי.

כך למהותם של דברים, שלשון הרע על המת היא כלשון הרע על החי. כך אף באשר לבעל-הזכות לתבוע את כבודו של המת. סעיף 5 לחוק מורה אותנו כי לא ניתן להגיש כתב אישום בשל לשון הרע על מת אלא אם ביקש זאת בן זוגו של המת או אחד מילדיו, נכדיו, הורו, אחיו או אחיותיו. לכאורה, אין הכתוב מדבר אלא בהגשת כתב אישום בידי המדינה, ואולם דומה כי לא תהא זו קפיצת-דרך בלתי-ראוייה אם נסיק מכאן כי אותם קרובי-משפחה - והם הקרובים-שבקרובים - הם אף בעלי זכות-המעמד לכל עניין אחר בו מדובר בלשון הרע שיצאה על מי שמת.

להשלמה נוסיף ונזכיר את הוראת סעיף 25 לחוק לשון הרע, ועניינה פתיחה בהליכי לשון הרע בידי קרוביו של נפטר (תוך תקופה מוגבלת לאחר-מות), והמשכת הליכי לשון הרע שפלוגי החל בהם ועד שנסתיימו נפטר לבית עולמו.

21. מה ידענו מכל אלה? ידענו כי להבדיל מן הדין ששרר קודם חוק לשון הרע, מאז תחילת החוק ועד לימינו אלה לשון הרע על מי שמת דינה כדין לשון הרע על החי. זה ה- *credo* של החוק, זו הבשורה, זה כבוד האדם על-פי גירסת חוק לשון הרע. אכן, לשון הרע אינה מקנה עילה לתביעה אזרחית או לקובלנה (פלילית), אך בחסימת הדרך לבית-המשפט אין כדי לגרוע מן האיסור המהותי לפרסם לשון הרע על המת, ואין כדי להפחית מן הגינוי המשפטי-המוסרי - על-פי חוק - בהוצאת לשון הרע על המת.

לשון הרע על המת לא תצמיח אמנם עילה לתביעה אזרחית - קרא: תביעה לפיצויים, לצו מניעה או לפסק מצהיר בגידרי המשפט האזרחי - אך לא נמצא לי טעם טוב וראוי על שום מה לא יוכל פלוני לתבוע את מוציא לשון הרע בגידרי המשפט הציבורי; והוא, כמובן, מקום שהמדובר בגוף או באדם הכפופים למערכת המשפט הציבורי. רשות השידור נפטרה אמנם מעולו של המשפט הפרטי בלשון הרע על המת - כמוה ככל אדם או גוף הפועלים בתחומי המשפט הפרטי - ואולם כגוף הכפוף גם למשפט הציבורי חייבת היא - בהפירה את כללי המשפט הציבורי - ליתן את הדין בתחומיו של משפט זה.

22. חוק לשון הרע אינו מונע, איפוא, את העותרים מפניה לבית-המשפט הגבוה לצדק - כנגד רשות השידור - בבקשת סעד בתחומיו של המשפט הציבורי. ואולם גם זו אמת, שלא הרי העותרים בעתירה האחת - עתירת האח, גיורא סנש - כהרי העותרים בעתירה האחרת, עתירתן של "נשים בירוק". עתירה זו האחרונה,

על-פי עצם טיבה, עתירה ציבורית היא - עתירה הנסבה על אינטרס קולקטיבי - ובהיותה מה שהיא מעלה היא על שולחן הדיונים את האינטרס הציבורי שבהוצאת לשון הרע על חנה סנש. לשון אחר: בעתירה זו אין לשון הרע על חנה סנש עולה לדיון כיסוד עצמאי ובלעדי אלא כמרכיב באינטרס הציבורי במובנו הרחב של מושג זה. אינטרס הציבורי כולל מרכיבים רבים לבד משמירה על שמו הטוב של אדם, ובהם גם חופש הביטוי וחירות היצירה של המחזאי. בעתירה זו, איפוא, חייבים העותרים ללחום - בתוככי אינטרס הציבורי - לעליונותה של הזכות לשם טוב על שאר מרכיבי אינטרס הציבורי, ורק לאחר מכן - אם תצא מן המאבק וידה על העליונה - תוכל אותה זכות לשם טוב לצאת למלחמה בחופש הביטוי ובחירות היצירה. משימה זו אינה משימה קלה כלל ועיקר.

שונה עתירתו של גיורא סנש, עתירה שעל-פי עצם טיבה עתירה פרטית היא, עתירה המעלה את אינטרס היחיד; הייתי מרחיק-לכת ואומר: עתירה אינטימית היא. הייפלא מאיתנו כי בן ובת יקומו להגן על כבוד אבא ואמא? הנתמה כי אח יילחם על כבוד אחותו או אחות תילחם על כבוד אחיה? ובוודאי כך יגנו אם ואב על ילדיהם. גיורא סנש מדבר אמנם על אחותו כעל "משוררת לוחמת שהקריבה חייה על מזבח כבוד האדם וחירותו", אך בה-בעת מבהיר הוא הבהר-היטב כי עתירתו נסבה על "הפגיעה בכבודה של חנה ז"ל ובבני משפחתה", וכי פגיעה זו "מקבלת מישנה תוקף בכך שהסידרה עומדת להיות מוקרנת בדיוק ביום השנה החמישים להוצאתה להורג" (ההדגשה במקור - מ' ח'). אין פלא בדבר כי בתצהירו מדבר גיורא סנש על "אחותי", ואמירתו כי "מאז נודע לי על ההקרנה הצפויה אני מרגיש כאילו עולמי חרב עלי ואני עומד חסר אונים..." , הינה אמירה מפיו של אדם הכואב את הפגיעה בכבודה של אחותו.

