



מדור הבחינות

אוניברסיטת בר-אילן

מינהל הסטודנטים

מספר הקורס: 99-975-01

תאריך בחינה: 13/9/16

המחברת נבדקה ביום: 13/9/16

הציון: 94

חתימת המרצה:

מס' סידורי מתוך מחברות

מס' מחי: 4

שנת: תשע"ו סמסטר: 2 מועד: 2 מטלה: 1

קורס: 99 1975 01 חופש הביטוי



הוראות לנבחן

1. עליך להבחין בחדר בו הנך רשום.
2. הבח ליד המשבח בבחינה את חפצך האישיים כגון: תיקים, ספרים, מחברות, מכשירים סלולריים, קלמרים וכו'.
3. אסור להחזיק בהישג יד חומר הקשור לבחינה/לקורס אלא אם הותר הדבר בכתב על ידי המרצה ורק בהתאם למותר.
4. מסור למשניח/ה על הבחינה תעודת זהות וכרטיס נבחן חתום ותקף לסמסטר בו מתקיימת הבחינה.
5. היציאה לשירותים במהלך הבחינה אסורה בהחלט. נשים בהריון ונבחנים באישור מתאים רשאים לבקש מהמשניח/ה לצאת. היציאה בליווי המשניח/ה ובהתאם לנוהלי האוניברסיטה.
6. נבחן היוצא ללא רשות מחברתו תפסל ותועבר לוועדת משמעת.
7. יש להישמע להוראות המשניח/ה. אין לעזוב את חדר הבחינה ללא קבלת רשות. חל איסור מוחלט לפנות לנבחנים אחרים בכל עניין ודבר. בכל עניין פנה למשניח/ה.
8. בתחילת הבחינה מלא את פרטיך האישיים ע"ב המחברת. תלמיד שקיבל לידיו שאלון ואין ברצונו להיבחן, חייב להסתין 1/2 שעה בכיתה מתחילת

בהל/3הא

שנה"ל תש"ו סמסטר ב מועד ב
 מס' קורס 99-975-01
 מחלקה אולב תאריך 13.9.16
 המרצה (מלח) קצור
 מבחן חלק (אם הבחינה בשני חלקים)

ועדת המשמעת מזהירה!

נבחן שיימצאו ברשותו חומרי עזר
 אסורים או ייתפס בהעתקה,
 יענש בחומרה עד כדי
 הרחקתו מהאוניברסיטה.

הוראות לנבחן במשא סריקה:

אין לכתוב במחברת בעפרון. יש לכתוב בעט בצבע כחול כהה או שחור בלבד. אין להשתמש במזל מחיקה (טיפקס). אין לכתוב בשוליים משני צידי הדף. מחברת בכתב מרושל משפיעה על תוצאות הסריקה.

שם לכן השוליים יחתכו לפני הסריקה. לכן, חל איסור מוחלט לכתוב כאן



4/3

שאלה 1: השאלה נדונה בפס"ד המפקד הלאומי נ' ועדת הבחירות במסגרתו דנו בסירוב רשות השידור והרשות השנייה לשדר תשדיר פוליטי בתשלום של המפקד הלאומי. לטענת המפקד הלאומי הסירוב מהווה פגיעה בלתי חוקתית בחופש הביטוי ולכן בטל. הבחינה החוקתית במסגרת הפס"ד נעשתה בשני שלבים: בשלב הראשון נבחן האם הזכות הנפגעת (הטלת האיסור) מוגנת בחוק יסוד (כחלק מחופש הביטוי), ובמידה שכן- בשלב השני נבחן אם הכלל הפוגע מקיים את דרישות פיסקת ההגבלה שבחוק- יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בשלב הראשון- ע"מ להגדיר אם יש פגיעה בחופש הביטוי יש לבחון לפי הרציונליים והשיקולים שעומדים ביסוד חופש הביטוי. לפי הרציונאליים של חקר האמת והדמוקרטיה קיימת חובה לסקר ולהציג סוגיות שנויות במחלוקת בצורה מאוזנת והוגנת (דוק' ההגינות). מנגד,

דעת הרוב (בייניש, חיות ונאור) קבעה כי במסגרת השלב הראשון: חופש הביטוי לא כולל את דוקטרינת ההגינות, ולכן בחנו לפי פסקת ההגבלה. נקבע כי מניעת שידורים פוליטיים, גם בתשלום מהווה פגיעה בחופש הביטוי משום שרק העשירים יוכלו לפרסם ולא יהיה שוק דעות (ההתחשבות בדוק' ההגינות = סיבה מוצדקת להגביל את חופש הביטוי). אולם בשלב השני נקבע כי כללי רשות השידור האוסרים על שידורים פוליטיים, עומדים בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

מנגד (הלוי ופרוק'ציה): קבעו כי דוקט' ההגינות הכרחית לחופש הביטוי וחופש הביטוי כולל אותה. לכן, אין זכות של אדם שישדרו את דבריו בתשלום ומשכך אין כל פגיעה בזכות. לכן, איסור פרסום בתשלום לא פוגעת בחופש הביטוי.

כמו כן, עלתה שאלת הזכות החיוביות של חופש הביטוי, קרי לא רק שלא ימנעו, אלא שיאפשרו. נקבע כי אין זכות חיובית לעלות לשידור, וכן אין הסדר שעוסק בסמכותה של רשות השידור לא לראיין ולכן גם דרישת החוקיות לא מתקיימת.

