

חופש הביטוי בתקשורת המקוונת: בחינה מחדש של תורת המניעה המוקדמת

אריאל בנדור*, מיכל טמיר**

המאמר, הבוחן את תחולתה של תורת המניעה המוקדמת בתקשורת המקוונת, דן במישק בין שני נושאים שהעסיקו את השופט מישאל חשין: התאמת המשפט לתקשורת המקוונת; וחופש הביטוי והאיזון בינו לבין זכויות וערכים אחרים. לפי תורת המניעה המוקדמת, גם כאשר הגבלת חופש הביטוי מוצדקת, האמצעי להגבלת הביטוי יכול להיות, ככלל, רק הטלת סנקציות אזרחיות או פליליות לאחר הפרסום, ולא צנזורה מנהלית או צווי מניעה שיפוטיים. המאמר סוקר את התפתחותה של תורת המניעה המוקדמת במשפט הישראלי, ועומד על אופייה כשיקול מדיניות, אשר יישומו עשוי להשתנות בהקשרים שונים, ולא ככלל נוקשה. על רקע זה נטען במאמר כי מן הראוי להתאים את תורת המניעה המוקדמת להתפתחויות הטכנולוגיות המהפכניות שחלו מאז אומצה התורה בישראל, וזאת בשל מאפייניהם המיוחדים של פרסומים מקוונים, וביניהם מהירות הפרסום וקלותו, מיקוד הפגיעה, נצחיות הפרסום, נגישותו והווירליות שלו. רציונל מרכזי של ההסתייגות ממניעה מוקדמת של פרסומים – התפיסה כי האפקט המצנן של סנקציות מאוחרות פוגע בחופש הביטוי פחות מהאפקט המקפיא של מניעה מוקדמת – אינו חל בתקשורת המקוונת, שכן בעידן הדיגיטלי לסנקציות מאוחרות יש אפקט מצנן מוגבר, ואילו האפקט המקפיא של מניעה מוקדמת ניתן לצמצום ולמיקוד. לנוכח זאת המאמר מציע, בין היתר, גישה שיפוטית שאינה חוסמת מתן צווים זמניים למניעה מוקדמת; הפקדה בידי בית המשפט, ולא בידי רשות מנהלית, של סמכות המניעה המוקדמת – לרבות הסרת פרסום – של התבטאויות המהוות יסוד עובדתי של עברות פליליות;

* פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק צ'רץ' בקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; היה מתמחה של מישאל חשין בתקופה שבה עמד בראש משרד עריכת דין, ותקופה קצרה אף עבד במשרד כעורך דין.

** פרופסור חברה, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט.
אנו מודים ללירון פרי, לחנן קרמר, למחזוי הדעה האנונימיים ולחברי מערכת משפט ועסקים על הערותיהם החשובות, ולגיא פרמינגר על העריכה המעולה והקפדנית.

שימוש בטכנולוגיות החדשות ליישום כלל ההפרדה ("העיפרון הכחול"), המאפשר לצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי תוך הגנה על ערכים אחרים, כגון השם הטוב או הפרטיות; והתנייתה של פסיקת פיצויים בהליך אזרחי עקב פרסום מקוון בכך שהנפגעים ביקשו מהמפרסמים להסיר את הביטוי, ואף ביקשו צו מניעה מבית משפט במקרה שהמפרסמים לא נענו לבקשתם.

פתיחה

פרק א: תורת המניעה המוקדמת במשפט הישראלי

1. חוקיותה של מניעה מוקדמת
2. תורת המניעה המוקדמת בפסיקה שקדמה לפסק דין אבנרי
3. הלכת אבנרי
4. השפעת חוק־סוד: כבוד האדם וחירותו על תורת המניעה המוקדמת

פרק ב: התקשורת בעידן הדיגיטלי

1. היכולת להתאים את תורת המניעה המוקדמת לתקשורת המקוונת
2. אפקט מצנן מוגבר
3. מהירות הפרסום, קלות הפרסום ומיקוד הפגיעה
4. נצחיות, נגישות ווירליות
5. השפעה מופחתת של מגבלות משפטיות ואתיות

פרק ג: עיצוב מחדש של תורת המניעה המוקדמת בעידן התקשורת המקוונת

1. שיקול הדעת במתן צווי מניעה של פרסומים בתקשורת המקוונת
2. הפרדה בין ביטויים מוגנים לביטויים לא מוגנים
3. בקשת צו מניעה נגד פרסום בתקשורת המקוונת כתנאי לפסיקת פיצויים

סיום

פתיחה

מאמר זה דן במישק בין שני נושאים שהעסיקו את השופט מישאל חשין: התאמת המשפט לתקשורת המקוונת; וחופש הביטוי והאיזון בינו לבין זכויות וערכים אחרים. השופט חשין הכיר בצורך בהתאמתן של דוקטרינות משפטיות ותיקות למחשב ולמרשתת (אינטרנט). כך, בהקדמה לספרו של נמרוד קוזלובסקי **המחשב וההליך המשפטי**¹ הוא כתב:

1 מישאל חשין "הקדמה" נמרוד קוזלובסקי **המחשב וההליך המשפטי – ראיות אלקטרוניות וסדרי דין ג** (2000).

"...וכיום מצויים אנו בשינויי טכנולוגיה של רבולוציה. שכן המחשב – ועימו האינטרנט – אינם אך מוטציה של צורות חיים קודמות שהיכרנו ואשר ביתנו בשיטת המשפט. חיים חדשים הם, והילוכם אין הוא כהילוך צורות החיים שהורגלנו לחיות בחברתן. הילוכן הוא כהילוך הפרש (הסוס) במשחק השחמט: מהלך הוא לא לגמרי קדימה; לא לגמרי אחורה; לא לגמרי אל-צד; לא לגמרי באלכסון; מהלך הוא מעט מזה ומעט מזה והרי הוא לעצמו. ואולם בכך נבדלת צורת החיים החדשה מן הפרש, שהפרש יודעים אנו מראש כיצד ינוע, ויודעים אנו – מי־פחות מי־יותר – כיצד נגונן על עצמנו בהתקיפו אותנו; ואילו צורות חיים חדשות אלו של המחשב והאינטרנט טרם ירדנו לחיקרן, טרם הגענו אל תחתית הבור... בחלקים ניכרים במשפט... כלי המשפט שבידינו לא יסכנו עוד לשימוש יעיל ביישומם על דרכי הטכנולוגיה החדשה: קהים הם מכדי לנתח בהם בחדות מצבים חדשים הנוצרים; צרים הם מהכיל קשיים שעל־דרך; קצרים הם מהגיע אל מקומות רחוקים. כך במחשב, כך ברישתות מחשבים, כך באינטרנט... דינים וכללים שחונכנו עליהם, מתחילה לכרסם בהם אי־רלוונטיות; כי גם אנו, מן העולם של אתמול, אם לא נמהר ונשנה עצמנו – נתאים עצמנו לעולם החדש – אפשר גם אנו נהפוך להיותנו בלתי־רלוונטיים. אכן, התשתית משנה עצמה מעיקרה. השינוי אינו אך בכללים הפוזיטיביים. השינוי מגיע עד הדוקטרינות שבמשפט אף־הן. עידן זה שאנו על סיפו, לא עוד נוכל להחיל עליו באורח ראוי נורמות שידענו והיכרנו. ניסיון כי נעשה ליישם על המחשב והאינטרנט נורמות הידועות לנו משכבר, נדמה בעינינו למי שמבקשים להעביר פיל בקופה של מחט. אין פלא בדבר אפוא שיש המבקשים לקבוע כללי־משחק חדשים ושונים לעידן החדש."²

דעתו של השופט חשין הייתה אפוא כי הטכנולוגיה החדשה והמהפכנית תחייב גם התפתחות של משפט חדש – חדש ומהפכני.

השופט חשין, בשורה של דעות מיעוט,³ התאפיין גם בגישה זהירה לחופש הביטוי – הן באשר להיקפו והן באשר לאיזונים הראויים בינו לבין זכויות וערכים אחרים.⁴ גישתו של השופט חשין מבטאת במידה רבה הכרה בעוצמתם של פרסומים וביכולתם לפגוע

2 שם, בעמ' ה-1.

3 ראו בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994); עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136 (1996); דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1 (1998) (להלן: פסק דין ידיעות אחרונות); בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997) (להלן: פסק דין סטיישן פילם); בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).

4 ראו עלי זלצברגר ופניה עוז־זלצברגר "מסורת חופש הביטוי בישראל" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 27, 56-58 (משפט, חברה ותרבות, מיכאל בירנהק עורך, 2006).

בכבוד האדם. וכך הוא כתב בפסק דין **סנש**,⁵ שבו סבר, בדעת מיעוט, כי יש לקבל עתירות של קרוביה של חנה סנש ואחרים למניעת שידור קטע בדוקודרמה שהציג את סנש באופן מסולף:

"שמו הטוב וכבודו של אדם יקרים לו מכל-יקר, לעתים גם מחייו... 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 ופציעת-הנפש יכולה אף שתביא לפציעת הגוף."⁶

גם כאשר להיקף פרישתו של חופש הביטוי הסתייג השופט חשין ממתן הגנה שווה וגורפת לכל דרכי התקשורת בין בני אדם:

"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 תהלוכה. כל אחד מאלה – הם ואחרים זולתם – אמורים לשקף אינטרס מסוים, ועוצמת הזכות תהיה כעוצמת האינטרס. הוא הדין בדרכי הביטוי וההתבטאות: יש עיתון ויש סרט, יש הצגה ויש טלוויזיה, יש רדיו ויש תנועה על בימה... חשוב שנאמר דברים אלה – נאמר אותם ונדייק בהם – ולו משום שמוצאים 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 מסוימים, פשוט הוא שבית-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."⁷

5 ראו פסק דין **סנש**, לעיל ה"ש 3.

6 שם, בעמ' 858.

7 פסק דין **סטייטן פילם**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 689 (ההדגשות במקור).

לאור גישה זו גם לא שלל השופט חשין על הסף מניעה מוקדמת של ביטויים אסורים.⁸

אולם השקפתו של השופט חשין לא הייתה דוגמטית. במישק נושא מאמר זה בין התאמת המשפט לתקשורת המקוונת לבין חופש הביטוי והיקף ההגנה עליו כתב השופט חשין, בתפקידו כיושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה ולראשות הממשלה, את הדברים הבאים במסגרת החלטה שבה דחה עתירה לאסור תעמולת בחירות במרשתת:

"אין מניעה לכל דרך תעמולת בחירות אלא אם ימצא לנו כי החוק... אסר את הדבר. מבנה זה לחוק... נגזר ועולה מעצמו מתוך עקרון היסוד של חופש הביטוי – בראשו חופש הביטוי הפוליטי – והרי חופש הביטוי מוסד מוסד הוא לדין ציבורי בחברה פתוחה ותנאי-בלעדי-אין הוא לקיומה של דמוקרטיה חיה ותוססת. אכן, החלפת דעות וליבון רעיונות על דרך של שיח ציבורי הם הדרך היחידה הראויה בחברה דמוקרטית כשלנו בחתירה לאמת... אם זה מעמדו של חופש הביטוי על דרך הכלל, קל וחומר מעמדו של חופש הביטוי בתחום הפוליטי, והוא בפסגת הפירמידה של חופש הביטוי. מסקנה נדרשת מכל אלה היא כי רק בנסיבות שבהן ייגלה לעינינו איסור ברור בחוק על חופש הביטוי – או צמצומו של חופש הביטוי – רק במקרים אלה אכן נאסור על חופש הביטוי או נצמצם אותו. ובמקרים אלה אף-הם נעשה כן רק במידה ההכרחית."⁹

באשר לייחודה של המרשתת בהשוואה לאמצעי תקשורת אחרים, המצדיק הבחנה ביניהם תוך צמצום ההגבלות על חופש הביטוי בתקשורת המקוונת לעומת המגבלות החלות על חופש הביטוי בתקשורת המשודרת, כתב השופט חשין:

"יש שוני של-ממש בין רשת האינטרנט לבין מדיום השידור ברדיו או בטלוויזיה, שוני השולל היקש מן הרדיו ומן הטלוויזיה לאינטרנט... אם נתבונן ברשת האינטרנט ונעמיד בצדה את הרדיו והטלוויזיה, וידענו כי השניים שונים הם באורח מהותי. כך, למשל, השידורים ברדיו ובטלוויזיה מוסדרים על-פי דין בעוד אשר האינטרנט נעדר כל רגולציה שהיא; תדרי הרדיו והטלוויזיה מוגבלים הם במספרם (כהיום הזה) ואילו במרחב האינטרנט אין מחסור במשאב הערוצים; הרדיו והטלוויזיה, כל אחד מהם, הינו מדיום שיכולת ברירת התכנים בו מעטה עד-לאין-שיעור מן היכולת לברור תכנים באינטרנט. יתר-על-כן, המאזין לרדיו והצופה בטלוויזיה הינם מאזין וצופה פסיביים – השניים הם בבחינת 'מאזין

8 ראו פסק דין **סנש**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 870. ראו גם אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" **משפטים** לב 623, 628 (2002).

9 תב"מ 16/01 **סיעת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' פינס-פו**, פ"ד נה(3) 159, 162 (2001).

שבווי' ו'צופה שבווי' – בעוד אשר המשתמש באינטרנט הינו, במובן מסוים, גם שחקן על הבימה. יתר-על-כן, האינטרנט שונה מאחיו ומאחותו הבכירים גם במהירות התעבורה, בזמינות השירות, בפשטות ובעלות. מאפיינים אלה, השונים באינטרנט מזה, וברדיו ובטלוויזיה מזה, מצדיקים אף יחס שונה לאינטרנט מכאן ולרדיו ולטלוויזיה מכאן... יתר-על-כן, רשת האינטרנט, שלא כרדיו וכטלוויזיה, פותחת פתח רחב לפני היחיד לקחת חלק בשיח הפוליטי ולומר את דברו במישרין. אם עד-כה לא היה היחיד יכול להשמיע את קולו אל רבים, אלא אם אמצעי תקשורת מקובל – הרדיו או הטלוויזיה – הואיל בטובו לאפשר לו להשמיע את קולו, הנה כיום נפתחה הבימה בפני הכול, והיחיד יכול שיהיה גם מאזין גם דובר. יהיו אף מי שיאמרו כי זוהי הדמוקרטיה בגאונה: שכל יחיד יוכל לומר את דברו ולהשפיע על חברו ועל מי שאינו חברו.¹⁰

השופט חשין ציין כי העתירה מעלה את "שאלת התאמתו של כל קורפוס החוקים שאנו חיים על-פיהם לעידן האינטרנט והמידע... כלי-המשפט התולים על קיר חדר המלאכה שלנו – סדורים שורות שורות, אלה ליד אלה – נתקשה לעתים למצוא בהם כלי המתאים לעידן הטכנולוגי החדש. והקושי יתגבר וילך עם הזמן".¹¹

הדברים האלה של השופט חשין, המדברים בעד עצמם, עומדים גם ביסודו של מאמר זה.

2. תורת המניעה המוקדמת – אשר אומצה בישראל בשנת 1989 בפסק דין **אבנורי**¹² אך שורשיה במשפט הישראלי טמונים עוד בפסק דין **קול העם** משנת 1953¹³ – מסייגת מפגיעה בחופש הביטוי¹⁴ בדרך של מניעת ביטויים לפני פרסומם ("מניעה מוקדמת").

10 שם, בעמ' 163–164 ו-167.

11 שם, בעמ' 164–165.

12 ע"א 214/89 **אבנורי נ' שפירא**, פ"ד מג(3) 840 (1989).

13 בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים**, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: פסק דין **קול העם**).

14 בפסיקת בית המשפט העליון הובעו דעות שונות בשאלה אם תורת המניעה המוקדמת חלה רק באשר לחופש הביטוי. ראו בג"ץ 8026/16 **מוריס נ' מפקד פיקוד העורף**, פס' 7 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 20.10.2016): "איני מקבל את התזה של כ"כ העותרים, ולפיה לא ניתן לנקוט בפעולה של מניעה מראש אלא רק בדיעבד, אם וככל שיתברר שפעולה מסוכנת של העותרים מהווה הפרה של החוק. בטענה זו של העותרים אנו שומעים הד להלכה השוללת כמעט מניעה מוקדמת במצבים של הגבלת חופש הביטוי... הלכת **אבנורי** עסקה בשאלת חופש הביטוי מול לשון הרע, בעוד ענייננו בזכות לתנועה בתוך המדינה מול האינטרס של ביטחון הציבור. כגון דא רשאית הרשות המינהלית לנקוט בצעדי מניעה מראש..."

באשר לזכויות אחרות ראו בג"ץ 6637/16 **לוונשטיין לוי נ' מדינת ישראל**, פס' 22 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם באר"ש, 18.4.2017): "כאשר מדובר בפגיעה בזכויות יסוד, יש להימנע בדרך כלל מהטלת מגבלה או איסור המהווים 'מניעה מוקדמת' (prior restraint) ולהעדיף **בחינה בדיעבד** של הפעולה... ובזיקה לענייננו – לא ראוי למנוע ממועמד שאינו רופא התמודדות במכרו... ויש

התורה גורסת כי גם כאשר הגבלת חופש הביטוי מוצדקת, למשל כאשר הביטוי פוגע לא כדין בשם הטוב או בפרטיות או אף מהווה עברה פלילית, האמצעי להגבלת הביטוי יכול להיות, ככלל, רק הטלת סנקציות אזרחיות או פליליות לאחר הפרסום ("סנקציות מאוחרות"), ולא צנזורה מנהלית או צווי מניעה שיפוטיים.

תורת המניעה המוקדמת, שבארצות הברית היא אחד העקרונות המרכזיים של ההגנה על חופש הביטוי מכוח התיקון הראשון לחוקה,¹⁵ חשופה לביקורות שונות.¹⁶ בישראל אומנם לא אומצה הגרסה האמריקנית הקפדנית, אך מניעה מוקדמת נתפסת עדיין כפגיעה חמורה יותר בחופש הביטוי מאשר סנקציות פליליות¹⁷ ואזרחיות מאוחרות,

להעדיף הפעלת שיקול דעת בשלב שלאחר הגשת המועמדות, תוך איזון בין כל השיקולים הרלבנטיים לבחירת המועמד הטוב ביותר" (ההדגשות במקור).
עם זאת, אין מחלוקת כי התורה מתמקדת בחופש הביטוי.

15 בארצות הברית אומצה תורת המניעה המוקדמת (prior restraint doctrine) על ידי בית המשפט העליון בתחילת שנות השלושים של המאה הקודמת בפסק דין *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697 (1931). לדיון במקורות מוקדמים יותר של הדוקטרינה בארצות הברית ראו Stephen A. Siegel, *Injunctions for Defamation, Juries, and the Clarifying Lens of 1868*, 56 BUFF. L. REV. 655 (2008).

16 ראו, למשל, William T. Mayton, *Toward a Theory of First Amendment Process: Injunctions of Speech, Subsequent Punishment, and the Costs of the Prior Restraint Doctrine*, 67 CORNELL L. REV. 245 (1982); John Calvin Jeffries, Jr., *Rethinking Prior Restraint*, 92 YALE L.J. 409 (1983); Stephen R. Barnett, *The Puzzle of Prior Restraint*, 29 STAN. L. REV. 539 (1977); Owen M. Fiss, *Free Speech and the Prior Restraint Doctrine*, in LIBERALISM DIVIDED: FREEDOM OF SPEECH AND THE MANY USES OF STATE POWER 121 (1996); Martin H. Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 VA. L. REV. 53 (1984); Marin Scordato, *Distinction Without a Difference: A Reappraisal of the Doctrine of Prior Restraint*, 68 N.C. L. REV. 1 (1989); Doug Rendleman, *The Defamation Injunction Meets the Prior Restraint Doctrine*, 56 SAN DIEGO L. REV. 615 (2019); Ariel L. Bendor, *Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means*, 68 FORDHAM L. REV. 289 (1999).

17 הדיון בהעמדה לדין פלילי על עברות ביטוי חורג מגבולות מאמר זה. ככלל, גם כאשר קיים סיכוי סביר להוכחת העברה, העמדה לדין תיעשה רק במקרים שבהם לקיום משפט פלילי יש הצדקה מיוחדת, ולא פעם רק באישור היועץ המשפטי לממשלה, וזאת בשל החשש לאפקט מצנן. ראו ס' 135(א), 144 ו-150 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; "הנחיות לתובעים בנושא העמדה לדין בעבירת הסוביידיצה" **"הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1102 (התשס"ה) אישום בעבירות של העלבת עובד ציבור וזילות בית המשפט" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1103 (התשס"ו)** www.justice.gov.il/Units/YoezMespasi/HanchayotNew/Seven/41102.pdf; www.justice.gov.il/Units/YoezMespasi/HanchayotNew/Seven/41103.pdf; "אישור פתיחה בחקירה והעמדה לדין בעבירות או עניינים בעלי רגישות מיוחדת" **הנחיות פרקליט המדינה 14.12 (התש"ף)** www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Guidelines/14.12.pdf; "מדיניות העמדה לדין בתיקים שנפתחו על רקע הפגנות או אירועי מחאה" **הנחיות המשנה לפרקליט המדינה (תפקידים מיוחדים) 2.40 (התש"ף)** www.haaretz.co.il/embeds/pdf_upload/2020/

ולכן – ובשל המשקל המיוחד שבית המשפט מעניק לחופש הביטוי¹⁸ – היא מותרת רק כאשר יש לה הצדקה מיוחדת. תורת המניעה המוקדמת מעניקה עדיפות לחופש הביטוי על זכויות חוקתיות אחרות, כגון הזכות לפרטיות והזכות לשם טוב, גם במצבים שבהם הפגיעה בזכויות אלו אינה כדין.

3. מאמר זה אינו דן במכלול השאלות הנורמטיביות והדוקטרינריות שמעוררות תורת המניעה המוקדמת ותחולתה במשפט הישראלי, אלא מתמקד בבחינת התאמתה של התורה לעידן העכשווי של תקשורת מקוונת ורשתות חברתיות. בעידן הדיגיטלי ניתן להפיץ במרשתת בכללותה, וברשתות החברתיות במיוחד, מסרים לקהל עצום. למרשתת ולרשתות החברתיות יש כמה מאפיינים המבדילים אותן מכלי התקשורת המסורתיים: לפרסומים בתקשורת המקוונת יש חשיפה נרחבת, לפחות כל עוד הם לא הוסרו; הגישה למרשתת רחבה ביותר – הכול, בכל מקום, יכולים לצפות בפרסומים מקוונים ובהודעות ברשתות החברתיות; הפרסומים עשויים להיות בעלי השפעה וירלית, ובאמצעות שיתוף מהיר להגיע לקהל עצום; הפרסום אינו מוגבל לעיתונאים מקצועיים, הכפופים לקוד אתי; ובקלות של לחיצת "שלח" יכולות להיווצר עברה פלילית או עוולה. הטכנולוגיות החדשות מאפשרות גם מתן סעדים של מניעת ביטויים שאינם ראויים להגנה תוך הפרדתם מחלקי הביטוי המוגנים, ברוח גישת "העיפרון הכחול".