עתירתו של גיורא סנש מעלה איפוא את נושא לשון הרע בנקיונו, כזכות לשם טוב העומדת לעצמה, משל חנה סנש עצמה עתרה לבית-המשפט; ושלא כעתירת "נשים בירוק" - המעלה את הזכות לשם טוב כמרכיב באינטרס הציבורי - עתירתו של גיורא סנש סומכת עצמה על הזכות לשם טוב בטוהרתה. גיורא סנש מחזיק בידיו את חרב השם הטוב ולא את חרב אינטרס הציבורי; ובחרב זו שבידו יוצא הוא אלי-קרוב.

גיורא סנש מחזיק בזכות פרטית בתחום המשפט הציבורי. חנה סנש אינה יכולה לתבוע את כבודה, ואחיה בא תחתיה. גיורא סנש וחנה סנש חד-הם. כך הם גם יתר הקרובים המנויים בסעיף 5 לחוק לשון הרע, שכל אחד מהם - בן-זוג, ילד, נכד, הורה ואחות - מחזיק, בתחום המשפט הציבורי, בזכות "פרטית" כלפי רשות השידור.

23. שאלה: האם אלה המנויים בסעיף 5 לחוק לשון הרע הם, והם בלבד, בעלי "זכות פרטית" בתחום המשפט הציבורי? אין צורך שנכריע בשאלה זו, וכשאני לעצמי לא הייתי מגביל את הזכות לקרובים אלה. יש

חבר שהיה כאח-לולו לנפטר, ואם "בן זוג" פירושו בעל או אשה שנישאו כדין, דומני כי גם מי שלא נישאו כדין והם בני-זוג גם-הם קנו זכות פרטית בתחומי המשפט הציבורי. ואולם אין צורך שנכריע בשאלה, והרי גיורא סנש הוא אחיה של חנה סנש, אח הקם להגן על כבודה של אחותו שאיננה עוד.

24. דבר-אחרון: "לשון הרע על אדם שפורסמה לאחר מותו, דינה כדין לשון הרע על אדם חי". משהורה אותנו החוק כי לשון הרע על מת דינה כדין לשון הרע על חי, הנאמר כי כל מי שמתו מאז שחר ההיסטוריה לשון הרע עליהם דינה כדין לשון הרע על החי? הניתן לפרסם לשון הרע על אברהם אבינו? על משה? על מרים? על יעל אשת-חבר-הקיני? על שמשון? על דוד המלך? על ירמיהו? על יהודה המכבי? על הלל הזקן? על בר-כוכבא? על הרמב"ם? על שפינוזה? לשון הרע על אחד מאלה, המקנה היא זכות במשפט הציבורי?

יכול מי שיטען כי השאלה לאמיתה אינה אלא אם כל גיבורי-היסטוריה אלה של עמנו הם בבחינת "אדם" כמשמעותו בחוק. ויוסיף הטוען ויטען, כי לעניין חוק לשון הרע יש להבחין ולהבדיל בין "אדם" לבין "דמות" (או דמות היסטורית). החוק נתכוון להגן על "אדם" ולא על "דמות", ואלה כולם "דמויות" הם ולא עוד "אדם" כמשמעותו בחוק. אימתי הופך "אדם" ל"דמות"? האם בן-גוריון הוא "דמות" או "אדם"? שאלה זו אינה פשוטה כל-עיקר. לעת הזו נוכל לספק עצמנו בקביעה טנטטיבית כי "אדם" בגידרי חוק לשון הרע הוא מי שאחד מאותם קרובי-משפחתו המנויים בסעיף 5 לחוק - או אולי אחד מחברי הנפטר, שאינם קרובי-דם - מעלה טענה של לשון הרע. קביעת גדר בעלי הזכות היא-עצמה תקבע את גידרי הזכות, היא שתתווה את הגבול בין "אדם" לבין "דמות".