20

שאלה 2: חופש הביטוי אינו מצוין במפורש בח"י. הסיבה לכך הינה פשרה פוליטית לפיה לא נכללו זכויות מסוימות מהחוקה המטריאלית בחוקה הפורמלית של חוקי היסוד, ע"מ שהכנסת לא תיהיה כפופה לביקורת שיפוטית. אולם, אם רואים את חופש הביטוי כעיקרון שהיה קיים לפני חוקי היסוד, אי הכללתו אינה מבטלת את ההגנה עליו (השאלה היא מה הוסיפו חוקי היסוד להגנות שהיו לחופש הביטוי לפני חקיקתם).

30

עיגון ההגנה על חופש הביטוי בזכויות הקבועות בחו"י:

1) חופש הביטוי כחלק מחופש העיסוק:

- ברק בספרו על כבוד האדם טוען כי חופש העיסוק רלוונטי להגנה על חופש הביטוי, מכיוון שהחופש לעסוק במקצוע שלך כולל גם חופש לפרסם את העסק. זהו חופש ביטוי מסחרי.
- לדעת בנדור יש ביטוי יותר חזק לעיגון ההגנה על חופש הביטוי כחלק מחופש העיסוק הבא לידי בכל מקצועות הביטוי. עיגון ההגנה על חופש הביטוי מתבקשת לאור חופש העיסוק במקצועות אלו. לדוג' חופש העיתונאות- העיסוק במקצוע מחייב הגנה על חופש הביטוי.
- רציונאל האוטונומיה (חופש הביטוי כערך בפני עצמו) מוגשם באופן זה- הזכות מוגנת לא רק משום שמועילה למדינה או לציבור, אלא מהיותה ערך עצמאי שמגדיר את האדם, את הייחודיות שלו ומאפשר לו להתפתח.
- יש לציין כי במסגרת חופש העיסוק אין שמירת דינים, וכי הכנסת רשאית לקבל חוקים סותרים במידה ועומדים בתנאי פסקת ההגבלה.

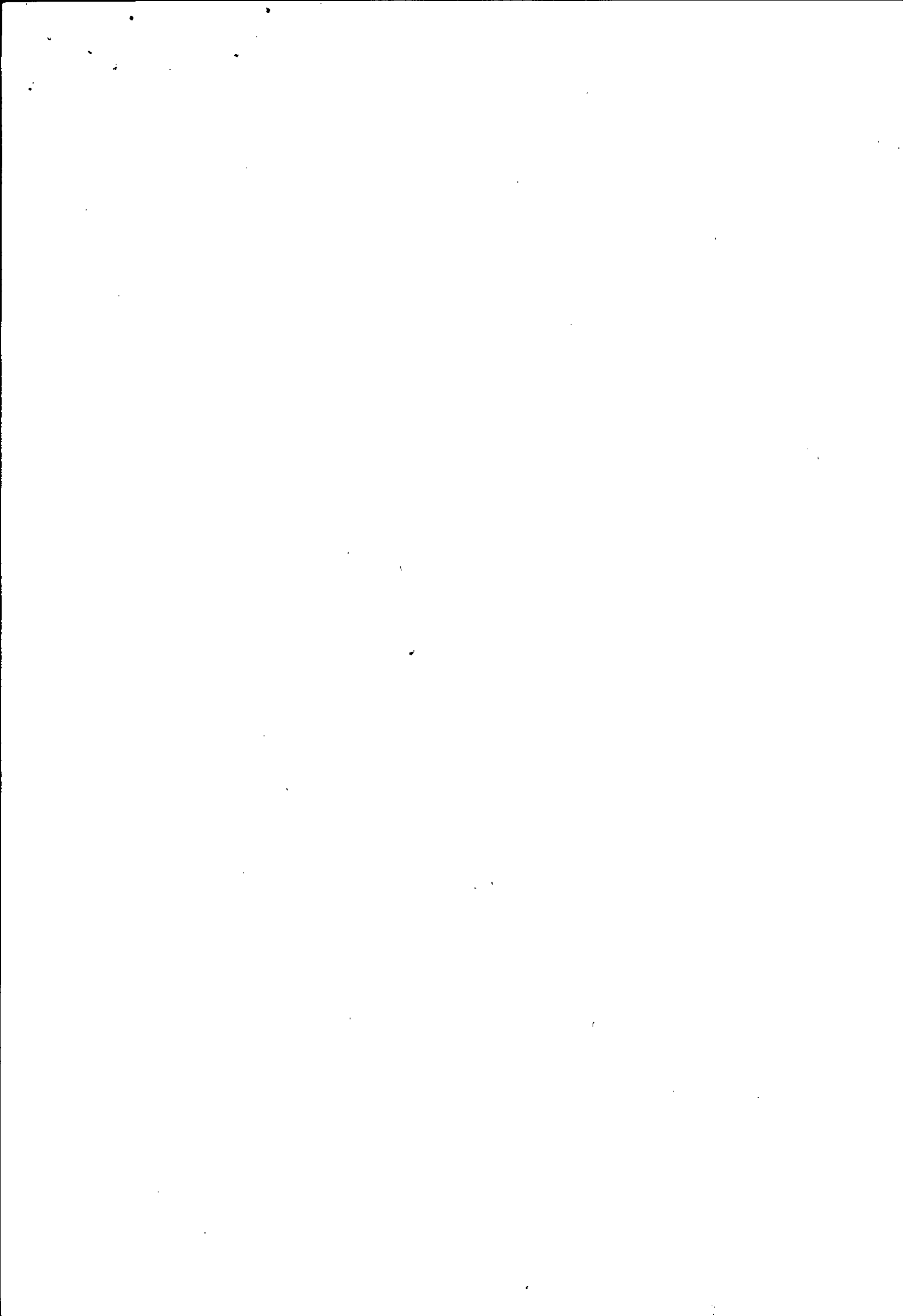
כמה חוקים לא עולה?