התפתחויות אלו לא נצפו לפני יותר משלושים שנים, כאשר ניתן פסק דין **אבנרי**, לא כל שכן לפני קרוב למאה שנים, כאשר עוצבה התורה בארצות הברית.¹⁹ יתר על כן, רציונל מרכזי של ההסתייגות ממניעה מוקדמת של פרסומים – התפיסה כי האפקט המצנן של סנקציות מאוחרות, דהיינו החשש כי הן ירתיעו גם מפרסומים מותרים ואף מועילים לציבור,²⁰ פוגע בחופש הביטוי פחות מהאפקט המקפיא של מניעה מוקדמת, השולל את הביטוי כליל מן הציבור ומצמצם את ההיצע בשוק הרעיונות – אינו חל בתקשורת המקוונת. זאת, מכיוון שבעידן התקשורת המקוונת לסנקציות מאוחרות יש אפקט מצנן מוגבר. הביטוי בעידן הדיגיטלי אינו מוגבל עוד לכלי תקשורת מבוססים, הנהנים מייעוץ משפטי ומביטחון עצמי מקצועי. סנקציות מאוחרות – פליליות או אזרחיות – הן איום קשה עבור פרטים ללא כיס עמוק, כגון יחידים וגופי תקשורת קטנים. האפקט המצנן של הידיעה כי הם עלולים לשלם פיצויים בקנה מידה גדול

20200826-154945.pdf. כן ראו את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בע"א 409/13 **שידורי קשת בע"מ נ' קופר**, פ"ד סונ(2) 215, 232 (2013) (להלן: פסק דין **שידורי קשת**), שם הוא הצטרף לבקשה לצו למניעת שידור אך הודיע כי לא יגיש כתב אישום בגין הפרסום. ראו גם החלטה של היועץ המשפטי לממשלה "החלטה בבקשה לבחון מחדש החלטות שלא לפתוח בחקירה נגד מר מחמד בכרי" (10.12.2014) www.justice.gov.il/Pubilcations/NewsOld/Documents/Jenin.pdf.

18 ראו אורי שנהר **דיני לשון הרע** 44–45, 52 (1997); אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** כרך ב 710–711 (2014).

19 ראו לעיל ה"ש 15.

20 ראו, למשל, פסק דין **ידיעות אחרונות**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 35.

ולתורסרס מבחינה כלכלית חמור מהאפקט המקפיא של מניעה מוקדמת, שדווקא אותו הטכנולוגיה החדשה מאפשרת, כאמור, לצמצם ולמקד.

4. וזה יהיה מהלך המאמר. **פרק א** יתאר את תורת המניעה המוקדמת במשפט הישראלי, כפי שעוצבה בפסק דין **אבנרי** בעקבות פסיקה שקדמה לו ופותחה במהלך השנים. הפרק יעסוק בהשפעה האפשרית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על התורה, ויצג את מעמדה של התורה במשפט הישראלי כשיקול מדיניות, אשר יישומו עשוי להשתנות בהקשרים שונים, ולא ככלל נוקשה. **פרק ב** יעסוק במאפייני התקשורת בעידן הדיגיטלי, אשר מעוררים שאלות בדבר התאמתם של הכללים הקיימים המבטאים את תורת המניעה המוקדמת לתקשורת המקוונת. **פרק ג** יציע קווים לעיצוב מחדש של תורת המניעה המוקדמת באופן ההולם את העידן החדש.

פרק א: תורת המניעה המוקדמת במשפט הישראלי

5. פרק זה יציג את תורת המניעה המוקדמת ואת התפתחותה במשפט הישראלי. הפרק יראה כי תורת המניעה המוקדמת נוסח ישראל אינה תורה נוקשה, וכי היא מיושמת כעקרון מדיניות, המשפיע באופנים שונים על הפעלת שיקול הדעת השיפוטי והמנהלי, ולא ככלל מסוים אחיד. תפיסה זו של תורת המניעה המוקדמת בישראל תוכל גם לאפשר עיצוב מחדש של יישום התורה בתקשורת המקוונת.

1. חוקיותה של מניעה מוקדמת

6. הן מניעה מוקדמת של ביטוי והן הטלת סנקציות מאוחרות על פרסומים פוגעות בחופש הביטוי, ולכן טעונות הסמכה בחוק או מכוח חוק. רשויות מנהליות רשאיות למנוע ביטויים רק מכוח הסמכה בחקיקה. כך נובע מעקרון חוקיות המנהל, ²¹ וכך גם מתחייב, ככל שחופש הביטוי כלול בזכות החוקתית לכבוד האדם, ²² מהוראתה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק... או לפי חוק... מכוח הסמכה מפורשת בו". ²³ עם זאת, אופן היישום של דרישה זו משתנה – ברוח עמדתו של השופט חשין בפסק דין **סטיישן פילם** ²⁴ – בהתאם למידת החשיבות של הזכות הנסיבות המקרה, לקרבתה אל הליבה של

21 ראו דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א 100–101 (2010).

22 ראו להלן ס' 16 למאמר, ובפרט ה"ש 97–102 והטקסט שלידן.

23 לשאלה אם חוק הקובע אמצעים של מניעה מוקדמת נדרש לעמוד גם ביתר התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה ראו להלן ס' 17 למאמר.

24 פסק דין **סטיישן פילם**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 689.

כבוד האדם ולעוצמת הפגיעה בה. וכך כתבה הנשיאה דורית ביניש בפסק דין **המפקד הלאומי**,²⁵ שבו נדונה השאלה אם רשות השידור והרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו מוסמכות לקבוע כללים האוסרים שידור בתשלום של תשדירים בנושאים פוליטיים, כלומר, אם יש להן הסמכות לנקוט מניעה מוקדמת של תשדירים כאלה:

"...הדרישה ל'הסמכה מפורשת' בחוק אינה נושאת משמעות קבועה והכרחית אחת. עליה להיות מופעלת מתוך רגישות להקשר הדברים ולמכלול נסיבות העניין. בהתאם לכך, טיב הזכות הנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, עוצמת הפגיעה בה, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת והקשר הדברים – כל אלה ראוי שישפיעו על אופן הפרשנות והיישום של דרישת 'ההסמכה המפורשת' בפסקת ההגבלה. בהתחשב בכך, ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה, וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת 'ההסמכה המפורשת' בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בהתאם לכך, בנסיבות שבהן מדובר בזכות יסוד עיקרית שעוצמת הפגיעה בה גבוהה, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמיך הקובעת אמות מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת משנה. רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים... לעומת זאת, ככל שהטעמים שבבסיס הזכות המוגנת הם בעלי חשיבות חברתית נמוכה יחסית, וככל שעוצמת הפגיעה בזכות חלשה, בהתחשב בהקשרה ובמכלול נסיבות העניין, כך ניתן לפרש את דרישת 'ההסמכה המפורשת' באופן גמיש ומרוכך יותר... לשון אחר: כאשר טיב הפגיעה בזכות המוגנת, היקפה ועוצמתה, אינם חמורים, די בכך שמתכליתו הפרטיקולרית של החוק המסמיך עולה באופן הכרחי קיומה של הסמכה לפגיעה בזכות היסוד. זאת, אף בהיעדר לשון ברורה והסדרה של עיקרי הפגיעה בחקיקה ראשית..."²⁶

העתירה, שנשמעה לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים, נדחתה בדעת רוב. ארבעה מבין השופטים בהרכב²⁷ סברו אומנם כי הכללים פוגעים בחופש הביטוי, אולם מצאו כי אף ש"המעין בסעיפים הנוגעים לפרסומות, בשני החוקים ובהם בלבד, לא ימצא הכוונה של המחוקק הראשי בעניין האסור והמותר... אין לקרוא את הסעיפים הנוגעים לתשדירי הפרסומת במנותק משאר הוראות החוק, כאילו היו תשדירים אלה איבר מנותק מגופה של רשות השידור או מגופה של הרשות השנייה... נושא הפרסומות הוא טפל ההולך אחרי העיקר... תשדירי הפרסומת אינם עיקר תפקידי המשיבות. תפקידן העיקרי הוא

25 בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) (להלן: פסק דין המפקד הלאומי).

26 שם, פס' 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

27 השופטים מרים נאור, אדמונד א' לוי, סלים ג'ובראן ואשר גרוניס.

השידורים עצמם, ותשדירי הפרסומות הם רק אמצעי מימון לפעולות המשיבות.²⁸ אומנם, בהימנעות משידור בתשלום של התשדירים לא היה כדי למנוע את הפצת הרעיונות הכלולים בהם בדרכים חלופיות, לרבות בשידורי החדשות של רשות השידור ושל הזכיינים הפרטיים שהרשות השנייה מאסדרת. עם זאת, מפסק הדין עולה כי בית המשפט אינו מקפיד בכל המקרים על הסמכה מפורשת וחד-משמעית לנקיטת אמצעים של מניעה מוקדמת, ומכל מקום כי שאלת קיומה של הסמכה בחוק עשויה להיות שנויה במחלוקת.²⁹

באשר לסמכותם של בתי המשפט להוציא צווים של מניעה מוקדמת – בתי המשפט מוסמכים לתת צווי מניעה קבועים או זמניים, וזאת בכל העולות, לרבות עולות פרסום לשון הרע.³⁰ סמכויות נוספות קבועות בחקיקה ספציפית, כגון חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, וחוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט, התשע"ז-2017.

2. תורת המניעה המוקדמת בפסיקה שקדמה לפסק דין אבנרי

7. לפי תורת המניעה המוקדמת, ככלל אין לנקוט מניעה מוקדמת של ביטויים, אלא יש להעדיף שימוש בסנקציות מאוחרות. תורת המניעה המוקדמת הוזכרה לראשונה בישראל על ידי בית המשפט העליון בפסק דין **קול העם**.³¹ באותו מקרה פירש בית המשפט את סעיף 19(2)(א) לפקודת העיתונות – שבו נקבע, בנוסחו העברי, כי "רשאי שר הפנים עפ"י צו להפסיק... את פרסום העתון לאותה תקופה שימצא לנכון... אם מתפרסם בעתון דבר העשוי, לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור" – כמאפשר את הפסקת הפרסום רק אם מתקיימת "ודאות קרובה" שהפרסום יפגע בשלום הציבור. לצד הנימוק המפורסם, שהיה תשתית למשפט החוקתי הישראלי, בדבר הצורך לפרש את כלל החוקים, לרבות חוקים מנדטוריים, באופן ההולם את עקרונותיה של הכרזת העצמאות, נשען בית המשפט העליון, בפסק דינו של השופט שמעון אגרנט, גם על תורת

28 פסק דין **המפקד הלאומי**, לעיל ה"ש 25, פס' 35-36 לפסק דינה של השופטת נאור (ההדגשה במקור). באשר ליתר השופטים, השופטת אילה פרוקצ'יה סברה כי הכללים מושא הדין אינם פוגעים כלל בחופש הביטוי, ואילו הנשיאה דורית ביניש והשופטת אסתר חיות, בדעת מיעוט, סברו כי מן הדין לקבל את העתירה מן הטעם שהכללים פגעו בליבת חופש הביטוי ללא הסמכה מפורשת בחוק.

29 לפסק דין נוסף שבו הובעו דעות שונות בשאלה אם החוק מסמיך רשות מנהלית לנקוט אמצעים של מניעה מוקדמת ראו בג"ץ 6536/17 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל** (פורסם באר"ש, 8.10.2017).

30 ראו ס' 72 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין): "ציווי יכול שיהיה צו עשה או צו לא-תעשה, לשעה או לתמיד"; ס' 7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, המחיל את הוראותיה של פקודת הנזיקין.

31 פסק דין **קול העם**, לעיל ה"ש 13.

המניעה המוקדמת, שאותה שאל, כמו רכיבים אחרים של פסק הדין, מהמשפט החוקתי האמריקני.³² וכך כתב השופט אגרנט:

"האמצעים הפרוצידורליים המשמשים לדיכוי חופש העתונות או להגבלתו הם משני מינים. אמצעי ממין אחד הוא להעניש על הפרסום הנפסד לאחר המעשה. האמצעי מהמין השני הוא מניעתו, כלומר, בדרך של נקיטת צעדים המכוונים לסכל מראש את פרסום החומר הפסול או את הופעתו להבא של העתון בו נתפרסם חומר זה. גם במקרה האחרון – והוא המקרה שלפנינו – המדובר באמצעי מניעתו, שאינו נושא אופי פלילי במובן המקובל, משום שמטרתו הראשונית והמידית היא להבטיח אי-יציאת עתון לאור, מחמת שהוא עלול להכיל חומר פסול **דומה** בעתיד. אכן, זה מכבר הוכר הדבר, כי אותו אמצעי 'מניעתו' – מאחר שתמציתו צנוזרה, פשוטה כמשמעה – הוא החריף מביין שני האמצעים הנזכרים..."

תפיסה... זו של השימוש באמצעי מהמין המונע... מבליטה היטב כי אכן – מבחינת המגמה להגן על האינטרס של חופש הביטוי – זהו אמצעי חריף וחמור ביותר. אם המחוקק הישראלי ראה בכל זאת לנכון להשאיר בעינה את הסמכות שהוגדרה בסעיף 19(2)(א), משמע שעשה כן בגלל המצב של שעת חירום, בו נתונה המדינה מאז כינונה. ואולם, מאידך גיסא, אין לייחס לו, למחוקק הישראלי, כוונה – ודוקא בהתחשב בתכונה החריפה והדרסטית בה טבועה הסמכות הנ"ל – כי הרשות הממונה על הפעלתה של זו תהיה רשאית לצוות על הפסקת ההופעה של עיתון זה או אחר רק משום שהדברים שנתפרסמו בו נראים בעיניה כמגלים נטיה גרידא לסיכון שלום הציבור, במקום הסתה ישירה לתוצאה כזאת, או לפחות הטפה, אשר במסיבות המקרה, מקרבת אותה תוצאה קירוב ממש..."

היוצא מכל זה, כי שוב אין מנוס ממתן פירוש למונח 'עלול' על פי המושג של 'ודאות קרובה' (probability), להבדיל מ'נטיה סתם' (bare tendency)..."³³

בית המשפט פסק אפוא כי הפגיעה העזה בחופש הביטוי שיש במניעה מוקדמת – פגיעה עזה מזו הגלומה בענישה פלילית לאחר הפרסום³⁴ – מצדיקה את הגבלת

32 חלקים נרחבים מפרשנותו של בית המשפט העליון האמריקני לתיקון הראשון לחוקה בהיבט של חופש הביטוי עוסקים בתורת המניעה המוקדמת. לפירוט ראו פנינה להב **ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הצינונית** 156 (1999).

33 פסק דין **קול העם**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 885–887 (ההדגשה במקור).

34 לטענה כי אין להבין את פסק דין **קול העם** כמאפשר להחיל את מבחן "הנטייה הרעה" גם בדיני העונשין, ולא רק לצורך מניעה מוקדמת, ראו פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון" **משפטים** ז 375, 396–398 (1977).

הכוח למנוע מראש פרסום למקרים שבהם קרוב לוודאי שהפרסום יפגע בשלום הציבור.³⁵

8. עם החייאתו של מבחן הוודאות הקרובה בשנות השמונים והפיכתו – בפסיקה שהוביל השופט אהרן ברק – למבחן הפרדיגמטי לקביעה של גבולות ההגנה על חופש הביטוי בישראל,³⁶ שב בית המשפט העליון ונוזק לתורת המניעה המוקדמת. בפסק דין **כהנא**³⁷ דן בית המשפט העליון בעתירה של חבר הכנסת מאיר כהנא נגד החלטת רשות השידור לברוק את כל הראיונות איתו וההצהרות המצוטטות מפיו ולהתיר לשידור רק ידיעות בעלות אופי חדשותי מובהק, וזאת במטרה להבטיח שכלי התקשורת הממלכתיים לא ישמשו במה להשמעת דברי הסתה לגזענות והצהרות המנוגדות לעקרונות מגילת העצמאות.

אף שהעתירה התקבלה פה אחד, התעוררה מחלוקת בין השופט ברק לשופט גבריאל בך בשאלה אם רשות השידור רשאית להימנע משידור ביטוי שפרסומו הוא עברה פלילית של המתבטאים. השופט ברק, בהתבסס על פסק דין **קול העם**,³⁸ כתב כי "עקרון חופש הביטוי מצדיק הגבלה מראש על חופש הביטוי, רק מקום שקיימת ודאות קרובה להתממשות הסכנה. כאשר ודאות קרובה זו אינה קיימת, והאיסור הפלילי מוטל על עצם הביטוי ללא התחשבות בתוצאותיו, לא נראה לי כמוצדק לאפשר מניעה מראש של חופש הביטוי".³⁹ השופט בך חלק על דעתו של השופט ברק, וכתב כי "אם נצא מההנחה התיאורטית, כי... ייתכנו מקרים, שבהם דברי הסתה גזעניים אינם מהווים סיכון שיש בו משום ודאות קרובה של פגיעה בסדר הציבורי, גם אז רשאית רשות השידור להימנע מלשדר דברים כאלה, כאשר היא מאמינה באופן סביר ובתום-לב, כי יש בפרסום הדברים משום עבירה פלילית".⁴⁰ המחלוקת, שהתמקדה במניעת שידורים בערוץ ציבורי של ביטויים המהווים עברה פלילית, לא הוכרעה.⁴¹

35 לזיקה בין תורת המניעה המוקדמת למבחן הוודאות הקרובה ראו גם אדי רטיג "העוקץ: ראיות חסירות, חובת ההנמקה וחופש הביטוי" **משפטים** יד 108, 124–122 (1984).

36 ראו בנדור וטמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 625.

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

38 לעיל ה"ש 13.

39 פסק דין **כהנא**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 299.

40 שם, בעמ' 318.

41 השופטת שושנה נתניהו, שהצטרפה לתוצאה של קבלת העתירה, כתבה (שם, בעמ' 318): "אינני קובעת דעה בשאלה, אם במתן פרסום על-ידי המשיבים לדברי גזענות של העותר יש משום עבירה... אין כמובן בכונתני, בהסכמה לעשות הצו להחלטי, לחייב את המשיבים לבצע עבירה פלילית." לתמיכה בעמדתו העקרונית של השופט ברק בפסק דין **כהנא** ראו פסק דין **שידורי קשת**, לעיל ה"ש 17, פס' 2 לפסק דינה של השופטת חיות; אביגדור קלגסבלד "עבירה פלילית ומניעה מוקדמת" **פלילים** ב 93 (1991). לתמיכה בעמדתו העקרונית של השופט בך בפסק דין **כהנא** ראו ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 221, 267 (1996); מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של השופט בך" **ספר גבריאל בך** 445, 453–461 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך

3. הלכת אבנרי

9. תורת המניעה המוקדמת אומצה על ידי בית המשפט העליון כהלכה בפסק דין **אבנרי**⁴². פסק הדין, שנכתב על ידי השופט ברק, ניתן בשנת 1989, לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וממילא לא דן בחוקתיותם של חוקים הקובעים סמכות של מניעה מוקדמת.⁴³ עם זאת, נקבע כי סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד,⁴⁴ וככלל לא יינתן צו מניעה זמני ("ציווי לשעה") בתביעות לשון הרע.⁴⁵ כתב השופט ברק:

"אין לקיים חופש ביטוי, ואין אפשרות להעניק לחופש הביטוי את מקומו המרכזי בשיטתנו, אם ניתן יהיה, בדרך של ציווי, למנוע פרסום, וזאת בטרם הכרעה בדבר האחריות של המפרסם. משטר צווי מניעה כזה יפגע בתיפקודה של העיתונות, הספרות, השירה ושאר אמצעי הביטוי. מודע אני לכך כי בגישה זו עשויה להיות פגיעה בשם הטוב, אך דבר זה מתבקש, אם רוצים ליתן ביטוי הלכה למעשה – ולא רק בדרך של סיסמה ואמירה – לעקרון חופש הביטוי."⁴⁶

אף שבפסק דין **אבנרי** נדונה בקשה לצו מניעה זמני במסגרת תובענה לפי חוק איסור לשון הרע, נראה כי ההלכה שנקבעה בו חלה, למצער, גם באשר לבקשות לצווי מניעה זמניים נגד ביטויים בתובענות אחרות בנוזיקין – למשל, לפי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

10. הלכת **אבנרי** הנהיגה כלל החורג, בעת מתן סעדים זמניים, מהבחינה של מאזן הנוחות של הצדדים,⁴⁷ שכן המבקשים צו זמני למניעת פרסום נדרשים להראות לא רק שיש להם סיכויים טובים לזכות בתביעה העיקרית, אלא גם שלמפרסם אין כל טענת

עורכים, 2011); מרדכי קרמיניצ'ר וליאת לבנון-מורג "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות – על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא" **משפט וממשל** ז' 305, 347 (2004); אריאל בנדור "עבירה פלילית ומניעה מוקדמת" **פלילים** ג' 240 (1992). ליחס בין הטלת אחריות פלילית בגין פרסום לבין מניעתו המוקדמת ראו גם איל בנבשתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" **משפטים** ל' 29, 62 (1999).

42 פסק דין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12.

43 לדיון בשאלה זו ראו להלן ס' 16 למאמר.

44 פסק דין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 856.

45 שם, בעמ' 870.

46 שם, בעמ' 869.

47 למאזן הנוחות ראו תק' 95(ד) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי החדשות); רע"א 2512/90 **סופרגו חברה ישראלית להפצת גו בע"מ נ' סער**, פ"ד מה(4) 405, 415 (1991); ע"א 342/83 **גלזמן נ' גלזמן**, פ"ד לח(4) 105 (1984); רע"א 3160/08 **מזר נ' גאון חברה לבנין והשקעות בע"מ** (פורסם באר"ש, 28.6.2009); שלמה לויין **תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד** 191–193 (מהדורה שנייה מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, 2008).

