

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1030/99

בג"ץ 1031/99

בג"ץ 1053/99

בג"ץ 1119/99

בג"ץ 1201/99

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד המשנה לנשיא ש' לוין
כבוד השופט ת' אור
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט י' אנגלרד
כבוד השופט א' ריבלין

העותרים:

1. העותרים בבג"ץ 1030/99 : ח"כ חיים אורון ואח'
2. העותר בבג"ץ 1031/99 : ח"כ איתן כבל
3. העותר בבג"ץ 1053/99 : ח"כ אברהם פורז
4. העותרת בבג"ץ 1119/99 : אמיתי, אזרחים למען מינהל תקין וטוב
5. העותרים בבג"ץ 1201/99 : רדיו חיפה ואח'

נגד

המשיבים:

1. יו"ר הכנסת, ח"כ דן תיכון
2. הכנסת
3. ועדת הכנסת
4. ועדת הכספים, הכנסת
5. הממשלה
6. שרת התקשורת
7. היועץ המשפטי לממשלה

8. הרשות השנייה לטלויזיה ורדיו

9. ארץ הצבי - ערוץ 7 בע"מ

10. ח"כ צבי הנדל

11. ש' פ' ה' פרסום בע"מ

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים בבג"ץ 1030/99 : עו"ד דפנה הולץ-לכנר

בשם העותר בבג"ץ 1031/99 : עו"ד גיל נבו ועו"ד עמרי כבירי

בשם העותר בבג"ץ 1053/99 : עו"ד גדעון קורן

בשם העותרת בבג"ץ 1119/99 : עו"ד בעז ארד ועו"ד שרון אביטל-אטיאס

בשם העותרות בבג"ץ 1201/99 : עו"ד אהוד סול, עו"ד ירון קופפר ועו"ד אורלי מירון-שקד

בשם המשיבה 2 : עו"ד צבי ענבר

בשם המשיב 7 : עו"ד עוזי פוגלמן ועו"ד אבי ליכט

בשם המשיבה 8 : עו"ד כרמית פנטון

בשם המשיבים 9 ו- 11 : עו"ד דן סלע

בשם המשיב 10 : עו"ד רנאטו יאראק

פסק-דין

השופט ת' אור :

1. במסגרת חוק הגברת הצמיחה והתעסוקה להשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה) (תיקון) התשנ"ט – 1999 (להלן: **חוק הגברת הצמיחה**) תוקן חוק הבזק התשמ"ב – 1982 (להלן: **חוק הבזק**) באמצעות הוספת סעיף 3(7) לחוק (להלן: **התיקון לחוק** או **התיקון לחוק הבזק**). בתמצית, התיקון לחוק מעניק רשיון וזיכיון להפעלת תחנת שידור לשידורי רדיו למי שהפעיל במשך חמש שנים רצופות תחנה כזו אשר שידוריה נקלטו במרבית שטחי ישראל. הטענה המרכזית שנטענה בעתירות שבפנינו היא, כי דין התיקון לחוק הבזק להתבטל. הטעמים לכך הושתתו על שני ראשים עיקריים: האחד, נטען כי נפל פגם היורד לשורשו של עניין בהליכי החקיקה שקדמו לתיקון לחוק; השני, נטען כי תוכן התיקון לחוק סותר הוראות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק. אנו נתמקד בראש השני, אשר די בו כדי להביא לקבלת העתירות.

א. רקע כללי

התשתית העובדתית

2. עד שנת 1994 פעלו בישראל שני גורמים בלבד אשר הפעילו תחנות רדיו חוקיות - רשות השידור וגלי צה"ל. לצדן, פעלו ברחבי הארץ תחנות רדיו לא מורשות, המכונות בעגה העממית "תחנות רדיו פיראטיות". התגברות מודעותן של הרשויות לצורך בפלורליזם תקשורתי הביאה לכך שבשנת 1994 הוסף פרק ה' לחוק הרשות השנייה לטלויזיה ולרדיו, התש"ן – 1990 (להלן: **חוק הרשות השנייה**), אשר על פי הוראותיו נוצרה מסגרת חוקית

למבקשים לשדר שידורי רדיו מסחריים-פרטיים. בפרק זה נקבע הסדר מפורט בנוגע להענקת זיכיונות להפעלת תחנות רדיו אזוריות פרטיות-מסחריות. במסגרת זו, לא הוסדרה הפעלתן של תחנות רדיו ארציות פרטיות-מסחריות.

3. ביום 3.8.98 החליטה הממשלה להטיל על ועדת שרים בראשות שר החינוך, התרבות והספורט ובהשתתפות שר המשפטים, שר העבודה והרווחה ושרת התקשורת, להכין הצעה לתיקוני חקיקה בחוק הרשות השניה שיאפשרו מתן זיכיונות לשידורי רדיו ארציים בידי גורמים פרטיים-מסחריים. ועדת השרים נתכנסה ביום 16.8.98 והחליטה להקים צוות בינמשרדי אשר יגבש הצעה לתיקוני חקיקה והסדרים מתאימים בנוגע לערוצים ארציים לשידורי רדיו. ביום 10.1.99 החליטה הממשלה להטיל על שרת התקשורת וצוות בראשותה לבחון את נושא היקף התדרים הקיים, חלוקתם וניצולם. הוחלט כי עבודת הצוות תשולב בבוא העת בעבודתה של ועדת השרים הנ"ל. ועדת השרים לתיקוני חקיקה התכנסה ביום 11.1.99 והחליטה להמליץ לתקן את חוק הרשות השניה כך שיתאפשר להעניק זיכיונות לתחנות רדיו ארציות ייעודיות. במסגרת החלטה זו, נקבעו קווים מנחים להכנת התיקון לחוק הרשות השניה. על פי קווים מנחים אלה, המסגרת המשפטית להפעלת שידורי רדיו ארציים תוסדר באמצעות פרק מיוחד בחוק הרשות השניה אשר יכלול את כל התיקונים הנדרשים; הערוצים הארציים-ייעודיים יוגדרו באופן שיפנו לפלח מסוים באוכלוסיה בהתחשב בין היתר בהשקפת עולמה, אורח חייה, ערכי תרבותה, שיעורה באוכלוסיה הכללית והעדר חלופות בכלי תקשורת אחרים; הענקת זיכיון לערוץ ייעודי תהיה בדרך של מכרז וכן יותקנו תקנות אשר במסגרתן יקבעו סדרי עדיפויות בין המתמודדים השונים לאור מגבלת התדרים.

4. בהמשך להחלטת ועדת השרים לענייני חקיקה הוכנה טיוטה להצעת חוק מטעם הממשלה אשר הושלמה זמן קצר עובר לחקיקת התיקון לחוק הבזק. במסגרתה הוצע להוסיף לחוק הרשות השניה פרק אשר יסדיר את שידורי הרדיו הארציים ייעודיים, לצד הסדרת שידורי הרדיו האזורי (ראו: הצעת תזכיר הצעת חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (שידורי רדיו ארציים-ייעודיים), התשנ"ט – 1999). הצעה זו, החליפה, בכמה שינויים, נוסח הצעה קודם (מצורף כנספח ג' לבג"ץ 1201/99). במסגרת ההצעה, נקבעו, בין היתר, אמות מידה להענקת זיכיונות לתחנות רדיו ייעודיות בהתאם לקריטריונים כגון צורכי האוכלוסיה, שיקולים כלכליים וכיוצא באלה; נקבעו סדרי עדיפויות לפיהם יוענקו זיכיונות לתחנות הרדיו הייעודיות השונות בהתחשב, בין היתר, בכמות התדרים שניתן להקצות לתחנות רדיו ארציות; הוטלו הגבלות שונות על קבלת הזיכיון וכן נקבעו הוראות בנוגע למכרזים אשר במסגרתם תיערך התמודדות על הזכייה בו.

5. הדיון בהצעה זו להסדרת תחנות רדיו ייעודיות ארציות לא מוצה ונפסק שכן ביום 23.2.99 התקבל בכנסת התיקון לחוק הבזק אשר הוסיף, כאמור, את סעיף משנה (7) לסעיף 3 לחוק. סעיף 3 לחוק הבזק קובע פטורים וסייגים להוראה הקבועה בסעיף 2(ב) לחוק, המטילה חובת רישוי לפעולות ושירותי בזק. סעיף 3(7) הוסיף פטור נוסף מחובת הרישוי וכך נאמר בו:

...

(7) מי שהקים או שהפעיל במשך חמש שנים רצופות לפני יג' בטבת התשנ"ט (1 בינואר 1999), תחנת שידור לשידורי רדיו המיועדים בעיקרם לציבור בישראל, באופן ששידורים אלה נקלטו במרבית שטחי ישראל, והמשיך לעשות כן גם לאחר התאריך האמור, **יראו אותו כמי שקיבל רשיון לפי חוק זה, לפי סעיף 5(א) לפקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], התשל"ז – 1977, וכמי שקיבל זיכיון לפי סעיף 32(א) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן – 1990.** (ס"ח התשנ"ט, עמוד 122) (הדגשה שלי - ת"א).

תיקון זה לחוק הבזק לא נכלל במסגרת הצעת חוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח - 1977, ה"ח מס' 2650, התשנ"ח, עמ' 20 (להלן: **הצעת חוק להגברת הצמיחה או הצעת החוק המקורית**) שהובאה לקריאה ראשונה במליאת הכנסת. התיקון לחוק הוא פרי הסתייגות שהגיש חה"כ הנדל במסגרת הכנת הצעת החוק להגברת צמיחה בועדת הכספים של הכנסת לקראת הקריאה השנייה והשלישית במליאת הכנסת. ההסתייגות הועברה לדיון במליאת הכנסת. היא התקבלה ברוב הדרוש בקריאה שנייה ושלישית והפכה חלק מחוק הבזק.

העתירות

6. חמש עתירות מונחות בפנינו. העותרים הם חה"כ חיים אורון וחה"כ יוסי שריד (בג"ץ 1030/99); חה"כ איתן כבל (בג"ץ 1031/99); חה"כ אברהם פורז (בג"ץ 1053/99); עמותת אמיתי-אזרחים למען מנהל תקין וטוהר מידות (בג"ץ 1119/99) (להלן: **עמותת אמיתי**) וכן שלוש עשרה תחנות רדיו אזוריות הפועלות בישראל מכוח זיכיונות שהעניקה להן הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (בג"ץ 1201/99) (להלן: **תחנות הרדיו האזוריות**).

