

הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות

מאת

גיא פסח*

המאמר סוקר ומנתח כמה היבטים הקשורים לבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ולמעמדה המשפטי של העיתונות. החלק הראשון של המאמר סוקר באופן כללי את תכליתו של עיקרון חופש הביטוי, ודן בשלוש סוגיות פרטניות המשפיעות על מעמדה המשפטי ועל מזהותה של הזכות לחופש ביטוי: ההגנה על חופש הביטוי כאמצעי להספקת טובין ציבוריים; המשמעות והנובעות מעיצוב מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי כחלק ממערכת היחסים פרט-שלטון; ולבסוף – מזהותו של השיח הציבורי והשפעותיו על מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי. החלק השני של המאמר מתמקד בהבדלים בין עיקרון חופש הביטוי בכללותו לבין חופש העיתונות המשטר המשפטי המתחייב ממנו לגבי פועלה של העיתונות. חלק זה נפתח בדיון כללי בהצדקות לקיומן של זכויות וחובות המיוחדות לעיתונות ונובעות מתפקידה החברתיים. לאחר דיון זה נבדקת הצעתו של נשיא בית המשפט העליון, פרופ' אהרן ברק, להכיר בעיתונות כגוף דו־מחזתי שעליו חלים עקרונות יסוד מתחום המשפט הציבורי. לפי העמדה המוצעת במאמר בהקשר זה, הגם שראוי להטיל על העיתונות חובות מסוימות ביחס לתפקידה החברתיים, עדיין ספק אם רצוי שהדבר ייעשה באמצעות סיווג העיתונות כגוף דו־מחזתי כאמור. ניתן וראוי לקבוע את החובות המתחייבות מתפקידה החברתיים של העיתונות באופן נקודתי, ומבלי לסטות מאפיון פעילותה של העיתונות וההתייחסות הנורמטיבית לפעילות זו כפעילות מטעם גורמים פרטיים בעלי זכויות ואינטרסים משל עצמם.

מבוא. א. הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי. 1. טיעון גילוי האמת והביקורת עליו; 2. הטענה הדמוקרטית; (א) כללי; (ב) חופש הביטוי כמקור הלגיטימיות של רשויות השלטון וכתנאי לאמון הציבור בהן; (ג) אפיון מזהות ההגנה על חופש הביטוי על פי הטענה הדמוקרטית; 3. טיעונים הנוגעים לערך האוטונומיה של הפרט; (א) ביטוי זכותו של הדובר לחופש ביטוי; (ב) ביטוי זכותו של הציבור – קהל הנמענים – לחופש ביטוי; 4. ההגנה על חופש הביטוי כאמצעי להספקת טובין ציבוריים; 5. משמעות מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי כחלק ממערכת היחסים בין הפרט לשלטון; 6. מזהותו ומשמעותו של השיח הציבורי; (א) מזהותו של השיח הציבורי-כללי;

* תלמיד מחקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

(ב) התנאים המתחייבים ממחלתו של השיח הציבורי והקושי ליישמו; 7. סיכום ביניים;
 ב. מעמדה המשפטי של העיתונות. 1. לשאלת מעמדה המשפטי של העיתונות – כללי;
 2. תפקידה השונים של העיתונות ומהותה; (א) התפקיד המוסרי של העיתונות – בדיקה, ביקורת ופיקוח על רשויות השלטון; (ב) העיתונות כ"עין ציבורית" וכורעו הארוכה של הציבור; (ג) העיתונות כזרז השיח הציבורי; 3. לשאלת הגדרתו של המונח "עיתונות"; 4. השיקולים השונים בקביעת מעמדה המשפטי של העיתונות; (א) נסיבות המצדיקות הכרה כסחורה ובכוחות ייחודיים לעיתונות; (ב) החובות המשפטיות הנובעות מתפקידה החברתיים של העיתונות; (ג) הסיוענים נגד הסללת חובות המתחייבות מתפקידה החברתיים של העיתונות; (ד) העיתונות כגוף הפועל ב"מתחם הציבורי" (public sphere); (ה) העיתונות כגוף דו-מהותי; 5. מעמדה המשפטי של העיתונות – סיכום.

מבוא

עניינו של המאמר הוא בניתוח הבסיס העיוני לעיקרון חופש הביטוי ולמעמדה המשפטי של העיתונות. החלק הראשון של המאמר סוקר ומנתח בקצרה את התכליות השונות המונחות ביסוד עיקרון חופש הביטוי. בהמשך נדונות שלוש סוגיות שונות הקשורות לעיקרון חופש הביטוי והמשפיעות במישרין על מעמדה המשפטי ועל מהותה של הזכות לחופש ביטוי: ההגנה על חופש הביטוי כאמצעי לאספקת טובין ציבוריים (פרק א.4); ההשלכות הנובעות מעיצוב מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי כחלק ממערכת היחסים פרט-שלטון (פרק א.5); ולבסוף – מהותו של השיח הציבורי ומשמעותיותו ביחס למעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי (פרק א.6). החלק השני של המאמר דן במהות חופש העיתונות ובמעמדה המשפטי של העיתונות. במסגרת זו, בהתבסס על הדברים האמורים בחלק הראשון של המאמר, ננסה לעמוד על ההבדלים בין עיקרון חופש הביטוי בכללותו לבין חופש העיתונות והמשטר המשפטי המתחייב ממנו לגבי פועלה של העיתונות. השאלה, במה שונה מעמדה המשפטי של העיתונות ממעמדו של אדם פרטי הסוען להגנה על חירות הביטוי שלו, מתייחסת הן לזכויותיה של העיתונות והן לחובות המוטלות עליה. במישור זכויותיה של העיתונות נשאלת השאלה, האם יש להעניק לה מעמד עדיף על פני זה של אדם פרטי הסוען להגנה על חירות הביטוי שלו, ואם כן – באלו נסיבות. במישור החובות המוטלות על העיתונות נשאלת השאלה, האם ישנן חובות משפטיות מיוחדות לעיתונות, המתחייבות ממהותה ומתפקידה החברתיים? במסגרת הדיון בשאלות אלה נתייחס גם להצעתו של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, לפיה יש להכיר בעיתונות כגוף דו-מהותי, שחלים עליו עקרונות יסוד מתחום המשפט הציבורי.¹ כמפורס בגוף המאמר, העמדה המוצעת על ידינו בהקשר זה היא העמדה

1 ראו אהרן ברק, "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיתיה", משפטים כז 223, 248-243 (תשנ"ז).

הבאה: הגם שיש להטיל על העיתונות חובות ביחס לתפקידיה החברתיים, עדיין ספק אם רצוי להכיר בעיתונות כגוף דו-מהותי ולהחיל עליה עקרונות יסוד מתחום המשפט הציבורי. ניתן וראוי להטיל את החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות, אך באופן נקודתי ומבלי לסטות מאפיון פעילותה של העיתונות כפעילות מסעם גורמים פרטיים בעלי זכויות ואינטרסים משל עצמם.

א. הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי

1. טיעון גילוי האמת² והביקורת עליו

טיעון גילוי האמת מקושר בעיקר עם ג'ון סטיוארט מיל ועם ספרו "על החירות", אם כי הוא מצא ביטוי מוקדם יותר בכתביו של מילטון.³ בשלב מאוחר יותר קיבל הטיעון לבוש מחודש במטאפורה פרי עטו של השופט הולמס – "שוק הרעיונות".⁴ הטיעון הוא טיעון תוצאתי, המציג את חופש הביטוי כאמצעי להשגת מטרה – גילוי האמת, ולא כתכלית עצמאית.⁵ על פי הטיעון, החירות להתבטא באופן חופשי וללא פיקוח מהווה תנאי הכרחי לגילוי האמת. הטיעון מניח כי האמת היא ערך חשוב, התורם לקידומה של החברה, אך הוא אינו מסביר ואינו מנמק הנחת מוצא זו.⁶ הטיעון עשוי להיות תקף לא רק לגבי אמת

2. לסקירת טיעון גילוי האמת, ראו Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry* 15 (1982); Eric Barendt, *Freedom of Speech* 8 (1985); Thomas I. Emerson, *Toward a General Theory of the First Amendment* 7 (1963); C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech* 6 (1989); Kent Greenawalt, *Speech, Crime, and the Uses of Language* 16 (1989); Melville B. Nimmer, *On Freedom of Expression* 1-5 (1992); Martin H. Redish, *Freedom of Expression – A Critical Analysis* 45 (1984); Stanley Ingber, "The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth," 1984 *Duke L.J.* 1, 6; רפאל סוין-אלמגור, גבולות הסובלנות והחירות – תיאוריה ליברלית והמאבק בהנהגות 110, 129 ואילך (1994); אילנה דיין אורבך, "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", עיוני משפט כ 377, 379 (תשנ"ו); אודן ברוך, "חופש הביטוי ומגבלותיו", הפרקליט ז 5, 7 (תשנ"א).
3. ראו ג'ון סטיוארט מיל, על החירות 31 ואילך (תש"ו), וכן John Milton, *Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing* (1958). ראו גם Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 8; Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 15.
4. "[T]he ultimate good desired is better reached by free trade in ideas... the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market." *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).
5. ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 16.
6. ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 17, 33. כמפורט להלן, האמת מהווה מרכיב חשוב בהגשמת ערכים דמוקרטיים וערך האוטונומיה של הפרט. לפיכך, טיעון גילוי האמת עשוי להיתפס גם

עובדתית, אלא גם לגבי הצדקתן של עמדות ערכיות.⁷ מיל, שפיתח את הטיעון למעשה, הדגיש מקרים העוסקים בהבעת דעה בעניינים פוליטיים ובעניינים חברתיים.⁸ הנחת המוצא של הטיעון היא כי אף אדם אינו יכול לסעון לאחיזה מושלמת באמת ולחסינות מפני טעות. כל האמיתות הן יחסיות. לפיכך, ההכרעה בדבר תקפותן מחייבת תחרות חופשית מפיקוח – שוק פתוח של רעיונות. תמיד קיימת אפשרות כי דווקא הדעה שעל פניה נראית לנו שגויה היא הנכונה. לכן, המבחן הסוב ביותר של האמת הוא התקבלותה ב"שוק החופשי של הרעיונות". סופה של האמת להתגלות אך ורק בדרך של התנגשות חופשית ופתוחה עם הכוב. בדומה לטיעון ה"יד הנעלמה" של אדם סמית, המסדירה את כוחות השוק בשדה הכלכלה, מיל האמין בקיומה של "יד נעלמה" בשוק החופשי של הרעיונות.⁹ על פי טיעון גילוי האמת, בטווח הארוך יכולים כוח השכנוע ותוקפה של האמת להישמר אך ורק מתוך עימות עם אמיתות אחרות.¹⁰ מנקודת ראווה של האדם הרציונלי, חופש הביטוי הוא זה אשר יוביל אותו להכרעה הנכונה, משום שהוא מחייב את האדם להגן על עמדתו ולבדוק אותה שוב ושוב, מבלי שיש כל הנחה מוקדמת, בוודאי לא מוחלטת, בדבר נכונותה. מעבר לכך, לדיכוי הביטוי עלולות להיות השלכות שליליות נוספות על גילוי האמת: ראשית, דיכוי של ביטוי עלול לגרום לאנשים להגיש כי האמת מוסתרת מהם, ובדרך זו להוות גורם מדרבן לאמונה בכוב. שנית, השתקת דעה אחת עלולה להביא להשתקת דעות נוספות, ובכך להרתיע אנשים נוספים מלפעול לגילוייה של האמת.¹¹

טיעון גילוי האמת זכה ללא מעט ביקורת, שכיוונה את חציה בעיקר כלפי הנחות המוצא של הטיעון.¹² ראשית נמתחה ביקורת על ההנחה – המובלעת בטיעון גילוי האמת,

כנדבך של הטיעון הדמוקרטי (ראו פרק א.2 להלן) וכנדבך בביטול הכוח לחופש ביטוי על יסוד דרך האוטונומיה של הפרט (ראו פרק א.3 להלן).

- 7 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 18; Greenawalt, הערה 2 לעיל, בעמ' 18.
- 8 ראו Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 13.
- 9 ראו סקן-אלמגור, הערה 2 לעיל, בעמ' 130. ראו גם מיל, הערה 3 לעיל, בעמ' 39–43, 65–73.
- 10 ראו מיל, הערה 3 לעיל, פרק ב, בעמ' 31–95 (ראו בפרט בעמ' 34 ואילך ובעמ' 73 ואילך). כאמור שם, מיל השתית את טיעון גילוי האמת על שני נימוקים מרכזיים: טיעון אי חסינות מפני טעות וטיעון החיוניות. על פי טיעון החיוניות, ללא החלפה חופשית של דעות יאבדו הדעות השכיחות את כוח השכנוע הטמון בהן ויהפכו לעיקר אמונה מתים (dead dogma). ראו גם סקן-אלמגור, הערה 2 לעיל, בעמ' 129–130.
- 11 ראו סקן-אלמגור, הערה 2 לעיל, בעמ' 110.
- 12 ראו Greenawalt, הערה 2 לעיל, בעמ' 17 ואילך; Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 15 ואילך; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 12 ואילך. על טיעונו המקורי של מיל נמתחה ביקורת נוספת, לפיה בהצגת טיעון גילוי האמת העניק מיל לחופש הביטוי הגנה מוחלטת. זאת, מבלי להזכיר בצורך להגן על ערכים אחרים שהותרת ביטויים מסוימים עשויה לפגוע בהם. ביקורת זו מקבלת משנה תוקף במקרים של ביטוי שמחזק גיסא גורם לנזק רב ומאידך גיסא קיים סיכוי קלוש לאמיתותו. ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 22; Lee. C. Bollinger, *The Tolerant Society*.

לדעת מבקריו – כי קיימת אמת אובייקטיבית מוחלטת שניתן לשאוף להשגתה.¹³ כנגד ביקורת זו נטען באופן די משכנע,¹⁴ כי גם אם לא קיימת אמת אובייקטיבית מוחלטת, עדיין חשיפה של טעויות על ידי שיח חופשי תורמת רבות לתהליך קידום הידע.¹⁵ לפיכך, יש לראות את עצם חשיפתן של טעויות והעשרת הידע, המושגות על ידי שיח חופשי ופתוח, כמטרות ראויות כשלעצמן.¹⁶ תשובה נוספת לביקורת האמורה נמצאת בטענה, כי ביקורת זו למעשה עולה בקנה אחד ואינה עומדת בסתירה לטיעון גילוי האמת. טיעון גילוי האמת עצמו הוא זה שיוצא מנקודת מוצא כי אמת אובייקטיבית מוחלטת אינה דבר הניתן להשגה. ההכרה בקיומה של אמת אובייקטיבית מוחלטת עומדת בסתירה לספקנות ולסימני השאלה התמידיים שביסודו של טיעון גילוי האמת. יש להבין את טיעון גילוי האמת כטיעון הרואה באמת אובייקטיבית מוחלטת יעד סיופי שיש לשאוף אליו, הגם שאף פעם לא ניתן יהיה להשיגו.¹⁷ אם מפרשים את טיעון גילוי האמת בדרך זו, כי אז הביקורת כנגד הנחת קיומה של אמת אובייקטיבית מוחלטת מאבדת מחיוניותה.

ביקורת נוקבת יותר הופנתה כנגד הנחת הרציונליות המזינה את טיעון גילוי האמת.¹⁸ כעולה מן האמור לעיל, טיעון גילוי האמת נע בין קוטב של ספקנות וחשדנות כלפי הקיים והמקובל,¹⁹ לבין קוטב של אמונה בכוח התבונה והכוח להשתכנע בקיומה של טעות.²⁰ מסגרת זו מחייבת הנחת מוצא, לפיה בני אדם פועלים באופן רציונלי. זיהוי האמת, ועל אחת כמה וכמה זיהוי של טעות והכרה בה, מותנים בקיומו של דפוס

13 (1986) 54. סקאלמגור, הערה 2 לעיל, בעמ' 131–154, עומד אף הוא על נקודה זו, אך מצליח

להראות כיצד תורתו הכוללת של מיל, במכלול כתביו, כן מציבה כמה סייגים לחופש הביטוי.

14 Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 24; Greenawalt, הערה 2 לעיל, בעמ' 17; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 12 ואילך. ביקורת זו מתמקדת במקרים של מחלוקות עובדתיות, להבדיל ממקרים של מחלוקות ערכיות. בכל הנוגע לעמדות ערכיות, הנחת המוצא של אמת אובייקטיבית שניתן לגלותה ממילא אינה קיימת.

15 Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 24; Greenawalt, הערה 2 לעיל, בעמ' 17–18.

16 אפיונו של תהליך קידום הידע, כנהליך מתמשך של חשיפת טעויות, מוזהה בעיקר עם עבודתו של קרל פופר ועם ספרו (1966) *The Open Society and Its Enemies*. Karl Popper, עוד לטיעון כי חופש הביטוי מסייע לחשיפת טעויות ולתיקונן ראו Benjamin Duval, "Free Communication of Ideas and the Quest for Truth: Towards a Teleological Approach to First Amendment Adjudication," 41 *Geo. Wash. L. Rev.* 161 (1972).

17 ולכן גם Nimmer מעדיף לגקוט מינוח של enlightenment ולא של "גילוי אמת". ראו Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 14–1.

18 ראו לעניין זה Redish, הערה 2 לעיל, בעמ' 46; כהן-אלמגור, הערה 2 לעיל, בעמ' 129. ראו גם Paul G. Chevigny, "Philosophy of Language and Free Expression," 55 *N.Y.U. L. Rev.* 157, 159 (1980).

19 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 25 ואילך; Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 31; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 14 ואילך.

20 Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 16.

21 Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 26; Greenawalt, הערה 2 לעיל, בעמ' 19–20.

התנהגות תבונתית.²¹ הביקורת מטילה ספק בנכונות האמפירית של הנחת הרציונליות. על פי הביקורת, טיעון גילוי האמת אולי מעודד חשיבה רציונלית, אך זוהי גם נקודת החולשה שלו: גם אם הנחת הרציונליות נכונה לגבי חלק מהאוכלוסייה, עדיין ספק רב אם היא נכונה לגבי האוכלוסייה כולה. מעבר לכך, ההבנה והבחירה האנושית מושפעות במידה רבה לא רק מתבונה, אלא גם מאינטרסים פרטיים ומניסיון אישי. לאנשים דעות קיימות מוטמעות, ולכן גם שוק הרעיונות מתחיל מהן.²² מסיבות אלה, כך נטען, קשה להניח ולצפות כי התייחסותם של בני האדם לעמדות ולדעות השונות המושמעות בשוק הרעיונות תהיה מושכלת ואובייקטיבית לחלוטין. ביקורת נוספת נמתחת כנגד ההנחה, כי די בהגנה על חירותו השלילית של הדובר לחופש ביטוי כדי להבטיח תחרות חופשית, שוק פתוח של רעיונות, ובעקבותיהם גילוי האמת ובחירה בעמדות ראויות.²³ לטענת המבקרים, התנאים המעשיים שבהם מתנהל שיח חופשי בחברה המודרנית אינם מאפשרים תחרות חופשית של רעיונות. קיימים עיוותים בדרכי העברת המסר; קיים "כשל שוק חוקתי",²⁴ המתבטא בחוסר שוויון הזדמנויות בשוק הרעיונות, כאשר הכוחות המעטים השולטים מונעים קיומם של כוחות מתחרים.²⁵ כתוצאה מכך, בפועל הפך שוק הרעיונות למקום שבו הדעה החזקה והשלטת היא זו שעמידה לנצח.²⁶ השוק אינו מסוגל להעריך באופן אובייקטיבי כל רעיון, ולמעשה הוא אף עשוי להיות מכשול בפני קידום האמת. לכן, טוענים המבקרים, לא ניתן לקבל את הנחת היסוד של טיעון גילוי האמת כי חירות מוחלטת של הכוחות הפועלים בשוק בהכרח מקדמת את ערך גילוי האמת.

הביקורת כנגד הנחת הרציונליות וכנגד הנחת קיומו בפועל של שוק חופשי לרעיונות מתמקדת בפער בין חזון השיח האידיאלי שטיעון גילוי האמת שואף אליו, לבין התנאים המעשיים שבהם מתנהל שיח בחברה מודרנית. ישנן דרכים מעשיות רבות להתמודד עם הפער האמור. רובן עוסקות בקביעת כללים וביצירת מגגנונים שמטרתם היא להבטיח כי שוק הרעיונות יוכל למלא את ייעודו כאמצעי לקידום "גילוי האמת".²⁷ כללים ומגגנונים אלה מספקים, אולי, פתרון מעשי לבעיות הקיימות במציאות של שוק חופשי מכל פיקוח.²⁸ עם זאת, בד בבד, הם רק מחזקים את תוקף הביקורת כנגד טיעון גילוי האמת.

21 ראו Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 15.

22 שם, בעמ' 26.

23 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 20; Greenawalt, הערה 2 לעיל, בעמ' 19-20; Redish, הערה 2 לעיל, בעמ' 46; Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 16-17.

24 ראו בג"צ 6218/93 טהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 543-542.

25 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 15-16.

26 ראו Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 71. ראו גם Frederick Schauer, "The Political Incidence of the Free Speech Principle," 64 U. Colo. L. Rev. 935, 949 (1993); Steven Shiffrin, "The Politics of the Mass Media and the Free Speech Principle," 69 Ind. L.J. 689, 690-691 (1994).

27 ראו לעניין זה גם את הדברים האמורים בפרק 4.4(ב) להלן.

28 שאלה נפרדת היא עד כמה ניתן ליישב כללים מסוג זה עם גישה המבססת את ההצדקה למעמד

וכנגד קביעתו כי ההצדקה לחופש מוחלט מפיקות ומשליטה בתחום הביטוי מצויה בתרומה הנובעת מכך לתהליך גילוי האמת. במובן מסוים, מרגע שמקבלים את גרסת הביקורת בדבר הדרך שבה פועל שוק הרעיונות במציאות, או אז סיעון גילוי האמת עשוי להפוך לחרב פיפיות ולשמוט את הבסיס תחת עצם טענת חירות הביטוי המוחלטת העומדת ביסודו.²⁹ ועדיין, בכל אלה אין כדי לבטל, ודאי לא לחלוטין, את תרומתה של מסאפורת שוק הרעיונות להבנת הדרך שבה מגיעים אנשים להסכמה ושה מעוצבים ערכים.³⁰ במובן זה, המודעות לקיומם של חסרונות בשוק רעיונות חופשי מכל פיקוח אינה צריכה לגרוע מעצם ההכרה בחשיבות קיומו של שיח חופשי ופתוח.³¹

2. הטיעון הדמוקרטי

(א) כללי³²

על פי הטיעון הדמוקרטי, ההכרה בחופש הביטוי כזכות יסוד מתחייבת ממהותה של הדמוקרטיה, ומהווה תנאי הכרחי לקיומו ולהתפתחותו של משטר דמוקרטי. המחויבות לעיקרון חופש הביטוי היא השתקפות של המחויבות הכללית לשיטה הדמוקרטית. הכרה

המוגן של עיקרון חופש הביטוי על יסוד נימוקים הנוגעים לערך האוטונומיה של הפרט (ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.3 להלן), או על יסוד הטיעון הדמוקרטי (ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.2 להלן). ראו לעניין זה גם את הדברים האמורים בסעיפים א.6(ב) וב.4(ג) להלן.

29 ראו Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 5.

30 ראו Chevigny, הערה 17 לעיל, בעמ' 162, 177.

31 ראו Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 1-15.

32 לסקירת הטיעון הדמוקרטי, ראו Steven H. Shiffrin, *The First Amendment, Democracy, and Romance* (1990). ראו גם Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 35 ואילך; Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 20 ואילך; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 1-44 ואילך; Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 8 ואילך; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 25 ואילך; Emerson, הערה 2 לעיל, בעמ' 9, המפרד בין הטיעון הדמוקרטי הצר – השתתפות בתהליך קבלת ההחלטות בענייני שלטון וממשל – לבין הצדקת ההגנה על חופש הביטוי עקב תרומתו לחשגת יציבות ואיזון בתהליכי שינוי חברתיים. אנו נתייחס לשני הטיעונים האמורים תחת אותה הכותרת של הטיעון הדמוקרטי. ראו עוד סה"א אלמגור, הערה 2 לעיל, בעמ' 111; דיין אורבך, הערה 2 לעיל; ברק, הערה 2 לעיל, בעמ' 8. אנו תיארו את סיעון גילוי האמת כטיעון נפרד העומד בפני עצמו. עשינו זאת על רקע חשיבותו ההיסטורית של הטיעון ועל רקע העובדה, כי כך נהוג בספרות המשפטית ובפסיקת בתי המשפט הדנות בהצדקות השונות של עיקרון חופש הביטוי (ראו את המקורות השונים המאוזכרים בפרק א.1 לעיל). ראו גם בג"צ 73/53 קול העם נ' שד הפנים, פ"ד ז 871, 877; בג"צ 399/85 כהנא נ' רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 272-273, 279. עם זאת, חשוב לציין כי מרכיביו השונים של סיעון גילוי האמת תופפים ומהווים בסיס לחלק ממרכיביו של הטיעון הדמוקרטי המפורטים להלן. אותה ספקנות וחשדנות כלפי הקיים וכלפי המקובל, אשר מונחת ביסוד סיעון גילוי האמת, מהווה יסוד לגישה הביקורתית שהטיעון הדמוקרטי מבקש למסד כלפי עמדת הרוב וכלפי עמדת מוסדות

בתקפות הטיעון הדמוקרטי מותנית, אפוא, בקבלתם של העקרונות הדמוקרטיים המשמשים לו בסיס. כפועל יוצא, דיוקנו של עיקרון חופש הביטוי, אשר מעוצב על פי קווי המתאר של הטיעון הדמוקרטי, הוא במידה רבה השתקפות של התפיסה השלטת לגבי מהות המדינה הדמוקרטית. תפיסות שונות ומגוונות של מהות הדמוקרטיה עשויות להוליד דרכי התייחסות שונות לעיקרון חופש הביטוי³³ ולמעמדו היחסי במסגרת המערך הכולל של ערכי היסוד שהשיטה הדמוקרטית אמונה עליהם.

על פי הטיעון הדמוקרטי, המוזהה במקור עם Alexander Meiklejohn³⁴, חופש הביטוי מבטיח כי לאזרחים יהיה את המידע הנדרש כדי להשתתף באופן פעיל בחיים הדמוקרטיים. הטיעון יוצא מהנחה כי שיטת המשטר הראויה היא שיטה של ממשל עצמי. כוח הריבונות האמיתי נתון לעם, ואילו רשויות הממשל משמשות אך ורק כשלוחות וכנציגות שלו. חופש הביטוי, שעל פי הטיעון הדמוקרטי כולל גם את זכותו של הקהל לקבל מידע,³⁵ מבטיח זרימה חופשית של מידע והשמעה חופשית של דעות. בדרך זו

השלטון. בהתחשב בעובדה כי מיל חשש בעיקר מדיכוי של מעשי ביטוי על ידי רשויות השלטון ועל ידי קבוצות רוב בחברה, ניתן לראות את דבריו כטיעון המבקש להצדיק ביקורת כלפי העמדות המקובלות על השלטון. טיעון גילוי האמת מבהיר מדוע גם במשטר דמוקרטי הדוב עשוי לטעות, ומכאן הצורך בשמיעת כל הדעות, לדבות דעות ביקורתיות. נקודה נוספת היא שקיימת זיקה בין תפיסתו של מיל, לפיה תקפותן של עמדות בעניינים פוליטיים ובעניינים חברתיים צריכה להיות תוצר של דיון חופשי ופתוח, לבין תפיסת השיח הציבורי, שהטיעון הדמוקרטי רואה בו תנאי הכרחי לקבלת החלטות בעניינים הנוגעים לכלל האוכלוסיה. שיח חופשי ופתוח מקדם את איכותו של הממשל הדמוקרטי. הוא מוביל לחשיפת משגים וטעויות, וכפועל יוצא לפתרונות טובים יותר חברתיים. מסיבות אלה, הנחת הרציונליות והדרישה לקיומו הממשי של שוק חופשי לרעיונות – שניים מן הנדבכים המרכזיים של טיעון גילוי האמת – מהווים גם שניים מן הנדבכים המרכזיים הנדרשים לשם הגשמת תכליתיו של הטיעון הדמוקרטי (ראו דיון אורבך, הערה 2 לעיל, בעמ' 404 ואילך). באופן דומה, מן הצד השני של המתרס, הביקורת שהופנתה כלפי טיעון גילוי האמת רלבנטית בה במידה גם לגבי הטיעון הדמוקרטי. שוק הרעיונות הוא למעשה הזירה שבה מוגשמות במציאות תכליות הטיעון הדמוקרטי. מסיבה זו, שיבושים וליקויים באופן התפקוד של שוק הרעיונות זכו לדיון מפורט על ידי המצודים בטיעון הדמוקרטי. אנו נדון בנושא זה בפרק א.6(ב) להלן.

33 ראו דיון אורבך, הערה 2 לעיל, בעמ' 391.

34 נהוג לראות את Alexander Meiklejohn כמי שניסח, לראשונה, בבחינות ובצורה מפורשת, את הטיעון הדמוקרטי להצדקת ההגנה על עיקרון חופש הביטוי. ראו Alexander Meiklejohn, "Free Speech and Its Relation to Self-Government," in *Political Freedom – The Constitutional Powers of the People* 3 (1965).

35 ואכן, במסגרת המשפט הוויקטי הנוהג, הזכות לקבל מידע מהווה מרכיב בלתי נפרד מעיקרון חופש הביטוי. לסקירה השוואתית של הזכות לקבל מידע ראו Barendt, הערה 2 לעיל, עמ' 81–83, 107–113. בהקשר זה דומה כי ראוי להפריד בין הרציונל הכללי להצדקת חופש הביטוי, לדבות וזכותו של הדובר להתבטא, על יסוד זכותו של הקהל לקבל מידע, לבין קיומה של זכות משפטית

ניתן להבטיח כי כל יחיד בחברה יקבל את מרב הנתונים הנדרשים לשם הפעלת כוחותיו כריבון, דהיינו: קבלת החלטות מושכלות בעניינים הקשורים למשטר ולממשל.³⁶ מניעת זרימה חופשית של מידע ושל דעות כמוה כשלילת כוחותיו הריבוניים של האזרח. נוסף על כך, חופש הביטוי נדרש כדי להעביר לרשויות הממשל את עמדותיהם של האזרחים בעניינים שונים.³⁷ זכותו השווה של כל יחיד להשתתף בחיים הדמוקרטיים, לרבות הזכות להתבטא, מהווה גם כן חלק בלתי נפרד מהתפיסה הדמוקרטית הנוהגת.³⁸ הדגש מנקודת ראותו של הטיעון הדמוקרטי נמצא, אפוא, הן על הקהל – שלו נתונה הזכות לקבל מידע, והן על הדובר – שלו נתונה הזכות להשמיע את דברו.³⁹ תפיסת רשויות השלטון כנאמן מטעם הציבור מתקשרת להיבט נוסף של הטיעון הדמוקרטי – החופש להשמיע ביקורת כלפי רשויות השלטון וכלפי מעשיהן.⁴⁰ החופש לבקר, המאפשר לחשוף ליקויים ולמנוע ניצול לרעה של סמכות, נתפס כמרכיב מרכזי במשטר האיוונים והבלמים המונח ביסוד

לקבל מידע מגורם נתון – זכות המטילה על אותו הגורם וובה משפטיית למסור את המידע. הזכות המשפטית לקבל מידע הוסדה לגבי מידע המחזק ביד רשויות שלטון. רשויות השלטון מחזקות כנאמן של הציבור, ולפיכך מידע המצוי בידן נתפס כ"נכס השייך לציבור". שאלה היא, האם יש מקום להכיר בזכות דומה גם כלפי גורמים פרטיים, ואם כן – באלו נסיבות. עוד לגבי הזכות לקבל מידע ראו Christopher G. Weeramantry, "Suppression of Information: A New Human Right: The Right to Know," in *Justice without Frontiers – Furthering Human Rights* (1997) 250. ראו גם חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998; הצעת חוק חופש המידע, התשנ"ז-1997, ה"ח 397; דין וחשבון הוועדה הציבורית לענין חופש המידע (תשנ"ה) (בראשות השופטת בייטוס ויקטוריה אוסטרובסקי-כהן; אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 1046-1051 (מהדורה חמישית, תשנ"ו); יצחק זמיר, הסמכות המנהלית 865 (תשנ"ו); זאב סגל, "זכות האזרח לקבל מידע בעניינים ציבוריים", עיוני משפט י 625 (תשמ"ה); זאב סגל, "על הזכות המוגנת בבג"צ, הזכות לדעת והאזנת סתר", משפטים כא 559 (תשנ"ב); זאב סגל, חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות 213-279 (תשנ"ו) (להלן: סגל, חופש העיתונות); בג"צ 1601/90 שליש נ' פרס, פ"ד מד(1) 353, 360-366; בג"צ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661, 673; בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415.

36 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 36; יצחק ה' קלינגהופר, על חופש הביטוי 8-9 (תשמ"ד).

37 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 38.

38 ראו Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 10-11. על הזכות להשתתף בתהליך הפוליטי מכוח יסוד ראו Henry J. Steiner, "Political Participation as a Human Right," 1 *Harv. Hum. Rts. J.* 77 (1988).

39 נקודה זו אינה מקובלת על כל הכותבים. כך, לדוגמא, Meiklejohn, הערה 34 לעיל, בעמ' 26, בקטע אשר זכה לציטוטים רבים, קובע כי: "What is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said". לענין זה ראו גם את הדברים האמורים בפרקים א.2(ב) ו-א.6(ב) להלן.

40 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 36-43.

השיטה הדמוקרטית.⁴¹ חופש הביטוי מאפשר לגלות חוסר שביעות רצון,⁴² להתנגד לקיים, להטיל בו ספק ולשדר מסרים למחזיקים בעמדות כוח. יכולת זו נתפסת כבעלת ערך רב מבחינה חברתית. היא משמשת מקור ליצירת תהליכים של שינוי חברתי⁴³ ולמניעת קיבעון מחשבתי בבירוקרטיה השלטונית.⁴⁴ לגבי קבוצות מיעוט שאינן נמנות ברוב השולט ושאינן להן ייצוג משמעותי במוסדות השלטון, חופש הביטוי עשוי להיות אחת הדרכים המשמעותיות היחידות להגנה על זכויותיהן.⁴⁵ זהו גם צומת הדרכים שבו הטיעון הדמוקרטי חובר לצידוק נוסף של עיקרון חופש הביטוי, שניתן לכנותו "טיעון הוצאת הקיסור".⁴⁶ על פי טיעון זה, חופש הביטוי מנתב את החברה למסלול של הסדרת סכסוכים ללא אלימות. הידיעה והאפשרות של כל אדם כי דעתו תישמע מאפשרת לחברה לצעוד במסלול של שינויים שקטים, לא אלימים, ולהשיג יציבות ואיזון בתהליכי שינוי חברתיים.⁴⁷ סקירת היבטים אלה של הטיעון הדמוקרטי מבהירה את חשיבות ההגנה על חופש הביטוי בעניינים פוליטיים.⁴⁸ חשיבות זו, העולה במישורין מנימוקי השונים של

41 ראו Vincent Blasi, "The Checking Value in First Amendment Theory," *Am. Bar Found. Res. J.* 521 (1977). ראו גם Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 22; Greenawalt, הערה 2 לעיל, בעמ' 25; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 1-46. כמפורט בפרק ב.2(א), לעיתונות ולתקשורת יש חלק מרכזי במילוי פונקציה ביקורת.

42 ראו Shiffrin, הערה 32 לעיל, בעמ' 88-96, המפתח את הטענה בדבר חשיבות חופש הביטוי כאמצעי לשיקוף התנגדות וחוסר הסכמה. לטענתו של Shiffrin, הדבר מקדם שינויים חברתיים ומבטיח פיקוח יעיל על מוסדות השלטון הקיימים.

43 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 92 ואילך.

44 ראו Emerson, הערה 2 לעיל, בעמ' 12.

45 ראו John H. Ely, *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review* 105 (1985); Tom Campbell, "Rationales for Freedom of Communication," in *Freedom of Communication* 17, 38 (Tom Campbell & Wojciech Sadurski eds., 1994). Shiffrin, הערה 26 לעיל, בעמ' 719. Bollinger פיתח בהקשר זה את הטיעון כי תכלית ההגנה על חופש הביטוי היא לקדם את ערך הסבלנות. על פי הטיעון, ההגנה על חופש ביטוי של קבוצות מיעוט מחנכת את קבוצות הרוב להכיר, להשלים ואולי אף לכבד דעות ותפיסות עולם שונות משלהם. הסובלנות בהקשר זה נתפסת אף היא כחלק מאבני היסוד של השיטה הדמוקרטית. ראו Lee C. Bollinger, "Free Speech and Intellectual Values," 92 *Yale L.J.* 438 (1983). ראו גם Greenawalt, הערה 2 לעיל, בעמ' 29; ברק, הערה 2 לעיל, בעמ' 9. כעולה מן האמור בפרק א.3. להלן, נושא הסבלנות קשור במישורין גם להצדקת חופש הביטוי על יסוד ערך האוטונומיה של הפרט.

46 ראו Bollinger, הערה 12 לעיל, בעמ' 55; בג"צ 399/85 כהנא נ' הדועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 276.

47 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 78; Greenawalt, הערה 2 לעיל, בעמ' 25; ברק, הערה 2 לעיל, בעמ' 9; כהן-אלמגור, הערה 2 לעיל, בעמ' 110-111.

48 ראו Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 145, 150; Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 44. ראו גם Cass R. Sunstein, *Democracy and the Problems of Free Speech* 121 (1993) (hereinafter: Sunstein, *Problems of Free Speech*); Cass R. Sunstein, "Free Speech Now," in *The Bill*

הסיעון הדמוקרטי, מלמדת גם על יכולתו המוגבלת של הסיעון הדמוקרטי להצדיק את ההגנה על חופש הביטוי בתחומים אחרים מלבד התחום הפוליטי. היו מי שביקשו ללמוד מכך כי ההגנה החוקתית של חופש הביטוי צריכה להצטמצם אך ורק לביטויים בעניינים פוליטיים.⁴⁹ גישה זו אינה הגישה המקובלת, שכן מכלול ההצדקות השונות של עיקרון חופש הביטוי מלמדות שהזכות לחופש ביטוי צריכה להתפרס על ביטויים מסוגים שונים ולא רק על ביטויים פוליטיים.⁵⁰

(ב) חופש הביטוי כמקור הלגיטימיות של רשויות השלטון וכתנאי לאמון הציבור בהן

חופש הביטוי מהווה גם מקור ללגיטימיות של רשויות השלטון ולאמון הציבור בהן. התפיסה הדמוקרטית מניחה כי לכל אזרח יש זכות שווה להשתתף בתהליך הפוליטי.⁵¹ זו מהות האמנה החברתית שעליה מבוססת המדינה הדמוקרטית. פגיעה בזכות זו שומטת את הקרקע תחת תוקף ההסכמה החברתית ותחת עצם הלגיטימיות של רשויות השלטון.⁵² הנחת המוצא הדמוקרטית היא כי רשויות השלטון כפופות לדעה הציבורית הנקבעת על ידי האזרחים. מבחינה רעיונית, הדעה הציבורית היא זו המכוננת את הממשל, ולכן היא נתפסת כשלב מקדים לו. זוהי פועלן של רשויות השלטון על ידי האזרח, כביטוי לרצון הקולקטיבי של כלל האזרחים, משמש מקור לתוקף המשטר הדמוקרטי ולאמון הציבור בו. הלגיטימיות של המשטר הדמוקרטי ושל כוח הכפייה שהוא מפעיל נובעת מהיכולת

of Rights in the Modern State 255, 301 (Geoffrey R. Stone, Richard A. Epstein & Cass R. Sunstein eds, 1992) (hereinafter: Sunstein, "Free Speech Now"); Lillian R. BeVier, "The First Amendment and Political Speech: An Inquiry Into the Substance and Limits of Principle," 30 *Stan. L. Rev.* 299 (1978); Alon Harel, "Free Speech Revisionism: Doctrinal and Philosophical Challenges" 74 *B.U. L. Rev.* 687, 691-697 (1994) בג"צ 4804/94 חבית סטיין פלם נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ 51, 661, 677, 688-691; פרשת כח, הערה 24 לעיל, בעמ' 551; ע"א 214/89 אבנר נ' שפירא, פ"ד מג (3) 840, 863.

49 ראו Redish, הערה 2 לעיל, בעמ' 14 ואילך. את הגישה הקיצונית ביותר, בדבר צמצום ההגנה החוקתית על חופש הביטוי לביטויים בעניינים פוליטיים בלבד, הציג Bork. ראו Robert Bork, כי בתחילה מסקנה זו השתמעה גם מעמדתו של Meiklejohn, הערה 34 לעיל. במאמר מאוחר יותר טען Meiklejohn כי ההגנה על חופש הביטוי צריכה להשתרע על כל ביטוי שעשוי להיות רלבנטי, בכל דרך שהיא, ישירה או עקיפה, לתהליך קבלת ההחלטות בעניינים פוליטיים. במסגרת זו Meiklejohn הרחיב מאוד את הגודלת המונח "ביטוי פוליטי" וכלל בה כמעט את כל סוגי הביטויים האפשריים, לדבר ביטויים שהקשר בינם לבין התהליך הפוליטי קלוש מאוד. ראו Alexander Meiklejohn, "The First Amendment as an Absolute," 1961 *Sup. Ct. Rev.* 245, 263 (1961). ראו גם Bollinger, הערה 12 לעיל, בעמ' 47-48.

50 ראו לעניין זה גם כהנא, הערה 46 לעיל, בעמ' 293.

51 ראו Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 21.

52 ראו Greenawalt, הערה 2 לעיל, בעמ' 29.

של כלל האוכלוסייה, לרבות קבוצות מיעוט, להשתתף ביצירת הסדר החברתי. אחרת, אין כל הצדקה ערכית לכפות את הכרעת הרוב על המיעוט. הידיעה של המיעוט כי גם הוא זכאי לקחת חלק ולהשתתף בתהליך הפוליטי היא זו שלמעשה נותנת תוקף מחייב להחלטת הרוב כלפיו.⁵³

חופש הביטוי – היכולת להשמיע את דעתך ולקבל מידע בעניינים הנוגעים לסדר היום הציבורי – הוא אחד המרכיבים המרכזיים של הזכות להשתתף בתהליך הפוליטי.⁵⁴ לפיכך, פגיעה של רשויות השלטון בחופש הביטוי כמוה כהשמטת המסד המבסס את עצם מקור הסמכות של רשויות אלה. רק כאשר מתקיימים חופש ביטוי מלא ושיח ציבורי חופשי נתפסת האוכלוסייה כולה כמי שניתנה לה אפשרות ממשית להשתתף במערכת התקשורת שעליה מושתתת לגיטימיות ההסדרים הפוליטיים הקיימים.⁵⁵ תפיסה זו אינה מתרכזת, כפי שניתן אולי היה לחשוב במבט ראשון, אך ורק בזכותו של הדובר להשמיע את דעתו. כפי שהראה Scanlon,⁵⁶ הדברים רלבנטיים לא פחות גם לגבי הזכות לקבל

- 53 ראו Robert C. Post, *Constitutional Domains* 7, 184, 278 (1995).
- 54 כאמור בפרק א.2(א) לעיל, לגבי קבוצות מיעוט זוהי אחת הדרכים האפקטיביות היחידות לקחת חלק בתהליך הפוליטי.
- 55 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 42,79; Post, הערה 53 לעיל, בעמ' 184–187, 273; Harel, הערה 48 לעיל, בעמ' 696. ראו גם Niva E. Elkin-Koren. "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace," 14 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 215, 223, 228. (1996).
- 56 ראו T. Scanlon, "A Theory of Freedom of Expression," in *The Philosophy of Law* 152 (Ronald M. Dworkin ed., 1977) (להלן: "A Theory"). במאמר מאוחר יותר חזר בו Scanlon מחלק מהדברים האמורים במאמרו הראשון, בעיקר בכל הנוגע למצאי המקרים שבהם ראוי להגביל את חופש הביטוי. ראו T. M. Scanlon Jr., "Freedom of Expression and Categories of Expression," 40 *U. Pitt. L. Rev.* 519 (1979). חלק מהכותבים נהגים לסווג את התיאוריה של Scanlon כתיאוריה המצדיקה את חופש הביטוי על יסוד נימוקים הנוגעים לערך האוטונומיה של הפרט (ראו, לדוגמה, Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 17; Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 68; ברק, הערה 2 לעיל, בעמ' 7 בהערה 24). חזמה, כי יהיה זה מדויק יותר למקם את התיאוריה של Scanlon דווקא כחלק מהסיעון הדמוקרטי (ראו Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 11). התיאוריה של Scanlon מבססת ומתנה את עצם הלגיטימיות של שיטת המשטר הדמוקרטית במימוש זכותו של כל אזרח לקבל מידע מלא, ובהתאם לכך לקבוע את עמדותיו בכל הנוגע לסדר היום הציבורי. אומנם, הסיעון של Scanlon אכן מתחיל מנקודת מוצא המתייחסת לזכותו של כל פרט כי יתייחס אליו כאל אדם אוטונומי. עם זאת, הדגש הוא על האוטונומיה של האדם כבעל זכויות פוליטיות. במובן זה, הסיעון של Scanlon מדגים בצורה יפה כיצד הסיעון הדמוקרטי מבוסס במישרין גם על ההכרה בזכויותיו האוטונומיות של כל פרט באשר הוא אדם, ולא רק על אינטרס ציבורי כלל-חברתי. הסיעון של Scanlon מלמד אפוא כי התיאוריה הפוליטית של חופש הביטוי מושתתת על בסיס ערכי-מוסרי ולא רק על בסיס תועלתני גרידא (עוד לעניין זה ראו את הדברים האמורים בפרק א.2(ג) להלן). Scanlon עצמו גורס, כי גישתו מתמקדת בשלילת יכולתן של רשויות השלטון להטיל מגבלות על מעשי ביטוי. זאת, להבדיל מהטרה בזכות עצמאית של

מידע: התוקף המוסרי של שיטת המשטר הדמוקרטית והלגיטימיות שלה מותנים באפשרות של כל אזרח לקבל החלטות באופן אוטונומי ועל סמך מידע מלא.⁵⁷ כוחותיה של המדינה מוגבלים לכוחות שהאזרחים מכירים בהם כאשר מתייחסים אליהם כאל אזרחים שווים, אוטונומיים ורציונליים. אדם אינו יכול להתייחס אל עצמו כאל אדם אוטונומי אלא בנסיבות שבהן הוא חופשי לשקול את כל הטיעונים בעד ונגד מהלכים שמבקשים להנהיג עבורו. לפיכך, בנסיבות שבהן לא עומד לרשות האזרח מכלול המידע הנדרש לשם קבלת החלטה באופן אוטונומי ורציונלי, נשמט הבסיס תחת הלגיטימיות להפעלת כוח, ובפרט כוח כפייה, על ידי המדינה.⁵⁸

(ג) אפיון מהות ההגנה על חופש הביטוי על פי הטיעון הדמוקרטי

יש המבקשים למצות את מהות ההגנה על חופש הביטוי, על פי הטיעון הדמוקרטי, כאמצעי לקידום אינטרס כלל-חברתי המשותף לציבור כולו.⁵⁹ על פי גישה זו, ההגנה על חופש הביטוי נועדה לקדם את האינטרס הכלל-חברתי בהגשמת תנאי היסוד של

האזרח לקבל מידע (ראו "A Theory", Scanlon, לעיל, בעמ' 167). עובדה זו אף היא תומכת בסיווג גישתו של Scanlon דווקא כחלק מהטיעון הדמוקרטי.