2) חופש הביטוי כחלק מזכות לחירות:

- גאי כרמי במאמרו טוען כי הסיפא של ס' 5 לח"א כבה"א וחירותו האוסרת על נטילת או הגבלת חירותו של אדם ב"כל ב"ב אחרת" כוללת גם אפשרות של פגיעה בחירות ע"י פגיעה בביטוי.
- כמו כן, לטענתו הגנה על חופש הביטוי במסגרת הזכות לכבוד האדם זוכה להגנה יותר רחבה, לא רק הגנה מפני פגיעה (ס' 2- זכות פסיבית), אלא גם כזכות חיובית (ס' 4- זכות חיובית). אולם, בס' 5- הזכות אינה חיובית.
- כמו כן, הוא טוען כי אבל במקרים הרגילים (כמו צנזורה) יש להשתמש בהגנה במסגרת הזכות לחירות.
- רציונאל האוטונומיה והרציונאל לפיוחופש הביטוי מקבל הגנה מיוחדת משום שהשלטון נוטה יותר לפגוע בו ולהגביל אותו.

3) חופש הביטוי כחלק מכבוד האדם:

- בפס"ד חוק החרם נקבע כי חופש הביטוי הוא חלק מכבוד האדם. היחס בין חופש הביטוי לכבה"א? מצד אחד, כבה"א אינו מכיל הכל וצריך להגבילו; מצד שני, זה שהכנסת לא כתבה במפורש זה לא אומר שכובד האדם לא מגן על חופש הביטוי.
- דרכים לשאלת היחס בין חופש הביטוי לכבוד האדם:



- א. גישה 1: ברק, והפסיקה- היחס בין הזכויות נקבע ע"פ מתודולוגית שני שלבים: כאשר בשלב הראשון שואלים האם הפעילות המדוברת נכנסת לחופש הביטוי (ע"פ הרציונליים שלו)? ואם כן עוברים לשלב השני במסגרתו שואלים האם ההיבט של פגיעה בביטוי נכנס לגדר פגיעה בכבוד האדם?
- ב. גישה 2: מתודולוגית שלב אחד: בוחנים רק האם יש פגיעה בככה"א, ונותנים לה את מלוא תשומת הלב. בנדור תומך בגישה זו.

הגישה הראשונה מעלה קושי: מבחינה תיאורטית היא עלולה לצמצם את ההגנה, שהרי אם יש פגיעה בכבוד האדם אין צורך בלעבור את המסננת של האם זה ביטוי (המסננת של חופש הביטוי מצמצמת את ההגנה שכן ביטוי שאינו נכנס לחופש הביטוי אינו יוגן). אולם, מבחינת הפרקטיקה היא מרחיבה יתר על המידה את ההגנה- כיום נוטים לפרש בצורה מרחיבה את חופש הביטוי ועוברים בקלות את השלב הראשון, וכן ביהמ"ש נוטה בהינתן תשובה חיובית על השאלה הראשונה, לקבוע מעין חזקה כי פגיעה בחופש הביטוי מהווה פגיעה בככה"א (הגנה רחבה במסגרת כבוד האדם על מקרים שלא בטוח היו צריכים להיות מוגנים). לכן, אין שלב משמעותי הבוחן אם נפגע כבוד האדם אלא אומרים שפגיעה בחופש הביטוי כוללת פגיעה בכבוד האדם ועוברים לבחינת פסקת ההגבלה. התוצאה הינה כי לא מעט מקרים בהם חופש הביטוי המוגן במסגרת הזכות לכבוד האדם בעצמו פוגע בככה"א, והדבר הינו אבסורדי.

דוג' לכך שהפירוש המרחיב מביא לכך שהגבלת הזכות נעשית מאותם טעמים שבגינם נותנים את הזכות (אןקסימורון): הביטוי הגזעני- הינו חלק מחופש הביטוי (הרציונאל- הציבור יהיה חשוף וייתן את הדעת שזה דבר רע), אך מצד שני מהווה עילה להגבלה (כדי שהציבור לא ינהג כך). שקרים- שקר הינו דרך לחשוף את האמת (רציונאל גילוי האמת), אך מצד שני לא רוצים שהציבור ישמע שקרים ויאמין להם (פס"ד כהנא).

דוג': בפס"ד חוק החרם, ישנה פגיעה בכבוד האדם, אך הפגיעה בחופש הביטוי שנכללת בכבוד האדם, אינה כה משמעותית ולכן החוק מקיים את תנאי פסק ההגבלה. עם זאת פסלו את ס' הפיצויים ללא הוכחת נזק כי פוגע משמעותית בחופש הביטוי. לא נשאלה בפס"ד השאלה האם חלק מכבוד האדם זה לקרוא לחרם? נקבע שזה בשוליים ולכן שלב הכרחי כלל לא התקיים << בעצם דנים רק בשלב הראשון ויוצא שיש הגנה רחבה יותר ממה שהתכוונו (ולא מצומצמת יותר).

