

העשיר, העני ומחוזות חופש הביטוי – הגיגים בעקבות בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה

אבגני גנס*

א. מבוא

ב. הצגת פסקי-הדין

1. פרשת חינוך לשלום
2. מבחן "המרכיב הדומיננטי"
3. פרשת המפקד הלאומי

ג. הצגת ארבעת הכשלים בפסק-הדין

1. כשל הזירה הפוליטית
- 1.1. א. הגדרת הזירה הפוליטית על ידי בית המשפט בפרשת המפקד הלאומי
- 1.1. ב. ביקורת על המבחן הפונקציונאלי
2. כשל הפגיעה בעניים
- 2.2. א. ההשלכות הפוזיטיביות של סגירת מנגנון הפרסומת הפוליטית
3. הכשלים במבחנים להגדרת הפרסומת הפוליטית – ביקורת על מבחן "המרכיב הדומיננטי" בפרשת חינוך לשלום
4. כשל האפקט המצנן
- 4.4. א. הבעיות הפוזיטיביות הנובעות מעמימות המונח "פוליטי"

ד. המשמעות המעשית של הכשלים

ה. הצעות לפתרון הכשלים שהוצגו

1. פתרון לכשל האפקט המצנן
2. פתרון לכשל במבחנים הקיימים להגדרת הפרסומת כפוליטית
3. פתרון לכשל הזירה הפוליטית (המבחן הראוי לזירה פוליטית)
4. פתרון לכשל הפגיעה בעניים

ו. סיכום

"בהזרכת התבונה אנו מעדיפים טוב גדול יותר בעתיד על פני טוב קטן בהווה, ורע קטן יותר בהווה על פני רע גדול בעתיד".¹

א. מבוא

ארגון פלוני מצפון הארץ מעוניין לקדם מדיניות שלפיה על המדינה לפתח קווי תחבורה יעילים מצפון הארץ למרכזה. הארגון, בעל מספר מאות חברים, הצליח לאחר כמה שנות פעילות לזכות בתמיכה מסוימת בקרב הציבור ולגייס כמות נכבדה של כספים. הארגון מעוניין לפרוץ לתודעה הציבורית ולנסות לממש את מדיניותו בעזרת הצגת פרסומת בערוץ טלוויזיה. האם פרסומת שתציג את מדיניות הארגון היא פרסומת

* תלמיד לתואר שני, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר נכתב במהלך היותי תלמיד שנה ג' וחבר מערכת הארת דין בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. אני מודה לד"ר אמנון רייכמן על השיחות המעניינות ומאירות העיניים, לקורא החיצוני על הערותיו המועילות לטיסה קודמת של המאמר ולסגן העורך שי אוצרי על הערותיו הבונות ועל הליווי המסור של המאמר עד לפרסומו.

¹ ברוך שפינוזה **אתיקה** משפט 66 (מלטינית ירמיהו יובל תרגם, הוצאת הקיבוץ המאוחד, 2004).

פוליטית האסורה בשידור? האם האיסור חוקתי? ובכלל מה המבחנים הראויים להגדרת פרסומת פוליטית אסורה?

שאלת הפרסומות הפוליטיות עלתה בפרשת חינוך לשלום² ולאחר מכן בפרשת המפקד הלאומי.³ ברשימה זאת אצביע על הבעייתיות בהלכה שיצאה מתחת ידי בית המשפט שלפיה האיסור על פרסומות פוליטיות במתכונתו הקיימת עומד במבחני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴ אצביע על ארבעה כשלים בהנמקת פסק הדין ובתוצאות הנובעות ממנו: כשל האפקט המצנן, כשל הזירה הפוליטית, כשל הפגיעה בעניים וכשל במבחנים להבחנה בין הפרסומת הפוליטית לבין הפרסומת המסחרית. לאחר מכן אציע פתרונות לכשלים אלה.

את הדיון אפתח בהצגת שתי הפרשות, בפרק ב' לרשימה, כמו גם המבחנים להבחנה בין הביטוי הפוליטי לביטוי המסחרי שנקבעו בהן.

בפרק ג' של הרשימה אצביע על ארבעה כשלים בהחלטת בית המשפט בעניין המפקד הלאומי, את הבעיות הפוזיטיביות שהם יוצרים ואת השפעתם על הגוף המופקד על התרת פרסומת לשידור (להלן: הצנזור), על הפונים הפוטנציאליים לתאגידי הטלוויזיה והרדיו ועל המרחב המוחשי והווירטואלי שבו יכול חופש הביטוי להתקיים. כך, עמימות התיבה "פוליטי" תגרום לצנזור ולפונים להפעיל מקדם הגנה רחב ממה שנדרש לצורך הגדרת פרסומת כפוליטית. כך, הגדרת פלטפורמת הפרסומת כזירה לא פוליטית תצמצם את המרחב שבו חופש הביטוי יכול להתקיים. בטווח הקצר פתרון בית המשפט אינו פותר את בעיית הפרסומות הפוליטיות במדינות האחרות, ובטווח הארוך הוא פוגע ביכולת העניים להשתלב בשיח הפוליטי והחברתי. לבסוף, אטען גם שהמבחנים הקיימים להגדרת פוליטיות הפרסומת מאפשרים מרחב תמרון רחב לצנזור מה שפותח פתח רחב לשחיתות.

בפרק ד' אראה כי ארבעת הכשלים פוגעים בחופש הביטוי ומצמצמים את היקף פריסתו. את הפגיעה אציג דרך אספקלריית ההצדקות התיאורטיות והפרדיגמטיות לחופש הביטוי. אבקש לטעון כי הכשלים מצמצמים את המרחב, הווירטואלי או הממשי שבו יכול חופש הביטוי להתקיים, מנציחים את פערי הכוחות הקיימים בין העשירים לעניים, פוגעים ביכולת העניים להתבטא ולהשתלב בשיח הפוליטי ומביאים לחסימת ביטויים לא פוליטיים באופיים.

לבסוף, בפרק ה' לרשימה אציע כמה פתרונות לארבעת הכשלים שתוארו. הפתרונות אותם אציג אינם פתרונות קסם שהפעלתם תיתן תשובה, חד-משמעית, מדויקת לבעיות אותן העליתי. המדובר בכמה כיווני מחשבה שבהם יכולים להיעזר הצנזור, בית המשפט והמחוקק בבואם לבחון סוגיה מורכבת זו, ואשר מטרתם להקטין את הפגיעה בחופש הביטוי ולהעניק לו את המעמד הראוי במסגרת הסוגיה.

ב. הצגת פסקי-הדין

ב.1. פרשת חינוך לשלום

פרשת חינוך לשלום היא חלקה הראשון של עתירה התוקפת את החלטות רשות השידור והרשות השנייה לפסול תשדירים מהטעם שעניינם בנושא פוליטי השנוי במחלוקת ציבורית. העתירה המקורית פוצלה

² בג"צ 10182/03 ח.ל. חינוך לשלום נ' רשות השידור, פ"ד נט (3) 409 (2004) (להלן: חינוך לשלום).
³ בג"צ 10203/03 "המפקד הלאומי" נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 20.8.08) (להלן: המפקד הלאומי).
⁴ ס"ח התשנ"ב 150.

לשתיים כך ששאלת כשירותם של התשדירים הספציפיים נדונה בפרשת חינוך לשלום בהרכב של שלושה שופטים, ואילו השאלה העקרונית של חוקתיות הכללים מכוחם נפסלו התשדירים לשידור נידונה בפרשת המפקד הלאומי בהרכב מורחב של שבעה שופטים.⁵

העותרת, החברה חינוך לשלום בע"מ, העלתה שלוש טענות עיקריות נגד החלטתו של מנכ"ל רשות השידור⁶ לפסול את תשדיריה: ראשית, טענה כי הפרסומת שנפסלה כללה מידע בלבד, והוסיפה כי אף על פי שהנושא שאליו מתייחס המידע ("הסכם ז'נבה") הוא שנוי במחלוקת ציבורית, אין בפרסומת עצמה מבחינת תוכנה או צורתה עניין המעורר מחלוקת. שנית, טענה העותרת כי החלטת מנכ"ל רשות השידור פוגעת פגיעה בלתי מידתית בזכות החברה לחופש הביטוי. שלישית, טענה העותרת כי החלטת המנכ"ל מהווה אפליה פסולה, שכן בה בעת אישר המנכ"ל לשידור תשדיר אשר עסק בעידוד ביקורים בחברון וקריית ארבע, אף על פי שזהו נושא השנוי במחלוקת ציבורית.

בהתייחס לטענות אלה טענו רשות השידור ומנכ"ל, המשיבים 1 ו-2, כי ההבחנה בין תשדירים המכילים תוכן השנוי במחלוקת לבין תשדירים המכילים מידע בלבד, אינה יכולה לעמוד מפני שהתשדיר נועד ליצור הד תקשורתי וחשיפה מקסימאלית לעניין השנוי במחלוקת פוליטית עמוקה בציבור. הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, היא המשיבה 3, הצטרפה לטענות אלה והוסיפה כי התשדיר שנפסל יש בו משום "תעמולה מפלגתית", האסורה לשידור לפי סעיף 46(א) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השנייה).

בית המשפט קיבל את העתירה פה אחד, וקבע כי ניתן יהיה לחדר את הפרסומת לאחר שיוכנסו בה כמה שינויים.⁷ בהנמקתו פרס בית המשפט תחילה את המסגרת הנורמטיבית העומדת בבסיס העתירה, עמד על חשיבות זכות הגישה לתקשורת בכפוף לסייגי החוק,⁸ ועל הרציונל שבבסיס סייגים אלה: איפשר שוק דעות חופשי, ומניעת מצב שבו "בעל המאה הוא בעל הדעה".⁹ לאחר מכן בחן בית המשפט את השאלה: מהם גודרי האיסור בהקשר זה, ומה היקף התפרסות הסייגים הקבועים בהוראות האיסור? בית המשפט קבע, כי פרט לתכלית הספציפית של האיסורים, ניצבת חזקת התכלית שלפיה בבוא בית המשפט לפרש הוראת חוק יש לבצע את מלאכת הפרשנות בשים לב למרקם הכללי של שיטת המשפט הישראלית, שהכירה זה מכבר, בין היתר, במעמד העל-משפטי של חופש הביטוי שהוא ערובה, לקיומו, ולהתפתחותו של המשטר הדמוקרטי.¹⁰ בית המשפט הוסיף כי לפי גישה פרשנית זו יש לתת פרשנות מצמצמת להוראות סטטוטוריות הפוגעות בחופש הביטוי. על בסיס כל אלה החיל בית המשפט על העניין את מבחן "המרכיב הדומיננטי" שלהצגתו נפנה כעת.

⁵ **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת נאור.
⁶ פסילת הפרסומת על ידי המנכ"ל מהווה את התחנה הסופית, אך, להחלטה זו קדמו מספר תחנות. בתחילה אישר המנכ"ל את פרסומת העותרת, לאחר שהוכנסו בה שינויים, אך נאלץ להפסיק את שידורה בשל מחאת המאזינים, לאחר שזו שודרה 6 פעמים בלבד. המנכ"ל ביסס את הפסילה על סעיף 7 לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו) תשנ"ג-1993, שלפיו אין לשדר פרסומת בעניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור. העותרת הגישה ערר על החלטת המנכ"ל. ועדת הערר קבעה ברוב דעות כי החלטת המנכ"ל היא סבירה, וכי נוסח הפרסומת נופל בגדר סעיף 7 לעיל, ועל כן אין לשדרה. ראו **חינוך לשלום**, לעיל הערה 2, עמ' 411-412.

⁷ פסק הדין נכתב על ידי השופטת חיות, הנשיא ברק והשופט טירקל הסכימו לו. הנוסח המלא של העותרים היה: "מיום ראשון אזרחי ישראל מקבלים את הסכם ז'נבה. עותקים של ההסכם, על כל פרטיו, יחולקו לכל בית בישראל על ידי רשות הדואר. אתם תשפטו בעצמכם". הנוסח הסופי והמתוקן לפי הצעת בית המשפט היה: "מיום ראשון נשלחת לכל בית ישראל הצעת הסכם ז'נבה. עותקים של ההסכם, על כל פרטיו, יחולקו לכל בית ישראל על ידי רשות הדואר". ראו: **חינוך לשלום**, לעיל הערה 2, עמ' 411-413, 421.

⁸ **חינוך לשלום**, לעיל הערה 2, פסקאות 7-8 לפסק דינה של השופטת חיות.

⁹ שם, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת חיות.

¹⁰ שם.

2.2. מבחן "המרכיב הדומיננטי"

כדי להכריע בשאלה אם פרסומת העותרים היא פוליטית השתמש בית המשפט במבחן "המרכיב הדומיננטי" המצוי בפסיקה קודמת¹¹ בתוספת עידון מסוים¹² (להלן: המבחן הדו-שלבי). מבחן זה כולל שתי שאלות.¹³ תחילה על בית המשפט לשאול אם הביטוי שבפניו הוא ביטוי פוליטי? שהרי אם מדובר בביטוי מסחרי לא עולה שאלת האיסור לשדר כלל. כדי להשיב על שאלה זו על בית המשפט להעריך את פוליטיות הביטוי על ידי הפרדה בין החלקים הפוליטיים¹⁴ לבין החלקים הא-פוליטיים, ושקילה של החלקים המופרדים זה כנגד זה (להלן: מבחן ההפרדה). אם המאפיינים הפוליטיים של הביטוי גוברים על המאפיינים הא-פוליטיים של הביטוי, מבחינת עוצמתם, אזי מדובר בפרסומת פוליטית, ולהפך. לאחר מתן תשובה לשאלה הראשונה, ולאחר הפעלת מבחן ההפרדה נדרש בית המשפט לשאול את השאלה השנייה: האם תכלית הפרסומת היא להעביר מידע או לשכנע? אם מדובר בביטוי פוליטי לפי המבחן הראשון ותכלית הפרסומת לשכנע אזי אין להציג את הפרסומת. אם לעומת זאת מדובר בביטוי פוליטי לפי המבחן הראשון, ותכלית הפרסומת מבחינת ניסוחה,¹⁵ תוכנה וצורתה היא להעביר מידע גרידא, אזי ניתן לשדרה. מכאן, ניתן להסיק כי פרסומת יכולה לעסוק בנושא פוליטי, אך אסור שהפרסומת לגופה מבחינת ניסוחה, תוכנה וצורתה תנקוט עמדה, תשפיע או תשכנע בסוגיה הנתונה במחלוקת פוליטית בציבור.¹⁶

3.2. פרשת המפקד הלאומי

בפרשת המפקד הלאומי¹⁷ נדרש בית המשפט לחלקה השני של העתירה, קרי לשאלת חוקיותם של האיסורים על שידור תשדיר פרסומת בנושא פוליטי, הקבועים בכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993, ובכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידור רדיו), התשנ"ט-1999.

¹¹ המבחן נקבע לראשונה בבג"צ 1893/92 צלי רשף נ' רשות השידור, פ"ד מו(4) 816 (1992), גישה דומה אומצה בפרשות שמאי וזולי באשר לפרשנות המונח "תעמולה מפלגתית". שם נקבע כי "תעמולה" עניינה ביטויים הכוללים מרכיבים דומיננטיים של השפעה ושכנוע ברמת הסתברות של אפשרות ממשית שאין בהם מרכיב דומיננטי אחר, כגון חדשות או אמנותי. ראו: בג"צ 931/92 זולי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מו(2) 692 (1992) (להלן: זולי), ובג"צ 7012/93 שמאי נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מח(3) 28 (1994) (להלן: שמאי), ראו גם: חינוך לשלום, לעיל הערה 2, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת חיות.

¹² העידון למבחן המרכיב הדומיננטי הוא התוספת של השופטת חיות שלפיה מותר לשדר פרסומת פוליטית כל עוד מטרתה להעביר מידע ולא לשכנע.

¹³ בפרשת חינוך לשלום, והמפקד הלאומי אין התייחסות נפרדת לשתי השאלות, בית המשפט מתייחס לשתי אלו בכפיפה אחת. ההתבוננות במבחן "המרכיב הדומיננטי" דרך שתי השאלות עשויה לסייע לדעתי, להבנת המבחן, ולדרך הפעלתו.

¹⁴ המדובר גם באמירות משתמעות מן הפרסומת ראו: בג"צ 7144/01 גוש שלום נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887, 893 (2002) (להלן: גוש שלום).

¹⁵ הכוונה לפרסומת פוליטית בטלוויזיה וברדיו, בהמשך הדיון בכל פעם שאשתמש במונח פרסומת, הכוונה לפרסומת פוליטית בטלוויזיה וברדיו, אלא אם כן צוין אחרת.

¹⁶ ראו המפקד הלאומי, לעיל הערה 3, פסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

¹⁷ "המפקד הלאומי" היא חברה פרטית שהתאגדה לצורך קידום יוזמה להסדר קבע לפתרון הסכסוך הישראלי-פלסטיני. במסגרת היוזמה גובש מסמך "הצהרת עקרונות". החברה ביקשה לחשוף את הציבור הישראלי לתוכן המסמך ולעודד את הציבור לחתום עליו. לצורך כך הכינה החברה פרסומת לרדיו. רשות השידור אישרה את הפרסומת, ואילו הרשות השנייה סירבה לשדרה בתואנה כי היא עוסקת ב"נושא פוליטי ושנוי במחלוקת בציבור". החברה טענה כי כללי רשות השידור וכללי הרשות השנייה פוגעים פגיעה שאינה מידתית בזכות לחופש ביטוי פוליטי ולכן יש לבטלם. המשיבים טענו כי הזכות לחופש הביטוי אינה מטילה חובה על הרשות לשדר "מסרים פוליטיים" מפני שבמת הפרסומת לא נועדה לשמש במה להשמעת דעות פוליטיות שנויות במחלוקת, ומפני שמטרת הפרסומת היא לאפשר לרשות לגייס כספים לצורך שיפור מאזנה הכלכלי, וכי השידורים הרגילים הם המסגרת המתאימה להגשמת חופש הביטוי ולא תשדירי הפרסומות. לגישת המשיבים, מנגנון הפרסומת הפוליטית בטלוויזיה וברדיו יתור תחת חובת האיזון בין ההשקפות השונות לה מחויבת הרשות במסגרת השידורים הרגילים, מפני שמנגנון הפרסומת הפוליטית עלול להעניק יתרון לא הוגן למי שמחזיקים בידם את הכוח הכלכלי לפרסם על פני מי שידם אינה משגת. המשיבים הוסיפו כי לא ניתן ליישם את חובת האיזון לגבי תשדירי הפרסומות. ראו המפקד הלאומי, לעיל הערה 3, פסקאות 1-13 לפסק דינה של השופטת נאור.

השופטת נאור, שכתבה את דעת הרוב, קבעה כי אכן הכללים פוגעים בזכות לחופש הביטוי,¹⁸ וכי המדובר בפגיעה בחופש הביטוי פוליטי.¹⁹ השופטת נאור קבעה כי פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי היא פגיעה בכבוד האדם,²⁰ ומשכך פנתה לבחינתה במבחני פסקת ההגבלה, כדי לבדוק אם הפגיעה היא מידתית.²¹ באשר לתנאי הראשון בפסקת ההגבלה הדורש שהפגיעה תהיה "בחוק", ציינה השופטת נאור כי תנאי זה מתקיים הואיל והכללים²² נקבעו מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית.²³ באשר לתנאי השני, הדורש שדבר חקיקה יהלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לא נערך דיון.²⁴ השופטת נאור המשיכה וציינה כי הכללים עומדים אף בתנאי השלישי הדורש כי הפגיעה תהיה לתכלית ראויה.²⁵ באשר לכך ציינה השופטת כי דוקטרינת ההגיונות²⁶ עומדת בלב חקיקת רשות השידור והרשות השנייה ומאגדת את הכללים המפורטים בהם, ומטרתה להבטיח "שוק רעיונות". לכן חסימת פרסומות פוליטיות במסגרת הסדרת חופש הביטוי, מטרתה להבטיח קיומו של שוויון בהשתתפות בשיח הציבורי, ולמנוע השפעה בלתי הוגנת ובלתי שוויונית על ציבור המאזינים והצופים. לדעתה, הכללים נועדו למנוע כרסום בתחלת דוקטרינת ההגיונות בשידורים, ולמנוע את "פריצתה" על ידי העברת מסרים פוליטיים במסגרת תשדירי הפרסומות, מסגרת שבה דוקטרינת ההגיונות אינה ניתנת ליישום.

