על חופש הביטוי המסחרי

יפה זילברשץ*

א. הקדמה. ב. הגדרת המונח "חופש ביטוי מסחרי". ג. מודל I: הביטוי המסחרי אינו כלול בזכות התוקפית לחופש הביטוי; 1. ההיבט הפוליטי-דמוקרטי; 2. ההיבט האישי: מימוש עצמי ואוטונומיה של הפרט; 3. חקר האמת – שוק חופשי של דעות. ד. מודל II: העיקרון של חופש הביטוי נותן הגנה תוקפית גם לביטוי מסחרי, אך במידה פחותה; 1. נימוקים בעד החלת המודל; 2. התוצאות המשפטיות הנובעות מהחלת המודל; 3. ביקורת על הנימוקים להחלת המודל; 4. ביקורת על התוצאות המשפטיות הנובעות מהחלת המודל. ה. מודל III: חופש הביטוי המסחרי נכלל בחופש הביטוי וזוכה להגנה חוקתית מלאה כמו כל ביטוי אחר; 1. בעד המודל; 2. נגד המודל. ו. סיכום.

א. הקדמה

המונח "חופש הביטוי המסחרי" יוצר מתח דוקטרינלי, שכן הוא כולל שני גורמים שונים במהותם: חופש הביטוי מחד גיסא וחופש המסחר מאידך גיסא, שתברו יחד להוות יציר כלאיים בעל זהות מורכבת ביותר.

חופש הביטוי הוא עקרון יסוד שקיבל הגנה חוקתית רחבה במשפט במדינות הדמוקרטיות. הגנה חוקתית זו הבטיחה שחופש הביטוי יוגבל רק אם מימושו יפגע במספר מצומצם של זכויות או אינטרסים שהוכרו כרבי חשיבות, וכן שההגבלה תהיה מצומצמת ככל האפשר.[1] לעומת זאת החופש לנהל חיי מסחר איננו עיקרון חוקתי מבוסס ומוגדר כמו חופש הביטוי. חופש זה בעייתי מעצם טיבו, שכן מימושו מקדם זכויות כלכליות של שכבה מסוימת בחברה, שכבת בעלי העסקים, אך הוא בהחלט עלול לפגוע בזכויותיהן

* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

1. ניתן למצוא הבדלים גם בקרב המדינות הדמוקרטיות בהיקף ההגנה החוקתית שהן מעניקות לחופש הביטוי. ארצות-הברית לדוגמא, מעניקה לחופש הביטוי הגנה רחבה יותר מאשר קנדה או ישראל. יחד עם זאת, ניתן למצוא מכנה משותף בין כל המדינות ברמת החשיבות שהן מקנות לעקרון הופש הביטוי כזכות יסוד דמוקרטית. כל אחת מהמדינות מקפידה על-פי דרכה על אי הגבלתו של חופש הביטוי, למעט כאשר ההגבלה היא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

nevo.co.il

הכלכליות של שכבות אחרות בחברה.[2] על כן המדינות הדמוקרטיות מתחבטות אם להעניק הגנה חוקתית לתופש לנהל חיי מסחר, ומה היקפה הרצוי של הגנה זו.[3] אם שיטת משפט בוחרת להעניק הגנה חוקתית רחבה לתופש הביטוי ולחופש לנהל חיי מסחר, תרי שחופש הביטוי המסחרי יזכה להגנה חוקתית רבה. אך הגדרת מעמדו החוקתי של חופש הביטוי המסחרי בעייתית וקשה בשיטת משפט אשר מעניקה הגנה חוקתית רחבה לחופש הביטוי, ומסרבת להעניק הגנה כזו לתופש לנהל חיי מסחר.[4]

במונח "חופש הביטוי המסחרי" טמונה גם בעייתיות מסוג אחר. חופש הביטוי מתקשר במחשבה ראשונה לעקרונות הדמוקרטיה, במובן של היכולת לבטא רעיונות פוליטיים

---

2. R.A. Smolla, "Information, Imagery, and the First Amendment: A Case for Expansive Protection of Commercial Speech", 71 **Texas L. Rev.** (1992-93) 777, 804; S. Jhally, "Commercial Culture, Collective Values, and the Future", 71 **Texas L. Rev.** (1992-93) 805, 814.

3. דוגמא לשיטת משפט כזו היא ארצות־הברית. שם קיימת הגנה רחבה ביותר על חופש הביטוי. בתחילת המאה ניתנה בה הגנה חוקתית רחבה גם לזכות לנהל את חיי המסחר ולבטס את המעמד הכלכלי. הגנה זו נוצרה בעקבות כך שהפסיקה הכירה ב- commercial due process *על־פי התיקון ה-XIV לחוקה, ובימלה חקיקה והחלטות שלטוניות* שהסדירו והגבילו את חופש החוזים, ובעקבותיו פעילות מסחרית. ראו לדוגמא פסק־דין שמאפיין תקופה זו: **Lonchner** v. **N.Y.**, 198 U.S. 45 (1905).
מגמה זו בפסיקה האמריקנית השתנתה בסוף שנות ה־30 במאה הנוכחית. בית־המשפט סטה מהלכת **Lonchner** בפסק־הדין **West Coast Hotel** v. **Parrish**, 300 U.S. 379 (1973) ומאז המגמה היא לצמצם הגנה חוקתית לחופש החוזים, ומכאן לחופש המסחרי, ולאפשר לממשל לקבוע הסדרים בנושאי כלכלה ומסחר. ראו סקירה בנושא זה המסבירה את הנימוקים לשינוי: L.H. Tribe, **American Constitutional Law** (New York, 1988) 560-586. בישראל נחקק חוק־יסוד: חופש העיסוק. תופש זה מעניק לפרט זכות לעסוק בפעילות המשמשת לו בסיס מתמשך לקיום. חופש זה הוא נחלתו של כל פרט וגורר תחרות בין פרטים. התחרות החופשית בין פרטים מצויה בבסיס חופש העיסוק. א' ברק, **פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית**, תשנ"ד), 597. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק בסעיף 3 הגנה לכל אדם מפני פגיעה בקניין. יש להניח שעיגונן של שתי זכויות אלו בחקיקת היסוד החדשה יוביל למתן הגנה חוקתית רחבה לצדי לחופש לנהל חיי מסחר.

4. השופט קוזינסקי מיטיב לתאר מתח זה באומרו: "... liberals don't much like commerical speech because it's commercial, conservatives mistrust it because it's speech": A. Kozinski and S. Banner, "Who's Afriad of Commercial Speech" 76 **Virginia L. Rev.** (1990) 625, 652. ובן ראו התייחסות לבעיה זו אצל M.M. Redish, "The First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression", 39 **George Washington L. Rev.** (1970-71) 429, 430, 458; סמולה (לעיל, הערה 2) 780.

nevo.co.il

מכל סוג שהוא, דעיונות חשובים שמשפיעים על חיינו. מה לעיקרון זה ולמודעה בעיתון, בה ראובן מבקש למכור את מכוניתו המשומשת משנת X במחיר Y?[5] חופש הביטוי מוביל אותנו לעולם של רעיונות ומחשבות, בעוד שחופש המסחר הוא ודאי יותר עולם של אקטים, של פעולות.[6] כיצד ניתן לחבר בין השניים?

פתרון הקונפליקטים שהצגנו יכול להיות על־פי שלושה מודלים שונים:

מודל ראשון: אין להכליל את הביטוי המסחרי במסגרת ההגנה התוקפית על חופש הביטוי.

מודל שני: העיקרון של חופש הביטוי נותן הגנה חוקתית גם לביטוי מסחרי, אך במידה פחותה מאשר לביטוי שאינו מסחרי.

מודל שלישי: חופש הביטוי המסחרי הוא חלק אינטגרלי מהעיקרון של חופש הביטוי, ויש להעניק לו הגנה חוקתית כמו לכל ביטוי אחר.

במאמר זה נבחן את היתרונות והחסרונות של כל אחד מהמודלים הללו, ונצביע על המודל השלישי כמודל המועדף. לדעתנו, אין מגיעה לראות בביטוי המסחרי רייד שווה זכויות בממלכת חופש הביטוי, כי במקרים רבים קשה לבודד ביטוי ולשייכו לקטיגוריה נפרדת של ביטוי מסחרי. כמו כן, הרציונלות שבבסיס מתן ההגנה לחופש הביטוי מתקיימות גם ביחס לביטוי מסחרי. התוצאה המשפטית אשר נובעת, לדעתנו, מהחלת המודל השלישי על הביטוי המסחרי היא, שהיות שהוא אינו חשוב פחות מביטוי אחר, יש להעניק לו הגנה חוקתית מלאה. מובן שהגנה חוקתית כזו לא תמנע הגבלת חופש הביטוי המסחרי בגין אינטרסים שיוכרו כתכלית ראויה להגבלת חופש הביטוי.

ב. הגדרת המונח "חופש ביטוי מסחרי"

אם המודל השלישי הוא המודל המועדף, הרי שאין צורך להגדיר מהו ביטוי מסחרי, שכן ביטוי זה יזכה להגנה כמו כל ביטוי אחר במסגרת הזכות התוקפית לחופש הביטוי. אבל אם בוחרים במודל הראשון או השני, המבחין בין ביטוי מסחרי לביטוי אחר, יש צורך להבחין ולהגדיר מהו ביטוי מסחרי.

---

5. ראו לעניין זה לשונו הציורית של השופט חשין בבג"צ 606/93 **קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד מח (2) 1 (להלן: **פרשת קידום**), בפיסקות 1-2 לפסק־דינו, וכן סמולה (לעיל, הערה 2) 782.

6. אמרסון יצר הבחנה בין פעולות לבין ביטוי, וטבר, שהיקף ההגנה החוקתית על ביטוי צריך להיות גדול יותר מאשר על פעולות: T.I. Emerson, **Toward a General Theory of the First Amendment** (New York, 1966) 6. בהתבסס על כך סבור קוז, שהביטוי המסחרי מזקרב לפעולות יותר מאשר ביטוי רגיל, ועל כן שונה מבנו: R.H. Coase, "Advertising and Free Speech" 6 **Jour. of Legal Studies** (1977) 1, 14. וכן ראו בעניין זה אצל סרייב (לעיל, הערה 3) 894, בעיקר הערה 29 שם; S. Shiffrin, "The First Amendment and Economic Regulation: Away From the General Theory of the First Amendment" 78, **Northwestern University L. Rev.** (1983) 1212, 1256-1258.

נאום בחירות של מועמד לכנסת הוא ללא ספק ביטוי פוליטי. לעומת זאת מודעה בעיתון שפלוני רוצה למכור את מכוניתו המשומשת משנת X במחיר Y היא ביטוי מסחרי. כאשר הדוגמאות הן כל כך חדות וברורות, ניתן לומר שההיגיון הפשוט (common sense) מסייע להבחין בין ביטוי מסחרי לביטוי אחר.[7] אבל דוגמאות מספר ידאו לנו, שלא תמיד ניתן להבחין באמצעות ההיגיון הבריא והפשוט האם הביטוי הוא מסחרי. פרסומת של יצרנית מקררים בישראל מעודדת לקנות את המקררים, שכן הם תוצרת "כחול-לבן" וקנייתם תסייע לפיתוח התעשייה בישראל, להרחבת מקומות תעסוקה ולקליטת עלייה. האם היא ביטוי מסחרי? פרסומת של עורכי-דין על תחומי התמחותם ואיכות השירות שהם נותנים, האם נראה גם בה ביטוי מסחרי? ולאיזו קטיגוריה נשייך פרסומת של חברת פחם להעדפת שימוש באנרגיית הפחם כדי לשמור על הסביבה? נראה שההיגיון הפשוט לא יכול להנחות אותנו במקרים אלה, ועל כן אין מקום להגדיר ביטוי מסחרי כביטוי, שעל-פי ההיגיון הפשוט ניתן לקבוע שהוא מסחרי.[8]

יש המגדירים ביטוי מסחרי כביטוי שמוציאים כסף עבור אמירתו. זוהי הגדרה שמתמקדת באופן אמירת הביטוי ולא בתוכנו. היא מכוונת בעיקר לפרסומות בכל אמצעי התקשורת, ברדיו, בטלוויזיה, בעיתונים או בדואר. הבעיה המרכזית בהגדרה זו, שהיא עלולה להיות רחבה מדי ולגרוף גם פרסומות בנושאים דתיים ופוליטיים, ולא רק פרסומות לקנייה או מכירה של מוצרים ושירותים.[9] כמו כן, לא ברור אם היא כוללת

---

7. הפסיקה האמריקנית יצרה את ההבחנה על-פי ההיגיון הפשוט (common sense difference) בשורה של פסקי-דין, החל מפסק-הדין **Virginia State Board of Pharmacy et al.** v. **Virginia Citizens Consumer Council et al.**, 425 U.S. 748, 771-772 n. 24 (1976) (להלן: **Bates** v. **State Bar of Arizona**, 433 U.S. 350, 381 (1977); וכן ראו: פס"ד וירג'יניה); **Central Hudson Gas and Electronic Corp.** v **Public Service Commission of N.Y.**, 447 U.S. 557, 562 (1980) (להלן: פס"ד **Central Hudson**); **Metromedia Inc.** v. **City of Sun Diego**, 453 U.S. 490, 506 (1981); **Zauderer** v. **Office of Disciplinary Counsel of the Supreme Court of Ohio**, 471 U.S. 626, 637 (1985); **Posadas de Puerto Rico Associates** v. **Tourism Com. of Puerto Rico**, 478 U.S. 328, 349 (1986).

8. על כן אומר השופט קוזינסקי במאמרו (לעיל, הערה 4) בהערה 37, עמ' 634: "In our experience, the more frequently common-sense is invoked to support a proposition, the less likely it is to reflect common-sense". שיפרין (לעיל, הערה 6) 1259-1257, מציין שכל עוד אין בביטוי אינטרס ציבורי, ההיגיון הפשוט הוא, שהביטוי שונה מחופש הביטוי הרגיל ואין מקום להכלילו בקרבו. אך כאשר בביטוי יש אי-זשהו אינטרס ציבורי הרי שההיגיון הפשוט הזה נעלם.