- לפי הפסיקה יש אמירה מעורפלת מתי חופש הביטוי נכנס בגדר כבוד האדם (כאשר לחופש הביטוי יש קשר ענייני הדוק לכבוד האדם, קרי פגיעה באנושיות האדם כיצור חופשי ואוטונומי בחברה). כמו כן, משתמשים במבחנים עמומים ורחבים נוספים: המבחן הקנטיאני (שימוש באדם כאמצעי בלבד), ומבחן ההשפלה (כשפגיעה בחופש הביטוי יש אלמנט משפיל לאדם שאותו מגבילים). בנדור טוען כי עדיף בדיקה חד שלבית המתמקדת במבחן ההשפלה הכולל בתוכו גם את המבחן הקנטיאני. בהתאם למבחן זה הגבלה של חופש הביטוי היא גם משפילה כאשר יש פגיעה בחופש היצירה (כשמגבילים אדם בביטוי אומנותי. הדבר בא לידי ביטוי בפס"ד סטיישן פיל- אם התבטאות בעלת אופי אומנותי הדבר מהווה ביטוי שיש להחיל עליו את חופש הביטוי) וכאשר באופן ישיר או עקיף האיסורים משפיעים רק על קבוצה מסוימות באוכל' (לדוג' הגבלת ציון יום הנכבה חלה רק כנגד ערבים. וכן פס"ד גולן נקבע כי סתימת פיו של אדם משום שהוא אסיר משפילה ומהווה פגיעה בככה"א. לכן זהו ביטוי שנכון להקנות לו הגנה חוקתית פורמאלית).

שאלה 3:

בפס"ד נפסק כי האומנות של דודו גבע מפרה את זכויות היוצרים של וולט דיסני, ולכן היה עליו להוציא חלק מהספר הברוז. לא נעשו ההבחנות הנדרשות והתוצאה של הפס"ד מטרידה מכיוון שמהווה סירוס היצירה- המעטפת הייתה חופש הביטוי מול זכות לקניין אבל המחשבה הייתה מחשבה פרטית, בעוד שזכויות האדם אינן עניין פרטי.

צריך יש להזהר משימוש במשפט משווה- בשיטה הישראלית אין איזון בין חופש הביטוי לבין הזכות לקניין. לעומת זאת בארה"ב חופש הביטוי הוא כמעט מוחלט וזכויות היוצרים הינה כקטגוריה העומדת בפני עצמה ללא כל קשר לחופש הביטוי (לא קשור לקניין במובן הקלאסי כי יש להם ס' ספציפי לזה בתוך החוקה), לכן ההשוואות לארה"ב בעייתיות.

לאור החלה של מערכות תפיסתיות אמריקאיות ניתן צו מניעה, וזה מוזר כי כאן שלא מדובר בכבוד האדם ניתן צו מניעה לעומת אבנרי נ' שפירא ששם דובר בכבוד האדם ולא ניתן צו מניעה. אולם, התפיסה האמריקאית לא מתאימות למערכת הערכית והמוסרית בישראל.



התוצאה שלכאורה לקחה בחשבון את האיזונים בין חופש הביטוי לזכויות המתנגשות, למרות שלא הייתה פגיעה ממשית בקניין, היא מטרידה. שכן, משמעותה סירוס היצירה ויצירת אפקט מצנן.

ניתן לומר כי יכול להיות שפסיקה זו מבטאת סכנה כאשר אנו משתמשים בשיח של זכויות האדם בתחום המשפט הפרטי. אם משתמשים בשיח של זכויות האדם במשפט הפרטי אז יש התנגשות בין האינטרס אישי של דודו גבע ליצור (ספק אם השופטים הבינו את ערכו) לבין האינטרס של וול דיסני.

הפס"ד ער לזכויות האדם שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ולחופש הביטוי, ולכך שליוצר יש זכות ביצירתו וזכות לקניין. אך האיזון נהפך ליותר מדיי פרטי, בעוד שזכויות האדם זה לא עניין למשפט הפרטי, ואם כן מחילים אותן צריך לזכור שהן מייצגות דבר שעבר לאותו סכסוך פרטי.

המעטפת מבחינת המילים הייתה חופש הביטוי לזכות לקניין אבל המחשבה הייתה יותר מידי מחשבה פרטית. לא בטוח כי תמיד המשפט הפרטי יכול להיות האכסניה האידיאלית לביטויים אלו. לפיכך, צריך להפריד בין האינטרס שהוא כן ראוי להגנה שהוא קניין במובנו המצומצם, לעומת שיקולים אחרים שבעצם במהותם הם פגיעה נטו בחופש הביטוי, גם כשזה לא נעים ולא נוח ליצור העיקרי, כי כך מתפתח חופש הביטוי.

שאלה 4:

לדעתם מבחן הסתברותי של וודאות קרובה באיסורים עונשיים אינו ראוי. המבחן לא באמת מתאים למכלול שהמקרים שבהם מתעוררת טענה שצריך להגביל את חופש הביטוי.

המבחן ההסתברותי מוסיף לעמימות וזה בעייתי בדין הפלילי – קשה להוכיח אם יתקיים יסוד נפשי של מודעות לקיומה של האפשרות הסבירה. כמו כן, לרוב אדם לא חושב - קרוב לוודאי שדבריו יובילו לגזענות. תחולה להסתברות רק בפן העובדתי ולא משפטי (מתעלמים מהיסוד הנפשי).

כמו כן, במקרים רבים לא ניתן לשייך להתבטאות קונקרטיה הסתברות שבעקבותיה תתקיים תוצאה מסויימת. לכן לא יהיה ניתן להוכיח שהתקיימה העבירה מעבר לספק סביר.