הגנה של ממש.⁴⁸ לפי פסק הדין, צו זמני למניעת פרסום יוכל להינתן רק במקרים חריגים שבהם בפרסום אין כל עניין לציבור וגלוי וברור, כבר בעת הדיון בבקשה, כי הגנת הנתבעים היא הגנת סרק וכי דין התביעה העיקרית להתקבל.⁴⁹ נקבע כי בעריכת "מאזן הנוחות" על בית המשפט להתחשב לא רק באינטרסים של הצדדים, אלא גם באינטרס הציבורי, ובכלל זה באינטרס הציבורי לשם הטוב מזה ולחופש הביטוי מזה.⁵⁰ סמכותו של בית המשפט להתחשב בשיקולים בעלי אופי ציבורי בשוקלו מתן צווי ביניים עוגנה במפורש בתקנה 95(ד)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות (ההדגשה הוספה):

"בהחלטתו אם לתת סעד זמני וכן בקביעת סוג הסעד, היקפו ותנאיו, ישקול בית המשפט, בין השאר... נזק העלול להיגרם... לעניין ציבורי..."

עם זאת, כדבריו של יששכר רוזן-צבי, ההוספה לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות של הוראה מפורשת בדבר התחשבות של בית המשפט בעניין הציבורי במסגרת הפעלת שיקול דעתו במתן סעדים זמניים "מהווה עיגון של הכלל שנקבע בפסיקה ולא תביא לשינוי באופן שבו נוהגים בתי המשפט".⁵¹

באיוון בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב יש לתת משקל מיוחד לחופש הביטוי, וזאת בעיקר כאשר מדובר בפרסומים הנוגעים בעניין ציבורי או באישי ציבור.⁵² זאת, מכיוון שאישי ציבור, מעצם תפקידם, נוטלים על עצמם סיכון של התנכלות לשמם הטוב. התגובה הראויה על לשון הרע היא חשיפת השקר שבה והוצאת האמת לאור. מאחר שדווקא לאישי ציבור יש הכלים, הידע ואפשרות הגישה לאמצעי התקשורת, יש להם אמצעים להגן על שמם הטוב.⁵³ עם זאת, בפועל בקשות לצו מניעה זמני נדחות מכוח הלכת אבנרי גם כאשר המבקשים אינם אישי ציבור.⁵⁴ על רקע זה היו שסברו כי "ההלכה הפסוקה בישראל מונעת שימוש מעשי בצו המניעה".⁵⁵ למרות הביקורות

48 ראו רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308, 318 (2004) (להלן: פסק דין רשת).

49 פסק דין אבנרי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 870.

50 שם, בעמ' 859.

51 יששכר רוזן-צבי הרפורמה בסדר הדין האזרחי – מורה נבוכים 414 (2021).

52 ראו יעקב שקד סדר הדין האזרחי החדש 482 (רביב שלו עורך, 2019).

53 ראו פסק דין אבנרי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 866–867.

54 ראו, למשל, פסק דין רשת, לעיל ה"ש 48, שבו נדחתה בקשה לצו זמני למניעת שידור כתבת תחקיר על רופא.

55 יובל קרניאל ועמירם ברקת "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמך" עלי משפט ב 205, 206 (2002).

האקדמיות שנמתחו על ההלכה,⁵⁶ היא השתרשה במשפט הישראלי ועומדת בתוקפה עד היום.⁵⁷

11. הלכת **אבנרי** נשענת על שני נימוקים מרכזיים. ה**נימוק האחד**, הנוגע רק במתן צו זמני למניעת ביטוי לפני שנקבע אם הפרסום מותר או אסור, הוא כי "מקום שאחריות המפרסם טרם הוכרעה, ועל פני הדברים יש לו למפרסם הגנה טובה... יש ליתן את מלוא המשקל לערך בדבר חופש הביטוי ולהעדיפו על פני הערך של השם הטוב".⁵⁸ ה**נימוק האחר**, הנוגע במניעה מוקדמת בכלל, הוא כי "יש באיסור פרסום עתידי משום מניעה מוקדמת... אשר כוחו אינו רק לצנן את חופש הביטוי אלא אף להקפיא אותו",⁵⁹ כלומר, מניעה מוקדמת פוגעת בחופש הביטוי באופן חמור יותר מאשר סנקציות מאוחרות.⁶⁰ השיקול שלפיו מן הראוי להימנע ממניעה מוקדמת של פרסום נשאב מהמשפט החוקתי האמריקני.⁶¹ להבדיל מארצות הברית, שבה חוק הקובע סמכות מניעה מוקדמת עשוי להיפסל כבלתי חוקתי, תורת המניעה המוקדמת בישראל – לפחות בעת שבה ניתן פסק דין **אבנרי**, כלומר, לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינה פוסלת את הסמכות, אלא רק משפיעה על שיקול הדעת בהפעלתה.⁶² מכאן שבית המשפט בישראל מוסמך לתת בתביעות לשון הרע הן צו מניעה זמני והן צו מניעה קבוע. תורת המניעה המוקדמת משפיעה על אמות המידה להפעלת שיקול דעתו בשני המקרים, אך במתן צו מניעה זמני יופעל שיקול הדעת, ככלל, באופן שישלול מתן צו אלא במקרים חריגים ביותר, מאחר שבשלב זה טרם הוכרעה חוקיות הפרסום.

56 ראו, למשל, אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית-המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 185, 231–235 (משפט, חברה ותרבות, מיכאל בירנהק עורך, 2006); אריאל בנדור "חופש לשון הרע" **משפטים** כ 549 (1991); משה קשת "חובת הגילוי וסייגיה: ההיבטים הדינוניים בפרשת 'הגביר' (ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא)" **עיוני משפט** טז 181, 188–190 (1991).

57 להשפעה אפשרית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על הלכת **אבנרי** ראו להלן ס' 14–17 למאמר.

58 פסק דין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 867.

59 שם, בעמ' 851–852.

60 ראו דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 23, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2011): "סנקציה פלילית נחשבת בדרך כלל לאיסור בדיעבד, שהוא חמור פחות ממניעה מוקדמת של ביטוי מסוים..."

61 ראו פסק דין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 853. למקור האמריקני של תורת המניעה המוקדמת, כפי שנקלטה בישראל, ראו רייכמן, לעיל ה"ש 56, בעמ' 230–231. לגישה המקובלת באנגליה, אשר אינה שוללת מניעה מוקדמת של פרסומי לשון הרע, לרבות באמצעות צווי מניעה זמניים, ראו תמר גדרון "מפת תיירות הדיבה העולמית ודיני לשון הרע בישראל" **המשפט** טו 385, 410–414 (2010).

62 ראו פסק דין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 853: "אנו מכירים בסמכותם של בתי המשפט ליתן ציוויים במשפטי לשון הרע. השיקולים החוקתיים, הנלקחים בחשבון בארצות-הברית לעניין סמכות בתי המשפט, אינם זרים לשיטתנו שלנו. אנו מתחשבים בהם לא לעניין הסמכות של בתי המשפט אלא לעניין שיקול-דעתם של אלה." ראו גם עמנואל גרוס **מאבקה של דמוקרטיה בטרור – היבטים משפטיים ומוסריים** 681 (2004).

12. על רקע זה ניתן גם להנהיר את ההבדלים בין המבחנים למניעה מוקדמת באמצעות צו זמני שיפוטי, באמצעות החלטות מניעה מוקדמת שבסמכותן של רשויות מנהליות ובאמצעות צווים קבועים הניתנים על ידי בית משפט.⁶³ צו זמני שיפוטי ניתן רק במקרים נדירים שבהם עוד לפני ההכרעה בהליך העיקרי כבר ברור כי הפרסום אינו כדאי. אכן, במקרים כאלה גישתו של בית המשפט העליון היא כי "פגיעה צפויה בשמו הטוב של אדם, ולוא גם פגיעה צפויה שלכאורה היא בלתי מוצדקת – ככלל, ובנתון להחריגים נדירים – אינה מקימה לו זכות לקבלת סעד מניעתי".⁶⁴ זאת, משום שבמקרים כאלה, לצד התפיסה כי מניעה מוקדמת פוגעת בחופש הביטוי יותר מאשר סנקציות מאוחרות, טרם הוכרע אם הפרסום הנדון אסור. בהליך מנהלי חל על אפשרות המניעה המוקדמת מבחן קפדני אך מקל במעט של ודאות קרובה.⁶⁵ גם כאשר בית המשפט כבר הכריע כי הפרסום אסור, והנפגע זכאי לכאורה לסעד של ציווי למניעת הפרסום, "זכות זו אינה מוחלטת. הציווי בדיני הנזיקין הוא סעד משני. הציווי (בחוזים ובנזיקין) הוא סעד הנתון

63 ברק מדינה מציין בספרו כי לפי תורת המניעה המוקדמת, "הסמכה לרשות שלטונית שאינה רשות שיפוטית להגביל ביטוי מראש (prior restraint) תותר רק בנסיבות קיצוניות ונדירות". לדבריו, "דוקטרינה זו אינה מבוססת על הסתייגות עקרונית ממניעה מוקדמת של ביטוי בהבדל מענישה בדיעבד (שגם היא עלולה להרתיע דוברים בכוח וליצור השפעה מצננת בדומה לזו של הגבלה מראש); היא מבוססת על החשש משימוש לקוי של גורמים ברשות המבצעת בסמכות להגביל ביטוי מראש". ראו ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** 450 (2016). אולם, אף אם קיימת פסיקה המדגישה כי הגבלת המניעה המוקדמת חלה על הרשות המבצעת (ראו, למשל, פסק דין **סטיישן פילם**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 685), בפועל תורת המניעה המוקדמת חלה בישראל על הרשות השופטת כשם שהיא חלה על הרשות המבצעת. דוגמה מובהקת היא פסק דין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12, שבו אומצה התורה בישראל, ונקבע כי ככלל על בית המשפט להימנע מלתת סעד ביניים של מניעת פרסום, בשל היות סעד זה בגדר מניעה מוקדמת. אכן, לפי ה"עקרון הנהוג בסוגיות של חופש הביטוי... בית המשפט יימנע מצנזורה מוקדמת של הביטוי, מה שנתפס כפגיעה קשה יותר בחופש הביטוי". ראו ע"א 3322/16 **איי די איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל**, פס' 78 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 30.4.2017) (להלן: פסק דין **איי די איי**). ההבדלים בין המבחנים החלים על סוגים שונים של מניעה מוקדמת של ביטוי הם בגדר חריגה מגישתו הכללית של ברק, שלפיה מבחן הוודאות הקרובה (ובמקרים חריגים – מבחנים הסתברותיים אחרים) חל על כלל הפגיעות בחופש הביטוי. לגישתו הכללית של ברק בהיבט זה ראו מרדכי קרמיניצר וליאת לבנון "על חופש הביטוי בפסיקתו של אהרן ברק" **ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 159, 170–178 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009); בנדר וטמיר, לעיל ה"ש 8, בעמ' 625–626 ו-650–652. לשאלת תחולתה של תורת המניעה המוקדמת על הרשות המחוקקת ראו להלן ס' 16 למאמר.

64 בג"ץ 2888/97 **נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פ"ד נא(5) 193, 202 (1997) (ההדגשה במקור). ראו גם רע"א 1045/98 **חברת ארמון ההגמון (קסר אלמוטראן) נ' חזירי**, פס' 7 להחלטה (פורסם באר"ש, 1.4.1998).

65 ראו זאב סגל "הצנזורה הצבאית: סמכויותיה, ביקורת שיפוטית על פעולותיה והצעה להסדר חלופי" **עיוני משפט** טו 311, 312–315 (1990).

לשיקול-דעת שיפוטי⁶⁶. עם זאת, גם במקרים שבהם המדינה או הנאשם מבקשים שבית משפט יוציא – בין בהליך אזרחי⁶⁷ ובין במסגרת ההליך הפלילי⁶⁸ – צו למניעת פרסום, עשוי לחול מבחן הוודאות הקרובה, השאוב מהקשרים שבהם הרשות המוסמכת היא רשות מנהלית.⁶⁹

תורת המניעה המוקדמת אינה מנביעה אפוא בישראל מבחן משפטי אחד, אלא יישומה רגיש להקשר שבו מניעת הפרסום מתבקשת. כך, למשל, תורת המניעה המוקדמת הוזכרה כבסיס להימנעות ממתן צו מניעה בהליך אזרחי – לרבות צו מניעה קבוע – גם במקרים שבהם נטען כי הפרסום מפר את האיסור הפלילי החל על פרסומי סוב-יודיציה,⁷⁰ וזאת לנוכח הגישה שלפיה יש להעדיף העמדה לדין פלילי על מניעה מוקדמת של הפרסום, אשר פגיעתה בחופש הביטוי רבה יותר.⁷¹

66 פסק דין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 854. לביקורת על ראיית הציווי בדיני נזיקין, לרבות בדיני איסור לשון הרע, כסעד משני, ראו אלעד פלד "תרופת האכיפה בדיני הנזיקין" **דין ודברים** 601 (2012).

67 ראו, למשל, פסק דין **שידורי קשת**, לעיל ה"ש 17, פסק דינה של השופטת חיות.
68 ראו, למשל, ע"פ 6578/12 **מדינת ישראל נ' רשת-נגה בע"מ**, פס" 3 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 6.9.2012).

69 השוו לדבריו של השופט ברק בפסק דין **כהנא**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 299–300: "השאלה אינה, אם לפרסם דיבור שנקבע עליו בפסק-דין שהוא מהווה עבירה פלילית, או ששאלת פליליותו עומדת להכרעה בפני שופט, המתבקש ליתן צו האוסר פרסומו... הצגה נכונה יותר של השאלה היא, אם להסמיך את רשויות השידור למנוע ביטוי מראש, על בסיס חשד שיש להן כי בוצעה עבירה. לדעת... חופש הביטוי יקר הוא לנו מדי, מכדי שנפקיד בידי מומחה לשידור – שאינו בית-משפט ושאינו פועל על-פי הליכי הדין הפלילי – את ההכרעה הקשה של מניעה מראש של ביטוי... מניעה מראש של ביטוי, הפוגע בסדר הציבורי, אין להצדיקה אלא בוודאות קרובה של סכנה ממשית לסדר הציבורי."

70 ראו ס' 71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

71 ראו פסק דין **שידורי קשת**, לעיל ה"ש 18, פס" 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס: "...גם במקרים אשר לגביהם עולה טענה כי הם מפריים את כלל הסוב-יודיציה, תינתן עדיפות להעמדה לדין פלילי על פני מניעה מראש על דרך של צו מניעה או צנזורה. מובן כי המפרסם נושא בסיכון שהיועץ המשפטי לממשלה יחליט להעמידו לדין בגין הפרת כלל הסוב-יודיציה, וכי בית המשפט ירשיע אותו... בלי לקבוע מסמרות בדבר, סבורני כי עובדה זו מחייבת שימוש מצומצם יחסית בצווי מניעה לשם מניעה מראש של פרסומים הנוגעים להליך פלילי תלוי ועומד."

זאת, אף שהמדינה עצמה תמכה במתן צו המניעה, והצהירה כי היא אינה אוכפת כמעט את כלל הסוב-יודיציה בכלים הפליליים. הנשיא גרוניס ציין כי "התמיכה מצד המדינה במניעה מראש כשזו מתבקשת על ידי אדם פרטי, לצד הבחירה שלא ללכת בדרך המלך, של אכיפה פלילית, מעוררת תהייה" (שם). השופטת חיות הצטרפה לדעתו של הנשיא גרוניס, וציינה, בהסתמכה על תורת המניעה המוקדמת, כי צו מניעה האוסר ביטוי יינתן רק אם פרסום הביטוי מקים ודאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור, וזאת גם אם הפרסום הוא עברה פלילית (שם, פס" 2 לפסק דינה). השופט נעם סולברג הצטרף לתהייתו של הנשיא גרוניס על עמדת המדינה, וציין כי "מבחינה עקרונית אין מניעה לנאשם בפלילים לעתור לשם מימוש איסור הסוב-יודיציה" (שם, פס" 9 לפסק דינו). דברי כל שלושת השופטים נכתבו כאמרות אגב, היות שהערעור התקבל בשל פגמים דיוניים בהתנהלות המשיב. ראו גם רע"א 4783/13 **כהן נ' יצחק**, פס" 6 להחלטה (פורסם באר"ש, 7.7.2013).

עוד נעשה שימוש בתורת המניעה המוקדמת באשר לפירוש חוק עזר המאפשר לעירייה לסרב לאשר פרסום של מודעה. לעניין זה נקבע כי לנוכח משקלו הכבד של חופש הביטוי, הרשות המקומית רשאית למנוע פרסומה של מודעה רק כאשר הפגיעה הצפויה היא קשה וממשית והסתברותה היא ברמה של קרוב לוודאי.⁷² בית המשפט קבע כי "אכן, מקום שפרסום המודעה חושף בו את נותן ההיתר עצמו לאחריות פלילית, רשאי הוא לסרב לתת... אך כל עוד אין מרחפת סכנה כזו, עדיפה, ככלל, הסנקציה המאוחרת אם אכן יוכח כי הופר החוק".⁷³

13. תחום שבו מניעה מוקדמת של פרסומים אינה חריג, ותורת המניעה המוקדמת מוחלת בו במידה מצומצמת בלבד, הוא מערכת הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות. אף שמבחן הוודאות הקרובה ומבחן "סף הסיבולת", הקרוב לו, יושמו לעיתים לצורך פסילת תשדירי תעמולה בטלוויזיה או ברדיו,⁷⁴ יושבי ראש ועדת הבחירות

72 להסתייגותו של בית המשפט מצווים למניעה מוקדמת של פרסומי סוב-יודיציה ראו יובל קרניאל "מי צריך סוב-יודיציה?" ספר **מרדכי (מוטה) קרמיצר** 617, 621-623 (אריאל בנדור, חאלד גנאים ואילן סבן עורכים, 2017). לתחולתה של תורת המניעה המוקדמת על פרסום שמות של חשודים השוו איתן לבונטין "על הסמכות להגביל פרסום שמות חשודים" **משפטים** ל 249, 255-256 (1999).

73 בג"ץ 6226/01 **אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים**, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003).
שם, בעמ' 170. ראו גם בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע**, פ"ד נג(3) 289, 302-303 (1999).

74 ראו, למשל, בג"ץ 236/13 **עוצמה לישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19**, פס' 19 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 15.1.2013): "נוכח העובדה שחוק דרכי תעמולה מאפשר מניעה מראש של פרסום תשדיר בחירות, מוחל מבחן מחמיר יותר להצדקת הפגיעה בחופש הביטוי. זהו מבחן הוודאות הקרובה לפגיעה קשה וממשית באינטרס הציבור וברגשותיו..." (ההדגשה במקור); בג"ץ 2194/06 **מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית**, פס' 6-7 לפסק דינו של השופט ריבלין (פורסם באר"ש, 28.6.2006): "הגבלת חופש הביטוי בדרך של צנזורה היא בגדר מוצא אחרון. יש להכיר בכך שבמסגרת השיח הציבורי, ובכלל זה השיח הפוליטי, נשמעות לעיתים אמירות קשות ואף פוגעות. הפולמוס הציבורי בחברה הדמוקרטית אינו שומר תמיד על אסתטיסיות. הגבלה מראש של ביטוי בשל תוכנו עלולה לסכן את חופש הביטוי... אותו 'קו מנחה ערכי', המכיר בהגנה הרחבה לחופש הביטוי, והמלווה את פסיקתו העקבית של בית משפט זה, אינו שמור לביטויים נאורים ומלבבים. גבול הסובלנות הרחב שהחברה הדמוקרטית חייבת לשמרו חל גם על ביטויים מעוררי כעס או סלידה, שהציבור – כולו או חלקו – מסתייג מהם נחרצות. ביטויים הפוגעים במיתוסים; ביטויים המעוררים אסוציאציות קשות; ביטויים הנוטעים תחושה קשה בלב; ביטויים העלולים לפגוע ברגשותיהם ואף בכבודם של בניס ובנות המשתייכים לקבוצת-אוכלוסייה מסוימת – כל אלה, ברגיל, כישלונם יבוא לא מתוך השתקה אלא מתוך חשיפה לאור השמש והתמודדות בשוק הרעיונות... ובמישור הפוליטי, ככלל, אין כמו מערכת בחירות כדי לאפשר לציבור לומר את דברו" (ההדגשות הוספו).

אך ראו את דעת הרוב בבג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 750, 767 (2003): "המסגרת הנורמטיבית שבגדרה... [על יושב ראש ועדת הבחירות] לבחון את השאלה אם לאשר תשדיר שהוגש לו, אמנם דומה בעיקרה לנוסחת האיזון המקובלת שעל-פיה מכריע בית-המשפט בניגוד שבין חופש הביטוי לבין אינטרסים וערכים נגדיים,

המרכזית מוציאים צווים למניעת פרסומים במסגרת מערכת הבחירות כבדרך שגרה כמעט.⁷⁵

כך, מחיפוש במאגר נבו עולה כי בין התאריכים 1.1.2019 ו-25.5.2020 נתנו יושבי ראש ועדת הבחירות המרכזית בתקופה זו, שופטי בית המשפט העליון חנן מלצר וניל הנדל,⁷⁶ עשרים וחמישה צווים למניעת פרסומים, ונוסף על כך גם לא אישרו לשידור קטעים משני תשדירי תעמולה.⁷⁷ מקרים שבהם נדחו בקשות לצווים למניעת פרסומים במסגרת מערכת הבחירות כללו בעיקר בקשות שעילתן לא הוכחה או שלא היו במסגרת

אך הפעלתה על-ידי טעונה התחשבות בשיקולים נוספים המתחייבים מהכפפת כל שידורי התעמולה לאישור המוקדם. כך, למשל, **רשאי יושב-ראש ועדת הבחירות לפסול תשדיר תעמולה** המכיל דברי הסתה לגזענות או תמיכה בתפיסה השוללת את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית **גם בהיעדר הסתברות כלשהי ששידורו יפגע בערכים שסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת נועד להגן עליהם**. הוא הדין ביחס ל**כוחו למנוע עשיית שימוש בלתי ראוי לצורכי תעמולה בערכים שהציבור, ככלל, רגיש לכיבודם**, גם אם מטרת התשדיר אינה לפגוע בערכים אלה אלא 'לנכס' לזכות רשימת המועמדים המסוימת. מכוח עיקרון זה נפסלו לשידור בהחלטות שניתנו על-ידי יושב-ראש ועדת הבחירות בעבר תשדירים שעשו שימוש למטרות תעמולה בחיילי צה"ל, בילדים ובבני המשפחות השכולות... שיקול נוסף, המתחייב מהכפפת שידורי התעמולה לאישור המוקדם, כרוך ב**חובתו של יושב-ראש ועדת הבחירות לעצב אמת-מידה שוויונית** (העשויה לעתים לשאת אופי 'טכני') לבחינתם של התשדירים. המשמעות הנובעת מכך היא שבבחינתו של תשדיר יימנע מלייחס משקל לכך שרשימת המועמדים אשר הגישה את התשדיר איננה חשודה בכוונה לגרום אותה פגיעה שהתשדיר, כפשוטו, עלול להסב. בנסיבות מתאימות עשוי שיקול זה להביאו לפסילתו של תשדיר תעמולה שעל-פי נוסחת האיוון הרגילה היה ראוי לכאורה להתאשר" (ההדגשות הוספו); תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23) 32/23 **בעניין רשימת "הכח להשפיע למען הציבור לחיות בכבוד"** (פורסם בנבו, 24.2.2020): **"מדובר בתמונה בעלת טעם רע, בלשון המעטה, אשר פוגעת בכבוד המת, בכבודה של משפחתו וכן בכבוד האדם באופן כללי, במידה ובעוצמה המנוגדות לתקנת הציבור. פרסום התמונה אף עשוי להוות פגיעה בפרטיות... הנני מורה על צנזור התמונה בדרך של השחרתה"** (ההדגשות הוספו); תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-22) 28/22 **שילוני נ' ראש הממשלה**, פס' 18 להחלטה (פורסם בנבו, 16.9.2019): **"...יש לראות בסמל המדינה כינוס בלתי מוחשי של המדינה, שחל איסור לעשות בו שימוש בקשר לתעמולת בחירות"** (ההדגשה במקור).