9. ואכן בארצות-הברית דחה בית-המשפט את הגדרת חופש ביטוי כביטוי שמוציאים כסף על אמירתו, מהנימוק שפרסומים תטורת כסף הם דרך אפקטיבית ביותר לביטוי דעות פוליטיות ודתיות. ראו לעניין זה פסק-הדין וירג'יניה (לעיל, הערה 7) 761; **Bigelow** v. **Virginia**, 421 U.S. 809, 818-819 (1975); **Pittsburgh Press Company** v. **The Pittsburgh Commission on Human Relations**, 413 U.S. 376, 384-85 (1973); **The N.Y. Times Company** v. **Sullivan**, 376 U.S. 254, 266 (1964).

nevo.co.il

אמירות מסחריות שאינן פרסומות, כמו דו"חות כספיים ותשקיפים של חברות, או אמירות של איגודים מקצועיים הדורשים הטבת תנאים כלכליים של עובדים.

ניתן להגדיר ביטוי מסחרי כביטוי שמתכוונים להרוויח כסף בגין אמירתו. הגדרה זו מבוססת על רצון סובייקטיבי של המבטא לזכות ברווח כספי בעקבות הביטוי. יש להביא בחשבון שהסכמה להגדרה כזו תכלול במסגרת הביטוי המסחרי לא רק פרסומות לקנייה או מכירה של מוצרים ושירותים. הגדרה כזו תגרור אל תוככי חופש הביטוי המסחרי גם את פרסומם של ספרים, הוצאתם של עיתונים, הקרנתם של סרטים והצגתן של הצגות, שכן ברוב המקרים כרוך בהם רווח כספי.[10] כדי להתגבר על בעיה זו הועלתה הצעה להגדיר ביטוי מסחרי כביטוי, שמי שמבטא אותו מתכוון להרוויח כסף בעקבותיו, אבל המוצר או השירות שבאמצעותם מתכוונים להרוויח כסף אינו כלול בעצמו בהגנה של חופש הביטוי.[11] הגדרה כזו מוציאה עיתונים, ספרים, סרטים והצגות ממסגרת הביטוי המסחרי, גם אם ביטוי באמצעותם מוביל לעשיית רווח כספי. זהו פתרון חלקי לבעייתיות שיוצרת ההגדרה. לגבי מקרים מסוימים עדיין יחול חוסר בהירות, אם נסתמך על הגדרה זו, המבוססת על אלמנט סובייקטיבי של הרצון להרוויח כסף בעקבות הביטוי. ניקח לדוגמא מקרה שפוליטיקאים או כלכלנים יוצאים בקריאה לציבור לחסוך בדלק. במקביל להם מידיע בעל חברת הובלה, שהוא מזמין את הציבור להשתמש בשירותי ההובלה שלו, ובכך לחסוך בדלק. האם בגלל האלמנט הסובייקטיבי של הכוונה להרוויח כסף, יש להבחין בין הביטוי של בעל חברת ההובלה והביטוי של הכלכלנים או הפוליטיקאים?

דרך נוספת להגדיר ביטוי מסחרי היא לא להתמקד במוטיבציה הסובייקטיבית של המבטא, אלא לבחון מהי אישיותו המשפטית. על־פי הגדרה זו, אם המבטא הוא אישיות משפטית שנוצרה על מנת להרוויח כסף, כגון חברה, הרי שביטויים מטעמה ייחשבו לביטויים מסחריים. אין ספק שחברות מבטאות במקרים רבים ביטויים מסחריים. כאשר חברות מפרסמות את מוצריהן, או כשהן מפרסמות דו"חות כספיים ותשקיפים על מצבן, או מדווחות על תוכניותיהן הכלכליות, אין כל קושי לראות בביטויים אלו ביטויים מסחריים. אבל חברות, גם אם אינן עוסקות בתקשורת, יכולות להתבטא בנושאים לא מסחריים. הן יכולות לפרסם דעות שונות בנושאים כלכליים, שלא קשורים לרווחיות, וכן להביע דעות פוליטיות שונות, כגון: לפרסם מודעות בעד תהליך השלום או נגד נסיגה מהגולן.[12] הן גם יכולות בעקיפין לקחת חלק בביטוי אמנותי, במתן תמיכה ותמריצים

---

10. בית־המשפט בארצות־הברית סירב לאמץ גם הגדרה זו של ביטוי מסחרי, שכן רצה לראות בסרטים, הצגות, ספרים ועיתונים ביטויים המוגנים הגנה רחבה על־ידי התיקון ה־I לחוקה. ראו: פסק־דין וירג'יניה (לעיל, הערה 7) 761; **Joseph Burstyn** v. **Wilson**, 343 US. 495, 498 (1952).

11. ראו רדיש (לעיל, הערה 4) 432.

12. V. Brudney, "Business Corporations and Stockholders Rights Under the First Amendment" **91 Yale L. Jour.** (1981) 235, 236. שיפרין (לעיל, הערה 6), 1213. וכן ראו פסיקה בה התבטאו חברות בנושאים שלא קשורים כלל לפעילות הכלכלית שבעקבותיה רווח כספי: **First National Bank of Boston** v. **Bellotti**, 435 U.S. 765 (1978); **Consolidated**

כספיים לגופים אמנותיים, כגון בתי תיאטרון.[13] מכאן, שהגדרה של הביטוי המסחרי המתמקדת רק באישיותו המשפטית של המבטא ומתעלמת לחלוטין מתוכן הביטוי גוררת בעקבותיה הכללת ביטויים שתוכנם אינו מסחרי במסגרת הביטוי המסחרי. כמו כן, הגדרה כזו בעייתית במובן זה, שאינה כוללת ביטויים שתוכנם מסחרי, אם הם נאמרים על־ידי גורם פרטי.

ההגדרה המקובלת ביותר של הביטוי המסחרי מתמקדת בתוכן הביטוי: "Commercial speech is speech that does no more than propose a commercial transaction".[14] על־פי הגדרה זו אין מסתכלים על האישיות המשפטית של המבטא או על כוונתו הסובייקטיבית. הבחינה היא, באופן אובייקטיבי, האם הביטוי משקף עסקה מסחרית וחו לא.

אבל גם בהגדרה זו טמונה בעייתיות. הבעייתיות בהתייחסות לתוכן הביטוי כבסיס להבחנה בין ביטוי מסחרי לבין ביטוי שאינו כזה נעוצה בעובדה, שקשה לנתק את האלמנט המסחרי שבביטוי ולבודד אותו מתכנים אחרים.[15] אם נחזור לדוגמא של פרסומת למכירת מוצר X ב־Y כסף, הרי שזו ודאי תיכנס למסגרת ההגדרה של ביטוי מסחרי. אבל פרסומת כמו: "היית מאמינה, היית מאמין, תפוח אדמה אינו משמין", יש בה בוודאי מסר מסחרי: לקנות תפוחי אדמה. אבל יחד עם המסר המסחרי מועבר גם מסר מדעי, מכאן שאין כאן רק הצעה לעסקה, אלא גם אינפורמציה מדעית, שתפוח האדמה אינו משמין. גם פרסומות של חברות דלק המדגישות את הנוק שבשימוש באנרגיה אחרת, אינן רק הצעה לעסקה. גם כאן נצמדת להצעה העסקית אינפורמציה מדעית. וכיצד נתייחס למודעה של פלוני המציע למכירה קמיעות שונים, שמי שלובש אותם יתברך במסדי שמיים? כאן מתלווה למוטיב המסחרי גם מוטיב דתי. האם מדובר בביטוי דתי או בביטוי מסחרי?

לכאורה ניתן לרכך את ההגדרה ולומר, שביטוי מסחרי אינו ביטוי שמציע רק עסקה מסחרית, אלא שזהו ביטוי שמטרתו העיקרית להציע עסקה מסחרית. אבל גם כאן תתעורר בעיה. נניח שמפרסמים חוברת על איכותה של תרופה מסוימת. אם מי שכותב את החוברת איננו מוכר תרופות, הרי שהפרסום לא ייחשב לביטוי מסחרי. אבל אם מי שמפרסם את האינפורמציה עוסק במכירת תרופות, הרי שבהחלט ייתכן, שמטרתו העיקרית היא מכירת

Edison Co. of N.Y., Inc. v. **Public Service Commission**, 447 U.S. 530 (1980); **Central Hudson Gas and Electronics Corp.** v. **Public Service Commission of N.Y.** 447 U.S. 557 (1980).

13. ברודני (לעיל, הערה 12) 287-289.

14. פסק־דין וירג'יניה (לעיל, הערה 7) 761-762; **Pittsburgh Press Co.** v. **Pittsburgh Commission on Human Relations**, 413 U.S. 376, 385 (1973); **Valentine** v. **Chestersen**, 316 U.S. 54 (1942), בו קבע בית־המשפט בארצות־הברית שביטוי מסחרי איננו מוגן על־ידי חופש הביטוי, דיבר על "purely commercial advertising" (עמ' 54).

15. קווינסקי (לעיל, הערה 4) 639-647; קוז (לעיל, הערה 6) 27. R.K.L. Collins, D.M. Skover, "Commerce and Communication" 71 **Texas L. Rev.** 697, 743 (1993); טרייב (לעיל, הערה 3) 895, 898 הערה 59.

התרופה. האם יש מקום להבחין בין שני הפרסומים שתוכנם זהה ולראות בשני ביטוי מסחרי ובראשון לא?[16]

המסקנה העולה מניסיונות ההגדרה השונים היא, שלכל הגדרה יש החיסרון שלה, ולמעט מקרים ברורים מאוד שבהם מוצעת עסקה מסחרית ותו לא, קשה להחליט במקרים רבים אחרים האם הביטוי הוא מסחרי אם לאו.

ג. מודל I: הביטוי המסחרי אינו כלול בזכות החוקתית לחופש הביטוי

1. ההיבט הפוליטי־דמוקרטי

בעד המודל: חופש הביטוי נועד לשרת מטרה פוליטית. הוא נועד לממש את העיקרון הדמוקרטי. מימוש העיקרון הדמוקרטי בא לידי ביטוי בכך, שאנשים ישמעו דעות שונות על השלטון ויוכלו לגבש תפיסה פוליטית במי לבחור, וכן, שהשלטון בעצמו ישמע את דעות האנשים לגביו ויהיה פתוח לביקורת מצדם.[17] לשיטת הטוברים שתופש הביטוי נועד להגן רק על ביטוי פוליטי, הרי שזה הביטוי היחיד שחשוב להגן עליו ואין להגן על ביטוי אחר.[18] אם כך, הביטוי המסחרי אין לו מקום במסגרת ההגנה על חופש הביטוי, שכן הוא לא מגשים את האינטרס הפוליטי, הוא מגשים אינטרס אחר – האינטרס הכלכלי, שאינו חלק מהאינטרס הפוליטי ואינו חשוב כמוהו.[19]

נגד המודל: התמודדות עם הדעה, שהנימוק הפוליטי־דמוקרטי לקיום תופש הביטוי מונע הכללת ביטוי מסחרי במסגרת תופש הביטוי, נעשית משתי נקודות מוצא שונות. על־פי נקודת המוצא הראשונה, ההנחה היא, שאכן לביטוי מסחרי אין קשר לביטוי הפוליטי, אבל יחד עם זאת, אין מניעה לכלול בתופש הביטוי גם ביטויים שאין בהם מסר פוליטי, כראיה לכך מובאת העובדה, שביטויים בתחומים שאינם פוליטיים, כמו ביטויים מדעיים או אמנותיים למיניהם, נכללים במסגרת ההגנה על חופש הביטוי.[20] עובדה זו מעידה על

---

16. J.E. Nowak, R.D. Rotunda, **Constitutional Law** (West Pub., 4th ed., 1991) 1014.

17. A. Meiklejohn, **Free Speech and Its Relation to Self-Government**, (N.Y. 1948); **N.Y. Times v. Sullivan**, 376 U.S. (1964) 254.

18. F. Schauer, **Free Speech: A Philosophical Enquiry** (1982) 35-46.

19. S. Shiffrin, "The First Amendment and Economic Regulation: Away From the General Theory of the First Amendment", 78 **North Western University L. Rev.** 1212, 1227 (1983)); קוז'נסקי (לעיל, הערה 4) 632; רוטונדה (לעיל, הערה 16) 1015; סמולה (לעיל, הערה 2) 781.

20. רוטונדה (לעיל, הערה 16) 1015. קוז'נסקי (לעיל, הערה 4) 631, 633. בנושא זה מצביעים מלומדים אמריקנים על כך שגם על־פי החוקה האמריקנית, "ביטוי" כולל כל ביטוי ובכלל זה ביטוי מסחרי. הם מבססים את דבריהם על לשון החוקה המדברת באופן כללי על speech ולא על political speech; וכן על ההיסטוריה של החוקה. האבות המייסדים שניסחו את התיקונים לחוקה, ובכלל זה את התיקון ה-I שהקנה את חופש הביטוי, לא הספיקו להשקיע מחשבה בשאלה, מה בדיוק ברצונם לכלול בכל אחת מהזכויות שהעניקו. הם אולי לא חשבו

nevo.co.il

כך, שחופש הביטוי לא כולל רק ביטויים פוליטיים שמקדמים את העיקרון הדמוקרטי, אלא גם ביטויים אחרים, כמו ביטויים אמנותיים ומחקריים. אם כך הדבר, מדוע ייפקר מקומו של הביטוי המסחרי במסגרת זו, המגינה על טוות רחב כל־כך של ביטויים?[21]

על־פי נקודת המוצא השנייה, התמודדות עם הטענה שביטוי מסחרי איננו חלק מחופש הביטוי כי אין לו זיקה לדעיון הפוליטי־דמוקרטי, היא לתקוף את הטענה לגופה, ולהראות שאין לנתק את הביטוי המסחרי מהרעיון הפוליטי, ועל כן ראוי הוא להגנה של חופש הביטוי. הבסיס לגישה זו מעוגן בתפיסה, שהרעיון הדמוקרטי, שעיקרו ביקורת השלטון ומניעת מונופול של כוח פוליטי, יכול להיות מושג רק בהתקיים כלכלה חופשית שאיננה נשלטת על־ידי המדינה.[22] לא ניתן להשיג כלכלה חופשית אם מגבילים ביטוי מסחרי. מכאן שחופש הביטוי המסחרי המסייע ליצירת כלכלה חופשית הוא אמצעי חשוב לשמירה על העיקרון הדמוקרטי.

