

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 10203/03

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות

העותרת: "המפקד הלאומי" בע"מ

נגד

המשיבים: 1. היועץ המשפטי לממשלה
2. רשות השידור
3. הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: י"א באייר התשס"ז (29.4.2007)

בשם העותרת: עו"ד מוטי ארד; עו"ד הילה גולדברג

בשם המשיבים מס' 1-2: עו"ד אבי ליכט
בשם המשיבה 3: עו"ד יאיר עשהאל; עו"ד ליאת בנמלך; עו"ד נחי
בן-אור

פסק-דין

השופטת מ' נאור:

האם האיסורים על שידור תשדיר פרסומת בנושא פוליטי, הקבועים בכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993 ובכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999, הינם בטלים

בהיותם פוגעים בחופש הביטוי באופן בלתי חוקתי? זו השאלה הניצבת בפנינו בעתירה זר.

העובדות

1. העותרת היא חברה פרטית שהתאגדה בישראל בשנת 2002. היא פועלת לקידום יוזמה להסדר קבע לפתרון הסכסוך הישראלי-פלשתיני. במסגרת יוזמה זו גובש מסמך "הצהרת עקרונות" בין מר עמי איילון, ששימש עד ליום 6.12.2004 יו"ר דיקטוריון העותרת, לבין מר סרי נוסייבה (להלן - המסמך). העותרת ביקשה לחשוף את הציבור הישראלי לתוכנו של המסמך ולעודד את הציבור לחתום עליו. לצורך כך הכינה העותרת תשדירי פרסומת לרדיו. התשדירים הפנו את ציבור המאזינים אל אתר האינטרנט של העותרת ואל מספר טלפון שם יוכלו לקבל פרטים נוספים אודות היוזמה (להלן - התשדירים). לעתירה צורף נוסח של שישה תשדירים ובהם רעיון דומה. להלן אחד מהם:

"עמי איילון:
 אני אומר לכם: אפשר לשנות את המציאות הפוליטית באזור.
 יש הצהרת עקרונות שנחתמה בין אזרחים ישראלים ופלשתינים.
 היא שומרת על הקווים האדומים שלנו שהם: מדינת ישראל יהודית-דמוקרטית, בלי זכות שיבה.
 יש לנו שותפים בצד השני, רבים מהם חתמו.
 הצטרפו עכשיו אלינו למפקד הלאומי.
 אתם ואני יחד יכולים לשנות.
 המפקד הלאומי – אזרחים חותמים על הסכם.
 בטלפון: 03-9298888
 או באינטרנט www.mifkad.org.il"

המשיבה 2 (להלן - רשות השידור) שאחראית על שידור תכניות ושידורי פרסומת בתחנות הרדיו הארצי, אישרה את שידור התשדירים ברשתות ב', ג' ו-88FM בתקופה שבין 14.9.2003 ל-28.9.2003. ביום 19.10.2003 הודיעה המשיבה 3 (להלן - הרשות השניה), האחראית על שידור תכניות ושידורי פרסומת בתחנות הרדיו האזורי, כי היא מסרבת לאשר את שידור התשדירים, מן הטעם שמדובר ב"נושא פוליטי השנוי במחלוקת בציבור" וכיוון ש"מטרת השידור הינה עצם 'גיוס תמיכה' לעמדה מסוימת בנושא השנוי במחלוקת בציבור". הרשות השניה הסבה את תשומת לב של רשות השידור להחלטתה. בעקבות זאת, ביום 29.9.2003, הנחה היועץ המשפטי לממשלה את רשות השידור שלא לפרסם עוד את התשדירים, מן הטעם שהתשדירים עוסקים "בעניין

פוליטי-אידיאולוגי השנוי במחלוקת בציבור". ביום 21.10.2003 הודיעה רשות השידור לעותרת כי אין בידה לאשר עוד את שידור התשדירים בתחנות הרדיו הארצי. ביום 23.10.2003 הגישה העותרת עררים על החלטות רשות השידור והרשות השניה. ביום 13.11.2003 דחתה הרשות השניה את הערר. ביום 16.11.2003 קיבלה העותרת, בשיחה טלפונית, את תשובת ועדת הערר של רשות השידור הדוחה אף היא את הערר שהוגש.

העתירה המקורית ומתן צו על תנאי

2. ביום 16.11.2003 הגישה העותרת עתירה (להלן - העתירה המקורית) התוקפת את החלטות רשות השידור והרשות השניה האוסרות על שידור התשדירים, בטענה כי הן בטלות בהיותן פוגעות פגיעה חמורה ובלתי חוקתית בחופש הביטוי של העותרת. העתירה נדונה ביום שלמחרת בפני הרכב (הנשיא ברק והשופטים טירקל וחיות) יחד עם עתירה נוספת. כפי שציננה העותרת (סעיף 154 לסיכומים) הוצע בדיון להפריד את הדיון בין שתי העתירות: העתירה בבג"ץ 10182/03 ח.ל. חינוך לשלום בע"מ נ' רשות השידור (פסק הדין בה ניתן ביום 25.11.2004) (להלן - פרשת חינוך לשלום) תיסוב על שאלת עמידתו בכללים של התשדיר הספציפי ששידורו התבקש בעתירה שם; ואילו הדיון בעתירה שלפנינו יסוב סביב שאלת החוקתיות של הכללים עצמם, תוך דרישה של העותרת לפסול את הכללים בהנחה שהתשדיר הספציפי אינו עומד בכללים כפי שהם. במהלך הדיון ביקשה אפוא העותרת להגביל את הראשים המבוקשים בעתירה המקורית. לאחר שנתקבלה תגובה לבקשה, ניתן ביום 29.7.2004 (השופטים חשין, ריבלין וחיות) צו על תנאי כמבוקש בשלושת הראשים הראשונים לעתירה המקורית. הצו כוון אל רשות השידור והרשות השניה והורה להן ליתן טעם מדוע לא יצהיר בית-המשפט וייקבע, כדלקמן:

1. סירובם של המשיבים 2 ו-3 להתיר שידורם של תשדירי העותרת, בנוסח שנתבקש בפנייה המצורפת לעתירה דנן כנספח "א" (להלן - "התשדירים" או "תשדירי העותרת"), הינו שלא כדין בהיותו פוגע בחופש הביטוי של העותרת באופן בלתי חוקתי, ולפיכך יש לבטל את החלטות המשיבים 2 ו-3 בעניין זה ולהתיר את שידור התשדירים.

2. סעיף 7(2) לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), תשנ"ג-1993 (להלן - "כללי רשות השידור"), אשר אוסר לשידור תשדיר פרסומת "בעניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור", הינו בטל בהיותו פוגע בחופש הביטוי באופן בלתי חוקתי.

3. סעיף 5 לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי הרדיו), תשנ"ט-1999 וסעיף 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), תשנ"ד-1994 (להלן ביחד - "כללי הרשות השנייה"), אשר אוסרים שידור תשדיר פרסומת "שיש בו העברת מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי במחלוקת בציבור", הינם בטלים בהיותם פוגעים בחופש הביטוי באופן בלתי חוקתי.

העתירה המתוקנת והרחבת ההרכב

3. ביום 6.12.2004 התפטר מר עמי איילון מתפקידו כיו"ר דירקטוריון העותרת. בעקבות זאת, העותרת ביקשה לתקן את העתירה המקורית. ביום 26.1.2005 קיבל ההרכב (השופטים ריבלין, חיות ועדיאל) את בקשת העותרת והורה על הגשת עתירה מתוקנת (להלן - העתירה המתוקנת). ביום 27.1.2005 קבע אותו הרכב כי ראוי לקיים את הדיון בעתירה בהרכב מורחב. ביום 1.2.2005 הוגשה העתירה המתוקנת. עוד באותו יום קבע הנשיא ברק כי העתירה המתוקנת תידון בפני הרכב מורחב. ביום 29.11.2005 התקיים דיון בעתירה בפני ההרכב המורחב (הנשיא ברק, המשנה לנשיא חשין, והשופטים ביניש, פרוקצ'יה, נאור, חיות ועדיאל). הצדדים עמדו על בקשתם כי בית המשפט יכריע בסוגיה העקרונית בדבר חוקתיות הכללים. בעקבות פרישתם לגמלאות של המשנה לנשיא חשין והנשיא ברק, ולאור בקשת העותרת, התקיים ביום 29.4.2007 דיון בעתירה בפני הרכב מורחב חדש (הנשיאה ביניש, והשופטים פרוקצ'יה, לוי, גרוניס, נאור, ג'ובראן וחיות). גם בדיון זה עמדה העותרת על בקשתה כי תינתן הכרעה בסוגיה העקרונית בדבר חוקתיות הכללים. הדיון התמקד בסעיפים 2 ו-3 לצו על תנאי (סוגיית חוקתיות הכללים). העותרת לא עמדה עוד על סעיף 1 לצו על תנאי (התרת שידור התשדירים במפורט בעתירה) כיוון שעוד ביום 25.11.2004 הגיעו העותרת ורשות השידור להסכמה בדבר נוסח תשדיר חדש, שאושר לשידור בקול ישראל.

מכאן - להכרעה בסוגיית חוקתיות הכללים, ותחילה לתיאור ההסדר החקיקתי הקיים.

המסגרת הנורמטיבית – פרסומת בשידורי רשות השידור

4. רשות השידור היא תאגיד סטטוטורי, שהוקם מכוח חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 (להלן - חוק רשות השידור). חוק רשות השידור הסמיך את רשות

השידור לשדר שידורים המוגשים לציבור כשירות ממלכתי (סעיפים 2 ו-3 לחוק; וראו בג"ץ 259/84 מ.י.ל. - מכון ישראלי למוצר ולעסק הנבחר בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לח(2) 673 (1984)). כפי שיפורט להלן, החוק הסמיך במפורש את רשות השידור לשדר תשדירי פרסומת ברדיו בקול ישראל, ואילו באשר לפרסום בטלוויזיה הסמיך החוק רק פרסום של תשדירי חסות בכפוף להגבלות מסוימות (ראו יובל קרניאל דיני התקשורת המסחרית 162 (2003)).

בכל הקשור לשידורי הטלוויזיה נפסק כי "בחוק רשות השידור אין הוראה, מפורשת או מכללא, המסמיכה את הרשות לשדר שידורי פרסומת מסחרית, ועל פי מהותו של החוק ותכליתו אין ליחס לה סמכות כזו. עם זאת, לא מצא בית משפט זה לפסול החלטת רשות השידור לשדר תשדירי שירות, הבאים להעמיק את מודעותו של הציבור בנושאים לאומיים וציבוריים שונים, ותשדירי חסות, שמטרתם לתת הודעה מטעם הרשות על מתן סיוע להפקת התכנית על ידי חברה מסחרית פלונית, ובלבד שאין בהם מסר פרסומי ישיר" (בג"ץ 1858/96 אסם, השקעות בע"מ נ' רשות השידור (מיום 21.10.1999), פסקה 6).

בכל הקשור לשידורי הרדיו הוסיף חוק רשות השידור (תיקון מס' 8), התשנ"ג-1993, ס"ח 89 (וראו ה"ח תשנ"ב 220) את הפרק הרביעי 1 לחוק רשות השידור. ביום כניסת התיקון לתוקף כבר היה בתוקף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם כי העותרת לא תקפה בפנינו תיקון זה אלא רק את כללי רשות השידור שנקבעו בעקבותיו. בפרק האמור הוסמכה רשות השידור במפורש בחוק לשדר תשדירי פרסומת והודעות ברדיו (בלבד) תמורת תשלום. סעיף 25א(א)(1) לחוק רשות השידור קובע לענין זה:

"הרשות רשאית לשדר ברדיו תשדירי פרסומת והודעות תמורת תשלום (להלן - תשדירי פרסומת והודעות), וכן להזמין, להכין או להפיקם בעצמה או באמצעות אדם אחר, אחד או יותר, שייקבע בדרך של מכרז".

בהתאם, סעיף 25א(ב)(2) לחוק רשות השידור (להלן - סעיף ההסמכה של רשות השידור, וראו גם סעיף 33 לחוק רשות השידור) הסמיך את הוועד המנהל של רשות השידור לקבוע כללים בדבר איסורים ומגבלות על שידור תשדירי פרסומת ברדיו:

25א. פרסומת והודעות ברדיו

...

(ב) הוועד המנהל יקבע, בהתייעצות עם המנהל הכללי, כללים בדבר -

...

(2) איסורים ומגבלות על תשדירי פרסומת והודעות;

הפרדה זו, המסמיכה את רשות השידור לפרסם פרסומות רק ברדיו ולא בטלוויזיה, יש לה השלכה לעניין מקורות המימון של רשות השידור כשידור ציבורי, שכן "השידורים בערוץ הראשון ממומנים בעיקר על-ידי אגרות הטלוויזיה המשתלמות על-ידי כל אזרחי המדינה, בעלי מכשירי הטלוויזיה" (בג"ץ 6032/94 רשת חברת תקשורת והפקות נ' רשות השידור, פ"ד נא(2) 808, 790 (1997) (להלן – פרשת רשת); ראו גם דו"ח הוועדה לבחינת מבנה השידור הציבורי בישראל, ומעמדו המשפטי והציבורי 59 (1997) (להלן – דו"ח מבנה השידור הציבורי)). לפיכך נקבע כי ככל שרשות השידור מעוניינת להרחיב את מקורות המימון שלה באמצעות תשדירי פרסומות ברדיו או בטלוויזיה, עליה לפנות למסלול החקיקה (פרשת רשת, 809). ואכן, ההסמכה לשידור תשדירי פרסומות ברדיו מקורה כאמור בחקיקה, והסמכות לאסור על תשדירי פרסומות ברדיו מקורה אף הוא בחקיקה, כקבוע בסעיף ההסמכה של רשות השידור, הוא סעיף 25א(ב)(2) לחוק רשות השידור.

5. מכוח סעיף 25א(ב)(2) לחוק רשות השידור הותקנו כללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993 (להלן - כללי רשות השידור). סעיף 1 לכללי רשות השידור מגדיר "פרסומת" ו"הודעה" כך:

פרסומת - תשדיר פרסומת, תשדיר חסות או הודעה,
המשודרים ברדיו תמורת תשלום לרשות.
"הודעה" - מסירת ידיעה לציבור.

סעיף 4 לכללי רשות השידור מפרט אילו פרסומות הן אסורות לשידור, בקבעו:

המנהל הכללי לא יאשר שידור פרסומת האסורה לפי פרק ג'; בנוסף על האמור בפרק ג' רשאי הוא שלא לאשר שידור פרסומת שיש בה, לדעתו, טעם לפגם מבחינה מוסרית או ציבורית, פגיעה בטעם הטוב או בסדר הציבורי או שהיא מזיקה לציבור.

הסעיף הרלבנטי לענייננו בפרק ג' לכללים, אליו מפנה סעיף 4 הנ"ל, הוא סעיף 7(2) הקובע איסור על תשדיר של תעמולה מפלגתית או בעניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור:

7. פרסומת אסורה לשידור אם, לדעת המנהל הכללי,
היא כוללת אחד מאלה:

...

(2) תעמולה מפלגתית, או תשדיר בעניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור, לרבות בדרך של קריאה לשינוי חקיקה בנושאים אלה.

על-פי כלל זה, בחלקו המתייחס לתשדיר בעניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור, פסלה רשות השידור את תשדירי העותרת ברדיו, בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה (וראו גם סעיף 8 לכללי רשות השידור, המתייחס לתשדירי חסות ברדיו).

בהקשר זה חשוב להזכיר גם את סעיף 4 לחוק רשות השידור, הקובע את עקרון האיזון בשידורי רשות השידור:

4. הבטחת שידור מהימן
הרשות תבטיח כי בשידורים יינתן מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור ותשודר אינפורמציה מהימנה.

המסגרת הנורמטיבית – פרסומת בשידורי הרשות השנייה

6. הרשות השנייה היא תאגיד סטטוטורי, שהוקם מכוח חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990 (להלן – חוק הרשות השנייה). תפקידה הוא קיום שידורים ופיקוח עליהם בהתאם להוראות החוק (סעיף 5 לחוק; ראו גם יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א' 395 (1996); וכן בג"ץ 226/04 נטו מ.ע. סחר מזון בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נט(1) 522, 519 (2004) (להלן – פרשת נט)).

יודגש: הן רשות השידור והן הרשות השנייה, כתאגידים ציבוריים, "כפופים לביקורת שיפוטית מלאה כמו כל רשות מינהלית. בתור גוף הממלא תפקיד ציבורי על-פי דין, בלשונו של סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה, התאגיד הציבורי כפוף לביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק ולדיני המינהל הציבוריים" (זמיר הסמכות המנהלית 401-400). "התקשורת הציבורית – הטלביזיה והרדיו – פועלים בישראל מכוח דברי חקיקה. מבחינתו של המשפט הישראלי הם רשות שלטונית" (אהרון ברק "המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה" משפטים כ"ז 223, 237 (1997)).

בשונה מרשות השידור, שידורי הרשות השנייה מבוצעים באמצעות בעלי זכויות לשידורים (להלן – זכיינים; וראו סעיף 6 לחוק הרשות השנייה). הזכיינים עצמם כפופים לפיקוח הרשות השנייה (סעיף 5 לחוק). השידורים שמבצעים הזכיינים הם על

חשבונם, כאשר סעיף 81 לחוק הרשות השניה קובע כי זכיון "רשאי לכלול במסגרת שידוריו תשדירי פרסומת תמורת תשלום בשיעור שהוא יקבע" (להלן – מסגרת תשדירי הפרסומת). אחד ממקורות המימון העיקריים של הזכיינים הוא תשדירי הפרסומת (חנה קציר פרסומת מסחרית 168 (2001)). בהתאם להמלצות דו"ח הועדה לברור נושא הערוץ השני בטלוויזיה בישראל (1979), שהיה הבסיס לתהליך חקיקת חוק הרשות השניה, הוכפפה גם מסגרת תשדירי הפרסומת להסדרה סטטוטורית (ראו בדו"ח, עמ' 43-41).

חוק הרשות השניה קובע כי הרשות השניה מוסמכת למנוע "שידורים אסורים" (סעיף 5(ב)(10) לחוק הרשות השניה) כמו גם תשדירי פרסומת אסורים, כאמור בסעיף 86 לחוק הרשות השניה, הקובע:

בעל זכיון לא ישדר תשדיר פרסומת -
 (1) בנושאים האסורים לשידור לפי סעיף 46(א);
 (2) מטעם גוף או ארגון שמטרותיו, כולן או מקצתן, קשורות בנושאים כאמור בפסקה (1) או בסכסוכי עבודה.

סעיף 46(א) לחוק הרשות השניה, שאליו מפנה סעיף 86(1) הנ"ל, קובע בחלק הרלבנטי לענייננו איסורים בשידורים (לא תשדירי פרסומת) על תעמולה מפלגתית, וקולט איסורים נוספים שקבעה מועצת הרשות השניה בכללים:

בעל זכיון לא ישדר שידורים שיש בהם -
 ...
 (3) תעמולה מפלגתית למעט תעמולת בחירות המותרת על פי דין;
 (4) הפרת איסור שקבעה המועצה בכללים לפי הוראה אחרת של חוק זה.