75 לסקירה ראו גיא לוריא ותהילה שוורץ אלטשולר **רפורמה בדיני תעמולת הבחירות** 21–39 (מחקר מדיניות 109, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

76 בתקופה זו התקיימו אומנם שלוש מערכות בחירות (הבחירות לכנסת העשרים ואחת נערכו ב-9.4.2019, הבחירות לכנסת העשרים ושתיים נערכו ב-17.9.2019, והבחירות לכנסת העשרים ושלוש נערכו ב-2.3.2020), אך הרושם הבולט הוא עדיין שמתן צווי מניעה על ידי יושבי ראש של ועדת הבחירות המרכזית נעשה כעניין שבשגרה.

77 נוסף על כך, בארבעה מקרים בתקופה זו ניתנו גם צווי מניעה להענקת מתנות במסגרת מערכת הבחירות. לגבול הדק העשוי להתקיים בין ביטוי פוליטי לבין הענקת מתנות ראו דנג"ץ 1525/15 **טיבי נ' מפלגת ישראל ביתנו**, פס' 22–25 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם באר"ש, 23.8.2017), שבו דגלו שופטים שונים של בית המשפט העליון במבחנים שונים להגדרת "מתנות" אסורות כמשמעותן בס' 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: חוק דרכי תעמולה).

הסמכות העניינית של יושב ראש ועדת הבחירות,⁷⁸ וכן מקרים שבהם הבקשה מיצתה את עצמה שכן המשיבים הפסיקו או הסירו את הפרסום נושא הבקשה מרצונם או בעקבות הערות של יושב ראש הוועדה.

אכן, חוק דרכי תעמולה מטיל איסורים ומגבלות שונים על תעמולת בחירות. קשה לחלוק על כך שאיסורים ומגבלות אלו, שהפרתם היא עברה פלילית,⁷⁹ פוגעים בחופש הביטוי הפוליטי. אכן, יושב ראש ועדת הבחירות מוסמך להוציא צווים למניעת הפרתם של האיסורים והמגבלות הקבועים בחוק דרכי תעמולה.⁸⁰ אולם עצם הסמכות אינה שוללת את תורת המניעה המוקדמת במשפט הישראלי, שכן התורה נועדה, כאמור, להגביל את שיקול הדעת בהחלטות של מניעה מוקדמת שבסמכותה של הרשות.⁸¹ שופטי בית המשפט העליון ויושבי הראש של ועדת הבחירות המרכזית, שגם הם כולם שופטי בית המשפט העליון, לא נימקו את החרגתם של פרסומים במסגרת מערכת הבחירות מתורת המניעה המוקדמת. קשה למצוא הבחנה מהותית בין מניעה מוקדמת של תעמולת בחירות הכוללת, למשל, צילומים אסורים של סמל המדינה⁸² או של חיילי צה"ל⁸³ לבין מניעה מוקדמת של פרסומים אסורים של הסתה לגזענות או לשון הרע שאינם חלק ממערכת הבחירות, המצדיקה אי-מניעה מוקדמת דווקא של הפרסומים האחרונים. עם זאת, ייתכן שנכונותם של יושבי ראש ועדת הבחירות לתת צווים אלו נובעת מחשש להשפעתה של תעמולת בחירות אסורה על שוויון הבחירות ועל הגינותן, אולי אף עד כדי עיוות תוצאותיהן. נראה כי בפועל הרשימות המתמודדות לכנסת רואות בצווי מניעה אמצעי אפקטיבי ולגיטימי גם כאשר הוא ניתן נגדן, והן אינן משיגות עליהן בטענה כי במתן צווי מניעה יש מניעה מוקדמת פסולה.

4. השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על תורת המניעה המוקדמת

14. בשנת 1992 נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק היסוד עשוי להשפיע על תורת המניעה המוקדמת משלוש בחינות. ראשית, חוק היסוד קבע כזכויות חוקתיות את הזכות לכבוד האדם⁸⁴ וכן את הזכות לפרטיות.⁸⁵ תיתכן טענה כי בכך יש כדי להשפיע על הקביעה, המצויה ביסודה של תורת המניעה המוקדמת, כי "באיזון... בין הערך

78 לקביעה של בית המשפט העליון בדיון נוסף, ברוב דעות, כי סמכותו של יושב ראש ועדת הבחירות לתת צווי מניעה מוגבלת למתן צו למניעת עברה על אחד מהחוקים המנויים בס' 17(א) לחוק דרכי תעמולה, לרבות חוק דרכי תעמולה עצמו, ראו פסק דין טיבי, שם.

79 ראו ס' 17 לחוק דרכי תעמולה.

80 ראו שם, ס' 17ב.

81 ראו שם, ס' 9.

82 ראו, למשל, פסק דין שילוני, לעיל ה"ש 74.

83 ראו, למשל, תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21) 13/21 מפלגת העבודה הישראלית נ' הליכוד תנועה לאומית ליברלית (פורסם בנבו, 18.2.2019).

84 ראו ס' 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

85 ראו ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

האישי והציבורי לשם טוב לבין הערך האישי והציבורי לחופש הביטוי יש ליתן משקל מיוחד לערך בדבר חופש הביטוי.⁸⁶ שנית, תיתכן טענה כי ההכרה בחופש הביטוי או לפחות בהיבטים מרכזיים שלו כ"זכות בת" של הזכות החוקתית לכבוד האדם העניקה גם בישראל מעמד חוקתי על-חוקי לתורת המניעה המוקדמת. משמעותה של טענה זו היא כי תורת המניעה המוקדמת תשמש לא רק אמת מידה להגבלת שיקול דעת שניתן בחוק למנוע ביטוי לפני פרסומו, אלא גם לבחינת חוקתיותם של חוקים אשר מחייבים מניעה מוקדמת או מתירים אותה. **שלישית**, ניתן לטעון כי חוקיותן של החלטות מניעה מוקדמת, ולפי הטענה השנייה אולי גם חוקתיותם של חוקי מניעה מוקדמת, ייקבעו לפי המתודולוגיה של פסקת ההגבלה, כלומר, מניעה מוקדמת של ביטוי תצטרך להלוו את ערכי המדינה ולהיות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש (דהיינו, לקיים את מבחני המשנה של המידתיות). נדון בקצרה בשלוש הטענות לפי סדרן.

15. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקנה מעמד חוקתי מפורש לזכות לפרטיות – "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו".⁸⁷ בית המשפט העליון גם קבע כי הזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כוללת את הזכות לשם טוב. כדבריו של השופט יצחק עמית:

"שמו הטוב של אדם טבוע באופן אינהרנטי במושג 'כבוד האדם', זו המשמעות הטבעית והראשונית של כבוד האדם. הכבוד והשם הטוב הם כתאומים בני צביה. הכבוד של אדם הוא שמו הטוב והשם הטוב הוא הכבוד, כמעט מילים נרדפות בדיבור אחד. אדם מן היישוב יזהה פגיעה בשמו הטוב של אדם כפגיעה בכבודו האישי של אדם, שהרי שמו של אדם הוא בנו-בכורו של המושג 'כבוד'..."⁸⁸

בעקבות התפתחויות אלו ציין בית המשפט העליון בכמה הזדמנויות כי מן הראוי לשוב ולבחון את הלכת **אבנרי**. כך, המשנה לנשיא ברק כתב כי "המעמד החדש של הזכות לשם טוב (חלק מהזכות לכבוד האדם) עשוי להצדיק עיון מחדש בהפעלת שיקול-דעת שיפוטי במתן צווי מניעה (זמניים) כנגד פירסומים שיש בהם, לפי הטענה, לשון הרע".⁸⁹ השופט חשין היה בדעה כי "ראויה הלכה שנקבעה [בפסק דין **אבנרי**]... לעיון מחדש בה, שהרי ביני לביני נחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והזכות לשם טוב עלתה במעלות הזכויות".⁹⁰ השופט עמית ציין כי אף שהוא אינו סבור שהאיזון בין

86 פסק דין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 863.

87 ס' 7(א) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

88 ע"א 751/10 **פלוני נ' דיין-אורבך**, פ"ד סה(3) 369, פס' 3 לפסק דינו של השופט עמית (2012) (להלן: פסק דין **סרן ר')**. ראו גם רע"א 4740/00 **אמר נ' יוסף**, פ"ד נה(5) 518, 510 (2001).

89 בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 418 (1995).

90 פסק דין **סנש**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 870.

חופש הביטוי לזכות לשם טוב השתנה א־פריורי לטובת הזכות לשם טוב, אין גם לקבוע נוסחאות המעדיפות בכל מקרה את חופש הביטוי:

"...משבחר המחוקק בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו לרומם את הזכות לכבוד ולהצניע את חופש הביטוי, אני סבור כי יש ליתן לכך משקל, במובן זה שאין לקבוע מראש כי בהתנגשות בין השניים משקלה של הזכות לביטוי גובר. אציין כי בפסקי דין רבים אנו מוצאים הסתמכות על פסק הדין בעניין אבנרי כחלק מההנמקה להעדפה מראש של חופש הביטוי, אך יש לזכור כי פסק דין זה ניתן לפני חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו... כאשר מדובר בהתנגשות בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם טוב בתביעה פרטית לפי חוק איסור לשון הרע – להבדיל מהתנגשות בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים, כמו הגנה על רגשות הציבור – האיזון צריך שייעשה אד־הוק. יש להישמר מנוסחה הכוללת 'מקדם' או 'מכפיל כוח' לטובת חופש הביטוי."⁹¹

דברים אלו צוטטו בהסכמה על ידי השופט נעם סולברג⁹² במקרה שבו ניתן צו מניעה קבוע, אשר מנע פרסום ספר המגולל מערכת יחסים אינטימית בין הצדדים, בשל פגיעה קשה וחמורה בזכות לפרטיות אל מול פגיעה בינונית בלבד בחופש הביטוי.⁹³ בית המשפט העליון היה גם נכון להקל במניעה מוקדמת כאשר הפרסומים שמניעתם התבקשה היו בשולי ההגנה על חופש הביטוי.⁹⁴

אולם בפועל, כדבריו של השופט עמית, "העקרון של אי מניעה מוקדמת נותר על כנו... גם בחלוף למעלה מעשרים שנה לאחר חקיקת חוק היסוד, לא סטתה הפסיקה מהלכה זו."⁹⁵ כך, השופטת ביניש סברה כי אם יש מקום לעיון מחדש בפסק דין אבנרי

91 פסק דין סרן ר', לעיל ה"ש 88, בעמ' 502.

92 ראו ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691, 763–764 (2014).

93 ראו שם, בעמ' 773.

94 ראו, למשל, ע"ס 3782/12 מפקד מחוז תל אביב־יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פ"ד סו(2) 159, 205 (2013) (להלן: פסק דין מפקד מחוז תל אביב): "באתרי אינטרנט מושמעות אמנם דעות ומוחלפים רעיונות, אך – כידוע – אין דין ביטוי אחד כדין ביטוי אחר... גם אם חסימת אתרי האינטרנט עלולה להביא לחסימת הגישה לתכנים חוקיים המצויים בהם, יש לזכור כי ערכו של ה'ביטוי' אשר בענייננו מתבקשת הגנה עליו אינו גבוה, וכעוצמת האינטרס – כן עוצמת ההגנה"; בש"א 6803/09 פלונית נ' לוי, פס' טז–יז להחלטה (פורסם באר"ש, 27.8.2009), שם נאמר כי במתן צו ביניים להשמטת קטעים מצולמים מסוימים מכתבה "יש... כדי להמעיט את הפגיעה בכבוד האדם, זכות חוקתית בישראל... האינטרס הציבורי בתוכן הכתבה – ולדידי, כאמור, קיים אינטרס מובהק בשידורה – לא ייפגע אם יימנעו מהצופים מספר קטעים ויזואליים חודרניים, שברי כי כל אדם שחלילה יימצא במצב זה, לא היה רוצה שיהפכו נחלת הכלל".

95 פסק דין איי די איי, לעיל ה"ש 63, פס' 78 לפסק דינו של השופט עמית. ראו גם בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 56 (ב) לפסק דינו של השופט מלצר, פס' 32 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 15.4.2015) (להלן: פסק דין חוק החרם).

לאור חוק היסוד, מן הראוי להיזהר זהירות רבה בטרם ייקבע כי יש בסיס לכרוסום בהלכה זו, לנוכח חשיבותו של חופש הביטוי להגנה על שיטת המשטר של ישראל ועל ערכיה.⁹⁶

16. כשם שההקניה של מעמד חוקתי על-חוקי לזכויות לשם טוב ולפרטיות עשויה להשפיע על מעמדה של תורת המניעה המוקדמת במשפט הישראלי, כך גם ההכרה בחופש הביטוי כזכות בת של הזכות החוקתית לכבוד האדם עשויה להשפיע על מעמד התורה.

חופש הביטוי, בדומה לזכות לשם טוב, אינו מוזכר במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁹⁷ בעבר אף הובעו דעות שונות באשר לשאלת עיגונו של חופש הביטוי בחוק היסוד.⁹⁸ אולם ההלכה שהתקבלה בסופו של דבר על ידי בית המשפט העליון היא כי **"חופש הביטוי... הוא בבחינת 'זכות-בת' של כבוד האדם"**,⁹⁹ כלומר, הוא כלול בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁰⁰ כדבריו של השופט עמית, "חופש הביטוי מהווה חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד, באשר חירות הביטוי היא חיונית להגשמתו העצמית של האדם ולמיצוי אישיותו".¹⁰¹ בית המשפט העליון אף פסל הוראות בחוק למניעת פגיעה

96 פסק דין רשת, לעיל ה"ש 48, בעמ' 319.

97 ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257, 262 (1997).

98 לסקירות של גישות שונות ראו שם, בעמ' 218–222; ברק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 708–709; Guy E. Carmi, "Dignitizing" Free Speech in Israel: The Impact of the Constitutional Revolution on Free Speech Protection, 57 MCGILL L.J. 791, 805–808 (2012). בפסק דין גולן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 187, ציין השופט חשין, מבלי להכריע, כי שאלת עיגונו של חופש הביטוי במסגרת הזכות לכבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו "אינה ניתנת לפתרון קל, והתשובה אינה מזמנת עצמה לפנינו כמו מעצמה. הסוגיה כורכת סביב עצמה לא אך את פירוש המושג 'כבוד האדם' בבחינתו הלשונית, המוסרית, המדינית, ההיסטורית והפילוסופית, אלא – שמא נאמר: בעיקר – את פירושו של המושג **בהקשר המיוחד** של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. והקשר מיוחד זה – הכרוך מצדו ביחסי הרשויות במדינה – אף הוא יש בו כדי לאצול במישרין על תחום התפרסותו של 'כבוד האדם' (ההדגשה במקור).

99 פסק דין **חוק החרם**, לעיל ה"ש 95, פס' 22 לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשה במקור).

100 בית המשפט העליון קבע בבג"ץ 2557/05 **מטה הרוב – ארגון הגג של כל תנועות השמאל נ' משטרת ישראל**, פ"ד סב(1) 200, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2006), כי "לא כל היבטיה של הזכות לחופש ביטוי נתפסים תחת הזכות החוקתית לכבוד האדם, כי אם אותם היבטים שלה הנגזרים מכבוד האדם ואשר מקיימים קשר הדוק עם 'אותם זכויות וערכים, העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש בחירה ובחופש פעולה של האדם כיצור חופשי'... או אותם היבטים 'החוסים בבית הקיבול של כבוד האדם'". עם זאת, בפועל בית המשפט העליון אינו מקפיד לבחון בכל מקרה ומקרה אם הפגיעה בחופש הביטוי היא פגיעה בזכות לכבוד האדם. השווה אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" **משפט וממשל** יד 377, 390 (2012).

101 פסק דין **סרן ר'**, לעיל ה"ש 88, פס' 4 לפסק דינו של השופט עמית. ראו גם את דבריה של השופטת נאור בפסק דין **המפקד הלאומי**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 763: "הזכות נושא ענייננו, **חופש הביטוי**

במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: חוק החרם), בשל כך שהן פגעו בחופש הביטוי באופן שלא עמד בתנאים שבפסקת ההגבלה.¹⁰² מכאן שנראה כי לפי תורת המניעה המוקדמת אסור לכנסת לחוקק חוק שיחייב מניעה מוקדמת של חופש הביטוי, או אף חוק שיאפשר מניעה כאמור על סמך אמות מידה החורגות מהלכת **אבנרי** ומהלכות אחרות המגבילות מניעה מוקדמת, משום שחוק כזה לא יהיה מידתי. זאת, בין היות שחוק כזה יפגע בחופש הביטוי, כחלק מכבוד האדם, באופן שלא יעלה בקנה אחד עם מבחן המשנה השני של המידתיות – מבחן הפגיעה הפחותה;¹⁰³ ובין משום שחוק כזה לא יעמוד במבחן המשנה השלישי – מבחן היחסיות ("המידתיות במונח הצר").¹⁰⁴

אכן, כך משתמע מפסיקת בית המשפט העליון בפסק דין **חוק החרם** כי "החשש שהועלה, שניתן יהיה כביכול להגביל מראש באמצעות צו מניעה את הקריאה לחרם מכח עולת החרם – איננו מבוסס, שכן בנושא קרוב נפסק שמניעה מוקדמת בנושאים של חופש ביטוי תעשה בצמצום רב".¹⁰⁵ מאחר שהחוק הנדון אינו מחייב מניעה מוקדמת, ומתן צווים למניעת ביטוי ימשיך להיות כפוף להלכת **אבנרי**, החוק אינו מעורר קושי חוקתי בהיבט זה. לעומת זאת, נראה שקושי חוקתי היה מתעורר אילו קבע החוק הסדר בדבר מניעה מוקדמת שהיה חורג מהלכת **אבנרי**.

17. משמעות שלישית של עיגון חופש הביטוי, הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עשויה להיות החלת תנאיה של פסקת ההגבלה על שיקול דעת – הן שיקול דעת שיפוטי והן שיקול דעת מנהלי – למנוע מראש פרסום.

הפוליטי, קשורה – על פי תפישתנו המשפטית – 'בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם... מתפשה זו של כבוד האדם מתבקשת המסקנה כי חופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם...' (ההדגשה במקור).

102 ראו פסק דין **חוק החרם**, לעיל ה"ש 95.

103 שם, פס' 38 לפסק דינו של השופט מלצר: "על פי מבחן המשנה השני למידתיות, יש לבחון האם המחוקק בחר באמצעי שפגיעתו בזכויות האדם היא פחותה יחסית, בהשוואה לאפשרויות האחרות שעמדו בפניו."

104 בחינת "האיזון בין הפגיעה הנגרמת לחופש הביטוי בעקבות החוק, לבין הערכים המצויים ביסוד החוק, ובסופו של דבר להכריע, האם ניתן לומר כי החוק... איננו חורג מהאיזון הנכון בין הערכים והאינטרסים הנ"ל וממילא עומד במבחן המשנה של ה'יחסיות'". שם, פס' 47 לפסק דינו של השופט מלצר.

105 שם, פס' 56(ב) לפסק דינו של השופט מלצר. ראו גם שם, פס' 32 לפסק דינו של השופט עמית: "פקודת הנזיקין מעניקה הן פיצוי והן סעד של **ציווי** (סעיף 72 לפקודה). משמעות הדבר, שעל פי סעיף 2 לחוק [החרם], ניתן יהיה לבקש סעד מקדים בדמות צו מניעה שיאסור על פלוני לקרוא לחרם, מה שנתפס כ'צנזורה מוקדמת' וכפגיעה קשה עוד יותר בחופש הביטוי. חברי, השופט מלצר, התייחס לכך בחוות דעתו, ואני נכון להצטרף למסקנתו לפיה בית המשפט יימנע מליתן סעד מקדים של צו מניעה לאור ההלכות הנוגעות למניעה מוקדמת של ביטוי" (ההדגשה במקור).