ביהמ"ש צריך לעשות מאמצים פרשניים בשלבי הדיון על מנת להתמודד עם האיסור בעייתית, אך לא הגיע לתוצאה המניחה את הדעת- כדי לקיים את מבחן הוודאות הקרובה הוסיפו מבחנים אחרים למרות שבעבירה אין דרישה הסתברותית. חיפשו את ההשלמה ביסודות העבירה – האם נפגע הערך המוגן?

13/15

שאלה 5:

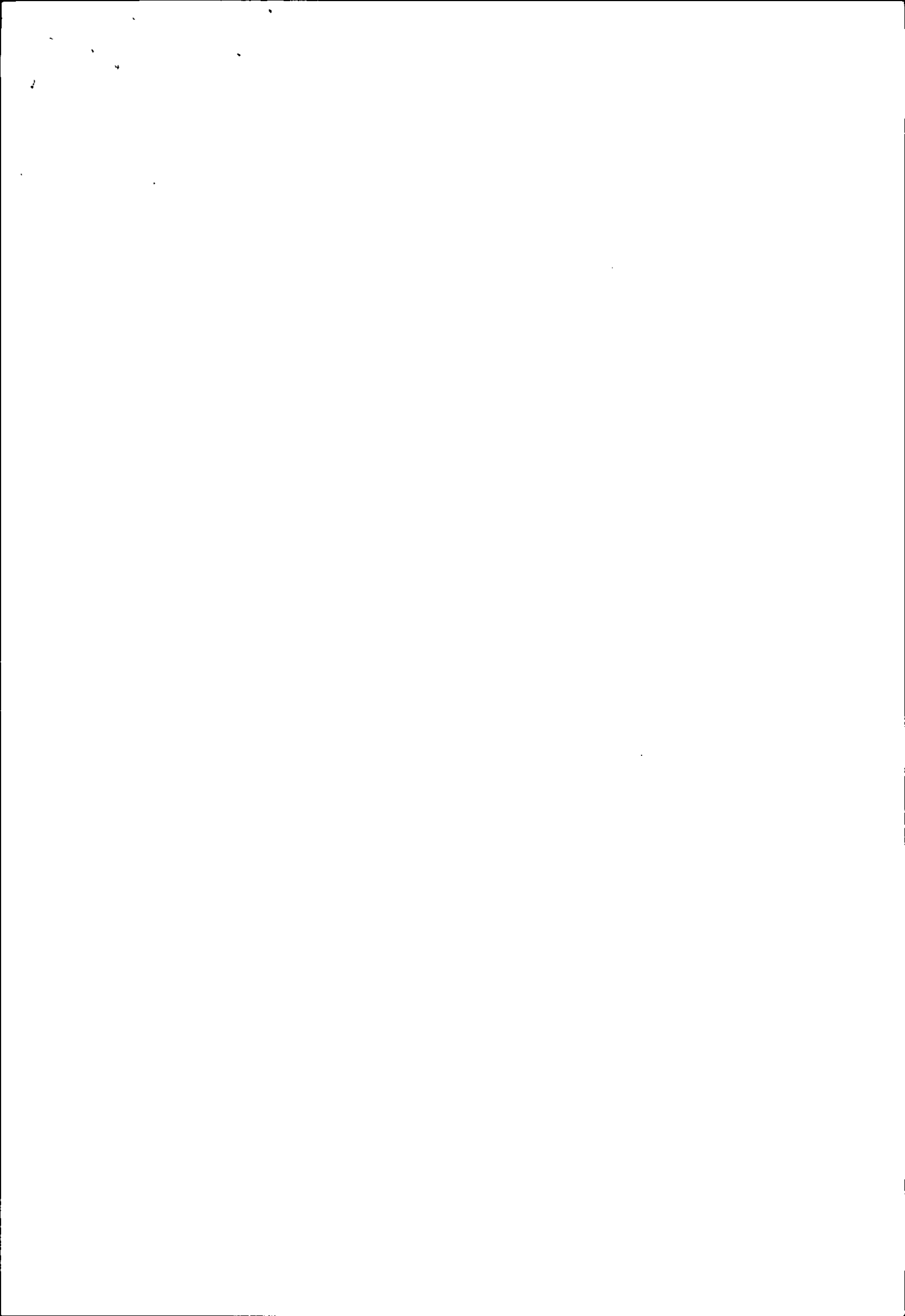
המבחן התוכני: מתבסס על הדעות הפוליטיות של המפלגה. לפיו הכנסת הינה רשות שלטונית, על כן יש תכנים מסוימים שרשימות לא יכולות לקדם (כאלו החותרים תחת מהותה של מד"י). לדוג': רשימת כך נפסלה משום שכל דעותיה ומעשייה היו גזעניים ואנטי-דמוקרטיים. יש אי התאמה לתפקיד של ח"כ.

המבחן ההסתברותי: אם אין אפשרות סבירה שהרשימה או המועמד יסכנו את קיום המדינה וערכיה הבסיסיים לא נפסול אותם. מטרת הפסילה להגן על הכנסת כרשות שלטונית של מדינת ישראל וגם להגן על קיום המדינה, אם ע"פ המבחן ההסתברותי נמצא כי המטרה לא תוגשם אין לפסול.

בפס"ד נימין ביהמ"ש קבע פה אחד כי המבחן התוכני הינו מבחן הפסילה המחייב.