מיבחן אחר ל"אדם" שנפטר בגידרי לשון הרע הוא אדם שיש בין החיים מי שהכיר אותו אישית. וכל עוד חי מי שהכיר את הנפטר, הנפטר כמו ממשיך לחיות כ"אדם". וכדבר המשורר חנוך לוין בשירו "כשתחשכנה עיני" (מתוך סיפרו חיי המתים, הוצאת הקיבוץ המאוחד, תשנ"ט 1999-):

" כשתחשכנה עיני "

כְּשֶׁתְּחַשְׁכְּנָה עֵינִי,
שְׁאֲבִי אֶת עֵינֵי הַמֵּתוֹת
אֶל עֵינֶיךָ הַפְּקוּחוֹת,
וְקַבְּלִי אֶת מְרָאֵי הַמוֹטָל לַחִיקָךָ,
...
... שְׁאֲבִי אֶת עֵינֵי
הַמֵּתוֹת אֶל עֵינֶיךָ,
שֶׁם אֶהְיֶה עוֹד מְעֻט,
אֲרָאָה בְּעֵינֶיךָ הַחַיּוֹת, הַרְאוֹת,
יִרְאֶה הָעוֹלָם שְׂאִינֵנִי רוֹאֶה,
שֶׁהִיָּה כִּי אֶהוּב, וְעִשְׂוֹ
הוּא אֲבַד לִי, וְלֹא יִהְיֶה,

רק עיני המתות בעיני הרואות,
 בעיני החיות עיני המתות
 חיות עוד מעט, כל עוד
 תחי גם את, כל עוד
 תזכרי, כל עוד."

ולא נוכל שלא להזכיר בהקשר זה את האגדה הנפלאה אודות חוני המעגל שנפלה עליו תרדמה וישן שבעים שנה. כשננער משנתו לא הכירו איש, אף הוא לא הכיר איש, שבני דורו כולם הלכו לעולמם. "חלשה דעתו וביקש רחמים - ומת" (תענית כג ע"א; בתרגום ביאליק ורביניצקי, ספר האגדה קנ"ו (הוצאת דביר, תשמ"ז 1987-). כך הוא בכל דור ודור. "וימות יוסף וכל-אחיו וכל הדור ההוא" (שמות א, ו), ומיד בסמוך "ויקום מלך חדש על מצרים אשר לא ידע את יוסף" (שם, שם, ח'). כך גם בימי השופטים: "וימות יהושע בן נון עבד ה' בן מאה ועשר שנים ... וגם כל הדור ההוא נאספו אל אבותיו, ויקום דור אחר אחריו אשר לא ידעו את ה' וגם את המעשה אשר עשה לישראל" (שופטים ב, ח, י').

למותר לומר כי שאלה זו אינה עולה בעניינינו-שלנו. אחיה של חנה סנש - אחיה עצמה ובשרה - ניצב לפנינו, ותובע את כבודה של אחותו. בנסיבות אלו, כיצד נכנה את חנה סנש - האמנם ראוי כי נכנה אותה - בתואר "דמות"? אמנם כן: חנה סנש היא גיבורה לאומית, דמות היסטורית, על מורשתה חונכנו ואת שיריה שרנו. כך היא אמנם חנה סנש בעתירתן של "נשים בירוק"; לא כן היא בעתירתו הפרטית, האישית, של גיורא סנש.

סיכום ביניים

25. דיברנו עד-כה על חירות הביטוי ועל זכותו של אדם לשם טוב כמהיות וכעיקרים במשפט: עיקרים העומדים לעצמם - עיקרים המזכים את מי שהם מזכים, והמחייבים את מי שהם מחייבים - ובה-בעת משמשים הם כיסודות לפרשנות חוק והלכה, פרשנות במובנה המצומצם ופרשנות במובנה היוצר. ואולם, בבחינת מהותן של הזכויות אין די. בידוענו כי שתי זכויות אלו עתידות לבוא בהתנגשות חזיתית ביניהן, שומה עלינו להוסיף ולבחון את מעמדן ההירארכי בשיטת המשפט, אם אחת מן השתיים זכות נעלה היא מחברתה בהירארכיה המשפטית, או אם השתיים שוות-מעמד הן בפירמידה המשפטית. החלטה בשאלה זו הינה תנאי מוקדם להכנתן של הזכויות לדו-קרב שהשתיים מכינות עצמן לקראתו. נעבור איפוא ונדון בנושא ההירארכיה המשפטית של הזכויות. נפתח בחופש הביטוי.

כבוד האדם - מעמדו ההירארכי של חופש הביטוי

26. עד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היו הזכות לשם טוב והזכות לחופש הביטוי זכויות שוות-מעמד. אכן, הזכות לשם טוב הטילה עוגן בחוק החרות - בחוק לשון הרע ובדין החרות שקדם לו - בעוד אשר חופש הביטוי יצרה אותו ההלכה. ואולם מעמדה של אותה הלכה היה כמעמד חוק, קרא: לבד מאיזונים פנימיים בתוכי ההלכה עצמה - איזונים שקבעו את גבולות חופש הביטוי - ההנחה המקובלת היתה כי רק חוק הכנסת בכוחו לקצץ בחופש הביטוי או לכרסם בו. ראו, למשל: בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 400, והאסמכתאות שם. חופש הביטוי, כזכויות יסוד אחרות, רמתו היתה רמת חוק. כך היה עד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ואילו לאחר היות החוק נשתררה מבוכת-מה והלכה מחייבת טרם נקבעה.