סעיפים 24(א)(6) ו-88(2) לחוק הרשות השניה (להלן - סעיפי ההסמכה של הרשות השניה) מסמיכים את מועצת הרשות השניה לקבוע כללים לעניין נושאי פרסום האסורים לשידור:

24. קביעת כללים
 (א) המועצה, ביזמתה או לפי דרישת השר וכפוף לאמור בתוספת הראשונה, או בתוספת השניה כשהיא חלה לפי הוראות סעיף 62ג, תקבע כללים בכל הנוגע לשידורים, לביצועם ולפיקוח עליהם, ככל הנראה לה דרוש להגשמת מטרות חוק זה, ולרבות בדבר -
 ...
 (2) שידורים אסורים כאמור בסעיף 46;

...
 (6) נושאים, סגנונם, תכנם, היקפם ועיתויים של
 שידורי פרסומת המותרים לפי חוק זה;

88. כללים לתשדירי פרסומת

המועצה תקבע כללים בכל הקשור לשידורם של תשדירי
 פרסומת, בין היתר, בנושאים אלה:
 (1) מתכונת של תשדירי פרסומת ודרך הצגתם;
 (2) נושאי פרסום האסורים לשידור כתשדירי פרסומת, דרך
 כלל, בנסיבות מסוימות או בשל היותם פוגעים בטעם
 הטוב או ברגשות הציבור;

7. מועצת הרשות השנייה התקינה בהתאם, מכוח סעיפים 24 ו-88 לחוק הרשות
 השנייה, את כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו),
 התשנ"ט-1999 (להלן - כללי הרשות השנייה). סעיף 5 לכללי הרשות השנייה קובע
 איסור על פרסומת שיש בה העברת מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי
 במחלוקת בציבור:

5. לא ישדר בעל זיכיון תשדיר פרסומת שיש בו העברת
 מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי
 במחלוקת בציבור

על-פי כלל זה פסלה הרשות השנייה את תשדירי העותרת (כלל זה מופיע
 בסעיף 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה),
 התשנ"ד-1994). בהחלטת הרשות השנייה מיום 19.10.2003 צוין כי אמנם "בנוסף
 לאמור, ומעבר לנדרש, אנו סבורים כי תשדיר זה עולה כדי תעמולה מפלגתית של ממש,
 האסורה גם לפי סעיף 46(א)(3) לחוק הרשות השנייה" הנזכר לעיל. אך סעיף 46(א)(3)
 לא היה כאמור טעם הפסילה אלא הוסף בבחינת למעלה מן הצורך (על הסנקציות כנגד
 זכיון שקיים שידור בנושא אסור – ראו סעיפים 49 ו-95(א) לחוק הרשות השנייה).

בהקשר זה חשוב להזכיר גם את סעיף 47 לחוק הרשות השנייה, הקובע חובת
 איזון בשידורי הרשות השנייה:

47. מתן אפשרות תגובה
 (א) בעל זכיון יבטיח כי בשידור בעניני היום שלתכנו יש
 משמעות ציבורית יהיה ביטוי נאות לדעות שונות הרווחות
 בציבור.
 (ב) המועצה תקבע כללים בדבר מתן אפשרות תגובה
 באופן ההולם את נסיבות הענין, למי שנפגע או עלול
 להיפגע במישרין מהשידורים.

וראו לעניין חובת האיזון גם את סעיף 5(ב)(7) לחוק הרשות השניה, הקובע ביחס לרשות השניה, כי במילוי תפקידיה תפעל "לשידור מידע מהימן, הוגן ומאוזן"; סעיף 5(ב)(6) הקובע בין תפקידיה לפעול "למתן ביטוי מתאים למיגוון התרבותי של החברה הישראלית... ולהשקפות השונות הרווחות בציבור"; וכן סעיף 46(ג) לחוק הרשות השניה הקובע ביחס לבעלי הזכיון כי "בעל זכיון לא יתן בשידוריו, בין במישרין ובין בעקיפין, בין בכתב ובין בדרך הבעה אחרת, כל ביטוי לדעותיו האישיות, ואם הוא תאגיד - לדעות מנהליו או לדעות בעלי הענין בו".

השאלה המתעוררת בעתירה: חוקתיות הכללים

8. העתירה המתוקנת מכוונת כאמור לפסילתם של סעיף 7(2) לכללי רשות השידור ושל סעיף 5 לכללי הרשות השניה ככללים בלתי-חוקתיים. נחזור ונצטט את הכללים.

סעיף 7(2) לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), תשנ"ג-

1993:

7. פרסומת אסורה לשידור אם, לדעת המנהל הכללי, היא כוללת אחד מאלה:

...

(2) תעמולה מפלגתית, או תשדיר בעניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור, לרבות בדרך של קריאה לשינוי חקיקה בנושאים אלה.

סעיף 5 לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי הרדיו), תשנ"ט-1999 וסעיף 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), תשנ"ד-1994 (הזהים בניסוחם):

לא ישדר בעל זיכיון תשדיר פרסומת שיש בו העברת מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי במחלוקת בציבור.

גדר המחלוקת – שתי הבהרות

9. בפתח הדיון, חשוב להבהיר שני עניינים.

ראשית, עניינה של העתירה וכך גם עניינו של הצו על תנאי מיום 29.7.2004 הם בשאלה העקרונית – סוגיית חוקתיות הכללים, ולא בשאלה היישומית – האם וכיצד

התשדירים מפרים את הכללים. כאמור, עוד בדיון ביום 17.11.2003 הסכימה העותרת לנקודת המוצא לפיה התשדירים מפרים את הכללים (ויצוין כי ביום 25.11.2004 הגיעו העותרת ורשות השידור להסכמה בדבר נוסח תשדיר חדש, שאושר לשידור בקול ישראל).

יודגש כי סוגיית חוקתיות הכללים לא הוכרעה בפרשת חינוך לשלום (במותב הנשיא א' ברק והשופטים י' טירקל וא' חיות), שדנה רק בפרשנותם וביישומם של הכללים. כפי שנקבע שם, "אנו מניחים כי הוראות האיסור שפירושו נדרש נחקקו ונתקנו לתכלית ראויה ואין בהן כדי לפגוע בחופש הביטוי אלא כדי הפגיעה המידתית הנדרשת להשגת התכלית שביסוד האיסור" (שם, פסקה 8). הנחה זו נתונה לבחינתנו בעתירה זו.

שנית, בענייננו לא מתעוררת השאלה האם פרסומת בעניין השנוי במחלוקת פוליטית בציבור כמוגדר בכללים (להלן – פרסומת פוליטית) מהווה גם תעמולה מפלגתית כאמור בסעיף 7(2) רישא לכללי רשות השידור ובסעיף 46(א)(3) לחוק הרשות השניה. הצדדים התמקדו בטענותיהם ביסוד התוכן ה"פוליטי" שבתשדירי העותרת ולא ביסוד ה"מפלגתי" לכאורה בצביונה של העותרת. יתירה מזאת: במישור העובדתי החלטת רשות השידור כלל לא נשענה על עילת "התעמולה המפלגתית", ואילו החלטת הרשות השניה נשענה על עילה זו רק בבחינת למעלה מן הצורך. לפיכך, אין אנו נדרשים במסגרת העתירה שלפנינו לדון בעילת הפסילה בגין תעמולה מפלגתית. כפועל יוצא מכך אין אנו נדרשים לדיון עובדתי בדבר קשריה לכאורה של העותרת למפלגות פוליטיות ואין אנו נדרשים לדיון בדבר טיבה ואופייה של "תעמולה מפלגתית" בדרך של תשדירי פרסומת שלא בתקופת ערב בחירות או בהקשר של בחירות (לפרשנות המונח "תעמולה מפלגתית" ראו בג"ץ 7012/93 שמאי נ' הרשות השניה, פ"ד מח(3) 25, 33 (להלן - פרשת שמאי); באותה פרשה לא נקט בית המשפט כל עמדה בעניין כללי הרשות השניה – ראו סעיף 7 לפסק הדין שם. להבדיל, לפרשנות המונח "תעמולת בחירות" ראו בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מו(2) 692, 701 (1992) (להלן - פרשת זוילי)). אכן, נושא שידורי התעמולה מוסדר בחקיקה נפרדת, המתירה את קיומם של שידורי התעמולה בתנאים מסויימים ערב הבחירות (ראו חוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959, הקובע בין היתר הגבלה על התעמולה בשידורי רדיו וטלוויזיה (סעיף 5 וכן סעיפים 15, 15א ו-15ב, וראו גם סעיף 16ד(ב); כן ראו כללי הבחירות (דרכי תעמולה) (שידורי תעמולה ברדיו אזורי בבחירות לרשויות המקומיות), התשנ"ח-1998; וראו גם קציר פרסומת מסחרית -259-257). בענייננו, החלטות רשות השידור והרשות השניה לא הסתמכו כאמור על טעם

פסילה זה. ממילא, נוכח נוסחו של הצו על תנאי שניתן, לא מתעוררת בענייננו שאלת חוקתיותן או פרשנותן של ההוראות בעניין תעמולה.

יודגש כי גם בפרשת חינוך לשלום לא דן בית המשפט בשאלה האם ניתן לייחס תעמולה מפלגתית לגוף אשר איננו "מפלגה" כהגדרתה בסעיף 1 לחוק המפלגות התשנ"ב-1992, אך חלק מן החברים בו הינם בעלי זיהוי פוליטי-מפלגתי (ראו פרשת חינוך לשלום, פסקה 10).

10. נדון אפוא רק בעילת הפסילה שנושאה "עניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור" (כנוסח כללי רשות השידור) או "העברת מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי במחלוקת בציבור" (כנוסח כללי הרשות השנייה). זהו מוקד הדיון בעתירה.

טענות העותרת

11. לטענת העותרת, כללי רשות השידור וכללי הרשות השנייה פוגעים בחופש הביטוי. חופש הביטוי איננו אך זכות יסוד, אלא זכות יסוד חוקתית, מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נטען, כי התשדירים חוסים תחת חופש הביטוי הפוליטי ולא תחת חופש הביטוי המסחרי כיוון שאופיים פוליטי, הגם שהאמצעי הוא פרסומי. התשדיר הוא ביטוי פוליטי ועל כן זכאי לדרגת ההגנה הגבוהה ביותר במדרג ההגנות על חופש הביטוי. עוד נטען כי המשיבים אינם אמורים להוות במה לביטוי עמדות המצויות בקונצנזוס ציבורי בלבד, אלא להוות במה יקבלו ביטוי מגוון ההשקפות והאמונות בחברה. זאת, לא רק במסגרת שידורי התכניות, אלא גם במסגרת שידורי הפרסומות. וכלשון העותרת: "זמן הפרסום, [ש] הוא רצועת שידור המהווה, למעשה, במה חופשית לציבור אשר במסגרתה יכול לרכוש לעצמו "זמן אויר" לשידור דעותיו ואמונותיו... זמן הפרסום באמצעי התקשורת, הוא כיכר העיר המודרנית, שבה יכול כל המעוניין להציב את ארגזו הפרטי לעמוד עליו ולשאת את דבריו הפוליטיים והשנויים במחלוקת, מתוך נסיון לשכנע בהם את ציבור מאזיניו" (סעיפים 42 ו-44 לסיכומי העותרת).

כיוון שלגישת העותרת הכללים פוגעים בזכות חוקתית המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והם הותקנו לאחר חקיקת חוק היסוד (בשנים 1993 ו-1999), הרי שעליהם לעמוד בתנאים של פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק היסוד).

הטענה המרכזית בהקשר זה היא שלא מתקיים התנאי הראשון בפסקת ההגבלה, דהיינו שהפגיעה תהיה "בחוק או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

לטענת העותרת, אין כל הסמכה בהוראות חוק רשות השידור ובחוק הרשות השניה לפגיעה בחופש הביטוי, וככל שיש הסמכה כזו הרי שפרשנותה תהיה לאור חשיבותה של הזכות החוקתית. העותרת לא טענה באשר לתנאי השני בפסקת ההגבלה. העותרת הוסיפה וטענה באשר לתנאי השלישי בפסקת ההגבלה, הוא תנאי הפגיעה לתכלית ראויה. בהקשר זה נטען, כי האיסור לשדר פרסומת פוליטית לא ישרת כל אינטרס ציבורי לגיטימי. האינטרס הציבורי שניתן לטעון כי עומד מנגד - השוויון באפשרות להצגת דעות פוליטיות - איננו ראוי להגנה. לשיטת העותרת, אין חזקה לפיה דעות פוליטיות מסוג מסוים נהנות מגיבוי כספי רחב יותר מדעות אחרות. כן נטען, כי ממילא אין שוויון כלכלי בין גופים השואפים לחשיפה של דעותיהם הפוליטיות באמצעי תקשורת אחרים, כגון העיתונות הכתובה, האינטרנט, שלטי חוצות, לוחות מודעות והפצת דברי דואר ישירות לנמענים, ויחד עם זאת לא הוטל איסור על תשדירים "פוליטיים" באמצעים אלה. מכאן, שהגבלה דווקא על הפרסום ברדיו ובטלוויזיה טעונה הנמקה מיוחדת, הנותנת טעם מספק לאבחנה בין הרדיו והטלוויזיה לבין אמצעי התקשורת האחרים שנזכרו. בכל אופן, מדובר כאן באיזון אנכי בין חופש הביטוי של המבקש לפרסם ביטוי פוליטי לבין האינטרס של מי שמוגבל ביכולתו הכלכלית ואינו יכול לפרסם ביטוי פוליטי, ובאיזון זה נוטה הכף לטובת חופש הביטוי של המבקש לפרסם את הביטוי הפוליטי. אשר לאינטרס ציבורי נוסף שניתן לטעון כי עומד מנגד – אינטרס האיזון והאובייקטיביות של אמצעי השידור הממלכתיים – אף הוא איננו ראוי להגנה. לשיטת העותרת, נימוק זה אינו תקף ביחס לרשות השידור, כיוון שהתשדירים נכללים ברצועת שידור המיועדת לפרסומות וניתן לזהותה ככזו, כך שהמאזין יודע שהדיעה המובעת בפרסומת איננה של רשות השידור. נימוק זה אף אינו תקף ביחס לרשות השניה, כיוון שתחנות הרדיו האזוריות אינן כבעלות המדינה (הגם שהן כפופות לפיקוח הרשות השניה). העותרת דוחה אף את טיעון "הקהל השבוי" שנחשף לפרסומות בעל כורכו. לשיטת העותרת, ממילא דעות פוליטיות מושמעות באזני הציבור בכל כלי התקשורת הכתובה והאלקטרונית וזהו אף המצב הרצוי שיש לעודדו.

לבסוף טוענת העותרת, כי הכללים לא עומדים גם בתנאי הרביעי בפסקת ההגבלה, הוא תנאי המידתיות. בהקשר זה נטען, כי הכללים הם גורפים ומוחלטים, בכל שהם פוסלים כל תשדיר פרסומת בנושא שבמחלוקת ציבורית מבלי לקבוע אמות מידה לפסילה ומבלי לפרט חריגים. לטענת העותרת, "נכון יותר, כדי להגן על האינטרסים המפורטים בסיכומי המשיבים, לקבוע מסגרת ומגבלות על שידורי הפרסומת הפוליטית ולא לאסרה לחלוטין". למידתיות שלושה מבחני משנה, והכללים נכשלים בשניים מהם: המבחן הראשון והמבחן השני. אשר למבחן הראשון (מבחן ההתאמה) נטען כי האמצעי

בו נוקטים הכללים אינו משיג את התכלית, שכן הדעות הפוליטיות שנחסמות בשידור הפרסומות מוצגות ומופצות בציבור בכל אמצעי התקשורת האחרים. אשר למבחן השני (מבחן הפגיעה הפחותה) נטען, כי האמצעי שנבחר בכללים איננו הפתרון הפחות פוגעני, שכן ניתן היה לקבוע כללים מפורטים יותר הכוללים אמות מידה לפסילה וחריגים לפסילה, תחת חסימה מוחלטת וגורפת של תשדירי הפרסומת הפוליטיים.

לגישת העותרת, ביטול הכללים יאפשר לבעל דיעה פוליטית, שדעתו לא זכתה לחשיפה בשידורים הרגילים (או לא זכתה לחשיפה מספקת), לתת ביטוי לדעותיו על חשבוננו הוא במסגרת מוכרת של פרסומת פוליטית. אם לא כן, נחסמה למעשה דרכו לציבור ונגזרה עליו שתיקה.

אשר לחששות עליהם הצביעו המשיבים בתגובתם (כפי שיפורטו להלן) השיבה העותרת כי פרסומות פוליטיות במסגרת תשדירי הפרסומת יכולות לתפוס רק "אחוז מזערי" מזמן האוויר של ערוצי השידור לעומת זמן השידורים כך שהחששות עליהם מצביעים המשיבים אינם כה חמורים כנטען.

על כן לגישת העותרת, הכללים פוגעים בחופש הביטוי ולא מקיימים את תנאיה של פסקת ההגבלה. הסעד המתבקש הוא ביטול הכללים בהיותם בלתי חוקתיים.

טענות רשות השידור

12. מוסכם על רשות השידור כי "לעותרת זכות גישה לאמצעי התקשורת, כחלק מזכותה לחופש הביטוי" אולם הזכות לחופש ביטוי אינה מטילה חובה על רשות השידור "לשדר את מסריה הפוליטיים של העותרת, בזמן, במקום ובדרך שבהם חפצה העותרת". הטעם לכך הוא, שרצועת השידור הייחודית לפרסומות (להלן - מסגרת תשדירי הפרסומת) כלל לא נועדה לשמש במה להשמעת דעות פוליטיות שנויות במחלוקת. מסגרת תשדירי הפרסומת אינה חלק מתפקידיה של רשות השידור. היא מהווה סמכות עזר בלבד, שנועדה לאפשר לרשות השידור לגייס מקור מימון נוסף לשידורים. "תכליתה – לשפר את מאזנה הכלכלי" של רשות השידור. מכאן, שרשות השידור מוסמכת לשדר תשדירי פרסומות, אך אינה מחויבת לעשות כן. בכך נבדלת הפרסומת משידורי רשות השידור הרגילים (להלן - השידורים). השידורים הם בסמכותה ובחובתה של רשות השידור (וראו סעיף 3 לחוק רשות השידור הקובע את תפקידי הרשות). על כן, השידורים הם-הם המסגרת להגשמת חופש הביטוי של העותרת. תשדירי העותרת הם למעשה דיבור פוליטי ב"תחפושת" של פרסומת

מסחרית, אך מסגרת תשדירי הפרסומת "אינה מתאימה כלל לדיבור הפוליטי", ומכאן שאין להתיר במסגרתה את תשדירי העותרת. וכלשון התגובה: "לעותרת זכות כי דבריה ישמעו, אולם הדרך שבה תוגשם הזכות נתונה לשיקול דעתם של המשיבים, במסגרת המוקצית לדיבור הפוליטי בשידוריה של רשות השידור... [ולא] במסגרת שידורים המיועדת בעיקרה לפרסומת מסחרית". "דרך המלך לשידור הביטוי היא בשידורי רשות השידור... שם נמצא שוק הרעיונות ושם מקומו של הביטוי. למסגרת העזר של הפרסומת המסחרית יעדים משלה".