7. בכל העתירות נטען, כי יש לבטל את התיקון לחוק הבזק בשל פגם היורד לשורשו של עניין בהליכי חקיקתו. עתירתו של חה"כ פורז מתמקדת בטיעון זה, ובמסגרתה תוקף העותר גם את חוקיות הליך החקיקה בו התקבלה הצעת החוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה) (תיקון), התשנ"ט – 1999 בנוגע לשידורי חדשות בערוצים הייעודיים (להלן: **תיקון שידורי החדשות**). הפגם עליו מצביעים העותרים הוא כי התיקון לחוק הבזק, וחה"כ פורז טוען זאת גם לגבי תיקון שידורי החדשות, הווה "נושא חדש" בדיוני וועדת הכספים מאחר והוא לא נכלל בהצעת החוק להגברת צמיחה, על כל המסקנות המתבקשות מכך. על פי הטענות, גם החלטה של ועדת הכנסת מיום 23.2.99, על פיה התיקונים הנ"ל לא היו נושא חדש, אין בה לתקן פגם זה על כל השלכותיו.

העתירות תוקפות גם את חוקתיות תוכנו של התיקון לחוק הבזק. בעתירות נטען, כי התיקון לחוק נוגד את חוק יסוד: חופש העיסוק בכך שהוא פוגע בחופש העיסוק בפגעו בעקרון השוויון בין מתחרים. כמו כן, נטען כי התיקון לחוק נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בכך שהוא פוגע בעקרון השוויון ובכך שהוא פוגע בזכות הקניין. לטענת העותרים, התיקון לחוק אינו עומד בדרישות פסקות ההגבלה הקבועות בחוקי יסוד אלה (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק). במסגרת זאת, טוענים חה"כ אורון וחה"כ שריד, עמותת

אמיתי וחה"כ פורז, בין היתר, כי הפגיעה בזכויות היסוד לא נעשתה "לפי חוק" שכן התיקון לחוק אינו יכול להיחשב ל"חוק" בהיותו חוק "סתום", קרי בלתי ברור ועמום.

8. בהסתמך על הטענות האמורות, הסעד העיקרי אותו מבקשים העותרים הוא שבית המשפט יצהיר על בטלות התיקון לחוק הבזק. חה"כ פורז מבקש שנוסיף ונקבע כי החלטת ועדת הכנסת מיום 23.2.99, החלטה בה נקבע, כאמור, כי תיקון שידורי החדשות ותיקון חוק הבזק אינם מהווים "נושא חדש", בטלה. כמו כן, מבקש חה"כ פורז שנקבע, כי ועדת הכספים של הכנסת לא קיימה את הדיון הנדרש על פי תקנון הכנסת בתיקון חוק הבזק ולפיכך הבאתו לקריאה שניה ושלישית נעשתה שלא כדין. עמותת אמיתי מצטרפת לבקשה לביטול החלטת ועדת הכנסת מיום 23.2.99 בנימוק שנוסח התיקון לחוק הבזק חורג מגדר הנושא של הצעת החוק. תחנות הרדיו האזוריות מבקשות בעתירתן שאם לא יבוטל החוק, אזי לחלופין יורה בית המשפט שתבוטל ההגבלה הגיאוגרפית של תחום שידוריהן, שיקבע כי זיכיון השידור שלהן הוא לתקופה בלתי מוגבלת, שיחזרו להן דמי הזיכיון והתמלוגים אשר שולמו על ידן עד כה, שתבוטל חובתן לשאת בתשלום נוסף כלשהו לרשות השניה וכן שיבוטלו הבטוחות אותן הפקידו בידי הרשות השניה. כמו כן, מבקשות תחנות הרדיו האזוריות כי בית המשפט יצהיר שעל המדינה לשלם להן פיצוי על נזקים שיגרמו להן כתוצאה מחקיקת התיקון לחוק. בכל העתירות אף נתבקשנו לעכב בצו ביניים את יישומו של התיקון לחוק עד להכרעה סופית בעתירה.

המשיבים בעתירות ועיקרי עמדותיהם

9. המשיבים בעתירות השונות הם הכנסת (המשיבה בכל העתירות), היועץ המשפטי לממשלה (המשיב בבג"ץ 1119/99 ובבג"ץ 1201/99), הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (המשיבה בבג"ץ 1031/99 ובבג"ץ 1201/99) **(להלן: הרשות השניה)**, חה"כ צבי הנדל (המשיב בבג"ץ 1053/99 ובבג"ץ 1201/99) וערוץ 7 - ארץ הצבי בע"מ (המשיבה בבג"ץ 1031/99 ובבג"ץ 1201/99) **(להלן: ערוץ 7)**, כאשר ערוץ 7 וחה"כ הנדל, טוענים טענות משותפות, הם יכונו להלן: **המשיבים**). העמותה לזכות הציבור לדעת הוספה כמשיבה לעתירות על פי בקשתה.

10. היועץ המשפטי לממשלה מצטרף לעמדת העותרים כי דין התיקון לחוק הבזק להתבטל בשל פגמים שנפלו בהליכי חקיקתו. כמו כן, מצטרף היועץ המשפטי לממשלה לעמדת העותרים לפיה דין התיקון לחוק להתבטל בשל פגיעתו שלא כדין בזכות לחופש העיסוק אשר בחוק יסוד: חופש העיסוק וכן משום שיש בו פגיעה בשוויון המגיעה כדי פגיעה בכבוד האדם בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אף לדעת היועץ המשפטי לממשלה אין התיקון לחוק עומד בדרישות פסקות ההגבלה הקבועות בסעיפים 4 ו-8, בהתאמה, של חוקי יסוד אלה. במסגרת זאת, מצטרף היועץ המשפטי לממשלה לטענה כי התיקון לחוק הבזק הנו חוק סתום שכן, לדעתו, ההסדר הקבוע בו אינו משתלב במארג החקיקה המסדירה את שידורי הרדיו. לעומת זאת, לגישת היועץ המשפטי לממשלה אין התיקון לחוק פוגע בזכות החוקתית לקניין. הרשות השניה מצטרפת, באופן כללי, לעמדת היועץ המשפטי לממשלה.

11. הכנסת טוענת, באמצעות היועץ המשפטי לכנסת, כי אין עילה לבטל את התיקון לחוק מפאת פגם שנפל בהליכי חקיקתו. לטענת היועץ המשפטי לכנסת, גם אם דבק פגם

בהליכי החקיקה, הרי שאין מדובר בפגם היורד לשורשו של עניין המצדיק את התערבותו של בית משפט זה. בהתאם להנחיות הפסיקה (ראו: בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (פיסקה 10)), הגבילה הכנסת את תשובתה לתקינות הליכי החקיקה ונמנעה מלהביע עמדה בנוגע לחוקתיות תוכנו של התיקון לחוק.

12. חה"כ הנדל טוען, כי ההליך שבו חוקק התיקון לחוק הבזק אינו פגום. אולם גם בהנחה כי דבק פגם בהליך החקיקה, הרי שלטענתו אין הפגם האמור נכנס בגדר התחום המצומצם של נושאים בהם מתערב בית המשפט בהליכים פנים-פרלמנטרים של הכנסת. בהיבט המהותי, דוחה חה"כ הנדל את הטענות השונות אשר הועלו על ידי העותרים כנגד חוקתיות התיקון לחוק. במסגרת זאת, טוען חה"כ הנדל כי התיקון לחוק אינו סתום ואת החסר בו יכולה הרשות המוסמכת להשלים באמצעות סמכותה להתקין תקנות ובאמצעות שימוש באמות מידה פרשניות מקובלות. ערוץ 7 טוען אף הוא, שאין לקבל את טענות העותרים כנגד חוקיות התיקון לחוק וכן מצטרף הוא לעמדת חה"כ הנדל כי יש לדחות את הטענה בדבר היות התיקון לחוק "חוק סתום".

13. העמותה לזכות הציבור לדעת אשר צורפה, לבקשתה, כמשיבה לעתירות, מדגישה את הצורך בקיום מגוון רחב ופלורליסטי של ערוצי רדיו. לטענתה, רק בדרך זו תישמר זכות הציבור לקבלת מידע חופשי ולביטוי דעותיו. לפיכך, מבקשת היא שלא לפגוע בתיקון לחוק הבזק המקדם, לדעתה, תכלית רצויה של יצירת שוק פתוח לשידורי רדיו.

ההליכים שבפנינו

14. ביום 8.3.99 ניתן על ידי הרכב שלושה צו על תנאי כמבוקש בעתירות, פרט לכך שבבג"ץ 1201/99 התייחס הצו על תנאי, בהסכמת באי כוחן של תחנות הרדיו האזוריות, לעתירה לביטול התיקון לחוק הבזק ולא לעתירות החלופיות שהועלו במסגרתו. כן ניתן על ידי ההרכב צו ביניים, כהצעת בא כוח היועץ המשפטי לממשלה, המכוון אל הממשלה, שרת התקשורת והרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו, על פיו עליהם להימנע מליישם את התיקון לחוק הבזק עד למתן החלטה סופית בעתירות. עוד הוחלט, כי הדיון בחמש העתירות ישמע במאוחד. כמו כן החליט ההרכב כי בהתחשב בחשיבות הנושאים העולים בעתירות, יורחב ההרכב הדן בהן. בהתאם לכך הורחב ההרכב על ידי הנשיא לתשעה שופטים. התקיימו מספר תזכורות בתיק על מנת לאפשר לצדדים לבחון מיצוי מהלכי חקיקה. זאת, על רקע הודעות מטעם הפרקליטות בדבר הליך חקיקתי יזום צפוי, אשר ייתר את הצורך בהכרעה שיפוטית. עקב כך, ועל רקע הגישה המקובלת עלינו בעניין מיצוי מהלכי חקיקה קודם הכרעה שיפוטית, נדחתה ההכרעה השיפוטית מספר פעמים. הליך חקיקתי כאמור לא יצא לפועל, ועל כן הצורך בהכרעה נותר בעינו.

15. העתירות מעוררות מספר שאלות בעלות חשיבות, הן כאלה הנוגעות להליך החקיקה והן כאלה הנוגעות לפרשנות הוראות חוקיות אשר על פי הטענה פוגעות בזכויות יסוד. כאמור לעיל, אשים דגש על טענה אחת, והיא שהתיקון לחוק פוגע בזכות החוקתית לחופש עיסוק ופגיעה זו אינה מידתית ועל כן אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. אומר כבר כאן, כי טענה זו מקובלת עלי ועל יסוד טענה זו דין העתירות להתקבל.