באשר לתנאי הרביעי, "תנאי המידתיות" ציינה השופטת, כי זהו התנאי שעומד בבסיס המחלוקת בין הצדדים.²⁷ לדידה מתקיים בענייננו תנאי המשנה של "הקשר הרציונאלי".²⁸ גם באשר למבחן המשנה של בחירת "האמצעי שפגיעתו פחותה" מתקיים, לדידה של השופטת נאור שהדגישה כי אין תחליף ראוי לאיסור מלא.²⁹ ולבסוף מתקיים גם מבחן המשנה השלישי שעניינו "המידתיות- במובן הצר".³⁰ לדעתה מתקיים איזון סביר בין הפגיעה בפרט לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה. עוצמת הפגיעה בחופש

18 שם, בפסקה 19 לפסק דינה של השופטת נאור.

19 שם, בפסקה 20 לפסק דינה של השופטת נאור.

20 שם, בפסקה 25 לפסק דינה של השופטת נאור.

21 שם, פסקאות 27-59 לפסק דינה של השופטת נאור.

22 הכוונה לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומות והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993, ולכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומות בשידור רדיו), התשנ"ט-1999 (להלן: כללים).

23 השופטת נאור קבעה, כי סעיפי ההסמכה, הן של רשות השידור והן של הרשות השנייה, מסמיכים את מתקין הכללים בצורה מפורשת להגביל את תוכן תשדיר הפרסומות. זאת בניגוד לעמדת העותרים שלפיה הכללים קבעו הסדרים ראשוניים, שמקומם בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה. השופטת נאור התמודדה עם טענה זו, וציינה כי לדעתה ההתבוננות על מכלול חקיקת רשות השידור מלמדת בעניין ההסדר הראשוני, וכי האבחון בין הסדרים ראשוניים להסדרים משניים אינו חד וברור. היא הוסיפה נימוק פרגמטי, שלפיו יתר פירוט בחקיקת רשות השידור, עלול להביא לסרבול מיותר, ולפגוע בשוק התקשורת שהוא דינמי באופיו ראו: ראו **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקאות 34-36 לפסק דינה של השופטת נאור.

24 לא נערך דיון בתנאי זה מפני שהעותרים לא טענו נגד התקיימותו. שם, בפסקה 37 לפסק דינה של השופטת נאור.

25 שם, בפסקה 44 לפסק דינה של השופטת נאור.

26 דוקטרינת ההגיונות מתייחסת למצב בו ישנן מספר דעות בסוגיה פוליטית, ציבורית שנויה במחלוקת. אם אמצעי תקשורת, הכפוף לדוקטרינה זו, מעניק במה לדעה מסוימת, הוא אינו רשאי להפלות ולמנוע משאר הדעות העיקריות את ביטוין. הבסיס הרעיוני לדוקטרינה זו הם דיני ההפליה ראו: **זוילי**, לעיל הערה 11, עמ' 705-706 וגם **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 40 לפסק דינה של השופטת נאור.

27 שם, בפסקה 49 לפסק דינה של השופטת נאור.

28 שם, בפסקה 50 לפסק דינה של השופטת נאור.

29 השופטת הוסיפה, כי לעותרת עומדות חלופות רבות לפרסום הביטוי הפוליטי במסגרות המתאימות לביטוי הפוליטי: הן בשידורים עצמם, כמו בשידורי החדשות או במשדרים פוליטיים שאותן משדרות רשות השידור והרשות השנייה מכוח תפקידן ובכפוף לדוקטרינת ההגיונות. והן, במסגרות אחרות לפרסום, כגון העיתונות הכתובה והאלקטרונית. לכן, לגישתה אין לתת לשיקול הפגיעה בזכות החוקתית משקל כבד מפני שהפגיעה חלה באופן שוויוני על כל בעלי הדעה המבקשים להתבטא במסגרת תשדירי הפרסומות. בקביעתה זו דחתה השופטת את טענת העותרים שלפיה ביטול הכללים יאפשר לבעל דעה פוליטית, שדעתו לא זכתה לחשיפה מספקת בשידורים הרגילים, לתת ביטוי לדעותיו במסגרת תשדירי הפרסומות. ראו: שם, בפסקה 51 לפסק דינה של השופטת נאור.

30 שם, בפסקה 56 לפסק דינה של השופטת נאור.

הביטוי הפוליטי של העותרת אינה חמורה והיא סבירה ביחס לתועלת הצומחת לציבור מקיומה של דוקטרינת ההגינות. השופטת נאור סיכמה כי הכללים אומנם פוגעים בזכות לחופש הביטוי, אך פגיעה זו היא מידתית, ולפיכך יש לדעתה לדחות את העתירה.

השופט לוי הסכים עם השופטת נאור כי דוקטרינת ההגינות והזכות לשוויון עומדים בבסיס חקיקת רשות השידור,³¹ אך ראה צורך להוסיף כי הטעם העקרוני העומד ביסוד ההסתייגות משידור פרסומות פוליטיות, נוגע לאינטרס הציבורי בשמירתם מאפייני השיח הפוליטי, או למצער מניעת הידרדרותם הנוספת.³² לגישתו, יש לפרש את כללי רשויות השידור במסגרת התכלית שמבקשת לחצוץ בין הביטוי הפוליטי לבין הביטוי המסחרי.³³ השופט לוי סבר, בניגוד לדרך הניתוח של השופטת פרוקציה, כי הפגיעה בחופש הביטוי צריכה להיבחן במסגרת פסקת ההגבלה.³⁴ השופט לוי קבע כי שידורי הטלוויזיה ממילא מספקים במה רחבה לביטוי פוליטי, וכי יסודות התכלית הראויה והמידתיות מתקיימים באיסור על הפרסומת הפוליטית.³⁵ לפיכך קבע השופט לוי כי דין העתירה להידחות.

הנשיאה ביניש, הסכימה עם הניתוח של השופטת נאור, במסגרת פסקת ההגבלה,³⁶ אך ציינה כי לגישתה דרישת "הפגיעה בחוק" אינה מתקיימת.³⁷ לגישתה, יש לפרש את הדרישה ל"הסמכה מפורשת" בחוק בהתאם למכלול נסיבות העניין ובהן טיב הזכות הנפגעת, הטעמים המונחים בבסיסה ועוצמת הפגיעה בה.³⁸ לגישתה האיסור על תשדירי פרסומת בנושאים פוליטיים הוא איסור מוחלט הפוגע באופן משמעותי בחופש הביטוי הפוליטי שזוכה למעמד מרכזי בשיטת המשפט הישראלית.³⁹ השופטת ביניש הוסיפה כי אין בסעיפי ההסמכה הכלליים הקבועים בחקיקה משום "הסמכה מפורשת" בחוק לקביעת איסור כאמור בחקיקת המשנה. לכן הכללים הותקנו ללא הסמכה מתאימה בחוק, ומטעם זה דין העתירה להתקבל מבלי ששאלת התכלית הראויה והמידתיות מתעוררת כלל.⁴⁰

השופטת חיות, הסכימה עם הנשיאה ביניש והשופטת נאור, כי הזכות שנפגעה במקרה דנן, היא הזכות לחופש ביטוי פוליטי, ושהפגיעה בה צריכה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. השופטת חיות אף הסכימה עם הנשיאה כי תנאי "ההסמכה המפורשת" אינו מתקיים.⁴¹ אמנם לגישתה אין לקבל את העתירה, ככל שהיא נוגעת להחלטת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, משום שסעיף 86(א) לחוק הרשות

31 חשוב לציין כי בעיני השופט לוי הזכות לשוויון מטרתה לא רק לאפשר את השוויון בגישה למדיה ושוויון בביטוי דעות, אלא גם למנוע את תופעת "העסקנות פוליטית", שמאפיינת לגישתו, את מדינה ישראל מראשית דרכה. ראו: שם, פסקה 1 לפסק דינו של השופט לוי.

32 שם, פסקאות 2-3 לפסק דינו של השופט לוי.

33 שם, פסקה 4 לפסק דינו של השופט לוי.

34 שם, פסקה 5 לפסק דינו של השופט לוי.

35 שם.

36 הנשיאה הסכימה לעצם בחינת הפגיעה בזכות דרך משקפי פסקת ההגבלה, וזאת להבדיל מהשופטת פרוקציה. הנשיאה הסכימה גם לגישת השופטת נאור שלפיה הזכות לחופש הביטוי, מעוגנת בזכות לכבוד. ראו שם, פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

37 שם, פסקה 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

38 שם, פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

39 הנשיאה מפנה את תשומת הלב לאיזון החוקתי המצוי בלב הסוגיה. לגישתה, אין מדובר באיזון אופקי, שכן מול זכות העותרים לחופש הביטוי עומד אינטרס ציבורי כללי של בני החברה לקבל מידע אמין ומאוזן מכלי התקשורת. ראו: שם, פסקה 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

40 הנשיאה הדגישה את ההלכה שנקבעה בפרשת חינוך לשלום שלפיה מותר לשר פרסומת פוליטית כל עוד מטרתה להעביר מידע ולא לשכנע. שם, פסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

41 השופטת חיות מסכימה עם הנשיאה כי הוראות ההסמכה הכלליות שבסעיפים 25(ב) ו-2 לחוק רשות השידור ובסעיפים 24(א) ו-288(2) לחוק הרשות השנייה, אינן מהוות "הסמכה מפורשת", כנדרש לפי פסקת ההגבלה. ראו: שם, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות.

השנייה, המפנה לסעיף 46(א) של אותו חוק, יש בו משום הסדר ראשוני הנוגע לתעמולת מפלגתית הקובע איסור מפורש הרלוונטי לנשוא העתירה.⁴² אך באשר לכללי רשות השידור הסכימה חיות עם הנשיאה וקראה למחוקק לגבש הסדר סטטוטורי בעניין כדי להחיל איסורים זהים על כל שוק התקשורת.⁴³

השופטת פרוקצ'יה, הסכימה עם השופטת נאור, כי דין העתירה להידחות. עם זאת לדעתה אין לראות בכללים האוסרים על פרסומת בתשלום של ביטוי פוליטי פגיעה בזכות היסוד לחופש הביטוי. הסיבה לכך היא שהזכות החוקתית לחופש הביטוי אינה מולידה זכות לממש חופש זה בדרך של תשדירי פרסומת בתשלום, ולכן אינה מקימה חובה מצד התקשורת להעמיד במת ביטוי פוליטי.⁴⁴ לגישתה, אין לנתח את הפגיעה בזכות לחופש הביטוי "במשפטי" פיסקת ההגבלה, שכן עניינה של פסקת ההגבלה רק בפגיעה הנכללת בהיקפה של זכות היסוד.⁴⁵ פרוקצ'יה ניתחה את הפגיעה בזכות לשוויון⁴⁶ אף על פי שזו לא נטענה על ידי העותרים, וקבעה כי אין הכללים האוסרים פוגעים בזכות לשוויון. השופטת פרוקצ'יה הוסיפה כי אפילו היו הכללים פוגעים בשוויון, אין מדובר בפגיעה הקשורה בקשר הדוק לכבוד האדם, ולפיכך היא מצויה מחוץ למתחם החוקתי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴⁷ באופן דומה גם קבעה כי לא קמה לעותרים טענת אי שוויון והפלייה פסולה בתחום המשפט המנהלי,⁴⁸ וכי דין העתירה להדחות.

השופט גרוניס, הסכים עם השופטת נאור כי אין מקום לפסול את הכללים מבלי שהוא מביע עמדה בשאלת היחס בין חופש הביטוי פוליטי לבין כבוד האדם. הוא אף הסכים עם הגישה העקרונית של שופטת פרוקצ'יה, בנוגע לקביעת קווי הגבול של זכות חוקתית.⁴⁹

השופט ג'ובראן, הסכים עם פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, ועם הערות השופט לוי. השופט ג'ובראן הניח כי התקיימה פגיעה בזכות לחופש הביטוי כזכות חוקתית מוגנת, מפני שהצדדים לעתירה הסכימו בעניין, והשאייר סוגיה זו בצריך עיון.⁵⁰ הוא חלק על גישת הנשיאה שלפיה ההסדר הנוכחי נעדר הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית.⁵¹

ג. הצגת ארבעת הכשלים בפסק-הדין

בפרק זה אבקש להציג את הבעייתיות שעולה מקביעת בית המשפט, כי האיסור הקיים על שידורן של פרסומות פוליטיות הוא חוקתי וכן מהנמקתו לקביעה זו. כפי שאראה בהמשך, הבעייתיות נובעת במידה לא מבוטלת מעצם המבחן שקבע בית המשפט להבחנה בין הביטוי פוליטי לבין הביטוי המסחרי.

⁴² וזאת להבדיל מחוק רשות השידור, שבו לא מופיעה הוראה ממין זה. איסור מפורש זה יש בו כדי להכשיר את החלטת הרשות השנייה. ראו שם, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת חיות

⁴³ שם, פסקה 4 לפסק דינה של השופטת חיות.

⁴⁴ שם, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁴⁵ לגישתה במסגרת העתירה דידן, בית המשפט מצוי בשלב הראשון של תהליך הבחינה הדו-שלבי שבמסגרת הניתוח החוקתי. לכן, הליך תחימת היקף הזכות החוקתית בשלב זה אמור לספק תשובה לשאלה: האם הכללים המונעים פרסומת בתשלום בעניינים פוליטיים פוגעים בזכות החוקתית לחופש הביטוי פוליטי במדיום זה? לגישתה, שאלה זו נענית על פי הפרשנות התכליתית של הזכות לחופש ביטוי פוליטי והדרכים החוקתיות למימושה. ראו: שם, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ופסקה 42 לפסק דינה של השופטת חיות.

⁴⁶ טענה אפשרית של פגיעה בשוויון אותה מעלה השופטת פרוקצ'יה היא כי הכללים מפלים שלא כדין בין בעלי הביטוי המסחרי, שלהם הותרה הפרסומת בתשדירי השירות, לבין בעלי הביטוי הפוליטי, שערופו ביטוי זה נחסם בפניהם. ראו: שם, פסקה 48 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁴⁷ שם, פסקה 52 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁴⁸ שם, פסקה 55 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

⁴⁹ שם, פסק דינו של השופט גרוניס.

⁵⁰ שם, פסקה 1 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

⁵¹ שם, פסקה 6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

ג.1. כשל הזירה הפוליטית

ג.1.א. הגדרת הזירה הפוליטית על ידי בית המשפט בפרשת המפקד הלאומי

אופי הזירה שימש שיקול בהנמקת בית המשפט להחלטתו בדבר משקל הפגיעה בחופש הביטוי. השופט נאור, שכתבה כאמור את דעת הרוב, קבעה כי "מסגרת תשדירי הפרסומות אינה מהווה מטרה בפני עצמה. היא נוצרה ככלי עזר מימוני במסגרת חלוקת מקורות במימון בשוק התקשורת".⁵² על כך הוסיפה כי "מסגרת תשדירי הפרסומות לא נועדה מעצם מהותה וטיבה לשמש במה להשמעת דעות אידיאולוגיות-פוליטיות שנויות במחלוקת".⁵³ השופטים ג'ובראן ולוי⁵⁴ הצטרפו לקביעתה. הנשיאה ביניש⁵⁵ אף היא הסכימה כי מטרת הפרסומות היא לגייס כספים לתאגיד השידור, אך הוסיפה כי מפרשנות סעיף 25א לחוק רשות השידור⁵⁶ וסעיף 81 לחוק הרשות השנייה,⁵⁷ אי אפשר להסיק כי ישנה הגבלה כלשהי על תוכן הפרסומות או מטרתן.⁵⁸ בהמשך הגיעה למסקנה כי "ההסמכה הסטטוטורית של רשות השידור והרשות השנייה לשידור פרסומות בטלוויזיה וברדיו, אינה מוגבלת לפרסומות שתכליתן לקדם מכירה מסחרית של מוצר מסוים"⁵⁹ וכי ההגבלה שקיימת בסעיף 7 לכללי רשות השידור⁶⁰ שעניינם תשדירי פרסומות והודעות ברדיו, בסעיף 5 לכללי הרשות השנייה לטלביזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומות בטלביזיה)⁶¹ ובסעיף 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומות בטלביזיה)⁶² מטילים את האיסור רק על הפרסומות הפוליטיות שמטרתן לשכנע, בהתאם להלכת חינוך לשלום.

השופט חיות, קבעה כי "אין חולק כי תשדירי פרסומות מעצם טיבם וטבעם אינם הפלטפורמה המתאימה ליישום דוקטרינת ההגינות ומשכך יש להבטיח כי בנושאים פוליטיים ואידיאולוגיים השנויים במחלוקת בציבור הישראלי לא יעשה שימוש בתשדירים אלו...". לבסוף, השופטת פרוקצ'יה, בדומה לשופטת נאור, קבעה כי "ערוץ הפרסומות הינו כלי-עזר, שנוצר ונועד למטרה מימונית בלבד של רשויות התקשורת לצורך השלמת החסר בתקציביהן, כדי שתוכלנה לשאת במטלות המוטלות עליהן...".⁶³ השופטת פרוקצ'יה הוסיפה כי "ערוץ זה אינו מכוון, כמטרה וכיעד, לקדם חופש ביטוי בתחום זה או אחר, שהמסגרת למימוש קיימת במערך השידורים הכללי".⁶⁴ השופט גרוניס הצטרף לדעתה זו. לסיכום, השופטים: נאור, חיות, פרוקצ'יה, ג'ובראן, לוי וגרוניס קבעו שפלטפורמת הפרסומות אינה זירה פוליטית מפני שתכליתה לשמש אמצעי, כלי עזר, לגיוס כספים לתאגדי התקשורת. בניגוד להם סברה הנשיאה בדעת יחיד, כי במת הפרסומות יכולה "לשאת" פרסומות פוליטיות, ולכן יש בה משום זירה פוליטית. נראה

52 שם, פסקה 18 לפסק דינה של השופטת נאור. השופט לוי מסכים לעמדה זו. ראו: שם, פסקה 3 לפסק דינו של השופט לוי.
53 שם, פסקה 47 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו גם גוש שלום, לעיל הערה 14, עמ' 894.
54 ראו המפקד הלאומי, לעיל הערה 3, פסקה 3 לפסק דינו של השופט לוי.
55 שם, פסקה 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
56 סעיף 25א לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, ס"ח 451 התשכ"ה, עמ' 106.
57 סעיף 81 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן-1990, ס"ח 1304 התש"ן, עמ' 38.
58 המפקד הלאומי, לעיל הערה 3, פסקה 1 לפסק דינה של השופטת ביניש.
59 שם.
60 כללי רשות השידור (תשדירי פרסומות והודעות ברדיו), תשל"ג-1993.
61 סעיף 5 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומות בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999.
62 סעיף 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומות בטלוויזיה), התשנ"ד-1994.
63 המפקד הלאומי, לעיל הערה 3, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
64 שם, שם. כמו כן ראו את פסקאות 23-25, 41-31 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה בפרט. השופטת פרוקצ'יה התעמקה בסוגיה זו יותר משאר השופטים, במטרה להסביר מדוע הפרסומות הפוליטיות אינה חלק מהיקפה של הזכות החוקתית לחופש הביטוי. ראו פרק 3.3 לעיל.

כי שופטי הרוב הגיעו למסקנתם תוך הפעלת מבחן פרשני, צר ומצמצם (להלן- המבחן פונקציונאלי)⁶⁵
הרואה בתכלית הפונקציונאלית של נורמה את תכליתה הבלעדית.

ג.1.ב. ביקורת על המבחן הפונקציונאלי

במסגרת תת פרק זה אבקש לבקר את המהלך הפרשני של בית המשפט, שהובילו למסקנה כי פלטפורמת הפרסומת אין בה משום זירה פוליטית.