הגבלת הביטוי המסחרי עלולה לפגוע ברעיון הדמוקרטי גם בדרך אחרת. בדמוקרטיה נוצרות נורמות משפטיות עיקריות על־ידי נציגי הציבור הנבחרים לרשות המתוקקת. הרשות המתוקקת ניזונה בתקופת כהונתה מהלכי הרוח של הציבור, ומנסה לתת להם גיבוי בחוקים שהיא מחוקקת. נניח ששיטה משפטית מגבילה את הביטוי המסחרי. במקרה כזה נמנעת מהציבור אינפורמציה בנושאים מסחריים, ויכולתו להשפיע על החקיקה בנושאים אלה פוחתת באופן משמעותי.[23] על כן, שיטה דמוקרטית תקינה, המאפשרת מעורבות הציבור בהליכי חקיקה, חייבת להגן באופן רחב ככל הניתן על כל ביטוי, ובכלל זה הביטוי המסחרי.

כמו כן מנמקים את הטענה שאין ליצור חיץ בין הביטוי הפוליטי לביטוי המסחרי בכך, שביטויים מסחריים רבים מערבים מסר פוליטי נוסף למסר המסחרי, כמו לדוגמא: חוברות בעד שימוש באנרגיה גרעינית, שמופצות על־ידי חברת החשמל בחשבונות החשמל, או המלצה לקנות מוצר מסוים מפני שהוא תוצרת מקומית ומקדם את התפתחות התעשייה בארץ ("קנה כחול־לבן"). במקרים כאלה ניתן להתעלם מהגורם המסחרי בביטוי כזה, ולראות בו ביטוי פוליטי.[24] לעתים הברות כלכליות מביעות דעתן בנושאים שלא קשורים

על חופש הביטוי המסחרי כשכתבו את התיקון ה־I, אך הם גם לא חשבו שאין להכליל את הביטוי המסחרי במסגרת חופש הביטוי שמקנה תיקון זה. ראו L.R. BeVier, "The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle" 30 **Stanford L. Rev.** 299, 307-308 (1978).

21. קוזינסקי (לעיל, הערה 4) 633; רדיש (לעיל, הערה 4) 437-438; שיפרין (לעיל, הערה 6) 1226; R.A. Posner, **Economic Analysis of the Law** (Boston, 1986) 363.

22. פוחנר, שם, 364, מביא כדוגמא את תקופת המק־קארתיזם בארצות־הברית. אנשים שהתנגדו לדעת השלטון איבדו משרות ציבוריות, אך היה להם שוק פרטי לעבוד בו. אלמלא עובדה זו, ספק אם היו מביעים את התנגדותם לדעת השלטון.

23. רוטונדה (לעיל, הערה 16) 1015.

24. ראו פסיקה בארצות־הברית: **Consolidated Edison Co. of N.Y. v. N.Y. Public Service Commission of N.Y.**, 447 U.S. 530 (1980). קיימת גם דעה נגדית, שבאשר לביטוי מסחרי

nevo.co.il

ישירות לקידום האינטרסים הכלכליים שלהן, כגון: מודעות תמיכה של חברה לממתקים בתהליך השלום במזרח התיכון. יש לראות בביטוי זה ביטוי פוליטי הראוי להגנת חופש הביטוי, גם אם בעקיפין יש בו אלמנט מסחרי של פרסומת לחברה.[25] הזיקה בין הפן המסחרי לפן הפוליטי של הביטוי קיימת גם בהצהרות שנותנים מנהלי חברות גדולות לגבי עתיד חברתם, ובמדיניות הייצור ותחזיות השיווק שלה. אין ספק שבהצהרות כאלו יש כוונה לדרבן את הציבור לקנות את מוצרי התברה. אך הדברים עשויים להשפיע לא רק על היקף רכישת מוצרי החברה על־ידי הציבור, אלא גם על היקף האבטלה והתעסוקה, על שיעור האינפלציה, ובכלל על חיי הכלכלה במדינה. במדינה המודרנית המציאות הכלכלית משפיעה על החיים הפוליטיים.[26] שלטונות קמים ונופלים בגין המצב הכלכלי שבו נמצאת המדינה, ועל כן קשה לומר, שהצהרות כאלו של מנהלי תברות, שהשפעתן על הכלכלה רבה, מנותקות מההוויה הפוליטית.

לטענה, שהביטוי הפוליטי חשוב ועל כן נגן עליו, בעוד שהביטוי המסחרי אינו בדרגת חשיבות כה גבוהה, ועל כן אינו ראוי להגנה חוקתית, משיבים: "the particular consumer's interest in the free flow of commercial information... may be as keen, if not keener by far, than his interest in the day's most urgent political debate."[27]

2. ההיבט האישי: מימוש עצמי ואוטונומיה של הפרט

בעד המודל: אחד הנימוקים המרכזיים להקניית הגנה על חופש הביטוי טבוע בהתייחסות האינדיווידואלית לאדם. התייחסות זו שני פנים לה. הפן הראשון מתייחס להגשמה העצמית של האדם באמצעות הביטוי, והשני מתייחס לאוטונומיה של הפרט לקבל החלטות. כלומר, על מנת שאדם יוכל לעצמו החלטות עליו לשמוע את הנאמר ולהחליט באופן עצמאי מה דעתו בנושאים שונים.[28]

קיימת גישה על־פיה ביטוי מסחרי לא יכול לגרום להגשמה עצמית ועל כן הביטוי המסחרי אינו נכלל בחופש הביטוי.[29] נקודת המוצא של גישה זו היא, שהנימוק המרכזי

מתלווה ביטוי פוליטי יש להתעלם מהאספקט הפוליטי ולהעדיף את האספקט המסחרי. ראו שיפרין (לעיל, הערה 6) 1227-1228.

25. ראו לדוגמא בפסיקה בארצות־הברית בעניין זה: **First National Bank of Boston** v. **Bellotti**, 435 U.S. 765 (1978); **Consolidated Edison Co. of N.Y.** v. **Public Service Commission of N.Y.**, 447 U.S. 530 (1980).

26. שיפרין (לעיל, הערה 6) 1228-1230; רדיש (לעיל, הערה 4) 440.

27. פרשת וירג'יניה (לעיל, הערה 7) 763.

28. T.I. Emerson, **The System of Freedom of Expression** (New York, 1970) 6; T. Scanlon, "A Theory of Freedom of Expression", **Philosophy of Law** (R. Dworkin, ed., 1977) 153; **עש"מ 5/86 ספירו נ' נציב שרות המדינה**, פ"ד מ (4) 227.

29. דעה זו הובעה בשורה של מאמרים שכתב בייקר: C.E. Baker, "Process of Change and the Liberty Theory of the First Amendment", 55 **Cal. L. Rev.** (1982) 293; "Realizing Self Realization: Corporate Political Expenditures and Redish's The Value of Free

nevo.co.il

להקניית חופש הביטוי הוא ההגשמה העצמית באמצעות הביטוי. אבל על מנת להגשים עצמו באמצעות הביטוי צריך אדם להיות משוחרר ולא נתון לתכתיבים.[30] ברגע שאדם מתבטא כדי להרוויח כסף הרי שהוא לא משוחרר, הוא לא חופשי, הוא פועל על־פי תכתיב, ועל כן ביטוי כזה לא מוביל להגשמה עצמית ואין לכלול אותו במסגרת חופש הביטוי המוגן חוקתית.

> The domination of profit, a structurally required standard, breaks the connection between speech and any vision, or attitude, or value of the individual or group engaged in advocacy... Making a sale has only instrumental value. The self is expressed through living allegiance to substantive, not to instrumental values. The first amendment protects the expression of people's substantive values... the profit motive acts as an alien determinant of speech, thereby breaking the connection between speech and human choice.[31]

על־פי גישה זו, כל ביטוי של חברות לא יוכל להיכלל במסגרת ההגנה של חופש הביטוי, שכן החברה היא גוף שנוסד מראש על מנת להרוויח. החברה פועלת כדי להרוויח כסף ועל כן ביטוי שלה אינו מהווה כל מימוש עצמי,[32] לעומת זאת, איגודים מקצועיים, על אף שלעתים יאמרו דברים שיש להם נפקות לשאלת הרווח הכספי (כגון: גובה שכר העבודה), היות שמראש הם לא מונעים מתוך כוונה להרוויח, אלא מטרתם לדאוג לרווחת העובד, ביטוי שלהם ייכנס למסגרת של חופש הביטוי.[33] לחריג ייחשבו גופים העוסקים בתקשורת, כמו עיתונים, רדיו, טלוויזיה, שכן על אף שהם מונעים מהכוונה להרויח הם זכו להגנה עצמאית במסגרת חופש הביטוי: ההגנה על חופש העיתונות.[34]

לגבי ביטוי על־ידי חברות והרעיון של מימוש עצמי, גם אם לא ניצמד בהכרח לדעה, שהמטרה להרוויח כסף שוללת מימוש עצמי, הרי שעצם קיומו של גוף מלאכותי שהוא יצור משפטי ולא יצור חי מרחיק אותנו מהרעיון של הגשמה עצמית: "Commercial

---

"Press Rights (להלן: בייקר, מימוש); 646 (1982) 130 Pennsylvania L. Rev. Speech"
and Government Power to Structure the Press" 34 Miami L. Rev. (1980) 819 (להלן:
"Scope of the First Amendment Freedom of Speech" 25 UCLA בייקר, זכויות העיתונות);
L. Rev. (1978) 964; "Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom",
Human Liberty and Freedom (להלן: בייקר, ביטוי מסחרי); 62 Iowa L. Rev. (1976) 1
of Speech (1989) (להלן: בייקר, חופש אישי).

30. בייקר, ביטוי מסחרי, שם.

31. שם, 14, 23, 25.

32. בייקר, חופש אישי (לעיל, הערה 29). לגבי אמירות פוליטיות של גופים מסחריים, בייקר מתלבט אם לראות בהם ביטויים מסחריים או לא: בייקר, ביטוי מסחרי, שם, 35-40.

33. בייקר, מימוש, שם, 656, הערה 35; בייקר, ביטוי מסחרי, שם, 37.

nevo.co.il

speech- at least when spoken through the artificial voices of inanimate corporations - does not seem to qualify as speech that lifts the spirit of the speaker."[34]

כפי שציינו לעיל, ההיבט האינדיווידואלי של חופש הביטוי משתקף לא רק במימוש העצמי הבא לידי ביטוי בעצם הביטוי, אלא גם באוטונומית של הפרט לקבל אינפורמציה ולגבש על־פיה את דעתו לגבי הנושאים השונים.[36] מתנגדי הכללת הביטוי המסחרי בחופש הביטוי טוענים, שקשה להכליל את הרעיון של האוטונומיה של הפרט בגיבוש עמדותיו על גיבוש דעה בשאלה איזה מוצר לרכוש, זה או אחר, או איזו מניה עדיף לקנות. לטענתם, אין מקום להשוות בין מימוש עצמי בבחירת עיקרון פוליטי או גיבוש רעיון בעקבות קריאת מאמרים וספרים, לבין החלטה לגבי קניית מוצרים. גיבוש העיקרון הפוליטי או הרעיוני הוא חשוב ומצדיק הגנה של חופש הביטוי, בעוד שההחלטה איזה מוצר לקנות אינה חשובה דיה כדי להצדיק הגנה של חופש הביטוי.[37]

נגד המודל: הגישה שחופש הביטוי המסחרי אינו תורם להגשמה עצמית מבוססת על הדעה, שעודף הצריכה והמאטריאליזם מונע מאנשים לחיות את חייהם כרצונם, ועל כן בביטוי המסחרי הם לא מבטאים את מאווייהם אלא משועבדים להשגת רווח כספי.[38] המלומדים הסבורים שניתן להשיג מימוש של האוטונומיה של הפרט גם בביטוי מסחרי לא התעלמו מהעובדה, שאכן הגנה חוקתית רחבה על הביטוי המסחרי תוביל לצריכה רבה; אבל לשיטתם, העובדה שנוצרת צריכה רבה עדיין לא אומרת שהצרכן איבד את זהותו לחלוטין בגין הצריכה.[39]

כדי שמימוש עצמי לא ימנע מלכלול את הביטוי המסחרי במסגרת חופש הביטוי, יש לצאת מנקודת הנחה שאנו בעידן חדש, שבו ה"אני" מזוהה עם הצרכן, ויש הכרה בצריכה כחלק מהמימוש העצמי:

> In the new age of self, not only the corporation but also the individual is given a different identity... image, personality and lifestyle advertising nourish the consumer-self as they invite us to "recreate ourselves everyday, in accordance with an ideology based on property - where we are defined by our relationship to things, possessions, rather than to each other".[40]

גם הרצון לעשות רווח לא תייב להיות זר למימוש העצמי של האדם. כאשר אדם מפרסם מוצר ובאמצעותו מבקש להרוויח, הרי שהרצון שלו, המימוש העצמי שלו, מתבטא ברצונו

---

34. בייקר, ביטוי מסחרי, שם, 30-32; בייקר, זכויות העיתונות, שם, 824-825.
35. סמולה (לעיל, הערה 2) 779.
36. לעיל, הערה 28 והטקסט לידה.
37. רדיש (לעיל, הערה 4) 444.
38. שיפרין (לעיל, הערה 6) 1240; סום ג'האלי (לעיל, הערה 2) 805-807.
39. קולינס (לעיל, הערה 15) 742.
40. שם, 735.

nevo.co.il

להרוויח.[41] כאשר המפרסם אינו האדם עצמו המוכר את המוצר אלא גורם נפרד, מקצועי, הרי שבמקרים רבים הפרסומת שהוא מכין משתווה מבחינת איכותה המקצועית לכל עבודת אמנות אחרת, ובוודאי מהווה ביטוי עצמי, ומן הראוי להכלילה במסגרת חופש הביטוי.[42]

אם המסקנה היא, שגורם הרווח אינו מתנגש עם עקרון המימוש העצמי, הרי שנופל אחד הנימוקים להתנגדות לראות בביטוי של הברות ביטוי הכלול במסגרת של חופש הביטוי.[43] אך עדיין נשארת הבעיה, שחברה אינה יצור חי, היא אישיות משפטית שלא ניתן לייחס לה תכונות אנושיות של מימוש עצמי,[44] ואכן קיימת גישה על־פיה תוכר חברה כמבטאת ביטוי אשר מוגן בעיקרון של חופש הביטוי, כאשר כל בעלי המניות הסכימו לביטוי של החברה. רק אז ניתן יהיה לראות בביטוי של החברה ביטוי המשקף את הרצונות ומבטא את המימוש העצמי של בעלי המניות.[45]

ההיבט האינדיווידואלי של חופש הביטוי מתייחס, כאמור, גם לאוטונומיה של הפרט לקבל החלטות לגבי חייו.[46] לפי הגישה התומכת בהכללת ביטוי מסחרי במסגרת הופש הביטוי, לא מדובר רק בהחלטות פוליטיות ובגיבוש רעיונות ספרותיים, מדעיים ואמנותיים. מדובר קודם כל בהחלטות בנושאים הקשורים לחיי היום־יום של כל אדם, ובכלל זה, ללא ספק, נושאים הקשורים לרווחתו הכלכלית. ככל שהנושא קרוב יותר לאדם, כך הוא יתאמץ יותר לחשוב ולמצוא לגביו פיתרון, היינו לממש בכך את עצמיותו.