וזה יהיה סדר הצגת הדברים; ראשית, אציג את התשתית הנורמטיבית הנדרשת לצורך בחינת הסוגיות העולות בענייננו. במסגרת זאת, אתאר באופן כללי את המסגרת הנורמטיבית להסדרת

שידורי הרדיו בישראל וכן אבהיר כיצד משתלב בה התיקון לחוק. שנית, אדון בסוגיית חוקתיות תוכנו של התיקון לחוק תוך התמקדות בפגיעה בחופש העיסוק. במסגרת בחינת תנאי פסקת ההגבלה אתמקד בתכליתו של התיקון לחוק ובמידתיות הפגיעה שבו בחופש העיסוק. שלישית, אדון בטענת חבר הכנסת פורז כנגד חוקיות הליך חקיקתו של תיקון שידורי החדשות. לקראת סיום אעיר כמה הערות, ולבסוף יצוין הסעד הראוי בנסיבות המקרה.

ב. רקע נורמטיבי

הצורך בהסדרת שידורי הרדיו בישראל

16. תחום התקשורת האלקטרונית במדינת ישראל, כולל תחום שידורי הרדיו, מוסדר במארג של דברי חקיקה וחקיקת משנה. בבסיס הצורך להסדרת תחום התקשורת האלקטרונית מונחים שני טעמים מרכזיים. הטעם הראשון הוא, שהתדרים בספקטרום האלקטרו מגנטי, שהוא המדיום דרכו מגיעים השידורים מהמשדר אל ציבור המאזינים, הם רכוש הציבור. מכיוון שתדרים הם משאב ציבורי מוגבל, נדרשת הועדה של התדרים והקצאתם. הועדה היא קביעת תחום מסוים של תדרים לשימוש מסוים. הקצאה היא מתן אישור למשתמש מסוים. ועדת התדרים הבינלאומית אחראית על תיאום בין לאומי בתחום התקשורת האלקטרונית, וזאת בין היתר, באמצעות הועדת תחומי תדרים לשימושים שונים. החלוקה הפנים-מדינתית היא באחריות המדינות עצמן. בתוך המדינה מתבצע תהליך כפול. תחילה, הועדה פנימית של תדרים למטרת שימושים שונים בהם, ולאחר מכן הקצאה של התדרים למשתמשים השונים. אל השימוש בתדר מתלווים תנאים שתכליתם מיצוי השימוש שנקבע ומניעת הפרעות, כגון קביעת מיקום המשדר, עוצמת השידור וכיוצא באלה. מכיוון שמדובר במשאב מוגבל, נדרשת קביעה כפולה של סדרי עדיפויות, הן בשלב של הועדת התדרים לשימושים השונים, והן בשלב הקצאת התדרים כפי שהועדו למשתמשים השונים.

17. בא כוח היועץ המשפטי לממשלה מבהיר בהקשר זה בכתב תשובתו, כי תחום ה-FM, תחום בו משדרות מרבית תחנות הרדיו בישראל עקב עדיפותו האיכותית, רווי כבר כיום במשתמשים שעיקרם תחנות רדיו ומערכת הביטחון. זאת, מבלי לכלול את השימוש שעושות בתדרי תחום זה תחנות רדיו רבות הפועלות באופן לא חוקי. תחנות אלה מפריעות לתחנות רדיו אחרות, למערכת הביטחון, וחלקן אף מפריעות לקשר של מגדלי פיקוח עם מטוסים ולמערכות הניווט האווירי. מממצאי בדיקה שנערכה בידי אגף הספקטרום ורישוי תדרים בתחום במשרד התקשורת עולה, כי ניתן יהיה להקצות תדרים בתחום ה-FM לכל היותר לשלוש רשתות רדיו בכיסוי כמעט ארצי ויתכן שאף למספר מוגבל של תחנות רדיו אזוריות נוספות, במגבלות מסוימות. בנוסף לנתונים אלה, בעיית צפיפות התדרים בישראל קשה גם בשל תנאים אובייקטיביים. תנאים אובייקטיביים אלה כוללים את היותה של ישראל מדינה קטנה שעיקר צרכיה התקשורתיים מתרכזים במרכזה, דבר המקשה על שימוש חוזר בתדרים; את צרכיה הגדולים של מערכת הביטחון הישראלית ואת התחייבותה של ישראל, במסגרת הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28.9.95, להקצות תדרים גם לשימושה של הרשות הפלסטינית. ייחוד זה, של היות הספקטרום האלקטרו מגנטי משאב מוגבל

ומצומצם, עומד ביסודו של הצורך להתערבות רגולטורית מיוחדת בתחום ההועדה וההקצאה של תדירים לשידורי הרדיו.

18. הצורך ברגולציה אינו מתמצה בהועדה והקצאה טכנית של התדירים בספקטרום האלקטרו מגנטי. 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 התדירים למשתמשים השונים וכן שהשימוש בהם ייעשה למען הגשמת המטרות שלשמן הוקצו. במסגרת זו, היות הספקטרום האלקטרו מגנטי 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.

לסיכום, התערבות רגולטורית בתחום שידורי הרדיו נדרשת הן במישור הטכני של הועדת תדירים והקצאתם והן במישור המהותי שעיקרו הבטחת פלורליזם תקשורתי ושמירה על עקרונות יסוד.

המסגרת הנורמטיבית להסדרת שידורי הרדיו הפרטיים

19. תחום התקשורת האלקטרונית מוסדר באמצעות מארג של דברי חקיקה: חוק רשות השידור, התשכ"ה – 1965 (להלן: **חוק רשות השידור**); חוק הבזק; פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש] התשל"ב – 1972 (להלן: **פקודת הטלגרף**) וחוק הרשות השנייה. מבין חוקים אלה, חוק רשות השידור אינו עוסק בנושא המחלוקת בענייננו. חוק זה מסדיר את פעולתו של השידור הציבורי, ואילו בתיקון לחוק הבזק עסקין ברשיון וזיכיון להפעלת תחנת רדיו פרטית. אף חוק הבזק, אשר במסגרתו הוכנס התיקון לחוק נשוא העתירות, אינו מסדיר מתן רשיון וזיכיון לשידורי רדיו לציבור בישראל, לא במגזר הציבורי וגם לא במגזר הפרטי. אמנם המונח "בזק" בסעיף 1 לחוק הבזק כולל גם שידורי רדיו, ועל פי סעיף 2(ב) לחוק כל פעולת בזק או שירותי בזק טעונים רישוי. אולם סעיף 3(3) לחוק הבזק פוטר מחובת רשיון פעולה המבוצעת על פי רשיון מכוח פקודת הטלגרף. כפי שיובהר להלן, רישוי להפעלת תחנת רדיו מוסדר בפקודת הטלגרף. בהתאם, סעיף 32(ב) לחוק הרשות השנייה, המסדיר זיכיונות להפעלת תחנות שידור, וביניהן אף תחנות להפעלת שידורי רדיו, פוטר בעל זיכיון לפי חוק זה מהצורך ברשיון לפי חוק הבזק.

20. פקודת הטלגרף מטפלת, בעיקרה, בהקצאת תדירים לשימושים שלהם הועדו ובהסדרת ה"תנועה" בספקטרום האלקטרו מגנטי. היא חולשת על מכלול השידורים, הן במגזר הפרטי והן במגזר הציבורי. המונח "טלגרף אלחוטי" מוגדר בפקודה:

"שיטה של תקשורת באמצעות מכשירים לשידור או לקליטה של ידיעות או תקשורות אחרות על ידי אותות חשמל, שלא בעזרת תיל המחבר את נקודות השידור והקליטה".

הגדרה זו כוללת כל שיטת תקשורת המשתמשת בספקטרום האלקטרו מגנטי, כגון מכשירים סולריים, קשר עם מטוסים ואוניות וכן תחנות רדיו.

סעיף 5 לפקודה קובע חובת רישוי להפעלת תחנת טלגרף אלחוטי ולמכשיר המשמש להעברת טלגרף. הסעיף קובע:

"5. (א) לא יקים אדם ולא יקיים תחנת טלגרף אלחוטי, ולא יתקין ולא יפעיל ולא יקיים מכשיר לטלגרף אלחוטי, בכל מקום בישראל או בכלי שיט או בכלי טיס הרשומים בישראל, אלא לפי רשיון מאת הממשלה.

(ב) רשיון לפי סעיף זה יהיה בטופס שקבעה הממשלה ולתקופה שקבעה, והתנאים למתן הרשיון ולהמשך תקפו יירשמו בו או במצורף אליו.

"...

הסעיף דורש אם כן שני רשיונות; רשיון הפעלה לתחנת רדיו ורשיון עבור המכשיר עצמו. תכליתו של הרשיון למכשיר הנה למנוע שימוש במכשירים לא תקינים ומיושנים אשר השידור באמצעותם עלול להפריע לשידורים אחרים. הפעלה ללא רשיון של תחנת טלגרף אלחוטי או של מכשיר טלגרף הנה עבירה פלילית לפי סעיף 7 לפקודת הטלגרף.

סעיף 5ד'(א) לפקודה דן בהועדת תדרים והקצאתם. הסעיף קובע:

"לא ישתמש אדם בתדר רדיו אלא בהתאם להועדת התדר ולפי הקצאה שקיבל מאת הגוף שהממשלה הסמיכה כאמור בסעיף קטן (ג), ובהתאם לדרכי ניצול התדר ואופן השימוש בו, כפי שנקבעו בתנאי ההקצאה".

מכאן, שמעבר לרשיון להפעלת תחנת רדיו ולרשיון להפעלת מכשיר טלגרף, לצורך שידורי רדיו לציבור נדרשת גם הועדה והקצאה של תדר מאת הרשות המוסמכת. לכך יש להוסיף, כי סעיף 13 לפקודה מסמך את שר התקשורת לקבוע אגרות בעד מתן רשיון, הועדת תדרים והקצאתם. הסדר הגביה של האגרות מצוי בתקנות הטלגרף האלחוטי (רשיונות, תעודות ואגרות), התשמ"ז – 1987. בתמצית, תכליתה העיקרית של פקודת הטלגרף היא להקצות תדרים לשימושים בהתאם להועדתם ולהסדיר את התנועה בספקטרום האלקטרו מגנטי וזאת במטרה להבטיח את השימוש המיטבי במשאב הציבורי. סמכות זו, היא סמכות טכנית-מקצועית באופייה ואין היא עוסקת בתוכן שידורי הרדיו. התכלית של הסדרת התנועה בספקטרום מושגת באמצעות כמה אמצעים: הועדת תחומי התדרים לשימושים שונים, מתן תדר או תחום תדרים לכל משתמש שרק בהם מותר לו להשתמש וכן, באמצעות מתן רישוי למכשירים עצמם ומניעת שימוש במכשירים לא תקינים שבעת השידור עלולים להפריע לשימוש בתדרים אחרים.

