

# "כי מלאה הארץ דעה"<sup>1</sup>

## חופש הביטוי בעידן ריבוי הדעות וערוצי ההתבטאות

עמית שכטר

### שוק הדעות – מקורותיה של המטפורה

מטפורות הן מכשיר חיוני ומקובל בעיצוב מדיניות וניתוחן הוא כלי מרכזי להבנת מדיניות.<sup>2</sup> בין המטפורות המקובלות בתחומים שונים של הסדרה נמצאים אורגניזמים, חוקי הטבע, מכונות ומלחמה.<sup>3</sup> להסדרתו ולהצדקתו של חופש הביטוי, המצוי בבסיס ענף התקשורת, השתרשה מטפורת השוק, ובאופן ספציפי יותר, "שוק הדעות".

מטפורת שוק הדעות מעוגנת בתפיסת העולם התועלתנית שבבסיס הקפיטליזם בכלל והסדרת אמצעי התקשורת בפרט.<sup>4</sup> התועלתנות גורסת כי הבחירה בין חלופות פעולה צריך שתיעשה כך שהתוצאה הסופית תהיה מקסימיזציה של מצרף האושר של הפרטים בחברה.<sup>5</sup> כאשר מדובר בבחירה בין מסלולי מדיניות שונים שאינם יכולים לדור בכפיפה אחת, מביאה הגישה התועלתנית להעדפת טובת פרטים מסוימים הנראים כמי שיכולים לתרום לאושר הכללי יותר מפרטים אחרים.

עד למאה השמונה-עשרה לא נחשב חופש הביטוי בגדר חלופת מדיניות בעלת חיוניות.<sup>6</sup> מרגע המצאת הדפוס בצורתו המודרנית נתקל הביטוי הממוכן במערכות דיכוי: במערב הגבילו המלוכה והכנסייה את תפוצת המידע והדעה שסיכנו את שליטתם,<sup>7</sup> ואילו במזרח אומצה אסכולת ה"ערכים האסיאתיים" שבה הושווה חופש הביטוי עם ההרמוניה שבין המשטר לעיתונות.<sup>8</sup> גם הניסיונות הראשונים לעגן את חופש הביטוי כנורמה לא בהכרח צלחו; לא בצרפת שאחרי המהפכה,<sup>9</sup> ולא באנגליה בתקופה המקבילה.<sup>10</sup> ארצות הברית יישמה את חופש הביטוי בשיטתה המשפטית אחרי אימוץ התיקון הראשון לחוקתה ב-1789.

הפרשנות האמריקנית לחופש הביטוי הותירה את העיתונות בידיים פריטיות. היא זיהתה דיכויטומיה פשטנית בין המדינה לבין העיתונות המסחרית כמערכת היחסים הכמעט-בלבדית המסכנת את חופש הביטוי.<sup>11</sup> כל עוד הייתה העיתונות המודפסת כלי התקשורת המרכזי, התנהלה זו כמעט ללא הגבלה, כאשר הצדקת הגבלות חייבה את בחינתן בראיה חוקתית. כך נוצרו גם ההצדקות המשפטיות להגנה על חופש הביטוי וגם גבולותיו של חופש הביטוי עצמו, החל מהפגיעה בשמו הטוב של הזולת ועד הסכנה לביטחון הציבור. במסגרת דיון זה צפה ועלתה מטפורת שוק הדעות (the marketplace of ideas).

בני אדם נוטים לחשוב במטפורות. גם עיצובה של מדיניות תקשורת איננו חף מחולשה זו של הדמיון האנושי. ההסתמכות על המוכר והמושאל לצורך הבנתו של החדש והשונה מאפשרת להתמודד עם הבלתי מוכר ולצפות לתוצאות דומות לאלה המושגות בהתמודדות עם המוכר. בה בעת ההיצמדות למטפורות מסורתיות טומנת בחובה גם סכנות: האחת היא הקיבעון המחשבתי והאחרת היא הנצחתן של טעויות העבר. בתחום המדיניות הציבורית עלולה הנצחת טעויות העבר לקבע עיוותים חברתיים שאינם רצויים ואולי אף אינם עולים בקנה אחד עם אמות מידה של צדק; בתחום מדיניות התקשורת היא עלולה להביא להמשך שליטתו של מיעוט על ערוצי המידע ולהשתקתם של קולות אלטרנטיביים. רענון של מטפורות מסורתיות הוא, אפוא, גם צורך וגם הכרח.

אחת מסוגיות היסוד בתחומי המשפט ומדיניות התקשורת היא סוגיית הסדרתו של חופש הביטוי. גם הסדרה זו איננה חפה מעיגון במטפורות. למעשה, ההפך הוא הנכון. הואיל וחופש הביטוי יובא על ידי בית המשפט העליון לשיטת המשפט הישראלית היישר משיטת המשפט האמריקנית, משום שלא עוגן בכל דבר חקיקה מקומי שבו אפשר היה להיאחז, אומצה יחד עמו גם המטפורה האמריקנית שבבסיס ההגנה על חופש הביטוי, מטפורת השוק החופשי של הדעות. במאמר זה מטרתו להציע חלופות רעיוניות למטפורה הדומיננטית של שוק הדעות ולעגן במציאות הישראלית. בראשיתו יתוארו שורשיה של מטפורת שוק הדעות ואופן קליטתה בפסיקת בית המשפט העליון ובשיח המשפטי הישראלי. בחלקו השני אציע שתי דרכים אלטרנטיביות להגנה על חופש הביטוי בעידן הרב ערוצי המסחרי. האחת, באמצעות פיתוח פרשנות חלופית למטפורה הדומיננטית, שתספק זווית ראייה חדשה לאופן שבו צריך לראות את מטפורת שוק הדעות וליישם אותה. השנייה היא זווית ראייה הנוגדת בבסיסה את רעיון שוק הדעות ומקורותיו התועלתניים והקפיטליסטיים, נוטשת את דרך המטפורות ומציעה דרך חדשה להתבונן על הבטחת חופש הביטוי, דרך פריזמת הצדק.

חופשי של רעיונות ודעות".<sup>30</sup> בצטטו את דברי השופט הולמס במלואם, סייג השופט יואל זוסמן את תחולת היקפו של שוק הדעות, באמרו כי "לא על-פי התחרות בשוק-הדעות נקבעות העובדות בבית המשפט, אלא על פי הראיות שהובאו לפני השופט בהתאם לדיני הראיות".<sup>31</sup> לעומתו הסכימו השופטות דליה דורנר ואילה פרוקצ'יה כי גם דברי שקר נכללים ב"שוק רעיונות ודעות פתוח חופשי",<sup>32</sup> אף כי השופטת פרוקצ'יה סברה כי ההתמודדות עם שקרים ב"זירה החופשית של שוק הבעת הדעות וההשקפות" מטילה מעמסה כבדה על הנפגע מדבר השקר.<sup>33</sup> בפרשת קראוס קבע גם השופט תיאודור אור כי "פרסומים עובדתיים תורמים לדיון הציבורי ולשוק הרעיונות, רק כאשר הם אמיתיים".<sup>34</sup> השופטת עדנה ארבל ניסתה ליישב את הסתירה שבין עמדות אלה בהבחנה בין אמת עובדתית לאמת שבהבעת דעה, ב"שוק דעות דינמי".<sup>35</sup>

גם היקף ההשתתפות בשוק הדעות עמד לדיון. השופט דורנר מצאה את דבריהם של אסירים כחלק חיוני מ"שוק הדעות כולו".<sup>36</sup> הנשיאה בייניש, עם זאת, סברה כי "אין לתיאוריה הגזענית מעמד בשוק הדעות המתחרות בהליך הדמוקרטי. לפיכך, אין להביאה בגדר המתמודדים בשוק הדעות החופשיות".<sup>37</sup> הנשיא ברק סבר כי להגנה על ביטוי ביקורתי או סאטירי משקל רב יותר בהבטחת קיומו של "שוק רעיונות" חופשי.<sup>38</sup>

הדיון בהסדרת אמצעי התקשורת והקשר בינה ובין "שוק הדעות" מוסיף למטפורה פן כלכלי. השופט תיאודור אור הסביר כי אחת ממטרות הרגולציה של כלי התקשורת היא מניעת "מונופול בשוק הדעות כתוצאה משליטה הומוגנית בכלי התקשורת".<sup>39</sup> השופטת אסתר חיות ציינה כי אמצעי תקשורת ההמונים תורמים לקיומו של "שוק רעיונות",<sup>40</sup> וכי הרגולציה של שוק זה באה למנוע את הפיכתו מ"שוק הרעיונות" ל"שוק הרעיון",<sup>41</sup> התנסחות זהה לזו של הנשיא שמגר בעניין כהן.<sup>42</sup> השופט מישאל חשין הדגיש כי ברגולציה של כלי התקשורת תפקיד המדינה הוא לשמור על איוון ב"שוק הרעיונות",<sup>43</sup> והשופט אשר גרוניס ציטט אותו בהסכמה והדגיש את תפקיד הרגולטור לפעול "למניעת ריכוז השליטה בשוק האמור, בין היתר באמצעות הגבלת שיעורי האחזקות באמצעי התקשורת".<sup>44</sup>

