

משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם

גיא פסח*

מבוא א. משאבי ביטוי – קווים לדמותם א. 1. משאבי ביטוי וזכות קניינית א. 2. "רגעים מכוננים" להקצאה ראשונית של משאבי ביטוי א. 3. משאבי ביטוי כמשאבים דינמיים א. 4. מינוף של משאבי ביטוי א. 5. משאבי ביטוי כרכיבים פזורים ולעיתים סמויים מן העין א. ב. הקצאת משאבי ביטוי – תיאוריה ומעשה א. 1. הקצאת משאבי ביטוי והפרדיגמות הקיימות של חופש הביטוי א. 2. הקצאת משאבי ביטוי במשפט המצוי א. (א) משאב הביטוי כחלק מ"נחלת הכלל" א. (ב) "ניכוס שלטוני" של משאב הביטוי א. (ג) מרכיבו הקנייניים-הכלכליים של משאב הביטוי א. ג. סיכום – לקראת פרדיגמה חלוקתית משלימה של חופש הביטוי

מבוא

לעקרון חופש הביטוי יש מקום מרכזי במסורת החוקתית של דמוקרטיה ליברלית. זה עשורים מספר קיימת מודעות הולכת וגוברת לעובדה כי שקידה על מימוש נאות של הזכות לחופש ביטוי מצריכה לא רק התמודדות עם הגבלות שלטוניות, אלא גם ערנות ומתן מענה למגבלות בתחום הביטוי שמקורן בכוח ובעוצמה תקשורתית המצויים בידי גופי תקשורת פרטיים.¹

אולם מסורת זו של חופש הביטוי, חשובה ומרכזית ככל שהיא, הקדישה תשומת-לב מועטה בלבד לשאלת הקצאתם, ובפרט הקצאתם הראשונית, של המשאבים הנדרשים לשם ובמסגרת פעילות ביטוי, או כפי שנכנה אותם כאן בקצרה – משאבי ביטוי. כאן המקום להבהיר כי לכל אורך הפרק, בהתייחסותי לסוגיית הקצאתם של משאבי ביטוי, ובפרט להקצאתם הראשונית, כוונתי היא, למעשה, לאופן שבו הדין מקצה זכויות – קנייניות ואחרות – ביחס למשאב הביטוי. מטרתו המרכזית של הפרק היא להפנות זרקור לפסיפס המשאבים השונים והמגוונים המרכיבים פעילות בתחום הביטוי, התקשורת והיצירה, ובהמשך לכך לפתוח דיון באמות-המידה המנחות באשר לדרך הקצאתם של משאבי ביטוי. כחלק ממסגרת כללית זו, מטרתי הנוספת היא לבחון את עמדת המשפט כלפי משאבי ביטוי בסביבה תקשורתית משתנה, אשר מתאפיינת בהתפתחויות טכנולוגיות. כפי שאנסה להראות, שאלת הקצאתם של משאבי ביטוי מקבלת משנה תוקף עובר להתפתחויות

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי למיכאל בירנהק, לחנוך דגן, לברק מדינה ולחברי המערכת על הערותיהם המעולות לגרסות מוקדמות של הפרק.

1 ראו חלק ב' להלן וכן, באופן כללי, אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז (תשנ"ז) 223, 243-248.

טכנולוגיות ולפיתוח אמצעי תקשורת חדשניים, דוגמת רשת האינטרנט, מכמה סיבות: ראשית, משום שהתפתחויות אלה נוטות להצמיח משאבי ביטוי חדשים, ועל החברה לנקוט עמדה ביחס לאופן הקצאתם הראשונית; שנית, משום שלעיתים התפתחויות אלה מעוררות סימני שאלה לגבי המשך כוח התיקוף של דוקטרינות ושיקולים, חלקם מושרשים היטב, אשר נטו להכתיב את אופני הקצאתם של משאבי הביטוי בתקופות קודמות. עיקרו של הפרק – חלקים א ו-ב – הינו תיאורי. מטרתי היא לעמוד על התכונות המרכזיות המאפיינות משאבי ביטוי, ועל האופן שבו טיפל עד כה המשפט בסוגיית הקצאתם של משאבי ביטוי. חלק ג של הפרק יסכם ויציע מתווה ראשוני לפרדיגמה חלוקתית משלימה של חופש הביטוי.

מטבע הדברים, הפניית זרקור לסוגיית הקצאתם של משאבי ביטוי מעוררת מניפת שאלות לגבי המהות ואופן היישום של עקרון השוויון ושל שיקולים חלוקתיים בתחום הביטוי.² חשוב להדגיש כי מטרת הפרק אינה ליצוק את התוכן הערכי והנורמטיבי שעל בסיסו ראוי להקצות משאבי ביטוי, על המורכבות והקשיים שסוגיה זו צפויה לעורר. העניין המרכזי של הפרק הוא לנסות להתחקות אחר הפרווה היומיומית – הסמויה במקרים רבים מעין המתבונן – של תהליך ההקצאה של משאבי הביטוי כפי שהוא מיושם, הלכה למעשה, על-ידי המשפט. עם זאת, כפי שאנסה להראות, כדי ליישם מדיניות חלוקתית בתחום חופש הביטוי, יש צורך בהיכרות מעמיקה עם החומרים שמשאבי הביטוי מורכבים מהם, עם מאפייניהם של משאבי הביטוי ועם קשת האפשרויות השונות להקצאתם. הצעד הראשון בהגשמת מדיניות חלוקתית בתחום חופש הביטוי הוא איתור והבלטה של אותם רבדים שבהם מתרחש תהליך הקצאתם של משאבי ביטוי. אם בסופו של הפרק ייהפך משפט שתום זה לברור ומובן יותר, אזי הצעד הראשון החל.

א. משאבי ביטוי – קווים לדמותם

פעילות בתחום הביטוי והתקשורת מצריכה משאבים, יהיו אלה פינת רחוב ומגביר קול, מכונית דפוס ומחלקי עיתונים, תדרי שידור ומשדרים, מחשב נייד וגישה לתשתיות תקשורת, תכנים ומידע נגישים לשימוש, כוח-אדם מקצועי, וניתן עוד להוסיף למכביר. במונח "משאבי ביטוי" כוונתי לכל אותם משאבים – פיזיים, מופשטים ותוצרי של הדין

² כאן המקום לציין כי למרות הספרות הענפה על צדק חלוקתי ועקרון השוויון, הסוגיה הנידונה כאן טופלה עד כה במידה מועטה בלבד. למעט ההקשר הייחודי של מימון תעמולת בחירות – הקשר אשר עוסק בזכות פוליטית צרה וקשיחה מתוך כלל היבטיו השונים של עקרון חופש הביטוי – הספרות ממעטת לעסוק בגיבוש אמות-מידה נורמטיביות להקצאתם של משאבי ביטוי. עיקר ההתבטאויות שניתן למצוא בספרות הן הפוליטיים, יכללו מרכיב של שוויון, וכי זכות זאת אינה צריכה להיות כפופה לאופן ההקצאה והחלוקה של משאבים כלכליים או להיגור ממנו. במובן זה, המתח החלוקתי, אשר נובע מן העובדה כי משאבי ביטוי מוקצים ומגובשים בעיקר באמצעות מנגנון החליפין של השוק החופשי, ואשר אתייחס אליו בהמשך הדברים, לא זכה בליבון נורמטיבי הולם. לסקירה ראו: Molly Shaffer Van Houweling "Distributive Values", 83 Tex. L. Rev. (2005) 1535, 1547–1550.

כאחד - הנדרשים על-מנת לאפשר ולקיים פעילות של ביטוי, תקשורת ויצירה. להלן המרכזיים שביניהם, מחולקים לשלושה רבדים שונים:³ (א) כמות תקשורת, תשתיות פיזיות וערוצי הולכה נוספים המשמשים הן אמצעי גישה לקהלים והן נשאים (common carriers) של תכנים - החל בככרות העיר, המשך בספקטרום האלקטרומגנטי המאפשר שידורי רדיו וטלוויזיה, וכלה בתשתיות של כבלים, בוק ורדיו-טלפון נייד (רט"ן) המשמשות להעברת תמסורת נתונים; (ב) אפיקי הפצה וגישה לתשומת-לב אפקטיבית של קהל, אשר מהווים, לנוכח נדירותה של תשומת-לב זו, רובד של משאבי ביטוי שנבדל מהרובד של תשתיות ההולכה הפיזיות;⁴ (ג) מידע ותכנים קיימים המשמשים דוברים ונמענים במסגרת פעילות הביטוי שלהם. כאן המקום להדגיש כי מזווית-הראייה של עקרון חופש הביטוי, יכולתם של יחידים להיחשף ולהיות נגישים לתכנים, ליצירות ולביטויים הינה יסוד שווה-משקל ליכולתם של דוברים להשתמש בתכנים קיימים במסגרת מעשי ביטוי נוספים.⁵

3 סיווג הפעילות בתחום התקשורת לרבדים המצוינים בטקסט מבוסס על גישתו של בנקלר. ראו: Yochai Benkler "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access" 52 *Fed. Comm. L. J.* (2000) 561, 562. בנקלר מבחין בין שלושה רבדים: הרובד הפיזי (תשתיות הגישה); הרובד הלוגי (קוד המחשב השולט ביצירתם, בהפקתם ובהפצתם של תכנים במתכונת דיגיטלית); והרובד התוכני. כעולה מן האמור בטקסט, ראוי יותר, לטעמי, להבחין בין הרובד הפיזי, רובד ההפצה לתשומת-לב אפקטיבית של קהל והרובד התוכני. מבלי להמעט מייחודיותו של המדיום הדיגיטלי, דומה כי הרובד הלוגי הינו בבחינת "מקרה פרטי" שעשוי, לפי העניין, להוות חלק מהרובד הפיזי של תשתיות הגישה (למשל, פרוטוקול להעברת קבצים מסוג מסוים) או לחלופין חלק ממה שאני מכנה כאן "רובד ההפצה לתשומת-לב אפקטיבית של קהל" (למשל, תוכנה המהווה סטנדרד מקובל ומשום כך, בשל מאפיינים של "כלכלת רשת", השימוש בה, כמרכיב לוגי, הינו תנאי הכרחי כדי להגיע לתשומת-לב אפקטיבית של קהל).

4 ראו, למשל, את עובדות פסק-הדין בע"א (י"ם) 3060/02 שטרן נ' פלסטין פוסט בע"מ, תק"מ 471(4)2003. באותו מקרה סירב המוציא לאור של ה"Jerusalem Post" - שהיה באותה תקופה העיתון היומי היחיד בשפה האנגלית בישראל - לפרסם מודעת פרסומת בתשלום של המערער לגבי ספריו, שעסקו בקהילת היהודים המשיחיים. ככל שמדובר ברובד של תשתיות ההולכה הפיזיות, היו בידי המערער אפיקים רבים נוספים וחלופיים לפרסם את ספרו. אולם ככל שמדובר ברובד הגישה לתשומת-לב אפקטיבית של ציבור הקוראים בשפה האנגלית בישראל, בנסיבות המקרה החזיק ה"Jerusalem Post" בידי משאב ביטוי רבי-עוצמה. חשיבותם של משאבי הביטוי השייכים לרובד ההפצה והגישה לתשומת-לב אפקטיבית של קהל נעשית מרכזית בסביבה דיגיטלית, דוגמת רשת האינטרנט, בשל עודף מידע והיצף תכנים, אשר מחריפים את התחרות על תשומת-ליבם של משתמשים. ראו גם בג"צ 7200/02 די.בי.אס. שירותי לוויין (1988) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, תק-על (1)2005, 3568 (להלן: עניין די.בי.אס.), אשר דן בסוגיית סמכותה של המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין להורות לחברת שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית באמצעות לוויין (חברת "יס") להעביר את שידורי הערוץ הייעודי בתחום המזיקה הישראלית והים-תיכונית ("ערוץ 24") באפיק מס' 24 בממיר. חשיבותו של פסק-הדין לענייננו טמונה בהדגשת העובדה כי אפילו מספר האפיק שבו ישודר ערוץ מסוים הינו בבחינת משאב ביטוי ברובד של ההפצה והגישה לתשומת-לב אפקטיבית של קהל, אשר המשפט יכול וצריך לנקוט עמדה ביחס להקצאתו.

5 נימוק לכך נמצא בתפיסות רבות ושונות לגבי הקשר שבין חשיפה ונגישות למגוון רחב ככל האפשר של תכנים, דרכי חיים ומידע אחר מכל סוג שהוא, לבין מימוש עצמי,

הלכה למעשה, כללי-הרקע של זכות הקניין וחופש החוים, החולשים על חלק ניכר מחיינו, מנביעים מסגרת שבה רוב המשאבים הנתונים בידי החברה נהפכים לבעלי ערך כלכלי. זהו למעשה כלל בררת-המחדל של חברת שוק חופשי, למעט אותם מקרים שבהם הדין קובע "כלל מוציא" השולל אפשרות לעבירות ו/או מסחור של משאב.⁶ כך הדבר גם לגבי המשאבים הנדרשים לשם ובמסגרת פעילות ביטוי. במקרים לא-מעטים תהליך זה מתרחש בסיועו הפעיל של המשפט. המשפט הוא שמורה על הפיכת משאב ביטוי מסוג מסוים ל"משאב נדיר", דהיינו, משאב המצוי במחסור מלאכותי שהינו יציר-כפיו של אותו דין מסדר. לדוגמה, תכליתם של דיני זכויות יוצרים היא בעיקרה הפיכת יצירות וביטויים, שהינם במהותם הבסיסית משאבי ביטוי מופשטים – טובין ציבוריים – בלתי-מתכלים,⁷ למשאב קנייני הנשלט על-ידי כוח הריבונות הפרטי של בעל זכויות היוצרים. דוגמה נוספת עשויה להימצא בנסיבות שבהן הדין מגביל את האפשרות לקיים פעילות של שידור טלוויזיוני – ובפרט כזו אשר נתמכת ומבוססת על מכירת זמן פרסום – להיקפים מצומצמים מאלה האפשריים באופן מעשי בהינתן מאפייניו ותכונותיו של רובד התשתיות הפיזיות להולכת שידורי טלוויזיה.⁸

ההליכים של יצירת משמעות ורכישת זהות וכינונה של תרבות דמוקרטית, כלומר, הערכים המונחים ביסוד הזכות לחופש ביטוי. סוגיה זו נידונה על-ידי כותבים אחדים, אשר לכל אחד מהם יש גישה והבנה ייחודית משלו לגבי עקרון חופש הביטוי, אולם דומה כי כולם שותפים למסקנה בדבר מרכזיותה של זכות הגישה והנגישות להיצע רחב ומגוון של תכנים כיסוד מכונן של הזכות לחופש ביטוי. ראו: Jack M. Balkin "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society" 79 *N.Y.U. L. Rev.* (2004) 1; Jed Rubenfeld "The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality" 112 *Yale L.J.* (2002) 1, 37–43; Niva Elkin-Koren "Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace" 14 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1996) 215; Yochai Benkler "Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law" 76 *N.Y.U. L. Rev.* (2001) 23

6 לסקירה וניתוח ביקורתי של מגמה זו ראו: Margaret Jane Radin *Contested Commodities* (Cambridge, 1996)

7 לטובין ציבוריים יש שני מאפיינים מרכזיים: האחד הוא אי-היכולת המעשית למנוע מכל אדם שימוש והנאה מהטובין הציבוריים; והאחר הוא העובדה ששימוש של אדם אחד בטובין הציבוריים אינו גורע מיכולתו של אדם אחר לעשות בהם שימוש. על רקע מאפיינים אלה, כעיקרון, יצירות וביטויים הינם משאבים אשר אלמלא הכפפתם לזכות קניין רוחני – יציר-כפיו של הדין – לא היו נמצאים במחסור, ואז מספר רב של פרטים היו יכולים לעשות בהם שימוש בו-זמנית. אכן, אותם מאפיינים של טובין ציבוריים הם גם אלה המצדיקים את תהליך הפיכתם לנכס קנייני: למרות הערך החברתי הרב שעשוי להיות גלום בטובין מופשטים, כל פרט רציונלי יעדיף לא להשתתף מרצונו החופשי ביצירתם או במימונם של אותם טובין, אלא אם כן הוא יודע בוודאות כי ביכולתו למצות את הערך הכלכלי הגלום בהם; ולשם כך יש צורך בהפיכת המשאב המופשט למשאב קנייני הנשלט על-ידי כוח הריבונות הפרטי של בעל זכות היוצרים בו. אשוב לנקודה זו בחלק ב להלן.

8 לסקירת הוראות הדין הישראלי בהקשר זה ראו בג"צ 6962/03 חברת מדיה מוסט בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, תק-על 2004(4), 436, ובפרט פסקות 7-9 לפסק-דינה של השופטת חיות. כעולה מפסק-הדין, המצב המשפטי בישראל, כמו במדינות רבות נוספות, הוא ששידורי טלוויזיה מחויבים ברישיון, והדין נוטה להגביל את

במקרים שבהם הדין פועל להפיכתו - או למצער מאפשר את הפיכתו - של משאב ביטויי לנכס המהווה נושא לזכות קניין, נוצר מתח בסיסי הנובע מן האופי הדואלי של משאב הביטויי? מחד גיסא, כמשאב כלכלי-קנייני, מדובר במשאב שכפוף לנורמת השוק, לרבות כוח הקנייה של רוכשיו הפוטנציאליים, שבעליו נהנה מכוח ריבונות פרטי לגבי דרכי השימוש והניצול של אותו משאב; מאידך גיסא, כמשאב ביטויי, מדובר במשאב המבקש להכתיב כללי חלוקה והקצאה על בסיס אמות-מידה שונות - כאלה המשקפות את היבטיה הפוליטיים של הזכות לחופש ביטוי ואת מרכזיותו של עקרון חופש הביטוי בכינונה של תרבות דמוקרטית וביכולתם של יחידים לפעול למימוש עצמי.¹⁰

נהוג להתייחס למתח חלוקתי דומה במקרי-קיצון, דוגמת סוגיית היכולת לקבוע הגבלות לגבי היקף ודרכי המימון של תעמולת בחירות. זאת, על יסוד הנימוק שפערים ביכולת כלכלית אינם אמורים להשליך על השוויון המתחייב במימוש הזכות הפוליטית לבחור ולהיבחר.¹¹ אולם הלכה למעשה המציאות מספקת מגוון רחב בהרבה של נסיבות

מספר הגופים המשדרים הרשאים לבסס את הכנסתם על מכירת זמן פרסום. דרך פעולה זו נוטה ליצור מחסור מלאכותי באפשרות לקיים שידורי טלוויזיה, ובפרט שידורי טלוויזיה מסחריים, וזאת מעבר למתחייב מהמגבלות הפיזיות והטכנולוגיות. דוגמה נוספת למשאבים תקשורתיים שהדין יוצר לגביהם, באופן מלאכותי, מרכיב של מחסור מצויה בהגבלות שהדין מטיל על היכולת לקיים שידורי חדשות. כך, סעיפים 63-71 לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990, ס"ח 1304, 58 (להלן: חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו), וסעיפים 6 ו-16 לחוק התקשורת (בוק ושידורים), התשמ"ב-1982, ס"ח 1060, 218 (להלן: חוק התקשורת), אוסרים שידורי חדשות במסגרת שידוריהם של בעל רישיון לשידורי לוויין ושל בעל רישיון כללי לשידורי כבלים (למעט חדשות מקומיות), וכן מגבילים את שידורי החדשות העצמאיים, במסגרת שידורי הטלוויזיה הנעשים מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, לשידורים באמצעות חברות החדשות של ערוץ 2 ושל ערוץ 10. בדרך זו שידורי חדשות ארציים במדיום טלוויזיוני נהפכים למשאב המצוי במחסור הן מבחינת דוברים, המחפשים במה תקשורתית בתחומי החדשות והאקטואליה, והן מבחינת קהל הנמענים, ככל שהדברים נוגעים במגוון של היצע התכנים בתחום של שידורי החדשות הארציים.

9 במונח "אופי דואלי" כוונתי היא אך ורק לעמוד על שני הקטבים הסותרים שמשאב הביטויי מתאפיין בהם, כמפורט בטקסט, ואיני מכוון לקביעה נורמטיבית שלפיה מדובר במשאב "דו-מהותי", על הקונוטציה שיש למונח זה במסגרת הדין הישראלי (ראו גם ברק, לעיל הערה 1).

10 ראו: Van Houweling, *supra* note 2, והמקורות הנוכחים שם. ראו גם יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 535, 537-539, העומד על כך שדמוקרטיה ליברלית מתאפיינת בכך שלצד הדרישה לשוויון מוחלט בזכויות פוליטיות יש גם ויתור, הנובע מאותה תפיסת-עולם ליברלית עצמה, על דרישה דומה של שוויון בכל הנוגע לזכויות כלכליות. משאבי ביטויי, המהווים נושא לזכות קניין, הינם דוגמה פרדיגמטית למתח זה: תחת כובעם כמשאב כלכלי הם אינם כפופים לדרישה כלשהי של שוויון בהקצאתם; לעומת זה, תחת כובעם כמשאבי ביטויי, הנדרשים לשם ובמסגרת פעילות ביטויי, ככל שמתחזק המרכיב הפוליטי בפעילות הביטויי הנידונה כן מתחזקת גם הדרישה לשוויון ביכולת הגישה והשימוש באותם משאבי ביטויי.

11 המקרה המפורסם הוא, כמובן, פסק-הדין של בית-המשפט העליון האמריקני בפרשת *Buckley v. Valeo* 424 U.S. 1 (1976), אשר שלל את היכולת של רוב דמוקרטי לקבוע הגבלות למימון תעמולת בחירות משיקולים של רצון לקדם שוויון פוליטי, וצמצם את מתחם המקרים המאפשר הטלת הגבלות כאמור לנסיבות שבהן יש צורך למנוע שחיתות

שבהן החלת תכונות קנייניות על משאבי ביטוי צפויה להנביע מתח ופערים חלוקתיים אל מול המתחייב מאופייה של הזכות לחופש ביטוי, ובכלל זה: (א) פערים באפשרויות הגישה לתכנים המוגנים על-ידי זכויות קניין רוחני וביכולת לשלבם במסגרת מעשי ביטוי נוספים, כגון יכולת גישה ושימוש בחומרים המצויים בארכיונים של גופי שידור¹² או ברפרטואר החומרים ("קטלוג היצירות") שזכויות היוצרים בהם נתונות בידי תאגידי תקשורת;¹³ (ב) פערים ביכולת להפיק מוצרי-תוכן הדורשים שימוש במשאבי ביטוי עם עלות ניכרת (כגון הוצאה לאור של עיתון או הפקת סרט); (ג) פערים בנגישות לבמות תקשורת ולאפיקי הפצה וגישה הנהנים מתשומת-לב אפקטיבית של קהל, החל בעיתונות הכתובה ובאמצעי התקשורת המשודרת, המשך במנועי חיפוש פופולריים, וכלה בתשתיות תקשורת המשמשות שירותי תוכן הידודיים (אינטראקטיביים), כגון תקשורת סלולרית "דור שלישי" או טלוויזיה רב-ערוצית לשירותי video on demand (VOD); (ד) באופן כללי יותר – פערים באפשרויות וביכולות העומדות לרשות כל פרט ופרט כצרכן של תכנים ומידע.

על פני הדברים, השאלה המרכזית בהקשר זה היא מהו טבעו המדויק של אותו "מתח חלוקתי" שמאפיין משאבי ביטוי, קרי, מהם אותם כללי חלוקה והקצאה המתחייבים ממהותו של עקרון חופש הביטוי, ואשר לכאורה יש בהם כדי לקרוא תיגר על הכלל הנוהג ביחס להקצאת משאבים המהווים נושא לזכות קניין, הלוא הוא מבחן היכולת והנכונות לשלם בעבור משאב את התמורה המרבית. ניתן אף להקדים ולשאול אם אכן ראוי לקבוע לגבי משאבי ביטוי כלל הקצאה שונה מ"נורמת השוק" הנוהגת לגבי משאבים קנייניים, ואם כן – באילו נסיבות. שאלה זו מתחייבת לא רק מזווית-ראייה המעמידה לנגד עיניה

12 של ממש. לניתוח הסוגיה ולביקורת על פסק-הדין מזווית-ראייה השמה דגש בקשר שבין מימוש ראוי של הזכות לחופש ביטוי, זכות המבוססת על ערך של שוויון פוליטי, לבין היכולת להקצות משאבים לכלליים לפעילות ביטוי, ראו: Burt Neuborne "Toward a Democracy-Centered Reading of the First Amendment" 93 *Nw. U. L. Rev.* (1999) 1055. בהקשר זה הזכות לחופש ביטוי אכן ניצבת לכאורה משני צידי המתנס, שכן הטלת הגבלות על מימון תעמולת בחירות נתפסת כפגיעה בזכות לחופש ביטוי של הדובר המבקש להיבחר.

12 ראו יעל אופיר "חיה על המתים: תעריפי ארכיון בטלוויזיה" העין השביעית 48 (2004) 38, הסוקרת את המחירים הגבוהים שגופי שידור, ובפרט רשות השידור, גובים בעבור גישה לחומרי ארכיון ושימוש בהם, וכנגד זה את הסכמי ההדדיות הקיימים בין גופי השידור עצמם. ראו גם את הדיון בה"פ (ת"א) 601/96 מוגרבי נ' רשות השידור (לא פורסם, ניתן ביום 25.4.1999) להלן בחלק א.

13 ראו, למשל: Paul Goldstein "Copyright and the First Amendment" 70 *Colum. L. Rev.* (1970) 983, 1035–1057; Yochai Benkler "Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain" 74 *N.Y.U. L. Rev.* (1999) 354, 400–412. בנקלר מדגיש את הדינמיות של המתחים החלוקתיים ההולכים וגוברים בין תאגידי התקשורת המסחריים, אשר מחזיקים ברפרטואר מקיף של תכנים המוגנים על-ידי זכות יוצרים, לבין יוצרים וספקי תוכן אחרים (כגון יוצרים עצמאיים ומוסדות ללא כוונת רווח), הנזקקים לאותם משאבי ביטוי המצויים בבעלותם של תאגידי התקשורת המסחריים, כתשומה יצירתית, אך מתקשים למצוא את מקורות המימון הנדרשים לשם כך (וזאת, בשל תוחלת הרווח הנמוכה של התכנים המופקים על-ידיהם).

את הפן הקנייני של משאב הביטוי - על המתחייב ממעמדה, לרבות החוקתי, של הזכות לקניין פרטי - אלא גם מזווית-ראייה המעמידה לנגד עיניה את עקרון חופש הביטוי. זאת, על יסוד האפשרות שדווקא נורמת השוק היא המאפשרת, לפחות בהקשרים מסוימים, מימוש מרבי של התכליות המונחות ביסודו של עקרון חופש הביטוי.¹⁴ סוגיות אלה יידונו בהמשך, אולם כדי לדון בהן נדרשת היכרות טובה יותר עם מאפייניהם הייחודיים של משאבי ביטוי ואופני הקצאתם. מטרתי בשורות הבאות היא לנסות לעמוד על התכונות המאפיינות משאבי ביטוי, ומתוך ניתוח זה יעלו גם חלק משיקולי המדיניות שראוי להתחשב בהם כאשר עוסקים בשאלת הקצאתם של משאבי ביטוי.

1. משאבי ביטוי וזכות קניינית

בפתח הדברים מתבקשת הבהרה: במונח "משאבי ביטוי" אין משום הנחה מובלעת שמדובר בהכרח במשאב המהווה נושא לזכות קניינית. סיווגם של משאבי ביטוי כמשאבים המהווים נושא לזכות קניינית הינו רק אחת האפשרויות העומדות לפני הדין. תובנה זו באה לידי ביטוי בכמה מקרים - אם כי מועטים - שבהם הדין קובע כלל בררת-מחדל הפוך מהכלל הקנייני, דהיינו, כלל שעל-פיו משאב הביטוי והשימוש בו עומדים חופשיים לרשות הציבור הרחב כולו. לדוגמה, סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים מעגן את הכלל הפסיקטי שלפיו רעיונות, עובדות, נתונים ומידע חדשותי אינם מהווים נושא לזכות יוצרים. שיקוף נוסף של תובנה זו מצוי במקרים שבהם מודגש כי קניינותו של המשאב הינה כולה יציר-כפיו של הדין, להבדיל מתכונה היונקת מן האופי הפוזסורי של המשאב, קרי, בנסיבות שבהן האופי הקנייני של המשאב הינו בראש ובראשונה תוצר של מרכיב נדירות מלאכותי אשר נקבע ומוכתב על-ידי הדין, ולא תוצר של התכונות הפיזיות המאפיינות את המשאב.¹⁵ כך, למשל, כאשר משטר משפטי מכיר בזכויות שידור של מפיקי אירועי ספורט ומופע בידור המוניים, או כאשר משטר משפטי מכיר בזכות מעין-קניינית (sui-generis right) במאגרי מידע.

נקודה זו מדגישה את העובדה כי יש משהו ממסך ומטעה במונח "משאבי ביטוי". הסוגיה הראשונה שעלינו לברר אינה כיצד לפתור וליישב את המתח בין היבטיו הקנייניים של משאב ביטוי נתון לבין היבטיו הפיזיים, אלא אם מלכתחילה על הדין לבחור באפיק המסווג את משאב הביטוי כמשאב המהווה נושא לזכות קניין. במובן זה, המונח "מתח חלוקתי" מכוון לא רק למתח בין מרכיביו הקנייניים של משאב הביטוי לבין

14 ראו גם להלן את הטקסט הסמוך להערות 134-138.

15 באמור לעיל איני מתכחש לתובנה הריאליסטית שזכויות קניין הינן כולן יציר-כפיו של הדין. כל שבכוונתי לטעון הוא שכאשר מדובר במשאבים פיזיים, בעלי מרכיב פוזסורי, כמו-גם כאשר מדובר במשאבים כספיים, אופי המשאב מנביע ומצדיק ביתר קלות יסוד קנייני. זאת, הן כדי לאפשר ניצול יעיל של המשאב והן כדי להתמודד עם האופי המתכלה של המשאב ועם הקושי המעשי לאפשר שימוש רב-צדדי במשאב בשל "טרגדיית ההמונים". ראו: Garret Hardin "Tragedy of the Commons" 162 *Science* (1968) 1243-1248.

מרכיביו הביטויים, אלא גם – ועוד קודם לכך – למתח הקיים בין האפשרויות השונות של אופני הקצאתו הראשונית של משאב הביטוי. האם ההקצאה צריכה להיות בדרך של יצירת זכות קניינית במשאב הביטוי וניתובו אל מנגנון השוק, או שמא בדרך של ויתור, ריכוך והפחתת המיגון של מרכיביו הקנייניים של משאב הביטוי ועוצמתם? ניתן להמחיש זאת באמצעות הדוגמות הבאות.