זאת ועוד: לטענת רשות השידור, השידורים הם גם המסגרת הראויה להגשמת חופש הביטוי, שכן בשידורים חלה חובת האיזון בין ההשקפות השונות (ראו סעיף 4 לחוק רשות השידור). התרת שידורי פרסומת בעלת אופי פוליטי בתוך מסגרת תשדירי הפרסומת (הייחודית) לצד השידורים (הרגילים) תחתור תחת חובה זו. היא עלולה להפוך את מסגרת תשדירי הפרסומת לבמה חלופית שכל תכליתה לעקוף את מסגרת השידורים הרגילה הפועלת בכפוף לחובת האיזון. היא עלולה להביא להענקת יתרון לא הוגן למי שמחזיקים בידם את הכח הכלכלי לפרסם, על פני מי שידם אינה משגת: "הפרסומת המסחרית... מאפשרת לעשיר ולחזק לשלוט במסר באופן בלעדי. אין מדובר רק בתוכן המסר, אלא גם בדרך שבה יוצג, התדירות שבה ישודר, שעות השידור וסוג התוכנית". על כן, נקודת המוצא של ההסדר החקיקתי בכללותו, היא "כי אין מדובר בשוק רעיונות יעיל שבו כל דעה ודעה מתחרה על ליבו של הצופה... מגוון הדעות, מורכבות הסוגיות, מגבלת הזמן וחשיבות המדיום, מחייבים קביעת כללי פעולה שייסייעו ביצירת שוק דעות יעיל, מהימן והגון". שוק הרעיונות היעיל יושג באמצעות "חובת שידור מהימן, מאוזן המשקף את כלל הדעות בסוגיה נתונה". כן נטען בהקשר זה כי חריג מוכר לעקרון האיזון הוא הדין החל בתקופה שלפני בחירות, המאפשר שידור תשדירים פוליטיים באופן ישיר לציבור, ואולם גם שידור זה כפוף להסדרה ולפיקוח על ידי יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (ראו חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959).

רשות השידור לא נקטה בסיכומיה עמדה מפורשת בשאלה, האם חופש הביטוי הוא זכות חוקתית המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יחד עם זאת, עמדתה היא כי הכללים מקיימים את מבחני פסקת ההגבלה. אשר לתנאי הראשון נטען, כי סעיף 25א (שכותרתו "פרסומות והודעות ברדיו"), בס"ק (ב)(2) לו, מקנה סמכות מפורשת לוועד המנהל של רשות השידור לקבוע כללים, בין היתר, בנושא "איסורים ומגבלות על תשדירי פרסומות והודעות" ומכוח סמכות מפורשת זו הותקנו הכללים. בהקשר זה נטען, כי אין לקבל את הטענה שהכללים מחייבים הסדר בחקיקה ראשית. די בהסמכה

כללית מפורשת, המשאירה את פירוט ההגבלות הפרטניות לשיקול דעתה של רשות השידור כרשות מינהלית. אשר לתנאי השלישי נטען כי הכללים נועדו להגן על ערך השוויון באפשרות להצגת דעות פוליטיות, ולמנוע מצב שגורם בעל ממון יוכל להשיג תפוצה רחבה יותר לדעותיו הפוליטיות מאשר גורם חסר אמצעים. כמו כן, הם נועדו להגן על ערך האובייקטיביות של אמצעי השידור הממלכתיים באמצעות חובת האיזון החלה בשידורים. על כן הכללים יוצרים הפרדה בין מסגרת תשדירי הפרסומת לבין מסגרת השידורים. הפרדה זו תביא לשוק רעיונות פוליטיים יעיל ושוויוני. אשר לתנאי הרביעי נטען, כי מתקיים תנאי-המשנה הראשון (מבחן ההתאמה): הכללים מנתבים את הדיבור הפוליטי למסגרת המתאימה לו, היא מסגרת השידורים הרגילים בלבד. כמו כן, מתקיים תנאי-המשנה השני (מבחן הפגיעה הפחותה): הטלת מגבלה כוללת ואחידה היא הדרך האפקטיבית ביותר להשגת התכלית, ואין דרך ליצור מנגנון הסדרה אחר אפקטיבי. מנגנון אחר הכולל סייגים וחריגים עלול לגרור את רשות השידור לזירה הפוליטית. בהקשר זה הוזכר, כי קיימות מסגרות אחרות עבור אותו ביטוי, בין בתוך רשות השידור (בשידורים עצמם) ובין מחוץ לרשות השידור (באמצעי התקשורת האחרים, כמו העיתונות הכתובה וכיו"ב). כמו כן, מתקיים תנאי המשנה השלישי (מבחן המידתיות "במובן הצר"): התועלת במגבלה עולה על הפגיעה בחופש הביטוי, שכן לא מדובר בחסימת הביטוי אלא בתיעולו למסגרת השידורים הרגילים.

טענות הרשות השניה

13. טענות הרשות השניה, מטבע הדברים, דומות לטענות רשות השידור. אעמוד בקצרה רק על הטענות שיש בהן כדי לשנות או להוסיף לקו הטיעון של רשות השידור.

לטענת הרשות השניה, כללי הרשות השניה הם כללים מוצדקים והם עומדים במבחן החוקתיות. הרשות השניה עמדה בסיכומיה על שני חששות עיקריים, במידה ויוחלט על ביטול הכללים. הראשון הוא שביטול הכללים יסכל את חובת האיזון בשידורים, שכן בעלי הממון הם שירכשו את זמן הפרסום ויוכלו להשפיע באופן אפקטיבי ביותר על השיח החברתי והפוליטי מבלי להיות כפופים למגבלת האיזון הקבועה בחוק (וחלה רק לגבי השידורים, ולא לגבי מסגרת תשדירי הפרסומת). חובת האיזון בשידורים היא שנותנת מענה לחופש הביטוי הפוליטי. השני הוא שביטול הכללים יגרום להטייה של הסיקור החדשותי, שכן בעלי הזכיונות עלולים שלא לפרסם ידיעות אשר עלולות למנוע מגורמים מסויימים לפרסם באמצעותם, וגורמים כאמור אף עלולים להפעיל עליהם לחצים בהקשר זה. במילים אחרות, עלול להיווצר תמריץ לבעלי הזכיונות, בשל אינטרסים כלכליים, לערוך שינויים בתכני השידורים עצמם, כדי

שלא לפגוע באפשרות להכנסה משידור תשדירי פרסומות מטעם גורמים פוליטיים שונים. כמו כן הובע החשש, המשותף גם לרשות השידור, כי ביטול הכללים הקיימים וחיוב בהסדרה פרטנית של הסוגיה, עלולים לגרור את הרגולטור לעסוק בצנזורה פוליטית, ומכאן שיש עדיפות למצב הקיים הקובע איסור כללי ואחיד ומרחיק את הרגולטור מעיסוק בצנזורה פוליטית.

לטענת הרשות השניה, "כל הגבלה על שידור פוגעת במידה כזו או אחרת בחופש הביטוי". ואולם לגישה, עקרון חופש הביטוי בפרסומות נמוך מזה החל בביטויים אחרים. הטעם לכך הוא ש"ביטוי" הבא במסגרת תשדירי הפרסומות, שמטיבה היא מסגרת מסחרית, מקבל את ההגנה (החלשה) של ביטוי מסחרי ולא את ההגנה (החזקה) של ביטוי פוליטי.

עוד נטען, כי אמצעי התקשורת האלקטרוניים בישראל מהווים משאב מוגבל. תשדירי הפרסומות המשודרים במסגרתם הם משאב מוגבל עוד יותר, וזאת לאור ההגבלות הרגולטוריות בעניין זמן הפרסום (ראו סעיף 85 לחוק הרשות השניה, שעניינו היקף תשדירי פרסומות). הדבר מחייב הסדרה בהתאם לעקרונות ההגיונות וחובת האיזון. ואולם במסגרת תשדירי הפרסומות לא ניתן ליישם, הלכה למעשה, את חובת האיזון, הקשורה בטבורה לביטוי הפוליטי.

הרשות השניה טענה עוד, כי כללי הרשות השניה עומדים בתנאי פסקת ההגבלה. אשר להסמכה בחוק נטען, כי סעיפים 24(6) ו-88(2) לחוק הרשות השניה הם סעיפי ההסמכה של הרשות השניה לקבוע הגבלות על תשדירי פרסומות. לטענת הרשות השניה, סעיף 88 לחוק (שכותרתו "כללים לתשדירי פרסומות"), בס"ק 2(2) לו, מסמיך את מועצת הרשות השניה לקבוע כללים אשר יסדירו הגבלות מגוונות בנוגע לתשדירי פרסומות ובין היתר בנושאים שלמים שהפרסום לגביהם יהיה אסור. מכוח סמכות מפורשת זו התקינה מועצת הרשות השניה את כללי הרשות השניה המטילים מגבלות על שידור תשדירי פרסומות הן ברדיו והן בטלוויזיה. אשר לתכלית נטען, כי הכללים נועדו להגן על חובת האיזון ועל אובייקטיביות השידורים. הם נועדו למנוע מצב שבו "בעל המאה הוא בעל הדעה". עקרון האיזון חשוב ביותר מקום בו מדובר במשאב ציבורי מוגבל כמו בשידורי הרדיו והטלוויזיה שכוללים מספר מוגבל של ערוצים. אשר למידתיות נטען כי כללי הרשות השניה אינם מגבילים ביטוי בנושא השנוי במחלוקת לכשעצמו, אלא רק מגבילים את שידורו במסגרת ה"פלטפורמה" של שידורי פרסומות מסחרית. לעותרת אין זכות מוקנית להעביר את המידע בדרך של פרסומת דווקא, אלא

יכולה היא להעבירו לציבור במסגרת השידורים הרגילים (הכפופים לחובת האיזון) או במסגרת פרסום באמצעי תקשורת אחרים (כגון העיתונות הכתובה).

דיון והכרעה

הבחינה החוקתית חלה גם על הנחיות מינהליות

14. כללי רשות השידור וכללי הרשות השנייה (להלן – הכללים) הם למעשה הנחיות מינהליות (בג"ץ 15/96 תרמוקיר חודשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ(3) 397, 403 (1996) (להלן – פרשת תרמוקיר); השוו יואב דותן הנחיות מינהליות 45 (1996)). על כללי רשות השידור חתום יו"ר רשות השידור, לו צורפה חתימת אישור של שרת התקשורת. על כללי הרשות השנייה חתום יו"ר מועצת הרשות השנייה. גם כללים אלה המנחים את הפעלתה של הסמכות המינהלית כפופים לביקורת שיפוטית על חוקתיותם (ראו: זמיר הסמכות המינהלית 115-116; וראו גם אהרון ברק שופט בחברה דמוקרטית 370 (2004)). אמות המידה לביקורת השיפוטית הן אלה הקבועות בפסקת ההגבלה:

“אמות-המידה שנקבעו בפיסקות ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק חלות גם על פגיעה של רשות מינהלית בזכויות-יסוד. כלומר, נדרש שפגיעת הרשות בזכויות תהיה בחוק, או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו, תהלום את ערכי המדינה, תהיה לתכלית ראויה ומידתה לא תעלה על הנדרש” (בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה, פ"ד נד(4) 178, 182 א (2000) (להלן – פרשת יפאורה); וראו גם בג"ץ 7200/02 די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (מיום 22.3.2005) בפסקה 26 (להלן – פרשת שירותי לוויין).

אכן, “ברור מאליו כי מה שאסור למחוקק לפי פסקת ההגבלה אסור גם, בבחינת קל וחומר, לרשות המינהלית” (זמיר הסמכות המינהלית 115) וכי “על הרשויות המינהליות להפעיל סמכויות המאפשרות להן לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות - לרבות סמכויות שיסודן בדינים שקדמו לחוק-היסוד - על-פי אמות-המידה הקבועות בפסקת ההגבלה” (בג"ץ 951/06 שטיין נ' המפקח הכללי משטרת ישראל (מיום 30.4.2006)). להלכה זו שני טעמים: “ראשית, ראוי הוא כי ההגנה על זכויות היסוד בישראל תיעשה על יסוד אמות מידה דומות, בין שהנורמה המשפטית שתוקפה נבחן היא חוק ובין שהמדובר בנורמה משפטית אחרת. שנית, ההסדר הקבוע בפסקת ההגבלה - המבחין,

בין השאר, בין תכלית הפגיעה בזכות לבין מידת הפגיעה - הולם ביסודו את מכלול הנורמות המשפטיות ולא חוקים בלבד" (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4), 94, 138 (1995) (להלן – פרשת מילר); ראו גם בג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים (מיום 10.5.2004) (להלן - פרשת האגודה לזכויות האזרח)).

שלבי הבחינה החוקתית

15. כידוע, הבחינה החוקתית נעשית בשלושה שלבים (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 549-544 (2005) (להלן - פרשת המועצה האזורית חוף עזה): השלב הראשון של הבחינה החוקתית בוחן אם הכללים פוגעים בזכות אדם המעוגנת בחוק יסוד ומוגנת בו. אם התשובה היא בשלילה, מסתיימת הבחינה החוקתית. אם התשובה היא בחיוב, יש לעבור לשלב השני. השלב השני בוחן אם הפגיעה בזכות האדם החוקתית היא כדין. בשלב זה נבחנת השאלה אם הכללים הפוגעים בזכות האדם מקיימים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. אם התשובה היא בחיוב, מסתיימת הבחינה החוקתית. לעומת זאת אם התשובה היא בשלילה, יש לעבור לשלב השלישי. השלב השלישי בוחן את תוצאות אי-החוקתיות. נעבור, אפוא, לבחינה החוקתית.

בחינה חוקתית - שלב ראשון: הפגיעה בזכות חוקתית

16. השלב הראשון של הבחינה החוקתית בוחן אם הכלל פוגע בזכות אדם המוגנת בחוק יסוד.

בענייננו ניצבות בשלב הראשון של הבחינה החוקתית שתי שאלות (ראו והשוו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (מיום 11.5.2006) (להלן – פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל): האחת, האם כללי רשות השידור וכללי הרשות השניה פוגעים בזכות לחופש הביטוי? השניה, האם הפגיעה בחופש הביטוי מהווה אך פגיעה בחופש הביטוי המוכר במשפט המקובל שלנו, או שהיא מהווה פגיעה בכבוד האדם המעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נפתח בשאלה הראשונה.

האם הכללים פוגעים בחופש הביטוי?

17. ביקורת שיפוטית תידרש רק אם יימצא שהכלל פוגע בפגיעה ממשית בזכויות המוגנות. אין די בפגיעה של מה בכך:

”מבחינה עקרונית, נראה לי שיש להתחשב בכל פגיעה או הגבלה בזכות יסוד, ולהעביר את הבחינה החוקתית לשלב השני (בו נבחנת השאלה האם הפגיעה או ההגבלה היא כדין). יש להניח, כמובן, כי אם הפגיעה או ההגבלה אינה מהותית, ייקל להראות כי התנאים של 'פסקת ההגבלה' אכן מתקיימים” (אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 469 (1994)); ראו גם: ע”א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ מגדל כפר שיתופי, פ”ד מט(4) 431, 221 (1995).

לא היתה מחלוקת בין הצדדים כי כללי רשות השידור וכללי הרשות השניה פוגעים בזכות לחופש הביטוי. העותרת ביקשה להתבטא באמצעות תשדיר שישודר ברדיו הארצי והמקומי. המשיבים אסרו על פרסום התשדיר ברדיו הארצי והמקומי. הביטוי - באופן שנתבקש על ידי העותרת - נמנע. זוהי פגיעה בחופש הביטוי. אין מדובר בפגיעה של מה בכך. אכן, חופש הביטוי ”הוא זכות מסוג 'חירות'. הוא כולל בחובו את הזכות לקבל מידע ולהגיב עליו, לשמוע ולהישמע, לראות ולשמוע... היקפו של חופש הביטוי משתרע על כל דרכי הביטוי, ועל כל צורות הביטוי, ועל כל תכני הביטוי” (בג”ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ’ יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (מיום 28.6.2006) (להלן – פרשת שינוי)). ”ביטוי” בהקשר זה הוא כל פעילות המבקשת להעביר מסר או מובן. הוא משתרע על ביטוי פוליטי, ספרותי או מסחרי” (בג”ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע”מ נ’ המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ”ד נ(5) 661, 674 (1997) (להלן – פרשת סטיישן פילם)). ביטוי זה נמנע בענייננו.

לפיכך התשובה לשאלה הראשונה היא בחיוב.

18. כאן המקום להעיר כי מסגרת תשדירי הפרסומת אמנם אינה מהווה מטרה בפני עצמה. היא נוצרה ככלי עזר מימוני במסגרת חלוקת מקורות המימון בשוק התקשורת (בג”ץ 6962/03 חברת מדיה מוסט בע”מ נ’ המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ”ד נט(3) 14, 25 (2004) (להלן - פרשת מדיה מוסט)). אך כיוון ש”חופש הביטוי אינו מבחין בין אמצעי הביטוי השונים” (בג”ץ 806/88 CITY STUDIOS INC נ’ המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ”ד מג(2) 22, 36 (1989)) הרי שלצד התכלית המימונית, מסגרת תשדירי הפרסומת היא גם אמצעי ביטוי תמורת תשלום. בענייננו כללי רשות

השידור אינם מייחדים, לכאורה, את מסגרת תשדירי הפרסומת כאמצעי להעברת מסר מסחרי בלבד ("תשדיר פרסומת, תשדיר חסות או הודעה, המשודרים ברדיו תמורת תשלום לרשות"). להבדיל, חוק רשות השניה לכאורה כן מייחד זאת להעברת מסר מסחרי בלבד ("שידור פרסומת מסחרית כמשמעותו בפרק ו' לחוק, שם נקבע בסעיף 81 (א) כי "בעל זכיון רשאי לכלול במסגרת שידוריו, תשדירי פרסומת תמורת תשלום בשיעור שהוא יקבע"). ואולם אין די בעיני בייחוד מסגרת תשדירי הפרסומת להעברת מסר מסחרי בלבד כדי לשלול קיומה של פגיעה בחופש הביטוי במסגרת תשדירי הפרסומת.

בכדי שניתן יהיה לומר כי כלל לא נפגעה הזכות לביטוי בענייננו, יש לומר כי אין זכות כזו כאשר מדובר באמצעי מימוני להעברת מסר מסחרי. ואולם חופש הביטוי אינו מבחין בין אמצעי הביטוי השונים, ו"אין [אדם] צריך, לדוגמה, חוק שיעניק לו את חופש הביטוי. החופש מוקנה לו גם ללא חוק" (זמיר הסמכות המינהלית 51-50). הרשות המינהלית היא שנזקקת להסמכה בחוק כדי להגביל את זכות האדם ולפגוע בה (בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שרות בתי הסוהר, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם, מיום 13.6.2006)). מכאן שנדרשת הסמכה מפורשת בחוק להגבלה ולפגיעה בחופש הביטוי גם במסגרת תשדירי הפרסומת, שהיא אכן אמצעי מימוני. לפיכך, אין די בעיני בייחוד הלכאורי עליו עמדתי לעיל כדי לומר שלא נפגעה הזכות לביטוי ובכל אופן נדרש כלל מגביל מפורש, אשר ייבחן במבחני פיסקת ההגבלה כתנאי לתוקפו ולפועלו.