המטפורה הכלכלית מתרחבת כאשר הדיון עוסק בשידורים בעלי אופי מסחרי או כאשר שיקולים כלכליים לכאורה משפיעים על היקפו של חופש הביטוי. הנשיא ברק הסתייג מדרישת המשטרה שגוף המבקש לקיים הפגנה יציב סדרנים מטעמו ועל חשבונו כדי לשמור על הסדר, בטענה שכך יתדלדל "שוק הדעות והרעיונות".<sup>45</sup> השופט רובינשטיין סייג את היקפו של "שוק הדעות החופשי" והדגיש כי למשל "מגרש הפרסומות" איננו "מקומו הטבעי".<sup>46</sup> בעניין "המפקד הלאומי"<sup>47</sup> ציטטה השופטת מרים נאור את עמדת רשות השידור כי כאשר מדובר על שוק רכישת הפרסומות "אין מדובר בשוק רעיונות יעיל שבו כל דעה ודעה מתחרה על ליבו של הצופה [...] מגוון הדעות, מורכבות הסוגיות, מגבלת הזמן וחשיבות המדיום, מחייבים קביעת כללי פעולה שייסייעו ביצירת שוק דעות יעיל, מהימן והגון". שוק הרעיונות היעיל יושג באמצעות "חובת שידור מהימן, מאוזן המשקף את כלל הדעות בסוגיה נתונה".<sup>48</sup> כתוצאה מכך, הבהירה הרשות, אין מקום לעירובן של דעות פוליטיות במסגרת שידורי הפרסומות. אשר על כן כללי הרשות "יוצרים הפרדה בין מסגרת תשדירי הפרסומות

למעשה מיוחסת המטפורה למשפט שהופיע בדעת מיעוט ואשר אף בו לא אוזכרה מפורשות. במשפט "אברמס נגד ארצות הברית" התבטא השופט אוליבר ונדל הולמס (Holmes) כי "המבחן הטוב ביותר לאמת הוא כוחה של המחשבה להתקבל בהתחרות בשוק".<sup>12</sup> אפשר ומקובל להבין את ההכרזה הזו כאומרת שההגנה על חופש הביטוי משמעה שרעיונות צריך שיישקלו ויוערכו כמו סחורות, כלומר לא מכוח סמכות חיצונית אלא בתהליך פתוח שבו כל החברים בקהילה בוחנים את הדעות המובעות וערכן נקבע בהליך זה.<sup>13</sup> הפרשנות למטפורה התפתחה והשתנתה לאורך ההיסטוריה. פיליפ נפולי הנגיד שתי פרשנויות מקובלות למטפורת שוק הדעות: הפרשנות הדמוקרטית והפרשנות הכלכלית.<sup>14</sup> הראשונה מבוססת על הרעיון שההחלפה החופשית של דעות נמצאת ביחס ישר ליכולת ברור האמת וכתוצאה מכך לקיומה ולתפקודה של דמוקרטיה אפקטיבית. הפרשנות השנייה, שאומצה בשנות השבעים של המאה הקודמת בידי נציבות התקשורת הפדרלית בארצות הברית (ה-FCC), גרסה שיש זהות כביכול בין השוק לבין שוק הדעות, ולנוכח המגמות הדה-רגולטוריות של אותן שנים הכריעה כי כוחות השוק, והם בלבד, יכריעו את תוכן השידורים של בעלי רישיונות לשידור ברדיו ובטלוויזיה.<sup>15</sup>

### שוק הדעות במשפט הישראלי

מטפורת שוק הדעות, כמו רעיונות אחרים, חלחלה לשיטת המשפט הישראלית כמעט ביבוא ישיר מהמקור האמריקני, וכמו מונחים מיובאים אחרים, דוגמת "דוקטרינת ההוגנות",<sup>16</sup> אומצה באופן אקסיומטי. מאופן אימוצה אפשר להסיק גם מה הפרשנות שהוצמדה לה. אימוצה של מטפורת שוק הדעות נעשה באימוצו של עקרון חופש הביטוי. העיקרון עצמו הוכר על ידי בית המשפט העליון החל בהקמת המדינה,<sup>17</sup> אולם רק בפרשת קול העם<sup>18</sup> התקיים דיון רעיוני במהותו,<sup>19</sup> ומטפורת שוק הדעות נבחרה להצדיקו. באותה פרשה, שכבר נדונה לעיפה הן בפסיקה והן בביקורת האקדמית, תרגם נשיא בית המשפט העליון, שמעון אגרנט, את דברי השופט הולמס. אמירה זו צוטטה בידי שופטים רבים בפסקי דין רבים ושימשה הצדקה להחלטות מדיניות שונות, נקבעו לה סייגים והיא נצבעה בגוונים חדשים.

נשיאת בית המשפט העליון דורית בייניש ראתה ב"שוק חופשי של דעות ורעיונות" את הבסיס לדמוקרטיה,<sup>20</sup> כמוה כקודמה, הנשיא אהרן ברק.<sup>21</sup> ברק ראה ב"העשרת שוק הרעיונות" את אחת מהמטרות שבבסיס ההגנה על חופש הביטוי.<sup>22</sup> קודמו, הנשיא מאיר שמגר, סבר שעקרון חופש הביטוי מצדד בשוק הרעיונות.<sup>23</sup> לעמדה זו הצטרף גם השופט אליעזר ריבלין, המכנה את השוק, "שוק הביטויים והרעיונות".<sup>24</sup> השופט אליקים רובינשטיין קבע כי חופש הביטוי קיים כדי "לאפשר שיח ציבורי בשוק הדעות".<sup>25</sup> השופטת אילה פרוקצ'יה הציגה את "שוק הרעיונות החופשי" ככזה שבאמצעותו משתקף מגוון הדעות בנושא ספציפי העומד לדיון.<sup>26</sup> בדיון על היקף ההגנה על חופש הביטוי הפורנוגרפי, סברה הנשיאה בייניש כי ההגנה הרחבה על חופש הביטוי קיימת בין היתר כדי לחשוף את האמת על רקע קיומו של "שוק דעות פתוח במסגרתו מתחרים רעיונות נוגדים".<sup>27</sup> במשפט אביאל<sup>28</sup> אמר הנשיא ברק כי "יש לאפשר לשוק הדעות הפוליטי לפעול", ביטוי שבו השתמש גם במשפט יאסין,<sup>29</sup> ובעניין בשארה הדגיש כי חסינותם של חברי הכנסת ניתנה להם כדי "להבטיח שוק

שהתוצאה לא תהיה תוהו ובוהו, שכן תוהו ובוהו איננו המתכון האופטימלי לשוק מתפקד.<sup>62</sup> המכשיר המודרני המקובל להבטחת תפקודו של שוק הוא דיני התחרות (המוכרים בישראל כדיני ההגבלים העסקיים). אימוץ העקרונות שבבסיס דינים אלה והחלתם על השוק המטפורי של הדעות יכולים לעזור בגיבוש ההבנה למהות הכלים הנדרשים להבטיח את קיומו התקין של שוק זה.

### דיני התחרות והחלתם על שוק הדעות

הצעד הראשון הנדרש להבטחת תפקודו התקין של שוק המוסדר תחת דיני התחרות הוא הגדרת הגבולות של שוק המוצרים הרלוונטי. בניתוח הכלכלי הדבר נעשה על ידי החלת מבחן היפותטי ליכולתו של יצרן ה"מוצר" להעלות את מחירו ולשמור על נתח השוק שלו כנגד מוצרים מתחרים. השוק הרלוונטי הוא הקבוצה הקטנה ביותר של מוצרים המקיימת את המבחן, המכונה מבחן ה"חילופיות הסבירה".<sup>63</sup> האם יכול מוצר אחד להחליף אחר בעיניו של המשתמש הסביר, המנוע מלרכוש את המוצר המקורי בשל מחירו הגבוה? ניתוח זה בא להבטיח כי השוק הרלוונטי יתנהל באופן תחרותי ורציונלי, כמתבקש משוק מתפקד עם מעורבות ממשלתית מינימלית.

