

רגולציית תקשורת בישראל כחסם לחופש הביטוי

מאת

אודליה מינס*

מבוא

חופש הביטוי הוא אחד מהזכויות החשובות ביותר שיש לאדם.¹ הוא רכיב אינהרנטי בחירות שלנו, הכבוד שלנו והאוטונומיה שלנו.² חופש הביטוי נתפס כדרך לגילוי האמת.³ כאשר חופש הביטוי מוגן בצורה מספקת, מוחלפים בחברה רעיונות ועמדות שונים, המסייעים ללבן מחלוקות ולברר את האמת בנוגע לסוגיות השונות המתעוררות בחברה. "שוק חופשי של רעיונות"⁴ הוא תנאי הכרחי לקיומה של חברה חופשית ומשגשגת, והתחרות הרעיונית היא דרך מרכזית באמצעותה ניתן להגיע לחקר האמת. בישראל חופש הביטוי לא מעוגן בחוק או בחוק-יסוד, אבל בית המשפט העליון הכיר בו כזכות-יסוד בבג"ץ קול העם הידוע כבר בשנת 1953. בארצות הברית חופש הביטוי לא נכנס לחוקה בתחילה, אך עוגן במפורש כבר בתוספת הראשונה לחוקה בשנת 1791. ניתן לומר שמדובר בזכות שנמצאת בלב הקונצנזוס כזכות בסיסית של האדם.

ישנן פלטפורמות שונות שבאמצעותן ניתן לקדם ולאפשר את אותה תחרות רעיונית שנחוצה במדינה שוחרת חירות. אחת מן הבולטות ביותר היא דרך אמצעי

* מרצה בכירה ומנהלת אקדמית, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו; חברת מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.

¹ חופש הביטוי הוכר כזכות יסוד עוד בשנותיה הראשונות של המדינה, הרבה לפני המהפכה החוקתית של שנות ה-90. ראו, למשל: בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

² אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה פרק עשרים וחמישה (2014); עמיקם הרפז ומרים גולן משפט ושיטור – זכויות אדם וסמכויות משטרה 408 (2018).

³ בג"ץ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 272, 255 (1987).

⁴ המונח, במקורו: "A Marketplace of Ideas" משייך ל-John Stuart Mill, במאמרו On Liberty שפורסם ב-1859. בית המשפט העליון עושה שימוש במושג זה מספר פעמים, כגון: בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, ועוד.

התקשורת, מסורתיים יותר ופחות. רגולציה החלה בהקשרים אלה עלולה שלא להסתכם באסדרה של השוק במובן הרגיל של המילה, אלא בחסימה של חופש הביטוי ובמובן הזה היא די ייחודית. רגולציה מטבעה נוטה להכביד על השחקנים שכבר משחקים על המגרש, ולקבוע חסמי כניסה גבוהים שמסכלים את האפשרות של שחקנים חדשים להצטרף אליו. אבל אם לעיתים יש הצדקה לרגולציה מטעמים של כשלי שוק כאלה ואחרים,⁵ רגולציה על שוק התקשורת היא רגולציה שהמחיר שלה עלול להיות כבד מדי ולכן צריך לנהוג בה משנה זהירות. בימים שבהם מקודמת הצעת חוק לאסדרת שוק התקשורת הנושא הזה רלוונטי יותר.

ההתפתחות הרגולטורית בשוק הטלוויזיה בישראל

רגולציית התקשורת בישראל עברה תהפוכות מקום המדינה. הערוץ הראשון בטלוויזיה החל לשדר בסוף שנות ה-60 כערוץ ממלכתי והיה הערוץ היחיד בטלוויזיה במשך יותר משני עשורים. במקביל, מדינת ישראל שלטה על השידורים גם ברדיו – בתחילה באמצעות רדיו 'קול ישראל' ולאחר מכן באמצעות התוספת של תחנת גלי צה"ל שבתחילת ימיה הייתה כפופה גם היא ל'קול ישראל'. כך, חופש הביטוי באמצעות פלטפורמות המוניות, נשמר מצוין לגורם אחד בלבד – המדינה עצמה, בעוד שהוא הוגבל משמעותית ביחס לכל שאר השחקנים הפוטנציאליים. אגב, השלטון גם לא הסתיר את העובדה שהמטרה שלו היא לשלוט בשיח הציבורי.⁶ וכך אכן היה עד לסביבות 1990.