27. הזכות לחופש הביטוי לא הוכרה מפורשות לא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא בכל חוק-יסוד אחר, ואולם יש אומרים כי מושג כבוד האדם שבחוק-היסוד כונן את חופש הביטוי אף-הוא, כי אחת משלוחותיו של כבוד האדם היא חירות הביטוי והיצירה. אליבא דאסכולה זו, "כבוד האדם" הוא כמעין השופע והמתגבר, ומשמש הוא מעין-מבוע לזכויות-יסוד העשויות להשתמע והמשתמעות ממנו. אחת מזכויות אלו היא הזכות לחופש הביטוי. יש אומרים כך ויש אומרים לא-כי; כבוד האדם הוא כבוד האדם, ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין כבוד האדם כולל את חופש הביטוי. כך בייחוד בהקשר חוק-יסוד זה ובעקיבה אחר גילגוליו עד שהיה לחוק. ובין שני קצוות אלה תימצאנה וריאציות, כרצון איש ואיש. ראו, למשל: הלל סומר, "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז1997-) 257, בייחוד 318-322, והאסמכתאות שם; א' ברק, "זכויות אדם מוגנות: ההיקף והגבלות", משפט וממשל א (תשנ"ג1993-) 253, 259-261; י' קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה (תשנ"ה1995-) 129, 149-136; א' ברק, פרשנות במשפט, 413 ואילך (כרך שלישי, תשנ"ב1944-). גם שופטים על מושבם מתפתים לעיתים להשתעשע באימרות-אגב - שלא לצורך העניין שבפניהם - ומביעים הם דעה על פירושו של מושג כבוד האדם ועל תחום פרישתו.

אנו לא נלך בדרך זו ולא נגלה את צפונות ליבנו. סודות נגלה אך בשעת רצון. לענייננו עתה, ובלא שנכריע בדבר, נסכים כי כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אחד מיובליו הוא חופש הביטוי. נניח, איפוא - בלא להכריע - כי מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עלה חופש הדיבור במעלות ההירארכיה המשפטית, וכי יושב הוא כהיום הזה על כס מלכות של זכות שנקבעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הערת-שוליים:

בחוות-דעתו מבחין חברי הנשיא בין תחום פרישתו של חופש הביטוי לבין ההגנה שהחוק נכון להעניק לחופש הביטוי; כאומר; יש שאדם קונה חופש ביטוי אף שהחוק לא יעמיד הגנה לצידו. כך, למשל, שקר יחסה תחת כנפיו של חופש הביטוי אף אם לא יזכה להגנה. אמירה זו טעונה עיון, ומתוך שאין צורך להכריע בה לא דנתי בה.

כבוד האדם - מעמדה ההירארכי של הזכות לשם טוב

28. מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ידענו כולנו - גם מי שלא ידע קודם לכן - כי כבוד האדם הוא היהלום שבכתר. מושג "כבוד האדם" נזכר בחוק-היסוד - במפורש - ארבע פעמים, ופעם אחת במשתמע. ראשית לכל, שמו של החוק הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שתיים, הוראת סעיף 1א לחוק - הוראת ה"מטרה" - מלמדת אותנו כי "חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו...". שלוש, סעיף 2 לחוק קובע איסור ולפיו "אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם". ארבע, סעיף 4 לחוק מורה אותנו חובה ולפיה "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". בנוסף על כל אלה קובע סעיף 1 לחוק "עקרונות יסוד" ולפיהם "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם...". "ערך האדם", כדבר הלמד מעניינו, כולל את כבוד האדם.

הנה-כי-כן, כבוד האדם הוא בריח התיכון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על עוצמתה של זכות האדם לכבוד נסיף בהמשך דברינו, ובמקום זה ביקשנו אך לעמוד על היותו של כבוד האדם זכות מרכזית במערכת זכויות היסוד.

29. יהיו אשר יהיו תחומי פרישתו של "כבוד האדם", שלא כבנושא חופש הביטוי הכל יסכימו כי כבוד האדם פורש עצמו על שמו הטוב של האדם. הגם שלכבוד האדם יש בנים אחדים, הנה שמו הטוב של אדם - שמה נאמר: שמו של אדם, באשר שמו הוא - הינו בנו-בכורו. שאם כבוד האדם אינו כולל את שמו הטוב של האדם - כבודו של אדם מהו? ומתוך שענייננו-שלנו הוא בשמו הטוב של האדם, אין צורך כי נרחיק-לכת ונבלוש אחרי זכויות-יסוד נוספות הנחבאות בתוככי כבוד האדם. יתר-על-כן: כבוד האדם יעמוד לו לאדם לא אך בחייו אלא גם לאחר מותו. זו קביעתו המפורשת של סעיף 5 לחוק לשון הרע, וההלכה הוסיפה וקבעה - מפורשות ובלא כל ניד-ספק - כי כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פורש עצמו גם על כבוד המת. ראו, למשל: ע"א 506/88 יעל שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 102; ע"א 105/92 ראם מהנדסים וקבלנים נ' עיריית נצרת-עילית, פ"ד מז(5) 189, 201; ע"א 1482/92 אסתר הגר נ' חנה הגר, פ"ד מז(2) 793, 801-802; בג"צ 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מז(2) 464, 523; בג"ץ 5688/93

ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מז(2) 812, 820, 827-828; דנג"צ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מט(2) 195, 201, 205, 208, 211; בג"צ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6; א' ברק, פרשנות במשפט 437-438 (כרך שלישי, תשנ"ד-1994); ע"א 6024/97 פרדריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון לציון (טרם פורסם).