41. סמולה (לעיל, הערה 2) 781-782. הפסיקה בארצות־הברית קבעה במפורש, שהעובדה שהביטוי נועד ליצירת רווח כספי לא מונעת הכללתו במסגרת התיקון ה־1 לחוקה. ראו **Virginia State Board of Pharmacy et al. v. Virginia Citizens Consumer Council Inc. et al.**, 425 U.S. 748, 761 (1976); **Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations**, 413 U.S. 376, 384-85 (1973); M. Redish, **Freedom of Expression: A Critical Analysis** (1984) 64.

42. רדיש (לעיל, הערה 4) 446-447.

43. לעיל, טקסט ליד הערות 29-32.

44. לעיל, טקסט ליד הערה 35.

45. שיפרין (לעיל, הערה 6) 1247. שיפרין סבור בשל כך, שאין לראות במימוש העצמי גודם מרכזי בהנמקות להקניית חופש הביטוי. לדעתו הנימוק העיקרי לחופש הביטוי הוא שוק חופשי של דעות, ואז גם ביטוי של הברות יוכל להיכלל במסגרת חופש הביטוי.
חופש הביטוי של חברות נדון בהרחבה במאמרו של ברודני (לעיל, הערה 12). המחבר אכן סבור, שעל מנת שביטוי יקבל הגנה מלאה של חופש הביטוי, הוא צריך לקבל את הסכמת כל בעלי המניות בחברה, כשמדובר בביטוי לא מסחרי על־ידי החברה. לגבי ביטויים מסחריים בדבר ניהול עניניה הכספיים של החברה, די לרעתו בהסכמת רוב בעלי המניות, שכן אין זה ריאלי להשיג את הסכמת כולם. ביטוי מסחרי כזה על־ידי החברה לא יזכה, לשיטתו, להגנה מלאה של חופש הביטוי, ויקבל רק הגנה חלקית, בהיותו פחות ערך בחשיבותו. לגבי הגנה חלקית לביטוי מסחרי, ראו להלן בניתוח מודל II.

46. לעיל, טקסט ליד הערה 28.

מכאן שאין כל מניעה לטעון, שהאוטונומיה האישית והמחשבה העצמית יכולות להתממש בעת קבלת החלטות בנושאים הקשורים לרווחתו הכלכלית של האדם.[47]

לטענה שקשה לראות מימוש עצמי מחשבתי בבחירת מוצר זה או אחר בשווה־ערך למימוש עצמי בבחירת עיקרון פוליטי מעמיק, ניתן להשיב, שאנשים רבים לא ממשים חשיבה ולא מגבשים דעה בנושאים פוליטיים. אצלם המימוש העצמי במחשבה ובקבלת החלטות קשור דווקא לעניינים רגילים של חיי היום־יום. כמו כן, לא כל אינפורמציה הקשורה לחיים הפוליטיים היא רבת ערך וחשיבות, ולא כל יצירה ספרותית מציגה לקורא צרכים חשובים וחומר למחשבה מעמיקה. חופש הביטוי חל, לדוגמא, גם על ספרי מתח.[48] אם נעמיד אינפורמציה מסחרית ולידה פרטים המובאים בספרי מתח, ייתכן בהחלט שהחלטה שתגובש מתוך האינפורמציה המסחרית תהיה פונקציה של מחשבה מרובה יותר מאשר החלטה שתגובש מהפרטים המובאים בספרי המתח. כמו כן ייתכן, שהחלטה בנושא המסחרי תהיה בעלת חשיבות רבה ביותר לחייו של הפרט שיגבש אותה. בהקשר לזה נאמר:

"It would therefore appear that present distinctions in the application of the first amendment in the political but not private spheres may well be ill-considered."[49]

3. חקר האמת – שוק חופשי של דעות

בעד המודל: אחד הטיעונים המרכזיים לתמיכה בעיקרון של חופש הביטוי, הוא שחופש הביטוי מוביל לבירור האמת. בשוק חופשי של דעות (free marketplace of ideas) הן נשמעות כולן, מתנגשות בינן לבין עצמן, וסופה של האמת לצוף מעל פני השקר.[50]

טענת מתנגדי הכללת הביטוי המסחרי במסגרת ההגנה החוקתית על חופש הביטוי היא, שלא יכול להתקיים שוק חופשי של דעות המוביל לבירור האמת, כאשר מדובר בביטוי מסחרי. טענה זו כוללת שני היבטים: ההיבט הראשון הוא, שהעיקרון מדבר על שוק חופשי של דעות, ואילו בביטוי מסחרי אנו עוסקים בעובדות ובפעולות, ולא בדעות. ההיבט השני מתייחס לאלמנט של בירור האמת, ועל־פיו נטען, שמעצם טיבם של הביטויים המסחריים, הימצאותם בשוק חופשי לא מובילה לחשיפת האמת.

להלן ננסה להתייחס לכל היבט בפרוטרוט.

ההיבט הראשון מייחס את חופש הביטוי רק לדעות ולא לפעולות. לפי גישה זו, דעות הן דבר חשוב וראויות להגנת התיקון ה־1 לחוקה, ויש לפרסם אותן בשוק חופשי שם תתברר אמיתותן. ביטוי מסחרי אינו ביטוי של דעות. הוא חלק מהפעולה המסחרית. הוא

---

47. רדיש (לעיל, הערה 4) 431, 441.

48. **Winters v. People of the State of N.Y.**, 333 U.S. 507, 510 (1948); **J. Katez v. Country of L.A.**, 341 P. 2d 310, 314 (1959).

49. רדיש (לעיל, הערה 4) 443-445.

50. J.S. Mill, "On Liberty" (1859), in **J.S. Mill**, Meridian Books (1962) דעה זו אומצה בדעת המיעוט המפורסמת של השופט הולמס בפסק־הדין **Abrams v. U.S.**, 250 U.S. 616, 630 (1919).

nevo.co.il

פשוט יותר וחסר חשיבות, ועל כן אין מקום לתת לו הגנה חוקתית.[51] ובלשון ציורית תואר טיעון זה כך: "Those who sell pots and pans are not ordinarily engaged in an ideological pursuit the Jehovah's Witness surely are."[52]

מעבר לכך קיים חשש, שאם אכן ייכללו בהגנה החוקתית של חופש הביטוי גם נושאים פחותי ערך, קרי: נושאים מסחריים, תהפוך התרבות להיות תרבות של צריכה המונית. ועל כך נאמר: "Madisonian ideals are slouching toward Madison Avenue."[53]

על־פי טיעון זה, שיטת משפט המעניקה לגיטימציה רחבה לפרסום מוצרים לצריכה, בנותנה לפרסום הזה הגנה חוקתית במסגרת חופש הביטוי, מעודדת קיומה של חברה שכל עיסוקה מאטריאליסטי ואין לה ערכים מעבר לכך. מן הראוי למנוע תוצאה כזו על־ידי כך שלא תוענק לביטוי המסחרי הגנה חוקתית ואפשר יהיה להגביל את הביטוי המסחרי.[54]

ההיבט השני הוא, שאין אפשרות לברר את אמיתותו של הביטוי המסחרי בשוק פתוח של דעות. להיבט זה שני רבדים. ברובד הראשון נמצן, שפרסום מסחרי ברוב המקרים איננו מספק אינפורמציה על המוצר אלא רק יוצר דימוי מסוים על מנת לדרבן את הקונה לקנות.[55] בעבר סיפקה הפרסומת אינפורמציה מהו המוצר, כיצד הוא מורכב, למה הוא משמש, מה מחירו, מהם יתרונותיו וכו'. פרסומות כאלו קיימות עדיין היום, אבל רק כאשר אדם פרטי מפרסם במדור כתוב את רצונו למכור מוצר X שבידיו במחיר Y.[56] רוב הפרסומות היום נעשות על־ידי מומחים, הן מנסות למכור לאדם דימוי ולא מספקות לו אינפורמציה: "Although advertisers ostensibly sell products, their true stock-in trade is the image, which portrays ideals, values and ways of life in the service of one thing: to get the consumer to buy, usually with appeals that have little connection to the product's intrinsic value... in the commercial culture truth is that which sells."[57] לדוגמא: פרסומת לביטוח חיים שמראה משפחה יושבת בנחת ותו לא. פרסומת כזו לא מספקת כל אינפורמציה לגבי סוג הביטוח, מחירו, תנאיו וכו', אלא רק יוצרת דימוי של הבימחן שביטוח כזה ייתן. לעתים הדימוי שהפרסומת משקפת אפילו לא מתאים למציאות, כגון: כשחברת דלק מפרסמת את ביוצריה על רקע הרים מושלגים ונקיים, ויוצרת דימוי של אוויר צח וסביבה נקייה, בעוד שידוע שדלק לא תורם לשמירה על איכות

51. אמרסון (לעיל, הערה 28) 414-415.

52. שיפרין (לעיל, הערה 6) 1279.

53. קולינס (לעיל, הערה 15) 746, 716-724. קולינס אף מדחיק לכת ואומר, שלא רק שריבוי פרסומת על מוצרים מוביל לצריכה רבה מאוד, אלא מעבר לכך, האדם הופך להיות מזוהה עם המוצרים שהוא קונה, ובלשונו, עמ' 716: "We differentiate ourselves from other people by what we buy... In this process we become identified with the product that differentiates us". לדעה כנוגדת בענין זה ראו סמולה (לעיל, הערה 2) 795.

54. שיפרין (לעיל, הערה 6) 1280.

55. דעה זו מפותחת בהרחבה בטאמרו של קולינס (לעיל, הערה 15).

56. קולינס, שם, 701-702, 728.

57. שם, 708-710.

nevo.co.il

הסביבה. על כן פרסומות כאלו, שלא מספקות אינפורמציה, ניתן להגביל, שכן ביטוין ואמירתן לא מקדמים את חקר האמת.

ברובד השני נטען, שביטוי מסחרי הוא ביטוי שרצוי ואפשר להגבילו מראש, אם סבורים שהוא שקרי, לעומת ביטויים אחרים, שרצוי שהאמת לגביהם תתברר בשוק החופשי של הדעות. לכך קיימות שתי הנמקות: האחת נעוצה בדעה, שמי שמפרסם מוצר כדי להרוויח כסף הוא בעל עניין ועל כן לא יפרסם אמת. נקודת המוצא היא, שאם מראש אין אמון בביטוי, אין לאפשר לו לצאת לשוק החופשי, אלא למשלה ניתנת מראש האפשרות להגביל את הביטוי השקרי.[58] ועל כן, לדוגמא, כאשר התעוררה בארצות־הברית בעיה אם להגביל ביטוי שקרי שסירי אלומיניום מרעילים, הרי שכאשר הביטוי הובע על־ידי מוכר סירי נירוסטה – הגבילו אותו,[59] בעוד שכאשר הוא הובע על־ידי גורם שלא עוסק כלל במכירת סירים קבעו, שזה ביטוי הכלול בחופש הביטוי, ועל כן מוגן על־ידי התיקון ה־I לחוקה, ואין להגבילו.[60]

הנימוק השני להגבלת מראש של ביטוי מסחרי שקרי נעוצה בהבחנה בין דעה לבין מוצר. על־פי גישה זו, לגבי מוצר או שירות קיימת מציאות אובייקטיבית המאפשרת לוודא בקלות אם הם שקריים או מטעים. ועל כן, גם אם מגבילים ביטוי ביחס אליהם, ניתן יהיה לחשוף אינפורמציה ביחס אליהם, כי הם מוחשיים. המצב שונה כשמדובר בדעות. כאן אין מציאות אובייקטיבית מוחשית, ועל־כן, על מנת שתתברר האמת חייבים לתת לכל הדעות להישמע בשוק החופשי, שכן הגבלת דעות תמנע בירורה של האמת.[61]

נגד המודל: קיימת ביקורת רבה בקרב המלומדים על הניסיון ליצור הבחנה בין דעות לבין מוצרים – הבחנה שמובילה לאי הכללת הביטוי המסחרי במסגרת חופש הביטוי. הביקורת היא בשתי רמות. ראשית, טוענים שגם מוצרים, ובוודאי הפרסום הקשור להם, אינם מנותקים מעולם הרעיונות והדעות: "Advertising, the dissemination of messages about the goods and services which people consume is clearly part of the market of ideas".[62] ובכלל, במקרים רבים קשה לתחום את קו הגבול בין רעיון ודעה לבין עובדה. קיימים מקרים ברורים שבהם קל לקבוע, שנושא מסוים הוא דעה והאתר עובדה או מוצר. לדוגמא: השוני בין פרסומת למכירת סיר או מחבת לבין פרסום של עדה דתית על השקפותיה, הוא ברור. אך האם קיים הבדל כה מהותי בין פרסומת על תרופה לבין כתבה על התרופה הזו בעלון בריאות? האם נוכל לראות באחד מוצר שניתן להגביל את פרסומו ובשני דעה או רעיון שאין מקום להגבילם?[63]

---

58. Perma-Maid Co. v. FTC., 121 F. 2d 282 (1941). וכן ראו לביסוס עמדה זו Koch v. FTC, F. 2d 206 311 (1953).
59. פסק־דין Perma-Maid, שם.
60. Scientific Manufacturing Co. v. FTC, 124 F.2d 640 (1941).
61. טרייב (לעיל, הערה 3) 895; פסק־דין Central Hudson (לעיל, הערה 7) 564, הערה 6; פסק־דין Bates (לעיל, הערה 7) 381; פסק־דין Virginia (לעיל, הערה 7) 771-772, הערה 24.
62. קוז (לעיל, הערה 6) 9.
63. הפסיקה בארצות־הברית התייחסה להבחנה זו בין דעה לעובדה, לדוגמא, בפסק־דין