21. בעוד פקודת הטלגרף עוסקת בצד הטכני של הקצאת תדרים לשימושים שלהם הועדו,

חוק הרשות השניה מסדיר מתן זיכיונות להפעלת תחנות שידור בהתחשב בהיבטים

מהותיים-תוכניים. פרק ג' לחוק הרשות השניה קובע הוראות גג החלות על כל השידורים

המוסדרים במסגרת החוק. סעיף 32 לחוק קובע לעניין זיכיון ורישוי:

"(א) לא יקים אדם, לא יפעיל תחנת שידור, ולא יקיים שידורים אלא אם כן קיבל לכך זכיון מאת המועצה.

(ב) בעל זכיון חייב ברשיון לפי פקודת הטלגרף האלחוטי ואינו חייב ברשיון לפי חוק הבזק.

(ג) הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על שידורים הניתנים לציבור כדיון" (הדגשה שלי - ת"א).

סעיף 32(ג) לחוק מוציא מגדר תחולת החוק, בכל הנוגע לשידורי רדיו, את שידורי הרדיו הציבורי, קול ישראל וגלי צה"ל, אשר פעילותם מוסדרת בדיון.

החוק קובע, כי זיכיון לשידורים יינתן על פי מכרז פומבי שתפרסם הרשות (סעיף 38). כמו כן קובע החוק את המנגנון והכללים החלים על המשתתפים במכרז. הפעלת תחנות רדיו ללא זיכיון הנה עבירה פלילית לפי סעיף 90 לחוק.

22. בצד ההסדרים הכלליים הקבועים בו, קובע חוק הרשות השניה אף הסדרים ספציפיים

החלים על שידורי טלוויזיה ושידורי רדיו. בין היתר, מסדיר החוק, במסגרת פרק ה' שבו, מתן זיכיונות להפעלת תחנות אזוריות לשידורי רדיו, שאינן חלק מן השידור הציבורי אלא מצויות בבעלות גורמים פרטיים וכן את הפיקוח עליהן. סעיף 72 דן בתחנות לשידורי רדיו אזוריות ומיקומן. סעיף קטן (א) שלו קובע:

"המועצה תעניק זכיונות להפעלת תחנות אזוריות לשידורי רדיו אזוריים ותקבע בכללים, את חלוקת הארץ לאחד עשר אזורים לפחות, שבהם יינתנו חמישה עשר לפחות, אך לא יותר מעשרים זכיונות לשידורי רדיו, הכל כפי שתקבע המועצה מזמן לזמן; בקביעת האזורים ובמתן הזכיונות תפעל המועצה במגמה לקיים שידורי רדיו אזוריים בכל רחבי הארץ, בהתחשב, בין היתר, באפשרות להקצות תדרים, בתנאי התפשטות הגלים, בשיקולים כלכליים, במיגוון סוגי השידורים ואופיים".

סעיף זה מלמד, כי הקצאת תדרים לשידורי רדיו אזוריים נתון לשיקול דעתה של המועצה, אשר מונחית לקחת בחשבון את הפרמטרים הרלבנטיים לצורך זה וביניהם אף את מגבלת התדרים בישראל. בהתאם להוראות חוק הרשות השניה, חולקה הארץ ל- 11 אזורים וניתנו עד כה 14 זכיונות. כאמור, שלוש עשרה מתוך תחנות הרדיו האזוריות עותרות בפנינו נגד התיקון לחוק הבזק.

בניגוד להסדר הספציפי החל על תחנות הרדיו האזוריות, חוק הרשות השניה אינו מסדיר באופן דומה את התחום של הענקת זיכיונות לשידורי רדיו ארציים, פיקוח על שידורים כאלה, תכליתם או כל היבט אחר הקשור להפעלתם.

שיבוץ התיקון לחוק במסגרת הנורמטיבית של הסדרת שידורי הרדיו

23. כמצוטט לעיל, התיקון לחוק הבזק קובע, כי מפעיל תחנת רדיו העומד באמות המידה

שנקבעו בו, יראו אותו כמי שקיבל רשיון לפי חוק הבזק, רשיון לפי סעיף 5(א) לפקודת הטלגרף האלחוטי וזיכיון לפי סעיף 32(א) לחוק הרשות השניה.

הקביעה לפיה יראו מפעיל תחנת רדיו העומד בתנאי התיקון לחוק כאילו קיבל רשיון לפי חוק הבזק הנה חסרת משמעות, שכן, כפי שהובהר לעיל, מפעיל תחנת רדיו שזכה ברשיון לפי פקודת הטלגרף האלחוטי וזיכיון לפי חוק הרשות השניה, כלל אינו נזקק לרשיון לפי חוק הבזק.

התיקון לחוק מוסיף וקובע כי מי שעומד בתנאיו יראו אותו כמי שקיבל רשיון לפי סעיף 5(א) לפקודת הטלגרף. הובהר לעיל, כי סעיף 5(א) דן בשני סוגי רשיונות: רשיון הפעלה לתחנת רדיו ורשיון עבור המכשיר המשדר עצמו. רשיונות אלה אינם מיתרים את הצורך בהוועדה והקצאה של תדרים (ראו סעיף 5ד' (א) לפקודת הטלגרף אשר צוטט לעיל).

ליבת התיקון לחוק הבזק מצויה בסיפא שלו הקובעת, כאמור, כי העומד בתנאי התיקון לחוק יראו אותו כאילו קיבל זיכיון לפי סעיף 32(א) לחוק הרשות השניה. המשמעות העיקרית של התיקון לחוק היא, כי מי שהתיקון חל עליו, פטור מהמנגנון החל על בחירת בעלי זיכיון לפי חוק הרשות השניה. בפשטות, התיקון לחוק הבזק מעניק זיכיון להפעלת תחנת רדיו ללא מכרז, בנוסף להענקת רשיונות לפי סעיף 5(א) לפקודת הטלגרף. כנגד חוקתיותה של תוצאה זו, יוצאות

העתירות שבפנינו. אפנה אפוא לדון בסוגיות המתעוררות בנוגע לחוקתיות תוכנו של התיקון לחוק הבזק, תוך התמקדות בטענה בדבר פגיעה בזכות לחופש עיסוק.

ג. חוקתיות תוכנו של התיקון לחוק - הזכות לחופש עיסוק

24. דעתי היא, כי התיקון לחוק פוגע בחופש העיסוק המעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק וכי פגיעה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. להלן אפרט את נימוקי לכך. מכל מקום, לאור מסקנתי זו, אמנע מלדון בפגיעות הנטענות על ידי העותרים בזכות לשוויון ובזכות לקניין, על הסוגיות המורכבות שהן מעוררות, כמו המחלוקת בשאלה אם הזכות לשוויון מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וכן שאלת היקפה של הזכות לקניין ובאיזו מידה קיימת בענייננו זכות קניין אשר נפגעה.

היקף הזכות לחופש העיסוק

25. הזכות לחופש עיסוק נמנית עם זכויות היסוד הבסיסיות אשר הוכרו ככאלה עוד טרם חקיקתם של חוקי היסוד. כך כבר בבג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב' 80 אומר השופט ש' ז' חשין:

"... לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה ובמשלוח יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלוח יד אינה אסורה מטעם החוק... זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה" (בעמ' 82).

בעקבות פסק דין זה הלכו רבים והזכות לחופש עיסוק הפכה לזכות יסוד אשר אינה כתובה "עלי ספר". על זכות זו נאמר בבג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 441: "זכות יסוד זו ממה היא נובעת אם לא מהעקרון הערכי של חירות הבחירה הניתנת לו לאדם, בהיותו בן חורין - חירות אישית שהיא יסוד היסודות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מהי הזכות לחופש העיסוק אם לא מתן שוויון ההזדמנויות לכל אזרח באשר הוא לבחור לעצמו את עיסוקו ואת מקור פרנסתו, והרי השוויון בפני החוק והשוויון בין אדם לאדם הם מעיקרי העיקרים של מגילת העצמאות, ולמעשה, על פי רוח הדברים גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהרי כל אדם נולד בצלם, כל אדם, בהיותו אדם, זכאי לאותן הגנות על חירותו, על כבודו על קנינו, על צנעת פרטיותו" (פסקה 28 שם).

זכות יסוד זו לחופש עיסוק עוגנה בחוק יסוד: חופש העיסוק. סעיף 3 שבו קובע:

"כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד".

בכך קנתה לעצמה הזכות לחופש עיסוק מעמד נורמטיבי חוקתי. בבג"ץ 1715/97 הנ"ל נאמר בהקשר זה על ידי חברי הנשיא ברק:

"חופש העיסוק כזכות חוקתית נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי. הוא ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. באמצעות חופש העיסוק מעצב האדם את אישיותו ואת מעמדו ותורם למרקם החברתי. כך על פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. כך על פי ערכיה כמדינה יהודית. המלאכה מייחדת את האדם ומהווה ביטוי לצלם האלוהים שבו (ראו משנת ר' אליעזר פ"ב)" (פסקה 15 שם).

26. עיקר בסיסי בזכות לחופש עיסוק המוגנת בחוק יסוד: חופש העיסוק הוא חופש התחרות.