זאת, מכיוון שתנאיה של פסקת ההגבלה חלים לא רק על חוקים הפוגעים בזכויות חוקתיות, אלא גם על החלטות שיפוטיות¹⁰⁶ והחלטות מנהליות¹⁰⁷ הפוגעות בזכויות. אומנם, ניתן לשלב אל תוך מבחן המשנה השלישי של המידתיות – מבחן היחסיות – גם "נוסחות איזון עקרוניות"¹⁰⁸, וביניהן מבחנים אנכיים, כגון מבחן הוודאות הקרובה,¹⁰⁹ ואולי גם את אמות המידה למתן צו מניעה זמני נגד ביטוי בתביעה אזרחית בגין פרסום לשון הרע, כפי שנקבעו בפסק דין **אבנרי**. עם זאת, נדרשת בחינה מושכלת של כלל הרכיבים של פסקת ההגבלה, וביניהם, לצד היחסיות, גם תכלית ראויה, התאמה (קשר רציונלי) בין אמצעי המניעה המוקדמת לתכלית, והעדר חלופה למניעה מוקדמת הפוגעת פחות בחופש הביטוי (פגיעה פחותה). לפי גישתו של בית המשפט העליון, בכל הרכיבים האלה נתון לרשות, ובוודאי לרשויות מנהליות, "מרחב תמרון חוקתי" או "מתחם מידתיות", שכן "מבחני המשנה [של המידתיות] אינם מוחלטים או דוקניים. לרשויות יש שיקול-דעת ביישומם, ודי כי הפגיעה בזכות תימצא במסגרת 'מיתחם המידתיות' כדי שהנורמה תעמוד בדרישת המידתיות"¹¹⁰:

"מבחניה של המידתיות אינם מדויקים. לעתים ניתן לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה בדרכים אחדות. נוצר מעין 'מיתחם הגבלה'. הבחירה בין האפשרויות השונות בגדרי המיתחם היא בידי המחוקק. זהו תפקידו על-פי עקרון הפרדת הרשויות. השאלה אשר השופט צריך לשאול עצמו הינה אם האיזון שבחר המחוקק בין צורכי הכלל והפרט נופל בגדר מיתחם ההגבלה. זהו 'מיתחם של התחשבות' (ה-*margin of appreciation*) או 'מרחב תמרון' (*reasonable room to maneuver*), המאפשר למחוקק לבחור, על-פי שיקול-דעתו, בין תכלית (ראויה) לבין אמצעים (מידתיים)."¹¹¹

106 ראו, למשל, ע"פ 5121/98 **יששכרו ב' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461, פס' 63–69 לפסק דינה של השופטת ביניש (2006).

107 ראו, למשל, בג"ץ 7200/02 **די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין**, פ"ד נט(6) 21, 45 (2005); בג"ץ 1703/92 **ק.א.ל קרי אור למטען בע"מ נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נב(4) 193, 234–235 (1998).

108 ראו, למשל, אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 649–640 (2010); בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 141 (1995).

109 ראו, למשל, פסק דין **אונגרפלד**, לעיל ה"ש 60, פס' 7 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. לטענה כי המידתיות ומבחני האיזון העקרוניים קובעים אמות מידה שונות ראו גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" **מחקרי משפט** כב 471 (2006); מיטל פינטו ויובל יקותיאל "יתרונותיו של מבחן האיזון האנכי על פני מבחני המידתיות בהגנה על זכויות אדם" **פורום עיוני משפט** מב 67 (2019).

110 בג"ץ 450/97 **תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נב(2) 433, 452 (1998).

111 בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 550–551 (2005).

בפועל בית המשפט העליון אינו מחיל עדיין באופן מוצהר את מבחניה של פסקת ההגבלה במקרים של מניעה מוקדמת של פרסומים. עם זאת, דומה כי מן הדין להחילם, וממילא אין זה מן הנמנע שבית המשפט יעשה כן בעתיד. להחלת מבחניה של פסקת ההגבלה על מניעה מוקדמת עשויות להיות אפוא השלכות לכיוונים שונים. מצד אחד, גם בהנחה שהמבחנים שבהם נעשה שימוש כיום יכולים להשתלב אל תוך מבחן המשנה השלישי של המידתיות, החלת פסקת ההגבלה תחייב לבחון גם אם למניעה המוקדמת של הפרסום יש תכלית ראויה, אם היא מתאימה להשגת תכליתה, ואם היא משיגה את התכלית תוך פגיעה פחותה בחופש הביטוי. מצד אחר, בהחלת המבחנים של פסקת ההגבלה נתון לרשויות "מתחם התחשבות", העשוי להשליך גם על המבחנים הקיימים שתורת המניעה המוקדמת מוחלת על פיהם בישראל.

פרק ב: התקשורת בעידן הדיגיטלי

18. בפרק א ראינו כי תורת המניעה המוקדמת, בין באופנים שבהם היא מתבטאת בישראל בהלכות קיימות של בית המשפט העליון ובין על רקע השפעות אפשריות של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, משמשת שיקול מדיניות גמיש, שאינו מכתוב כלל נוקשה זה או אחר. על רקע זה הדין הפוזיטיבי בישראל – הן המשפט החוקתי והן המשפט התת-חוקתי – אינו מונע התאמה של תורת המניעה המוקדמת לשינויים משפטיים, חברתיים וטכנולוגיים.

19. הטכנולוגיה החדשה, כפי שציין השופט חשין בדברים שציטטנו בפתח המאמר,¹¹² מאתגרת את המשפט. בית המשפט העליון עמד על כך בהקשרים שונים. כך, למשל, כתב השופט סולברג:

"בידוע כי המשפט מדדה בעצלתיים אחר חידושי העולם, וכי החקיקה אינה מדביקה את קצב התקדמות המדע ויישומיו. מפרי החוק מסתגלים לקדמה מהר יותר מאוכפיו. זו אקסיומה. לראשונים אין עכבות; לאחרונים יש. שנים רבות חלפו מעת המצאת המחשב ועד לחקיקת חוק המחשבים, התשנ"ה-1995. לא חלפו אז דור או שניים במונחי מחשב, והחוק כבר נמצא מיושן כי המחוקק לא צפה – ולא היה יכול לצפות – את חידושי הטכנולוגיה."¹¹³

במקרה אחר דן בית המשפט העליון בשאלה אם פעולות השיתוף והחיבוב ("אהבתי" ("Like")) בפייסבוק עולות כדי "פרסום" כמובנו בסעיף 2 לחוק איסור לשון

112 ראו לעיל ליד ה"ש 2.

113 פסק דין מפקד מחוז תל אביב, לעיל ה"ש 94, בעמ' 180.

הרע, כך שבאותם מקרים שבהם הפרסום המקורי היה לשון הרע, הדהוד שלו בדרך של שיתוף או סימון "אהבתי" יכול להיות בסיס לתביעת נזיקין.¹¹⁴ לעניין זה נקבע כי ניתן להטיל אחריות בנזיקין על שיתוף מידע שיש בו לשון הרע, אך לא על סימון "אהבתי", שכן הטלת אחריות נזיקית בגינו עלולה ליצור אפקט מצנן עז ובלתי רצוי על השיח ברשתות החברתיות.¹¹⁵ השופטת דפנה ברק־ארוז הוסיפה הערה בדבר השינויים המתחייבים לנוכח המציאות המשתנה, ואף קראה למחוקק להתאים את חוק איסור לשון הרע למציאות זו:

"המחלוקת שבפנינו ממחישה את אחד מהאתגרים הניצבים בפני המשפט בעת הזו – התאמת המשפט הקיים לשינויים טכנולוגיים. פסיקתם של בתי המשפט חותרת לגשר על פני הפער בין ההסדרים הקיימים למציאות המשתנה. בצד זאת, יש לזכור כי על רקע הקצב המהיר של השינויים יתכן שאף ההתאמות עצמן יצריכו בחינה מחודשת בעתיד. כך, ייתכן שהנחות המוצא שעליהן נשען פסק דין זה – ההבדלים בין שיתוף ללייק – ישתנו ככל שאופיין של פעולות אלו ברשתות החברתיות ישתנה. מובן כי שינוי נסיבות שכזה יצריך חשיבה מחודשת גם אם השיקולים העקרוניים שהצגנו יישארו בעינם. למותר להוסיף, כפי שאף הוער בעבר... כי טוב יעשה המחוקק אם יידרש בהרחבה ובאופן מעמיק לעדכנו של חוק איסור לשון הרע באופן שיביא בחשבון את ההתפתחות הטכנולוגית – זו שחלה עד כה ואף זו הצפויה בעתיד הנראה לעין."¹¹⁶

אכן, התפתחות התקשורת המקוונת, לרבות הרשתות החברתיות, מאתגרת את תורת המניעה המוקדמת בעידן שבו כל מי שיש להם חיבור למרשתת יכולים להעביר מסרים לקהל גדול. תורת המניעה המוקדמת פותחה ועוצבה בעולם תקשורת שנשלט על ידי התקשורת הישנה – המודפסת והמשודרת. בעשורים האחרונים התפתחה מהפכת תקשורת. לפיכך הצורך לבחון מחדש כללים משפטיים המבוססים על תורת המניעה המוקדמת אינו מעיד בהכרח על שינוי בערכים, אלא נובע מהמהפכה הדיגיטלית, שמחלישה הנחות מסוימות העומדות ביסוד התורה.¹¹⁷ המהפכה הדיגיטלית – אשר ממדיה לא נחזו כאשר ניתנו פסקי הדין שבהם אומצה בישראל תורת המניעה המוקדמת, ובראשם פסק דין **אבנרי** – מחייבת בחינה מחדש של התורה, על מנת להתאימה לעידן שאנו חיים בו.¹¹⁸ בפרק זה נעמוד על מאפיינים

114 רע"א 1239/19 **שאול נ' חברת נידלי תקשורת בע"מ** (פורסם באר"ש, 8.1.2020).

115 שם, פס' 75 לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז.

116 שם, פס' 76 לפסק דינה של השופטת ברק־ארוז.

117 השוו *Anne Wells Branscomb, Anonymity, Autonomy, and Accountability: Challenges to the*

First Amendment in Cyberspaces, 104 YALE L.J. 1639, 1670–1677 (1995).

118 להתאמה לתקשורת המקוונת של פעולות המניעה המוקדמת הנעשות על ידי הצנזורה הצבאית ראו תהילה שוורץ אלטשולר וגיא לוריא **צנזורה וסודות ביטחוניים בעידן הדיגיטלי** 83 (מחקר מדיניות 113, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016).

בולטים של אמצעי התקשורת בעידן הדיגיטלי, אשר משליכים על התאמתה של תורת המניעה המוקדמת לתקשורת המקוונת ועשויים להצדיק את עיצובה מחדש.

1. היכולת להתאים את תורת המניעה המוקדמת לתקשורת המקוונת

20. תפוצתם ההמונית של המחשב והמרשתת הובילה לשינויים טכנולוגיים רבים ולמציאות חדשה, המכונה "העידן הדיגיטלי"¹¹⁹ בשל תהליך הדיגיטציה שעבר עולם התקשורת.¹²⁰

בעידן הדיגיטלי הופיעו אמצעי תקשורת חדשים (new media). אף שהגבולות בין צורות התקשורת השונות מטושטשים לעיתים,¹²¹ ניתן לומר כי בעוד אמצעי התקשורת המסורתיים הם בעיקר עיתונים מודפסים ושירורי רדיו וטלוויזיה,¹²² התקשורת החדשה היא דיגיטלית ומקוונת.¹²³ זוהי מערכת מגוונת של יישומי טכנולוגיות תקשורת, המתאפיינים בקשרי גומלין ביניהם, בנגישות למשתמשים פרטיים, לא רק כמקבלים אלא גם כמפרסמים, בהידודיות (אינטראקטיביות) וכן באי-מיקום גיאוגרפי או לחלופין בהימצאות במקומות רבים בו-זמנית.¹²⁴

המרשתת שינתה את חיינו. המסדות (הפלטפורמות) השונות שהמרשתת מציעה – כגון תגוביות (טוקבקים),¹²⁵ בלוגים, רשתות חברתיות ופורומים – נהפכו לגרסה המודרנית של כיכר השוק (או כיכר העיר) שבה אזרחים רבים נפגשים.¹²⁶ הרשתות החברתיות השונות נהפכו לפופולריות ביותר, ומהוות ערוץ תקשורת מרכזי להעברת

119 שיפוט בעידן דיגיטלי (נייר עמדה, המרכז למשפט וטכנולוגיה, אוניברסיטת חיפה, 2013) זמין בכתובת din-online.info/pdf/hc1.pdf. יש אף מי שהציעה לכנות מציאות זו "המצב הדיגיטלי". ראו שולמית אלמוג משפט וספרות בעידן דיגיטלי 16 (2007).

120 בתהליך זה עברה כל התקשורת לקידוד ספרתי. ראו יזהר טל ודינה עבריי-עומר הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל – הצורך בהקמת רשות תקשורת 19 (מחקר מדיניות 76, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009).

121 ראו David A. Anderson, *Freedom of the Press*, 80 TEX. L. REV. 429, 438 (2002). הביטוי "מדיה" עצמו קשה להגדרה. ראו Daniel Joyce, *Media Witnesses: Human Rights in an Age of Digital Media*, 8 INTERCULTURAL HUM. RTS. L. REV. 231, 233 (2013).

122 ראו, למשל, PETER STEVEN, *THE NO-NONSENSE GUIDE TO GLOBAL MEDIA* 27–30, 67 (2003); Emily Anne Vance, *Should Prosecutors Blog, Post, or Tweet?: The Need for New Restraints in Light of Social Media*, 84 FORDHAM L. REV. 367, 370 n. 16 (2015).

123 ראו STEVEN, שם, בעמ' 27–30 ו-60.

124 ראו DENIS MCQUAIL, *MCQUAIL'S MASS COMMUNICATION THEORY*, ch. 6 (6th ed. 2010).

125 למחקר על שיח-תגובה (talkback) ראו איילת כהן ומוטי ניגר "To Talk and to Talkback" – ניתוח הרטוריקה של השיח-תגובה (talkback) בעיתונות המקוונת "עיתונות דוט.קום – העיתונות המקוונת בישראל" 321 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2007).

126 לביטוי "כיכר השוק" ראו ניבה אלקין-קורן "המתווכים החדשים 'בכיכר השוק' הווירטואלית" משפט וממשל 381 (2003).

מידע.¹²⁷ כך בעולם, וכך בישראל. לפי דוח המרשתת של בזק לשנים 2019–2020, 6.6 מיליון ישראלים גלשו במרשתת.¹²⁸ לפי הדוח, הרשת הפופולרית ביותר בקרב מבוגרים הייתה פייסבוק, הרשת הפופולרית ביותר בקרב בני נוער הייתה אינסטגרם, והרשת הפופולרית ביותר בקרב ילדים הייתה טיקטוק.

אנדרו שפירו מציין שישה מאפיינים של העידן הדיגיטלי:¹²⁹ הידודיות של רבים מול רבים; גמישות; רשתות הפצה מבוססות מנות (packet-based distribution networks); יכולת להשתמש במשאבים של מערכות אחרות (interoperability); רוחב פס או יכולת נשיאה גדולים (large bandwidth or carrying capacity), כלומר, ניתן להעביר נתונים רבים בזמן נתון; ואוניוורסליות. כלים דיגיטליים אלו יצרו קיום חדש, ולא רק שינוי או שיפור של העולם הישן.¹³⁰ כפי שנראה עתה, מאפיינים אלו מאתגרים את תורת המניעה המוקדמת.

2. אפקט מצנן מוגבר

21. הרציונל המרכזי של תורת המניעה המוקדמת נעוץ בתפיסה כי האפקט המקפיא של מניעת ביטוי, המונע כליל את פרסומו, פוגע בחופש הביטוי יותר מהאפקט המצנן של סנקציות מאוחרות, שהוא הרתעה מפני פרסום ביטויים חוקיים.¹³¹ כדבריו של השופט תאודור אור, "בעוד שמניעה מוקדמת היא בעלת אופי טוטאלי, המונע מראש כל מרחב מחיה לביטוי, לענישה הפלילית אופי 'חלש' יותר; היא מרסנת ביטויים, אך אינה מונעת אותם לחלוטין".¹³² זאת, אף שיש להיזהר גם מהרתעה הנובעת מסנקציות מאוחרות, המגבילה גם היא את זכות הציבור לדעת ופוגעת בשוק הרעיונות.¹³³ רציונל זה מאותגר בעידן התקשורת המקוונת, שכן האפקט המצנן של תורת המניעה המוקדמת על תקשורת מקוונת הוא מוגבר, ועלול להסב פגיעה חמורה יותר בחופש הביטוי מהאפקט המקפיא של מניעה מוקדמת.

127 השוו אמל ג'בארין דיני מסחר אלקטרוני צרכני כרך א 567 (2015).

128 החיים הדיגיטליים – דו"ח האינטרנט של בזק 2019–2020 (2020) media.bezeq.co.il/pdf/internetreport_2019.pdf

129 ANDREW L. SHAPIRO, THE CONTROL REVOLUTION: HOW THE INTERNET IS PUTTING INDIVIDUALS IN CHARGE AND CHANGING THE WORLD WE KNOW 15–18 (1999)

130 Shulamit Almog, *Creating Representations of Justice in the Third Millennium: Legal Poetics in Digital Times*, 32 RUTGERS COMPUT. & TECH. L.J. 183, 189 (2006)

131 ראו לעיל ס' 11 למאמר.

132 ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289, 308 (1998).

133 האפקט המצנן עלול לגרום להימנעות מראש מכל פרסום שעלול להיות "בעייתי". אפקט כזה עלול להיות חמור, ולמנוע גם את פרסומם של ביטויים לגיטימיים שיש בהם תועלת משמעותית לציבור. ראו, למשל, פסק דין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 3, בעמ' 35.

22. כיום כל בעל גישה למרשתת יכול לפרסם ביטויים באתרים, ברשתות חברתיות, בבלוגים וכדומה,¹³⁴ וזאת בקלות רבה ובעלויות פרסום והפצה אפסיות.¹³⁵ לא כבעבר, ביטוי בעידן הדיגיטלי אינו מוגבל עוד לתקשורת ההמונים הגדולה, אשר נהנית מעריכה מקצועית, מייעוץ משפטי ומביטחון עצמי מקצועי.¹³⁶ רוב המתבטאים ברשתות חברתיות, כגון פייסבוק וטוויטר, אינם עיתונאים, ואפילו לא בלוגרים, שהם מעין עיתונאים.¹³⁷ גם אם המשתתפים הלא-מקצועיים אינם מכוונים את כתיבתם לקהל המוני, הפוסטים או הבלוגים שלהם עשויים להגיע לקהל גדול, ואפילו ליהפך לוורליים. אכן, המרשתת נהפכה לשוק הרעיונות הגדול ביותר: התקשורת צומחת בו מלמטה, והקהל משמש חדר חדשות, שבו רעיונות נספגים, נערכים ומופצים באופן שכל פרט יכול להוות ערוץ תקשורת.¹³⁸

כתוצאה מכך תורת המניעה המוקדמת עלולה ליצור אפקט מצנן מוגבר על פרטים, אשר יחששו מפני סנקציה שתושט עליהם אם יתבטאו¹³⁹ ולפיכך יפעילו "צנזורה עצמית".¹⁴⁰ סנקציות מאוחרות – פלילות או אזרחיות – הן איום קשה למפרסמים ללא "כיס עמוק". עם אלה נמנים לא רק יחידים, אלא גם גופי תקשורת קטנים, ואולי גם אמצעי תקשורת מקוונת גדולים, שגם מצבם הכלכלי אינו מזהיר תמיד כיום.¹⁴¹ הידיעה

134 ראו Larry E. Ribstein, *From Bricks to Pajamas: The Law and Economics of Amateur Journalism*, 48 WM. & MARY L. REV. 185, 187 (2006).

135 ראו Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, 7 (2004).

136 ראו Anupam Chander & Uyên P. Lê, *Free Speech*, 100 IOWA L. REV. 501, 505–506 (2015): "No longer did one need the permission of a narrow set of editors who controlled television channels or newspaper pages".

137 למעמדם של בלוגרים כמעין עיתונאים ראו Howard Fineman, *Who Is a "Journalist"?*, 4 FIRST AMEND. L. REV. 1 (2005); Anne Flanagan, *Blogging: A Journal Need Not a Journalist Make*, 16 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 395 (2006); Anastasia Heeger, *Securing a Journalist's Testimonial Privilege in the International Criminal Court*, 6 SAN DIEGO INT'L L.J. 209 (2005).

138 ראו עטרה פרנקל-פארן "העיתונות בעידן הבלוג – הבלוג כאוונגרד של מהפכת התקשורת האלטרנטיבית" *עיתונות דוט.קום – העיתונות המקוונת בישראל* 243, 268 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2007).

139 ראו Frederick Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect"*, 58 B.U. L. REV. 685, 728 (1978); Monica Youn, *The Chilling Effect and the Problem of Private Action*, 66 VAND. L. REV. 1473, 1474 (2013).

140 באשר להשלכות של הטלת אחריות על ספקי שירות מרשתת, אשר יבקשו להגביל את התכנים שניתן להעביר באמצעות השירות, השוו לדבריה של אלקין-קורן, לעיל ה"ש 126, בעמ' 391–392.

141 לאיום שאתרי המרשתת מציבים על מעמד הטלוויזיה, ובמיוחד על תחנות טלוויזיה מסחריות, וכן לסימני השאלה באשר לעתיד העיתונות המודפסת, ראו דן כספי "העיתונות המקוונת בישראל – מיון ראשוני" *עיתונות דוט.קום – העיתונות המקוונת בישראל* 31, 32–33 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2007).

כי הם עלולים לשלם פיצויים בקנה מידה גדול ולהתרוקן מבחינה כלכלית יוצרת אפקט מצנן, העלול להשתיק גם ביטויים חוקיים. אפקט מצנן זה פוגע בשוק הרעיונות יותר מאשר האפקט המקפיא של צווי מניעה.¹⁴² צו מניעה מתמקד בביטוי מסוים, וניתן רק לאחר שבית משפט או לפחות רשות מנהלית, שהחלטותיה נתונות לביקורת שיפוטית, מצאו כי לכאורה לפחות הביטוי אינו מוגן מבחינה חוקתית וחוקית. לעומת זאת, העמימות של ההבחנה בין ביטויים מוגנים לביטויים לא מוגנים, כמו גם חששם של אנשים רגילים מפני סנקציות פליליות או אזרחיות, עלולים להניא אותם מלפרסם אפילו ביטוי מוגן או להניע אותם להסיר את הפרסום לאחר קבלת אזהרה שהם ייתבעו. כתוצאה מאפקט מצנן מוגבר זה, מגוון הדעות בעידן הדיגיטלי עלול להצטמצם, במקום להתרחב.¹⁴³

מכאן שהן האפקט המקפיא והן האפקט המצנן אינם זהים בעידן הדיגיטלי לגבי מפרסמים מבוססים, מקצועיים ובעלי "כיס עמוק", ולגבי מפרסמים יחידים או כלי תקשורת קטנים. לגבי האחרונים האפקט המצנן עשוי להיות חמור מהאפקט המקפיא, משום שהפרסום צפוי להגיע לקהל גדול עוד לפני שיוסר, וייתכן אף שהוא ימשיך להתפרסם גם לאחר "הסרתו".¹⁴⁴

3. מהירות הפרסום, קלות הפרסום ומיקוד הפגיעה

23. השימוש במסד מקוונת הנגישה לציבור הרחב מאפשר למשתתפים לגרום בקלות נזקים גדולים. עוולה או עברה שמתבצעת באמצעים מקוונים עשויה להתבצע על ידי הקלדת הודעה חפוזה ולחיצה על "שלח". אכן, "כל משתמש ברשת חברתית יכול להפיץ מידע לתפוצה רחבה ובמהירות מסחררת בלחיצת כפתור (לדוגמה, 'שתף בפייסבוק או 'צייץ מחדש' בטוויטר)".¹⁴⁵ עם היהפכותה של המרשתת לזמינה לציבור הרחב, החלה גם הפשיעה להתפשט בה.¹⁴⁶ הפשיעה באמצעים מקוונים כוללת לא רק עברות סייבר מתוחכמות, אלא גם עברות ביטוי, שחלקן מהוות גם עוולות נזיקיות, וביניהן, לצד פרסומי לשון הרע ופגיעה בפרטיות,¹⁴⁷ גם הסתה לגזענות או

142 השוו LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1041 n. 16 (2nd ed., 1988).