באופן מסורתי ההנחה היא ששוקים רציונליים מונעים על ידי הרצון האגואיסטי להרוויח ולא על ידי נדיבות לבם של הסוחרים.<sup>64</sup> ועל כן יש צורך באסדרתם. עם זאת, בדיני התחרות לא רק השיקולים המצומצמים של השוק שבו נפגמה לכאורה התחרות עומדים לנגד עיני גופי האסדרה. הרלן בלייק וויליאם ג'ונס מצביעים על התועלת הבלתי ישירה הנוצרת מחקיקת הגבלים עסקיים.<sup>65</sup> ואכן, אחת מתופעות הלוואי של אסדרת התחרות היא היכולת לפקח על מוקד הכוח שנוצר בשוק אחד מלזלזל לשווקים אחרים. יתרה מזאת, זיהוי של ריכוז כוח כלכלי בשוק אחד, במיוחד בשוק הדעות (אם כך אפשר לכנות את ענפי המידע והתקשורת למיניהם), מאפשר לאתר את ההשפעה הפוליטית הבלתי הוגנת שעשויים גופים שולטים אלה להשיג. כך שדיני התחרות אינם מוגבלים ליצירת שוק תחרותי התורם למבנה תחרותי של מחירים, אלא הם קיימים גם לצורך הכלת כוחם של מונופולים בתחומי השוק בתוכו הם פועלים, ולא מעבר לגבולותיו.<sup>66</sup>

כדי לזהות מהו המוצר הרלוונטי בשוק, מעבר למבחן השימוש בידי הצרכן, נדרשת שקיפות מלאה ביחס ליכולותיו של המוצר. ההבחנה בין שווקים, אפוא, היא התפתחות טבעית של דרישת השקיפות. ככלל, ההבחנה וההפרדה בין מרחבים ייחודיים היא רעיון ליברלי.<sup>67</sup> כך למשל עקרון ההפרדה בין דת למדינה וההפרדה בין הכנסייה לבין האוניברסיטה נוצרו כדי לשמור על עצמאותם של שני הגופים. באותה מידה אפשר לומר כי רעיון ההפרדה יכול להתקבל גם בתפיסת העולם המרקסיסטית, שכן חזונו של מרקס להגדרה עצמית וקולקטיבית דרש קיומו של מרחב מוגן מפני כוחו של ההון להשפיע על קבלת החלטות. מרחב כזה יכול להתקיים רק כאשר העושר והכוח מוגבלים ביכולת ההתפשטות שלהם.<sup>68</sup>

הפרדה איננה תנאי רק ליכולת לקיים בחירה חופשית מלחצים, אלא גם לשוויון. כאשר ההצלחה במרחב אחד איננה יכולה להיות מועברת למרחב אחר היא מנועה מלתרום לעיוות יחסי הכוחות באותם מרחבים.<sup>69</sup> השמירה על גבולות יכולה להיראות גם כדרישת סף לתכנון חברתי יעיל,<sup>70</sup> וההיסטוריה מוכיחה כי בחברות שבהן היו

לבין מסגרת השידורים. הפרדה זו תביא לשוק רעיונות פוליטיים יעיל ושוויוני.<sup>49</sup> השופטת פרוקצ'יה אימצה עמדה זו בסוברה כי מתן האפשרות לקנות ביטוי פוליטי בכסף לא רק שלא יקדם את שוק הדעות והרעיונות בחברה חופשית, אלא עלול לעוות אותו, במתן הדעה לבעל המאה [...] תשדירי הפרסומת המסחרית והתשדירי הנייטרליים למיניהם, הניקנים בתשלום, אינם משפיעים על שוק הרעיונות והדעות בתחום החברתי, ואינם מעוותים את הזרימה החופשית של הביטוי הפוליטי-אידיאולוגי במערך השידורים הכללי בתקשורת הציבורית, שאינו מותנה במשאבים כספיים. פתיחת תשדירי הפרסום בתשלום לביטוי הפוליטי עלולה לערער את שיווי המשקל הקיים בשוק הפתוח של הדעות והרעיונות, ולעוות את השיח החברתי נוכח החשש להשתלטות גורמי הון על אמצעי שידור זה ברשויות התקשורת.<sup>50</sup>

גם בקרב חוקרי המשפט והתקשורת הישראלית מאוזכרת מטפורת השוק כעניין אקסיומטי, המקבל תוקף יתר כאשר שיקולים כלכליים בצדו. זאב סגל, שטבע את הצירוף "[ה]שוק החופשי של המידע והדעות",<sup>51</sup> התריע כי "בחברה [הישראלית] צריך הוויכוח הציבורי להתנהל בחריפות לפי המצפון וכמעט ללא מעצורים ב'שוק החופשי של הדעות', כביטוי של השופט האמריקאי אוליבר הולמס",<sup>52</sup> פנינה להב ראתה בהבטחת פעילותו של "שוק רעיונות הפתוח לכל" אמצעי הכרחי לשמירת בריאות החברה;<sup>53</sup> אורית קמיר היצרה על שלילת "הזכות להשתתף ב'שוק הרעיונות' החופשי של החברה הישראלית",<sup>54</sup> של עותרים בעתירה שאותה היא מבקרת; יחיאל לימור ציין כי "החדשות בעיתונות המודפסת והאלקטרונית הן השמן המניע את גלגלי 'שוק הדעות והרעיונות'",<sup>55</sup> ואילו משה נגבי משתמש במטפורה בספרו **חופש העיתונות בישראל** בהקשרים שונים,<sup>56</sup> אך בדברי הסיכום הוא מתריע מפני ריכוזיות השליטה בתקשורת והתמסחרותה כשילוב "שיש לו השלכות קטלניות [...] על 'שוק הרעיונות'".<sup>57</sup>

### שוק הדעות כשוק מוסדר – כללים לניהול "שוק דעות ורעיונות" שוויוני<sup>58</sup>

המטפורה שוק – אם של דעות, של רעיונות, של ביטויים או של מידע – התקלה כראויה למצב אידאלי שבו העיתונות חופשית והאמת זוכה לבירור רציונלי. נשאלת השאלה אם אפשר לעשות צעד נוסף ולנסות לגבש אמות מידה לקיומו של שוק זה. הסיבה לצורך זה היא שההנחה כי שוק מתפקד באופן המיטבי כשהוא חופשי מכל אסדרה (רגולציה) היא הנחה שגויה ביסודה. כשם ש"הזכות לחופש הביטוי אין פירושה כי אדם רשאי להשמיע או לפרסם בכתב, כדי שאחרים ישמעו או יקראו, את כל העולה על רוחו. יש להבחין בין חופש להפקרות", כפי שכתב הנשיא אגרנט בבג"צ קול העם,<sup>59</sup> כך שוק חופשי אין משמעו שוק מופקר. התפיסה כאילו כוחות השוק יכולים להבטיח שכל הצרכים שעל שוק הדעות לספק אכן יסופקו, בטעות יסודה.<sup>60</sup> קידום של יעילות כלכלית וערכים חברתיים תחת המטרייה של מטפורת שוק הדעות תוצאתה מדיניות רעה והערכה גרועה של אותה מדיניות.<sup>61</sup>

יש לחשוב על מטפורה חדשה או לפחות על השתתה של המטפורה הקיימת על אדנים של הגינות. דבר זה עשוי להביא לגישור בין הפרשנות הכלכלית לפרשנות הדמוקרטית שניתנה לה. במילים אחרות, אפשר להשתמש במטפורת השוק גם בתרגום כלכלי ובלבד



ודילול כוח עודף, שקיפות התורמת לשיח הגון, ובאמצעות הגדרות מדויקות של צורות השיח גם תחרות הוגנת בין הדעות השונות. מכאן שהיא המנגנון המאפשר להשיג את מטרותיו החברתיות של שוק הדעות – הסכמה המבוססת על תהליך שקוף של בירור העובדות וההתדיינות עליהם, שמקבילותיו הכלכליות הן ביסוסו על תחרות הוגנת. יצירת מרחבים נפרדים משרתת לא רק את ההגינות בתוכם וביניהם, אלא גם את הציבור בכללותו, באפשרה לציבור כולו להעריך את תוצאותיו של השיח ואת ערכה של כל דעה.<sup>81</sup> השאלה העיקרית שנותרת פתוחה היא כיצד לזהות את צורות השיח השונות, ובמיוחד את האינטרס החבוי בהן, כדי ליצור את הפרדה הנדרשת. הדברים חשובים במיוחד כאשר אנו מנתחים שיח המתנהל באמצעי תקשורת המונים: כיצד לקבוע כי אכן לפנינו שוק דעות מתפקד? כיצד להבטיח כי לא מתקיים רק פיקוח על גלישתו של חופש הביטוי ל"הפקרות הביטוי", כי אם גם פיקוח המונע משוק הדעות להיות שוק מופקר?