פגיעה בחופש התחרות על ידי התערבות בו בדרך של הענקת טובות הנאה לאחד המתחרים בלבד והעדפתו על אחרים, יש בה פגיעה בחופש העיסוק. הכלל, לפיו בבסיס

חופש העיסוק מונח חופש התחרות בין פרטים, אומץ בשורה ארוכה של פסקי דין (ראו: בג"ץ 726/94 הנ"ל; בג"ץ 1703/92 ק'א'ל' קווי אויר למטען נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 227-228; בג"ץ 3344/94 שחף נתיבי אויר נ' שר התחבורה, דינים עליון, כרך מב, 179; בג"ץ 5277/96 חוד, חברה לתעשיות מתכת בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נ(5) 854; בג"ץ 2313/95 קונטקט לינסן (ישראל) בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נ(4) 397, 410; בג"ץ 1255/94 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661; בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451. ראו גם: מ' גולדברג, "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד", הפרקליט מא (תשנ"ד) (291, 304-305). אכן, בריח התיכון של חופש העיסוק הוא עיקרון השוויון בין מתחרים. התערבות שלטונית המעניקה לאחד את אשר אינו מוענק לאחר או המצירה את צעדיו של אחד באופן שאינו מוטל על מתחרהו מתערבת בתחרות חופשית באופן הפוגע בחופש העיסוק. בבג"ץ 1703/92 הנ"ל, נדונה שאלת הענקת סובסדיה לעסק אחד שאינה מוענקת לעסק מתחרה. חברי, השופט חשין קובע שם בהקשר זה:

"חופש העיסוק אין פירושו אך היתר לתחרות בזולת. חופש העיסוק משמיע מעצמו זכות לתחרות בלא התערבות המדינה. הענקת יתרון (מענק) לנפגעי בתנאי שוק חופשי, פירושה הוא, גריעה מזכותו של יששכר ופגיעה בחופש העיסוק שקנה, אפשר עד כדי הכנעתו וחסולו כגוף פעיל בשוק. לא יקשה עלינו להבין כי לו אחרת אמרנו, כי אז הצמתנו במו ידינו את חופש העיסוק, ולמצער, צימצמנו אותו עד לבלי הכר. חופש העיסוק אין פירושו החופש להפסיד בעסקים או "לרעוב תחת הגשר". חופש העיסוק במובנו המהותי משמיע אף הטלת איסור על המדינה להתערב בתחרות החופשית על דרך הענקת סובסידיה לנפגעי ושלייתה בה בעת מיששכר, מתחרהו של נפגעי בשוק" (פיסקה 18 לפסק דינו).

בבג"ץ 5277/96 הנ"ל נדונה סיטואציה בה הוענק מעמד של "מפעל מאושר" על פי חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט – 1959 לחברה אחת אך לא למתחרה שלה. בעניין זה, הבעתי את דעתי כי: "... החלטת השרים על מתן טובת הנאה למעש פלדות סוטה שלא כדין מן המדיניות שנקבעה בעניין זה. כך נוצר מצב, בו מצד אחד נמנע מן העותרת אפילו לנסות ולקבל הטבות על פי החוק, נוכח מצגים חד משמעיים של הרשות כי על פי מדיניותה אין כל סיכוי כי תוכנית למפעל בתחום הנדון אכן תאושר; ומצד שני, אושרה תוכניתה של מעש פלדות, אשר עניינה מפעל לייצור אותם מוצרים עצמם. בכך פוגעת החלטה זו שלא כדין בעקרון השוויון... בכך גם נפגעת זכותה של העותרת לחופש עיסוק..." (פיסקה 10 לפסק דינו).

בבג"ץ 726/94 הנ"ל, נדונה סיטואציה בה הוגבלה פעילות של קרן פנסיונית, כאשר פעילותן של קרנות אחרות לא הוגבלה בהתאם. השופט ד' לוי קובע בעניין זה:

"... זכותו של אדם לבחור לעצמו את העיסוק המדבר ללבו וזו בחירתו החופשית. ביסוד חופש זה עקרון השוויון, בינו לבין השווים לו; אין לשלול ממנו את שמעניקים לאחר ואין להגביל אותו מקום שאין מגבילים את האחר. עיקר חשוב בזכות היסוד הזו הוא ביכולת התחרות החופשית בין פרטים. על כן, פעילות שלטונית המגינה על מתחרה זה או אחר דווקא ושוללת תחרות חופשית מהאחר - פוגעת בחופש העיסוק. משום כך, אפליה בין שווים לענין האפשרות לעסוק במקצוע או מלאכה פלוגית, פוגעת בחופש זה. סובסידיה הניתנת לפרט אחד ונשללת מפרט אחר פוגעת בחופש התחרות וממילא פוגעת בחופש העיסוק. מתן מונופול לפלוגי שולל את יכולת העיסוק של אזרח

פלמוני ועל כן יש בו משום פגיעה בחופש העיסוק. אלה ואחרים מדגימים ומשקפים באופן מוחשי-פלסטי את הזכות מחד גיסא ואת מהות הפגיעה והיקפה מאידך גיסא" (פיסקה 34 לפסק דינו). לחופש התחרות יש חשיבות הן בהיבט הציבורי והן בהיבט האישי. מבחינת ההיבט הציבורי, התכלית היא הגברת היעילות במשק. חופש התחרות תורם לשיפור טיב המוצר או השירות, ולשמירה על רמת מחירים הולמת לתועלתם של הצרכנים. בהיבט האישי תכליתו היא הן לאפשר לפרט למצוא את מחייתו והן לעצב את אישיותו ומעמדו. ההיבט האישי של חופש העיסוק, הכולל את חופש התחרות, הפך לזכות חוקתית המוגנת במסגרת חוק יסוד: חופש העיסוק.

27. בנסיבות המקרה דנו, אין כל ספק שהתיקון לחוק פוגע בחופש העיסוק. ספקטרום התדרים לשידור ערוצי רדיו מסחריים-ארציים הוא משאב מוגבל השייך לציבור בכללותו. תפקיד השלטון הוא לשמש נאמן הציבור לצורך שמירה על משאב זה, ולניצולו לתועלת הציבור. במסגרת זאת, אחראי הוא גם על הקצאתו באופן יעיל והוגן בין אלה המבקשים לנצלו. התיקון לחוק פוגע בחופש התחרות של כלל המתחרים הפוטנציאליים על השימוש במשאב התדרים לשידורי רדיו ארציים בכך שהוא מעניק זיכיון ורשיון לשידורי רדיו ארציים-פרטיים לגוף משדר העומד בתנאי התיקון לחוק, ללא מכרז וללא קריטריון חלוקה שוויוני אחר כלשהו. לשון אחרת, הרשיון והזיכיון מוקצים לגופים ספציפיים וזאת מבלי שניתנה למתחרים נוספים הפועלים בענף שידורי הרדיו כל הזדמנות להתחרות עמם על בסיס שווה. פגיעה זו מוחרפת בנסיבות העניין מעצם הדבר כי אמת המידה לקבלת הזיכיון והרשיון לפי התיקון לחוק היא קיום ותק מינימלי של שימוש לא מורשה ושלא כדין בתדרי רדיו.

28. בהיבט זה, של פגיעה בחופש התחרות בין מתחרים, פוגע התיקון לחוק, בין היתר, בחופש העיסוק של תחנות הרדיו האזוריות. אכן, לתחנות רדיו אלו אין כל זכות קנויה לכך שלא יוספו תחנות רדיו נוספות, ובכלל זה תחנות רדיו מסחריות ארציות, למצבת התחנות הקיימת. אולם, חופש העיסוק שלהם נפגע במובן זה שהן עצמן היו מנועות מלהשתתף בהתמודדות על משאב מוגבל שעניינו קבלת זיכיון לשידורי רדיו ארציים מסחריים, למרות היותן מתחרות פוטנציאליות טבעיות להתמודדות על השימוש במשאב זה.

29. חשוב להדגיש, כי הפגיעה בענייננו אינה מתמצית בהגבלה כלשהי על חופש התחרות בלבד. בנסיבות העניין, נחסמת, למעשה, לחלוטין נגישותם של כל אלה אשר אינם עומדים בתנאי התיקון לחוק להפעיל תחנת רדיו המשדרת שידורי רדיו ארציים-פרטיים. זאת, כבר מהטעם שאין כיום בנמצא כל דרך חוקית אחרת לקבלת רשיון וזיכיון להפעלת תחנת רדיו ארצית-פרטית. אך לא רק זאת. כפי שנזכר לעיל, משאב התדרים המוקצה לשידורי רדיו ארציים-פרטיים הוא מוגבל ביותר. אין לשלול את האפשרות כי מספר הגופים העומדים בתנאי התיקון לחוק יהיה כזה שמשאב התדרים הקיים ימוצה ותחום זה שוב לא יהיה פתוח בפני אחרים, גם אם תוסדר דרך חוקית חלופית להתמודד על זיכיון להפעלת תחנת רדיו המשדרת שידורי רדיו ארציים-פרטיים. קרי, לא מדובר רק במצב בו ניתנת למאן דהוא זכות שאינה ניתנת למתחרהו, אלא עסקינן במצב בו יתכן מאוד שנשללת לחלוטין מאחרים הכניסה לתחום של שידורי רדיו ארציים-פרטיים.

30. לטענת המשיבים, הכנסת מוסמכת להקצות בחקיקה ממשאבי המדינה גם ללא מכרז בשל עניינים שהיא חפצה לקדם. גם אם כך הוא, יש לזכור כי חוקי הכנסת כפופים

להוראות חוקי היסוד, במובן זה שאם הוראת חוק פוגעת בזכות יסוד המעוגנת בחוק יסוד, הוראת חוק תהיה תקפה רק אם היא עונה על דרישות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד הרלבנטי. לפיכך יכול דבר חקיקה להתקיים על אף שקיומו פוגע בחופש העיסוק, רק כאשר הפגיעה עונה על תנאי פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד: חופש העיסוק. בסוגיה זו, של קיום תנאי פסקת ההגבלה, נדון להלן.

בחינת עמידת התיקון לחוק בתנאי פסקת ההגבלה

31. על פי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק: "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסכמה מפורשת בו". בענייננו, נסובה המחלוקת על כל אחד ואחד מתנאיה של פסקת ההגבלה. דעתי היא, שאין התיקון לחוק עומד בדרישת המידתיות, דהיינו בתנאי של "במידה שאינה עולה על הנדרש". לפיכך, אתמקד בדרישה זו, כאשר לצורך הדיון בה אקדים ואבחן את התקיימות הדרישה לתכלית ראויה. אציין, כי גם השאלה האם ניתן להפעיל בענייננו את דוקטרינת "החוק הסתום" בהקשר לדרישה כי הפגיעה בחופש העיסוק תעשה "בחוק" אינה שאלה שהתשובה עליה קלה. אולם, לאור העובדה כי הכרעה בסוגיה זו אינה נדרשת לשם הכרעה בענייננו, לא אדון בה.

תכלית ראויה

32. האם התיקון לחוק הבזק חוקק לתכלית ראויה? לשון אחרת, האם תכליתו מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגינה על זכויות אדם?