ראשית, המבחן הפונקציונאלי סותר לטעמי את תורת הפרשנות התכליתית, שהיא התורה הפרשנית המקובלת במשפט הישראלי.⁶⁶ הסתירה נובעת מהשימוש שעשה בית המשפט בתכלית הסובייקטיבית⁶⁷ מבלי שנעזר ואיזן בין תכלית זו לבין התכלית האובייקטיבית.⁶⁸ לדעתי, המבחן הפונקציונאלי קשור לרכיב הסובייקטיבי של תורת הפרשנות התכליתית בשל רכיביו הסטטיים והקבועים בזמן,⁶⁹ ואינו כולל את רכיב התכלית האובייקטיבית של ערכי השיטה⁷⁰ וצרכי החברה.⁷¹

שנית, המבחן הפונקציונאלי צופה פני עבר, ומספק לבית המשפט תוצאות סטטיות⁷² שאינן מביאות בחשבון את הנסיבות המשתנות והשינויים החברתיים.⁷³ טול מקרה של כביש. הכביש במתכונתו הפונקציונאלית הוא פלטפורמה לתנועת כלי רכב, זו היא תכליתו ברמת ההפשטה הנמוכה. ברמת הפשטה גבוהה יותר תכלית הכביש לאפשר לאנשים להגיע ממקום למקום, לעבוד ולנהל קשרי מסחר וחברות. אך, מה בדבר ניהול הפגנה על הכביש? האם הדבר מותר או אסור? ראוי או לא? התשובה החד-משמעית שנותן לשאלה זו המבחן הפונקציונאלי היא שהדבר אסור. אף על פי שהכול יודעים שחסימת כבישים מסוימים במסגרת מגבלות היא אפשרית, ובגדר נוהג מקובל היום. הסיבה לכך, היא שאנו כחברה דמוקרטית מקדשים את הערך והזכות לחופש הביטוי, ופונקציונאליות הכביש כפלטפורמה למעבר מכוניות אינה התכלית היחידה או הבלעדית של הכביש. מעבר לכך, המעבר ממצב א' שבו אסור לבצע הפגנות בכבישים

⁶⁵ שופטי הרוב לא ציינו כי הפעילו מבחן כלשהו לצורך הקביעה כי פלטפורמת הפרסומת אין בה משום זירה פוליטית. השופטים לא סיפקו מבחן, להגדרת הזירה הפוליטית ולאבחונה מזירה שאינה פוליטית. לצורך הנוחות במסגרת תת פרק זה אגדיר את דרך הניתוח של שופטי הרוב שהביאם למסקנה כי הפרסומת אינה זירה פוליטית כ"מבחן הפונקציונאלי".

⁶⁶ ראו: ע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189, פסקה 9 לפסק דינו של השופט ברק (1993) (להלן: **ראם**); רע"א 292/93 **סרבוז נ' אופק בע"מ**, פ"ד מח(3) 177, 188 (1994); דנ"א 690/94 **בנק הפועלים נ' כהן**, פ"ד מט(3) 245, 252 (1995); ע"א 3213/97 **נקר נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה הרצליה**, פ"ד נג(4) 625 (1999); בג"צ 1255/94 **בזק נ' שרת התקשורת**, פ"ד מט(3) 661, 674-673 (1995); דנ"פ 8613/96 **ג'אברין נ' מ"י**, פ"ד נד(5) 193 (2000); בש"פ 7323/98 **מ"י נ' רג'ואן**, פ"ד נג(4) 126 (1999). וגם ניר קידר, המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל **עיוני משפט** כו(2) 737 (2002); ברוך ברכה, "אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי: פרשנות חוקתית" **משפט וממשל** ג 339 (תשנ"ה).

⁶⁷ השופטים עשו שימוש מאד צר, ולא מלא ברכיב זה. שכן, המבחן הפונקציונאלי הוא אחד מהמרכיבים של מבחן התכלית הסובייקטיבית שהוא עצמו רק חלק מתורת הפרשנות התכליתית. ראו: אהרן ברק, **פרשנות במשפט**, 132 (1993) (להלן: **פרשנות במשפט**).

⁶⁸ שם, "התכלית על פי גישתי היא קונסטרוקציה משפטית...בגיבושה נעשית אינטגרציה בין היבטים סובייקטיביים (תכלית סובייקטיבית, כוונת היוצר הסביר וערכי היסוד של השיטה, טלאולוגיה אובייקטיבית) לבין היבטים אובייקטיביים (תכלית אובייקטיבית, כוונת היוצר הסביר וערכי היסוד של השיטה, טלאולוגיה אובייקטיבית)".

⁶⁹ שם, עמ' 170-171. וזאת להבדיל מהרכיב האובייקטיבי ראו שם, עמ' 195.

⁷⁰ התכלית האובייקטיבית בעלת מספר רמות הפשטה, וכוללת את הרמה הנמוכה, רמת השחזור הדמיוני (imaginative reconstruction), רמת ההפשטה הבינונית (התכלית שיוצר סביר היה מעמיד לנגד עיניו), רמת ההפשטה הגבוהה (התכלית הנגזרת מסוג הטקסט ומטבעו) ורמת ההפשטה העליונה (תכלית הנגזרת מעקרונות היסוד של השיטה). העיקרון, האינטרס והזכות לחופש הביטוי יכולים ליפול לדעתי לתוך כל אחת מרמות הפשטה אלו ראו: שם, עמ' 200-196.

⁷¹ שם, עמ' 195.

⁷² תוצאה זו נובעת מההיבט הסובייקטיבי (במובן הפרשני), של מבחן זה. ראו **פרשנות במשפט**, לעיל הערה 67, עמ' 165.

⁷³ ראו אהרן ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד", **ספר זוסמן** 791 (תשד"ם) (להלן: **ההלכה השיפוטית**).

אבנני גנס " העשיר, העני ומחוזות חופש הביטוי-היגיים בעקבות בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה"
הארז דין ה(3) 145 (התש"ע-התשע"א)

למצב ב' שבו הדבר מותר, אינו מתאפשר במסגרת המבחן הפונקציונאלי.⁷⁴ שלישית, המבחן הפונקציונאלי אינו נורמטיבי ואינו עוסק בראוי, אלא בקיים.⁷⁵ בהמשך לדוגמת הכביש לעיל, מעצם העובדה כי מכוניות נוסעות על הכביש לא נובעת המסקנה הנורמטיבית, כי לא ראוי שתתנהל הפגנה על הכביש. ובהיקש לענייננו, מעצם העובדה, כי אחת מתכליות הפרסומת היא לגייס כספים, לא נובעת כמסקנה הלוגית הטענה שלא ראוי שיתקיים מנגנון הפרסומת פוליטית.⁷⁶ רביעית, המבחן הפונקציונאלי אינו שלם והוא מצומצם יותר בהשוואה למבחן התכליתי.⁷⁷

ג.2. כשל הפגיעה בעניים⁷⁸

נראה כי החשש הכבד של שופטי הרוב הוא ממצב שבו העשירים ישתלטו על מנגנון הפרסומת הפוליטית ויציפו את שוק הדעות בדעותיהם. הגעה למצב זה היא הכרחית ומתחייבת לגישתם מעצם מתן הלגיטימציה למוסד הפרסומת הפוליטית. לגישתם, אם נתנה את זכות הגישה לפרסומת הפוליטית ביכולת כספית, אזי רק העשיר יוכל לרכוש פרסומת, והעני יודר משוק הפרסומת. כחברה נגיע למצב לא רצוי שבו "בעל המאה יהיה בעל הדעה", או בלשון אחרת, למצב של "כשל שוק חוקתי".⁷⁹ רוצה לומר, לגישתם ההתניה הכספית על הזכות לחופש הביטוי הפוליטי תהיה חסם כניסה לשוק הדעות הפוליטיות עבור העניים.⁸⁰ לגישתם, הפתרון לכשל השוק הוא סגירת מנגנון הפרסומת הפוליטית.⁸¹ התיזה אותה מציגים

⁷⁴ ניתן גם לומר, כי המבחן אינו "אפקטיבי", בשל התוצאה הבעייתית אליה הוא מוביל ובשל ההשלכות הקשות של תוצאה זו ראו: H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (A. Wedberg trans., 1949), 3, 110-124.

⁷⁵ השיח המשפטי ומסקנותיו מצויים במישור הערכי נורמטיבי, שמתחשב באמפיריקה במסגרתו. אך הנתונים האמפיריים הם רק חלק מהמשתנים בהם משתמש המשפטן ראו: H. Kelsen, *The Pure Theory of Law* 348 (Knight trans., 1967).

⁷⁶ בעצם מדובר ב"כשל הנטורליסטי" (Naturalistic fallacy), הכשל נובע מכך שלא ניתן להסיק באופן לוגי מהמצוי (is) לגבי הרצוי (ought). כשל זה נוסח לראשונה על ידי דיוויד יום ב- DAVID HUME, *A Treatise of the Human Nature* (1740). לניסוח מודרני של כשל זה ראו: G. E. Moore, *Principia Ethica* (1903).

⁷⁷ רוצה לומר, לא בכל מקרה תתקיים חפיפה בין התכלית הפונקציונאלית של הנורמה לבין התכליות האחרות של אותה הנורמה כגון הגשמה של חופש הביטוי למשל. המבחן התכליתי רחב יותר מהמבחן הפונקציונאלי. ייתכנו כמובן מקרים שבהם בית המשפט יוכל להגיע לתוצאה המשפטית הנכונה במסגרת המבחן הפונקציונאלי, אך תיתכן גם קשת רחבה של מצבים בהם בית המשפט לא יוכל להגיע לתוצאה המשפטית הנכונה, ושימוש בית המשפט במבחן הפונקציונאלי עלול להביאו לתוצאות פרדוקסאליות כדוגמת הכביש לעיל.

⁷⁸ בתוך ספקטרום העניים ישנן עוד קבוצות רבות, כגון מיעוטים אתניים, תושבי אזור גיאוגרפי מסוים או בעלי השכלה מסוימת שאת השפעת פסק הדין עליהן איני מנתח. עם זאת, ברור כי לכל תת קבוצה כזו ישנם מאפיינים ייחודיים היכולים להשפיע במידה זו או אחרת על צורת הניתוח. בעניינים אלו ראו אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה, של הרב-תרבותיות הפרקליט (מט) 47 (1) (2006); אילן סבן "קול (דו-לשוני) בודד באפילה!" עיוני משפט כז 109 (2003). בעניין ההגדרה של קבוצת המיעוט ראו למשל: UNIVERSAL MINORITY RIGHTS 49 (Marc Weller ed., 2007).

⁷⁹ ראו המפקד הלאומי, לעיל הערה 3, פסקה 43 לפסק דינה של השופטת נאור.

⁸⁰ בבסיס טענת שופטי הרוב עומדת הזכות לשוויון ביכולת ביטוי פוליטית, שהרי התניית זכות הגישה למדיה בכסף סותרת את ההגדרות הבסיסיות לשוויון. כך, התניה זו סותרת את גישת "ניקטת היחס השווה כלפי שווים ויחס שונה כלפי שונים על-פי מידת שונותם" ראו: אריסטו, *אתיקה ניקומכיס*, ספר 5, פסקה 1131 (1973). לביקורת על גישה זו ראו למשל: (1956) 56, 301, 303 *Proceedings of the Aristotelian Society*, Isaiiah Berlin, *Equality*, שכן, השונות הכספית אינה נראית כ"רלוונטית" ליכולת ביטוי פוליטית, ראו: בדי" 10/69 *בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים בישראל*, פ"ד כה(1) 7, 35 (1971). התניה זו סותרת את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מפני שפוגעת בזכות לשוויון המצויה בגרעין הזכות לכבוד. ראו: בג"צ 4541/94 *מילר נ' שר הביטחון*, פ"ד מט(4) 94, 146-147 (1995); בג"צ 4513/97 *אבו ערער נ' יושב ראש הכנסת*, פ"ד נב(4) 26, 47-48 (1998); בג"צ 678/88 *כפר ורדים נ' שר האוצר*, פ"ד מג(2) 501, 507-508 (1989).

⁸¹ לדעתי קיים כשל בפתרון מסוג זה. בית המשפט סבור, כי התכלית של מתן הזדמנות שווה ביכולת ביטוי פוליטית, במסגרת פרסומות בטלוויזיה וברדיו, הרצויה מבחינת האינטרס הציבורי – לא תושג באמצעות פעילות חופשית של החשקנים בשוק וללא התערבות רגולטורית. הכשל נובע מכך, שבית המשפט סוגר את מנגנון הפרסומות הפוליטיות לחלוטין, מפני שסבור שאין דרך לשמור על שוויון זה. לא ברור מדוע לפי אותו ההיגיון לא ראוי לסגור גם את מנגנוני הפרסומות הפוליטיות באתרי האינטרנט, ועל גבי שלטי החוצות, הרי גם בממות אלו כמו בממת הטלוויזיה והרדיו קיים חסם כניסה כספי, וגם בהן לא נשמר השוויון, ולכן גם בהן קיים "כשל שוק חוקתי". בית המשפט לא מספק הצדקה תיאורטית, שתאבחן את

שופטי הרוב נראית בעייתית לטעמי, ופתרון בית המשפט לא זאת בלבד שאינו מסייע לעניים, אלא אף מחמיר את מצבם, או לכל הפחות מנציח את פערי הכוחות הקיימים בינם לבין העשירים.⁸² בטווח הקצר החלטת בית המשפט מנציחה את פערי הכוחות בין העניים לבין העשירים. לאחר סגירת מנגנון הפרסומת הפוליטית בטלוויזיה וברדיו, העניים והעשירים יעברו למדיה חלופית שהיא היעילה ביותר לאחר סגירת הפרסומת הפוליטית בטלוויזיה וברדיו.⁸³ מדיה חלופית זו יכולה להיות האינטרנט או פרסום על גבי שלטי חוצות. הבעיה אותה ניסה בית המשפט למגר עוברת למדיה החלופית ונותרת ללא פתרון. לכן, פערי הכוח היחסיים בין העניים לבין העשירים נותרים בעינם.⁸⁴ אדגים טענה זו בעזרת עקרון השונות (The difference principle) של רולס,⁸⁵ שהחלטת בית המשפט סותרת אותו.

הפרסומת הפוליטית בטלוויזיה וברדיו משאר הבמות החלופיות לפרסומות. בית המשפט מספק הסבר שאינו תיאורטי, שלפיו הפרסומת היא לא הבמה הראויה לחופש הביטוי הפוליטי. הסבר זה, בעייתי, ובעל מספר כשלים כפי שהצגתי בפרק ג.1, וסותר את טענת השמירה על "שוויון" לעיל, שכן אפילו הייתה בידי בית המשפט הדרך לשמור על שוויון זה, עדיין אין תכלית מנגנון הפרסומות לשדר פרסומות פוליטיות, ולכן אין לכאורה שום רלוונטיות לסוגיית השמירה על השוויון.

82 כאשר אנו דנים במושגים כגון שוויון והקצאה, מושגים אלו ופרשנותם, תלויה בפריזמה התיאורטית דרכה אנו מסתכלים. כך, למשל יש הסבורים, כי הולדת הטובין הכלכליים כוללת כבר את הזכות לדרוש בעלות עליהם, לכן, אין למדינה שום הצדקה לאכוף שוויון. ראו את ה-*locus classicus* של טיעון ליברטריאני זה אצל ROBERT NOZICK, ANARCHY STATE AND UTOPIA (1974). אני במסגרת הדיון בפרק זה, מסתכל דרך פריזמה ליברלית יותר, וסבור, כפי שלפי מיטב הבנתו סבורים השופטים בפסק הדין, כי למדינה יש זכות לאכוף שוויון ראו: P. LASLETT AND W. G. RUNCIMAN, PHILOSOPHY, POLITICS AND SOCIETY 110 (1962); JOHN RAWLS, THEORY OF JUSTICE (1972); MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENCE OF PLURALISM AND EQUITY 103-107 (1983); Edwin Baker, *Outcome Equality of Respect: The Substantive Content of Equal Protection*, 131 U. PA. L. REV. 933, 959-972 (1983).

83 שופטי הרוב, מתעלמים מנקודה זו, ואינם עורכים בה דיון בפסק הדין. אני סבור, כי סגירת מנגנון הפרסומות הפוליטיות בטלוויזיה וברדיו, מקצה הלכה ולמעשה את מנגנון הפרסומות הפוליטיות למדיה האחרות. ראו: R. H. Coase, *The problem of social cost*, 3 LAW & ECON. 1, 42-44 (1960); C. Edwin Baker, *The Ideology of the Economic Analysis of Law*, 5 PHIL. & PUB. AFF. 3, 16 (1975); Mark Tushnet, *Corporations and Free Speech*, in THE POLITICS OF LAW (D. Kairys ed., 1982); R. H. Coase, *The Market for Goods and the Market for Ideas*, 64 THE AMERICAN ECON. REV. 91, 384-391 (1974). ראו גם גיא פסח, "משאבי ביטוי- קווים לדמותם ומתווה להקצאתם" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 299, 344 (מיכאל בירנהק עורך, 2006) (להלן: פסח).

84 נניח שלאחר סגירת מנגנון הפרסומת הפוליטית בטלוויזיה וברדיו, העשיר והעני יעברו למדיית האינטרנט, ונניח שאת הכסף שרצו להשקיע בפרסומות בטלוויזיה הם רוצים להשקיע בפרסומות באתר אינטרנט פופולארי, בהנחה שכמות המקום בדף האינטרנט היא מוגבלת ובהנחה כי הן העני והן העשיר ידרשו כמות גדולה של פרסומות ובעל האתר לא יוכל לספק את דרישות שניהם יחדיו. בעל האתר יצטרך להחליט, למי להעניק את פלטפורמת הפרסומת. נניח, כי לבעל האתר אין העדפה כלפי מי מהצדדים לכן, הוא יעניק את המקום למי שיוכל להציע לו את המחיר הגבוה ביותר. לכן, העשיר יעלה את המחיר וכך גם העני. סביר להניח, כי סיכויי העני להתחרות בעשיר הם נמוכים לכן, העשיר יזכה ויקבל את המקום. אמנם העשיר יעלה את המחיר עד למחיר שישתלם לו, דהיינו מחיר שיביא לרווח משידור הפרסומת שהוא גדול מהעלות הכספית של פרסומת זו, כך גם העני. עם זאת, בשל כוחו הכלכלי היחסי הרב של העשיר הכדור הוא במגרשו, והכוח להחליט האם לאפשר לעני לרכוש פרסומות הוא בידיו. ראו: RICHARD POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2ND ED., 1989). 5-20. Mark Kelman, *Consumption Theory and Ideology in the Coase Theorem*, 52 SOUTH. CALIF. L. REV. 669, 678 (1978).