דוגמה ראשונה, מתחום זכויות יוצרים, עשויה להימצא בסעיף 15 לחוק שידורי טלוויזיה מהכנסת, התשס"ד-2003,¹⁶ אשר מבחינה פורמלית מכיר בכנסת כבעלים של זכויות הקניין הרוחני בשידורי הכנסת, לרבות כאשר הם מופקים ונעשים על-ידי צד שלישי. עם זאת, בד בבד, סעיף 15(ב) לחוק מוסיף וקובע כי "שידורי הכנסת יעמדו הינם לשימוש כל הרוצה בהם".¹⁷ התוצאה המעשית היא שהמחוקק בחר בהקשר זה לרכך ולהחליש באופן משמעותי את משקל מרכיביהם הקנייניים של שידורי הכנסת כמשאב ביטוי, וזאת עקב חשיבות השימוש בהם לקידום הערכים המונחים ביסודו של עקרון חופש הביטוי, כמו-גם עקב העובדה ששידורי הכנסת הינם תוצר ושיקוף של שיח-ושיג פוליטי בין נבחר-ציבור. דוגמה נוספת, הנוגעת ביכולות העומדות לרשותו של כל פרט ופרט כמשתמש וכצרכן של תכנים ומידע, מצויה בסעיף 3 לפקודת זכות יוצרים. סעיף זה קובע סייג וחריג לכוחה המחייב של זכות היוצרים כאשר מדובר בטביעה ושעתוק של יצירות, על-גבי קלטות, לשם שימוש פרטי וביתי שאינו למטרות מסחריות.¹⁸ הוראת חוק זו קובעת למעשה מתחמי שימוש שבהם משאב הביטוי ממוקם מלכתחילה כחלק מ"נחלת הכלל", תוך ויתור על מרכיביו הקנייניים.¹⁹

קטגוריה נוספת של מקרים שבהם הדין מוותר מלכתחילה על חלק ממרכיביו הקנייניים של משאב ביטוי מצויה בתחום התקשורת והטלקומוניקציה. לדוגמה, בישראל,

16 ס"ח 1915, 32.
 17 זאת, "אלא אם כן נקבע אחרת בתקנות לענין השימוש או לענין התשלום". סעיף 15(ג) לחוק מוסיף וקובע הוראות נוספות לעניין הנשיאה בעלות של הקלטת עותקים מהשידורים.
 18 במקביל, סעיפים 33-34 לפקודת זכות יוצרים קובעים מנגנון לפיצוי, על-ידי הממשלה, בגין הנזק שנגרם לבעלי זכויות היוצרים עקב הוראת סעיף 33 לפקודה. כלומר, גם בהקשר זה שמר המחוקק על מתכונת של קביעת "כלל אחריות", המתיר שימוש חופשי במשאב כנגד תשלום פיצוי לבעליו. להבחנה בין "כלל קניין" ל"כלל אחריות" ראו: Guido Calabresi & A. Douglas Melamed "Property Rules, Liability: Property Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089. ראו גם את סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים, אשר קובע סייג לזכות ההשכרה וההשאלה של קלטות כאשר מדובר בהשכרה לא לצורכי מסחר, ובכלל זה גם השאלה על-ידי ספריות ציבוריות (ראו ע"א 326/00 עיריית חולון נ' א.א.סי מוסיקה בע"מ, פ"ד נז(3) 658). ראו גם מיכאל דן בירנהק "השאלה ציבורית והעתקה פרטית" עיוני משפט כז(3) (התשס"ד) 885, 897-899, המציין כי סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים, המחריג את פעולת ההשאלה של קלטות על-ידי ספריות ציבוריות מגדר זכות ההשכרה וההשאלה לצורכי מסחר, וכן סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים, המתיר העתקה חופשית של קלטות לצרכים פרטיים וביתיים, הינם בבחינת "דליפה מובנית" בדיני זכויות יוצרים, שמטרתה להגביר את גישת הציבור ליצירות ואת אפשרויות השימוש בהן.
 19 ראו: Benkler, *supra* note 13, at pp. 390-394.

מפעילי תשתיות התקשורת המשמשות להספקת שירותי אינטרנט מהיר ("פס רחב") מחויבים לאפשר לכל ספק של שירותי גישה לרשת האינטרנט (ISP) לפעול, תמורת תשלום, באמצעות תשתיות התקשורת שבבעלותם; ואילו הספקים של שירותי הגישה לרשת האינטרנט מחויבים, על-פי הנחיות משרד התקשורת, במתן זכות גישה שווה (open access) למשתמשי-קצה ולמפעילים של אתרי אינטרנט המבקשים להשתמש בשירותי הקישור והגישה לרשת האינטרנט המסופקים באמצעותם.²⁰ באופן כללי יותר, הסוגיה העומדת לדיון בהקשרים מסוג זה היא אימוץ עיקרון של "ניטרליות רשת" (network neutrality), האוסר על מפעילי רשתות תקשורת לקבוע הגבלות טכנולוגיות ו/או להתקשר בהסכמי בלעדיות המגבילים את יכולת השימוש בתשתיות התקשורת של הרשת.²¹ אלה מצבים שבהם הדין מפחית למעשה ממשקל מרכיביו הקנייניים של משאב הביטוי, תוך חיזוק מרכיביו השיתופיים של המשאב כ־commons שכל אדם יכול לעשות בו שימוש חופשי. לאחרונה הועלו טיעונים דומים גם לגבי אופן ניצולו של הספקטרום האלקטרומגנטי לשידורי רדיו וטלוויזיה - משאב ביטוי שנהוג באופן מסורתי להקצות לגביו היתרי שימוש למספר מוגבל של גופי שידור, בהתבסס על ההנחה בדבר נדירותו כמשאב פיזי. Benkler ו־Lessig, ברשימה פרובוקטיבית אך משכנעת, מטילים ספק אם בהתחשב ביכולות הטכנולוגיות הקיימות כיום, לרבות אפשרויות השימוש בטכנולוגיות של פרישת תדר (spread-spectrum technologies), יש הצדקה עניינית להמשך קיומו של משטר פיקוח שלטוני השולט באופן ניצולו של הספקטרום האלקטרומגנטי לשידורי רדיו וטלוויזיה, ואשר מקצה היתרי שימוש למספר מוגבל של גופי שידור.²²

20 ראו סעיף 5.7.2 לנוסח של תנאי הרישיון למתן שירותי גישה לאינטרנט (עותק מצוי באתר משרד התקשורת [http://www.moc.gov.il/new/documents/special_licenses/license1_d.pdf], וכן את ההוראות במסמך "מדיניות רישוי שירותי אינטרנט", שהוצא על-ידי שר התקשורת [http://www.moc.gov.il/new/documents/about/m_2.2.03.pdf]. מקור הסמכות להוראות אלה מצוי בסעיף 5 לחוק התקשורת, אשר קובע הוראה כללית בדבר סמכותו של שר התקשורת להורות על קישורי-גומלין בין רשתות תקשורת. הוראה זו אומצה כחלק מתנאי הרישיון של חברת "בזק" ושל חברת הכבלים המאוחדת - "הוט טלקום שותפות מוגבלת" - למתן שירותי בזק פנים-ארציים נייחים, ובכלל זה גם שירותי אינטרנט מהיר. ראו סעיף 28 לרישיון של "בזק" וסעיף 67 לרישיון של "הוט טלקום". עותקים נמצאים באתר משרד התקשורת [http://www.gov.il/new/documents/legislation/r_klaliim/bezeq_meshulav.pdf; http://www.moc.gov.il/new/documents/legislation/r_klaliim/hot_4.8.04.pdf].

21 ראו, למשל: Christopher S. Yoo "Beyond Network Neutrality" 19 *Harv. J. L. & Tech.* (2005). Yoo מציג קשת של טיעונים המנמקים מדוע העיקרון של "ניטרליות רשת" הינו עיקרון לא-יעיל שסופו לפגוע במטרות הקדמה הטכנולוגית, קרי: גיוון תכנים וריבוי פלטפורמות תקשורת העומדות לרשות ציבור המשתמשים. טיעוניו של Yoo משכנעים, לפחות בחלקם, אולם אין בהם כדי לשנות את הטיעון המושגי המוצג בטקסט, מה-גם שקיימת כתיבה המציגה גישה הפוכה מזו של Yoo. ראו, למשל: A. Lemley & Lawrence Lessig "The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era" 48 *UCLA L. Rev.* (2001) 925; Brett M. Frischmann "An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management" 89 *Minn. L. Rev.* (2005) 917

22 ראו: Yochai Benkler & Lawrence Lessig "Net Gains - Will Technology Make

אכן, גבולות הישימות והרלוונטיות של גישה המבקשת להפחית ממרכיביו הקנייניים של משאב הביטוי צפויים להשתנות ממקרה למקרה. אין זו גישה המתאימה בהכרח לכל סוג של משאב ביטוי. ייתכנו מקרים שבהם יצירת כסות קניינית למשאב הביטוי תהיה הכרחית כדי להניח בסיס ומעריך תמריצים לעצם קיומה של פעילות בתחום הביטוי והיצירה.²³ אולם הדבר החשוב לענייננו, בשלב מקדמי זה, הוא הדגשת התובנה כי כאשר ניגשים לבחון את עמדת הדין לגבי משאב ביטוי מסוג מסוים ואופני הקצאתו, האפשרות הקניינית היא רק אחת מבין כמה אפשרויות שעשויות לעמוד לפני קובעי המדיניות והדין. אין להניח אותה, כמו גם את המתח בין מרכיביו הקנייניים של משאב הביטוי לבין מרכיביו הביטויים, כמובנים מאליהם. יש מקום להקדים ולשקול איזה מבין האופקים השונים הוא המתאים למשאב הביטוי הנידון.

2. "רגעים מכוננים" להקצאה ראשונית של משאבי ביטוי

תכונה נוספת של משאבי ביטוי מתייחסת להיותם משאבים דינמיים אשר מעוררים באופן תכוף שאלות הנוגעות בהקצאתם הראשונית. זאת, להבדיל משאלות הנוגעות ב"חלוקה מחדש" (redistribution) 1/א בקביעת כללים מנחים ביחס לאופני העבירות של משאב הביטוי. בחלק הבא אתיחס ביתר הרחבה לאופי הדינמי של משאבי ביטוי ולמתחייב מתכונה זו, אולם עוד קודם לכך מן הראוי להתעכב על משמעות קיומם של רגעים מכוננים להקצאתם הראשונית של משאבי ביטוי.

רוב המשאבים המצויים בידי החברה, ובפרט המשאבים הפיזיים, מצויים בכל רגע נתון בבעלותו של פלוני או אלמוני, ושאלת הקצאתם הראשונית כבר הוכרעה, לפחות בעקיפין. לגבי משאבים אלה, עיקר מעורבותו של הדין היא סביב סוגיות הנוגעות בדרכי הסיחור בהם והעברתם מיד ליד,²⁴ או סביב קביעת כללים הנוגעים באפשרות של "חלוקה מחדש" של המשאב.²⁵ אומנם, ייתכנו מקרים שבהם הדין עוסק גם בקביעת כללי ההקצאה הראשונית של המשאב – למשל: קביעת כללי הבעלות הראשונה בעתיקות שנמצאו;²⁶ קביעת כללים לקבלת רשיונות לחיפוש נפט או גז טבעי, ובהמשך לכך, קביעת כללים בנוגע לאפשרות לרכישת חזקה ייחודית מוגבלת בזמן על שטחים מתוך אתר החיפוש;²⁷

CBS Unconstitutional?" *The New Republic Online* (14.12.1998) [http://www.Stewart Minor Benjamin "The :ראו גם: thadk.net/ideas/lessigcopyright.html] Log of Scarcity: Idle Spectrum as a First Amendment Violation" 52 *Duke L. J.* 1 (2002).

23 ראו גם להלן את הטקסט הסמוך להערות 114-118, 134-138.

24 לדוגמה, מאמרם המפורסם של Calabresi & Melamed (לעיל הערה 18), בנוגע להבחנה בין "כלל קניין" ל"כלל אחריות", עוסק בשתיים מבין האפשרויות המרכזיות להעברתו של משאב מיד ליד – "כלל קניין", התומך בעסקות שוק רצוניות, או לחלופין "כלל אחריות", התומך בנטילה כפויה של המשאב תוך פיצוי כספי של בעל זכות הקניין בו.

25 דוגמות מובהקות עשויות להימצא בתחומי המיסוי והנטילה השלטונית בתחום המקרקעין.

26 ראו סעיף 2 לחוק העתיקות, התשל"ח-1978, ס"ח 885, 76.

27 ראו חוק הנפט, תשי"ב-1952, ס"ח 109, 322; ואת בג"צ 5812/00 *Samedan*

וקביעת אופני ההקצאה הראשונית של קרקעות המצויות בבעלות המדינה לצורכי דיור ומגורים של פרטים.²⁸ אולם עדיין, באופן יחסי, מעטים המקרים שבהם הדין נדרש להתמודד עם אופני הקצאתו הראשונית של משאב פיזי או משאב כלכלי אחר. הטעם המעשי לכך מצוי בעובדה שבכל רגע נתון חלק ניכר מן המשאבים הפיזיים והכלכליים הקיימים בחברה כבר נמצאים בבעלות פרטית של אדם כזה או אחר, אשר מעוגנת, בין במישרין ובין בעקיפין, בהוראות המשפט הפרטי.²⁹ משום כך הדין נוטה להטיל את כובד משקלו בעיקר על קביעת כללי עבירות של משאבים וכן על איתור נסיבות המצדיקות "חלוקה מחדש" של זכויות הקניין במשאב, כולן או מקצתן.³⁰

משאבי ביטוי הינם ייחודיים בכך שהם מעוררים, באופן תכוף ומודגש בהרבה, את שאלת אופני הקצאתם הראשונית. לגבי משאבי ביטוי רבים יש חלל ומרחב פעולה רחבים בהרבה בכל הנוגע להקצאה הראשונית של מערך הזכויות בהם. הסיבה לכך נעוצה באופי הדינמי של משאבי ביטוי, דהיינו, בעובדה שהתפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות נוטות להצמיח מפעם לפעם משאבי ביטוי חדשים - לעיתים כאלה הבאים במקום משאבי ביטוי קיימים - ועל החברה (והמשפט) לנקוט עמדה ביחס לאופני ההקצאה של השליטה הראשונית בהם. ניתן להדגים זאת על-ידי כמה דוגמות, אשר לחלקן נשוב בהמשך: דוגמה ראשונה נוגעת בתחום התקשורת הסלולרית, הנמצאת כיום בפתחו של "הדור השלישי", שבמסגרתו רשתות סלולריות, ומכשיר הטלפון הנייד כ"יחידת-קצה", ייהפכו לאפיק נוסף המאפשר הן העברה דיגיטלית של תכנים (לרבות תכנים אורקוליים, כגון תכנים טלוויזיוניים) למשתמשי-קצה והן התחברות לרשת האינטרנט. כפועל יוצא מכך, תשתיות תקשורת סלולריות צפויות ליהפך למשאב ביטוי מרכזי הן ברובד

- Mediterranean Sea** נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, פ"ד נה(4) 312.
- 28 ראו, למשל, את הדיון בבג"צ 244/00 עמותת שיח חדש - למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25.
- 29 באמור לעיל איני מביע עמדה התומכת בכלל משפטי המקנה משקל רב לחלוקה הקיימת של משאבים, המבוססת על כללים מהסוג של "כלל התפיסה הראשונה" (וידועה בהקשר זה עמדתו של Nozick, בספרו *Anarchy, State and Utopia* (Oxford, 1974), על המחלוקת המרכזית ורבת-השנים שהיא מעוררת בתחום הפילוסופיה הפוליטית). כל שכוונתי לטעון הוא כי במישור התיאורי-הפוזיטיבי הדין נוטה להכתיב עמדה, מפורשת או משתמעת, שלפיה ההקצאה הראשונית של רוב משאביה של החברה כבר נעשתה, ומשום כך מה שנותר הוא בעיקר להתמודד עם סוגיות של חלוקה מחדש ו/או כללי העברה של המשאב ושל זכויות השימוש בו מיד ליד.
- 30 אם כי חשוב להוסיף ולציין כי כאשר המשפט הפרטי, על ענפיו השונים, קובע על-דרך פרשנות את גבולות הזכות הקניינית, כמו-גם את מערך הזכויות הנתונות לבעל הזכות ואת החובות המוטלות עליו, יש בכך משום מהלך שמתווה במובלע את כלל ההקצאה הראשונית של המשאב. במובן זה, קביעת גבולות הנכס המוגן על-ידי זכות הקניין, כמו-גם קביעת מצאי השימושים הנתונים לכוח הריבונות הפרטית של בעל זכות הקניין במשאב, כמוהן כקביעת כלל הקצאה ראשונית, לפחות בכל הנוגע ל"שולי המשאב". ידועה בהקשר זה תובנתו של Coase, בדבר ה"bilateral causation", שלפיה ההקצאה הראשונית של זכויות במשאבים הינה הלכה למעשה שיקוף של מערך החובות והזכויות ביחס למשאב מסוים ולאופני השימוש בו. ראו: Ronald H. Coase "The Problem of Social Cost" 3 *J. L. & Econ.* (1960) 1.

התשתיות הפיזיות, הן ברובד ההפצה והגישה לתשומת-לב אפקטיבית של קהל והן ברובד התוכני. זמינותן של יכולות טכנולוגיות ותקשורתיות מתפתחות אלה מצמיחה משאב ביטוי חדש, ועל המשפט לנקוט עמדה ביחס לאופן הקצאתו הראשונית. בקצה האחד של סרגל האפשרויות ניצבת החלופה שלפיה זהו משאב ביטוי שיש להקצות לשליטתן של חברות הסלולר. בכך יוקנה לחברות כוח ריבונות ושיקול-דעת עריכתי הן לגבי התכנים המסופקים באמצעות תשתיות התקשורת שבשליטתן והן לגבי ספקי התוכן הרשאים לפעול אל מול משתמשי-קצה באמצעות תשתיות התקשורת (מודל שנהוג לכנותו "גנים סגורים" – "walled gardens").³¹ בקצה האחר של הסרגל ניצבת חלופה של כלל הקצאה ראשונית הנוטה להעמיד את משאבי הביטוי החדשים והמתפתחים לרשות הציבור הרחב. על-פי חלופה זו, חברות הסלולר נתפסות כמקשרות בלבד (common carrier), החייבות במתן "גישה לכל" (open access) – אומנם תמורת תשלום – לכל ספק תוכן המבקש לעשות שימוש בתשתיות התקשורת הסלולריות לשם הספקת תכנים. עמדה זו מסרבת להניח כמובן מאליו כי שליטה וזכות קניין במשאב הפיזי-הלוגי עצמו – תשתיות התקשורת הסלולריות – מנביעות בהכרח גם זכות לשלוט באותם משאבי ביטוי חדשים, אשר לנוכח התפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות נהפכו לזמינים מעל-גבי תשתיות שקודם לכן שימשו לצרכים מוגבלים יותר, כגון שירותי טלפוןיה. הנטייה הרווחת היא להתייחס לשאלות מסוג זה כאל שאלות המתמקדות בהסדרה שלטונית של ענף התקשורת, תוך שימת דגש במניעת כשלי שוק ובעידוד תחרות, ולעיתים גם כאל שאלות העוסקות בהגבלות ובחובות שיש ליצוק אל תוך זכות הקניין הנתונה לבעלים של תשתיות התקשורת. כחלק ממסגרת דיון זו, תכליות הנגזרות מעקרון חופש הביטוי, כגון ביזור וגיוון, מצטמצמות לכלל מרכיב במערך השיקולים שראוי להתחשב בהם. אולם זוויית-ראייה זו אינה ממצה. במקביל, ואולי עוד קודם לכך, זו סוגיה חוקתית הנוגעת באופן הקצאתם הראשונית של זכויות במשאבי ביטוי חדשים.³²

31 כך, לדוגמה, ניתן למצוא דיווחים שעל-פיהם חלק מחברות הסלולר אינן מאפשרות גלישה לאתרי אינטרנט סלולריים הכתובים בפרוטוקול WAP, אלא אם כן מדובר באתרים הכלולים ב"חבילת התוכן" של החברה או באתרים שלחברה יש עימם הסכמי שיתוף-פעולה.

32 יתרה מזו, יש גם נסיבות שבהן המשפט מתעלם ממרכיביו ה"ביטויים" של המשאב ומדחיק אותם, תוך שהוא מתייחס אל המשאב כאל משאב כלכלי גרידא. דוגמה לנסיבות כאלה מצויה בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בבג"צ 1605/94 טלסינימה בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד נב(3) 803. באותו מקרה נידונה פרשנותו של סעיף 16(א) לחוק הבוק, תשמ"ב-1982 (כיום מקביל לו סעיף 6לד(א) לחוק התקשורת (בזק ושירותים), תשמ"ב-1982), שעל-פיו שר התקשורת רשאי להורות לבעל זיכיון לשידורי כבלים לאפשר לגורם אחר שימוש בתשלום באפיקים של רשת הכבלים שלו, ובלבד שלבעל הזיכיון תיוותר קיבולת שלא תפחת מחמש שישיות. השאלה שעמדה לדיון הייתה החלטת שר התקשורת להעניק, לראשונה, היתר לשירותי pay per view (הקרנת סרטים בהזמנה אישית של המנוי) באמצעות רשתות הטלוויזיה בכבלים. לאחר בחינת אפשרויות אחדות שעמדו על הפרק, החליט שר התקשורת להעניק את הרישיון לזכייני הכבלים עצמם, ולא לגורמים אחרים שהתחרו על הרישיון. פסק-דינו של הנשיא ברק, אשר אישר את ההחלטה, בחן אותה במסגרת השיקולים המנהליים הרגילים שרשות שלטונית מחויבת בהם אגב הענקת היתר לשירותים כאמור מכוח חוק התקשורת. זאת, תוך התעלמות מן

שאלות דומות מתעוררות לגבי התפתחויות תקשורתיות וטכנולוגיות המאפשרות שימוש בתשתיות הטלוויזיה הרב-ערוצית - כבלים ולוויין כאחד - לשם הספקת שירותי תוכן לצפייה יחידנית של מנוי (video on demand – VOD)³³ ולגבי טלוויזיה אינטראקטיבית, המאפשרת רכישה פרטנית של תכנים. שתי דוגמות נוספות למשאבי ביטוי חדשים ומתפתחים בסביבה דיגיטלית הן מידע על-אודות קהלים, נמענים, דרכי הגישה אליהם ופרופיל הצריכה שלהם,³⁴ וכן טכנולוגיות חדשות, דוגמת תוכנות לשיתוף קבצים, אשר מהוות משאב ביטוי הן להפצת תכנים והן להשגתם על-ידי נמענים. בהמשך נחזור לשתי דוגמות אלה.

אם נפנה לרגע את מבטנו אל העבר הלא-רחוק, נמצא כי סוגיות הנוגעות בהקצאתם הראשונית של משאבי ביטוי התעוררו במלוא עוצמתן עם תחילת השימוש בספקטרום התדרים לשידורי רדיו, ומאוחר יותר לשידורי טלוויזיה.³⁵ במקרים מסוג זה נדרש המשפט

העובדה שבהענקה זו של ההיתר - בוודאי לנוכח העובדה שהיה זה היתר בלעדי - עיצב למעשה שר התקשורת הקצאה ראשונית של משאב ביטוי חדש. אילו עמדה שאלת הקצאתו הראשונית של אותו משאב ביטוי לנגד עיניו של בית-המשפט, ייתכן שהיה ניתן משקל רב יותר לצורך בהקצאה שוויונית ומבוזרת יותר של המשאב מאשר ריכוז השליטה בו בידי זכייניות הטלוויזיה בכבלים, אשר גם כך כבר ריכוזו בידן כמות ניכרת של משאבי ביטוי בלעדיים בתחום הטלוויזיה הרב-ערוצית.

33 ראו לעניין זה את השימוע שערכה המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, ב-10 במרס 2005, בעניין הגבלת הבעלות בהפקת שירותי VOD. שימוע זה בא לאחר שהמועצה אישרה לבעלי הרשיונות הכלליים לשידורי כבלים לספק שירותי תוכן לפי דרישה. במסגרת השימוע התמקדה המועצה בבקשה לקבלת עמדות לגבי ההגבלות שיש להטיל על מי שהינם הבעלים של חברות הפקה של שירותי VOD בכל הנוגע לבעלויות צולבות. שימוע זה הינו במידה רבה דוגמה פרדיגמטית להתעלמותו של הרגולטור מן הצורך להקדים ולנקוט עמדה לגבי אופן ההקצאה הראשונית של משאב ביטוי חדש אשר רק החל להיווצר ולהתהוות בעקבות התפתחויות טכנולוגיות, ובמקרה דנן - היכולת לעשות שימוש בתשתיות הכבלים לשם הספקת שירותי תוכן לפי דרישה (VOD). דומה כי השאלה הראשונה שהיה על המועצה להתמודד עימה היא כיצד יש לבצע את ההקצאה הראשונית של משאבי הביטוי הכרוכים ברבדים השונים של שירותי התוכן לפי דרישה. במסגרת ההתמודדות עם שאלה זו אין להניח, אפריורי, כי הקצאתם של משאבי ביטוי חדשים אלה חייבת להיגזר מן השליטה במשאב הביטוי הפיזי.

34 כפי שנראה להלן, עיקר חשיבותו של המידע, כמשאב ביטוי, מתעוררת כאשר מדובר באמצעי תקשורת הידודיים, המאפשרים הספקת תכנים ומוצרי תקשורת בהתאם להעברת מסרים דו-כיוונים מספק התוכן לנמען מסוים, תוך התאמת התכנים המסופקים לכל נמען ונמען לפי דרישותיו ומאפייניו. בסביבה תקשורתית כזו, מידע ונתונים על-אודות משתמשים הינם תנאי מקדמי למימושה של "זכות גישה" אפקטיבית לקהלי נמענים: פרטי הגישה לנמען, היכולת לזהות אותו ולפנות אליו, כמו-גם פרופיל הצריכה וההעדפות שלו - כל אלה הינם משאב ראשון במעלה לשם השגת גישה ותשומת-לב אפקטיבית של קהלי נמענים.

35 ראו לעניין זה את מאמרו המונומנטלי של Coase, אשר גרס כי הקצאת ספקטרום התדרים לשידורי רדיו צריכה להיעשות - כמו לגבי כל משאב נדיר אחר המצוי במחסור - על בסיס הפיכת הספקטרום למשאב קנייני אשר יוקצה באמצעות מכרז לכל המרבה במחיר, ולאחר-מכן יהיה ניתן לסיחור מיד ליד במסגרת מנגנון השוק החופשי: Ronald H. Coase "The Federal Communication Commission" 2 J. L. & Econ. 1 (1959). חשיבות מאמרו של Coase טמונה בעיקר בעובדה שהוא התייחס לספקטרום

לקבוע עמדה לגבי הקצאתם הראשונית של אותם משאבי ביטוי אשר קמו והתפתחו. צורך זה, יש להדגיש, עשוי להתקיים לא רק לגבי משאבי ביטוי המתאפיינים במרכיב בולט של נדירות פיזית, וכפועל יוצא מכך במרכיב של מחסור (כפי שהיה הדבר, עד לאחרונה, לגבי ספקטרום התדרים האלקטרומגנטי).³⁶ כפי שנראה להלן, צורך זה עשוי להתקיים בהכרעה גם לגבי משאבי ביטוי שאינם מתאפיינים במרכיב מודגש של נדירות פיזית, כגון מידע (מופשט) על-אודות קהלים ונמענים או טכנולוגיות המהוות בסיס למשאבי ביטוי ברובד ההפצה והגישה לתשומת-לב של קהל.

חשוב להדגיש שוב כי במקרים רבים השאלה העומדת לדיון בהקשר של משאבי ביטוי היא סוגיית הקצאתו הראשונית של המשאב, להבדיל משאלות הנוגעות ב"חלוקה מחדש" של זכויות קיימות במשאבי ביטוי. עובדה זו מלמדת על קיומם של "רגעים מכוננים", שבהם משאב הביטוי רק החל להופיע ולקבל ממשות בעקבות התפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות. זהו שלב שבו טרם הושגה "חוקה ראשונה", ממשית ורעיונית, וטרם התגבשה הקצאת זכויות – קנייניות, חוזיות ואחרות – במשאב הביטוי. זה צומת-דרכים המאפשר ליישם קשת של שיקולי מדיניות ביחס להקצאתו הראשונית של משאב הביטוי עוד בטרם התגבשו אינטרסים פרטיים מוגנים – כאלה אשר בחלוף זמן קצר ילבשו כסות של זכויות קניין,³⁷ ולעיתים גם כסות של זכות לחופש ביטוי,³⁸ הנתונות בידי מי שעתיד לרכוש בקרוב את זכות השליטה במשאב הביטוי.³⁹ ניתן להדגים זאת על-ידי השוואה בין המדיניות הצופה פני עתיד בדבר הפרדה בין השליטה ברובד התשתיות לבין השליטה ברובד התוכן בתחום האינטרנט המהיר (כפי שהוחלה בישראל לגבי תשתיות תקשורת נייחות של אינטרנט מהיר) לבין התפתחותו של ענף הטלוויזיה הרב-ערוצית בכבלים

התדרים כאל משאב נדיר שיש לקבוע עמדה ביחס לאופן ולמתכונת של הקצאתו הראשונית. בכך ביקר Coase את העמדה הנוהגת, התומכת בניפוס שלטוני של ספקטרום התדרים האלקטרומגנטי, ולאחר-מכן הקצאתו, באמצעות משטר של רשיונות שלטוניים, למספר מוגבל של גורמים המשמשים "נאמנים של הציבור". אולם לענייננו, חשיבות מאמרו של Coase טמונה בפיתוח התובנה שקיימות כמה דרכים חלופיות להקצאה ראשונית של זכויות (entitlements) במשאבי ביטוי: אחת מהן היא יצירת כסות קניינית, ובהמשך לכך סיחור במשאב באמצעות מנגנון החליפין של השוק החופשי; דרך אחרת היא ניפוס שלטוני של המשאב, ולאחר-מכן הקניית זכויות שימוש בו בהתאם לרשיונות שלטוניים, על משטר הפיקוח שנלווה אליה.

36 ראו לעניין זה את האמור לעיל בהערות 57–59 ובטקסט הסמוך להן.

37 ראו לעניין זה את "תורת הזכאות" (entitlement theory) של Nozick, לעיל הערה 29, ואת עקרונות "הצדק ההיסטורי" ברכישה מקורית ובהעברה של משאב המצוי בעלות פרטית.