בשנה זו נחקק חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (להלן: חוק הרשות השנייה),⁷ שאפשר להקים ערוץ טלוויזיה שהופעל על ידי שלוש זכייניות בחלוקה לפי ימים: טלעד, קשת ורשת. הערוץ נקרא ערוץ 2, פשוטו כמשמעו, משום שלפניו היה רק ערוץ אחד. בניגוד לערוץ הראשון והיחיד שקדם לו, המודל העסקי של ערוץ 2 היה מבוסס על מכירת דקות פרסום בטלוויזיה ולא על תקציב ציבורי. במקביל ניתנה אפשרות להקים פלטפורמות רבי-ערוציות, מה שהיום אנחנו מכירים כהוט ויס, למשל, שהמודל העסקי שלהן מבוסס על חיוב מינויים בדמי מינוי. מבחינה משפטית ורגולטורית הייתה הפרדה מלאה בין הערוצים המסחריים בטלוויזיה לבין הפלטפורמות הרבי-ערוציות. בעוד שחוק הרשות השנייה חל על ערוצים מסחריים ובנוגע אליהם אחראית הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, חוק התקשורת (בזק ושידורים)⁸ חל על פלטפורמות רבי-ערוציות ועליהן מופקדת מועצת הכבלים והלוויין. ההסדר המשפטי גם הגביל את האפשרות של בעלות צולבת, במובן זה ששחקן לא יוכל להחזיק בשני הכובעים גם יחד.⁹

הרגולציה על השחקנים המסחריים האלה הייתה אומנם שונה אחת מהשנייה, אבל מכבידה כמעט באותה מידה. הרגולציה הערכנית לכאורה אפשרה לעולם חדש

⁵ כשל שוק (בלעז: Market Failure) מתרחש במצב שבו הקצאת המשאבים בשוק החופשי אינה יעילה, בשל תנאים בשוק שגורמים לכך. כך, למשל, ישנם כשלי שוק שנובעים מפערי מידע בין השחקנים הפועלים בשוק, או מהיכולת להחזין את העלויות הנלוות לפעולה או החלטה מסוימת לצדדים שלישיים במקום להפנים אותן כך שתתקבל החלטה יעילה, שמפיקה יותר תועלת מעלות. ראו: John O. Ledyard, *Market Failure, in ALLOCATION, INFORMATION AND MARKETS* 185 (1989).

⁶ רפי מן "בן גוריון והתקשורת, לא סיפור אהבה" *הארץ* (19.10.2012).

⁷ התש"ן 1990, ס"ח 59.

⁸ התשמ"ב 1982, ס"ח 218.

⁹ ס' 41(ב1) לחוק הרשות השנייה.

להיבנות, אבל היא גם הגבילה אותו במגוון אופנים וקיצצה לו את הכנפיים. היא התבססה על תפישה שלפיה שוק חופשי ומשוכלל לא יכול להתקיים בתחום התקשורת משום שהוא מבוסס על תשתיות עתירות הון ועל יתרונות לגודל שמקשים על היווצרותה של תחרות בין השחקנים.¹⁰ הערוצים המסחריים קיבלו זיכיון מהמדינה שתקף לתקופה של ארבע שנים וניתן להארכה, והרשות השנייה בעצמה היא זו שהפעילה תחנות שידור שדרכן השידורים היו מועברים. המעורבות של הרשות השנייה בתוכן של ערוצי הטלוויזיה הייתה משמעותית, ולוח השידורים היה מאושר על ידה במגמה שהתוכן על המסך יהיה מגוון. בדומה, נקבעו כללים קשיחים בנוגע לזמן שיכול להיות מוקצה לפרסומות מכל שעת שידור ועוד. אחת ההגבלות המרכזיות הייתה ביחס ליכולת לשדר חדשות. רק מי שקיבל זיכיון מיוחד היה יכול לשדר חדשות, והזכות לשדר חדשות בעברית הייתה שמורה לערוצי טלוויזיה שכפופים לרשות השנייה, ולא לערוצים שכפופים למועצת הכבלים והלוויין. כך אומנם נפתח מעט שוק הדעות בהשוואה למצב הקודם שבו רק המדינה ייצרה ושידרה חדשות באמצעות הערוצים הציבוריים, אך עדיין שוק הדעות נותר מצומצם במידה יוצאת דופן בהשוואה לכל מדינה אחרת כנראה בעולם המערבי.