85 עקרון השונות (להלן: הקריטריון) הוא, תת קריטריון, של עקרון ה"שוויון לכולם" (Equality for all), שייבחר לגישת רולס על ידי פרטים במצב הטרום מדינתי, מאחורי "מסך הבערות". השוויון יבוא לידי ביטוי בחירויות הבסיסיות בחיים החברתיים ובשוויון בחלוקת הטובין הציבוריים. לפי הקריטריון, ניתן לפגוע בשוויון רק מקום שבו מצב פרט המצוי במצב הגרוע ביותר מבחינת שוויון במצב תחילתי א', משתפר במעבר ממצב א' למצב ב'. לביקורת על קריטריון זה ראו: ALLAN M. FELDMAN AND ROBERTO SERRANO, WELFARE ECONOMICS AND SOCIAL CHOICE THEORY (2ND ED., editon), Kenneth Arrow, *Book Review: Some Ordinalist Utilitarian Notes on Rawls' Theory of Justice*, 70 J. OF PHIL. 217-227 (1973). 245. J. OF PHIL. עיקר הביקורת המוטחת כלפי הקריטריון, היא שקשה ליישמו על חיי המסחר המודרניים, ואף על ההתקשרות החוזית הפשוטה. לביקורת זו אפשר להשיב כי רולס לא ביקש ליצור קריטריון אוניברסאלי, שניתן יהיה להחילו, על כל מצב ומצב כפי שהוא מסביר בעצמו: "Maximin is a macro not a micro principle. I should add that the criterion is unsuitable for determine the just rate of savings; it's intended to hold only within generations". John Rawls, *Some Reasons for the Maximin Criterion*, 64 THE AMERICAN ECON. REV. 142 (1974). למרות הביקורת נראה כי אפשר להחיל את הקריטריון על זכויות אדם, ועל הזכות לשוויון בפרט. לפי רולס מטרת

הסתירה נוצרת עקב המעבר ממצב א' (בו מנגנון הפרסומות הפוליטית קיים), מצב שבו יש לעניים יכולת גישה מוגבלת לתקשורת, למצב ב' (בו ישנו איסור מוחלט על מנגנון הפרסומות הפוליטית). כפי שצוין לעיל המעבר ממצב א' למצב ב', אינו משפר את מצב העניים (הפרטים שמצויים במצב הגרוע ביותר במצב א').
בטווח הארוך, החלטת בית המשפט מביאה לפגיעה בעניים.⁸⁶ ההנחה הראשונית עליה מתבסס הניתוח היא שהפרסומות הפוליטית בטלוויזיה וברדיו יעילה יותר מכל פרסומות פוליטית במדיה אחרת.⁸⁷ לכן, במעבר ממצב א', שבו מנגנון הפרסומות הפוליטית בטלוויזיה וברדיו קיים, למצב ב', שבו מנגנון זה אסור, יגרום כפי שצוין לעיל לעניים ולעשירים לעבור למדיות חלופיות לצורך הצגת פרסומותיהם. נניח כי לארגון מסוים המאגד ומשרת אינטרסים של קבוצת פרטים מעוטי יכולת יש כמות מסוימת של כסף P ונניח כי הארגון יכול לרכוש בכסף זה n פרסומות בטלוויזיה. במעבר למדיה החלופית עם כמות הכסף P הארגון יכול לרכוש m פרסומות פוליטיות במדיה החלופית כאשר $m > n$. משמעות האי-שוויון היא שבמצב ב' הארגון יוכל לרכוש כמות גדולה יותר של פרסומות, אך הצגתן תתפרס על מרווחי זמן ארוכים יותר, תוך פגיעה באפקטיביות שלהן,⁸⁸ מה שיוביל לפגיעה בארגונים המתחילים בשל הבעיות הפוזיטיביות האינהרנטיות שמאפיינות אותם.⁸⁹ במעבר ממצב א' למצב ב' הארגון עלול לאבד את יכולתו להשתתף

העיקרון הוא למגר האי-שוויון, בעיקר כאשר לאי-שוויון, ישנן השלכות ארוכות טווח. "it is the criterion that would be adopted to regulate inequalities if the parties were moved by the principle that none should benefit from certain undeserved contingencies with deep and long-lasting effect, such as class origin and natural abilities except in ways that also help others". John Rawls, *Reply to Alexander and Musgrave*, 88 Q.J. ECON. 632, (1974) 647-648. נראה, כי השימוש בקריטריון מתאים, מקום שבו עסקין בניתוח שתי קבוצות, אז מתאפשרת חפיפה בין עקרון השוונות לבין עקרון פרטו. לדעתי, הקריטריון מתאים לניתוח הלכת בית המשפט, בשל אופי הניתוח אותו ביצע בית המשפט, כאשר בחן את השפעת מנגנון הפרסומות הפוליטית על העניים והעשירים. נציין כי אפשר היה לבחון קריטריונים חלופיים למודלים של צדק חלוקתי, שגם הם טובים וישימים לעניינינו, עם זאת אני סבור, כי קריטריון השוונות הוא המתאים ביותר.

במסגרת הניתוח להלן אתייחס לעניים כאל ארגונים מתחילים המצויים בספרת העניים.
לפרסומות פוליטית בטלוויזיה וברדיו יש מאפיינים ייחודיים של פשטות, קוצר זמן ושילוב של אלמנטים ויזואליים וקוליים שמקנים לה יתרון משמעותי על פני פרסומות במדיה אחרת. יתרון זה נוצר, בין היתר, מפני שצבירת מידע בסוגיה מסוימת דורשת מהצופים השקעה, זמן ואנרגיה. לכן, הצופים יחפשו קיצורי דרך אשר יפשטו את הטעינונים הפוליטיים ויאפשרו להם לקבל החלטה משביעת רצון, בעניין מסוים תוך הזמן הקצר ביותר. הפרסומות הפוליטית בטלוויזיה וברדיו מאפשרת פישוט זה. יתרון זה יכול לבוא לידי ביטוי, בין היתר, בהקטנת פערי המידע הקיימים בין הפלחים השונים באוכלוסיה ראו: THOMAS E. PETERSON & ROBERT D. MCCLURE, *THE UNSEEN EYE: THE MYTH OF TELEVISION POWER IN NATIONAL ELECTIONS* (1976); J. ZALLER, *THE NATURE AND ORIGINS OF MASS OPINION* (1992); A. DOWNS, *AN ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY* (1957); H. A. SIMON, *MODELS OF THOUGHT* (1979). לצורך הניתוח בהמשך, אצור מדרג בין שלוש מדיות בהן ניתן להציג פרסומות פוליטיות: הטלוויזיה והרדיו, האינטרנט ושלטי החוצות לפי האפקטיביות שלהן, את האפקטיביות אגדיר כיחידת זמן בה משודרת הפרסומות. כך, לפי הגדרה זו דקה אחת של פרסומות בטלוויזיה שווה יותר מבחינת האפקטיביות שלה מדקת פרסומות באינטרנט. ודקה אחת של פרסומות על גבי שלטי חוצות שווה פחות בדקת פרסומות באינטרנט, ומדקת פרסומות בטלוויזיה וברדיו.

מסקנה זו מתבקשת משילובן של שתי הנחות. הראשונה, שהפרסומות בטלוויזיה וברדיו היא האפקטיבית ביותר. ראו לעיל הערה 87, וגם Owen M. Fiss, *The Censorship of Television*, 93 Nw. U. L. Rev. 1215, 1217 (1999). השנייה, שכמות הפרסומות אותן ניתן להציג ביחידת זמן נתונה היא מוגבלת ראו הערה 84 לעיל. כפי שצוין לעיל לאחר סגירת מנגנון הפרסומות הפוליטית בטלוויזיה וברדיו העשירים והעניים יעברו למדיית האינטרנט. הן העניים והן העשירים יוכלו לרכוש יותר פרסומות במדיה חלופית זו, אך כיוון שכמות הפרסומות אותן ניתן להציג ביחידת זמן היא מוגבלת, הפרסומות של העניים ושל העשירים יתפרסו על מרווחי זמן גדולים יותר מאשר בבלטפורמת הטלוויזיה וברדיו. אפילו כמות הזמן שבה יוצגו הפרסומות תהיה זהה, עדיין יחידת זמן אחת של פרסומות בטלוויזיה וברדיו שווה יותר מאותה יחידת זמן בפרסומות באינטרנט. לכאורה, ניתן לטעון, שאם לארגון היה סכום כסף p שבו יכול לקנות n פרסומות בטלוויזיה, כאשר מחירה של כל פרסומת הוא P_1 , אזי כאשר יעבור הארגון למדיית האינטרנט הוא יוכל לרכוש m פרסומות באותו הסכום, כאשר מחירה של כל פרסומת הוא P_2 , לפי טיעון זה אומנם $m > n$ אבל בסופו של יום $P_1 * n = P_2 * m$. מסקנה זו נכונה מהבחינה החשבונתית, אך אינה מתיישבת עם ההנחה הראשונה אותה הצגתי, שלפיה הפרסומות בטלוויזיה היא האפקטיבית ביותר. ראו בעניין זה למשל: Daniel A. Farber, *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 HARV. L. REV. 569 (1991).

ראו להלן הערה 128.

באופן אפקטיבי בשיח, עלול לאבד תמיכה, מה שיגרום לפחות אנשים להשקיע בו ולתרום לו כספים, ויביא לפגיעה ביכולת העתידית של הארגון לרכוש פרסומות פוליטיות,⁹⁰ ויקטין את יכולת העניים לבטא את דעותיהם הפוליטיות בעתיד.⁹¹

ג.2.א. השלכות הפוליטיות של סגירת מנגנון הפרסומת הפוליטית

ראשית, עברנו ממצב א', שבו ארגון המאגד ומשרת אינטרסים של קבוצה מעוטת יכולת,⁹² יכול היה לממש את ביטויו בצורה אפקטיבית (דהיינו, באותה רמת אפקטיביות של העשיר), למצב ב', שבו סיכויי הארגון להגיע לרמה האפקטיביות של העשיר הם קטנים יותר.⁹³ **שנית**, אם במצב א' הארגון יכול היה לאסוף כספים, ובחלופת תקופת זמן מסוימת,⁹⁴ של פעילות לרכוש פרסומת פוליטית ולגשת למדיה,⁹⁵ הרי, במצב ב'

⁹⁰ ראו בעניין זה פסח, לעיל הערה 83, עמ' 344.

⁹¹ היכולת לממש ביטוי בספירה הציבורית תלויה, במידה רבה במנגנון ההקצאה המדינית, לפלטפורמה הנושאת את הביטוי שהיא עצמה משאב. כך, יש גישה הדוגלת בניכוס הספקטרום האלקטרומגנטי על ידי המדינה בשלב הראשון, והקצאת משאבי הביטוי על ידי המדינה בשלב השני. גישה זו נובעת מהתובנה לפיה הספקטרום הוא משאב פיזי המצוי במחסור, ולכן נדרשת מעורבות המדינה בהקצאתו. בעניין תובנה זו ראו: Garret Hardin, *Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243, 1243-1248 (1968) וגם בג"צ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (3) 640, 654-555 (2002). יש הסבורים, כי אפשר להתייחס לספקטרום האלקטרומגנטי כאל משאב קנייני רגיל המצוי במחסור, ולכן בשלב הראשון יש להקצותו בעזרת מכרז בו יזכה מציע המחיר הגבוה ביותר, ובשלב השני, לאפשר לפרטים לסחור במשאב זה ביניהם באמצעות מנגנון השוק החופשי ראו: Ronald Coase, *The Federal Communication Commission*, 2 J. L. & ECON. 1 (1959) יאו סבור, כי השוק יכול להקצות את ספקטרום השידורים בעזרת מנגנון מחירים ראו: Cristopher S. Yoo, *The Rise and Demise of the Technology-Specific Approach to the First Amendment*, 91 GEO. L.J. 245, 268 (2003) ויש הסבורים, כי בשל ההתפתחות הטכנולוגית שמאפשרת העברת מידע ותכנים מרובים יחדיו, מוצדק במקרים מסוימים לוותר על משטר הפיקוח והקצאת הקניין באמצעות המדינה. ראו: Yochoai Bankler, *Some Economics of Wireless Communications*, 16 HARV. J. L. & TECH. 25 (2002).

⁹² הכוונה לארגון לפי ההגדרות והמאפיינים שנתתי לפני כן, ראו להלן הערה 128, המצוי בספרה של העניים.

⁹³ ראו את הניתוח במסגרת הפרק הקודם.

⁹⁴ ראו להלן ההערה 128, שם תיארתי את הבעיות הארגוניות והמבניות שקיימות בקרב ארגונים אלו.

⁹⁵ ככלל, זכות הגישה למדיה היא זכות חיובית. עם זאת כפי שמציינה השופטת פרוקצ'יה, יש לזכות זו גם מאפיינים שלילים ראו **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. בדיון, בזכות לגישה לתקשורת ראוי לדעת להבחין בין זכות לגישה, במובן הצר, לבין זכות לגישה במובן הרחב. הנפקות המעשית של מתן זכות גישה במובן הרחב, היא שפלוני יוכל לפנות ולדרוש מגוף תקשורת אלמוני שזה ישדר דעה, פרסומת או תוכנית. זכות הגישה במובן זה לא זכתה להכרה בארץ, עם כי צוין בפסיקה ובספרות שלכלי התקשורת כ"במה" ישנן חובות, וכי ללא מתן זכות גישה במקרים מסוימים, לא ניתן להגשים את הזכות לחופש הביטוי. הסיבות לאי הכרה בזכות לגישה במובן הרחב נראות כברורות. כדי שהצנזור יוכל למלא את תפקידו, אנו חייבים לאפשר לו הפעלת שיקול דעת, בברירת תוכן השידור. הרציונל למתן שיקול דעת לצנזור נובע ממספר טעמים: **ראשית**, ההנחה היא, שהצנזור הוא מקצועי מספיק בכדי להחליט מה ראוי לשדר. **שנית**, כלי התקשורת הטלוויזיונים הם תאגידים סטטוטוריים, הפועלים לפי שיטת הזיכיונות. בעל הזיכיון הוא גוף כלכלי פרטי, שמעצם הגדרתו יש להעניק לו חופש פעולה. **שלישית**, לא יעלה על הדעת כי כל הדורש במה והרוצה להתבטא יוכל לעשות זאת תמיד, ללא שום הגבלות. הדבר אינו יעיל, מפני שהמדיה תצטרך להקצות זמן רב מדי למטרה זו, במסגרת שידוריה, דבר שיבוא על חשבונם של שידורים רווחים לתאגיד. הדבר אינו רצוי, מפני שלא כל דעה ראוי, כי תישמע, טול למשל ביטויים שהם בגדר לשון הרע. משמעות זכות הגישה במובן הצר, היא מחויבות התקשורת לפריסה רחבה של דעות ורעיונות. הזכות לגישה במתכונת זו אומצה בחקיקה ובפסיקה הישראלית. התמונה שתוארה לעיל, באשר לזכות הגישה היא "רומנטית" ואינה משקפת עוד את מציאות ימינו בשל שלוש סיבות מרכזיות: **ראשית**, הנחת "שוק הדעות", שלפיה כל הדעות הן יחסיות ואין קיימת אמת אחת שהיא נכונה תמיד ובצורה מוחלטת, לכן ההכרעה בדבר תקפותן מחייבת תחרות חופשית ללא פיקוח, התגלה כלא מדויקת מבחינה אמפירית. הסתבר שלא תמיד די בהענקת זכות שלילית לדובר, כדי לאפשר תחרות חופשית ושוק יעיל של רעיונות. הסיבה לאי-נכונות ההנחה נובעת מקיומם של עיוותים שונים בהעברת דעות, שבאים לידי ביטוי בחוסר שוויון בגישה לשוק הרעיונות. כאשר, פעמים רבות, בעלי הכוח חוסמים ומונעים מחסרי הכוח לבטא את דעותיהם. שוק הרעיונות הפך משוק חופשי לשוק בו בעל הכוח הוא בעל הדעה השולטת, הדומיננטית והמנצחת. **שנית**, הנחת המוצא הליברלית שלפיה המדינה צריכה להתערב ולהסדיר את שוק הדעות כמה שפחות, אינה נכונה יותר. התערבות המחוקק נדרשת מדי פעם כדי לפתור כשלי שוק קיימים. **שלישית**, בחברה המודרנית חלק ארי מהשיח הפוליטי מתבצע במסגרת אמצעי התקשורת, המצויים ברובם בבעלות פרטית. לכן, בשל חשיבות השיח הפוליטי נדרשת רגולציה והתערבות של המחוקק בכדי לשמור על כללי משחק הוגנים. ראו: Cass R. Sunstein, *Free Speech* now, 59 U. CHI. L. REV. 255, 263-300 (1992); Owen M. Fiss, *Free Speech and Social Structure*, 71 IOWA L. REV. 1405, 1413-1420 (1986) (להלן: Fiss); Cass R. Sunstein, *Informational Regulation and Informational Standing: Akins and Beyond*, 147 U. PA. L. REV. 613, 618-629 (1998); Lawrence Lessing, *The End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, 48 UCLA L. REV. 925 (2001); Michael

גישה כזו לא מתאפשרת. **שלישית**, אם במצב א' יכול היה הארגון להגיע חשיפה ציבורית במובן הרחב, הרי שסיכויי הארגון להגיע לרמת חשיפה זו במצב ב' הם קטנים בהרבה. **רביעית**, אם במצב א' יכול הארגון לקרוא תיגר על העשירים ולהתחרות בהם במידה מסוימת בשוק הביטויים, הרי שבמצב ב' יכולתו להתחרות עם העשירים היא קטנה יותר. נכון אמנם לומר, כי ייקח זמן לארגונים לאסוף את הכספים לרכישת הפרסומת הפוליטית, וכי אף אם יאספו כספים אלו יוכלו לרכוש רק כמות קטנה מאד של פרסומות. עם זאת, מצב א' הוא הראוי לדעתי למרות הקשיים שהוא מעורר, מפני שהוא מאפשר לארגונים לממש את רעיונותיהם בצורה אפקטיבית, ומאפשר להם להתחרות עם העשירים,⁹⁶ ועדיף לדעתי על פני מצב ב' שסוגר אפשרות זו בפניהם, ואומר להם למעשה כי מאבקם על שוק הדעות אבוד מראש.⁹⁷

ג. הכשלים במבחנים להגדרת הפרסומת הפוליטית – ביקורת על מבחן "המרכיב הדומיננטי" בפרשת חינוך לשלום

ראשית, מבחן המרכיב הדומיננטי אינו מספק לצנזור הגדרה אפרורית למונח "שנוי במחלוקת פוליטית", אלא כלי שבאמצעותו הצנזור צריך לאבחן בין הביטוי הפוליטי לבין הביטויים האחרים. מבחן ההפרדה, יוצא מתוך נקודת הנחה לפיה הצנזור יודע מהו ביטוי פוליטי, דא עקא, שהצנזור אינו יודע מהי הגדרתו של זה.⁹⁸ כלומר, הצנזור ניגש למלאכת ההפרדה מבלי שהוא יודע מה הוא מפריד.⁹⁹ למה הדבר דומה? טול מקרה שבו מונחים עשרות קונטרסים על השולחן, ופלוני מתבקש על-ידי אלמוני לערום לו שתי ערימות. האחת, של ספרים, והשנייה של חוברות. כיצד ידע פלוני מהי חוברת, ומהו ספר? לצורך ביצוע מלאכת

Gurevitch & Jay G. Blumer, *Political Communications Systems and Democratic Values*, in DEMOCRACY AND THE MASS MEDIA 269, 270 (Judith Lichtenberg ed, 1990); ALEXIS DE TOCQUEVILLE, DEMOCRACY IN AMERICA 172-174 (Harvey C. Mansfield & Delba Winthrop eds. & trans., 2000) ראו גם אהרן ברק "מסורת חופש הביטוי בישראל ובעולותיה" **משפטים** כז (תשמ"ז) 223, 249-242; דפנה ברק ארז "חופש הגישה לאמצעי-התקשורת-איוון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש הביטוי" **עיוני משפט** יב (התשמ"ז) 183; בג"צ 6218/93 **כהן נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט(2) 529 (1995); בג"צ 1/81 **שירן נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 365 (1981).

⁹⁶ ניתן לטעון כי התרת הפרסומות הפוליטיות עלולה להוביל להצפת המדיה בפרסומות של גופים חוקים עד כדי כך שפרסומות של קבוצות מוחלשות פשוט תטבענה בים הפרסומות שמסביב. לטענה זו, ניתן להשיב באופן הבא: א. טענה זו מניחה שקיימת תחרות בין הקבוצות המוחלשות לבין הקבוצות החזקות לגבי אותה הסוגיה, הנחה זו לא תמיד נכונה. למשל, אם ניקח את הדוגמה שהוצגה בתחילת המאמר בעניין סלילת כביש מהיר מהצפון לאזור המרכז. אין הכרח שהקבוצות החזקות ירצו להגיב לפרסומת זו, בפרסומת המתנגדת לסלילת הכביש. ב. כפי שאני מראה בפרק ה' של ההצעות לפתרון, הצגת פרסומת על ידי קבוצה חלשה, מהווה כלי ראשוני, אפקטיבי לקבלת חשיפה לרעיון מסוים, כאשר ללא השימוש בכלי זה הסיכוי לזכות לחשיפה הוא נמוך. ג. הצעותיי בפרק ה', להגביל את היקף שידורי הפרסומת בפרמטרים של זמן מקום, ולאפשר שידור פרסומות המבטאות ביטויים פוליטיים "חלשים" עשויים להקטין את היקף הבעיה שעומדת בבסיס טענה זו.

⁹⁷ בעניין ביקורת על שיח הזכויות, ועל הטלת הספק בדבר יכולתן של הזכויות להביא לשינוי חברתי ראו: Morton J. Horwitz, *Rights*, 23 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 393 (1988).

⁹⁸ מפני שהגדרה זו לא מופיעה בדברי החקיקה, הכוונה היא לכך שהצנזור לא יודע מהי ההגדרה האובייקטיבית לתיבה "פוליטי".