ראו שם, בעמ' 162–166.

Scanlon, שביקש לבסס את הטיעון שלו על יסוד תודתו של מיל, התרכז בהצדקת הטענה כי רשויות השלטון אינן יכולות להטיל מגבלות על חופש הביטוי. אפשרות קיומה של זכות חיונית הנתונה ליחיד כאזרח לקבל מידע והעלטה על ידו אך לא נדונה לגופה. שם, בעמ' 167.

עמדה זו ננקטה על ידי כמה כותבים, שנהוג לשייך אותם לזרם הקולקטיביסטי. הבולטים שבהם הם Cass Sunstein ו-Owen Fiss. Sunstein, "Free Speech Now", הערה 48 לעיל; Cass R. Sunstein, "The First Amendment", הערה 48 לעיל; Owen M. Fiss, *Liberalism Divided – Freedom of Speech and the Many Uses of State Power* (1996) (hereinafter: Fiss, *Liberalism Divided*); Owen M. Fiss, *The Irony of Free Speech* (1996) (hereinafter: Fiss, *Irony*). עוד לסקירת הגישה הקולקטיביסטית ולביקורת עליה ראו Charles Fried, "The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty," 59 *U. Chi. L. Rev.* 225 (1992); Morris Lipson, "Autonomy and Democracy," 104 *Yale L.J.* 2249 (1995). הטענה, כי על פי הטיעון הדמוקרטי מהות ההגנה על חופש הביטוי מבוססת על אינטרס כלל-חברתי, המשותף לציבור כולו, נשמעה גם על ידי כותבים נוספים, שאינם מזוהים עם הזרם הקולקטיביסטי (ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 47; דיין אורבך, הערה 2 לעיל, בעמ' 382). בצד העובדה שכותבים אלה מסווגים את הטיעון הדמוקרטי כטיעון המדגיש את האינטרס הכלל-חברתי, הם אינם מתעלמים מחשיבות ההכרה בערך האוטונומיה של הפרט (ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 41–42; דיין אורבך, הערה 2 לעיל, בעמ' 398–404, 418–419). דיין אורבך אף מנתחת מפורטות את העימות האפשרי בין מרכיב ערך האוטונומיה של הפרט במסגרת הטיעון הדמוקרטי לבין מרכיב האינטרס הכלל-חברתי במסגרת הטיעון (ראו דיין אורבך, הערה 2 לעיל, בעמ' 420–421). לפיכך, בכל הנוגע לכותבים אלה נראה, כי לכל היותר מדובר בגיטוי לא מדויק של סיווג מהות

התהליך הדמוקרטי, ולא להגן על זכות אישית סבועה של הדובר להתבטא. דומה, כי ניתן לחלוק על גישה זו. הטיעון הדמוקרטי אומנם מדגיש את האינטרס החברתי המשותף בקיומו של שית ציבורי פורה, בממשל תקין ובשמירה על כל יתר מרכיביה של שיטת משטר דמוקרטית; מהיבט זה, הטיעון הדמוקרטי אכן מהווה טיעון תוצאתי, הרואה בהגנה על חופש הביטוי אמצעי להשגת מטרות כלל-חברתיות. עם זאת, הטיעון הדמוקרטי אינו מתמצה בכך. כפי שראינו,⁶⁰ חלקים אחרים של הטיעון הדמוקרטי מדגישים את חשיבות ההכרה בזכותו של הדובר להישמע כזכות העומדת בפני עצמה, ולא רק בשל העובדה שהדובר משמש כלי העברת מידע לציבור הרחב. בצד ההכרה בחשיבות האינטרס החברתי המשותף, הטיעון הדמוקרטי מחויב לא פחות להכרה בזכותו הסבועה של כל פרט להתבטא.⁶¹ זכותו השווה של היחיד להשתתף בחיים הדמוקרטיים, לרבות הזכות להתבטא, היא חלק בלתי נפרד מהתפיסה הדמוקרטית הנוהגת.⁶² זכות זו נובעת מחירות הבחירה הנתונה לכל אדם כאשר הוא אדם. מחירות בחירה זו נגזרת זכותו של היחיד לאוטונומיה פוליטית⁶³ – הזכות להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטית, העוסק בהגשמה קולקטיבית של רצונות האנשים, ובכלל זה גם הזכות לחופש ביטוי. על פי תפיסה זו, הרואה בחירותו של האדם ערך יסודי, התהליך הדמוקרטי נתפס כתהליך הממזג בין ערך החירות של היחיד לבין מסגרת של תהליך קבלת החלטות קולקטיביות.⁶⁴ גישתו של Scanlon, שנסקרה בסעיף 2.2 לעיל, מלמדת כי ניתן לומר דברים דומים גם לגבי הזכות לקבל מידע: ההכרה בערך האוטונומיה של היחיד ובמעמדו כבעל זכויות פוליטיות היא המקימה את זכותו לקבל מידע. לפיכך, יהיה זה נכון לומר כי הקשר בין הטיעון הדמוקרטי לבין עיקרון חופש הביטוי הוא קשר מורכב. מנקודת ראותו של הטיעון הדמוקרטי, חופש הביטוי נתפס הן כמכשיר לקידום אינטרסים כלל-חברתיים והן כערך המבוסס על ההכרה בזכויותיו האוטונומיות של כל אדם כאשר הוא אדם.⁶⁵ התיאוריה הפוליטית של חופש הביטוי מבוססת אפוא בראש ובראשונה על בסיס ערכי-מוסרי ובוודאי לא רק על בסיס תועלתני גרידא.

הטיעון הדמוקרטי ולא בתפיסה מזוית השוללת את ההכרה בערך האוטונומיה של הפרט כמרכיב של הטיעון הדמוקרטי.

ראו פרק א.2(א) לעיל.

ראו Redish, הערה 2 לעיל, בעמ' 19–20, 31–32, 44.

ראו Judith Lichtenberg, "Foundations and Limits of Freedom of the Press," in *Democracy and the Mass Media* 102, 111 (Judith Lichtenberg ed., 1990).

ראו John Rawls, *Political Liberalism* 77 (1993).

ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 30–31.

על רקע זה ייתכנו מקרים שבהם חלקיו השונים של הטיעון הדמוקרטי יעמדו בסתירה זה לזה. מדובר בעיקר במקרים שבהם ערך האוטונומיה של הפרט מתנגש ועמד בסתירה לאינטרס הכלל-חברתי. ראו Post, הערה 53 לעיל, בעמ' 6–8, 179–196; ד"ר ארנבן, הערה 2 לעיל, בעמ' 420–421.

3. טיעונים הנוגעים לערך האוטונומיה של הפרט⁶⁶

עד עתה סקרנו טיעונים שהתרכזו בתרומתו של חופש הביטוי לחברה בכללותה ובעובדת היותו מרכיב מרכזי בזכויותיו הפוליטיות של כל אזרח. בצד אלה קיימים גם טיעונים המדגישים את חופש הביטוי כחלק בלתי נפרד מהחירות ומהאוטונומיה הנתונה לכל פרט באשר הוא אדם.⁶⁷ במסגרת זו נתפס חופש הביטוי כחלק מזכותו של הפרט להתפתחות ולהגשמה עצמית וכתחלק מזכותו לכבוד עצמי.⁶⁸ ההכרה בערך של כבוד האדם מחייבת

66 לסקירה כללית של הצדקת חופש הביטוי על יסוד טיעונים הנוגעים לערך האוטונומיה של הפרט ראו Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 14 ואילך; Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 47 ואילך; Emerson, הערה 2 לעיל, בעמ' 4; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 1-49; Redish, הערה 2 לעיל, בעמ' 11 ואילך. Redish דאגה את מכלול ההצדקות השונות של עיקרון חופש הביטוי כחלק מזכותו של הפרט למימוש עצמי; דין אורבך, הערה 2 לעיל, בעמ' 380; ברק, הערה 2 לעיל, בעמ' 7; כהן-אלמגור, הערה 2 לעיל, בעמ' 107. ראו גם פרישת סטישן פילם, הערה 55 לעיל, בעמ' 680.

67 ראו Fried, הערה 59 לעיל, בעמ' 233.

68 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 62; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 59. ראו גם Oscar Schachter, "Human Dignity as a Normative Concept," 77 Am. J. Int'l L. 848 (1983). על רקע זה, ברין הישראלי נשאלת השאלה, האם עיקרון חופש הביטוי מוגן במסגרת סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המכיר ב"כבודו" של אדם כזכות יסוד המוגנת על פי חוק היסוד. בית המשפט העליון טרם הכריע מפורשות בשאלה זו, והובעו אודותיה דעות שונות. ראו בג"צ 2481/93 דין נ' וילק, פ"ד מח(2) 456, 468; ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מח(5) 189, 201; כהן, הערה 24 לעיל, בעמ' 567; רע"א 2687/92 גבע נ' חברה חלט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 265; עע"א 4463/94 גולן נ' שיחת בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 157, 187, 190-191; בג"צ 453/94 שחלת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 535-536; אורן ברק, פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 427-428 (תשנ"ד); סגל, חופש העיתונות, הערה 35 לעיל, בעמ' 28; יהודית קרפ, "כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה 129, 144 (תשנ"ה); הלל סומר, "חזכויות הבלתי מוגנות – על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257, 318-322. דיון מלא בסוגיה זו חורג ממסגרת המאמר. נציין רק, כי על רקע מכלול התכליות השונות של עיקרון חופש הביטוי הנסקרות במאמר זה, יש היגיון מסוים בדבריה של השופטת דורנר בפרשת גולן, כי "בעניין זה יש מקום לבחון מהו הטעם הדומיננטי העומד ביסוד חופש הביטוי בהקשרו של הביטוי המסוים שבו מדובר. כידוע, לצד חשיבותו של חופש הביטוי להגשמה העצמית של האדם – שפגיעה בה פוגעת בכבודו – הוא גם נדרש לצורך חשיפת האמת, קיום ההליך הדמוקרטי ושמידת היציבות החברתית... הטעמים החברתיים ביסוד חופש הביטוי כבודם הרב במקומו מונח, אך איך הם נגזרים בהסרה מכבוד האדם. פעולה הפוגעת בחופש הביטוי תיחושכ כפוגעת בזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, רק אם פוגעת היא באופן מובהק בטעם 'האישי' שביסוד חופש הביטוי, להבדילו מן הטעמים החברתיים ביסודו" (שם, בעמ' 191-192). אולם, לצד עמדתה זו של השופטת דורנר, ניתן להציע גם פרשנות רחבה יותר של המונח "כבוד האדם", אשר שמה דגש על הזיקה בין ערך האוטונומיה של הפרט לבין זכויותיו הפוליטיות; לפי פרשנות זו, עשוי המונח "כבוד האדם" לכסות את מכלול התכליות השונות של עיקרון חופש הביטוי, לרבות מה שמכונה על ידי השופטת דורנר "טעמים חברתיים".

לכבד את בחירותיו של כל פרט, לרבות התבטאויותיו, ולתת להן יחס שווה. היו מי שקשרו היבט זה של הזכות לחופש ביטוי עם הזכות לחופש מצפון.⁶⁹ פעילות תקשורתית של דובר או של קהל, המבוססת על שיפוט ערכי, צריכה להיות מוגנת בשל היותה הפעלה של כוח המצפון החופשי. כמפורט להלן, הצדקת עיקרון חופש הביטוי על יסוד טיעונים הנוגעים לערך האוטונומיה של הפרט עשויה להתייחס הן למעמדו של הפרט כדובר והן למעמדו של הפרט כמקבל מידע.

(א) ביסוס זכותו של הדובר לחופש ביטוי

חירות הביטוי נדרשת כדי לאפשר לפרט להגשים את עצמו ולקדם את יכולותיו באמצעות ביטוי דעות, עמדות ואמונות. חופש הביטוי נתפס כחלק בלתי נפרד מהטבע האנושי ומהצורך במימוש עצמי.⁷⁰ מימוש עצמי מתחיל במחשבה חופשית, וזו אפשרית רק בסיוע שימוש בשפה, ביטוי ותקשורת. אדם אינו יכול לגבש את דעותיו ולהכריע במה להאמין אלא באמצעות ביטוי ותקשורת חופשית. לפיכך, שליטה על התקשורת, באמצעות שליטה על הביטוי, כמוה כשליטה על המחשבה עצמה.⁷¹ הפעלת זכותו של הפרט לאוטונומיה אישית כרוכה בבחירה בין אפשרויות. דבר זה מחייב שיח עשיר ופורר, הסוקר ושוחח בפני האדם את האפשרויות השונות הקיימות. חירות הביטוי חיונית אפוא לשם פיתוחו של הפרט כיצור אוטונומי המבקש להכריע כיצד לנהוג וכיצד לחיות. מעבר לכך, לאדם יש צורך טבעי לתקשר עם הוולת. התקשורת מהווה חלק בלתי נפרד מהתפתחות העצמית של האדם. על רקע זה, חופש הביטוי מהווה תנאי הכרחי להתפתחות רוחנית ואינטלקטואלית של האדם.

(ב) ביסוס זכותו של הציבור – קהל הנמענים – לחופש ביטוי⁷²

Raz פיתח טיעון,⁷³ שעל פיו לתקשורת ולמעשי ביטוי יש תפקיד מרכזי בזהוי דרכי חיים אפשריות ובהענקת חותם של לגיטימציה חברתית לדעות ולדרכי חיים. הטיעון מבנה, כי חלק ניכר מחיי האדם מתבצעים באמצעות החברה, ולכן אי התקבלות מלאה למערך החברתי פוגעת ביכולתו של האדם לחיות את חייו באופן הטוב ביותר. לאדם יש צורך אנושי להיחשב חלק מהחברה. בני אדם תלויים במסרים תקשורתיים כמקור לביסוס

69 David A. J. Richards, *Toleration and the Constitution* 165 (1986); David A. J. Richards, "A Theory of Free Speech," 34 *UCLA L. Rev.* 1837, 1895 (1987).

70 Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 47 ואילך.

71 Bollinger, הערה 12 לעיל, בעמ' 66; Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 108.

72 Raz, "Free Expression and Personal Identification," 11 *Oxford J. Legal Stud.* 303 (1991).

73 שם, עמ' 310 ואילך.

הבנה והכרה בדרך החיים שלהם.⁷⁴ יתרה מזאת: שיקוף דרך חיים במסגרת מסר תקשורת מהווה במקרים רבים תנאי הכרחי לכך שדרך החיים תוכל לקבל חותם של לגיטימציה בעיני החברה ובעיני הפרט עצמו. מכאן נובעת החשיבות הרבה של חופש הביטוי. חופש הביטוי משמש אמצעי ליצירת זהות חברתית.⁷⁵ לפיכך, ההגנה על חופש הביטוי טומנת בחובה הגנה על זכותו של האדם האוטונומי לבחור דרך חיים. השימוש באמצעי ביטוי ובאמצעי תקשורת מאפשרים לפרט להזהות עם דרך החיים שבה בחר, וללמוד כי היא אינה ייחודית רק לו. מתן תוקף פומבי לדרך חיים מסוימת מקנה לאותה דרך חיים זהות, ובכך מאפשר לפרטים שאימצו את אותה דרך חיים להשתלב בחברה. אי לכך, שלילת היכולת להתבטא משולה לשלילת דרך חיים, וככזו היא פוגעת לא רק בדובר אלא בכל קהל היעד שהביטוי משקף את דרך חייו. מנקודת ראות זו, חופש הביטוי הוא אמצעי חברתי לקידום ערך האוטונומיה של הפרט.⁷⁶ סיעונו של Raz מבהיר גם את הקשר בין חופש הביטוי לבין ההכרה בפלורליזם כערך.⁷⁷ חופש הביטוי מאפשר לנו ללמוד את תרבותו של האחר ולהתוודע לדרכי חיים חדשות. מעבר לעובדה שהדבר מתחייב מתוך כבוד לזולת ולדרך החיים שבה בחר,⁷⁸ מצב דברים זה אף מאפשר לבני האדם להיות מסוגלים לתת תוקף מחודש לדרך חייהם, או לחלופין – לבחור דרך חיים חדשה טובה יותר.⁷⁹

4. ההגנה על חופש הביטוי כאמצעי לאספקת טובין ציבוריים

סקירת הצידוקים השונים של הזכות לחופש ביטוי לימדה, כי ביסוד ההגנה על עיקרון חופש הביטוי מונחות, בין היתר, גם תכליות כללי-חברתיות, המיועדות לקדם היבטים שונים של טובת הציבור. לגבי תכליות אלה, ניתן לאפיין את ההגנה על חופש הביטוי כאמצעי לאספקת טובין ציבוריים.⁸⁰

- 74 ראו גם רות גביון, "איסור פרסום הפוגע בפרטיות", בתוך נסיחת האו"ם בישראל 177, 208 (בעריכת רות גביון, 1982).
- 75 ראו Bollinger, הערה 12 לעיל, בעמ' 72.
- 76 הדברים מתקשרים לאפיון ההגנה על חופש הביטוי כאמצעי לאספקת "טובין ציבוריים". ראו לעניין זה פרק 4.א. להלן.
- 77 ראו Raz, הערה 72 לעיל, בעמ' 321. לחשיבות הפלורליזם כערך ולקשר בינו לבין עיקרון חופש הביטוי ראו Rachael C. Smith, *Broadcasting Law and Fundamental Rights* (1997).
- 78 ראו James Nickel, "Freedom of Expression in a Pluralistic Society," 7 *Law & Phil.* 281, 287, 290 (1989).
- 79 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 47; Richards (1986), הערה 69 לעיל, בעמ' 170. עוד לקשר בין חופש הביטוי לבין הפלורליזם כערך ראו Nickel, הערה 78 לעיל, בעמ' 287; סקן-אלמגור, הערה 2 לעיל, בעמ' 74; Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 66.
- 80 ראו Harel, הערה 48 לעיל, בעמ' 710, וכן Daniel A. Farber, "Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment," 105 *Harv L. Rev.* (1991) 554; Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* 39 (1994); Joseph Raz, *The Morality of*

לסובין ציבוריים שני מאפיינים מרכזיים. הראשון הוא חוסר היכולת המעשי למנוע מכל אדם שימוש והנאה מטובין ציבוריים, והשני מתייחס לעובדה כי שימושו של אדם אחד בטובין ציבוריים אינו גורע מיכולתו של אדם אחר לעשות בהם שימוש. ככלל, ממאפיינים אלה של טובין ציבוריים נובע כשל שוק: למרות הערך החברתי הרב שעשוי להיות גלום בטובין ציבוריים, כל פרט רציונלי יעדיף שלא להשתתף, מרצונו החופשי, ביצירתם או במימונם. הטעם לכך נעוץ בעובדה שייצורם וצריכתם על ידי הזולת לא יגרעו מיכולתו של הפרט לצרוך אותם אף אם לא השתתף בעלות יצירתם. בעיה זו, שנהוג לכנותה כבעיית ה"נוסע החופשי" (free rider), גורמת לכך שרק אותו חלק קטן מהתועלת החברתית של טובין ציבוריים שמגיע לידי הגורם המייצר מופנם ונלקח בחשבון על-ידו. כפועל יוצא, מנגנון השוק החופשי אינו מגיב למלוא הביקוש שיש לטובין ציבוריים, ואף אינו מוביל לייצור מספיק שלהם.

בענייננו, התכליות הכלל-חברתיות המונחות ביסוד ההגנה על חופש הביטוי – דוגמת שיה ציבורי פתוח ומגוון, גילוי האמת או משטר דמוקרטי תקין – נושאות מאפיינים של טובין ציבוריים: אלה הן תכליות שהגשמתן מסיבה עם הציבור כולו מבלי שהנאתו של אדם אחד מהן גורעת מהנאתם של היתר. מהאפיון החלקי של תכליות עיקרון חופש הביטוי כתכליות כלל-חברתיות וכטובין ציבוריים ניתן לגזור שתי מסקנות. ראשית, נראה כי אותם מגזרים, שבהם ההגנה על חופש הביטוי מאופיינת כאמצעי לקידום היבטים שונים של טובת הציבור, עשויים להצדיק התייחסות גמישה למעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי.⁸¹ אם תכלית ההגנה על חופש הביטוי היא לקדם את טובת הציבור, אזי השאיפה צריכה להיות, כי הגנה זו לא תחרוג מאותו מתחם שאכן מקדם בפועל את טובת הציבור;⁸² לא כל שכן, כאשר ההגנה על חופש הביטוי עשויה לפגוע בערכים ובאינטרסים אחרים. בניגוד למקרה שבו התכלית המוגנת היא ערך האוטונומיה של הפרט כערך העומד בפני עצמו, במקרה הנדון השאלה אם ההגנה על חופש הביטוי אכן מקדמת את טובת הציבור היא שאלה עניינית לעצם קביעת ההיקף והתוכן של ההגנה על

Freedom 253-254 (1986). ראו גם Campbell, השרה 45 לעיל, בעמ' 32; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 35-36; Raz, הערה 72 לעיל, בעמ' 306. להגדרת טובין ציבוריים ולדיון במותם ראו אוריאל פרוקצ'יה, "זה חזה? זה חפץ? זה חוק? תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" משפטים יח 395, 409-411 (תשמ"ט); דפנה לוינסון-זמיר, פגישת במקרקעין על-ידי רשויות התכנון 34 (תשנ"ה); Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* 100-103 (2nd ed., 1997); Robert Alexy, "Individual Rights and Collectives Goods," *Rights* 163, 166-168 (Carlos Nino ed., 1992).

81 ראו Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* 387-389, 399 (1985); Randall P. Bezanson, "Institutional Speech," 80 *Iowa L. Rev* 735, 739, 781, 821 (1995); ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, 359. ראו גם את הדברים האמורים בפרק א.6(ב) להלן.

82 ראו Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 104.

עיקרון חופש הביטוי.⁸³ ייתכנו אולי שיקולים מוסדיים שיצדיקו היקף הגנה רחב ונוקשה יותר מזה הנדרש במישרין כדי לקדם את טובת הציבור.⁸⁴ אולם, כעיקרון, בהקשר הנדון, הגישה המתבקשת היא לנסות ולתחום את ההגנה על חופש הביטוי בגבולות שאכן מקדמים את טובת הציבור. נוסף על כך, מנקודת ראות זו, שלמעשה מאפיינת חלקית את ההגנה על חופש הביטוי כאמצעי לאספקת טובין ציבוריים, ניתן להצדיק ביתר קלות הטלת חובות על הציבור בהתבסס על מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי.⁸⁵ בניגוד לאינטרס בודד של פרט כזה או אחר, האינטרס הציבורי הכולל שניצב מאחורי הדרישה לאספקת אותם טובין ציבוריים דווקא עשוי להצדיק הטלת חובות על אותו ציבור שבסופו של יום הוא גם המוטב הנהנה מאותם טובין ציבוריים. כל זאת בכפוף, כמובן, להתמודדות המתבקשת עם שאלות הנוגעות לחלוקה צודקת ושווה של אותן חובות בין כלל האוכלוסייה, ליכולת להטיל את אותן חובות על מגזר מסוים בלבד ולצורך לפצות בגין הטלת חובות כאמור.

מעבר לכך, לאותם מגזרים שבהם ההגנה על חופש הביטוי היא אמצעי לאספקת טובין ציבוריים ולקידום היבטים שונים של טובת הציבור יש מאפיין מרכזי נוסף. במקרים אלה עשוי להיות פער בין האינטרס החברתי – התועלת הכללית-חברתית הסמונה במעשי ביטוי, לבין האינטרס הפרטי – התועלת האישית שהדובר או הנמען מפקים מאותם מעשי ביטוי.⁸⁶ פער זה ילך ויגדל ככל שמעשה הביטוי יהיה כרוך בעלויות, בחובות או

83 ראו Bollinger, הערה 12 לעיל, בעמ' 90. ראו גם Eric Barendt, "Press and Broadcasting Freedom – Does Anyone Have Any Rights to Free Speech?", 44 *Current Legal Probs.* (1991) 63, 66-67, 79. זוהי, למעשה, טענת התומכים בגישה קולקטיביסטית. לעניין זה ראו גם את הדברים האמורים בפרק 6.א(ב) להלן.

84 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק 5.א להלן.

85 ראו Harel, הערה 48 לעיל, בעמ' 710, 713; Raz (1986), הערה 80 לעיל, בעמ' 210-216. ראו גם Charles Fried, *Right and Wrong* 128-130, 147 (1978). לשאלה, כיצד משפיעה ההגנה על חופש הביטוי, כאמצעי לאספקת טובין ציבוריים, על מעמדה המשפטי של העיתונות, ראו הדברים האמורים בחלק השני של המאמר הנפרט בפרק 4.2 שם.

86 ראו Farber, הערה 80 לעיל, בעמ' 583. ראו גם Lillian R. BeVier, "Give and Take: Public Use as Due Compensation in PruneYard," 64 *U. Chi. L. Rev.* 71, 80 (1997); Bruce M. Owen, *Economics and Freedom of Expression – Media Structure and the First Amendment* 24 (1975). המדובר במצב של השפעה חיצונית חיובית המאפיינת מקרים של טובין ציבוריים: לפעילות אחת – פעילות הביטוי – יש השפעה חיובית על פעילות אחרת – הפעילות הכללית-חברתית, כאשר השפעה זו אינה נלקחת בחשבון על ידי הגורם המבצע את הפעילות הראשונה. זאת, משום שגורם זה משכלל אך ורק את הערך הפרטי של הפעילות מבחינת האישיות. ראו לעניין זה ישראל גלעד, "על גבולות הודתה העילה בדיני הנויין", *משפטים* כב 421, 455 (תשנ"ג). ראו גם Anthony I. Ogus, *Regulation – Legal Forms and Economic Theory* 33 (1980); Allan M. Feldman, *Welfare Economics and Social Choice Theory* 107 (1994). דברים אלה אמורים גם לגבי מקרים שבהם המניע של הדובר או הנמען אינו כספי. כך, לדוגמה,

במגבלות אחרות המוטלות על הדובר או על הנמען.⁸⁷ בהכללה יהיה זה נכון לומר, כי דברים אלה עשויים לקבל משנה תוקף לגבי מעשי ביטוי שתדומתם העיקרית היא במישור הציבורי, דוגמת ביטויים פוליטיים.⁸⁸ בחלק גדול מהמקרים זהו סוג הביטויים שלגביו עשוי להתקיים פער בין האינטרס הפרטי של הדובר או הנמען במעשה הביטוי לבין האינטרס החברתי הכולל הסמון בו. שונה הדבר לגבי ביטויים המהווים מוצרי צריכה פרטיים, דוגמת בידור. לגבי אלה, שוק המוצרים מצליח להתאים באופן הרבה יותר טוב בין האינטרס הפרטי של הדובר לבין ערכו של מעשה הביטוי עבור הקהל. לפער האמור עשויות להיות כמה משמעויות. ראשית, פער זה מלמד כי מנקודת ראות כלל-חברתית שוק הביטויים עשוי להיות במצב של תת-תפוקה. הסעם לכך נעוץ בעובדה שבפועל הדובר או הנמען אינם משכללים את מלוא הערך החברתי הסמון במעשי ביטוי,⁸⁹ אלא רק את הערך הפרטי הסמון בהם מבחינתם האישית. שנית, הפער האמור ממחיש את הנזקים הסמונים בהטלת מגבלות על חופש הביטוי: הטלת מגבלות על חופש הביטוי כמזה כהטלת עלות נוספת על הדובר או על הנמען.⁹⁰ עלות זו גורמת להקטנת הערך היחסי של מעשה ביטוי עבור הדובר ועבור הנמען, שכן כנגד אותה תועלת ורווח שצפויים עבורם אישית, גדלה עלות מעשה הביטוי. בהמשך לכך גדל הפער בין התועלת החברתית ממעשה הביטוי לבין התועלת הפרטית שצומחת ממנו עבור הדובר או הנמען. כפועל יוצא, כמות מעשי ביטוי מסוגים מסוימים עשויה שלא להיות הכמות האופטימלית מנקודת ראות כלל-חברתית.

על רקע זה נשאלת השאלה, כיצד ניתן להתמודד עם החשש לתת-תפוקה בשוק

דובר הנבקש לבקר רשות שלטונית כחלק ממימוש זכותו להשתתפות פוליטית, עשוי לייחס לדבר ערך פחות מאשר הערך החברתי הסמון באותה הביקורת.

87 ראו Farber, הערה 80 לעיל, בעמ' 571, 577. ראו גם Richard A. Posner, "Free Speech in an Economic Perspective," 20 *Suffolk U. L. Rev.* 1, 20, 23 (1986) שביקש לנתח, באופן מפורט, את הדינים הנוגעים לחופש הביטוי מנקודת ראות כלכלית. ראו גם Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 729-740 (5th ed., 1992); R. H. Coase, "The Market For Goods and the Market for Ideas," 64 *Am. Econ. Rev.* 384 (1974) לביקורת על הניסיון לנתח את הדינים הנוגעים לחופש הביטוי מנקודת ראות כלכלית ראו Peter J. Hammer, "Free Speech and the 'Acid Bath': An Evaluation and Critique of Judge Richard Posner's Economic Interpretation of the First Amendment," 87 *Mich. L. Rev.* 499 (1988). ביקורת זו מדגישה את חוסר היכולת לכמת ערכים תוקפניים ואת חוסר האפשרות לתרגם למשוואות את העציאות המורכבת העומדת מאחורי סכסוכים תוקפניים.

88 ראו Posner, הערה 87 לעיל, בעמ' 9, 24, 47; Farber, הערה 80 לעיל, בעמ' 565.

89 ראו Farber, הערה 80 לעיל, בעמ' 555-556, 558-559, 561; BeVier, הערה 86 לעיל, בעמ' 81.

90 המדובר באותו "אפקט מצנן" שנהוג לציין כאחת מתוצאות הלוחאי השליליות של הטלת מגבלות על חופש הביטוי. ראו Farber, הערה 80 לעיל, בעמ' 569. ראו גם דנ"א 7325/95 ירישת אחדות נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 46-47 (השופט אור).

הביטויים. הדברים האמורים לעיל מלמדים, כי כל מקרה של הטלת מגבלות על חופש הביטוי מחייב לשכלל ולהתחשב גם בפגיעה בערך החברתי הטמון במעשה הביטוי.⁹¹ רק לאחר מכן ניתן להכריע אם אכן ראוי להטיל את המגבלה. אך בכך לא די. הניתוח האמור מוסיף ומלמד, כי גם כאשר לא מוטלות מגבלות על חופש הביטוי, עדיין, מנקודת ראות חברתית כוללת, עקב הפער בין הערך הפרטי של מעשי ביטוי לבין הערך החברתי שלהם עשוי שוק הביטויים להיות במצב של תת-תפוקה. במקרים רבים, הדרך להתמודד עם תת-תפוקה הנובעת ממהותם של משאבים כטובין ציבוריים היא באמצעות מעורבות שלטונית בעצם אספקת הטובין הציבוריים.⁹² בדרך זו ישנו גורם אחד שמצליח להפנים את האינטרס החברתי הכולל המגולם בטובין הציבוריים, ובמקביל לפזר את עלות אספקת הטובין בין אוכלוסיית המוטבים כולה.⁹³ בכל הנוגע לחופש הביטוי, האפשרות להתמודד עם בעיית תת-התפוקה באמצעות מעורבות שלטונית בעצם אספקת הטובין הציבוריים היא אפשרות מוגבלת למדי.⁹⁴ חלק גדול מהתרומה של חופש הביטוי לטובת

91 ראו Posner, הערה 87 לעיל, בעמ' 8-9.

92 ראו Ogus, הערה 86 לעיל, בעמ' 267. ראו גם Carol M. Rose, *Property and Persuasion* – Essays on the History, Theory, and the Rhetoric of Ownership 109-110 (1994). כן, לדוגמא, נהוג לגבי ביטחון לאומי או איכות סביבה. לצורך במעורבות שלטונית לשם קידום התכליות הכלל-חברתיות המונחות ביסוד עיקרון חופש הביטוי ראו Meiklejohn, הערה 34 לעיל, בעמ' 19-20; "Free Speech Now", Sunstein, הערה 48 לעיל, בעמ' 290. דרך נוספת להתמודד עם בעיית הטובין הציבוריים היא על ידי הענקת זכות בלעדיות, דוגמת זכות היצירה, המונעת את האפשרות שאחרים יוכלו לעשות שימוש באותם טובין ציבוריים ללא הרשאה מצד הבעלים שלהם. דרך זו אינה אפשרית כאשר ההגנה מהחסימה הגלומה בטובין הציבוריים היא הגנה "פסיבית", שאינה מצריכה מעורבות כל שהיא בצריכת הטובין הציבוריים על ידי הגורם המוטב. זהו, לדוגמא, המצב לגבי ביטחון לאומי. בכל הנוגע לחופש הביטוי, חלק גדול מהחסימות הגלומות במעשי ביטוי הן הטבות מהסוג האמור, היינו: הטבות שהאזרח נהנה מהן ללא כל צורך במעורבות פעילה שלו בצריכת הטובין הציבוריים. כן, לדוגמא, מקרה שבו חופש הביטוי משפר את איכות תהליך קבלת ההחלטות על ידי רשויות השלטון. מסיבה זו, למעט המקרה של זכות היצירה וכמה מקרים נוספים, בכל הנוגע לחופש הביטוי בעיית הטובין הציבוריים אינה יכולה להיפתר במלואה בדרך של הענקת זכות בלעדיות.

93 כך גם אמור להיווצר יחס יותר הולם ויותר שוויוני בין עלות הטובין הציבוריים לכל אזרח לבין ההטבה שכל אזרח מפיק מהם.

94 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 258. ייתכנו מקרים מסוימים שבהם מעורבות שלטונית כן יכולה לסייע באספקת טובין ציבוריים שהתכליות המונחות ביסוד עיקרון חופש הביטוי מיועדות לקדם. בין הדוגמאות ניתן למנות את השידור הציבורי או פארקים ציבוריים המהווים מקום להתכנסות, לשיחה או להפגנות. דוגמת השידור הציבורי היא דוגמא למקרה שבו המעורבות השלטונית מיועדת לספק סוג של טובין ציבוריים בתחום חופש הביטוי, שמנגנון השוק החופשי, המבוסס אך ורק על שיקולי רווח והפסד, לא היה מספק משיקולי חוסר כדאיות כלכליים: על אף הערך החברתי הטמון בשידורים מסוג זה, הערך הפרטי המיוחס להם על ידי ציבור הצרכנים (הביקוש לשידורים

הציבור היא תרומה מהסוג שגורם שלטוני אינו יכול ואינו מתאים לספק. תכלית סיעון גילוי האמת, כמו גם תכליות הטיעון הדמוקרטי, הן תכליות שהגשמתן מחייבת פעילות מבוזרת של אזרחים רבים, הנעשית באופן עצמאי ובמנותק מכל כפייה או מעורבות שלטונית.⁹⁵ בכלל ובפרט, כאשר חופש הביטוי משמש כאמצעי פיקוח וביקורת על רשויות השלטון עצמן. האפשרות השנייה להתמודד עם בעיית תת-התפוקה היא על ידי צמצום הפער בין התועלת הכלל-חברתית הטמונה במעשי ביטוי, לבין האינטרס הפרטי או התועלת האישית שהדובר או הנמען מפיקים מהם. במישור המעשי, הדבר יכול להתבצע על ידי יצירת תמריצים כלכליים לפעילות בתחום הביטוי, שיקטינו את הפער בין הערך הפרטי של מעשה ביטוי לבין הערך החברתי שלו.⁹⁶ פירוש הדבר הוא, כי מנקודת ראות פנימית של עיקרון חופש הביטוי, המתייחסת לתכליות הכלל-חברתיות המונחות ביסודו, יש חשיבות רבה לעידוד פעילות כלכלית בתחום הביטוי ולקידום האינטרסים הכספיים המונחים בבסיס פעילות זו.⁹⁷ במקרים רבים, תמריץ כלכלי לפעילות בתחום הביטוי הוא למעשה הדרך המרכזית לאספקת אותם טובין ציבוריים, המהווים חלק מתכליות עיקרון חופש הביטוי.⁹⁸ אמנם, כפי שנפרט בהמשך הדברים,⁹⁹ אין חפיפה מלאה – ובהיבטים מסוימים ישנה

מסוג זה ושיעורי הצפייה בהם) הוא כזה שאינו מצדיק השקעה פרטית בביצועם. עם זאת, על אף הצורך במעורבות שלטונית במקרים מסוג זה, כעולה מן האמור בגוף הטקסט, הדבר עשוי להקשות על מילוי התנאים המתחייבים מהתכליות המונחות ביסוד עיקרון חופש הביטוי. ראו לעניין זה גם את הדברים האמורים בהערת שוליים 139 להלן.

95 ראו לעניין זה גם את הדברים האמורים בפרק א.6 להלן.

96 ראו Farber, הערה 80 לעיל, בעמ' 568; Posner, הערה 87 לעיל, בעמ' 53. בשני המקרים הדוגמא המובאת בהקשר זה היא של הענקת זכות יוצרים כתמריץ כלכלי לפעילות יצרנית בתחום הביטוי. ראו גם Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 233 וכן הכרזה בדבר מוטיוולציה – עיתון יומי בשפה העברית: "ידיעות אחרונות" (מיום 12.4.1995), קובץ החלטות ההגבלים העסקיים ב 119, 123–124. יצירת תמריץ כלכלי לפעילות בתחום הביטוי יכולה להיעשות בשתי דרכים: בהענקת גמול כספי בגין ביצוע אותה פעילות בתחום הביטוי או בהקטנת עלות הביטוי לדובר או לקהל, וכפועל יוצא – הגדלת הערך החסי של האינטרס הפרטי בביטוי. ההנחה בהקשר זה היא כי עלות מעשה הביטוי מהווה מרכיב המשפיע על דרגת האינטרס של הדובר או הנמען בביטוי. לפיכך, ככל שעלות יצירת מעשה הביטוי או צריכתו נמוכה יותר, כך גדל התמריץ להיות מעורב ביצירתו או בצריכתו (ראו לעניין זה BeVier, הערה 86 לעיל, בעמ' 81). בדרך השנייה נמנים מקרים דוגמת אספקת שידור ציבורי לאזרחי המדינה במחיר מסובסד או ללא כל דרישת תשלום.

97 בדברים האמורים אין כדי לגרוע מקיומם של תמריצים אחרים לפעילות בתחום הביטוי דוגמת רצון למימוש עצמי, תועלת אחריות חברתית ותגמולים נוספים, ישירים ועקיפים, שהתורה מעניקה לפעילות בתחום הביטוי. אולם, עדיין, בחלק גדול מהמקרים לא די בתמריצים אלה כדי לצמצם לגמרי את הפער בין הערך החברתי של פעילות בתחום הביטוי לבין הערך הפרטי שלה לדובר או לנמען.

98 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 228.

99 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.6(ב) להלן.

גם סתירה חזיתית – בין עיקרון חופש הביטוי והתנאים המתחייבים ממהותו לבין דרך הפעולה של מנגנון השוק החופשי והאינטרסים הכספיים המעורבים בו. כמפורט שם, מצב דברים זה, שבין היתר נובע מחוסר ההתאמה בין מהות חופש הביטוי כאמצעי לקידום החירות הפוליטית והאוטונומיה של כל פרט באשר הוא אדם, לבין מהות מנגנון השוק כמנגנון המבוסס על שיקולים כלכליים ועל הכרה בזכויות קניין פרטיות, אכן מחייב התמודדות ומציאת פתרונות. עם זאת, ככלל, מהותן המיוחדת של חלק מתכליות חופש הביטוי כטובין ציבוריים שלא ניתן לספק באמצעות מעורבות שלטונית ישירה, מלמדת כי הגשמת תכליות אלה מחייבת להפוך את הפעילות בתחום הביטוי לפעילות בעלת ערך כלכלי. הפיכת מעשי ביטוי למשאב בעל ערך כלכלי מאפשרת לצמצם את הפער בין הערך החברתי של פעילות בתחום הביטוי לבין הערך הפרטי שלה, ולהבטיח את אספקת אותם טובין ציבוריים המהווים חלק מתכליות חופש הביטוי.

5. משמעות מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי כחלק ממערכת היחסים בין הפרט לשלטון

הדברים האמורים עד כה סקרו צידוקים שונים העוסקים במשמעויות החיוביות הנובעות מחופש הביטוי, ובזיקה בין חופש הביטוי לבין ערכים מוגנים נוספים, דוגמת ערך האוטונומיה של הפרט. בצד צידוקים אלה התפתח מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי גם על רקע חששות שליליים בדבר הפעלת סמכות שלטונית בעניינים הקשורים לחופש ביטוי.¹⁰⁰ פירוש הדבר הוא, כי מעמדו החוקתי של עיקרון חופש הביטוי, על עצמתו הרבה, התגבש לא רק בשל הערך החיובי הסמון במעשי ביטוי, כי אם גם עקב חששות הנוגעים להפעלת סמכות שלטונית בעניינים הקשורים לחופש ביטוי. נקודת המוצא הרווחת היא חוסר אמון בסיסי כלפי כל הפעלת סמכות שלטונית המגבילה את חופש הביטוי או מפקחת עליו.¹⁰¹ מאחר שזרימה חופשית של מידע ושל דעות עלולה לפגוע במעמדם של מוקדי כוח שלטוניים, רשויות השלטון נתפסו כבעלות עניין להגביל את חופש הביטוי.¹⁰² על פי עמדה זו, תמיד קיים חשש כי רשויות השלטון ינצלו לרעה

100 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 80; Campbell, הערה 45 לעיל, בעמ' 28; Sunstein, הערה 48 לעיל, בעמ' 305; Raz, הערה 72 לעיל, בעמ' 304; Bollinger, הערה 46 לעיל, בעמ' 76–78; Fiss, *Liberalism Divided*, הערה 59 לעיל, בעמ' 5. לדיון כללי בנושא השפעות הנובעות מעיצוב מעמדן המוגן של זכויות יסוד תחת הנחה של עימות אל מול הפעלת כוח שלטוני ראו Gavin W. Anderson, "Rights and the Art of Boundary Maintenance," 60 *Mod. L. Rev.* 120, 122 (1997).

101 ראו Frank I. Michelman, "Liberties, Fair Values, and Constitutional Method," 59 *U. Chi. L. Rev.* 91, 106 (1992); Richard A. Epstein, "Property, Speech and the Politics of Distrust," 59 *U. Chi. L. Rev.* 41 (1992).

102 דן חשבון היעדרה הציבורית לחוקי העיתונות 9–10 (תשנ"ו).

סמכויות כדי להגביל ביטויים שאינם לרוחן. זאת, בייחוד על רקע העובדה, כי רשויות השלטון עשויות להימצא במצב של ניגוד עניינים בין מחויבותן לעיקרון חופש הביטוי לבין העניין האישי שיש להן בהשתקת ביטויים המבקרים את השלטון או המביעים דעות המנוגדות לעמדותיו. על רקע זה התגבשה הנחת עבודה, לפיה כל כלל המקנה שיקול דעת שלטוני בעניינים הקשורים להגבלת חופש הביטוי עלול להיות מופעל בהיקף ובעוצמה רבים מאלה הנדרשים כדי להגן על הערכים שלמענם הוא קם.¹⁰³ הנחה זו מקבלת משנה תוקף על רקע מהותם של ביטויים כסובין ציבוריים,¹⁰⁴ דבר העשוי להפחית מהתמריץ של כל אזרח בודד לצאת כנגד הגבלות המוטלות על חופש הביטוי.¹⁰⁵

נהוג לחשוב,¹⁰⁶ כי חששות אלה השפיעו במישרין על הדרך שבה עוצבו הכללים הנוגעים למעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי. חופש הביטוי זכה למעמד מוגן מועדף – כזה המבקש לצמצם עד למינימום כל אפשרות להתערבות שלטונית בעניינים הקשורים לחופש הביטוי. Bollinger תיאר זאת כ"מודל המבצר":¹⁰⁷ מחיר הסיכון הכרוך בעצם קיומה של אפשרות להתערבות שלטונית בעניינים הקשורים לחופש הביטוי, נתפס כמחיר גדול בהרבה מהמחיר הכרוך בהתרת ביטויים מויקים – כאלה הפוגעים בערכים מוגנים אחרים. לפיכך, ההגנה על חופש הביטוי נעשתה באמצעות כללים המעדיפים הגנה עורפת, ואפילו מוחלטת, על חופש הביטוי. זאת, גם אם הדבר היה מלווה בסיכון מסוים של פגיעה לא מוצדקת בערכים אחרים.¹⁰⁸ הכלל המשפטי המגן על חופש הביטוי עוצב, איפוא, לא רק על בסיס משקלם היחסי של כל אחד מהערכים השונים העומדים על הפרק, אלא גם תוך שכלול "סטיית התקן" של הפעלת סמכות שלטונית בעניינים הנוגעים לחופש ביטוי. זהו גם אחד ההסברים מדוע סוגים מסוימים של הגבלות על חופש הביטוי – דוגמת הגבלות על תוכן הביטוי, או מגבלות מוקדמות,¹⁰⁹ הגבלות הנתפסות כיותר מועדות לפגיעה לא מוצדקת על-ידי רשויות השלטון – זכו להגנה כמעט

103 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 81–85, המציין בהקשר זה כדוגמא את החשש הנהוג מפני "מדרון תלול" בהטלת מגבלות על חופש הביטוי, לרבות בנסיבות שאינן מצדקות עניינית. ראו גם Sunstein, הערה 48 לעיל, בעמ' 259; Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 118.