19. הגעתי למסקנה כי חופש הביטוי של העותרת במסגרת תשדירי הפרסומת נפגע. האם הפגיעה היא בחופש הביטוי הפוליטי או בחופש הביטוי המסחרי? שאלה זו חשובה היא הן בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, הנבחן כעת, הכרוך בתיחום גדריה החוקתיים של הזכות עצמה, שכן "לא הרי חופש הביטוי הפוליטי כהרי חופש הביטוי המסחרי" (להלן – פרשת סטיישן פילם); פרשת יפאורה 181); והן בשלב השני של הבחינה החוקתית, שיבחן להלן, הכרוך בתיחום מידת ההגנה הניתנת לזכות החוקתית (בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה פסקה 13 (מיום 20.9.2006) (להלן - פרשת בנק המזרחי); בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 13; בג"ץ 5432/03 ש.י.ן - לשויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת דורנר (2004) (להלן - פרשת ש.י.ן)).

כיצד עלינו לסווג איפוא את ה"ביטוי" שנפגע בענייננו – ביטוי פוליטי או ביטוי מסחרי?

20. דעתי היא כי תוכנו של הביטוי שנמנע בענייננו הוא פוליטי, וכי הוא מובא במסגרת מסחרית. המרכיבים הדומיננטיים בעיני לסיווג הביטוי הם תוכנו של הביטוי (פוליטי או מסחרי), אופיו של המתבטא (גוף פוליטי או מסחרי) ומטרותיו של הביטוי (פוליטיות או מסחריות). לעומת זאת, מרכיב פחות חשוב בעיני הוא האמצעי הטכני הנושא את הביטוי או המסגרת החיצונית בה הוא מובא. יש לבחון מהו האפקט הדומיננטי של התשדיר, מנקודת מבטו של הצופה (ראו והשוו, לעניין תשדירי תעמולה, פרשת זוילי, 704-705; כן ראו והשוו לעניין ההבחנה בין ביטוי מסחרי לביטוי אחר במקרים בהם נעשה שימוש חריג במתכונת המקובלת לפרסום מסחרי, קרניאל דיני התקשורת המסחרית 321-323). לדעתי המסקנה העולה משקלול מרכיבים אלה בענייננו היא כי העותרת ביקשה להתבטא ביטוי פוליטי ולא ביטוי מסחרי. גם הרשות השניה הסכימה, כי העותרת ביקשה לשדר "ביטוי פוליטי בתחום המסחרי".

21. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל זכות עצמאית ונפרדת אשר כותרתה "חופש הביטוי הפוליטי". עם זאת, חוק-יסוד זה כולל זכות עצמאית ונפרדת שעניינה כבוד האדם. הטענה הינה, כי חופש הביטוי אשר הכללים פוגעים בו - חופש הביטוי הפוליטי - הוא חלק מכבוד האדם. האם טענה זו בדין יסודה? זוהי השאלה השניה הניצבת בפנינו. לבחינתה נעבור עתה.

האם הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי מהווה פגיעה בכבוד האדם?

22. חופש הביטוי נמנה עם חירויות היסוד של האדם בישראל, כזכות מסד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן ולשמירתן הנאמנה של רוב זכויות היסוד האחרות (ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ, פ"ד לא(2) 281 (1977); זאב סגל "חופש הביטוי באורו של מאיר שמגר" ספר שמגר חלק א 111, 114 (2003); עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "מסורת חופש הביטוי בישראל" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 27 (מיכאל בירנהק עורך, 2006)). אכן, "ההכרה במעמדו של חופש הביטוי כזכות-יסוד הושרשה בנו זמן רב קודם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (ע"א 4463/94 גולן נ' שידות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 157-158 (1996) (להלן - פרשת גולן)).

הטעמים העומדים ביסוד חופש הביטוי הם שלושה: הטיעון האחד מבסס עצמו על הרצון לחשוף את האמת. הטיעון השני מבסס עצמו על הצורך להביא להגשמתו העצמית של האדם. הטיעון השלישי מבסס את חופש הביטוי על המשטר הדמוקרטי (פרשת ש.י.ן 82; אהרן ברק "חופש הביטוי ומיגבלותיו" הפרקליט מ 5, 10-6 (1991); אילנה דייין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי", עיוני משפט כ 377 (1996); גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא 895, 911-897 (2000)). על רקע טעמים אלה ניתן לאפיין סוגים שונים של חופש ביטוי - חלקם נמצאים בגרעין הזכות וחלקם במעטפת. לא הרי פגיעה שהיא בגרעינה של הזכות כהרי פגיעה בשוליה (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 49 (1997) (להלן - פרשת חורב)).

23. אכן, נקבע בפסיקתנו כי חופש הביטוי הפוליטי הוא בגרעין הזכות לחופש הביטוי (פרשת שינוי פסקה 3 לפסק דינו של השופט ריבלין). "חופש הביטוי הפוליטי ראוי להגנה מירבית, הן משום שנודעת לו חשיבות יתירה מבחינה חברתית, כיסוד מוסד של המשטר הדמוקרטי, והן משום שהוא חשוף יותר מכל צורה אחרת של ביטוי להתנכלות מצד השלטון" (בג"ץ 6396/93 זקין נ' ראש עיריית באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 303 (1999)) (להלן - פרשת זקין). אכן, חופש הביטוי "מקבל משמעות מיוחדת לעניין הביטוי הפוליטי בכלל ולעניין הביטוי הפוליטי במסגרת מאבק בחירות בפרט... אחד הטעמים העיקריים להצדקת חופש הביטוי הוא בקיומו של המשטר הדמוקרטי. בלא חופש הביטוי, הדמוקרטיה מאבדת את נשמתה. בלא דמוקרטיה, אין חיות לחופש הביטוי... חופש הביטוי מבטיח החלפת דעות בין בני הציבור, ובכך מאפשר גיבוש עמדה באשר לנושאים העומדים על סדר היום הלאומי" (פרשת זווילי, 702; ראו גם בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת חיות (מיום 1.2.2006) (להלן - פרשת בשארה)). "מבין סוגי הביטויים השונים, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי - שהוא תנאי הכרחי לקיומו של הליך דמוקרטי - היא רחבה במיוחד" (בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003) (להלן - פרשת אינדור)).

ומכאן - לשאלה האם הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי מהווה פגיעה בכבוד

האדם?

24. הכרעה בשאלה זו כרוכה בפרשנות טבעה של הזכות לכבוד האדם וגבולות פריסתה. בפרשת ש.י.ן שנדונה בפני הרכב מורחב של אחד-עשר שופטים, נותרה שאלה זו בצריך עיון ("למותר לציין, כי השאלה אם חופש הביטוי כלול בזכויות הקבועות

בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבה הובעו דעות שונות על-ידי שופטי בית-משפט זה, אינה טעונה הכרעה או התייחסות בהליך זה", פרשת ש.י.ן 83; אך ראו דבריו של השופט ריבלין שקבע שם כי חופש הביטוי הוא "זכות חוקתית", שם 96; לדבריו הצטרף גם הנשיא ברק, שם, שם).

25. כמה משופטי בית משפט זה הביעו את עמדתם בנושא במפורש, וקבעו כי חופש הביטוי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם (ראו סקירה אצל קציר פרסומת מסחרית 4-6). כך הנשיא ברק (ב-ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 564, 558 (2004); וראו גם דבריו ב-ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201 (1993); ב-בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 468 (1994); ובאחרונה בבג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (טרם פורסם), פסקה 12 לפסק דינו (להלן - פרשת מטה הרוב). כך השופט ריבלין (ב-רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (מיום 12.11.2006), פסקה 10 לפסק דינו של השופט ריבלין (להלן פרשת בן גביר)); כך השופטת פרוקצ'יה (בפרשת בן גביר, פסקה 13 לפסק דינה); כך השופטת ארבל (בפרשת בן גביר, פסקה 3 לפסק דינה). כך השופט מצא (בפרשת גולן 156) וכך גם השופט מלץ (ב-רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, 264 (1993)). ולבסוף כך, ברמז, גם השופט חשין (ב-בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 865-867 (1999), אך ראו דבריו בפרשת גולן, 187).

מנגד, היו שופטים שקבעו כי חופש הביטוי איננו בהכרח חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. כך השופטת דורנר (בפרשת גולן 191) וכך גם השופט זמיר (ב-בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה, פ"ד מח(5) 501, 535-536 (1994)); וראו גם בספרו, זמיר הסמכות המינהלית 113).

דומה שהתמונה המצטיירת ממכלול פסקי הדין עליהם עמדתי היא שחופש הביטוי הפוליטי נכלל בזכות החוקתית לכבוד האדם.

26. באחרונה, בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל נפסק ביחס לזכות לשוויון כי כבוד האדם כולל רק אותן זכויות אשר קשורות לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו) בקשר ענייני הדוק:

"מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות

האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו)... אני סבור כי המודל הראוי, להבניית היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין השוויון, הוא מודל הביניים... התפיסה הראויה לכבוד האדם – המעמידה במרכז את האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ומכלול אנושיותו – מצדיקה לכלול בגדרו של כבוד האדם אותם היבטים של השוויון אשר מבטיחים את התפיסה הראויה הזו של כבוד האדם" (שם, פסקאות 38, 40 לפסק דינו של הנשיא ברק).

אמת מידה זו הולמת, לדעתי, גם את היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין חופש הביטוי הפוליטי. דעתי היא כי הזכות נשוא ענייננו, חופש הביטוי הפוליטי, קשורה על פי תפיסתנו המשפטית "בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם" שהרי:

"מהו כבוד האדם על פי גישתו של בית המשפט העליון? ... ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (שם, פסקה 35).

מתפישה זו של כבוד האדם מתבקשת המסקנה, כי חופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם (ראו גם ברק המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה 231; ברק פרשנות במשפט 427). אכן, חופש הביטוי הפוליטי הוא מרכיב חיוני של כבוד האדם. וכאמור, נאמר כבר כי חופש הביטוי הפוליטי הוא "גרעין" הזכות לחופש הביטוי (פרשת שינוי, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ריבלין). אשר לחופש הביטוי המסחרי - עניין זה כאמור לא מתעורר לשיטתי בפנינו ואשאיר אותו בצריך עיון.

27. המסקנה היא, שפגיעתם של הכללים בחופש הביטוי הפוליטי מקימה פגיעה בכבוד האדם. הכללים פוגעים באותם זכויות וערכים העומדים ביסוד כבוד האדם כמבטא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, בחופש הבחירה ובחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי (ראו והשוו מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 626 (2002)). בכך ניתן מענה חיובי גם לשאלה השניה שהצבתי.

נעבור עתה לשלב השני של הבחינה החוקתית. בשלב זה נבחנת השאלה אם הפגיעה של הכללים בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא כדין. מיקומה הגיאומטרי של שאלה זו הוא בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בחינה חוקתית - שלב שני: האם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין? (פסקת ההגבלה)

28. השלב השני של הבחינה החוקתית בוחן האם הפגיעה בזכות החוקתית היא כדין. אכן, קיימת הבחנה בין היקפה של הזכות לבין מימושה כדין. על יסוד הבחנה זו חוזרת ונשנית בפסיקה ובספרות האמירה כי זכויות האדם אינן מוחלטות אלא בעלות אופי יחסי (ראו באחרונה, בהקשר של חופש הביטוי, פרשת שינוי פסקאות 8 ו-9 לפסק דינו של הנשיא ברק)).

29. "נוסחת האיזון" שעל בסיסה נטענו טענות הצדדים היא זו הקבועה בפסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק
ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית
ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק
כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

פסקת ההגבלה היא אמת המידה המקובלת כיום לאיזון בין ערכים מתנגשים.
עמד על כך הנשיא א' ברק:

"בעתירה שלפנינו מתנגשים הערכים של ביטחון המדינה
והשלטת הסדר הציבורי עם זכויות האדם לחופש תנועה,
לחופש עיסוק, לקניין ולכבודו כאדם. על המפקד הצבאי
לאזן בין ערכים מתנגשים אלה. כיצד עליו לערוך איזון
זה? מהי אמת המידה המקובלת לעריכתו של איזון זה?
אמת המידה המקובלת כיום – בעקבות חקיקת היסוד
בעניין זכויות האדם – הינה זו הקבועה בפסקת ההגבלה
(סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו)" (בג"ץ
6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 887
(2005) (להלן – פרשת לוי); ראו גם פרשת חורב, 41).

עמדה על כך הנשיאה ד' ביניש, בהקשר לפגיעה בחופש הביטוי:

”חופש הביטוי וההפגנה נגזרים מכבוד האדם, ומטעם זה תחולתו של סעיף 8 [לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו] על הפעלת הסמכות המנהלית בענין זה היא ישירה” (בג”ץ 8988/06 משי זהב נ’ מפקד מחוז ירושלים, פס’ 10 (מיום 27.12.2006) (להלן – פרשת משי זהב)).

פסקת ההגבלה שואפת למזער את הפגיעה בזכות האדם (פרשת ש.י.ן 87). היא מקרינה על ”האיזון הראוי בין ערכים וזכויות נוגדים העומדים ברקע מעשי המינהל הציבורי... [ו]ניצבת ברקע התפיסה הראויה של כל מלאכת שיקלול בין ערכים נוגדים” (פרשת בן גביר, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה). פסקת ההגבלה נותנת ביטוי ”לרעיון שזכויות האדם אינן מוגנות כדי מלוא היקפן. בכך מודגשת התפיסה כי הפרט חי בגדריה של חברה, וצרכיה של החברה ומטרותיה הלאומיות עשויים לאפשר פגיעה בזכויות האדם... עם זאת להגבלות על זכויות האדם יש גבולות. אלה קבועים בפסקת ההגבלה” (פרשת המועצה האזורית חוף עזה 545-546). פסקת ההגבלה היא, לדעתי, נוסחת האיזון החוקתית שיש ליישמה בענייננו ודומה כי על כך לא חלקו הצדדים (על פסקת ההגבלה כנוסחת איזון חוקתית ראו: בג”ץ 953/01 סולודקין נ’ עיריית בית שמש, פ”ד נח(5) 595, 1612 (2004) (להלן – פרשת סולודקין); מיכאל דן בירנהק הנדסה חוקתית 623, 627-629; גדעון ספיר ”ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות” מחקרי משפט כב 471, 476-477 (2006)).

ארבעה הם תנאיה של פסקת ההגבלה, וכולם צריכים להתקיים. נבחן את התנאים בענייננו אחד לאחד.

פסקת ההגבלה – תנאי ראשון: בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו

30. התנאי הראשון לחוקתיותו של כלל הפוגע בזכות אדם המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הינו כי הפגיעה היא ”...בחוק... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו”. לנוחות הקורא, נביא שוב את סעיפי ההסמכה הקבועים בחקיקה הראשית.

סעיף ההסמכה של רשות השידור הוא סעיף 25א(ב)(2) לחוק רשות השידור:

25א. פרסומת והודעות ברדיו
(ב) הועד המנהל יקבע, בהתייעצות עם המנהל הכללי,
כללים בדבר -
(2) איסורים ומגבלות על תשדירי פרסומת
והודעות;

סעיף ההסמכה של הרשות השניה הוא סעיף 88(2) לחוק הרשות השניה:

88. כללים לתשדירי פרסומת המועצה תקבע כללים בכל הקשור לשידורם של תשדירי פרסומת, בין היתר, בנושאים אלה:
(2) נושאי פרסום האסורים לשידור כתשדירי פרסומת, דרך כלל, בנסיבות מסוימות או בשל היותם פוגעים בטעם הטוב או ברגשות הציבור;

האם הכללים שנזכרו לעיל הם מכוח הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית? על שאלה זו משיבה אני בחיוב. אמנם ישנם הבדלי ניסוח בין הוראת החוק הנוגעות לרשות השניה להוראות החוק בעניין רשות השידור, אך בשני המקרים קיימת הסמכה בחקיקה ראשית.

31. לגבי חוק הרשות השניה: חוק הרשות השניה מסמיך את מועצת הרשות השניה לקבוע "נושאי פרסום" אסורים בתשדירי פרסומת. תיבה זו פורשה כמסמיכה את הרשות השניה להטיל איסורים על תוכן תשדירי הפרסומת: "ברי שהסמכות לפסול 'נושאי פרסום' מקיפה גם את סגנונם ותוכנם של התשדירים" (בג"ץ 5118/95 מאיר סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד מט(5) 751, 755 (1996)). אכן, "סמכות המועצה להטיל איסורים והגבלות על תשדירי פרסומת מתייחסת לא רק לנושאי הפרסום אלא גם לתוכנם של התשדירים, למתכונתם ולדרך הצגתם. יתר על כן: ברירת המועצה על-פי סמכותה אינה, בהכרח, בין התרתם המוחלטת לבין איסורם המוחלט של תשדירי פרסומת בנושאים מסוימים, אלא גם בין התרתם בדרך כלל לבין איסורם בנסיבות מסוימות. כך עולה, במפורש, גם מן האמור בסעיף 88(2) לחוק... החוק המסמיך... עומד בחזקתו הפרשנית כי הוא נועד להגשים ולכבד את זכויות היסוד" (בג"ץ 4520/95 טמפו תעשיות בידה בע"מ נ' הרשות השניה (מיום 19.9.1995) (להלן - פרשת טמפו); וראו גם דברי הנשיא ברק בפרשת נטו, 526א).

כאן המקום להעיר שכללי הרשות השניה, בנוסחם הקודם שהתייחס במיוחד לטלוויזיה ולרדיו (כללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה וברדיו), תשנ"ד-1994, ק"ת 640) (להלן - כללי הרשות השניה הקודמים) כבר זכו, במישור ההסמכה החוקית, לגושפנקא של בית משפט זה (ראו פרשת תרמוקיר 403). ואולם כללי הרשות השניה הקודמים לא כללו הוראות לגבי "פרסומת בנושאים השנויים במחלוקת". הוראות כאלו נקבעו בכללים הנוכחיים.