שנית, קיימת גישה הגורסת, שגם אם נסכים שהתחום המסחרי מטפל במוצרים ולא ברעיונות, אין מקום להגביל ביטוי לגבי מוצרים ולא להגביל ביטוי ביחס לרעיונות. יש להעניק חופש ביטוי ולמנוע הגבלתו ביחס למוצרים כמו ביחס לרעיונות. לפי גישה זו, השוני בהיקף ההגבלה נוצר על־ידי אינטלקטואלים כדי לממש צרכים שלהם, מבלי שתהיה לכך הצדקה מעשית. שוק הרעות והמחשבות הוא השוק של האינטלקטואלים, והיה להם נוח לקבוע שיישאר חופשי וללא הגבלה. שוק המוצרים, לעומת זאת, הוא השוק של אנשי העסקים – קבוצה אחרת, שהאינטלקטואלים יצרו עבורה הגבלות.[64] גישה זו טוענת, שמתן הרציונלות לחופש הביטוי, וההדגשה על הגנה על דעות על פני מוצרים נעשו על־ידי שופטים בפסיקה ועל־ידי מלומדים במאמריהם. הם אלה שהחליטו מה חשוב יותר (דעות) ומה חשוב פחות (פעולות ומוצרים). בגישתם זו ביטאו את עצמם ואת עולמם, תוך התעלמות מרבדים שונים בציבור, ומבלי לבחון באמת מידה אובייקטיבית מה באמת חשוב לכל אדם. הטוענים להכללת הביטוי המסחרי במסגרת ההגנה על חופש הביטוי סבורים, שלאנשים רבים חשיב לדעת פרטים על המציאות הכלכלית הסובבת אותם לפחות כמו פרטים על דעות ורעיונות פוליטיים ופילוסופיים,[65] ואין לקבוע שתחום אחד חשוב והשני חסר חשיבות. אומר על כך פוזנר:

> The classical liberals believed in both economic and intellectual freedom. The modern Supreme Court's preference for the latter freedom may reflect the special importance of political rights to lawyers, judges, and constitutional scholar-people with a strong interest in the public and political arenas of action. Economic rights are as important to a larger, if less articulate part of the population.[66]

במציאות שבה מכירים בחשיבות הביטוי המסחרי ומקנים לו הגנה חוקתית, ברור שתתפתח תרבות של צריכה, תרבות שהיא אולי יותר המונית מתרבות אליטיסטית. בחברה דמוקרטית פלורליסטית אין לאפשר לאינטלקטואלים לדרבן את השלטון להגביל תרבות צריכה על־ידי הגבלת ביטוי המעודד את יצירתה. שוק צריך להיות פתוח לכולם, לכלל הציבור ולאינטלקטואלים. התשובה לתרבות ההמונית צריכה להיות יצירת תרבות של אמנות, ספרות ופוליטיקה, שתחיה יחד עם תרבות הצריכה בשוק מסגוני של דעות רבות ושונות.[67]

Koch v. FTC, 206 F.2d 311 (1953) ועל כן אפרה פרסומת שקרית לתרופות. אך באוביטר קבעה, שאילו האינפורמציה היתה בספר, היא היתה רעה ולא עובדה ועל כן לא ניתן היה לאסור אותה (שם, 317). רדיש (לעיל, הערה 4) 463-464 מבקר את תוצאת פסק־הדין.

64. A. Director, "The Parity of the Economic Market Place" VII **Journal of Law and Economics** (1964) 1, 6; קיז (לעיל, הערה 6) 15.

65. קוז׳ינסקי (לעיל, הערה 19) 751-754.

66. פוזנר (לעיל, הערה 21) 363-364 וראו גם סמולה (לעיל, הערה 2) 785-786.

67. סמולה (לעיל, הערה 2) 784.

nevo.co.il

הטוענים למען הכללת הביטוי המסחרי במסגרת חופש הביטוי מבקרים את הדעה, שרוב הפרסומים העכשוויים הם תדמיתיים. פרסומים רבים היום עדיין מבוססים רק על אינפורמציה, וגם בפרסומת היוצרת תדמית למוצר ניתן לאתר מידע לגבי המוצר.[68] לשיטתם, גם פרסומת שהיא תדמיתית לחלוטין ואין בה כל אינפורמציה על המוצר שהיא מפרסמת יש לכלול במסגרת חופש הביטוי. הנימוק לכך הוא, שהיום ביטויים בתחומים שונים של החיים שאינם מסתריים מבוססים על תדמית בלבד ווזכים להגנה החוקתית של חופש הביטוי. אין כל נימוק הגיוני לכלול ביטויי תדמית כאלו בחופש הביטוי ולא לראות בביטויי תדמית מסחריים חלק מחופש הביטוי, בנימוק שאינם מספקים אינפורמציה.[69]

ניקח כדוגמא את תחום החזים הפוליטיים: נבחרי ציבור מתייחסים היום לקהל הבוחרים כגוף של קונים שהם מספקים לו את שירותם כמוצר. הם מתייעצים עם יועצי תדמית ותקשורת, שממליצים להם כיצד לשווק את עצמם. המסר שהם יוצאים עמו לציבור אינו מסר אינפורמטיבי טהור של דעותיהם הפוליטיות, אלא מסר שהם חושבים שהציבור יקלוט ויבחר בהם בגינו. ביטויים פוליטיים כמו: "ישראל מהכה לרבין", או "רק הליכוד יכול", אינם מספקים לבוחר כל אינפורמציה. אלו ביטויים שיוצרים תדמית, ולמרות זאת, אין ספק שהם נכללים במסגרת חופש הביטוי. מכאן, שאין לשלול הכללת ביטוי מסחרי בחופש הביטוי רק מהנימוק שהוא תדמיתי ולא מספק אינפורמציה שתוביל לחקר האמת.

גם הטיעון שביטוי מסחרי מועד להיות יותר שקרי מביטוי אחר, ועל כן אין לאפשר לו להיכנס לשוק החופשי של הדעות, זכה לביקורת.[70] ביטוי שקרי יכול להיאמר על־ידי סוחר כמו על־ידי מדען, ועיסוקו של אדם אינו ערובה לאמיתות דבריו. יתר על כן, כאשר מי שמפרסם את המוצר הוא המוכר המעוניין ברווח, הציבור יתייחס בספקנות לאינפורמציה שמספק אותו בעל עניין. אך כאשר מפרסם את הביטוי אדם אובייקטיבי שאין לו אינטרס כספי, הציבור ייטה להאמין לדבריו.

על כן יש היגיון באמירה, שדרושים פיקוח והגבלה דווקא על ביטוי של הגורם האובייקטיבי, שכן במקרים שמדובר בביטוי של מוכר, הציבור יהיה סקפטי ויבחן בעצמו אם האינפורמציה שקיבל שקרית או מטעה.[71] נוסף לכך, יש להניח שלאדם שמפרסם את מוצריו יש אינטרס חזק לומר אמת, שכן אם יתברר שמסר אינפורמציה שקרית, אנשים יפסיקו לקנות את מוצריו והקץ לעסקיו.

הטיעון שביטוי מסחרי הוא אובייקטיבי יותר מביטוי אחר, שניתן לוודא ביתר קלות אם הוא שקרי או לא, ועל כן אין מקום לתת לו להתברר בשוק החופשי אלא לאפשר לרשויות להגביל אותו מראש, לא עומד במבחן המציאות. במקרים רבים דווקא ביטוי שאינו מסחרי הוא ברור ואובייקטיבי, ואילו הביטוי המסחרי מעורפל, סובייקטיבי, וקשה

68. רדיש (לעיל, הערה 4) 433.

69. קולינס (לעיל, הערה 15) 725; סמולה (לעיל, הערה 2), 793, 797.

70. רוטונדה (לעיל, הערה 16) 1016, מציין במפורש, שאין כל סיבה לומר שבביטוי פוליטי יש פחות סיכויים לשקרים מאשר בביטוי מסחרי.

71. רדיש (לעיל, הערה 4) 460-461; קוז (לעיל, הערה 3) 29.

nevo.co.il

לברר את אמיתותו.[72] לדוגמא: פרסומת הקובעת ש"טעם החיים הוא קוקה־קולה", או שמי שישתמש במשחת שיניים מסוימת ירכוש ידידים והשפעה בחברה, איננה אובייקטיבית וקשה לאמתה. לעומת זאת, ביטויים מדעיים רבים שאינם מסתריים הם אובייקטיבים וניתנים לאימות בקלות. ביטוי מסחרי איננו בהכרח יותר אובייקטיבי מביטוי אחר. אם סבורים ששוק חופשי של דעות תורם לחקר האמת, ועל כן אין להגביל ביטויים גם אם הם שקריים, הרי שהדבר נכון לגבי ביטוי מסחרי כמו לגבי כל ביטוי אחר.[73]

ד. מודל II: העיקרון של חופש הביטוי נותן הגנה חזקתית גם לביטוי מסחרי, אך במידה פחותה

1. נימוקים בעד החלת המודל

מודל זה מכיר בעובדה, שחופש הביטוי המסחרי נכלל במסגרת הזכות החוקתית לחופש הביטוי, יחד עם ואת קובע המודל, שההגנה החוקתית על חופש הביטוי אינה אחידה לכל סוגי הביטויים, והביטוי המסחרי יזכה אמנם להגנה חוקתית, אבל במידה פחותה.

גישה זו התקבלה בארצות־הברית בשורה של פסקי־דין, ואף זכתה לתמיכת מספר מלומדים.[74] בישראל היא אומצה לראשונה על־ידי שלושת שופטי בג"ץ בפרשת קידום,[75] וכן אימץ אותה לאחרונה בית־המשפט בבג"צ מאיו סימון.[76]

72. קוז'ינסקי (לעיל, הערה 19) 755; קוז'ינסקי (לעיל, הערה 4) 636; ש'פרין (לעיל, הערה 6) 1218; D.A. Farber, "Commercial Speach and First Amendment Theory" 74 **North Western University L. Rev.** 372, 385-86.

73. בהתבסס על מסקנות מחקר שערך פרופ' פוזנר בשאלה, אם הגבלת ביטוי שקרי או מטעה כדי למנוע הטעיית הציבור יעילה ורצויה, קובע קוז (לעיל, הערה 6) 13: "The results of this study of the regulation of deceptive practices is much the same as other studies of regulation: there is no reason to suppose that whatever good was accomplished was sufficient to offset the harm that the regulation brought with it".
תרעיון שחופש הביטוי מאפשר גם לבטא ביטויים שקריים, ביטא בפסיקה בארצות־הברית. ראו לדוגמא **N.Y. Times Company** v. **Sulliven**, 376 U.S. 254, 271, 279 (1963). אין להסיק מכאן, שכל ביטוי שקרי, בין אם הוא מסחרי ובין אם לא, יותר. להלן נראה, שביטוי שקרי הגורם נזק ניתן להגביל. הנקודה טרצינו להדגיש בשלב זה היא, שאין להגביל ביטוי מסחרי אך ורק בגין העובדה שהוא שקרי.

74. ראו לדוגמא: פסק־דין וירג'יניה (לעיל, הערה 7) 771-772, וכן **Ohralik** v. **Ohio State Bar Association**, 436 U.S. 447, 456 (1978); **Metromedia Inc.** v. **San Diego**, 453 U.S. 490, 513 (1981); ש'פרין (לעיל, הערה 6), בעיקר עמ' 1282-1283; B. Neuborne, "The First Amendment and Government Regulation of Capital Markets", 55 **Brooklyn L. Rev.** (1989) 5.

75. לעיל, הערה 5.

76. בג"צ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווקי ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ואח' (טרם פורסם).

העותרת בפרשת קידום היתה חברה העוסקת בהכשרה לבחינות בגרות ולבחינות פסיכומטריות. העותרת מפרסמת את שירותיה תוך מתן מסר לתלמידים, שמי שילמד במסגרתה יצטיין בלימודיו. לשם העברת מסר זה היא משתמשת בסיסמה: "קידום: לך תצטיין". משביקשה העותרת לפרסם ברדיו תשדיר ובו הסיסמה "לך תצטיין", פסל מנהל הרדיו את המלים "לך תצטיין" שבפרסומת, בהסתמך על סעיף 6 לתקנון רשות השידור, המסמיך אותו שלא לשדר פרסומת אשר לדעתו יש בה משום פגיעה בטעם הטוב. בנמקו את החלטתו ציין מנהל רשות השידור, שהביטוי "לך תצטיין" דומה לביטוי עממי גס, ועל כן פוגע בטעם הטוב ואין לשדרו ברדיו. העותרת טענה בעתירתה, שהחלטת רשות השידור חורגת ממיתחם הסבירות, באשר היא פוגעת בחופש הביטוי ובחופש העיסוק, שלא לתכלית ראויה. היא ביקשה שבג"ץ יורה למנהל רשות השידור לשדר את הפרסומת.

השופטים דורנר ובך פסקו, שיש לקבל את העתירה, מהטעם שהמשיבים פגעו בחופש הביטוי של העותרת מבלי להראות סיבה סבירה לפגיעה זו. השופט חשין, לעומתם, סבר שהחלטת רשות השידור לפסול את הפרסומת הגסה המזכירה ניבול פה היא סבירה, ועל כן יש לדחות את העתירה.[77]

בית־המשפט היה מודע לכך, שסוגיה זו של פרסומת קשורה גם לחופש העיסוק ולא רק לחופש הביטוי. אך משבחרו הצדדים לא לפתח טיעונים על בסיס חופש העיסוק, ולהתייחס להיבטים של חופש הביטוי בלבד, התליט בית־המשפט ללכת בדרך הטיעון של הצדדים ולא לדון בסוגיית חופש העיסוק, על אף שהיא רלוואנטית לפרשה זו.

פסק־דין קידום הוא למעשה פסק־הדין הראשון בישראל בו מנתח בית־המשפט לעומק את סוגיית חופש הביטוי המסחרי. הגם שבתוצאה הסופית של פסק־הדין חולק השופט חשין על דעתם של השופטים דורנר ובך, ניתן למצוא מכנה משותף בהתייחסות הבסיסית של שלושת השופטים לחופש הביטוי המסחרי. השופטים קבעו במפורש, שחופש הביטוי המסחרי הוא חלק מחופש הביטוי,[78] ומיד המשיכו לומר, שאמנם הביטוי המסחרי כלול בחופש הביטוי, אך ההגנה עליו לא תהיה מלאה. הנימוקים שהביאו השופטים להקניית הגנה חלקית על הביטוי המסחרי, היו שונים. לדעתה של השופטת דורנר:

> לא כל הרציונלים האמורים מתקיימים לגבי כל סוגי הביטויים באותה עוצמה. כאשר מדובר בביטוי שלא "נתפש" על ידי כל הרציונלים לחופש הביטוי, אפשר שהדבר יתבטא בהיקף ההגנה

77. לעיל, הערה 5, דברי השופטת דורנר, פיסקה 10, דברי השופט חשין, פיסקות 17-19, דברי השופט בך, פיסקה 2.