104 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק 4. לעיל.

105 ראו Farber, הערה 80 לעיל, בעמ' 560–562.

106 ראו Epstein, הערה 101 לעיל, בעמ' 74–77; Bollinger, הערה 46 לעיל, בעמ' 76–78.

107 ראו Bollinger, הערה 46 לעיל, בעמ' 76–78.

108 ראו Epstein, הערה 101 לעיל, בעמ' 73. ראו גם גבזון, הערה 74 לעיל, בעמ' 217–218; וכן Ruth E. Gavison, *Privacy and Its Legal Protection* 201 (D. Phil. dissertation, University of Oxford, 1975); Frederick F. Schauer, "Free Speech in a World of Private Power," in *Freedom of Communication* 1, 9–10, 12 (Tom Campbell & Wojciech Sadurski eds., 1994).

109 כלומר: מניעה מראש של מעשה ביטוי. זאת, להבדיל מנקיטת סנקציה בדיעבד בגין עשייתו.

מוחלטת.¹¹⁰ באופן דומה, מעמדו המיוחד של חופש הביטוי בעניינים פוליטיים¹¹¹ יכול להיות מוסבר לא רק על יסוד חשיבותו העניינית של חופש ביטוי בעניינים פוליטיים, כי אם גם על רקע היותו חשוף יותר לפגיעה מצד רשויות השלטון.

חשיבותם העיקרית של דברים אלה היא בהדגשת משנה הזהירות שיש לנקוט כאשר מבקשים ללמוד מכללים וממבחנים שנקבעו בנושא מגבלות שלטוניות על חופש הביטוי לגבי מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי במסגרת המשפט הפרטי.¹¹² כלומר: בנסיבות שבהן אל מול הזכות לחופש ביטוי ניצבת במישרין זכות פרטית הנתונה לאדם אחר, דוגמת זכות הקניין או הזכות לשם טוב. בדרך כלל קיים הבדל בסיסי בין הטלת מגבלה שלטונית על חופש הביטוי לבין מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי במסגרת המשפט הפרטי. בניגוד למקרה של הטלת מגבלה שלטונית על חופש הביטוי, במקרה הנוגע למעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי במסגרת המשפט הפרטי, אל מול הטוען לחופש ביטוי ניצב במישרין אדם אחר אוטונומי ובעל זכויות משל עצמו, ולא רשות שלטונית המשרתת אינטרס ציבורי כללי.¹¹³ מעבר לכך, הדברים האמורים לעיל מלמדים, כי

110 ראו Epstein, הערה 101 לעיל, בעמ' 77; Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 118. במבחניו של Raz, מדובר במבחן "הטעם המוציא", והיינו: התקיימות טעמים או נסיבות שלפי הגדרתם אינם יכולים לחוות בסיס להטלת מגבלה על חופש הביטוי. זאת, ללא צורך בבחינה של עצם הביטוי והשלכותיו. ראו Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms* 35-48 (1975). ההבחנות האמורות פותחו במקור על ידי שיטת המשפט האמריקנית, שבה במקרים של הגבלות על תוכן ביטוי ובמקרים של מגבלות מוקדמות ההגנה על חופש הביטוי היא כמעט הגנה מוחלטת. לדיון ביקורתי בהבחנות אלה ובקשר בינן לבין החשש להפעלה גורפת ולא מוצדקת של סמכויות שלטוניות בעניינים הקשורים לחופש הביטוי ראו Redish, הערה 2 לעיל, בעמ' 87 ואילך ובעמ' 127 ואילך; Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 148-152; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 1-2 ואילך, בעמ' 25-2, 85-2 ואילך, בעמ' 98-2 ואילך ובעמ' 10-4 ואילך; Shiffrin, הערה 32 לעיל, בעמ' 17 ואילך. ראו גם ברק, הערה 2 לעיל, בעמ' 15-16; ובינשטיין ומדינה, הערה 35 לעיל, בעמ' 1003-1004; בג"צ Universal City Studios 806/88 נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2), 35-36, וכן Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 789-794, 1039-1054 (2nd ed., 1988). חשוב להדגיש, שהדברים האמורים אינם גורעים מהאפשרות כי אותם כללים מבוססים גם על נימוקים נוספים, דוגמת העובדה שפגיעתה של הגבלה תוכנית בערך האוטונומיה של הפרט עשויה במקרים רבים להיות קשה הרבה יותר מפגיעתה של הגבלת זמן, מקום, או דרך.

111 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.2(א) לעיל.

112 לדיון כללי בשאלת תחולת זכויות יסוד במשפט הפרטי במסגרת הדיון הישראלי ראו אודן ברק, "זכויות אדם מוגנות המשפט הפרטי", בתוך ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 162 (בעריכת יצחק זמיר, תשנ"ג). ראו גם את הדברים האמורים בהערות שוליים 68 לעיל, בעניין השאלה האם בדיון הישראלי מוגן עיקרון חופש הביטוי במסגרת סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המכיר ב"כבודו" של אדם כזכות יסוד המוגנת על פי חוק היסוד.

113 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 120-124. חשוב להדגיש, שהניסיון ליצור הבחנה חדה וברורה בין אינטרס הציבור ואינטרסים כללי-חברתיים לבין זכויות הנתונות לפרט כאדם אוטונומי בעל רצון וערך עצמי הוא ניסיון בעייתי. ראשית, כפי שראינו לגבי הזכות לחופש ביטוי, מאחורי מה שנחזה להיות הגנה על זכות הנתונה לאדם פרטי ניצב, בין היתר, גם רצון להגן ולקדם אינטרסים

המעבר למשפט הפרטי מחייב גם להשיל את כל אותם שיקולים מוסדיים סמויים שהטביעו את חותמם על מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי במסגרת המשפט הציבורי.¹¹⁴ בראש ובראשונה, משום שכל אותם חששות מוסדיים הנוגעים להגבלת חופש הביטוי על ידי רשות שלטונית אינם מתייחסים למקרה שבו הכוח המשפטי להגביל את חופש הביטוי נתון לאדם פרטי אחר.¹¹⁵ יתרה מזאת: ספק אם ראוי, במסגרת עימות בין אדם אחד לבין חברו, לגקוט כלל חלוקת סיכון דומה לזה שננקט במסגרת עימות בין אדם לבין רשות שלטונית. במקרים רבים של הפעלת סמכות על ידי רשות שלטונית יהא מתן הגנה עודפת לעיקרון חופש הביטוי כרוך בסיכון של פגיעה מסוימת באינטרס ציבורי, כללי-חברתי. במקרים אלה, נזקי התרת מעשה הביטוי, אם וככל שנוקים אלה מתממשים, יתחלקו בין כלל האוכלוסייה או חלק גדול ממנה, שבמקביל נהנית גם מהיתרונות הנובעים ממתן הגנה עודפת לעיקרון חופש הביטוי. שונה הדבר לגבי מקרה של עימות בין פרט אחד לבין חברו, שאז כל נטל העלות והסיכון הכרוכים במתן הגנה עודפת לעיקרון חופש הביטוי מועמסים על הצד שכנגד בלבד. מכאן הקושי הבסיסי

כללי-חברתיים. שנית, באופן דומה אך הפוך, במקרים מסוימים, מאחורי מה שנחזה כרצון לקדם אינטרס כללי-חברתי, דוגמת עידוד הפצה ודרימה חופשית של מידע ודעות, עשוי להיות ניצב לא רק אינטרס חברתי מצדפי, אלא גם אינטרס המתייחס לחכיות הנתונות לפרט כאדם אוטונומי בעל רצון וערך עצמי, דוגמת הזכות לחירות ולאוטונומיה פוליטית. בין היתר, דברים אלה מקבלים ביטוי בחוסר היכולת לסווג באופן גורף מקרים העוסקים בהטלת מגבלה שלטונית על חופש הביטוי כמקרים המעמיתים בין "אינטרס ציבורי", שאותו מייצגת הרשות השלטונית, לבין אינטרס אישי-פרטי של בעל הזכות לחופש ביטוי. כך, משום שמאחורי מה שנחזה להיות אותו אינטרס ציבורי המיוצג על ידי הרשות השלטונית, עשוי לעמוד רצון לקדם אינטרסים הנוגעים למעמד הפרט כאדם אוטונומי בעל רצון וערך עצמי. מנגד, מאחורי מה שנחזה להיות הגנה על זכות ועל אינטרס פרטי של אותו אדם – בעל הזכות לחופש ביטוי, עשוי לעמוד, בין היתר, גם רצון להגן ולקדם אינטרסים כללי-חברתיים. להרחבה נוספת בנושא זה ראו את הדברים האמורים בפרק ב.4.2 (ג) להלן.

114 חשוב להדגיש, כי בהקשר זה התבחנה מבוטטת על השאלה מיהו בעל הזכות המשפטית להגביל את מעשה הביטוי – רשות שלטונית או אדם פרטי, ולא, להבדיל, מהו האינטרס המוגן – אינטרס פרטי או אינטרס ציבורי – כללי-חברתי. ייתכנו מקרים, שבהם הפעלת הסמכות השלטונית תהיה לצורך הגנה על אינטרס פרטי של אדם מסוים (ראו, לדוגמה, פרשת דיין, הערה 68 לעיל, שעסק בסירוב המשטרה לתת רישיון להפגנה אל מול בית איש ציבור מחשש לפגיעה בפרטיות איש הציבור ושכניו). כעיקרון, כל אותם חששות מוסדיים שפורטו לעיל עשויים להיות תקפים גם לגבי מקרים שבהם הפעלת הסמכות השלטונית היא לצורך הגנה על אינטרס פרטי של אדם מסוים.

115 אומנם, גם לגבי זכות משפטית הנתונה לאדם פרטי, דוגמת זכות קניין, קיים חשש לניצול לרעה של הזכות ולשימוש בה באופן הפוגע בעיקרון חופש הביטוי מבלי שהדבר נדרש לשם הגנה על התכליות המונחות ביסוד ההכרה באותה זכות. עם זאת, הגם שיש לנסות ולעצב את היקף ואת תוכן אותן זכויות פרטיות באופן המונע פגיעה מיותרת ולא מוצדקת בעיקרון חופש הביטוי, החששות בהקשר זה, כמו גם דרך ההתמודדות עימם, אינם קשורים לחששות המוסדיים המפורטים בגוף הטקסט בהקשר של הפעלת סמכות שלטונית. ראו בהקשר זה את הדברים האמורים בסעיפים ב.4.2(ד)–(ה), וכן את המשתמע מהדברים האמורים בפרק ב.4.2(א) להלן.

בניסיון לעשות במסגרת המשפט הפרטי שימוש ישיר בכללים ובמבחנים שעיצבו את היקף ההגנה על חופש הביטוי, אגב דיון במקרים הנוגעים להפעלת סמכות שלטונית המגבילה את חופש הביטוי. מעבר לדברים האמורים לעיל, קושי זה נובע גם מהעובדה שעל פי רוב פסקי הדין אינם נוהגים לציין מפורשות את משקל השפעת החששות המוסדיים. בדרך כלל, הכללים והמבחנים מוצגים כתוצאה ישירה של איוון בין ערכים מתחרים, מבלי לציין את השפעת גורם חוסר האמון כלפי רשויות השלטון על הכלל או המבחן הנוהג. על רקע זה אומנם ניתן וראוי ללמוד משיקולים מהותיים, שהשפיעו על עיצוב אותם מבחנים וכללים וקיבלו ביטוי במסגרתם, דוגמת חשיבות ההגנה על חופש הביטוי בעניינים פוליטיים¹¹⁶ או הפגיעה הקשה הן בערך האוטונומיה של הפרט והן במגוון הביטויים הקיימים כתוצאה מהטלת מגבלה על עצם תוכנו של מעשה ביטוי. עם זאת, להבדיל מעצם השימוש בשיקולים המהותיים השונים, דומה כי אין מקום לעשות במסגרת המשפט הפרטי שימוש ישיר במבחנים שעיצבו את היקף ההגנה על חופש הביטוי אגב דיון במקרים הנוגעים להפעלת סמכות שלטונית המגבילה את חופש הביטוי.

6. מהותו ומשמעותו של השיח הציבורי

(א) מהותו של השיח הציבורי – כללי¹¹⁷

סעיף 2 לעיל הציג את מתכונתו המקורית, המופשטת משהו, של הטיעון הדמוקרטי. מתכונת זו פותחה ושוכללה על ידי זרם של כותבים הנמנים עם גישת השיח הציבורי. גישה זו מזוהה גם עם המונח "דמוקרטיה השתתפותית"¹¹⁸. על פי גישת השיח הציבורי,

116 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.2(א) לעיל.

117 סקירת הגישות השונות, המובאת בפרק זה, מבוססת על Sunstein, *Problems of Free Speech*, הערה 48 לעיל; "Free Speech Now", Sunstein, הערה 48 לעיל, בעמ' 255 ואילך; Post, הערה 53 לעיל, בעמ' 289-268; Fried, הערה 59 לעיל; Fiss, *Liberalism Divided*, הערה 59 לעיל; Fiss, *Irony*, הערה 59 לעיל; דיין אורבך, הערה 2 לעיל, בעמ' 396; Sunstein, הערה 59 לעיל; Elkin-Koren, הערה 55 לעיל, בעמ' 228-219; Jürgen Habermas, "Three Normative Models of Democracy," 1 *Constellations* 1 (1994); Nancy Fraser, "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy," in *Habermas and the Public Sphere* 130 (Craig Calhoun ed., 1993); Benjamin R. Barber, *Strong Democracy – Participatory Politics for a New Age* 139-150 (1984); Lipson, הערה 59 לעיל.

118 לדיון במהותה של הדמוקרטיה השתתפותית ראו יצחק גל-נור, ראשיתה של הדמוקרטיה בישראל – דגם של תקשורת פוליטית (1985); Barber, הערה 117 לעיל, וכן Frank Michelman, "Law's Republic," 97 *Yale L.J.* 1493 (1988); Cass R. Sunstein, "Beyond the Republican Revival," 97 *Yale L.J.* 1539 (1988); Richard A. Epstein, "Modern Republicanism – Or The Flight From Substance," 97 *Yale L.J.* 1633 (1988); James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation* (1991); James Bohman, *Public Deliberation – Pluralism, Complexity,*

התהליך הפוליטי נתפס כדו־שיח מתמשך של עיצוב רצונות בין האזרחים, השותפים למפעל השלטון העצמי.¹¹⁹ במסגרת זו, האינטרסים וההעדפות של הפרטים נקבעים אגב ובאמצעות התהליך הפוליטי והם אינם מוקדמים לו.¹²⁰ הדיאלוג עצמו הוא זה אשר יוצר את המשמעות,¹²¹ ולפיכך תהליך חילופי הדעות הופך להיות מהות התהליך הפוליטי עצמו.¹²² זוהי גישה הרואה את המשטר הדמוקרטי כמשטר המבוסס על שיתוף מתמשך של הציבור במעשי השלטון. השתתפותו של האזרח אינה מתמצה אך ורק באקטים פורמליים כמו בחירות, אלא באה לידי ביטוי במעורבות יומיומית שוטפת בנעשה בחיי המדינה.¹²³ על פי גישה זו, הדמוקרטיה מחייבת לקיים שיח ציבורי שוטף להגדרת היעדים המשותפים של החברה. יכולת ההשתתפות וההשפעה של כל אזרח, המותנית בקיומו של שיח כאמור, נתפסת כבסיס הלגיטימיות של מערך השלטון.¹²⁴ ההנחה היא

and Democracy (1996); "Participation in Politics," *Nomos XVI* (James R. Pennock & John W. Chapman eds., 1975).

119 גישה זו קיבלה ביטוי מסוים גם בפסיקת בית המשפט העליון בישראל. ראו את דברי הנשיא שמגר בבג"צ 1601/90 של"ט נ' פרס, פ"ד מד(3), 353, 360-ד:ו: "התהליך הדמוקרטי מותנה באפשרות לקיים ליבון גלוי של הבעיות העומדות על סדר יומה של המדינה ולהחליף דעות עליהן באופן חופשי. המשכיות של החיקה בין הבחור לבין הבחור אמנם מאבדת אחרי הליך הבחירות מאופייה של הפעולה הישירה ומן האינטנסיביות שבה, אך הבחירה אינה מסיימת את הקשר בין הציבור לנבחריו עד לבחירות הבאות. התהליך הפוליטי כולו נצפה על-ידי הציבור ורוב באופן מתמשך, והוא מלווה אירועי בתשומת לב, לשם הבעת דעה שוטפת ולשם גיבוש מסקנות לגבי ההווה והעתיד. דעת קהל חופשית ומודעות הציבור לנעשה במערכת השלטון הן חלק אינטגרלי מן המבנה של המשטר הדמוקרטי. משטר דמוקרטי בנוי על שיתוף מתמשך של הציבור במידע על המתהווה בחיים הציבוריים"; וכן בבג"ץ 164/97 קנטרס נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1), 289, 341-342 (השופט זמיר): "אני רוצה לדאוג את המדינה כשותפות... המדינה, לפי תפיסה זאת, היא מפעל משותף של כל האזרחים... השותפות אינה מתמצה בבחירות תקופתיות, בהן האזרח נותן ייפוי כוח לכנסת ולממשלה לנהל את ענייני המדינה כפי שייראו להם במשך שנים אחדות, עד הבחירות הבאות. השותפות פירושה מתן הזדמנות אמיתית לאזרח להשתתף בניהול השוטף של ענייני המדינה, ואפשרות מעשית לפעול ולהשפיע מיום ליום, ולא רק בדרך של בחירות. היא דורשת יתר פומביות ופתיחות... התפיסה של שותפות מקדמת את הדמוקרטיה למדרגה גבוהה יותר, היא נותנת ביטוי נכון יותר לדעין של שלטון העם".

120 ראו Sunstein, הערה 48 לעיל, בעמ' 19, 242-243.

121 ראו Cheigny, הערה 17 לעיל, בעמ' 162; Post, הערה 53 לעיל, בעמ' 273.

122 ראו Bohman, הערה 118 לעיל, בעמ' 4-5.

123 לגישה המטילה ספק עד כמה אכן ניתן להגשים במציאות את התכליות של דמוקרטיה השתתפותית ראו ירון אורחי, "מיתוסים על אינפורמציה דמוקרטית", *דברים אחרים* 1 (אביב 1997) 19. אורחי סבור, כי במקרים רבים זרימה חופשית של מידע אינה יוצרת אפשרות ממשית להשתתפות של האזרח בתהליך הדמוקרטי, אלא רק אשליה של השתתפות. בדרך זו מועלמים מנותן לפני השטח מדכי הכוח שבהם מתקבלות בפועל ההחלטות בעניינים העומדים על סדר היום הציבורי.

124 ראו Bohman, הערה 118 לעיל, בעמ' 4-5, 238-239.

גם שעל ידי קיומו של שיח ציבורי ניתן יהיה להגיע לקבלת החלטות נכונה יותר.¹²⁵ כאן גישה השיח הציבורי חוברת לטיעון גילוי האמת. באמצעות שיח ציבורי פתוח ניתן לשפר את תהליך קבלת ההחלטות בעניינים ציבוריים ולחשוף את ההחלטות הנכונות יותר. ניתן לראות, כי במישור הנורמטיבי, גישה השיח הציבורי מייחסת חשיבות רבה לתפקיד התהליך הדמוקרטי בהגדרת המטרות המשותפות של כלל האזרחים ובהגשמתן. בצד גישה זו נהוג להעמיד גישה ליברטנית,¹²⁶ הרואה את תפקיד התהליך הדמוקרטי באופן הרבה יותר צר. הגישה הליברטנית מבקשת לצמצם את תפקידה של המדינה הדמוקרטית להגנה על החירויות השליליות של האזרח, וליצירת מסגרת פרוצדורלית שתיתן ביטוי לאינטרסים הפרטיים השונים ותכריע ביניהם.¹²⁷ ברי, כי תפיסה כזו, המיעדת לתהליך הדמוקרטי תפקיד מצומצם בהרבה, אינה מייחסת חשיבות רבה לשיח הציבורי כשלעצמו. במסגרת המצומצמת של מאמר זה אין בכוונתנו לנקוט עמדה ערכית בשאלה איזו משתי הגישות היא הצודקת. חשיבות הצגת גישה השיח הציבורי לעניינינו אינה מתייחסת לדרך שבה גישה זו מגדירה, נורמטיבית, את מהות התהליך הדמוקרטי. להבדיל, חשיבות גישה השיח הציבורי לגבינו מתרכזת בניסיונה של גישה זו לצפות במציאות ולנתח את הדרך שבה השיח הציבורי מתנהל בפועל. תרומתו של ניתוח זה עומדת בעינה גם אם לא מקבלים במלואה את תפיסת התהליך הדמוקרטי שגישה השיח הציבורי דוגלת בה.¹²⁸ די בהכרה בזכותו השווה של כל אזרח ליטול חלק בתהליך הפוליטי¹²⁹ כדי להבין את חשיבות השאלה כיצד השיח הציבורי מתנהל בפועל ומהן היכולות של כל אזרח במסגרתו. בהקשר זה, גישה השיח הציבורי מבהירה ומדגישה שתי

125 שם, בעמ' 6.

126 ראו Habermas, הערה 117 לעיל, בעמ' 2; Sunstein, *Problems of Free Speech*, הערה 48 לעיל, בעמ' 18-19, 241, 249; Fiss, *Irony*, הערה 59 לעיל, בעמ' 3, 83; Sunstein, הערה 59 לעיל, בעמ' 1759, 1761-1762; וכן Jürgen Habermas, "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and the Republican Versions," in *Human Rights Law* (Philip Alston ed., 1996) 343, 350-351. גישה זו מכונה גם הגישה הפלורליסטית או הגישה הליברלית אינדיבידואלית.

127 ניתן לתאר גישה זו כגישה הרואה בידי הפוליטיקאי מקור להגנה ולקידום אינטרסים פרטיים של האזרחים. בדתאם לכך, התהליך הפוליטי אמור למסד כעין מנגנון שוק המוחלט אינטרסים נגזרים בתנאים של תחרות חופשית. בפועל, הדבר נעשה באמצעות מנגנוני השלטון השונים האמורים לתת ביטוי לאוכלוסייה הרחבה ולמצדף האינטרסים השונים. מנקודת ראות זו, התהליך הפוליטי אינו מיועד להגיע ל"טוב משותף" אלא לבטא נוסחה המכריעה בין אינטרסים פרטיים מנוגדים. הדגש, על פי תפיסה זו, מושם יותר על השתתפות פורמלית בתהליך הפוליטי ולא על עיצוב רצון קולקטיבי משותף. עוד מניחה תפיסה זו, כי ההעדפות האינטרסים של הפרטים גובשו עוד קודם לתהליך הפוליטי. ראו לעניין זה את המקורות השונים המאזכרים בהערות שוליים 117 לעיל.

128 ראו Sunstein, הערה 48 לעיל, בעמ' 248.

129 עמדה זו צריכה להיות מקובלת גם על תומכי הגישה הפלורליסטית, שכן בלעדית אין כל יסוד לגיטימי ליכולתו של הרוב לכפות הכרעה על המיעוט. ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.2(ב) לעיל.

נקודות מרכזיות: ראשית, גישת השיח הציבורי מבליטה את ההשפעה הרבה שיש לשיח הציבורי השוטף ולדעת הקהל על דרך הפעולה של רשויות השלטון;¹³⁰ שנית, גישת השיח הציבורי מדגישה את החלק המרכזי שיש לדיאלוג החברתי השוטף בעיצוב ההעדפות והרצונות הפוליטיים של האזרחים.¹³¹ טיעונו של Raz, שהוצג בפרק 3. לעיל, משלים את התמונה בהדגישו את הקשר בין תוכן השיח הציבורי לבין יכולתו של הפרט לממש את דרך החיים שבה הוא מבקש לבחור.¹³²

(ב) התנאים המתחייבים ממהותו של השיח הציבורי והקושי ליישם

ממשעויותיו של השיח הציבורי ביחס לעיצוב עמדותיו הפוליטיות של הפרט ולדרך פעולת מוסדות השלטון, נגזרת מסקנה מרכזית אחת: יש לשאוף לכך שהשיח הציבורי יתנהל באופן המשמר בצורה הטובה ביותר את התנאים הבסיסיים של השיטה הדמוקרטית,¹³³ בייחוד באופן המשמר את זכותו השווה של כל פרט לקחת חלק בתהליך

130 ראו Habermas, הערה 117 לעיל, בעמ' 13; Elkin, הערה 55 לעיל, בעמ' 225; דינה גודן, תקשורת ומציאות – משגי יסוד בתקשורת המונים 48 (1986).

131 ראו Elkin, הערה 55 לעיל, בעמ' 223, 231; גודן, הערה 130 לעיל, בעמ' 44, 63. ראו גם Seyla Benhabib, "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy," 1 *Constellations* 26 (1994); Stephen Holmes, "Liberal Constraints on Private Power?: Reflections on the Origins and Rationale of Access Regulation," *Democracy and the Mass Media*, הערה 62 לעיל, בעמ' 21, 53–54.

132 ראו גם Post, הערה 53 לעיל, בעמ' 143.

133 ראו Elkin-Koren, הערה 55 לעיל, בעמ' 221, 225, 226, 229, 231. בעקבות ההסדה בחשיבות השפעת השיח הציבורי על ההיבטים השונים של התהליך הדמוקרטי גובשו כמה גישות לגבי התנאים שבהם השיח הציבורי צריך לעמוד. התנאים המפורטים להלן הם התנאים המרכזיים המוצגים בספרות כתנאים הנדרשים כדי להבטיח שיח ציבורי אידיאלי. ראו לעניין זה דיין אורבך, הערה 2 לעיל, בעמ' 398 ואילך ובעמ' 407 ואילך; Elkin-Koren, הערה 55 לעיל, בעמ' 225 ואילך; Michelman, הערה 118 לעיל; Campbell, הערה 45 לעיל, בעמ' 41. נהוג לראות ב-Habermas דוגמה רעיונית שבכתיבתו תרם את התרומה המשמעותית ביותר לנושא. Habermas פיתח את מונח השיח האידאלי – ה"ideal speech situation" – שיח רציונלי, חסין מכל סוג של כוח כפייה ונקי מאינטרסים פרטיים. הוא ראה בשיח מסוג זה מתכונת להפקת התוצאות הטובות ביותר מהשיח הציבורי. תרומתו המרכזית השנייה של Habermas בהקשר זה, היא בתיאור המתחם שבו מתקיים הלכה למעשה השיח הציבורי, ה"public sphere" (ראו לעניין זה את הדברים האמורים להלן במסגרת פרק זה). לפירוט משנתו והסדרה של Habermas ראו Jürgen Habermas, *Theory of Communicative Action* (Vol. 1, 1984; Vol. 2, 1987). לסקירת חלק מגישתו של Habermas ראו גם דרור ורמן, "המרחב הציבורי של הברמאס: ניסוי מחשבתי או ניסיון היסטורי?", *דברים אחדים* 1 (אביב 1997) 34; Jean Cohen, "The Public Sphere, The Media and Civil Society," in *Rights of Access to the Media* 29 (Andrés Sajé & Monroe Price eds., 1996); *Last Rights – Revisiting Four Theories of the Press* 153 (John C. Nerone ed., 1995) (hereinafter: *Last Rights*); James Curran, "Mass Media and Democracy: A

הפוליטי. דרישה זו היא בבחינת תנאי הכרחי לשימור הלגיטימיות של השיטה הדמוקרטית ושל רשויות השלטון.¹³⁴ במסגרת זו נהוג לציין את התנאים הבאים כתנאים המרכזיים שהשיח הציבורי צריך לקיים: כדי שהשיח הציבורי יהיה חופשי, יש להבטיח כי הוא יהיה משוחרר מכל מעשה של כפייה חיצונית.¹³⁵ כמו כן, הואיל והשיח הציבורי משפיע על עיצוב עמדותיו והעדפותיו של האזרח, יש להבטיח כי במסגרת השיח הציבורי כל אזרח יקבל, באופן חופשי, את מכלול המידע והדעות השונות הקיימים. באופן דומה, מאחר שלשיח הציבורי יש השפעה על הדרך שבה פועלים מוסדות השלטון, יש לאפשר לכל אזרח ליטול באופן חופשי חלק שווה בשיח הציבורי.¹³⁶ גישות הרואות בתהליך הדמוקרטי אמצעי לגיבוש רצון משותף של כלל האזרחים יבקשו גם להקפיד על שיח ציבורי חסין מפני שיקולים זרים, שיבטיח את קבלתם של הטענות הטובים והמשכנעים ביותר. לבסוף, המשמעות של השיח הציבורי לגבי יכולתו של כל פרט לממש את דרך החיים שבה הוא מבקש לבחור¹³⁷ מלמדות, כי על השיח הציבורי להתנהל באופן כמה שיותר פלורליסטי, ולשקף, מתוך נקודת מוצא של פתיחות, מגוון של דעות ושל גישות חיים.

אלה הם מראה פניו הרצויים של השיח הציבורי. במציאות, מצב הדברים הרבה יותר מורכב. בפועל, בחברה המודרנית, חלקו הגדול של השיח הציבורי מתנהל במתחם פרטי, היינו: באמצעות כלי תקשורת וגורמים שונים נוספים הנמצאים בבעלות פרטית.¹³⁸ פירוש הדבר הוא, כי חלק גדול מהתהליך הפוליטי ומהזירה הפוליטית ממוקמים, הלכה למעשה, במתחם המורכב והמנוהל על ידי גורמים פרטיים. למתחם פרטי זה – לכל הנעשה בו ולכל אשר לא נעשה בו – יש השפעה ישירה על השיח הציבורי ועל כל הכרוך בו. כעיקרון, מיקומו של השיח הציבורי במתחם הפרטי הוא רצוי ואף הכרחי. כאמור לעיל, השיח הציבורי מיועד להיות חופשי מפיקוח ומכוח הכפייה של רשויות השלטון.¹³⁹ מעבר

Reappraisal," *Mass Media and Society* 82, 83 (James Curran & Michael Gurevitch eds., 1992).

134 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.2(ב) לעיל.

135 ראו Post, הערה 53 לעיל, בעמ' 145–146.

136 ראו Richards, הערה 69 לעיל, בעמ' 219–225.

137 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.3 לעיל.

138 ראו סק, הערה 1 לעיל, בעמ' 240, 243; Last Rights, הערה 133 לעיל, בעמ' 158; Owen,

הערה 86 לעיל, בעמ' 2, וכן Judith Lichtenberg, "Introduction," in *Democracy and the*

Mass Media, הערה 131 לעיל, בעמ' 1.

139 מסיבה זו, במקרים שבהם מדובר בכלי תקשורת ממלכתיים הנמצאים בשליטת המדינה, אכן קיים קושי לראות את השיח המתנהל באמצעותם כשיח ציבורי חופשי. ניתן לנסות ולהתגבר על קושי זה על ידי יצירת מנגנונים הופכים את אותם כלי תקשורת לרשות עצמאית בלתי תלויה ברשויות שלטון אחרות. בפועל, לא תמיד הניסיונות המשפטיים להפוך כלי תקשורת ממלכתיים לעצמאיים ולבלתי תלויים ברשויות שלטון אחרות מצליחים, ומסאן גם השפעה הברורה על מהות השיח הציבורי באותם מקרים. לסקירת המצב בישראל ראו משה נגבי, *דפוס העיתונות בישראל – ערכים*

לכך, מיקומו של השיח הציבורי במתחם הפרטי נובע מההכרה בערך האוטונומיה של הפרט, במעמדה המוגן של זכות הקניין ובזכותו של כל אדם לחופש ביטוי. מהותו החלקית של עיקרון חופש הביטוי כאמצעי לאספקת טובין ציבוריים¹⁴⁰ מלמדת גם היא על חשיבות מיקומו של השיח הציבורי במתחם הפרטי. כאמור בפרק א.4 לעיל, התמריצים הכלכליים המאפיינים את הפעילות במתחם הפרטי מהווים תנאי הכרחי לקיומו של שיח ציבורי עשיר ופורה.

עם זאת, מנגד, מהותו של המתחם הפרטי היא כזו שאינה יכולה להבטיח כי השיח הציבורי יתנהל באופן המשמר בצורה הטובה ביותר את התנאים הבסיסיים של השיטה הדמוקרטית. קיים מתח בסיסי בין התנאים המתחייבים מתכליתו וממשמעויותיו של השיח הציבורי לבין מהותו של המתחם הפרטי. שיח ציבורי במתחם הפרטי אף אינו יכול להיות שיח ציבורי אידיאלי.¹⁴¹ כראש ובראשונה, בשל העובדה כי במתחם הפרטי חלק ניכר מזירת השיח הציבורי, כמו גם חלק ניכר מחומרי הגלם של השיח, שאמורים להיות חופשיים מכל מרכיב של שליטה, נתונים לבעלות פרטית. עובדה זו כשלעצמה מונעת מהשיח הציבורי להתנהל על בסיס של שוויון מהותי בתחום הפוליטי. מאחר שמדובר במתחם פרטי, היכולת לקחת חלק בשיח הציבורי, בין כדובר ובין כקהל, הופכת להיות תלויה במערכת יחסי הכוחות בין הגורמים השונים, ובפרט במערכת יחסי הכוחות הכלכליים.¹⁴² במובן זה, דרך חלוקת המשאבים הכלכליים בין כלל האוכלוסייה משפיעה במישרין על אפשרויות הביטוי של האזרחים במסגרת השיח הציבורי ועל תוכנו של השיח.¹⁴³ כתוצאה מכך, חוסר שוויון ביחסי כוחות אלה עלול להביא למצב שבו כוחות מעטים השולטים במתחם הפרטי יכפו את דעתם וימנעו מכוחות מתחרים להשמיע את עמדתם.¹⁴⁴ פועל יוצא נוסף ממרכיב הבעלות הפרטית מצוי בעובדה, כי כל פעילות במתחם הפרטי מערבת אינטרסים כלכליים ואינטרסים פרטיים נוספים, וככזו היא מונעת מהשיח הציבורי להתנהל אך ורק על יסוד שיקולים הנוגעים לערך הביטוי, תוכנו,

בראי המשפט 157 ואילך, וכן בעמ' 181 (1995). לסקירה השוואתית ראו Eric M. Barendt,

Broadcasting Law – A Comparative Study 50-74 (1995).

140 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.4 לעיל.

141 ראו Sunstein, *Problems of Free Speech*, הערה 48 לעיל, בעמ' 3; Cohen, הערה 133 לעיל.

ראו גם יואב דותן, "המעמד החוקתי של זכות הקניין", משפטים כח 535, 539 (תשנ"ז);

Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 102-103; Fiss, *Liberalism Divided*, הערה 59 לעיל,

בעמ' 15-16.

142 ראו Elkin-Koren, הערה 55 לעיל, בעמ' 232.

143 ראו על Sunstein, *Problems of Free Speech*, הערה 48 לעיל, בעמ' 179; "Free

Speech Now", הערה 48 לעיל, בעמ' 314.

144 ראו Fiss, *Liberalism Divided*, הערה 59 לעיל, בעמ' 39; Fiss, *Irony*, הערה 59 לעיל, בעמ'

22. ראו גם דין וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות, הערה 102 לעיל, בעמ' 10-12; פרשת

כתן, הערה 24 לעיל, בעמ' 542-543.

והשיבותו על פי מדדים רציונליים ואובייקטיביים.¹⁴⁵ אין זהות ותיתכן אף סתירה בין שיקולי רווח ושיקולי יעילות שמנחים מנגנון שוק כלכלי, לבין הצרכים הנובעים מהערכים הדמוקרטיים המונחים ביסוד השיח הציבורי.¹⁴⁶ מכאן החשש, כי עקב מיקומו במתחם הפרטי לא יצליח השיח הציבורי להתנהל באופן המשמר בצורה הטובה ביותר את התנאים הבסיסיים של השיטה הדמוקרטית.¹⁴⁷ במובנים רבים הבעיות הנובעות ממיקומו של השיח הציבורי במתחם הפרטי הן שיקוף של הביקורת אשר הושמעה כלפי סיעון גילוי האמת.¹⁴⁸ כאמור בפרק א.1 לעיל, ביקורת זו מדגישה את העובדה שהתנאים המעשיים שבהם מתנהל שיח ציבורי בחברה המודרנית אינם מאפשרים תחרות חופשית של רעיונות,¹⁴⁹ והם אף עלולים לפגוע בערך של גילוי האמת.¹⁵⁰ קשיים אלה מהווים חלק בלתי נפרד מהמציאות המלווה את השיח הציבורי.¹⁵¹ הדבר

145 ראו Curren, הערה 133 לעיל, בעמ' 87-88; דין חשסון הועדה הציבורית לחוקי העיתונות, הערה 102 לעיל, בעמ' 12-13. ראו גם William E. Hocking, *Freedom of The Press – A Framework of Principle* 142 (1947); Lee C. Bollinger, *Images of a Free Press* 32 (1991); Commission on Freedom of the Press, *A Free and Responsible Press* 52 (1947) (hereinafter: *Free and Responsible Press*); Royal Commission on the Press, *Final Report* 10 (1977) (hereinafter: *Royal Commission*); Christopher G. Weeramantry, "The Media as a Threat to Human Rights," in 1 *Justice without Frontiers – Furthering Human Rights* 278, 301-306 (1997). בהקשר זה אחד החששות המרכזיים הוא החשש מפני צנזורה עצמית של אמצעי תקשורת. מצב דברים זה עלול להתרחש בכמה סוגי נסיבות, בהם השפעת אינטרסים כלכליים ואינטרסים פרטיים אחרים של בעלי כלי התקשורת, תלות כלכלית במפרסמים ונסיבות אחרות של קשרי קרבה ותלות בין אמצעי התקשורת לבין נושאי הדיוח העיתונאי ובפרט גורמים שלטוניים. ראו לעניין זה את הדברים האמורים אצל נגבי, הערה 139 לעיל, בעמ' 189-206.

146 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 226; Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 137.

147 ראו Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 38, 40, 50; Schauer, הערה 108 לעיל, בעמ' 6-8. ראו גם Jürgen Habermas, "The Public Sphere," in *Rethinking Popular Culture* 398, 403 (Chandra Mukerji & Michael Schudson eds., 1991).

148 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.1 לעיל.

149 בהקשר זה קיים נוסף אשר הצגתו וניתוחו תורגם ממסגרת המאמר. המדובר במתח בין הרצון בשיח ציבורי חופשי מכל מרכיב של כפייה השומר על ערך האוטונומיה של הפרט, לבין הרצון בשיח ציבורי רציונלי המסוגל להביא להחלטות הקולקטיביות הטובות ביותר. ראו Post, הערה 53 לעיל, בעמ' 147 ואילך; דין ארבה, הערה 2 לעיל, בעמ' 418-421.

150 ראו Sunstein, *Problems of Free Speech*, הערה 48 לעיל, בעמ' 53.

151 אמצעי תקשורת הידברות חדשים שהתפתחו בשנים האחרונות, דוגמת האינטרנט, עשויים להביא לידי מציאות חדשה של שיח ציבורי, כזו שמאפייניה אינם זהים לאלה הקיימים במסגרת אמצעי התקשורת הכתובה והמשודרת המקובלים. כך, בין היתר, הנגישות של הפרט הבודד לזירות ולבמות של אמצעי תקשורת וירטואליים הרבה יותר חופשית וחולה מהנגישות לאמצעי תקשורת כתובה ומשודרת רגילים. עם זאת, לא ברור כיצד בטוח הארוך ייראו תנאי השיח הציבורי במסגרת מפת התקשורת הווירטואלית, בפרט לאחר כניסתם של גורמי תקשורת מסחריים

מתחייב מהעובדה שהשיח הציבורי ממוקם במתחם המורכב והמנוהל על ידי גורמים פרטיים, הזכאים לפעול באופן אוטונומי ולממש את זכותם לחופש ביטוי ולשליטה על דרכי השימוש והניצול של קניין פרטי המצוי בבעלותם.¹⁵² קושי זה אינו רק מעשי אלא גם נורמטיבי, והוא נובע מהעובדה שהתנאים המתחייבים ממהותו של השיח הציבורי, כנדבך יסוד בתהליך הדמוקרטי, עשויים לעמוד בסתירה למהותו של המתחם הפרטי כפי שהיא מתחייבת מאותה שיטה דמוקרטית עצמה. לשון אחרת: מהותו של המתחם הפרטי – זו שמונעת את קיומו של שיח ציבורי אידיאלי, נובעת אף היא מערכי היסוד של השיטה הדמוקרטית. עיקרון האוטונומיה של הפרט, זכות הקניין והזכות לחופש הביטוי כמתחייב מערך האוטונומיה של הפרט¹⁵³ – כולם עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית, הם עצמם אלה שלמעשה מונעים מהשיח הציבורי להתנהל באופן המשמר בצורה הטובה ביותר את התנאים הבסיסיים של השיטה הדמוקרטית.¹⁵⁴ לקשיים האמורים אין פתרון פשוט.¹⁵⁵ הם מחייבים ניסיון לפשר וליישב בין שורה של ערכי יסוד, כולם חשובים, שנקלעו למציאות המעמידה אותם בסתירה זה לזה.¹⁵⁶ מעבר לכך, הדבר מחייב ללבן את סוגיית מעמדו של עיקרון חופש הביטוי בין גורמים פרטיים שונים הפועלים במסגרת המתחם הפרטי, להבדיל ממעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי כלפי הפעלת סמכות על ידי רשות שלטונית.¹⁵⁷ דיון מלא בסוגיות אלה חורג ממסגרת וממסגרת המאמר. אנו

לפעילות מזגברת בתוכם זה. הדיון בנושא זה על מכלול היבטיו השונים חורג ממסגרת וממסגרת המאמר ולפיכך נסתפק בהערות שוליים חלקית ולא ממצה זו.

152 היו מי שתארו זאת כמצב בו אמצעי התקשורת אינם פועלים במסגרת שוק הרעיונות אלא, להבדיל, שוק הרעיונות מנהל על ידי אמצעי התקשורת, שהפכו להיות שומר הסף של דירת השיח הציבורי. ראו Last Rights, הערה 133 לעיל, בעמ' 52, 98.

153 במישור ערך האוטונומיה של הפרט הדברים מתקשרים למה שכונה על ידי Post "פרדוקס השיח הציבורי": בכפוף לערך האוטונומיה של הפרט, אחד התנאים שהשיח הציבורי צריך לעמוד בהם הוא התנאי שהשיח יהיה חופשי מכל כפייה חיצונית. מסאן נובע, כי כל התערבות חיצונית המבקשת לפעול למימוש תנאי האחרים של השיח הציבורי מפרה את תנאי העוד הכפיה. על רקע זה סבר Post כי אין להתיר כל התערבות חיצונית במהלך פעולתו של השיח הציבורי. מסקנה זו מתחייבת לדעתו מהעובדה שהשיח הציבורי הוא אבן המסד בהגדרה העצמית הקולקטיבית של האזרחים. לפי גישתו של Post, השיח הציבורי מכונן את הלגיטימיות של התהליך הדמוקרטי ושל רשויות השלטון. מסיבה זו, כל התערבות חיצונית בשיח הציבורי מרוקנת מתוכן את תוקפו המכונן של השיח. על רקע זה, לדעתו של Post, השיח הציבורי אינו יכול להיות כפוף למוסדות השלטון שאותם ואת מהותם הוא עצמו מיועד להגדיר. ראו לעניין זה Post, הערה 53 לעיל, בעמ' 177, 194, 276, 282–288; דיון אורבך, הערה 2 לעיל, בעמ' 394.

154 ראו Fried, הערה 59 לעיל, בעמ' 233.

155 ראו Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 197.

156 ראו Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 195; Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 58.

157 ראו לעניין זה גם את הדברים האמורים בפרק 5.א לעיל.

נסתפק בציון שתי הערות שיסייעו לנו בהמשך, במסגרת החלק השני של המאמר, לצורך הדיון בשאלת מעמדה המשפטי של העיתונות.¹⁵⁸ היו שביקשו לפתור בקלות את הקשיים האמורים לעיל על דרך של מיצוי מהות ההגנה על חופש הביטוי כאמצעי לקידום אינטרס כלל-חברתי המשותף לציבור כולו.¹⁵⁹ מנקודת מוצא זו, לפיה זכותו של הפרט לחופש ביטוי מהווה אך ורק אמצעי לקידום אינטרס כלל-חברתי,¹⁶⁰ אכן אין כל מניעה להתערבות שלטונית במתחם הפרטי שבו מתקיים השיח הציבורי, מתוך מטרה לשפר את תנאי השית. אולם, ספק רב אם ניתן לקבל גישה זו, בוודאי לא במתכונתה הגורפת. ראשית, משום שגישה זו אינה מתחשבת בקשר ההדוק בין עיקרון חופש הביטוי לבין ערך האוטונומיה של הפרט.¹⁶¹ שנית, משום שגישה זו מתעלמת מערכים נוספים, דוגמת זכות הקניין, שגם בהם יש להתחשב.¹⁶² אומנם, ייתכן שבסופו של יום ייסוגו ערכים נוספים אלה, לפחות באופן חלקי, בשל חשיבות השיח הציבורי. עם זאת, אין מקום לקבל פתרון שנקודת המוצא שלו מתעלמת לחלוטין ממעמדם של אותם ערכים נוספים.¹⁶³ כל פתרון מוצע בנושא זה מחייב, בראש ובראשונה, התייחסות והכרעה לגבי הדרך שיש לנקוט כדי לפשר ולהכריע בין הערכים השונים המתחרים.