פתיחת שוק – והגבלתו

בשנת 2018 תוקן חוק הרשות השנייה בהמשך להמלצות ועדת פילבר ושוק התקשורת המסחרית עבר למודל של רישיונות במקום זיכיונות.¹¹ הוועדה הוקמה בשל התמורות הגדולות בשוק התקשורת הגלובלי, החדירה המסיבית של שידורים על גבי פלטפורמת האינטרנט והשינויים הנלווים בשוק הפרסום המקומי שהחלו לפגוע במודל הכלכלי של הערוצים והפלטפורמות הקיימות. למעשה, החשש שליווה את פתיחת השוק לערוצים ופלטפורמות מסחריים לכתחילה כבר לא היה רלוונטי עוד. שידורים לא נדרשו להשקעת-עתק בתשתית, משום שהם יכלו להיות מועברים בקלות דרך רשת האינטרנט. תיקון 44 לחוק הרשות השנייה,¹² שהיה התיקון הגדול ביותר מאז חקיקת החוק, שינה משמעותית את רגולציית השידורים בישראל. המעורבות של המדינה בתוכן פחתה במידה ניכרת, והשוק נפתח כך שכל אחד למעשה יכול היה לקבל רישיון כל עוד הוא עומד בתנאים די בסיסיים. הקלת הרגולציה אפשרה לשחקנים לעבור מהרגולציה החלה תחת מועצת הכבלים והלוויין לרגולציה של הרשות השנייה, שבה הורדו חסמי הכניסה להפעלת ערוץ זעיר, ייעודי או כללי, שיקבל רישיון ויוכל לשדר תכנים מגוונים, כולל חדשות. אבל ההפרדה בין הרשויות השונות – התאגיד שאחראי על השידור הציבורי, הרשות השנייה ומועצת הכבלים והלוויין ממשיכה ליצור עיוותים שפוגעים בתחרות ובסופו של דבר גם מגבילים את חופש הביטוי. כך, למשל, לערוצים שכפופים למועצת הכבלים והלוויין עדיין אסור לשדר חדשות בעברית, אלא רק בשפות אחרות; הפלטפורמות הרב-ערוציות שכפופות למועצת הכבלים והלוויין לא יכולות לשדר פרסומות, אבל לפלטפורמות כמו סלקום TV או פרטנר שמשודרות על גבי האינטרנט אין את המגבלה הזו; והחוק עדיין קובע את מספר דקות הפרסומות שהערוצים המסחריים יכולים לשדר בכל שעה, כמה נדרש להשקיע בחדשות,

¹⁰ ירון אזרחי, זוהר גושן ושמואל לשם "בעלות צולבת – שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי" המכון הישראלי לדמוקרטיה 14 (2003).

¹¹ ר"ח הועדה המייעצת לעניין הסדרת הרגולציה על שוק השידורים, 29.6.2016.

¹² חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (תיקון מס' 44), התשע"ח-2018, ס"ח 196.

ואפילו סמכות למועצת הרשות השנייה לקבוע את השעה בה תשודר מהדרות החדשות ומה תהיה אורכה.