38 בעשור האחרון הולכת וגוברת הנטייה של תאגידי תקשורת להתנגד להסדרה של פעילותם, אפילו בהתייחס להסדרת רוחב מהסוג של הגבלת ריכוזיות וכללי בעלות צולבת, בטענה כי מדובר במהלכים שיש בהם משום פגיעה בזכות לחופש ביטוי של תאגיד התקשורת כדובר. התנגדות זאת אף זוכה לעיתים בגיבוי של בתי-המשפט. לסקירת מגמה זו של הפסיקה ולביקורת עליה, ראו: C. Edwin Baker "Media Concentration: Giving Up on Democracy" 54 *Florida L. Rev.* (2002) 839, 843–855.

39 ראו גם גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא (תשס"א), 895–964, 970.

בארצות-הברית, שלגביו רק בשלב מאוחר יחסית נחקקו הוראות "Must Carry", בדבר החובה לשאת על-גבי תשתיות התקשורת של רשתות הכבלים גם ערוצי שידור חינוכיים וציבוריים.⁴⁰

קודם לכן עמדנו על האופן שבו אימצה ישראל את העיקרון של "ניטרליות רשת" (network neutrality), האוסר על מפעילי רשתות תקשורת ועל ספקי גישה לרשת האינטרנט לקבוע הגבלות טכנולוגיות ו/או להתקשר בהסכמי בלעדיות המגבילים את יכולת השימוש בתשתיות התקשורת של הרשת.⁴¹ במצב-דברים זה, סיווגם הצופה פני עתיד של מפעילי רשתות התקשורת וספקי שירותי הגישה כ"מקשרים" - ספקי תשתיות הולכה (common carriers) - הפחית במידה ניכרת ממעמדם הפוטנציאלי כדוברים, המפעילים שיקול-דעת עריכתי, ולפיכך כמי שנהנים מהגנת הזכות לחופש ביטוי. כמו-כן, אם נבחן את האינטרסים הקנייניים של ספקי שירותי הגישה ומפעילי תשתיות התקשורת, נגלה כי מלכתחילה אינטרס הציפייה שלהם תחום וגדור להפעלתה של רשת תקשורת "ניטרלית" החייבת במתן זכות גישה שווה לכולי עלמא.⁴²

לעומת זה, במקרה השני, הזכויות להפעלת רשתות כבלים לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית בארצות-הברית ניתנו מלכתחילה מבלי להפריד בין השליטה ברובד התשתיות הפיזיות (רובד ההולכה) לבין השליטה ברובד התוכני. ברוב ההקשרים, משאבי הביטוי בשני הרבדים הוענקו באופן בלעדי לבעל הזכויות. בהקצאה ראשונית זו של משאבי הביטוי היה כדי לגבש אינטרסים מוגנים. זאת, הן בהתייחס לזכות לחופש ביטוי של זכייני הכבלים, אשר בשל שליטתם ברובד התוכני אכן הפעילו שיקול-דעת עריכתי לגבי

40 ראו לעניין זה את פסקי-הדין בפרשות: *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC* 512 U.S. 622 (1994); *Turner Broad. Sys., Inc. v. FCC* 520 U.S. 180 (1997) (hereinafter: *Turner II*).

41 כמפורט להלן, בפועל מדובר במתכונת של הקצאת משאבי ביטוי שאכנה "ניכוס שלטוני" של משאב הביטוי לצורך הפרטה חלקית שלו. על-פי מתכונת זו, בשלב הראשון המדינה מנסה לעצמה את משאב הביטוי על-ידי קביעת כלל שלטוני המחייב קבלת רישיון לשם עשיית שימוש במשאב הביטוי (במקרה הנידון - רישיון בוק כללי או מיוחד). לאחר-מכן, בשלב השני, המדינה מקצה את משאב הביטוי באמצעות הענקת רישיונות המתירים עשיית שימוש במשאב הביטוי תוך התנאותם בתנאים. בהקשר של רשת האינטרנט, כמפורט לעיל בהערה 20, רישיונות הבוק הכלליים שניתנו למפעילי תשתיות התקשורת הארציות כוללים הוראה בדבר חובת קישור-גומלין של כל ספק של שירותי גישה לרשת האינטרנט המבקש לפעול באמצעות תשתיות התקשורת הארציות; ואילו הרישיונות המיוחדים שניתנו לספקי שירותי הגישה לרשת האינטרנט כוללים הוראה בדבר החובה לספק שירותי גישה הידודיים לכל מפעיל אתר אינטרנט ומשתמש-קצה באשר הם. בהקשר זה, כפעילות החבה ברישיון, זכות הקניין של מפעילי תשתיות התקשורת וספקי שירותי הגישה צפויה להיגזר ממעמדן הקנייני של זכויות בעלות ערך כלכלי שמקורן ברשויות השלטון, כגון רישיונות וזכויות. ראו באופן כללי: Charles A. Reich "The New Property" 73 *Yale L.J.* (1964). אולם באופן כללי יותר, האמור בטקסט נכון גם לגבי זכויות קניין במשאבי ביטוי אשר אינן כרוכות במתכונת של הענקת רישיון שלטוני. לדוגמה, כאשר משך קיומה של זכות משדרים נקבע מראש לפרק-זמן של עשרים וחמש שנה מיום השידור המקורי (ראו סעיף 10א לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984), עובדה זו מגבשת את היקף זכות הקניין הנתונה בידי בעל זכות המשדרים כמו-גם את אינטרס הציפייה שלו.

התכנים המשודרים, והן בהתייחס לאינטרסים הקנייניים של זכייני הכבלים, אשר התגבשו על רקע ציפיותם של הזכיינים לשלוט בדרכי השימוש והניצול של רובד ההולכה ושל הרובד התוכני. על רקע זה, כאשר חקיקה מאוחרת יותר הייבה את זכייני הכבלים לשאת על-גבי תשתיות התקשורת שלהם תחנות שידור חינוכיות וציבוריות, הותקפה חקיקה זו בטענה כי היא פוגעת בזכות לחופש ביטוי של זכייני הכבלים.⁴³ בית-המשפט העליון האמריקני דחה אומנם את הטענה לגופו של מקרה, אולם תמך בעמדה העקרונית שלפיה הוראות ה-"Must Carry" טומנות בחובן פגיעה בשיקול-הדעת העריכתי ובזכות לחופש ביטוי של רשתות הכבלים, ומשום כך חוקתיותן מותנית בקיום דרישה של מידתיות ובקימו של אינטרס ממשלתי ממשי המצדיק פגיעה כאמור.⁴⁴ עמדתו העקרונית של בית-המשפט הייתה כי כל ניסיון לצמצם (בדיעבד) את כוח השליטה של רשתות הכבלים בדרכי הניצול והשימוש של תשתיות התקשורת המצויות בבעלותן צפוי לעורר טענה בת-תוקף של פגיעה בזכותן לחופש ביטוי.

כאשר משווים בין שני המקרים, נראה כי במישור המהותי אין ביניהם שוני חד וברור, זולת העובדה שבכל אחד מהמקרים ננקט כלל הקצאה ראשונית שונה. ודוק: מרכיב מסוים של נדירות פיזית קיים לא רק לגבי רשתות הכבלים, שהקיבולת שלהן עומדת על כמה מאות ערוצים, אלא גם לגבי רשת האינטרנט, אשר מפעיליה נדרשים לרכוש ולהשקיע משאבים ברוחב הפס המצוי ברשתותם ובניצול יעיל שלו. בה-במידה, בדיוק כמו מפעילי רשתות הכבלים, גם מפעילי תשתיות התקשורת וספקי שירותי הגישה לאינטרנט המהיר עשויים להיות מעוניינים בחבישת אותן כובע נוסף – ובלעדי – של "ספקי תוכן" המפעילים שיקול-דעת עריכתי לגבי היצע התכנים המסופקים על-ידיהם.⁴⁵ ההבדל המרכזי בין שני המקרים הוא בעמדה שנקט המשפט באותו רגע מכונן שבו הוקצה משאב הביטוי לראשונה: בעוד שלגבי רשתות הכבלים ותוכני הטלוויזיה הרב-ערוצית נטה המשפט לעמדה שאינה מפרידה בין שליטה במשאב הביטוי המצוי ברובד ההולכה לבין שליטה (נגזרת) ברובד התוכני, לגבי רשת האינטרנט הוא נקט עמדה שונה, שלפיה השליטה ברובד ההולכה מוקצית באמצעות רישיון שלטוני, ואילו השימוש ברובד ההולכה, לשם הספקה וצריכה של תכנים, פתוח לכלל הציבור הרחב. מודעות לשלב ההקצאה הראשונית של משאב ביטוי ולקיומם של "רגעים מכוננים",

43 ראו את פסקי-הדין המוזכרים לעיל בהערה 40.

44 ראו את מבחן ה-"intermediate scrutiny" אשר גובש בפסקי-הדין: *Turner II, supra note* 40.

45 גישה כזו אומצה, לדוגמה, על-ידי AOL – אחד מספקי הגישה המרכזיים לרשת האינטרנט בארצות-הברית. ראו: Benkler, *supra note* 3, at pp. 574–575. דוגמה נוספת נלמדת מסעיף 4.1(ד) למסמך "מדיניות רישוי שירותי אינטרנט" של משרד התקשורת, לעיל הערה 20, אשר קובע כי "בעל רישיון כללי לא יתנה חיבור מקבל שרות שלו לאינטרנט במעבר דרך 'פורטל על', או מסך בחירה הכולל פרסומת לרבות פרסומת עצמית או מידע על בעל הרישיון הכללי וכיוצ"ב". סעיף זה מלמד על דרך אחת שבה לצד מתן האפשרות למשתמש-הקצה לגשת אל כלל אתרי האינטרנט הקיימים, ספק תשתיות התקשורת עשוי עדיין לחבוש כובע נוסף של ספק תוכן, וזאת תוך ניסיון לתת עדיפות לתכניו. אולם עמדת משרד התקשורת הייתה כי הדבר אינו רצוי, וכי יש להקפיד על הפרדה בין השליטה בתשתיות ההולכה לבין הפעילות ברובד התוכני.

שבהם מתגבשת הקצאה כאמור, מחדדת אפוא הן את הצורך להציב יעדי מדיניות לגבי אופן הקצאתם הראוי של משאבי ביטוי והן את חשיבות השגתם של יעדים אלה. אכן, גם יישום של מדיניות מכוונת צופה פני עתיד לא יימלט מן הצורך לקבל "הכרעות קשות" בבחירה בין אפשרויות שונות להקצאתם של משאבי ביטוי.⁴⁶ אולם נקודת-זמן זו מאפשרת גמישות ואפשרויות נידר רבות במידה ניכרת מאלה הקיימות בשלב שבו כבר הוקצו זכויות קנייניות במשאב הביטוי, בין במישרין ובין בעקיפין, ועל אחת כמה וכמה אם אותו משאב כבר נהפך לעוגן שבאמצעותו בעליו הנוכחי מממש ומוציא לפועל את זכותו לחופש ביטוי. כאמור, הזכות לחופש ביטוי ממומשת, ולמעשה גם מתגבשת, באמצעות משאבי ביטוי. על-כן, משיושמה מתכונת הקצאה מסוימת של משאבי ביטוי, כל ניסיון לשנותה בדיעבד טומן בחובו צורך להתמודד עם טענה של פגיעה בזכות לחופש ביטוי, שאכן התגבשה כבר והתעצבה סביב אותו משאב.⁴⁷

להכרה באותו רגע מכוון שבו מתרחש תהליך ה"הענקה" של משאב הביטוי עשויות להיות השלכות נוספות. מודעות לנקודת-זמן זו עשויה להשליך ולהקריין גם על מהלכים מאוחרים יותר אשר נחזים כנטילה קניינית וכפגיעה בזכות לחופש ביטוי של מוטב ההענקה הראשונית. כך, אם נתוויר לדוגמה של הוראות ה"Must Carry", כפי שהותקנו בשלב מאוחר יחסית במסגרת החקיקה האמריקנית, ניתן להציע את נקודת-הראות הבאה: הוראות אלה ניתנות לבחינה לא רק כפגיעה בזכות לחופש ביטוי של רשת הטלוויזיה הרב-ערוצית, אלא גם כמהלך לתיקון הקצאה לא-שוויונית ולא-ראויה של השליטה בתשתיות הכבלים כמשאב ביטוי.⁴⁸ במובן זה, זווית-ראייה השמה דגש בתהליך הקצאתם הראשונית של משאבי ביטוי משליכה גם על האופן שבו יש לבחון מהלכים מאוחרים יותר הנוגעים ב"חלוקה מחדש" של אותם משאבים ובהרחבת מעגל המוטבים הרשאים לעשות בהם שימוש. זווית-ראייה כזו עשויה, במקרים מסוימים לפחות, לשפוך אור שונה על מה שעשוי להיתפס על פניו כצעד בעל אופי של נטילה קניינית ופגיעה בזכות לחופש ביטוי של מי שכבר מחזיקים במשאב הביטוי.

46 ראו את הדיון בחלק ב להלן.

47 טלו, לדוגמה, את סעיף 6 לד חוק התקשורת, המאפשר למועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין לחייב בעל רישיון כללי לשידורי כבלים להקצות עד שישיית מקיבולת השידורים שלו להעברת שידוריהם של גופים אחרים אשר קיבלו רישיון מיוחד לשידורי כבלים. הוראה זו נחקקה במסגרת השלב המכונן, שבו הוקצה לראשונה משאב הביטוי העוסק ביכולת השימוש בתשתיות הכבלים לשם שידורי טלוויזיה רב-ערוצית. משום כך, הוראה זו אינה נתפסת כמעוררת פגיעה ממשית בזכות הקניין ו/או בזכות לחופש ביטוי של זכייני הטלוויזיה הרב-ערוצית בכבלים. דומה כי מצב-הדברים היה שונה אילו בשלב ההקצאה הראשונית לא היה חוק התקשורת כולל את הוראת סעיף 6 לד, ובשלב מאוחר יותר היה המחוקק מבקש להוסיף הוראה המאפשרת לו להעניק רישיונות ייעודיים לגבי שישיית מקיבולת השידורים.

48 פגיעה כזו אכן תיתכן. איני מתעלם מכך שמצבים מסוג זה חייבים להיבחן גם על רקע החשש לניצול לרעה של סמכויות שלטוניות והטלת הגבלות לא-ראויות על הזכות לחופש ביטוי של רשתות הכבלים, והכל תחת מעטה של "קידום יעדים חלוקתיים בתחום הביטוי". אולם הנקודה היא שבדיוק באותה מידה ייתכן שגם תהליך ההקצאה הראשונית של משאב הביטוי היה תוצר של לחץ מצד קבוצות-אינטרסים פוליטיות וכלכליות (ראו גם להלן את הטקסט הסמוך להערה 132).

3. משאבי ביטוי כמשאבים דינמיים

תכונה נוספת של משאבי ביטוי מתייחסת למרכיב הדינמיות המאפיין אותם, וזאת בשני היבטים מרכזיים. הראשון, שעליו כבר עמדנו, מתייחס לכך שהתפתחויות תקשורתיות וטכנולוגיות נוטות להצמיח משאבי ביטוי חדשים, והדין צריך לנקוט עמדה ביחס לאופן הקצאתם.⁴⁹ היבט שני של תכונת הדינמיות מתייחס לכך שהתפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות עשויות להוליד צורך בבחינה חוזרת של כללי הקצאה קיימים ביחס למשאבי ביטוי, ואולי אף דרישה לכך. במקרים מסוימים עשויה לעלות דרישה לכיול, לריכוך ולהגדרה מחודשת – מצרה יותר – של היקפן ותוכנן של הזכויות הקנייניות במשאבי הביטוי. במקרים אחרים, לעומת זה, עשויה לעלות דרישה לריכוך ומיתון של ההגבלות והחובות המוטלות על מי שמחזיקים בשליטתם משאבי ביטוי. שני ההקשרים טעונים פירוט והדגמה.

ההקשר הראשון מתמקד בנסיבות שבהן הצורך בהחלת משטר קנייני לגבי משאבי ביטוי מסוימים או ההצדקה להחלה כזו עשויים לפחות עקב שינויים טכנולוגיים ותקשורתיים, ואילו המשך הכפפתו של משאב הביטוי לאותו משטר קנייני צפוי להיות כרוך בפגיעה בלתי־מוצדקת בתכליות המונחות בבסיסו של עקרון חופש הביטוי. תחום אחד שבו היבט דינמי זה של משאבי הביטוי מובלט הוא מעמדה של זכויות יוצרים בסביבה דיגיטלית. ככל שהדברים נוגעים בזווית־הראייה של עקרון חופש הביטוי, הצידוק המרכזי להכרה בזכות יוצרים מצוי בצורך להעניק תמריץ כלכלי להשקעת משאבים ביצירה, בהפקה ובהפצה של יצירות וביטויים מופשטים.⁵⁰ זכות היוצרים נתפסת כאמצעי הסדרה לפתרון כשל השוק הנובע מתכונות הטובין הציבוריים שיצירות וביטויים מופשטים מתאפיינים בהן. בד בבד, מעצם היותה זכות קניין רוחני ביצירות וביטויים – משאבי ביטוי אשר מכוננים את רובד התוכן – מתלווה לזכות היוצרים פגיעה פוטנציאלית בחופש הביטוי של כל מי שמבקשים גישה לאותם משאבי ביטוי וזכות שימוש בהם.⁵¹ אחד המאפיינים של סביבה דיגיטלית בכלל, ושל רשת האינטרנט בפרט, הוא פיתוח ניכר בעלויות הנדרשות לשם הפקת מוצרי־תוכן בתחום המוזיקה, הפצתם ומכירתם.⁵² על

49 לגבי היבט זה ראו גם חלק ב להלן.

50 מעבר לכך קיימים כמובן גם צידוקים נוספים לזכות היוצרים, אשר מתמקדים באינטרסים הפרטיים של בעל זכות היוצרים, כגון צידוקים המבוססים על טיעונים של צדק, הגינות וגמול. ראו גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (תשס"א) 359.

51 לדיון בנושא זה ראו: Melville B. Nimmer "Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?" 17 *UCLA L. Rev.* (1970) 1180; Goldstein, *supra* note 13; Robert C. Denicola "Copyright and Free Speech: Constitutional Limitations on the Protection of Expression" 67 *Cal. L. Rev.* (1979) 283; Neil Weinstock Netanel "Copyright and a Democratic Civil Society" 106 *Yale L.J.* (1996) 283; Michael D. Birnhack "The Copyright Law and Free Speech Affair: Making-up and Breaking-up" 43 *Idea* (2003) 233

52 לרשת האינטרנט יש חמישה מאפיינים מרכזיים רלוונטיים בהקשר זה: (1) הקלות הגוברת והעלות הפוחתת של הנגישות לתכנים והאפשרות להעתיקם; (2) הקלות הגוברת והעלות

רקע התפתחות זו הציגו כותבים אחדים, דוגמת Ku ו-Lunney⁵³, את הטיעון הבא: בעוד שבעבר נדרשה הגנת זכות היוצרים כדי להעניק תמריץ כלכלי הן לפעילות היצירה הראשונית והן לשלבים המאוחרים יותר של הפקת מוצר-התוכן המוגמר והפצת עותקים ממנו (למשל, ייצור תקליטים והפצתם ברחבי העולם), כיום מצביה-הדברים שונה. כעת, הגנת זכות היוצרים והתמריץ הכרוך בה נדרשים בעיקר בהתייחס לשלב של תהליך היצירה הראשוני על-ידי מחברי היצירה.⁵⁴ זאת, עקב הפיחות הניכר בעלויות הכרוכות בהפקתם ובהפצתם של עותקים דיגיטליים, לרבות באמצעות פלטפורמות תקשורת מסוג של תוכנות לשיתוף קבצים.⁵⁵ טענתם הנגזרת של Ku ושל Lunney היא כי לפחות בהקשרים מסוימים, התפתחויות אלה מצדיקות - ואפילו מחייבות - כיוול מחודש של היקף ההגנה של זכות היוצרים, וצמצומה רק לאותם סוגי פעילות שלגביהם ההגנה אכן נדרשת כדי להבטיח קיומו של תמריץ כלכלי לפעילות בתחום הביטוי.

דוגמה נוספת להיבט דינמי זה של משאבי הביטוי מצויה בסימני השאלה סביב ההצדקה להמשיך לדבוק בגישה הרווחת לניהול הספקטרום האלקטרומגנטי של תדרי שידור. גישה זו דוגלת כאמור בניפוס הספקטרום על-ידי המדינה, ולאחר-מכן הקצאת משאב הביטוי - קרי, זכויות השימוש בספקטרום - באמצעות מתן רישיונות שלטוניים. ההצדקה המסורתית למתכונת פעולה זו התמקדה בעובדה שהספקטרום האלקטרומגנטי הינו משאב פיזי המצוי במחסור, ושמשום כך נדרשו מעורבות והסדרה שלטונית בהקצאת המשאב.⁵⁶ אפשרות אחרת שהועלתה בספרות, ואשר בהקשרים מסוימים אף מומשה בפועל, היא הפיכת מקטעים מן הספקטרום למשאב קנייני, המוקצה לכל המרבה במחיר ואף ניתן לסיחור.⁵⁷ לאחרונה הועלו טיעונים שעל-פיהם התפתחויות טכנולוגיות מאפשרות ניצול וניהול

הפוחתת של האפשרויות להפיץ תכנים ולהנגישם לציבור; (3) הקלות הגוברת והעלות הפוחתת של האפשרויות לשלב תכנים קיימים כחלק ממעשי ביטוי נוספים ובמסגרתם; (4) הקלות הגוברת והעלות הפוחתת של אפשרויות האחסון, השימור והאחזור של תכנים; (5) לבסוף, ואולי בראש ובראשונה, המעבר מתקשורת-המונים הדיכוונית (דובר-במה - קהל נמענים) לתקשורת "קצה אל קצה" (end to end) הידודית. לסקירה ודיון ראו: Elkin-Koren, *supra* note 5, at pp. 235-267.

ראו: Raymond Shin Ray Ku "The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology" 69 *U. Chi. L. Rev.* (2002) 263; Glynn S. Lunney "The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act" 87 *Va. L. Rev.* (2001) 813

וגם זאת רק לגבי אותם מקרים שבהם המחבר אינו מונע על-ידי תמריצים מסוג אחר, כגון רצון בהכרה אומנותית, דחף יצירתי וכדומה.

ראו גם באופן כללי: Lawrence Lessig *Free Culture - How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity* (New York, 2004).

ראו, למשל, בג"צ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 654-655 (להלן: עניין אורון), שבו עמד השופט אור על אופיו של הספקטרום האלקטרומגנטי כמשאב ביטוי המצוי במחסור, וכפועל יוצא מכך, על התפקיד שהמדינה ממלאת על-ידי ניפוס המשאב לשליטתה הבלעדית, ולאחר-מכן הקצאתו כפוף למתחייב מעקרון חופש הביטוי.

ראו: Coase, *supra* note 35. בהקשרים מסוימים זה הדין הנהוג כיום בארצות-הברית. ראו: Service Rules for the 746-764 and 776-794 MHz Bands, 15 F.C.C.R. 476, P 2 (2000). ראו גם:

יעילים וחכמים יותר של הספקטרום האלקטרומגנטי, וכפועל יוצא מכך, גידול ניכר בקיבולת הנתונים והתכנים שניתן להעביר בו־זמנית. מצב־דברים זה צפוי לאפשר, לפחות במקטעים מסוימים, ניהול יעיל של הספקטרום ללא צורך במשטר של רשיונות ו/או הקניית זכויות קנייניות.⁵⁸ גם בהקשר זה, הדינמיות והיכולות המשתנות של משאב הביטוי (במקרה הנידון – ספקטרום התדרים) עשויות להצדיק בחינה חוזרת של עמדת המשפט כלפי אופן הקצאת הזכויות במשאב וכלפי תהליך הקצאתו. זאת, תוך שקילת האפשרות לוותר על המשטר ההסדרתי ו/או המשטר הקנייני אשר בעבר ייתכן שהייתה להם הצדקה.

ההיבט הדינמי השני של משאבי ביטוי מתייחס לכך שהתפתחויות תקשורתיות וטכנולוגיות עשויות להצדיק גם ריכוך ומיתון של הגבלות וחובות המוטלות על מי שמחזיקים בשליטתם משאבי ביטוי. כך, למשל, לגבי חוקי ה־"Must Carry", שנזכרו קודם לכן, בקשר לחובה המוטלת על רשתות הכבלים לשאת ערוצי שידור חינוכיים וערוצי שידור ציבוריים: כללים אלה נקבעו על־סמך הנחת־העבודה שהפלטפורמה של שידורי הטלוויזיה הרב־ערוצית הינה האפיק המרכזי המאפשר חשיפה ונגישות של הציבור לתכנים מסוג זה. לא מן הנמנע שכתוצאה מהתפתחותן של יכולות טכנולוגיות להעביר קובצי וידיאו באיכות טובה באמצעות האינטרנט המהיר, ו/או מה שנהוג לכנות IPTV (Internet Protocol Television), יהיו בנמצא אפיקים נוספים שיאפשרו חשיפה של הציבור לתכנים מהסוג האמור. כפועל יוצא מריבוי פלטפורמות התעבורה של תכנים אלה, הצורך בחיוב גופי שידור רב־ערוציים לשאת אותם תכנים עשוי לפחות. באופן דומה, הצידוק לדוקטרינת ההגינות, כפי שגובשה בעידן של קומץ אמצעי תקשורת אלקטרוניים, עשוי להתייטר – או למצער להתגמש – בסביבה רב־ערוצית.⁵⁹

Encouraging the Development of Secondary Markets, 15 F.C.C.R. 24, 178, P 20 (2000).

58 ראו את המקורות המוזכרים לעיל בהערה 22, וכן: Yochai Benkler "Some Economics of Wireless Communications" 16 *Harv. J. L. & Tech.* (2002) 25. לביקורת על העמדה המוצגת בטקסט ראו: Stuart Minor Benjamin "Spectrum Abundance and the Choice between Private and Public Control" 78 *N.Y.U. L. Rev.* (2003) 2007.

59 דוקטרינה זו אכן בוטלה בארצות־הברית בשנת 1989. ראו לעניין זה: *In re Syracuse Peace Council v. Television Station WTVH* 2 F.C.C. Rcd. 5043 (1987); *Syracuse Peace Council v. FCC* 867 F.2d 654 (D.C. Cir. 1989), cert. denied, 493 U.S. 1019 (1990). על־פי דוקטרינת ההגינות, גורם שמשדר 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 לקבוצה שמוקפים או שנמתחת עליהם ביקורת בשידור. למעמדן של דוקטרינת ההגינות ושל זכות הגישה בדין הישראלי ראו סעיף 4 לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, ס"ח 451, 106; סעיף 47 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו; סעיפים 10–11 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987, ק"ת 5064, 138; בשג"צ 146/89 אלדורי נ' רשות השידור, פ"ד מד(1) 798, 800–801; בג"צ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529; בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 365; בג"צ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לז(1) 757. ראו גם דפנה ברק־ארו "חופש הגישה לאמצעי־התקשורת – איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש ביטוי" עיוני משפט יב (התשמ"ז) 183.

דוגמה נוספת להשלכותיו של ההיבט הדינמי השני עשויה להימצא בנושא של הטלת הגבלות על ריפוזיות ובעלויות צולבות בתחום התקשורת המשודרת והכתובה.⁶⁰ נהוג לסבור כי הטלת הגבלות על אחזקות צולבות נועדה בעיקרה לקדם שוק תקשורת מבוזר, על יתרונותיו וחשיבותו, כתנאי הכרחי למימוש התכליות הדמוקרטיות של הופש הביטוי - גיוון וריבוי של דעות, נטרול מרבי של מעורבות שלטונית בתחום התקשורת ורצון לצמצם את מידת ההשפעה והשליטה של בעלי אינטרסים כלכליים ובעלי הון על סדר-היום הציבורי באמצעות שליטתם באמצעי תקשורת. מעבר לכך, הטלת הגבלות על אחזקות צולבות בתחום התקשורת מקדמת גם יעד חלוקתי, והוא מניעת פערים קיצוניים באופן הקצאתם של משאבי ביטוי. אולם גם בהתייחס למטרות חשובות אלה, משטר משפטי קיים אשר אוסר אחזקות צולבות וקובע הגבלות ביחס לריפוזיות מבוסס על צילום תמונת-מצב של מפת התקשורת כפי שהתהוותה בנקודת-זמן מסוימת - למשל, מפת תקשורת המבוססת בעיקרה על אמצעי תקשורת כתובה ואמצעי תקשורת משודרת. לפיכך לא מן הנמנע כי עם התפתחותם של אמצעי תקשורת נוספים הנגישים לקשת רחבה של דוברים, יוצרים וקהלים, דוגמת רשת האינטרנט והתקשורת הסלולרית, יפחת הצורך - ועימו גם ההצדקה - להגבלות בנוגע לריפוזיות ולבעלויות הצולבות כפי שהתגבשו בסביבה תקשורתית מוקדמת יותר.⁶¹

יסוד הדינמיות של משאבי ביטוי מלמד אפוא על הצורך בקיום תהליך מתמיד של בחינה חוזרת לגבי כללי ההקצאה הקיימים ביחס למשאבי ביטוי ולגבי המשטר המשפטי החל עליהם. בהקשרים מסוימים הדבר עשוי להפחית ממערך החובות וההגבלות המוטלות על בעליהם של משאבי ביטוי, ואילו בהקשרים אחרים הדבר עשוי להפחית מן הצורך וההצדקה לכסות הקניינית של משאבי ביטוי. מכל מקום, מסקנה כללית אחת הנובעת מן האופי הדינמי של משאבי ביטוי היא שיש להיזהר מגזרה שווה שלפיה המשטר המשפטי החל על משאבי הביטוי הקיימים ישים ורלוונטי גם לגבי משאבי ביטוי חדשים אשר צומחים ומתפתחים.

4. מינוף של משאבי ביטוי

מאפיין נוסף של משאבי ביטוי הוא העובדה ששליטה במשאב ביטוי ברובד אחד מאפשרת לבעליו במקרים לא-מעטים למנף את שליטתו למשאבי ביטוי נוספים. "שרשרת-המוזון" בתחום הביטוי והתקשורת מורכבת מכמה רבדים אשר מונחים זה על-גבי

60 לניתוח ביקורתי של ההגבלות המוטלות על אחזקות צולבות בתחום התקשורת, במסגרת הדין הישראלי, ראו ירון אזרחי, זוהר גושן ושמאל לשם בעלות צולבת - שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי: היבטים כלכליים ומשפטיים והשלכותיהם על הדמוקרטיה הישראלית (2003).