מעבר לכך נראה, כי כל ניסיון להתמודד עם הקושי ליישם בפועל את התנאים

- 158 על רקע מסגרת מצומצמת זו, הדברים האמורים להלן אינם כוללים התייחסות לסוגיות מרכזיות בהקשר זה. כך, לדוגמא, נושא החששות הכרוכים בפיקוח מטעם רשות שלטונית, המיועד לשפר את תנאי השיח הציבורי. החשש הוא כי הסמכות השלטונית תנוצל לדעה ותפגע בחופש הביטוי שתכליתו מוגנת ביסוד השיח הציבורי עצמו. ראו לעניין זה Ingber, הערה 2 לעיל, בעמ' 50, Sunstein, הערה 48 לעיל, בעמ' 286. אנו נתייחס לנושא זה בפרק ב.3. להלן, במסגרת הדיון בטיעונים נגד הסלת זכויות אשר מתחייבות מתפקדיה התברתיים של העיתונות.
- 159 להצגת גישה זו ותומכיה העיקריים ראו את הדברים האמורים בפרק א.2. לעיל ובהערה 59 שם.
- 160 ראו Fiss, הערה 141 לעיל, בעמ' 13-14, 5-6, 20, 37-38, 41-45.
- 161 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרקים א.2. ו-א.3. לעיל.
- 162 הכותבים השונים ותומכיהם בגישה זו רואים את הבעיה כמסתכמת בשאלת היכולת לפגוע בחופש הביטוי של גופי תקשורת השולטים במתחם הפרטי. כותבים אלה אינם מתמודדים עם שאלת הפגיעה בזכות הקניין הנתונה לאותם גופי תקשורת.
- 163 Sunstein גורס, כי כל חקיקה הנוגעת לזכויות קניין בעניינים הקשורים לחופש ביטוי צריכה להתאים את עצמה לדיוקנו הרצוי של השיח הציבורי. הוא מנמק את גישתו בטענה כי זכות הקניין אינה זכות טבעית אלא זכות יציר כפיו של הדין, ולפיכך יש לעצבה באופן העולה בקנה אחד עם עיקרון חופש הביטוי. בכך הוא מציע את מה שמכונה על ידו כ-New Deal בתחום חופש הביטוי. גישתו של Sunstein אולי עומדת באופן יפה על הקשר בין היקף ותוכן זכויות הקניין בתחום התקשורת לבין דרך פעולתו של השיח הציבורי, אך קשה לקבל את הצעותיו הגורפות בדבר הצורך בכפיפה מוחלטת של זכויות הקניין הנתונות לגופי תקשורת למתבקש מדיוקנו הרצוי של השיח הציבורי. גישה זו מתעלמת לחלוטין מהתכליות ומהאינטרסים המוגנים ביסוד ההכרה בזכות הקניין, ואת זאת קשה לקבל. להצגת עמדתו ראו Sunstein, *Problems of Free Speech*, הערה 48 לעיל, בעמ' 104; Sunstein, "Free Speech Now", הערה 48 לעיל, בעמ' 263, 314.

המתחייבים ממהותו של השיח הציבורי, חייב להפנים את ההשלכות הנובעות ממהות המתחם הפרטי כמתחם הפועל על בסיס שיקולים כלכליים. זו חייבת להיות נקודת המוצא לדיון, שכן כאמור לעיל חלקים ניכרים של השיח הציבורי יכולים להתנהל אך ורק במסגרת המתחם הפרטי, שמעצם טבעו מושפע ומונחה על פי אינטרסים כספיים פרטיים. פירוש הדבר הוא, כי כל ניסיון לשפר את איכותו הדמוקרטית של השיח הציבורי חייב להבחין גם מנקודת ראות כלכלית – נקודת ראות הבוחנת את השפעותיו של הפתרון המוצע על התמריץ לפעול ולהקצות משאבים לפעילות בתחום התקשורת.¹⁶⁴ אין כל משמעות מעשית לקביעה נורמטיבית מופשטת בדבר "עלויות הצורך בניהול דמוקרטי של השיח הציבורי על פני אינטרסים של גופי תקשורת פרטיים", אם יישומה בפועל של קביעה כאמור יבטל את התמריץ הכלכלי של אותם גופי תקשורת ויפגע בעצם קיומו של השיח הציבורי שמתנהל באמצעותם. עד לגבול מסוים, שמירה על האינטרסים הכלכליים של גופי תקשורת הפועלים במתחם הפרטי מתחייבת לא רק מתוך הצורך להגן על אינטרסים פרטיים של אותם הגופים, אלא גם מנקודת ראות המבקשת לקדם את השיח הציבורי. חשוב להדגיש, כי טיעון זה אינו טיעון תועלתני, המבקש לקדם אינטרס כלל-חברתי במחיר פגיעה מסוימת בערך האוטונומיה של פרטים המבקשים להשתתף בשיח הציבורי. גם מנקודת מוצא השמה לגד עיניה את ערך האוטונומיה של הפרט, בין במעמדו כמקבל מידע ובין במעמדו כדובר, יש לבכר מצב של שיח ציבורי לא מושלם על פני מציאות נורמטיבית המציבה תנאים המיועדים להביא לשיח ציבורי מושלם, אך מתעלמת מחוסר היכולת לקיים את אותו השיח בפועל.

7. סיכום ביניים

בהכללה ניתן לומר, כי הזכות לחופש ביטוי נעה סביב שני צירים מרכזיים. הציר הראשון נוגע לחירות הביטוי של היחיד. חירות זו נובעת הן מערך האוטונומיה של הפרט – זכותו של כל יחיד להתפתחות ולהגשמה עצמית, והן מהזכות השווה לחירות פוליטית, הנתונה לכל אדם בחברה. הציר השני נוגע למה שניתן לכנות בהכללה כאינטרס הכלל-חברתי בשיח ציבורי פורה ובזרימה חופשית של מידע ודעות.¹⁶⁵ במסגרת שני צירים אלה, מונחות כמה תכליות ביסוד העיקרון של חופש הביטוי. תכלית אחת נוגעת לגילוי האמת. על פי תכלית זו, שיח וויכוח חופשיים הם תנאי לגילוי האמת, לחשיפת טעויות ובהמשך לכך אף לקידום הידע והאמונה בתפיסות ערכיות נאותות. תכלית שנייה מתייחסת לערך האוטונומיה של הפרט. על פי תכלית זו, חופש הביטוי נתפס כחלק מזכותו של הפרט

164 ראו בהקשר זה גם את הדברים האמורים בפרקים ב.4(ד) ב.4(ה) להלן.

165 אם כי, כמפורט בהערה 113 לעיל (וראו גם את הדברים האמורים בפרק ב.4(ג) להלן), ההבחנה בין שני הצירים – ציר חירות הביטוי של היחיד וציד האינטרס הכלל-חברתי – היא במידה רבה מאוד מלאכותית, ולפיכך, בכל הנוגע לחופש הביטוי, כל ניסיון ליצור הבחנה חד-וברורה בין אינטרסים "כלל-חברתיים" לבין זכויות הנתונות לפרט כאדם אוטונומי בעל רצון ודרך עצמי הוא בעייתי.

להתפתחות ולהגשמה עצמית. זאת, הן בכל הנוגע לזכותו של הדובר לחופש ביטוי והן בכל הנוגע לזכותו של הציבור לקבל את המידע הדרוש לשם מימוש עצמי, לשם בחירה חופשית בדרך חיים ולשם יצירת זהות חברתית. התכלית השלישית מתמקדת במעמד המרכזי של חופש הביטוי כתנאי לקיומה ולהתפתחותה של שיטת משטר דמוקרטית. בהתאם לתכלית זו, חופש הביטוי נועד לקדם את האינטרס החברתי המשותף בזרימה חופשית של מידע ודעות, ולהבטיח את מימוש זכותו השווה של כל יחיד לחירות פוליטית – זכותו השווה לקחת חלק בחיים הפוליטיים ובתהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטיות. להתבטא, להביע את דעותיו, ולקבל את מלוא המידע הדרוש כדי לקבל החלטות ולהפעיל את כוחותיו כצד הנוטל חלק בשיטה של ממשל עצמי. כעולה מן האמור בפרק א.6(א) לעיל, היכולת להגשים כל אחת משלוש תכליות אלה קשורה קשר הדוק לדרך שבה מתנהל השיח הציבורי השוטף. ראינו, כי לשיח הציבורי השפעה רבה הן על עיצוב ההעדפות והרצונות הפוליטיים של האזרחים והן על דרך הפעולה של רשויות השלטון. כפועל יוצא, תוכן ומבנה השיח הציבורי משפיעים במישרין על אופן מימוש זכותו השווה של כל יחיד לחירות פוליטית ועל דרך הגשמתו של התהליך הדמוקרטי. נוסף על כך, לשיח הציבורי יש חלק מרכזי במימוש תכלית גילוי האמת ובהגשמת זכותו של הציבור לקבל את המידע הנדרש לשם מימוש עצמי, לשם בחירה חופשית בדרך חיים ולשם יצירת זהות חברתית. שלוש התכליות האמורות מלמדות, אם כן, על חשיבות קיומו של שיח ציבורי פורה, מגוון, חופשי מכל מעשה של כפייה חיצונית, המאפשר לכל אזרח ליטול בו חלק שווה ולקבל במסגרתו את מכלול המידע והדעות השונות הקיימים.

בפרק א.4 לעיל עמדנו על כך שחלק גדול מהתכליות המונחות ביסודו של עיקרון חופש הביטוי, דוגמת תקינות התהליך הדמוקרטי או גילוי האמת, הן בעלות מאפיינים של טובין ציבוריים. מכך התבקשו שתי מסקנות מרכזיות: הראשונה הייתה כי אותם מגזרים שבהם ההגנה על חופש הביטוי מאופיינת כאמצעי לקידום היבטים שונים של טובת הציבור עשויים להצדיק התייחסות גמישה למעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי. במילים אחרות: אם תכלית ההגנה על חופש הביטוי היא לקדם את טובת הציבור, אזי השאיפה צריכה להיות שהגנה זו לא תחרוג מאותו מתחם שאכן מקדם בפועל את טובת הציבור; לא כל שכן כאשר ההגנה על חופש הביטוי עשויה לפגוע בערכים ובאינטרסים אחרים. בניגוד למקרה שבו התכלית המוגנת היא ערך האוטונומיה של הפרט כערך העומד בפני עצמו, בהקשר זה השאלה האם ההגנה על חופש הביטוי אכן מקדמת את טובת הציבור היא שאלה עניינית לעצם קביעת היקף ותוכן ההגנה הראויים של עיקרון חופש הביטוי. עוד ראינו בהקשר זה, כי מנקודת ראות שלפיה ההגנה על חופש הביטוי משמשת כאמצעי לאספקת טובין ציבוריים, ניתן להצדיק ביתר קלות הסלת חובות על הציבור בהתבסס על מעמדו המוגן של עיקרון חופש הביטוי. בניגוד לאינטרס בודד של פרט כזה או אחר, האינטרס הציבורי הכולל הניצב מאחורי הדרישה לאספקת טובין ציבוריים דווקא עשוי להצדיק הסלת חובות על אותו ציבור שבסופו של יום הוא גם המוטב הנהנה מאותם טובין ציבוריים.

המסקנה השנייה הנובעת מכך שחלק מתכליות העיקרון של חופש הביטוי הן בעלות

מאפיינים של טובין ציבוריים הייתה, כי לגבי תכליות אלה עשוי להיות קיים פער בין האינטרס הציבורי – התועלת הכלל-חברתית הסמונה במעשי ביטוי המקדמים את אותן תכליות, לבין האינטרס הפרטי – התועלת האישית שהדובר או הנמען מפקים מאותם מעשי ביטוי. אחת ההשפעות של מצב דברים זה היא החשש לתת תפוקה של מעשי ביטוי שלגביהם קיים פער מהסוג האמור; כלומר: מעשי ביטוי שתרומתם העיקרית היא במישור הציבורי-חברתי ולא במישור הפרטי. מסקנתנו בהקשר זה הייתה, כי על רקע מהותן המיוחדת של חלק מתכליות עיקרון חופש הביטוי, כטובין ציבוריים אשר לא ניתן לספק באמצעות מעורבות שלטונית ישירה, הדרך המרכזית להתמודד עם בעיית תת-התפוקה היא על ידי יצירת תמריצים כלכליים לפעילות בתחום הביטוי – תמריצים שיקטינו את הפער בין הערך הפרטי של מעשה הביטוי לבין הערך החברתי שלו. פירוש הדבר הוא, כי מנקודת ראות פנימית של עיקרון חופש הביטוי, המתייחסת לתכליות הכלל-חברתיות המונחות ביסודו, יש חשיבות רבה לעידוד פעילות כלכלית בתחום הביטוי ולקידום האינטרסים הכספיים המונחים בבסיס פעילות זו. הפיכת מעשי ביטוי למשאב בעל ערך כלכלי מאפשרת לצמצם את הפער בין הערך החברתי של פעילות בתחום הביטוי לבין הערך הפרטי שלה, ולהבטיח את אספקת אותם טובין ציבוריים המהווים חלק מתכליות עיקרון חופש הביטוי.

נקודה זו מובילה אותנו לנושא האחרון שנדון במסגרת החלק הראשון של המאמר, והוא: המתח הבסיסי בין התנאים המתחייבים מתכליתו וממשמעויותיו של השיח הציבורי, לבין מהותו של המתחם הפרטי שבו הוא מתנהל בפועל. כפי שראינו, כעיקרון, ראוי למקם את השיח הציבורי במתחם הפרטי, היינו: במתחם המורכב ומנוהל על ידי גורמים פרטיים, הזכאים לפעול באופן אוטונומי ולממש את זכותם לחופש ביטוי ולשליטה על דרכי השימוש והניצול של קניין פרטי המצוי בבעלותם. בדרך זו ניתן לקיים שיח ציבורי חופשי מפיקוח ומתלות ברשויות השלטון. כמו כן, כך ניתן לספק את התמריצים הכלכליים, הדרושים כדי להבטיח שיח ציבורי עשיר ופורח. עם זאת, מיקומו של השיח הציבורי במתחם הפרטי יוצר קושי בסיסי לקיים שיח ציבורי חופשי מכל מעשה של כפייה חיצונית, המאפשר לכל אזרח ליטול בו חלק שווה ולקבל במסגרתו את מכלול המידע והדעות השונות הקיימים. מצב דברים זה נובע, בראש ובראשונה, מהעובדה כי כתוצאה ממיקומו של השיח הציבורי במתחם הפרטי חלק ניכר מזירת השיח – כמו גם חלק ניכר מחומרי הגלם של השיח, שאמורים להיות חופשיים מכל מרכיב של שליטה – נתון לבעלות פרטית. כפועל יוצא, היכולת לקחת חלק בשיח הציבורי הופכת להיות תלויה בכמות המשאבים התקשורתיים והכלכליים הנתונה בידי של כל אדם. מצב דברים זה משקף קושי נורמטיבי, הנובע מהעובדה שהתנאים המתחייבים ממהותו של השיח הציבורי, כנדבך יסוד בתהליך הדמוקרטי, עשויים לעמוד בסתירה למהותו של המתחם הפרטי, כפי שהיא מתחייבת מאותה שיטה דמוקרטית עצמה: מהותו של המתחם הפרטי – זו אשר מונעת את קיומו של שיח ציבורי אידיאלי, נובעת אף היא מערכי היסוד של השיטה הדמוקרטית. עיקרון האוטונומיה של הפרט, זכות הקניין והזכות לחופש הביטוי כמתחייב מערך האוטונומיה של הפרט – כולם עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית,

הם עצמם אלה שלמעשה מונעים מהשיח הציבורי להתנהל באופן המשמר בצורה הטובה ביותר את התנאים הבסיסיים של השיטה הדמוקרטית. לקשיים אלה אין פתרון פשוט. הם מחייבים ניסיון לפשר וליישב בין שורה של ערכי יסוד, כולם חשובים, שנקלעו למציאות המעמידה אותם בסתירה זה לזה. הגם שלא הצענו פתרון כולל למצב דברים זה, ציינו שני קווים מנחים בכל הנוגע לאופן ההתמודדות הראוי עם הקשיים האמורים: ראשית, כל פתרון מוצע בהקשר זה חייב להיבחן גם מנקודת ראות כלכלית. יש לבחון את השפעותיו של כל פתרון מוצע על התמריץ לפעול ולהקצות משאבים לפעילות בתחום התקשורת. זו חייבת להיות נקודת המוצא לדיון, שכן חלקים ניכרים של השיח הציבורי יכולים להתנהל אך ורק במסגרת המתחם הפרטי, שמעצם טבעו מושפע ומונחה על פי אינטרסים כספיים פרטיים. לפיכך, אם מבקשים לפעול להגשמת מכלול התכליות השונות המונחות ביסוד עיקרון חופש הביטוי, יש להיות מודעים לעובדה, כי חלקן הגדול לא יוכל להתגשם ללא הנחת תשתית של תמריצים כלכליים לפעילות בתחום הביטוי והיצירה. שנית, יש לדחות את ההצעה הפשטנית לפתרון הקשיים האמורים על דרך של מיצוי מהות ההגנה על חופש הביטוי כאמצעי לקידום אינטרס כללי-חברתי המשותף לציבור כולו. הצעה זו אינה ראויה, בעיקר משום שהיא מתעלמת לחלוטין מהקשר ההדוק בין עיקרון חופש הביטוי לבין ערך האוטונומיה של הפרט, כמו גם מערכים חשובים נוספים (דוגמת זכות הקניין) שאף בהם יש להתחשב. אומנם, ייתכן כי בסופו של יום ערכים אלה יסוגו, לפחות באופן חלקי, בשל חשיבות השיח הציבורי; עם זאת, אין מקום לקבל פתרון שנקודת המוצא שלו מתעלמת לחלוטין ממעמדם של כל אותם ערכים ואינה מתמודדת עם הצורך לפשר ולהכריע בין הערכים השונים המתחרים.

ב. מעמדה המשפטי של העיתונות

1. לשאלת מעמדה המשפטי של העיתונות – כללי

החלק השני של המאמר עוסק במהות חופש העיתונות ובמעמדה המשפטי של העיתונות. במסגרת זו נבקש לעמוד על ההבדלים בין עיקרון חופש הביטוי בכללותו לבין חופש העיתונות והמשטר המשפטי המתחייב ממנו לגבי פועלה של העיתונות.¹⁶⁶ פרק ב.3. להלן

166 לדיון במהות חופש העיתונות, במעמדה המשפטי של העיתונות, ובהבדלים בין עיקרון חופש הביטוי בכללותו לבין חופש העיתונות והמשטר המשפטי המתחייב ממנו לגבי פועלה של העיתונות, ראו Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 67 ואילך; Bollinger, הערה 145 לעיל; Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 109–106; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 104–2 עד 129–2; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 249–225; Hocking, הערה 145 לעיל; Free and Responsible Press, הערה 145 לעיל; Royal Commission, הערה 145 לעיל; Last Rights, הערה 133 לעיל; Weeramantry, הערה 145 לעיל; Bezanson, הערה 81 לעיל, בעמ' 824–806; Barendt, הערה 83 לעיל; Melville B. Nimmer, "Is Freedom of the Press A Redundancy: What Does it Add to

ידון בשאלת הגדרת המונח "עיתונות". בשלב זה נקדים ונאמר רק, כי המונח "עיתונות" עשוי להתייחס לכל סוגי התקשורת – משודרת וכתובה כאחת, ולא רק לתקשורת הכתובה המתיישבת מילולית עם המונח "עיתונות". השאלה במה שונה מעמדה המשפטי של העיתונות מזה של אדם פרטי, הטוען להגנה על חירות הביטוי שלו, מתייחסת הן לזכויותיה של העיתונות והן לחובות המוטלות עליה. במישור זכויותיה של העיתונות נשאלת השאלה, האם יש להעניק לעיתונות מעמד מועדף מזה של אדם פרטי הטוען להגנה על חירות הביטוי שלו, ואם כן – באיזה נסיבות; במישור החובות המוטלות על העיתונות נשאלת השאלה, האם ישנן חובות משפטיות מיוחדות לעיתונות, המתחייבות ממהותה ומהתפקיד החברתי שהיא ממלאת. במסגרת הדיון בשאלות אלה נתייחס גם להצעתו של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, לפיה יש להכיר בעיתונות כגוף דו-מהותי, שעליו חלים עקרונות יסוד מתחום המשפט הציבורי.¹⁶⁷

בפתח הדברים ראוי להקדים ולומר, כי דיון מלא בסוגיית חופש העיתונות חורג מהיקף המאמר וממטרתו. בייחוד אמורים דברים אלה לגבי מכלול שלם של נושאים הכרוכים בשאלת מהות חופש העיתונות ומעמדה המשפטי של העיתונות: זכות הגישה לאמצעי

Freedom of Speech," 26 *Hast. L.J.* 639 (1975) (hereinafter Nimmer, "Is Freedom of the Press A Redundancy"); Melville B. Nimmer, "Speech and Press: A Brief Reply," 23 *UCLA L. Rev.* 120 (1975); Fred S. Siebert, Theodore Peterson & Wilbur Schramm, *Four Theories of the Press* (1956) (hereinafter: *Four Theories of the Press*); William W. Van Alstyne, *Interpretations of the First Amendment* 50-67 (1984) (hereinafter Van Alstyne, *Interpretations of the First Amendment*); William W. Van Alstyne, "The Hazards to the Press of Claiming a 'Preferred Position'," 28 *Hast. L.J.* 761 (1977); Thomas Gibbons, "Freedom of the Press: Ownership and Editorial Values," 1992 *Pub. L.* 279; Randall P. Bezanson, "The New Free Press Guarantee," 63 *Va. L. Rev.* 731 (1977) (hereinafter: Bezanson, "The New Free Press Guarantee"); David F. Freedman, "Press Passes and Trespasses: Newsgathering on Private Property," 84 *Colum. L. Rev.* 1298 (1984); Floyd Abrams, "The Press is Different: Reflections on Justice Stewart and the Autonomous Press," 7 *Hofstra L. Rev.* 563 (1979); David L. Lange, "The Speech and the Press Clauses," 23 *UCLA L. Rev.* 77 (1975); Potter Stewart, "Of the Press," 26 *Hast. L.J.* 631 (1975); Charles T. Marshall & F. Scott McCown, "Examining the Institutional Interpretation of the Press Clause," 58 *Tex. L. Rev.* 171 (1979); Anthony Lewis, "A Preferred Position for Journalism," 7 *Hofstra L. Rev.* (1979) 595 (hereinafter: Lewis, "A Preferred Position for Journalism"); Anthony Lewis, "A Public Right to Know about Public Institutions: the First Amendment as Sword," 1980 *Sup. Ct. Rev.* 1 (hereinafter: Lewis, "A Public Right to Know"); Robert D. Sack, "Reflections on the Wrong Question: Special Constitutional Privilege of the Institutional Press," 7 *Hofstra L. Rev.* 629 (1979); Lillian R. BeVier, "Justice Powell and the First Amendment 'Societal Function': A Preliminary Analysis," 68 *Va. L. Rev.* 177 (1982); Geoffrey Marshall, "Press Freedom and Free Speech Theory" 1992 *Pub. L.* 40.

167 ראו ברק, הערה 1 לעיל, בעמ' 243-248.

תקשורת, דוקטרינת ההגינות, קיום משטר של פיקוח על אמצעי התקשורת, כללי אתיקה עיתונאיים, חיסיון עיתונאי, הזכות לאסוף מידע, דיני לשון הרע, דיני הגנת הפרטיות, הגבלות מיוחדות מתחום דיני ההגבלים העסקיים על ענפי העיתונות והתקשורת, מערכת היחסים הפנימית בין מרכיביו השונים של אמצעי תקשורת: מוציא לאור-עורך-עיתונאי,¹⁶⁸ ההבחנה בין תקשורת משודרת לבין תקשורת כתובה ועוד. כאמור, הדיון בשאלות אלה, לרבות הצגת הדין החל לגביהן בארץ ובשיטות משפט נוספות, חורג מהיקף המאמר וממטרתו. לפיכך, למעט כמה דוגמאות מייצגות, המיועדות להדגים את העקרונות הכלליים המובאים במסגרת המאמר, לא נדון בכל אחד מהנושאים האמורים. אנו נסתפק בהצגת התשתית העיונית הכללית הנוגעת למהות חופש העיתונות ולמעמדה המשפטי של העיתונות.

2. תפקידיה השונים של העיתונות ומהותה

בפרק זה נסקור את תפקידיה השונים של העיתונות ואת מהותה. סקירה זו תשמש אותנו כבסיס לדיון בשאלת מעמדה המשפטי של העיתונות וההבדלים הקיימים בין עיקרון חופש הביטוי בכללותו לבין חופש העיתונות והמשטר המשפטי המתחייב ממנו לגבי פועלה של העיתונות.

(א) התפקיד המוסדי של העיתונות – בדיקה, ביקורת ופיקוח על רשויות השלטון

אחד התפקידים המרכזיים המיוחסים לעיתונות הוא בדיקה, ביקורת ופיקוח חיצוניים על פועלן של רשויות השלטון השונות.¹⁶⁹ בהקשר זה, על אף היותה גורם חיצוני למערכת השלטונית, נתפסת העיתונות כבעלת תפקיד מוסדי במסגרת המערכת הפוליטית והמשפט החוקתי הנוהג. העיתונות בודקת את רשויות השלטון, מבקרת אותן וחושפת ניצול לרעה של כוח שלטוני. בפועל, הפיכתן של רשויות השלטון לחייבות בדין וחשבון כלפי ציבור האזרחים אפשרית בעיקר עקב מעורבותה של העיתונות בחשיפת מידע ובהבאתו לידיעת הציבור. היו מי שהרחיקו לכת ואף כינו את העיתונות, על רקע

168 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 253; Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 71; Gibbons, הערה 166 לעיל; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 111-2; Barendt, הערה 139 לעיל, בעמ' 33, 40, 42.
169 ראו Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 57; Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 42-43, 107-108; Stewart, הערה 166 לעיל; Van Alstyne, *Interpretations of the First Amendment*, הערה 166 לעיל, בעמ' 52-53; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 230 ואילך; Marshall & McCown, הערה 166 לעיל, בעמ' 184; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1314-1328; *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 56; Blasi, הערה 41 לעיל; Curren, הערה 133 לעיל, בעמ' 84-85; דין וחשבון ועדה הציבורית לחקיקה העיתונות, הערה 102 לעיל, בעמ' 7-8; מרדכי קרמניצר, "על חופש העיתונות והעבירה על פירסום 'סב יודיצה' (סעיף 41 לחוק בתי המשפט)" משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה א 165, 17 (תשמ"ז).

תפקידה זה, כ"רשות הרביעית", הניצבת לצד שלוש רשויות השלטון המקובלות.¹⁷⁰ תפקידה של העיתונות בבדיקה, בביקורת ובפיקוח על רשויות השלטון נתפס כחלק בלתי נפרד ממשטר של איזונים ובלמים, המתחייב במסגרת שיטת משטר דמוקרטית הדוגלת בהפרדת רשויות.¹⁷¹ משטר של איזונים ובלמים נועד למנוע ריכוז עודף של סמכויות בידי רשות שלטונית אחת, ולמצער למנוע ניצול לרעה בפועל של כוח שלטוני.¹⁷² מעבר לכך, משטר של איזונים ובלמים מיועד להבטיח כי רשויות השלטון השונות יפעלו במסגרת הנחות היסוד של שיטת המשטר הדמוקרטית, ויקיימו את הדרישות של החוזה החברתי המסאפורי שמכוחו הן שואבות את כוחן.¹⁷³ מטרת אלה מושגות, לפחות באופן חלקי,¹⁷⁴ על ידי עיצוב ומיקום רשויות השלטון השונות במסגרת המבקשת להבטיח אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר.¹⁷⁵ העיתונות משתלבת היטב כחלק ממערכת האיזונים והבלמים שביסוד שיטת המשטר הדמוקרטית: היא גורם חיצוני, עצמאי ובלתי תלוי במערכת השלטונית. ככזו, היא אמורה להיות מסוגלת לבדוק את רשויות השלטון ולפקח עליהן מבלי להיות נגועה בבעיות של תלות וניגודי עניינים.¹⁷⁶ מעבר לכך, במקרים

170 ראו Stewart, הערה 166 לעיל, בעמ' 634, אשר מציין: "The primary purpose of the constitutional guarantee of a free press was a similar one: to create a fourth institution outside the government as an additional check on the three official branches... The relevant metaphor, I think, is the metaphor of the Fourth Estate". לשעבר שופט בית המשפט העליון בארצות-הברית, פיתח בנסיקיה ובהוצאות את אפיון העיתונות כגורם מוסדי שתפקידו לפקח על רשויות השלטון ולבקר אותן. עוד להצגת עמדתו של Stewart ראו Abrams, הערה 166 לעיל, בעמ' 634; Lange, הערה 166 לעיל, בעמ' 79-82; Bezanson, הערה 166 לעיל, בעמ' 752-756; Lewis, "A Public Right to Know", הערה 166 לעיל, בעמ' 6-8.

171 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 231, לדיון בוזקטרית הפרדת הרשויות ובמשטר של איזונים ובלמים ראו רבינשטיין ומדינה, הערה 35 לעיל, בעמ' 331-332; אהרן ברק, שיקול דעת שיפטי 277-281 (תשמ"ז); עלי ולצברגר, "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל", פלילים ה(2) 149, 152-159 (תשנ"ז). ראו גם Eli M. Salzberger, "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?," 13 *Int'l Rev. L. & Econ.* 349 (1993); Michel Troper, "The Development of the Notion of Separation of Powers," 26 *Is. L. Rev.* 1 (1992).

172 ראו Richard A. Epstein, "Beyond the Rule of Law: Civic Virtue and Constitutional Structure," 56 *Geo. Wash. L. Rev.* 149 (1987).

173 ראו ולצברגר, הערה 171 לעיל, בעמ' 154.

174 ראו ולצברגר, הערה 171 לעיל, בעמ' 162; Salzberger, הערה 171 לעיל, בעמ' 350, המציין כי חלקית והצלחה נובעת, בין היתר, משום שבפועל רשויות שלטונית אינן נהגות להתערב זו בנעשה בחצרה של האחרת, אלא אם הדבר עלול לפגוע בכוחן שלהן. עמדה זו מבוססת על תפיסה שנויה במחלוקת, הרואה את מכלול הפרטים הפועלים במסגרת רשויות השלטון השונות כמי שפועלים כדי לקדם את האינטרסים העצמיים שלהם בלבד.

175 ראו ברק, הערה 171 לעיל, בעמ' 279.

176 כעולה מן האמור בפרק א.6(ב) לעיל, במציאות מצב הדברים מורכב הרבה יותר. ייתכנו לא מעט

שבהם פועלת העיתונות בשוק תחרותי, ההנחה היא כי כוחות השוק והתחרות בין גופי התקשורת השונים ידרבנו אף הם את העיתונות לחשוף פגמים, לבדוק ולבקר את רשויות השלטון השונות.

לכאורה, מכלול הפעולות המתוארות לעיל יכלו להתבצע גם על ידי יחידים מהציבור הרחב. עם זאת, בפועל, מרבית הפעילות בתחום הבדיקה, הביקורת והפיקוח החיצוני על רשויות השלטון מתבצעת באמצעות העיתונות הממוסדת, דהיינו: גופים הפועלים באופן קבוע ושוטף בענף העיתונות.¹⁷⁷ הסיבה המרכזית לכך נעוצה באפיון התועלת החברתית הטמונה בבדיקה, בביקורת ובפיקוח על רשויות השלטון, כטובין ציבוריים.¹⁷⁸ בניגוד לאדם בודד,¹⁷⁹ העיתונות הממוסדת מסוגלת לפזר את העלות הכרוכה בבדיקה, בביקורת ובפיקוח על רשויות השלטון בין כלל ציבור צרכניה. בדרך זו מצליחה העיתונות להפנים עבור הציבור הרחב את התועלת החברתית הטמונה בפעולות אלה. נוסף על כך, הרווח הכספי הצפוי לעיתונות הממוסדת כתוצאה מפעילותה, לרבות רווח עקיף דוגמת מכירת שטחי פרסום, מעניק לה תמריץ מספיק לפעול בתחום הבדיקה, הביקורת והפיקוח על רשויות השלטון. מעבר לכך, בהקשר זה יש לעיתונות הממוסדת כמה יתרונות נוספים על פני יחידים מהציבור הרחב. יתרון אחד מתייחס ליכולת המקצועית והארגונית של העיתונות, פרי התמחותה בתחום הבדיקה, הביקורת והפיקוח על רשויות השלטון.¹⁸⁰ היתרון השני קשור ליכולת המעשית של העיתונות הממוסדת להעמיד משקל-נגד חזק דיו לכוח המצוי בידיהם של גופים שלטוניים. ההנחה היא, כי עקב קיומו של "יתרון גודל" תצליח העיתונות הממוסדת לעמוד בפני לחצים שלטוניים בצורה הרבה יותר טובה מאשר אדם בודד מן השורה.¹⁸¹ גם מסיבות אלה נהוג לראות בעיתונות הממוסדת גורם

מקרים שבהם אינטרסים פרטיים של גורמים השולטים בעיתונות משפיעים על הדרך שבה היא ממלאת את תפקידה כגורם הבוחק והמבקר את רשויות השלטון השונות. עדכנה זו מחייבת אותם התמודדות ומציאת פתרונות, אך אין זה כדי לגרוע מהטענה שבמרבית המקרים גורם חיצוני, דוגמת העיתונות, עדיין יכול לבדוק ולבקר את רשויות השלטון בצורה טובה הרבה יותר מאשר גורם פנים שלטוני.

177 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 233; Nimner, הערה 2 לעיל, בעמ' 122-2.

178 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק א.4 לעיל.

179 כעולה מן האמור בפרק א.4 לעיל, קיים פער בין התועלת הפרטית של אדם בודד הבוחק, מפקח ומבקר את רשויות השלטון, לבין התועלת הכללית-חברתית מפעולות אלה. במרבית המקרים, לאדם בודד המתחשב אך ורק בתועלתו הפרטית אין אינטרס לנקוט פעולות בדיקה, ביקורת ופיקוח על רשויות השלטון. למרות הערך התברתי הכולל של פעולות אלה, עלות נקיסתן צפויה להיות גבוהה מהתועלת הפרטית שיפיק מהן כל אדם בודד. נוסף על כך, באופן דומה לטובין ציבוריים אחרים, גם בהקשר זה כל אדם בודד יעדיף "לרכב על גבו" של אדם אחר הנוקט פעולות בדיקה, ביקורת ופיקוח על רשויות השלטון, ובדרך זו ליהנות מהתועלת הציבורית הכוללת של פעולות אלה מבלי להשקיע ממשאביו הוא בבצוען.

180 ראו אליהוא כ"ץ, "ואף-על-פי-כן רפואת שיניים – תשובה לתנך מרמזי", דברים אחרים 1 (אביב 1997) 11, 12.

181 המסגרת התחרותית שבה אמורה לפעול העיתונות הממוסדת מהווה אף היא כעין מנגנון פיקוח

בעל חשיבות מרכזית, ייתכן אף ללא תחליף, בתחום הבדיקה, הביקורת והפיקוח על רשויות השלטון השונות.¹⁸²

התפקיד המוסדי של העיתונות מבהיר היטב את חשיבות הצורך בעיתונות עצמאית ובלתי תלויה ברשויות השלטון. פיקוח שלטוני על העיתונות עלול לפגוע ביכולת של העיתונות לבדוק ולבקר את רשויות השלטון¹⁸³ בכלל, ובפרט באופן נטול גיגוד עניינים. על רקע הכוח והעצמה של העיתונות המוסדית בתחום הבדיקה, הביקורת והפיקוח על רשויות השלטון, קיים גם חשש מוגבר כי רשויות השלטון יתמקדו בניסיונות לסכל את פעולותיה של העיתונות בתחום זה. מכאן החשיבות הרבה שיש בהגנה על העיתונות מפני כל סוג של מעורבות או פיקוח שלטוני.¹⁸⁴ היו מי שהרחיקו לכת בהקשר זה ואף סברו, שכדי להבטיח את חוסר התלות המתחייב מתפקידה המוסדי של העיתונות, יש למנוע ממנה כל מעמד מועדף במסגרת יחסיה עם רשויות השלטון, דוגמת זכות גישה מועדפת למתקנים שלטוניים או למידע המצוי בידי רשויות השלטון.¹⁸⁵ לבסוף, בחברה המודרנית

פנימי, המבטיח חשיפה של ליקויים שלטוניים. ההנחה היא, כי הרצון להגדיל את נחת השוק ולעמוד בתחרות מדרבן כל אחד מהגורמים השונים בתחום העיתונות לפעול לחשיפת ליקויים שלטוניים לפני שהדבר יעשה על ידי גורם מתחרה. זו אחת הסיבות לכך שיש חשיבות רבה להבטחת קיומו של שוק תחרותי בתחום העיתונות הממוסדת. ראו לעניין זה Barendt, הערה 139 לעיל, בעמ' 121–143. ראו גם דב"ע ג' 177/3 חזרת שרם ושית' בע"מ – גלובס פבלישר עיתונות (1983) בע"מ, פד"ע כה 395, 401.

182 ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1318; Blasi, הערה 41 לעיל, בעמ' 541; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 233; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 122–2.

183 ראו Abrams, הערה 166 לעיל, בעמ' 592; Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 42–43. ראו גם פרשת ידעית אחרונת נ' קראוס, הערה 90 לעיל, פסק דינו של השופט זמיר; Bezanson, הערה 166 לעיל, בעמ' 733, 746.

184 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 107; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 233, 240–236; Blasi, הערה 41 לעיל, בעמ' 564.

185 ראו לעניין זה Abrams, הערה 166 לעיל, בעמ' 568–569; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1318. זו הייתה עמדתו של השופט Stewart בשורה של פסקי דין המכונים "פרשת מקרי האסירים". באותם מקרים העיתונות טענה, כי על רקע תפקידה המוסדי יש להעניק לה מעמד מועדף על זה של אזרחים רגילים בכל הנוגע לאפשרויות ביקור בבתי סוהר וקיום פגישות עם אסירים. השופט Stewart נימק את סירובו לקבל את בקשת העיתונות בטענה שכל זכות יתר שתוענק לעיתונות על ידי רשויות השלטון עלולה ליצור קשר של תלות בין העיתונות לבין רשויות השלטון, מה שעלול לפגוע ביכולתה של העיתונות למלא את תפקידה המוסדי כגורם המפקח על רשויות השלטון. להצגת עמדתו של השופט Stewart ראו את המקורות המאזכרים לעיל, בהערה 170. פסקי הדין הנוגעים ל"פרשת מקרי האסירים" הם Pell v. Procunier, 417 U.S. 817 (1974); Saxbe v. Washington Post, 417 U.S. 843 (1974); Houchins v. KQED, 438 U.S. 1 (1978). בישראל התעוררה פרשה בעלת דמיון חלקי לזו של פרשת מקרי האסירים. בע"א 4463/94 גולן נ' שיחת בתי הסוהר, פ"ד (4) 136 נדון סירובו של שירות בתי הסוהר להתיר לאסיר לפרסם במקומן טור אישי או סדרת כתבות על חיי בית הסוהר שבו היה כלוא. אומנם בית המשפט ציין, כי "ביקורת מצד אסיר על תנאי מאסרו מקיימת לא רק את זכותו של האסיר להתבטא בפומבי

תפקידה המוסדי של העיתונות אינו מתמצה אך ורק בבדיקה, בביקורת ובפיקוח על רשויות השלטון. באופן דומה עוסקת העיתונות גם בבדיקה, בביקורת ובפיקוח על גופים פרטיים הפועלים במשק ובתברה, חלקם בעלי כוח ועוצמה, כאשר גם לצורך מילוי תפקידה זה העיתונות חייבת להיות עצמאית ובלתי תלויה באותם גופים.¹⁸⁶

(ב) העיתונות כ"עין ציבורית" וכזרוע הארוכה של הציבור

תפקיד מרכזי נוסף של העיתונות מתייחס לפועלה כגורם האוסף, מרכז ומעביר לידיעת הציבור הרחב מידע ודעות.¹⁸⁷ כעולה מן האמור בחלק הראשון של המאמר, זרימה

(באמצעות כלי תקשורת) בעניין הנוגע לו, אלא גם את זכות הציבור לדעת אודות המתרחש בבתי הסדר של המדינה, שהמתרחש בהם אינו גלוי לעין, ולנוכח נטייתם המובנת של הגורמים המפקדים על ניהול בתי הסדר להצניע מעיני הציבור אף את כוונותיהם הטובות לשיפור התנאים השוררים בהם" (שם, בעמ' 166). עם זאת, פסק הדין התייחס אך ורק להיבט הכללי של פגיעה בזכותו של האסיר לחופש ביטוי. אין בפסק הדין התמודדות עם השאלה אם באותו המקרה האסיר מילא תפקיד עיתונאי, ואם כן – מהן המשמעות הנובעות מכך על תוקף סירובו של שירות בתי הסדר להתייך לו לפרסם את אותן כתבות.

נושא זה מתעורר בעיקר על רקע התלות של כלי תקשורת במפרסמים ועל רקע קשרי הבעלות בין כלי תקשורת לבין גופים כלכליים נוספים. מעבר לכך קיימת טענה כללית, שלפיה האינטרסים הפרטיים של בעלי השליטה בעיתונות עשויים למנוע ממנה למלא באופן הטוב ביותר את תפקידה השונים בבדיקה, בביקורת ובפיקוח על גופים שלטוניים ועל גופים פרטיים. ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 16; Curren, הערה 133 לעיל, בעמ' 86-88; גורן, הערה 130 לעיל, בעמ' 66-67. ראו גם Ben H. Bagdikian, *The Media Monopoly* (3rd ed., 1990); Steven Shiffrin, "The Politics of the Mass Media and the Free Speech Principle" 69 *Ind. L.J.* 689, 713 (1994). כפי שנראה בהמשך, אותן הודרכים להבטיח את עצמאות העיתונות כלפי גופים פרטיים הנבדקים ומבוקרים על ידה היא באמצעות קביעת כללים לצמצום חשש ניגוד העניינים הכרוך בקשרי בעלות עם גופים כלכליים ובתלות במפרסמים.

ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1318, המכנה תפקיד זה בשם The Informed Public Theory; דן וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות, הערה 102 לעיל, בעמ' 5-6; קרמניצר, הערה 169 לעיל, בעמ' 171 הערה 23; Lewis, "A Public Right to Know", הערה 166 לעיל, בעמ' 8-9. ההפרדה בין שני התפקידים עשויה להיתפס כמלאכותית משהו. גם במסגרת תפקידה המוסדי, כגורם הבדק ומבקר את רשויות השלטון, העיתונות משמשת למעשה כצינור העברת מידע בנושאים אלה לידי של הציבור הרחב. עם זאת, כעולה מן האמור להלן, ישנם הבדלים בהוגשים בין תפקיד העיתונות בפיקוח על רשויות השלטון לבין תפקידה הרחב יותר של העיתונות כצינור העברת מידע לציבור הרחב. מסיבה זו, על אף החפיפה החלקית, מצאנו לנכון בכל זאת לתאר בנפרד את כל אחד מבין שני התפקידים האמורים. מעבר לכך, כמפורט בפרק 3.3 לעיל, זרימה חופשית של מידע והשמעה חופשית של דעות הן גם תנאי הכרחי להגשמת ערך האוטונומיה של הפרט. גם מסיבה זו אין מקום ליצור זווית מלאה בין תפקידה המוסדי של העיתונות בבדיקה, בביקורת ובפיקוח על רשויות השלטון לבין תפקידה הכללי יותר של העיתונות באיסוף ובאספקת מידע ודעות לציבור הרחב.