כך יוצא שהתחרות בשוק הדעות שלנו עדיין מוגבלת ומצומצמת יחסית, אם כי אין ספק שהקלת הרגולציה אפשרה ביטוי לחלקים גדולים בחברה הישראלית שלא הרגישו מיוצגים במידה מספקת עד אז. אך המגמה החיובית הזו נתקלת כיום בקריאות לסגור ערוצים או להכפיף אותם לצנזורה.¹³ יש כאלה שאפילו מנסים בצורה אקטיבית למנוע מגופי תקשורת מסוימים להתבטא.¹⁴ עולה דרישה ונעשים מאמצים לקבוע רגולציה על הרשתות החברתיות,¹⁵ וכן נעשה ניסיון לצמצם את תופעת ה"פייק ניוז" ברשתות החברתיות ובכלל. לכל ניסיון הסדרה כזה יש לכאורה תירוצים טובים: מי לא רוצה שכל המידע שאנחנו חשופים אליו יהיה אמין, מגוון ואיכותי? אבל פה אנחנו מתחברים לנקודה שהתחלנו איתה – חופש הביטוי.

נדגים זאת על ידי סוגיית ה"פייק ניוז", שמטרידה מחוקקים ורגולטורים בכל רחבי העולם.¹⁶ ראשית, השאלה מהו פייק ניוז היא שאלה בכלל לא טריוויאלית – עקרונית, לא כל ידיעה יכולה להיות מסווגת בתור אמת באופן מלא או כשקר באופן מוחלט.¹⁷ וההגדרה של פייק ניוז אינה ברורה לחלוטין, ובוודאי לא תהיה מוסכמת בהכרח על כל האנשים.¹⁸ למעשה, כפי שצוין קודם, אחת ההצדקות לחופש הביטוי היא בירור האמת דרך סינון מידע בציבור ושוק רעיונות. כך שלכתחילה חופש הביטוי מיועד להתמודד גם עם ביטויים שגויים, ולהפריך אותם דרך תהליך שוקי ולא דרך רגולציה של המדינה.¹⁹ שנית, בהמשך לחוסר הבהירות בהגדרת פייק ניוז, הרי שרגולציה כזו תחייב שגורם מסוים יחליט מהו "פייק ניוז". אותו גורם יצטרך להתבסס על הידע שקיים כרגע לפניו – בהנחה שיש לו את הכלים והיכולת לדעת מהו הידע שהצטבר. אלא שאחת הבעיות של רגולציה בכלל, ורגולציה שקשורה למידע בפרט, היא שהיא נוטה להיות מקובעת ואיטית. הידע בעולם כל הזמן בתנועה, וכל הזמן מתפתח, אבל הרגולציה מטבעה לא כזו. כך ייצא שהגורם שמפקח על המידע מקובע בדעותיו ואינו מאפשר למידע חדש ורלוונטי

¹³ דודי בן חמו "ח"כ טלי גוטליב: ערוצים 11, 12, 13 מסכנים את החיילים שלנו מפני העמדה לדין בהאג" ערוץ 7 (14.05.2023).

¹⁴ מב"כ 1-25 יש עתיד – בראשות יאיר לפיד נ' ערוץ יהודי ישראלי בע"מ (ערוץ עכשיו 14) (פורסם במאגרים משפטיים, 13.10.2022).

¹⁵ דו"ח הצוות המייעץ לשר התקשורת לבחינת האסדרה על פלטפורמות תוכן דיגיטליות, 14.12.2022.

¹⁶ ישנם מחקרים רבים שמנסים להגדיר מהם פייק ניוז, ראו למשל: Edson C. Tandoc, Jr., *The Facts of Fake News: A Research Review*, 13 SOCIOLOGY COMPASS (2019); Edson C. Tandoc Jr., et al., *Defining "Fake News" – A Typology of Scholarly Definitions*, 1 DIGITAL JOURNALISM (2017).

¹⁷ האתגר בוידוא האמת ה"אובייקטיבית" קיים גם במשפט. ראו: Susan Haack, *Epistemology Legalized: or, Truth, Justice, and the American Way*, 49 AM. J. JURIS. 43 (2004).