61 עם זאת, כמובן, התנאי לכך הוא שתהליך ההקצאה הראשונית של משאבי הביטוי, בהתייחס לאותם אמצעי תקשורת חדשים נוספים, יהיה כזה שמפחית פערים חלוקתיים, ולא תהליך המרכז את השליטה באותם משאבי ביטוי חדשים ומתפתחים בידי מי שכבר שולטים בחלק ניכר ממשאבי הביטוי באמצעי התקשורת הקיימים.

זה ומחברים בין היוצר ו/או הדובר המקוריים לבין קהל הנמענים – החל ברובד התוכני, המשך ברובד התשתיות הפיזיות-הלוגיות וכלה ברובד ההפצה. שליטה ריכוזית במשאבי ביטוי המצויים באחד הרבדים, ובפרט ברובד של תשתיות ההולכה והגישה לתשומת-לב אפקטיבית של קהל, נוטה להוביל לשליטה נגזרת במשאבי ביטוי המצויים ברבדים נוספים, ועל-ידי כך להעצים פערים חלוקתיים גם בהתייחס לאותם משאבי ביטוי נוספים. למשל, שליטה בתשתיות הולכה בתחום שידורי הטלוויזיה ו/או בתחום של הולכת תוכן באמצעות הטלפון הסלולרי צפויה למנף באופן ניכר את דרגת השליטה של הבעלים של תשתיות ההולכה גם ברובד התוכני המסופק באמצעות אותן תשתיות. דוגמה פרדיגמטית וקיצונית לכך מצויה בתקופה שבה הייתה רשות השידור מונופול שלטוני בתחום ההולכה של שידורי טלוויזיה. כפועל יוצא ממצב-דברים זה, שלטה רשות השידור, בין בכובעה כמפיק ובין בכובעה כמזמין וקניין של תוכניות, גם ברובד התוכני בתחום ההפקות הטלוויזיונית. גם כיום, כאשר קיימים כמה גופי שידור רב-ערוציים ומסחריים השולטים ברובד ההולכה של שידורי טלוויזיה, גופים אלה נהנים מדרגת שליטה ניכרת ברובד התוכני בתחום ההפקות הטלוויזיונית. זאת, בין בשל כוח השליטה הנתון בידם כ"שומרי-סף" השולטים באפיקי הגישה הטלוויזיוניים אל קהל הנמענים, ובין בשל העובדה שעיקר כוח הרכישה של תכנים טלוויזיוניים מרוכז בידי גופים אלה.⁶² פועל יוצא נוסף מכך הוא שבטווח הארוך אותם גופים צפויים לשלוט גם בזכויות היוצרים בחלקים ניכרים ממאגר התכנים הטלוויזיוניים שהופקו בארץ, וכתוצאה מכך לבצר את שליטתם במשאבי ביטוי המצויים ברובד התוכן.

ודוק, נסיבות כאמור של מינוף השליטה במשאבי ביטוי המצוי ברובד אחד, דוגמת רובד הגישה לתשומת-לב של קהל, לשם השגת שליטה במשאבי ביטוי המצויים ברובד אחר, דוגמת הרובד התוכני, אינן מתמצות אך ורק במקרים שבהם השליטה במשאבי הביטוי ברובד הראשון הינה תוצר של הענקה שלטונית (דוגמת רישיון ו/או זיכיון שלטוניים, הנושאים עימם מרכיב של בלעדיות, כפי שהדבר בתחום שידורי הטלוויזיה). פוטנציאל למינוף כזה קיים גם כאשר השליטה במשאבי הביטוי ברובד הראשון הינה תוצאה של מבנה שוק הנוטה לריכוזיות. עקב שורה של נימוקים – ביניהם היתרונות לגודל ולהיקף, העלויות הקבועות הניכרות, הסיכון וחוסר הוודאות הנלווים למוצרי תקשורת כ"מוצרי-התנסות" (experience goods) והתלות במפרסמים המדרבנת פנייה לקהלים רחבים – ענף התקשורת נוטה להתאפיין בדרגה גבוהה של ריכוזיות ובמספר מועט של "שחקנים".⁶³ מצב-דברים זה מוביל אף הוא לריכוזם של משאבי ביטוי חיוניים בידי קומץ קטן של גורמים, ושליטה כזו עשויה להתמנף אל עבר משאבי ביטוי המצויים ברבדים נוספים. לדוגמה, ענף העיתונות הכתובה נוטה למבנה שוק ריכוזי על רקע נימוקים מהסוג האמור לעיל. כפועל יוצא מכך, שליטה ריכוזית בתשומת-הלב של הקהל בתחום

62 ראו גם עניין די.בי.אס., לעיל הערה 4, פסקות 16-17 לפסק-הדין.

63 לפירוט הנימוקים השונים וסקירת הספרות בסוגיה זו ראו: Guy Pessach "Copyright Law as a Silencing Restriction on Noninfringing Materials: Unveiling the Scope of Copyright's Diversity Externalities" 76 S. Cal. L. Rev. (2003) 1067, 1087-1092.

העיתונות החדשותית צפויה להוביל לשליטה ריכוזית בתשומות הכרוכות בפונקציית הייצור של חדשות, ובפרט בכוח העבודה העוסק בתחום, שהינו משאב ביטוי העומד בפני עצמו.⁶⁴

ככלל, המשפט מספק כלים להתמודדות עם החשש ששליטה במשאבי ביטוי ברובד מסוים תשמש מנוף להשגת שליטה במשאבי ביטוי המצויים ברבדים נוספים, וכי כפועל יוצא מכך יתעצמו הפערים החלוקתיים בתחום הביטוי. דוגמה אחת לכלל כזה, שכבר הוזכרה, היא דרישה להפרדה בין השליטה בתשתיות ההולכה לבין הבעלות על התכנים המועברים באמצעות אותן תשתיות. דוגמה נוספת עשויה להימצא בהוראות חוק המחייבות גופי שידור להוציא חלק ניכר מן ההפקות הטלוויזיוניות שלהם לידי גופים חיצוניים.⁶⁵ חיוב כזה יש בו כדי למתן את דרגת השליטה של גוף השידור בתכנים המשודרים באמצעות תשתיות ההולכה שבשליטתו.

נקודה נוספת שטעונה הדגשה בהקשר זה מתייחסת לנסיבות שבהן מקורה של זליגת השליטה למשאבי ביטוי המצויים ברבדים נוספים הוא משאב ביטוי שהינו תוצר של הענקה שלטונית, דוגמת רישיון בתחום השידורים. במצב־דברים זה קיימת אפשרות שהתייחסותו של המשפט כלפי אותו משאב ביטוי נוסף, שנגזר ממשאב הביטוי הראשוני, תהיה כאל משאב כלכלי גרידא, הנשלט על־ידי זכות קניין פרטית של מקבל ההרשאה השלטונית, מבלי שיוחל לגבי אותו משאב ביטוי נגזר משטר נורמטיבי, דוגמת זה שהיה עשוי לחול לגבי משאב הביטוי הראשוני נושא הרישיון/הזיכיון השלטוני. טלו, לדוגמה, קטלוג של תכנים המוגנים על־ידי זכות יוצרים אשר נתון בידיו של גוף שידור הפועל מכוח רישיון שלטוני, ובכלל זה גם תכנים שהופקו מכוח חובת הפקות־מקור על־פי חוק. זהו משאב ביטוי רב־עוצמה ברובד התוכן. משאב ביטוי זה התגבש ונוצר בשל אותה הענקה שלטונית לגוף השידור שעניינה זכות שימוש ברובד של תשתיות ההולכה (התדרים האלקטרומגנטיים). אף־על־פי־כן, ככלל, מעמדו של קטלוג התכנים כמשאב ביטוי צפוי להיות מטופל מבעד למנסרה של דיני הקניין הרוחני, על־פי־רוב מתוך הנחת־מוצא כי לגוף השידור, כבעלים של זכויות הקניין הרוחני בקטלוג התכנים, נתון כוח ריבונות פרטי לגבי דרכי השימוש והניצול שלו. החשש המרכזי בהקשר זה הוא שזווית־ראייה זו, אשר יוצאת מתחום המשפט הפרטי, תמעט להעניק משקל לאותם פערים חלוקתיים נוספים ברובד התוכני. זאת, אף־על־פי שפערים אלה נוצרו עקב היכולת למגף את השליטה באותו משאב ביטוי ראשוני - הרובד של תשתיות ההולכה - שהינו תוצר של הענקה שלטונית.

64 ראו בעניין דומה, בתחום העיתונות הכלכלית, את נימוקיו של הממונה על ההגבלים העסקיים להתנגדותו למיזוג בין בראון־פישמן תקשורת בע"מ לבין ידיעות אחרונות בע"מ (מיום 20 באוקטובר 2002) (<http://www.etype.co.il/Anti1/Files/5546/>) [503009239.pdf].

65 ראו, למשל, את סעיפים 16 ו־16ג לחוק התקשורת. אולם גם בהקשר זה, ככל שזכויות היוצרים בתוכניות המופקות יהיו נתונות בידי גופי השידור המזמינים, ולא בידי המפיקים, צפויה בטווח הארוך שליטה ריכוזית של גופי השידור בזכויות הקניין הרוחני באותן תוכניות מופקות, דהיינו, ברובד התוכני הכולל את מאגר התכנים המקומיים אשר הופקו בתחום הטלוויזיה.

נתבונן, למשל, על ה"פ (ת"א) 601/96 מוגרבי נ' רשות השידור⁶⁶ – מקרה שבו דחה השופט קלינג בקשה של הבמאי אבי מוגרבי לקבל לשימושו חומרים מארכיון רשות השידור המתעדים את דיוניה של ועדת החקירה בעניין הטבח במערת המכפלה, לצורך סרט תיעודי שהוא ביקש להכין. באותו מקרה הכיר בית-המשפט, הלכה למעשה, בזכות היוצרים של רשות השידור כ"שרירות בעלים", המאפשרת לה לדרוש כל מחיר הנראה בעיניה בעבור "דקת שידור" מתוך החומרים. אולם בנקודה זו אי-אפשר להתעלם מכך שהזכויות באותו משאב תוכן הגיעו לידי רשות השידור אך ורק בשל היותה אחת מבין מספר מוגבל של גופי שידור שהדין מאפשר להם לעסוק בסיקור חדשותי שוטף.⁶⁷ בנקודה זו מתעוררת השאלה מה צריכות להיות ההשלכות של העובדה ששליטת רשות השידור – ובאופן דומה שליטתן של חברות החדשות של ערוץ 2 ושל ערוץ 10 – ברובד התכנים החדשניים הינה תוצר של הענקה שלטונית ייחודית ומוגבלת.

דוגמה נוספת עשויה להיות אותה התפתחות טכנולוגית, שכבר הוזכרה, המאפשרת להשתמש בתשתיות הכבלים לשם הספקת שירותי תוכן לצפייה יחידנית של מנוי – את תשתיות הכבלים. הטעם ההיסטורי לכך מצוי באותה הענקה שלטונית מקורית אשר הקנתה לזכיינים רישיון לשידורי טלוויזיה רב-ערוצית באמצעות תשתיות הכבלים. משהועמד לרשותם משאב ביטוי זה, יש לכאורה בידי זכייני הכבלים, כל עוד הדין לא הורה אחרת, יכולת למנף את שליטתם במשאב הביטוי האמור כדי להשיג שליטה בכל אותם משאבי ביטוי נוספים המבססים יכולת לספק שירותי VOD, החל בתשתיות הפיזיות וכלה במאגר המנויים העומד לרשותם.⁶⁸

לבסוף, דוגמה אחרונה מצויה במקרה שנידון לאחרונה לפני בית-המשפט המחוזי בתל-אביב בבש"א (ת"א) 5426/04 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' מת"ב – מערכת תקשורת בכבלים בע"מ.⁶⁹ באותו מקרה החלו חברות הכבלים, שבמסגרת חלק משידורי הטלוויזיה המועברים על-ידיהן (שידורי ערוץ 2 וערוץ 10) משולבים גם שידורי פרסומת, לאפשר למפרסמים לפעול במתכונת הידודית. על-פי מתכונת זו שילבה הפרסומת "באנר" הידודי המאפשר לצופה, בלחיצת כפתור על שלט הממיר הדיגיטלי הנמצא בביתו, להורות לחברת הכבלים להעביר למפרסם את שמו, כתובתו ומספר הטלפון שלו, וזאת כדי שהמפרסם יוכל ליצור עימו קשר. בנסיבות אלו מקרה ביקשה חברת "בוק", שהינה מתחרה של חברות הכבלים בתחום האינטרנט המהיר, לפרסם פרסומת הידודית לגבי שירותי האינטרנט שלה. חברות הכבלים סירבו בטענה כי מאגר המידע המכיל את פרטי המנויים הינו קניינן הפרטי וסוד מסחרי הנתון בבעלותן, ומשום כך לא מוטלת עליהן חובה להעניק שירות למתחרה ישיר שלהן בתחום האינטרנט המהיר. החלטת בית-המשפט, אשר דחתה את הבקשה לצו זמני המורה לחברות הכבלים להימנע

66 לעיל הערה 12.

67 שני הגופים הנוספים הם חברת החדשות של ערוץ 2 וחברת החדשות של ערוץ 10. ראו גם

לעיל הערה 8.

68 לעניין זה ראו גם את האמור לעיל בהערה 33.

69 טרם פורסם.

מסירובן, לא כללה דיון בשאלות המשפטיות השונות שעורר התיק. אולם במישור העקרוני דומה כי נסיבות המקרה הינן דוגמה טובה הממחישה כיצד ניתן למנף שליטה במשאב ביטוי אחד (תשתיות הכבלים) כאמצעי להשגת שליטה במשאבי ביטוי נוספים (שירותי פרסום ותוכן הידודיים).

כפי שנראה בהמשך, בסביבת תקשורת דיגיטלית, מאגרי מידע ונתונים על-אודות קהלים, נמענים, דרכי הגישה אליהם ופרופיל הצריכה שלהם נהפכים למשאב ביטוי מרכזי, הבא לצד - ולעיתים במקום - מעמדן של תשתיות ההולכה הפיזיות כמשאב ביטוי מהסוג של "במה תקשורתית". רובד הגישה לתשומת-לב של קהל ורובד ההפצה נעשים תלויים יותר ויותר במידע כתנאי מקדמי לניצול אפקטיבי שלהם. מן העבר האחר, לגבי ערוצי גישה פיזיים חדשים, דוגמת רשת האינטרנט, נחלש יסוד הנדירות.

באותו מקרה הועמד מאגר המידע של פרטי המנויים לרשות חברות הכבלים אך ורק כנגזרת וכתוצר-לוואי של אותה שליטה - מכות היתר/זיכיון שלטוני - שהוקנתה להן לגבי הרובד של תשתיות ההולכה הפיזיות. זהו מקרה מובהק של מינוף השליטה במשאב ביטוי אחד (הרובד של תשתיות ההולכה הפיזיות) לשם השגת שליטה במשאב ביטוי נוסף (פרטי המנויים). מכאן עולה השאלה אם אכן מדובר בנכס קנייני הנתון בבעלותם של אותם גופים (למשל, "רשימת לקוחות ופרטיהם" כסוד מסחרי)⁷⁰ או שמא מדובר במשאב ביטוי שבא במקום - או לצד - תשתיות ההולכה הפיזיות המסורתיות. אם מקבלים את האפשרות האחרונה, אזי ניתן אולי לראות את המחזיק במשאב זה כ-"common carrier", דהיינו, כאפיק של תעבורת תכנים אשר חייב, כפוף לקיום המתחייב מדיני הגנת הפרטיות,⁷¹ לאפשר גישה שווה למידע שמצוי בשליטתו ואשר משמש אפיק גישה הידודי לקהלי נמענים.

אכן, כל אחת מן הדוגמות האמורות טעונה בדיקה וליבון לגופה, ואי-אפשר לקבוע מראש ובאופן גורף מה צריכה להיות העמדה הפרטנית ביחס להקצאתם של אותם משאבי ביטוי נגזרים. אולם באופן כללי, מה שניתן בכל-זאת ללמוד מן האמור לעיל הוא שכאשר עוסקים בסוגיית הקצאתם של משאבי ביטוי, יש להיות מודעים לכוח הממנף שעשוי להתלוות לשליטה במשאב ביטוי מסוים. כמו-כן יש להיות מודעים לאפשרות כי תחת מה שנחזה כמשאב ביטוי קנייני לכל דבר ועניין מסתתר למעשה משאב ביטוי שהשליטה בו הינה תוצר ישיר של זליגת הענקה שלטונית המתייחסת למשאב ביטוי אחר שקשור אליו. לפחות במקרים מסוימים, עובדות אלה עשויות להשליך על כללי ההקצאה שהדין יבקש לאמץ.

70 ראו סעיף 5 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 1709, 146, המגדיר "סוד מסחרי" כ"מידע עסקי, מכל סוג, שאינו נחלת הרבים ושאינו ניתן לגילוי כדין בנקל על ידי אחרים, אשר סודיותו מקנה לבעליו יתרון עסקי על פני מתחריו, ובלבד שבעליו נוקט אמצעים סבירים לשמור על סודיותו".

71 לעניין זה ראו גם חלק 5א להלן.

5. משאבי ביטוי כרכיבים פזורים ולעיתים סמויים מן העין

מאפיין אחרון של משאבי ביטוי מתייחס לכך שפעילות בתחום הביטוי והתקשורת מורכבת לרוב מאסופה של רכיבי משאבי ביטוי פזורים ומבוזרים – ובמקרים רבים גם סמויים מן העין – אשר מכוננים יחדיו את פעילות הביטוי וקובעים את דרגת האפקטיביות שלה. באותם מקרים שבהם הדין אכן עוסק בהקצאה וחלוקה של משאבי ביטוי, תשומת-הלב ממוקדת במשאבי הביטוי שנמצאים מעל פני השטח ואשר קל לפיכך לזהותם: עיתון, אמצעי תקשורת אלקטרוני (טלוויזיה ורדיו) או תשתיות תקשורת מרכזיות. אולם בפועל משאבי ביטוי אלה אינם אלה קצה הקרחון של פסיפס משאבי הביטוי הנדרשים לשם כינון פעילות אפקטיבית בתחום הביטוי והתקשורת. פעילות בתחום הביטוי, ובפרט כזו המתרחשת בסביבה תקשורתית-טכנולוגית מתקדמת, נוטה להיות כרוכה כאמור באסופה של רכיבי משאבי ביטוי פזורים ומבוזרים. אדגים זאת באמצעות שתי דוגמות: טכנולוגיה ומידע.

טכנולוגיה: פיתוחים טכנולוגיים מסוגים שונים משמשים, בין היתר, גם משאב ביטוי. טכנולוגיה עשויה לספק תשתית להולכת תכנים, להפצתם ולהשגתם על-ידי נמען – תהא זו תשתית פיזית-לוגית באופייה, דוגמת פרוטוקול המאפשר שליחת דואר אלקטרוני, או לחלופין תשתית תלוית-טכנולוגיה המתמקדת ברובד ההפצה (השגת נגישות אפקטיבית לתשומת-לב של קהל), דוגמת אלגוריתם המונח ביסודו של מנוע חיפוש. נוסף על כך ובמקביל, פיתוחים טכנולוגיים עשויים לשמש גם משאב ביטוי המאפשר יצירת תכנים. טלו, לדוגמה, את הטכנולוגיה המאפשרת "קישור" (hyperlink) בין דף אינטרנט אחד לדף אינטרנט אחר, לרבות "קישור על-דרך מסגור" (framing או inline linking) – מצב שבו מסך המשתמש (הגולש) מקושר לתכנים מתוך דף אינטרנט אחר אגב שילובם כחלק מדף האינטרנט המקורי (זה שממנו נעשה הקישור). טכנולוגיה זו, על היכולות שהיא מאפשרת, הינה בבחינת משאב ביטוי המאפשר הפצה ונגישות לתכנים תוך העשרה וגיוון של מצאי התכנים שהנמענים נחשפים אליהם. נוסף על כך, טכנולוגיה זו הינה בבחינת משאב ביטוי המאפשר התייחסות למרכיבים מתוך דפי אינטרנט ואתרי אינטרנט קיימים ושימוש בהם כבחומר-גלם במסגרת פעילות ביטוי של דוברים נוספים, וזאת בשל אותה יכולת להציג תכנים קיימים בהקשרים שונים ומגוונים, על המשמעות הייחודית הגלומה בהם.⁷² ככלל, מדובר במשאב ביטוי עם פוטנציאל ניכר לצמצום פערים חלוקתיים בתחום הביטוי: ראשית, בשל נטייתה וזיקתה הטבעית של טכנולוגיה מסוג זה לסביבת ביטוי מבוזרת המאפשרת גישה לאותם תכנים ממספר רב של מקורות (נקודות-קצה) – מצב-דברים אשר ממתן תהליכים של ריפוזיות בשוק המידע, על ההשלכות החלוקתיות הטמונות בכך; ושנית, בשל היכולות המעצימות שטכנולוגיה כזו מקנה לדוברים, וכפועל יוצא מכך גם לנמענים, הן משום שהיא פותחת קשת רחבה של אפשרויות לגשת אל התכנים המצויים ברשת האינטרנט ולהשתמש בהם, והן משום שהיא מספקת לתכנים (ולדוברים) רבים רובד הפצה פתוח ודינמי אשר צפוי להגדיל את תשומת-הלב של הקהל אליהם.

72 ראו ניבה אלקין-קורן "כיצד המשפט מעצב את סביבת המידע ברשת" טכנולוגיות של צדק – משפט, מדע וחברה (שי לביא עורך, 2003) 223, 271-272.

דוגמה אחרת לטכנולוגיה המהווה משאב ביטוי רב-עוצמה היא תוכנות ופרוטוקולים לשיתוף קבצים. השימוש בתוכנות לשיתוף קבצים (peer-to-peer file sharing) בין משתמשי-קצה אחד לרעהו, אגב יצירת רשתות מבוזרות מרובות-משתתפים, הינו תופעה שזכתה בשנים האחרונות בתשומת-לב גוברת בעיקר בקשר לזכויות יוצרים. תוכנות ופעילות מסוג זה משמשות תדיר לחילופי עותקים של תכנים כגון מוזיקה (רשומות קול) וסרטי קולנוע בין משתמשי-קצה סופיים, מבלי שהתקבלה הרשאה מבעלי זכויות היוצרים בתכנים ומבלי ששולמו להם תמלוגים.⁷³ אולם מעבר לכך, תוכנות לשיתוף קבצים הינן גם משאב ביטוי שמעצב מחדש את רובד הגישה ואת רובד ההפצה של תכנים בסביבה דיגיטלית. תוכנות לשיתוף קבצים, כמשאב ביטוי מתפתח, נוגעות בכמה מישורים: גישה לתכנים; גישה לערוצי הפצה; ויצירת אפיקים חלופיים להגדרה ועיצוב של סדרי העדיפויות והטעמים של קהלי נמענים ביחס לתכנים. לגבי רבים, השימוש בתוכנות לשיתוף קבצים מספק מקור חלופי, ולעיתים יחיד, להפצת תכנים לא באמצעות מנגנון השוק המסחרי - מנגנון שבמסגרתו, לפחות בחלק ניכר מהמקרים, השליטה במשאבי הביטוי ברבדים השונים נוטה להיות מרוכזת בידי קומץ גורמים.

מידע: משאב ביטוי נוסף, סמוי מן העין, אשר הולך ומתפתח בסביבת תקשורת דיגיטלית, ובפרט בסביבה הידודית, הוא מידע ונתונים על-אודות קהלים, נמענים, דרכי הגישה אליהם ופרופיל הצריכה שלהם. אמצעי תקשורת כתובה ומשודרת מסורתיים התאפיינו ב"ליניאריות" - חד-כיוונית. הייתה זו "תקשורת-המונים" במובן הפשוט של במת תקשורת הפונה לציבור לא-מסוים של נמענים. לעומת זה, תקשורת המבוססת על טכנולוגיה דיגיטלית - כגון רשת האינטרנט, טלוויזיה רב-ערוצית ותשתיות תקשורת סלולריות - מתאפיינת במרכיב הידודיות, המאפשר הספקת תכנים ומוצרי תקשורת בהתאם להעברת מסרים דו-כיוונית בין ספק התוכן לנמען מסוים, תוך התאמת התכנים המסופקים לכל נמען ונמען. בסביבה תקשורתית כזו, מידע ונתונים על-אודות משתמשים נעשים תנאי מקדמי למימושה של "זכות גישה" אפקטיבית לקהלי נמענים: פרטי הגישה לנמען, היכולת לזהות אותו ולפנות אליו, כמו-גם פרופיל הצריכה וההעדפות של נמענים - כל אלה נהפכים למשאב ראשון במעלה לשם השגת גישה ותשומת-לב אפקטיבית של קהלי נמענים.⁷⁴ כך הדבר, לדוגמה, בכל הנוגע לטלוויזיה הידודית

73 ראו: *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd.* 125 S. Ct. 2764 (2005) (להלן: עניין *Grokster*).

74 שוו לעצמכם את הדוגמה הבאה: במסגרת שירותי "הדור השלישי" החלו חברות הסלולר לספק גם שירותי תוכן בתחום הבידור והמוזיקה. החברות מאפשרות למנויים לבחור, מיוזמתם ובהסכמתם, באפשרות לקבל עדכוני תוכן לפי פרופיל סיווגים שהם מגדירים מראש ו/או לפי הפרופיל הצרכני שלהם כפי שנצבר במערכת המחשב של החברה. העדכונים נשלחים לכתובת הדואר האלקטרוני של המשתמש ובאמצעות הודעות SMS למכשיר הטלפון הנייד שלו. "טון" הינה חברת תקליטים קטנה המעוניינת לספק שירותי תוכן סלולרי באמצעות אתר אינטרנט שהיא מפעילה. "טון" פנתה לשלוש חברות הסלולר בבקשה שיאפשרו למנויים לקבל מידע על התכנים של החברה ו/או שיעבירו לחברה, כפוף להסכמת המנויים, את פרטי הזיהוי והגישה של משתמשים אשר רכשו שירים מהפררטואר של החברה. "טון" מוכנה לשלם בעבור השירות הניתן על-ידי חברות הסלולר. חברות הסלולר מתנגדות בטענה כי מדובר במידע שהינו סוד מסחרי ונכס

המאפשרת רכישת תכנים באמצעות שימוש משולב במכשיר טלוויזיה, בקופסת ממיר דיגיטלית "חכמה" ובערוצי תקשורת והולכה דו-כיווניים. פעילות תוכן זו, שהולכת ונעשית נפוצה באירופה ואשר עושה לאחרונה את צעדיה הראשונים גם בארצות-הברית, נשענת בדרך-כלל על שימוש בתשתיות ההולכה הפיזיות המסורתיות בתחום של שידורי טלוויזיה רב-ערוצית (כגון כבלים ולוויין), אלא שכעת תשתיות הולכה אלה משמשות גם להספקת שירותי תוכן הידודיים מהסוג האמור לעיל.⁷⁵ בהקשרים מסוג זה, גופים המבקשים לפעול כספקי תוכן הידודיים נדרשים למידע מהסוגים האמורים כמשאב ביטוי הכרחי לשם קיומה של זכות גישה אפקטיבית לנמענים פוטנציאליים.

מעבר לכך, מרכזיותו ההולכת וגוברת של המידע כמשאב ביטוי ברובד הגישה וההפצה נוגעת גם בהקשרים אחרים, רחבים יותר, של פעילות "כריית מידע" – "Data Mining". המונח "כריית מידע" מתייחס באופן כולל לפרקטיקות של איסוף ועיבוד של נתונים על-אודות צרכנים/משתמשים, כגון הפרופיל, ההעדפות והרגלי הצריכה שלהם.⁷⁶ הנקודה המרכזית לענייננו היא כי המשאב שנוצר כתוצאה מפעילות מסוג של "כריית מידע" – גם אם זו נעשית כולה במתחם פרטי-מסחרי – מהווה משאב ביטוי בעל חשיבות הולכת וגוברת לרובד ההפצה והגישה לתשומת-לב אפקטיבית של קהל. מאגרים אלה של מידע ונתונים, על יכולות הפילוח ועיבוד הנתונים הגלומים בהם הן ברמת הפרט והן ברמה של קבוצות-יעד לפי פילוחים שונים, הינם משאב ביטוי רב-עוצמה לשם השגת גישה לקהלים, שיווק אפקטיבי של תכנים וקביעת סדר-היום התקשורתי. גופים בעלי גישה למאגרי נתונים מסוג זה נהנים לא רק מאפשרות של גישה מהירה ויעילה לקהלי-יעד פוטנציאליים הממוקדים לפי סדרי העדיפויות שלהם, אלא גם מיכולת להמשיך להשפיע על הטעמים וסדרי העדיפויות של אותם קהלים. שוק התקשורת לא רק מגיב על ביקושים מצד קהלים, אלא גם – אם לא בעיקר – משפיע על הרכבם ותוכנם של אותם ביקושים וסדרי עדיפויות.⁷⁷ בהקשר זה, תאגיד תקשורת המחזיק בידיו יכולות איסוף

קנייני המצוי בבעלותן, זאת ועוד, חברות הסלולר טוענות כי יש להן הזכות המלאה לבחור במודל עסקי של "גנים סגורים" ("walled gardens"), המאפשר להן לתחום, לגדור ולהפעיל שיקול-דעת עריכתי לגבי היצע התכנים המסופק באמצעות רשתות התקשורת שבבעלותן.