**ההיררכיה של סוגי שיח בישראל ובארצות הברית**  
 אף על פי שיש הטוענים כי בעידן ריבוי השיח שבו אנו מצויים חדל השיח להיות מיוחד,<sup>82</sup> עדיין ההבחנה בין סוגי השיח באה לידי ביטוי גם באופני הסדרתו. למעשה, אפשר להבחין בין שיח הזוכה להגנה מלאה, שיח הזוכה להגנה חלקית ושיח אסור. בשיטה האמריקנית, השיח האסור כולל את השיח הגס (obscene), מוציא הדיבה (libelous) ואת זה המסכן את שלום הציבור (those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace).<sup>83</sup> השיח המוגן חלקית בשיטה זו הוא השיח המסחרי,<sup>84</sup> שאותו אפשר להגביל כל עוד ההגבלה היא מידתית. בשיטה הישראלית הדברים מורכבים מעט יותר. ראשית, השאלה אם הזכות לחופש ביטוי מעוגנת במשפט החוקתי הישראלי שנויה במחלוקת,<sup>85</sup> ומכיוון שהיקף ההגנה על הזכויות החוקתיות גם הוא שנוי במחלוקת, הרי שאף כי מוכרת הזכות בפסיקת בית המשפט

פחות מרחבים מוגנים, המרחבים הקיימים אינם מוגנים באותה מידה של הצלחה ובכך אלה הנמצאים בעמדות של כוח במרחבים מסוימים מסוגלים לתרגם כוח זה למרחבים אחרים.<sup>71</sup>

מכאן שההבחנה בין מרחבים לצורך דילולו של הכוח תורמת ליצירתה של חברה צודקת יותר. אלא שהפרדה יכולה לשמש גם לצבירת כוח.<sup>72</sup> הדבר קורה, למשל, כאשר מאמצות אידאולוגיות גזעניות או מבדלות באופן אחר שפותחו כדי להחליש ולהדיר קבוצות אוכלוסייה מסוימות מלהגיע אל מוקדי הכוח או משאבי הכוח בחברה. המקרה הבולט בהקשר זה היה דוקטרינת ה"נפרד אבל שווה" (separate but equal) ששלטה בארצות הברית במרבית המאה העשרים וננטשה רק כאשר אי אפשר היה עוד להסוות את אופיה הגזעני ואת תוצאותיה הרות האסון.<sup>73</sup> הסיבה שהפרדה במקרה זה הביאה לתוצאות שליליות נבעה מכך שהמופרדים הופרדו שלא מרצונם, בכוח, ועל פי רוב היו שייכים לאוכלוסיות מופלות לרעה ומוחלשות. דוגמאות ישראליות למדיניות כזו שבהן התערב בית המשפט ומנע את המשך דיכוי של המיעוט על ידי הפרדתו הם פרשת קעדאן, שבה נפסלה מדיניות מפלה שמנעה ממשפחה לא יהודית להצטרף ליישוב שתושביו יהודים, ופרשת קווי המהדרין שבה הודרו נשים לחלקו האחורי של האוטובוס בנפרד מגברים, זכר להפרדה הגזענית שהמחאה נגדה הביאה לנפילת המשטר הגזעני בארצות הברית בשנות החמישים. בתחום השיח אפשר לומר כי הפרדה שלילית מתקיימת כאשר לדעות מסוימות לא ניתנת דריסת רגל בשוק הדעות משום שהן אינן מוצאות חן בעיני הרוב. דוגמה לכך, למשל, הוא החוק המוכר כ"חוק הנכבה". חוק זה מפחית מתקציבו של גוף מתקצב עד פי שלושה מההוצאה על מימון פעולה המציינת את יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל.<sup>74</sup> החוק איננו אוסר על קיום אירוע או פעילות שבהם מובע המסר (הצעת החוק ביקשה לקבוע מאסר של שלוש שנים למבצע הפעולה), אלא קובע סנקציה מנהלית במטרה להרתיע וממילא לא לאפשר לדעה זו להישמע בשוק הדעות.

תפיסת הפרדה זכתה לעדנה בהתגבשותו של רעיון המרחב הציבורי מבית מדרשו של הפילוסוף הגרמני יורגן הברמס (Habermas) והתאמתו לניתוח המוסדי של אמצעי התקשורת, ובמיוחד לזיהויו של המרחב האידאלי הזה עם רעיון השידור הציבורי והעיתונות הציבורית.<sup>75</sup> המרחב הציבורי האידאלי הוא המקום שבו מתפתחות עמדותיו של הציבור ואשר הגישה אליו שוויונית.<sup>76</sup> המרחב הזה מופרד מהמדינה,<sup>77</sup> ומתנהל בנפרד ממנה, מהמרחב המשפחתי ומהמרחבים שיוצר השוק המסחרי.<sup>78</sup> הפרדה זו מאפשרת תקשורת בין הפרטים הנמצאים במרחב, שאיננה מעוותת על ידי הלחצים הנובעים מהאינטרסים שלהם.<sup>79</sup> קונסנזוס בתנאים אלה מחייב דיאלוג נטול שליטה ולמנוע את ניצול היתרון היחסי שצברו, למשל, גופי התקשורת בשל כוחם הכלכלי על השיח. תאוריה אחרת של הברמס הממוקדת ב"מצב השיח האידאלי" יכולה לשמש בסיס לפיתוחו של שיח שכזה. בשיח האידאלי כל ניסיון להגיע להסכמה המבוססת על תקשורת נטולת עיוותים מוגן מפני המגבלות הנוצרות על ידי מוטיבציות ונאמנויות חיצוניות לשיח עצמו, אשר בכל סטואציה אחרת היו מאובחנות כרציונליות מבחינת האינטרסים של הנושא אותן, אולם אין להן מקום במרחב הספציפי שבו מתנהל הדיאלוג עצמו.<sup>80</sup>

הפרדה מאפשרת, אפוא, להשיג כמה מטרות: הגינות, שוויון

סעיף בחוק מימון הבחירות בארצות הברית שאסר על גופים חיצוניים למפלגות המתמודדות בבחירות מלרכוש זמן שידור בטלוויזיה, פעולה, אגב, המותרת למועמדים עצמם. ההיגיון שמאחורי המגבלה היה הרצון למנוע מגופים חוץ-מפלגתיים לעוות את השוויון כביכול, המושג באמצעות פיקוח על מימון הבחירות של המועמדים. בית המשפט קבע ברוב דחוק כי השיח שבו עוסק הסעיף הוא שיח פוליטי, כלומר כזה הנהגה מדרגת ההגנה החוקתית הגבוהה ביותר ולכן אי אפשר להגביל אותו. שאלת מקור המימון לא נראתה לבית המשפט רלוונטית והוא לא נכנס לשאלת מימון הישיר של המועמדים, שם קיימות מגבלות על גופים חיצוניים.

תוצאתו של פסק הדין Citizens United קשה לחופש הביטוי משום שהיא נותנת לגיטימציה לעיוות בשוק הדעות. לו היו חלים על שוק הדעות הפוליטי האמריקני דיני התחרות באופן שהצגנו לעיל, אי אפשר היה להגיע לתוצאה זו, שכן החלת דינים אלה הייתה מונעת מגופים שאינם משתתפים במערכת הבחירות, ועל כן אין מוטלות עליהם מגבלות ההגנות הנהוגות בשוק זה, מלהשתתף בו. מערכת הדינים הזאת הייתה מונעת מהם גם את השימוש בכוח שצברו בשוק אחר (שוק שבו הם פועלים כחברות מסחריות או כעמותות אידאולוגיות) כדי לעוות את יחסי הכוחות בשוק מוסדר מכוח מערכת דינים ספציפית, במקרה זה דיני מימון הבחירות. גם לו היה פסק הדין מסתיים בתוצאה הפוכה לא הייתה זו בהכרח תוצאה חיובית, שכן משמעותה הייתה שיח מסוים היה נמנע מלהגיע לציבור. אמנם ייתכן שאין מקום לשיח הממומן על ידי גוף אינטרסנטי לערער את האזון בשוק הודעות הבחירות, אולם האם אין זכותה של אמירה זו לתפוצה ככל אמירה אחרת שאיננה גורמת נזק לשלום הציבור?

דוגמה אחרת לשיח במסווה הוא עולם התוכן השיוקי כפי שהוא מוגדר בישראל, מונח המסווה את משמעותו האמיתית – פרסומת סמויה. הפרסומת הסמויה היא מסר פרסומי המוסווה כמסר מערכתי על ידי שילובם של תכנים מסחריים בתוך חומר מערכתי בלי ליצור הבחנה ביניהם.<sup>93</sup> במילים אחרות, זהו שיח מסחרי הנהגה מהגנה מופחתת ומבקש ליהנות מההגנה הנתונה לשיח אחר (פוליטי, חדשותי או אמנותי). דוגמאות לפרסומת סמויה לא חסרות. בעבר התמקדה פעילות זו במה שכוונה "הצבת מוצרים" (product placement), כלומר שילובם של מוצרים מסחריים בסצנות של סרטים או של סדרות טלוויזיה כחלק אינטגרלי מהתפאורה והתלבושות. אולם בשנים האחרונות, עם התגברות היכולת של הצופים בסדרות טלוויזיה "לדלג" על תשדירי הפרסומת הקונוונציונליים, התפתחה פעילות עסקית ענפה ויצירתית שבה ההיבטים הפרסומיים מכתיבים תכנים ותכניות. פעילות זו קרויה בישראל "תוכן שיווקי" ומוכרת בעולם כ-branded entertainment.<sup>94</sup> היקפה של פעילות זו גדל מדי שנה בעשור האחרון בלמעלה מעשרים אחוז.<sup>95</sup> ההערכה הייתה שבשנת 2010 היה היקפה של פעילות זו, בארצות הברית בלבד, עשרה מיליארד דולר.<sup>96</sup>

הגישה הרגולטורית לפרסומת סמויה שונה ממדינה למדינה. יש המתירות זאת, יש האוסרות זאת ויש המתירות זאת באופן חלקי.<sup>97</sup> בכלן ברור כי מסרים אלה אינם נמנים עם שוק הדעות, אולם מידת המתירות לעירובם של מסרים מסחריים עם מסרים אמנותיים שונה. בישראל אסור היה בעבר לשלב פרסומת סמויה בשידורי טלוויזיה. באמצע העשור הראשון של המאה העשרים ואחת חל שינוי בגישה