חופשית של מידע והשמעה חופשית של דעות הם תנאי הכרחי הן לקיומה של שיטת משטר דמוקרטית והן להגשמת ערך האוטונומיה של הפרט. לעיתונות חלק מרכזי בהפעלת המנגנון המבטיח זרימה חופשית של מידע ושל דעות. במימוש זכותו לקבל מידע תלוי הציבור בעיתונות. בדומה לאמור לגבי התפקיד המוסדי של העיתונות בביקורת ובפיקוח על רשויות השלטון,¹⁸⁸ לאדם הבודד אין את היכולת, את הזמן, את המשאבים ואת התמריץ¹⁸⁹ לפעול לשם השגת מידע בעניינים ציבוריים.¹⁹⁰ כאמור לעיל בפרק א.2, זכותו הפוליטית של היחיד להשתתף בתהליך קבלת ההחלטות הדמוקרטיות מותנית ביכולתו המעשית לקבל מידע מלא שיאפשר לו לקבל החלטות באופן אוטונומי. במימוש זכותו זו הציבור תלוי בעיתונות ובמידע שזורם ממנה אליו.¹⁹¹ מכאן הטענה, כי בהשגת מידע ודעות ובהפצתם העיתונות פועלת עבור הציבור הרחב המבקש לממש את זכויותיו הדמוקרטיות.¹⁹² העיתונות נתפסת כזרוע הארוכה של הציבור.¹⁹³ היו שאפיינו את פועלה של העיתונות בהקשר זה כ"דובר מוסדי".¹⁹⁴ על פי גישה זו, העיתונות אינה פועלת כדובר פרטי, המבקש לממש את חירות הביטוי הפרטית שלו עצמו, אלא כדובר מוסדי, הנותן מענה לצרכים כללי-חברתיים בדרך של הפצת מידע ודעות. זוהי גישה קיצונית יתר על המידה. היא מתעלמת לחלוטין מהאפשרות שהעיתונות עשויה לפעול, בו זמנית, גם כדובר המבקש לממש את חירות הביטוי הפרטית שלו.¹⁹⁵ עם זאת, גישה

- 188 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק ב.1 לעיל.
- 189 באופן דומה לאמור בפרקים א.4 ו-ב.2(א) לעיל, על רקע מהותם של מידע ושל דעות כטובין ציבוריים, במקרים רבים לאדם פרטי בודד אין תמריץ מספיק לפעול להשגתם ולהפצתם.
- 190 ראו Sack, הערה 166 לעיל, בעמ' 639; Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 20; Fiss, הערה 126 לעיל, בעמ' 50.
- 191 ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1319; Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 167–169.
- 192 ראו גם בג"ץ 509/80 יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה(3) 589, 594; פרשת ידיעות אחרונות נ' קראוס, הערה 90 לעיל, בעמ' 83–87 (השופט חשין).
- 193 ראו BeVier, הערה 166 לעיל, בעמ' 182–184; ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, הערה 81 לעיל, בעמ' 358.
- 194 ראו Bezanson, הערה 81 לעיל, בעמ' 739–740, 762–761. ראו גם Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 80, 84, 210, אשר עומד על מחותה של העיתונות כמוסד חברתי המיועד לספק את צרכיו של הציבור.
- 195 ראו Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 169 ובעמ' 211, המציין כי העיתונות מגלמת שני אינטרסים: הראשון הוא האינטרס הפרטי שלה כדובר, השני הוא האינטרס של הציבור המקבל ממנה מידע. על רקע זה נשאלת השאלה האם ראוי, וכיצד (אם בכלל), ניתן להבדיל בין מקרים בהם העיתונות פועלת כדובר מוסדי הנותן מענה לצורכי הציבור, לבין מקרים בהם העיתונות פועלת כדובר פרטי המבקש לממש את חירות הביטוי שלו. ראו לעניין זה Bezanson, הערה 166 לעיל, בעמ' 759. שאלה זו מתעוררת בעיקר במקרים שבהם מבקשים להטיל על העיתונות מגבלות מתוך רצון לקדם ולשפר את תנאי השיח הציבורי ואת איכותו. כל עוד העיתונות אינה נתפסת כדובר פרטי המבקש לממש את חירות הביטוי האישית שלו, הסלת מגבלות כאמור עשויה לעלות בקנה אחד עם תפקידה של העיתונות כדובר מוסדי. מנגד, אם העיתונות כן נתפסת כדובר פרטי

זו ממחישה היטב את הקשר ההדוק בין פועלה של העיתונות לבין מימוש צורכי החברה בקבלת מידע ודעות בעניינים שונים שעל סדר היום הציבורי.

(ג) העיתונות כזירת השיח הציבורי

תפקיד מרכזי נוסף של העיתונות נוגע לכל אותם גופים הפועלים באופן קבוע ושוטף בתחום התקשורת. גופים אלה משמשים כזירה שבה מתקיים השיח הציבורי. על מהותו של השיח הציבורי ועל חשיבותו עמדנו בהרחבה בפרק א.6. כעולה מן האמור שם, חלקו הגדול של השיח הציבורי מתנהל באמצעות כלי התקשורת השונים. העיתונות היא שנושאת על כתפיה חלקים גדולים מהשיח הציבורי.¹⁹⁶ גופיה השונים של העיתונות אינם רק גורם המשיג מידע ומפיץ אותו לציבור הרחב. מעבר לכך, גופיה השונים של העיתונות הם גם הבמה המרכזית שבאמצעותה יכול הציבור להביע את דעותיו, לשמוע את דעותיהם של אחרים ולגבש את עמדותיו. כלי התקשורת הם כלי הקיבול המרכזי של השיח הציבורי. השימוש בכלי התקשורת הוא שמאפשר ליחידים בודדים להפוך לציבור בעל דעה משמעותית ומשפיעה.¹⁹⁷ במובן זה, כלי התקשורת אינם רק צד הנוטל חלק בשיח הציבורי: הם גם – או ליתר דיוק: בעיקר – גורם המקדם ומעצים את השיח הציבורי ואת כל הכרוך בו.¹⁹⁸

3. לשאלת הגדרתו של המונח "עיתונות"

כדי שניתן יהיה לדון במעמדה המשפטי של העיתונות ובהבדלים בין חופש העיתונות לבין עיקרון חופש הביטוי בכללותו, יש להקדים ולשאל מיה היא אותה "עיתונות" שאותה מעמדה אנו מבקשים לברר. מקובל, כי המונח "עיתונות" עשוי להתייחס לכל סוגי התקשורת ולא רק לתקשורת הכתובה,¹⁹⁹ המתיישבת מילולית עם המונח "עיתונות". גם

המבקש לממש את חירות הביטוי האישית שלו, אזי הטלת מגבלות כאמור עשויה להיחשב כפגיעה בזכותה של העיתונות לאוטונומיה אישית ולאוטונומיה פוליטית. כעולה מן האמור בפתח הדברים, דיון מלא בנושא זה חורג מהיקף המאמר וממטרתו. אנו נתייחס לסוגיה זו באופן חלקי בפרק ב.4(ג) להלן.

- 196 ראו Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 31; *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 89, 92; *A Free and Responsible Press*, הערה 145 לעיל, בעמ' 23; דין וחשבון העדה הציבורית לחוקי העיתונות, הערה 102 לעיל, בעמ' 6-7; ברק, הערה 1 לעיל, בעמ' 240.
- 197 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 42-43; קרמניצר, הערה 169 לעיל, בעמ' 171 בהערה 24.
- 198 ראו *Last Rights*, הערה 133 לעיל, בעמ' 52; Holmes, הערה 131 לעיל, בעמ' 28, 32. ראו גם בג"ץ 372/84 קלופר-נוה נ' שד החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238-239.
- 199 זו הדרך הנהוגה במכלול הספרות הדנה בחופש העיתונות ובמעמדה המשפטי של העיתונות. ראו, בין היתר, *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 1; *A Free and Responsible Press*, הערה 145 לעיל, בעמ' 210; Nimmer, *Press*, הערה 145 לעיל, בעמ' 5 להקדמה; Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 651. "Is Freedom of the Press A Redundancy", הערה 166 לעיל, בעמ' 651.

אנחנו נעשה שימוש במונח "עיתונות" כמונח המתאר את כל סוגי התקשורת – משודרת וכתובה כאחת. מעבר לנקודת מוצא בסיסית זו, הנסייה היא שלא להגדיר מראש, באופן סגור וממצה, את המונח "עיתונות".²⁰⁰ ביסוד עמדה זו מונח החשש כי בכל הגדרה סגורה ישנו מרכיב גורר, העשוי להגביל את האפשרות לעסוק בתחום העיתונות מתוך חירות עיתונאית מלאה,²⁰¹ ואף עשוי להיתפס כרישוי עקיף של תחום העיתונות.²⁰² נוסף על כך, ספק אם הגדרה סגורה של המונח "עיתונות" תצליח לצפות מראש ולכלול במסגרתה את מכלול המקרים שבהם מדובר במילוי תפקיד עיתונאי.²⁰³ על רקע זה נהוג לסבור, כי הגדרת המונח "עיתונות" צריכה להיות הגדרה פתוחה על בסיס מבחן תפקודי (פונקציונלי), הבוחן האם על פי מהותה כלולה הפעולה הנדונה במסגרת תפקידיה של העיתונות. זאת, להבדיל ממבחן מוסדי, הבוחן את זהותו ואת שייכותו הארגונית של מבצע הפעולה הנדונה.²⁰⁴ כפעולות המהוות חלק מתפקידי העיתונות נהוג לראות את פעולת איסוף המידע ואת פעולת הפרסום וההפצה של מידע ושל דעות לציבור הרחב. בשונה מעצם פעולת הביטוי, אשר אינה מיוחדת לעיתונות ויכולה להתייחס לכל אדם המבקש לממש את זכותו הפרטית לחופש ביטוי,²⁰⁵ דגש מושם על תפקיד העיתונות

200 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 237 הערה 71; Abrams, הערה 166 לעיל, בעמ' 580; Marshall, הערה 166 לעיל, בעמ' 43, 50. ראו גם את המקורות המאזכרים בהערה 204 להלן.

201 זאת, מתוך הנחת מוצא שבמגורים מסוימים עשוי מעמדה המשפטי של העיתונות להיות שונה ממעמדו של אדם פרטי המוען להגנה על חירות הביטוי שלו: אודות אין כל נפקות ואין כל משמעות להגדרת המונח "עיתונות" בהקשר זה.

202 ראו Abrams, הערה 166 לעיל, בעמ' 583; דין וחשבון העדה לחסין עיתונאי 26 (תשנ"ה) (להלן: ד"ח העדה לחסין עיתונאי).

203 ראו Marshall, הערה 166 לעיל, בעמ' 49.

204 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 91, 107; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1309 הערה 76, 1322 ואילך; Abrams, הערה 166 לעיל, בעמ' 583; Lange, הערה 166 לעיל, בעמ' 100; Sack, הערה 166 לעיל, בעמ' 633; Bezanson, הערה 166 לעיל, בעמ' 785.

205 ראו Schauer, הערה 2 לעיל, בעמ' 107; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1323–1322; ראו Abrams, הערה 166 לעיל, בעמ' 581–582; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 237 הערה 71; Bezanson, הערה 166 לעיל, בעמ' 782, 784; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 118–2 עד 120; "Is Freedom of the Press A Redundancy", Nimmer, הערה 166 לעיל, בעמ' 650. גישה זו קיבלה ביטוי בכמה דברי חקיקה שביקשו להגדיר את המונח "עיתונות". המדובר בעיקר בדברי חקיקה בנושא חיסין עיתונאי או בנושא הצגת דרישות מיוחדות כתנאי לתפיסת חומר תוצר עיתונאי על ידי רשויות חקירות. ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1324–1325, המביא כדוגמאות את ה-1879 Stat. 96-440, Pub.L.No. 96-440, 94 Privacy Protection Act of 1980, חוק זה קובע, כי חומר שהוא תוצר של עבודה עיתונאית אינו יכול להיחשב מכוח צו חיפוש רגיל אלא רק מכוח צו בית משפט פרטני בנושא. על פי החוק, צו כאמור נדרש בכל מקרה בו המדובר בחומר אשר "possessed by a person reasonably believed to have a purpose to disseminate to the public a newspaper, book, broadcast, or other similar form of public communication". דוגמא נוספת המובאת על ידי Freedman היא חוק מדינת Delaware שברצות-הברית בנושא חיסין עיתונאי (10 Del. Code § 4320 (2000)). חוק זה מכיר בחיסין

בפרסום ובהפצה של מידע ודעות לציבור הרחב. כאמור בפרק ב.2(א) לעיל, תפקיד מרכזי נוסף המיוחס לעיתונות, ובהתאם לכך צריך להיות כלול בהגדרתה, נוגע למעורבותה בבדיקה, בביקורת ובפיקוח על פועלן של רשויות השלטון.²⁰⁶ על יסוד אותם נימוקים השוללים הגדרה סגורה וממצה של המונח "עיתונות" ניתן להבין גם את הרתיעה מפני הגדרה מוסדית של המונח, הבוחנת את שאלת השייכות והזיקה לכלי תקשורת ממוסד. גם במקרה של הגדרה מוסדית קיים חשש שההגדרה תצמצם את היקף העוסקים בתחום העיתונות מתוך חירות עיתונאית מלאה, ולמעשה תהווה רישוי עקיף של העיסוק בתחום העיתונות. באופן דומה, הגדרה מוסדית של המונח "עיתונות" עלולה אף היא שלא לכלול גורמים הממלאים תפקיד עיתונאי באופן עצמאי, חלקי ולעתים גם חד-פעמי. מנגד, לא ניתן להתעלם מהעובדה שעמימות ההגדרה התפקודית (פונקציונלית) של המונח "עיתונות" והיקפה הרחב הופכים אותה להגדרה שתרומתה המעשית מוטלת בספק. אם מקבלים את ההגדרה התפקודית כפשוטה, כי אז קשה לתחום את קו הגבול בינה לבין עיקרון חופש הביטוי בכללותו.²⁰⁷ יתרה מזאת: כפי שנראה בהמשך, בנסיבות מסוימות תפקידה החברתיים של העיתונות אכן עשויים להצדיק הכרה בכוחות ובזכויות שאינם נתונים לכל אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. עוד נראה, כי תפקידה החברתיים של העיתונות עשויים גם להטיל עליה חובות משפטיות מיוחדות שאינן חלות על כל אדם פרטי באשר הוא אדם. על רקע זה דומה כי לא רצוי להסתפק בהגדרה תפקודית כללית של המונח "עיתונות". יישומה של הגדרה כזו עלול להביא לתחולה רחבה מדי הן של הכוחות ושל הזכויות המיוחדים לעיתונות והן של החובות המשפטיות המוטלות עליה – מצב דברים הסומן בחובו עלות חברתית ופגיעה בשיקולים ובאינטרסים מתחרים במידה העולה על הנדרש.²⁰⁸ מעבר לכך, בכל מקרה ומקרה עשוי תהליך קביעת מעמדה המשפטי של העיתונות, וזכויותיה וחובותיה כאחת, לחייב התייחסות למכלול שלם של שיקולים, חלקם נסיבתיים. גם מסיבה זו ספק אם ראוי להסתפק בהגדרה תפקודית גורפת של המונח "עיתונות". לא מן

עיתונאי של עיתונאי וכן של כל "scholar, educator [or] 'polemicist' or any other person

whose career involves 'mass reproduction of words, sounds, or images in a form available to the general public'". עם זאת, כעולה מן האמור אצל Freedman, הערה 166

לעיל, בעמ' 1325, יש גם מקרים שבהם, לצורך הכרה בודיסון עיתונאי, דבר החקיקה נוקטים הגדרה הדורשת קשר או זיקה כלשהם לגוף העוסק בתקשורת. הגדרה מוסדית של המונח "עיתונות", על פי מבחן שייכות לגוף עצמאי העוסק בתקשורת חדשותית למטרת רווח ומממן בעיקר על ידי פרסומות, נקטה גם לגבי כללים המסדירים את הכניסה למסיבות עיתונאים מטעם גורמים שלטוניים. ראו Marshall & McCown, הערה 166 לעיל, בעמ' 187 הערה 101.

206 ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1323; Bezanson, הערה 166 לעיל, בעמ' 785.

207 ראו Lange, הערה 166 לעיל, בעמ' 106; "A Preferred Position for Journalism", Lewis, הערה 166 לעיל, בעמ' 607.

208 ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 188.

הנמנע, כי נסיבות שונות ומקרים שונים יצמיחו הגדרות שונות של המונח "פעולה עיתונאית", שלגביה יש להחיל מעמד משפטי מיוחד.

על רקע זה נראה, כי אין טעם רב בניסיון להגדיר באופן כוללני את המונח "עיתונות" ולו גם על דרך של הגדרה תפקודית. דומה, כי גיבוש היקף המונח "עיתונות", כמו גם קביעת המעמד המשפטי המתחייב ממנו, צריכים להיעשות באופן נפרד לפי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה.²⁰⁹ במסגרת זו יש לשים דגש על מהות הפעולה הנדונה ולא רק על שאלת השייכות הארגונית של מבצע הפעולה לגוף הפועל באופן קבוע ושוטף בתחום התקשורת. עם זאת, גם לשייכות הארגונית של מבצע הפעולה עשויה להיות חשיבות, שכן שייכות זו עשויה להיות סממן המרמז על מהות התפקיד שביצע אותו גורם.²¹⁰

4. השיקולים השונים בקביעת מעמדה המשפטי של העיתונות

סקירת התפקידים השונים של העיתונות מלמדת על הקשר ההדוק בין פועלה של העיתונות לבין היבטיו השונים של התהליך הדמוקרטי. לעיתונות יש השפעה ישירה על אופיו של השיח הציבורי, על תקינות התהליך הדמוקרטי ועל יכולתו של כל יחיד לקחת בו חלק פעיל. במובן זה, פעילותה של העיתונות היא בבחינת פעילות הנוגעת לציבור הרחב. במסגרת הצגת תפקידה המוסדי של העיתונות עמדנו על הצורך להבטיח את מעמדה העצמאי של העיתונות ואת חוסר התלות שלה ברשויות השלטון. מסקנה דומה מתחייבת גם לגבי פועלה של העיתונות כגורם האוסף, מרכז ומעביר לידיעת הציבור

209 גישה דומה הובעה בישראל על ידי הוועדה לחיסון עיתונאי שהוקמה על ידי שר המשטרה ושר המשפטים. בהתייחסה להגדרת המונח "עיתונאי", לצורך תחולתו של החיסון העיתונאי, ציינה הוועדה כי: "חברי הוועדה מאחדים בדעה כי אין מקום להגדיר את המונח 'עיתונאי' בחוק כפי שאין להגדיר בחוק זה מזה 'פרסום'. חברי הוועדה סבורים כי כל הגדרה בחוק למקצוע העיתונות תהיה בעלת השלכה מצמצמת ולא רצויה על היקף המקרים שאותם רואה הוועדה כנכנסים לגדר של החיסון העיתונאי. מעבר לכך מתנגדים חברי הוועדה לכל מגמה שיש בה כדי להביא לדישון של מקצוע העיתונות או להגבלת היקף העוסקים בו. לפיכך בחרו חברי הוועדה להחיל את החיסון על מידע שנתקבל או שהושג לצורך 'עבודה עיתונאית'. חברי הוועדה סבורים כי יש לפרש את המונח 'עבודה עיתונאית' באופן רחב. בהקשר זה עלו בוועדה מודלים שונים אפשריים, למשל: השאלה אם יינתן חיסון לסופרי-היסטוריה הכותב ספר-מחקר? האם אדם המבצע תחקיר מתוך כוונה להגישו לעיתון כדי להתקבל לעבודה עיתונאית זכאי לחיסון? האם ייחנה גם מכתב למערכת מחיסון עיתונאי? חברי הוועדה החליטו להשאיר את גיבוש היקף של המונח 'עבודה עיתונאית' לעבודתם השוטפת של בתי המשפט. יחד עם זאת סברו חברי הוועדה כי היותו של אדם הסוען לחיסון עיתונאי בעל תעודת עיתונאי מטעם גוף המאגד בתוכו עיתונאים או בעל אישור על היותו מועסק בעיתון תהווה ראייה לכאורה כי המידע שלגביו נסען חיסון נועד לצורך עבודתו העיתונאית". ד"ח הוועדה לחיסון עיתונאי, הערה 202 לעיל, בעמ' 26.

מידע ודעות.²¹¹ מעבר לכך, מהאינטרס הציבורי הכרוך בתפקידיה השונים של העיתונות ניתן לגזור שתי קביעות נוספות כלליות יותר: ראשית, ייתכנו נסיבות שבהן תפקידיה של העיתונות יצדיקו הכרה בכוחות ובזכויות שאינן נתונות כעניין של שגרה לכל אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. שנית, ייתכנו נסיבות שבהן יהיה מקום להטיל על העיתונות חובות משפטיות המתחייבות מהתפקיד החברתי שהיא ממלאת. להלן נדון בהיבטים הכלליים של קביעות אלה.²¹²

211 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק ב.2 (ב) לעיל. ראו גם Four Theories of the Press, הערה 166 לעיל, בעמ' 51; Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 55-57; Bollinger עומד על כך שהצורך בעיתונות עצמאית ובלתי תלויה נובע לא רק מהרצון למנוע לחצים מצד גורמים שלטוניים, אלא גם מהרצון לשמר בקרב העיתונות הפוס התנהגות של חשיבה עצמאית וביקורתית.

212 שאלה זו זכתה לדיון נרחב למדי במסגרת המשפט האמריקני. התיקון הראשון לחוקה האמריקנית קובע הגנה חוקתית הן לחופש הביטוי והן לחופש העיתונות: "the freedom of speech, or of the press". על רקע זה נשאלה השאלה, מהו היחס בין שני המרכיבים – "חופש הביטוי" (וליתר דיוק, "חופש הדיבור") ו"חופש העיתונות", והאם לחופש העיתונות יש מעמד עצמאי ונפרד מזה של חופש הביטוי? בין היתר העלתה בהקשר זה גם השאלה, האם לעיתונות יש מעמד מועדף על פני זה של אדם רגיל המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. הנשאל זכה להתייחסויות שונות ומגוונות בפסיקה בית המשפט העליון בארצות הברית, אך טרם נדון לגופו. ניתן לחלק את הדעות השונות שהובעו בפסקי הדין לשלוש עמדות מרכזיות. על פי העמדה הראשונה, אין כל הבדל בין חופש הביטוי לבין חופש העיתונות, ולעיתונות אין כל מעמד מועדף על פני אדם רגיל המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. עמדה זו מסתמכת, בין היתר, על ההיסטוריה החקיקתית של התיקון הראשון לחוקה, שממנה, כך נטען, ניתן ללמוד כי לא הייתה כל כוונה להעניק לעיתונות מעמד מועדף. על פי העמדה השנייה, אומנם לעיתונות בתור שכזו אין מעמד מועדף על פני אדם רגיל המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי, אך ייתכנו נסיבות שבהן יצדיק תפקידיה של העיתונות להכיר בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות. על פי עמדה זו, אין מדובר במעמד מועדף כללי של העיתונות כמוסד חברתי, אלא בכוחות ובזכויות נקודתיים שמחד גיסא מתחייבים מתפקידיה החברתיים של העיתונות, ומאידך גיסא אינם נדרשים ואינם רלבנטיים במסגרת ההגנה על הזכות לחופש ביטוי של אדם פרטי מן השורה. העמדה השלישית גורסת כי התיקון הראשון לחוקה מקנה לעיתונות הגנה מוסדית המתחייבת מתפקידיה של העיתונות לבדוק, לבקר ולפקח על רשויות השלטון השונות. הגנה זו מיועדת להבטיח שהעיתונות תהיה עצמאית ובלתי תלויה ברשויות השלטון האחרות. היו מי שסברו כי הגנה זו אוסרת גם על הכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות, שכן הכרה באלה עשויה לגרום לקשרי תלות בין העיתונות לבין רשויות השלטון. ראו לעניין זה Lange, הערה 166 לעיל, בעמ' 78-99; Nimmer, הערה 2 לעיל; Sack, הערה 166 לעיל; Lewis, הערה 166 לעיל; Abrams, הערה 166 לעיל; Stewart, הערה 166 לעיל; BeVier, הערה 166 לעיל; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1306 ובפרט בהערה 62 שם; Marshall & McCown, הערה 166 לעיל, בעמ' 171-172; Van Alstyne, Interpretations of the First Amendment, הערה 166 לעיל, בעמ' 51-56. לדיון בהיסטוריה החקיקתית של התיקון הראשון לחוקה האמריקנית ובהשלכותיה על שאלת היחס בין "חופש הביטוי" לבין "חופש העיתונות" המזכירים בו, ראו David A. Anderson, "The Origins of the Press Clause" 30 UCLA L.

(א) נסיבות המצדיקות הכרה בכוחות ובזכויות ייחודיים לעיתונות

(1) כללי

הטענה, כי ייתכנו נסיבות שבהן תפקידיה של העיתונות יצדיקו הכרה בכוחות ובזכויות שאינם נתונים לכל אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי, פותחה בעיקרה

Pell v. Rev. 455 (1983). פסקי הדין המרכזיים שבהם הובעו העמדות האמורות לעיל הם: *Procurier*, הערה 185 לעיל, בעמ' 833-835, 841-839; *Saxbe v. Washington Post*, הערה 185 לעיל, בעמ' 850, 857-860, 864-862; *Houchins v. KQED*, הערה 185 לעיל, בעמ' 12-9, 17-19; *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, 684-685, 691-692, 721, 724, 726-728; *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 781, 798-802 (1977); *Richmond Newspapers. v. Virginia*, 448 U.S. 555, 582, 586, 600 (1979); *Dun & Bradstreet v. Greenmoss Builders* 472 U.S. 749, 773, 781-784 (1984); *Cohen v. Cowles Media* 501 U.S. 663, 669-672, 673-679 (1990). במדינות אחרות קיבלה שאלת היחס בין חופש הביטוי לבין חופש העיתונות וההבדלים ביניהם דיון פחות ממצה. באנגליה הדעה הרווחת היא כי מעמדה המשפטי של העיתונות אינו שונה ממעמדו של כל אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. ראו *Gibbons*, הערה 166 לעיל, בעמ' 280; *Royal Commission*, הערה 145 לעיל, בעמ' 107, 183; *Barendt*, הערה 166 לעיל, בעמ' 65. ראו גם *Michael Supperstone*, "Press Law in the United Kingdom" *Press Law in Modern Democracies – A Comparative Study* 9 (Pnina Lahav ed., 1985); "Press and Printing," 37 *Halsbury's Laws of England* ¶¶ 1072-1100 (4th ed., 1982).

בקנדה מקנה סעיף 2(8) לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות (The Canadian Charter of Rights and Freedoms) הגנה חוקתית מפורשת לחופש הביטוי, לדבר חופש העיתונות, בציינו כי:

"2. Everyone has the following fundamental freedoms: ...

(ii) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;"

למרות האכזר המפורש הן של הזכות לחופש הביטוי והן של חופש העיתונות, לא מצאנו פסיקה קנדית המתייחסת במישרין לשאלת היחס בין חופש הביטוי לבין חופש העיתונות וההבדלים ביניהם.

בדין הגרמני המצב מורכב יותר. סעיף 1(15) לחוק היסוד הגרמני (Grundgesetz) מצייין בנפרד שלוש הגנות: הגנה על חופש הביטוי, הגנה על חופש העיתונות והגנה על החופש לדווח באמצעות כלי תקשורת וסרטים. בהסתמך על פסיקת בית המשפט החוקתי בגרמניה מצייין *Barendt*, כי האזכור הנפרד של ההגנה על חופש הביטוי ושל ההגנה על חופש העיתונות אינו מלמד בהכרח כי לעיתונות יש מעמד מועדף – כוחות וחכיות – שאין לאדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. ואולם, עדיין, ניתן למצוא בדין הגרמני הבדל מרכזי אחד בין ההגנה על חופש הביטוי לבין ההגנה על חופש העיתונות (ובכלל זה גם החופש לדווח באמצעות כלי תקשורת וסרטים). ההגנה על חופש העיתונות נתפסת בדין הגרמני כהגנה מוסדית על גוף הממלא תפקיד בעל חשיבות ציבורית וחברתית במדינה דמוקרטית. על רקע זה, ראה הדין הגרמני בסעיף 1(15) לחוק היסוד סעיף המסיל על המחוקק חובה חיובית כפולה: מצד גיסא, חובה להכיר בכוחות ובזכויות המתחייבים מתפקידה החברתי של העיתונות, ומאידך גיסא, חובה לקבוע לגבי העיתונות כללים, לרבות חובות, שיבטיחו כי העיתונות תוכל למלא את התפקיד החברתי המוטל עליה. במסגרת זו,

על-ידי Nimmer, שהציג את השיעור הבא: ²¹³ לעיתונות אין, כעניין שבהגדרה, מעמד מועדף על פני זה של אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. עם זאת, העיתונות מקדמת חלק מתכליות עיקרון חופש הביטוי בהיקף ובעוצמה העולים בהרבה על יכולותיו של אדם פרטי בודד. ²¹⁴ לפיכך, ייתכנו מקרים שבהם האיזון בין חופש העיתונות לבין אינטרסים ושיקולים נגדיים יביא לתוצאה שונה מזו של האיזון בין זכותו של אדם פרטי לחופש ביטוי לבין אותם אינטרסים ושיקולים נגדיים, הכל לפי נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה לגופו. סקירת תפקידיה השונים של העיתונות אכן מאששת את טענתו של Nimmer. כפי שראינו, במילוי תפקידיה השונים משרתת העיתונות את הציבור הרחב, מקדמת אינטרסים חברתיים, ובמקרים רבים גם מבטיחה מימוש טוב יותר של הזכויות הפוליטיות הנתונות לכל אזרח בחברה. על רקע זה, אכן עשוי להיות הבדל ניכר בין דרגת האינטרס הציבורי הכרוך בפועלה של העיתונות לבין דרגת האינטרס הציבורי הכרוך במעשיו של אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. ²¹⁵ במקרים רבים פעילות עיתונאית, כמו גם מימוש זכותו של אדם פרטי לחופש ביטוי,

בצד חוקים המעגנים מפורשות את ההגנה על עצמאות העיתונות ועל היכולת שלה לקבל מידע ולהפיצו, ישנם גם חוקים הקובעים חובות ומגבלות בתחום העיתונות. כאלה הם, לדוגמא, חוקים שמטרתם היא למנוע ריכוזות בתחום התקשורת ולהבטיח ריבוי וגיוון של מידע ודעות. לסקירת הדין הגרמני בנושאים אלה ראו Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 68, 103, 111, וכן Helmut Kohl, "Press Law in the Federal Republic of Germany," in *Press Law in Modern Democracies – A Comparative Study* 185, 188-195, 213-216 (Pnina Lahav ed., 1985); Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 402-415 (2nd ed., 1997); Ulrich Karpen, "Freedom of Expression," in *The Constitution of the Federal Republic of Germany – Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law* 91, 99-105 (Ulrich Karpen ed., 1988); Martin Bullinger, "The Constitution and Communication," in *New Challenges to the German Basic Law* 43, 49-57 (Christian Starck ed., 1991); Gabór Halmai, "The New Types of Media and the State or the end of Liberalism," in *Rights of Access to the Media* 205, 212-217 (Andrés Sajé & Monroe E. Price eds., 1996); Ulrich K. Preuss, "The Constitutional Concept of the Public Sphere According to German Basic Law with Special Consideration of the Boundaries of Free Speech" in *Rights of Access to the Media*, supra, at 121, 122-128.

213 ראו Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 105-2 ואילך.

214 ראו גם Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 68; Marshall, לעיל הערה 166, בעמ' 41-42. כמפורט להלן, המדובר באותן תכליות שנוגעות לקידום אינטרסים כלל-חברתיים. מנגד, תכליות הנוגעות לקידום ערך האוטונומיה של הפרט עשויות להתקיים במקרה של אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי, בהיקף ובעוצמה רבים מאלה הקיימים במקרה של העיתונות. ראו Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 123-2. לדעה שונה, לפיה מרכיב ההגשמה העצמית הוא מרכיב מרכזי בעבודתם של עיתונאים, ראו Lange, הערה 166 לעיל, בעמ' 103-104. ראו גם את הדברים האמורים בהקשר זה בפרק ב.4(ג) להלן.

215 לגישה דומה ראו אורי שנהר, דיני לשון הרע 66-67 (תשנ"ו).

עלולים להיות כרוכים הן בפגיעה באינטרסים פרטיים אחרים והן בעלות חברתית. לפיכך, יש היגיון רב בטענה כי דרגה שונה של אינטרס ציבורי עשויה להביא להכרעות שונות בעימות אל מול אותם אינטרסים ושיקולים נגדיים. מכאן נובעת המסקנה, כי האינטרס הציבורי בפעילות עיתונאית עשוי להצדיק לגביה כוחות וזכויות שלא ניתן להצדיק על יסוד זכותו הפרטית של כל אדם לחופש ביטוי.²¹⁶ ההכרה בכוחות ובזכויות אלה מבוססת על צורכי הציבור ולא על הכרה במעמד מועדף של העיתונות בתור שכזו.²¹⁷

גישה זו עשויה, לדוגמא, להסביר את ההבחנה בין מעמד העיתונות לבין מעמד הציבור הרחב בעניינים הקשורים לאיסוף מידע וחדשות,²¹⁸ כגון מעמדה המועדף של העיתונות בגישה לאזורים סגורים משיקולי סדר וביטחון ולמקומות מוגבלים בשטחם כמו אולמות בית משפט.²¹⁹ בניגוד לנוכחותו של אדם פרטי, נוכחות העיתונות באותם מקרים משרתת

216 ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1313, 1321; Marshall & McCown, הערה 166 לעיל, בעמ' 184-185; BeVier, הערה 166 לעיל, בעמ' 182-184; Sack, הערה 166 לעיל, בעמ' 634; Dworkin, הערה 81 לעיל, בעמ' 386; Raz, הערה 80 לעיל, בעמ' 253.

217 ראו BeVier, הערה 166 לעיל, בעמ' 184; Dworkin, הערה 81 לעיל, בעמ' 376, 386. ראו גם Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 158, 161, אשר עומד על כך שמעמדה של העיתונות מבוסס במידה רבה על צורכי הציבור שאותו היא משרתת.

218 ראו Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 109-2; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1314. ראו גם Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 72; פרשת ינב, הערה 192 לעיל, המלמדת על המעמד המועדף שיש לעיתונות בגישה למידע המצוי בידי רשויות השלטון ובקבלתו. ראו גם פרשת ציטרין, הערה 35 לעיל, בעמ' 673-674; בג"צ 181/96 הצאת עיתון "הארץ" נ' הדמטכ"ל, פ"ד נ(5) 45; בג"ץ 29/62 כח נ' שד הביטחון, פ"ד סז 1023.

219 ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1313, 1321; Marshall & McCown, הערה 166 לעיל, בעמ' 184-185; Van Alstyne, *Interepretations of the First Amendment*, הערה 166 לעיל, בעמ' 56. ברחו זו התבטאו השופטים Burger ו-Stewart בפרשת *Richmond Newspapers. v. Virginia*, לעיל הערה 212, בציינם:

"Moreover, since courtrooms have limited capacity, there may be occasions when not every person who wishes to attend can be accommodated. In such situations, reasonable restrictions on general access are traditionally imposed including preferential seating for media representative."

דברי השופט Burger, הערה 18 בעמ' 582 לפסק הדין. וכן:

"Moreover, every courtroom has a finite physical capacity, and there may be occasions when not all who wish to attend a trial may do so. In such situations, representatives of the press must be assured access."

דברי השופט Stewart, בעמ' 600 לפסק הדין ובהערה 3 שם. ראו גם בג"ץ 36/82 איגוד עיתונאי הרוץ בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(2) 637. באותו מקרה הגבילו שלטונות הצבא את מספר העיתונאים שהיו רשאים להיות באזור פתוח רפיה ובעיד ימית בעת פיגועי והעברת השליטה בהם לידי מצרים. בית המשפט אישר את החלטת שלטונות הצבא ואמר בהקשר זה: "עצם ביצוע הפיגוע חייב את השלטונות להרציא צו סגירה לגבי האזור... נוכחות מספר מסוים של נציגי אמצעי

את הציבור כולו.²²⁰ העיתונות ממלאת במקרים אלה תפקיד שאדם פרטי מן השורה אינו ממלא ואינו נוטל בו חלק²²¹ – היא מאפשרת לציבור הרחב כולו להיות נוכח באותם אירועים גם אם הוא לא נמצא שם פיזית.²²² מסיבה זו, בעניינים הקשורים לאיסוף מידע וחדשות העיתונות עשויה לזכות בכוחות ובזכויות שלא ניתן להצדיק על יסוד זכותו הפרטית והאישית של כל אדם לחופש ביטוי.²²³ ההכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות ניתנת להסבר גם מהיבט נוסף. בחלק מהמקרים, הכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות אינה מלווה באותם חששות ובאותן עלויות חברתיות שהיו קיימים אם כוחות וזכויות אלה היו מוענקים לציבור הרחב כולו. כך, התרת נוכחות העיתונות באזור סגור משיקולי סדר וביטחון אינה מלווה באותם חששות שמעוררת התרת גישה חופשית של הציבור כולו לאותו אזור.²²⁴ במובן זה, ההבחנה בין העיתונות לבין הציבור הרחב מוסברת גם על יסוד ההבדלים בסוג ובדרגת הסיכונים הכרוכים בהתרת פעילות מסוימת. לא הרי סוג ודרגת הסיכונים הנובעים מההכרה בקיומם של כוחות מסוימים לשם ביצוע תפקיד עיתונאי, כסוג ודרגת הסיכונים הקיימים כאשר כוחות אלה מוענקים דרך קבע לציבור הרחב כולו.²²⁵

על יסוד דברים אלה נראה כי יש טעם רב בעמדה, שלפיה תפקידיה של העיתונות עשויים להצדיק הכרה בכוחות ובזכויות שאינם נתונים לכל אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. למותר לציין, כי הכוונה אינה לחסינות גורפת של פעילות עיתונאית מפני הוראות חוק מגבילות, אלא לנסיבות פרטניות שבהן יוענקו לעיתונות אותם כוחות וזכויות הנדרשים לשם מילוי נאות של תפקידיה החברתיים. במסגרת זו יש להתחשב בצורכי התפקיד העיתונאי שבו מדובר, במהות ובדרגת האינטרס הציבורי של כל מקרה נתון, ובמכלול השקולים והאינטרסים הנגדיים הקיימים בנסיבות המקרה. נתונים אלה משתנים ממקרה למקרה. לפיכך, נראה כי אותם כוחות וזכויות הניתנים לעיתונות מתוקף תפקידיה, צריכים להיות כפופים למתחייב מנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה לגופו. כמו כן, נראה כי הדגש המרכזי צריך להיות על מהות הפעולה הנדונה ולא על שאלת השייכות הארגונית של מבצע הפעולה לגוף הפועל באופן קבוע ושוטף בתחום התקשורת. הטעם לכך כפול. ראשית, משום שבדרך כלל עצם ההשתייכות

התקשורת מבטיחה, מצד אחד, שלציבור יהא מידע על המתרחש באזור, ומצד אחר, הסדר זה מהווה איזון מתאים בין שני האינטרסים הציבוריים החשובים, שהם חופש העיתונות מצד אחד וביצוע נאות של תפקידי השלטונות מצד אחר". שם, בעמ' 638–639.

220 ראו BeVier, הערה 166 לעיל, בעמ' 182–184.

221 ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1314.

222 ראו Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 124–2 הערה 97 שם.

223 לדעה דומה ראו סגל, *חופש העיתונות*, הערה 35 לעיל, בעמ' 272, 279–278.

224 ראו Marshall & McCown, הערה 166 לעיל, בעמ' 184. ראו גם את פרשת איגוד עיתונאי החוץ בישראל, הערה 219 לעיל.

225 ראו Marshall & McCown, הערה 166 לעיל, בעמ' 184–185; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 124–2.

הארגונית של מבצע הפעולה לגוף הפועל באופן קבוע ושוטף בתחום התקשורת, אינה מספיקה כדי ללמד באופן מפורט על מהות ודרגת האינטרס הציבורי בביצוע הפעולה הגדולה. שנית, משום שייטכנו לא מעט מקרים שבהם גורם שאינו נמנה עם העיתונות הממוסדת יבצע וימלא תפקיד עיתונאי בעל חשיבות ציבורית רבה. בכך אין כדי לגרוע מהעובדה, כי במקרים מסוימים תיתכן חשיבות גם לשאלת השייכות הארגונית של מבצע הפעולה. שייכות זו עשויה להוות סממן המלמד על מהות הפעולה ועל השלכותיה. ישנם מקרים שבהם השייכות הארגונית עשויה להעיד על דרגת האינטרס הציבורי בביצוע אותה פעולה, או, לחלופין, ללמד על חומרת הפגיעה בשיקולים ובאינטרסים נוגדים. כך, לדוגמה, ההשלכות של סירוב לצרף כתב של רשת טלוויזיה ארצית לביקור מדיני חשוב במדינה זרה אינן זהות להשלכות של סירוב לצרף כתב תחנת רדיו מקומית בצפון הארץ לאותו הביקור. מנגד, דרגת הפגיעה בזכות לפרטיות, עקב שידור חי בטלוויזיה של טקס לוויית חייל ללא הסכמת משפחתו, עולה בהרבה על זו של דיווח כתוב בעיתון על אודות אותה לווייה.²²⁶

בפועל, ניתן למצוא מקרים שבהם הכיר הדין בכוחות ובזכויות המתחייבים מתפקידיהם החברתיים של העיתונות.²²⁷ בין היתר, דובר בנושאים הבאים: הכרה בחסיון עיתונאי,²²⁸ חריגים מסוימים בדיני הסגת גבול הנוגעים לפעילות עיתונאית,²²⁹ הכרה בזכותה של העיתונות להיות נוכחת בהליכים משפטיים כחלק מהזכות לאסוף ולקבל מידע,²³⁰ המעמד

- 226 ראו בהקשר זה גם שנהר, הערה 215 לעיל, בעמ' 67.
- 227 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 235; Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 21-8; Van Alstyne, *Interpretation of the First Amendment*, הערה 166 לעיל, בעמ' 58-59.
- 228 לסקירה השוואתית ראו Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 73 ואילך; משה רונן אתיקה עיתונאית א 153-160 (1998). ראו גם Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 4-58; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1325; Bezanson, הערה 166 לעיל, בעמ' 759. שמואל הרשקוביץ, "חסיון עיתונאי מגילוי מקורות מידע", *מחקר משפטי א* 251 (תש"ם); *דו"ח העדה לחיסיון עיתונאי*, לעיל הערה 202, וכן T. Barton Carter, Juliet Lushbough Dee, Martin J. Gaynes & Harvey L. Zuckman, *Mass Communication Law in a Nutshell* 258-291 (4th ed., 1994). לדין בישראל, אשר מכיר בחיסיון עיתונאי יחסי, ראו פרשת ציטרין, הערה 81 לעיל.
- 229 ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בפרט בעמ' 1300-1302; Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 237 ובפרט בהערות 74-77 שם. כעולה ממקורות אלה, הפסיקה בארצות הברית בנושא זה אינה אחידה. ישנם פסקי דין שקבעו, באופן גורף, כי חופש העיתונות אינו יכול לשמש בסיס מכל סוג שהוא להסגת גבול חזירה לרכוש פרטי. מנגד, פסקי דין אחרים נטו להכיר באפשרות, כי תפקיד העיתונות באיסוף חדשות והפצתם לציבור הרחב עשוי במקרים מסוימים לסייג את זכותם הרכשית של בעלי מקרקעין.
- 230 ראו לעניין זה את המקורות המאזכרים בהערה 218 לעיל. ראו גם Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 42-4 ואילך; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1304, 1313; Carter et al., הערה 228 לעיל, בעמ' 245 ואילך.

המיוחד במסגרת דיני לשון הרע לפרסומים בעלי עניין ציבורי ולפרסומים בעניינם של אישי ציבור,²³¹ כללים מיוחדים בעניין צווי חיפוש וצווי תפיסת חומר כנגד ממלאי תפקיד

231 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 241; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 114-2 ואילך; Carter et al., הערה 228 לעיל, בעמ' 76 ואילך. בחלק מהמקרים, פסקי דין בתחום דיני לשון הרע, אשר עסקו בפרסומים בעלי עניין ציבורי ובפרסומים בעניינם של אישי ציבור, ציינו מפורשות כי לעיתונות בתור שכזו אין כל מעמד מיוחד. על פי אותם פסקי דין, השאלה היחידה שצריכה להיות לה משמעות בהקשר זה היא שאלת העניין הציבורי הטמון בפרסום. זאת, ללא שום קשר לשאלה האם הפרסום נעשה על ידי העיתונות או על ידי אדם פרטי. פסק הדין המנחה בארצות הברית בנושא זה הוא פסק הדין בעניין *Dun & Bradstreet v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 773, 781-784 (1984). בפסק דין זה סברו המישה מבין תשעת השופטים שנתנו את פסק הדין כי לתקשורת (media) אין כל מעמד מיוחד במסגרת דיני לשון הרע. לדעת אותם שופטים, השאלה הרלבנטית היחידה היא שאלת העניין הציבורי שיש בפרסום. איננו השופטים האחרים לא התייחסו לנקודה זו. הלכה דומה קיימת גם בדין הישראלי. סעיף 2(15) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 קובע, כי קיימת הגנה מפני תביעת לשון הרע כאשר הפרסום נעשה בתום לב, והיחסים בין המפרסם "לבין האדם שאליו הופנה הפרסום הסילו עליו חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות את אותו פרסום". בכמה פסקי דין הועלתה על ידי העיתונות הטענה כי מערכת היחסים בין עיתון לבין קוראיו מטילה על העיתונות חובה מיוחדת לפרסם דברים בעלי עניין ציבורי. לפיכך, טענה העיתונות, כל פרסום עיתונאי בעל עניין ציבורי שנעשה בתום לב חוסה תחת הגנת סעיף 2(15). טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט, שציון מפורשות בהקשר זה כי "היחסים הרגילים בין עיתון לבין קוראיו אינם מטילים עליו חובה מיוחדת לפרסם דברים בעלי עניין ציבורי, ועל כן אין אינם מקנים לו זכיה מיוחדת לכשימצא בלתי נכונים" (ע"א 213/69 חברת החשמל לישראל נ' עתון "הארץ", פ"ד כג(2) 87, 94), וכי "אין החוק מכיר בשום הבדל בין בעל עיתון ועורכו לבין כל מפרסם אחר. הטענה שיש לבעל עיתון ולעורכו מעמד בטרם כבוד נדחתה... דינו של עיתון כדן כל אדם לעניין חובת פרסום" (ד"נ 91/77 חברת החשמל לישראל נ' הוצאת עתון "הארץ", פ"ד לב(3) 337, 351). ראו גם ע"א 670/79 הוצאת עתון "הארץ" נ' מורח, פ"ד מא(2) 169, 199-197; ע"א 552/73 דונבלום נ' כץ, פ"ד ל(1) 589, 594; ע"א 90/49 בנוב נ' קושיק, פ"ד ה 593, 600-601. לדעה שונה ראו פסקה 16 לפסק דינה של השופטת דורנר בת"א (י-ם) 893/89 קליין נ' בן-ישי, לא פורסם (ניתן ביום 25.3.1991). למרות התבטאויות אלה נראה, כי לא היה זה מופרך לראות גם במעמד המועדף, הניתן במסגרת דיני לשון הרע לפרסומים בעלי עניין ציבורי ולפרסומים בעניינם של אישי ציבור, ביטוי לכוחות מיוחדים המתחייבים מתפקידה של העיתונות. למעשה, כל שיש באותם פסקי דין הוא סירוב להכיר במעמד מועדף בתחום דיני לשון הרע עקב עצם ההשתייכות המוסרית לטף העוסק בתחום התקשורת. כאמור לעיל, ככלל, ההכרה בכוחות ובזכויות המתחייבים מתפקידה של העיתונות אינה צריכה להיות מבוססת על יסוד מבחן מוסרי, אלא על יסוד מזהות הפעולה הנדונה ודרגת האינטרס הציבורי בביצועה. מנקודת ראות זו, ההסרה במעמד המיוחד של פרסומים בעלי עניין ציבורי ושל פרסומים בעניינם של אישי ציבור היא דוגמה מובהקת למעמד המיוחד המתחייב ממזהות של התפקיד העיתונאי – פרסום והפצה של מידע בעל עניין ציבורי. זאת, תוך חזירה מוצדקת של הכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות על בסיס מבחן מוסרי של המונח "עיתונות".