העותרים טוענים, והיועץ המשפטי לממשלה מצטרף לטענתם זו, כי תכלית התיקון לחוק היא להעניק רשיון וזיכיון למפרי חוק, ובראשם לערוץ 7, ערוץ שפעל שלא כחוק, ומפעיליו עומדים לדין בגין מעשים אלה. העותרים מדגישים, כי לדעתם, אין התיקון לחוק בא לסייע להרחבת השיח הציבורי באמצעות מתן זיכיונות לערוצי רדיו ארציים ייעודיים למגזרים בעלי צרכים מיוחדים. המשיבים מצדם, אינם מתכחשים לכך שתוצאת התיקון לחוק היא הענקת רשיון וזיכיון לערוץ 7, ויתכן שגם לתחנות שידור נוספות העומדות בתנאי התיקון לחוק. אולם לטענתם, התכלית המונחת ביסוד הענקת רשיון וזיכיון לתחנות לשידור רדיו העונות על תנאי התיקון לחוק היא תכלית רחבה יותר. תכלית זו מתמקדת בהענקת ערוצי תקשורת רדיופוניית לאוכלוסיות ייעודיות אשר סבלו בעבר מהעדר ייצוג תקשורתי הולם, ובכללן האוכלוסיה המהווה את קהל המאזינים של ערוץ 7. העמותה לזכות הציבור לדעת מדגישה בהקשר זה את התכלית של קידום פלורליזם תקשורתי המעניק ייצוג הולם להשקפות שונות הרווחות בציבור (להלן תכונה תכלית זו, של מתן ייצוג הולם לאוכלוסיות ייעודיות ושיקוף ההשקפות השונות הרווחות בציבור: **ייצוג תקשורתי פלורליסטי**).

33. על מנת לבחון את השאלה, האם התכלית העומדת ביסוד התיקון לחוק הבזק היא תכלית ראויה, יש לאתר תחילה את תכלית התיקון לחוק. האם תכלית זו מצטמצמת להענקת זיכיון ורשיון למפרי חוק אשר המחוקק חפץ ביקרם או שמא תכליתו היא קידום ייצוג תקשורתי פלורליסטי? נבחן את תכלית התיקון לחוק על פי לשונו ועל רקע הדיון שנערך בעניינו במסגרת הקריאה השניה והשלישית בכנסת.

מלשון התיקון לחוק עולים שני תנאים בסיסיים אשר קיומם נדרש על מנת לזכות ברשיון וזיכיון על פיו: אורך תקופת הפעלת תחנת שידור לשידורי רדיו וכן היקף פריסת השידורים. העובדה שתחנה לשידור שידורי רדיו אשר שידרה שלא כחוק אינה זקוקה, על פי התיקון לחוק הבזק, לרשיון וזיכיון, מלמדת כי אמות מידה אלה מתייחסות לתחנות רדיו ששידרו באופן לא חוקי או "מחוץ" לחוק. טענת העותרים היא, כי אמות מידה אלה נועדו להתאים למידותיו של ערוץ 7. לעומתם, טוענים המשיבים, כי הן עוצבו כך שיוענק רשיון וזיכיון על פי התיקון לחוק לתחנות רדיו ששידוריהן עונים על צורך חברתי של מגזר משמעותי באוכלוסיית המדינה לתחנות שידור אלה.

הדיון שנערך במליאת הכנסת במסגרת הקריאה השניה והשלישית שופך אור על העמדות השונות בנוגע לתכלית התיקון לחוק. ברי שחברי הכנסת אשר התנגדו לתיקון לחוק סברו כי תכליתו היא להכשיר את פעילותו של ערוץ 7 (ראו דברי חה"כ אורון בפרוטוקול ישיבה רפ"ה, ז' באדר התשנ"ט, 23.2.99, בעמוד 123 ובעמוד 140, ודברי חה"כ פורז בעמוד 190). אולם גם חברי הכנסת אשר תמכו בתיקון לחוק, ואשר סברו שהוא מיועד להעניק ייצוג תקשורתי פלורליסטי, לא הכחישו כי תכלית זו כוללת בחובה גם את קביעת זהות מקבל הרשיון והזיכיון. חה"כ הנדל אומר בעניין זה:

"אז אני רוצה שתדע שבאופן בלתי תמים, כשהציעו לעשות רדיו אזורי בישי"ע ולעשות מכרז כי זה דבר מסודר, אמרנו - בסדר, אבל אנחנו רוצים לפתור איזושהיא בעיה לציבור במדינת ישראל שאין לו תקשורת. אמרנו - תנו אפשרות שלפחות ברדיו האזורי של ישי"ע יתמודדו רק אנשים ישי"ע. יכול להיות שאלה יהיו דתיים, יכול להיות שלא דתיים, בישי"ע אם אתה יודע, רוב המתישבים הם לא דתיים דווקא, ואת הסיכון הזה אנחנו מוכנים לקחת, אבל אני לא מוכן לקחת סיכון שגוי'מס נניח, שיכול להיות יהודי יקר מאוד, אבל בדעותיו הפוליטיות... הוא יזכה כי יש לו יותר כסף. לא הסכימו לתת את העניין הזה, ושתדע בדיוק מה הסיבה. אנחנו לא מוכנים להיות מטומטמים, זה הכל. אנחנו רוצים תחנה אחת נורמלית.

...

מה שהצעתי בהסתייגות שלי הוא: מי שכבר עובד חמש שנים. זה כולל בתוכו רדיו שמאל אחד, זה כולל בתוכו רדיו חרדי אחד וזה כולל בתוכו, רחמנא ליצלן, את ערוץ 7...7" (עמודים 156-161 לפרוטוקול).

34. מהי, אם כן, תכלית החוק לאור לשונו ולאור ההיסטוריה החקיקתית שלו?

בנסיבות העניין, לאור לשון התיקון לחוק והדרך בה התקבל, דעתי היא, כי התיקון לחוק כולל בחובו שתי תכליות ברמות הפשטה שונות. ברמת ההפשטה הנמוכה, אין ספק בעיני כי תכלית החוק היא להכשיר את ערוץ 7 דווקא, ותחנות נוספות אשר הפרו חוק במשך תקופת הזמן הקבועה בו. תכלית זו עולה מניסוח התיקון לחוק המתמקד בהכשרת תחנות רדיו העומדות בתנאים ולא באיתור אוכלוסיות הנזקקות לייצוג תקשורתי. תכלית זו עולה אף מהדיון במליאת הכנסת בקריאה שניה ושלישית. גם מדבריו של חה"כ הנדל אנו למדים, כי התיקון לחוק עוצב כך שבגדר מקבלי הרשיון והזיכיון על פיו יכלל ערוץ 7. כלומר, אין ספק כי, לכל הפחות מנקודת המבט של יוזמי התיקון לחוק, היתה כוונה להכשיר את ערוץ 7 דווקא. מדבריו של חה"כ הנדל בעת הדיון בכנסת ניתן להבין כי קיימות עוד שתי תחנות רדיו העונות על הקריטריונים שבחוק, אחת תחנת רדיו המזוהה עם השמאל הפוליטי והשניה תחנת רדיו המזוהה עם המגזר החרדי (ראו

עמוד 161 שם). אולם, זהות תחנות רדיו אלה לא התבררה לפנינו, ולא ברור כלל אם אכן קיימות בכלל תחנות רדיו נוספות, מלבד ערוץ 7, העונות לקריטריונים של התיקון לחוק. היועץ המשפטי לממשלה מפנה בעניין זה לדו"ח מחקר מאת י" לימור "הרדיו הפיראטי בישראל: תמונת מצב - 1998" ממנו עולה, לכאורה, כי תחנת השידור היחידה המסוגלת לעמוד בתנאי התיקון היא ערוץ 7. למותר לציין, כי תכלית זו, של מתן רשיון וזכיון לתחנות רדיו אשר פעלו ללא רשיון וזכיון כדיון, אינה ראויה בעליל. היא נותנת פרס למי שפעלו שלא כדיון, ובכך מהווה פגיעה קשה בשלטון החוק. בנוסף, יש בה פגיעה בחופש העיסוק של מתחרים פוטנציאלים, מבלי לקדם יעד חברתי כלשהו. לסיכום נקודה זו, עולה ומזדקרת לעין התכלית של החוק המתקן והיא של מתן לגיטימיות לשידורי ערוץ 7. למרות זאת, מוכן אני לקבל, ולו מפאת הזהירות, את הטענה כי תכלית התיקון לחוק אינה מסתכמת בהענקת רשיון וזכיון לתחנות שידור אשר הפרו חוק למשך זמן ארוך. יתכן והתיקון לחוק מקפל בחובו תכלית נוספת, ברמת הפשטה גבוהה יותר, והיא מתן ייצוג תקשורתי פלורליסטי. תכלית זו נתמכת, במידה מסוימת, באמות המידה הקבועות בתיקון לחוק לצורך קבלת רשיון וזכיון על פיו, אשר ניתן לפרשן, אם כי בדוחק, באופן שהן נועדו לאתר תחנות רדיו אשר יש להן קהל מאזינים רחב אשר לא מצא סיפוק לצרכיו בשידורי הרדיו המתנהלים במסגרת מארג החוקים הקיים. תכלית זו אף נתמכת בדבריו של חה"כ הנדל, לפיהם התיקון לחוק נועד לספק את צרכיה של אוכלוסיה ייעודית. גם עצם הכוונה להכשיר את ערוץ 7 דווקא, ערוץ המשדר בפועל לאוכלוסיה ייעודית, תומך בתכלית זו של התיקון לחוק. מהיבט זה, הענקת רשיון וזכיון לערוץ 7 ותחנות שידור הדומות לו, אינה נובעת מהרצון להכשיר תחנות שידור "פיראטיות", אלא מכך שהן מייצגות אוכלוסיות ייעודיות הנזקקות להן. מנקודת מבט זו, הפרמטרים הקבועים בחוק להענקת ערוצי תקשורת הם אמצעי בלבד המיועד לשרת תכלית של הענקת ייצוג תקשורתי פלורליסטי.

35. במצב דברים זה עולה בענייננו השאלה מה הדין כאשר לדבר חקיקה יש יותר מתכלית דומיננטית אחת, כאשר התכלית ברמת ההפשטה הגבוהה היא ראויה ואילו התכלית ברמת ההפשטה הנמוכה אינה ראויה (ראו פרופ' א' ברק, **פרשנות במשפט, כרך שלישי, פרשנות חוקתית** (ירושלים, תשנ"ד – 1994), עמודים 533-534). במקרה דנן, איני נדרש לדילמה זו, שכן כפי שאבהיר להלן, גם אם תכלית התיקון לחוק היא ראויה, עדיין האמצעים להגשמתה, קרי, הענקת רשיון וזכיון לתחנות רדיו אשר שידרו שלא כחוק במשך חמש שנים לפחות בהיקף פריסה ארצי, הם בלתי מידתיים.