העליון זכות יסוד, אין לומר כי היקף ההגנה עליה שווה או זהה לזה המובטח לביטוי בחוקה האמריקנית. אשר לביטוי האסור, היקפו בשיטה הישראלית מוגדר יותר. כמו בשיטה האמריקנית, גם בשיטה הישראלית אסור השיח המהווה סכנה לציבור כאשר בית המשפט בחר לצורך זיהוי במבחן ה"ודאות הקרובה" לפגיעה בשלום הציבור,<sup>98</sup> וגם במשפט הישראלי השיח מוציא הדיבה מוגבל לדברי אמת שיש בהם עניין לציבור.<sup>97</sup> בשיטה הישראלית אף אומצה ההבחנה (גם זאת משיטת המשפט האמריקנית) כי שיח העשוי להיראות לכאורה כאסור, למשל תועבה, עשוי לקבל הגנה אם מתברר שהוא בעל ערך אמנותי.<sup>98</sup> ממילא הדבר נכון גם ביחס לדיווח על דבר שיח אסור המופיע בדיווח חדשותי.<sup>99</sup>

אשר לשיח הזוכה להגנה חלקית, גם בשיטה הישראלית בולט בהקשר זה השיח המסחרי שהיקף ההגנה עליו מורכב מעט. מחד גיסא נקבע, בהסכמת רוב שופטי בית המשפט העליון, כי הביטוי המסחרי נופל בגדר אותם ביטויים שעליהם מגן עקרון חופש הביטוי.<sup>90</sup> אלא שמאחר שההגנה על חופש הביטוי בשיטה הישראלית איננה נובעת מהגנה חוקתית מפורשת אלא התפרשה כנובעת מהגנה על כבוד האדם, יצר בית המשפט הבחנה בין פגיעות בחופש הביטוי שהן בגדר פגיעה בכבוד האדם לבין פגיעות בחופש הביטוי שאינן עולות לדרגה זו. היטיבה להגדיר את הדילמה הישראלית השופטת דורנר בפרשת גולן:

לא כל פגיעה בחופש הביטוי כרוכה בהשפלה. כך, למשל, נפסק כי במסגרת חופש הביטוי כלול גם חופש הביטוי המסחרי [...] עם זאת, בדרך-כלל פגיעה בחופש הביטוי המסחרי, למשל על-ידי פסילת תשדיר פרסומת, אינה כרוכה בהשפלה, ולכן אין היא בגדר פגיעה בזכות לכבוד כמשמעותה בחוק-היסוד. גם פסילה של ידיעה עיתונאית, להבדילה מיצירה או מהבעת דעה, אינה פוגעת כרגיל בכבוד האדם. בעניין זה יש מקום לבחון מהו הטעם הדומיננטי העומד ביסוד חופש הביטוי בהקשרו של הביטוי המסוים שבו מדובר. כידוע, לצד חשיבותו של חופש הביטוי להגשמה העצמית של האדם – שפגיעה בה פוגעת בכבודו – הוא נדרש גם לצורך חשיפת האמת, קיום ההליך הדמוקרטי ושירות היציבות החברתית. [...] הטעמים החברתיים שביסוד חופש הביטוי כבוד הרב במקומו מונח, אך אין הם נגזרים בהכרח מכבוד האדם. פעולה הפוגעת בחופש הביטוי תחשב כפוגעת בזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, רק אם פוגעת היא באופן מובהק בטעם "האיש" שביסוד חופש הביטוי, להבדילו מן הטעמים החברתיים שביסודו.<sup>91</sup>

דבריה של השופטת דורנר יוצרים הבחנה (אף כי כדרך של הבחנות משפטיות, הבחנה שאינה חפה מעמימות) בין סוגי שיח שונים, וקובעים להם מעמד שונה בשוק הדעות. כתוצאה מהגדרתם השונה, אפשר לומר שכל אחת מצורות שיח אלה היא "מוצר שיח" אחר הפועל בשוק שונה. אין הם "מוצרים חלופיים", שכן היקף ההגנה השונה עליהם יוצר להם ערך שונה. התוצאה של ריבוד מוצרי שיח יש בה פנים לכאן ולכאן. מצד אחד, כפי שעולה מפסיקת בית המשפט העליון, הערכים הנעלים שבשלם הוענק חופש הביטוי מלכתחילה זוכים להגנה מרבית; בה בעת מאפשרת גישה זו "הסוואה" של מוצרי שיח "נחותים" במוצרי השיח המוגנים.

דוגמה טובה ל"הסוואה" זו ולזכייתה בהגנה חוקתית מצוי בפסק הדין השנוי במחלוקת של בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת Citizens United.<sup>92</sup> בפרשה זו עמדה לבחינה חוקתיותו של

על ידי גורם מסחרי או משרתת את צרכיו (במודע ובכוונת מכוון) חדלה להשתייך לשוק הידיעות החדשותיות ומשתייכת מעתה לשוק הפרסומות.

מבחינה מעשית משמעות הסדרים מסוג זה היא כי פרסומות סמויות יותרו בשידור מסחרי משום ששידור זה איננו בעל חובה ציבורית אמיתית (למרות האסדרה המכפילה אותו במדינות שונות לאינטרסים ציבוריים) אלא רק לבעלים של אמצעי התקשורת שבו הוא משודר. לעומת זאת, בשידור ציבורי אין מקום למסר מסחרי משום שמסר כזה עשוי להטות את הגינותו ולפגוע בשלמותו של המסר, שנאמנותו העיקרית היא לציבור. ייתכן שבערוצי שידור מסחריים יש מקום לסמן שידורי חדשות, למשל, בתווית אזהרה לצופים כי הם צופים בשידור ששיקולים מסחריים עשויים להדריך אותו. דוגמה לניסיון ליצור הסדר המושתת על עקרון ההפרדה והשקיפות מצוי בחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בישראל. החוק דורש הפרדה הנראית לעיני הצופה בין מסר פרסומי למסר תוכני ומחייב הקמתה של חברת חדשות עצמאית בכל גוף שידור מסחרי, שאינה רשאית למכור זמן פרסום. הכשל בחוק זה הוא היתר שניתן לשידורה של פרסומות מוסווית (מה שהופך את ה"הפרדה" בזמן שידור תשדירי פרסומות למגוחכת) וזכות הווטו של בעלי זיכיונות השידור המסחריים בכל הנוגע לתקצוב חברת החדשות וזהות מנהליה, דבר היוצר שעטנז, ולא הפרדה, של האינטרסים המסחריים והציבוריים. הקושי ביישומה של גישת ההפרדה והשקיפות בשוק הידיעות מעלה את הצורך לדון בחלופה אחרת: דחיית של מטפורת שוק הידיעות והחלפתה בגישה תאורטית חלופית.

**הקץ למטפורות – מדיניות תקשורת כמדיניות צדק חברתי**  
שוק הידיעות, כפי שציינתי, מקורו בחשיבה התועלתנית המצויה בבסיס תפיסת העולם הקפיטליסטית. אני מציע גישה חלופית להגנה על חופש הביטוי: גישת הצדק החלוקתי מבית מדרשו של הפילוסוף ג'ון רולס (Rawls). בעוד הגישה התועלתנית מבוססת על תוצאה, גישת הצדק מבוססת על זכויות; בעוד הגישה התועלתנית ממוקדת ב"הגדלת העוה"ה הכללית, גישת הצדק ממוקדת באופן חלוקת הפרסומות בעוה"ה; ובעוד הגישה התועלתנית שוקלת את העדפתם של מעטים על פני רבים על פי מידת האושר שיפיקו מן המהלך, גישת הצדק ממוקדת את מנגנון ההעדפה על אותם אלה המצויים בשולי החברה ובעמדת הנחיתות הגדולה ביותר על מנת לשפר את מצבם הספציפי.