שמו הטוב של אדם זוכה איפוא להכרת-מישרין ולהגנת-מישרין בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מעמדן ההירארכי של הזכות לחופש ביטוי ושל הזכות לשם טוב - סיכום

30. נמצא לנו, איפוא, כי גם הזכות לחופש הביטוי גם הזכות לשם טוב, כזו כן זו, השתיים זוכות להגנה בשתי רמות: רמה אחת היא רמת חוק - בעניינו של חופש הביטוי מדברים אנו בהלכה שרממה רמת-חוק - ורמה נעלה הימנה היא רמת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם זכותה של חנה סנש לשם טוב - יהיו מי שיאמרו: זכותם של החיים לקיים את שמה הטוב של חנה סנש - גם זכותו של המחזאי זכותה של רשות השידור לחופש הביטוי, גם זו וגם זו זכות למעמד של זכות-יסוד, זכות-על. ושתי זכויות-על אלו מנהלות דו-קרב ביניהן. ידה של מי מן השתיים תהא על העליונה?

לא נוכל להכריע בין השתיים על-פי מהותן העקרונית של הזכויות, שהרי השתיים כאחת זכויות-עומק הן, זכויות שחברה דימוקרטית כשלנו לא תוכל בלעדיהן. גם לא נוכל להכריע בין השתיים על-פי מעמדן ההירארכי בשיטת המשפט, שהשתיים כאחת מושבן הוא אצל המלכות. שומה עלינו, איפוא, לחפש ולמצוא אמת-מידה ראויה על-פיה נכריע בין הזכויות הניצות ביניהן. אמת-מידה זו אכן תימצא לנו והיא בהעמיקנו חקר במהותן של הזכויות. לא עוד נדבר אך באורח עקרוני על כל אחת מן הזכויות; לא עוד נדון אך בקירבתן היחסית אל קצה הפירמידה של הזכויות. זו הפעם נחזיק בידנו מונה-עוצמה - מעין מונה-גייגר למדידת עוצמתן של זכויות - ונסה לבחון את עוצמתן הפנימית של כל אחת מן הזכויות הטוענות לבכורה. נבחן את עוצמתה הפנימית של הזכות לחופש הביטוי שהמחזאי ורשות השידור טוענים לה; נבחן את עוצמתה הפנימית של זכותה של חנה סנש לשם טוב בהינשאה על כתפיהם של העותרים; ולסוף נשווה עוצמה לעוצמה. והזכות בעלת-העוצמה הרבה יותר, הזכות שהאור הגנוז בה יבהק ויאיר ביתר, היא שתזכה, היא שידה תהא על העליונה.

הבה נעבור עתה ונדון במהותן הפנימית של כל אחת מן הזכויות שלפנינו.

הזכות לחופש הביטוי והזכות לשם טוב -

עוצמת זכותם של המחזאי ושל רשות השידור

כנגד עוצמת זכותה של חנה סנש והבאים מכוחה

31. נפתח בחופש הביטוי והיצירה. כפי שראינו, לא נוכל לספק עצמנו בבחינת הזכות לחופש הביטוי, כך על דרך הסתם. חובה היא המוטלת עלינו להוסיף ולהעמיק בבחינת אותו שריג בחופש הביטוי המציג עצמו לפנינו - לבחינת עוצמתו הפנימית, לבירור כוחו בצאתו למאבק בזכויות-יסוד אחרות שהוא מבקש לכרסם בהן או שהן מבקשות לכרסם בו.

32. ואמנם, בחנו את שריג חופש הביטוי שלענייננו, ונמצא לנו כי בחלקו הינו כרוניקה ובחלקו הינו דרמה. וכשמו: דוקודרמה הוא. ככל שהמדובר הוא ביסוד הדרמה - דהיינו: בהצגת הכרוניקה באורח דרמטי ככישרון המחזאי - דומני שלא נוכל לבוא בריב לא עם המחזאי ולא עם רשות השידור. יתר-על-כן: גם אם למען האפקט הדרמטי סוטה המחזאי מן האמת ההיסטורית, זעיר-שם זעיר-שם, גם אז לא נבוא עימו בריב. היסוד הדרמטי שבמחזה, הוא-הוא שאר-רוחו של מחבר הדוקודרמה, הוא הנשמה היתירה שביצירה. ביסוד זה לא ניגע לרעה. אסורים אנו בפגיעה בו.