עיתונאי, ²³² הזכות לחסינות תהליך ושיקולי העריכה של עיתון, ²³³ ופסילת חוקיותם של מסים שהוטלו בהקשר המיוחד של פעילות עיתונאית. ²³⁴ מעבר לכך, במקרים נוספים שבהם

²³² ראו Carter et al., הערה 228 לעיל, בעמ' 288 ואילך; Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 75 ואילך; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1324. כעולה ממקורות אלה, בארצות הברית ובגרמניה אין חסינות מלאה מפני חיפוש ותפיסה של חומרים עיתונאיים. עם זאת, הכללים הקיימים בנושא מבוססים גם על מעמד המוגן של חופש העיתונות. בארצות הברית פסק בית המשפט העליון בפרשת *Zurcher* כי העיתונות כפופה, כמו כל אדם, לדין הכללי החל בעניין צחי תפיסה וחיפוש. כתגובה לפסק הדין נחקק חוק פדרלי שלפיו בדרך כלל לא ניתן לתפוס חומר תוצר עבודה עיתונאית מבטח צו חיפוש ותפיסה כללי. החוק קובע, כי תפיסת חומר שהוא תוצר של עבודה עיתונאית יכולה להיעשות אך ורק מבטח צו של בית משפט המכון באופן מפורט לאותו חומר מסוים. כעולה מן האמור בהערה 205 לעיל, הגדרת המונח "עבודה עיתונאית" בחוק זה מבוססת על מבחן תפקודי ולא על מבחן מוסדי של שייכות לגוף הפועל באופן שוטף וקבוע בתחום התקשורת. ראו לעניין זה *Zurcher v. Stanford Daily*, 436 U.S. 547 (1978); Privacy Protection Act of 1980, 42 U.S.C.A. §§ 2000aa-1 et seq.

באנגליה קובע סעיף 13 ל־Police and Criminal Evidence Act 1984 הליך מיוחד להוצאת צוים המורים על חיפוש ותפיסת חומר עיתונאי. בישראל, להבדיל, נקבע, כי "חופש הביטוי וחופש העיתונות אין בהם כדי לחסן חומר עיתונאי (כגון סרטי צילום) מפני שימוש בו כחומר חקירה על-ידי גורמי חקירה מוסמכים, מקום שקיים יסוד סביר להניח, כי יש בחומר העיתונאי מידע, העשוי לסייע באופן משמעותי לגילויין של עבירות חמורות". אם כי בית המשפט הוסיף ואמר כי הוא אינו קובע במדויק "את היקף שיקול הדעת בדבר תפיסת חומר עיתונאי כדאי במשפט" (ראו בג"ץ *Time Incorporated* 172/88 נ' *עד הביטחון*, פ"ד מב (3) 139, 141).

²³³ כך נקבע בגרמניה בפרשת *Bild-Wallraff*, 66 BVerfGE 116 (1984). בפרשה זו הכיר בית המשפט החוקתי של גרמניה בחיסיון תהליך ושיקולי העריכה של עיתון כחלק מהזכות לחופש עיתונות המעוגנת בסעיף 5 לחוק היסוד הגרמני. באותה פרשה חדר עיתונאי, בהזדהות מוסווית, למערכת עיתון ימני רב תפוצה בגרמניה. לאור מכן ביקש אותו עיתונאי לפרסם ספר שמתח ביקורת על שיטת העבודה העיתונאית של אותו עיתון, ובמסגרת זו חשף פרטים משיבות המערכת של העיתון. בית המשפט קבע, כי פרסום פרטים משיבות המערכת של העיתון מפר את הזכות לחיסיון תהליך ושיקולי העריכה של עיתון, המהווה חלק מהזכות החוקתית לחופש עיתונות. לסקירת פסק הדין ראו Barendt, לעיל הערה 2, בעמ' 313, וכן Peter E. Quint, "Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory," 48 *Md. L. Rev.* 247, 334-338 (1989).

בארצות הברית הולכה בנושא חסי פרטים הנוגעים לתהליך העריכה ושיקולי העריכה של עיתון היא שונה. בפרשת *Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153 (1978), נפסק, כי ההגנה על חופש הביטוי ועל חופש העיתונות, מבטח התיקון הראשון לחוקה, אינה כוללת זכות לחיסיון תהליך ושיקולי העריכה של עיתון. באותו מקרה ביקש אדם, שתבע עיתון בתביעת לשון הרע, לקבל פרטים לגבי תהליך העריכה בעיתון, כדי להוכיח את טענתו שהעיתון פרסם בודח ידיעה כוזבת לגבי. טענת העיתון, לפיה ההגנה החוקתית על חופש העיתונות כוללת זכות לחיסיון תהליך ושיקולי העריכה של העיתון, נדחתה.

²³⁴ ראו Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 15-16; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1316 והערה 119 שם.

הייתה העיתונות מעורבת, גם אם בתי המשפט עיגנו את פסיקתם בעיקרון הכללי של חופש הביטוי, עדיין ניכר היה בהחלטותיהם כי טעם הפסק מבוסס במידה רבה על ההכרה בחשיבות הציבורית המיוחדת של פעילות בתחום העיתונות.²³⁵

(2) מעמד הטיעונים כנגד הכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות

כמה טיעונים הועלו כנגד העמדה שלפיה תפקידה של העיתונות עשויים להצדיק הכרה בכוחות ובזכויות שאינם נתונים לכל אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. על פי הטיעון הראשון, יש השפעות שליליות להגדלת הפער בתחום חופש הביטוי בין הכוחות והזכויות של התקשורת הממוסדת לבין הכוחות והזכויות של אזרחים מהשורה. חיזוק מעמדה של התקשורת הממוסדת, עקב ההכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות, כך גורס הטיעון, עלול לפגוע ביכולת לקיים שיח ציבורי פורה, מגוון, חופשי מכל מעשה של כפייה חיצונית, המאפשר לכל אזרח לקחת בו חלק שווה.²³⁶ כדוגמא לחיזוק הטיעון מובאים המקרים שבהם כלי תקשורת פרטיים סירבו להעניק לגורמים חיצוניים, לרבות יחידים, אפשרות להתבטא באמצעותם, והצדיקו זאת בטענה שהדבר

235 ראו Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 8–21 ובפרט בעמ' 20. Bollinger סוקר פסקי דין של בית המשפט העליון בארצות הברית בשורה של מקרים בהם נדונו סוגיות מתחום חופש הביטוי והעיתונות הייתה מעורבת כצד להליך. מקרים אלה התייחסו לנושאים כגון לשון הרע, ביטחון לאומי, זכות הגישה לאמצעי תקשורת, הזכות לפרטיות, פגיעה ברגשות הציבור, מיסוי, משפט הוגן והזכות לאסוף חדשות. ברחב פסקי הדין האלה טעם הפסק התייחס לעיקרון חופש הביטוי בכללותו ולא הייתה בהם כל קביעה בדבר מעמדה המשפטי המיוחד של העיתונות. עם זאת ציין Bollinger, כי באותם פסקי דין ניכרת ההשפעה הרבה שהייתה לכך שום עסקו עובדתית בעניינים הקשורים לעיתונות ולא בזכות לחופש ביטוי של אדם פרטי. לדעה דומה ראו גם Stewart, הערה 166 לעיל, בעמ' 635; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1308, 1314; Sack, הערה 166 לעיל, בעמ' 638–639. פסק הדין המובא על ידי Bollinger כדוגמא מובהקת לטענתו הוא פסק הדין המפורסם בתחום לשון הרע בעניין *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). פסק דין זה קבע את ההלכה שלפיה במקרה של פרסומים בעניין ממלא תפקיד ציבורי, מצמצם התיקון הראשון לחוקה האמריקנית, המעגן את המעמד החוקתי של חופש הביטוי ושל חופש העיתונות, את תחולת דיני לשון הרע לפרסומים שנעשו מתוך כוונת דוון. Bollinger מציין, כי למרות שפסק הדין לא התייחס מפורשות לכך שהעיתונות הייתה צד לפרשה, כל קורא מבין היטב עד כמה עובדה זו השפיעה על תוצאת פסק הדין. Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 114–2 עד 116–2, מציין, כי בחלק מהמקרים, פסקי הדין שקבעו את ההלכות בתחום לשון הרע במקרים של פרסומים בעניינים של ממלא תפקיד ציבורי הגדירו את השאלה העומדת לדין כשאלה הנוגעת למעמדם של פרסומים בעיתונות בעניינים של ממלא תפקיד ציבורי. גם הוא מבקש ללמוד מכך כי ההלכות שנקבעו בתחום זה מבוססות למעשה על חשיבותה המיוחדת של הפעילות בתחום העיתונות. לעמדה דומה בכל הנוגע לדין האנגלי ראו Royal Commission, הערה 145 לעיל, בעמ' 183.

236 ראו Lange, הערה 166 לעיל, בעמ' 113–118; Marshall & McCown, הערה 166 לעיל, בעמ' 190, 193; Lewis, "A Preferred Position for Journalism", הערה 166 לעיל, בעמ' 609.

פוגע בחופש העיתונות שלהם.²³⁷ לדעתנו, אין לקבל את הטענה האמור וזאת משני נימוקים מרכזיים: ראשית, כאמור בפרק ב.4(א)(1) הבסיס המוצע לקביעת כוחות זכויות מיוחדים לעיתונות מצוי בתרומתם של כוחות זכויות אלה לקידום אינטרס הציבור ולא באינטרסים פרטיים של העיתונות. לפיכך, בכפוף לנקודת מוצא זו, מלכתחילה לא יהיה מקום להכיר בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות כאשר הדבר עשוי לפגוע בשיתוף הציבורי יותר מאשר להטיב עמו. שנית, הטענה האמור מתעלם מהעובדה שאותו אינטרס ציבורי הכרוך בתפקידיה השונים של העיתונות עלול גם להטיל עליה חובות מיוחדות ולא רק להעניק לה כוחות זכויות מיוחדים. נושא זה יידון בסעיף ב.4(ב) להלן. כמפורט שם, תכליתן של חובות אלה היא, בין היתר, להתמודד עם הכוח והעוצמה הנתונים בידיהם של כלי תקשורת פרטיים. אין כל היגיון לשלול מהעיתונות באופן גורף כוחות זכויות הדרושים לה לשם מילוי תפקידיה החברתיים אך ורק בשל החשש לניצול לרעה של כוחות זכויות אלה. יותר נכון להכיר בכוחות ובזכויות אלה, ובצד ההכרה בהם להטיל על העיתונות את החובות הנדרשות כדי להתמודד עם החשש לניצול לרעה של כוחות זכויות אלה.

טיעון נוסף שהועלה כנגד ההכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות יוצא נגד עצם הביסוס של כוחות זכויות מיוחדים לעיתונות על צורכי הציבור ועל אינטרסים כללי-חברתיים. על פי הטענה, אין מקום ליצירת זיקה בין זכויותיה וכוחותיה של העיתונות לבין צורכי הציבור ואינטרסים כללי-חברתיים, שכן זיקה זו עלולה לשמש גם כמקור להטלת חובות על העיתונות – צעד שיפגע בחופש העיתונות ובעיקרון העצמאות שכה חשוב לתפקודה התקין של העיתונות.²³⁸ ספק אם ניתן לקבל את הטענה האמור. הזיקה בין פועלה של העיתונות לבין אינטרס הציבור היא בבחינת מצב עובדתי נתון. זיקה זו תיוותר בעינה גם אם לא נכיר באותם כוחות זכויות המתחייבים מתפקידיה החברתיים של העיתונות. כמפורט בפרק ב.4(ב) להלן, אכן יש נסיבות שבהן ראוי להטיל על העיתונות חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים ומהאינטרס הציבורי הכרוך בהם. אומנם, אחד השיקולים המרכזיים במסגרת קביעת תוכן והיקפן של חובות אלה הוא הצורך לשמור על מעמדה העצמאי של העיתונות ועל חוסר התלות שלה ברשויות

237 המדובר בכל נושא זכות הגישה לאמצעי תקשורת, לרבות היכולת לחייב כלי תקשורת לאפשר זכות תגובה במסגרת שידוריו או פרסומיו. ראו לעניין זה Jerome A. Barron, *Freedom of the Press for Whom? – The Right of Access to Mass Media* (1975); Benno C. Schmidt, *Freedom of the Press vs. Public Access* (1976), הערה 145 לעיל, בעמ' 74 ואילך; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 111–121, 4 ואילך; Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 98 ואילך; Barendt, הערה 139 לעיל, בעמ' 144 ואילך; Fiss, *Irony*, הערה 59 לעיל, בעמ' 59 ואילך, וכן הדיון בבג"ץ כהן נ' לשכת ערכי הדין, הערה 24 לעיל.

238 ראו Marshall & McCown, הערה 166 לעיל, בעמ' 190; Lange, הערה 166 לעיל, בעמ' 109–108; Lewis, הערה 236 לעיל, בעמ' 605; Van Alstyne, *Interpretations of the First Amendment*, הערה 166 לעיל, בעמ' 63–66; תנן מרמרי, "בין עיתונאות לרשימת שיניים", *דברים אחרים* 1 (אביב 1997) 7, 9.

השלטון; אולם עדיין קשה למצוא בסיס מוצק לטענה כי אין להכיר בכוחות ובזכויות המתחייבים מתפקידיה החברתיים של העיתונות, רק משום שהדבר שופך אור על הצורך המוצדק בהטלת חובות המתחייבות גם הן מתפקידיה החברתיים של העיתונות. הטיעון האחרון, שהועלה כנגד ההכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות, מתמקד בחוסר האפשרות המעשית להבחין בצורה יעילה בין השפעות פועלה של העיתונות לבין ההשפעות של כל פעילות אחרת בתחום הביטוי והתקשורת. על פי הטיעון, אם הבסיס להכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות הוא הגדרה מוסדית של המונח "עיתונות", אזי הגדרה זו לוקה בחסר משום שהיא מתעלמת ממגוון של פעילויות מקבילות במהותן ובתרומתן לזו של העיתונות הממוסדת, המתנהלות באופן עצמאי, בלתי-תלוי ולעתים גם חד-פעמי. מנגד, אם הבסיס להכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות הוא הגדרה תפקודית של המונח "עיתונות", אזי עמימותה של ההגדרה התפקודית והיקפה הרחב מטשטשים את ההבחנה בין "חופש העיתונות" לבין "חופש הביטוי" במידה כזו שכל הדיון בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות עשוי להתייטר.²³⁹ בעולה מהאמור בפרק ב.3 לעיל, הביקורת כלפי השימוש בהגדרה מוסדית של המונח "עיתונות", כמו גם הביקורת כלפי השימוש בהגדרה תפקודית גרידא של המונח "עיתונות", כבסיס לקביעת כוחותיה וזכויותיה של העיתונות, היא ביקורת מוצדקת. אולם, עדיין ספק רב אם המסקנה המתבקשת מכך היא ויתור גורף על ההכרה בכוחות ובזכויות המתחייבים מתפקידיה החברתיים של העיתונות. הפתרון הראוי בהקשר זה הוא שימוש באמות-מידה מדויקות יותר לקביעת מצאי המקרים שבהם ראוי להכיר בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות. כאמור בפרק ב.4(א)(1) לעיל, ההכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים לעיתונות צריכה להיעשות באופן פרטני ובכפוף לשורה של שיקולים: צורכי התפקיד העיתונאי שבו מדובר, מהות ודרגת האינטרס הציבורי של כל מקרה נתון, ומכלול השיקולים והאינטרסים הנגדיים הקיימים באותו מקרה.

על יסוד הדברים האמורים לעיל, דומה כי אין לקבל את הטיעונים השונים כנגד העמדה שלפיה תפקידיה החברתיים של העיתונות עשויים להצדיק הכרה בכוחות ובזכויות מיוחדים, שאינם נתונים לכל אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. העמדה המוצעת בהקשר זה נותרת העמדה שפורטה בפרק ב.4(א)(1) לעיל.

(ב) החובות המשפטיות הנובעות מתפקידיה החברתיים של העיתונות

סקירת התפקידים השונים של העיתונות הדגישה את הייעוד החברתי של העיתונות ואת ההשפעה הישירה שיש לה על אופיו של השיח הציבורי, על תקינות התהליך הדמוקרטי ועל יכולתו של כל יחיד לממש את זכויותיו הפוליטיות. על רקע מהות זו של פעילות העיתונות כנוגעת לציבור הרחב²⁴⁰ פותחה גישה המכונה בשם "תיאוריית האחריות

239 ראו Lange, הערה 166 לעיל, בעמ' 102-107.

240 ראו Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 167, 212.

החברתית של העיתונות".²⁴¹ נהוג לסווג את תיאוריית האחריות החברתית של העיתונות כגישה מנוגדת לגישה הליברטיאנית,²⁴² אשר קדמה לה היסטורית. על פי הגישה הליברטיאנית, העיתונות אינה אלא שם תואר קיבוצי למצרף של יחידים, הפועלים כל אחד באופן עצמאי ונפרד למימוש זכותם לחופש ביטוי. התפיסה הליברלית המסורתית הניחה, כי הערך המוגן שעליו יש להגן בהקשר של חופש הביטוי הוא זכותו האוטונומית של כל יחיד לחופש ביטוי, כאשר כפועל יוצא מכך יקדם הדבר, בסיוע הארוך, גם את צורכי החברה כולה. ברוח זו, על פי הגישה הליברטיאנית, תכליתה של הזכות המוגנת לחופש ביטוי מתמקדת בהגנה מפני הטלת הגבלות שלטוניות על מעשי ביטוי מסוגים שונים.²⁴³ לקראת אמצע המאה ה-20 החלה להתפתח תיאוריית האחריות החברתית של העיתונות, שכמובנים רבים קראה תיגר על הגישה הליברטיאנית. נהוג לראות²⁴⁴ את המשנה הסדורה הראשונה של גישה זו בדו"ח²⁴⁵ Hutchins משנת 1947. תיאוריית האחריות החברתית של העיתונות מדגישה את הקשר ההדוק בין פועלה של העיתונות לבין האינטרס הציבורי על היבטיו השונים.²⁴⁶ על פי גישה זו, העיתונות נתפסת כנאמן של הציבור הרחב וכמי שמחזיקה עבורו פיקדון של חירות פוליטית.²⁴⁷ על העיתונות מוטלת אחריות הנובעת מהכוח הרב המצוי בידה,²⁴⁸ מתפקידה החברתי ומהאינטרס

241 לסקדת גישה זו ראו *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 102-73; *Last Rights*, הערה 133 לעיל. לביטוי של עמדה זו במסגרת הדין האנגלי ראו *Royal Commission*, הערה 145 לעיל, בעמ' 11.

242 ראו *Last Rights*, הערה 133 לעיל, בעמ' 6.

243 ראו *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 72-39; *Last Rights*, הערה 133 לעיל, בעמ' 2, 5.

244 ראו *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 75; *Last Rights*, הערה 133 לעיל, בעמ' 76.

245 ראו *A Free and Responsible Press*, הערה 145 לעיל. הדו"ח מכונה דו"ח Hutchins על שם מי שעמד בראש הוועדה שכתבה את הדו"ח. הוועדה הייתה ועדה עצמאית פרטית של אנשי אקדמיה ואנשי מקצוע, אשר הוקמה בשנת 1943 כדי לדון במעמד העיתונות וסכנות תקשורת המונים. חלק גדול מהבסיס לתיאוריית האחריות החברתית גובש בספרו של Hocking, *Freedom of the Press – A Framework of Principle*, הערה 145 לעיל. Hocking היה חבר הוועדה Hutchins, וספרו זה נכתב כחומר רקע לעבודה הוועדה. חלקים ניכרים מהספר אומצו כחלק מדו"ח הוועדה.

246 לפידוט בנושא זה ראו את הדברים האמורים בפסק ב.2 לעיל. ראו גם *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 87; *A Free and Responsible Press*, הערה 145 לעיל, בעמ' 1, 20.

247 ראו *Last Rights*, הערה 133 לעיל, בעמ' 5, 152; *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 102; Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 150, 225; Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 33.

248 ראו Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 31; בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, הערה 24 לעיל, בעמ' 549.

הציבורי הנלווה אליו.²⁴⁹ במילוי תפקידיה החברתיים מחויבת העיתונות, בראש ובראשונה, כלפי הציבור הרחב, ורק לאחר מכן כלפי האינטרס העצמי שלה.²⁵⁰ מעמדה של העיתונות מבוסס, אם כן, לא רק על זכויותיה כדובר המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי, אלא גם על האינטרסים והזכויות של הקהל המסתמך עליה ותלוי בה.²⁵¹ לפיכך, בדיוק כשם שיש להעניק לעיתונות את הכוחות ואת הזכויות הדרושים לה לצורך מילוי נאות של תפקידיה החברתיים, כך גם יש מקום להטיל עליה את החובות הדרושות לשם כך.²⁵²

תיאוריית האחריות החברתית של העיתונות נותנת ביטוי להכרה, כי מנקודת ראותו של הציבור הרחב הזכות לחופש ביטוי אינה רק עיקרון המקנה חירות שלילית מפני

- 249 ראו *A Free and Responsible Press*, הערה 145 לעיל, בעמ' 29, 92.
 250 ראו *Last Rights*, הערה 133 לעיל, בעמ' 95, 97; *A Free and Responsible Press*, הערה 145 לעיל, בעמ' 8.
 251 ראו Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 158, 161, 164, 171-168.
 252 ראו *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 94; Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 110; Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 164; Dworkin, הערה 81 לעיל, בעמ' 389; Barendt, הערה 166 לעיל, בעמ' 66; פרשת ידעשת אוחזנת נ' קראוס, הערה 90 לעיל, בעמ' 87-84. Hocking פיתח בהקשר זה תפיסה, לפיה יש לראות את חופש הביטוי ואת חופש העיתונות כזכויות מוסריות מותנות הצריכות להצדיק את עצמן. על פי תפיסתו, מנקודת ראות מוסרית, הזכות לחופש ביטוי והזכות לחופש עיתונות אינן תקפות ואינן אכיפות אם השימוש בהן פוגע בציבור הרחב, שלמענו, בין היתר, הן קיימות. ראו Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 220, 224. ראו גם *Last Rights*, הערה 133 לעיל, בעמ' 86-87; *A Free and Responsible Press*, הערה 145 לעיל, בעמ' 10, 18; Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 32. ביטוי מסוים לגישה דוגמת זו של Hocking מצוי בסעיף 10(2) לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם (The European Convention on Human Rights). סעיף 10(1) לאמנה מכיר בזכות לחופש ביטוי, ואילו סעיף 10(2) לאמנה, שכא בהמשך לו, מצוין לגבי הזכות לחופש ביטוי וזר החירויות שבסעיף 10(1) לאמנה, את הדברים הבאים:

The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society...

במסגרת משפט הקהילה האירופית פרש סעיף זה כסעיף העשוי לשלול את הגנת הזכות לחופש ביטוי (זו שבסעיף 10(1)) אם לא קיימו החובות הכרוכות במימוש הזכות לחופש ביטוי. עוד נקבע, כי החובות והאחריות הנלוות למימוש הזכות לחופש ביטוי, עשויות להיות חובות מיוחדות לממלאי תפקידים מסוג מסוים דוגמת העיתונות. ראו Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere* 228-229 (1993); D. J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* 388-389 (1995). Harris, O'Boyle ו-Warbrick מציינים, כי בפועל שימוש סעיף 10(2) לא רק כמקור להגבלת הזכות לחופש ביטוי, אלא גם כמקור לצמצום היקף המעורבות השלטונית בחופש הביטוי של ממלאי תפקידים חברתיים מסוגים מסוימים, דוגמת עיתונאים ופוליטיקאים.

התערבות שלטונית, אלא היא כוללת גם חירות חיובית לקבלת אותם טובין ציבוריים המהווים חלק מתכליות ההכרה בחופש הביטוי כזכות מוגנת.²⁵³ העיתונות היא מוסד חברתי העוסק באספקת אותם טובין ציבוריים. לפיכך, העיתונות צריכה לחוב בכל אותן חובות הדרושות לשם אספקת תקינה שלהם. עמדה זו מלמדת על נקודת הראות המפוכחת של תיאוריית האחריות החברתית באשר לדרך פעולתם של מנגנוני השוק החופשי. בניגוד לתפיסה הליברלית המסורתית, תיאוריית האחריות החברתית מטילה ספק ביכולת של שוק רעיונות חופשי מכל התערבות חיצונית להגשים באופן הטוב ביותר את מכלול תכליות עיקרון חופש הביטוי.²⁵⁴ תיאוריית האחריות החברתית מודעת לכל אותן בעיות הנובעות מהעובדה כי עיקר השיח הציבורי מתקיים באמצעות כלי תקשורת פרטיים. זוהי גישה המכירה בכך שהאיום על תכליות עיקרון חופש הביטוי אינו רק מצד רשויות השלטון, אלא גם מצד גופים פרטיים בעלי עוצמה כלכלית וחברתית, העוסקים בתחום התקשורת.²⁵⁵ מכאן התובנה, כי לא תמיד די בתפיסה המסורתית – שלפיה מהות ההגנה על חופש הביטוי היא הגנה על חירותו השלילית של הדובר – כדי להתמודד עם מכלול החששות השונים מפני פגיעה בתכליות עיקרון חופש הביטוי.²⁵⁶ לעתים, לא רק שההגנה על מעמדה האוטונומי והעצמאי של העיתונות כדובר אינה מספיקה כדי לקדם את התכליות הכלל-חברתיות של עיקרון חופש הביטוי, אלא שהיא אף עשויה לעמוד בסתירה לתכליות אלה.²⁵⁷ בהתאם למגמה זו, תיאוריית האחריות החברתית של העיתונות מטילה גם אור אחר על תפקידן של רשויות השלטון בעניינים הקשורים לחופש הביטוי ולחופש העיתונות. מנקודת ראות זו, רשויות השלטון אינן רק גורם המאיים לפגוע בחופש הביטוי: הן גם גורם בעל תפקיד חיובי, שצריך לקחת חלק בקביעת החובות ביחס לתפקידיה החברתיים של העיתונות ובאכיפתן.²⁵⁸

253 ראו *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 93; Marshall, הערה 166 לעיל, בעמ' Holmes; 50, הערה 131 לעיל, בעמ' 44, 53–54.

254 ראו *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 99–100; Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 110.

255 ראו *Last Rights*, הערה 133 לעיל, בעמ' 22–27, 56; *A Free and Responsible Press*, הערה 145 לעיל, בעמ' 2, 5, 16–18, 30; Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 26–28; Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 85; Holmes, הערה 131 לעיל, בעמ' 24–23; דן וחשמן *חוקתה הציבורית לחוקי העיתונות*, הערה 102 לעיל, בעמ' 10–13. לדיון כללי באיום המוטל על זכויות יסוד מצד גורמים פרטיים בעלי עוצמה כלכלית וחברתית ראו Clapham, הערה 252 לעיל, בעמ' 137–138. ראו גם פרנסס רדאי, "הפרטת זכויות אדם" השימוש לרעה בכוח", *משפטים* כג 21 (תשנ"ד).

256 ראו Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 23; Smith, הערה 77 לעיל, בעמ' 149; Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 115.

257 ראו Hocking, הערה 145 לעיל, בעמ' 164, 213.

258 ראו *Four Theories of the Press*, הערה 166 לעיל, בעמ' 95; Holmes, הערה 131 לעיל, בעמ' 54. Fiss, הערה 126 לעיל, בעמ' 19 ו-83, טבע בהקשר זה את מטבע הלשון שלפיו המדינה אינה צריכה להיות רק כ"אויב" חופש הביטוי, אלא גם כ"דידתו". כפי שנציין בהמשך, בכך אין כדי לבטל את החששות הנלווים לפעילות שלטונית בתחום חופש הביטוי וחופש העיתונות. מסיבה זו,

המגמה לקבוע חובות משפטיות על רקע תפקידיה החברתיים של העיתונות וביחס אליהם קיבלה את ביטוייה בשורה של תחומים.²⁵⁹ כדוגמאות מייצגות ניתן לציין את החובות הבאות: הדין במדינות רבות קובע לגבי התקשורת המשוודרת²⁶⁰ שורה של חובות

כל מסגרת משפטית המטילה על העיתונות חובות, חייבת לעשות זאת מתוך מודעות לחשיבות הקיימים בעניין מעורבות שלטונית בתחום חופש הביטוי וחופש העיתונות. על רקע זה, ועדת Hutchins ראתה את הפתרון של מעורבות שלטונית בעניינים הקשורים לחופש העיתונות כמדאא אחרון שיש לנקוט אך ורק לאחר שכל הניסיונות להסדדה עצמית של העיתונות כשלו. ראו A *Free and Responsible Press*, הערה 145 לעיל, בעמ' 80. ראו גם *Last Rights*, הערה 133 לעיל, בעמ' 90. עוד לעניין זה ראו את הדברים האמורים בפרק ב.4(ג) להלן.

259 לסקירה של החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות ולהצעות לתיקון הדין המצוי בישראל בנושא זה ראו דין וחשבון ועדה הציבורית לחוקי העיתונות, הערה 102 לעיל.

260 כאמור, חובות אלה מתייחסות לתקשורת המשוודרת ולא לתקשורת הכתובה. קיים דיון ענף בשאלה, האם ישנה סיבה מוצדקת להבדיל הגדול הקיים בין החובות המוטלות על התקשורת המשוודרת לבין אלה המוטלות על התקשורת הכתובה. גדר השאלה נובע בעיקר מהעובדה כי שורה של חובות, דוגמת דוקטרינת ההגינות חסות התגובה, שהסבר סזוקיות לגבי התקשורת המשוודרת, נפסלו בהקשר של העיתונות הכתובה כהגבלות לא חוקיות על חופש הביטוי ועל חופש העיתונות. ליחס המשפטי השונה כלפי התקשורת המשוודרת הוצעו כמה הסברים. הסבר המרכזי המכונה "סיעון הנדירות" גורס, כי גלי האתר הם משאב מוגבל, הנתון לבעלות הציבור כולו באמצעות המדינה. המדינה מאפשרת שימוש במשאב זה על דרך של הענקת רשימות שידור. לפיכך, יש לראות את אותם גורמים מעטים המחזיקים ברשיון שידור כאמנים של הציבור, החבים בחובות המתחייבות ממעמדם זה. הסבר נוסף מצדיק את היחס השונה כלפי התקשורת המשוודרת בפער בין השפעת מסרים המועברים באמצעות התקשורת המשוודרת, לבין השפעת מסרים המועברים באמצעות התקשורת הכתובה. על הסברים אלה נמתחה ביקורת רבה. על פי עמדת המבקרים, הן התקשורת המשוודרת והן התקשורת הכתובה ממלאות תפקיד חברתי בעל חשיבות ציבורית דומה. לפיכך, אין כל יסוד מבוסס לפער הגדול בין ההיקף ההדגה של החובות המשפטיות המוטלות על התקשורת המשוודרת, לבין אלה המוטלות על התקשורת הכתובה. לדעת המבקרים, דרישת הרישוי, שהיא כשלעצמה טענה הצדקה, אינה מצליחה להסביר את היחס השונה כלפי התקשורת המשוודרת. המבקרים מציינים, כי אם וככל שיש לתת משקל ל"סיעון הנדירות", הרי שסיעון זה תקף בה במידה גם לגבי תחום העיתונות הכתובה. בתחום העיתונות הכתובה גם כן פועלים גורמים מעטים – מצב דברים המתחייב מסיבות כלכליות של יתרון לגודל. טענת המבקרים בהקשר זה היא כי אין כל הבדל בין ריכוזיות הנובעת מסיבות כלכליות – זו הקיימת בתחום העיתונות הכתובה – לבין ריכוזיות הנובעת מסיבות פיסיות – זו הקיימת בתחום התקשורת המשוודרת. מעבר לכך, כיום, לאחר תפתחות אמצעי שידור חדשים שלגביהם לא קיימת בעיה של מחסור באפיקי שידור, דוגמת הכבלים או שידורי הלוויין, קשה לראות בסיעון הנדירות של גלי האתר כשלעצמו בסיס מוצק להבחנה בין הדין החל על התקשורת המשוודרת לבין הדין החל על התקשורת הכתובה. בכל הנוגע להסבר השני, המתמקד בהבדלי השפעת המסרים של כל אחד מסוגי התקשורת השונים, נטען כי הסבר זה עשוי לכל היותר להצדיק הבדלי דרגה בדיקת ובתוכן החובות. הסבר זה לבדו אינו יכול להצדיק את הפער הגדול בין ההתייחסות החזיתית לחובות המוטלות על התקשורת המשוודרת, לבין החסינות הכמעט מלאה מתובות שלה זוכה התקשורת הכתובה. חשוב להדגיש, כי כשלעצמה עמדת המבקרים אינה מלמדת מה צריך להיות המשטר

כדי להבטיח שידורים מהימנים, הוגנים ומגוונים,²⁶¹ העולים בקנה אחד עם התנאים המתחייבים ממנהגו של השיח הציבורי. דוגמא אחת לכך מצויה בדוקטרינת ההגיונות, לפיה גורם המשדר בתחום שנוי במחלוקת בעל חשיבות ציבורית, צריך לנקוט יוזמה לאיתור מכלול העמדות השונות בנושא, לאפשר הצגה סבירה של מכלול העמדות השונות, ולאפשר זכות תגובה ליחיד או קבוצה המותקפים או שמושמצת עליהם ביקורת בשידור.²⁶² דוגמא נוספת לדינים המיועדים לשמור על התנאים המתחייבים ממנהגו של

המשפט שיהיה על כל אחד משני סוגי התקשורת. מחד גיסא, עמדת המבקרים עשויה ללמד כי בשינויים המחויבים יש להטיל גם על התקשורת הכתובה חובת דומות לאלה המוטלות על התקשורת המשודרת; מאידך גיסא, עמדת המבקרים עשויה ללמד כי בכפף להלכות מתחום התקשורת הכתובה דרישות הרישוי והחובות המוטלות בתחום התקשורת המשודרת הן בבחינת הגבלות לא חוקיות על חופש הביטוי ועל חופש העיתונות. לדיון בנושא זה ראו Bollinger, *הערה* 145 לעיל, בעמ' 63 ובעמ' 73-66, 82-84, 89, 94-106, 138; *Last Rights*, *הערה* 133 לעיל, בעמ' 59-61; Fiss, *הערה* 126 לעיל, בעמ' 64; Van Alstyne, *הערה* 212 לעיל, בעמ' 85-68; Sunstein, *Problems of Free Speech*, *הערה* 48 לעיל, בעמ' 108, 113; דפנה ברק, "חופש הגישה לאמצעי התקשורת – איזון אינטרסים בתחומי הכותב לחופש ביטוי" עיני משפט יב 183 (תשנ"ז); בג"ץ כח נ' לשכת ערכי הדין, *הערה* 24 לעיל, בעמ' 548, 554, 568-571; בג"ץ 1/81 שידן נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 376, 365. ראו גם Lee C. Bollinger, "Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media," 75 *Mich. L. Rev.* 1 (1976); Matthew L. Spitzer, "Controlling the Content of Print and Broadcast" 58 *S. Cal. L. Rev.* 1351 (1985); L. A. Powe Jr., "Or of the (Broadcast) Press," 55 *Tex. L. Rev.* 39 (1976); Stephen T. Carter, "Technology, Democracy, and the Press," 93 *Yale L.J.* 581 (1984); Lichtenberg; *Manipulation of Consent*, *הערה* 138 לעיל, בעמ' 5-2.

261 לסקירה השוואתית מפורטת של החובות הקיימות ביחס לדרישות הגיוון, הפלורליזם וריבוי הדעות בתחום התקשורת המשודרת ראו Smith, *הערה* 77 לעיל, בעמ' 148-203; Barendt, *הערה* 139 לעיל, בעמ' 105-111. הוראות המבקשות להבטיח מהימנות, דיוק, הגיונות, גיוון, פלורליזם וריבוי דעות בתחום התקשורת המשודרת קיימות גם בדין הישראלי. ראו סעיפים 3 ו-4 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965; סעיפים 46(ג), 62, 64 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990; כללים 8-10 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זכיון), התשנ"ב-1992; סעיפים 36, 36א(א), 36א(א)(4), 36א(א)(6), 36(4) לחוק הבוק, התשמ"ב-1982; סעיפים 6-16 לכללי הבוק (שידורי בעל זכיון), התשמ"ח-1987.

262 לסקירת דוקטרינת ההגיונות ראו Barron, *הערה* 237 לעיל; Schmidt, *הערה* 237 לעיל; Barron, *הערה* 228 לעיל, בעמ' 423-428; Bollinger, *הערה* 145 לעיל, בעמ' 74 ואילך; Fiss, *הערה* 126 לעיל, בעמ' 59 ואילך. למעמד דוקטרינת ההגיונות חכות הגישה בדין הישראלי ראו סעיף 4 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965; סעיף 47 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990; כללים 10-11 לכללי הבוק (שידורי בעל זכיון), התשמ"ח-1987; בשג"ץ 146/89 אלחדי נ' רשות השידור, פ"ד מד(1) 798, 800-801; פרשת כח נ' לשכת ערכי הדין, *הערה* 24 לעיל; פרשת שידן, *הערה* 260 לעיל; בג"ץ 243/82 זכרני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לה(1) 757; ברק, *הערה* 260 לעיל. לסקירה השוואתית של דוקטרינת ההגיונות על היבטיה

השית הציבורי מצויה בדינים העוסקים ברישוי אמצעי תקשורת ובריני ההגבלים העסקיים. דינים אלה כוללים – בכלל ובפרט בתחום המיוזגים – מגבלות בעלות, שנועדו למנוע ריכוזיות בתחום התקשורת ולהבטיח ריבוי של כלי תקשורת ותחרות חופשית ביניהם. במקרים מסוימים, דיני ההגבלים העסקיים אף מתנים אישור מיוזג בין שני עיתונים בשמירה על המשך העצמאות המערכתית של כל אחד משני העיתונים המתמזגים.²⁶³ דוגמא אחרונה מתייחסת למקרים שבהם הדין מחייב רשתות כבלים להקצות

השונים ראו Barendt, הערה 139 לעיל, בעמ' 100–104, 157–165; Barendt, הערה 2 לעיל, בעמ' 98–107. חלקם של המקורות העוסקים בדין האמריקני קודמים לשנת 1989. בשנה זו אישר בית משפט פדרלי בארצות הברית את החלטת ה-FCC לבטל חלק מהבלים שבום שגנה דוקטרינת ההגינות. ראו לעניין זה Carter et al., הערה 228 לעיל, בעמ' 424–428. לכת התגובה בדין הגרמני ולחובות נוספות הקיימות בהקשר זה בדין הגרמני ראו Kohl, הערה 212 לעיל, בעמ' 214.

263 ראו Baker, הערה 2 לעיל, בעמ' 266–270; Carter et al., הערה 228 לעיל, בעמ' 362–370; Barendt, הערה 166 לעיל, בעמ' 66; בג"ץ כח נ' לשכת עורכי הדין, הערה 24 לעיל, בעמ' 543–544. ראו גם C. Edwin Baker, "Turner Broadcasting: Content Based Regulation of Persons and Presses" 1994 Sup. Ct. Rev. 57, 109–111; Richard P. Whish & Brenda Sufrin, *Competition Law* 672–678 (3rd ed., 1993). סוקר את הדין בארצות הברית. על פי דין זה, חלק גדול ממגבלות הבעלות המיוחדות לתחום התקשורת קבועות כחלק מתנאי רישיון השידור. מגבלות אלה אינן חלות במישורן על תחום העיתונאות הכתובה, אולם הן עשויות להשפיע על יכולתו של בעל שליטה באמצעי תקשורת כתובה להחזיק בבעלותו גם אמצעי תקשורת משודרת ולהפך. מעבר לכך, אישור מיוזגים על פי דיני ההגבלים העסקיים הכלליים, לרבות בתחום העיתונות הכתובה, מושפע משיקולים של הצורך בגיוון, בריבוי דעות ובריבוי גורמים בתחום העיתונות. Whish ו-Sufrin סוקרים את סעיפים 57–62 ל-Fair Trading Act 1973 באנגליה. סעיפים אלה קובעים הוראות מיוחדות לעניין מיוזגים בין עיתונים. על פי הוראות אלה, החל מסדר גודל מסוים, מיוזג בין עיתונים טען אישור של מזכיר המדינה. במסגרת זו רשאי מזכיר המדינה לשקול שיקולים הנוגעים לשמירה על עצמאות המערכת של העיתון הנרכש, שמירה על התחרות, מניעת ריכוזיות בתחום העיתונות הבעלת גיוון וריבוי דעות בתחום התקשורת. עוד לסקירת ההגבלות על ריכוזיות בתחום התקשורת בדין האנגלי ראו Gibbons, הערה 166 לעיל, בעמ' 296; Supperstone, הערה 212 לעיל, בעמ' 44–46. לסקירה השוואתית מפורטת של הנושא ראו Barendt, הערה 139 לעיל, בעמ' 121–143. להגבלות הקיימות בדין הגרמני ובדין הצרפתי בנושא זה ראו Kohl, הערה 212 לעיל, בעמ' 215–216, וכן John Bell, *French Constitutional Law* 169–171 (1992). הוראות מסוג זה קיימות גם במסגרת הדין הישראלי. סעיף 36(א)(1) לחוק הבוקר, התשמ"ב-1982 קובע, כי במתן רישיון לשידורי לווין, "מותר מגמה להביא לריבוי גורמים המעורבים בשידור משודרים לציבור", ניתן לקבוע תנאים והגבלות בדבר "החזקה, העברה או רכישת של אמצעי שליטה במבקש ודיון לשידורי לווין". סעיף 36(4) לחוק קובע, כי במתן רישיון לשידורי טלוויזיה באמצעות לווין ובקביעת תנאים בו יש להתחשב ב"תרומת מתן הרישיון לתחרות בתחום הבוקר והשידורים". סעיפים 41(ב) ו-41(ג) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 קובעים מגבלות לגבי אפשרותם של בעלי שליטה בעיתונים או בתכורות כבלים להשתתף במכרז לקבלת זכיון מטעם הרשות השנייה לרדיו

חלק מערוציהן לשימושם של גורמים חיצוניים לרשת הכבלים עצמה, או להעביר שידורים של רשתות שידור ציבוריות, חינוכיות ומקומיות.²⁶⁴

(ג) הטיעונים נגד הטלת חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות

(1) הסכנות הכרוכות במעורבות ובפיקוח של רשויות השלטון על העיתונות כנגד עמדה המצדדת בהטלת חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות עשויות להישמע כמה טענות.²⁶⁵ טענה אחת היא הטענה שכל מערכת של חובות המוטלות על העיתונות עתידה להיות כרוכה במעורבות ובפיקוח מצד רשויות השלטון. מצב דברים זה, כך נטען, מעורר את מכלול החששות והסכנות, שכאמור בפרקים 5.א. וב.2(א) לעיל קיימים במקרה של מעורבות שלטונית בעניינים הקשורים לחופש הביטוי ולמילוי תפקידיה השונים של העיתונות.²⁶⁶ זוהי טענה כבדת משקל, שאכן מחייבת

ולטלוויזיה. להצעות לתיקון הדין המצוי בישראל בנושא זה מהיבטים הנוגעים לעיתונות הסתובה ראו דין חשמן העדה הציבורית לחקיקה העיתונות, הערה 102 לעיל, בעמ' 47-52.

264 לסקירה השוואתית של הנושא ראו Barendt, הערה 139 לעיל, בעמ' 165-167. ראו גם Turner Broadcasting System v. FCC, 512 U.S. 622 (1994). זהו פסק הדין המנחה של בית המשפט העליון בארצות הברית בנושא. פסק הדין הכיר בחוקיות העקרונית של כללים המחייבים רשתות כבלים להעביר שידורים של רשתות שידור מקומיות, חלקן חינוכיות וחלקן מסחריות. כללים אלה נקבעו עקב ההכרה בחשיבותן הציבורית של אותן רשתות שידור והצורך להבטיח את המשך קיומן. ראו גם עמ' ליכט, "טלוויזיה בכבלים בישראל – זירה חדשה להתמודדות בסוגיית חופש הביטוי" עיני משפט 97, 123 (תשנ"א). הוראות מסוג זה קיימות גם במסגרת הדין הישראלי. סעיף 6(א) לחוק הבוקר, התשמ"ב-1982 קובע, כי בעל זכיון לשידורי כבלים "יעביר, העברה מלאה, בזמן אמיתי, ללא קטיעה או עריכה, את שידורי הרדיו באפנון תודר ואת שידורי הטלוויזיה המשודרים לפי כל חוק לציבור בישראל". סעיף 6(ג) לחוק קובע הוראה דומה לגבי שידורי הטלוויזיה הלימודית. סעיף 6(ג) לחוק מוסיף וקובע, כי הדיקט של יעלה על שישית מאפיקי רשת הכבלים שלו שר התקשורת רשאי להיב בעל זכיון לשידורי כבלים לאפשר לגורם חיצוני לעשות שימוש, תמורת תשלום, באפיקי רשת הכבלים שלו. סעיפים 6(א) ו-6(ג) לחוק הבוקר קובעים, כי במתן רשיון לשידורי לוויין ניתן לקבוע תנאים בדם "הטלת חובה על בעל רשיון לשידורי לוויין להעביר, במסגרת שידוריו, שידורי טלוויזיה ורדיו המשודרים בישראל בשידורים ארציים, כולם או חלקם", ובדבר "חובת מתן זכות שימוש למפיק עצמאי בערוצי הלוויין של בעל הרשיון לשידורי לוויין, לשם העברת שידוריו". ראו בעניין זה גם את סעיף 6(ג) לחוק הבוקר וכן את סעיפים 48-49 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990.