143 השוו למרדכי קרמניצר ומיכאל בירנהק "החלת כללי האתיקה העיתונאית על עיתונים מקוונים – תמליל מיום העיון 'העיתונות המקוונת בישראל' (פברואר 2005) "עיתונות דוט.קום – העיתונות המקוונת בישראל" 353, 359 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2007): "עמימות זו של הגדרת עיתון מקוון גורמת למי שלא בטוח מה הוא בדיוק, עיתון מקוון או לא עיתון מקוון, ככל שאכפת לו כלל ממועצת העיתונות, לנקוט אפקט מצנן. אחד כזה עשוי לומר 'אוקיי. אם כך, אמנע מביטוי'".

144 ראו להלן ס' 24 למאמר.

145 מיכל לביא "התפשטות שמועות ולשון הרע ברשתות: הצעות לפעולה" חוקים יג 59, 61 (2020).

146 ראו חיים ויסמונסקי חקירה פלילית במרחב הסייבר 85, 89 (2015).

147 ראו חוק הגנת הפרטיות.

לאלימות,¹⁴⁸ גילוי הזדהות עם ארגון טרור והסתה לטרור,¹⁴⁹ ופרסומים שמטרידים מינית.¹⁵⁰

הפרסום הוא מיידית. כפי שמציין יובל קרניאל, הפרסום נעשה "מהמקלדת של האדם, לפעמים בלי שהדברים עוברים תהליך של שיקול דעת, בדיקה, סינון ועריכה, ישירות לצג המחשב האישי, ומשם לעולם כולו; זהו תהליך ספונטני באוריינטציה של הווה".¹⁵¹ לא כמו ספר או אפילו מאמר בעיתון, אשר לצורך כתיבתם נדרשים זמן ולעיתים גם מחקר ותיקונים, הודעות ברשתות חברתיות נכתבות בדרך כלל באופן ספונטני, אימפולסיבי, ללא מחשבה על השלכותיהם, ואף כלאחר יד.¹⁵² יתר על כן, כתיבה של ספר או תחקיר עיתונאי מלווה בדרך כלל בעריכה ובייעוץ משפטי. כותבי פוסטים, לעומת זאת, פונים לעריכה או לעצה רק לעיתים נדירות.¹⁵³

יתר על כן, פגיעתם של פרסומים מקוונים בשם הטוב ובפרטיות יכולה להיות לא רק מהירה ומיידית, אלא גם ממוקדת. זאת, באמצעות מיקוד הפרסום במעגלים האישיים והקרובים של הנפגעים, דוגמת כתיבה על ה"קיר" של הנפגעים בפייסבוק, תיוגם, או הקמת קבוצה ייעודית להשמצתם או לפגיעה בפרטיותם.¹⁵⁴ הנזק הוא אפוא לא רק מיידית, אלא אף ממוקד.

הערך של ביטויים אימפולסיביים כאלה לשוק הרעיונות הוא מוגבל לעיתים קרובות.¹⁵⁵ לפיכך גם פוחת משקלם של השיקולים המונחים ביסוד הרתיעה ממניעה מוקדמת של ביטוי.

148 ראו ס' 144א–144ד לחוק העונשין.

149 ראו ס' 24 לחוק המאבק בטרור.

150 ראו ס' 3(א)(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998.

151 יובל קרניאל "אנונימיות ולשון הרע באינטרנט – בין חופש ביטוי להפקרות" **עיתונות דוט.קום – העיתונות המקוונת בישראל** 85, 89 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2007).

152 ראו Nancy S. Kim, *Website Design and Liability*, 52 JURIMETRICS 383, 384 (2012).

153 ראו קרניאל, לעיל ה"ש 151, בעמ' 89: "היעדר סינון [במרחבת] או סינון חלקי ושטחי בלבד; אין תיווך עיתונאי, אין מערכת, אין עורך, ואין גוף אחראי מרכזי."

154 השוו ת"א (שלום רח) 2672-09-13 דהן נ' קמיל (פורסם בנבו, 17.1.2016), שם נדחתה תביעת לשון הרע שהגיש התובע – ראש רשות מקומית – בנוגע לפרסום פוסטים בפייסבוק. עם זאת, נפסק כי ניתן לראות פוסטים המתפרסמים בקבוצת פייסבוק כפרסום באמצעי תקשורת, ולפיכך הנתבע, ששלט בדף של הקבוצה, אחראי לפרסום לשון הרע גם בשל פרסומים שהועלו לדף על ידי אחרים.

155 השוו לטענתו של קרניאל, לעיל ה"ש 151, בעמ' 99–104, כי מאחר שלביטויים במרחבת יש אמינות נמוכה, יש לייחס להם גם משקל פוגעני נמוך. ראו גם רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] **החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ**, פ"ד סג(3) 664, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2010): "חלק ניכר מהפרסומים נושא במקומותינו אופי וולגרי ובוטה, וקיים פער בולט בין הנחוצות של הדעות המבוטאות לבין התשתית התומכת בהן. כל אלה משפיעים, ללא ספק, גם על הערך ועל המשקל שניתן לייחס לרבים מפרסומי ה־instant המופיעים באינטרנט חדשות לבקרים."

4. נצחיות, נגישות ווירליות

24. תורת המניעה המוקדמת נוצרה בסביבה תקשורתית עם זיכרון קצר יחסית. פרסום מודפס או משודר היה עשוי להזיק רק לזמן קצר בדרך כלל, עד שכתרת אחרת החליפה אותו והפרסום נשכח. לעומת זאת, כל עוד ביטויים המופיעים במרשתת אינם מוסרים ממנה, יש להם חשיפה נצחית.¹⁵⁶ כפי שכתבה אריקה אולברייט, דמות בסרט **הרשת החברתית**: "האינטרנט לא כתוב בעיפרון... הוא כתוב בדיו."¹⁵⁷ המרשתת אינה שוכחת כמעט.¹⁵⁸

לצד זאת, אחד השינויים שהביא עימו העידן הדיגיטלי הוא הנגשת המידע והידע. בעוד ספרים ועיתונים נגישים בדרך כלל רק לאלה שקונים אותם או נחשפים אליהם במקרה, המרשתת נגישה כמעט לכל ילד בעולם המודרני. הגישה למרשתת היא רחבה ביותר, הוא פתוח לכלל הציבור, וההצטרפות אליו במדינות הדמוקרטיות היא חופשית ובלתי מבוקרת.¹⁵⁹ כולנו נחשפים לכמויות מידע עצומות, היחשפות בלתי נתפסת במונחי "העולם הישן", ויכולים לפרסם ביטויים ותכנים ולצרוך אותם.¹⁶⁰ בעוד שיטת הפרסום של עיתונים היא מיחיד אל רבים, התקשורת המקוונת מאופיינת בפרסום של רבים מול רבים.¹⁶¹

בעבר, הורים שרצו לשמור על ילדיהם מפני היחשפות למידע פוגע יכלו להסתיר את העיתון או למנוע את הילדים מלצפות בטלוויזיה. כיום, כל ילד שיש לו טלפון חכם יכול לגשת לפרסום במרשתת או באמצעות מסדת מדיה חברתית.¹⁶² נוסף על כך, מנועי החיפוש המתוחכמים והיעילים, המאפיינים את העידן הדיגיטלי, מאפשרים למצוא בקלות את המידע השנוי במחלוקת בלא צורך בחיפוש פיזי.¹⁶³

פרסומים במרשתת עשויים ליהפך לוורלליים בעולם. המונח "וירליות" מתאר את החידרה המהירה של מחשבות, מידע ומגמות לאוכלוסייה אנושית ודרכה.¹⁶⁴ כפי

156 ראו Jennifer Spencer, *No Service: Free Speech, the Communications Act, and BART's Cell Phone Network Shutdown*, 27 BERKELEY TECH. L.J. 767, 789–790 (2012).

157 ראו **הרשת החברתית** (Relativity Media Trigger Street Productions, 2010).

158 ראו Andrew L. Roth, *Upping the Ante: Rethinking Anti-SLAPP Laws in the Age of the Internet*, 2016 B.Y.U. L. REV. 741, 754.

159 ראו חיים ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית של עברות ביטוי במרחב הסייבר" **משפט צדק? ההליך הפילי בישראל – כשלים ואתגרים** 691, 699–700 (משפט, חברה ותרבות, אלון הראל עורך, 2017).

160 ראו קרניאל, לעיל ה"ש 151, בעמ' 89.

161 ראו ויסמונסקי, לעיל ה"ש 159, בעמ' 702.

162 ראו Ariel L. Bendor & Michal Tamir, *Prior Restraint in the Digital Age*, 27 WM. & MARY BILL RTS. J. 1155, 1173 (2019).

163 ראו Michael J. Kelly & David Satola, *The Right to Be Forgotten*, 2017 U. ILL. L. REV. 1, 13.

164 ראו Lauren Henry Scholz, *Privacy Petitions and Institutional Legitimacy*, 37 CARDOZO L. REV. 891, 926 (2016).

שאנדרו רות מתאר זאת, תוכן וירלי מתפשט ברשתות חברתיות כמו מגפה;¹⁶⁵ וכלשונו של חיים ויסמונסקי, זוהי "התפשטות של אש בשדה קוצים – מהירה וכאוטית".¹⁶⁶ קשה אפוא מאוד לשרש שמועה שהתפשטה במרחב המקוון.¹⁶⁷

25. פיצוי כספי אינו בהכרח תרופה יעילה לנוק מתמשך, לא כל שכן כזה הנובע מהתפשטות וירלית של ביטוי.¹⁶⁸ גם סנקציה פלילית אינה בהכרח מתאימה או מספקת לטיפול בעברה אשר תוצאותיה ממשיכות להתקיים הרבה לאחר שהיא נעשתה.¹⁶⁹ אומנם, ניתן לטעון כנגד זה כי תורת המניעה המוקדמת אינה מבוססת על טענה כי סנקציות מאוחרות הן בהכרח מספקות, אלא על התפיסה כי פגיעתן של סנקציות מאוחרות בחופש הביטוי קלה מפגיעתה של מניעה מוקדמת.¹⁷⁰ עם זאת, במאפייני הנצחיות, הנגישות והוירליות יש כדי להפחית באופן ממשי את היעילות של הטלת סנקציות מאוחרות על פרסומים בתקשורת המקוונת, ומכאן ההצדקה להתחשב בהם ולעצב מחדש את התורה.

5. השפעה מופחתת של מגבלות משפטיות ואתיות

26. התקשורת המקוונת שונה במהותה מהתקשורת המסורתית. כדבריו של המשנה לנשיאה אליעזר ריבלין, "המקלדת זמינה לכל כותב, והקשה על זנבו של 'העכבר' מובילה את הכתוב לקצווי הארץ. הציבור אינו זקוק, באותה מידה כבעבר, לפלטפורמה שמעמידים לרשותו אחרים... כל אחד מבני הציבור רשאי ומסוגל ליצור 'עיתון' משלו ולתת בבלוג דברו".¹⁷¹ פרסום במרשתת אינו מוגבל אפוא לעיתונאים מקצועיים הכפופים לקוד אתי. העידן החדש מתאפיין, בין היתר, בתופעת הבלוגים. "ה'בלוג' הוא פרסום מבוסס רשת, המציג תכנים (posts) – על פי רוב קצרים, אישיים ולא פורמליים...

165 ראו Roth, לעיל ה"ש 158.

166 ויסמונסקי, לעיל ה"ש 159, בעמ' 700.

167 Lyrrisa Barnett Lidsky, *Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace*, ראו 49 DUKE L.J. 855, 885 (2000).

168 Mary Margaret Giannini, *Slow Acid Drips and Evidentiary Nightmares: Smoothing Out the Rough Justice of Child Pornography Restitution with a Presumed Damages Theory*, 49 AM. CRIM. L. REV. 1723 (2012); Elad Peled, *Rethinking the Continuing Violation Doctrine: The Application of Statutes of Limitations to Continuing Tort Claims*, 41 OHIO N.U. L. REV. 343, 383–386 (2015).

169 לטענה כי מכיוון שהזירה המקוונת נתפסת כווירטואלית יש נטייה לשכוח שהפגיעות הנגרמות הן ממשיות, וכי כתוצאה מכך המשטרה נוטה לזנוח באופן יחסי את החקירות בזירה זו, ראו ויסמונסקי, לעיל ה"ש 159, בעמ' 707.

170 השוו, Douglas Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, 103 HARV. L. REV. 687, 744–745 (1990).

171 פסק דין מור, לעיל ה"ש 155, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

התכנים נושאים אופי הידודי (אינטראקטיבי), הם לא ערוכים, והם מקושרים לבלוגים אחרים.... הקישורים ההדדיים בין הבלוגים תורמים ליצירת קהילה המכונה 'בלוגוספירה'... באמצעות התגובות של הקוראים, קהילה זו משתפת ביצירת התכנים המשתנים תדיר.¹⁷² בלוגים רבים נכתבים על ידי יחידים, ואילו בלוגים אחרים הם תוצר של פרויקט קבוצתי או ארגוני.¹⁷³ בלוגים משמשים להפצת תכנים שונים – מידע, דעות, פרשנות, חדשות ועוד. בלוגים מייצגים את הטקסטים שלהם לציבור רחב, אך עם זאת הם אינם עיתונאים מקצועיים. רוב הבלוגים אינם מתפרסמים באתרים ממוסדים, ולכן אינם כפופים לעריכה מקצועית או לסטנדרטים עיתונאיים.¹⁷⁴ לצד בלוגים, פרטים נוספים המפיצים מידע לציבור הם צייצנים בטוויטר וכותבים בפייסבוק, אף שרובם ככולם אינם עיתונאים מקצועיים.¹⁷⁵

רוב הדוברים בתקשורת המקוונת נבדלים מעיתונאים בתקשורת המודפסת והמשודרת המסורתית, הפועלים בדרך כלל בכפוף למגוון של נורמות משפטיות, אתיות¹⁷⁶ ומקצועיות, המופנמות על ידי העיתונאים כחלק מזהותם המקצועית.¹⁷⁷ לעומת זאת, פרסומים אסורים, לרבות פרסומי לשון הרע, הם חלק בלתי נפרד מן המרשתת. פרסומים מסיתים, משמיצים, פוגעים ומבזים הם חלק ניכר מן הפרסומים בתגוביות, בשיחוחים (צ'טים), בבלוגים ובפורומים ברחבי הרשת.¹⁷⁸

בשנת 2003 החליטה מועצת העיתונות בישראל להחיל את כללי האתיקה גם על תקשורת מקוונת ועיתונים מקוונים, וזאת באמצעות תיקון כללי האתיקה.¹⁷⁹ המועצה נמנעה מהגדרת "עיתון מקוון", וזאת משום "שעשויה להיות מחלוקת על ההגדרה, ההתפתחות דינמית מאוד והשינויים מהירים".¹⁸⁰ אין אומנם חולק כי המהדורות המקוונות של עיתונים מודפסים גדולים או אתרי חדשות גדולים (כגון וואלה! או ynet) נכללים בהגדרה, אולם קיימת עמימות רבה, למשל, באשר לאתרי תוכן שאינם עיתונים.¹⁸¹

172 פרנקל-פארן, לעיל ה"ש 138, בעמ' 244.

173 ראו שם.

174 ראו Sunny Woan, *The Blogosphere: Past, Present, and Future. Preserving the Unfettered Development of Alternative Journalism*, 44 CAL. W. L. REV. 477, 484 (2008).

175 ראו שירן ירוסלבסקי קרני ותהילה שוורץ אלטשולר **הסדרת החיסיון העיתונאי** 83 (מחקר מדיניות 104, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015).

176 ראו תקנון האתיקה המקצועית של העיתונות (ספטמבר 2020) (להלן: כללי האתיקה של העיתונות).

177 ראו Paul Horwitz, "Or of the [Blog]", 11 NEXUS 45, 59 (2006); Blake D. Morant, *The Endemic Reality of Media Ethics and Self-Restraint*, 19 NOTRE DAME J.L. ETHICS & PUB. POL'Y 595 (2005).

178 ראו קרניאל, לעיל ה"ש 151, בעמ' 85. ראו גם עירית נגבי "המרשתת, מיזוגיניה וחופש הביטוי" **משפט וממשל** טו 499, 503–512 (2013).

179 ראו ס' 1 לכללי האתיקה של העיתונות, לעיל ה"ש 176.

180 ראו קרמניצר ובירנהק, לעיל ה"ש 143, בעמ' 353.

181 שם, בעמ' 359.

הימנעות ממניעה מוקדמת והסתפקות בסנקציות מאוחרות בתקשורת מקוונת אומנם מעצימות, כאמור לעיל,¹⁸² את האפקט המצנן על מפרסמים, ובעיקר על מפרסמים חסרי גיבוי עריכתי ומשפטי, אשר חוששים מפני הסנקציות מבלי שיהיו להם כלים לדעת אם דבריהם חוקיים. אולם חוסר הידע והעדר המחויבות האתית מותירים חלק ניכר מהתקשורת המקוונת ללא מחויבות לכללים, שכן הבלוגר הממוצע אינו רואה את עצמו כפוף לכללים כלשהם.¹⁸³ הכללים הקיימים מותירים עמימות רבה גם בשאלות שייחודיות לתקשורת המקוונת, כגון אם לתקן ידיעה בדיעבד או איך להתייחס לתגובות,¹⁸⁴ ובוודאי אין הם חלים על פרטים שמצייעים בזמן אמת או מעלים לרשת סרטוני מחאה.¹⁸⁵ אכן, תורת המניעה המוקדמת פותחה בחברה המתאפיינת בתקשורת ממוסדת, אשר מובנית באופן מדרגי, מעניקה תפקיד מרכזי לעורכים ומונעת על ידי אתיקה עיתונאית. התורה לא נועדה למציאות שבה הפגיעה בזכויות, כגון הזכות לשם טוב והזכות לפרטיות, יכולה להיעשות על ידי פרטים שאינם מכפיפים את עצמם לנורמות. בסביבה תקשורתית שבה הכפפה עצמית לנורמות אתיות אינה שכיחה, יש צורך לבחון את הכללים המשפטיים החולשים על התמודדות עם פרסומים אסורים, ובכלל זה את כללי המניעה המוקדמת של פרסומים אסורים ופוגעניים.

פרק ג: עיצוב מחדש של תורת המניעה המוקדמת בעידן התקשורת המקוונת

27. מאפייני התקשורת המקוונת שציינו בפרק ב מאתגרים את תורת המניעה המוקדמת בעידן הדיגיטלי.¹⁸⁶ לעיתים מניעה מוקדמת אינה אפשרית מבחינה טכנית או אינה

182 ראו לעיל ס' 21–22 למאמר.

183 דאניל ג. סולווי, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, 24, 59 (2007).

184 ראו קרמניצר ובירנהק, לעיל ה"ש 143, בעמ' 360–361.

185 אדם קוהן, *The Media that Need Citizens: The First Amendment and the Fifth*, 85 *Cal. L. Rev.* 1, 76 (2011).

186 מובן שלתקשורת המקוונת יש מאפיינים ייחודיים נוספים, אך אלה אינם נוגעים באופן ישיר בתורת המניעה המוקדמת ולכן איננו עוסקים בהם במאמר זה. עם מאפיינים אלו נמנות האנונימיות ברשת (ראו, למשל, פסק דין מור, לעיל ה"ש 155, פס' 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; Tal Z. Zarsky, *Thinking Outside the Box: Considering Transparency, Anonymity, and Pseudonymity as Overall Solutions to the Problems of Information Privacy in the Internet Society*, 58 *U. Miami L. Rev.* 991 (2004) והאוניוורסליות, המעוררת שאלות מורכבות של משפט בין-לאומי (ראו, למשל, קרניאל, לעיל ה"ש 151, בעמ' 89).

אפקטיבית בתקשורת המקוונת.¹⁸⁷ זאת, משום שלהבדיל מעיתונים, מתשדירי טלוויזיה או מסרטים, שלגביהם קיימת לרוב ידיעה מוקדמת על מועד פרסומם ותוכנם, התקשורת המקוונת ומאפייניה הייחודיים אינם מאפשרים במקרים רבים ידיעה כזו. מי שמפרסמים על אודותיהם פרסומים הפוגעים בכבודם אינם מודעים פעמים רבות לכוונת הפרסום עד לאחר שהפגיעה כבר נעשתה. יתר על כן, מן הרגע שבו הפרסום המקוון נעשה, הוא אינו מצוי עוד בשליטת המפרסמים. גם אם הם יחויבו להסירו, הם לא יוכלו בהכרח לעשות זאת באפקטיביות. זאת, לדוגמה, בשל אפשרות השיתוף ברשתות החברתיות והאפשרות לשנתף אתר מרשתת בדפדפנים סלולריים היישר ליישומים שונים, כגון ווטסאפ.¹⁸⁸ לנחשפים לפרסומים דרך מכשירים סלולריים יש גם אפשרות להעבירם או לשמור אותם באמצעות צילומי מסך. אכן, במקרים האלה ובמקרים דומים נוספים תועלתם של צווי מניעה עשויה להיות מוגבלת. אולם בעובדה שהאפקטיביות של צווי מניעה לפרסומים מקוונים מסוימים עשויה להיות פחותה אין כדי לשלול את ההצדקה למתן צוויים בנסיבות שבהן הם אפקטיביים ובני אכיפה.¹⁸⁹

28. הכנסת נוקטת לפי שעה ריסון רב בקביעת חובות וזכויות של משתמשים במרשתת ושל שחקנים מרכזיים אחרים בשדה זה, כגון ספקי שירות.¹⁹⁰ כפי שמציינים ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק, "מההסדרה הישירה נעדרת לפי שעה חקיקה מהותית. עיקר ההסדרה המשפטית של האינטרנט נותר, אפוא, לפתחם של בתי המשפט ושל רשויות המנהל".¹⁹¹ הפסיקה בישראל הקדימה את החקיקה באסדרת המרשתת, והיא משקפת

187 ראו, למשל, סימה וואקנין-גיל "הצנזורה בישראל – התאמת דגם הצנזורה והתשתית החוקית לנורמה הנוהגת בישראל" **משפט וצבא** 21, 69 (2015).