תאוריית הצדק של רולס מסדירה את התנאים שבהם חברה מגבשת את הכללים הנוגעים למוסדותיה הבסיסיים, ובהם הכלכלה והמשפט.<sup>98</sup> בשאיפתו לקבלת החלטות על בסיס רציונלי טוען רולס כי על המשתתפים בדיון לא להיות מודעים למעמדם בחברה ולהשלכות שתהיינה על תוצאות הדיון שלהם עליהם עצמם. למצב זה, שהוא מכנה "המצב המקורי", מגיעים המשתתפים כשהם ניצבים מאחורי "מסך של בערות".<sup>99</sup> מטרת העקרונות הנובעים מהמצב המקורי לארגן מוסדות חברתיים, ובהם שווקים, על בסיס הסכמה של שיתוף פעולה. במצב זה קיימים שני עקרונות: זכויות היסוד של האדם, ובהם חופש הביטוי, צרכים להישמר; ומצבי אי-השוויון צרכיים להיות מאורגנים מחדש כך שיפעלו לטובת הכלל, במיוחד כדי שיעניקו את היתרון הגדול ביותר לאותם פרטים בחברה שגורלם לא שפר עליהם. עושרם של מי שמצבם טוב יותר נשמר להם רק כל

זו. בעוד הפרסומות הסמויה נאסרה לחלוטין בשידורי הטלוויזיה בכבלים, היא הותרה באופן חלקי בשידורי הטלוויזיה המסחרית, אך תהליך קיבועו בדיון של הסדר זה טרם הסתיים. התוצאה המעשית של ריבוי זה של משטרים רגולטוריים הוא שהציבור נחשף למוצרי שיח המבקשים להתחזות למה שאינם. יתרה מזאת, מסתירים מהציבור כי הם סוג השיח שממנו הוא רוצה להימנע (כאמור, הגידול בתוכן שיווקי הוא תוצאה של ירידת כמות הצופים בפרסומות המסורתיות). דומה שכמעט אין עוררין על כך שיש להתיר הפצתו של שיח מסחרי. השאלה היא אם יש מקום להתירו במסווה ומהו המחיר החברתי. האם יש מקום להניח לשיקולים מסחריים להכתיב לא רק את מבנה ענף התקשורת אלא גם את תכני השידורים עצמם על חשבון חופש היצירה? האם יש להתיר לשיקולים מסחריים לגלוש גם לשיקול הדעת של עורכי החדשות?

**מתאוריה למעשה – כיצד נזהה "מוצרי שיח"?**

הגישה המקובלת למניעת השפעתם הבלתי רצויה של מוצרי שיח מסוג אחד על שוק דעות מסוג אחר היא רגולציה. במדינות רבות יש איסור על רכישת פרסומות פוליטית בכסף ועל פרסומות סמויה. אלא שבגישה של איסורים יש תמיד סכנה של השתקה או לכל הפחות אפקט מצנן של השיח. גישת ההפרדה מונעת את הצורך להטיל איסורים ובכך היא מאפשרת שיח פתוח, ובלבד שכל מוצר שיח ממוקם בחברת המוצרים הדומים לו ולכן "מתחרה" בהם כאשר כללי שוק הוגן חלים עליו. הדבר מחייב אפוא "סיווג" של סוגי השיח הללו, ומכאן שנותרה בעינה השאלה, כיצד נזהה מוצרי שיח וכיצד נבדיל ביניהם כדי למקמם בשוק שאליו הם שייכים, לאפשר את השמעתם/הצגתם אך בה בעת גם להבטיח שלא יטו את האיזון העדין בשווקים אליהם הם אינם שייכים?

לצורך כך אני מציע לאמץ את קריטריון הנאמנות כקריטריון המרכזי לזיהוי ההבדל בין סוגי השיח. מדוע דווקא קריטריון הנאמנות? משום שזהו גם הקריטריון המדריך את צורך המידע/המסר בבואו להכריע אם "לצרוך" את המסר. אדם ההולך לבית הקולנוע מצפה שיוצרת הסרט תבדר אותו בתמורה לכרטיס הכניסה. הוא מצפה שיוצרת הסרט תשים בראש מעייניה את הנאתו כצופה ושלא תכפיף את שיקול דעתה האמנותי לשיקולים זרים. אישה הצופה בשידור חדשות מצפה כי עורך המהדורה ישקול "שיקולים חדשותיים" הן בבחירת הנושאים שישודרו והן בעת עריכת הכתבות והידיעות. הצופה בסרט הקולנוע ירגיש נבגד אם יגלה שהסיבה שגיבורת הסרט עונדת שעון מסוים או נוהגת במכונית מסוימת נובעת משיקול עסקי ולא אמנותי.

קריטריון הנאמנות לא נבחר בעלמא. נאמנות היא קריטריון מרכזי בתהליך קבלת החלטות כאשר אדם ניצב בפני דילמה אתית. במודל קבלת החלטות והצדקתם האתית, הידוע כ"קופסת פוטר",<sup>98</sup> אשר לעתים קרובות נעשה בו שימוש בתחום התקשורת.<sup>99</sup> כפי שאפשר לראות מהדוגמאות השונות שהוצגו לעיל, קריטריון הנאמנות יכול להיות קריטריון יעיל בהגדרת מוצרי השיח. ההנחה היא שכל מוצר שיח המציג עצמו כפני הציבור חב חובת נאמנות אחת דומיננטית. כך, למשל, מודעת פרסומת נוצרת מתוך נאמנות דומיננטית למפרסם, ידיעה חדשותית לעומתה נוצרת מתוך נאמנות דומיננטית לאינטרס הציבור. ידיעה המוסווית לידיעה חדשותית אך למעשה ממומנת

### סיכום: שיח חדש לעידן חדש

בעבר הרחוק, כשהחברה האנושית התנהלה בכיכר העיר, אפשר היה תאורטית לאפשר את חופש הביטוי ולעודד את הזכות להתבטא של כל פרט נוכח בשיח. אפשר היה, אף כי אף חברה לא העניקה שוויון זכויות מלא להשמעת דעה. משהוכרה הזכות לחופש ביטוי כזכות יסוד, לא נוהל עוד השיח בכיכר – הוא הועבר לכלי תקשורת מתווכים שתפוצתם רחבה ועלות ייצורם מהווה מחסום בפני ההמונים מלהשתתף בבעלות עליהם, וממילא מלהתבטא באמצעותם. החשש מפני ריכוז כוח הביטוי בידי מעטים הביא להסדרים שונים המבקשים להגדיל את מגוון הקולות, כל מדינה ושיטתה. בחברה המערבית שלט העיקרון התועלתני של האושר הכללי בעיצוב מדיניות הגישה לאמצעי התקשורת. כשם שהדמוקרטיה הפכה ייצוגית, כך גם הזכות להתבטא נעשתה באמצעות "שליח" ואילו ה"שליחים" עצמם ככל שהתמסרו צמצמו את מגוון הקולות כדי לקלוע למכנים משותפים רחבים ככל האפשר.

מצב עניינים זה מחייב חשיבה מחודשת על המטפורה המרכזית שהביאתנו לשוק דעות חדגוני, הנשלט בידי בעלי המאה בסיוען של רשויות השלטון. אמנם ככל שגדל מספר ערוצי הביטוי, עם ההתפתחות הטכנולוגית, נדמה היה שגדלה ההבטחה לריבוי ההזדמנויות לפרטים בכל חברה להשמיע את קולם, אלא שתקווה זו נתבדתה חיש מהר. כך היה עם המצאת הרדיו, הטלוויזיה שבאה אחריו, הטלוויזיה בכבלים ובלוויין, השידור הדיגיטלי ובסופו של דבר אף האינטרנט. החסך הפיזי בערוצים לא התבטל מאליהו, ובעלי הכוח בסדר הישן ובטכנולוגיה הישנה היו על פי רוב לבעלי השליטה בסדר החדש ובטכנולוגיה החדשה.

החשיבה המחודשת יכולה להתבצע באחד משני אופנים: השתתף התאוריה הישנה על אדנים חדשים או ביטולה של המטפורה הישנה ואימוץ עקרונות על חדשים. בכך עסק מאמר זה. ראשית, הצגתי את המטפורה הקיימת, מטפורת שוק הדעות, ואת מקורותיה התאורטיים והמשפטיים. אחר כך הצעתי שתי דרכים חלופיות. האחת, אימוץ של כללי שוק שיאפשרו לדעות ולרעיונות להתחרות אלה באלה באין מפריע כשרק ערכם הנקוב בשוק זה נמדד כנגד ערכה של דעה אחרת. לצורך זה הצעתי לאמץ דיני תחרות לניהול שוק הדעות, דבר המחייב (ומבטיח) את שקיפות השיח. שנית, הצעתי לאמץ תאוריה חדשה, תאוריית הצדק, שאיננה מתמקדת עוד בתפקודו של השוק אלא בקידום האינטרסים של הפרטים המשתתפים בשיח. תהיה אשר תהיה הדרך שתיבחר בעידן חדש זה של תקשורת מרובת ערוצים, עצם הדיון בנחיצותה של המטפורה ובהתאמתה למציאות המשתנה יהיה שכרו העיקרי של דיון זה.

גישת הצדק החלוקתי הולמת בראש וראשונה את העידן הרב ערוצי-הדיגיטלי-האינטרנטי. בעוד התועלתנות מילאה תפקיד מרכזי כאשר הפקת עיתונים הייתה יקרה וכאשר שידורים קרקעיים ואנלוגיים היו מוגבלים בהיקפם בשל מגבלות טכנולוגיות, העידן הרב ערוצי-דיגיטלי-אינטרנטי מתבטא בריבוי אמצעי תקשורת עד לרמת אמצעי התקשורת המצוי ברמת היחיד. העוגה איננה עוד מטפורה רלוונטית. אין ספור פרוסותיה הן שעולות אל מרכז הבמה. ריבוי הפרוסות, הוא ריבוי הדעות, מחייב חשיבה חדשה ואין כמו מטפורה חדשה להניע מהלך כזה.