¹⁸ אנשים מכירים פייק ניוז וערים להשפעות שלו אבל לאו דווקא מסכימים איזו פלטפורמה או אמצעי תקשורת יותר אמין מאחרים, דבר שמעיד על כך שהקונספט של מהו פייק ניוז בכלל לא טריוויאלי. ראו: Rasmus Kleis Nielsen & Lucas Graves, "News you Don't believe": Audience Perspectives on Fake News, 2017 REUTERS INSTITUTE FOR THE STUDY OF JOURNALISM.

¹⁹ דברים ברוח זו נאמרו בבית המשפט העליון בארצות הברית: "[i]f there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in matters of opinion" (W. Va. St. Bd of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624, 642 (1943)).

להתפרסם.²⁰ שלישית, לא משנה איזה פקיד איכותי ומקצועי נמנה לתפקיד הרגולטור של התכנים בישראל, אין פקיד שיכול לעשות את התפקיד הזה באובייקטיביות מוחלטת, ללא השפעה מן אג'נדות פוליטיות כאלה ואחרות.²¹ יתרה מכך, באופן טבעי משהו יצטרך למנות את אותו גורם שאמור להכריע מהו פייק ניוז ומהו לא. ומי שיעשה זאת יהיה בדרך כלל פוליטיקאים, שלהם יש אג'נדות משלהם, והם גם מושפעים מקבוצות לחץ כאלה ואחרות שירצו להשפיע על התהליך. התוצאה תהיה פגיעה בחופש הביטוי ובשוויון של אנשים שחלקם לא יקבלו הזדמנות נאותה להציג את עמדתם, בשל סינון מוטה לכתחילה.²² בהתחשב בכך שחופש הביטוי, כמו זכויות יסוד אחרות שלנו, הוא זכות שאמורה להגן עלינו קודם כל מפני השלטון, התוצאה עלולה להיות חסימה של דעות שהשלטון לא מעוניין בהפצתן בלי קשר לשקריות שלהן.²³ כך שוב אנחנו חשופים לפגיעה בחופש הביטוי שלנו, והפעם החשש הזה מתעורר גם לגבי האינטרנט ולא רק לגבי אמצעי התקשורת המסורתיים יותר. השוק החופשי – שכולל גם את האקדמיה, החברה האזרחית, אנשים פרטיים ואמצעי תקשורת שונים – מסוגל לסנן את המידע הזה ולברור את הטוב מהרע, האמת מהשקר, בצורה טבעית.

יותר רגולציה – פחות חופש

רגולציה על תקשורת – תהיה זו תקשורת משודרת, כתובה, באינטרנט או בכל דרך אחרת – משמעותה הַצָּרָה של חופש הביטוי שלנו, של כולנו, לא רק של הערוצים עצמם, ואפילו לא רק של עמדה כזו או אחרת. זה הטבע של הרגולציה, שנוטה מן הצד האחד להיות מקובעת ולא מעודכנת – וכך לא להתכתב עם המציאות בשטח, תוך כדי שהיא מצננת פעילות בשוק וקובעת חסמים שלא מאפשרים תחרות אמיתית. העובדה שיש דרכים אחרות להתבטא באופן חופשי כרגע, למשל דרך האינטרנט, אינה מספיקה משום שחופש הביטוי מספיק חשוב ככה שראוי שלא לחסום אותו, ולא משנה באיזה אמצעי מדובר; משום שאין שום סיבה שאדם יוכל להוציא לאור עיתון לפי החלטתו, אבל לא להקים ערוץ חדשות, בידור או אקטואליה; כמו כן, התקשורת המסורתית עדיין מצליחה להגיע למספר רב יותר של אנשים בכת אחת מאשר רוב דפי הפייסבוק, הטוויטר או הטיק טוק שלנו. בפועל, הרגולציה באמצעי התקשורת פגעה לאורך השנים בתחרות וביכולת להביא לידי ביטוי מגוון דעות ועמדות, באופן שישקף את המגוון הקיים באוכלוסייה. אכן,

²⁰ Eugene Volokh, *In Defense of the Marketplace of Ideas / Search for Truth as a Theory of Free Speech Protection*, 97 VA. L. REV. 595 (2011)

²¹ ראו גם [פנייה של המכון הישראלי לדמוקרטיה ואיגוד האינטרנט הישראלי ליו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט](#).