⁹⁹ בעצם מדובר ב"כשל הסמנטי" הידוע בספרות הפילוסופית כ- (paradox of the heap) לענייננו ניתן לנסחו באופן הבא: נניח שבית המשפט יכול לפרק כל פרסומת לחלקים פוליטיים ומסחריים ונניח, כי כמות החלקים המסחריים היא c וכמות החלקים הפוליטיים היא p, אזי ניתן להציג את הטיעון הבא: א. פרסומת פוליטית טהורה היא לא מסחרית ב. אם הפרסומת אינה פוליטית, היא אינה הופכת למסחרית עם אחד ממרכיביה הוא מסחרי. ג. לכן, פרסומת מסחרית שהוספנו לה רכיב מסחרי בודד לא הפך את הפרסומת לפוליטית. ד. נחזור על תנאי ב' ה. פרסומת פוליטית שנוספו לה שני רכיבים פוליטיים אינה מסחרית ו. נחזור על תנאי ב'... ו- פעמים, לאחר חזרה זו מתבקשת המסקנה, כי הפרסומת אף פעם לא מסחרית. לכן, לא ניתן לעבור על חקיקת רשות השידור אף פעם. אחת הדרכים לפתור את הפרדוקס, כפי שאציע בהמשך היא לנסות ולהגדיר פרסומת פוליטית. ראו בעניין זה: W. V. Quine, *What Price Bivalence?*, J. PHIL. 90, 91-92; C. Wright, *Language-Mastery and the Sorites Paradox*, in TRUTH AND MEANING 223 (G. Evans & J. McDowell ed., 1976); Stephen Schiffer, *A Little Help From Your Friends*, 7 LEGAL THEORY 421-431 (2001); Kent Greenawalt, *Vagueness and Judicial Responses to Legal Indeterminacy*, 7 LEGAL THEORY 433-445(2001).

ההפרדה צריך אלמוני לספק לפלוגי הגדרה בסיסית ומנחה, כמו למשל ההגדרה לפי מספר דפים. אם נגדיר לצורך הדוגמה ספר כקונטרס שיש בו יותר מחמישים דפים, אזי פלוגי יוכל לבצע את מלאכת ערימת הערימות. ביישום האנלוגיה לביקורת על מבחן "המרכיב הדומיננטי", אנו בעצם דורשים מהצנזור לאבחן בין הביטוי הפוליטי לבין הביטויים האחרים מבלי שאנו מגדירים לו מהו "ביטוי פוליטי". **שנית**, המבחן אינו מספק לצנזור את הכלים לביצוע האבחון בין ביטויים שמעבירים מידע לבין ביטויים שמנסים לשכנע.

ג.4. כשל האפקט המצנן¹⁰⁰

כשל האפקט המצנן נובע מעמימות התיבה "פוליטי" שמופיעה במספר דברי חקיקה של רשות השידור.¹⁰¹ השאלה שניצבת בפני הצנזור ובפני ארגון שמעוניין להציג פרסומת: היא מהו ביטוי פוליטי? תשובה לשאלה זו יכולה להינתן במסגרת דיסציפלינות שונות.¹⁰² במישור התורת משפטי פרשנות מושגים והגדרתם שייכת לתחום התורת המשפטי הצר יותר, של תורת המשפט האופרטיבית.¹⁰³ במישור המשפטי, פרקטי קבלת תשובה לשאלת ההגדרה אמורה לספק כלי משפטי שבעזרתו יהיה אפשר לתחום את גבולות הביטוי "הפוליטי", בעזרת הגדרתו, או על דרך השלילה תוך הגדרת מה שאינו ביטוי פוליטי. לכאורה, ישנם מקרים פרדיגמטיים שבהם סיווג ביטוי כפוליטי אינו מסובך. הסכמי שלום עם הפלסטינאים ועניינים שקשורים למדיניות החוץ של המדינה הן שאלות פוליטיות מובהקות,¹⁰⁴ אך מה בדבר פרסומות שעניינן נושא אופי גבולי יותר? למשל, מה בדבר פרסומות המפרסמות משקאות, נעליים או מכוניות. האם פרסומות אלו אינן כוללות בתוכן מסרים פוליטיים?¹⁰⁵ האם פרסומות הקושרות בין סגנון חיים לבין צריכת מוצר מסוים לא

¹⁰⁰ תופעת האפקט המצנן מאפיינת מצבים בהם פרטים נרתעים מלבצע פעולה מסוימת או שמבצעים פעולה מסוימת תוך שימוש מופרז במקדמי הגנה. הגורמים לתופעה זו יכולים רבים, במקרה שלנו, האפקט נוצר בשל עמימות התיבה "פוליטי" היוצרת חוסר וודאות. להדגמת האפקט בדיני זכויות יוצרים ראו: Steven J. Horowitz, *Designing the Public Domain*, 122 HARV. L. REV. 1489, 1508-1509 (2009).

¹⁰¹ ראו הערות 22, 60-62.

¹⁰² כך, למשל במישור הדיסציפלינה הפילוסופית, קושיית ההגדרה והגדרה מדויקת של מושגים בפרט, היא סוגיה שהעסיקה פילוסופים רבים משחר ההיסטוריה ראו למשל: ARISTOTLE, ON INTERPRETATION (E. M. Edghill trans., 2004); FRIDRISCH W. NIETZSCHE ו LUDWIG WITTGENSTEIN, TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS (Frankfurt, 1960). *On Truth and Lie in an Extra-Moral Sense*, in THE PORTABLE NIETZSCHE (Walter Kaufmann ed. And trans., 1977); J. L. AUSTIN, HOW TO DO THINGS WITH WORDS (1962); D. DAVIDSON, INQUIRIES INTO TRUTH AND INTERPRETATION (1984); G. Frege, *On Sense and Reference*, in THE FREGE READER (M. Beaney ed., 1997).

¹⁰³ תחום זה שואל כיצד בית המשפט צריך לפרש מושג מסוים, בכדי שיוכל להפעיל נכון את הנורמה המשפטית הרלוונטית. ראו: **פרשנות במשפט**, לעיל הערה 67, עמ' 97.

¹⁰⁴ אפשר לטעון את אותה הטענה גם בכיוון השני, דהיינו ברור שסכסוך בין בני הזוג בביתם אינו נושא השנוי במחלוקת פוליטית וציבורית. אף על פי שיהיו גם כאלו שיטענו שהדבר תלוי בזהות בני הזוג, ואם מדובר בראש הממשלה ורעייתו ייתכן שיהיה לעניין גם נדבך פוליטי. לאלו אפשר להשיב כי חייבת להיות מידה מסוימת ומינימאלית של פופולאריות לנושא כדי שיחשב לפוליטי או לשנוי במחלוקת. ראו בהקשר זה בעניין סוגיות פוליטיות: בג"צ 4354/92 **תנועת נאמני הר הבית וארץ-ישראל נ' ראש הממשלה**, פ"ד מז(1) 37, 43 (1993); בג"צ 5167/00 **וייס נ' ראש הממשלה**, פ"ד נה(2) 455, 479-480 (2001); בג"צ 8666/99 **תנועת נאמני הר הבית נ' היועץ המשפטי**, פ"ד נד(1) 199 (2000); בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, פסקה 73 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005).

¹⁰⁵ ראו למשל את דוגמת הפרסומת לסיגריות מהמשפט האמריקאי. במקרה זה ביקש העותר לקבל זכות תגובה לפרסומת לסיגריות בטענה, כי הסיגריות מזיקות לבריאות, בניגוד למה שנטען בפרסומת. בהחלטה תקדימית החליט הצנזור לאשר את מתן זכות התגובה, ההחלטה אושררה על ידי בית המשפט לערעורים. בעניין זה ובעניין הביקורת על החלטת הצנזור ועל האפשרות התיאורטית להרחיב תקדים זה, עד להגעה לתוצאה האבסורדית של לקיחת מלוא זמן השידור המסחרי ראו: Steven J. Simmons, *The Problem of "Issue" in the Administration of the Fairness Doctrine*, 65 CALI. L. REV. 546, 561-562 (1977); Louis L. Jaffe, *The Editorial Responsibility of the Broadcaster: Reflections on Fairness and Access*, 85 HARV. L. REV. 775 (1972) (להלן: Louis Jaffe ו- Steven J. Simmons בהתאמה).

אבנני גנס " העשיר, העני ומחוזות חופש הביטוי-היגיים בעקבות בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה"
הארז דין (ה) 145 (3) (התש"ע-התשע"א)

כוללות אידיאולוגיות פוליטיות מובנות?¹⁰⁶ בחיפוש אחר ההגדרה "לביטוי פוליטי", עולות שאלות נוספות כגון: מהם הפרמטרים שהופכים ביטוי לפוליטי? האם עצם הכיסוי התקשורתי, או הצגת פרסומות הם אלו שהופכים נושא לפוליטי ולשנוי במחלוקת?¹⁰⁷ או שפוליטיות הביטוי היא סובסטנטיבית עצמאית ואינה תלויה בפרמטרים חיצוניים. אנו רואים שהתשובות לשאלות אלו אינן חד-משמעיות,¹⁰⁸ ותלויות נסיבות.

ג.4.א. הבעיות הפוליטיביות הנובעות מעמימות המונח "פוליטי"

ראשית, עמימות התיבה "פוליטי" פותחת פתח רחב למניעים זרים¹⁰⁹ ולשחיתות שיכולה להגיע מכיוון הצנזור. זאת מהטעם שכאשר אין קווים מנחים או הגדרה לעניין השנוי במחלוקת פוליטית אזי מרחב התמרון של הצנזור הוא רחב מאד. מתעורר החשש, כי הצנזור יחסום ביטויים שאינם פוליטיים מהבחינה האובייקטיבית.¹¹⁰ מעבר לכך, העמימות מעניקה לצנזור את החופש להגדיר מהו עניין פוליטי, הן בדרך הישירה, באמצעות פסילת הפרסומות היחידניות, והן בדרך העקיפה, באמצעות פסילת או אישורים של פרסומות ויצירת מתווה הלכתי ממנו אפשר להסיק מהו ביטוי פוליטי.¹¹¹ המצב האחרון הוא בעייתי, מפני שמשמעות התיבה "פוליטי"¹¹² מוגדרת הלכה ולמעשה על-ידי מחוקק המשנה,¹¹³ ולא על ידי המחוקק הראשי שראוי שיקבע הסדרים ראשוניים.¹¹⁴

106 ראו: Moshe Cohen-Eliya and Yoav Hammer, *Advertisements, Stereotypes and Freedom of Expression*, 35 J. of Soc. Phil. 165 (2004). למשל האם פרסומת לאבקת כביסה, שמראה את האישה מכבסת אינה כוללת בתוכה טענה ערכית שלפיה הנשים צריכות לכבס? על ההסתכלות על הפרסומת "כריאליזם קפיטליסטי" הכוללת בתוכה אלמנטים, אומנותיים, תרבותיים המשליכים על דרך חיי החברה ראו: MICHAEL SCHUDSON, *ADVERTISING, THE UNEASY PERSUASION* 38-209 (1984); J. S. HENRY, *FROM SOAP TO SOAPBOX: THE CORPORATE MERCHANDISING OF IDEAS* 55 (1980); ERIK BORNOW, *THE SPONSOR* 84-86 (1978)

107 השאלה שעולה כאן ברמת הפשטה גבוה יותר היא, מתי יש לבחון את השניות במחלוקת? טרם השידור, במהלך השידור או שעצם השידור הופך את הביטוי לשנוי במחלוקת. ראו: Simmons, לעיל הערה 105, עמ' 563.

108 מסקנה זו נובעת מהתובנה שלפיה אין ללשון מובן אחד ויחיד ראו: Johan Steyn, *Written Contracts: To What Extent* B. BIX, *LAW, LANGUAGE, AND LEGAL EVIDENCE CONTROL LANGUAGE?*, 41 CLP 23 (1988). DETERMINACY (1993).

109 הכוונה לאותה התנהגות שאינה נובעת משיקולים מקצועיים בלבד. אלא, מערבת שיקולים נוספים שאינם רלוונטיים וחיצוניים להחלטה אם לפסול פרסומת. שיקולים מסוג זה יכולים להיות שמירה על רייטינג, שמירה על הכנסות כספיות גבוהות והזדהות או אי-הזדהות פוליטית עם הנאמר בפרסומת. החשש להתנהגות זו נובע מהנחה לגבי התנהגותם של פרטים שלפיה הפרטים הם רציונאליים וחותרים למקסם את אינטרסים האישיים שלהם. ראו: Jonathan Macey, *Competing Economic Views of the Constitution*, 56 GEO. WASH. L. REV. 50, 57 (1987).

שופטים, פוליטיקאים, ביורוקרטים והצנזור ראו בעניין זה בהתאמה: William Landes & Richard Posner, *The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective*, 18 J. of L. & ECON. 895 (1975); Robert Tullison, *Public Choice and Legislation*, 74 VIRG. L. REV. 339 (1988); DAVID WHYNES & ROBERT BOWLES, *THE ECONOMIC THEORY OF THE STATE* (1981); Edwin Baker, *Advertising and a Democratic Press*, 140 U. PA. L. REV. 2097, 2207 (1992); Vincent Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, AM. B. FOUND. RES. J. 521, 529 (1977).

110 אני מניח שביטויים אלו קיימים, אם כי פעמים רבות קשה להגדיר אותם. לדעה נוגדת ראו: MICHAEL PARENTI, *INVENTING REALITY: THE POLITICS OF THE MASS MEDIA* 51 (1986).

111 ראו טענה זו בהקשר לחופש הביטוי בארה"ב, שם נטען כי הגבלה או פסילה של ביטוי מסוים מטרתה להשפיע על הניתוח החוקתי העתידי בסוגיה זו ראו: Elena Kagan, *Private Speech, Public Purpose: The Role of Governmental Motive in First Amendment Doctrine*, 63 U. CHI. L. REV. 413 (1996).

112 לדעתי התיבה "פוליטי" המופיעה בדברי החקיקה המפורטים בהערות 62-56 לעיל, הוא הסדר ראשוני המתייחס בצורה פרטנית לפרסומות הפוליטיות ולא לשידורים הרגילים כפי שסברה השופטת נאור ראו: **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 32 לפסק דינה של השופטת נאור, וזאת על-פי המבחנים שנקבעו לכך בפסיקה. כך, נקבע כי הסדר שיש לו השפעה גדולה על החברה הוא הסדר ראשוני ראו: בג"צ 244/00 **שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו(6) 25, 56 (2002). כך, השופטת נאור הציעה מספר פרמטרים לביצוע בחינה זו: מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט ראו: בג"צ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים**, פ"ד נח(2) 746 (2004). לפי דעתי, עמימות המונח "פוליטי" פוגעת בחירות הפוליטית של הפרט לחופש הביטוי ראו את הניתוח במסגרת פרק 4. ראו גם את דברי הנשיאה ביניש בעניין זה **בהמפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

שנית, בשל העמימות עבודת הצנזור היא יעילה פחות מפני שהוא נאלץ לבזבז משאבים רבים על-מנת לצקת תוכן קונקרטי למושג "פוליטי",¹¹⁵ ולא פעם, הסוגיה מגיעה לבית המשפט כדי שיכריע בה.¹¹⁶ מעבר לכך, המצב אינו נוח לצנזור, שעשוי להימצא פעמים רבות במצב בו הוא אובד עצות, ואינו יודע לפי אילו קריטריונים להכריע בשאלה.¹¹⁷

שלישית, העמימות עלולה להרתיע את הצנזור יתר על המידה.¹¹⁸ ללא הגדרת עניין פוליטי, נטיית הצנזור תהא לפרשו בצורה רחבה¹¹⁹ בשל שתי סיבות: ראשית, הצנזור כגוף מסחרי אינו מעוניין לאבד צופים, העלולים לעבור לצפייה בערוץ אחר מפני שפרסומת פלונית לא תשקף את דעותיהם הפוליטיות ותהפוך לשנואה עליהם או לכל הפחות תגרום להם לתחושת אי-נחת. שנית, הצנזור לא רוצה לפגוע בשחקנים החוזרים,¹²⁰ שהם השחקנים החזקים והדומיננטיים בשוק איתם רקם מזה כבר יחסים ארוכי טווח.¹²¹ הצנזור ירצה לשמר לקוחות קבועים וגדולים אלו, ולכן, לפעמים עלול לפעול לפי העדפותיהם.¹²² כך הוא עלול להגדיר פרסומת כפוליטית אם הדבר משרת את האינטרס שלו ושל לקוחותיו. טול למשל מקרה שבו הצנזור יכול להוציא מתחרים משוק מסוים על ידי הגדרת פרסומתם כפוליטית.¹²³ התנהגות

¹¹³ כללי רשות השידור הותקנו על ידי הוועד המנהל בהתייעצות עם המנהל הכללי מכוח הסמכות הקבועה בסעיפים 25א(ב) ו-2) 33 לחוק רשות השידור. כללי הרשות השנייה הותקנו על ידי מועצת הרשות השנייה מכוח סמכותה לפי סעיפים 24 ו-88 לחוק הרשות השנייה. ראו **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

¹¹⁴ ראו ברוך ברכה, **משפט מנהלי** כרך א 35, 38-40 (1997); יצחק זמיר, "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה- חקיקת משנה: נוהל והנחיות" **עיוני משפט** יא 329, 345 (1986); בג"צ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 75-76 (1997); בג"צ 5936/97 **לם נ' מנכ"ל משרד החינוך**, פ"ד נג(4) 673, 684 (1999); בג"צ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"צ 113/52 **זקס נ' שר המסחר והתעשייה**, פ"ד ו 696, 702 (1952); בג"צ 144/50 **שייב נ' שר הביטחון**, פ"ד ה 399, 411 (1951). בעניין הרציונל לכלל זה הקובע, כי אין מגבילים זכות יסוד בחקיקת משנה ראו בג"צ 337/81 **מיטריני נ' שר התחבורה**, פ"ד לז(3) 337, 360 (1983) לדעה נוגדת שסבורה כי החקיקה משרתת אינטרסים של קבוצות קטנות וחזקות ולא את טובת הציבור ראו למשל: William N. Eskridge, *Politics without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275, 277 (1988); Jonathan R. Macey, *Promoting Public Regard for Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 COLUM. L. REV. 223, 223 (1986).

¹¹⁵ עלויות אלו גבוהות מפני שהתיבה "פוליטי" היא עמומה, וניתן להמשילה לסטנדרט שעלויות ישומו *ex-post* הן גבוהות. ראו: Simmons, לעיל הערה 105 בעמ' 562-563. וגם Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. (1992) (להלן: Kaplow).

¹¹⁶ דוגמא לכך, היא פרשת **חינוך לשלום** שם התערב בית המשפט בתוכן הפרסומת, ערך והכניס בה שינויים כך שזו תוכל להיות משודרת. ראו **חינוך לשלום**, לעיל הערה 2, פסקאות 1-2 לפסק דינה של השופטת חיות. וגם הערה 5 לעיל.

¹¹⁷ על העמימות וחוסר הודאות בעניין זה במשפט האמריקאי ראו למשל: S.P. Costello, *Strange Brew: The State of Commercial Speech Jurisprudence Before and After 44 Liquormart Inc v. Rhode Island*, 47 CASE W. RES. L. REV. 681, 706 (1997)

¹¹⁸ טענה דומה עלתה בעניין Red Lion, אם כי בהקשר שונה, שם נטען, כי החובה לתת זכות תגובה לאחר שידור הפרסומת יכולה לגרום "לצינון" תאגידי התקשורת, שימנעו מלשדר עניינים השנויים במחלוקת. ראו: Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969)

¹¹⁹ ראו למשל: Gaye Tuchman, *Objectivity as Strategic Ritual: An Examination of Newsmen's Notions of Objectivity*, 77 AMER. J. SOC. 660 (1972).

¹²⁰ ראו: Marc Galanter, *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW AND SOC. REV. 95 (1975) AND Soc. REV. 95 (1975) הכוונה לחברות שפונות לתאגידי התקשורת כדבר שבשגרה לצורך שידור פרסומותיהם, וכתוצאה מפניות אלו נרקמים יחסי עבודה נוחים וארוכי טווח בין השניים. ראו בעניין זה את דברי פרופ' קאי: "The networks are in an unenviable economic position. They are not completely free to sell their product-air time. If they make their facilities available to those who advocate causes slightly off color politically, they may antagonize their major customers". V. O. KEY, PUBLIC OPINION AND AMERICAN DEMOCRACY 378-379, 387 (1961) ראו גם GEORGE SELDES, FREEDOM OF THE PRESS 50-51 (1935).