78. בבג"ץ קידום (לעיל, הערה 5), בפיסקה 8 לפסק־הדין, אומרת השופטת דורנר: "הביטוי המסחרי (Commercial Speech) איננו בן חורג לחופש הביטוי, אלא הוא אבר מאבריו. בפסיקתנו הוא נכלל בזכות לחופש הביטוי כדבר המובן מאליו ללא צורך בהנמקה מיוחדת." וכן ראו דברי השופט חשין בפיסקה 19 לפסק־דינו, ודברי השופט בך בפיסקה 2 לפסק־דינו.

nevo.co.il

> המשפטית על אותו ביטוי... לא כל הרציונלים של חופש הביטוי חלים על ביטוי מסחרי.[79]

נימוק נוסף שנתן בג"ץ לקביעה, שהביטוי המסחרי הוא דיבר בעל זכויות נחותות בבית חופש הדיבור והביטוי, נמצא בדבריו של השופט חשין. השופט חשין סבור, בהסתמך על גישת הפסיקה האמריקנית, שיש לעשות איזון בין שתי מגמות – "זו שביקשה לדחוק את הפרסומת המסחרית לחלוטין אל מתחת לגדרי התיקון הראשון וזו שביקשה לצרפה אל שאר דרכי התבטאות בגדרי התיקון הראשון" – והאיזון הוא, שחופש הביטוי המסחרי ייכנס למסגרת חופש הביטוי, אך ידוד בפריפריה ויקבל הגנה פחותה, היינו, ניתן יהיה להגבילו ביתר קלות מאשר ביטוי אחר.[80] בעקיפין ניתן גם ללמוד מדבריו של השופט חשין, שהוא מעניק לביטוי המסחרי הגנה פחותה, שכן הוא רואה בו ביטוי פחות חשיבות.

> ההלכה הכירה בחופש הביטוי והדיבור בשטחי חיים שונים, ובהם בהעברת חדשות ומידע... בנישאי חברה מדיניות ופוליטיקה... בספרות ובשירה... בפארודיה ובביקורת חברתית... ענייננו הוא בפרסומת מסחרית... האם אמירות נשגבות ונאצלות שבית־המשפט נדרש להן, ובצדק, בפרשת קול העם ובפרשת חברת חשמל... האם נעלה כל אותן אמירות נשגבות ונאצלות כתופה על ראשה של הפרסומת המסחרית לקידומו של מוצר קלוני או שירות גמלוני? האם חופש הדיבור והביטוי יורום בעורקיה של הפרסומת המסחרית כשם שזורם הוא בעורקיהן של ביקורת השלטון, יצירות הספרות, מסירת מידע ועוד כמותן דרכי ביטוי שהוכרו בהלכה כזכאויות ל"תיקון הראשון הישראלי"?... בפרסומת מסחרית מקומנו אינו אלא בפריפריה, ונאוה ענווה לצנועים.[81]

פרופ' נויבורן, המאמץ מודל זה של הגנה פחותה על חופש הביטוי המסחרי, נותן לכך הנמקה משלו. לשיטתו, ביטוי מסחרי שונה באופן מהותי מכל ביטוי אחר. ביטויים שאינם מסחריים נועדו להגן על המדבר המצפוני ולאפשר לו לבטא כל דעה, אפילו אם היא מוזרה

79. דברי השופטת דורנר בפרשת קידום (לעיל, הערה 5), פיסקה 10 לפסק־הדין. תיזוק לכך שהשופטת דורנר סבורה, שמדובר בחופש ביטוי בעל חשיבות פחותה, מוצאים בפיסקה 20 לפסק־דינה, בו היא כותבת: "אף חברי, השופט חשין, סובר כי ביטוי מסחרי נכנס לגדר חופש הביטוי, הגם שמידת ההגנה הנתונה לביטוי כזה נמוכה ממידת ההגנה הנתונה לביטויים אחרים, כגון ביטויים פוליטיים או אמנותיים. בכל אלה – למותר לציין – מסכימה אני עמו" (ההדגשה שלי, י"ז). לדעתו של השופט חשין, ראו פיסקה 2 לפסק־דינו.

80. דברי השופט חשין בפרשת קידום (לעיל, הערה 5), פיסקות 18-19 לפסק־הדין.

81. הדברים צוטטו מתוך האמור בפיסקות 15-19 לפסק־דינו של השופט חשין בפרשת קידום (לעיל, הערה 5).

nevo.co.il

ובלתי מתקבלת על הדעת. ביטוי כזה אין לשלטון אפשרות להגביל, הוא נובע מכבוד האדם ומזכותו לבטא כל דעה שיחפוץ.[82] לעומת זאת ביטוי מסחרי משרת את האינטרס של השומע לקבל את מירב האינפורמציה על מנת שיוכל להחליט החלטות. כלומר, הביטוי המסחרי מוגן כל עוד יש בו תועלת כלשהי. כשהתועלת לא קיימת אין הצדקה להקנות לו הגנה.[83] ועל כן לדוגמא, על־פי גישתו של נויבורן, ביטוי שקרי יהיה מוגן אם איננו מסחרי, אבל אין כל הגנה חוקתית על ביטוי שקרי מסחרי, והוא ניתן להגבלה.[84]

2. התוצאות המשפטיות הנובעות מהחלת המודל

מהן הנפקויות המשפטיות של הקביעה, שהביטוי המסחרי מוגן על־ידי חופש הביטוי בהגנה פחותה?

א. על־פי השופטת דורנר בפרשת קידום, אינטרסים שלא ניתן באמצעותם להגביל ביטוי שאינו מסחרי יצדיקו הגבלתו של ביטוי מסחרי, כגון: פגיעה ברגשות הציבור. כך גם סבור השופט חשין, שאומר: "להגבלתה או לאיסורה של הפרסומת המסחרית די יהיה בקיומו של אינטרס-נוגד חלש (יחסית), אינטרס שכותו לא היה עומד לו כנגד חופש הדיבור והביטוי בשטחי חיים אחרים."[85] גם הפסיקה האמריקנית, בהתייחסה לשאלת המשמעות המשפטית של מודל הקובע הגנה חוקתית פחותה לביטוי מסחרי, קבעה בפסק־הדין **Central Hudson**: "government regulation must advance a **substantial as opposed to the usual compelling state interest**, regulation must directly advance substantial interest, regulation may not be more drastic than necessary."[86]

ב. לדעתנו, הקביעה שביטוי מסחרי מוגן פחות מביטוי רגיל תגרום גם לכך, שאם האינטרס המתנגש בביטוי רגיל מצדיק הגבלתו רק בהתקיים דרגת ודאות מסוימת (ודאות קרובה, למשל), הרי שבהתנגש אותו אינטרס בביטוי מסחרי ניתן יהיה להסתפק בדרגת ודאות פחותה, על מנת להגביל את הביטוי המסחרי.[87]

---

82. נויבורן (לעיל, הערה 74) 16-17 אומר: "If I am correct in suggesting that our formative free speech heritage derived in large part, if not entirely, from a speaker centered concern with toleration of self-expression, reinforced by governments inability to selectively apportion toleration wisely, it should come as no surprise that first amendment doctrine initially revolved around a dignitary speaker of conscience with hearers and other participants in the speech process playing a distinctly subordinate role".

83. לעיל, הערה 74, עמ' 18-22.

84. שם, 28-29.

85. לעיל, הערה 5, פיסקה 10 לפסק־דינה של השופטת דורנר, ובפיסקה 18 לפסק־דינו של השופט חשין.

86. לעיל, הערה 7, 564. ההדגשה שלי, י"ז.

87. אם זוהי תוצאה בלתי נמנעת מהמודל של הגנה פחותה על חופש הביטוי, לא ברור מדוע השופטת דורנר, בהתייחסה להגבלת ביטוי מסחרי משיקולים של פגיעה ברגשות, אימצה את מבחן הוודאות הקרובה, מבחן שהפסיקה בארץ אימצה לאיזון בין ביטוי שאינו מסחרי לפגיעה

nevo.co.il

ג. לדעת מלומדים, העובדה שביטוי מסחרי מוגן פחות מביטוי אחר מאפשרת בנסיבות מסוימות להגביל אותו מראש, בעוד שהגנה מלאה על חופש הביטוי, המוקנית לביטויים שאינם מסחריים, לא מאפשרת הגבלה מראש של ביטויים אלו.[88] דוגמא טובה ביותר לכך היא הביטוי השקרי. כשפסק־הדין **Central Hudson** הגדיר את המשמעות של הגנה פחותה על ביטוי מסחרי, הוא קבע, שביטוי מסחרי יוגן רק אם הוא לא יהיה בניגוד לחוק, ולא יהיה שקרי או מטעה: "speech must describe lawful choice, not false or misleading".[89]

ביטוי בניגוד לחוק אינו במסגרת ההגנה החוקתית על חופש הביטוי, בין אם הוא מסחרי ובין אם לא.[90] אך כשמדובר בביטוי שאינו נוגד את החוק והוא שקרי או מטעה, יש להבחין בין ביטוי רגיל שאינו מסחרי לבין ביטוי מסחרי. חופש ביטוי מלא המגן על ביטוי רגיל, יגן עליו גם אם הוא שקרי או מטעה ולא יאפשר להגבילו.[91] אך חופש הביטוי המסחרי מוגן פחות מהביטוי הרגיל, ועל כן ביטויים מסחריים שקריים או מטעים לא יזכו להגנה של חופש הביטוי ויזגבלו.[92]

3. ביקורת על הנימוקים להחלת המודל

הדעה שאין להגן על הביטוי המסחרי כמו על ביטוי רגיל, שכן אין היא עונה על כל

ברגשות. ראו בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' יושב־ראש והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, משרד הפנים ואח', פ"ד כז, 2407, 2419; בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421, 440. אם ביטוי מסחרי מוגן פחות, די בדרגת ודאות נמוכה יותר על מנת להצדיק את הגבלתו באינטרס של פגיעה ברגשות. במו כן לא ברור מדוע השופט מצא בפרשת מאיו סימון, לאחר שקבע שחופש הביטוי המסחרי גבולותיו יותר כצומצמים, דרש שהפגיעה המצדיקה את הגבלתו תהיה משמעותית ותמורה. לעיל, הערה 76 פסקאות 7 ו-9 לפסק־הדין. לדעתנו, אם הגבלת זכות מוצדקת רק בהתקיים פגיעה משמעותית וחמורה, הרי שבפועל מקנים לזכות הגנה רחבה ביותר ולא מצומצמת.

88. גויבורן (לעיל, הערה 74) 40: "In place of the nearly absolute ban on prior restraint that exists in a toleration based speaker centered system, narrowly limited prior restraints will probably be permitted in hearer centered settings, but only if the government can demonstrate that a prior restraint is absolutely necessary to preserve clearly articulated hearer interests in informed and autonomous choice."

89. **Central Hudson** (לעיל, הערה 7) 564.

90. טרייב (לעיל, הערה 3) 890-891.

91. לעיל, הערה 73.

92. זו התוצאה הנובעת מהקביעה של **Central Hudson** (לעיל, הערה 7) 564. ראו יישום ההלכה לגבי הגבלת ביטויים מסחריים: **Friedman** v. **Regers**, 440 U.S. 1 (1979) ולגבי הגבלת ביטויים מסחריים שקריים: בפסק־הדין **Perma Maid** ו-**Koch** (לעיל, הערה 58). וכן ראו סעיף 88 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, ס"ח 59: "הטעצה תקבע כללים בכל הקשור לשידורים של תשדידי פרסומת, בין היתר בנושאים האלה: ס"ק (7) סייגים בדבר פרסום מוצרים ושירותים... תוך כוונה להבטיח שידור מידע מהימן ותהרות הוגנת".

nevo.co.il

ההנמקות של חופש הביטוי, אין לה על מה שתסמוך. ראשית, ביטויים רבים נכללו במסגרת ההגנה המלאה על תופש הביטוי, גם אם לא מימשו את כל הרציונלות שניתנו לחופש זה. לדוגמא: ביטוי אמנותי מבטא בניקרים רבים רק את המימוש העצמי, ואין בו כל רעיון פוליטי-דמוקרטי או אינפורמציה שאמירתה תוביל לחקר האמת בשוק הדעות התופשי. יחד עם זאת, אין היום כל ספק שביטוי אמנותי נכלל במסגרת ההגנה המלאה על חופש הביטוי.[93] שנית, בבחינת המודל הראשון שהצגנו הבאנו נימוקים נגד הטענה, שביטוי מסחרי אינו כלול בחופש הביטוי, והראינו, שלגבי ביטוי מסחרי מתקיימות הרציונלות של חופש הביטוי: המימוש העצמי, חקר האמת והזיקה לרעיון הדמוקרטי.[94]

גם ההתייחסות לביטוי מסחרי כביטוי פחות השיבות אינה מקובלת עלינו. כפי שהרחבנו והראינו לעיל, הדעה שביטוי מסחרי הוא פחות חשיבות זכתה לביקורת רבה מצד מלומדים. לאנשים רבים בעולם אין ספק, שביטוי ואינפורמציה מסחריים חשובים לא פחות מרעיונות פוליטיים או אמנותיים נשגבים.[95]

על הנמקתו של פרופ' גויבורן, שיש להגן פחות על ביטוי מסחרי, שכן הוא משרת את השומע ולא את המבטא, נמתחה ביקורת. נטען נגדה, שההנחה הבסיסית, לפיה הביטוי הפוליטי צמה מרצונם של מנסחי החוקה להגן על המבטא המצפוני, איננה נכונה, והבימוק המרכזי להקניית חופש הביטוי בחוקה היה דווקא בירור האמת בשוק הדעות, היינו הגנה על השומע ולא על המבטא.[96] כמו כן, לגופו של עניין, אין כל הצדקה הגיונית לראות במי שמבטא ביטוי מסחרי אדם שאין לו כל אינטרס אישי בביטוי. הביטוי המסחרי מספק אינפורמציה לשומע, אבל גם ממטש את צרכיו ומאווייו של המבטא.[97] נוסף לכך, כלל לא ברור מדוע ביטוי שנועד להגן על השומע ולא על המבטא יזכה להגנה פחותה, שהרי חופש הביטוי כולל לא רק את הזכות להשמיע דברים, אלא גם את הזכות לשמוע אותם.[98]

4. ביקורת על התוצאות המשפטיות הנובעות מהחלת המודל

כשבחנו לעיל את ההגדרה של המונח "ביטוי מסחרי", הגענו למסקנה, שכל דרך להגדיר את המונח איננה ברורה, ומשאירה שוליים רחבים של ביטויים, שלא ניתן לקבוע לגביהם

---

93. R.D. Rotunda, John E. Nowak, **Treaties on Constitutional Law** (1992) Vol. 4, p. 16; בג"צ 14/86 לעיל, הערה 87) 421, 433; א' ברק, "תופש הביטוי ומגבלותיו", **הפרקליט** מ (תשנ"א) 5, 11.