265 מעבר לטענות האמורות ייתכנו טענות נוספות, שאינן קשורות לנושא המאמר, דוגמת הטענה כי אותן חובות פוגעות בחופש העיסוק של העיתונות. טענות אלה, התורגמות מהדיקט המאמר וממסורתו, אינן נדונות במסגרת זו.

266 ראו Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 111-112; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 128-129; Holmes, הערה 131 לעיל, בעמ' 37, 42. ראו גם David Kelley & Roger Donway, "Liberalism and Free Speech," in *Democracy and the Mass Media* הערה 62 לעיל, בעמ' 94, 90, 87, 66.

נקיטת משנה-זהירות בקביעת החובות ביחס לתפקידיה השונים של העיתונות. אולם עדיין, כמפורט להלן, אין בטענה זו כדי לשלול – בוודאי לא לחלוטין – את הצורך בקביעת החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות.

הטענה בדבר החשש מפני המשמעות השליליות של מעורבות שלטונית בקביעת ובאכיפת החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות, היא טענה הנוגעת לשיקולים מוסדיים. טענה זו אינה מטילה ספק ענייני בתוקף נימוקי ההצעה להטיל על העיתונות חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים. להבדיל, הטענה היא כי גם אם ישנו צידוק ענייני לקביעת אותן חובות, הרי שעדיין יש להימנע מכך עקב החשש כי המעורבות השלטונית בקביעת חובות אלה ובאכיפתן עלולה להוביל לפגיעה לא מוצדקת בחופש הביטוי ובחופש העיתונות. על רקע זה, כל שניתן להסיק מהטענה האמורה הוא כי קביעת החובות ביחס לתפקידיה השונים של העיתונות חייבת להיעשות באופן שנותן מענה נאות לחשש מפני ניצול לרעה ושימוש לא מוצדק בסמכויות שלטוניות. ייתכנו אומנם מקרים קיצוניים, שבהם מהות ודרגת החששות מפני מעורבות שלטונית לא ראויה בענייניה של העיתונות יביאו למסקנה כי עדיף לוותר, אפילו לחלוטין, על חובות מסוימות, אפילו מוצדקות עניינית, ביחס לעיתונות.²⁶⁷ עם זאת, בחלק גדול מהמקרים זה אינו המצב. במקרים רבים חומרת הנזק הנובע מוויתור גורף על חובות המתחייבות ביחס לתפקידיה החברתיים של העיתונות, עלולה לעלות על מהות ועל דרגת החששות מפני מעורבות שלטונית לא ראויה;²⁶⁸ מה גם שניתן להתמודד עם חששות אלה באמצעים פחות קיצוניים מוויתור גורף על החובות המתחייבות ביחס לתפקידיה החברתיים של העיתונות. דרך אחת להתמודד עם החששות האמורים עשויה להיות ביקורת שיפוטית הדוקה וקפדנית על הפעלת סמכות שלטונית בעניינים הקשורים לעיתונות.²⁶⁹ דרך שנייה

267 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק 5.א לעיל. זוהי, לדוגמה, העמדה אשר הובעה בדן וחשבון הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות, הערה 102 לעיל, בבל הנוגע למעמדם של כללי אתיקה עיתונאית. הוועדה קבעה, כי הגם שיש הצדקה חשיבות עניינית לקביעת חובות אתיות ביחס לפעילות עיתונאית, עדיין מומלץ להימנע מעיגון החובות האמורות במסגרת חקיקה מחייבת ויש להסתפק במנגנוני הסדרה הפנימיים של עולם העיתונות, משום ש"כך ישמר תופש העיתונות מפני הסכנה הנשקפת לו עליידי הסדרי חקיקה כאלה או אחרים, המביאים התערבות של בעלי ויקה פוליטית מובהקת בעולם העיתונות". אשר על כן, הוועדה המליצה "להימנע מלעגן בחוק כללי אתיקה עיתונאית וסנקציות בגין הפרתם" (שם, בעמ' 60). ראו בהקשר זה גם את דבריו של השופט זמיר בדנ"א 7325/95 ידועות אחרונות נ' קראוס, הערה 90 לעיל, בעמ' 52-53.

268 ראו Bollinger, הערה 145 לעיל, בעמ' 58; Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 127-128.

269 זוהי למעשה התוצאה המעשית במקרים כגון בית המשפט מתנה הפעלת סמכות שלטונית המגבילה את חופש הביטוי ואת חופש העיתונות במבחן של "ודאות קרובה" לפגיעה באינטרס מוגן אחר, דוגמת "שלום הציבור" (ראו בג"צ 73/53 קל העם נ' שר הפנים, הערה 32 לעיל, והפסיקה הענפה שבאה בעקבותיו כמפורט אצל אבנר ב"ק, "מבחן הודאות הקרובה במשפט החוקתי" עיני משפט יד 371 (תשמ"ט). פרופ' מרדכי קרמיצר מציין בהקשר זה, ולדעתי בצדק, כי מבחן הודאות הקרובה מושפע מ'רקע של פגיעות בלתי מוצדקות בחופש הביטוי שיצר חשש מפני לכ גם של רשויות שלטון – לרבות הרשויות המשפטיות – כלפי תופש הביטוי כאשר הוא מתנגש באינטרסים

עשויה להיות מדיניות חקיקתית שלפיה, ככל שהדבר אפשרי, החובות המוטלות על העיתונות יהיו מתחום המשפט הפרטי, ולא חובות הכרוכות בהקניית סמכויות אכיפה לרשויות השלטון ובכפיפת העיתונות למשטר של פיקוח שלטוני.²⁷⁰ בדרך זו, המעורבות השלטונית היחידה העשויה להתקיים היא זו של בית משפט הדין בסכסוך אזרחי. מצב דברים זה עשוי להפחית באופן ניכר את החשש מפני שימוש לא מוצדק או ניצול לרעה של סמכויות שלטוניות בעניינים הקשורים לעיתונות. ראשית, משום שבית המשפט מהווה מוסד שאמונה עליו מלאכת ההגנה על חופש הביטוי ועל חופש העיתונות כזכויות יסוד. שנית, משום שעל ידי כך אכיפת החובות המוטלות על העיתונות אינה כרוכה בהקניית סמכות שלטונית שוטפת, המאפשרת התערבות יוזמה של רשויות השלטון בענייניה של העיתונות. כאשר החובות המוטלות על העיתונות הן מתחום המשפט הפרטי, ההתערבות בפועל של העיתונות אפשרית בעיקר כאשר צד פרטי נוגע בדבר יזום הליך משפטי שבמסגרתו הוא טוען להפרת חובות משפטיות המוטלות על העיתונות. סיכומו של דבר: לצד הצורך המוצדק לנקוט משנה זהירות בכל הנוגע להטלת חובות משפטיות על העיתונות, הקו המנחה הבסיסי אינו יכול להיות עמדה גורפת כי החששות מפני מעורבות שלטונית לא ראוייה בענייניה של העיתונות מצדיקים ויתור מלא על חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות. למותר לציין כי עדיין, על רקע החשיבות הרבה של חופש העיתונות, הטלת חובות על העיתונות צריכה להיעשות במשנה-זהירות, כאשר היקף החובות ותוכנן צריכים להיקבע באופן המותיר לעיתונות את מרב הזירות וחופש הפעולה האפשריים.

(2) טענת הפגיעה בזכותה של העיתונות לחופש ביטוי

טענה שנייה גורסת, כי עצם הרעיון של הטלת חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות עומד בסתירה לזכותה המוגנת של העיתונות לחופש ביטוי. על פניה עשויה טענה זו להראות מוקשית. לכאורה, תכליות חופש העיתונות הן תכליות כלל-חברתיות, המתייחסות לאינטרס הציבור כולו. על רקע זה, היו שטענו כי אין כל

ציבוריים, בעיקר בטחון המדינה, ומכאן ההיגיון של הצבת רף גבוה, המתחשב בשחיקה מסוימת שלו ביישום בשל הנטייה האמורה (מרדכי קרמניצר, "פרשת אלבה: 'בידור הלכות הסתה לגזענות'", משפטים ל 105, 108 (תשנ"ט)). בפועל, באמצעות מבחן הוודאות הקרובה, הצליח בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית הדוקה וקפדנית על הפעלת סמכות שלטונית המגבילה את חופש הביטוי. במסגרת זו נפסלה הפעלת סמכות שלטונית המגבילה את חופש הביטוי ואת חופש העיתונות, משום שזו הפעלה ללא תשתית ראיתית מוצקה כי ישנה וודאות קרובה לפגיעה באינטרס מוגן דוגמת ביטחון המדינה או הסדר הציבורי. כך בבג"ץ 14/86 לאור ג' המעצה לביקורת סרטים ומחזות פ"ד מא (1) 421, בעניין איסור הצגת מחזה שנטען כי הוא פוגע בסדר הציבורי, וכך בבג"ץ 680/88 שניצר ג' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617, בעניין פסילת כתבה שנטען על ידי הצנזור הצבאי כי היא פוגעת בביטחון המדינה.

270 ראו לעניין דומה אילן הורוביץ, "תוקפה המעשי של האתיקה העיתונאית", דברים אחדים 2 (סתו 1997) 134.

מניעה, ולמעשה ישנה גם חובה, לעצב את חופש העיתונות כפי שהדבר מתחייב מאינטרס הציבור, המונח ביסודו.²⁷¹ הסענה שהושמעה בהקשר זה הייתה, כי העיתונות ממלאת תפקיד חברתי. לפיכך, היא אינה יכולה לחסות תחת זכותה הפרטית לחופש ביטוי ובדרך זו להשיל מעליה חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים ומהאינטרס הציבורי הכרוך בהם.²⁷² הקושי בעמדה זו נעוץ בכך שהיא מתעלמת מעובדה מרכזית אחת: בפועל יש מקרים רבים שבהם, בצד התפקיד החברתי שלהם, מבקשים אנשי העיתונות גם לממש את זכותם האישית לחופש ביטוי כדוברים.²⁷³ במקרים אלה, טענת חופש הביטוי של אנשי העיתונות אינה מבוססת על אינטרסים כלל-חברתיים; להבדיל, היא מבוססת על זכותם האוטונומית לממש את חופש הביטוי הנתון להם כבני אדם. משכך הם פני הדברים, קשה לבטל את טענת הפגיעה בזכותה של העיתונות לחופש ביטוי אך ורק על יסוד הנימוק כי חופש העיתונות כפוף באופן גורף לאינטרס הציבורי שאותו הוא נועד לשרת.

כל דיון בטענת הפגיעה בזכותה של העיתונות לחופש ביטוי מחייב, אם כן, בראש ובראשונה, התמודדות עם השאלה האם ראוי – וכיצד (אם בכלל) – ניתן להבחין בין זכותו הפרטית והאוטונומית של ממלא תפקיד עיתונאי לחופש ביטוי לבין תפקידו החברתי? בהמשך לכך נשאלת שאלה נוספת: מהן בהקשר זה המשמעות הנובעות מהעובדה שמכלול הפעילות בתחום העיתונות היא פעילות הנוגעת לזולת, היינו: פעילות המשפיעה על האינטרס הציבורי ועל דרך מימוש זכויותיהם הפוליטיות של אזרחי החברה. לכאורה ניתן לסעון, כי גם אם נתונה לממלאי תפקיד עיתונאי זכות אישית אוטונומית לחופש ביטוי, עדיין צריכה זכות זו להיות כפופה למתחייב מהתפקיד החברתי שהם נטלו על עצמם.²⁷⁴ אלה הן סוגיות מורכבות, שדיון מלא בהן חורג ממסגרת המאמר ומהיקפו. אנו נסתפק בציון כמה נקודות למחשבה בנושא. במסגרת זו, הגם שלא נמצאה את הדיון בטענת הפגיעה בזכותה של העיתונות לחופש ביטוי, ננסה להבהיר מדוע גם טענה זו אינה יכולה לשמש בסיס לשלילה גורפת של החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות.

- 271 ראו Dworkin, הערה 81 לעיל, בעמ' 389; Marshall & McCown, הערה 166 לעיל, בעמ' 190–191; Barendt, הערה 139 לעיל, בעמ' 34; Barendt, הערה 166 לעיל, בעמ' 67, 79; T. M. Scanlon Jr., "Content Regulation גם ראו 816, 781. בעמ' 81 לעיל, בעמ' 340, 331. Reconsidered," in *Democracy and the Mass Media* על רקע זה היו מי שטענו, כי למעשה באותם המקרים טענת העיתונות אינה לפגיעה בזכותה לחופש ביטוי אלא, להבדיל, טענה לפגיעה בזכויותיה הקנייניות כבעלים של אמצעי התקשורת. ראו Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 120. לביקורת על גישה זו ראו Kelley & Donway, הערה 266 לעיל, בעמ' 78.
- 273 ראו Lange, הערה 166 לעיל, בעמ' 104.
- 274 ראו, לדוגמה, את עמדתה של השופטת ברק בתב"ע (י-ם) 3–1000 חיאל ג' פלשתיין פוסט בע"מ, לא פורסם (ניתן ביום 25.4.1993). לדעה אחרת ראו את פסק הדין של ערכאת הערעור באותו עניין, דב"ע נג/223–3 פלשתיין פוסט בע"מ ג' חיאל, פר"ע כו 436.

הנקודה הראשונה שראוי לציין בהקשר זה היא הנקודה הבאה: גם אם יוצאים מנקודת הנחה, שלפיה פעילותם של ממלאי תפקיד עיתונאי נעשית, בין היתר, לצורך מימוש זכותם האישית והאוטונומית לחופש ביטוי כדוברים, עדיין זכות זו אינה מוחלטת. בדיוק כמו זכותו של כל אדם לחופש ביטוי, גם זכותם של ממלאי תפקיד עיתונאי לחופש ביטוי היא זכות יחסית, ובנסיבות מסוימות היא עשויה להיות מטריגת מפני זכויות ואינטרסים אחרים. לפיכך, בצד חוסר האפשרות להצדיק את החובות המוטלות על העיתונות בהתבסס על סיווג גורף וחד-צדדי של פעילות העיתונות כפעילות חברתית-ציבורית נטולת מרכיבים של זכויות אישיות אוטונומיות, נותר בעינו צורך מוצדק להטיל על העיתונות את החובות המתחייבות מהמשמעויות של פעילותה על האינטרסים ועל הזכויות של קהל נמעניה, על אופיו של השיח הציבורי ועל תקינות התהליך הדמוקרטי. זאת, גם אם יוצאים מנקודת הנחה שפעילותם של אנשי העיתונות נעשית, בין היתר, לשם מימוש זכותם האישית לחופש ביטוי כדוברים. באופן דומה, הדברים האמורים לעיל עשויים להצדיק את ההבדל בין היקף ומהות החובות המוטלות על העיתונות לבין היקף ומהות החובות המוטלות על אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. הבדל זה אינו חייב להיות מבוסס על שוני בין מהות מאפייני הזכות לחופש ביטוי של אדם פרטי לבין מאפייני זכותה של העיתונות לחופש ביטוי. הבדל זה עשוי להיות מבוסס גם על שוני בין ההשפעות המעשיות הכרוכות במימוש הזכות לחופש ביטוי של אדם פרטי לבין ההשלכות אשר כרוכות במימוש זכותה של העיתונות לחופש ביטוי. הדברים האמורים בפרקים ב.2 וב.4 לעיל הבהירו היטב את ההבדל בין ההשפעות שיש לפעילות העיתונות לבין ההשפעות שיש לפעילותו של אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. על רקע זה, הגם שפעילותם של אנשי העיתונות אכן עשויה לגלם את מימוש זכותם האישית לחופש ביטוי כדוברים, עדיין, המשמעויות הייחודיות של פעילות זו על הציבור הרחב עשויות להצדיק חובות שאינן נדרשות במקרה של אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי.

הדברים האמורים לעיל מספקים הסבר בסיסי מדוע טענת זכותה של העיתונות לחופש ביטוי אינה מצליחה לשלול עקרונית את האפשרות כי תוטלנה חובות משפטיות על העיתונות. אולם, בהקשר זה לעיתונות עשויה לעמוד טענה מרכזית נוספת, המבוססת על העמדה כי פעילות אנשי העיתונות נעשית, בין היתר, לשם מימוש זכותם האישית והאוטונומית לחופש ביטוי. טענה זו נסמכת על ההבחנה הכללית בין המעמד של זכויות וחירויות היסוד של הפרט לבין מעמדן של תכליות כלל-חברתיות, ובהמשך לכך על הגישה שלפיה אין זה ראוי לפגוע בזכות או בחירות יסוד, הנתונה ליחיד באשר הוא אדם, לטובת השאה מצרפית של תועלת כלל-חברתית.²⁷⁵ על פי טענה זו, המשמעות של הטלת

275 ראו לעניין זה Rawls, השרה 63 לעיל, בעמ' 295; Raz, הערה 80 לעיל, בעמ' 267-273, 286; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* 90-97 (1977); Ronald Dworkin, "Rights as Trumps," in *Theories of Rights* 153 (Jeremy Waldron ed., 1984); Charles Fried, "Is Liberty Possible," in *Liberty, Equality, and Law – Selected Tanner Lectures on Moral*

חובות על העיתונות היא פגיעה בזכותם האישית והאוטונומית של אנשי העיתונות לחופש ביטוי לטובת קידום תכליות כלל-חברתיות דוגמת שיח ציבורי פורה ומגוון – מהלך העומד בסתירה ולמעשה מרוקן מתוכן את כל משמעות מעמדה המועדף של הזכות לחופש ביטוי כאחת מחירויות היסוד של הפרט.

לדעתנו, אין לקבל את הטענה האמורה. גם אם יוצאים מנקודת הנחה המאמצת את ההבחנה הבסיסית בין זכויות וחירויות היסוד של הפרט לבין אינטרסים כלל-חברתיים ואת מעמדם המועדף של זכויות וחירויות יסוד, עדיין, בהקשר הנדון אין מקום ליישום ההבחנה האמורה על כל מה שמשתמע ממנה, וזאת מן הסעם הבא: ספק רב אם יהיה זה נכון לסווג את תכלית החובות המוטלות על העיתונות כתכלית כלל-חברתית תועלתית, המבקשת להשיא ערך מצרפי תוך שהיא מתעלמת מכיבוד ערכו ומעמדו של הפרט באשר הוא אדם. להבדיל, מהדברים האמורים עד כה עולה, כי ביסוד החובות המוטלות על העיתונות מונח דווקא הרצון לקדם תכליות ואינטרסים הנוגעים למעמדו של הפרט כאדם אוטונומי בעל רצון וערך עצמי. תהליך דמוקרטי תקין; שיח ציבורי חופשי, מגוון ופורה; וגילוי האמת – כולם, כך ראינו, מיועדים לקדם את זכויותיו של היחיד לאוטונומיה פוליטית, למימוש עצמי ולבחירה חופשית בדרך חיים. פירוש הדבר הוא, כי לא ניתן לתאר את המתח ואת העימות בין זכותה של העיתונות לחופש ביטוי לבין תכלית החובות ביחס לתפקידיה החברתיים של העיתונות כמתח בין זכות אישית אוטונומית לבין רצון להגשים אינטרס חברתי מצרפי גרידא. משני צדי המתח, לרבות זה של החובות המוטלות על העיתונות, ניצב הרצון להגן על חירותו הפוליטית של הפרט ועל זכויות הנתונות לו כאדם אוטונומי בעל רצון וערך עצמי.²⁷⁶ כפועל יוצא, ההכרעה בעימות בין זכותה של העיתונות לחופש ביטוי לבין הצורך בהטלת חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות אינה יכולה להיעשות על ידי שימוש בכללים מהסוג השולל אפשרות לפגוע בזכות או בחירות יסוד הנתונה ליחיד, באשר הוא אדם, לטובת השאה

Philosophy 91, 95 (Sterling M. McMurrin ed., 1987); J. L. Mackie, "Rights, Utility, and Universalization," in *Utility and Rights* 86, 88-89, 92 (R. G. Frey ed., 1984); T. M. Scanlon, "Rights, Goals, and Fairness," in *Theories of Rights*, supra, at 137; H. J. McCloskey, "Respect for Human Moral Rights versus Maximizing Good," in *Utility and Rights*, supra, at 121, 132-133. לעניין עמדתו של Raz ראו גם את הדברים האמורים בהערות שוליים 276 להלן.

276 מי שעמד, באופן כללי ובפרט מההיבט של חופש הביטוי, על הבעייתיות בניסיון ליצור הבחנה חדה וברורה בין אינטרס הציבור ואינטרסים כלל-חברתיים, לבין זכויות הנתונות לפרט כאדם אוטונומי בעל רצון וערך עצמי, הוא Raz. ראו לעניין זה Raz, הערה 80 לעיל, בעמ' 250-255. ראו גם Jeremy Waldron, *The Right to Private Property* 73 (1988). ראו גם Christoph Beat Graber & Gunther Teubner, "Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere?," 18 *Oxford J. Legal Stud.* 61, 64-66 (1998). כן ראו אייל גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט כא 405, 413 בסמוך להערה 42 שם (תשנ"ח).

מצרפית של מטרה או תועלת כלל-חברתית. באופן דומה, אין גם מקום לכל ניסיון אחר ליצור מדרג בין חשיבות אותן תכליות של עיקרון חופש הביטוי, שהחובות המוטלות על העיתונות מקדמות, לבין חשיבות אותן תכליות של עיקרון חופש הביטוי, המקבלות ביטוי במסגרת מימוש זכותם האישית והאוטונומית של אנשי העיתונות לחופש ביטוי. מאחר שמשני צדי המתסר ניצבים, בסופו של יום, אותם ערכים ואותן מטרות, דומה כי גדר המחלוקת בין זכותה של העיתונות לחופש ביטוי לבין הצורך בהטלת חובות ביחס לתפקידיה החברתיים אינו יכול להיות מיושב על ידי ניסיון להכריע, באופן כוללני, מהו סדר החשיבות של הערכים המתחרים. המדובר יותר בהכרעה מעשית – האם, מתי ובאיזה תנאים תיחשב הטלת חובות ביחס לתפקידיה החברתיים של העיתונות למהלך רצוי, חרף הפגיעה בהיבטים מסוימים של עיקרון חופש הביטוי שאכן נגרמת כתוצאה מכך. סיכמו של דבר: על יסוד הדברים האמורים לעיל, לדעתנו, טענת הפגיעה בזכותה של העיתונות לחופש ביטוי אינה יכולה לשמש בסיס לשלילה גורפת של החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות. נראה, כי המגמה הראויה בהקשר זה היא, מחד גיסא, לנסות ולהותיר בידי העיתונות את מרב החירות וחופש הפעולה בעניינים הקשורים למימוש זכותה לחופש ביטוי, ומאידך גיסא, להפנים את הכורח להטיל על העיתונות חובות מסוימות, המהוות תנאי הכרחי לכך שהציבור הרחב יזכה ליחס המתחייב ממעמדו כציבור המורכב מפרטים אוטונומיים בעלי רצון, ערך עצמי וחירות יסוד משל עצמם.

(3) טענת הפגיעה באינטרסים הקנייניים של העיתונות

הטענה השלישית כנגד ההצעה להטיל על העיתונות חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים היא הטענה, כי חובות אלה פוגעות באינטרסים הקנייניים של העיתונות – של גורמים המחזיקים בבעלותם אמצעי תקשורת או כל נכס תקשורתי אחר – ולפיכך הן אינן ראויות.²⁷⁷ במקרים רבים, החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות אכן פוגעות באינטרסים קנייניים.²⁷⁸ הדוגמאות המובאות בפרק ב.4(ב) לעיל, לגבי חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות, ממחישות זאת היטב. על פניה, כל הגבלה על היכולת להחליט באופן אוטונומי כיצד לנהל ולהפעיל אמצעי תקשורת, בין משודרת²⁷⁹ ובין כתובה, פוגעת במרכיב השליטה הבלעדית על דרכי

277 ראו Kelley & Donway, הערה 266 לעיל, בעמ' 79–81. ראו בהקשר זה גם את דב'ע פלסטין פוסט, הערה 274 לעיל, בעמ' 451–453.

278 ראו ברק, הערה 1 לעיל, בעמ' 248.

279 בכל הנוגע לאמצעי תקשורת משודרת הסעונים רישוי על פי דין, לכאורה המצב שונה. עשויה להישמע טענה לפיה אין מדובר בפגיעה בזכות הקניין של הבעלים, אלא, להבדיל, אך ורק קביעת תנאים ברישיון המתחייב על פי דין. על פי טענה זו, גם אם יש לראות את הרישיון כזכות קניינית, עדיין אין לו למחזיק הרישיון אלא את אשר הדין העניק לו. כלומר: הרישיון בכפוף לתנאים השונים והקבועים בו. ספק אם ראוי לקבל טענה זו. נראה, כי באותם מקרים עצם הדישת הרישיון על תנאי השונים היא בבחינת דין המעצב את זכות הקניין באמצעי תקשורת משודרת. בהקשר

השימוש והניצול של הנכס נושא זכות הקניין (במקרה הנדון, אמצעי התקשורת) – מרכיב המהווה חלק מזכות הקניין של הבעלים באותו אמצעי תקשורת. מעבר לכך, במקרים רבים, החובות המוטלות על העיתונות מגבילות את היכולת להפיק מהנכס התקשורתי את מלוא פוטנציאל הרווח הכספי הסמוך בו, כאשר גם בכך יש משום פגיעה בזכות הקניין.²⁸⁰

עם זאת, גם מעמדם של האינטרסים הקנייניים אינו מוחלט. במקרים מסוימים מוצדק לסייג אינטרסים קנייניים למען אינטרסים ושיקולים אחרים, ובפרט למען אינטרסים ציבוריים.²⁸¹ מקובל לחשוב, כי זכות הקניין צריכה להיות מעוצבת בהתחשב במכלול הגורמים השונים שעליהם היא עשויה להשפיע. כיום נהוג לגרוס, כי זכות הקניין שומנת בחובה גם אחריות כלפי אלה העשויים להיות מושפעים ממנה, בפרט כאשר מדובר בנכסים בעלי חשיבות חברתית.²⁸² על פי גישה זו, לבעל זכות הקניין מחויבות כלפי אלה התלויים בו ובמעשיו. מחויבות זו משפיעה על אופן עיצוב הזכות הקניינית, על תוכנה

זו, עצם עיצוב הדין – דישיון על תנאי, באופן אשר פוגע באינטרסים המוגנים על ידי זכות הקניין – עשוי להיחשב כפגיעה בזכות הקניין, בדיוק כשם שחוק הקובע זכות בעלות בהיקף צר מאוד עשוי להיתפס כחוק הפוגע בזכות הקניין. זאת, גם אם חוק זה עצמו קובע מהי זכות הבעלות המוכרת על פי הדין המצוי. דומה, כי המבחן לשאלת קיומה של פגיעה בזכות הקניין צריך להיות מבחן מהותי – מבחן הבוחן אם יש פגיעה באותם אינטרסים המוגנים ביסוד ההכרה בזכות הקניין ובמעמדה המוגן. ספק אם יש מקום לאמץ מבחן פורמלי, המסתפק בבדיקה אם יש פגיעה באינטרס קנייני שהדין המצוי הכיר בו עוד קודם לכן. לדעה דומה ראו, Norman Dorsen & Joel Gora, "Free Speech, Property, and the Burger Court: Old Values, New Balances," 1982 *Sup. Ct. Rev.* 195, 215-216.

280 ראו יהושע ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין", הפרקליט מב 258, 271-266 (תשנ"ה); יוסף מ' אדרי, "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטיוטיבית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם", משפטים כח 461, 488 (תשנ"ו). זו גם הגישה המשתמעת מעמדת מרבית שופטי בית המשפט העליון בע"א 6821/93 הבנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, לענין מהות זכות היסוד לקניין שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו שם, בעמ' 328, 431, 572, מפי השופטים שמגר, ברק וגולדברג בהתאמה. לדעה מסייגת של השופטים זמיר ומצא ראו שם, בעמ' 470-471 ובעמ' 578 בהתאמה.

281 ראו Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 115-120, הדנה בנושא סיוג זכות הקניין באמצעי תקשורת על רקע החובות המתחייבות מתפקידה החברתיים של העיתונות. באופן כללי ראו יהושע ויסמן, דיני קניין – בעלות ושימוש 43-45, 123-124 (תשנ"ו); ויסמן, הערה 280 לעיל, בעמ' 258, 275. ראו גם Lawrence C. Becker, *Property Rights – Philosophic Foundations* 107: Joseph William Singer, "The Reliance Interest in Property" 40 *Stan. L. Rev.* 614, 622, 637-638, 641-642, 647, 650-651, 659-661, 664, 674-675 (1988); מרגל דויטש, קניין א 260 (תשנ"ו).

282 ראו Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 115; ויסמן, הערה 281 לעיל, בעמ' 44; Singer, הערה 281 לעיל, בעמ' 659-660, 674. ראו גם סעיף 14(2) לחוק היסוד הגרמני (ה"Grundgesetz"), הקובע (בתרגום לאנגלית), כי: "Property imposes duties. Its use should also serve the public weal".

ועל גבולותיה.²⁸³ מסיבה זו, השליטה על משאבים אינה צריכה להגיע כדי שליטה מוחלטת, העלולה לפגוע באינטרסים ציבוריים ראויים, והאינטרס הקנייני עשוי לסגת מפני אותם אינטרסים ציבוריים.²⁸⁴ קודם לכן עמדנו בהרחבה על התפקידים החברתיים שהעיתונות ממלאת ועל האינטרס הציבורי הכרוך בהם. כאמור, לעיתונות יש השפעה ישירה על אופיו של השיח הציבורי, על תקינות התהליך הדמוקרטי ועל יכולתו של כל יחיד לקחת בו חלק פעיל. על רקע זה ועל יסוד הדברים האמורים לעיל נראה, כי החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות עשויות להצדיק פגיעה מסוימת באינטרסים קנייניים של העיתונות.²⁸⁵ לפיכך, אין לראות את עצם הפגיעה באינטרסים קנייניים של העיתונות כנימוק השולל באופן גורף ומוחלט אפשרות של הטלת חובות ביחס לתפקידיה החברתיים של העיתונות. עם זאת, כעולה מן האמור בפרקים ב.4(ד)–ב.4(ה) להלן, הפגיעה באינטרסים הקנייניים של העיתונות צריכה להיעשות במשורה ולהצטמצם אך ורק למקרים שבהם הדבר הוא הכרחי.

(ד) העיתונות כגוף הפועל ב"מתחם הציבורי" (public sphere)

עד לנקודה זו הדברים האמורים בפרק ב.4(ג) לעיל לא חרגו מהמסגרת המקובלת, שלפיה כאשר קובעים את היקפן ואת תוכנן של זכויות קניין יש להתחשב במכלול האינטרסים השונים העשויים להיות מושפעים מכך. מעבר למסגרת כללית זו, היו מי שהציעו גישה יומרנית יותר בכל הנוגע לשאלת היחס בין האינטרסים הקנייניים של העיתונות לבין החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות. על פי גישה זו, ההצדקה לסיוג האינטרסים הקנייניים של העיתונות היא הצדקה מושגית כללית. הצדקה זו נובעת מהמיקום הנורמטיבי של פעילות העיתונות במה שניתן לכנות כ"מתחם הציבורי" – ה"public sphere".²⁸⁶ גישה זו עומדת על הקשר ההדוק בין פועלה של העיתונות לבין השיח הציבורי, לרבות ההבחנה כי עיקר השיח הציבורי מתנהל במתחם הפרטי, כלומר: באמצעות כלי תקשורת בבעלות פרטית. בהמשך לכך, באה הטענה שלפיה האינטרסים הקנייניים באותם כלי תקשורת צריכים להיות כפופים לתנאים המתחייבים ממהותו של השיח הציבורי. בכלל זה באות גם החובות המתחייבות מתפקידיה

283 ראו Singer, הערה 281 לעיל, בעמ' 661.

284 ראו שם, בעמ' 675.

285 ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1340; Gibbons, הערה 166 לעיל, בעמ' 189–184; Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 118–116, 125, המסייגת את אפשרות הפגיעה באינטרסים קנייניים למקרים שבהם לא קיימת חלופה סבירה אחרת למימוש הזכות לחופש ביטוי. ראו גם סגל, חופש העיתונות, הערה 35 לעיל, בעמ' 51–49; Royal Commission, הערה 145 לעיל, בעמ' 11–9; Barendt, הערה 166 לעיל, בעמ' 66.

286 ראו Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 118–116; Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1340; Gibbons, הערה 166 לעיל, בעמ' 189–184; Barron, הערה 237 לעיל; Fiss, הערה 141 לעיל, בעמ' 14.

החברתיים של העיתונות. ביסוד גישה זו מונח הנימוק כי השיח הציבורי הוא מנגנון פעולה משותף, הנושא על גבו חלק גדול מהתהליך הדמוקרטי וממפעל השלטון העצמי. השיח הציבורי הוא זה שמאפשר לכל אזרח לממש את זכותו השווה להשתתף ולהשפיע על החיים הפוליטיים ועל התהליך הדמוקרטי. מכאן הסענה כי העיתונות, המשמשת בתפקיד זירת השיח הציבורי ובתפקידים מובילים נוספים של השיח הציבורי, חייבת לקבל על עצמה את אותם תנאים המתחייבים ממהותו של השיח הציבורי.²⁸⁷ זאת, גם אם הדבר פוגע באינטרסים קנייניים שלה.²⁸⁸

במידה רבה משתמשת גישה זו בהבחנה העמומה-משהו בין פעולה בעלת אופי פרטי לבין פעולה בעלת אופי ציבורי, ובאמות-המידה הנורמטיביות השונות המתבקשות לגבי כל אחד מבין שני סוגי הפעולות האמורות. על פי הבחנה זו,²⁸⁹ סיווגה של פעולה כפעולה

287 גישה זו קיבלה ביטוי קיצוני יותר בהצעה לסווג את כלי התקשורת הפרטיים כגוף דומותי המבצע תפקיד ציבורי, ובהתאם לכך להחיל עליהם את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי. אנו נתירוס להצעה זו בפרק ב.4(ה) להלן, ונעמוד על הבעייתיות שהיא מעוררת.

288 ראו Freedman, הערה 166 לעיל, בעמ' 1340; Gibbons, הערה 166 לעיל, בעמ' 184-189; Lichtenberg, הערה 62 לעיל, בעמ' 116-118, 125, שכאמור מסייגת את אפשרות הפגיעה באינטרסים קנייניים למקרים שבהם לא קיימת חלופה סבירה אחרת למימוש הזכות לחופש ביטוי. דעה דומה הובעה בסוגיית זכות הגישה וזכות ההפגנה במרכזי קניות פרטיים. גם בהקשר זה הושמעה עמדה, שלפיה זכויות הקניין של בעלי מרכזי קניות פרטי צריכות להיות כפופות למתחייב ממהותו של מרכז הקניות כשטח ציבורי המשמש את הציבור ורחב לצרכים שונים. זוהי, לדוגמה, דעתה של Lichtenberg, שם, שם וכן דעתו של Berger. ראו Curtis J. Berger, "PruneYard Revisited: Political Activity on Private Property" 66 N.Y.U. L. Rev. 633 (1991). במידה זו ישנן גם דעות אחרות, השמות דגש רב יותר על מעמדה של זכות הקניין, ולמצער מבקשות להסדיר בדרך של איזון בין האינטרסים השונים ולא על ידי סיווג גורף של מרכזי קניות כשטח ציבורי. ראו בנושא זה Dorsen & Gora, הערה 279 לעיל, בעמ' 219-225; Schmidt, הערה 237 לעיל, בעמ' 100-102; BeVier, הערה 86 לעיל; Nimmer, הערה 2 לעיל, בעמ' 100-120 עד 4-120; ד"ר אורבך, הערה 2 לעיל, בעמ' 430-434, וכן Richard A. Epstein, "Takings, Exclusivity and Speech: The Legacy of *PruneYard v. Robins*," 64 U. Chi. L. Rev. 21 (1997); Frank I. Michelman, "The Common Law and Restitution for the Commons: A Reply to Professor Epstein," 64 U. Chi. L. Rev. 57 (1997); William Burnett Harvey, "Private Restraint of Expressive Freedom: A Post-*PruneYard* Assessment," 69 B.U. L. Rev. 929 (1989).

289 להבחנה בין המושג "פרטי" לבין המושג "ציבורי" ולמשטר הנורמטיבי השונה המתחייב מפעולה בעלת אופי פרטי ומפעולה בעלת אופי ציבורי ראו Anderson, הערה 100 לעיל, וכן Ruth Gavison, "Feminism and the Public/Private Distinction," 45 Stan. L. Rev. 1 (1992); Louis Michael Seidman, "Public Principle and Private Choice: The Uneasy Case for a Boundary Maintenance Theory of Constitutional Law," 96 Yale L.J. 1006 (1987); Henry J. Friendly, "The Public-Private Penumbra – Fourteen Years Later," 130 U. Pa. L. Rev. 1289 (1982); Duncan Kennedy, "The Stage of the Decline of the Public/Private

בעלת אופי ציבורי מחליש את מעמד עיקרון אי-ההתערבות בעניינים הנוגעים לערך האוטונומיה של הפרט; מה שמאפשר התערבות רבה יותר של הדין בהיבטים שונים של אותה פעולה.²⁹⁰ לפעולה בעלת אופי ציבורי יש שני סממנים מרכזיים המסייעים להפיק אותה מחזקת הפרט ולהצדיק את ההתערבות בה:²⁹¹ הסממן הראשון מתייחס למחלתה של פעולה בעלת אופי ציבורי כפעולה הנוגעת לזולת ועשויה להשפיע עליו, ומכאן נובעת ההצדקה לקבוע ביחס לאותה פעולה כללים המבקשים להגן על ענייניו של הזולת.²⁹² הסממן השני מתייחס לכך שפעולה בעלת אופי ציבורי היא במקרים רבים פעולה מוחצנת, כלומר: פעולה הנוגעת לענייניו של הציבור ולא לענייניו של היחיד בינו לבין עצמו.²⁹³ על רקע זה, התערבות בפעולה בעלת אופי ציבורי אינה נתפסת כחדירה לענייניו של הפרט וכפגיעה באוטונומיה שלו כפי שנתפסת התערבות בפעולה בעלת אופי פרטי. הנפקות המיוחסת להבחנה בין פעולה בעלת אופי פרטי לבין פעולה בעלת אופי ציבורי היא יציר כפיו של עולם המשפט ולא מציאות חיה. לפיכך, כבכל מעשה סיווג משפטי, יש להיזהר מפני מצב שבו הסיווג משתלט על הדין ודוחק הצידה את מכלול התכליות והערכים שהדין נועד להגשים.²⁹⁴ במקרים רבים קיים קושי מעשי לעשות שימוש בהבחנה בין פעולה בעלת אופי פרטי לבין פעולה בעלת אופי ציבורי. קושי זה נובע מהעובדה, שבמציאות המורכבת של ימינו לא תמיד ניתן למתוח קו ברור בין פעולה בעלת אופי ציבורי לבין פעולה בעלת אופי פרטי.²⁹⁵ יש, אומנם, גקודות קצה מחולטות, דוגמת המדינה, שבמקרים רבים מסמלת פעילות ציבורית נטולת מאפיינים פרטיים. עם זאת, ישנם גם מקרי ביניים רבים המערבים דרגות שונות של מרכיבים בעלי אופי פרטי עם מרכיבים בעלי אופי ציבורי.²⁹⁶ כפועל יוצא, גם במישור המשטר הנורמטיבי הרצוי

Distinction," 130 U. Pa. L. Rev. 1349 (1982); Alan David Freeman & Elizabeth Mensch, "The Public-Private Distinction American Law and Life," 36 Buff. L. Rev. 237 (1987). ראו גם רות גביון, "דת ומדינה: הפרדה הפרטית" משפט וממשל ב 55, 67-75 (תשנ"ד); אברהם וינרוט, תכונות ממשלתיות - תחולת המשפט המינהלי 418-423 (תשנ"ה).

- 290 ראו גביון, הערה 289 לעיל, בעמ' 72-73.
 291 שם.
 292 ראו Gavison, הערה 289 לעיל, בעמ' 15-16.
 293 שם, בעמ' 5.
 294 ראו Clapham, הערה 252 לעיל, בעמ' 137.
 295 ראו לעניין זה גם את הדברים האמורים בפרק ב.4(ה) לחלק לגבי גופים פרטיים הממלאים תפקיד ציבורי, דוגמת תדית החשמל ותכונות ממשלתיות. כמפורט שם, בית המשפט סיווג את אותם הגופים כ"גופים דומיהותיים" והחיל עליהם את מה שנהוג לכנות "דואליות נורמטיבית" - תחולה מצטברת של המשפט הפרטי ושל עקרונות יסוד מתחום המשפט הציבורי.
 296 ראו גביון, הערה 289 לעיל, בעמ' 72-73; Gavison, הערה 289 לעיל, בעמ' 6. לדברים ברוח דומה ראו גם את דברי השופט זמיר בע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים, פ"ד מט(3), 196, 203: "סעות היא לחלק את הקניין באופן חד בין קניין פרטי לבין קניין ציבורי. לא כל הנכסים נופלים בגדר 'ידה פרטית' או בגדר 'בין ציבורי'. המציאות מורכבת יותר. יש בה גוונים

ישנם מקרים שבהם המשטר הנורמטיבי הרצוי הוא משטר מעורב, כלומר: משטר המשלב כללים המתחייבים מהמאפיינים הפרטיים של פעולה בצד כללים המתחייבים מהמאפיינים הציבוריים של אותה פעולה.²⁹⁷

קושי זה בהבחנה המעשית בין פעולה בעלת אופי ציבורי לבין פעולה בעלת אופי פרטי מבהיר היטב את בעייתיות הגישה שלפיה יש לסווג את פעילות העיתונות כפעילות בעלת אופי ציבורי, ולגזור מכך מסקנות לגבי המשטר הנורמטיבי שצריך לחול על פעילות זו. אומנם, גישה זו ממחישה היטב את הקשר ההדוק בין מהותו של השיח הציבורי לבין הפעילות המנוהלת ומתבצעת באמצעות כלי תקשורת פרטיים. כפועל יוצא, גישה זו מצליחה גם להצדיק באופן משכנע את הצורך בהטלת חובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות. זאת, גם אם הדבר כרוך בפגיעה מסוימת באינטרסים הפרטיים של העיתונות. אולם, ההתמקדות הרבה במאפיינים הציבוריים של פעילות העיתונות הופכים את הגישה האמורה לגישה חד-ממדית. גישה זו מתעלמת מהעובדה, כי האופי הציבורי של פעילות העיתונות אינו מבטל, בוודאי לא לחלוטין, את המאפיינים הפרטיים של פעילות זו. סיווג פעילות העיתונות כפעילות בעלת אופי ציבורי הוא נכון, אך הוא סיווג חלקי ולא ממצה. לצד האופי הציבורי של פעילות העיתונות יש לזכור כי זוהי פעילות המתבצעת על ידי גורמים פרטיים ואוטונומיים. אם נדייק, המדובר בפעילות של גורמים פרטיים ואוטונומיים, הכוללת מאפיינים ציבוריים ולא להפך. על רקע זה, האופי הציבורי של פעילות העיתונות אינו יכול לבטל את המשמעות הנורמטיבית הבסיסית המתחייבת ממכלול האינטרסים הפרטיים של העיתונות, לרבות זכותה לחופש ביטוי וחכיוותיה הקנייניות.

וגונוי גוונים. היא מכירה בנכסים שיש בהם יסודות של קניין פרטי המעורבים, במינן גדול או קטן, עם יסודות של משפט ציבורי". השופט זמיר מציין את ההבחנה האמורה במסגרת התייחסותו לשאלת תחולת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על הבעלים של קניין פרטי. כאמור בפרק ב.4(ה) להלן, בהקשר זה אנו חולקים על הגישה המבקשת לראות בעיתונות גוף דו-מהותי ולהחיל עליה את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי.

297 על רקע זה היי מי שביקשו לבטל כליל את השימוש בהבחנה בין פעולה בעלת אופי ציבורי לבין פעולה בעלת אופי פרטי, ובפרט את ההשלכות הנורמטיביות הנגזרות ממנה. ביקורת יותר מתונה אינה תוקפת את עצם הנפקות המשפטית השונה העשויה להיות לפעולה בעלת מאפיינים פרטיים לעומת פעולה בעלת מאפיינים ציבוריים, אלא שמה דגש על כך שבמקרים רבים השימוש בסיווג המשפטי "פרטי" לעומת "ציבורי" הפך לגולם אשר קם על יוצרו והוביל לתוצאות לא ראויות מבחינה ערכית. על פי ביקורת זו, הבעיה המרכזית אינה בעצם ההבחנה בין פעולה בעלת אופי פרטי לבין פעולה בעלת אופי ציבורי, אלא בדרך יישומה בפועל. בייחוד אמורים הדברים לגבי הניסיון לפשט את המציאות המורכבת ולכפות עליה את תוצאות ההבחנה בין פעולה בעלת אופי פרטי לבין פעולה בעלת אופי ציבורי גם בנסיבות שבהן הבחנה זו אינה ישימה, או שהיא מובילה לתוצאות לא ראויות מבחינה ערכית. ביקורת זו מקבלת משנה תוקף על רקע הדברים האמורים לעיל, לפיהם ישנם מקרים רבים שבהם לא ניתן להקים חץ ברור חד-משמעי בין פעולה בעלת

לגופם של דברים: הנטייה לצבוע יתר על המידה את פעילות העיתונות בצבעים "ציבוריים" סומנת בחובה שתי סכנות מרכזיות. הסכנה הראשונה מתייחסת לפיתות במעמדו של ערך האוטונומיה של הפרט, הנתפס כערך יסוד במסגרת כל שיטה דמוקרטית.²⁹⁸ הסכנה השנייה מתייחסת לנזק הכלכלי-חברתי כתוצאה מאי-מתן משקל ראוי לחשיבות הסמונה במנגנון השוק החופשי ובתרומתו לקידום חלק גדול מתכליות עיקרון חופש הביטוי. פרקים א.4 וא.6(ב) עמדו על החשיבות הרבה של יצירת תמריצים כלכליים לקידום התכליות הכלכלי-חברתיות המונחות ביסוד עיקרון חופש הביטוי. מנקודת ראות זו, ההגנה על האינטרסים הקנייניים המעורבים בשיח הציבורי אינה רק עניינו של בעל האינטרס הקנייני עצמו, אלא עניין הציבור כולו. הציבור כולו נהנה מהטובין הציבוריים שהפקתם התאפשרה עקב ההכרה בזכויות קניין ויצירת תמריצים כלכליים לפעילות בתחום הביטוי. לפיכך, גישה המדגישה במידה מופרזת את האופי הציבורי של פעילות העיתונות ומתעלמת מחשיבות המאפיינים הפרטיים של פעילות זו, עלולה בסופו של יום לפגוע דווקא בציבור הרחב שעליו ביקשה להגן.