¹²¹ ראו יובל קרניאל, **דיני התקשורת המסחרית** 133-134 (2003) (להלן: קרניאל).

¹²² שם.

¹²³ אפשר לטעון כי אפשר להבחין בין מקרים ברורים בהם מדובר בפרסומת פוליטית לבין מקרים עמומים יותר שבהם יהיה קשה לומר מהי פרסומת פוליטית. לכן, מרחב תמרונו של הצנזור אינו גדול כל-כך. מעבר לכך, אפשר להוסיף כי רשות

הצנזור היא בעייתית בשל שתי סיבות: ראשית, מפרספקטיבת חופש הביטוי הצנזור פוסל ביטויים שראוי כי יפורסמו,¹²⁴ ופרסומות שאינן פוליטיות מהבחינה האובייקטיבית.¹²⁵ שנית, פעולות הצנזור עלולות לפגוע בתחרות בשוק.¹²⁶

רביעית, העמימות עלולה להרתיע את הפונים הפוטנציאליים ובעיקר את הקבוצות הקטנות והחלשות בחברה הישראלית, שעלולות לפרש את המקרים שבהם אסר הצנזור על שידור פרסומות בשל היותן פוליטיות בצורה רחבה,¹²⁷ תוך הרחבת התיבה "פוליטי" לפרסומות שאינן פוליטיות באופיין. הן תנהגנה כך בשל הקשיים המבניים והכלכליים שמאפיינים אותן.¹²⁸ תופעה זו עלולה לסכל את פנייתן לתאגידי התקשורת ולגזור עליהן שתיקה.

השידור היא תאגיד סטטוטורי שאפשר להטיל עליה חובות מהמשפט המנהלי. כגון חובת הנאמנות, החובה שלא להימצא בניגוד עניינים והחובה לפעול ללא משוא פנים. אתיחס לטיעונים אלו בהמשך, במסגרת ההצעה לפתרון.

ראו: Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, in POLITICAL FREEDOM- THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE 3, 26 (1965).

הכוונה לפרסומות שהצנזור היה מאשר אם לא היה מפעיל שיקולים זרים.

בנקודה זו קיים לדעתי מפגש מעניין בין דיני התחרות לבין המשפט המנהלי והחוקתי, ועולות שאלות מעניינות כגון: האם אפשר לטעון, כי הצנזור עבר עבירה לפי חוק ההגבלים העסקיים כאשר פסל פרסומת בטענה שהיא פוליטית? לצערך, לא אוכל להתייחס לסוגיה מעניינת זו בשל קוצר היריעה. ראו בעניין זה למשל: Richard J. Barber, "Newspaper Monopoly" in *New Orleans: The Lesson for Antitrust Policy*, 24 LA. L. REV. 503 (1964).

בעניין התנהגות זו המאפיינת פרטים בתנאי חוסר וודאות ראו: ROBYN M. DAWES, RATIONAL CHOICE IN AN UNCERTAIN WORLD 256 (1988); Richard Craswell & John E. Calfee, "Deterrence and Uncertain Legal Standards", 2 J.L. ECON. & ORG. 279 (1986); John E. Calfee & Richard Craswell, "Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards", 70 VA. L. REV. 965 (1984); Mark F. Grady, "A New Positive Economic Theory of Negligence", 92 YALE L.J 799 (1983).

ראשית, במישור הקדם ארגוני קבוצות אלו נוטות בצורה חזקה לבעיית הפעולה המשותפת (the collective action problem). כדי שקבוצות אלו יוכלו לבטא את קולן בצורה אפקטיבית הן צריכות לארגן מספר רב של פרטים שבדרך כלל מבוזרים. תאגידי התקשורת והציבור הרחב לא יתעניינו בעמדה של פרט אחד או של מספר קטן של פרטים אלא אם כן הם מחזיקים בידם כוח פוליטי או כלכלי שהם משמעותיים. לעומת זאת, קבוצה המייצגת מספר מאות או אלפי פרטים, לא תשאיר את תאגידי התקשורת והציבור הרחב אדישים לקבוצה זו. ברם, להתארגנות מסוג זה יש עלויות כבדות: קודם כל, יש צורך לחפש ולמצוא את כל הפרטים המעוניינים בקידום יוזמה כלשהי והמסכמים על הדרך להשגת יוזמה זו. חיפוש זה עלול להיות יקר, לגזול זמן רב ולהביא לסיכול ההתארגנות. שנית, לאחר שנמצאו הפרטים קם הצורך ליצור ארגון שייצג את עמדותיהם ויקדם את היוזמה, לצורך כך יש להקים מנגנון בירוקראטי ולשכור מומחים כגון לוביסטים ועורכי דין שגם שירותיהם עולים כסף רב. עלויות אלו יכולות לעצור את ההתארגנות, או לכל הפחות לעכב אותה בצורה משמעותית. תת בעיה נוספת שמלווה את בעיית גיוס המשאבים והארגון היא תופעת האדישות הרציונאלית. במישור גיוס התומכים הארגון צריך לשכנע פרטים להצטרף לשורותיו, פרטים שאדישים בדרך כלל כלפי רעיונות חדשים ורעיונות שטרם הוכיחו את עצמם. במישור הארגוני, רק גוף ריכוזי ומסודר עם מנהלים מקצועיים ומנהיגים המעוניינים בהשגת מטרה ברורה מספיק יכולים להתגבר על בעיית האדישות והביזור. שנית, בהנחה שהתגברנו על הבעיה הראשונה, בשלב הבתר ארגוני, הארגון עומד בפני בעיית חסמי הכניסה. כדי לדון בחסמי כניסה יש צורך להגדיר את השוק הרלוונטי, במקרה שלנו, השוקים הרלוונטיים הם: שוק הביטויים, שוק האינטרסים הפוליטיים, שוקי המפלגות ושוקי הארגונים החברתיים. כך, למשל חסם כניסה לשוק הביטויים יכול להיות עלות מימוש ביטוי וחסם כניסה לשוק המפלגות יכול להיות רישום כמפלגה. הבעייתיות בשלב זה נובעת מכך, שארגונים רבים מתקשים להיכנס לשוקי הביטויים הפוליטיים, וכתוצאה מכך נגזרת עליהם שתיקה. שלישית, במישור התפקודי, קבוצות אלו רגישות לתופעת "האפקט המצנן" (chilling effect), כך למשל מקום בו הצנזור יפסול פרסומת של קבוצה מסוימת של קבוצה מסוימת הדבר עלול להביא לאובדן תומכים שהיו לקבוצה, כי אלו יראו שההשקעה בארגון אינה משתלמת. בעיה נוספת שקיימת במישור התפקודי היא בעיית "הטפילות" (free riding), בעיה זו נוצרת בהנחה שישנם ארגונים נוספים פרט לארגון נשוא דיונינו העוסקים באותה יוזמה, או העוסקים בתחום פעילות דומה. הבעיה נוצרת מפני שכל ארגון מעוניין "לרכב" על הצלחותיהם של הארגונים האחרים, או ליהנות מהמוניטין והפירות אותם קטף הארגון "המוצלח". הארגון "הרוכב" אינו מעוניין לבזבז את משאביו הכספיים המצויים במחסור והיכולים להתבזבז על רכישת פרסומות או על ארגון הפגנות למשל, ומעוניין לשמר את התמיכה בו. רוצה לומר, הארגון "הרוכב" מבטל את סיכון אובדן התומכים בו ומעבירו לארגון שעל הצלחותיו הוא "רוכב". רביעית, אי אפשר לאפיין קבוצות אלו כ"שחקנים חוזרים" הפונים למדיה בתדירות גבוהה, ולכן ככלל זוכים לעדיפות נמוכה מצידה. בעניינים אלו

ראו: MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1965); RUSSEL HARDIN, COLLECTIVE ACTION (1982); TODD SANDLER, COLLECTIVE ACTION: THEORY AND APPLICATIONS (1992); PATRICK DUNLEAVY, DEMOCRACY, BUREAUCRACY AND PUBLIC CHOICE (1991) Ch. 2; Brett M. Frischmann, *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, 89 MINN. L. REV. 917, 966 (2005); Marc Galanter, *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW AND SOC. REV. 95 (1975); Martin H. Redish & Kirk J. Kaludis, *The Right of*

ד. המשמעות המעשית של הכשלים

המשמעות המעשית של הכשלים שהוצגו, היא פגיעה לא מידתית בחופש הביטוי. כל כשל בנפרד פוגע באספקט מסוים של הזכות לחופש הביטוי, וכל הכשלים יחדיו יוצרים לטעמי מסה קריטית שמשנה את היקף ההגנה על הזכות לחופש הביטוי במשפט הישראלי.¹²⁹ הכשל המרכזי במסגרת המבחנים לאבחון ביטוי כפוליטי נובע מכך שהצנזור מפעילם *ex-ante* ולכן, פוסל ביטויים רבים מדי מראש. כשל האפקט המצנן, פוגע בחופש הביטוי בכך שהוא מוציא ביטויים שאינם פוליטיים באופיים משוק הדעות והרעיונות. כשל הפגיעה בעניינים מכרסם ביכולת הביטוי של העניינים היום, וביכולתם העתידית להשתלב בשיח הפוליטי. לבסוף, כשל הזירה הפוליטית מצמצם את המרחב, הפיסי, וירטואלי שבו יכול חופש הביטוי לבוא לידי ביטוי.

הסיבה המרכזית בגינה בית המשפט לא שם את הדגש הראוי על הזכות לחופש הביטוי נובעת מבחירתו לבחון את טענת העותרים כי כללי רשות השידור פוגעים בזכות לחופש הביטוי באופן שאינו מידתי, במישור הליברלי הצר,¹³⁰ תוך בחינת מאפייניה השליליים של הזכות.¹³¹ אדגים את הפגיעה של ארבעת הכשלים בחופש הביטוי דרך אספקלריית ההצדקות התיאורטיות הפרדיגמטיות לחופש הביטוי. ואראה את אוזלת היד התיאורטית שנוצרת לטעמי בשל ההתבוננות הצרה של בית המשפט על חופש הביטוי.

אם נתחיל מ**רציונל חשיפת האמת**¹³² שרלוונטי בעיקר לכשל "האפקט המצנן" ניתן לדעתי לזהות שני אספקטים בהם מנגנון חשיפת האמת נפגע. ראשית, נוצרת פגיעה במנגנונים שעוסקים בביקורת על התנהלות תאגידי התקשורת, תופעת "העסקנות הפוליטית"¹³³ וקשרי השחקנים החוזרים עם אמצעי

Expressive Access in First Amendment Theory: Redistributive Values and the Democratic Dilemma, 93 NW. U.L. REV. 1083 (1999); Thomas W. Hazlett, *The Rationality of U.S. Regulation of the Broadcast Spectrum*, 33 J. L. & ECON. 133 (1990); Einer Elhauge, John R. Lott, Jr., Richard L. Manning, *How Term Limits Enhance the Expression of Democratic Preferences*, 5 SUPREME COURT ECON. REV. 59, 70-73 (1997); LEON V. SIGNAL, REPORTERS AND OFFICIALS: THE ORGANIZATION AND POLITICS OF NEWSMAKING 124 (1973); Jane D. Brown, *Invisible Power: Newspaper News Sources and the Limits of Diversity*, 64 JOURNALISM Q. 45, 51 (1987).

¹²⁹ לפי תורתו הפרשנית של פרופ' ברק ניתן ליצור מדרג בספקטרום הנורמטיבי החקיקתי שלפיו משתנה המשקל שניתן להיבט האובייקטיבי והסובייקטיבי הפרשני בפרשנות נורמה נתונה. בקצה האחד ניתן להעמיד את החוקה שבמסגרת פרשנותה יש לשים דגש גדול יותר על הרכיב האובייקטיבי על פני הרכיב הסובייקטיבי. בקצה השני של הספקטרום ניתן להעמיד את הצוואה בה יש לשים דגש גדול יותר על הרכיב הסובייקטיבי על פני הרכיב האובייקטיבי. בטווח שבין שני קצוות אלו מצויים חוקים, תקנות צוואות וכיוצא באלה שבהם משתנה המשקל שיש לתת לכל אחד מהרכיבים. במקרה שלנו מדובר בדברי חקיקה וכללים שהותקנו מכוחם, על-כן המשקל הפרשני שיש לתת לרכיב האובייקטיבי גדול מהמשקל שיש לתת לרכיב הסובייקטיבי. בית המשפט לא התייחס לרכיב האובייקטיבי במסגרת ניתוחו ועל כן לא שם עליו דגש. לדעתי, מהלך פרשני זה משנה את היקף ההגנה על הזכות לחופש הביטוי. ראו אהרן ברק, **פרשנות במשפט - כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית**, בעמ' 54, 388 (2001) וגם גבריאלה שלו, **חוק החוזים - החלק כללי - לקראת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי 1**, 140 (2005).

¹³⁰ רוצה לומר, בית המשפט לא בחן את השלכות קביעתו בפסק הדין על הפערים החלוקתיים בהקצאת משאבי הביטוי ראו: פסח, לעיל הערה 83, עמ' 329-334.

¹³¹ להבחנה בין זכות חיובית ושלילית ראו את החיבור הקלאסי: I. Berlin, *Two Concepts of Liberty*, in *FOUR ESSAYS ON LIBERTY* (1979). בעניין אבחנה זו בהקשר של חופש הביטוי ראו: א' דיין-אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", **עיוני משפט כ 377**, 422-423 (התשנ"ז).

¹³² ראו: ג'ון סטיוארט מיל, **על החירות** 33 ואילך (תש"ו) (להלן: **על החירות**) ו JOHN MILTON, *AREOPAGITICA: SPEECH FOR THE LIBERTY OF UNLICENSED PRINTING* (1958). בעניין עיגון רציונל זה בפסיקה ראו למשל: בג"צ 399/85 **כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 272, 255 (1987) (להלן: **כהנא**).

¹³³ ראו **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 1 לפסק דינו של השופט לוי. מדובר באותה העסקנות הפוליטית אותה מתכוון האיסור הכללי על הפרסומת הפוליטית למנוע.

התקשורת.¹³⁴ שנית, קיימת פגיעה במנגנון ביקורת המיעוט¹³⁵ כלפי התנהלות הרוב.¹³⁶ המצב הפוזיטיבי נוח לכלי התקשורת מפני שהוא מצמצם את היכולת לבקר את היחסים בינם לבין השחקנים החוזרים. הצמצום נוצר מפני שאין לצנזור קריטריונים מנחים כדי להשיב על השאלה מהו "עניין השנוי במחלוקת ציבורית".¹³⁷ לכן, הוא יפרש עניין כשנוי במחלוקת לפי ראות עיניו,¹³⁸ מה שפותח פתח רחב לשחיתות.¹³⁹ כך, למשל הצנזור יכול להגדיר עניין כ"שנוי במחלוקת ציבורית" אם הפרסומת מבקרת את כלי התקשורת, או את היחסים בינו לבין השחקנים החוזרים.¹⁴⁰ התנהגות הצנזור יכולה להוביל לתוצאה בלתי רצויה ואף הרסנית, של חסימת ביקורות חשובות,¹⁴¹ ביקורות שיכלו להביאנו כחברה להכרה באמתות חלופיות, או לכל הפחות להביאנו להטלת ספק באמתות הקיימות. אמתות אלו יכולות להיות למשל: ששיטת הזיכיונות היא השיטה האופטימאלית להקצאת תדרים, ושהחקיקה הקיימת מסדירה בצורה אפקטיבית את היחסים בין תאגידי התקשורת לבין השחקנים החוזרים. אימוץ אמתות חלופיות וערעור האמתות הקיימות עשוי להביא לרפורמות במנגנון הזיכיונות או לבחינה מחודשת של הכללים שמסדירים את מערכות היחסים בין תאגידי התקשורת לבין השחקנים החוזרים.¹⁴²

134 ראו לציין, כי פעמים רבות השחקנים החוזרים הם גם בעלי האחזקות בתאגידי התקשורת. ראו למשל את פירוט האחזקות בערוץ 2: קרניאל, לעיל הערה 121, עמ' 50. ראו גם- ירון אזרחי, זוהר גושן ושמואל לשם **בעלות צולבת- שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי: היבטים כלכליים ומשפטיים והשלכותיהם על הדמוקרטיה הישראלית** (2003).
135 כאשר אני משתמש במושג "מיעוט" אני מתייחס לכלל האפשרויות להגדרת מונח זה. מיעוט זה יכול להשתייך לספירת העניים, לספירת תושבי הפריפריה או לספירת המיעוטים האתניים.
136 הרוב עליו אני מדבר אינו חייב להיות רוב חשבונאי, דהיינו פלח בחברה שמהווה יותר מחמישים אחוזים מהחברה. אלא יכול להיות "רוב מהותי", במובן של שליטה *de-facto* במשאב מסוים, או שליטה מהותית על מנגנון קבלת ההחלטות לגבי חלוקת משאב מסוים, כאשר לא תמיד תהיה חפיפה בין הרוב מהותי לבין הרוב המספרי. נוסף כי הביקורת על רשויות השלטון נובעת מהתפיסה שלפיה הרשויות הן נאמן הציבור שיש זכות להשמיע ביקורת כלפיהן וכלפי מעשיהן ראו בעניין זה למשל: FREDERICK SCHUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY 15, 37-42 (1982).
137 סעיף 7 לכללי רשות השידור. וסעיף 5 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999. ולבסוף סעיף 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994.
138 התפקיד אותו ממלא הצנזור הוא תפקיד "מעין שיפוטי", במובן שהתוצאה אליה הוא מגיע היא תוצאת שיפוט. ראו: יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית** 125-129, 269-221 (נבו, תשנ"ו). כלפי ההליך השיפוטי קיימות ביקורות רבות. כך, מכיוון האסכולה הריאליסטית, סבור קנדי, כי לא קיימת החלטה שיפוטית ניטראלית *per se* ומאחורי כל החלטה מסתתרים שיקולים ערכיים, ואינטרסים שאינם מאפשרים את הניטראליות השיפוטית. לדידו ההכרעה השיפוטית תלויה באישיות השופט. ראו: DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION: FIN DE SIECLE 82-92, 146-156 (1997).
RONALD DWORKIN, כי השופט מבצע רק פונקציה של פרשנות כאשר הוא ניגש לנורמה המשפטית ראו: RONALD DWORKIN, **השופט יש שיקול דעת מוחלט, לבין אזורים "אפורים" בהם סמכותו השיפוטית של השופט נגוזה ראו: H.L.L. HART, THE CONCEPT OF LAW** 124-136 (1994) (לביקורת על קביעת הארט ראו למשל: חנוך דגן, "התפיסה הריאליסטית של המשפט" **ספר זליה דורנר** 303, 309-311 (שלומית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009)). לבסוף, פולר סבור, כי תפקיד השופטים הוא לחשוף את התכלית העומדת ביסוד החוק ראו: Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, 71 HARV. L. REV. 630 (1958).
Josef Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 YALE L.J. 823 (1972).
139 ראו בעניין זה: Steven J. Simmons, *The Problem of "Issue" in the Administration of the Fairness Doctrine*, 65 CALIF. L. REV. 546, 569 (1977); BEN H. BAGDIKIAN, *THE MEDIA MONOPOLY* (3rd ed., 1990).
140 ראו את דברי ד"ר פסח: "בד בבד קיים גם חשש כי העוצמה הנתונה בידי אותם אמצעי תקשורת שהוקצו להם משאבי ביטויי בלעדיים תשמש בידם כלי למניעת מהלכים ורפורמות המיועדים לצמצום פערים חלוקתיים בתחום הביטוי...". פסח, לעיל הערה 83, עמ' 344. ראו גם: RONALD K. L. COLLINS, *DICTATING CONTENT: HOW ADVERTISING PRESSURE CAN CORRUPT A FREE PRESS* 19-25 (1992).
141 ראו פרק 2. לעיל.
142 ראו למשל קרניאל, לעיל הערה 121, עמ' 133-136.