32. לגבי חוק רשות השידור: חוק רשות השידור מסמיך את רשות השידור לקבוע "איסורים ומגבלות" על תשדירי פרסומת. בחוק רשות השידור לא מופיעה התיבה של נושאי-פרסום. אך גם הסמכה זו מסמיכה לדעתי את רשות השידור להטיל איסורים על תוכן תשדירי הפרסומות (ראו: בג"ץ 7144/01 גוש שלום עמותה רשומה נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887, 1891 (2002) (להלן - פרשת גוש שלום)). הסמכות נתונה לפרשנות. הפרשנות נותנת תמונה מלאה יותר של הסמכות. עמד על כך פרופ' זמיר:

"חוק ללא פרשנות דומה לסקיצה של ציור. הפרשנות מוסיפה לחוק צבע, עומק ונשמה. הוראת חוק המקנה לרשות מינהלית סמכות, בלי שתתלווה אליה פרשנות של ההוראה, אינה נותנת תמונה שלמה של הסמכות... החוק והפרשנות אינם אחד. הם שני מקורות משפט, מקור ראשי ומקור משלים, אל יש ביניהם קשר הדוק של שותפות, כאילו הם בני זוג המהווים משפחה. הפרשנות, כשהיא משלימה חוק המקנה סמכות, משנה את פני הסמכות. היא יכולה להרחיב או להצר את היקף הסמכות כפי שהיא מצטיידת לפי פשוטו של החוק. היא עשויה להוסיף לסמכות כלים לביצוע, או להגביל אותה בתנאים, או לכוון אותה למטרה מסויימת. בקיצור, הסמכות לאחר הפרשנות שונה מן הסמכות שלפני הפרשנות" (זמיר הסמכות המנהלית 142-143).

במישור הפרשני, דעתי היא כי לשון ההסמכה בחוק רשות השידור דומה מאוד לנוסח ההסמכה של הרשות השניה והיא מחייבת פרשנות אחידה לשתיהן. אמנם, ההסדרה המפורשת בחוק הרשות השניה מפורטת יותר מזו שבחוק רשות השידור. ואולם, מקובלת עלי עמדת המדינה כי למרות השוני בלשון ההסדר אין מקום – מטעם זה בלבד – לחייב יצירת הסדר נפרד לרשות השניה ולרשות השידור. להבדל הלשוני הדק בדמות התיבה "נושאי-פרסום" אין משקל פרשני מספיק היכול למנוע מתן פרשנות דומה לאור תכלית ההסמכה עליה נעמוד בהמשך הדברים. מדובר בהסדר בעל תכלית זהה המצריך פרשנות דומה של ההסדרים החוקיים. אין הגיון רב בהתרת שידור פרסומת פוליטית ברשת רדיו אחת ואיסור על אותו תשדיר ברשת השניה (ראו והשוו בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 763-764 (2003), שעסק בהשוואה בין פיקוח על תשדירי תעמולה ברדיו ובטלוויזיה, למרות השוני בהסדר החוקי).

ממילא מובן הוא, שהסמכות לקבוע איסור על פעילות מסויימת בכללותה כוללת גם את הסמכות לאסור רק את מקצתה: "גם אלמלא נאמרו הדברים במפורש היו הם, בעליל, מסתברים מאופייה של הסמכות. וכי יעלה על הדעת לקבוע, כי רשות שהוסמכה לאסור פעילות מסויימת אינה מוסמכת לאסור רק את מקצתה?" (פרשת

טמפ90). ובענייננו, הסמכות לאסור על תשדיר הפרסומת - בכללותו - כוללת גם את הסמכות לאסור רק על מרכיב מסויים בתוכנו. כך בחוק הרשות השניה וכך גם בחוק רשות השידור.

33. סעיפי ההסמכה - הן של רשות השידור והן של הרשות השניה - מסמיכים את מתקין הכללים בצורה מפורשת להגביל את תוכן תשדיר הפרסומת. הם מקנים סמכות לקבוע "מגבלות" ו"איסורים" תוכניים על תשדירי פרסומות. זוהי סמכות מפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור. אין המדובר רק בסמכות כללית להתקין תקנות ולקבוע כללים (ראו והשוו בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לבטחון פנים, פ"ד נח(2) 741 (2004)); מדובר בסמכות מפורשת לאסור ולהגביל (ראו: אורן גזל "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 381, 396-412 (1997); והשוו ברק שופט בחברה דמוקרטית 345; ברק פרשנות במשפט 504).

34. מסקנת ביניים: בשני החוקים קיימת סמכות מפורשת למתקין הכללים לאסור על שידורי פרסומת או להגבילם. ואולם, כך טוענת העותרת, הכללים קבעו את שאסור להם לקבוע. הם קבעו הסדרים ראשוניים, הסדרים שמקומם בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה. העותרת מביאה לעניין זה עקרונות שנקבעו בהלכה הפסוקה:

"פגיעה בזכויות האדם, אפילו היא מקדמת את ערכיה של המדינה, אפילו היא לתכלית ראויה, ואפילו היא שלא מעבר למידה הדרושה - צריכה להיקבע בחוק הקובע את ההסדרים הראשוניים ואין להסתפק בהסמכתה הפורמלית של הרשות המבצעת למעשי חקיקה" (בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 684 (1999) (להלן - פרשת לם)).

העותרת מוסיפה ומפנה לבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) (להלן - פרשת רובינשטיין) שם נאמר:

ה"כלל [ה]בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון 'טכנית' יותר קובע הכלל הבסיסי, כי 'הסדרים ראשוניים' הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים - צריכים להיקבע בחוק של הכנסת

ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך
'הסדרים משניים' (פרשת רובינשטיין 502).

35. לא אוכל לקבל את טענת העותרת לפיה יש לבטל את הכללים (ככל שהם
נוגעים לענייננו) בשל כך שהם קובעים הסדר ראשוני שמקומו יכירנו בחקיקה ראשית
בלבד.

הטענה – טענה שובת לב היא. ואולם, לדעתי, קריאה של הוראות החוק
בכללותן מצביעה על כך שיש בה פירכה. אכן, המעיין בסעיפים הנוגעים לפרסומות,
בשני החוקים, ובהם בלבד, לא ימצא הכוונה של המחוקק הראשי בעניין האסור
והמותר. ואולם, להשקפתי אין לקרוא את הסעיפים הנוגעים לתשדירי הפרסומת
במנותק משאר הוראות החוק, כאילו היו תשדירים אלה איבר מנותק מגופה של רשות
השידור או מגופה של הרשות השניה. הזכרנו לעיל את הוראת סעיף 4 לחוק רשות
השידור שעניינה "הבטחת שירות מהימן", המורה כי הרשות תבטיח שבשידורים יינתן
מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור ותשודר אינפורמציה
מהימנה; בדומה הזכרנו, לעניין הרשות השניה, את סעיף 47 לחוק הרשות השניה
העוסק בעקרון של מתן אפשרות תגובה וקובע כי בעל זכיון יבטיח כי בשידור בענייני
היום שלתוכנו יש משמעות ציבורית יהיה ביטוי נאות לדעות שונות הרווחות בציבור;
את סעיף 5(ב)(7) לחוק הקובע כי הרשות תפעל לשידור מידע מהימן הוגן ומאוזן; את
סעיף 5(ב)(6) לחוק הקובע בין תפקידיה של הרשות מתן ביטוי מתאים להשקפות
השונות הרווחות בציבור, ואת סעיף 46(ג) האוסר מתן ביטוי לדעות אישיות של בעל
הזכיון או של מנהלים (סעיפים דומים מופיעים בחקיקה גם ביחס לגופי תקשורת
אחרים במפת התקשורת בישראל – ראו גם סעיף 6לד1(ז)(5) לחוק התקשורת (בזק
ושידורים), התשמ"ב-1982 וסעיפים 10-11 לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל
רישיון לשידורים), התשמ"ח-1987). על עניינים אלה עוד נרחיב את הדיבור להלן
כשנבחר את עמדתנו לפיה הכללים הותקנו לתכלית ראויה.

לדעתי עקרונות אלה, העוסקים בשידורים, שהם "הגרעין הקשה" של תפקידי
רשות השידור והרשות השניה, הם ההסדר הראשוני לאורו יש לקבוע את הכללים.
הכללים בעניין הפרסומות חייבים לעלות בקנה אחד עם ההסדר הראשוני שבחקיקה
הראשית, ולדעתי - וככל שהדברים נוגעים לסוגיה שבפנינו - עולים הם בקנה אחד. אין
אנו נמצאים ב"ואקום" חקיקתי ולטעמי, הטענה בדבר העדר הסדר ראשוני בחוק
המסמיך – אינה יפה לענייננו. נושא הפרסומות הוא טפל ההולך אחרי העיקר.

36. רק בבחינת למעלה מן הצורך, אצביע על כך שלא ניתן לערוך הפרדה חדה ומוחלטת בין הסדרים ראשיים והסדרים משניים. כפי שציין המשנה לנשיא (בדימ') מ' חשין:

"הפרדה מוחלטת מעין-זו בין מחוקק - המחוקק הסדרים ראשוניים - לבין מבצע - המבצע והמיישם - אינה מתקיימת אלא במדינת אוטופיה, שכן 'סביכותם של החיים בחברה המודרנית אינם מותירים ברירה למחוקק אלא להעביר מיקצת מסמכויותיו למבצע, וזאת - בעיקר - על דרך של הסמכתה של הממשלה ושל הפועלים מטעמה להתקין תקנות הנושאות עימהן הסדרים ראשוניים (תקנות praeter legem)' (פרשת פריצקי (בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763 (1999) - מ"נ), 790)... מה אמת-מידה ניצור בה לידע הסדר ראשוני - מהו? מהי אבן בוחן נחזיק בידנו להבחין בין הסדר ראשוני לבין הסדר מישני? התשובה לשאלה אינה פשוטה כל-עיקר, וקו הגבול בין הסדרים אלה לבין הסדרים אלה יכול שיהיה לעיתים מטושטש משהו... על כך נאמר, כי מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות ומידת פגיעתו בחירות הפרט כל אלה ישפיעו על ההכרעה אם המדובר הוא בהסדר ראשוני או בהסדר מישני" (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (מיום 27.2.2006) פסקאות 30 ו-39 לפסק דינו של המשנה לנשיא).

ויש לחזור ולהזכיר: תשדירי הפרסומת אינם עיקר תפקידי המשיבות. תפקידן העיקרי הוא השידורים עצמם, ותשדירי הפרסומת הם רק אמצעי מימון לפעולות המשיבות.

זאת ועוד: שוק התקשורת הוא שוק דינאמי (השוו, בהקשר אחר של שוק התקשורת, ובהתייחס לשידורי הכבלים והלוויין, בג"ץ 10338/03 וש טלקנל בע"מ נ' שר התקשורת (מיום 15.5.2006)). הטלת חובה של הסדרה מפורשת ופרטנית בחקיקה ראשית בנושא הפרסומת עלולה להביא לחקיקה ראשית מסורבלת ולעיתים אף לשיתוק ההסדרה וקפיאתה בנקודת זמן נתונה, ופגיעה הן באינטרס של הפעילים בתחום והן באינטרס של הציבור הרחב, וזאת בשל חוסר היכולת להסדיר את כל הפעילות של הרגולטור בחקיקה ראשית:

"אכן, מחד גיסא, אין לדרוש פירוט ניכר באמות-המידה, שכן בכך יוקפא המצב המשפטי, ולא ניתן יהא להתחשב בנסיבות חיים משתנות. מאידך גיסא, אין להסתפק באמות-מידה כה כלליות ומופשטות, שאינן מוסיפות דבר. יש למצוא, אפוא, על-פי קו טיעון זה, שביל זהב

אשר יטיל על המחוקק את הנטל לקבוע אמות-מידה שתהיינה מדריכות במידה מספקת מחד גיסא, ולא תדרושנה פירוט אשר לא יאפשר התחשבות בנסיבות חיים משתנות, מאידך גיסא" (ברק, פרשנות חוקתית, 504).

לסיכום: התנאי הראשון שבפסקת ההגבלה – מתקיים. נעבור לתנאי השני.

פסקת ההגבלה – תנאי שני: הולם את ערכיה של מדינת ישראל

37. התנאי השני הנדרש בפסקת ההגבלה הינו כי הכלל "הולם את ערכיה של מדינת ישראל". לא נטען בפנינו כי תנאי זה לא מתקיים.

38. התנאי השלישי ("תכלית ראויה") והתנאי הרביעי ("במידה שאינה עולה על הנדרש") קשורים זה בזה. האחד קובע את המטרה הראויה. השני קובע את האמצעים הראויים להגשמתה. כל עוד אין יודעים מהי המטרה וכל עוד לא נקבע כי המטרה היא ראויה, אין לדעת מהם האמצעים הראויים להגשמתה (ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (מיום 14.5.2006) (להלן - פרשת עדאלה) פסקה 59 לפסק דינו של הנשיא ברק). נפנה עתה לכל אחד משני התנאים הללו, ונפתח ב"תכלית ראויה".

פסקת ההגבלה – תנאי שלישי: תכלית ראויה

39. התנאי השלישי הנדרש בפסקת ההגבלה הוא שהכלל הפוגע בזכות אדם המעוגנת בחוק היסוד הוא "לתכלית ראויה". יש לזכור, כי "התכלית הראויה אינה מעלימה את הפגיעה האפשרית בזכות, אלא, לכל היותר ובהתקיים התנאים הצריכים לכך, הופכת אותה לפגיעה חוקית וחוקתית" (פרשת האגודה לזכויות האזרח בישראל, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ריבלין; ראו גם פרשת התנועה לאיכות השלטון פסקה 52 לפסק דינו של הנשיא ברק; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258 (2002)).

הכללים בענייננו מגלמים איזון בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים שעל רשות השידור והרשות השניה להגן עליהם (ראו פרשת גוש שלום 892). מהם הערכים הנוגדים בענייננו? אילו ערכים נועדו הכללים להגשים? הזכרתי לעיל את הוראות החוק שתפקידן להבטיח שידורים הוגנים ומאוזנים. גם בפסיקה דובר על חשיבותם של שידורים הוגנים ומאוזנים בהתאם ל"דוקטרינת ההגינות". אכן, כללי רשות השידור וכללי הרשות השניה הם "מערכת כללים המשקפת את 'דוקטרינת ההגינות'... היאה

לכל אמצעי תקשורת ראוי לשמו" (בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 193, 204 (1997) (להלן – פרשת נוביק)).

דוקטרינת ההגינות במשפט הישראלי

40. דוקטרינת ההגינות היא שניצבת בבסיס ההצדקה לכללים. היטיב לתאר דוקטרינה זו הנשיא שמגר, "אביה" במשפט הישראלי:

"דוקטרינת ההגינות מתייחסת למצב בו ישנן מספר דעות בסוגיה ציבורית שנויה במחלוקת. אם אמצעי תקשורת, הכפוף לדוקטרינה זו, מעניק במה לדעה מסויימת, הוא אינו רשאי להפלות ולמנוע משאר הדעות העיקריות את ביטויין. אכן, דוקטרינת ההגינות איננה אלא חלק מדיני ההפליה" (בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 541 (1995) (להלן – פרשת כהן)).

מקורה של דוקטרינת ההגינות במעמדה של רשות השידור כרשות ציבורית, המהווה גם במה, הכפופה לעקרון השוויון:

"הסדרת שידורים על בסיס של שוויון היא המתחייבת מעקרון השוויון (ראה בג"צ 1/81 הנ"ל, בעמ' 386). ודוק: אם השידור מהווה תעמולת בחירות, ממילא הוא אסור. אך גם אם השידור אינו מהווה תעמולת בחירות, הרי יש להבטיח בהשמעתו קיום של עקרון השוויון... תוצאה פרשנית זו מתבקשת, כאמור, מחוק דרכי תעמולה עצמו. היא משתלבת בחובתה הכללית של רשות השידור לקיים שוויון בשידוריה. היא מוצאת ביטוי ב'דוקטרינת ההגינות', אשר בית-משפט זה התייחס אליה מספר פעמים... הנה כי כן, על הרשות לשמור על כך כי שידוריה - אף שאין בהם תעמולת בחירות אסורה - ייעשו מתוך כיבוד עקרון השוויון" (פרשת זילי, 705-706).

דוקטרינת ההגינות הורחבה גם לגבי השידורים ברשות השניה:

"רבות דובר בפסיקתנו אודות החשיבות הטמונה בקיום עצמאותה של רשות השידור, ש"אינה רק 'דובר' אלא גם 'במה', החייבת להבטיח מתן ביטוי להשקפות ודעות'... [דובר על] חובת רשות השידור להבטיח את חופש הביטוי של בני הציבור... דברים אלה אמנם התייחסו לרשות השידור; אך כל שנאמר בדבר תחולת חופש הביטוי על שדה פעולתה של רשות השידור, חל, מניה

וביה, גם על שדות פעולתם של מפעילי הערוץ השני של הטלוויזיה ועל הנהלת הרשות השנייה" (פרשת נוביק 203; וראו גם קרניאל דיני התקשורת המסחרית 70; וכך ברק, המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה, 239-240).

תכליתה של דוקטרינת ההגינות היא להבטיח "שוק רעיונות" חופשי המשקף באופן ראוי ושלם את מגוון הדעות בנושא העומד לדיון (פרשת חינוך לשלום, 1416ג). אכן, "הרציונל של דוקטרינת ההגינות מתבקש: הצגת הזוויות השונות של סוגיה או אירוע מסוימים לפני הקהל, ושמירה על איזון, או לפחות איזון מינימלי, בין העמדות השונות, נועדו לשכלל את זרימת המידע ולמנוע עיוותים וחסימי כניסה" (רייכמן, 223; וראו גם דפנה ברק "חופש הגישה לאמצעי התקשורת – איזון אינטרסים בתחום הזכות לחופש הביטוי" עיוני משפט יב 183, 196-200 (1987) (להלן – דפנה ברק-ארז)). דוקטרינת ההגינות קשורה בטבורה לעקרון השוויון (בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 373 T (1981) (להלן – פרשת זילי, 708; בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 303 (1987) (להלן – פרשת כהנא)).

הטענה בדבר זניחת דוקטרינת ההגינות בארה"ב

41. אמת, דוקטרינת ההגינות נזנחה בארצות הברית ב-1987 (קרניאל דיני התקשורת המסחרית 67-69; פסח הבטיס העיוני 961; אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" שקט, מדברים (בעריכת מיכאל בירנהק) 185, 223 (2006) (להלן - רייכמן)). אין בהתפתחות זו כדי לשנות ממסקנת. לעניין זה כבר קבע הנשיא שמגר:

"אני כמוכן ער לכך שבארץ הולדתה של דוקטרינת ההגינות חל פיתוח בערכה. אינני סבור כי עלינו לאמץ את הגישה השלילית שנתקבלה בארה"ב. ההגינות שבדוקטרינה עומדת על רגליה היא ושינויים בכיווני הרוח בארה"ב אינם צריכים להניע פארתיים של אילנות הארץ הזו. המציאות של ארה"ב על רבבות עיתוניה ואלפי תחנות השידור שלה, ומגוון האפשרויות הנפתחות בשל כך בפני כל פרט, אינה דומה לזו שקיימת במקומותינו. השאלה אם דרושה וסבירה אצלנו תורת ההגינות צריכה להיות מוכרעת על פי התנאים החלים אצלנו" (פרשת כהן 542; וראו גם דבריה של השופטת שטרסברג-כהן, שם, 570).

דוקטרינת ההגינות בישראל מעוגנת אפוא בהסדר סטטוטורי, בחקיקה ראשית, הן בחוק רשות השידור והן בחוק הרשות השנייה (ראו גם דו"ח מבנה השידור הציבורי,

40-41). שורשיה נטעו בפסיקה הישראלית, והיא הפכה הלכה למעשה, למשפט מקובל נוסח ישראל.