על יסוד דברים אלה מוצע להימנע מסיווג גורף של פעילות העיתונות כפעילות בעלת אופי ציבורי, המתבצעת ב"מתחם הציבורי". סיווג זה אינו מסייע למציאת האיזון הראוי בין האינטרסים הפרטיים של העיתונות לבין החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים. זהו סיווג חלקי וחסר. ככזה הוא עשוי לגרום לפגיעה לא מוצדקת באינטרסים הפרטיים השונים המונחים ביסוד פעילות העיתונות. למותר לציין, כי באופן דומה כל סיווג גורף של פעילות העיתונות כפעילות בעלת אופי פרטי גרידא, מבלי להתחשב באינטרס הציבורי הכרוך בפעילות העיתונות, יהיה גם כן סיווג חלקי, חסר ולא מדויק. ברוח זו אנו סבורים, כי הדרך הנכונה היא לנסות ולקבוע את החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות באופן נקודתי. זאת, מבלי לבטל את נקודת המוצא הבסיסית, לפיה מדובר בפעילות המתבצעת על ידי גורמים פרטיים. במסגרת זו, יש להתחשב במהות התפקיד העיתונאי שבו מדובר, בהשפעות הנובעות ממילוי תפקיד זה על הציבור הרחב, במהות ובדרגת האינטרס הציבורי, ובמכלול האינטרסים הפרטיים של העיתונות הנוגעים בדבר. ייתכן בהחלט, כי החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות יצדיקו לסייג את האינטרסים הפרטיים של העיתונות. עם זאת נראה, כי ההכרעה בנושא צריכה להתקבל לאחר בחינה מדוקדקת של מכלול השיקולים והאינטרסים הנוגעים בדבר. אין מקום, להבדיל, לפיחות מושגי במעמד האינטרסים הפרטיים של העיתונות על ידי סיווג פעילות העיתונות כפעילות בעלת אופי ציבורי, המתבצעת ב"מתחם הציבורי".

אופי ציבורי לבין פעולה בעלת אופי פרטי. לדיון בנושא זה, שעליו התבסס מרבית האמור לעיל, ראו Gavison, הערה 289 לעיל.

298 ראו Kelley & Donway, הערה 266 לעיל, בעמ' 80; Fried, הערה 59 לעיל. לדיון כללי בנושא זה ראו Anderson, הערה 100 לעיל, בעמ' 128.

(ה) העיתונות כגוף דו־מהותי

בהרצאה שנשא בשנת תשנ"ו²⁹⁹ הציע נשיא בית המשפט העליון, פרופ' ברק, להכיר בעיתונות³⁰⁰ כגוף דו־מהותי, שעליו חלים עקרונות יסוד מתחום המשפט הציבורי.³⁰¹ הנשיא ברק עמד על התפקיד החברתי והציבורי שהעיתונות ממלאת, ועל ההשפעות הרבות של פעילות העיתונות על תקינות התהליך הדמוקרטי.³⁰² בהמשך לכך אפיין הנשיא ברק את העיתונות כגוף פרטי הממלא תפקיד ציבורי. לדבריו, העיתונות היא חלק מקבוצת "גופים שאינם חלק מהשלטון ושמבחינתם הפורמלית הם גופים של המשפט הפרטי, אך הם מבצעים פונקציה ציבורית".³⁰³ מסקנתו של הנשיא ברק הייתה כי על העיתונות, המשמשת כ"נאמן של הציבור", יש להחיל, בצד המשפט הפרטי, גם עקרונות יסוד של המשפט הציבורי. עמדה זו של הנשיא ברק מבקשת, כפי שהוא מציין בעצמו,³⁰⁴ לראות בעיתונות חלק מקבוצת גופים פרטיים שבית המשפט סיווג כ"גופים דו־מהותיים" והחיל עליהם את מה שנהוג לכנות "דואליות נורמטיבית" – תחולה מצטברת של המשפט הפרטי ושל עקרונות יסוד מתחום המשפט הציבורי.³⁰⁵ דוגמת החובה לנהוג שוויון, איסור לפעול מתוך ניגוד עניינים וחובת ההגינות. בין היתר, מדובר בגופים דוגמת חברת החשמל,³⁰⁶ חברות ממשלתיות³⁰⁷ וחברה בעלת בלעדיות למתן שירותי קבורה.³⁰⁸

299 ראו ברק, הערה 1 לעיל.

300 כלשונו, ההרצאה מתייחסת לעיתונות הכתובה בלבד. עם זאת, ותכנה מלמד כי הרעיון להכיר בעיתונות כגוף דו־מהותי מכון כלפי כל סוגי כלי התקשורת המצויים בבעלות פרטית, לרבות תקשורת משודרת.

301 ראו ברק, הערה 1 לעיל, בעמ' 243–248.

302 שם, בעמ' 243–245.

303 שם, בעמ' 244.

304 שם.

305 לדיון בנושא הדואליות הנורמטיבית ותחולת המשפט הציבורי על גופים פרטיים ראו איל בנבנשתי, "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים", משפט וממשל ב 11 (תשנ"ד); דפנה ברק־ארי, "תאגידים ציבוריים", עיוני משפט יס 273 (תשנ"ה) (להלן: ברק־ארי, "תאגידים ציבוריים"); דפנה ברק־ארי, "אחריות אורחית של גופים ציבוריים: דואליות נורמטיבית" משפט וממשל א 275 (תשנ"ג); רענן דר־זהב, המשפט המינהלי הישראלי 563–573 (תשנ"ו); יצחק זמיר, הסמכות המינהלית 479–483 (תשנ"ו); גבריאלה שלז, "מכרזים פרטיים", משפטים כס 179, 182, 196–199 (תשנ"ח). פסקי הדין המרכזיים בנושא הם: בג"ץ 731/86 מיקור דף נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד מא(2) 449; ע"א 294/91 חברת קדישא גוש־א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מז(2) 464; בג"ץ 4212/91 המוסד תדינכי הממלכתי דתי העל־יסודי לבנות "בית רבקה" נ' הסיכנות היהודית לארץ־ישראל, פ"ד מז(2) 661; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי סדסת ההלומים, הערה 296 לעיל.

306 ראו פרשת מיקור דף, הערה 305 לעיל.

307 שם.

308 ראו פרשת קסטנבאום, הערה 305 לעיל.

מלכתחילה, סיווגו של גוף כגוף דו־מהותי התבסס על שלושה מבחנים עיקריים: קיומן של סמכויות שלטוניות הנתונות לאותו גוף, קבלת זיכיון בלעדי מהמדינה, ושליטה על אמצעי ייצור חיוני.³⁰⁹ פסיקה מאוחרת יותר³¹⁰ הדגישה את השאלה האם הגוף הנדון ממלא תפקיד ציבורי. אין בפסיקה פירוט לגבי השאלה מהו "תפקיד ציבורי" שיצדיק הכרה בגוף כגוף דו־מהותי.³¹¹ מעבר לציון כללי של המבחנים האמורים, הפסיקה לא קבעה אמות מידה ברורות וחד־משמעיות מתי וכיצד יש לסווג גוף כגוף דו־מהותי.³¹² עם זאת, יהיה זה נכון לומר, כי הניקה הכללית לתפקידים ציבוריים, מהסוג שרשויות שלטון נוהגות ליטול על עצמן, היא אבן הבוחן המרכזית לסיווגו של גוף כגוף דו־מהותי.³¹³ עוד נקבע על ידי הפסיקה, כי היקף ועוצמת כללי המשפט הציבורי שיחולו על גוף דו־מהותי צריכים להיגזר מדרגת הקרבה בין מהות הגוף הנדון לבין המאפיינים העיקריים של רשויות מנהליות.³¹⁴

ההצעה להכיר בעיתונות כגוף דו־מהותי מרחיקה לכת מעבר לגישה האמורה בפרק ב.4(ד) לעיל, לפיה האופי הציבורי של פעילות העיתונות מפתית מושגית ממעמד האינטרסים הפרטיים של העיתונות. הצעה זו צועדת צעד אחד נוסף, המקרב את ההתייחסות הנורמטיבית כלפי העיתונות להתייחסות הקיימת כלפי המדינה וכלפי רשויות השלטון. הדבר מקבל ביטוי הן בהתייחסות לעיתונות: כ"דמויות שלטון וכמי שיש לה פונקציה ציבורית",³¹⁵ כ"נאמן של הציבור" וכמי ששולטת "בנכס ציבורי",³¹⁶ ובעיקר בעצם ההצעה להחיל על העיתונות נורמות מתחום המשפט הציבורי, לרבות האיסור להפלות.³¹⁷ ההצעה להחיל על העיתונות את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי אינה עניין של מה בכך. הצעה זו טומנת בחובה השפעות משמעותיות לגבי שאלת היחס בין מעמד האינטרס העצמי של העיתונות לבין מעמד אינטרס

309 ראו פרשת מיקדו דף, הערה 305 לעיל.

310 ראו פרשת קסטנבאום, הערה 305 לעיל, בעמ' 484, 490–493.

311 ראו בנבנשתי, הערה 305 לעיל, בעמ' 19; ברק־ארו, תאגידים ציבוריים, הערה 305 לעיל, בעמ' 294. הן השופט ברק בפרשת קסטנבאום והן השופט זמיר בפרשת מפעלי בדרסס החלומים מציינים, כי לא כל תפקיד שיש בו עניין לציבור או חשיבות ציבורית הופך את הגוף ממלא תפקיד לגוף דו־מהותי. ראו פרשת קסטנבאום, הערה 305 לעיל, בעמ' 517; פרשת און, הערה 296 לעיל, בעמ' 207.

312 ראו בנבנשתי, הערה 305 לעיל, בעמ' 16–19; ברק־ארו, "תאגידים ציבוריים", הערה 305 לעיל, בעמ' 291–293. ראו גם פרשת און, הערה 296 לעיל, בעמ' 207 (השופט זמיר).

313 שם, בעמ' 204–206, 207; פרשת קסטנבאום, הערה 305 לעיל, בעמ' 517–518; פרשת מיקדו דף, הערה 305 לעיל, בעמ' 462; ור"חוב, הערה 305 לעיל, בעמ' 564; בנבנשתי, הערה 305 לעיל, בעמ' 32–34; ברק־ארו, "תאגידים ציבוריים", הערה 305 לעיל, בעמ' 302–305.

314 ראו פרשת און, הערה 296 לעיל, בעמ' 207 (השופט זמיר).

315 ראו ברק, הערה 1 לעיל, בעמ' 247.

316 שם, בעמ' 245.

317 שם, בעמ' 244.

הציבור.³¹⁸ כעת, המונח "נאמן של הציבור", שעד עתה שימש אך ורק כמטאפורה לקשר ההדוק בין פועלה של העיתונות לבין הציבור הרחב, הופך להיות מונח טעון משמעות משפטית. החלת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על העיתונות מזהה אותה כגוף שפעולתו אמורה להיות מבוססת על הצורך לקדם את טובת הכלל ולהתחייק כל אינטרס עצמי העומד בניגוד לאינטרס הציבורי עליו הוא אמון. הגוף הדו-מהותי

318 נטא זה לא נדון מפורשות בפסקי הדין שעסקו בדואליות נורמטיבית ובגופים דו-מהותיים. אותם פסקי דין תארו את הגוף הדו-מהותי כנאמן של הציבור, וקבעו כי הדבר מחייב להחיל עליו נורמות מתחום המשפט הציבורי. עם זאת, אין באותם פסקי דין מפורט בשאלה מהן בעצם המשמעות הכרוכות בזהו הגוף הדו-מהותי כ"נאמן של הציבור". על התשובה לשאלה זו ניתן ללמוד רבות מפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת קונטרס, הערה 119 לעיל. באותה פרשה, שלא עסקה בגופים דו-מהותיים, נדונה השאלה אם ראוי להכיר בחובת הגינות כללית של האזרח כלפי השלטון. עמדתו של הנשיא ברק הייתה כי אין זה ראוי להכיר בחובה כזו. במסגרת נימוק עמדתו עמד הנשיא ברק בדעתה על ההבדל בין מעמדו המשפטי של האזרח לבין מעמדה המשפטי של רשות שלטונית, המשמשת כ"נאמן של הציבור". בתארו את המדינה ואת רשויות השלטון כ"נאמן של הציבור", אפיין הנשיא ברק את רשויות השלטון כמי שאין להן כל אינטרס עצמי משל עצמן, אלא אך ורק חובה להגשים את אינטרס הציבור שעליו הן מופקדות: "המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובמידה חפזת האינטרס הציבורי והנכסים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... תפקיד השלטון הוא לדאוג לציבור. לשלטון בתור שכזה אין אינטרס 'עצמי' משלו. השלטון קיים עבור הפרטים. השלטון אינו קיים עבור 'עצמי'. לאנשי השלטון אין אינטרס 'עצמי' שיש להגן עליו. עליהם לפעול להגשמת אינטרס הכלל... אכן, בדומה לנאמן באמצעות הפרטית גם השלטון חייב להתחייק כל אינטרס 'פרטי' או 'עצמי'. עליו להפעיל את כוחותיו למען הציבור והכלל" (שם, בעמ' 346-347). בד בבד, בהסבירו מדוע אין להטיל על האזרח חובת הגינות כלפי השלטון, עומד הנשיא ברק על מעמדו השונה של הפרט ועל זכותו המוכרת לפעול לשם הגשמת האינטרסים העצמיים שלו. אמנם, הפרט צריך להתחשב גם באינטרסים ובציפיות המוצדקות של הזולת, אך, עדיין, הנחת המוצא הבסיסית היא שכל פרט רשאי לפעול להגשמת האינטרסים הפרטיים שלו. אין על הפרט כל חובה לדאוג לאינטרסים של הזולת על חשבון האינטרסים של תבטחת עצמו. בכל הנוגע לפרט, אין כל חובה לאלטרואיזם. נקודת המוצא היא שהפרט זכאי לדאוג לעצמו, אלא שהדבר חייב להיעשות באופן ראוי ומתוך התחשבות בציפיות המוצדקות של הזולת (ראו שם, בעמ' 347-349). בסכמו את ההבדלים בין מעמדו של השלטון לבין מעמדו של הפרט אומר הנשיא ברק: "תפיסה דמוקרטית מכירה ברצון העצמי של הפרט ובאינטרס העצמי של הפרט. תפיסה דמוקרטית אינה מכירה ברצון העצמי ובאינטרס העצמי של השלטון, שכן השלטון פועל עבור הציבור ועבור הכלל. לא ניתן לומר, במשטר דמוקרטי, כי לפרט אין משלו ולא כלום, כל מה שיש לו, למען הכלל יש לו. דברים אלה נכונים ויפים הם לגבי השלטון" (שם, בעמ' 349). כאמור, דברים אלה של הנשיא ברק לא נאמרו בהקשר הפרטי של גופים דו-מהותיים. עם זאת, דומה כי הם מסייעים רבות להבנת היחס בין מעמד האינטרס הפרטי של גוף דו-מהותי לבין מעמד האינטרס הציבורי שעליו הוא אמון. הגוף הדו-מהותי נתפס כגוף הממלא תפקידים בעלי זיקה רעיונית לתפקידים שרשויות השלטון ממלאות. זוהי הסיבה מדוע ראוי להחיל עליו נורמות מתחום המשפט הציבורי. בפרשת קונטרס אפיין הנשיא ברק את המדינה כ"נאמן של הציבור" שאין לו כל אינטרס עצמי. מנגד, הנשיא ברק מדגיש את ההכרה במעמד המועדף של האינטרס העצמי, אשר נתון לכל פרט מתוקף היותו אדם בעל רצונות ומאווים משל עצמו. דברים אלה מלמדים גם על מעמד האינטרס

נתפס כ"משרת הציבור". לפיכך, מעמד האינטרס העצמי שלו, אם וככל שבכלל מכירים באינטרס כזה, כפוף למתחייב מאינטרס הציבור, ומכאן הפער בין ההצעה להכיר בעיתונות כגוף דו־מהותי לבין גישה שלצד התחשבות באינטרסים ציבוריים מוצדקים מכבדת את האינטרסים הפרטיים של העיתונות ושומרת עליהם כנקודת מוצא. ההצעה להכיר בעיתונות כגוף דו־מהותי אינה עוסקת באיזון בין האינטרסים הפרטיים של העיתונות לבין האינטרס הציבורי, אלא, להבדיל, בכפיפת העיתונות לכל מה שמתחייב מהאינטרס הציבורי.

על רקע זה, קבלת ההצעה להכיר בעיתונות כגוף דו־מהותי עשויה להיות בעלת השפעות מרחיקות לכת על מעמד האינטרסים הפרטיים של העיתונות. אומנם, הנשיא ברק ציין כי החלת נורמות מתחום המשפט הציבורי על העיתונות צריכה להיעשות בהתחשב "בקניין של הבעלים",³¹⁹ ו"באופן סביר ובמידה הראויה, כפי שמתחייב לפי המהות של כל עניין ועניין".³²⁰ כמו כן, כאמור, הפסיקה חזרה וציינה, כי החלת כללי המשפט הציבורי על גוף דו־מהותי אינה החלה גורפת אלא החלה חלקית ומסויגת, הנגזרת מדרגת הקרבה בין מהות הגוף הנדון לבין המאפיינים העיקריים של רשויות מנהליות.³²¹ אולם, עדיין דומה כי על אף אמירות אלה בפועל סיווג העיתונות כגוף דו־מהותי צפוי להשפיע באופן גורף למדי על מעמד האינטרסים הפרטיים של העיתונות. כאמור, סיווג העיתונות כגוף דו־מהותי כופף אותה, כעניין שבהגדרה, למתחייב מהאינטרס הציבורי המוטל עליה. בהתאם לכך מוכתב גם סדר העדיפויות הבסיסי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרסים הפרטיים של העיתונות. במובן זה, גם אם בהגדרה סיווג העיתונות כגוף דו־מהותי מלווה אך ורק בתחולה חלקית של המשפט הציבורי, עדיין סיווג כאמור סומן בחובו הכרעה ערכית עקרונית אשר מתווה ומסמנת מראש את מעמד האינטרסים הפרטיים של העיתונות כנחות ביחס למעמד האינטרס הציבורי עליו העיתונות אמונה. על כך ניתן ללמוד רבות דווקא מדבריו של הנשיא ברק עצמו בפרשת קונטרס,³²² שעמדו על הזיקה ועל הקשר ההדוק בין הבסיס העיוני של הסדר משפטי לבין

הפרטי של גוף דו־מהותי. נראה כי על רקע הגדרתו ומהותו של הגוף הדו־מהותי כ"נאמן של הציבור", לא ניתן להכיר לגביו באינטרס פרטי באותו מובן קשיח, אשר מיוחס לאינטרס העצמי של הפרט. נראה כי כל אינטרס פרטי של גוף דו־מהותי כפוף למתחייב מאותו אינטרס ציבורי, שבניגוד חולט להכיר בו כגוף דו־מהותי. אמנם, לא הרי מעמד רשות שלטונית כמעמד גוף דו־מהותי הנמצא אי שם על קו החץ בין אדם פרטי לבין רשות שלטונית. עם זאת, עצם ההכרה בגוף כגוף דו־מהותי, על יסוד מעמדו כנאמן של הציבור בתחום מסוים, מתווה את סדר העדיפויות הבסיסי בין האינטרס הציבורי לבין האינטרס הפרטי של אותו גוף. בסדר עדיפויות זה מעמדו של האינטרס הציבורי גובר. לגישה דומה ראו ברק־ארו, "תאגידים ציבוריים", הערה 305 לעיל, בעמ' 280.

319 ראו, ברק, הערה 1 לעיל, בעמ' 244.

320 שם.

321 ראו פרשת און, הערה 296 לעיל, בעמ' 207 והאסמכתאות שם (השופט זמיר).

322 פרשת קונטרס, הערה 119 לעיל.

תוכנו של אותו ההסדר, גבולותיו והחובות המשפטיות הקיימות במסגרתו.³²³ משכך הם פני הדברים, דומה כי אין בכוחן של אותן אמירות – שעל פיהן תחולת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על גוף דרמהותי היא תחולה חלקית ומסויגת – כדי לבטל, בוודאי לא לחלוטין, את ההשפעות הכלליות אשר נובעות בפועל מסיווג העיתונות כגוף דרמהותי.

אנו סבורים כי אין לקבל את ההצעה להכיר בעיתונות כגוף דרמהותי. בסרם נפנה לפרט את הנימוקים לעמדה זו, חשוב להדגיש שתי נקודות. ראשית, אין מחלוקת לגבי העובדה כי העיתונות ממלאת תפקיד חברתי רב חשיבות, אשר יש לו השפעות רבות על היבטים שונים של אינטרס הציבור. כעולה מן האמור בפרק ב.2 לעיל, הדברים האמורים בהרצאתו של הנשיא ברק בהקשר זה אכן משקפים את המציאות. כמו כן, כעולה מן האמור בפרקים ב.4(ב)–ב.4(ג) לעיל, כשלעצמה, המגמה העולה מהרצאתו של הנשיא ברק, להחיל על העיתונות חובות ביחס לתפקידיה החברתיים היא מגמה ראויה. אין לפרש

323 כך, בהסבירו מדוע אין זהות בין גישתו, לפיה "הפעלה ראויה של סמכות שלטונית מחייבת גילוי נאות של הפרט לשלטון בדבר נתונים עובדתיים מהותיים עליהם סומכת והחלטת השלטונית" לבין גישתו של השופט זמיר, לפיה חובת גילוי כאמור נגזרת מחובת הגינות כללית המוטלת על הפרט כלפי השלטון, אמר הנשיא ברק את הדברים הבאים:

"יסען הסוען: האין ההבדל בין עמדתו של חברי השופט זמיר לבין עמדתו, סמנטי גרידא? האם חובת הגילוי המוטלת לשיטתי אינה אלא חובת ההגינות של חברי? הרי גם חברי, השופט זמיר, סבור כי חובת ההגינות של הפרט כלפי הרשות עשויה להשתנות ממקרה למקרה, לפי הנסיבות. מדוע, איפוא, לא נאמץ את גישתו תוך שתמיד נוכל להבטיח כי חובת ההגינות הכללית בעלת האופי הגמיש, תביא לפתרונות זהים לאלה המתקבלים על-פי גישתי? תשובתי היא בשלילה, זאת משלושה טעמים: ראשית, הבסיס העיוני של ההסדר המשפטי חשוב לקביעת תוכנו וגבולותיו. הבסיס העיוני קבע את דרכי התפתחותו של ההסדר. התיאוריה קבעת את הפוקטיקה. על-פי השקפתי אין מקום להטיל על הפרט חובת הגינות כללית, שכן הטלתה של חובה כללית שכזו אינה עולה בקנה אחד עם תפיסתנו את הפרט בחברה. חובת הפרט כלפי השלטון צריכה להיקבע נקודתית על-פי הנסיבות המיוחדות של כל מקרה, תוך איזון בין הערכים המתנגשים. היקפה של החובה ותוכנה משתנה ממקרה למקרה, מבלי שעקרון ההגינות – הנגזר מעקרון הנאמנות – הוא הגורם המשותף לכל החובות כולן; שנית, למלים עצמם משלוק. יש להן חיות משל עצמן. 'הגינות' היא מושג העשוי, מותכו הוא, להשפיע על יצירתן של חובות, שעל פי מהותן אינן עולות בקנה אחד עם חירותו של הפרט במדינה. קיים חשש, כי אם נעמוד בעתיד בפני הבעיה אם חובה פלוגת משללת על הפרט כלפי השלטון, השאלה אשר תישאל תהיה אם חובה כזו מתבקשת מעקרון ההגינות. זו ברוח יבקש המשפטן למצוא את התשובה לשאלתו. חובת ההגינות היא שתקבע את נקודות ההתייחסות. לעומת זאת, לדעתי, השאלה שראוי יהיה לשאול היא שונה. השאלה היא אם באיזון הראוי בין חירות הפרט לבין צרכי הכלל, יש מקום להכיר בחובה כזו. שתי שאלות אלה שונות, וראוי שלא להחליף ביניהם."

פרשת קנטרס, הערה 119 לעיל, בעמ' 353 (ההדגשות דוספו).

את ההתנגדות לסיווג העיתונות כגוף דו־מהותי כהתנכרות לצורך המוצדק לקבוע חובות ביחס לתפקידיה החברתיים של העיתונות. קביעתן של חובות אלה יכולה להיעשות באופן ישיר והיא אינה מותנית בסיווגה של העיתונות כגוף דו־מהותי.³²⁴ גדר המחלוקת טמון בנקודה אתה בלבד: האם ראוי לסווג את העיתונות כגוף דו־מהותי. כמפורט להלן, אנו סבורים כי אין מקום לסווג את העיתונות כגוף דו־מהותי. לדעתנו, סיווג כאמור עלול לפגוע במכלול אותם אינטרסים, פרטיים וציבוריים כאחד, שפעילותה של העיתונות מיועדת לקדם.

נימוקי ההתנגדות לסיווג העיתונות כגוף דו־מהותי נשענים, בראש ובראשונה, על הנימוקים המפורטים בפרק ב.4(ד) לעיל כנגד ההצעה לסווג את פעילות העיתונות כפעילות בעלת אופי ציבורי, אשר מתבצעת ב"מתחם הציבורי". נימוקים אלה מקבלים משנה תוקף בכל הנוגע להצעה להכיר בעיתונות כגוף דו־מהותי, ובהקשר זה נסתפק בהפניה לכל אשר נאמר בנושא זה בפרק ב.4(ד) לעיל. בסעיף 11.4 לעיל. מעבר לכך, הנימוק המרכזי כנגד ההצעה לסווג העיתונות כגוף דו־מהותי הוא, כי הצעה זו אינה מתמודדת באופן ענייני ולעומק עם המציאות המורכבת בתחום העיתונות והתקשורת, המערבת את הפרטי ואת הציבורי זה בזה, על כל הבעיות הקשות הכרוכות במציאות זו. להבדיל, ההצעה לסווג את העיתונות כגוף דו־מהותי מסתפקת בפתרון הפשטני של מיקום העיתונות גם תחת ענף המשפט הציבורי. לכאורה, זהו פתרון מאוד נוח, המאפשר להמשיך ולהניח כי ניתן לשמר תפיסת עולם ליברלית הרואה בערך האוטונומיה של הפרט ערך כמעט מוחלט. כאמור, הלכה למעשה, סיווגו של גוף כגוף דו־מהותי יוצר זהות רעיונית בינו לבין גוף הממלא תפקיד ציבורי. למראית עין, זהות זו מיתרת את הצורך להתמודד עם שאלת הפגיעה בערך האוטונומיה של הפרט, שכן אין לו לגוף

324 בהקשר זה, ככלל, יש להפריד בין מה שנהוג לכנות תחת השם "תחולת זכויות היסוד במשפט הפרטי" לבין נושא תחולת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על גופים דו־מהותיים. החלתן של זכויות יסוד במשפט הפרטי יכולה להיעשות גם באופן ישיר והיא אינה תלויה בסיווגו של גוף פרטי כגוף דו־מהותי. ראו בגבשתי, הערה 305 לעיל, בעמ' 12; שלו, הערה 305 לעיל, בעמ' 182; בוקארו, "תאגידים ציבוריים", הערה 305 לעיל, בעמ' 279-280. והבדל בין חולת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על גופים דו־מהותיים לבין עצם תחולת זכויות היסוד במשפט הפרטי מתייחס לשני היבטים מרכזיים. ראשית, החלת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי מאפשרת לבחון ולבקר גם את תהליך קבלת החלטות של הגוף הדו־מהותי, על פי אמות־מידה דומות לאלה הקיימות לגבי ביקורת שיפוטית על גופים שלטוניים. אפשרות זו אינה קיימת ואינה נובעת אך ורק בשל עצם תחולתן של זכויות יסוד במשפט הפרטי (ראו בגבשתי, הערה 305 לעיל, בעמ' 22). שנית, בכל הנוגע לגופים דו־מהותיים הדיבור על "תחולת זכויות יסוד במשפט הפרטי" אינו ממש מן העניין. כאמור לעיל, בכל הנוגע לגוף דו־מהותי המשמש כ"נאמן של הציבור", קשה לדבר על אינטרס פרטי קשית; בוודאי לא בדרגה כזו העולה כדי זכות יסוד. זאת, על רקע העובדה, כי כל אינטרס עצמי של גוף דו־מהותי כפוף למתחייב מאותו אינטרס ציבורי, אשר בגינו החלט להכיד בו כגוף דו־מהותי (ראו לעניין זה את האמור בהערת שוליים 318 לעיל).

ציבורי אינטרס פרטי משל עצמו אלא אך ורק אינטרס ציבורי שעליו הוא מופקד.³²⁵ במידה רבה, סיווג העיתונות כגוף דומהותי הוא בבחינת כעין מעשה להטוט משפטי המעלים מתחת לפני השטח את אותו מתח בעייתי, בין תפקידיה החברתיים של העיתונות לבין העובדה כי פעילות העיתונות מתבצעת ברובה הגדול על ידי גורמים פרטיים בעלי זכויות ואינטרסים פרטיים משל עצמם. על רקע זה, סיווג העיתונות כגוף דומהותי הוא פתרון מצלח מבחינת הרטוריקה השיפוטית אשר סמונה בו. זהו פתרון המאפשר לבתי המשפט להטיל על העיתונות חובות מבלי להתמודד באופן חזיתי ונוקב עם טענות דוגמת פגיעה בזכותה של העיתונות לחופש ביטוי או פגיעה בזכויות הקניין שלה. מנגד, זהו גם פתרון מאוד גורף, הסומן בחובו סכנה רבה. סיווג העיתונות כגוף דומהותי מבטל לא רק את עצם הצורך להתמודד עם מעמדם המוגן של האינטרסים הפרטיים המעורבים בפעילות העיתונות, אלא במידה רבה גם את עצם מעמדם המוגן של אותם זכויות ואינטרסים פרטיים. סיווג העיתונות כגוף דומהותי הוא אפוא פתרון שלא נותן את המעמד ואת המשקל הראוי למכלול הזכויות והאינטרסים הפרטיים של העיתונות. מכאן הבעייתיות הרבה הטמונה בהצעה לסווג את העיתונות כגוף דומהותי. בהקשר זה חשוב להזכיר, כי כאמור בפרק ב.4(ד) לעיל, חשיבות ההגנה על האינטרסים הפרטיים של העיתונות נובעת גם מהתכליות הכלל-חברתיות שההגנה על אינטרסים אלה מקדמת, ולא רק ממעמדה המוגן של העיתונות כבעלת זכויות אוטונומיות משל עצמה.

הספק, אם מקור ההשראה לקביעת החובות ביחס לתפקידיה החברתיים של העיתונות צריך להיות המשפט הציבורי, קיים גם במישור נוסף. קשה לדאות את פעילות העיתונות כמילוי תפקיד ציבורי מהסוג שרשויות השלטון נוהגות ליטול על עצמן. בהגדרה, ניהול השיח הציבורי על היבטיו השונים, כמו גם כל יתר תפקידיה של העיתונות, אינם מסוג הפעולות שניתן להטיל על רשות שלטונית.³²⁶ אלה הן פעולות הצריכות להיות משותחרות מכל מעשה של כפייה או מעורבות שלטונית. זאת, הן על פי מהותן והן על רקע החשיבות הרבה שיש למנגנון השוק החופשי ולמוסד הקניין הפרטי על מאפייניו השונים בקידום התכליות הכלל-חברתיות של עיקרון חופש הביטוי. כפי שראינו, משטר נורמטיבי רגיש לתמריצים כלכליים ולהגנה על אינטרסים פרטיים הוא תנאי הכרחי

325 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בהערת שוליים 324 לעיל. ראו גם Post, הערה 53 לעיל, בעמ' 280-281, וכן James Boyle, *Shamans, Software, and Spleens – Law and the Construction of the Information Society* 108 (1996). Post מדגים, באופן יפה, כיצד הדבר נעשה בארצות הברית לגבי התקשורת המשודרת הפועלת מכוח רשיונות ממשלתיים. בארצות הברית נקבע, כי גלי האתר הם רכושו של הציבור הרחב ולפיכך השימוש בהם מוזני בקבלת רשיון ממשלתי. עם קביעה זו נפתח הפתח לסווג את התקשורת המשודרת כ"נאמן של הציבור", הפועל להגשמת צרכי הקהל הרחב. בפועל, סיווג זה כממלא תפקיד ציבורי מנע מגופים פרטיים שפעלו בתחום התקשורת המשודרת מלטעון טענות בדבר פגיעה בזכותם לחופש ביטוי. אותם גופים לא נתפסו עוד כגורם פרטי שנתונה לו הזכות לחופש ביטוי, אלא אך ורק כממלא תפקיד ציבורי, המשרתים את צרכי הקהל הרחב.

326 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרקים 4.א ו-2 לעיל.

לקיומו של שיה ציבורי עשיר ופורה.³²⁷ על רקע זה, גם אם יש מקום להטיל על העיתונות חובות ביחס לתפקידיה החברתיים, ספק אם הדבר צריך להיעשות באמצעות תחולת עקרונות יסוד מתחום המשפט הציבורי. הדגש המרכזי של המשפט הציבורי הוא בחלוקת סמכויות ובקביעת החובות הדרושות למילוי נאות של תפקידים ציבוריים. זאת, מתוך הנחת עבודה כי אין לה לרשות השלטונית כל אינטרס פרטי משל עצמה. במובן זה, השפה הנורמטיבית של המשפט הציבורי חסרה כלים לגבש את החובות המתחייבות מתפקידיה החברתיים של העיתונות, מתוך רגישות מתאימה למעמד האינטרסים הפרטיים של העיתונות. כאמור, ההגנה על האינטרסים הפרטיים של העיתונות אינה רק תכלית העומדת בפני עצמה, אלא גם אמצעי לקידום התכליות הכלל-חברתיות של עיקרון חופש הביטוי. לפיכך, גם בהקשר זה נכון לומר, כי מעבר לעצם הפגיעה הישירה באינטרסים הפרטיים של העיתונות, החלת עקרונות היסוד של המשפט הציבורי על העיתונות עלולה לחתור תחת אותו אינטרס ציבורי בהגשמת תפקידיה החברתיים של העיתונות שבגינה הוצע לסווג את העיתונות כגוף דו־מהותי.

דברים אלה מתקשרים לנימוק נוסף מדוע אין לתמוך בסיווג העיתונות כגוף דו־מהותי – החשש להתערבות שלטונית מופרזת בעניינים הקשורים לחופש הביטוי.³²⁸ החשש להתערבות שלטונית מופרזת בעניינים הקשורים לחופש הביטוי נדון בפרק א.5 ובפרק ב.4(ג)(1). לגבי ההצעה לסווג את העיתונות כגוף דו־מהותי, חשש זה רק מקבל משנה תוקף. ראשית, משום שמדובר בפתרון שבהגדרתו מדגיש את האינטרס הציבורי ומפחית ממעמדם וממשקלם של האינטרסים הפרטיים של העיתונות. במצב דברים כגון זה קיים חשש, כי הנטייה וסטיית התקן הטבעית יהיו להצדיק התערבות שלטונית המבקשת לאכוף את האינטרס הציבורי על העיתונות. שנית, משום שהחלת עקרונות היסוד מתחום המשפט הציבורי מאפשרת זמינות של ביקורת שיפוטית על העיתונות ללא צורך בקיומה של עילה חקוקה מתחום המשפט הפרטי.³²⁹ כפועל יוצא, סיווג העיתונות כגוף דו־מהותי פותח פתח רחב לקיומה של ביקורת שיפוטית על פועלה ועל מעשיה של העיתונות. על רקע זה, מנקודת ראות מוסדית, המבקשת לאכוף את החובות ביחס לתפקידיה החברתיים של העיתונות אגב כמה שפחות מעורבות שלטונית בעניינים הקשורים לחופש הביטוי, נראה כי סיווג העיתונות כגוף דו־מהותי אינו פתרון מוצלח. זהו פתרון העשוי להרחיב יתר על המידה את היקף ההתערבות השלטונית בעניינים הקשורים לעיתונות, מה שעלול לגרום לאפקס מצנן ולהקטנת התמריץ לגבי חלק מפעילות העיתונות. אומנם, החשש בהקשר זה הוא להתערבות מצד הרשות השופטת ולא מצד רשויות שלטון אחרות, דבר

327 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרקים א.4 וא.6(ב) לעיל. ראו גם גורן, הערה 130 לעיל, בעמ' 65.

328 נימוק זה עמד ביסוד עמדתה של הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות, שהביעה התנגדות להצעתו של הנשיא ברק להחיל על העיתונות את עקרונות היסוד של המשפט הציבורי. ראו דן וחשבוני הוועדה הציבורית לחוקי העיתונות, הערה 102 לעיל, בעמ' 68–69.

329 ראו בנבנשתי, הערה 305 לעיל, בעמ' 22–23. ראו גם ברק, הערה 1 לעיל, בעמ' 248 ובהערה 147 שם.

שאמור להפחית במידה רבה את דרגת החשש לניצול לרעה של סמכויות שלטוניות.³³⁰ עם זאת, בהקשר זה תפקידה של הרשות השופטת הוא לשמש כרשות מפקחת, האוכפת את אינטרס הציבור על העיתונות באמצעות ביקורת שיפוטית שוטפת. בנסיבות אלה, בית המשפט אינו ממלא תפקיד של הכרעה בסכסוכים פרטיים או תפקיד של הגנה על זכויות הפרט. לפיכך נראה, כי למרות שמדובר ברשות השופטת, עדיין קיים חשש להתערבות שלטונית בהיקף ובדרגה שיפגעו בעצמאות המתחייבת לגבי פועלה של העיתונות.

על יסוד כל האמור לעיל אנו סבורים כי אין מקום להכיר בעיתונות כגוף דו-מהותי. ניתן וראוי לקבוע את החובות המתחייבות מתפקידה החברתיים של העיתונות באופן נקודתי, ומבלי לבטל את נקודת המוצא הבסיסית שלפיה המדובר בפעילות המתבצעת על ידי גורמים פרטיים בעלי זכויות ואינטרסים משל עצמם.³³¹ אומנם, ייתכנו מקרים שבהם התוצאה המעשית של שתי הגישות האמורות תהיה זהה. אולם, עדיין, כאמור לעיל, לסיווג העיתונות כגוף דו-מהותי יש משמעות עקרונית החורגת מגדר ההכרעה בנסיבות מקרה נתון כזה או אחר. כפי שציינו, להסדר משפטי המסווג את העיתונות כגוף דו-מהותי נלווית השקפת עולם מסוימת ביחס למהות חופש העיתונות, למהות המשטר הנורמטיבי שצריך לחול על העיתונות ולסדר העדיפויות הבסיסי בין האינטרס הציבורי לבין הזכויות והאינטרסים הפרטיים של העיתונות.³³² מהסיבות המפורטות לעיל, אין זה ראוי ואין זה רצוי כי ההתייחסות לחובות המתחייבות מתפקידה החברתיים של העיתונות תהיה מנקודת מוצא המסווגת את העיתונות כגוף דו-מהותי. ראשית, משום שנקודת מוצא זו אינה רגישה דיה למעמד האינטרסים הפרטיים של העיתונות ולמציאות המורכבת בתחום התקשורת והעיתונות; במובן זה, המסר הערכי כלפי חופש העיתונות הסמון בנקודת מוצא זו אינו מסר ראוי. שנית, משום שכפועל יוצא, בטווח הארוך, נקודת מוצא זו עשויה לגרום לכך שיוטלו על העיתונות חובות מסוג ובהיקף שאינם עולים בקנה אחד עם ערך האוטונומיה של הפרט ועם התנאים הנדרשים לקידום התכליות הכלל-חברתיות של עיקרון חופש הביטוי. במידה רבה, החשש בהקשר זה הוא, כי עקב המסען הרטורי, אשר נלווה לסיווג העיתונות כגוף דו-מהותי וכ"נאמן של הציבור", בתי המשפט יסו לאמץ מדיניות אשר צובעת את פעילות העיתונות ב"צבעים ציבוריים" יתר על המידה, וכתוצאה מכך, מתווה ומסמנת מראש, וללא כל הצדקה עניינית לגופו של מקרה, את

330 ראו לעניין זה את הדברים האמורים בפרק ב.4(ג) לעיל.

331 לעניין דומה ראו גם זמיר, הערה 305 לעיל, בעמ' 482-483. זמיר סבור, באופן כללי, כי המשפט הפרטי מספק כלים מתאימים להחיל על גוף פרטי, הממלא תפקיד ציבורי, חובות מיוחדות ביחס לתפקידו הציבורי. זאת, מבלי להזדקק לייבוא של חובות אלו מהמשפט הציבורי. הוא מצייין בהקשר זה כדוגמאות את עקרון תום הלב ואת עקרון תקנת הציבור. לדעת זמיר, דרך זו, שאפשר להתאים אותה לדקע של המשפט הפרטי, עשויה להיות עדיפה על פני "היבוא של עקרונות מעולם אחר, הוא העולם של המשפט הציבורי".

332 לעניין זה ראו גם את הדברים האמורים בהערה 323 לעיל באשר לזיקה ולקשר ההדוק בין הבסיס העיוני של הסדר משפטי לבין תוכנו של אותו ההסדר, גבולותיו וחובות המשפטיות הקיימות במסגרתו.

האינטרסים הפרטיים של העיתונות כנחותים ביחס לאינטרס הציבורי עליו אמונה העיתונות.

5. מעמדה המשפטי של העיתונות – סיכום

סקירת תפקידיה השונים של העיתונות מלמדת כי העיתונות תורמת להגשמת התכליות השונות של עיקרון חופש הביטוי. על רקע זה, נכון לראות את חופש העיתונות כחלק מהמסגרת הכללית המכונסת תחת כנפי עיקרון חופש הביטוי. בהתאם לכך, ככלל, מעמדו המוגן של חופש העיתונות צריך להיגזר מהדינים הכלליים בתחום חופש הביטוי. בצד קביעה כללית זו, הדברים האמורים בחלק השני של המאמר מלמדים כי אין זהות מלאה בין הדין הכללי בתחום חופש הביטוי לבין הדין החל על העיתונות. אומנם, לעיתונות אין, כעניין שבהגדרה, מעמד מועדף על פניו של אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי; אולם עם זאת, קיימת אפשרות לפער בין דרגת האינטרס הציבורי הכרוך בפועלה של העיתונות לבין דרגת האינטרס הציבורי הכרוך בפעילות פרטית בתחום חופש הביטוי. על רקע זה, ייתכנו נסיבות שבהן תפקידיה החברתיים של העיתונות יצדיקו הכרה בכוחות ובזכויות שאינן נתונות כעניין של שגרה לכל אדם פרטי המבקש לממש את זכותו לחופש ביטוי. באופן דומה, ייתכנו גם נסיבות שבהן יהיה מקום להטיל על העיתונות חובות משפטיות מיוחדות המתחייבות מתפקידיה החברתיים. לעיתונות שלושה תפקידים מרכזיים: בדיקה, ביקורת ופיקוח על פועלן של רשויות השלטון; איסוף, ריכוז והעברת מידע ודעות לידי הציבור; והפעלה שוטפת של זירת השיח הציבורי. שלושת תפקידים אלה, הטומנים בחובם אינטרס ציבורי וחברתי ראשון במעלה, מלמדים על הקשר ההדוק בין פעילות העיתונות לבין אופיו של השיח הציבורי, תקינות התהליך הדמוקרטי ויכולתו של כל יחיד לממש את עצמו ואת זכויותיו הפוליטיות. על רקע זה, יש מקום להעניק לעיתונות את הכוחות ואת הזכויות הדרושים לה לצורך מילוי נאות של תפקידיה החברתיים, ובמקביל גם להטיל עליה את החובות המתחייבות מתפקידים אלה. ראינו, כי ההכרה בכוחות, בזכויות ובחובות מיוחדים לעיתונות צריכה להיעשות באופן פרטני ובכפוף לשורה של שיקולים: צורכי התפקיד העיתונאי שבו מדובר; מהות ודרגת האינטרס הציבורי של כל מקרה נתון; ומכלול השיקולים והאינטרסים הנגדיים אשר קיימים באותו מקרה. כעולה מן האמור בפרק ב.4(ה) לעיל, בהקשר זה מוצע שלא לקבל את ההצעה לסווג את העיתונות כגוף דו-מהותי, שחלים עליו עקרונות יסוד מתחום המשפט הציבורי. עמדתנו הייתה, כי הצעה זו, השמה דגש מופרז על האופי הציבורי של פעילות העיתונות, אינה מייחסת את המעמד ואת המשקל הראויים לאינטרסים הפרטיים של העיתונות. כפי שראינו, הבעייתיות הטמונה בהצעה זו אינה מסתכמת אך ורק בפגיעה הישירה באינטרסים הפרטיים של העיתונות. מעבר לכך, יישום הצעה זו עלול להביא לפגיעה גם בתכליות הכלל-חברתיות של עיקרון חופש הביטוי, שאף אותן מקדמת ההגנה על האינטרסים הפרטיים של העיתונות.