התנהגות אסטרטגית נוספת של הצנזור, לאור האי בהירות הלשונית ובהעדר קריטריונים מנחים יכולה לבוא לידי ביטוי בחסימת ביקורות המיעוט כלפי התנהלות הרוב.¹⁴³ הצנזור צפוי לנהוג כך בשל כמה סיבות: ראשית, בשל חששו "לרייטינג" הערוץ שעלול להיפגע כתוצאה משידור "פרסומת פוליטית". שנית, מפני שהפרסומת מבקרת את השחקנים החוזרים.¹⁴⁴ התוצאה, של השתקת הדעה והביקורת הפרטנית עלולה להביא להשתקת ביקורות נוספות, ולהרתיע את קבוצת המיעוט מלפעול לגילוי האמת.¹⁴⁵ בטווח הארוך, תוצאה זו עלולה להיות הרסנית במיוחד מפני שתביא להקטנת אמון הציבור בכלי התקשורת, ותיצור להם מוניטין שלילי של מקור מידע לא אמין, מעוות האמת.

מבחינת רציונל "ההגשמה העצמית",¹⁴⁶ שרלוונטי במיוחד לכשל הפגיעה בעניים, יש לומר שישנה פגיעה בהתארגנויות העניים שתוארו לעיל.¹⁴⁷ פגיעה זאת היא בלפחות שני היבטים, ההיבט האינדיבידואלי וההיבט הכללי (החברתי). מבחינת ההיבט האינדיבידואלי מניעת גישה "אפקטיבית" למנגנון פרסומת הפוליטית¹⁴⁸ עלולה להביא את קבוצת המיעוט לרגשי ניתוק מהתהליכים המדינתיים והתרבותיים המתרחשים במדינה,¹⁴⁹ לאי הבנה והכרת פרטים אלו את דרך חייהם,¹⁵⁰ לפנייה לדרכים אלימות ולא דמוקרטיות לשינוי חברתי,¹⁵¹ לייאוש מאי היכולת להשפיע על השיח הדמוקרטי והחברתי¹⁵² ולייאוש מאי היכולת להשתלב בו.¹⁵³ מבחינת ההיבט החברתי, אנו עלולים לפגוע "ביכולת ההגשמה העצמית" של ארגוניים ושל אוכלוסיות שארגוניים אלו מייצגים, ולהביא לחסימת תהליכים עתידיים של שינוי חברתי,¹⁵⁴ בשל הרגישות המיוחדת של הארגוניים ל"אפקט המצנן", ובשל קשיי ארגון וחסימי כניסה. מעבר להצדקות הטלאולוגיות¹⁵⁵ ניתן להוסיף, שמהפרספקטיבה הדאונטולוגית¹⁵⁶ זכותו השווה של הפרט להתבטא

¹⁴³ נציין, כי עבור קבוצת המיעוט, שאינן מהוות חלק מהרוב השולט ושאינן להן ייצוג משמעותי במסגרת מוסדות השלטון, חופש הביטוי עשוי להוות את אחת מהדרכים החשובות והמשמעותיות ביותר להגנה על זכויותיהם. ראו: JOHN H. ELY, DEMOCRACY DISTRUST- A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 105 (1985).

¹⁴⁴ ראו את הניתוח בפרק 4.א.

¹⁴⁵ ראו: גיא פסח "הבסיס העיוני של עקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות", משפטים לא 895, 898 (תשס"א) (להלן: הבסיס העיוני).

¹⁴⁶ לפי ג'ון סטיוארט מיל, עצם ביטוי, הביטוי מהווה חלק ממימוש האוטונומיה העצמית של הפרט. ראו על החירות, לעיל הערה 132. וגם כהנא, לעיל הערה 132, עמ' 273. LEE. C. BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY 54, 55 (1986). וגם MARTIN H. REDISH, FREEDOM OF EXPRESSION: A CRITICAL ANALYSIS 9-40 (1984); EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 46-54 (1989); Martin H. Redish, *The Value of Free Speech*, 130 U. PA. L. REV. 591 (1982). יש הסבורים, כי לא ראוי שרציונל זה יעמוד בבסיס לחופש הביטוי ובוחנים את השימוש בו בעין ביקורתית ראו: Alexander Meiklejohn, *The First Amendment is An Absolute*, SUP. CT. REV. 245, 255 (1961); Robert Bruke, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L.J. 1 (1971); Stanly Ingber, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, 1984 DUKE L.J. 1, 2 (1984).

¹⁴⁷ הכוונה לפגיעה בארגוניים המתחילים בשל הבעיות הפוזיטיביות שתוארו לעיל בהערה 128.

¹⁴⁸ ראו את הניתוח במסגרת פרק 2.ג כשל הפגיעה בעניים.

¹⁴⁹ להכרה ברציונל זה במשפט האמריקאי לצורך ניתוח סוגיית הפרסומת הפוליטית ראו Louis, לעיל הערה 105, עמ' 790-792.

¹⁵⁰ Joseph Raz, *Free Expression and Personal Identification*, 11 OXFORD J. L. STUD. 303 (1991)

¹⁵¹ KENT GREENAWALT, SPEECH, CRIME, AND THE USES OF LANGUAGE 16, 25 (1989)

¹⁵² ראו: Sylvia R. Lazos Vargaz, *Democracy and Inclusion: Reconceptualizing the Role of the Judge in Pluralist Polity*, 58 MD. L. REV. 150, 208 (1999)

¹⁵³ מעבר לכך, אם המיעוט ייקח חלק בתהליך הפוליטי, דמוקרטי, הדבר עלול להועיל לרוב, בשל התוקף המחייב שתקבל החלטת הרוב באשר למיעוט זה. ROBERT C. POST, CONSTITUTIONAL DOMAINS 7, 184, 287 (1995).

¹⁵⁴ STEVEN H. SHIFFRIN, THE FIRST AMENDMENT DEMOCRACY, AND ROMANCE 88-95 (1990)

¹⁵⁵ לביאור המושג "טלאולוגיה" ולשימוש בו בשדה המשפט ראו: Vincent A. Wellman, *Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward as Adequate Theory*, 57 U. COLO. L. REV 45, 87 (1985); Richard A. Posner, *The Jurisprudence of Skepticism*, 86 MICH. L. REV. 827, 852-859 (1988).

ולהשתתף בחיים הפוליטיים והדמוקרטיים, היא חלק מהתפיסה הדמוקרטית המקובלת והראויה והיא חלק מהאוטונומיה הפוליטית של כל פרט בחברה.¹⁵⁷
לבסוף, הפגיעה בדצינאל שוק הדעות¹⁵⁸ שרלוונטי בעיקר לכשל במבחנים לאבחון ביטוי כפוליטי והרלוונטי גם לכשל הפגיעה בעניים, הפגיעה מתבצעת בשלושה מישורים: ראשית, במסגרת מבחן "המרכיב הדומיננטי" הצנזור פוסל ביטויים רבים מדי מראש, ובכך מקטין את כמות הדעות בשוק, ואת כמות הדעות שמהן יוכל הפרט לבחור את הדעה המתאימה לו, וזאת בסתירה לפרדיגמת השיח הגורסת שחברה דמוקרטית צריכה לעודד יציאת ביטויים ראויים לחלל העולם.¹⁵⁹ פרדיגמה זאת שמה דגש על "קהל הנמנעים" ואל מראה פני השיח הדמוקרטי השתתפותי הרצוי.¹⁶⁰ שנית, פתרון בית המשפט לבעיית הכשל החוקתי, אינו מגשים את רציונל שוק הדעות,¹⁶¹ מפני שמתעלם מהאופי "מעשיר השיח הציבורי" של הפרסומת הפוליטית.¹⁶² שלישית, לאור כשל הפגיעה בעניים, העניים יתקשו להביע דעותיהם בטווח הארוך, ושוק הדעות יהפוך לשוק בעלי הממון.

ה. הצעות לפתרון הכשלים שהוצגו

במסגרת פרק זה אתווה את הפתרונות לארבעת הכשלים שהוצגו לעיל. כך, בכדי לפתור את כשל "האפקט המצנן" אציע למחוקק ליצור קווים מנחים (guide lines) לתיבות "פוליטי" ו"שנוי במחלוקת". כפתרון זמני עד שהמחוקק יעשה כן, אציע לפרש את התיבות בצמצום. כדי לפתור את כשל הזירה הפוליטית אציע להחליף את המבחן הפונקציונאלי, במבחן נורמטיבי תכליתי הכולל רכיבים אובייקטיביים

¹⁵⁶ להבחנה זו בין הרציונלים הדאוטולוגיים לבין הרציונלים הטלאולוגיים לחופש הביטוי ראו: Kent Greenawalt, *Free Speech Justifications*, 89 COLUM. L. REV. 119 (1989).

¹⁵⁷ JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 77 (1993)

¹⁵⁸ לדיון ברציונל "שוק הדעות" ראו את פסק דינו המפורסם של השופט הולמס: *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, (1919). 630 שוק הדעות מהווה אמצעי למימוש רציונל האמת, ומהווה התפתחות מאוחרת של רעיון זה. ראו: הבסיס העיוני, לעיל הערה 145, עמ' 897. וגם כהנא, לעיל הערה 132, עמ' 272. לביקורת על עמדה זו ראו: OWEN M. FISS, *LIBERALISM DIVIDED* 9-20 (1996)

¹⁵⁹ למקורות לפרדיגמת השיח ראו: FISS, לעיל הערה שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.; CASS R. SUNSTEIN, *DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH* (1995); Owen M. Fiss, *Why the State?*, 100 HARV. L. REV. 781 (1986).

¹⁶⁰ SPINOZA, *TRACTATUS THEOLOGICO POLITICUS* (Samuel Shirely trans., 1989) chapter xx. וזאת, בניגוד לשיח הפרדיגמאטי השלטוני, השם את הדגש על חירויות הביטוי השליליות, והרואה את מושא הזכות את הסובייקט הבודד. ראו פסח, לעיל הערה 83, עמ' 330. ראו את דברי פרופ' מייקלג'ון המצ'ין, כי מה שחשוב "אינם המילים של הדוברים אלא המוחות של השומעים". וכי, "What is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said". A. MEIKELJOHNE, *POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE* 25-28 (1960). ראו גם: Yohai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U L. REV. 354, 377-384 (1999). לסקירה בעניין הפרדיגמה השלטונית ראו: הבסיס העיוני, לעיל הערה 145, עמ' 917-922.

¹⁶¹ המפקד הלאומי, לעיל הערה 3, פסקה 43 לפסק דינה של השופטת נאור.

¹⁶² לדעתי, בית המשפט בחר להתייחס רק למישור החיצוני של טענת "כשל השוק החוקתי". המישור החיצוני, מתאר את "הכשל החוקתי" כמצב בו שוק התקשורת סובל מריכוזיות יתר, ולכן קיים חשש, כי הציבור לא ייחשף למגוון הדעות ותכנים. לדעתי, קיים גם מימד אינסטרומנטאלי לטענת "כשל השוק החוקתי", במובן שמנגנון הפרסומת הפוליטית יכול לסייע בהגשמת רציונל שוק הדעות ולא רק לפגוע בו. בית המשפט מתעלם ממימד זה בהחלטתו. ראו: שם, פסקה 49 לפסק דינה של השופטת נאור. ראו גם בג"צ 4915/00 רשת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451, 471 (2000); פסח, לעיל הערה 83, עמ' 331; בג"צ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 542 (1995). מעבר לכך, טיעון הכשל החוקתי במישור החיצוני הוא טיעון "המדרון החלקלק", דהיינו טיעון שאומר: "אם א' אז ב' ולבסוף יוביל לג" לטיעון מסוג זה קיימים מספר כשלים ראו: Stephen Smith, *Fallacies of the Logical Slippery Slope in the Debate on Physician Assisted Suicide and Euthanasia*, 13 MED. L. REV. 224 (2005); Eric Schauer, *Slippery Slopes*, 99 HARV. L. REV. 361, 364-368 (1985).

והסובייקטיביים. כדי לפתור את כשל הפגיעה בעניים אציע לאפשר את מנגנון הפרסומת הפוליטית בצורה מאוזנת ומצומצמת תוך הגדרת פרמטרים כגון: תדירות השידור, זמן שידור שינתן לכל פרסומת ומחירה. בעזרת צמצום מנגנון הפרסומת הפוליטית לפרסומות פוליטית "חלשות", תוך הגבלת הגישה לקבוצות בלבד. לבסוף, אציע לשלב את מבחן ההזמנה ומבחן האופי למבחן האופי הדומיננטי. כמו כן אתווה את האסטרטגיה הכללית לה ראוי לצנזר להיצמד בהפעילו את המבחנים.

ה.1. פתרון לכשל האפקט המצנן

לדעתי, המסקנה המתבקשת מהניסיון בארה"ב¹⁶³ היא שקשה וכמעט בלתי אפשרי להגדיר מהו נושא פוליטי. הדבר נובע מהעמימות (vagueness) הלשונית, של התיבה "פוליטי".¹⁶⁴ לכן, ניתן לדעתי רק להקטין את מימדי ה"אפקט המצנן" ולא למגררו לחלוטין.¹⁶⁵ אחת הדרכים לצמצם את האפקט היא לספק

¹⁶³ ישנם ארבעה מבחנים עיקריים להגדרת שניות במחלוקת, פוליטיות, של ביטוי במשפט האמריקאי: **מבחן ההזמנה**: זהו מבחן כללי, שלא מנסה לספק הגדרה לביטוי פוליטי, אלא מנסה להגדיר מהו ביטוי מסחרי. הנחת המוצא של המבחן היא שאם אנו יודעים להגדיר ביטוי מסחרי אזי, אנו יודעים להגדיר מה אינו ביטוי פוליטי, ובכך להקטין את קבוצת הביטויים "הפוליטיים" הנבחנים. המבחן אומר, כי עסקינן בביטוי פרסום מסחרי, מקום בו הוא מזמין את הצופה להתקשר בעסקה מסחרית. דהיינו, כל ביטוי שאינו מזמין את הצופה להתקשר בעסקה מסחרית הוא ביטוי החשוך להיות ביטוי פוליטי. ראו: *Valentine v. Virginia* 421 U.S. 809 (1975) וגם "זילברשץ, "על חופש הביטוי המסחרי" **משפט וממשל ג'** (תשנ"ו) 509, 514. **המבחן המשולש**: מורכב משלושה חלקים: במסגרת החלק הראשון, יש לבחון את מידת הכיסוי התקשורתי של הסוגיה נושא הפרסומת, אם הכיסוי התקשורתי הוא רחב אזי מדובר בסוגיה פוליטית ולהפך. במסגרת החלק השני של המבחן, יש לבחון את מידת **תשומת הלב** שניתנה לסוגיה על ידי נציגי הממשלה, האופוזיציה והמנהיגים הקהילתיים. לבסוף, במסגרת המבחן השלישי, המבחן "המהותי", יש לבחון ולהעריך בצורה סובייקטיבית את השפעתה הצפויה של הסוגיה על הקהילה בקנה מידה הרחב. המבחן המשולש, להבדיל מהמבחן הקודם הוא מבחן פנימי, במובן שהוא מנסה לספק מבחנים להגדרת הביטוי הפוליטי. בארה"ב עיקר הדגש הושם על תת המבחן השלישי, ואילו חשיבות תת המבחן הראשון והשני הייתה שניונית. הודגש כי לא קיימים עקרונות כמותיים שבעזרתם ניתן להעריך את מידת השימוש וההתאמה של שלושת המבחנים לסוגיה מסוימת. ראו: *Simmons*, לעיל הערה 105, עמ' 562-563; *Healy v. FCC*, 460 F.2d 917 (D.C. Cir. 1972). **שימוש במבחני הסבירות ותום-לב**: נראה, כי האמריקאים הגיעו למבחן זה בשל התובנה, לפיה לא ניתן להגיע להגדרה מדויקת של פוליטיות בעזרת כללים ברורים, ולכן יש לעבור למישור מושגי השסתום והעקרונות. המבחן הוא חיצוני, במובן שהוא מנחה ומגביל את "מרחב התמרון" בהגדרת עניין מסוים כפוליטי ומגדיר את דרך ההתנהגות הראויה במהלך הליך ההגדרה, אך אינו מספק הגדרה לביטוי פוליטי. ראו: *Simmons*, לעיל הערה 105, עמ' 560. **פסיעה ממקרה למקרה**: למרות מבחן הסבירות, תום-הלב והמבחן המשולש ה-FCC (ה-FCC היא רשות פדראלית שהוקמה ב-1934 ומסדירה את ענף התקשורת בארה"ב, הרשות מקצה תדרים ורישיונות שידור ומפקחת על העמידה בתנאי הרישיון. ראו קרניאל, לעיל הערה 121, עמ' 86) התקשה פעמים רבות להגדיר מהו עניין פוליטי או השנוי במחלוקת ציבורית. גם כאשר קבעה, כי עניין מסוים הוא שנוי במחלוקת, לא היה נהיר מדוע עניין אחר שדמה בעובדותיו לעובדות אותו העניין, לא נחשב לכה. לאור מציאות זו, קבע ה-FCC, כי יש לבחון כל פרסומת לגופה תוך הסתייעות במבחן המשולש. ונקבע, כי עניין הוא שנוי-במחלוקת רק אם הוא בעל פופולאריות מינימאלית. ראו: *Simmons*, לעיל הערה 105, בעמ' 561-562, 569.

¹⁶⁴ העמימות בא לידי ביטוי בשל חוסר הוודאות באשר לתחולת המושג פוליטי, שנוי במחלוקת, על איסור ואישור של פרסומת לשידור. ראה בעניין זה: Jeremy Waldron, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, 48 MINN. L. REV. 885 (1964). בעניין הביקורת על היכולת להבחין בין הביטוי הפוליטי לבין הביטויים האחרים ראו: Steven H. Shiffrin, *The First Amendment and Economic Regulation: Away From a General Theory of the First Amendment*, 78 NW. U.L. REV. 1212, 1257-1258 (1983).

¹⁶⁵ איני שולל את הפתרון של שכלול ההגדרות הקיימות למונחים "שנוי במחלוקת" ו"פוליטי" והתאמתם למציאות החברתית המשתנה. לדעתי, שכלול זה צריך לבוא בד בבד עם הפתרון הפרגמאטי אותו אני מציע. שהרי, החוק הוא ישות נורמטיבית דינמית, המשתנה עם הזמן ותלויה בתנאים והשינויים החברתיים. ידועה בעניין זה אמירתו של השופט ברק, כי "מילותיו של החוק אינם מבצרים שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק" ראו: ע"פ 787/79 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד (ה) 421, 427 (1980). ראו גם את אמירתו המפורסמת של השופט הולמס: O.W. "The life of law has not been logic, it has been experience". HOLMES, THE COMMON LAW 1 (Boston, 1881). "Life is not here to be a servant of concepts, but concepts are here to serve life. What will come to pass in the future is not postulated by logic but by life..." III DER GEIST DER ROMISCHEN RECHTS, 321 (Breitkopf and Hartel, Leipzig 7th ed. 1923). איני מסכים עם תזת השופט נאור שלפיה "הטלת חובה של הסדרה מפורשת ופרטנית בחקיקה ראשית בנושא הפרסומת עלולה להביא לחקיקה ראשית מסורבלת...לשיתוק ההסדרה..., וזאת בשל חוסר היכולת להסדיר את כל הפעילות של הרגולטור בחקיקה ראשית". **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 36 לפסק דינה של השופטת נאור.

קווים מנחים¹⁶⁶ והנחיות¹⁶⁷ לצנזור במסגרת חקיקתית. פתרון זה ינחה את הצנזור, יגביל את שיקול דעתו ויגרום לו לפעול בצורה יעילה יותר.¹⁶⁸ ההצעה מצמצמת את הבעיות הפוזיטיביות שהוצגו לעיל בשל ארבעת הסיבות הבאות: ראשית, ההצעה מקטינה את הפתח לשחיתות,¹⁶⁹ אך לא סוגרת אותו לחלוטין. מתן הקווים המנחים יצמצם את יכולת הצנזור לפעול בצורה לא ראויה מפני שיקטין את מרחב תמרונו הפרשני ואת שיקול דעתו,¹⁷⁰ מה שיקל על הפיקוח והביקורת על החלטותיו. שנית, הצנזור יוכל לפעול בצורה אמיצה ויעילה יותר בכל הקשור לפסילה ולאישור פרסומות. שלישית, הרתעת היתר של הצנזור תקטן מפני שיהיה לו ברור יותר מהו עניין פוליטי, ולכן, טווח הבטיחות שהוא לוקח כיום יצטמצם.¹⁷¹ כך, גם תקטן הרתעת היתר של הפונה הפוטנציאלי, מפני שיוכל לעיין *ex-ante* בהגדרת הפרסומות הפוליטיות ולבדוק אם הפרסומות מתאימה לשידור.¹⁷² רביעית, בשל שלושת הנימוקים שפורטו לעיל נטיית הצנזור לפסול פרסומות, שאינן פוליטיות, מהבחינה האובייקטיבית תצטמצם אף היא, ולכן תקטן הפגיעה בחופש הביטוי. לבסוף, עד שהמחוקק יסדיר סוגיה זו¹⁷³ ראוי לצנזור ליתן פרשנות מצמצמת¹⁷⁴ לתיבות "פוליטי" ו"שנוי במחלוקת".