יתרונות של המבחן התוכני:

- סיכוי נמוך שכבר במועמדות לבחירות ניתן לומר שקיימת וודאות קרובה לפגיעה בערכי מד"י, ולכן המבחן ההסתברותי לא מתאים.
- לכאורה ככל שהרשימה יותר קיצונית ואנטי ישראל יש סבירות נמוכה שתשיג את מטרותיה ולכן פחות סיכוי שתפסל ע"פ המבחן ההסתברותי.

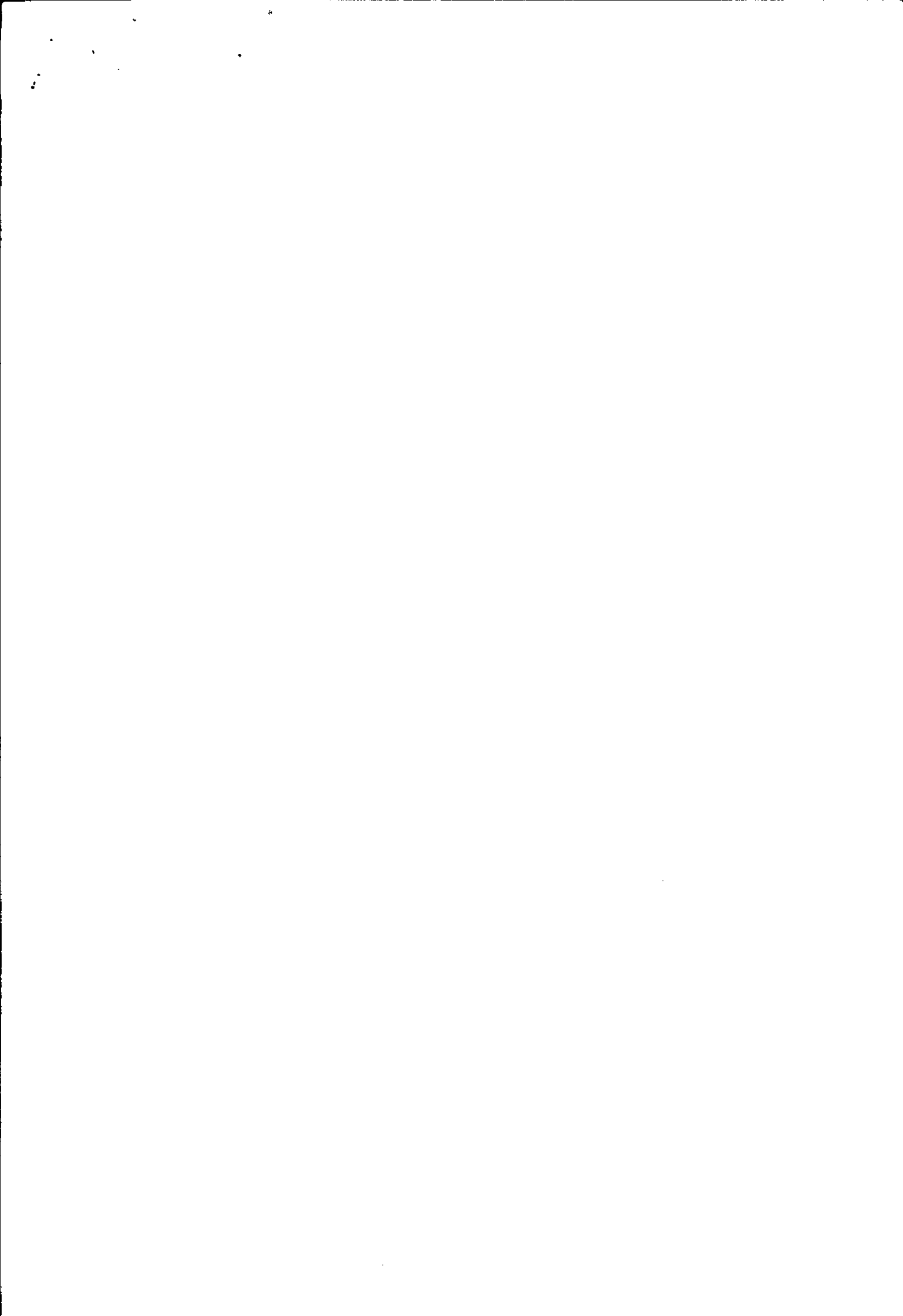


- המבחן ההסתברותי מראים שלרוב המבחן לעיל לא באמת מתאים למכלול שהמקרים שבהם מתעוררת טענה שצריך להגביל את חופש הביטוי, מתאים רק במעט המקרים- מתאים לסיטואציות של מניעה מוקדמת, לכן אם המפלגה בעבר כבר יוצגה והוכח שאין פגיעה, המבחן לא מתאים.
- לעיתים ע"מ להחיל לקיים את מבחן ההסתברותי מוסיפים נדבכים והדבר בעייתי (פס"ד כהנא- חיפשו את ההשלמה ביסודות העבירה- האם נפגע הערך המוגן?).
- מבחן ההסתברותי בעייתי לאור קיומן של תכליות ציבוריות לחופש הביטוי - (1 דמוקרטיה 2) שוק הדעות וגילוי האמת, בשונה מהתכלית ה-3 שהיא הגשמת היוצר (ככה"א במובן הקלאסי). כאשר מבקשים לפגוע בככה"א או בזכות יסוד של אחד כדי להגשים חופש ביטוי בעל תכלית ציבורית? קשה לאפיין וודאות קרובה לפי המבחן ההסתברותי ולכן הוא דל.
- מבחן הוודאות הקרובה בעייתי כאשר בנסיבות העניין מוסכם על כולם שהביטוי האסור לא משקף את המציאות, אז הסתמכות על רציונל חשיפת האמת לא רלוונטית.