לא כן הוא דינו של היסוד האחר, יסוד הכרוניקה. אכן, גם כאן לא נדקדק - אסורים אנו לדקדק - עם המחבר, שהרי מחזאי הוא, מחזאי ולא היסטוריון. כך, למשל, בנושא חציית הגבול מיוגוסלביה להונגריה. חנה סנש חצתה את הגבול בלילה שבין 9 לבין 10 ביוני 1944 ונתפשה כעבור כשעתיים. יואל פלגי ופרץ גולדשטיין חצו את הגבול לאחר כשבועיים, ביום 23 ביוני 1944. חנה לא ידעה אימתי יעברו את הגבול, ובעובדה עברו השניים את הגבול במרחק של למעלה מ-100 ק"מ מן המקום שבו עברה היא את הגבול (ראו תצהירו של ראובן דפני, שהיה האחראי על קבוצת הצנחנים ביוגוסלביה). שלא כאמת זו, אומר יואל פלגי במחזה (וכמותו אומר המחזאי בראיון לעיתון "ידיעות אחרונות"; ראו לעיל, פסיקה 7) כי חצה את הגבול שלושה ימים לאחר חנה סנש. בקרבו זה-אל-זה את מועדי חציית הגבול בידי חנה ובידי יואל - משבועיים לשלושה ימים - טומן המחזאי זרע שינבוט בהאשמה שקסטנר במחזה מטיח בחנה, כי הסגירה את פלגי ואת גולדשטיין לידי הנאצים. סמיכות הזמנים כמו יכולה שתצביע על-כך שחנה ידעה על מועד בואם של פלגי וגולדשטיין. לו היתה הסטיה מן האמת ממצה עצמה בהפרש זמנים זה, בוודאי לא היה מי בא בטענה למחזאי. כך בנושא זה וכך בנושאים אחרים דומים לו. לא כן בסטיה מן האמת, כבענייננו: סטיה שאינה אך סטיה; סטיה שאינה אך סטיה שיש בה סתירה לאמת; סטיה היא, שבה-בעת גם סותרת היא את האמת גם פוגעת היא באורח בוטה בשמו הטוב של אדם.

33. חופש הביטוי בנושא של כרוניקה, בדיווח (או דיווח-כביכול) על מעשים שנעשו או על אירועים שאירעו, מן הראשונים במלכות הוא. החופש והזכות לדווח על מעשים ועל אירועים - בייחוד מעשים או אירועים שהציבור חייב לדעת עליהם או ראוי לו שידע עליהם - אינו אך זכות; ככל שמדברים אנו באמצעי התקשורת למיניהם, מלִּוּה זכות זו אף בחובה, חובה ציבורית המוטלת על המדווחים לדווח את שראוי הוא בדיווח. מטעם זה תעמוד לו למדווח הגנת אמת הפירסום כהוראת סעיף 14 לחוק לשון הרע. יסוד זה של אמת הפירסום, הארכתי בו בחוות דעתי שבפרשת קראוס (לעיל) ולא אוסיף (באותה פרשה היתה חוות-דעתי חוות-דעת של מיעוט אך לא באשר לעיקרון הגדול של אמת הפירסום).

חירות-על זו המלִּוּה פירסומה של כרוניקה, וההגנה של אמת הפירסום, דווקא אלו מטילות על המדווח חובה מיוחדת לומר אך אמת ושלא לומר לא-אמת, ולו שלא-במכוון ושלא-ביודעין; בוודאי כך אם מדווח המדווח לא-אמת ביודעין או במצב-דעת של לא-איכפתיות. מכל מקום, גם אם אמרנו כי חופש הביטוי - באשר הוא - כולל אמירת לא-אמת (ולא נאמר לא כך ולא אחרת), אתקשה להבין מה-טעם יקיף החוק אמירת לא-אמת בהגנה הניתנת לחופש הביטוי. לא אדע מהו האינטרס שראוי להגן עליו. כשם שזכותי להניף זרועותיי לצדדים באה אל קיצה משאגיע אל חוטמו של זולתי, כן חופש הדיבור יעצר במקום שיתקל בשמו הטוב של הזולת. כך או אחרת, בדיווח שיקרי לא נמצא לי אינטרס בעל-עוצמה כלשהי, עוצמה שעימה יוכל חופש הביטוי לצאת למלחמה בזכותו של הזולת לשם טוב.

כל-כך באשר לעוצמת זכותם של המחזאי ושל רשות השידור בענייננו לחופש הביטוי והיצירה.

34. אשר לזכותה של חנה סנש לכבוד ולשם טוב, כפי שאֵלָה נישאים על כיתפי העותרים שלפנינו. אתקשה למצוא זכות נעלה הימנה. על כבוד האדם אמרתי בפרשת קראוס (שם, בפסקה 28 לחוות דעתי) דברים אלה:

"אשר לכבוד האדם, ניתנת אמת להיאמר שנתקשה במאוד להבחין ולהבדיל בין האדם עצמו לבין כבוד האדם. האדם וכבודו ירדו לעולם שלובים ואחוזים זה בזה; האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם. 'אדם וכבודו יבקעו יחדיו מרחם אם, והשניים היו לאחדים: האדם הוא כבודו וכבודו של אדם הוא האדם' (ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 592). אדם שאיבד את כבודו אינו אלא צלם-אדם, אם תרצה: צל-אדם"

אכן, האדם וכבודו חד-הם, ואדם שכבודו אבד לו אין הוא אלא צלם-אדם. ובלשונו הנאצלת של שייקספיר במחזה ריצ'ארד השני (מובאה שנדרשנו לה גם בפרשת קראוס):

"The Purest Treasure mortal times afford
Is spotless reputation; that away,
Men are but gilded loam or painted clay.
...