²² כך, למשל, התברר לאחרונה שהרשתות החברתיות חסמו מידע שקשור לקורונה ולחיסוני הקורונה בלחץ מטעם הממשל האמריקאי. כך לפחות עולה מתביעה שהוגשה בנושא בארצות הברית ומתנהלת כרגע. ראו: Devan Cole & Vanessa Yurkevich, *Federal Judge Blocks Biden Administration Officials from Communication with Social Media Companies*, CNN Business (5.7.2023). יצוין כי הצו שאסר על חלק מזרועות הממשל ליצור קשר עם הרשתות החברתיות על לסיום ההליך הושעה על ידי בית המשפט לערעורים אך ההליך מתנהל עדיין בעניין זה. ראו [כאן](#).

²³ וכפי שהגדיר זאת בית המשפט העליון בארצות הברית לאחרונה: "Nor, in any event, do the first amendment's protections belong only to speakers whose motives the government finds worthy; its protections belong to all, including to speakers whose motives others may find misinformed or offensive" (303 Creative LLC et al. v. Elenis et al., 600 U.S. 1, 17 (2023)).

בשנים האחרונות יש שיפור ניכר מבחינה זו, אבל הרצון לשלוט בשוק והניסיון לקבוע אילו עמדות ראוי שיישמעו ומתי הגענו למיצוי – חסרי הצדקה.

רגולציה על תקשורת באשר היא יכולה להפוך מהר מאוד למשטור של החירות שלנו, ובסוף גם של היכולת שלנו לקבל החלטות בעצמנו על בסיס השיקולים שנראים לנו רלוונטיים. אני מסכימה עם אלה שטוענים שאמצעי תקשורת הוא לא עסק רגיל כמו חנות בגדים או אלקטרוניקה. לדעתם, דווקא בגלל ההשפעה של התקשורת על הפרט והתפקיד החשוב שלה בתור 'כלב השמירה של הדמוקרטיה' נדרש שהמדינה תסדיר את השוק בצורה מיוחדת, כאינטרס ציבורי שיש להגן עליו. לא מדובר ב"עוד" שוק, אלא בשוק בעל תכליות ציבוריות שמצדיקות הסדרה ייחודית.²⁴ גם העובדה שבעבר אמצעי התקשורת המשדרים (broadcasts) כדוגמת רדיו וטלוויזיה נתפסו כסוג של משאב מוגבל תמכה באסדרת השוק ובפיקוח יותר הדוק עליו מאשר עיתונות למשל, שלא אופיינה במגבלות דומות בבסיסה.²⁵ בנוסף, יש שרואים ברגולציה הכרחית כיוון שדרכה ניתן לקדם תוכניות ותכנים שאחרת, בהינתן שוק תחרותי סטנדרטי, לא יבואו לידי ביטוי, והם נדרשים בהיבט ציבורי.²⁶

אבל הייחודיות של תחום התקשורת אמורה להוביל לטעמי דווקא לחששות הפוכים של אסדרת (והרתעת) יתר, שתפגע בסופו של יום בחופש הביטוי. אסדרה לא זהירה ומדודה, כזו שמצומצמת לעניינים הכרחיים בלבד – בשונה ממה שהיה מקובל בישראל ברוב שנות המדינה, ובמידה מסוימת עד ימינו אנו – עלולה לצנן את שוק הרעיונות והדעות, ולהדיר עמדות שאינן במיינסטרים המקובל או שאינן נתמכות על ידי בעלי הון.