חסרונות של המבחן התוכני:

- ייתכן שלמפלגה דעות פוגעניות אך הן לא באות לידי ביטוי (כמו החרדים שלא רוצים דמוקרטיה) ואז היא לא תיפסל.
- לפי המבחן התוכני יתכן כי אותו ציבור המיוצג ע"י המפלגה עלול להיות מודר מהכנסת וקולו לא ישמע כלל, קרי גם התכנים שאינם חותרים תחת מהותה של מדינת ישראל. פגיעה משמעותית בציבור המיוצג בכלל (גם ייצוג שאינו קשור לתוכן הבלתי ראוי) אף אם אין וודאות קרובה שהתוכן שאינו ראוי יממש. לכן, שאר האינטרסים שלהם לא יוצגו למרות שאין סיכון ממשי בייצוגם.

✓
20



אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים שאלון סגור

חופש הביטוי – סמסטר ב' תשע"ו – 99-975-01

שאלון לבחינה – מועד ב

8:30 – 13.9.2016

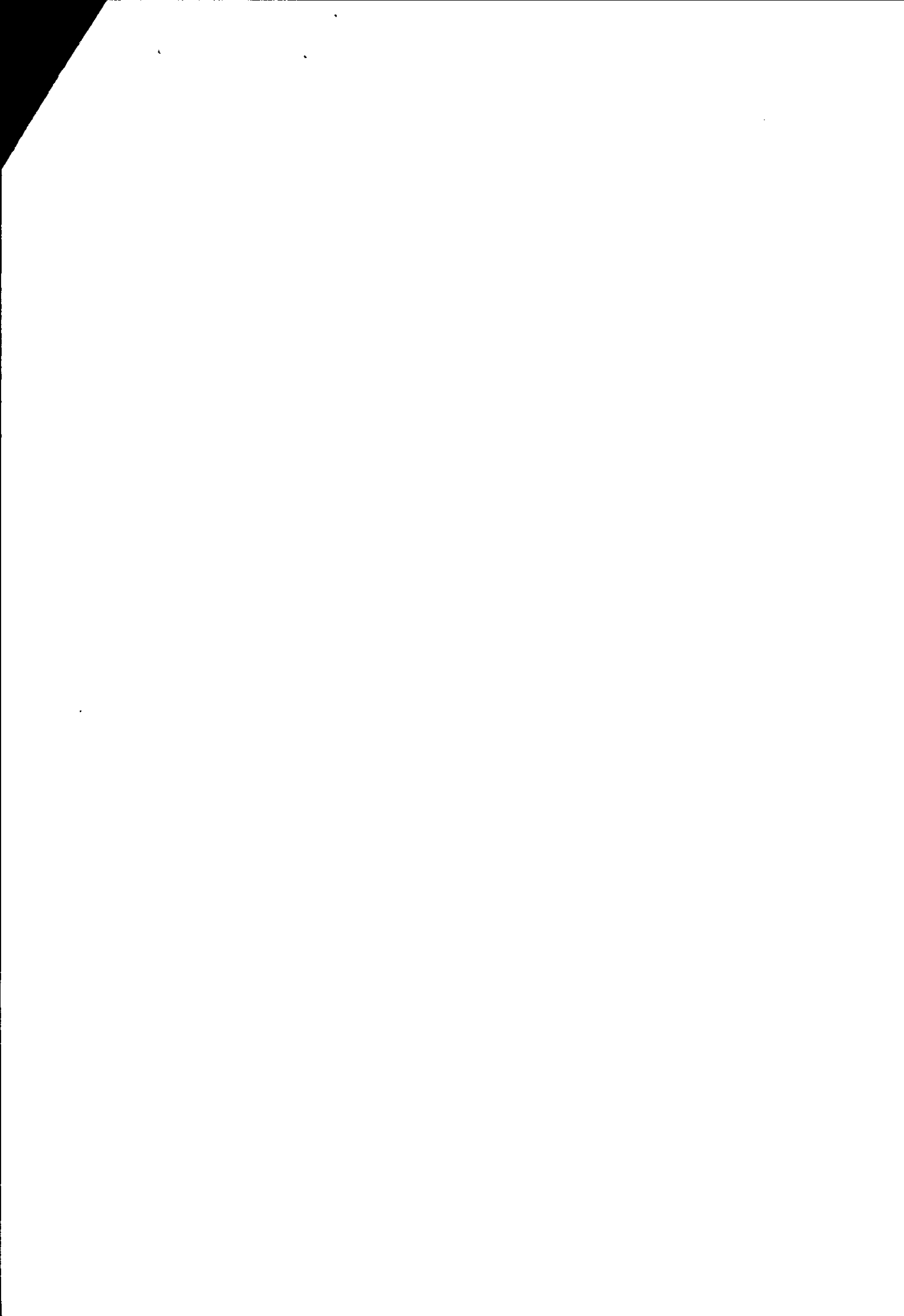
הוראות לבחנים

1. משך הבחינה – שעתיים.
2. אין להכניס לאולם הבחינה כל חומר-עזר.
3. יש להשיב על כל השאלות.
4. יש להשיב על-גבי טופס הבחינה, בשורות המסומנות. השורות המסומנות מספיקות לתשובה מלאה, אך במקרה הצורך מותר להשתמש גם בצד האחורי של טופס הבחינה. נא להקפיד על כתב-יד ברור.
5. אין חובה לציין שמות של פסקי-דין, שופטים, וכו'.
6. נא לנמק את התשובות, ולציין את כל אפשרויות התשובה המעוגנות בחומר הלימוד, כולל דעות מיעוט, השקפות בחיבורים אקדמיים ודעת המרצה.