75 ראו: Hernan Galperin & Francois Bar "The Regulation of Interactive Television: in the United States and the European Union" 55 *Fed. Comm. L. J.* (2002) 61

76 לסקירה וניתוח כללי של התופעה ראו: Tal Z. Zarsky "Mine Your Own Business!": Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion" 5 *Yale Symp. L. & Tech.* (2002–2003) 1

77 ראו: C. Edwin Baker *Media, Markets and Democracy* (Cambridge, 2002) 63–95
 ראו גם: James R. Beniger *The Control Revolution – Technological and Economic Origins of the Information Society* (Boston, 1986), המתאר את האופן והדרכים שבהם תאגידי מנהלים, מעצבים, משפיעים ושולטים בהרכב ובתוכן של ביקושי הקהל על-ידי שליטה באמצעי תקשורת. כן ראו: Michael Dawson & John Bellamy Foster "Virtual Capitalism: Monopoly Capital, Marketing, and the Information Highway" *Capitalism and the Information Age – The Political Economy of the Global Communication Revolution* (New York, Robert W. McChesney, Ellen

וניתוח של מידע נהנה מיכולת לא־מבוטלת של תמרון, ולעיתים גם מניפולציה, בעיצוב טעמי הקהל, במיוחד כאשר מדובר בסביבה היודית המאפשרת לפעול גם ברמת הפרט.⁷⁸ מטרתו בשתי הדוגמות האמורות – טכנולוגיה ומידע כמשאבי ביטוי – הייתה להראות את המורכבות והרב־ממדיות של אותו כלי־קיבול שבו ממוקמים משאבי הביטוי הנדרשים לפעילות ביטוי אפקטיבית. הבחנה זו קשורה באופן הדוק למעבר מסביבה של “תקשורת” המונים, אשר התאפיינה במספר מוגבל של משאבי ביטוי מרכזיים ודומיננטיים ברובד של תשתיות ההולכה וברובד ההפצה (שרובם הגדול התבססו על היתרים שלטוניים), אל סביבה של תקשורת דיגיטלית מבוזרת ומרובת־שכבות. סביבה דיגיטלית מתאפיינת בכך שרובד הגישה הפיזית ורובד ההפצה מושתתים על מספר רב של טכנולוגיות משתנות הנתונות בבעלות ובשליטה פרטיות. “הפרטה” זו של רובד ההולכה ורובד ההפצה, ושחרורם מכבליה של הסדרה שלטונית ישירה, עשויים ליצור אשליה שכל אותן טכנולוגיות המרכיבות את הרבדים הללו הינן בבחינת משאב קנייני (פיזי־כלכלי) גרידא. אולם בפועל, כל אחת מטכנולוגיות אלה לבדה, ועל אחת כמה וכמה שילובן, מגלמים בחובם משאבי ביטוי רבי־עוצמה. מאפיין זה של משאבי ביטוי נושא עימו מסר כפול למעצבי מדיניות בתחום הביטוי.

78 מהפכת השיווק בעידן הדיגיטלי ואת האופן שבו היא מעצימה את היכולת להשפיע על טעמי הקהל והביקושים, ואף לעצבם, אגב תהליך של חילופי מידע חוזרים ונשנים. על כך יש להוסיף כי מזווית־ראייה חלוקתית ניתן לצפות כי בתנאי “שוק חופשי” יסתמן ריכוז של משאב הביטוי אשר נגזר ונובע מפעילות של “כריית מידע” בידי קומץ של תאגידי תקשורת מסחריים שמחזיקים בנתח משמעותי מהשוק ואשר נהנים מהיתרונות לגודל ולהיקף. ככל שבסיס קהל הנמענים (“צֶבֶר הלקוחות”) של גוף תקשורת הינו מקיף יותר, היתרונות הטמונים מבחינתו בפרקטיקות מהסוג של “כריית מידע” צפויים לגדול ביחס ישר. פרקטיקות אלה ישמשו אותו הן כאמצעי לניבוי ותכנון של מוצרי תקשורת שכדאי להשקיע משאבים בהפקתם, והן כאמצעי למיצוי יכולות השיווק, לקידום המכירות של מוצרי־התוכן ולהגברת ההשפעה בכלל אל מול קהלי נמענים וצרכנים יחידים. בד בבד, היתרונות הגלומים בתוצרים של “כריית המידע” צפויים להעצים את כוחם של אותם תאגידי תקשורת, לצמצם את הסיכון שהם נוטלים על עצמם, וכפועל יוצא מכך גם להגדיל את הפערים החלוקתיים בתחום הביטוי. לשון אחר, בסביבה תקשורתית המבוססת על “כריית מידע”, המונה “ריפוזיות” צפוי לקבל משמעות חדשה: ראשית, משום שהתוצרים של “כריית המידע” הינם בבחינת משאב חדש אשר שליטה ריכוזית בו צפויה לגזור – או למצער לדרבן – יתר ריפוזיות בתחום התקשורת; שנית, משום שכמשאב שהיכולת למצות את הערך הגלום בו טמונה בין היתר ביתרון לגודל, הוא מוסיף ומקנה תמריץ להמשך מגמת הקונסולידציה המאפיינת את ענף התקשורת. על כך יש להוסיף כי שורה של מחקרים הראו כיצד דווקא בסביבת מידע מבוזרת המתאפיינת בהיצף של ידע ותוכן, כגון רשת האינטרנט, קיימת נטייה הולכת וגוברת של צרכנים לפעול על־פי “חוקי כוח” (power distribution laws) של “כלכלת רשת”, הממקדים את רוב הצרכנים במספר מצומצם יחסית של מקורות תוכן. ראו, למשל, אלברט־לסלו ברבאשי קישורים – המדע החדש של רשתות (דרורה בלישה מתרגמת, 2004). כתוצאה מכך, מיצוי היתרונות והיכולות הטמונים ב“כריית מידע”, לגבי גופים הפועלים בתחום התוכן והתקשורת, צפויים אף הם להתנקז בעיקר לאותם מקורות תוכן מועטים הממקדים את עיקר תשומת־הלב של הקהל, ומקורות אלה יוכלו למנף באופן האמור לעיל את היתרונות הטמונים במידע המגיע לפתחם.

ראשית, עליהם לדעת כי כל יישום מדיניות בנוגע לאופני ההקצאה של משאבי ביטוי, במיוחד בסביבה תקשורתית חדשנית, מחייב זווית-ראייה רחבה ומתחדשת באיתור אסופת המרכיבים שמהם נוצר, הלכה למעשה, אגד משאבי הביטוי הנדרש כדי להוציא לפועל פעילות בתחום התקשורת והביטוי. במובן זה יש להיות ערים ומודעים לכך שמאחורי אותו מעטה ממסך של מרכיבים, הנחזים כמשאבים קנייניים וטכנולוגיים גרידא, עומדים משאבי ביטוי, שלעיתים יש להם גם חשיבות רבה. אין זו מלאכה קלה, משום שבמקרים רבים תהליך ההפיכה של רכיבים טכנולוגיים למשאבים קנייניים-כלכליים נעשה עוד בשלב שבו טרם התגבשה מרכזיותו של אותו רכיב כמשאב ביטוי.⁷⁹

שנית, על מעצבי המדיניות להיות מודעים לעובדה שבסביבה תקשורתית-טכנולוגית כזו, חלק ניכר מתהליך ההקצאה של משאבי ביטוי אינו נעשה במישרין, אלא בעקיפין ובאופן סמוי-משהו, אגב קביעת אגד הזכויות והכוחות - הקנייניים ואחרים - באותם משאבים ובהתייחס לאופן הפעלתם.

לפיכך, אם נחזור לדוגמות שהובאו קודם לכן: לתהליכים ההולכים ומתגברים של הפיכת מידע ומאגרי נתונים מהסוגים האמורים לעיל למשאב קנייני-כלכלי (כגון הכרה בזכות קניין רוחני עצמאית (sui generis) בתכנים שנאספו ונאגרו במאגרי מידע) צפויות להיות השלכות חלוקתיות ישירות בתחום הביטוי. באופן דומה, לכל עמדה משפטית ביחס לחוקיותן של תוכנות לשיתוף קבצים, כמו-גם ביחס לחוקיותן של הפעולות הנעשות על-ידי משתמשי-קצה באמצעות תוכנות אלה, צפויות להיות השלכות חלוקתיות בתחום הביטוי, בשל יכולותיה של טכנולוגיה זו לבזר את השליטה ברובד הגישה וברובד ההפצה של תכנים. כך גם לגבי הדוגמה שעסקה בטכנולוגיה המאפשרת "קישור" (hyperlink) בין דפי אינטרנט, לרבות "קישור על-דרך מסגור": לעמדת המשפט ביחס לגבולות השימוש בטכנולוגיה (ובפרט, אגב התייחסות לתכנים המוגנים על-ידי זכות יוצרים) צפויות גם-כן להיות השלכות חלוקתיות בתחום הביטוי.⁸⁰

79 מהגם שמן העבר האחר, כפי שנראה להלן, יש שיקולים הסדרתיים אשר תומכים בתהליך ההחפצה כדי להעניק תמריץ כלכלי להשקעה בפיתוח אותם משאבים.

80 תמיכה לכך מצויה בפרשת *Kelly v. Arriba Soft Corp*. באותו מקרה קבע בית-המשפט כי פעולה מהסוג של "קישור על-דרך מסגור" מהווה "הצגה פומבית" (public display), וכזו היא מצריכה קבלת הרשאה מבעל זכות היוצרים בתכנים (דף האינטרנט) שלגביהם נעשתה פעולת ה"קישור על-דרך מסגור". פירושה המעשי של קביעה משפטית זו הוא הכפפת יכולת השימוש בעצם הטכנולוגיה מסוג "קישור על-דרך מסגור" לכוח הריבונות הפרטי של בעלי זכויות היוצרים בתכנים שבהתייחס אליהם נעשה הקישור. מוזוית-ראייה של עקרון חופש הביטוי, ההשלכות הנובעות מכך אינן מתמצות אך ורק בהגבלות המוטלות על עשיית שימוש בתכנים המוגנים על-ידי זכות יוצרים. איון היכולת לעשות שימוש בטכנולוגיה מהסוג של "קישור על-דרך מסגור" פירושו גם ביטול היכולות המעצימות שהשימוש בטכנולוגיה זו מקנה לדוברים ולנמענים במישור של רובד ההפצה. יתרה מזו, כאשר השימוש בטכנולוגיה מהסוג של "קישור על-דרך מסגור" כרוך ותלוי בקבלת הרשאה לעשיית השימוש בתכנים שביחס אליהם נעשית פעולת הקישור, או-אז קמים ועולים גם פערים חלוקתיים ברובד התוכני: הטכנולוגיה של "קישור על-דרך מסגור" אינה צפויה להיעלם, אלא שכעת השימוש בה כמשאב ביטוי צפוי להיות זמין אך ורק למי שיש בידיה את היקף התכנים ו/או המשאבים הכלכליים לעשיית שימוש בחומרים המוגנים על-ידי זכות יוצרים. במישור המעשי, יש להניח כי בעוד שתאגידי

* * *

מאפיינים אלה של משאבי ביטוי מספקים, במובלע לפחות, קווי-מתאר מסוימים לגבי המשתנים שיש להתחשב בהם כאשר עוסקים בהקצאת משאבי ביטוי. אומנם אין במאפיינים אלה כשלעצמם כדי לספק אמות-מידה מפורשות שעל בסיסן יהיה ניתן לקבוע את דרכי ההקצאה של משאבי ביטוי ואת האופי שייקש הדין להקנות למשאב ביטוי מסוים, אולם הם מחדדים בכל-זאת ומבהירים את הצמתים שבהם מתחים חלוקתיים הנוגעים במשאבי ביטוי מודגשים ומובלטים.

כפי שנראה בחלק הבא, הספרות התיאורטית בתחום חופש הביטוי הקדישה משקל מועט יחסית לסוגיות הנוגעות בהקצאתם של משאבי ביטוי. בהמשך אבחן כיצד המשפט המצוי מתמודד בכל-זאת עם אותו מתח חלוקתי המאפיין משאבי ביטוי, ומהם הפתרונות המעשיים שננקטים בהקשר זה. חלק ג יסכם את הדיון ויציע קווים מנחים ראשוניים לאימוץ פרדיגמה חלוקתית משלימה של חופש הביטוי.

ב. הקצאת משאבי ביטוי – תיאוריה ומעשה

1. הקצאת משאבי ביטוי והפרדיגמות הקיימות של חופש הביטוי

באופן מפתיע אולי, סקירת הספרות התיאורטית בתחום חופש הביטוי מלמדת שהמתח החלוקתי המאפיין משאבי ביטוי והסוגיות הנוגעות באופן הקצאתם, ובפרט הקצאתם הראשונית, הינם במידה רבה בבחינת "נוכח נפקד" במסגרת הפרדיגמות הקיימות של חופש הביטוי. זה כשלושה עשורים חל מעבר ממה שנהוג לכנות "הפרדיגמה השלטונית" של חופש הביטוי אל עבר פרדיגמה שניתן לכנותה "פרדיגמת השיח". הפרדיגמה השלטונית⁸¹ התמקדה בחשש מפני הטלת הגבלות שלטוניות על חופש הביטוי, וביקשה

תקשורת מסחריים יוכלו להסדיר את מערכת היחסים ביניהם באמצעות הסכמי רישוי הדדיים, שהקנים קטנים יותר, דוגמת דוברים ויוצרים יחידים, ייוותרו מחוץ לגדר. מכאן החשש ל"יבוא" פערים חלוקתיים הקיימים ברובד התוכני, והחלתם על יכולת השימוש באותו משאב ביטוי מתפתח של "קישור על-דרך מסגור". גם דוגמה זו מלמדת, אם כן, על החשיבות שבהפנמת שיקולים חלוקתיים מתחום הביטוי אגב קביעת אגד הזכויות והכוחות – הקנייניים ואחרים – באותם משאבים ובהתייחס לדרכי הפעלתם. ראו: *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002). לניתוח ביקורתי של החלטת בית-המשפט ראו אלקין-קורן, לעיל הערה 72, בע' 264–274.

81 לסקירת הפרדיגמה השלטונית, על השיקולים המונחים ביסודה, ראו גם פסח, לעיל הערה 39, בע' 917–921, והמקורות המאוזכרים שם. פסק-הדין הממחיש יותר מכל את מרכזיותה של הפרדיגמה השלטונית בדין הישראלי הוא כמובן בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871, על מבחן הוודאות הקרובה שנקבע בו (וראו גם בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617). לסקירה וניתוח של מעמדה ומרכזיותה של הפרדיגמה השלטונית במסגרת פסיקתו של בית-המשפט העליון בישראל ראו אילנה דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 377, 384–391.

לבצר את האוטונומיה של הפרט ואת חירותו הפוליטית⁸² כנגד רשויות המדינה, השלב האבולוציוני הבא בהתפתחות התיאוריה של חופש הביטוי – פרדיגמת השיח, מיסודם של Cass Sunstein⁸³ ו-Owen Fiss – מייצג זרם פרוגרסיבי הרואה באופן חיובי דרגה מסוימת של הסדרה שלטונית בתחום התקשורת והביטוי. על-פי פרדיגמת השיח, מעורבות כזו נתפסת כהכרחית כדי להבטיח שיח וסביבת ביטוי נאותים מבחינת דרגת הביזור, הגיוון וריבוי הדעות והמידע.

קו-התפר בין שתי הפרדיגמות מסמל מעבר מתפיסת חופש ביטוי השמה דגש בחירות הביטוי השלילית של הדובר, כסובייקט העומד בפני עצמו, אל עבר תפיסת חופש ביטוי שמתמקדת בקהל הנמענים (audience reception theories) ואשר שמה לנגד עיניה את מראה פניו הרצוי של שיח דמוקרטי השתתפותי⁸⁴ בעניינים ציבוריים.⁸⁵ לשם תכלית זו תהיה פרדיגמת השיח מוכנה, במקרים המתאימים, לקבוע כללי התערבות המסייגים את

82 במובן זה, הצד האחר של הפרדיגמה השלטונית הוא מה שניתן לכנות "הפרדיגמה האוטונומיסטית". פרדיגמה זו מעמידה לנגד עיניה את האוטונומיה של הפרט, ובפרט את האוטונומיה הפוליטית שלו, כערך המקנה לזכות לחופש הביטוי מעמד מוחלט כמעט כנגד כל סוג של התערבות והטלת הגבלות שלטוניות, תהא מידת התרומה הפוטנציאלית שלהן לשיח הציבורי אשר תהא. ראו: Charles Fried "Speech in the Welfare State – The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty" 59 *U. Chi. L. Rev.* (1992) 225; Morris Lipson "Autonomy and Democracy" 104 *Yale L.J.* (1995) 2249.

83 קיימת כתיבה ענפה ורבה בנושא זה. כספרים וכמאמרים המרכזיים ניתן לציין את המקורות הבאים: Owen M. Fiss "Free Speech and Social Structure" 71 *Iowa L. Rev.* (1986) 1405 [hereinafter: Fiss "Free Speech and Social Structure"]; Owen M. Fiss "Why the State?" 100 *Harv. L. Rev.* (1987) 781; Owen M. Fiss *The Irony of Free Speech* (Cambridge, 1996); Cass R. Sunstein *Democracy and the Problem of Free Speech* (New York, 1993). לשם השלמת התמונה חשוב להוסיף ולציין כי גם על פרדיגמת השיח קמו קוראיתגרי, דוגמת רוברט פוסט, המטילים ספק בתקפותן של הנחות-המוצא והמסקנות של פרדיגמת השיח לנוכח הפגיעה הפוטנציאלית שלהן בזכות השווה של כל יחיד ליטול חלק חופשי בתהליכים ובמסגרות של שיח ציבורי. אולם דיון מלא בנקודה זו חורג ממסגרתו וממטרתו של הפרק. ראו: Robert C. Post *Constitutional Domains* (Cambridge, 1995).

84 יסודותיה של פרדיגמת השיח מצויים הן בכתביו של Meiklejohn והן בתפיסת חופש הביטוי של James Madison. ראו: Cass R. Sunstein "Emerging Media Technology and the First Amendment: The First Amendment in Cyberspace" 104 *Yale L.J.* (1995) 1757, 1757–1765.

85 הסיפא "עניינים ציבוריים" מכוונת לכך שפרדיגמת השיח, לפחות לפי העמדות שננקטו על-ידי כותביה המרכזיים, נוטה לצמצם את תפיסת חופש הביטוי שלה, לרבות באותם הקשרים המצדיקים הסדרה שלטונית, לשיח בעניינים ציבוריים ופוליטיים (ראו: Balkin, *supra* note 5, at p. 32). הצעות הייעול של פרדיגמת השיח לגבי אופן התנהלותו של שוק התקשורת ולגבי הנסיבות שבהן היא תהיה מוכנה להצדיק התערבות ותיקון כשלים בדרך פעולתו של השוק מתמקדות במגוון מצומצם יחסית של תכנים מהסוג של פוליטיקה, אקטואליה, חדשות היום ותכנים נוספים הנתפסים כנדרשים לקיומו של שיח המקדם התנהלות תקינה של מדינה דמוקרטית (ראו, למשל: Sunstein, *supra* note 83, at pp. 82–88).

חירות הביטוי השלילית של גופי תקשורת שדרכם ובאמצעותם מתנהל השיח הציבורי ומתרחש התהליך של צריכת תכנים ומידע על-ידי יחיד החברה.⁸⁶ על פני הדברים, פרדיגמת השיח עשויה להיחזות כמבקשת לספק מענה לפערים חלוקתיים בהקצאתם של משאבי ביטוי. לפחות במשמע, המציאות החברתית-הכלכלית שעומתה ביקשה פרדיגמת השיח להתמודד ואשר על בסיסה היא צמחה היא מציאות של חוסר שוויון בהקצאת משאבי ביטוי אפקטיביים ומתח הולך וגובר בין מרכיביהם הקנייניים-הכלכליים של משאבי הביטוי לבין מרכיביהם ה"ביטויים". במידה רבה, פרדיגמת השיח נולדה כתגובת-נגד על צמיחתה של תקשורת-ההמונים המשודרת (רדיו וטלוויזיה), עם העוצמה הריכוזית, היכולת להכתיב את סדר-היום הציבורי והשלטיה בבמות תקשורת מרכזיות הטמונות בה. יסוד הנדירות המאפיין משאבי ביטוי רבי-עוצמה, דוגמת אמצעי תקשורת משודרת, הוא שהיווה את "כשל השוק החוקתי"⁸⁷ המרכזי שבגיננו ביקשה פרדיגמת השיח לקבוע כללי התערבות והסדרה שלטונית של ענף התקשורת,⁸⁸ כגון כללים במסגרת דוקטרינת ההגינות,⁸⁹ חוקי ה-"Must Carry" (המחייבים תחנות

86 הביטוי המובהק לכך מצוי עוד באמירתו המפורסמת של Meiklejohn, שעל-פיה מה שחשוב לגבי חופש הביטוי הוא לא שכל אחד יוכל לבטא את עצמו, אלא ש"everything worth saying shall be said". ראו: Alexander Meiklejohn *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* (New York, 1960) 26. בנקודה זו מתעורר הקושי המרכזי שפרדיגמת השיח נדרשת להתמודד עימו, והוא הפגיעה וההתערבות בחירות הביטוי השלילית של אותם גופי תקשורת שהיא מבקשת לקבוע כללי התערבות לגבי דרך פעולתם, או במילים אחרות, כיצד ניתן להצדיק בשם עקרון חופש הביטוי מעורבות שלטונית אשר מהווה כשלעצמה התערבות והטלת הגבלות על חירות הביטוי של כלי-תקשורת (דהיינו, המקרה המובהק שזכה בהגנה במסגרת הפרדיגמה השלטונית). לדיון בנקודה זו ראו פסח, לעיל הערה 39, בע' 962-968, 970-984.

87 דהיינו, העובדה שבשוק תקשורת הסובל מריכוזיות-יתר (בין משיקולים כלכליים ובין משיקולים הסדרתיים) קיים חשש כי הציבור לא ייחשף ולא יהיה נגיש לקשת מגוונת של דעות ותכנים. ראו גם בג"צ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 542 (ודומה כי דעת המיעוט של הנשיא שמגר בפסק-דין זה היא הביטוי המובהק והחזק ביותר לפרדיגמת השיח במסגרת פסיקת בית-המשפט העליון בארץ).

88 ראו: Fiss "Free Speech and Social Structure", *supra* note 83, at pp. 1411-1413. "The risk posed to freedom of speech by autonomy is not confined to situations when it is exercised by CBS, or by the other media, but occurs whenever speech takes place under conditions of scarcity, that is, whenever the opportunity for communication is limited. In such situations one utterance will necessarily displace another... I think it is fair to say that in a capitalist society, the protection of autonomy will on the whole produce a public debate that is dominated by those who are economically powerful. The market – even one that operates smoothly and efficiently – does not assure that all relevant views will be heard, but only those that are advocated by the rich, by those who can borrow from others, or by those who can put together a product that will attract sufficient advertisers or subscribers to sustain the enterprise"

89 אכן, פרשת *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* 395 U.S. 367 (1969), שבה אושרה לראשונה דוקטרינת ההגינות, כפי שהייתה בתוקף באותה תקופה, מהווה עד היום מודל התערבות לתיקון כשלים המנחה את אנשי פרדיגמת השיח גם בהקשרים אחרים, דוגמת טלוויזיה רבי-ערוצית. ראו: Owen M. Sunstein, *supra* note 84, at pp. 1760, 1762.

טלוויזיה ככבלים להעביר שידורים של ערוצי טלוויזיה ציבוריים וחינוכיים),⁹⁰ ובמקרים מסוימים גם כללים האוסרים אחזקות צולבות באמצעי תקשורת. זאת ועוד, פרדיגמת השיח ביקשה במוצהר להציב מודל חלופי למודל "השוק החופשי" של חופש הביטוי, תוך שהיא מתירה "חלוקה מחדש" של משאבי ביטוי קיימים כדי לקרב את תוצרי השיח הציבורי למגוון התוצרים הנדרשים במסגרת שיטה דמוקרטית.⁹¹

על־אף האמור לעיל, לדעתי, אי־אפשר לראות בפרדיגמת השיח ניסיון ממשי ומקיף להתמודד עם שאלת הקצאתם של משאבי ביטוי ועם המתח החלוקתי שמשאבים אלה מעוררים. התכלית העיקרית של פרדיגמת השיח היא מראה פניו הרצוי של השיח בשיטה דמוקרטית, ולא, להבדיל, אופני ההקצאה של משאבי ביטוי בין פרטים בחברה והשגת יעד של מניעת פערים חלוקתיים בתחום הביטוי. מבחינת פרדיגמת השיח, ההצדקה לכללי התערבות ו"חלוקה מחדש" של משאבי ביטוי, דוגמת חוקי ה־"Must Carry", מצויה ברצון לשפר ולהעשיר את תוצרי השיח הציבורי. אין מדובר בתכלית עצמאית הרואה ערך וחשיבות בהבטחת הקצאה שוויונית יותר של משאבי ביטוי. לשון אחר, מבחינת פרדיגמת השיח, התערבות באופן חלוקתם של משאבי ביטוי הינה יותר בבחינת אמצעי מאשר מטרה וערך העומדים בפני עצמם. זו גם הסיבה מדוע כללי ההתערבות שפרדיגמת השיח עוסקת בהם, דוגמת דוקטרינת ההגינות,⁹² מתמקדים בכללים נקודתיים המיועדים להרחיב את קשת הדעות והמידע המובאים לידי הציבור. זאת, מבלי להתערב באופן שבו השוק החופשי, בחסות הדין, מקצה שליטה קניינית־כלכלית במשאבי ביטוי, ועל אחת כמה וכמה מבלי לעסוק, באופן מוצהר ומודגש, באופן הקצאתם הראשונית של משאבי ביטוי ובאמות־המידה הנדרשות בהקשר זה. דרישה כלשהי של שוויון באופן הקצאתם של משאבי ביטוי, יאה התוכן שיש ליצוק אל תוך דרישה זו אשר יאה,⁹³ אינה נמצאת במוקד של פרדיגמת השיח.

בטענה זו איני מבקש להמעיס ממשקל הכתיבה בתחום של דמוקרטיה השתתפותית ותיאוריות של שיח ציבורי, הרואות ביכולת ההשתתפות של כל אזרח בשיח ציבורי שוטף ובהגדרת היעדים המשותפים של החברה את בסיס הלגיטימיות של השלטון. אלה אכן גישות השמות דגש בשימור זכותו השווה של כל פרט ליטול חלק באופן חופשי בשיח הציבורי.⁹⁴ אולם הנקודה היא כי על־אף הדגשת יסוד השוויון בהשתתפות במסגרת גישות אלה, ישימותן לענייננו מועטת. ככלל, שאלת אופן הקצאתם של משאבי ביטוי, ובפרט

.Fiss "The Censorship of Television" 93 *Nw. U. L. Rev.* (1999) 1215, 1216–1217
לדוקטרינת ההגינות ראו גם לעיל הערה 59.

90 ראו את פסקי־הדין המוזכרים לעיל בהערה 40 ואת דיונו של Sunstein בפרשה זו, שם.
91 ראו: Kathleen M. Sullivan "Free Speech and Unfree Markets" 42 *UCLA L. Rev.* (1995) 949; Martin H. Redish & Kirk J. Kaludis "The Right of Expressive Access in First Amendment Theory: Redistributive Values and the Democratic Dilemma" 93 *Nw. U. L. Rev.* (1999) 1083.

92 ראו גם לעיל הערה 59.
93 ראו באופן כללי: Kenneth L. Karst "Equality as a Central Principle in the First Amendment" 43 *U. Chi. L. Rev.* (1975) 20.

94 לסקירה תמציתית של הספרות בהקשר זה ראו פסח, לעיל הערה 39, בע' 921–930.

פיתוחה של בחינה מעמיקה ומדוקדקת של סוגיה זו, לא זכו בטיפול במסגרת תיאוריות של שיח ציבורי מתחום חופש הביטוי.

מעבר לכך, מזווית-ראייה חלוקתית, פרדיגמת השיח צפויה להיתפס כלא-ממצה בשני היבטים נוספים: ראשית, היא אינה מקיפה ואף אינה מתיימרת להקיף את כל קשת הנסיבות וההקשרים שבהם משאבי ביטוי בתחומי היצירה והתרבות - על שלושת רובדיהם (תשתיות פיזיות, הפצה וגישה לתשומת-לב של קהל הרובד התוכני) - מעוררים מתח חלוקתי. מוקד העניין של פרדיגמת השיח היה ונשאר מקרי-קיצון של גופי תקשורת בעלי עוצמה רבה ומתחם מצומצם למדי של תכנים בעלי אופי פוליטי-ציבורי. רוב סוגי התכנים כמו-גם רוב משאבי הביטוי המשמשים במסגרת פעילות של ביטוי ויצירה אינם זוכים בהתייחסות במסגרת פרדיגמת השיח.⁹⁵ משום כך, למי שרואה בזכות לחופש ביטוי עקרון-על אשר חולש ומקרין על תפיסה דינמית, מתירנית ואולי אף עממית של המושג "תרבות" - כפי שזכות זו אכן הולכת ומתעצבת בסביבה הדיגיטלית⁹⁶ - פרדיגמת השיח אינה יכולה לספק מענה הולם.⁹⁷

שנית, פרדיגמת השיח אינה עוסקת ואף אינה מתיימרת לעסוק בשאלת הקצאתם הראשונית של משאבי ביטוי. כאמור לעיל, עיקר פועלה החלוקתי של פרדיגמת השיח מתבטא בכללי תיקון ו"חלוקה מחדש" נקודתיים - המתמקדים בעיקרם ברובד התשתיות הפיזיות (כגון אמצעי תקשורת משודרת) - מקום שהדבר נתפס כמתחייב על-מנת לספק את המגוון הנדרש של דעות, מידע ותכנים, דוגמת דוקטרינת ההגינות או חובת הנשיאה של ערוצי שידור ציבוריים וחינוכיים. במובן זה, מבט של פרדיגמת השיח הוא בעיקרו מבט צופה פני עבר, המבקש לקבוע ex post כללים נקודתיים לעניין דרך ניצולם של משאבי ביטוי. מבט צופה פני עתיד (ex ante) על עצם תהליך ההקצאה הראשונית של משאבי ביטוי אינו ניצב במוקד העניין של פרדיגמת השיח.⁹⁸

95 ראו: Balkin, *supra* note 5, at pp. 38–40.

96 ראו: Balkin, *ibid*; Elkin-Koren, *supra* note 5.

97 באמור לעיל אני מתעלם מכך שבהקשרים מסוימים עוצמתו של עקרון חופש הביטוי עשויה להשתנות בהתאם לסוג התוכן, ותכנים פוליטיים ו/או תכנים אחרים בעלי עניין ציבורי עשויים ליהנות מהגנה הדוקה יותר (כפי שהדבר במסגרת דיני לשון הרע או דיני הגנת הפרטיות). אולם אני מסופק אם הבחנה כזו צריכה לקבל משקל רב כאשר הסוגיה העומדת לדיון היא שאלת הקצאתם הראשונית של משאבי ביטוי. אכן, תכנים פוליטיים ותכנים בעלי אופי ציבורי עשויים להכתיב דרישה נוקשה יותר של שוויון ככל הנוגע להקצאת משאבי ביטוי הכרוכים בהם, וזאת ביחס לכל אחד מהרובדים השונים. דוגמה אחת לכך עשויה להיות גישה ליברלית וגמישה מאוד ביישום הגנת השימוש ההוגן שבדיני זכויות יוצרים (לגבי הרובד התוכני) כאשר השימוש ביצירה המוגנת הוא לצורכי ביקורת ציבורית-פוליטית. דוגמה נוספת עשויה להימצא באיסור המוטל על רכישת זמן פרסום באמצעי תקשורת משודרת לצורכי תעמולה פוליטית. ראו סעיף 46(א)(3) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, שהינו למעשה כלל הקצאה שלילי, כלפי כולי עלמא, שמטרתו היא מניעת אי-שוויון ברובד של תשתיות השידור הפיזיות וברובד ההפצה (גישה לתשומת-לב אפקטיבית של קהל) כאשר מה שעומד על הפרק הוא תחרות פוליטית. אולם דומה כי כללים מסוג זה צריכים לבוא כנדבך שני על-גבי הנדבך הראשון - המרכזי - שעניינו כללי הקצאה של משאבי ביטוי ביחס לכל סוגי התכנים.