94. לעיל, הטקסט ליד הערות 20-27, 38-49, 62-73.

95. לעיל, הטקסט ליד הערות 48, 49.

96. H. Mongham, "Some Comments on Prof. Neuborne's Paper" 55 **Brooklyn L. Rev.** (1989) 65, 66.

97. שם, 68.

98. אמרסון (לעיל, הערה 28) 3; ד"נ 9/77 חברת חשמל לישראל בע"מ ואח' נ' עיתון הארץ בע"מ ואח', פ"ד לב (3) 337, 343; בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא (3) 255, 267; ברק (לעיל, הערה 93) 5.

nevo.co.il

מבחנים ברורים שיקבעו אם הם מסחריים או לא.[99] הקושי בהגדרת המונח "ביטוי מסחרי" מוביל לתוצאות משפטיות בלתי רצויות, כאשר באים לישם את המודל השני, על־פיו ניתן להגביל ביטוי מסחרי ביתר קלות מאשר ביטוי שאיננו מסחרי. הבעייתיות נוצרת בשני תחומים: באפשרות של שימוש רחב מדי במודל על־ידי השלטונות, ובפסיקה, שקשה למצוא בה עקביות ביישום המודל.

על שימוש יתר מעבר לנדרש בביטוי המסחרי מצד השלטונות, בגין חוסר הבהירות שבהגדרת המונח, הצביע השופט קוז'ינסקי במאמרו:

> It gives government a powerful weapon to suppress or control speech by classifying it as merely commercial. If you think careful enough, you can find a commercial aspect to almost any first amendment case. Today's protected expression may become tomorrow's commercial speech.[100]

על יישום בלתי עקבי של המודל ניתן ללמוד מארצות־הברית, שפוסקים בה על־פי מודל זה החל מההחלטה שניתנה ב-1976 בפסק־הדין וירג'יניה. חוסר העקביות של הפסיקה מתבטא בהגדרת הביטויים המסחריים.[101] הוא גם מתבטא ביישום המודל, כך שלעתים קבע בית־המשפט שביטוי הוא מסחרי, ובכל זאת החליט לא להגביל אותו, בעוד שקביעה שביטוי אינו מסחרי הובילה לעתים למסקנה, שיש להגביל את הביטוי.[102]

חוסר העקביות ביישום המודל בפסיקה האמריקנית נגרם לא רק בשל הקושי בהגדרת הביטוי המסחרי, אלא גם בשל העיבדה, שניתן להגביל ביטוי מסחרי בגין אינטרסים פחות חשובים, והמסגרת למה שנכלל באינטרסים הללו אינה בהירה דיה. פסק־הדין Central Hudson אמנם יצר מבחנים שקבעו מהי המסגרת, אבל מבחנים אלו רחבים למדי.[103]

יישום המודל של הגנה פחותה על ביטוי מסחרי מתבטא גם בכך, שמאפשרים להגביל

---

99. לעיל, הטקסט ליד הערות 7-16, וכן ראו קולינס (לעיל, הערה 15) 743, 823.

100. קוז'ינסקי (לעיל, הערה 4) 653.

101. שם, 651; טרייב (לעיל, הערה 3) 896-898.

102. לדוגמא: פרסומת המלווה בהסברים על אמצעי מניעה לגברים הוכרה כביטוי מסחרי, ויחד עם זאת בית־המשפט בחר לא להגביל אותה. **F. Bolger v. Youngs Drugs Products Corp.**, 463 U.S. (1983) 60. ולעומת זאת, כאשר היה מדובר במבירת חוברות על סמים ליד כלים שיכולים לשמש לעישון סמים, פסק בית־המשפט שהפרסום איננו מסחרי אך בכל זאת קיים אינטרס להגבילו **Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hofman Estates Inc.**, 455 U.S. 489 (1982).

103. טרייב (לעיל, הערה 3) 904, מציין, שעיקר הבעיה במבחנים של **Cenrtral Hudson** (לעיל, הערה 7), נעוץ בעובדה, שהם אפשרו להגביל גם ביטוי שהוא "truthful promotion for profit of a lawful product or service" וזה הרחיב את ההגבלות המותרות על ביטוי מסחרי מעבר לרצוי.

nevo.co.il

מראש ביטויים שקריים.[104] לתוצאה זו אין אנו מסכימים. היות שבביטוי מסחרי מתקיימות הרציונלות של חופש הביטוי,[105] איננו רואים הצדקה תיאורטית להגבלתו מעבר להגבלת ביטוי אחר שאינו מסחרי. הנימוק המרכזי, לדעתנו, להגבלת הביטוי המסחרי יותר מאשר ביטוי אחר נעוץ בתוסר אמון בציבור, שיוכל להתגונן בעצמו מפני ביסויים מסחריים שקריים – אמון שניתן לו כשמדובר בכל ביטוי אחר, פוליטי, אמנותי או מדעי. כאשר הביטוי איננו מסחרי סומכים על הציבור שידע לברור את האמת בשוק הדעות, ואין סומכים על השלטון שיעשה זאת עבורו. לעומת זאת, כאשר הביטוי הוא מסחרי, אין סומכים על הציבור שישמע אמת ושקר ויבור לו מהי האמת, אלא סומכים על השלטון שייטיב להחליט בנדון,[106] זו למעשה המשמעות המעשית המרכזית הנובעת מיישום המודל השני שהצגנו, של הגנה פחותה על הופש הביטוי.

לא ברור לנו מדוע מצב כזה הוא בורת המציאות. הסיכוי שביטוי יהיה אמת או שקר קיים בתחום המסחרי באותה הסתברות כמו בתחומים אחרים. גם האובייקטיביות של הביטוי המסחרי לעומת ביטוי אחר לא קיימת תמיד.[107] וגם אם ביטוי מסחרי נחשב לאובייקטיבי יותר וניתן לאימות ביתר קלות, מדוע שנעדיף שהשלטון הוא זה שיברר את אמיתותו לציבור? דווקא אובייקטיביות של ביטוי עשויה להקל על הציבור ולאפשר לו להגיע בעצמו בקלות למציאת האמת.

ה. מודל III: חופש הביטוי המסחרי נכלל בתופש הביטוי וזוכה להגנה חוקתית מלאה כמו כל ביטוי אחר

1. בעד המודל

מעניין לפתוח את הדברים בעד אימון מודל זה בציטוט מהחלטה של הוועדה לזכויות האדם, שהוקמה מכוח האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, משנת 1966:[108]

> "Article 19, paragraph 2, must be interpreted as encompassing every form of... news and information, of commercial expression and advertising, of works of art, etc. It should not be confined to means of political, cultural or artistic expression. In the Committee's opinion, the commercial element in an expression taking the form of outdoor advertising cannot have the effect of removing this expression from the form of

104. לעיל, הטקסט ליד הערות 58-60.
105. לעיל, הטקסט ליד הערות 20-27, 38-49, 62-73.
106. נויבורן (לעיל, הערה 74) 50; מונגהם (לעיל, הערה 96) 69.
107. לעיל, הערה 72 והטקסט ליד ההערה.
108. אמנה שישראל אשררה ביום 18.8.91, כתבי אמנה 1040, פרק 31 269.

nevo.co.il

> protected freedom. The Committee does not agree either that any of the above forms of expression can be subjected to varying degrees of limitation, with the result that some forms of expression, may suffer broader restrictions than others."[109]

הוועדה נציגה במפורש תמיכה במודל השלישי בקביעתה, שאין ליצור הבחנה שתוביל להגבלת ביטוי מסוג אחד יותר מאשר ביטוי מסוג אחר. מכאן משתמע ללא ספק, שעל־פי גישת הוועדה אין להגביל ביטוי מסחרי יותר מביטוי אחר.[110]

ההנמקות בעד אימוץ המודל השלישי הן למעשה אותן הנמקות שהבאנו נגד אימוץ המודל הראשון והשני. כלומר, הטיעונים שהובאו בזכות הכללת הביטוי המסחרי במסגרת חופש הביטוי,[111] ואלו שהובאו נגד הקניית הגנה פחותה לביטוי זה,[112] מובילים למסקנה, שיש להקנות לביטוי המסחרי הגנה כמו לכל ביטוי אחר.

מהן הנפקויות המשפטיות הנובעות מהחלת המודל השלישי, הקובע שהביטוי המסחרי זוכה להגנה חוקתית כמו כל ביטוי אחר?

א. אין להבין מכך שכוונת הדברים היא לבוא ולומר, שלא ניתן להגביל ביטוי מסחרי. הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת, ואין לה עדיפות מובנת מאליה על פני זכויות ואינטרסים המתנגשים בה. כמו שניתן להגביל ביטוי שאיננו מסחרי באינטרסים שמתנגשים עמו, כך ניתן יהיה להגביל ביטוי מסחרי באינטרסים המתנגשים בו,[113] מטבע הדברים, רוב האינטרסים שיבואו לכלל התנגשות עם הביטוי המסחרי יהיו שונים מהאינטרסים שמתנגשים בביטוי אמנותי או פוליטי. לדוגמא: כשמדובר בביטוי פוליטי, מימושו עלול להתנגש באינטרס של ביטחון המדינה. יש להניח שאינטרס ביטחון המדינה לא ייפגע כשנממש חופש ביטוי מסחרי. לעומת זאת, ביטוי מסחרי יכול להתנגש באינטרס של הגנת הצרכן. יש להניח שהאינטרס של הגנת הצרכן לא יתנגש בעת שנממש את הזכות לחופש הביטוי הפוליטי. שיטת משפט המצרפת את הביטוי המסחרי למסגרת הכללית של חופש הביטוי, כדייר ראשי ולא כדייר משנה, תצטרך להגדיר לעצמה במפורש מהם האינטרסים המיוחדים המצדיקים את הגבלת חופש הביטוי המסחרי, ולנסות לתחום

---

109. **Communications Nos. 359/1989 and 385/1989 Mc. Intyre et. al v. Canada, 14 Human** Rights L. J. (1993) 171, 176, פיסקה 11.3 להחלטת הוועדה (ההדגשה שלי, י"ז).

110. מעניין שהשופטת דורנר, הסבורה שיש להעניק לחופש הביטוי המסחרי הגנה פחותה, הביאה ציטוט זה של הוועדה לזכויות האדם במילואו. יש לשים לב, שציטוט זה למעשה מבסס את המודל ה-III שהצגנו, היינו מתן הגנה חוקתית זהה לביטוי מסחרי כמו לכל ביטוי אחר, ועל כן ספק אם הוא מתאים לגישתה של השופטת דורנר.

111. לעיל, הטקסט ליד הערות 20-27, 38-49, 62-73.

112. לעיל, הטקסט ליד הערות 91-105.

113. קוז (לעיל, הערה 6) 32; רדיש (לעיל, הערה 4) 447-448 וכן הערה 89 שם; קוו־ינסקי (לעיל, הערה 4) 651.

nevo.co.il

אינטרסים אלו בקריטריונים ברורים, שכן האינטרסים הללו יגרמו לפגיעה בזכות יסוד חשובה: חופש הביטוי.[114]

היתרון באימוץ המודל השלישי על פני המודל השני הוא, שאיננו נכנסים למיטת סדום המצריכה להגדיר האם הביטוי הוא מסחרי, על מנת שנוכל להוריד אותו בדרגה ולהגבילו באינטרס המתנגש בו. כל ביטוי, כולל ביטוי מסחרי, יימצא באותה קטיגוריה וייכלל בהגנה של חופש הביטוי. הוספת הביטוי המסחרי למסגרת הכללית של חופש הביטוי תחייב הגדרת אינטרסים נוספים שבעטיים ניתן להגביל את חופש הביטוי. ברגע שהביטוי יתנגש באינטרסים אלה ניתן יהיה להגבילו. ההגבלה לא תחייב הגדרה מראש של הביטוי כביטוי מסחרי. די בכך שהביטוי יתנגש באינטרס שיוכר כחשוב ומרכזי, על מנת שניתן יהיה להגבילו. מובן שיש להקפיד על כך שההגבלה לא תהיה במידה העולה על הנדרש.

ב. כפי שהראינו לעיל, הנימוק המעשי המרכזי לאימוץ הגנה פחותה על חופש הביטוי המסחרי, הוא להגן על הציבור מפני ביטויים שקריים. הבענו את דעתנו, שאין הצדקה להגן על הציבור מפני שקרים מסחריים יותר מאשר מפני שקרים אחרים.[115]

לדעתנו, ההחלטה האם להגביל ביטוי מסחרי צריכה להתמקד לא בשאלה של אמת ושקר, אלא בשאלה של אופי הפגיעה העלולה להיגרם בעקבות הביטוי. אם מדובר בפגיעה בגוף או בבריאות, ברור שתהיה הצדקה להגביל את חופש הביטוי בשם האינטרס של בריאות הציבור. כך ניתן להצדיק הגבלת פרסום על עישון או אינפורמציה בלתי מדויקת על טיבן של תרופות.[116] אם הפגיעה שתיגרם בעקבות הפרסום היא בכסף, ניתן יהיה להגביל את הפרסום במקום שקשה לאדם לבחון באופן סביר את אמיתות הפרסום. לדוגמא: פרסומות שהמוצרים בחנות X הם הזולים ביותר אין להגביל, גם אם הן שקריות ומטעות. אדם סביר יכול לבדוק בכלים פשוטים את אמיתות הקביעה ולמנוע מעצמו פגיעה. לעומת זאת, פרסומי דו"חות כספיים של חברות ניתן להגביל, אם הם שקריים או מטעים, שכן אדם סביר שיסתמך עליהן ויקנה את מניות החברה עלול לשים את כספו על קרן הצבי. ללא פיקוח נאות על אמיתות פרסומי הדו"חות על־ידי רשות ניירות ערך מקצועית ומוסמכת, ייגרם לאדם נזק כספי שהוא בעצמו לא יכול למנוע.[117]

ג. יהיו מקרים בהם הביטוי המסחרי יתנגש באינטרס ציבורי שנובע לאו דווקא מאופיו המסחרי של הביטוי. דוגמא לכך היא פרשת קידום. שם, הפרסומת לבית־הספר קידום

---

114. סמולה (לעיל, הערה 2) 787.