עוד הדבר פועל גם לטובת אלה המצויים בתחתית הסולם.<sup>102</sup> הגדרת "תחתית הסולם" נעשית בעזרת הגדרת "מוצרי יסוד",<sup>103</sup> שהם דברים שאזרחים חופשיים ושווים זקוקים להם כדי ליטול חלק מלא בחיים האזרחיים. זכויות היסוד וחירויות האדם נמצאים בראש רשימת "מוצרי היסוד" ומוגדרים כזכויות המאפשרות לאזרחים להשתמש בכוחותיהם המוסריים הבסיסיים, ובראשם תחושת הצדק.

עם זאת אפשר להסדיר את זכויות היסוד, בין היתר כדי להפוך את הזכות לחופש ביטוי לזכות לחופש ההשתתפות בשיח,<sup>104</sup> משום שמטרת העל שלשמה מושקע המאמץ בהגנת זכויות היסוד היא לאפשר לפרטים בחברה ליטול חלק בתהליך קבלת ההחלטות עצמו. הצורך בשימור השיח מאפשר לנו להבין מדוע נדרשת ההגנה על הזכויות הבסיסיות. בה בעת מובן כי כל הגדלה בזכויות השיח של האחד באה על חשבון אחר, והבטחת זכויות שוות לכולם משמעה גם הגבלת זכויות לכולם.<sup>105</sup> מאחר שההחלטה נעשית מנקודת מוצא של בערות, על העקרונות להיטיב עם כל האזרחים החופשיים והשווים בחברה. הזכויות הבסיסיות וההעדפה הניתנת להם הם לפיכך הבסיס לקיומם של אזרחים בעלי חוש צדק ויכולת לנסות למצות את טובתם האישית. מכאן חשיבותם של דיני השיח, אלא שכדי שישירות את החברה באופן צודק רק משתתפי השיח רשאים לקבוע כללים אלה. יתרה מזאת, חוקים אלה יכולים להיות נושא לדיון רק אם כל המשתתפים, ובמיוחד אלה המצויים בעמדת הנחיתות הגדולה ביותר, שיפרו את מצבם בסופו של יום. כתוצאה מכך כללים מסוימים עשויים להיקבע ביחס לרכוש פרטי, שכשלעצמם אינם הכרחיים לצורך הגשמת זכויות היסוד (בהם אפשר למנות כללים הנוגעים לשימוש במשאבי טבע, בזכויות לרכוש דברים מסוימים ובזכויות הרשה). יש לתקן עיוותי עבר המושרשים במבנה הכוח בחברה לפני שמיישמים את כללי השוק, כדי שהמצויים בעמדת נחיתות יוכלו לשפר את מעמדם.

תאוריית הצדק מבית מדרשו של רולס מציבה אלטרנטיבה לחשיבה התועלתנית הקלאסית שבבסיס תאוריות חופש הביטוי. בעוד התועלתנות הקלאסית מבקשת להגדיל את טובת הכלל על חשבון טובתם של פרטים, תאוריית הצדק מבקשת להגדיל את הסיפוק לכל אחד מהפרטים השייכים לכלל.

המשמעות המעשית של אימוץ תאוריית הצדק על פני הגישה התועלתנית הנוהגת כיום היא שבדיון על הענקת זכות הדיבור, למשל, יועדף מי שמעמדו נחות על פני מי שיכול "למקסם" את טובת הכלל. כך יידחו עקרונות קיימים כיום, כמו מתן ציון גבוה במכרזים, למי שכבר מחזיק למשל ברישיון או בזיכיון מפני עיקרון של מתן הרישיון או הזיכיון למי שמעולם לא היה לו כזה, בשם תיקון עוולות העבר. אימוץ גישת הצדק יביא בהכרח להופעתם של קולות חדשים ולמגוון רחב יותר של קולות במרחב הציבורי, משום שההנאה הציבורית המקובלת והמובטחת העומדת בבסיס קבלת ההחלטות בבחירת תכנים ותחלף בצורך להתנסות בדברים חדשים בשם עקרון הצדק המתקן וההגינות. בזמן שמטפורת השוק מבטיחה את השמעתם של קולות קיימים, עקרון הצדק מתרכז בעידודם של קולות חדשים. בזמן שמטפורת השוק מתעלמת ממהותם של הקולות ומתרכזת בפרוצדורה המבטיחה את השמעתם ובה בעת את מניעת השתקתם, תאוריית הצדק עוסקת בקולות עצמם ומבקשת להעדיף את הקולות שנשמעו עד כה פחות על פני הקולות הנשמעים כל הזמן.

הערות

- 1 ישעיהו יא, 9.
- 2 B. Kochis, "On Lenses and Filters: The Role of Metaphor in Policy Theory", *Administrative Theory & Praxis*, 27, 1 (2005), pp. 24-50.
- 3 D. Stone, *Policy Paradox: The Art of Political Decision Making*, New York 2000.
- 4 A.M. Schejter and M. Yemini, "Justice and Only Justice you shall Pursue: Network Neutrality, the First Amendment and John Rawls's Theory of Justice", *Michigan Telecommunications and Technolgy Law Review*, 14 (2007), pp. 137-174.
- 5 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford 1995, p. 13.
- 6 A.M. Schejter and S. Han, "Regulating the Media: Four Perspectives", in D. Levi-Faur (ed.), *Handbook on the Politics of Regulation* Northampton, MA (forthcoming).
- 7 F.S. Siebert, T. Peterson and W. Schramm, *Four Theories of the Press: The Authoritarian, Libertarian, Social Responsibility, and Soviet Communist Concepts of What the Press Should Be and Do*, Urbana, IL 1956.
- 8 S.A.Gunaratne, "The Media in Asia: An overview", *International Communication Gazette*, 61, 3-4 (1999), pp. 197-223.
- 9 C. Walton, *Policing Public Opinion in the French Revolution: The Culture of Calumny and the Problem of Free Speech*, New York 2009.
- 10 E. Barendt, *Freedom of Speech*, New York 2005.
- 11 M. Yemini, "Mandated Network Neutrality and the First Amendment: Lessons from Turner and a New Approach", *Virginia Journal of Law and Technology*, 13 (2008), pp. 1-38.
- 12 *Abrams v. United States*, 250US616(1919), p. 630. (כפי שתורגם על ידי הנשיא אגרטט בפרשת קול העם).
- 13 V. Blasi, "Holmes and the Marketplace of Ideas", *Supreme Court Review*, 1 (2004), pp. 1-47.
- 14 P. Napoli, "The Marketplace of Ideas Metaphor in Communication Regulation", *Journal of Communication*, 49 (1999), pp. 151-169.
- 15 *FCC v. WNCN Listeners Guild*, 450 U.S. 582 (1981); *Changes in the Entertainment Formats of Broadcast Stations*, 60 F.C.C.2d 858, 863-65 (1976) x.
- 16 A.M. Schejter, The Fairness Doctrine is Dead and Living in Israel, *Federal Communication Law Review*, 51 (1999), pp. 281-300.
- 17 פ' להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון", **משפטים**, ז (תשל"ז), עמ' 375-422 (להלן: להב, "חופש הביטוי").
- 18 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים פ"ד ז' 871.
- 19 ראו להב, "חופש הביטוי".
- 20 ע"ב 561/09 בל"ד – המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ה' הבחירות המרכזית לכנסת ה-18, פ"ד.
- 21 א"ב 11280/02 ו' הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 נ' ח"כ אחמד טיבי ואח', פ"ד נ"ז(4), 1.
- 22 בג"צ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים ואח' נ' המועצה לשידורי כבלי ולווין ואח', פ"ד נ"ח(3), 65.
- 23 בג"צ 6218/93 ד"ר שלמה כהן, עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מ"ט(2), 529.
- 24 בג"צ 11225/03 ח"כ ד"ר עזמי בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'.
- 25 רע"פ 10462/03 הליגור הראר נ' מדינת ישראל, תק – על 2005 (2), 4099.
- 26 בג"צ 8707/08 דוד אלהרר ואח' נ' יצחק טוניק – מפקד גלי צה"ל ואח' (טרם פורסם), בפסקה 10.
- 27 רע"ב 5493/06 עמנואל פלד נ' שרות בתי הסוהר (טרם פורסם).
- 28 רע"א 10503/02 אביאל אהרון ואח' נ' רשם המפלגות, עו"ד אלישע צידון ואח', פ"ד נ"ז, 703.
- 29 רע"א 7504/95 גאנם יאסין ואח' נ' רשם המפלגות ואח' פ"ד נ(2), 45.
- 30 בג"צ 11225/03 ח"כ ד"ר עזמי בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'.
- 31 ע"פ 126/62 אריה דיסנצ'יק ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י"ז, 169.
- 32 בג"צ 316/03 מוחמד בכרי ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ואח', פ"ד נ"ח(1), 249.
- 33 ע"א 89/04 ד"ר יולי נודלמן נ' נתן שרנסקי ואח', תק-על 2030 (3), 2008.
- 34 דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ ואח' נ' יוסף קראוס ואח', פ"ד נ"ב(3), 1.
- 35 רע"א 10520/03 איתמר בן גביר נ' אמנון דנקנר, תק-על 2006(4), 1410.
- 36 עע"א 4463/94 אבי חנניה גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136.
- 37 לחוות דעתה ראו א"ב 11280/02 ו' הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 נ' ח"כ אחמד טיבי ואח', פ"ד נ"ז(4), 1, פסקה 5.
- 38 ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ ואח' נ' אילון (לוני) הרציקוביץ', פ"ד נ"ח (3), 558.
- 39 בג"צ 1030/99 ח"כ חיים אורון ואח' נ' יו"ר הכנסת, ח"כ דן תיכון ואח', פ"ד נ"ו (3), 640.
- 40 בג"צ 5872/07 איגוד מפיקי סרטים וטלוויזיה בישראל ואח' נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ואח' (טרם פורסם)
- 41 שם, פסקה 27.
- 42 בג"צ 6218/93 ד"ר שלמה כהן, עו"ד נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מ"ט(2), 529.
- 43 בג"צ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נ(3), 496, 515-514.
- 44 בג"צ 7200/02 די.בי.אס. שירותי לווין נ' המועצה לשידורי כבלים, פ"ד נ"ט(6), 21.
- 45 בג"צ 2557/05 מטה הרוב ואח' נ' משטרת ישראל ואח'.
- 46 בג"צ 7192/08 המטה להצלת העם והארץ ע"ד נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.
- 47 בג"צ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' (טרם פורסם).
- 48 שם, פסקה 12.
- 49 שם, שם.
- 50 שם, פסקה 54-55.
- 51 ז' סגל, "שוק חופשי בכנסת הנכנסת", **הארץ**, 17.2.2003, <http://news.walla.co.il/?w=/21/350401> (נדלה לאחרונה ב-11.6.2011).
- 52 ז' סגל, "שלוש יריות וחברה אחת", **הארץ**, 10.11.2008, <http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1035864.html> (נדלה לאחרונה ב-11.6.2011).
- 53 להב, "חופש הביטוי", עמ' 410.
- 54 א' קמיר, "על פורנוגרפיה (ה'זניה מתועדת) וכבוד האדם: פסק-הדין שלא נכתב (בעניין הארגונים החברתיים וחברי הכנסת נגד שידורי ערוץ פלייבוי ואח'"), בתוך: מ' בירנהק (עורך), **שקט, מדברים: התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל**, תל-אביב 2006, עמ' 291.
- 55 י' לימור, "תקשורת ההמונים בישראל", בתוך: א' יערו וז' שביט (עורכים), **מגמות בחברה הישראלית**, תל-אביב 2003, כרך ב, עמ' 1039.
- 56 מ' נגבי, **חופש העיתונות בישראל: ערכים באי המשפט**, ירושלים 1999, עמ' 1, 3, 7, 14, 156, 170, 184, 189, 203, 209, 214.
- 57 שם, עמ' 209.
- 58 חלק זה של המאמר מבוסס על מאמרי: A.M. Schejter, "Jacob's Voice, Esau's Hands: Transparency as a First Amendment Right in the