188 ראו לביא, לעיל ה"ש 145, בעמ' 64 (תביעה אינה פותרת את הבעיה של התפשטות הביטוי).

189 למתן צו על ידי יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, המשנה לנשיאת בית המשפט העליון מלצר, המורה לפייסבוק להסיר תוך עשרים וארבע שעות את עמוד הפייסבוק המכונה "פוליטיקלי" משום שכלולה בו תעמולת בחירות אנונימית בניגוד לדין, ראו תב"כ (יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-22) 11/22 **מפלגת הליכוד נ' facebookinc.** (פורסם בנוב, 3.9.2019). בכנס שנערך בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן ציין השופט מלצר כי "בעקבות ההחלטות והפעילות שלנו כאן במערכת הבחירות בישראל, בפייסבוק העולמית עשו חושבים והחליטו על הקמת בית דין פרטי בינלאומי שבפניו ניתן יהיה להשיג על פרסומים בכלל ובתקופת בחירות בפרט שיעבוד על פי המודל שפעל בבחירות בישראל". ראו "השופט חנן מלצר בכנס באוניברסיטה: 'בעקבות הפעילות במערכות הבחירות בישראל, פייסבוק תקים בית דין פרטי בו יוכלו להשיג על פרסומים בזמן מערכת בחירות'" **אוניברסיטת בר-אילן** 2.1.2020. www.biu.ac.il/news/124. להצעות לפיתוח מסדות של רשתות חברתיות שיובילו לצמצום השיתוף של פרסומי לשון הרע ולמתן אפשרות טכנית להסרת תוכני לשון הרע גם לאחר ששותפו, ראו לביא, לעיל ה"ש 145.

190 ראו ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "אינטרנט" בחקיקה בישראל: ספירת מלאי "רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע" 29, 42 (משפט, חברה ותרבות, ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011). אך ראו להלן ס' 29 למאמר.

191 אלקין-קורן ובירנהק, שם, בעמ' 45.

את חדירתה של המרשתת להוויה הישראלית ולחיי היומיום.¹⁹² לעת הזאת מוטלת אפוא על בתי המשפט המשימה להתאים את הכללים המשפטיים השונים למציאות החיים המשתנה של העידן הדיגיטלי. כך בכלל, וכך במיוחד בכל הקשור לכללים המשפטיים הנוגעים בחופש הביטוי. עמד על כך יצחק זמיר:

"המשפט שנוצר בעקבות הטכנולוגיה פועל בדרך-כלל בשני מישורים: במישור הראשון הוא מסדיר את עצם השימוש בטכנולוגיה החדשה. זהו משפט חדש. במישור השני הוא מסדיר את השפעת הטכנולוגיה החדשה על המשפט הקיים בתחומים אחרים. זהו שילוב של משפט חדש במשפט ישן... כך גם בנוגע לאינטרנט. ההתפתחות של השימוש באינטרנט שהתרחשה בקצב מדהים תביא בוודאי ליצירת משפט חדש בשני מישורים: ראשית, בנוגע לעצם השימוש באינטרנט; ושנית, בנוגע להשפעת השימוש באינטרנט על תחומים אחרים. אחד התחומים האלה, שבלא ספק יושפע מן האינטרנט, הוא חופש הביטוי הן במובן האקטיבי של החופש להשמיע הן במובן הפסיבי של החופש לשמוע או שלא לשמוע. מצד אחד, האינטרנט פורץ דרכים חדשות של ביטוי בפני כל אדם ויש בו כדי להשפיע בין השאר, על דיני הצנזורה, פרסומי תועבה ועוד. מצד אחר, הוא גם פורץ בדרך חדשה את תחום הפרטיות ועלול לחשוף כל אדם למסרים שאינם רצויים."¹⁹³

לדעתנו, העיקרון המנחה בעיצובה מחדש של תורת המניעה המוקדמת צריך להיות עקרון המידתיות, אשר לו "היבטים שונים ומגוונים".¹⁹⁴ עקרון המידתיות חולש בישראל על חוקתיותה של פגיעה בזכויות אדם ועל האיזון בין זכויות לבין אינטרסים ציבוריים וכן בין זכויות לבין עצמן. מכאן התאמתו להכרעה אם לתת צווים למניעה מוקדמת, שהיא הכרעה הכרוכה באיזון בין חופש הביטוי לבין זכויות חוקתיות אחרות (כגון הזכות לשם טוב או הזכות לפרטיות) או אינטרסים ציבוריים.¹⁹⁵ קיימים מקרים שבהם האיזון הראשוני נקבע בדין התת-חוקתי המהותי, כגון חוק איסור לשון הרע.¹⁹⁶ אך גם מתן סעד של צו מניעה זמני, שאינו מוסדר בדין התת-חוקתי, צריך להינתן לאור עקרון המידתיות.¹⁹⁷

29. אף שעד כה מיעטה כאמור הכנסת לאסדר בחקיקה נושאים הנוגעים במרשתת בכלל ובחופש הביטוי בתקשורת המקוונת במיוחד, היא חוקקה בשנת 2017 את חוק

192 ראו שם, בעמ' 47.

193 יצחק זמיר "חופש הביטוי באינטרנט – דברי פתיחה" משפט וממשל 353 ו 354 (2003).

194 ברק, לעיל ה"ש 108, בעמ' 28.

195 שם, בעמ' 29.

196 ראו בנדרור, לעיל ה"ש 56, בעמ' 562–563.

197 ראו ברק, לעיל ה"ש 108, בעמ' 118.

סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט (להלן: החוק). החוק חל על רשימה מצומצמת של עברות,¹⁹⁸ שבמהותן אינן עברות שביטוי נכלל ביסוד ההתנהגותי שלהן, אלא עברות התנהגות המתבצעות במקרים רבים תוך הסתייעות במרשתת. במכלול ההוראות של החוק ניכרת השפעתו של עקרון המידתיות, וזאת במיוחד כדי למזער פגיעות לוואי בחופש הביטוי.

כך, בחוק נקבע כי שופט בית משפט מחוזי שנשיא בית המשפט המחוזי הסמיכו לכך רשאי, על פי בקשה של תובע (מטעם המדינה), לתת צו להגבלת גישה לאתר מרשתת, כולו או חלקו, אולם רק אם שוכנע כי הגבלת הגישה לאתר המרשתת חיונית למניעת המשך ביצועה של אחת העברות שהחוק חל עליהן, כי לפעילות של אתר המרשתת יש זיקה לישראל והגבלת הגישה אליו חיונית למניעת היחשפות של המשתמש בישראל לפעילות אשר אילו נעשתה בישראל הייתה עברה, או כי אתר המרשתת הוא של ארגון טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור והגבלת הגישה אליו חיונית למניעת המשך הפעילות באמצעות האתר.¹⁹⁹ אם מצא בית המשפט כי התקיימה אחת העילות למתן צו הגבלת גישה, והשרת שאתר המרשתת מאוחסן בו נמצא בישראל או מצוי בשליטת אדם הנמצא בישראל או בשליטת תאגיד הרשום בישראל, יורה בית המשפט על הסרתו של האתר מהרשתת, בתנאים שיקבע, אלא אם כן מצא כי הסרת האתר מהשרת אינה אפשרית בנסיבות העניין או כי יש טעמים מיוחדים אחרים להימנע מהסרתו.²⁰⁰ במתן כל אחד משני סוגי הצווים על בית המשפט לשקול את הזיקה של אתר המרשתת לישראל ואת מידת הפגיעה בציבור בישראל כתוצאה מהמשך פעילותו; את מידת הפגיעה בגישה של הציבור למידע באמצעות המרשתת ואת הסיכון לפגיעה בתוכן אחר שאינו קשור לביצוע העברה – בין באותו אתר מרשתת ובין באתר מרשתת אחר – עקב שיטת ההגבלה המבוקשת; את מידת הפגיעה בספקי גישה למרשתת; ואת מידת הפגיעה בפרטיות של משתמשי המרשתת.²⁰¹ החוק קובע אפשרות לעיון חוזר בהחלטות המתקבלות מכוחו²⁰² וזכות ערעור עליהן,²⁰³ וכן מנגנון דיווח לכנסת.²⁰⁴

אף שההסדרים הקבועים בחוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט מתאפיינים במידתיות, לא נקבע בחוק ולו אחד מהמבחנים שבית המשפט

198 העברות שהחוק חל עליהן הן: הבאת אדם לידי עיסוק בזנות; קבלת שירות של מעשה זנות של קטין; פרסום תועבה ובו דמותו של קטין; ארגון או עריכה של משחק אסור, הגרלה או הימור; ייצוא, ייבוא, סחר או הספקה של סמים מסוכנים ושל חומרים מספנים אחרים; וכן עברות של ארגוני טרור. ראו ס' 1 ו-2(א)(3) לחוק סמכויות לשם מניעת ביצוע עבירות באמצעות אתר אינטרנט.

199 ראו שם, ס' 2(א).

200 ראו שם, ס' 4.

201 ראו שם, ס' 5.

202 ראו שם, ס' 9.

203 ראו שם, ס' 11.

204 ראו שם, ס' 15.

העליון קבע למניעה מוקדמת,²⁰⁵ ובמקום זאת הוא מקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב תוך פירוט רחב של תנאים ושיקולים להפעלתו.

30. במסגרת עקרון המידתיות אנו מציעים שלושה קווים מנחים להתמודדות עם מקרים שבהם הפרסום שמניעתו או הפסקתו מתבקשות הוא מקוון ואין בחקיקה הסדר מפורט – להבדיל מהסמכה – בדבר הפעלת שיקול דעת למניעה מוקדמת: ראשית, במסגרת מבחן המשנה השלישי של המידתיות – מבחן היחסיות ("מידתיות במונח הצר") – יינתן לבית המשפט או לרשות המנהלית המוסמכת שיקול דעת רחב לאזן בין חופש הביטוי בתקשורת המקוונת לבין הזכות או האינטרס המתנגשים בו, וזאת ללא הטיה אפריורית נוקשה לטובת חופש הביטוי. זאת, בדומה למקובל בצווי מניעה אחרים, לרבות צווי מניעה זמניים בתחומים אחרים, שבהם נבחנים סיכויי הצלחת התביעה ומאזן האינטרסים בין הצדדים. שנית, במסגרת מבחן המשנה השני של המידתיות – מבחן הפגיעה הפחותה – תיבחן האפשרות להסיר מהרשת רק את החלק האסור של הפרסום, וזאת כהיקש מכלל ההפרדה (severability doctrine), המכונה כלל "העיפרון הכחול". שלישית, במסגרת אותו מבחן משנה שני של פגיעה פחותה תיקבע דרישה מקדמת שלפיה תביעת סעד כספי בהליך אזרחי בשל פגיעה בתקשורת המקוונת בשם הטוב, בפרטיות או בערך מוגן אחר תותנה, ככלל, בבקשה מוקדמת לצו מניעה, וזאת כחלק מעקרון הקטנת הנזק. נדון עתה בכל אחד משלושת הקווים המנחים שאנו מציעים למניעה מוקדמת של פרסומים בתקשורת המקוונת.

1. שיקול הדעת במתן צווי מניעה של פרסומים בתקשורת המקוונת

31. אנו מציעים להבחין – כפי שגם הפסיקה נוטה לעשות – בין מניעה מוקדמת בהחלטות שיפוטיות (במיוחד במתן צווי מניעה זמניים בהליכים אזרחיים) לבין מניעה מוקדמת על ידי רשויות מנהליות. על בסיס הבחנה מוסדית זו נדון עתה בשני הסוגים של מניעה מוקדמת של פרסומים.

32. קיימים שני סוגים של מצבים טיפוסיים שבהם ניתן לעתור לבית משפט בבקשה לצו מניעה קבוע למניעת פרסום, דוגמת פרסום לשון הרע או פרסום הפוגע בפרטיות.²⁰⁶ במצב מהסוג האחד הפרסום כבר נעשה, והנפגעים מבקשים שהמפרסמים לא יחזרו עליו. במצב מהסוג האחר הפרסום טרם נעשה, אולם הנפגעים חוששים כי הוא ייעשה, ומבקשים למנוע אותו מראש.

²⁰⁵ ראו לעיל פרק א.

²⁰⁶ ראו שנהר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 347.

לפי הלכת **אבנרי**,²⁰⁷ בכל אחד משני המקרים הללו בית המשפט רשאי לתת צו למניעת הפרסום רק לאחר שנקבע כי הפרסום נושא ההליך אכן אסור. בשלב זה מתן הצו כמעט חסר משמעות, משום שאם עד למתן פסק הדין כבר נעשה הפרסום, הנזק כבר נגרם, ובדרך כלל הוא אינו בר המרה (commensurable) בפיצויים כספיים.²⁰⁸ לשם כך נדרש צו המניעה הזמני.²⁰⁹ בכל הנוגע בפרסומים בתקשורת המקוונת, אשר במקרים רבים כבר נעשו לפני הגשת הבקשה לצו מניעה זמני, משמעות הצו תהיה הסרה של הפרסום עד להכרעה בהליך העיקרי.

בהליכי ביניים בעתירה למתן צווים זמניים שאינם פוגעים בחופש הביטוי נדרש שבית המשפט ישתכנע מהחומר הראשוני המובא לפניו כי למבקש הסעד הזמני יש עילת תביעה רצינית, וכי מאזן הנוחות נוטה לטובת המבקשים, כלומר, הנזק לתובעים מאי-מתן הצו יהיה גדול מהנזק שייגרם לנתבעים ממתן הצו.²¹⁰ במתן סעד זמני בית המשפט בוחן גם אם הבקשה הוגשה בתום לב, ואם מתן הסעד צודק וראוי בנסיבות העניין ואינו פוגע בנתבעים במידה העולה על הנדרש.²¹¹ ככלל, החלטה בבקשה לסעד זמני אינה גוזרת את גורל התובענה העיקרית ואינה מאיינת את המשך ההליכים.²¹² התנאים למתן סעד זמני חלים גם לגבי בקשות לסעדים זמניים במסגרת ערעור.²¹³

33. לדעתנו, מעקרון המידתיות נגזר שהמאפיינים של התקשורת המקוונת כפי שפורטו בפרק ב – וביניהם האפקט המצנן המוגבר של סנקציות מאוחרות עבור יחידים וכלי תקשורת קטנים; המהירות והמיידיות של הפרסומים; הנצחיות, הנגישות והווירליות של הפרסומים; וההשפעה המופחתת של מגבלות משפטיות ואתיות – צריכים להוביל לגישה שיפוטית שאינה חוסמת מתן צווים זמניים למניעה מוקדמת.

הדין החוקתי המהותי המסדיר את חופש הביטוי, בדומה לדין המסדיר זכויות חוקתיות אחרות בישראל, מחייב התייחסות לשתי שאלות נפרדות: האחת, אם הפרסום הנדון מכוסה על ידי הזכות החוקתית לחופש הביטוי; והאחרת, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב, אם בנסיבות העניין הפרסום מוגן, ומהו היקף ההגנה הניתנת לו.²¹⁴ לפי הלכת **אבנרי**, בבקשות לצווי מניעה זמניים בתובענות שעילתן היא ביטוי, כגון תביעות לשון הרע, בית המשפט מסתפק בבחינת השאלה אם הפרסום נושא התובענה מכוסה על ידי חופש הביטוי, ואינו בוחן, גם לא באופן ראשוני, אם הפרסום

207 ראו פסק דין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12.

208 ראו Bendor, לעיל ה"ש 16, בעמ' 318–326.

209 ראו שנהר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 350.

210 ראו לעיל ה"ש 47.

211 רע"א 5454/02 **טעם טבע** (1988) **טיבולי בע"מ נ' אמברוויה סופהרב בע"מ**, פ"ד נז(2) 438, 460 (2003).

212 ראו אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** 859 (מהדורה שתי-עשרה, 2015).

213 ראו חמי בן-נון וטל חבקין **הערעור האזרחי** 382 (מהדורה שלישית, 2012).

214 ראו, למשל, בג"ץ 806/88 **Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מג(2) 22, 33 (1989).

מוגן בפועל, ובלבד שהנתבעים העלו טענה – שאינה טענת סרק – כי הפרסום אינו אסור.

לדעתנו, בפרסומים מקוונים אין לשלול על הסף מתן צו מניעה זמני בנסיבות שבהן התביעה מבוססת, גם אם קבלתה אינה ודאית. כלומר, על בית המשפט לבחון את היקף ההגנה על הפרסום המסוים נושא ההליך. מן הראוי גם להידרש, במסגרת הבחינה של מאזן הנוחות, לנזקים הצפויים להיגרם לתובעים אם הצו לא יינתן, ובמיוחד לנזקים שמקורם בייחודיות של פרסומים מקוונים, דוגמת הווירליות שלהם, וכנגד זה למידת החשיבות – הן מבחינת הנתבעים והן מבחינת העניין הציבורי הרחב – במיידיות הפרסום. אכן, מתן צו מניעה נגד פרסום, לא כל שכן צו מניעה זמני הניתן בטרם נפסק כי הפרסום אינו כדאי, אינו עניין של מה בכך. עם זאת, המאפיינים הייחודיים של התקשורת המקוונת מצדיקים הימנעות מדחייה על הסף של עתירות לצו מניעה. מובן שמאזן השיקולים עשוי להשתנות במקרים שבהם התביעה נדחתה על ידי הערכאה הדיונית וצו המניעה הזמני מתבקש לתקופת הערעור.²¹⁵

מבחינה דיונית, חשיבות ההחלטה אם להעניק לתובעים צו זמני למניעה מוקדמת של פרסום עשויה להתבטא בהידרשות מעמיקה של בית המשפט – יחסית לשלב מקדמי – לשאלות עובדתיות ומשפטיות. כדי לאפשר זאת, מן הראוי שבית המשפט ייתן בנסיבות המתאימות צו מניעה ארעי, שיאפשר לו לבחון ביסודיות הראויה אם מן הדין לתת בתובענה צו זמני למניעת פרסום.²¹⁶ לבית המשפט יש סמכות לתת צו ארעי אם הוא שוכנע כי הדבר מוצדק בנסיבות העניין.²¹⁷ צו ארעי עשוי להינתן אף במעמד צד אחד במצבים שבהם עלול להיגרם למבקש נזק חמור.²¹⁸ כאמור, נזקים חמורים עלולים להיגרם בשל מהירות ההתפשטות של הפרסומים בתקשורת המקוונת ועוצמת פגיעתם. עם זאת, מן הראוי שבית המשפט ייתן את הדעת לבמת הפרסום. כך, למשל, פרסומים מקוונים מסוימים זוכים במידה נמוכה של אמון, העשויה להפחית את עוצמת הפגיעה בשם הטוב.²¹⁹

34. באשר לסמכויות מנהליות, המבחן הנוהג למניעה מוקדמת של פרסומים במטרה להגן על אינטרס ציבורי, דוגמת שלום הציבור, הוא בדרך כלל מבחן הוודאות

215 השוו Redish, לעיל ה"ש 16, בעמ' 88–89.

216 להליך שבו נתן בית המשפט העליון, במסגרת ערעור, צו מניעה ארעי נגד פרסום – אף שבקשת המערער לצו מניעה קבוע נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי ובסופו של דבר גם על ידי בית המשפט העליון – ראו רע"א 3614/97 אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 45 (1998).

217 ראו תק' 95(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות.

218 ראו תק' 97(א) לתקנות סדר הדין האזרחי החדשות. לשיקולים במתן צו מניעה ארעי במעמד צד אחד ראו שקד, לעיל ה"ש 52, בעמ' 492–493.

219 ראו תהילה שוורץ אלטשולר אמון הציבור בתקשורת וברשתות החברתיות בישראל – סקר מיוחד של המכון הישראלי לדמוקרטיה 2 (2019) www.idi.org.il/media/13354/public-confidence-in-the-media-and-social-networks-in-israel.pdf

הקרובה.²²⁰ מבחן הוודאות הקרובה, כמו נוסחת איזון עקרונית אחרות שרשויות מנהליות נדרשות לעשות בהן שימוש לצורך איזון בין זכויות חוקתיות לבין אינטרסים המתנגשים בהן, מבטאים תפיסה ערכית. וכך הסביר זאת ברק:

“בהתנגשות בין שלום הציבור לבין חופש הביטוי בישראל, ידו של שלום הציבור על העליונה – אולם לא בכל הנסיבות. עליונות זו מתרחשת בנקודת ההתנגשות הנקבעת על-פי נוסחת האיזון האנכית. נקודת האיזון היא מבחן ‘הוודאות הקרובה’ לקיומו של ‘נזק ממשי’. הערך הגבוה יותר (שלום הציבור) גובר על הערך הנמוך (חופש הביטוי) רק אם קיימת ודאות קרובה לנזק ממשי לשלום הציבור.”²²¹

אף אם בעצם היות הפרסום מקוון אין כדי לשנות את התפיסה הערכית המגולמת במבחן הוודאות הקרובה או בכל נוסחת איזון עקרונית אחרת בין חופש הביטוי לבין אינטרסים או זכויות המתנגשים בו, מאפיינים מיוחדים של המרשתת ושל רשתות חברתיות – ובמיוחד הנצחיות, הנגישות והווירליות של הפרסומים בהן – עשויים להשליך הן על ההסתברות שהפרסום יפגע באינטרסים או בזכויות המתנגשים בחופש הביטוי והן על עוצמת הפגיעה. אכן, גם תוצאות החלתם של מבחני המשנה של המידתיות, כגון מבחן ההתאמה ומבחן הפגיעה הפחותה, עשויות להיות מושפעות מהיות הפרסום מקוון.²²²

35. העידן הדיגיטלי גם מאפשר הפקדה בידי בית המשפט, ולא בידי רשות מנהלית, של סמכות המניעה המוקדמת – הכוללת גם הסרת פרסום²²³ – של התבטאויות המהוות יסוד עובדתי של עברות פליליות.²²⁴ הקביעה בסעיף 3 לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, כי “משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות” אינה מספיקה להסמכת המשטרה להוציא צווים למניעה מוקדמת הפוגעים בחופש הביטוי,²²⁵ ומכל מקום, הפגיעה בחופש הביטוי מצדיקה את מסירתה של סמכות זו לרשות השופטת.

220 ראו לעיל ס' 7, 8 ו-12 למאמר.

221 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 689 (1993).