מידתיות הפגיעה

36. על פי פסקת ההגבלה, הפגיעה בחופש העיסוק צריכה להיות במידה שאינה עולה על הנדרש, שאם לא כן, ימצא החוק בלתי חוקתי בשל פגיעתו בזכות לחופש עיסוק. מבחן המידתיות עניינו באמצעים להשגת המטרה, אשר היא עצמה מטרה ראויה (ראו: בג"ץ 1715/97 הנ"ל בעמוד 384; ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 345; בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728,777; בג"ץ 4915/00 **רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נד(5) 451 פסקה 14). המטרה, אם כן, אינה מקדשת את כל האמצעים. בענייננו, אף אם נתקבל הטענה, כי תכליתו של התיקון לחוק הנה ייצוג תקשורתי פלורליסטי, יש לבחון, על פי תכלית זו, האם הפגיעה בחופש העיסוק היא מידתית. להלן תבחן סוגיה זו על פי

שלושת מבחני המשנה אשר עוצבו בפסיקה לעניין זה: מבחן ההתאמה הרציונלית בין האמצעי למטרה; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן התועלת לעומת הנזק (לעניין דרישת המידתיות ומבחני המשנה לבחינת קיומה ראו: בג"ץ 1715/97 הנ"ל בעמוד 385; ע"א 6821/93 הנ"ל עמודים 436-437; בג"ץ 4915/00 הנ"ל בפסקה 14).

התאמה בין המטרה לאמצעי

37. מבחן המשנה הראשון דורש התאמה בין האמצעי למטרה. האמצעי צריך להוביל, באופן רציונלי, להגשמת המטרה החקיקתית. השאלה שיש להציב במסגרת זו, היא האם האמצעי אשר נוקט התיקון לחוק הבזק עומד במבחן זה, דהיינו האם מותאם התיקון לחוק למטרה, הראויה כשלעצמה, של קידום תכלית של ייצוג תקשורתי פלורליסטי. תשובתי לשאלה זו היא בשלילה.

ראשית, העדרו של מנגנון לקביעת סדר עדיפויות בין הצרכים התקשורתיים של מגזרים שונים עלול להביא לתוצאה בלתי ראויה שאינה תואמת את תכלית החקיקה. גם אם נניח כי תחנות הרדיו שיענו על תנאי הסף שקבע התיקון, משדרות, כל אחת מהן, למגזר בעל צרכים מיוחדים, עלול להיווצר מצב שבו כל התדרים הפנויים יתפסו על ידי תחנות המשדרות למגזר מסוים בלבד, בעוד שמגזרים אחרים, שגם להם צרכים מיוחדים, לא יזכו בתחנה כלשהי משלהם.

שנית, בנסיבות העניין, בולט, למעשה, העדר התאמה כלשהי בין אמות המידה שנקבעו בתיקון לחוק לבין התכלית אותה הוא לכאורה מבקש לקדם. אמות מידה אלה, של קיום שידורי רדיו במשך חמש שנים, כלל אינן מכוונות לאתר קבוצות אוכלוסיה בעלות צרכים מיוחדים וקביעת סדרי עדיפויות ביניהן. לא עוצבה מסננת המונעת את החלת התיקון לחוק על גופים שאינם מייצגים אוכלוסיה ייעודית כלשהי. כמו כן, לא עוצב מנגנון אשר תפקידו לאתר אוכלוסיות ייעודיות שהן הנזקקות ביותר לייצוג הולם במפת התקשורת הרדיופונית. מכאן, שאמות המידה שנקבעו בתיקון לחוק אינן מותאמות להגשמת התכלית של ייצוג תקשורתי פלורליסטי. המשיבים טוענים כי הקריטריונים שנקבעו בחוק עוצבו באופן הבורר ביעילות את אוכלוסיות היעד שכן חזקה שתחנת רדיו המשדרת בעקביות לפרק זמן ארוך מייצגת אוכלוסיית יעד הנזקקת לשירותיה. אם כי אין לשלול לחלוטין קיומו של מתאם גס כלשהו בין אורך תקופת השידור של תחנות רדיו בלתי מורשות לבין קהל יעד הסובל ביותר מחוסר ייצוג תקשורתי חוקי, הרי שאין כל ערובה אמיתית לכך שבפועל אכן תהיה התאמה כאמור.

בתמצית, מכל זווית שלא נתבונן על נוסח התיקון לחוק, מתבקשת המסקנה כי האמצעי שנקבע בו אינו מוביל להגשמת התכלית החקיקתית האמורה. אין מתאם אמיתי כלשהו בין תכליתו הנטענת על ידי המשיבים של התיקון לחוק לבין האמצעים שנקבעו בו לצורך הגשמת תכלית זו.

האמצעי שפגיעתו בזכות פחותה

38. על פי מבחן זה, האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית הוא ראוי, רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות תהא קטנה יותר. בענייננו, השאלה היא אם לא ניתן היה להשיג את מטרת התיקון לחוק תוך פגיעה פחותה בזכות לחופש עיסוק.

דעתי היא, כי התיקון לחוק אינו עומד גם בדרישה של בחירת האמצעי אשר פגיעתו בזכות פחותה. כאמור, התיקון לחוק אינו כולל חובת מכרז או כל אמצעי אחר האמור לספק הזדמנות שווה למתחרים פוטנציאלים להתמודד על ערוצי הרדיו הארציים. בכך הוא מונע אפשרות שווה

למתחרים השונים להיכנס אל תחום העיסוק של שידור שידורי רדיו ארציים. מניעה זו מוחמרת במקרה דנן בו קיים משאב מוגבל אשר הענקתו לאחד ולא לאחר שלא על בסיס שוויוני חוסמת מהאחר, או למיצער מגבילה קשות, את כניסתו לתחום. תוצאה זו ניתן היה למתן באמצעות קביעת חובת מכרז או קביעת אמות מידה ענייניות אשר על המתמודדים היה לעמוד בהן. כאשר קיים משאב מוגבל ומספר הגופים המבקשים להשתמש בו הוא רב, השימוש באמצעי של מכרז מעניק הזדמנות שווה לכל המתמודדים העומדים בתנאי המכרז להתמודד על ניצולו. שיטת המכרז נועדה להבטיח שוויון בין מתחרים. ודוק; אין המכרז מעניק זכות לעיסוק שכן אין חובה על עורכי המכרז לספק עיסוק למתמודדים במסגרתו. אולם אמצעי המכרז מקדם את חופש העיסוק בכך שלכל המתמודדים העומדים בתנאי המכרז ניתנת הזדמנות שווה להתחרות על הזכייה בו:

"המאפיין את המכרז הוא קיומה של "תחרות מאורגנת", דהיינו, יצירתה של מסגרת אירגונית, מעין "שוק", שבו מתבקשות ומתקבלות הצעות הנבחנות זו כנגד זו תוך תחרות חופשית ביניהן. מטרתה של מסגרת זו היא השגתן של הצעות שהן הראויות ביותר מבחינתו של המזמין, תוך שמירה על עקרונות יסוד של שוויון, הגינות וטוהר המידות (ראה בג"צ 292/71 פד"י ט"ז 20; בג"צ 386/76 פד"י ל"א(1) 3105)" (בג"ץ 118/83 אינווסמנט אימפקט בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד לח(1) 729, 734).

בהקשר זה יוער, שגם אם נניח כי לגיטימי להגביל את ההתמודדות על מתן רשיון וזיכיון להפעלת תחנת רדיו ארצית ייעודית לגורמים המזוהים עם אוכלוסיית היעד, ולא לקיים מכרז פתוח בהקשר זה (כפי שטען חה"כ הנדל בדבריו שצוטטו לעיל), עדיין ניתן לעצב את התיקון לחוק באופן שיפגע פחות בחופש העיסוק של מתחרים פוטנציאליים. יתכן כי גם גופים אחרים מאותה אוכלוסיית יעד, פרט לערוץ 7, אשר אינם עומדים בתנאי התיקון לחוק, מייצגים נאמנה את אוכלוסיית היעד. בהקשר זה טוענים המשיבים כי מוצדק להעניק רשיון וזיכיון לערוץ 7 דווקא, שכן ערוץ זה שירת בפועל, בנאמנות ובעקביות, את צרכיו של קהל היעד. אין בידי לקבל טענה זו. אין סיבה לקבוע כי תחנות רדיו אחרות לא ישכילו לשרת אף הן את אוכלוסיית היעד בנאמנות ובעקביות, אם רק תינתן להן ההזדמנות לכך.

39. ניתן להמחיש את מסקנתי, לפיה התיקון לחוק אינו נוקט באמצעים אשר פגיעתם בחופש העיסוק פחותה, על ידי השוואת התיקון לחוק לטיטות הצעת החוק אשר הוכנה על ידי הממשלה ואשר לא הגיעה לכדי גיבוש בשל חקיקת התיקון לחוק. כאשר משווים את התיקון לחוק הבזק להצעת החוק עולה בצורה ברורה כי האמצעי שנבחר בתיקון לחוק פוגע בצורה קשה בזכות לחופש עיסוק, כשניתן היה למנוע את הפגיעה בו, ולו את חלקה. הצעת החוק מבוססת על מספר נדבכים, שאף אחד מהם אינו מופיע בתיקון לחוק הפוגע, וכל אחד מהם היה מאפשר לפגוע בזכות לחופש עיסוק במידה פחותה.