התחרות בתקשורת היא לא סתם עוד תחרות על מוצר יותר טוב או יותר זול, אלא היא רכיב בחופש הביטוי של כולנו. מכאן שההכבדה על השוק הזה היא אפילו יותר בעייתית מאשר הכבדה על שווקים אחרים,²⁷ ואחת הבעיות של רגולציה באשר היא שהיא נוטה ליצור חוסר יעילות וחסמי כניסה לשוק, וכך פוגעת בהתפתחות הטבעית שלו. גם השינויים הטכנולוגיים שמאפשרים להרבה יותר אמצעי תקשורת להתקיים בעת ובעונה אחת, משום שהמגבלה המעשית שהייתה קיימת בעבר כבר אינה קיימת עוד בעולם של אינטרנט, אמורה להוביל לתוצאה שלפיה מה שהיה מבחינה רגולטורית – גם אם אולי היה מוצדק, מה שלטעמי לא נכון – הוא כבר לא זה שיהיה. רגולציה כפי שהייתה מקובלת בעבר תחסום את שוק התקשורת, לא תאפשר צמיחה אורגנית שלו ותמנע תחרות שתחזק את חופש

²⁴ ראו, למשל: Mike Feintuck, *Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest*, in THE OXFORD HANDBOOK OF REGULATION 39 (2010).

²⁵ כך למשל ביסס את פסק דינו בית המשפט העליון בארצות הברית כשאשר את דוקטרינת ההגינות שקבע ה-FCC (Federal Communications Commission) – הגוף המאסדר את גופי התקשורת ברדיו ובטלוויזיה בארצות הברית), שבין היתר מחייבת את הערוצים המשדרים להציג בצורה מאוזנת כל נושא השנוי במחלוקת. ראו: Red Lion Brod. v. Fed. Communications Comm'n, 395 U.S. 367. 373-74 (1969).

²⁶ Charles W. Logan, Jr., *Getting Beyond Scarcity: A New Paradigm for Assessing the Constitutionality of Broadcast Regulation*, 85 CAL. L. REV. 1687, 1718 (1997).

²⁷ על רגולציית תקשורת כפוגעת בחופש הביטוי, ראו: Jonathan Weinberg, *Broadcasting and Speech*, 81 CAL. L. REV. 1101, Part I (1993).

הביטוי.²⁸ המהפך לעולם של אינטרנט משנה לא רק מבחינה טכנולוגית, אלא גם מבחינה מהותית. האינטרנט מאפשר למגוון דעות להישמע כמעט ללא חסמי כניסה בדמות הון או מוניטין קודם. בסופו של יום רב הדומה על השונה בין הפלטפורמות השונות, והזמן מראה כי מידת החשיפה שלהן, המשמעות הכלכלית הגלומה בהן ופוטנציאל ההשפעה שלהן דומה גם הוא. לפיכך, ככל שניתן רצוי לישר קו בין הרגולציות השונות. ולאור ההתפתחות הטכנולוגית והשינויים בחשיפה לאמצעי התקשורת השונים עם הזמן, צריך לחשוב על כל מודל הרגולציה מחדש. הגבלות על חופש הביטוי בדמות אסדרה קשיחה ורחבה תתקל באתגר אל מול עולם שמשתנה תדיר, ובסופו של יום תגביל בעיקר את השחקנים הפחות מתוחכמים ומקצועיים על המגרש. אין לכך הצדקה. חופש הביטוי אמור להיות מסור לכולם. האינטרנט מאפשר את זה במידה רבה יותר מבעבר, והמהפכה הזו צריכה להימשך בכל הפלטפורמות, הן כדי למנוע אישויון בין סוגי העברת המידע, באופן שאין לו הצדקה, והן כדי להמשיך לאפשר ביטוי מגוון ורחב יותר של דעות וציבורים שונים. כל רגולציה בתחום זה ראוי שתתפוס את תפקידה בהתאם, ותהיה צנועה במטרותיה ולא חובקת-כל.