Mine honour is my life, both grow in one,
Take honour from me and my life is done."
"(William Shakespeare, Richard II, Act I, scene I, 11).

במקורותינו נשמר לו לכבוד האדם מקום-של-כבוד בכותל המיזרח של זכויות-היסוד. טעם הדבר הוא - כך לימדונו - שהאדם נברא בצלם אלוהים: "ויברא אלוהים את האדם בצלמו בצלם אלוהים ברא אותו" (בראשית א, כז). ורבי עקיבא לימדנו כי "חביב אדם שנברא בצלם, חיבה יתירה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר, 'בצלם אלוהים עשה את האדם'" (מישנה אבות, ג, יד). ועל-כך הוספנו אנו ואמרנו (פרשת קראוס, בפיסקה 28):

"שומרי-מיצוות ומאמינים נדרשים לגזור את כבוד האדם מכבוד הקב"ה, שעל דרך זה מרוממים הם את כבוד האדם אל רום המעלה. ומה יאמרו מי שאינם שומרי-מיצוות ואינם מאמינים? אלה יאמרו, מה לנו שנתלה עצמנו בקב"ה להכרה בכבוד האדם כערך נעלה. וכי אין די לנו באדם - באשר הוא - שנידרש להגן על כבודו? שהרי האדם הוא כבודו וכבודו של האדם הוא האדם. ואל יישכח מאיתנו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-יסוד שחרת את כבוד האדם - הן בשמו של החוק הן בתוכנו - והפכו מוסד-מוסד חרות במשפט ישראל."

נדע מכל אלה, כי העוצמה הבוקעת מזכותה של חנה סנש לכבוד ולשם טוב, עוצמה היא שאין למעלה הימנה. בעניינה של חנה סנש נוכל אף להוסיף ולומר כי כבודה ושמה הטוב הם למעלה מן החיים עצמם, שהרי ככל שעונתה לא גילתה את סודה עד שרצחיה נפש. ודוק: מדברים אנו בזכותה המזוקקת והנקיה של חנה סנש לכבוד ולשם טוב, זכות לכבוד ולשם טוב שאחיה גיורא סנש נושא משדה-הקרב על גבו ומניחה לפנינו.

35. משנמצא לנו כי זכותה של חנה סנש לכבוד ולשם טוב - כמות-שהיא - מונחת לפנינו במלוא-הדרה, שוב אין צורך כי נדון ונכריע בזכותן של "נשים בירוק", שבעניין נשקפת אלינו זכותה של חנה סנש מבעד לאינטרס הציבור וכחלק מאינטרס הציבור. די לנו באינטרס הפרטי והמייד של האח, גיורא סנש, ואין צורך כי נדון באינטרס הקולקטיבי של "נשים בירוק". נוסף עם זאת ונעיר, כי כל פסקי-הדין שחברי הנשיא מביא לתמיכה בדעתו, כולם עניינם היה בחופש הביטוי המתנגש באינטרס קולקטיבי ולא בחופש הדיבור המתנגש באינטרס של הפרט; ובאמרנו אינטרס של הפרט כוונתנו היא ליחיד פלוני הנזכר בשמו ובתוארו, יחיד שהוא אחד ויחיד. יוצא אחד באותה חבורה הוא פסקי-הדין בפרשת אבנר נ' שפירא ועליו נאמר שני אלה: ראשית לכל, באותו עניין מדובר היה בצו מניעה זמני, ובנסיבות שלא הובהרו לחלוטין. שנית, מכל מקום, ראויה הלכה שנקבעה באותו עניין לעיון מחדש בה, שהרי ביני לביני נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והזכות לשם טוב

עלתה במעלות הזכויות. גם חברי הנשיא מסכים לכך, וכלשונו בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 418, 355:

"המעמד החדש של הזכות לשם הטוב (חלק מהזכות לכבוד האדם) עשוי להצדיק עיון מחדש בהפעלת שיקול-דעת שיפוטי במתן צווי מניעה (זמניים) כנגד פרסומים שיש בהם, לפי הטענה, לשון הרע (השווה ע"א 214/89 אבנרי נ. שפירא)"

ראו עוד: אריאל בנדור, "חופש לשון הרע", משפטים כ (תשנ"א 1991-) 561.