98 אפשר לסייג קביעה זו בהקשרים מסוימים, כגון כללי מימון בחירות, שמבטם צופה פני

אחד הטעמים לגישה זו עשוי להימצא באותו צל מתמיד שפרדיגמת השיח נדרשה להתמודד עימו, והוא הטענה כי כללי ההתערבות שהיא נוקטת טומנים בחובם פגיעה בזכות לחופש ביטוי של אותו גוף תקשורתי שלגביו מבקשים להחיל את אותם כללי התערבות.⁹⁹ בהקשרים מסוימים, ובפרט באלה העוסקים בכללי התערבות תוכניים, זה אכן חשש שאין להמעט ממשקלו.¹⁰⁰ עם זאת, כפי שציינתי לעיל, עוצמתה של טענה זו צפויה להיחלש כאשר מה שעומד על הפרק הוא תהליך ההקצאה הראשונית של משאבי ביטוי – תהליך שבו כך או כך, ולצד כזה או אחר, קיימת מעורבות שלטונית שאי־אפשר להימלט ממנה. אולם, לפחות מנקודת־מבטה של פרדיגמת השיח, די היה באותו צל כדי להסיט את כובד המשקל של הפרדיגמה לזווית־ראייה השמה דגש, ראשית, בתוצרי השיח, ושנית, באותם גופים ספורים שעוצמת הכוח התקשורתי המצויה בידם הינה גורפת וקיצונית עד כדי כך שיש בה כדי לערער את נסיונם לקבל חסינות מלאה מכללי התערבות תחת מגן זכותם לחופש ביטוי.

כפי שיפורט להלן, סקירת הדין המצוי מלמדת על קושי באיתור התמודדות ישירה ושיטתית עם שאלת הקצאתם של משאבי ביטוי ועם המתח החלוקתי שהם מעוררים. אומנם, בהקשרים מסוימים המשפט אכן נוקט עמדה, לפחות משתמעת, בשאלת הקצאתם הראשונית של משאבי ביטוי, אולם מדובר בהתמודדות חלקית, אקלקטית ולא־מספקת. יתרה מזו, כפי שנראה, חלק מהפתרונות המצויים המתיימרים לספק מענה למתח החלוקתי שמשאבי ביטוי מעוררים, דוגמת משטר רשיונות או זכיונות בתחום התקשורת המשודרת, נוטים להשיג תוצאה הפוכה מזו אשר לה כיוונו.

2. הקצאת משאבי ביטוי במשפט המצוי

מטרתי בחלק זה היא לסקור כמה דפוסי פעולה מרכזיים שבאמצעותם המשפט המצוי מתמודד עם המתח החלוקתי המאפיין משאבי ביטוי. ברוב המקרים דפוסי פעולה אלה אינם מעמידים לנגד לעיניהם, במוצהר, את שאלת הקצאתם הראשונית של משאבי ביטוי.

עתיד ביחס להקצאתם של משאבי ביטוי. אולם אם מתמקדים בהקשרים המרכזיים שבהם נגעה פרדיגמת השיח בסוגיות של הקצאת משאבי ביטוי, דוגמת דוקטרינת ההגינות או חוקי ה־"Must Carry", אזי מתברר כי פרדיגמת השיח נמנעה בהקשרים אלה מלנקוט עמדה ביחס לעצם ההקצאה הראשונית הכללית של משאבי הביטוי הרלוונטי (למשל, ביחס לדרך ההקצאה של תדרי האלחוט לשידורי טלוויזיה או רדיו, או ביחס לכללי החלוקה של זכיונות הטלוויזיה הרב־ערוצית). עיקר פועלה של פרדיגמת השיח מתבטא כאמור בכללי תיקון נקודתיים הבאים למתן, במידה מסוימת, את ההשלכות של כללי ההקצאה הראשונית כפי שנקבעו.

⁹⁹ טענה זו באה לידי ביטוי והתקבלה בשורה של פסקי־דין של בית־המשפט העליון בארצות־הברית: *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo* 418 U.S. 241 (1974); *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee* 412 U.S. 94 (1973); *CBS v. FCC* 453 U.S. 367 (1981); *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes* 523 U.S. 666 (1998).

¹⁰⁰ חשש זה הוא שעמד ביסוד הפרדיגמה השלטונית של חופש הביטוי. ראו לעיל הערה 81.

אף-על-פי-כן, לפחות במובלע, זו אחת מהשלכותיהם המרכזיות, ומכאן חשיבותם של דפוסי פעולה אלה לענייננו. יתרה מזו, כפי שנראה, אימוץ כל אחד מדפוסי פעולה אלה אף נוטה לכונן בטווח הארוך אידיאולוגיה (שונה) של חופש ביטוי, ומכאן החשיבות הנוספת של כל אחד מדפוסי פעולה אלה לגבי המדיניות החלוקתית המיושמת בתחום הביטוי.¹⁰¹

(א) משאב הביטוי כחלק מ"נחלת הכלל"

במקרים מסוימים, אם כי מועטים יחסית, המשפט מפנים באופן מלא את מהותו של משאב מסוים כמשאב ביטוי. הדבר מתבטא בקביעת כלל המקנה לציבור רחב, ולכל פרט בקרבו, זכות שימוש חופשית במשאב הביטוי. במקרים מסוג זה, מרכיבי הביטויים של המשאב מכתיבים יסוד שיתופי (commons) המקנה לכל פרט ופרט גישה פתוחה ותנאים שווים לניצול משאב הביטוי ולשימוש בו.

דוגמה אחת לכך, שכבר הוזכרה, נמצאת בסעיף 7 לפקודת זכות יוצרים - סעיף המעגן את הכלל הפסיקתי שעל-פיו זכות היוצרים אינה חלה על רעיון, עובדה, נתון או חדשות היום כשלעצמם, אלא רק על דרך הביטוי המסוימת שלהם. סעיף זה מפנים את מהותו של מידע מופשט כמשאב ביטוי, תוך שהוא גוזר מכך כלל הקצאה המתיר לציבור הרחב זכות שימוש בלתי-מוגבלת במשאב.¹⁰² באופן כללי יותר ניתן לומר כי "נחלת הכלל" (public domain) בדיני זכויות יוצרים, על כל יתר מרכיביה, מאגדת משאבי ביטוי שנקבע לגביהם כלל הקצאה המתיר לציבור הרחב זכות שימוש חופשית באותם משאבים.¹⁰³ במידה מסוימת, גם התפיסה בדבר "ניטרליות רשת" שהוזכרה קודם לכן,¹⁰⁴ וכן הכלל - הנגזר ממנה ישירות - אשר מקנה זכות גישה שווה לתשתיות התקשורת

101 האמור להלן בטקסט עוסק באופנים השונים שבהם הדין מקצה משאבי ביטוי, תוך התמקדות בתהליך הקצאתם הראשונית. מעבר לכך, ייתכנו כמובן גם דרכים ואמצעים נוספים שבאמצעותם המשפט מבקש להתמודד עם פערים חלוקתיים בתחום הביטוי. דוגמה אחת לכך עשויה להיות סובסידיות ותמיכות שלטוניות לפעילות בתחום הביטוי, היצירה והתקשורת (ראו, למשל, את חוק הקולנוע, תשנ"ט-1999; חוק הספריות הציבוריות, תשל"ה-1975; חוק המוזיאונים, תשמ"ג-1983; וחוק התרבות והאמנות, תשס"ג-2002). דוגמה נוספת עשויה להיות מימון שלטוני ישיר של פעילות בתחום התקשורת והביטוי, אשר עקב אופייה (והעדר ביקוש מספיק לה) לא צפוי שהיא תוצא לפועל על-ידי מנגנון שוק התומך בפעילות מסחרית בתחום התקשורת והיצירה. דוגמה מובהקת לכך עשויה להימצא בתחום השידור הציבורי. אני משאיר את הדיון בהיבטים החלוקתיים של אמצעים משלימים אלה להודמנות אחרת.

102 לא לומר לציין כי שאלה נפרדת היא אם, ובאילו נסיבות, תמונת-הראי של סעיף 7 - דהיינו, אותו כלל הקצאה המקנה ליוצר זכות קניין בלעדית בדרך הביטוי המסוימת כמשאב ביטוי נפרד - צריכה להיחשב כלל הקצאה מוצדק.

103 ראו ניבה אלקין-קורן "על כלל ועל 'נחלת הכלל': מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט" עיוני משפט כה(1) (התשס"א) 9, 20-35. ראו גם: Benkler, *supra* note 13, at pp. 360-363.

104 ראו את הטקסט הסמוך להערה 21 לעיל.

הפיזיות של הרשת,¹⁰⁵ משקפים דפוס המבקש להזריק יסוד שיתופי לכלל ההקצאה הראשונית של משאב הביטוי (באותו מקרה – תשתיות התקשורת). על-פי דפוס הקצאה זה, על סרגל האפשרויות שבין הפיכת משאב הביטוי לנכס קנייני לבין הכפפתו למשטר המקנה לכל פרט ופרט זכות גישה ושימוש במשאב הביטוי, האפשרות השנייה נתפסת כמועדפת. לגבי משאבי ביטוי מופשטים, ההצדקה המרכזית לדפוס הקצאה כזה היא אופיים כטובין ציבוריים, דהיינו, העובדה שצריכתם של משאבי הביטוי והשימוש בהם על-ידי פרט אחד אינם גורעים מיכולתו של פרט אחר להשתמש בהם.¹⁰⁶ באופן דומה, גם לאותם משאבי ביטוי נוספים שלגביהם ננקט דפוס ההקצאה האמור, דוגמת תשתיות הגישה לרשת האינטרנט, יש תכונות (פיזיות) המותירות מקום לכלל הקצאה המדגיש יסוד של גישה פתוחה ותנאים שווים בשימוש במשאב הביטוי ובניצולו.¹⁰⁷

מזווית-ראייה חלוקתית, ניתן לזהות בנקל את היתרונות הברורים שיש לדפוס הקצאה זה, לפחות ככלל בררת-מחדל. זו נקודת מוצא המשמשת עוגן לקביעת הסדר חלוקתי שוויוני ביחס לאפשרויות הגישה והשימוש במשאבי ביטוי. מעבר לכך, הבחירה במתכונת הקצאה זו עשויה להיות מושפעת משני שיקולים מרכזיים נוספים, אשר עשויים לעיתים למשוך לכיוונים סותרים: (א) היכולת המוגברת של דפוס הקצאה זה להפנים החצנות חיוביות שנלוות לשימוש במשאבי ביטוי; (ב) ההשפעה שיש לכלל הקצאה של זכות גישה ושימוש שווים במשאב ביטוי על מערך התמריצים לפעילות בתחום התקשורת והביטוי.

החצנות חיוביות: אחד המאפיינים של מידע, תכנים וחומרי תרבות נוספים הוא הפוטנציאל הניכר של החצנות חיוביות אשר גלום בהם,¹⁰⁸ כלומר, פוטנציאל ניכר של תרומה וערך למימוש התכליות של עקרון חופש הביטוי, אשר אינם מופנמים באופן מלא על-ידי הצדדים הישירים לתהליך ההפקה והצריכה של מוצר-התוכן ואשר מקרינים ומשליכים לחיוב על צדדים שלישיים נוספים – הציבור הרחב ויחידים בקרבו. למשל, עיתונות חוקרת עשויה לתרום רבות לחוסנו של משטר דמוקרטי מבלי שערך מוסף זה יופנם במלואו על-ידי עקומת הביקוש של קוראי העיתונים. הוא הדין גם לגבי תרומתו התרבותית ארוכת-הטווח של פרויקט Gutenberg, המרפז קובצי טקסט של כשבעה-עשר אלף ספרים, כפי שהועלו על רשת האינטרנט על-ידי מאות מתנדבים.¹⁰⁹

לפחות באופן מסורתי, נטייתו הכללית של המשפט הייתה לנסות להפנים החצנות

105 זהו למעשה סוג של כלל אחריות, משום שכנגד זכות הגישה מוטל על מי שעושה שימוש בתשתיות התקשורת לשלם דמי שימוש לבעלים של תשתיות התקשורת, ובדרך-כלל יש פתח למעורבות שלטונית בקביעת שיעור הסכום (ראו גם סעיף 5(ב)(2) לחוק התקשורת). ראו גם לעיל הערה 7 והטקסט הסמוך אליה.

106 Yochai Benkler "Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production" 114 *Yale L.J.* (2004) 273.

107 Baker, *supra* note 77, at pp. 41–62; Robert W. McChesney *Rich Media, Poor Democracy: Communication Politics in Dubious Times* (New York, 1999) 144–145; Cass R. Sunstein "Television and the Public Interest" 88 *Cal. L. Rev.* (2000) 499, 516–517.

108 ראו: <http://www.gutenberg.org>, והמקבילה הישראלית של הפרויקט – "פרויקט בן-יהודה": <http://benyehuda.org>.

חיוביות על-ידי משטר של זכויות קנייניות.¹¹⁰ כך, דיני זכויות יוצרים מאפשרים להפנים החצנות חיוביות הגלומות ביצירות ובביטויים על-ידי הקניית זכות בלעדיות, המונעת את בעיית ה"טפילות" (free riding) המאפיינת טובין מופשטים. נוסף על כך, זכות הבלעדיות מאפשרת לפזר את העלות של הפקת טובין מופשטים, על ההחצנות החיוביות הגלומות בהם, בין כלל צרכניהם הפוטנציאליים, ועל-ידי כך להפחית את עלות הטובין לכל צרכן (תיאורטית מדובר במספר בלתי-מוגבל של צרכנים, לנוכח האופי הבלתי-מתכלה של הטובין המופשטים). בהמשך אעמוד על החסרונות החלוקתיים הנלווים למתכונת הסדרה קניינית כזו, אולם בשלב זה ברצוני להדגיש את הנקודה הבאה: הפנמת ההחצנות החיוביות יכולה להיעשות בה-במידה, ובמקרים מסוימים אף ביתר תוקף, גם על-ידי פתרון הפוך, והוא הותרו של משאב הביטוי ב"נחלת הכלל", חופשי לשימוש על-ידי כל אחד מן הפרטים בציבור הרחב.¹¹¹

הפנמת החצנות חיוביות הטמונות בפעילות ביטוי יכולה להיעשות לא רק על-ידי מתן ערך כלכלי לתוצריה של פעילות הביטוי, אלא גם על-ידי הוזהל ניכרת של עלות ההפקה של פעילות הביטוי. המתכונת להשגת יעד זה היא מתן זכות שימוש חופשי בחומרי-הגלם - משאבי ביטוי קיימים - הנדרשים במסגרת פעילות תקשורת וביטוי, יהיו אלה משאבי ביטוי השייכים לרובד התוכני או משאבי ביטוי הממוקמים ברובד התשתיות וברובד ההפצה והגישה לתשומת-לב של קהל. פריחתם של אתרי חדשות "חובבניים" ו"בלוגים" בתחום האקטואליה ברשת האינטרנט מהווה דוגמה מובהקת לכך. כאשר מידע בענייני חדשות חופשי לשימוש על-ידי הכלל, ההוזהל המשמעותית בעלות הכרוכה בפעילות תקשורתית מהסוג האמור מאפשרת ליחידים רבים ליטול בה חלק - הן כדוברים והן כנמענים - ללא צורך בהפיכת תוצרי הפעילות למשאב קנייני-כלכלי. פעילות ביטוי מהסוג של פרודיות, סטירות וספרות "fan fiction" עשויה לשמש דוגמה נוספת ליכולת להפנים החצנות חיוביות על-ידי קביעת כלל "א-קנייני", אשר מקנה זכות שימוש חופשית במשאבי הביטוי, ועל-ידי כך מוזהל באופן משמעותי את עלותה של פעילות הביטוי. כאשר פעילויות ביטוי מהסוג האמור חסות תחת הגנת השימוש ההוגן שבדיני זכויות יוצרים, ההוזהל הניכרת בעלות ההפקה מאפשרת הן ליוצרי פעילות הביטוי והן לנמעניה להפנים באופן חלקי לפחות, את ההחצנות החיוביות הטמונות בה.¹¹²

באמור לעיל אין משום נקיטת עמדה גורפת בשאלה איזו מבין שתי הדרכים האמורות להפנמת החצנות חיוביות - משטר של זכויות קניין בלעדיות, מחד גיסא, או משטר התומך בזכות גישה ושימוש חופשיים לציבור הרחב, מאידך גיסא - "יעילה" יותר מבחינת יכולתה להשיא את תפוקת התכנים והפעילות בתחום התקשורת והביטוי כמו-גם

110 ראו באופן כללי: Harold Demsetz "Toward a Theory of Property Rights" 57 *Am. Econ. Rev.* (1967) 347; Yoram Barzel *Economic Analysis of Property Rights* (Cambridge, 1989).

111 ראו גם: Niva Elkin-Koren "Copyrights in Cyberspace - Rights Without Laws?" 73 *Chi.-Kent L. Rev.* (1998) 1155, 1197-1199.

112 ראו באופן כללי: Rebecca Tushnet "Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law" 17 *Loy. L.A. Ent. L. J.* (1997) 651; Henry Jenkins *Textual Poachers: Television Fans & Participatory Culture* (New York, 1992) 152-162.

את גיוונם. ניתן להניח כי התשובה לשאלה זו צפויה להשתנות הן בהתייחס לסוגים שונים של תכנים¹¹³ והן בהתייחס לסביבות תקשורת ותנאים טכנולוגיים שונים.¹¹⁴ כאמור, ממילא מטרתו של פרק זה אינה להציע "מודל-על" להסדרת פעילות בתחום הביטוי והיצירה, אלא להפנות זרקור להיבטים החלוקתיים הכרוכים במשאבי ביטוי. הנקודה המרכזית לענייננו היא כי לפחות מזווית-ראייה חלוקתית דומה כי החלופה של זכות גישה ושימוש חופשיים לציבור הרחב מצדיקה ללא ספק שקילה, בחינה, ולכאורה גם מתן עדיפות. כפי שנפרט להלן, מרכזיותה של חלופה זו עשויה אף להתחזק בנסיבות שבהן נקיטתה אינה מעוררת, באופן מובהק, חשש לפגיעה במערך התמריצים לפעילות בתחום הביטוי והתקשורת.

השפעת מיקומו של משאב הביטוי כחלק מ"נחלת הכלל" על מערך התמריצים לפעילות בתחום התקשורת והביטוי: שיקול נוסף, שעשוי למשוך לכיוון סותר ולהציב סימן שאלה לגבי דפוס הקצאה מהסוג האמור, מתייחס להשפעתו של כלל הקצאה כזה על מערך התמריצים לפעילות בתחום התקשורת והביטוי. אם דפוס ההקצאה האמור צפוי להפחית באופן ניכר את מערך התמריצים לפעילות בתחום הביטוי והתקשורת, אזי הוא עלול להיתפס כבלתי-רצוי גם מזווית-ראייה חלוקתית.

לגבי כל אחד משלושת הרבדים המרכזיים של משאבי ביטוי – רובד התשתיות הפיזיות, רובד ההפצה והגישה לתשומת-לב של קהל והרובד התוכני – התכליות של עקרון חופש הביטוי מעמידות יעד מובהק של העשרה, ביזור וגיוון של מצאי משאבי הביטוי אשר עומדים לרשות החברה ויחידיה. יעד זה מקדם את ערך האוטונומיה של הפרט כמו-גם את יכולתו ליטול חלק בתהליך הדמוקרטי הן כדובר והן כנמען.¹¹⁵ מעבר לכך, להגשמת יעד זה יש יתרונות ברורים בצמצום פערים חלוקתיים בתחום הביטוי. פיתוח, ביזור וגיוון של מערך משאבי הביטוי, אשר קיימים בכל אחד מהרבדים השונים, צפויים להגדיל את קשת האפשרויות, היכולות ומשאבי הביטוי העומדים לרשותו של כל פרט, בין בכובעו כדובר ובין בכובעו כנמען. פועל יוצא ישיר מכך הוא צמצום המתחים והפערים החלוקתיים הקיימים בסביבות ביטוי ותקשורת מפותחות פחות.

על פני הדברים, דפוס הקצאה הממקם את משאב הביטוי ב"נחלת הכלל" טומן בחובו פוטנציאל ניכר של פחות במערך התמריצים להעשרה, ביזור וגיוון של מצאי משאבי הביטוי, ולו רק מן הטעם התועלתית שדפוס כזה מקטין את היכולת להפיק רווחים מהמשאב. מכאן, לכאורה, עשויה לנבוע מסקנה בדבר נחיתות של דפוס ההקצאה האמור ובדבר הצורך לתחום את החלתו למקרים שיוריים שבהם יש צידוק מיוחד לנקיטת דפוס כזה, דהיינו, לנסיבות הדוחקות הצידה את ההיגיון הכלכלי הרגיל המצביע על מרכזיותם של הזכויות הקנייניות ומנגנון השוק.¹¹⁶ דוגמה אחת להריג כאמור עשויה להימצא בהקשר של

113 ראו באופן כללי: Yochai Benkler "Intellectual Property and the Organization of Information Production" 22 *Int'l Rev. L. & Econ.* (2002) 81

114 ראו גם את האמור לעיל בחלק א לגבי האופי הדינמי של משאבי ביטוי.

115 ראו: 3 Benkler, *supra* note 3.

116 ראו גם: Yoo, *supra* note 21, אשר מבסס על הטיעון האמור בטקסט את התנגדותו לעיקרון של "ניטרליות רשת".

תשתיות תקשורת פיזיות, דוגמת רשתות הכבלים, המתאפיינות בתכונות של מונופולין טבעי.¹¹⁷ כאן, לצד ההצדקה להסדרה שלטונית, המעניקה זכות בלעדיות להקמה ותפעול של תשתיות התקשורת,¹¹⁸ קיימת גם הצדקה לקביעת כלל משלים בדבר זכות גישה ושימוש שווים בתשתיות התקשורת. זאת, כדי למנוע את בעל התשתיות מלנצל לרעה את הכוח המונופוליסטי הנתון בידיו.¹¹⁹ דוגמה נוספת עשויה להימצא בנסיבות שבהן לצד הכפפת משאב הביטוי למשטר קנייני מותרים חלקים ומרכיבים מסוימים ממשאב הביטוי חופשיים לשימוש. משטר מעורב זה מבוסס על ההנחה כי לצורך קיום מערך התמריצים הכלכליים הנדרש, ניתן להסתפק באותם מרכיבים של משאב הביטוי הנשלטים על-ידי משטר של זכויות קנייניות. דיני זכויות יוצרים מהווים דוגמה מובהקת למתכונת אשר לצד מתן הגנה קניינית לדרך הביטוי המסוימת מותרת "איים" של זכות שימוש חופשית במרכיבים מתוך משאב הביטוי, החל בהחרגת הגנת זכות היוצרים לגבי מרכיבים דוגמת רעיונות ומידע גרידא, וכלה בסייגים ובחריגים דוגמת הגנת השימוש ההוגן.

באמור לעיל יש כדי להסביר מדוע שטח המחיה של דפוס הקצאה הממקם משאבי ביטוי כחלק מ"נחלת הכלל" אמור להיות מוגבל יחסית. אולם בנקודה זו חשוב לחזור ולהיזכר בתכונת הדינמיות המאפיינת משאבי ביטוי. מערך התמריצים להשקעת משאבים בהפקה ובהפצה של משאבי ביטוי, בכל אחד משלושת הרבדים, עשוי להשתנות מתקופה לתקופה בהתאם ליכולות הטכנולוגיות והתקשורתיות העומדות לרשות השחקנים השונים. כפועל יוצא מכך צפוי להשתנות גם שטח המחיה הראוי של אותו דפוס הקצאה המבקש למקם משאבי ביטוי כחלק מ"נחלת הכלל". נקודה זו מקבלת משנה תוקף לנוכח העובדה שהתכונות המאפיינות סביבת תקשורת דיגיטלית - ובפרט רשתות תקשורת "קצה אל קצה" (end to end) מבוזרות, דוגמת רשת האינטרנט - אכן מאפשרות צמיחתן של חלופות ומסגרות מוסדיות נוספות, לצד מנגנון השוק, ליצירה, הפקה והפצה של תכנים ומידע. זאת, תוך סיפוק פתרונות, חלקיים לפחות, הן לבעיית הטובין הציבוריים והן לבעיית ההחצנות החיוביות, אשר בגינן היה נהוג לסבור כי יש לתת עדיפות למודל של מתן תמריצים כלכליים בדרך של הקצאת זכויות קנייניות במשאבי ביטוי.

ביטוי להתפתחויות מסוג זה מצוי בצמיחתן של פעילויות תקשורתיות שנהוג לכנותן

117 כלומר, כאשר עלויות ההפקה של המשאב הינן כאלה שזול ויעיל יותר אם הביקוש למשאב יסופק על-ידי גורם אחד. ראו: Richard A. Posner *Natural Monopoly and Its Regulation* (Washington D.C., 30th ed., 1999).

118 זאת, בהתבסס על הטענה כי לנוכח העלות הקבועה הגבוהה מאוד של פרישת רשת כבלים ארצית או אזורית, פרישת רשת נוספת מתחרה רק תגדיל את עלות התשתית מבלי להגדיל באופן נחוץ את קיבולת האספקה או את פוטנציאל השידור. במקרים מסוג זה, הקצאתו המבוקרת של משאב הביטוי, בדרך של בלעדיות לזכיינים או למקבלי רישיון, נועדה להבטיח קיומו של תמריץ כלכלי מספיק להשקעת המשאבים הנדרשים לשם הקמת רשת הכבלים. אולם גם בהקשר זה, כמו בהקשרים אחרים, מידת נכונותה של הטענה הכלכלית בדבר היות הענף נתון במונופול טבעי עשויה להשתנות עם התפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות, כגון התפתחות של טכנולוגיות שידור באמצעות לוויין או שימוש בתשתיות בזק ו/או אלחוט להעברת שידורי טלוויזיה. ראו ירון אזרחי, זוהר גושן וחני קומנשטר הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי (2001) 27-29.

119 ראו גם עניין די. בי. אס., לעיל הערה 4, בפסקות 15-17 לפסק-הדין.

במקובץ "Peer Production" או "Collaborative Media", ובאופן כללי יותר – במרכזיות ההולכת וגוברת של השימוש בתוכנות המבוססות על "קוד פתוח", בתוכנות לשיתוף קבצים ובמתכונות אחרות של פלטפורמות "פתוחות" של תקשורת ויצירה, המאפשרות שיתוף פעולה, "נטילה" ו"תרומה", לעיתים בזמנים, על-ידי מספר רב של יחידים;¹²⁰ אנציקלופדיות רבות-משתתפים דוגמת Wikipedia;¹²¹ אתרי חדשות ומידע רבי-משתתפים, שרובם תורמים תכנים ונוטלים חלק בתהליך העריכה; פרויקט Gutenberg, שכבר הוזכר; ובמישור של רובד התשתיות ורובד ההפצה – תוכנות ופרוטוקולים המבוססים על "קוד פתוח", אשר מניחים תשתית לאפיקים חדשים רבי-עוצמה של הפצת תכנים ונגישות אליהם.

דיון מלא בדפוסי פעולה אלה חורג ממסגרת הדיון הנוכחית, אולם השינוי העיקרי שרלוונטי לענייננו מצוי בהיבט הבא: מדובר בסביבת פעולה המאפשרת השקעת משאבים מוגבלת יחסית בהיקפה לכל משתתף, על-ידי מספר רב של משתתפים, נכנסים ויוצאים, שכל אחד מהם תורם בתחום התמחותו הייחודי. נוסף על כך, מתכונות הפעילות המשותפת מפעילות מנגנוני בקרה ושיקול-דעת עריכתי. מסגרות מוסדיות כאלה צפויות אף הן לספק כשלים משלהן,¹²² אולם יש בהן בכל-זאת כדי למתן, באופן משמעותי למדי, הן את בעיית הטובין הציבוריים והן את בעיית ההחצנות החיוביות, אשר אפיינו את ענף התקשורת עד לאחרונה. בעיית הטובין הציבוריים נפתרת, באופן חלקי לפחות, משום

120 עבודת-החלוץ המרכזית בנושא זה היא: Yochai Benkler "Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm" 112 *Yale L.J.* (2002) 369

121 ראו את העמוד הראשי של אתר ויקיפדיה: <http://www.wikipedia.com>

122 לא למותר לציין כי פעילות יצרנית תקשורתית כזו בוודאי אינה מקיפה את כל הסוגים של מוצרי-התוכן המופקים אשר נדרשים במסגרת שוק התקשורת. למשל, זו אינה מתכונת המתאימה לפעילות מהסוג של עיתונאות חוקרת, הדורשת השקעת משאבים רבים, או להפקות של יצירות טלוויזיוניות, אשר מחייבות מפיץ יחיד המרפז תחת ידיו את הפעילות התקשורתית ואת השקעת המשאבים הכרוכה בה. אולם מדובר בכל-זאת בפעילות המספקת מענה ומסגרת תקשורתית מוסדית חלופית לסוגי תכנים אשר בעבר לא מצאו את מקומם לנוכח כשלי הביטוי המאפיינים את שוק התקשורת המסורתי. אכן, חלק ניכר מהמוצרים המופקים במתכונות של Peer Production הם בדיוק אותם סוגי תכנים אשר קודם לכן נמנעה הפקתם בשל בעיה של החצנות חיוביות (אשר גרמו לחוסר כדאיות כלכלית בהשקעת משאבים בהפקתם): תכנים חינוכיים ותייעודיים; מידע ותכנים נוספים בעלי גוון מחקרי, פוליטי או אקדמי; ארכיונים למיניהם ועוד. שוק התקשורת המסחרי לא סיפק את מלוא ההיקף הנדרש של מוצרי-תוכן מגוונים אלה הן בשל העדר ביקוש מספיק (דהיינו, משום שהקהל הרחב לא הפנים את מלוא הערך ו/או העלויות הנדרשות להפקת המוצר) והן בשל ההטיה הכלכלית של שוק תקשורת מסחרי לטובת מוצרי-תוכן אחרים שמניבים רווח גדול יותר. אולם כעת, במסגרת אותן מתכונות חדשות של הפקת תכנים והפצתם, מקבץ גדול של יחידים הפועלים במשותף מסוגלים להפנים את הערך החיובי הטמון באותם מוצרים: כאמור, מרכיב הפיזור מפחית את עלות המשאבים (לרבות במונחים של זמן ואפשרויות חלופיות) המוטלת על כל פרט ופרט; ואילו יסוד המודולריות מאפשר לפרק את מלאכת ההפקה של מוצר התקשורת לגורמים ולשלבבים, מבלי שיש חובה לשאת מראש במכלול העלויות הקבועות. כפועל יוצא מכך, סביבת פעולה כזו מאפשרת ליחידים רבים להפנים את הערך החיובי הטמון במוצרי תקשורת בעלי ערך ציבורי וחברתי הן כנמענים והן כדוברים (יוצרים) הנוטלים חלק בהפקתם.