שאלה מס' 1 – 20%

האם הטלת איסור על פרסום בתשלום של דעות פוליטיות ("פרסומות פוליטיות") פוגעת בחופש הביטוי?
נא להציג דעות שונות.





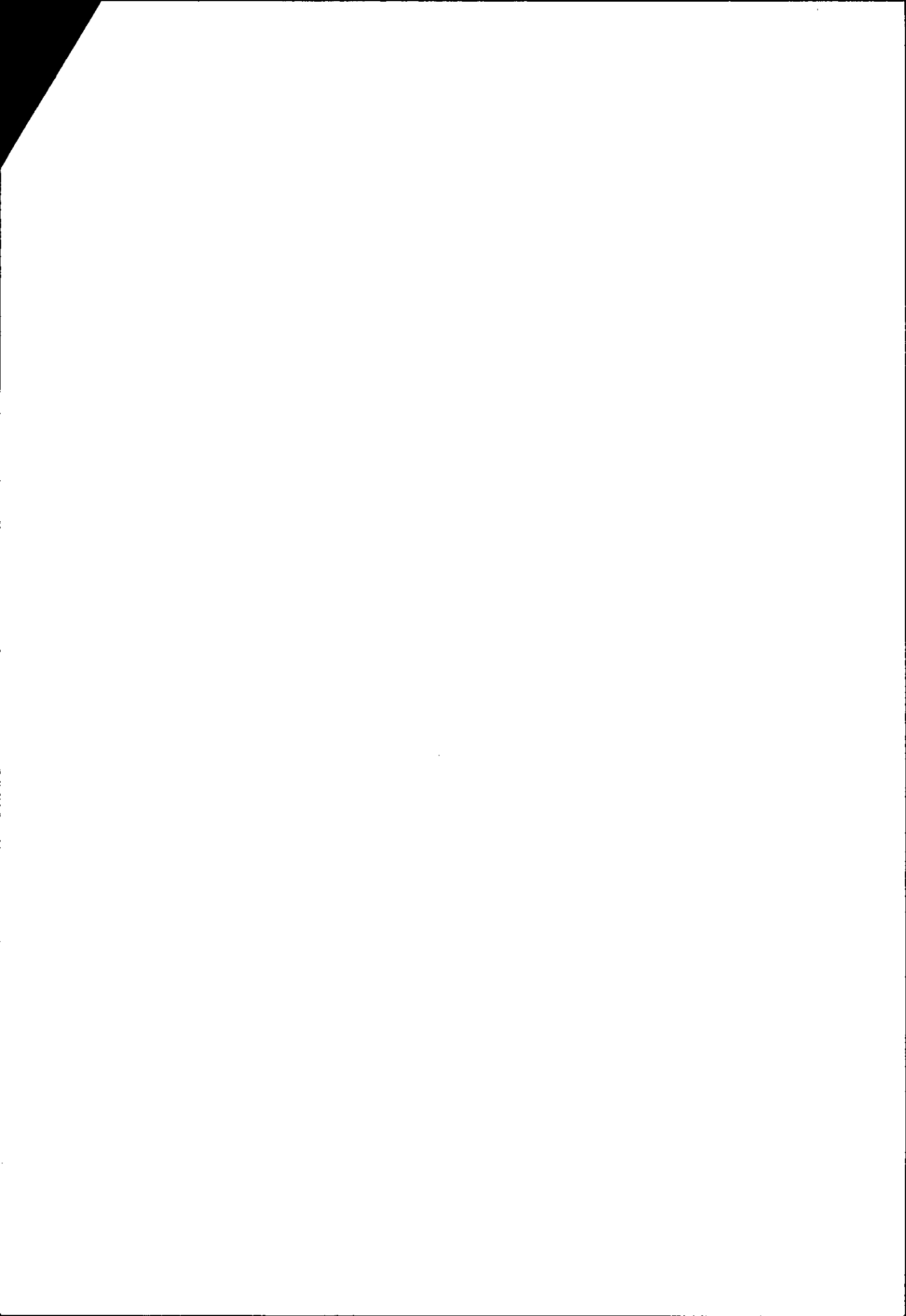
שאלה מס' 3 – 15%

בפסק-דין גבע נ' חברת וולט דיסני נכתב בין היתר:

"במקרה הנדון, גם בהנחה שפעילותו היצירתית של המבקש בכלל או סיפורו [...] בפרט הינם בגדר אמנות – הנחה שבית המשפט, כאמור, איננו מתעמת עמה – אין כדי לתמוך בסיווג השימוש בדמות של ד.ד. [דונלד דאק] כהוגן. זאת משום שהשימוש דווקא ב-ד.ד., כשלעצמו, איננו תורם לאפקט הסאטירי (אם הוא קיים). אין ביצירה כל הארה או רמז לביקורת על דמותו של ד.ד. – הברווז של וולט דיסני; מכאן שבסאטירה על ד.ד. עצמו (דהיינו: פארודיה) ודאי לא עסקינן. לעניין ביקורת חברתית כללית אף אם נניח שבאה לידי ביטוי ביצירה, כך שמדובר בסאטירה חברתית, אין זה נעשה על-ידי עצם השימוש בדמות של ד.ד. אין בסיפור כל שימוש







בהצלחה!