הצעת החוק כוללת שני שלבים לבחירת בעלי הזיכיון. בתחילה נקבעים הצרכים של הקבוצות והמגזרים השונים. מכיוון שמדובר במשאב מוגבל מתחייבת קביעת סדר עדיפויות בין הצרכים של המגזרים השונים. הקריטריונים שנבחרו לקביעת סדר העדיפויות, בין השאר הקריטריון של העדר חלופות אחרות בתחום התקשורת לאוכלוסייה מסוימת, הם ללא ספק ראויים. לאחר שנקבע סדר העדיפויות, והוחלט כי מגזר מסוים ראוי לתחנה שתשרת את צרכיו, קובעת ההצעה כי יש לערוך מכרז בין המעוניינים לשדר לאותו מגזר. מטרת המכרז הנה להעמיד את כל המעוניינים בזיכיון

בנקודת זינוק שווה. העמדת התיקון לחוק אל מול הצעת החוק שהוכנה בממשלה זה מול זו, מראה כי לצורך הגשמת התכלית הראויה קיימים, אמצעים אחרים, אשר, לעומת התיקון לחוק, פגיעתם בחופש העיסוק פחותה. אמצעי זה הוא קיומו של מכרז. המסקנה המתבקשת היא, שהאמצעי שנבחר אינו מידתי ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

תועלת מול נזק

40. לפי מבחן זה, האמצעי הנבחר - אפילו הוא מתאים (רציונלית) להשגת המטרה, ואפילו אין אמצעי מתון ממנו בפגיעה בזכות - צריך לקיים יחס ראוי בין התועלת שתצמח ממנו לבין היקף פגיעתו בזכות אדם חוקתית. לטענת המשיבים, התועלת בהכשרת ערוץ 7, שהוא בבחינת "תופעה קבועה" שאין טעם להתנגד לה, עולה על מידת הנזק הנגרמת בשל הפגיעה בזכות לחופש העיסוק.

דעתי היא, שגם במבחן זה לא עומד התיקון לחוק. הנזק שנגרם מהתיקון לחוק למתחרים פוטנציאליים על שידור ערוצי רדיו ארציים ייעודיים הוא רב. למעשה, כניסתם לתחום זה נחסמת. כמו כן, הענקת הזיכיון והרשיון לנהל תחנת רדיו בהסתמך על הקריטריון היחיד של הפעלת תחנות רדיו, משך פרק זמן מינימלי, לא קצר, ללא רשיון וזיכיון כדון, מהווה פגיעה קשה בעיקרון שלטון החוק. לעומת זאת התועלת שמפיק הציבור מהענקת רשיון לעומדים בתנאי התיקון מוטלת בספק. כפי שהבהרתי לעיל, אין ודאות כלשהי כי התיקון לחוק אכן מעניק אמצעי תקשורת לאוכלוסיות ייעודיות הזקוקות לכך ביותר, שכן לא נקבעו בו כל סדרי עדיפויות מהותיים אשר לפיהם תיקבע מיהותן של אוכלוסיות אלה. כמו כן, אין לפסול את האפשרות כי גוף אחר עשוי לייצג נאמנה את האוכלוסיה אותה משרת ערוץ 7, או אוכלוסיות אחרות אשר אותן משרתות תחנות שידור אחרות שהתיקון לחוק מכשיר (במידה וישנן כאלה). לפיכך, התועלת הציבורית בהכשרת ערוץ 7 נופלת, לדעתי, מהנזק הנזכר לעיל של פגיעה בזכות לחופש עיסוק ובעיקרון שלטון החוק.

41. לסיכום, התיקון לחוק הבזק פוגע בזכות לחופש העיסוק ואין הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה, הואיל והפגיעה בזכות לחופש העיסוק שבתיקון לחוק עולה על הנדרש.

ד. תיקון שידורי החדשות

42. לטענת חה"כ פורז, תיקון שידורי החדשות חורג מגדר הצעת חוק להגברת הצמיחה, והריהו בבחינת "נושא חדש". מוסיף הוא וטוען, שהחלטת ועדת הכנסת מיום 29.2.99, אשר דחתה את טענותיו בעניין זה, בטלה (ראו לעיל, בפסקאות 7 ו-8). בתמצית, טענתו היא, כי על פי הצעת החוק המקורית, הורחבה זכותו של בעל זיכיון לשידורי כבלים לשדר חדשות ותוכניות אקטואליה שאינם נוגעים לאזור הזיכיון, בכפוף לאישורים מסוימים. לעומת זאת, בתיקון שידורי החדשות, אשר הוסף, כאמור, במסגרת וועדת המשנה לתקשורת, נקבע כי שידורי חדשות ותוכניות אקטואליה יכול שיבוצעו גם על ידי משדרי ערוצים ייעודיים. לטענת חה"כ פורז, נושא זה, לא הוזכר בהצעת החוק ובהתאם, אף לא נכלל בגדר הנושאים שפוצלו מהצעת החוק המקורית והועברו לטיפול של וועדת הכספים.

43. אכן, תיקון שידורי החדשות מרחיב את הנושאים בהם דנה הצעת חוק להגברת הצמיחה שהועברה לטיפול של ועדת הכספים. שידורי טלוויזיה בכבלים ושידורי ערוצים ייעודיים מהווים קטגוריות שונות של ערוצי תקשורת. במסגרת הדיון בוועדה נדונו אפוא שידורי

חדשות ושידורי אקטואליה גם בהקשר לערוצי תקשורת שאינם נזכרים בהצעת החוק המקורית. למרות זאת, בסוגיה זו נראית לי הגישה בה תמכו היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לכנסת, שאין לגלות העדר סבירות בהחלטת וועדת הכנסת כי תיקון שידורי החדשות מהווה השלמה של הצעת החוק ושכלולה ואין בגדר "נושא חדש". הנושא של שידור חדשות בערוצי הכבלים עלה במסגרת הצעת החוק. תכלית תיקון שידורי החדשות היתה להשוות את מצבם של ערוצים ייעודיים המשדרים חדשות ושידורי אקטואליה למצבם של ערוצי הכבלים בהקשר לשידורי חדשות (ראו דברי של צ' האוזר בדיון של ועדת משנה לתקשורת (כספים) מיום 11.1.99, פרוטוקול מס' 8). בכך ניתן לראות שכלול ושיפור של הצעת החוק ולא העלאת נושא חדש מעיקרו. מכל מקום, זהו מסוג העניינים שבו יש ליתן משקל ניכר לעמדת הוועדה הנוגעת בדבר ולהחלטת ועדת הכנסת, על פיה אין מדובר ב"נושא חדש".

44. החלטת ועדת הכנסת כי תיקון שידורי החדשות אינו בגדר "נושא חדש" אינה חורגת אפוא ממתחם הסבירות הרחב המוקנה לה בהקשר זה. לפיכך, למרות שיתכן כי ראוי היה להסדיר באופן נפרד, מקיף וקוהרנטי את שידורי הערוצים הייעודיים, ולא להבליע התייחסות לסוגיית שידורי החדשות בערוצים אלה במסגרת תיקון שידורי החדשות, אין לקבוע כי תיקון שידורי החדשות חורג מגדר הנושא של הצעת החוק.

ה. הערות לפני סיום

45. לערוץ 7 יש טענת סף כנגד חלק מהעותרים. לטענתו, עתירתם של חה"כ שריד וחה"כ אורון (בג"ץ 1030/99) וכן עתירת תחנות הרדיו האזוריות (בג"ץ 1201/99) הוגשו בחוסר ניקיון כפיים. בנוגע לחה"כ שריד ואורון, הטענה היא, כי היתה מוטלת עליהם החובה לגלות "התארגנות" של השמאל להקים תחנת רדיו "שמאלנית". לא ברור מדוע היו חייבים חברי כנסת אלה, כעותרים ציבוריים, לגלות "התארגנות" כזו, אם היא קיימת או היתה קיימת. לכאורה, גם אין לייחס להם אחריות כלשהי להתארגנות כזו אף אם היא קיימת. בנוגע לתחנות הרדיו האזוריות, הטענה היא, כי הן עצמן מפרות חוק שכן הן פועלות ללא רשיון מטעם משרד התקשורת וללא תשלום אגרת רשיון ותדרים. טענה זו לא הוכחה כל צורכה. מעבר לאמור, הטענה בדבר העדר ניקיון כפיים אינה יכולה להועיל למשיבים שכן בשני היבטים היא מופנית כנגד חלק מהעותרים בלבד. ממילא, אין היא עומדת כלפי עותרים אחרים אשר כלפיהם לא נטענה טענה מקדמית מסוג זה.

46. כפי שזכר לעיל, לעותרים טענות גם לעניין הליכי החקיקה שהובילה לחקיקתו של התיקון לחוק הבזק. טענות אלה נעוצות בכך, שהתיקון לא נתקבל בקריאה ראשונה במליאת הכנסת, והוכנס להצעת חוק להגברת הצמיחה בעקבות דיונים שהתקיימו בוועדת הכספים לאחר שהצעת החוק התקבלה בקריאה ראשונה. על פי הנטען, התיקון לחוק הוא בבחינת "נושא חדש", אשר סעיף 119 לתקנון הכנסת אוסר על שילובו בהצעת חוק, בלא שעבר קריאה ראשונה במליאה. העותרים טוענים, כי בשל כך דין הוראת התיקון לחוק להתבטל, באשר אינה הוראת חוק שנתקבלה כדין על ידי הכנסת.

איני סבור כי מתעורר הצורך, במקרה זה, להכריע בטענה זו. הראיתי בהרחבה, כי התיקון לחוק אינו עומד בביקורת חוקתית, בשל פגיעה בלתי מידתית בזכות החוקתית לחופש עיסוק. די בכך על מנת להביא לקבלת העתירות.

לעותרים היו טענות נוספות כנגד תקפותו של התיקון לחוק. גם בטענות אלה לא דנתי, נוכח המסקנה אליה הגעתי, כאמור, בדבר בטלותו של התיקון לחוק.

ו. הסעד

47. התיקון לחוק הבזק פוגע בחופש העיסוק המעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק ואין הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בו. הוראות התיקון לחוק לא הופעלו עד כה נוכח צו הביניים שהוצא בעתירות אלה. בנסיבות אלה, הסעד ההולם הוא הכרזה על בטלות התיקון לחוק הבזק - וכך אציע לחברי שנחליט.

בנסיבות המקרה, לא הייתי עושה צו להוצאות.

ש ו פ ט

הנשיא א' ברק: אני מסכים. **הנשיא**

המשנה לנשיא ש' לוי: אני מסכים. **המשנה לנשיא**

השופט מ' חשין: אני מסכים. **שופט**

השופטת ט' שטרסברג-כהן: אני מסכימה. **שופטת**

השופטת ד' דורנר: אני מסכימה. **שופטת**

השופטת ד' ביניש: אני מסכימה. **שופטת**

השופט י' אנגלרד: אני מסכים. **שופטת**

השופט א' ריבלין: אני מסכים. **שופטת**

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ת' אור.

ניתן היום, יג' בניסן תשס"ב (26.3.2002).

| | | |
|-----------|-------------|-----------|
| ה נ ש י א | המשנה לנשיא | ש ו פ ט |
| ש ו פ ט | ש ו פ ט ת | ש ו פ ט ת |
| ש ו פ ט ת | ש ו פ ט | ש ו פ ט |