שבכל הנוגע ל־Peer Production, השקעת המשאבים על־ידי כל פרט ופרט תחומה וגדורה לאותו היקף שלגביו קיים תמריץ אף בהינתן ההנחה כי לא תשתלם תמורה כספית כנגד השקעת המשאבים. גם בעבר התקיימה פעילות תוכן של יחידים שלא התבססה על תמריצים כספיים, אלא שכעת פלח זה גדל באופן ניכר. נוסף על כך, לנוכח פיזור העלויות הקבועות של מוצר התקשורת בין מספר רב של יחידים, בעיית התמריץ הכלכלי נעשתה זניחה יותר גם לגבי מוצרי־תוכן עם עלויות קבועות ניכרות למדי, אשר בעבר מפיק יחיד היה נדרש לתמריץ כלכלי משמעותי למדי לשם הפקתם - תמריץ שבמקרים רבים לא היה קיים לגבי סוגים מסוימים של מוצרי־תוכן בעלי ערך ציבורי־חברתי.

כאשר מתחשבים בהתפתחויות האמורות, ניתן לצפות כי דפוס ההקצאה המבקש למקם משאבי ביטוי כחלק מ"נחלת הכלל" ייעשה מרכזי יותר בעתיד, לפחות במקטעים מסוימים. זו דוגמה אחת המסבירה כיצד ומדוע הסדרה בתחום הביטוי משמעה חשיבה חוזרת, בנקודות־זמן שונות, לגבי האופן הראוי לקביעת אופני ההקצאה של משאבי ביטוי. מודל התקשורת השיתופית שנסקר בפסקות הקודמות, חלקי ולא־ממצה ככל שיהיה, מציב סימן שאלה מסוים לגבי גבולותיה של אותה הנחת־מוצא מסורתית שלפיה משטר של דיני קניין רוחני - וכפי שנראה מייד, גם הסדרה שלטונית - הינם תנאי הכרחי לקיומם של תמריצים לפיתוח ולהפצה של משאבי ביטוי מסוגים שונים. זאת, ראשית, משום שכעת קיים כאמור מתחם של פעילות יצירתית ותקשורתית שלגביו הנחת־מוצא זו אינה תקפה עוד; ושנית, משום שלגבי מתחם פעילות זה, משטר קשיח של דיני קניין רוחני - ולו גם זה הקיים - עלול להכביד ואף לסכל פעילות חדשה או נוספת בעלת ערך חברתי רב.

לבסוף, נדרשת גם התייחסות לאידיאולוגיית חופש הביטוי. כל אחד מדפוסי ההקצאה השונים, לרבות אלה שיפורטו בסעיפי־המשנה הבאים, טומן בחובו אידיאולוגיה מסוימת של חופש ביטוי. אידיאולוגיה זו משתקפת במוסדות ובמתכונות של התקשורת והביטוי שדפוס ההקצאה תומך בהם. במובן זה, דומה כי לדפוס הקצאה המבקש למקם משאבי ביטוי כחלק מ"נחלת הכלל" יש יתרונות ברורים על שני דפוסי ההקצאה שנפרט מייד - הסדרה שלטונית ישירה והדגשת מרכיביהם הקנייניים־הכלכליים של משאבי ביטוי. דפוס הקצאה המבקש למקם משאבי ביטוי כחלק מ"נחלת הכלל" מגלם אידיאולוגיה של חופש ביטוי אשר מבקשת למנוע הן שליטה פרטית קניינית והן מעורבות שלטונית ככל שהדברים נוגעים באפשרויות השימוש במשאבי הביטוי ובנגישות אליהם. ניתן אולי לקרוא תיגר ולהתדיין על מצאי המקרים והנסיבות שבהם מתכונת זו ישימה, אולם ככל שהדברים נוגעים בבסיס הערכי של חופש הביטוי, זהו דפוס הקצאה המקנה משקל רב לשיקולים של שוויון יצדק חלוקתי. יתר על כן, מתכונת הקצאה זו צפויה, מעצם דרישתה למקם את משאב הביטוי ב"נחלת הכלל", להפחית את דרגת המעורבות השלטונית בתהליך הקצאתם של משאבי ביטוי. ומכאן היתרונות הגלומים במתכונת הקצאה זו. זו שאלה נפרדת (ונושא למאמר אחר) כיצד ניתן לאתר את מתחמי הפעילות בתחום הביטוי והיצירה שבהם יש כורח להשתמש בכלים הסדרתיים - שלטוניים או קנייניים - כדי לספק תמריצים לפעילויות תקשורתיות אשר כלל הקצאה זה אינו מסוגל לתת להם מענה. אולם אין בכך כדי לשנות מן היתרונות האמורים לעיל ומכוחו הפוטנציאלי של דפוס הקצאה זה ככלל בררת־מחדל.

(ב) "ניפוס שלטוני" של משאב הביטוי

דפוס הקצאה שני של משאבי ביטוי – הפוך באופיו ובתכונותיו – הוא ניפוס שלטוני של משאב הביטוי והקצאתו באמצעות משטר של זכיונות/רשיונות. על-פי מתכונת זו, בשלב הראשון (המכונן) המדינה מנסכת¹²³ לעצמה שליטה מלאה במשאב הביטוי. לאחר-מכן, בשלב מאוחר יותר, היא מקצה את המשאב לגורמים פרטיים באמצעות מתן רשיונות ו/או זכיונות – במקרים רבים כאלה הכוללים יסוד של בלעדיות. זאת, כאשר תנאי הרישיון/הזיכיון מבקשים להבטיח כי מוטביו החדשים של משאב הביטוי יעשו בו שימוש באופן שיבטיח מימוש נאות של התכליות של עקרון חופש הביטוי בהתייחס לכלל האוכלוסייה שבעבורה נמסר לידם משאב הביטוי.

דוגמה מובהקת למתכונת הקצאה זו היא משטר ההסדרה הנוהג בתחום התקשורת המשודרת ובענף הטלקומוניקציה בכלל, בהקשרים שבהם המשאב התקשורתי הנידון – למשל תדרים בספקטרום האלקטרומגנטי – הינו משאב נדיר המצוי במחסור.¹²⁴ הנחת-המוצא בהקשר זה היא כי מרכיביו הביטויים של המשאב והאינטרס הציבורי הגלום בהם מצדיקים בחירה באפיק של הסדרה שלטונית, להבדיל מהפרטה קניינית מלאה של המשאב הנדיר.¹²⁵ הנטייה הרווחת היא להתייחס למהלכים מהסוג האמור לעיל כאל הסדרה שלטונית של תחום התקשורת. אולם חשוב לשים לב כי מהלכים אלה כוללים גם דפוס קבוע של הקצאה ראשונית של משאב הביטוי שאת השימוש בו מבקשים להסדיר: בשלב הראשון, תחת מה שמוגדר בדרך-כלל על-ידי המחוקק כאיסור לבצע פעולות תקשורתיות מסוימות ללא קבלת רישיון,¹²⁶ עומד מהלך שמהווה במהותו ניפוס שלטוני והקצאה

123 אף שהמונח "ניפוס" מעורר קונוטציה של הלאמה, העדפתי אותו על המונח "רכישת בעלות", משום שבמסגרת דפוס ההקצאה השני המתואר בטקסט, המדינה אכן מנסכת לעצמה את משאב הביטוי, הלכה למעשה, מכוח אותו משטר רישוי שנקבע על-ידיה ובאמצעותו. המהלך של קביעת משטר הרישוי אינו מלווה צעד מפורש וגלוי של רכישת בעלות במשאב הביטוי, אלא בניפוס עקיף אגב יצירת משטר הרישוי ובאמצעותו.

124 אך ראו גם את האמור לעיל בטקסט הסמוך להערות 56–58.

125 ראו, למשל, עניין אורון, לעיל הערה 56, בע' 654–655, שם כותב השופט אור, כהקדמה לניתוח פוזיטיבי של הוראות הדין המצוי בארץ, את הדברים הבאים: "הצורך ברגולציה אינו מתמצה בהועדה והקצאה טכנית של התדרים בספקטרום האלקטרומגנטי. קיים טעם נוסף לצורך להסדיר את תחום התקשורת. טעם זה הוא מהותי-תוכני. לא ניתן להפריז בחשיבותה של החלטה להעניק זיכיון לשדר שידורי רדיו לציבור. זיכיון לשדר שידורים לציבור מעניק לבעליו כלי רב עוצמה. הוא מאפשר לבעל הזיכיון נגישות לקהלים רחבים אשר ספק אם היה מגיע אליהם אלמלא מכשיר זה. הדבר פותח בפניו פתח להפיץ את מסריו ובכך מאפשר לו לנסות ולהשפיע על הציבור הרחב. באופן כללי, התערבות רגולטורית נדרשת על מנת להבטיח כי האינטרס הציבורי יקודם באמצעות הקצאת התדרים למשתמשים השונים וכן השימוש בהם ייעשה למען הגשמת המטרות שלשמן הוקצו. במסגרת זו, היות הספקטרום האלקטרומגנטי משאב ציבורי מוגבל, יוצר צורך לדאוג לכך כי מירב הדעות וההשקפות יבוטאו באמצעותו וכן שיימנע מונופול בשוק הדעות כתוצאה משליטה הומוגנית בכלי התקשורת. רואים אנו, כי תפקידו של הרגולטור בהקשר זה אינו טכני בלבד אלא מוטל עליו גם לדאוג למימוש עקרונות מהותיים."

126 ראו את סעיף 2(ב) לחוק התקשורת, אשר קובע כי "לא יבצע אדם פעולות בוק ולא יתן שירותי בוק אלא אם קיבל מאת השר רישיון לכך לפי חוק זה או מכוח היתר כללי לכך". הגדרת המונחים "בוק" ו"פעולת בוק", בסעיף 1 לחוק, הינה הגדרה רחבה מאוד.

בלעדית של משאב הביטוי לידיה של המדינה; ואילו לאחר-מכן, בשלב השני, נעשה מהלך של הקצאה (וניתן לומר גם "הפרטה") חלקית ומוגבלת של זכויות שימוש ושליטה במשאב הביטוי למצאי מוגבל של מקבלי רשיונות/זכויות.

על פני הדברים, דפוס הקצאה זה אמור למתן ולהפיג מתחים בין מרכיבי הקנייניים הכלכליים של משאב הביטוי לבין מרכיבי הפיזיים, שכן תהליך ההקצאה של זכויות השימוש במשאב הביטוי לגורמים פרטיים נעשה מלכתחילה על בסיס ההנחה כי אלה ישמשו "נאמן של הציבור" לעניין אופן השימוש והניצול של משאב הביטוי.¹²⁷ לפחות למראית-עין, מהלך דברים זה אמור להבטיח כי תוכן מרכיבי הקנייניים של משאב הביטוי יעוצב בהתאם למתחייב מהתכליות של עקרון חופש הביטוי ובאופן הפועל לצמצום פערים חלוקתיים בהתייחס לדרכי הניצול והשימוש במשאב הביטוי. כך, לדוגמה, מרכיביהם הקנייניים של משאבי ביטוי המהווים נושא להסדרה שלטונית בתחום שידורי הטלוויזיה (זכויות השידור) נוטים להיות כפופים הן להגבלות בנוגע לריפוזיות ולבעלויות צולבות¹²⁸ והן לחובת השקעה בהפקות מקור ורכישה של הפקות מקור של מפיקים עצמאיים (שאינם קשורים לגוף השידור).¹²⁹ יתרה מזו, כאשר הקצאת זכויות השימוש במשאב ביטוי נעשית בדרך של זיכיון/רישיון שלטוניים, נותרת לכאורה בידי המדינה יכולת לכייל ולהתאים מפעם לפעם את אופני ההקצאה של משאב הביטוי ואת דרכי השימוש בו בהתאם להתפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות כמו-גם בהתאם לצרכיה המשתנים של החברה בתחום חופש הביטוי.¹³⁰ ברם, על-אף האמור לעיל, ניתן לאתר בדפוס הקצאה זה כמה חסרונות וכשלים בולטים אשר מעוררים ספקות לגבי יתרונות השימוש בו, כמפורט להלן.

נטייתו של דפוס ההקצאה לשמש מקור וגורם מדרבן לפערים חלוקתיים בתחום התקשורת והביטוי: חיסרון ראשון של דפוס הקצאה זה קשור לכך שמדובר, באופן מוצהר, בדפוס המבקש להקצות את משאב הביטוי לקומץ של גורמים - למשל, למספר

כך, ההגדרה של המונח "בזק" מקיפה "שידור, העברה או קליטה של סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, באמצעות תיל, אלחוטי, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות"; וההגדרה של "פעולת בזק" כוללת "הפעלת מיתקן בזק, התקנתו, בנייתו או קיומו, הכל למטרת בזק".

127 ראו, למשל, ברק, לעיל הערה 1, בע' 237-239, המחיל תפיסה כזו גם לגבי תאגידי תקשורת פרטיים המחזיקים בזיכיון שלטוני, דוגמת הזכיינים של שידורי הערוץ השני מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו.

128 ראו גם את הטקסט הסמוך להערה 60 לעיל.

129 ראו, לדוגמה, את סעיפים 176 ו-167 לחוק התקשורת.

130 ראו, למשל, בג"צ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 415, וכן בג"צ 508/98 מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ נ' הכנסת, פ"ד נד(4) 577, כדוגמות למקרים שבהם ניתן תוקף לרפורמות בתחום התקשורת שבמסגרתן הוקצו משאבי ביטוי נוספים בתחום התקשורת המשודרת, כחלק ממהלך להוספת אפיק של שידורי טלוויזיה רב-ערוצית באמצעות לוויין ולהוספת ערוץ טלוויזיה מסחרי שלישי. באופן כללי יותר, חוק התקשורת כולל שורה ארוכה של סמכויות, הנתונות הן לשר התקשורת והן למועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, אשר מאפשרות לגורמים המוסמכים להוסיף ולהקצות משאבי ביטוי בתחום התקשורת המשודרת או לחלופין לשנות את משטר הפיקוח המוחל על משאבי ביטוי שכבר הוקצו.

מוגבל של גופי שידור. מצב־דברים זה, כשלעצמו, הינו מקור לפערים חלוקתיים ניכרים לעניין מימושה של הזכות לחופש ביטוי. ודוק: בהקשר זה העובדה שהקצאת משאב הביטוי מלווה הסדרה שלטונית והתייחסות למוטב של משאב הביטוי כאל "נאמן של הציבור" אינה מחפה על הפערים החלוקתיים הגלומים בעצם יסודו של דפוס ההקצאה. לדוגמה, העובדה שזכייני הערוץ השני כפופים למשטר פיקוח ולתנאי מכרז, ולו גם הדוקים, המבקשים להבטיח תמהיל תכנים העולה בקנה אחד עם החזון של "פרדיגמת השיח" (למשל), אינה מפחיתה כהוא זה מן הפערים החלוקתיים הנגרמים כתוצאה מהסדרה שלטונית המקנה למספר זעום של תאגידי תקשורת שליטה בלעדית באפיקי הגישה ובערוצי ההפצה בתחום התקשורת המשודרת. התייחסות לגוף שידור המחזיק בזיכיון ו/או ברישיון שלטוניים כאל "נאמן של הציבור" עשויה אולי להשפיע על לוח השידורים של גוף השידור כך שיספק לקהל מגוון רחב יותר של תכנים, ואולי אף למנוע ניצול לרעה של העוצמה התקשורתית המצויה בידי גוף השידור. אולם בכל אלה, אם וככל שיתממשו, אין כדי לשנות רבות מן העובדה כי פערים חלוקתיים ניכרים בתחום חופש הביטוי הינם מרכיב בלתי־נפרד מדפוס הקצאה מהסוג של ניכוס שלטוני והפרטה באמצעות מתן מספר מוגבל של זכויות/רשיונות.¹³¹ על כך יש להוסיף כי דפוס הקצאה כזה טומן בחובו, כמפורט בחלק 4 לעיל, חשש ניכר כי השליטה במשאב הביטוי נושא ההרשאה השלטונית תשמש מנוף להשגת שליטה במשאבי ביטוי נוספים, ובכך טמון פוטנציאל להעצמה נוספת של הפערים החלוקתיים בתחום הביטוי.

רגישות של דפוס ההקצאה ללחצים מצד קבוצות־אינטרסים ולשימוש לרעה בכוח שלטוני: חיסרון נוסף, שקשור לחיסרון הקודם, הוא העובדה שמדובר בדפוס הקצאה שרגיש במיוחד ללחצים מצד קבוצות־אינטרסים בעלות כוח כלכלי ופוליטי ולשימוש לרעה בכוח שלטוני. במישור השימוש לרעה בכוח שלטוני, החשש הוא מפני השפעה – ישירה או עקיפה – על שיקול־הדעת העריכתי והתכנים המסופקים על־ידי מי שקיבלו לידם את השליטה במשאב הביטוי. קיומה של תלות, ישירה או עקיפה, בגורם שלטוני, כתנאי לקבלת זכות שימוש במשאב ביטוי, סופה להקים חששות מהסוג האמור בדרגה כזו או אחרת. בד בבד קיים גם חשש כי העוצמה הנתונה בידי אותם אמצעי תקשורת שהוקצו להם משאבי ביטוי בלעדיים תשמש בידם כלי למניעת מהלכים ורפורמות המיועדים לצמצם פערים חלוקתיים בתחום הביטוי ולהרחיב את מעגל הפועלים בתחום התקשורת והביטוי. באופן כללי יותר, מתכונת הקצאה מהסוג של משטר זכויות/רשיונות בלעדיים צפויה להוות כר פורה לכשלים המזוהים עם תיאוריית הבחירה הציבורית, דהיינו, קבוצות־אינטרסים קטנות אך בעלות כוח פוליטי וכלכלי רב עלולות להשפיע באופן ניכר על תהליך קבלת ההחלטות השלטוני, לרבות ככל שהדברים נוגעים בהקצאתם של משאבי ביטוי. מכאן גם החשש לקיומם ולהעצמתם של פערים חלוקתיים בתחום הביטוי.¹³²

131 ראו, באופן כללי, את הסקירה העובדתית בספרו של McChesney, לעיל הערה 108, העומד על האופן שבו מתכונת ההפנמה המפורטת בטקסט סופה להביא לידי ריכוז עוצמה תקשורתית של משאבי ביטוי בידי קומץ גופים.

132 תיאוריית הבחירה הציבורית מתמקדת בכך שחקיקה ותהליכי קבלת החלטות שלטוניים נוספים צפויים לשקף את האינטרסים של קבוצות־כוח קטנות ומאורגנות יותר מאשר

קושי להכיל את האופי הדינמי של משאבי ביטוי: קודם לכן עמדתי על מרכיב הדינמיות המאפיין משאבי ביטוי, ועל כך שהתפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות עשויות להוליד דרישה לבחינה חוזרת של כללי הקצאה קיימים ביחס למשאבי ביטוי, ואולי אף צורך בכך. דפוס הקצאה מהסוג של ניכוס שלטוני ומשטר זכויות/רשיונות ביחס למשאבי ביטוי צפוי להערים קשיים ניכרים בכל הנוגע להכלת האופי הדינמי של משאבי ביטוי, ובמיוחד לגבי אותו צורך פוטנציאלי בריכוך ובהגמשה של זכויות קיימות במשאבי ביטוי. זאת, ראשית, משום שבהמשך לחיסרון הקודם שהוזכר, כל מהלך הכרוך בגריעה - מפורשת או משתמעת - ממצבת משאבי הביטוי של גופי התקשורת הקיימים צפויה להיתקל בהתנגדות מצד אותם גופים, על כל המשתמע מן היתרונות שיש לגופים אלה הן בזירות שלטוניות והן בזירות תקשורתיות הנשלטות על-ידיהם; ושנית, משום שלאורך זמן גם הביורוקרטיה השלטונית העוסקת בהסדרתם ובניהולם של אותם משאבי ביטוי עשויה לבקש להמשיך לשמר את הכוח והעוצמה המצויים בידה, ולו גם במחיר ויתור על רפורמות מתבקשות ביחס לאופני הקצאתם של משאבי הביטוי.¹³³ בדברים אלה איני מבקש לטעון כי הדרך לרפורמות בתחום הקצאתם של משאבי ביטוי חסומה לחלוטין, אולם דומה כי ככל שסביבת תקשורת מתאפיינת בשיעור ניכר יותר של משאבי ביטוי הנתונים בידי קומץ גופים המחזיקים ברשיונות/זכויות בלעדיים, כן יגבר הקושי להוציא לפועל רפורמות שצפויות להפחית מן העוצמה התקשורתית ומן הכוח הכלכלי הנתון בידי אותם גופים. על

את האינטרס הציבורי בכללותו. זאת, בשל בעיות של תיאום, "טפילות" והעדר תמריץ המונעות יחידים מבוזרים מלפעול בזירות שלטוניות לשם קידום האינטרסים שלהם. לדיון בסוגיה זו, תוך התמקדות בתחום התקשורת והביטוי, ראו, למשל: Redish & Kaludis, *supra* note 91, at pp. 1106-1113; Thomas W. Hazlett "Physical Scarcity, Rent Seeking, and the First Amendment" 97 *Colum. L. Rev.* (1997) 905; Thomas W. Hazlett "The Rationality of U.S. Regulation of the Broadcast Spectrum" 33 *J. L. & Econ.* (1990) 133. ראו גם את עניין אורון, לעיל הערה 56, המשמש דוגמה מובהקת לכך שבמציאות שבה הקצאת משאבי ביטוי בתחום שידורי הרדיו נעשית על-ידי המחוקק הראשי, לחצים מצד קבוצות-אינטרסים יכולים להכתיב את מפת שידורי הרדיו בישראל, לרבות על-ידי הכשרת פעילות פירטית ולא-חוקית. באותו מקרה נמנע הדבר על-ידי בית-המשפט העליון בהתבסס על המעמד החוקתי של זכות-היסוד לחופש עיסוק. זאת, מבלי שהתקיים דיון בסוגיית אופן הקצאתו של הספקטרום האלקטרומגנטי כמשאב ביטוי.

133 דוגמה לכך עשויה להימצא במחלוקת שבין מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו לבין המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין לגבי המדיניות הראויה בנושא של שילוב תוכן שיווקי בשידורי הטלוויזיה. זהו אכן נושא מורכב, וקיימים בו טיעונים ושקולים סותרים, אולם מעניינת לגבינו, בהקשר זה, עמדתה של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בתגובה על השימוע שהוצא על-ידי המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין בנוגע לכללים מגמישים בעניין שיתופי-פעולה מסחריים ושילוב תוכן שיווקי בשידורי הטלוויזיה הרב-ערוציים. במסגרת תגובתה על השימוע התמקדה מועצת הרשות השנייה בהתנגדות לכללים המוצעים, בטענה כי הדבר יפגע במקורות המימון של זכייני הערוץ השני מפרסומות. מבלי לשלול את האפשרות כי טיעוניה של מועצת הרשות השנייה אכן שיקפו את המצב המשפטי הקיים בארץ, מסמך התגובה של המועצה הוא דוגמה טובה ליחסים המורכבים - וניתן לומר גם "הסימביוטיים" - שעשויים להתקיים בין גופים מסדירים בתחום התקשורת לבין הגופים המפוקחים על-ידיהם. ראו: <http://www.rashut2.org.il/editor/uploadfiles/453.doc>

רקע חסרונות אלה ניתן להבין מדוע דפוס הקצאה המבקש לנכס למדינה משאבי ביטוי, ובהמשך לכך להקצות אותם למספר מוגבל של מקבלי זכויות/רשיונות, מסתמן כבלתי-ראוי, בפרט מזווית-ראייה חלוקתית. אכן, אין להתעלם מכך שבהקשרים מסוימים מרכיב הנדירות של משאב ביטוי מסוים אכן יצדיק מעורבות והסדרה שלטונית, אולם ספק רב אם מרכזיותו ושטח המחיה הנרחב כל-כך של דפוס הקצאה זה במסגרת הדין המצוי אכן תחומים וגדורים אך ורק לאותם הקשרים.

על כך יש להוסיף כי זהו דפוס הקצאה עם קושי ניכר מבחינת אידיאולוגיית חופש הביטוי הכרוכה בו. דפוס הקצאה כזה נוטה להנך לאידיאולוגיה של חופש ביטוי אשר רואה בפיקוח ובמעורבות שלטונית מרכיב מרכזי בעיצובה של סביבת התקשורת והביטוי של החברה וזאת מן הנימוק כי הדבר נדרש כדי להבטיח כי מי שקיבל לידיו את משאב הביטוי כ"נאמן של הציבור" אכן ימלא אחר מחויבותו לאינטרס הציבורי בתחום התקשורת, הביטוי והיצירה. איני מבקש להמעט כהוא זה ממשקלם של החששות הנובעים מריכוז כוח ועוצמה תקשורתיים בידי קבוצה מצומצמת של מקבלי זכויות ורשיונות שלטוניים, אולם יש קושי רב באידיאולוגיה של חופש ביטוי אשר במקום להתמקד ביעד של הקצאה מבוזרת ושוויונית יותר של זכות הגישה והשימוש באותם משאבי ביטוי בסיסיים ברובד התשתיות וההפצה, שמה את יהבה על הסדרה שלטונית בהתייחס לאופן פעולתם של אותם מקבלי זכויות ורשיונות וביחס לסוגי התכנים המופקים על-ידיהם.¹³⁴ במובן מסוים יש אפילו משהו ציני ואירוני בכך שבשם "האינטרס הציבורי" מקצים תחילה משאבי ביטוי לקומץ גופים פרטיים, ולאחר-מכן, כתגובת-נגד על מהלך זה, מבססים אידיאולוגיה של חופש ביטוי אשר רואה בהסדרה שלטונית כלי הכרחי לאכיפת האינטרס הציבורי בתחום התקשורת והביטוי. התוצאה המתקבלת היא התגבשותם של שני מוקדי כוח – האחד ציבורי (הגוף המסדיר) והאחר פרטי (בעלי הזכויות/הרשיונות) – אשר מקיימים ביניהם יחסים של תלות והזנה הדדית. מזווית-ראייה חלוקתית, כל אחד מבין מוקדי הכוח הללו הינו בבחינת גורם שרצוי לצמצם את היקף פעילותו עד כמה שניתן. זאת, בעוד אידיאולוגיה של חופש ביטוי אשר נבנית סביב הצורך להצדיק מוקדי כוח אלה צפויה להקשות לאורך זמן את הכלת מרכיב הדינמיות של משאבי ביטוי כאמור לעיל.

ג) מרכיביו הקנייניים-הכלכליים של משאב הביטוי

דפוס שלישי של הקצאת משאבי ביטוי מדגיש ומבליט את מרכיביו הקנייניים-הכלכליים של משאב הביטוי תוך דחיקת מרכיביו הביטויים. על-פי דפוס זה, הפיכת משאב הביטוי למשאב כלכלי-קנייני היא הדרך הראויה והנכונה לקידום התכליות של עקרון חופש הביטוי.

מדובר בדפוס המתמקד ביתרונותיו של שוק תקשורת מסחרי המבוסס על תמריצים כלכליים ומיצוי הערך הטמון במשאבים קנייניים. על-פי גישה זו, דרך-המלך למימוש

134 דוגמה מובהקת לכך עשויה להימצא במרכזיותו של פרק התוכן במכרזים לבחירת זכייני הערוץ השני או מפעילי הערוצים הייעודיים במסגרת שידורי הטלוויזיה הרב-ערוצית (כבלים ולוויין).