42. יוער כי עקרון השוויון בשידורים, בין אם נכנה אותו כ"דוקטרינת הגינות" ובין אם לאו, קיים ביתר שאת בהסדרים חקיקתיים במדינות אירופה. כך למשל באיטליה קיימת דוקטרינת ה- Par Condicio ("תנאים שווים") הקובעת כי על מנת לקיים שיח דמוקרטי צריכים אמצעי התקשורת להיות זמינים, באופן שווה, לכלל הגופים הפוליטיים ולתת להם התייחסות שווה והוגנת במקום ובזמן השידור. ההסדר החקיקתי שם אוסר על שידור פרסומת פוליטית, אלא בתנאים מסויימים וחריגים. דוקטרינת ה- Par Condicio עוגנה בחקיקה באיטליה בשנת 2000 (וזאת בכל הקשור לשידורים רגילים שלא במסגרת תעמולה ערב בחירות; לעניין פרסומת פוליטית ראו סעיף 3 ל- Legge 22 Febbraio 2000). גם בצרפת קיים איסור על שידור פרסומת פוליטית, ואיסור זה הוא מפורש ומלא (ראו סעיף 14 לחוק מספר 86-07 המתייחס לחופש התקשורת, מיום 30.9.1986; וסעיף 29 לתקנה מספר 88-66 מיום 20.1.1988, המשלימה את החוק וקובעת איסור על שידור פרסום המכיל יסודות העלול לפגוע בדעות או אמונות פוליטיות, דתיות ופילוסופיות). לדין באירופה, ובייחוד באנגליה, הקרובה יותר לישראל בכל הקשור לשוק התקשורת והסדרתו, אתייחס עוד בהמשך.

דוקטרינת ההגינות וההצדקה להסדרת השידורים

43. נקודת המוצא של דוקטרינת ההגינות היא שבכל הקשור לחופש הביטוי באמצעי התקשורת האלקטרוניים כדוגמת הרדיו והטלוויזיה, "שוק הרעיונות" איננו שוק חופשי ויעיל:

"השוק החופשי עלול להיכשל. עלול להיווצר 'כשל שוק חוקתי' בו חוג מצומצם של בעלי שליטה מכתיבים ומעצבים את 'שוק הרעיונות'" (פרשת כהן 540; בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 451, 471 (2000)).

מכאן נובע הצורך ב"הצבת סייגים לתהליך, המאיים להפוך את חופש-הביטוי לזכות-יתר של קבוצת מיעוט, תחת שיהא זכות המוקנית לכל" (דפנה ברק-ארז, 186). הצבת הסייגים נעשית בדרך של פיקוח והסדרה של השידורים:

"לאור חשיבותם החברתית הרבה של אמצעי התקשורת האלקטרוניים, ועל רקע מאפייניהם הייחודיים, מקובל לחשוב שנדרשת רגולציה בתחום זה. מטרתו של הפיקוח

השלטוני הינה להבטיח כי מירב הדעות וההשקפות יבואו לידי ביטוי במסגרת אמצעי התקשורת, ובכך להגן על 'שוק הרעיונות' (פרשת שירותי לוויין פסקאות 12-13).

נקודת מוצא נוספת המצדיקה את ההסדרה בשוק התקשורת מקורה בתפיסה, ש"גלי האתר הם רכושו של הציבור ולא רכושו של פרט זה או אחר" (פרשת שירן, 378) בתפיסה שאמצעי התקשורת האלקטרונית מהווים "במה ציבורית" (פרשת כהן, 545; וראו גם פרשת זוילי, 707; בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 515, 496 (2000)) כמו גם "משאב מוגבל" (פרשת מדיה מוסט, 24), ובתפיסה שהתקשורת הציבורית – הטלוויזיה והרדיו – "מבחינתו של המשפט הישראלי הם רשות שלטונית" (ברק המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה, 237).

מכאן נובע שעל המחזיק בבמה הציבורית מוטלות גם חובות. עמד על כך הנשיא ברק בכתביו, בהתייחס להיבט החיובי של חופש הביטוי:

"התקשורת אינה רק דובר. היא גם במה. היא עצמה עשויה להיתפש כדמוית שלטון וכמי שיש לה פונקציה ציבורית. זהו ההיבט החיובי של חופש הביטוי" (ברק, המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה 247, 240-237).

ביחס לרשות השידור נאמרו הדברים במפורש:

"הכרה באופיה השלטוני של רשות השידור אפשרה... להכיר בחובותיה של רשות השידור כרשות שלטונית. אלה חובות לאובייקטיביות בשידור, למניעת פוליטיזציה של הרשות, להגינות בשידור, לשוויון, לסבירות, להיעדר ניגוד ענינים ולתום לב בהחלטותיה. זו חובתה שלא להפלות" (ברק המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה, 238).

לדיון מקיף באפשרות – שאינה מתעוררת בפנינו – של הטלת חובות משפטיות גם ביחס לעיתונות הפרטית על יסוד תפקידיה החברתיים ראו: פסח הבסיס העיוני 933-962, 975-984 וכן אהרן ברק "על העיתונות הפרטית" עלי משפט ב 293 (2002).

44. בהקשר זה מקובלת עלי עמדת המדינה, לפיה תפקיד ההסדרה של חופש הביטוי בענייננו היא להבטיח קיומו של שוויון בהשתתפות בשיח הציבורי ולמנוע השפעה בלתי הוגנת ובלתי שוויונית על ציבור המאזינים והצופים.

בעוד שלעיתים קרובות יושג השוויון על ידי הסרת חסמים בפני ביטויים בפורומים בהם הנגישות לקהל הביטוי היא גדולה והביטוי בהם הוא אפקטיבי (ראו והשוו: ע"מ 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה המקומית משגב (מיום 4.4.2005)), לעיתים, באופן פרדוקסלי לכאורה, תידרש דווקא פעולה מגבילה על מנת להבטיח את השוויון המהותי בין הביטויים הפוליטיים. גישה זו נסמכת במישור העיוני על התיאוריה הדמוקרטית של חופש הביטוי (דיין-אורבך 388-391, 395-404), על חשיבות עקרון השוויון (גיא פסח "משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 299, 333, 353-354 (מיכאל בירנהק עורך, 2006)) ועל תפקידה של התקשורת כפועלת ב"מתחם ציבורי" (פסח הבסיס העיוני 970-974):

"פרדיגמת השיח... רואה באופן חיובי דרגה מסוימת של הסדרה שלטונית בתחום התקשורת והביטוי... מעורבות כזו נתפסת כהכרחית כדי להבטיח שיח וסביבת ביטוי נאותים מבחינת דרגת הביזור, הגיוון וריבוי הדעות והמידע" (פסח משאבי ביטוי 330).

בהקשר זה, כאשר נוצר חשש שהאפשרות לרכוש זמן פרסום לצורך הפצת ביטויים פוליטיים עלולה לגרום לאפליה ביחס לאותם ביטויים שאינם זוכים לתמיכה כלכלית המאפשרת להם להיות מוצגים במסגרת הפרסומות, הרי שהסיכון לשמירת האיזון בין ההשקפות השונות בחברה הוא ברור. במצב כזה, הגבלה על ביטויים פוליטיים במסגרת תשדירי הפרסומת, כעולה מן הכללים, ככל שהיא מידתית בנסיבות העניין, ולכך אתייחס להלן, מהווה דווקא גורם מחזק ולא מחליש לשיח הציבורי. היא מגבילה את יכולת ההשפעה של הממון על תהליכי הבחירה החברתיים ומצמצמת את החשש עליו הצביעה המדינה. בית משפט זה התייחס בעבר לחשש עליו הצביעה המדינה:

"חופש הבחירה משמעו לא רק החופש הפיסי להטיל לקלפי את פתק ההצבעה, אלא גם, ובעיקר, החופש הגמור לעבור כבן-חורין את תהליך ההצבעה מהבחינה הנפשית והשכלית. לכן, כל מעשה, שיש בו כדי לצמצם או לבטל, בין במישרין ובין בעקיפין, את חירות חשיבתו של הבוחר ויכולתו לתת ביטוי אמיתי לתוכנית הפעולה הרצויה בעיניו ולהשקפת עולמו, על-פי שיקול-דעתו העצמי - אם משום טובת הנאה, ששיבשה חירותו זו, ואם משום כפיית דעתם של אחרים עליו - פוגע בעיקרון הבסיסי של טוהר הבחירה ואי-תלותה. מכאן, שמעשים כאלה פסולים הם מיסודם. גישה שונה או מקילה בנושא זה, השלמה עם מעשים מעין אלה והיגררות אחריהם, יביאו בהכרח לשיבוש התהליך הדמוקרטי ולסילוף דמותו, שכן, התוצאה הבלתי נמנעת תהיה, כי בעל המאה

יהיה גם בעל הדעה, וכפועל יוצא מכך גם בעל השררה, על כל המשתמע מכך; אין לך עיוות חמור יותר מזה של עקרון השיטה הדמוקרטית בחברה נאורה" (ע"פ 71/83 פלאטו שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 757, 766 (1984); וראו גם דו"ח מבנה השידור הציבורי, 57).

על חשיבות השוויון בין בעלי השיח הפוליטי ויכולת ההשפעה של הממון עמד

גם הנשיא ברק:

"קביעת 'תג מחיר' למימושה של זכות משמעותה פגיעה בזכותם של אלה שאינם יכולים לעמוד במחירה" (פרשת מטת הרוב, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא ברק; פסק הדין נתון בחלקו לדיון נוסף – דנג"ץ 552/07 אגודת מגן דוד אדום בישראל נ' מטת הרוב (החלטות מיום 25.4.2007 ו- 3.6.2007)).

לחשיבות עקרון השוויון בין בעלי השיח הפוליטי ולחשש לפיו בעל המאה

יהיה גם בעל הדעה, ראו להלן בפסקה 53 דברים שצוטטו מפסק הדין של בית הלורדים שניתן בשנת 2008 (Secretary of State for Culture, Media and Sport, [2008] 3 All ER 193 R (on the application of Animal Defenders International) v).

דוקטרינת ההגינות בשידורים והשפעתה על מסגרת תשדירי הפרסומת

45. בענייננו המשיבים ביססו חלק נכבד מכתבי התשובה בפירוט החשש שביטול הכללים, באופן שיתיר את מסגרת תשדירי הפרסומת לכניסתם של גופים פוליטיים, או למסרים פוליטיים, יביא להשתלטות של הגורמים החזקים, שכוחם לבטא את עמדותיהם רב יותר מקבוצות אחרות, על מסגרת תשדירי הפרסומת באופן שירוקן מתוכן את דוקטרינת ההגינות בשידורים.

בהקשר קרוב, אם כי לא זהה, של תעמולת בחירות, ציין בעבר הנשיא ברק:

"הרצון להבטיח שוויון בין המפלגות מוביל להרחבת האיסור על תעמולת הבחירות, שכן קיים החשש שמפלגות השלטון 'ישתלטו' בדרך זו או אחרת - על אמצעי התקשורת בעת הבחירות. הוא הדין ברצון למנוע "השפעה בלתי הוגנת" על הבוחר. הבטחת רצון זה - שעמד לנגד עיני המחוקק ההיסטורי - מובילה גם היא להרחבת האיסור על תעמולת הבחירות" (פרשת זווילי, 703; וראו והשוו פרשת שמאי פסקה 17 סיפא).

החשש קיים גם במסגרת תשדירי הפרסומת:

"גופים ציבוריים בעלי תקציבי פרסום גדולים יכולים לנסות לרכוש לעצמם חסינות מפני ביקורת תוך כדי שימוש ואיום בשימוש בתקציבי הפרסום... גם אם הדברים לא נאמרים במפורש, תקציב פרסום גדול ושמן במיוחד, מקנה לחברות הענק מידה של חסינות, או לפחות הגנה, מפני פרסומים פוגעים... נטיית הלב הטבעית של חלק מהמפרסמים וחלק מכלי תקשורת מסחרי [היא שהם] אינם מעוניינים להסתכסך עם המפרסמים שהם מקור הפרנסה. זוהי פגיעה של ממש בזרימת המידע ובזכותו של הציבור לדעת... הנה כי כן, השפעת המפרסמים על התוכן של התקשורת... היא בלב-ליבו של הדיון על התקשורת המסחרית, אופיה והסדרתה" (קרניאל דיני התקשורת המסחרית 136-133).

החשש מתעצם כיוון ששידורי הרדיו והטלוויזיה הם אמצעי תקשורת רב

עוצמה:

"מקום שקהל היעד של ההתבטאות הוא הציבור הרחב, אזי האמצעי האפקטיבי ביותר להגשמת חופש הביטוי הוא אמצעי התקשורת, ובמיוחד שידורי הרדיו והטלוויזיה, המגיעים כמעט לכל בית בישראל" (פרשת גוש שלום, 891ג. וראו, ביחס לפרסומת מסחרית, גם בג"ץ 7833/96 מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נב(3) 586, 595ב (1998) (להלן – פרשת מלניק); וכן פרשת נטו 526).

46. החשש עליו הצביעו המשיבים נמצא ברקע הדברים. כאמור, דוקטרינת ההגינות נועדה "לנטרל" חשש זה במסגרת השידורים הרגילים. היא לא נועדה לנטרל חשש זה במסגרת תשדירי הפרסומת. כפי שנפסק בפרשת חינוך לשלום כלל לא ניתן ליישם את דוקטרינת ההגינות במסגרת תשדירי הפרסומת:

"פרסומת מסחרית המגשימה את חופש הביטוי המסחרי כפופה אף היא לכללים המיועדים להבטיח את ההגינות שבפרסומת מהיבטים צרכניים ואחרים... אולם, כפי שכבר צוין, לא ניתן ליישם לגבי פרסומות את דוקטרינת ההגינות שביסוד ההגבלות והתנאים הקבועים בסעיף 4 לחוק רשות השידור ובסעיף 47(א) לחוק הרשות השנייה. כתוצאה מכך, מתעורר קושי רב מקום שבו נעשה שימוש בתשדירי פרסומת לצרכים שאינם מסחריים" (פרשת חינוך לשלום, פסקה 7; ראו והשוו בהקשר של תשדירי שירות ברשות השידור, פרשת האגודה הישראלית למניעת עישון, 166).

מכאן עולה שאלת היחס בין השידורים, הכפופים לדוקטרינת ההגינות, לבין מסגרת תשדירי הפרסומת, בה לא ניתן ליישם את דוקטרינת ההגינות. דעתי היא כי אין זה ראוי לשבש את כוונת המחוקק להחיל את דוקטרינת ההגינות בשידורים על-ידי "פריצת הגדר" באמצעות מסגרת תשדירי הפרסומת (ראו והשוו, פרשת זוילי, 707).

47. מסגרת תשדירי הפרסומת לא נועדה מעצם מהותה וטיבה לשמש במה להשמעת דעות אידיאולוגיות-פוליטיות שנויות במחלוקת, כפי שנפסק בפרשת גוש שלום:

"רשות השידור משמשת, בין יתר תפקידיה, במה להבעת עמדות והשקפות שונות, במסגרת התכניות המשודרות בה והזמן המוקצב להן. הרשות אמונה על הבטחת שידור מהימן, בו יינתן מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור" (סעיף 4 לחוק). עם זאת, ברי כי מסגרת תשדירי הפרסומת לא נועדה מעצם מהותה וטיבה לשמש במה להשמעת דעות אידיאולוגיות-פוליטיות שנויות במחלוקת. השמעת דעות כאלה במסגרת פרסומת בתשלום, מסכלת את השמירה על האיזון בין ההשקפות השונות במסגרת שידורי הרשות" (פרשת גוש שלום 894).

אכן, שידור פרסומת פוליטית במסגרת תשדירי הפרסומת עלול לסכל את השמירה על האיזון בין ההשקפות השונות במסגרת שידורי השידור הציבורי ולחתור תחת דוקטרינת ההגינות בשידורים. הכללים בענייננו נועדו למנוע זאת. גם כאן הולך הטפל (מסגרת תשדירי הפרסומת) אחר העיקר (השידורים).

ההשוואה בין הבמה הציבורית שבכיר העיר בה נוטל אדם ארגז, עומד עליו ומשמיע את דעותיו לבין הפרסומת הפוליטית באמצעי התקשורת אינה מלאה. המבקש להביע את דעותיו בכיר העיר אינו זקוק אלא לרמקול, ואולי לארגז, הניתנים לשימוש שוב ושוב ועלותם נמוכה. גם המקום בכיר העיר רחב הוא ויש, בדרך כלל, מקום לכל המבקש לשאת את דברו. לא כך בשידורים בעניינים פוליטיים במסגרת תשדירי הפרסומת בערוצי התקשורת האלקטרוניים. כאן יש צורך במימון, ובלשון אחרת – אין המדובר, באופן אמיתי, בערוץ הפתוח לכל.

48. לסיכום: התכלית העיקרית של הכללים היא בענייננו להבטיח שידורים הוגנים ומאוזנים. הכללים נועדו למנוע כרסום בתחולתה של דוקטרינת ההגינות בשידורים ו"פריצתה" על ידי העברת מסרים פוליטיים במסגרת תשדירי הפרסומת, מסגרת שבה כפי שצוין בפרשת חינוך לשלום דוקטרינת ההגינות איננה ניתנת ליישום. די בטעם זה

לדעתי כדי לקבוע כי הכללים עומדים בתנאי השלישי של פסקת ההגבלה, תנאי התכלית הראויה.

האמצעי שננקט בכללים בכדי להגשים תכלית זו הוא איסור מלא על העברת מסרים פוליטיים במסגרת תשדירי הפרסומת. נעבור כעת לבחינת מידתיות האמצעי שננקט.

פסקת ההגבלה – תנאי רביעי: מידתיות

49. התנאי הרביעי והאחרון לחוקתיות הפגיעה בזכות אדם המוגנת בחוקי היסוד הוא שהפגיעה הינה "במידה שאינה עולה על הנדרש". תנאי זה מורכב משלושה מבחני-משנה שייבחנו להלן.

לדעתי יש טעם בעמדת המדינה לפיה הזכות לחופש ביטוי אינה מטילה חובה על רשות השידור "לשדר את מסריה הפוליטיים של העותרת, בזמן, במקום ובדרך שבהם חפצה העותרת". וכבר נפסק, כי "חופש הביטוי אינו ערך מוחלט. עצם ההכרה בהתבטאות כחוסה בצלו של חופש הביטוי, אינה מחייבת מתן במה לה בכל מסגרת... לא כל פרט זכאי להגשים את חופש הביטוי שלו באמצעות הרשות, לגבי כל התבטאות, בכל מסגרת ובכל עת שיחפוץ" (פרשת גוש שלום 891). גם העותרת מכירה בכך ש"יש לקבוע מספר כללים, אשר יתירו את פרסומם של עניינים פוליטיים או שנויים במחלוקת, תוך מגבלות מסויימות... לרבות תוכן המסר, הדרך בה יוצג, התדירות בה ישודר, שעות השידור וכדומה". העותרת מכירה אפוא בחשיבותם של כללים מגבילים בתחום זה. מכאן, שהמחלוקת האמיתית היא רק האם הכללים המגבילים הקיימים הם מידתיים או שמא יש מקום לנסח כללים אחרים ומקלים יותר.