222 במקרים מסוימים דווקא מניעת פרסום בתקשורת המקוונת עשויה לא לקיים את מבחן ההתאמה, בנסיבות שבהן הפרסום כבר “פרש כנפיים” והופץ ברחבי הרשת. השוו ויסמונסקי, לעיל ה"ש 146, בעמ' 86.

223 ראו, למשל, פסק דין **כהן**, לעיל ה"ש 71, פס' 6 להחלטה; Yochai Benkler, *A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate*, 46 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 311, 340 (2011).

224 הכשרות הפלילית והיסוד הנפשי אינם נוגעים בדרך כלל ברצותו של הביטוי האסור, אלא בהצדקת הענישה על פרסומו, להבדיל ממניעתו המוקדמת. ראו בנדור, לעיל ה"ש 41, בעמ' 241–242.

225 ראו פסק דין **מפקד מחוז תל אביב**, לעיל ה"ש 94, בעמ' 176–177.

ברוח זו נקבע בהצעת חוק למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן)²²⁶ – הצעת חוק ממשלתית שהתקבלה בקריאה הראשונה ואשר הוכנה לקריאות השנייה והשלישית²²⁷ אך טרם התקבלה – כי "שופט בית המשפט המחוזי שנושא בית המשפט המחוזי הסמיכו לכך רשאי, על פי בקשה של תובע, לתת צו המחייב מפרסם תוכן, או בעלים, מנהל או מפעיל של אתר אינטרנט שבו פורסם תוכן, להסיר את התוכן מאתר האינטרנט, אם שוכנע כי נעברה עבירה פלילית באמצעות פרסום התוכן באתר האינטרנט, וכי בנסיבות העניין יש אפשרות ממשית שהמשך הפרסום כאמור יפגע בביטחוננו של אדם מסוים או בלתי מסוים או בביטחון המדינה, או יביא לפגיעה חמורה בכלכלת המדינה או בתשתיות חיוניות"²²⁸. הגשת בקשה לפי החוק המוצע טעונה הסכמה של היועץ המשפטי לממשלה או של "גורם מוסמך בכיר" שהיועץ המשפטי לממשלה יסמך.²²⁹ בהצעת החוק נקבע גם כי "הורשע אדם בעבירה פלילית בשל תוכן שפרסם באתר אינטרנט, רשאי בית המשפט שהרשיע את אותו אדם, לבקשת התובע, לתת לגבי התוכן כאמור צו להסרת תוכן גם אם לא שוכנע כי בנסיבות העניין יש אפשרות ממשית שהמשך פרסום התוכן יפגע באינטרסים האמורים.²³⁰ כפי שנכתב בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק, "התכלית של הסמכת בית המשפט הגוזר את הדין להורות על הסרת הפרסום נושא העבירה, היא מניעת המשך ביצוע העבירה בידי מי שהורשע בבית המשפט"²³¹, וזאת אף ש"מובן שאין במתן צו לפי סעיף זה משום אמצעי ענישה נוסף כלפי המפרסם."²³²

הצעת החוק מאמצת אפוא, גם בהקשר של תקשורת מקוונת, את עמדתו של השופט ברק בפסק דין **כהנא**,²³³ השוללת מניעה מוקדמת של פרסום אך בשל כך שהפרסום מהווה עברה פלילית, ומתנה גם מניעה מוקדמת של פרסום כזה בהסתברות גבוהה שהפרסום יפגע בשלום הציבור,²³⁴ אך זאת רק כל עוד המפרסם טרם הורשע. לעומת

226 שמה הקודם של הצעת החוק היה הצעת חוק להסרת תוכן שפרסומו מהווה עבירה מרשת האינטרנט, התשע"ז-2016, ה"ח הממשלה 742 (להלן: הצעת חוק הסרת תוכן לקריאה הראשונה). לדיון בהצעת החוק ולקריאה להחלתה גם על בריונות ברשת נגד ילדים ראו ענת ליאור "החלת הוראות הצעת חוק למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן)" על תופעת הבריונות ברשת" **חוקים** יג 153 (2020).

227 לנוסח ההצעה כפי שהוכן לקריאות השנייה והשלישית (השונה במידת מה מהנוסח שהוגש לקריאה הראשונה), אשר הציטוטים במאמר של סעיפי החוק המוצע הם מתוכו, ראו הצעת חוק למניעת ביצוע עבירות באמצעות פרסום באינטרנט (הסרת תוכן), התשע"ח-2018, פ/3110/20.

228 שם, ס' 2 (א).

229 שם, ס' 1 ו-2 (ד).

230 שם, ס' 6 (א).

231 דברי ההסבר לס' 6 בהצעת חוק הסרת תוכן לקריאה הראשונה, לעיל ה"ש 226, בעמ' 745.

232 שם.

233 ראו פסק דין **כהנא**, לעיל ה"ש 37.

234 ראו שם, בעמ' 299. לעמדתו של השופט ברק ראו לעיל ס' 8 למאמר.

זאת, ההצעה מאמצת את תפיסתו של השופט כך כי עצם הפליליות של פרסום עשויה להצדיק את מניעתו המוקדמת.²³⁵ נראה לנו – בוודאי לנוכח ההטעמה בדברי ההסבר להצעת החוק כי מניעה מוקדמת של ביטוי מקוון בדרך של הסרתו מהרשת אינה עונש²³⁶ – כי צו להסרה מהרשת של ביטוי שבית משפט קבע כי הוא אסור אינו צריך להיות מותנה בהרשעה בעברה פלילית או בהסתברות גבוהה לפגיעה בשלום הציבור.

2. הפרדה בין ביטויים מוגנים לביטויים לא מוגנים

36. הטכנולוגיה החדשה מאפשרת להפריד בין חלקים אסורים ובלתי מוגנים של פרסום לבין אותם חלקים שלו שחופש הביטוי מגן עליהם, ולהסיר רק את חלקי הביטוי שאינם מוגנים. בעוד מחיקה או שינוי של חלקי פרסומים בתקשורת המסורתית, כגון חלקים של כתבה בעיתון מודפס או של ספר, קשים לביצוע, ולעיתים אף בלתי אפשריים, הטכנולוגיות הדיגיטליות החדשות מאפשרות לשנות או להסיר ללא קושי חלקי פרסום ספציפיים או אפילו כמה מילים.²³⁷

הטכנולוגיה החדשה מאפשרת אפוא ליישם בקלות יחסית את כלל ההפרדה (severability doctrine; "העיפרון הכחול"), אשר מאפשר לבית המשפט להפריד בין החלק הבטל לחלק התקף של נורמה.²³⁸ כלל זה מקובל בדיני חוזים, ומאפשר לבטל רק את חלקו הבלתי חוקי של החוזה;²³⁹ הוא מקובל כסעד במשפט המנהלי, אשר מאפשר להפריד בין חלקיה של החלטה מנהלית כך שייפסל כמידת האפשר רק החלק הנגוע בפגם;²⁴⁰ הוא מקובל כסעד חוקתי, המאפשר הפרדה בין חלקו התקף של חוק לבין חלקו הבטל;²⁴¹ ובית המשפט עושה בו שימוש גם במצבים אחרים, כגון בהחלטה אילו חלקים מהחומר שבידי גורמי החקירה יימסר לנאשם במסגרת "חומר חקירה".²⁴² כך, במקרה שבו נדונה הוראה של המשטרה לחסום את הגישה לאתרי הימורים במרשתת²⁴³ רמז השופט סולברג בדבריו – אף שלא הזכיר את תורת המניעה המוקדמת

235 ראו שם, בעמ' 318. לעמדתו של השופט כך ראו לעיל ס' 8 למאמר.

236 ראו הצעת חוק הסרת תוכן לקריאה הראשונה, לעיל ה"ש 226, בעמ' 745.

237 להסבר של פעולת Hash, שמשמעותה הרצת פונקציה מתמטית על קובץ שכולל תוכן אסור באופן שכל אימת שמשתמש מרשתת מנסה להעלות את התוכן אפשר לנטרו באמצעות חתימתו הדיגיטלית ולמנוע את פרסומו, ראו ויסמונסקי, לעיל ה"ש 159, בעמ' 711.

238 ראו David H. Gans, *Severability as Judicial Lawmaking*, 76 GEO. WASH. L. REV. 639, 639 (2008).

239 ראו ס' 19 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973. ראו גם גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 672 (מהדורה רביעית, 2019).

240 ראו דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך ב 807 (2010).

241 ראו אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" **משפט ועסקים** כ 301, 350 (2017).

242 ראו בג"ץ 620/02 **התובע הצבאי הראשי נ' בית-הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד נו(4) 625, 644 (2003).

243 פסק דין **מפקד מחוז תל אביב**, לעיל ה"ש 94.

שהמערערים הסתמכו עליה²⁴⁴ – לקלות ההפרדה במרשתת בין ביטויים מוגנים לדברים אסורים:

”שומה להישמר מכל משמר מפני פגיעה בשיח החופשי ב'כיכר העיר' החדשה ובזרימת המידע באינטרנט. חופש הביטוי הוא נשמת אפו, וזכות הגישה למידע היא לחם חוקן... גם אם אתרי הימורים הנדונים כוללים תכנים לגיטימיים בצד אלה של הימורים בלתי חוקיים, כי אז אין מניעה לבעלי האתרים להנגיש את המידע לציבור הגולשים באחת משתי דרכים – באתר חלופי או באותו אתר עצמו – **בד בבד עם חסימת האפשרות להמר בו הימורים אסורים.**”²⁴⁵

בעידן הדיגיטלי ניתן אפוא, באמצעות כלל ההפרדה, לצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי תוך הגנה על ערכים אחרים, כגון השם הטוב או הפרטיות. הכלל מאפשר תוצאה שאינה דיכוטומית – פרסום מלא מול העדר פרסום – אלא איזון ראוי, אשר מאפשר הגנה על הערכים האחרים באמצעות פגיעה מידתית בלבד, לאור מבחן הפגיעה הפחותה, בחופש הביטוי.

3. בקשת צו מניעה נגד פרסום בתקשורת המקוונת כתנאי לפסיקת פיצויים

37. כדי להפחית ככל האפשר את האפקט המצנן של סנקציות מאוחרות ולאפשר לדוברים בתקשורת המקוונת לבחור אם ליטול את הסיכון שיושתו עליהם בעתיד פיצויים, אנו מציעים שפסיקת פיצויים בהליך אזרחי עקב פרסום מקוון תותנה בכך שהנפגעים ביקשו מהמפרסמים להסיר את הביטוי, ואף ביקשו צו מניעה מבית משפט במקרה שהמפרסמים לא נענו לבקשתם. אם תוגש בקשה כזו, שבעקבותיה הסירו המפרסמים את הפרסום, יוטלו עליהם פיצויים רק בשל הנזקים שנגרמו עד להסרה.

הצעה זו היא במהותה דרישה להקטנת הנזק. על פי דוקטרינת הקטנת הנזק, המקובלת במשפט האזרחי בישראל, על נפגעים מוטל הנטל להקטין את נזקהם, והדבר מתבטא בכך שניזוקים כתוצאה מהתנהגות בלתי חוקית של הזולת זכאים לפיצוי בשיעור הנזק שנגרם להם בפועל בניכוי הסכום שמבטא את האפשרות הסבירה שעמדה לרשותם להקטין את נזקהם ואשר לא נוצלה.²⁴⁶ כך, למשל, סעיף 14 לחוק החוזים (תרופות

244 שם, בעמ' 173.

245 שם, בעמ' 175–176 (ההדגשה הוספה).

246 לנטל הקטנת הנזק במכרזים ראו עומר דקל **מכרזים** כרך שני 329–332 (2006). לדוקטרינת הקטנת הנזק ראו גם ע"א 284/56 "שחף", **חברה ישראלית לספנות נמלים בע"מ נ' MALTA STEAMSHIP CO. LTD.**, פ"ד יא 1420, 1423–1424 (1957); ע"א 592/66 "הקודחים" **נתניה בע"מ נ' ביטון**, פ"ד כא(1) 281, 284 (1967); ע"א 544/10 **פלונית נ' עיריית כפר קאסם**, פס' לט לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 12.3.2013).

בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, קובע כי המפר אינו חייב בפיצויים בגין נזק שהנפגע היה יכול למנוע או להקטין באמצעים סבירים. באופן דומה, סעיף 61(א) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981, פוטר את המבטח מתגמולים בעד נזק שהמבוטח היה יכול למנוע או להקטין באמצעים סבירים. למרות העדר הוראה חקוקה, עקרון הקטנת הנזק אומץ גם בדיני הנזיקין (לצד עקרון האשם התורם),²⁴⁷ ולפיו אין מעוולים חייבים בפיצויים על נזק שהנפגעים היו יכולים, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.²⁴⁸ אכן, "הגישה המקובלת הינה כי הקטנת הנזק כוללת בחובה אמת-מידה אובייקטיבית. על הניזוק לנקוט, להקטנת נזקו, כל אותם אמצעים שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין".²⁴⁹

38. לפי הלכת **אבנרי**, סעד הפיצויים הוא הסעד העיקרי בעולת פרסום לשון הרע, ואילו צווים הם סעד משני.²⁵⁰ ברם, עקב האפקט המצנן המוגבר של סנקציות מאוחרות, מן הדין להתנות את הפיצויים בדרישה להקטנת הנזק, שתתבטא בכך שהניזוקים יפעלו למניעה מוקדמת של הפרסום באמצעות הסרתו מהרשת. ככל שתתקבל ההצעה למתן את הלכת **אבנרי** כך שלא יישלל על הסף מתן צו מניעה זמני נגד פרסום מקוון בנסיבות שבהן התביעה מבוססת, גם אם קבלתה אינה ודאית,²⁵¹ הנטל יהיה לפנות למפרסמים בדרישה להימנע מהפרסום המקוון או להסירו, וככל שהללו לא ייענו לדרישה – לתבוע צו מניעה, לרבות צו מניעה זמני, בבית המשפט. ככל שהלכת **אבנרי** תיוותר במתכונתה הנוקשה גם באשר לפרסומים מקוונים, הנטל יהיה פנייה למפרסמים בלבד, בלי בקשת צו מניעה זמני. הרציונל של הצעה זו, בדומה לרציונל של תורת המניעה המוקדמת, הוא בעיקרו רציונל ציבורי – מניעת פגיעה בחופש הביטוי על ידי צינונו או הקפאתו במידה העולה על הנדרש.

בעניין זה ניתן להקיש מן הכלל – החל בדיני מכרזים ציבוריים – הקובע כי "לפי עקרון הקטנת הנזק, הרשות לא תימצא אחראית בגין נזק שנגרם בגין פגם שנפל במכרז מקום שבו המציע שהיה זוכה בו לולא הפגם היה יכול לממש את זכותו בעתירה מינהלית – קרי כאשר הוא היה יכול להקטין נזק זה או לאיינו לחלוטין (בכפוף להנחה כי המציע היה זוכה בעתירתו והסעד שהיה ניתן שם היה מביא בסופו של דבר לכך

247 ראו ס' 68 לפקודת הנזיקין. ליחס בין עקרון הקטנת הנזק לעקרון האשם התורם ראו Yehuda Adar, *Comparative Negligence and Mitigation of Damages: Two Sister Doctrines in Search of Reunion*, 31 QUINNIPIAC L. REV. 783 (2013).

248 ראו ע"א 1530/02 **מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' יובלים אגודה שיתופית**, פ"ד נח(6) 822, 832 (2004).

249 ע"א 252/86 **גולדפרכ נ' כלל חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד מה(4) 45, 51 (1991).

250 ראו פסק דין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 854.

251 ראו לעיל ס' 33 למאמר.

שיזכה במכרז...)”.²⁵² הרציונל של הכלל הוא כפול: ראשית, “מקום שבו הפרה הרשות את אחד הכללים החלים עליה, האינטרס הציבורי בהגנה על שלטון החוק משמיע כי יש לתקן את הפגם שנפל בהתנהלותה, ככל שהדבר אפשרי. על כן, חיוב הנפגע להגיש עתירה לאכיפת הזכייה – שמשמעותה המעשית היא תיקון הפגם שנפל בפעולת הרשות, מקדם את ההגנה על שלטון החוק ועל עקרון חוקיות המינהל”;²⁵³ שנית, “כאשר מדובר בתובע הטוען כי היה עליו לזכות במכרז, בנסיבות בהן לא ניסה לאכוף את זכיותו, ויותר על עתירתו המינהלית למימוש הזכייה הנטענת... נראה שאין לקבל את הדילוג על פני שלב המימוש, היינו, עתירה לאכיפת הזכייה במכרז, לשלב התובענה המינהלית לשם קבלת פיצויי קיום... [שכן אז] עלולה הרשות הציבורית להימצא חייבת בתשלום הן בגין התמורה לזוכה במכרז והן בנוסף לכך בפיצויי קיום לזוכה הוירטואלי ואולי אפילו ליותר מזוכה אחד. יתרה מזו, במצבים מסויימים עשוי התובע להעדיף תביעה כספית על פני ניסיון לאכוף זכייה במכרז לאחר שהתבררו לו הנתונים, והרשות תימצא מממנת את התוצאה”.²⁵⁴ על רקע זה, גם בענייננו “יש להעדיף את האכיפה בעין של זכויות הפרט, כל אימת שהיא עדיין אפשרית מן הבחינה המעשית... יישומם של דיני הפיצויים אמור להיעשות באופן שייצור תמריץ למימון סביר של דרכי הפעולה המינהליות והמשפטיות קודם להגשתה של התביעה הכספית”.²⁵⁵

משמעות התנייתה של תביעת פיצויים בפנייה קודמת אל המפרסמים בדרישה שהם יימנעו מהפרסום ברשת או יסירו אותו היא למעשה הפיכת נטל ההוכחה לעניין הקטנת הנזק, שכן ברגיל “נטל ההוכחה בעניין הקטנת הנזק מוטל על המזיק־הנתבע. הוא מבקש להפחית מהשיעור הרגיל של הפיצוי המוטל עליו, ועל־כן עליו העול לשכנע, כי הניזוק־התובע לא עשה להפחתת נזקו”.²⁵⁶ על פי הצעתנו, במקרה של תביעת פיצויים בשל עוולת ביטוי יוטל דווקא על הניזוקים הנטל להצדיק את הימנעותם מפנייה קודמת למניעת הפרסום או להסרתו.

252 ע"מ 7401/14 קסם מילניום בע"מ נ' רשות שדות התעופה, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 9.9.2015) (להלן: פסק דין קסם מילניום). ראו גם רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פס' 39 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 19.1.2017).

253 פסק דין קסם מילניום, שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

254 ע"מ 9423/05 רשות השידור נ' קטימורה בע"מ, פסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 13.8.2007).

255 דפנה ברק־ארוז עוללות חוקתיות – ההגנה הכספית על הזכות החוקתית 27 (1993).

256 פסק דין גולדפרב, לעיל ה"ש 249, בעמ' 51.

סיום

39. וכך כתב השופט חשין:

"הטכנולוגיה החדשה הפולשת אל עולם האתמול מרעידה ותוסיף להרעיד את עולם המשפט... ואולם, יהיו השינויים עמוקים וקשים ככל שיהיו; תהא תקופת המעבר תקופה של היסוסים ותהיות ככל שתהיה; תמיד נדע, אנו אנשי-המשפט, נדע אל-נכון, כי גם בשיטפון זה – שיטפון גורף-כל – נוכל להיאחז בביטחה בעיקרי העיקרים השמורים לנו לטובתנו בציקלוננו מאז-ומקדם... הצדק והאמת, היושר והיושרה, החסד והרחמים. אם אלה יהיו עימנו – והם יהיו עימנו – נמצא את דרכנו בסבך הטכנולוגיה האופפת אותנו."²⁵⁷

העידן הדיגיטלי מחייב התאמה של הדין לצרכים שלא נצפו בעת עיצוב הדין. ככל שהכנסת אינה משנה את הדין ומתאימה אותו לעידן הטכנולוגי והתקשורתי החדש, על בית המשפט מוטל, כמידת האפשר, לשנות את פירוש החוקים ואת דוקטרינות המשפט המקובל כדי לענות על הצרכים החדשים.

תורת המניעה המוקדמת עוצבה בעולם של תקשורת מודפסת ומשודרת. גם בעולם שבו עוצבה התורה היא מעוררת קשיים וחשופה לביקורת, אך המהפכה הטכנולוגית שהובילה לתקשורת המקוונת – גם אם בה כשלעצמה אין כדי לשנות את הערכים שביסודה של תורת המניעה המוקדמת – מחייבת את התאמתה של התורה לעולם של היום. "פעילות זו מבוססת על הצורך להתאים את המשפט למציאות החיים. מוסדות והסדרים משפטיים, אשר שירתו את החברה בעבר, שוב אינם תואמים את צרכי ההווה והעתיד."²⁵⁸ מעמדה של תורת המניעה המוקדמת במשפט הישראלי כשיקול של מדיניות, שחלו בו שינויים במהלך השנים ואשר יישומו שונה בהקשרים שונים, ולא ככלל נוקשה, מאפשר את עיצובה מחדש במסגרת הדין הקיים, כלומר, פיתוח המשפט במסגרת החקיקה הקיימת, ולא דווקא מהפכה.

במאמר זה הצענו קווים לעיצובה מחדש של תורת המניעה המוקדמת בישראל בעידן של תקשורת מקוונת. ההצעות כולן הן במסגרת הערכים שבתשתית התורה, אך הן מבקשות להתאימה לעולם של היום. אכן, כדבריהם של ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק:

"שיטת המשפט כוללת כמובן מנגנונים של שינוי והתאמה, באמצעות מושגי ססתום ועקרונות משפטיים הנתונים לפרשנות של משתמשי המשפט (רשויות, עורכי דין וכמובן – בתי משפט). אולם קצב ההתפתחות הטבעית

257 חשין, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1.

258 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 609 (1992).

של המשפט אינו מותאם לשינוי הטכנולוגי, שהוא תהליך מתמשך המחולל שינויים דרמטיים בתדירות גבוהה. נוכח מציאות זו מתעורר הצורך לפתח כלים משפטיים המבוססים על הבנה של הקשר הדינמי והמורכב בין המשפט לבין הטכנולוגיה.²⁵⁹

העיצוב מחדש של תורת המניעה המוקדמת שאותו הצענו במאמר מבקש לפתח את התורה מתוך הבנה של הקשר הדינמי והמורכב שבין המשפט לבין הטכנולוגיה.

259 ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "הקדמה: משפט וטכנולוגיות מידע" רשת משפטית: משפט וטכנולוגיית מידע 11, 12 (משפט, חברה ותרבות, ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק עורכים, 2011).