התכליות של עקרון חופש הביטוי - סביבת מידע חופשית, פורה, מבוזרת ומגוונת, אשר עונה על טעמי הקהל ומספקת במה הולמת לדובריו - מצויה בכלכלת שוק חופשי ובהפיכתם המתמדת של משאבי ביטוי למשאבים סחירים בעלי ערך כלכלי והכפפתם לחוקי השוק.¹³⁵ כפועל יוצא מכך, זהו גם דפוס המבקש למנוע הסדרה של שווקים כלכליים בתחום התקשורת בטענה כי הדבר נוגד את עקרון חופש הביטוי עצמו וכי לשוק חופשי יש חשיבות מרכזית בכל הנוגע לקידום התכליות של עקרון חופש הביטוי. ככל שמדובר בתאגידי תקשורת, דפוס הקצאה זה אף צפוי להתגבש לכלל אידיאולוגיה מורכבת ורבת-עוצמה של חופש ביטוי: על רקע מעמדם של תאגידי אלה כדוברים המפעילים שיקול-דעת עריכתי וכמי שזכאים בעצמם לחופש ביטוי, קיים טשטוש וקושי בהבחנה בין הסדרה שלטונית של זכויות הקניין הנתונות בידי אותם תאגידי תקשורת לבין הטלת הגבלות על זכותם האוטונומית לחופש ביטוי.¹³⁶

דוגמה אחת לאופן השמתו של דפוס הקצאה זה מצויה בדיני זכויות יוצרים ובטיעון "מנגנון השוק" אשר פותח על-ידי Goldstein.¹³⁷ על-פי טיעון "מנגנון השוק", הדגשת מרכיביו הקנייניים-הכלכליים של משאב ביטוי מופשט היא האפיק הנכון לשגשוג, לאופטימיזציה ולהשגת גיוון מרבי בתחום הביטוי והיצירה. כל זאת עקב האופן שבו זכות היוצרים, כזכות קניינית סחירה, מניחה תשתית של שוק משוכלל המאפשר הפנמה מרבית של הערך הטמון במשאבי ביטוי מופשטים וניתוב של השקעת המשאבים בהתאם לביקושי הקהל.¹³⁸ ברוח זו, בית-המשפט העליון בארצות-הברית אף הרחיק לכת ותיאר

- 135 ראו, למשל: Mark S. Fowles & Daniel L. Brener "A Marketplace Approach to Broadcast Regulation" 60 *Tex. L. Rev.* (1982) 207. דוגמה אחת לכך עשויה להימצא בעמדתה של רשות התקשורת האמריקנית (ה-FCC), התומכת בהקצאתם של רשיונות שידור בדרך של מכרזים לכל המרבה במחיר. ראו את המקורות המוזכרים לעיל בהערה 58. במובן מסוים, דפוס הקצאה זה מעמיד לנגד עיניו את מטפורת "שוק הרעיונות החופשי" כמקור הראה ליתרונותיו הלכאוריים של שוק תקשורת מסחרי המבוסס על תמריצים כלכליים ומיצוי הערך הטמון במשאבים קנייניים. להצגת המטפורה ולביקורת על הניסיון לבסס עליה את הזכות לחופש ביטוי, לרבות ביקורת על דרך פעולתם, הלכה למעשה, של שוקי תקשורת מסחריים, ראו: Steven Shiffrin "The Politics of the Mass Media and the Free Speech Principle" 69 *Ind. L. J.* (1994) 689; Stanley Ingber "The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth" 18 *Duke L. J.* (1984) 1.
- 136 ראו: Daniel A. Farber "Expressive Commerce in Cyberspace: Public Goods, Network Effects and Free Speech" 16 *Ga. St. U. L. Rev.* (2000) 789; Balkin, *supra* note 5, at pp. 20-21; Yochai Benkler "Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain" 66 *Law & Contemp. Prob.* (2003) 173, 201-206.
- 137 כפי שהדבר בא לידי ביטוי לכל אורך ספרו: Paul Goldstein *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox* (New York, 1994) 236-232. ראו גם: Paul Goldstein "Copyright" 55 *Law & Contemp. Prob.* (1992) 79. לניתוח ביקורתי של טיעון "מנגנון השוק", ולסקירת הכותבים השונים אשר מציגים גישה דומה, ראו: Netanel, *supra* note 51, at pp. 311-336.
- 138 וביתר פירוט: על-פי טיעון "מנגנון השוק", תכליתה של זכות היוצרים אינה אך ורק להעניק תמריץ ליצירה, אלא גם להניח תשתית ליצירת מנגנון שוק לסחר בביטויים, ביצירות ובטובין מופשטים נוספים. זכות היוצרים הופכת לביטויים, יצירות וטובין

את זכות היוצרים כמנגנון שמייסדי החוקה האמריקנית ראו אותו כ"מנוע של חופש הביטוי".¹³⁹

על דפוס הקצאה זה – המבקש לעצב את ענף התקשורת בהתבסס על קידוש מרכיביהם הקנייניים-הכלכליים של משאבי ביטוי ותוך הצדקת המהלך בעקרון חופש הביטוי עצמו – נמתחה ביקורת מגוונת, אשר סקירתה ודיון ממצה בה חורגים ממסגרת הפרק. בתמצית נציין רק כי חוקרים שונים, דוגמת Edwin Baker,¹⁴⁰ הראו באופן משכנע שורה ארוכה של כשלי שוק הטבועים בדרך פעולתו של מודל של שוק תקשורת מסחרי. מדובר בכשלים המנתבים את התכנים המסופקים במסגרת מודל כזה למצאי מוגבל של נושאים הפונים לטעמי קהל רחבים והומוגניים. אלה תכנים שהביקוש להם עשוי להיות מתורגם לרווח כספי, אולם ההתמקדות בהם כרוכה בהתעלמות מקהלים ייעודיים, ממייעוטים תרבותיים וממגוון רחב של נושאים שאינם עולים בקנה אחד עם הטיות הכלכלה הפוליטית של שוק תקשורת מסחרי. Baker סוקר במסגרת זו את ההטיות הבאות: (א) הישענות על הכנסות מפרסום וממכירה של "תשומת-לב של קהל" למפרסמים;¹⁴¹ (ב) הפקת מוצרי תקשורת שפונים לקהל רחב ככל האפשר ואשר ניתנים לניצול בשווקים נגזרים ומשניים רבים ככל האפשר, על-מנת למצות את אפיונם של מוצרי תקשורת המהווים נושא לזכויות קניין רוחני כטובין ציבוריים וכ"מוצרי-התנסות" עם עלויות קבועות גבוהות, סיכון גבוה ביחס להחזר השקעה ועלות שולית פוחתת הנוטה לאפס;¹⁴² (ג) היכולת המוגבלת של שוק תקשורת מסחרי לתת מענה להעדפות תוכן מבוזרות של יחידים, וכנגד זה, ההשפעה הרבה שיש לכל שוק תקשורת קיים על הטעמים וסדרי העדיפויות של יחידים, תוך דחיקת סדרי העדיפויות האוטונומיים שלהם.¹⁴³

ביקורת דומה הושמעה גם על הניסיון להצדיק את דיני זכויות יוצרים על בסיס אותן

מופשטים נוספים למשאבים סחירים, אשר ניתן להעבירם מיד ליד, ולמנגנון שוק אשר מאפשר סחר ביצירות, בביטויים ובטובין מופשטים נוספים יש כמה השלכות חיוביות. ראשית, הוא מאפשר לקבוע את ערכם של הטובין המופשטים השונים ולנתב את ההשקעה בתחומי היצירה וההפצה של טובין מופשטים לשימושים המוערכים יותר מבחינה חברתית. באמצעות מנגנון השוק ניתן, לפחות בחלק ניכר מהמקרים, לאתר את היצירות והביטויים שיש להם ביקוש ואשר מוערכים מבחינה חברתית. שנית, מנגנון השוק מגביר את הוודאות של היוצר ושל כל יתר הגורמים המעורבים ביצירתם ובהפצתם של הטובין המופשטים כי הם יוכלו לממש את הרווח הכספי הטמון באותם טובין ולהחזיר את השקעתם. הפיכתם של טובין מופשטים לנכסים סחירים מגדילה את הסיכויים למיצוי הערך הכספי הטמון בהם, ואילו מרכיב השליטה הבלעדית, אשר מהווה חלק מזכות היוצרים כזכות קניינית, מקנה את הוודאות הנדרשת כי יהיה אפשר למצות את הערך הכלכלי הטמון בטובין המופשטים על-אף היותם טובין ציבוריים. במידה רבה מדובר ביישום הטיעון הכללי בדבר החשיבות של הזכויות הקנייניות ושל מנגנון השוק שבו הן נסחרות להשגת יעילות חלוקתית ולהפנמת ההוצאות החיוביות הטמונות במשאבים. ראו: Demsetz, *supra* note 110; Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (Boston, 4th ed., 1992) 32–35.

139 ראו: *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.* 471 U.S. 539, 558 (1985).

140 ראו: Baker, *supra* note 77, הסוקר את הטיעונים השונים המובאים בטקסט.

141 ראו בפרט: *Ibid*, at pp. 24–30, 182–183.

142 ראו בפרט: *Ibid*, at pp. 20–24, 40–43.

143 ראו בפרט: *Ibid*, at pp. 63–95.

דפוס הקצאה אשר תומך בהפיכתם של יצירות, ביטויים ותכנים למשאבים קנייניים כלכליים. כך, Benkler מציין כי עצם הטענה שמנגנון שוק חופשי המבוסס על משטר של זכויות קניין רוחני יניב מגוון רחב ומבוזר של תכנים העונים על צורכי הקהל אינה מסקנה מוכחת, אלא יותר בגדר הנחת-יסוד לא-מבוססת (תוך שהוא מספק מודל כלכלי המפריך הנחה זו);¹⁴⁴ Netanel¹⁴⁵ מטיל ספק ביכולתו של מנגנון שוק אשר נשען על איתותי ביקוש המבוססים על מנגנון תמחור לענות על סדרי העדיפויות והצרכים של קהלי נמענים, ואילו Nadel¹⁴⁶ מדגיש את האופן שבו משטר משפטי התומך בדיני זכויות יוצרים רחבים ומקיפים מוביל בסופו של דבר למציאות שבה התשואה הכספית של יצירות מוגנות אינה מנותבת לפעילות יצירתית מוגוונת, אלא למנגנונים תאגידיים של קידום מכירות ושיווק המתמקדים במצאי מוגבל ומצומצם של תכנים מסחריים.

ביקורת זו מטילה ספק ביכולתו של מודל של שוק תקשורת מסחרי לספק את היצע התכנים ומגוון התכנים הנדרשים במסגרת סביבת ביטוי דמוקרטית. במובן זה היא הולכת במידה רבה, עקב בצד אגודל, עם פרדיגמת השיח.¹⁴⁷ מעבר לכך, גישה המבקשת לחזק את מעמדם של מרכיבי הקנייניים הכלכליים של משאב ביטוי חשופה גם לביקורת המתמקדת בחסרונותיה של גישה זו מזווית-ראייה חלוקתית, כמפורט להלן.

הדחקה מובנית של שיקולים חלוקתיים והתעלמות מהם: דפוס הקצאה השם דגש במרכיבי הקנייניים הכלכליים של משאב ביטוי הינו מעצם הגדרתו דפוס הקצאה אשר מפחית במידה משמעותית ממשקלם של שיקולים חלוקתיים בתחום הביטוי. לפיכך, אף אם יש ממש ביתרונותיה של "הסדרה שוקית" חובקת-כל של פעילות בתחום התקשורת והביטוי, אין בכך כדי להקהות את הפערים החלוקתיים הכרוכים בגישה זו. מתכונת הקצאה אשר נותנת משקל רב לאכיפת מרכיביהם הקנייניים הכלכליים של משאבי ביטוי אינה יכולה להימנע מהפערים החלוקתיים הרגילים שכלכלת שוק חופשי נוטה לייצר. איני מתעלם מכך ששיקולי צדק חלוקתי עשויים להיות מופנמים, במישורין, כחלק מן המטען הערכי שזכות הקניין אמורה להיות מעוצבת לאורו.¹⁴⁸ אולם אני מסופק אם תפיסה זו,

144 ראו: Benkler, *supra* note 13, at pp. 397–398.

145 ראו: Netanel, *supra* note 51, at p. 332.

146 ראו: Mark S. Nadel "How Current Copyright Law Discourages Creative Output: The Overlooked Impact of Marketing" 19 *Berkeley Tech. L. J.* (2004) 785

147 ראו גם ניל פוסטמן בידור עד מוות - השיח הציבורי בעידן עסקי השעשועים (אמיר צוקרמן מתרגם, 2000), העומד על האופן שבו שוק תקשורת מסחרי מרדד את סדר-היום התקשורתי ומעלים ממנו תכנים חינוכיים וציבוריים אשר אינם עולים בקנה אחד עם המודל הכלכלי המונח ביסודו של שוק תקשורת מסחרי.

148 ראו חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל (מנחם מאוטנר עורך, תשס"א) 97–118; חנוך דגן קניין על פרשת דרכים (2005) 13–105. המאפיין המרכזי בגישתו של דגן הוא פיתוח גישה ריאליסטית, פלורליסטית וליברלית של זכות הקניין ושל אוסף ההסדרים המשפטיים והמוסדות הסובבים זכות זו. בהקשר של משאבי ביטוי, גישה זו צפויה לאפשר פיתוח של שיח קנייני ומשטר נורמטיבי המפנימים, כחלק מן ההסדרים הקנייניים החלים על משאבי ביטוי, הן שיקולים של צדק חלוקתי והן את יתר השיקולים השונים המועלים במסגרת פרק זה. מסגרת הדיון המוגבלת של הפרק אינה מאפשרת לי למצות את הדיון ביתרונות ובחסרונות הכרוכים בתפיסה הרואה את דיני הקניין עצמם ככלי-הקיבול וכמוסד המשפטי המתאימים והנכונים לשם

אשר אחיזתה במסגרת השיח הקנייני הכללי הינה חלקית ומוגבלת, יכולה לשמש בסיס מוצק ורחב דיו בהקשר הייחודי של משאבי ביטוי – משאבים אשר נוטים, מזווית-הראייה של עקרון חופש הביטוי, להעמיד סדר עדיפויות וכללי בררת-מחדל שהינם הפוכים במידה רבה מסדר-היום הקנייני הרגיל.

זאת ועוד, מדובר בדפוס הקצאה אשר מכוון, הלכה למעשה, אידיאולוגיה של חופש ביטוי המצדיקה פערים חלוקתיים וחוסר שוויון בהקצאת משאבי ביטוי, כחלק מן התפיסה של עקרון חופש הביטוי עצמו. מכאן הקושי והסכנה הטמונים בדפוס הקצאה זה. אכן, קשה לחלוק על העובדה כי למערך התמריצים הכלכליים ולמנגנון השוק אשר זכויות קנייניות מבססות יש תרומה מרכזית, לפחות עד גבולות מסוימים, לסביבת תקשורת וביטוי פורה, ובוודאי למערך הפיתוחים הטכנולוגיים והתקשורתיים אשר על בסיסם סביבה זו פועלת. אולם כאשר מדובר במשאבי ביטוי, הנחת-עבודה זו – אפילו תקפה – חייבת לעבור בכור-ההיתוך של מערך הדרישות המתחייבות מעקרון חופש הביטוי, לרבות דרישות המתמקדות בהיבט החלוקתי של משאבי ביטוי. זאת, בעוד דפוס הקצאה אשר מבליט ומדגיש את מרכיביהם הקנייניים-הכלכליים של משאבי ביטוי נוטה לכונן תפיסה הרואה במרכיבים אלה את דרך-המלך להגשמת התכליות של חופש הביטוי. מכאן נובעים שני חששות מרכזיים: האחד, חשש להדחקה והעלמה של אותם פערים חלוקתיים בתחום הביטוי אשר דפוס זה עצמו נוטה לכונן; והאחר, חשש לביסוסה של אידיאולוגיה של חופש ביטוי אשר מקשה קליטה ויישום של דפוס הקצאה המבקשים למקם משאב ביטוי כחלק מ"נחלת הכלל".

הצבת מחסומים בפני מדיניות דינמית של חופש ביטוי אשר מתאימה את עצמה לשינויים טכנולוגיים ותקשורתיים: דפוס הקצאה המדגיש את מרכיביהם הקנייניים של משאבי ביטוי הינו ביסודו גם דפוס הקצאה שצפוי להערים קשיים ניכרים בכל הנוגע להכלת האופי הדינמי של משאבי ביטוי, ובמיוחד בהקשר של אותו צורך פוטנציאלי בריכוך ובהגמשתן של זכויות קיימות במשאבי ביטוי. יכולתו של המשפט לעצב באופן גמיש ולשנות מפעם לפעם את היקפן ותוכנן של זכויות קניין פרטיות הינה מוגבלת, על אחת כמה וכמה בשיטות משפט, דוגמת שיטת המשפט הישראלית, המקנות לזכות הקניין הגנה חוקתית.¹⁴⁹ הטלת לבוש קנייני על משאב ביטוי הינה מהלך שצפוי להקשות עד-

הפנמת מארג השיקולים השונים – הערכיים והמוסדיים כאחד – בהקצאתם של משאבי ביטוי. אולם, כעולה מן האמור בגוף הטקסט ולמעשה לכל אורכו של פרק זה, נטיית הבסיסית היא שבהקשר הפרטני של משאבי ביטוי, בחירה באפיק קנייני עלולה להיות מלווה חששות רבים, ובמקרים רבים היא אף אינה האפיק הטוב ביותר להגשמת תכליותיו של עקרון חופש הביטוי ולהשגת יעדים חלוקתיים.

149 ראו סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391, 150. אכן, באופן דומה לאמור לעיל בהערה 148, גישות פרשניות שונות ביחס למהותה ולמעמדה החוקתי של זכות-היסוד לקניין צפויות להשליך ולהקרין במישרין על היכולת להפנים שיקוליים חלוקתיים ושיקולים מתחום חופש הביטוי כחלק מהפרשנות ביחס להיקפה ולמהותה של זכות-היסוד לקניין בהקשר הייחודי של משאבי ביטוי (ראו למשל, בהקשר אחר, את פסק-דינו של הנשיא ברק בע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913). ברם, דומה כי פוטנציאל החששות האמור בגוף הטקסט נותר בעינו אף אם מתחשבים בעמדות אלה.

מאוד כל ניסיון לצמצם ולסייג בשלב מאוחר יותר את מרכיביו הקנייניים של משאב הביטוי. זאת, ראשית, בשל העובדה שאותו משאב, משגובשו מרכיביו הקנייניים, אכן הפסיק לשמש אך ורק משאב ביטוי, והחל לשמש בו־זמנית כלי־קיבול לאינטרסים פרטיים, אשר משיקולים מוצדקים – כגון הגנה על אינטרס הציפייה – המשפט נוטה לכבד; ושנית, בשל הכוחות והיכולות המוגברים שמשאבי ביטוי (קנייניים) מקנים לבעליהם במסגרת מאבקם למנוע גריעה ממצבת הזכויות הקיימות שלהם במשאבי הביטוי. נקודה אחרונה זו טעונה פירוט והרחבה: קודם עמדתי על כך שהתפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות נוטות להצמיח, מפעם לפעם, משאבי ביטוי חדשים ונוספים אשר מציינים חלופות וקוראים תיגר על מעמדם של משאבי ביטוי קיימים. התפתחותה של רשת האינטרנט הינה דוגמה מובהקת כיצד טכנולוגיות ואמצעי תקשורת חדשניים מצמיחים משאבי ביטוי חדשים ליצירה, להפקה ולהפצה של תכנים, אשר נוטים לאיים על ההגמוניה של מוסדות תקשורת קיימים.¹⁵⁰ מטבע הדברים, בצמתים אלה יש מתח טבוע בין האינטרס של החברה בהכלת מרכיב הדינמיות של משאבי ביטוי לבין האינטרס של תאגידי התקשורת הקיימים לשמר את שליטתם ואת המודלים העסקיים המסורתיים שלהם, ובמידת האפשר גם לנכס לעצמם את פוטנציאל העושר הטמון בשווקים החדשים.

מתח זה משתקף ובא לידי ביטוי מעשי בשימוש הניכר של תאגידי תקשורת הן באמצעים טכנולוגיים והן במשפט, לעיתים באופן משולב, כדי לנסות לשמר את שליטתם הכלכלית והתרבותית. דוגמות לכך קיימות למכביר בכרונולוגיה של ענף התקשורת,¹⁵¹ כגון: נסיוןן של רשתות הטלוויזיה המסורתיות בארצות־הברית (NBC, ABC, CBS) לאסור שידורי־משנה של רשתות כבלים, וזאת על בסיס טענות הנוגעות בהפרת זכויות יוצרים בפעולת שידור־המשנה;¹⁵² נסיונם של אולפני ההפקה הגדולים בארצות־הברית לאסור שיווק והפצה של מכשירי וידיאו ביתיים (VCR) המאפשרים הקלטת תוכניות

150 ראו: Balkin, *supra* note 5, at pp. 13–28. ראו גם: Niva Elkin-Koren "It's All About Control: Rethinking Copyright in the New Information Landscape" *The Commodification of Information* (Niva Elkin-Koren & Neil Weinstock Netanel eds., 2002) 79–106

151 לסקירה וניתוח של מגמות אלה במסגרת הדין האמריקני ראו: Jane C. Ginsburg "Copyright and Control over New Technologies of Dissemination" 101 *Colum. L. Rev.* (2001) 1613; Randel C. Picker "From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright" 70 *U. Chi. L. Rev.* (2003) 281. שני המאמרים מצביעים על נטייתו של בית־המשפט העליון האמריקני לא להרחיב את תחולתם של דיני הקניין הרוחני באופן שצפוי להעמיד מחסום בפני יכולת השימוש בטכנולוגיות חדשניות, תוך נקיטת עמדה כי צעדים מצרים כאמור מחייבים תיקוני חקיקה מפורשים על־ידי הרשות המחוקקת – תגובת־נגד אשר ברוב המקרים אכן לא איחרה לבוא.

152 ראו: *Teleprompter Corp. v. CBS* 415 U.S. 394 (1974); *Fortnightly Corp. v. United Artists Television, Inc.* 392 U.S. 390 (1968). בשני מקרים אלה דחה בית־המשפט העליון האמריקני את הטענה כי שידור־משנה בו־זמני של שידורי טלוויזיה על־ידי רשתות הכבלים מפר את זכות הביצוע הפומבי של המשדר הראשוני. בסופו של דבר תוקן חוק זכויות היוצרים האמריקני באופן שקבע משטר של רשיון כפייה סטטוטורי לגבי פעילות כאמור. ראו: 17 U.S.C. §101 (1994).

טלוויזיה, בטענה כי שיווק המכשיר מהווה הפרה תורמת של זכות השעתוק ביחס לתכנים המסודרים;¹⁵³ חקיקת ה־Digital Millennium Copyright Act, אשר מקנה הגנה משפטית לאמצעי הגנה טכנולוגיים המונעים גישה ליצירות מוגנות ושימוש בהן (לרבות בהקשרים המותרים מכוח דיני זכויות יוצרים, כגון שימוש הוגן);¹⁵⁴ ולאחרונה, המאבק המשפטי המקיף של חברות תקליטים נגד השימוש בתוכנות לשיתוף קבצים.¹⁵⁵

מזווית־הראייה של עקרון חופש הביטוי, מהלכים מסוג זה משקפים ניסיון למנוע מיצוי מלא של פוטנציאל התרומה והיתרונות אשר גלומים בהתפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות. במקרים לא־מעטים מדובר במהלכים אשר מבקשים למנוע הקצאה מבוזרת ושוייגית יותר של משאבי ביטוי חדשים ואפקטיביים, כפי שהייתה צומחת באופן עצמאי כתוצאה מאותן התפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות. כפי שהדגימה אלקין־קורן בשורה של הקשרים,¹⁵⁶ מהלכים מסוג זה מיועדים במובהק לשמר כוח שוק, כלכלי ותרבותי, בענפיה השונים של תעשיית הבידור והתקשורת; ובמונחיו של פרק זה – לשמר את מתכונת ההקצאה הקיימת לגבי משאבי ביטוי אפקטיביים ולגבי השליטה בהם.¹⁵⁷

בנקודה זו הדברים חוזרים להשלכות הנובעות מדפוס הקצאה המבקש להדגיש את מרכיביהם הקנייניים־הכלכליים של משאבי ביטוי ומאידיאולוגיית חופש הביטוי הכרוכה בדפוס הקצאה זה. האמור בפסקות הקודמות מלמד כי התפתחויות בתחום התקשורת והטכנולוגיה צפויות ליצור עימות ישיר בין הדרישות המתחייבות מן האופי הדינמי של עקרון חופש הביטוי לבין השימוש האסטרטגי שנעשה במשאבי ביטוי קנייניים על־ידי בעליהם. דפוס הקצאה המבקש להצדיק את מרכיביהם הקנייניים־הכלכליים של משאבי ביטוי בהתבסס על "אידיאולוגיה הסדרתית־קניינית של עקרון חופש הביטוי" מגלם בחובו יסוד מתעתע וממסך – טרויאני באופיו. התשתית שדפוס הקצאה כזה מניח מקשה על המשפט להפנים את החששות והאיזמים לחופש הביטוי אשר נובעים ממרכיביהם הקנייניים־הכלכליים של משאבי ביטוי. גם כך, מעמדה של זכות הקניין בשיטה ליברלית־דמוקרטית כרוך בעוצמה רבה – כזו אשר נוטה בדרך־כלל להקנות לזכות הקניין עדיפות על הזכות לחופש ביטוי. ספק אם ראוי להוסיף על כך נדבך של אידיאולוגיה המבקשת

153 ראו: *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417 (1984). ניסיון זה נדחה על־ידי בית־המשפט העליון האמריקני, אשר סיווג את פעולות ההקלטה על־ידי צופי טלוויזיה כשימוש הוגן.

154 ראו: Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304 112 Stat. 2860 (codified as amended at 17 U.S.C. §§1103, 1201 (2000)). ראו גם: *Universal City Studios, Inc. v. Corley* 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001).

155 ראו את פסק־הדין בעניין *Grokster*, לעיל הערה 73.

156 ראו: Elkin-Koren, *supra* note 150.

157 לדוגמה, כאשר חברת Mattel מבקשת למנוע שימוש פרודי בדמות הבובה Barbie במסגרת שיר פופ. ראו: *MCA Records 28 F. Supp. 2d 1120 (C.D. Cal. 1998)*, הדבר נעשה, בין היתר, כדי לשמר את יכולת השליטה במשמעויות ובוהויות אשר מיוחסות לבובה כאייקון תרבותי ממוסחר; וכאשר חברות תקליטים ואולפני הסרטה נלחמים במיצי תוכנות לשיתוף קבצים, הדבר נעשה, בין היתר, כדי לשמר את שליטתם בערוצי ההפצה והשיווק האפקטיביים של מוזיקה מוקלטת, וכדי למנוע את התפתחותם של אפיקי הפצה חלופיים אשר אינם נתונים בשליטתם.

לראות בזכויות קניין במשאבי ביטוי מרכיב שהינו בבחינת "יוצא-חלציו" של עקרון חופש הביטוי עצמו.

ג. סיכום – לקראת פרדיגמה חלוקתית משלימה של חופש הביטוי

נדרשת, אם כן, פרדיגמה חלוקתית משלימה של חופש הביטוי – כזו שתשים דגש במכלול ההיבטים הנוגעים בהקצאתם של משאבי ביטוי, ובפרט בסוגיית הקצאתם הראשונית של משאבי ביטוי חדשים ומתפתחים. פיתוחה של פרדיגמה זו אינו בא להפחית מחשיבותן של הפרדיגמות הקיימות של חופש הביטוי – החל בפרדיגמה השלטונית, אשר מבקשת לשים לנגד עיניה את החשש מפני מעורבות שלטונית בעניינים הקשורים לחופש הביטוי, וכלה בפרדיגמת השיח, אשר מבקשת להניח תנאים תומכים לשיח ולסביבת ביטוי נאותים מבחינת דרגת הביזור, הגיוון וריבוי הדעות והמידע. פרדיגמה חלוקתית משלימה של חופש הביטוי רק צפויה לתמוך ולאפשר מימוש נאות יותר של תכליות חופש הביטוי, כפי שהן מונחות ביסוד הפרדיגמות המסורתיות.

כפי שחלק ב ניסה להראות, הסרונה של פרדיגמה חלוקתית משלימה בולט במיוחד כאשר בוחנים את דפוסי ההקצאה הנוהגים של משאבי ביטוי במסגרת הדין המצוי. מבין שלושת דפוסי ההקצאה שסקרנו, הדפוס הראשון – מיקום משאב הביטוי כחלק מ"נחלת הכלל" – אינו מיושם כמעט בפועל. הקצאתם של משאבי ביטוי במסגרת הדין המצוי נוטה להיעשות בעיקרה בדרך של הפיכת משאב הביטוי למשאב קנייני-כלכלי, או באמצעות משטר של זכויות ורשיונות שלטוניים. דא עקא, בכל אחד משני דפוסי הקצאה אלה טמונים חסרונות אשר מטילים ספק לגבי יכולתו להגשים יעדים חלוקתיים בתחום הביטוי. פרדיגמה חלוקתית משלימה של חופש הביטוי מבקשת להציב יעד של רפורמה בחלוקת העבודה בין שלושת דפוסי ההקצאה האמורים, תוך ניסיון להסיט את כובד המשקל – לפחות ככלל בדרת-מחדל חוקתי – אל עבר דפוס ההקצאה הראשון, דהיינו, זה המבקש למקם משאבי ביטוי כחלק מ"נחלת הכלל". הצעה זו, יש להדגיש, אינה כופרת בכך שהן דרגה מסוימת של הסדרה שלטונית והן מנגנון שוק הנתמך על-ידי זכויות קניין הינם יסודות הכרחיים בכינונה של סביבת ביטוי ותקשורת פורה, מגוונת ומתפתחת. בהקשר זה אכן אי-אפשר להתעלם מן העובדה כי התפתחויות טכנולוגיות ותקשורתיות, אשר עומדות מאחורי אותו היבט דינמי כה חשוב של עקרון חופש הביטוי, מחייבות מערך תומך של זכויות קניין אשר יספקו תמריצים כלכליים ויקדמו יעד של יעילות חלוקתית. עם זאת, כשלעצמם, שני דפוסי הקצאה אלה מחמיצים – ובמידה מסוימת אפילו מסרבים לקבל – את חמש התכונות של משאבי ביטוי שנסקרו בראש הדברים: (א) האופי הדינמי של משאבי ביטוי, על המתחייב ממנו; (ב) קיומם של רגעים מכוונים להקצאתם של משאבי ביטוי; (ג) הפוטנציאל של כוח המינוף הנובע משליטה במשאבי ביטוי; (ד) משאבי ביטוי כרכיבים פזורים ולעיתים סמויים מן העין; (ה) קיומן של חלופות אחרות, לצד החלופה הקניינית, לאופני ההקצאה של משאבי ביטוי, ובמיוחד של משאבי ביטוי מופשטים. מטרתה של פרדיגמה חלוקתית משלימה של חופש הביטוי היא להציב בראש סדר-היום את חמש התכונות הללו ואת מה שמתחייב מהן. יעד זה מקבל משנה תוקף בהקשר של

סביבה תקשורתית-טכנולוגית מתפתחת, אשר נוטה לעצב מחדש את שלושת הרבדים המרכזיים של משאבי ביטוי – רובד התשתיות הפיזיות, רובד ההפצה והגישה לתשומת-לב של קהל והרובד התוכני. הציווי של פרדיגמה חלוקתית משלימה כלפי המחוקק ומעצבי המדיניות הינו ציווי כפול. ראשית, עליהם להכיר בכך שאין זה נכון לראות בדפוס הקצאה של הסדרה שלטונית והסדרה קניינית את חזות הכל. הקצאת משאבי ביטוי אפשרית גם על-ידי הדגשה והבלטה של מרכיביהם השיתופיים (commons) של משאבי ביטוי. כפי שניסיתי להראות לכל אורך הפרק, במקרים לא-מעטים חלופה זו צפויה גם לשרת טוב יותר את התכליות של עקרון חופש הביטוי, לרבות היעדים החלוקתיים בתחום הביטוי. שנית, עליהם להכיר בכך שהאופי הדינמי של משאבי ביטוי מחייב בחינה חוזרת, מזמן לזמן, של כללים משפטיים קיימים המקצים משאבי ביטוי באופן ברירני (סלקטיבי). במסגרת זו נדרשת גם מודעות ורגישות לעובדה כי בסביבה תקשורתית-טכנולוגית מתקדמת, חלק מתהליך ההקצאה של משאבי ביטוי אינו נעשה במישרין, אלא בעקיפין ובאופן סמוי משהו, אגב קביעת אגד הזכויות והכוחות – הקנייניים ואחרים – במשאבים הנחוצים כמשאבים קנייניים וטכנולוגיים גרידא.

את הדיון בתוכן הערכי והנורמטיבי שעל בסיסו ראוי להקצות משאבי ביטוי, ובפרט את הדיון במהות ובאופן היישום של עקרון השוויון בתחום הביטוי, אני מבקש להותיר להודמנות אחרת. אולם דומה כי יש מקום לתחילתו של שיח חלוקתי ספקני ומפוכח יותר ביחס למציאות הנוהגת לגבי הקצאתם של משאבי ביטוי.