א. פסקת ההגבלה – מידתיות: מבחן הקשר הרציונלי

50. מבחן המשנה הראשון למידתיות הפגיעה הוא מבחן הקשר הרציונלי. האמצעי שנבחר צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה. הקשר הרציונלי נבחן על פי 'מבחן התוצאה' (פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל פסקה 58 לפסק דינו של הנשיא ברק), הגם ש"ברבים מהמקרים ניתן לבסס את הקשר הרציונלי על נסיון החיים והשכל הישר. על בסיס אלה ניתן להראות כי החקיקה אינה שרירותית, אלא מבוססת על שיקולים רציונליים" (פרשת עדאלה פסקה 67 לפסק דינו של הנשיא ברק).

בענייננו, האמצעי של איסור מלא על פרסומת פוליטית משיג את התכלית עליה עמדנו לעיל במלואה. המסקנה היא, כי הכללים עומדים במבחן-המשנה הראשון.

ב. פסקת ההגבלה – מידתיות: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

51. מבחן המשנה השני למידתיות הפגיעה הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבין האמצעים העומדים לרשות המחוקק יש לבחור אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. לא נדרש שהאמצעי שנבחר יהיה באופן מוחלט הפוגעני פחות, אלא שיהיה בגדרו של מתחם המידתיות:

”החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות... יש להשוות, איפוא, בין האפשרויות הרציונליות, תוך בחירה של אותה אפשרות, אשר בנסיבות הקונקרטיות, יש בכוחה להשיג את התכליות הראויות תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם” (פרשת עדאלה פסקה 68 לפסק דינו של הנשיא ברק).

בענייננו, יש בכללים שנקבעו משום בחירה באמצעי שפגיעתו פחותה. לא הובא בפנינו אמצעי אחר, פוגעני פחות, שיכול עדיין להגשים באופן אפקטיבי את אותה תכלית. בנסיבות העניין אין תחליף ראוי לאיסור המלא. העותרת הציעה תחליף מסוג של “בדיקה אינדיבידואלית” לכל תשדיר לפי קריטריונים מגבילים פרטניים שייקבעו בחקיקה ראשית או בחקיקת משנה, במקומו של האיסור המלא. כך למשל הציעה לקבוע קריטריונים ביחס למועד שידור הפרסומת, משך זמן שידור הפרסומת, מספר הפעמים בהם תשודר הפרסומת ביממה, מיקום הפרסומת הפוליטית במקבץ הפרסומות וכדומה. שניים הם טעמי לדחיית הצעת העותרת: ראשית, “בדיקה אינדיבידואלית” כזו קיימת כבר כיום בהתאם לפרשנות המחייבת של הכללים כפי שנקבע בפרשת חינוך לשלום. שנית, השאלה אינה אם הכללים שהציעה העותרת פוגעים בחופש הביטוי פחות מהאיסור המלא. השאלה הינה אם ניתן להשיג את אותה תכלית - ובייחוד את דוקטרינת ההגינות - על ידי שימוש באמצעי הפוגע פחות. שהרי, “אם האמצעי שפוגע פחות מגשים פחות מהתכלית הראויה, אין הוא אמצעי שהמחוקק חייב לנקוט בו” (פרשת עדאלה פסקה 88 לפסק דינו של הנשיא ברק). ובענייננו - האם הכללים שהציעה העותרת יגשימו את התכלית עליה עמדנו לעיל באותה מידה כמו האיסור המלא? לדעתי התשובה היא כאמור בשלילה ולכן אין חובה לבחור באמצעי זה (ראו והשוו: שם, פסקה 89 לפסק דינו של הנשיא ברק). הרשות רשאית היתה לדעת לבחור באיסור המלא בו בחרה.

המסקנה היא, כי הכללים עומדים אף במבחן-המשנה השני.

52. כאן המקום לציין, כי לסוגיית המידתיות של איסור מלא על שידור פרסומת פוליטית ניתן לפנות אף למשפט המשווה. באגליה קבוע האיסור המלא בסעיפים 319 ו-321 ל-Communications Act 2003 והוא אוסר על שידור פרסומת פוליטית מחוץ למסגרת שידורי התעמולה (ראו: Ian Walden and John Angel, *Telecommunication* (Law and Regulation 444-447 (2nd Edition, 2005)). בעקבות פסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם ביחס לאיסורים דומים במדינות אחרות (בשוויץ - VgT Verein - Gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR, 2001-VI; ובאירלנד - Murphy v. Ireland, no. 44179/98, ECHR 2003-IX), התעוררה לאחרונה בפרשת Animal Defenders International v. The Secretary of State for Culture, Media and Sport, [2006] EWHC 3069 (Admin) גם שאלת התאמתו של החוק האנגלי לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם (The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms) (להלן – האמנה האירופית). באותה פרשה פסלה רשות התקשורת בבריטניה שידור תשדיר פרסומת של ארגון להגנת בעלי-חיים, היוצא נגד שימוש בקופים למטרות בידור בגני חיות ובקרקסים. ארגון הגנת בעלי החיים עתר נגד ההחלטה בעניין בפני ה-High Court of Justice – Administrative Court. וביקש שבית המשפט יצהיר כי האיסור המלא "אינו תואם" את דרישות האמנה האירופית כפי שנקלטו ב-Human Rights Act 1998 בבריטניה. בית המשפט בחן האם האיסור המלא עומד בפסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 10(2) לאמנה האירופית. סעיף זה מתיר לפגוע בחופש הביטוי בשלושה תנאים מצטברים – האיסור קבוע בחוק; האיסור חיוני בחברה דמוקרטית; למען אינטרסים של בטחון לאומי או שלום הציבור (ישנן חלופות של אינטרסים נוספים שאינן רלוונטיות לעניין זה). המחלוקת בבית המשפט נסובה על השאלה, האם האיסור המלא "חיוני בחברה דמוקרטית". בית המשפט קבע כי תנאי זה מתקיים והכריע כי אין להצהיר כי האיסור המלא אינו תואם את האמנה האירופית. חלק מן הרציונלים עליהם עמדתי לעיל נזכרים, ובהרחבה, כבסיס להחלטת בית המשפט שם.

Lord Justice Auld קבע כי יש הצדקה בהקשר זה לאיסור מלא כיוון שאיסור

בדרגה פחותה ממנו ישים לאל את תכלית ההגנה על התהליך הדמוקרטי:

“79. [...] To have attempted to limit the prohibition by a more restricted and more precise definition of such bodies or ends would have defeated the overriding

objective of preventing the distortion of political debate, which takes many forms and embraces a vast range of matters of public importance and interest. Moreover, it would have engendered much uncertainty and scope for litigation, and would have invited evasion by political parties thus disadvantaged to “contract” out their political advertising to other bodies or individuals”.

Mr. Justice Ouseley קבע כי תכלית האיסור המלא (complete ban) היא לתמוך

בהליך הדמוקרטי במובן הרחב:

“108. The justification for the view embodied in the legislation is clearly made out. Does it however demonstrate a pressing social need, to a high level, for this legislation?

109. I take the view that it does. As I have said, at root the prohibition in s321 is aimed at supporting the democratic process in a wide sense, supporting a fair framework for political and public debate and avoiding an undesirable advantage being obtained by those able and willing to pay for advertisements in the most potent and pervasive media. The prohibition thus achieves a very important aim for a democracy”.

Mr. Justice Ouseley הוסיף כי איסור בדרגה פחותה, המגביל פרסומות

פוליטיות על פי קריטריונים מסויימים, לא ישיג את התכלית נוכח הקושי בהבחנה מדוייקת בין מפלגות, קבוצות וסוגי פרסומות:

“103. [...] It is also difficult to see what principle underlies an outcome permitting access only to those who have enough to advertise, but not so much as to be over wealthy. I cannot see why under Article 10 those who have money should be denied access to the media accessed by their opponents- poorer but not so poor as to be unable to afford access.

...

104. It is clear that part of the justification for the complete ban is the real difficulty of drawing any rational, practicable distinctions between parties, groups and types of advertisements.

...

110. No lesser degree of restriction adequately achieves that aim, by time or group. The democratic process is not confined to election time but extends to all those decisions which Government or the legislature may have to make between times. The existence of parties and groups which would have sought to influence debate through their economic power and willingness to spend money on broadcast advertising is quite clear. The potentially malign

effect of over-mighty groups spending in a way which alters the terms of public debate, or of policies, or which alters the votes of legislators and influences electoral outcomes to the disadvantage of those less well-endowed or well-organised is obvious, and at work not only at election times. The power of the broadcast media, pervasive and potent, in that respect is not readily deniable.

111. For the reasons which I have already given, no sound or practicable distinction can be drawn between political parties or groups and social advocacy groups, or between groups by reference to their individual wealth or worth”.

עוד הדגיש כי חשיבותו של שידור נטול פניות אינה שנויה במחלוקת וסיכום :

“125. In summary, the necessity for restrictions on political/social advocacy broadcast advertising outside elections periods has been convincingly shown. It is necessary to protect the rights of others through preventing undue access to the broadcast media based on willingness and ability to pay. At root it supports the soundness of the framework for democratic public debate. The broadcast media remain pervasive and potent throughout the period between elections. The suggested distinction between political parties or groupings and social advocacy groups does not reflect the true political impact of all such advertising. The completeness of the prohibition avoids arbitrary and anomalous distinctions in practice”.

בית הלורדים, בהרכב של חמישה שופטים, דחה ביום 12.3.2008 פה אחד את הערעור שהוגש על פסק הדין (R (on the application of Animal Defenders International) v Secretary of State for Culture, Media and Sport, [2008] 3 All ER 193). הלורד בינגהם (Lord Bingham of Cornhill), שכתב את פסק הדין העיקרי, אימץ את עיקר נימוקי השופטים Auld ו-Ouseley. בחרתי להביא מדברי הברונית הייל (Baroness Hale of Richmond) כמה דברים היפים לטעמי גם לענייננו.

הברונית הייל עמדה על כך שברקע ההכרעה קיים החשש מכוחו הרב של הפרסום בטלוויזיה וברדיו בעיצוב דעת הקהל :

“My Lords, there was an elephant in the committee room, always there but never mentioned, when we heard this case. It was the dominance of advertising, not only in elections but also in the formation of political opinion, in the United States of America. Enormous sums are spent, and therefore have to be raised, at election times”.

לדבריה הדמוקרטיה מבוססת על שוויון בכוח ההצבעה. אין לאפשר לדעות שנתמכות בתקציב רב יותר לרמוס דעות אחרות רק בגלל פערים מימוניים. האיסור המלא מבטא אפוא איזון ראוי בין הזכות חופש הביטוי לבין עקרון השוויון בבחירות:

“[48] In the United Kingdom, and elsewhere in Europe, we do not want our government or its policies to be decided by the highest spenders. Our democracy is based upon more than one person one vote. It is based on the view that each person has equal value. 'Within the sphere of democratic politics, we confront each other as moral equals' (see Ackerman and Ayres Voting with Dollars (2003) p 12). We want everyone to be able to make up their own minds on the important issues of the day. For this we need the free exchange of information and ideas. We have to accept that some people have greater resources than others with which to put their views across. But we want to avoid the grosser distortions which unrestricted access to the broadcast media will bring.

[49] So this case is not just about permissible restrictions on freedom of expression. It is about striking the right balance between the two most important components of a democracy: freedom of expression and voter equality...

[51] For all the reasons which my noble and learned friend, Lord Bingham of Cornhill, has so eloquently and comprehensively given, I agree that the ban as it operates in this case is not incompatible with the appellants' convention rights”.

לסיכום הבהירה כי המבקש לפרסם פרסומת פוליטית רשאי להתבטא באמצעי תקשורת אחרים, שסכנת השפעתם להטיית דעת הקהל נמוכה יותר. אין מקום לקבוע לאיסור המלא חריגים שאינם ניתנים ליישום מעשי:

“It is a balanced and proportionate response to the problem: they can seek to put their case across in any other way, but not the one which so greatly risks distorting the public debate in favour of the rich. There has to be the same rule for the same kind of advertising, whatever the cause for which it campaigns and whatever the resources of the campaigners. We must not distinguish between causes of which we approve and causes of which we disapprove. Nor in practice can we distinguish between small organisations which have to fight for every penny and rich ones with access to massive sums. Capping or rationing will not work, for the reasons Lord Bingham gives”.

דילמות דומות מתעוררות איפוא באשר לפרסומת פוליטית במסגרת השידור הציבורי גם באנגליה. הרציונלים להצדקת האיסור המלא עליהם עמדתי לעיל הם דומים, וכפי שהראיתי, הדיון בסוגיה מלווה גם באנגליה בבחינת המידתיות של איסור מלא כמו גם בליבון החשש מפני ניצול לרעה של השידור הציבורי.

53. נראה כי גם בפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם חלה התפתחות.

בפרשת VgT Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR, 2001-VI עמדה לדיון בקשה של אגודה שוויצרית להגנת בעלי חיים לפרסם בטלוויזיה השוויצרית תגובה לפרסומת של משווקי בשר, ובה בין השאר, התנגדות לאופן גידולם של חזירים. החוק בשוויץ אוסר שידור פרסומת פוליטית ודתית. על סמך החוק, פסלה חברת טלוויזיה פרטית את שידור הפרסומת. הענין התגלגל לפתחו של בית הדין האירופי לזכויות האדם. בית הדין קבע כי קיימת פגיעה בזכותה של האגודה לחופש הביטוי, ובחן אם התקיימו תנאי פיסקת ההגבלה באמנה האירופית. בית הדין קבע שהפגיעה היא לפי חוק ונעשתה לתכלית ראויה – מתן הזדמנות שווה לגיבוש במה ציבורית ללא השפעה של גורמים בעלי הון (פסקה 73 לפסק הדין). עם זאת נקבע כי האיסור הוא בלתי מידתי, וכשמדובר בביטוי "פוליטי" – וכך נתפסה הפרסומת שביקשו לשררה – מרחב התימרון שנתון למדינה קטן יותר.

ואולם, כשנתיים לאחר מכן נתן בית הדין את פסק הדין בענין Murphy v. Ireland, no. 44179/98, ECHR 2003-IX, שעניינו סירוב הטלוויזיה באירלנד לשרר פרסומת בעלת תוכן דתי העלול לפגוע ברגשות הציבור. גם כאן נקבע כי היתה פגיעה בחופש הביטוי המוגן על ידי האמנה האירופית, אך בית הדין הכשיר זו הפעם את הסירוב לשידור הפרסומת כעומד בתנאי פסיקת ההגבלה באמנה האירופית, והכל תוך אבחון בין הפרסום ה"פוליטי" שנדון בפרשת VgT לבין פרסום "דתי". נקבע כי מרחב התימרון במקרה של פרסום "דתי" רחב יותר. בית הדין ציין בפסק הדין כי הפרסום אינו כפוף לכללי השוויון (מסוגה של דוקטרינת ההגינות החלים על שידורים), והעובדה שזמן השידור נקנה בכסף פועלת באופן בלתי מאוזן לטובת קבוצות דתיות בעלות משאבים. לענין זה קבע בית המשפט, בדומה להלכה שנקבעה אצלנו בפרשת חינוך לשלום, כי קיימים קשיים מעשיים ליישום באופן הוגן ושוויוני של מיני קריטריונים והבחנות הנעשות בכל מקרה ומקרה, ועדיף למנוע פרסום כזה באופן מלא:

"77. In the first place, the Court would accept that a provision allowing one religion, and not another, to advertise would be difficult to justify and that a

provision which allowed the filtering by the State or any organ designated by it, on a case by case basis, of unacceptable or excessive religious advertising would be difficult to apply fairly, objectively and coherently (the above-cited case of United Christian Broadcasters Ltd v. the United Kingdom). There is, in this context, some force in the Government's argument that the exclusion of all religious groupings from broadcasting advertisements generates less discomfort than any filtering of the amount and content of such expression by such groupings.

...

78. Secondly, the Court considers it reasonable for the State to consider it likely that even a limited freedom to advertise would benefit a dominant religion more than those religions with significantly less adherents and resources. Such a result would jar with the objective of promoting neutrality in broadcasting and, in particular, of ensuring a "level playing field" for all religions in the medium considered to have the most powerful impact".

54. נראה לי כי ההסדר בעניין פרסומת פוליטית בישראל אינו חריג בהשוואה להסדרים אחרים באירופה. גם שם התקשו למצוא חלופה לאיסור המלא. הרציונלים שפורטו שם להצדקת האיסור המלא, כאמצעי שפגיעתו פחותה, דומים לאלה עליהם עמדתי לעיל. אני סבורה, כאמור, שהאיזון שנמצא במסגרת ההסדר החקיקתי בישראל עובר את מבחן המשנה השני והוא האמצעי שפגיעתו פחותה. נעבור כעת למבחן המשנה השלישי והאחרון.

ג. פסקת ההגבלה – מידתיות: מבחן המידתיות "במובן הצר"

55. מבחן המשנה השלישי הוא מבחן המידתיות "במובן הצר". "בעוד שמבחן הקשר הרציונלי ומבחן הפגיעה הפחותה נקבעים בעיקרו של דבר, על רקע התכלית הראויה, ונגזרים מהצורך להגשימה, מבחן המידתיות (במובן הצר) בוחן אם הגשמתה של תכלית ראויה זו שקול כנגד הפגיעה בזכות האדם" (פרשת עדאלה פסקה 75 לפסק דינו של הנשיא ברק; ראו גם פרשת בנק המזרחי פסקה 23).

מבחן המשנה השלישי הוא "מבחן ערכי" (פרשת עדאלה, פסקה 75 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; כן ראו פסקה 107 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין). זהו "מבחן של איזון" בין ערכים ואינטרסים מתנגשים על פי משקלם (שם, פסקה 74 לפסק דינו של הנשיא ברק). הוא נותן ביטוי לעקרון הסבירות (פרשת לוי, T890; ראו גם פרשת חורב, 43). בסופו של דבר, מבחן המשנה השלישי דורש איזון סביר בין צרכי הכלל לבין הפגיעה בפרט:

"על פי [מבחן המשנה השלישי] החלטה של הרשות השלטונית צריכה לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט. מטרת הבדיקה לבחון אם חומרת הפגיעה בפרט והטעמים המצדיקים אותה הם ביחס ראוי זה לזה" (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 850 (2004)).

נדרש אפוא איזון ערכי של "יחס סביר בין הפגיעה... לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה" (פרשת מנחם, 279; וראו גם פרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, פסקה 60 לפסק דינו של הנשיא ברק; פרשת המועצה האזורית חוף עזה, 550). "איזון ערכי זה... אינו חדש עימנו. הוא מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון מאז קום המדינה" (פרשת עדאלה, פסקה 74 לפסק דינו של הנשיא ברק; ראו גם ברק שופט בחברה דמוקרטית 270-274; ספיר ישן מול חדש 480-478, 487; בירנהק הנדסה חוקתית 627, 630). האיזון הערכי הוא אפוא חוט השני המחבר בין פסיקותיו של בית משפט זה גם בעניין חופש הביטוי (ברק המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה, 226; זלצברגר מסורת חופש הביטוי בישראל 62-47, 67-69; וראו, בין היתר, את דרכי האיזון הערכי בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 892 (1953); פרשת מילר, 138; פרשת חורב, 43; בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 263 (2003); פרשת סולודקין, 612; פרשת לוי, 889; פרשת משי זהב, פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 5277/07 מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים, פסקה 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (לא פורסם, 20.6.2007)).