- 83 (Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942) ראו
- 84 (Cent. Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission, 447 U.S. 557 (1980) ראו
- 85 ה' סומר, "הזכויות הבלתי־מגויות: על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים, כה (1997), עמ' 257.
- 86 מבחן ה"ודאות הקרובה" שהוזכר לראשונה בעניין "קול העם" (בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים פ"ד ז' 871 מוזכר בפסקי דין רבים.
- 87 חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה – 1965, סח תשכ"ה מס' 464 מיום 30.7.1965 עמ' 240.
- 88 בג"צ 4804/94 סטיישן פילם, פ"ד נ (5), 661.
- 89 כמו למשל דיווח על דיבור גזעני המוגן על פי חוק העונשין או דיווח על תביעת דיבה המוגן בחוק איסור לשון הרע.
- 90 פסקי הדין המנחים לעניין זה הם בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור פ"ד מח (2) 1 ובג"צ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו ואח" פ"ד מ"ט(5), 751.
- 91 עע"א 4463/94 אבי חנניה גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (4) 136.
- 92 Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 08-205 (2010).
- 93 A. Schejter, "Art Thou For Us, or For Our Adversaries?" Communicative Action and the Regulation of Product Placement: A Comparative Study and a Tool for Analysis", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 15, 1 (2006), pp. 89-119 (להלן: "Art Thou For Us" (Schejter).
- 94 S. Lee, "Product Placement in the United States: A Revolution in Need of Regulation", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 26, 1 (2008), pp. 203-232.
- 95 A. Hagerty, "Embedded Advertising: Your Rights in the TiVO era", *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 9 (2009), p. 146.
- 96 Z. Said, "Embedded Advertising and the Venture Customer", *North Carolina Law Review*, 98 (2010), pp. 99-170.
- 97 A. Ginosar & D. Levi- וכן Schejter, "Art Thou For Us": Faur, "Regulating Product Placement in the European Union and Canada: Explaining Regime Change and Diversity", *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 12, 5 (2010), pp. 467-490
- 98 R.B. Potter, Jr., "The Logic of Moral Argument", in P. Deats, Jr. (ed.), *Toward a Discipline of Social Ethics: Essays in Honor of Walter George Muelder*, Boston 1972, pp. 93.
- 99 C.G. Christians, M. Fackler, K. Brittain McKee, *Media Ethics: Cases and Moral Reasoning*, Boston 2008.
- 100 1971. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA
- 101 שם, עמ' 11-17.
- 102 Idem., *Collected Papers*, ed. By Samuel Freedman, Cambridge, MA 1999.
- 103 Idem., *Justice as Fairness: A Restatement*, Boston, MA 2001, p. 58.
- 104 Idem., *The Basic Liberties and their Priority*, in S. M. McMurrin (ed.), *Liberty, Equality and Law: Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy*, Salt Lake City 1987.
- 105 Idem., *Political Liberalism*, New York 1993.
- Age of Deceit and Impersonation", *Hofstra Law Review*, 35 (Schejter, "Jacob's voice" (להלן: (2007), pp. 1489-1518.
- 59 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים פ"ד ז' 871.
- 60 J.G. Blumler, *The Role of Public Policy in the New Television Marketplace*, Washington, DC 1989, pp. 29-31
- 61 R.M. Entman & S.S. Wildman "Reconciling Economic and Non-Economic Perspectives on Media Policy: Transcending the 'Marketplace of Ideas'", *Journal of Communication*, 42 (1992), pp. 5-6.
- 62 Schejter, "Jacob's Voice", p. 1501.
- 63 תיאור זה של דיני התחרות מתבסס על פסק הדין המנחה בעניין [Brown] Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 325 [1962] (Department of Justice & Federal Trade Commission, Horizontal Merger of Justice Guidelines)
- 64 A. Smith כן סבר גם אדם סמית, אבי התורה הקפיטליסטית. ראו *The Wealth of Nations*, London 2001 (1776), עמ' 30.
- 65 H.M. Blake & W.K. Jones, "In Defense of Antitrust", *Columbia Law Review* 65 (1965) p. 377.
- 66 Schejter, "Jacob's Voice", p. 1502.
- 67 M. Walzer, "Liberalism and the Art of Separation", *Political Theory*, 12(1984), p. 315.
- 68 שם, עמ' 319.
- 69 שם, עמ' 320.
- 70 J. Konow, "Which Is the Fairest One of All? A Positive Analysis of Justice Theories", *Journal of Economic Literature*, 41 (2003), p. 1188.
- 71 M. Walzer, "Response", in D. Miller & M.I Walzer (eds.), *Pluralism, Justice & Equality*, Oxford 1995.
- 72 D. Melhorn, "A Requiem for Blockbusting: Law, Economics, and Race-based Real Estate Speculation", *Fordham Law Review*, 67 (1998), p. 1145.
- 73 פסק הדין במשפט 347 US 483 Brown v. Board of Education
- 74 הידוע באופן פורמלי כחוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40 התשע"א-2011).
- 75 נ. Garnham, *Capitalism and* (1990), pp. 104-114 ראו למשל *Communication*, London
- 76 J. Habermas, "The Public Sphere", in S. Seidman (ed.), *Jürgen Habermas on Society and Politics: A Reader*, Boston 1989, p. 231.
- 77 N. Fraser, "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy", *Social Text*, 56 (1990), pp 56-57
- 78 J. D. Peters, "Distrust of Representation: Habermas on the Public Sphere", *Media, Culture & Society*, 15 (1993), p. 541.
- 79 M. Canovan, "A Case of Distorted Communication: A Note on Habermas and Arendt", *Political Theory*, 11 [1983], p. 105.
- 80 N. Blake, "Ideal Speech Conditions, Modern Discourse and Education", *Journal of Philosophy of Education*, 29 (1995), pp. 355-367.
- 81 Schejter, "Jacob's Voice", p. 1505.
- 82 למשל, G. E. White, "The First Amendment Comes of Age: The Emergence of Free Speech in Twentieth-Century America", *Michigan Law Review*, 95 (1996), p. 299