115. לעיל, הטקסט ליד הערות 70-73.

116. ראו לעניין זה התלטה שניתנה לאחרונה בבג"צ 4520/95 טמפו תעשיות בירה בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ואח' (טרם פורסם) בה אישר בג"ץ את החלטת הרשות השנייה לפסול פרסומת המעודדת נוער לצרוך בירה המכילה אלכוהול. בג"ץ קבע במפורש, שניתן להגביל פרסומת אם עלולות להיות לה השלכות מזיקות על בריאות הציבור, שלומו ובטיחותו.

117. יש מקום לבדוק אם הקריטריונים בנושא זה, כפי שהם קבועים בסעיף 7 לתוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ובתוק ניירות ערך, תשכ"ח-1968, תואמים את המודל שהצגנו. ייתכן שאימוץ המודל השלישי ידרוש שינויים בחוקים אלה.

nevo.co.il

השתמשה במלים "לך תצטיין", שיש להן אסוציאציה של ביטוי גס. השאלה אם להגביל ביטוי בגין העובדה שהוא גס ופוגע בטעם הטוב, היא שאלה שיכולה להתעורר בהקשר לכל ביטוי שהוא, פוליטי או אמנותי, כמו לגבי הביטוי המסחרי. מהו האינטרס שמתנגש במקרה כזה עם חופש הביטוי? לשיטתה של השופטת דורנר, מדובר בפגיעה ברגשות בגין השימוש בביטוי הגס.[118] השופט חשין סבור, שביטוי כמו "לך תצטיין" הוא וולגרי וגס, וזה כשלעצמו מהווה אינטרס המתנגש בחופש הביטוי.[119] השופט בך מדבר על "פגיעה מיוחדת בציבור".[120]

בין אם נראה בקללה או בביטוי גס משהו בלתי רצוי כשלעצמו ובין אם נתייחס אליהם כפוגעים ברגשות, איננו מוצאים כל הצדקה הגיונית לכך, שהעובדה שהם מתנגשים בביטוי מסחרי תצדיק הגבלתו בגינם ביתר קלות מאשר אילו התנגשו בביטוי פוליטי או אמנותי. דעתנו היא, שקללות וביטויים גסים ניתן להגביל בכל הקשר שבו הם מופיעים, אמנותי, פוליטי או מסחרי, אם הם מושמעים קבל עם ועדה לקהל שבוי. ניתן אולי לקבל את אי הגבלתם ביחס לביטויים אמנותיים, מהשיקול שהם מופנים לקהל קטן וסלקטיבי. אבל אז הם יותרו לביטוי לא בגין העובדה שהם מופיעים בהקשר אמנותי שאיננו מסחרי, אלא בגין העובדה שהם מושמעים לציבור קטן וסלקטיבי ולא קבל עם ועדה לקהל שבוי.

להבדיל מהשופטים בפרשת קידום, שהעניקו לביטוי המסחרי רמת הגנה פחותה, סבורים אנו שביטוי מסחרי כמוהו ככל ביטוי אחר. ואם אין לאפשר ביטוי לקהל שבוי בי הוא גס או פוגע ברגשות, הרי שנאסור אותו ביחס לביטוי המסחרי, וגם ביחס לביטויים אחרים שאינם מסחריים. אם יוחלט שהביטוי איננו גס או אין בו פגיעה ברגשות, נתיר אותו בהקשר המסחרי כמו בהקשר הפוליטי או האמנותי.[121]

2. נגד המודל

ההתנגדות לאימוץ המודל השלישי, על־פיו חופש הביטוי המסחרי זוכה להגנה מלאה של חופש הביטוי, יכולה שיהיו לה שתי משמעויות. ניתן להתנגד למודל השלישי ולאמץ את המודל הראשון, היינו: שחופש הביטוי המסחרי לא כלול במסגרת של חופש הביטוי, אין לו כל הגנה חוקתית, וניתן להגבילו בקלות ובלי כל צידוקים מיוחדים. נימוקים בעד מודל זה הובאו לעיל בפרק התומך במודל הראשון.[122]

---

118. לעיל, הערה 5, פיסקות 17-18 לפסק־דינה של השופטת דורנר.

119. שם, בפיסקה 21 לפסק־דינו של השיפט חשין.

120. שם, בפיסקה 9 לפסק־דינו של השופט בך.

121. דוגמא דומה ראו בג"צ מאיו סימון (לעיל, הערה 76), שם דובר בפסילת פרסומת בטלוויזיה בה הופיעו המלים "זה יין זוגי" במקום "זה יום זוגי", מהנימוק שיש לביטוי כפי שהוא פוטנציה קונוטציה מינית. בג"ץ התליט לא לפסול את הפרסומת מהנימוק שהפגיעה בטעם הטוב, אם היא קיימת, היא שולית וגבולית ועל כן אינה פוגעת ברגשות וכבוד הציבור ועוצמתה אינה משמעותית וחמורה. גם כאן, לדעתנו, שיקולי בית־המשפט לאשר את שידור הפרסומת כמות שהיא לא הושפעו כלל מאופיו המסחרי של הביטוי.

122. שם, הטקסט ליד הערות 17-19, 28-37, 50-61.

nevo.co.il

ניתן גם להתנגד למודל השלישי ולאמץ את המודל השני, על־פיו ייכנס הביטוי המסחרי למסגרת של חופש הביטוי, אך כדייר משנה בעל הגנה פחותה מביטוי שאינו מסחרי. נימוקים בעד גישה זו הובאו לעיל בפרק התומך במודל השני.[123]

כאן המקום לציין, שבהתייחסם לרציון של מתן הגנה חוקתית רחבה לחופש הביטוי המסחרי, מציינים המלומדים שחופש כזה יעודד את התפתחותה של שיטה כלכלית קפיטליסטית, שכל עיסוקה הוא הניסיון להרוויח בסף על מנת לצרוך מוצרים.[124] לדעתנו, קביעה זו נכונה. השאלה היא, אם היא משקפת תוצאת רצוית או בלתי רצויה. התשובה לשאלה תלויה בהשקפת העולם הסוציו־אקונומית שדוגלים בה. מלומדים הדוגלים בקיומה של כלכלה חופשית, בה מתערב השלטון כמה שפחות, יקדמו בוודאי בברכה את המודל השלישי על תוצאותיו הסוציו־אקונומיות.[125] אך גם אלו שלא דוגלים בקיומה של שיטה כלכלית קפיטליסטית,[126] יוכלו לדעתנו לחיות בשלום עם המודל השלישי, על־פיו ביטוי מסחרי יזכה להגנה חוקתית רחבה. הם יצטרכו להיות מודעים לתוצאה הסוציו־אקונומית של יישום מודל זה, ולנסות לאזן אותה בדרכים שונות ולאו דווקא הגבלת הביטוי המסחרי, כמו למשל דאגה לשכר מינימום או לפיקוח על המחירים.

ו. סיכום

בפסק־דין ראם מתייחס השופט ברק בקטע קצר בפסק־הדין לשאלת חופש הביטוי המסחרי, וכך הוא אומר:

> גם ביטוי מסחרי הוא ביטוי הכלול בתופש הביטוי של האדם... מה שנתפס אצל האחד כעניין מסחרי (בנה בית במקום פלוני) נתפס כביטוי פוליטי אצל האחר (לאור חשיבותו הפוליטית של אותו מקום). לאור הקושי להבחין בין ביטוי מסחרי לבין ביטוי אחר, יש להגן על הביטוי המסחרי באותם מכשירים משפטיים שבאמצעותם אנו מגינים על הביטוי בדרך כלל.[127]

123. שם, הטקסט ליד הערות 74-84.

124. סוט ג'הלי (לעיל, הערה 2); בייקר (לעיל, הערה 30) 14-16; קולינס (לעיל, הערה 15), ראו כל המאמר ובעיקר עמ' 744, 745.

125. ראו לדוגמא: דירקטור (לעיל, הערה 64); קוז (לעיל, הערה 6).

126. ראו בייקר (לעיל, הערה 29) 14-16; סוט ג'האלי (לעיל, הערה 2).

127. ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עירית נצרת עילית ואח', פ"ד מז (5) 189, בפיסקה 26 לפסק־דינו של השופט ברק (להלן: פרשת ראם). פרשת ראם דנה בתקפותה של הוראה בחוק עזר עירוני המסדיר פרסום מודעות על לוחות מודעות עירוניים, הקובעת כי המודעה חייבת להיות כתובה בעברית – כולה או לפחות שני שלישים משטחה. נפסק, שכאשר לוח המודעות משמש במה ציבורית לפרסום של מפרסם פרטי המפרסם על־פי רצונו האישי ולא מכוח חוק, דרישת העירייה שהמודעה תהיה כתובה כולה או רובה בעברית איננה

nevo.co.il

ניתן להסיק מדבריו של השופט ברק, שהוא מאמץ את המודל השלישי שהצגנו.

פרשת קידום[128] היא למעשה התקדים הראשון שבית־המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מתייחס בהרחבה לנושא חופש הביטוי המסחרי.[129] בית־המשפט בחר לאמץ את המודל השני.[130] השופט חשין, בהתייחסו לגישת השופט ברק כפי שהובעה בפרשת ראם, מציין:

> בפרשת ראם מתנדסים... אמר בית המשפט כי לעתים קשה להבחין בין פירסומת מסחרית לבין פירסום שאינו מסחרי גרידא, ובכך מצא בית המשפט הצדק, על דרך העקרון, לכלול את הפירסומת המסחרית בגידרי חופש הביטוי... טעם זה קשה בעיני, והרי אחד מתפקידינו הוא – ותפקיד שאינו קל הוא – לדעת להבחין בין עיקר לטפל, בין ראובן לשמעון, בין תכלת לכרתי. יתירה מזאת: עצם העוברה כי במקרה פלוני תקשה עלינו המלאכה, אין בה הצדק, לטעמי, כדי להסיק כי לא ננסה למצוא הבחנה במקרים אחרים. השאלה היא שאלה ערכית: אם ראוי ונכון ורצוי להבחין – בגידרי חופש הדיבור והביטוי – בין פירסומת מסחרית לבין דרכי התבטאות בנושאים אחרים. בשאלה זו לא נכריע, כמובן, בהידרשנו למיבחנים טכניים או טכניסטיים, ואף לא ניתעצ מקשיים העומדים על־דרך.[131]

ואנו נשיב: אכן תפקידו של בית־המשפט להבחין בין עיקר לטפל, בין ראובן לשמעון ובין תכלת לכרתי, אבל לעתים משימה זו בלתי אפשרית. בסיטואציות רבות שבהן יצטרך בית־המשפט לקבוע האם ביטוי הוא מסחרי, הוא ייתקל במבוי סתום. נוסף לכך סבורים אנו, והוכחנו, שראוי ונכון ורצוי לא ליצור הבחנה בין הופש הביטוי המסחרי לביטוי אחר. על כן אנו ממליצים לאמץ את המודל השלישי מבין השלושה שהצגנו, על־פיו חופש הביטוי המסחרי הוא חלק אינטגרלי מהעיקרון הכללי של חופש הביטוי, ולהעניק לביטוי המסחרי הגנה חוקתית כמו לכל ביטוי אחר.

כדין. ניתן אולי לראות בדברי השופט ברק שצוטטו כאן בגוף המאמר אובייטר, שכן פסק־הדין דן בעיקר באיזון שבין חופש הביטוי והלשון לבין האינטרס הציבורי בלשון העברית.

128. לעיל, הערה 5.

129. גם בעבר נזכר הנושא של חופש הביטוי המסחרי כמה פעמים על־ידי בית־המשפט, אך בדרך כלל באמרות אגב, ופרט נפסקה הלכה במישרין לאורו. ראו: על"ע 13/86 עו"ד חטר ישי נ' הועד המחוזי של לשכת עוה"ד תל־אביב־יפו, פ"ד מא (4) 838; בג"צ 896/87 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד מג (1) 701; פרשת ראם (לעיל, הערה 127).

130. לעיל, הערה 123, טקסט ליד הערות 75-81.

131. קידום (לעיל, הערה 5), פיסקה 17 לפסק־דינו של השופט חשין.

נוסיף ונאמר, שתוצאה משפטית כזו עולה בקנה אחד עם ההתפתחויות במשפט החוקתי בישראל, על־פיהן עוגנה הזכות לחופש העיסוק בחוק־יסוד: חופש העיסוק, וההגנה על הקניין נקבעה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.[132] ההכרה בזכויות אלה כזכויות חוקתיות מעידה על מגמה ברורה לאפשר תחרות כלכלית וחופש לניהול חיי מסחר. הגנה רחבה על חופש הביטוי המסחרי תקדם גם היא מגמה זו, ותפעל בהרמוניה עם השמירה על זכות הקניין ועל חופש העיסוק.[133]

132. לעיל, הערה 3, הסיפא.

133. עד עתה, בג"ץ בחר לא לדון בהיבטים של חופש העיסוק ואינטרסים כלכליים בהקשר לביטוי המסחרי. ראו, פרשת קידום (לעיל, הערה 5), הטקסט שלאחר הערת שוליים 75, וכן עניין מאיו סימון (לעיל, הערה 76), בפיסקה 6 לפסק־הדין. לדעתנו, דיון בסוגיות אלה הוא בלתי נמנע בהקשר של חופש הביטוי המסחרי ולכשיתקיים יוביל למסקנה, שחופש העיסוק ואיסור הפגיעה בקניין, שהוכרו במפורש בחוק־היסוד, מחזקים את מעמדו של חופש הביטוי המסחרי ומחייבים להקנות לו הגנה רחבה ומלאה.

nevo.co.il