¹⁶⁵ ראו את דברי השופט חשין בפרשת קידום. "עצם העובדה כי במקרה פלוני תקשה עלינו המלאכה, אין בה הצדק, לטעמי, כדי להסיק כי לא ננסה למצוא הבחנה במקרים אחרים". בג"צ 606/93 קידום נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 26 (1994).

¹⁶⁶ ראו בעניין זה את דברי השופט ברק: "אכן, מחד גיסא, אין לדרוש פירוט ניכר באמות מידה, שכן בכך יוקפא המצב המשפטי, ולא ניתן יהיה להתחשב בנסיבות החיים המשתנות. מאידך גיסא, אין להספק באמות-מידה כה כלליות ומופשטות, שאינן מוסיפות דבר. יש למצוא, אפוא, על-פי קו טיעון זה, שביל זהב אשר יטיל על המחוקק את הנטל לקבוע אמות-מידה שתהיינה מדריכות במידה מספקת מחד גיסא, ולא תדרושנה פירוט אשר לא יאפשר התחשבות בנסיבות חיים משתנות, מאידך גיסא". ראו פרשנות במשפט, לעיל הערה 67, עמ' 504. וגם ההלכה השיפוטית, לעיל הערה 73. בעניין החובה הבסיסית של המחוקק ושל שיטת משפט, לנסח את החוקים בלשון המובנת לכל בני החברה. ראו: L. FULLER, THE MORALITY OF LAW 63 (rev. ed., 1969).

¹⁶⁷ ראו את דברי הנשיאה בייניש: "...לצורך קביעת איסור רחב-היקף כאמור נדרשת לשון ברורה בחוק, הקובעת את אמות-המידה העקרוניות לעניין האיסור הנדון, ולו בקווים כלליים". המפקד הלאומי, לעיל הערה 3, פסקה 14 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

¹⁶⁸ נציין, כי אם המחוקק יספק קווים מנחים להגדרת הפרסומות הפוליטיות, הפניה לבית המשפט תהיה מצומצמת יותר ראו: Kaplow, לעיל הערה 115. וגם: Pierre J. Schlang, Rules and Standards, 33 UCLA L. REV. 379, 386 (1985). (להלן: Schlang) במסגרת הצעה זו עולה השאלה האם התערבות בית המשפט כצנזור היא מוצדקת. איני דן בשאלה זו בשל קוצר היריעה. לדיון בעניין זה ראו: 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, 224-226, 229-230 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

¹⁶⁹ דרך נוספת, להתמודד עם בעיית השחיתות היא להפעיל על רשות השידור והרשות השנייה חובות מהמשפט המנהלי מתוקף היותם תאגידים סטטוטוריים. החובות בהן ניתן להשתמש הן: חובת הנאמנות, הסבירות, האיסור להימצא בניגוד עניינים והאיסור למשווא פנים. ראו: המפקד הלאומי, לעיל הערה 3, פסקה 1 לפסק דינה של הנשיאה בייניש; בג"צ 15/96 תרמוקור נ' הרשות השנייה, פ"ד נ(3) 397, 403 (1996). נראה, כי זו הייתה גם כוונת המחוקק ראו למשל את חוק רשות השידור בסעיף 25א(ב)(1) "הועד המנהל יקבע, בהתייעצות עם המנהל הכללי, כללים בדבר: (1) סייגים להשתתפות אדם במכרז, במטרה למנוע ניגוד עניינים ולקדם את התחרות בתחום הפרסומות בשידורים".

¹⁷⁰ ראו Schlang, לעיל הערה 168, עמ' 386-387.

¹⁷¹ שם, עמ' 385-384.

¹⁷² שם.

¹⁷³ השופטת חיות הציעה הצעה דומה להצעה זו. ראו חינוך לשלום, לעיל הערה 2, פסקה 8 לפסק דינה של השופטת חיות.

¹⁷⁴ הפרשנות המצמצמת מהווה את התוצאה המתבקשת מהפעלת הפרשנות התכליתית במקרה דנא, ומהווה לדעתי את האיוון הראוי בין התכלית האובייקטיבית והסובייקטיבית. התכלית האובייקטיבית כוללת את מסורת חופש הביטוי בישראל, שנמנית עם החירויות הבסיסיות והיסודיות ביותר במשפט הישראלי והמתפקדת כזכות מאפשרת לזכויות חוקתיות רבות אחרות. התכלית הסובייקטיבית המנסה להתחקות אחר רצון המחוקק קובעת במקרה שלנו, כי המחוקק ביקש לפסול, רק את הביטויים הפוליטיים "הקשים" ולא את הביטויים "הרכים" או את הביטויים המצויים בטווח שבין שתי קצוות אלו.

ה. פתרון לכשל במבחנים הקיימים להגדרת הפרסומת כפוליטית

המבחן הראשון, שראוי לדעתי להיות מופעל, במסגרת השאלה הראשונה; האם מדובר בפרסומת פוליטית? הוא מבחן "ההזמנה". המבחן קובע כי עסקינן בפרסומת מסחרית מקום שבו תוכן הפרסומת הוא הזמנה לצופה להתקשר בעסקה מסחרית.¹⁷⁵ במסגרת בחינת השאלה השנייה, האם מטרת הפרסומת היא לשכנע או להעביר מידע גרידא? ראוי לדעתי לשלב את מבחן "האופיי", שבוחן את אופי הגוף שמבקש להציג את הפרסומת. לפי מבחן זה, אם מדובר בגוף פוליטי, אז הנטייה לסווג את הפרסומת כפוליטית תהא גדולה יותר ולהפך.¹⁷⁶ הצעה זו פותרת באופן חלקי את הביקורות שהעליתי נגד מבחן האופי הדומיננטי. **ראשית**, מבחן ההזמנה מאפשר לתחום את הגבול בין הפרסומת הפוליטית לפרסומת המסחרית. יש בו לדעתי משום כלי עזר חשוב שניתן לעבוד עימו, וליישמו במסגרת בחינת הפרסומות על ידי הצנזור ובית המשפט. **שנית**, מבחן האופי יכול לתת אינדיקציה, שלא חייבת להיות קונקלוסיבית שעסקינן בפרסומת פוליטית או לחלופין, כי מדובר בפרסומת פוליטית שמטרתה לשכנע ולא להעביר מידע גרידא.

ה. פתרון לכשל הזירה הפוליטית (המבחן הראוי לזירה פוליטית)

המבחן הראוי לזירה פוליטית צריך להיות מבחן נורמטיבי. המבחן יכול לכלול רכיבים פונקציונאליים, אך אלו צריכים להוות רק חלק ממנו. השאלה אם זירה מסוימת היא פוליטית? צריכה להיבחן במסגרת הפרשנות התכליתית, הכוללת כזכור שני רכיבים; הרכיב האובייקטיבי הכולל את ערכי השיטה המשפטית והרכיב הסובייקטיבי המנסה להתחקות אחר רצון המחוקק.¹⁷⁷ רק האיזון בין שתי תכליות אלו יוביל את בית המשפט לתשובה הפרשנית הנכונה.¹⁷⁸ בענייננו, התכלית הסובייקטיבית של המחוקק¹⁷⁹ הייתה לאפשר לתאגידי התקשורת לגייס תקציבים, אך כפי שצוין לעיל זו לא התכלית היחידה של חקיקת רשות השידור.¹⁸⁰ התכלית האובייקטיבית של החקיקה, מתבססת על מסורת חופש הביטוי¹⁸¹ הפוליטי, על היקף ההגנה הרחב לו זכתה הזכות לחופש הביטוי במשפט הישראלי¹⁸² ומסתכלת על חקיקת רשות השידור כמכלול,¹⁸³ ורואה בה, בין היתר, אמצעי לקידום חופש הביטוי בחברה.¹⁸⁴ האיזון בין שתי התכליות מביא לדעתי למסקנה כי פלטפורמת הפרסומת יכולה להיות זירה חופש ביטוי פוליטי.¹⁸⁵

¹⁷⁵ ראו לעיל הערה 163.

¹⁷⁶ ראו **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת נאור. אמנם, המבחן משמש את בית המשפט להגדרת ביטוי כפוליטי, ולא עוסק בשאלה האם מדובר בפרסומת פוליטית. אולם, כפי שארה בהמשך המבחן רלוונטי לענייננו.

¹⁷⁷ ראו אהרן ברק "פרשנות של חוקי יסוד" **משפטים** כ"ב 31, 42-43 (תשנ"ג-תשנ"ד).

¹⁷⁸ ראו **פרשנות במשפט**, לעיל הערה 67, עמ' 135-136.

¹⁷⁹ ראו את דברי החקיקה לעיל בהערות 22, 56-57, 60-62.

¹⁸⁰ ראו את הניתוח במסגרת הפרקים 1.

¹⁸¹ ראו **ראם**, לעיל הערה 66, פסקה 12 לפסק דינו של השופט ברק. בעניין הדעה, כי הזכות לחופש הביטוי היא הזכות החשובה ביותר בחברה דמוקרטית ראו: Guy E. Carmi, *Dignity- The Enemy From Within: A Theoretic and Comparative Analysis of Human Dignity as a Free Speech Justification*, 9 U. PA. J. CONST. L. 957, 960 (2007).

¹⁸² בפרשנות דבר חקיקה יש להתחשב בעובדה שהוא מהווה חלק אינטגרלי מהשיטה הכוללת ראו: L. FULLER, *ANATOMY OF LAW* (1968) 1, 94.

¹⁸³ הסתכלות פרשנית הבוחנת את תפקיד דבר החקיקה הפרטני לאור מכלול דברי החקיקה היא נקודת המוצא של "המעגל הרמנויטי" המניחה כי הבנת טקסט משמעותה הבנת המכלול שהטקסט הוא חלק ממנו. ראו בעניין זה: Hans-Georg Gadamer, *On the Circle of Understanding, in HERMENEUTICS VERSUS SCIENCE?* 67-68 (John M. Connolly and Thomas Keutner eds., 1988); M. HEIDEGGER, *BEING AND TIME* (J. Macquarrie & E. Robinson trans., 1962); C. GEERTZ, *THE INTERPRETATION OF CULTURES* (1973); T. KUHN, *THE ESSENTIAL TENSION:*

ה. פתרון לכשל הפגיעה בעניים

מחד גיסא, הפתרון הטוב ביותר לכשל הוא אי ביטול מנגנון הפרסומת¹⁸⁶ הפוליטית,¹⁸⁷ בשל שתי סיבות עיקריות. ראשית, מפני שמנגנון הפרסומת הפוליטית הוא כלי יעיל וחסכוני להבעת דעות פוליטיות בהשוואה לכלים חלופיים אחרים.¹⁸⁸ שנית, מפני שביטול הפרסומת הפוליטית בטלוויזיה וברדיו אינו פותר את ה"כשל החוקתי" במדינות האחרות.¹⁸⁹ מאידך גיסא, אין להתעלם מהקשיים שהציגו שופטי הרוב. לדעתי, הפתרון הראוי לכשל צריך להיות מידתי, מאוזן ולא דיכוטומי.¹⁹⁰ הפתרון צריך לאפשר את מנגנון הפרסומת הפוליטית בצורה מצומצמת ומפוקחת יותר מאשר היא היום. להלן אציג מספר כיווני מחשבה, ופתרונות אפשריים לכשל.¹⁹¹

הדרך ראשונה, שבעזרתה ניתן יהיה לפקח על הפרסומת הפוליטית היא על ידי הצגת פרמטרים¹⁹² שיגבילו את הפרסומות. פרמטרים אלו יכולים להיות: זמן שידור שינתן לפרסומת,¹⁹³ הגבלת השעות שבהן ניתן יהיה לשדר פרסומות אלו, תדירות שידורן, מחירן ומיקומן במקבץ הפרסומות.¹⁹⁴ שנית, ראוי לדעתי להגביל את הגישה לפרסומת הפוליטית לקבוצות בלבד.¹⁹⁵ התארגנות הפרטים לקבוצה יכולה ללמד על חשיבות המסר אותו היא מעוניינת להעביר, והיא מנגנון סינון ראשוני, שמקרין על רצינות המתארגנים ועל מידת התמיכה הציבורית בהם.¹⁹⁶ שלישית, ראוי לטעמי להגביל את הפרסומת הפוליטית לנושאים פוליטיים "חלשים". המסווגים לפי מבחני הפסיקה¹⁹⁷ כפוליטיים אך אינם משום תעמולת בחירות, ומפרסמיהם אינם משתייכים למפלגות פוליטיות. את ההגבלה לנושאים פוליטיים "חלשים" ניתן לנמק

SELECTED STUDIES IN SCIENTIFIC STUDIES AND CHANGE (1977). להדגמת השימוש ב"מעגל ההרמוניטי" ולדרך שבריתו במסגרת תורת הפרשנות התכליתית והפסיקה הישראלית ראו: שלומית אלמוג, **משפט וספרות** 20-23 (2000).

H. HART & A. SACHS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW 1374 (W. Eskridge and P. Frickey eds., 1994).

ראו **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 6 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

הכוונה לפרסומות פוליטיות המשודרות בטלוויזיה או ברדיו ומטרתן לשכנע.

דוגמא אקטואלית לחשיבות הפרסומת הפוליטית ככלי מעודד דיון ציבורי ופלורליזם, היא פרסומת חברת הסולר "סלקום" ראו בקישור: <http://www.youtube.com/watch?v=210H8wavqbc>, לסקירה לגבי תוכן הפרסומת ראו את כתבת אמיתי זיו, ב- Themarker בכתובת:

http://www.themarker.com/tmc/article.jhtml?ElementId=az20090713_444848.

ושודרה בטלוויזיה. שידור הפרסומת עורר שורה ארוכה של תגובות שבאו לידי ביטוי בנאומים בכנסת, פרסום כתבות בעיתונאות בארץ ומחוץ לה. לאחר תגובות אלו הפרסומת הורדה.

ראו פרק ג. לעיל.

ראו פרק ג. לעיל.

"דיכוטומי" במובן של איסור מוחלט על מנגנון הפרסומת הפוליטית, או מתן אפשרות לשידור הפרסומת הפוליטית ללא שום הגבלות ראו בעניין זה את דברי הנשיאה ביניש: "...קביעת איסור מוחלט על שידור פרסומות פוליטיות באמצעי התקשורת האלקטרוניים מהווה אמצעי פוגעני יתר על המידה, בהתחשב בתרומה האפשרית של פרסומות כאמור לשיח הפוליטי-ציבורי בישראל... לשם עידוד הפלורליזם בחברה אין לחסום כליל שידורן של פרסומות פוליטיות, אלא ראוי להתירן תחת סייגים". **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

הפתרון לקשיים אותם מציגים השופטים אינו פשוט. לכן, איני מתיימר לספק כלים אנליטיים ופרקטים בעזרתם ניתן יהיה לפתור את כשל הפגיעה בעניים בכל סיטואציה. תחת זאת, אציג מספר כיווני מחשבה אפשריים, היכולים לספק מספר תובנות ראשוניות לגבי הפתרון הראוי לסוגיה סבוכה זו.

ראו **המפקד הלאומי**, לעיל הערה 3, פסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

להצעות דומות במשפט האמריקאי ראו Louis, לעיל הערה 105, עמ' 789-790.

המפקד הלאומי, לעיל הערה 3, פסקה 18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

ראו קרניאל, לעיל הערה 121, עמ' 54. וגם Louis לעיל הערה 105, עמ' 789. לגישה דומה במערב אירופה ראו: Eric Barent, *Access to the Media in Western Europe*, in RIGHTS OF ACCESS TO THE MEDIA 109, 113-114 (Andras Sajo & Monroe Price eds., 1996)

אחרת הפרטים לא היו מתארגנים לקבוצה בשל הבעיות שמאפיינות את ההתארגנות הקבוצתית. ראו לעיל הערה 128.

הכוונה לסיווג לפי המבחנים שהוצגו בפרשות חינוך לשלום.

אבגני גנס " העשיר, העני ומחוזות חופש הביטוי-הגיגים בעקבות בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה"
הארז דין ה(3) 145 (התש"ע-התשע"א)

בשני טעמים. ראשית, ראוי לדעתי להימנע מהפגיעה ברציונאליים שבסיס חוק תעמולת הבחירות.¹⁹⁸ שנית, הפרסומת הפוליטית ככלי מחולל חופש ביטוי אמורה לסייע לארגונים בתחילת דרכם, ולהסב את תשומת הלב הציבורית לדעותיהם בשלב הראשוני בלבד, לאחר שארגונים אלו צברו כוח והפכו למפלגות רציונאל ראשוני זה מפסיק עומד. **לסיכום**, מתודולוגית אני סבור כי ראוי לצנזר לעשות מאמץ *ex-ante* לסווג פרסומת כפוליטית או כמסחרית בעזרת מבחן האופי הדומיננטי המשופר אותו הצגתי. במקרים שבהם הצנזר יתקשה לבצע את הסיווג, ראוי שיפרש את התיבות "פוליטי" בצורה מצמצמת.¹⁹⁹

ו.סיכום²⁰⁰

מטרתו המרכזית של המאמר הייתה להציג את פרשת המפקד הלאומי באור ביקורתי. הצגתי ארבעה כשלים העולים מפסק הדין: כשל האפקט המצנן, כשל הזירה הפוליטית, כשל הפגיעה בעניים והכשל במבחנים לאבחון פרסומת כפוליטית. בהמשך, הראיתי, דרך פריזמת הרציונלים הפרדיגמאטיים לחופש הביטוי של חשיפת האמת, ההגשמה עצמית ושוק הדעות, כי המשמעות המעשית של הכשלים היא פגיעה לא מידתית בחופש הביטוי. לבסוף, הצגתי מספר פתרונות לכשלים אלו.

¹⁹⁸ מטרת חוק תעמולת הבחירות, הן הטלת מגבלות על דרכי התעמולה כדי להבטיח את חופש הבחירה, וכדי למנוע השפעה בלתי הוגנת על הבוחר, ויצירת שוויון בין המפלגות בניסיון להגיע אל הבוחר. ראו: **זוילי**, לעיל הערה 11, עמ' 701-702.

¹⁹⁹ וזאת בכפוף להגבלות אותן הצעתי בפרק ה.2, של שידור פרסומות פוליטיות "חלשות" בלבד, ומתן גישה רק לקבוצות.

²⁰⁰ ב-28.10.09 בזמן כתיבת המאמר התפרסם בג"צ 7192/08 **המטה להצלת העם והארץ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו** (טרם פורסם, 28.10.09). השופט רובינשטיין, שכתב את דעת הרוב, קבע שכעניין של מדיניות וכהנחיה לצנזר, יש לפרש בצמצום כל דריסת רגל לנושאים פוליטיים בפרסומות מסחריות. השופט ביסס את קביעתו על פרשת המפקד הלאומי לפיה: הפרסומת הפוליטית אינה חוסה במסגרת חופש הביטוי, וזירת הפרסומת אינה יכולה ולא ראוי שתהיה זירה פוליטית. עוד הוסיף כי בעקבות הלכת המפקד הלאומי יש לפרש בצמצום את הלכת חינוך לשלום שלפיה שידור פרסומת פוליטית מותר כל עוד מטרתו להעביר מידע. פסק הדין, מעורר את ארבעת הכשלים ואת הביקורות שהצגתי במאמר, ואף מעצים אותם. לצערי, אינני מתייחס ומנתח את פסק הדין בשל קוצר היריעה.