בעיניי, דווקא החשיבות של חופש הביטוי צריכה להוביל לכך שכל עוד מדובר בתוכן חוקי, כלומר כל עוד לא מדובר בהסתה לאלימות או לגזענות למשל, כפי שמוגדרות בחוק העונשין,²⁹ חופש הביטוי אמור לאפשר למעשה כל סוג של ביטוי בכל פלטפורמה באשר היא. ראשית, התכלית של הדין הפלילי לעניין זה מתאימה גם לרגולציה על התקשורת מבחינה זו ששני ההסדרים המשפטיים מותרם להגן על האינטרס הציבורי של צמצום שיח מסית שנתפס כבלתי-לגיטימי. שנית, עבירות ההסתה בישראל גם ככה מנוסחות באופן רחב, כך שהן תופסות יותר ביטויים אסורים ממה שמקובל במדינות אחרות.³⁰ היצמדות לסטנדרט של הדין הפלילי מאזנת לטעמי, אפוא, בין חופש הביטוי לאינטרס הציבורי. היא מאפשרת מרווח פעולה שמגן על החירות והאוטונומיה של הפרט אך אינה יוצרת פלטפורמות לפגיעה באחר או בקבוצה. מעבר לכך, הציבור ישפוט איזו עמדה לגיטימית מבחינתו ואיזו אינה מקובלת ברמה החברתית והתרבותית, ויתגמל או יעניש אמצעי תקשורת שיחרוג מהמקובל, כפי שקורה בשווקים אחרים.³¹

Stephen J. Shapiro, *One and the Same: How Internet Non-Regulation Undermines the Rationales Used to Support Broadcast Regulation*, 8 MEDIA L. POL'Y 1, Part II.B. (1999)

²⁹ סימן 1א לחוק העונשין, התשל"ד-1977, ס"ח 224, קובע מספר איסורים הרלוונטיים לענייננו: איסור פרסום הסתה לגזענות; איסור הסתה לאלימות; ואיסור להחזיק פרסומים שמסיתים לאחד מאלה. איסורים אלה לכשעצמם אינם טריוויאליים שכן ניתן לומר שהם לכשעצמם פוגעים בחופש הביטוי בצורה די חמורה באמצעות משטור השיח על ידי קביעת עבירה פלילית על דברים שנאמרים גם אם התוצאה שלהם לא הובילה לביצוע עבירה בפועל. לפיכך הם נחשבים לחריגים בספר החוקים, ויועדו להתמודד עם עליית תופעת ה"כהניזם" שהחלה בעיקר בשנות ה-80. ראו: ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 221, בפסקאות 21-9 (1996).

³⁰ איתי וושר-באר, עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר "עבירות ההסתה לגזענות ולאלימות – חשיבה מחדש" **המכון הישראלי לרמקורטיה** (2019).

³¹ דוגמה מהעת האחרונה היא החרם של השמרנים בארצות הברית על בירת Bud-Light בשל שימוש באישה טרנסג'נדרית בפרסומת למותג הבירה הפופולרי. החרם גרם לצלילה במכירות החברה, לירידה בשווי מניותיה ובעקבות כך לפיטורי חלק מעובדיה. ראו: Max Zahn, *Anheuser-Busch to Lay Off Hundreds of Workers After Bud Light Boycott Hammers Sales*, ABS NEWS (27.7.2023).

בימים אלה פרסם משרד התקשורת תזכיר חוק שמיועד לאסדר מחדש את תחום השידורים בפלטפורמות השונות. אני מקווה שהמגמה תהיה להשאיר רגולציה רזה ומצומצמת בלבד, כזו שתענה על צרכים קונקרטיים הכרחיים, כמו החלת כללים בסיסיים של שקיפות וחובות גילוי בהקשרים מסוימים, ולכל היותר תשאף להתמודד בצורה ממוקדת עם כשלי שוק קיימים, ואת כל היתר תשאיר לשוק החופשי לעשות. אין דמוקרטיה בלי תחרות חופשית בשוק הדעות.

ציטוט מוצע: אודליה מינס "רגולציית תקשורת בישראל כחסם לחופש הביטוי"
רשות הרבים (6.8.2023).