36. מכאן נוסף ונבין את הצורך לקלוף את תווית "חופש הביטוי" מעל לאגד-האינטרסים שתווית זו מודבקת עליו, ולהוסיף לבלוש ולחקור בטיבו ובטיבעו של שריג אחד מן האגד, אותו שריג העומד לדיון לפני בית-המשפט. משנקלוף את התווית וידענו: גם אם אמרנו כי כבוד האדם פורש עצמו על חופש הביטוי - ולא אמרנו, לא כך ולא אחרת - ימצא לנו כי כבוד האדם של מוטי לרנר מעמיד עצמו כנגד כבוד האדם של חנה סנש. בראותנו כך, נעמוד ונשאל: מי הוא זה ואיזה הוא שיאמר כי כבודו של מוטי לרנר נעלה על כבודה של חנה סנש? אכן, כבודו של מוטי לרנר כבוד הוא - ראוי הוא לכבוד - ואולם לא נסכים בשום פנים ואופן כי כבודו ייבנה על כבודה של חנה סנש, כי כבודו ידחק את כבודה של חנה סנש, כי כבודו ימחק את כבודה של חנה סנש. וכדבר הכתוב: "כי מכבדי אכבד ... (שמואל א, ב, ל)."

37. תוצאות המערכה בין שתי הזכויות ברורות מראש: אין ענייננו בזכויות שוות-ערך זו לזו; ענייננו בזכות גדולה-מכל-גדולה הנאבקת בזכות קטנה הימנה. כבודה של חנה סנש, כבודה ושמה הטוב יגברו - ובנקל יגברו, לדעתי - על זכותו של המחזאי ועל זכותה של רשות השידור.

אמר השופט שמגר בבג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 378:

"כדי שבית-המשפט הזה יאסור על פלוני, המופקד על השידור והפרסום מטעם הציבור, את פרסומו של שידור פלוני, צריכות להתקיים נסיבות קיצוניות, שמהן עולה סכנה מוחשית וקרובה לוודאי לשלום הציבור הרחב ... או אי-חוקיות ברורה וגלויה בעלת גוון אחר." (ההדגשה האחרונה הוספה; ההדגשות האחרות במקור - מ' ח')

באותו קטע שהעותרים ביקשו כי יימחק נתגלתה "אי חוקיות ברורה וגלויה".

38. מעט לאחר שהיתה בת עשרים ושלוש השיבה חנה סנש את נשמתה לאלוהיה. בטוהרה. חנה סנש אינה יכולה לתבוע את כבודה. חובתנו-שלנו היא להשיב לה את כבודה. בפרשה אחת החלטנו לכבד רצונו של אדם בצוואתו, וסיימתי את חוות-דעתי במילים אלו (ע.א. 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330, 347:

"אני שמח על התוצאה שהגעתי אליה, והיא לדעתי הגשמת רצונו של המנוח. רצונו של אדם הוא כבודו - הוא כבוד האדם - אך מתים נעדרי יכולת הם לקיים את רצונם ולשמור על כבודם. עשינו איפוא אנו לקיום רצונו ולשמירת כבודו של המנוח. חבל שרצונו של יצחק לוינבוק לא נתקיים במלואו. ומהגענו עד הלום נוכל לומר שלום לעפרו."

חנה סנש היתה לוחמת-משוררת, שמא נאמר - משוררת-לוחמת. משוררת, לוחמת וחולמת. חנה אהבה את החיים. ובשוטטה יחפה בחולות-הזהב של חוף-קיסריה - נערה כבת עשרים ואחת - כך התפללה לאלוהים:

"אֵלֵי, שְׁלֵא יִגְמַר לְעוֹלָם
הַחֹל וְהַיָּם,
רְשׁוּשׁ שֶׁל הַיָּם,
בְּרֶקַע הַשָּׁמַיִם,
תְּפִלַּת הָאָדָם."

גם באותם ימים שחורים-משחור, אדומים-מדם, מעט לפני לכתה אל התופת, שוררה על המרד, על המוות, על הכבוד. וכך שרה חנה בסְרִדִּיָּה אשר ביוגוסלביה:

"אֲשֶׁרִי..."

אֲשֶׁרִי הַגִּפְרוֹר שֶׁנִּשְׂרַף וְהִצִּית לְהַבּוֹת,
אֲשֶׁרִי הַלְּהֵבָה שֶׁבָּעָרָה בְּסִתְרֵי לְבָבוֹת.
אֲשֶׁרִי הַלְּבָבוֹת שֶׁיִּדְעוּ לְחַדֵּל בְּכָבוֹד ...
אֲשֶׁרִי הַגִּפְרוֹר שֶׁנִּשְׂרַף וְהִצִּית לְהַבּוֹת."

ליבה של חנה סנש ידע לחדול בכבוד. את כבודה ואת שמה הטוב של חנה סנש איש לא יוכל ליטול ממנה, לא בדיבור ולא במעשה.

חנה סנש

י"א תמוז תרפ"א - כ"א חשוון תש"ה

7.11.1944 - 17.7.1921

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק ובהסכמת השופט א' מצא וכנגד דעתו
החולקת של השופט מ' חשין.

ניתן היום, י"ג באב התשנ"ט (26.7.99).

ה נ ש י א ש ו פ ט ש ו פ ט

העתק מתאים למקור
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
/דד/A01.94061260