56. בענייננו מתקיים גם מבחן המשנה השלישי, בהתקיים איזון סביר בין הפגיעה בפרט לבין היתרון החברתי הצומח מן הפגיעה. עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי של העותרת אינה חמורה והיא סבירה ביחס לתועלת הצומחת לציבור מקיומה של דוקטרינת ההגינות. התועלת הצומחת מקיום דוקטרינת ההגינות היא רבה. על חשיבותם של הערכים והאינטרסים שהכללים נועדו להגשים עמדנו לעיל. לעומת זאת, הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי של העותרת אינה רבה. אכן, במסגרת האיזון הערכי יש להתחשב גם בעוצמת הפגיעה בזכות (פרשת עדאלה, פסקה 65 לפסק דינו של הנשיא ברק). לעותרת ישנן חלופות רבות לפרסום הביטוי הפוליטי במסגרות המתאימות לביטוי הפוליטי הן בשידורים עצמם, כמו בשידורי החדשות או במשדרים הפוליטיים אותן משדרות רשות השידור והרשות השניה מכוח תפקידן ובכפוף לדוקטרינת ההגינות (ראו פרשת זקין, 303), והן במסגרות אחרות לפרסום, כמו בעיתונות הכתובה והאלקטרונית. בנסיבות אלה אין לשיקול של פגיעה בזכות החוקתית משקל כבד (ראו והשוו: פרשת תרמוקיר, 414). הפגיעה חלה באופן שוויוני על כל בעלי הדיעה

המבקשים להתבטא במסגרת תשדירי הפרסומת. גם בנתון זה יש כדי להשליך על מידתיות הכללים (ראו והשוו: בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 - שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא ברק (מיום 4.4.2005)). בבחינת "האפקט" שיש לכללים על זכות האדם החוקתית לא ניתן לומר כי השימוש באמצעי החקיקתי גורם לפגיעה חמורה בזכות האדם, ואילו התועלת הצפויה ממנו לציבור היא מזערית (ראו והשוו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (1997)). מתקיים, למצער, איזון סביר בין התועלת שהכללים מביאים לבין הנזק שנגרם בעטיים.

57. איני מקבלת את גישת העותרת לפיה ביטול הכללים יאפשר לבעל דיעה פוליטית, שדעתו לא זכתה לחשיפה מספקת בשידורים הרגילים, לתת ביטוי לדעותיו במסגרת תשדירי הפרסומת. העותרת טענה שאחרת תיחסם דרכו של בעל דיעה כזו לציבור ונגזרת עליו שתיקה. שניים הם טעמי לדחיית גישה זו: ראשית, בידי בעל הדיעה עומדות כאמור חלופות רבות נוספות להבעת דעותיו, מחוץ למסגרת השידורים של רשות השידור והרשות השניה ומכאן שלא נגזרת עליו שתיקה. לעניין זה אין להקל ראש בחשיבותו והשפעתו הגוברת והולכת של האינטרנט, המשמש מעין "כיכר עיר" מודרנית שגודלה כגודל הארץ כולה (ראו פסח משאבי ביטוי 307, 315-312; וכמו כן Laura Stein, *Speech Rights in America: The First Amendment, Democracy and the Media*, 112-81 (2006)).

שנית, גם בתוך מסגרת השידורים של רשות השידור והרשות השניה לא נגזרת על בעל הדיעה הפוליטת שתיקה, שכן השידורים הרגילים כפופים כאמור לדוקטרינת ההגינות. על בעל הדיעה לפנות, אם רצונו בכך, לרשות בעניין זה בליווי נתונים מתאימים שיבססו טיעון זה (ראו פרשת כהנא; פרשת גוש שלום, 894).

58. המסקנה היא כי הכללים עומדים גם במבחן-המשנה השלישי, והם מגלמים איזון ראוי וסביר בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים שעל רשות השידור ועל הרשות השניה להגן עליהם בתפקידן כערוץ שידור ציבורי (ראו גם פרשת גוש שלום, 892).

59. בתום בחינת המידתיות יוער, כי מידתיות הכללים מקבלת משנה תוקף לאור פרשנות הכללים בפרשת חינוך לשלום, המתירה לשדר פרסומת פוליטית ובלבד שתמקד במסר עובדתי בלבד (וראו גם בג"ץ 1893/92 רשף נ' רשות השידור, פ"ד מו(4) 816, 820 (1992)). אמנם באותה פרשה דן בית המשפט כאמור בשאלת יישומם של הכללים ולא נזקק לשאלת חוקתיותם שכן נקודת המוצא היתה כי הכללים הם חוקתיים

(ראו שם פסקה 8). יחד עם זאת, יש בכוחה של הפרשנות המחייבת שניתנה שם לכללים כדי לחזק את חוקתיות הכללים. כידוע, "בדרך כלל עדיף לפרש ולא לבטל" (פרשת זקין 1299).

כפי שציינתי, בעקבות פרשת חינוך לשלום הגיעו העותרת ורשות השידור ביניהן להסכמה לגבי נוסח של תשדירים שיעמוד בתנאי ההלכה. מכאן, שהעותרת רשאית היתה לפרסם תשדיר לפי הכללים הקיימים, באופן התואם את ההלכה, ויש בכך כדי להוות אינדיקציה נוספת למידתיות ההסדר הקיים כפי שפורש בהלכת חינוך לשלום. פתרון מעשי זה פתוח, באופן שוויוני, גם בפני בעלי הדיעה החריגה (ראו והשוו פרשת כהנא).

60. אשר על כן, הכללים מקיימים לדעתי את תנאי פסקת ההגבלה. הם אינם מעוררים אפוא "בעיה חוקתית". לפיכך, לא נדרש בענייננו כל סעד או תרופה חוקתית.

סוף דבר

61. סיכומו של דבר: מקובל עלי כי כללי רשות השידור וכללי הרשות השניה פוגעים בחופש הביטוי הפוליטי של העותרת. הפגיעה היא אמנם בזכות חוקתית. אך אין בפגיעה זו כדי להביא לאי-חוקתיותם של הכללים. זאת משום שהם עומדים בתנאיה של פסקת ההגבלה. ההסדר שנקבע בחקיקה הראשית ובכללים הוא הסדר לתכלית ראויה - הבטחת שידורים הוגנים ומאוזנים בהתאם לדוקטרינת ההגינות. הפגיעה בחופש הביטוי היא במידה שאינה עולה על הנדרש. נמצא, כי דין טענתה החוקתית של העותרת להידחות. כללי רשות השידור וכללי הרשות השניה "צלחו" את הבחינה החוקתית ואין יסוד להתערבותנו בהם.

אם תישמע דעתי, נדחה את העתירה ללא צו להוצאות.

ש ו פ ת

השופט א' א' לוי:

1. אני מסכים לתוצאה אליה הגיעה חברתי, השופטת מ' נאור, אך ביסוד השקפתי עומד טעם נוסף ואעמוד עליו בקצרה. כשלעצמי, איני משוכנע כי עקרון ההגינות לבדו הוא המצוי בשורש העניין. אכן, אין להקל ראש בחשיבותו של השוויון המהותי בין

הנוגעים בדבר, ובלשונו של השופט י' זמיר – "שוויון הסיכויים" להביא את דברם בפני הציבור במטרה להשפיע על עמדתו (בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67 (1996)). ביטוי לעקרון זה ניתן בשורה של דברי חקיקה כחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, חוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973 וחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959, כמו גם בפסיקותיו של בית-משפט זה.

ואף ביודענו, כי המים הרבים אשר זרמו בנהר העסקנות הפוליטית בישראל מראשיתה, העמידו לא אחת בספק את דבר קיומו הממשי של שוויון כזה – עד כי לא אחת נדמה, וכבר היו דברים מעולם, כי מי שהפרוטה מצויה בכיסו מצא דרכו, חרף המגבלות שבדין, לתרגם את הדבר ליתרון במאבק על דעת הקהל, הרי שבחשיבות הקצאתו של המשאב הציבורי באורח שוויוני ככל האפשר לא ניתן להפריז.

2. אלא שלהשקפתי, עקרון השוויון ניתן להגשמה בדרך שפגיעתה בזכות לחופש הביטוי פחותה. על הדעת עולים אמצעים אחדים, זולת איסורם המוחלט של שידורי פרסומת בעלי תכנים פוליטיים, אשר יביאו להקצאתו של המשאב התקשורתי באופן שיקדם את השוויון בין המבקשים לעשות בו שימוש. אם דבר זה לא נעשה, אין זאת אלא שאת הסיבה לאיסור יש לחפש במקום אחר. דעתי היא, כי הטעם העקרוני, העומד ביסוד ההסתייגות משידורם של תשדירים פוליטיים, נוגע לאינטרס הציבורי שבשמירתם, ולמצער במניעת הידרדרותם הנוספת, של מאפייני השיח הפוליטי בישראל.

3. פתיחתו של תחום הפרסומת לתכנים פוליטיים תשנה עמוקות את מאפייני השיח המוכרים לנו. בפרט מוטריד אני מן היסוד האינדוקטרינרי העלול להתלוות למדיה הפרסומית. שיווקן של השקפות אידיאולוגיות משל היו הן נקניקיות על מדף המרכול, כשמספר הפעמים בהן מושמע במחזוריות הזמריר (ג'ינגל) המדבר בשבחן ישפיע על מידת הנכונות לאמצן, טומנת בחובה סכנה מהותית לאיכותו של השיח הפוליטי בישראל, שגם כך אינו נטול פגמים. אפשר, שבמקרה הפרטני שבפנינו אין לדבר ביטוי קיצוני, אולם נקל לשער עד כמה חלקלק הוא המדרון ומה מהר עלולים אנו למצוא עצמנו בתחתיתו. ואם נגזר עלינו להשלים עם תופעה דומה ערב מערכות בחירות, אין זאת אלא מכוחה של הוראת חוק מפורשת, שאף היא ביקשה לתחום באורח ברור את פרק הזמן בו מותרים הדברים, וזאת עשתה על יסוד תכלית אשר אינה מתקיימת דבר יום ביומו, והכוונה היא לצורך להשפיע על ציבור הבוחרים קודם לכתו לקלפי.

יטען הטוען, כי רגולציה שתגביל את תוכן התשדירים או את רוחם תוכל לסייע בצמצומו של קושי זה. איני סבור כך. לא זו בלבד שיישומן של מגבלות כאלו ממילא לא יניח את דעתם של החרדים לחופש הביטוי ולחופש ההתארגנות הפוליטית, אלא – וזה העיקר – שאינטרסים מסחריים, אשר לרוב ידם על העליונה, הם שיכתיבו לדעתי בסופו של יום את התוצאה הרגולטורית. בצדק קבעה חברתי, השופטת נאור, כי יסודם של תשדירי הפרסום הוא בצורך באיתורם של מקורות מימון לפעולתם של הגורמים המשדירים. חד הוא, לטעמי, אם הגורם המפרסם יחוב בתשלום, או אם משעה שיינתן לו לפרסם מרכולתו חינם אין כסף, יבוא הדבר על חשבון הזמן המוקדש לתשדירים המסחריים שבתשלום. דוגמה חיה לדברים מספקת תרעומתם החוזרת ונשנית של זכייני השידור המסחרי, כל אימת שתקופת בחירות עומדת בפתח, או-אז נדרשים הם לסור למצוותו של חוק הבחירות (דרכי תעמולה), ולשדר תעמולת בחירות על חשבון שידוריהם.

4. את כלליהן של רשויות השידור הנוגעות בדבר הייתי מציע, אפוא, לפרש בראש ובראשונה על יסודה של תכלית זו, המבקשת לחצוץ בין הביטוי הפוליטי לבין המרכיב המסחרי. אופן ניתוח זה מאפשר ליישב בין התכלית והאמצעי שננקט בהגשמתה, לבין תנאיה של "פסקת ההגבלה" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא האמצעי המתאים לבחינתה של כל פעולה שלטונית הפוגעת בזכות או באינטרס מוגן של הפרט – בין אם אותה בחינה שואבת מהוראות המשפט החוקתי ובין אם היא מבוססת על כללי המשפט המנהלי (בג"ץ 8035/07 אליהו נ' ממשלת ישראל, בפסקה הששית (טרם פורסם, 21.5.08), וההפניות שם).

5. מאליו מובן, כי קודם שהוכחה פגיעה כזו אין טעם, וממילא אין כל תועלת, בפנייה לאותם מבחנים. אולם, למסקנתה של חברתי, השופטת פרוקצ'יה, לא אוכל להצטרף, באשר סבורני כי במקרה שבפנינו, הגבלת גישתה של העותרת לאמצעי ביטוי כה מרכזי, המציע חשיפה לקהל רחב וממקד אליו תשומת לב ציבורית ניכרת, ואפילו עצם התנייה בתשלום, פוגעות בחופש הביטוי שלה. להשקפתי, משוכה זו של הוכחת הפגיעה עלה בידי העותרת לצלוח, ואולם את יתרת המשוכות היא תתקשה להסיר מעל הדרך. שלא כחברתי, הנשיאה, אני סבור כי לשון ההסמכה שבחוק היא ברורה ומפורשת דיה כדי לאפשר למחוקק המשנה לעגן את אותה פגיעה בתקנות. לכל ברור, כי דברי החקיקה בהם אנו עוסקים, בדברם בפרסומת באמצעי התקשורת, נוגעים ישירות לחופש הביטוי, ומשכך, דומני כי גם ההסמכה שבהם להטלת מגבלות על אותם תשדירים היא הסמכה מפורשת לפגיעה בחופש הביטוי, וזאת על אף שאין החוקים נוקבים באמות

המידה להתקנתן של אותן מגבלות. להשקפתי, כוונת החקיקה בענין זה נהירה דיה. אם ראוי הדבר אם לאו, ענין הוא למרכיביה הנוספים של הבחינה השיפוטית, לאמור לשאלת נאותותה של התכלית ומידתם הראויה של האמצעים המשמשים בהשגתה. כפי שהסברתי לעיל, כמו גם בהינתן הדעת על כך שהשימוש בדרך הביטוי הנדונה טרם הכה שורשים ועל כך ששידורי הטלוויזיה ממילא מספקים במה רחבה לביטוי פוליטי, סבורני כי יסודות התכלית הראויה והמידתיות מתקיימים באיסור על פרסומת פוליטית.

6. מטעמים אלה, אני מסכים כי דין העתירה להידחות.

ש ו פ ט

הנשיאה ד' ביניש:

קראתי את חוות-דעתה של חברתי השופטת מ' נאור ומסכימה אני לחלקים ניכרים בה, אך אינני רואה כי יש בידי לצעוד עימה לאורך המסלול כולו עד לתוצאה הסופית.

אף אני כחברתי סבורה שהאיסור על שידור פרסומות בנושאים פוליטיים, הקבוע בסעיף 7(2) לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993 (להלן: כללי רשות השידור) וכן בסעיף 5 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי הרדיו), התשנ"ט-1999 ובסעיף 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994 (להלן ביחד: כללי הרשות השנייה), פוגע בחופש הביטוי הפוליטי המהווה חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. עוד מסכימה אני כי על הפגיעה האמורה להיבחן במשקפיה של פיסקת ההגבלה. בהתאם לתנאי הראשון של פיסקת ההגבלה, על הפגיעה להיעשות "...בחוק...או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". לשיטתה של השופטת נאור, תנאי זה התקיים בנסיבות העניין שלפנינו, מטעמים שפורטו בחוות-דעתה. בעניין זה, דעתי שונה מדעת חברתי. לגישתי, בדומה לכל תנאיה המהותיים של פיסקת ההגבלה, יש לפרש את הדרישה ל"הסמכה מפורשת" בחוק בהתאם למכלול נסיבות העניין ובהן טיב הזכות הנפגעת, הטעמים המונחים בבסיסה ועוצמת הפגיעה בה. בהתחשב בכך שהאיסור על תשדירי פרסומת בנושאים פוליטיים הינו איסור מוחלט הפוגע באופן משמעותי, ואף רציני, בחופש הביטוי הפוליטי הזוכה למעמד מרכזי בשיטתנו המשפטית, דעתי היא כי אין בסעיפי ההסמכה הכלליים הקבועים בחקיקה הקיימת, משום "הסמכה מפורשת" בחוק לקביעת איסור כאמור בחקיקת-משנה. בהתחשב בכך, לשיטתי, הכללים הנדונים

בעתירה שלפנינו הותקנו ללא הסמכה מתאימה בחוק, ומטעם זה דין העתירה להתקבל. בהקשר זה ראוי להדגיש כי אין בקבלת העתירה בשל הפגם האמור משום הבעת עמדה בשאלה האם איסור מוחלט על שידור פרסומות פוליטיות הינו ראוי ומידתי. לגישתי, שאלת התכלית הראויה והמידתיות אינה מתעוררת בנסיבות העניין שלפנינו, וזאת כאמור בשל אי מילוי התנאי שעניינו "הסמכה מפורשת" בחוק לפגיעה בזכות הנדונה.

להלן אעמוד ביתר הרחבה על הטעמים שהביאוני למסקנה כי דין העתירה להתקבל. בפתח הדברים, ובטרם אתייחס לאיסור הנדון לפנינו, אעמוד על סמכותן הסטטוטורית של רשות השידור והרשות השנייה לשידור פרסומות בטלוויזיה וברדיו. כפי שיובהר להלן, סמכות זו לשידור פרסומות תמורת תשלום, אינה מוגבלת לפרסומות שמהותן מסחרית והיא חלה במישור העקרוני גם על פרסומות שתכליתן לנקוט עמדה בנושאים פוליטיים ואידיאולוגיים השנויים במחלוקת בציבור.

ההסמכה בחוק לשידור פרסומות תמורת תשלום

1. רשות השידור והרשות השנייה הינן תאגידים סטטוטוריים שהוקמו לפי חוק, ומכוחו הן מוסמכות לשדר את שידוריהן. סעיף 25א(א)(1) לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק רשות השידור) מסמיך את רשות השידור לשדר תשדירי פרסומת ברדיו בזו הלשון:

25א. פרסומות והודעות ברדיו
(א) הרשות רשאית לשדר ברדיו תשדירי פרסומת והודעות תמורת תשלום (להלן- תשדירי פרסומת והודעות), וכן להזמין, להכין או להפיקם בעצמה או באמצעות אדם אחר, אחד או יותר, שייקבע בדרך של מכרז.

יוער כי בחוק רשות השידור אין הוראה המסמיכה את רשות השידור לשדר פרסומות בטלוויזיה, ולפיכך סמכותה לשידור פרסומות מתייחסת לשידורי הרדיו בלבד (ראו: בג"ץ 1858/96 אסם השקעות בע"מ נ' רשות השידור (לא פורסם, 21.10.1999), פס' 6 לפסק-דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן).

אשר לרשות השנייה- סעיף 81 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השנייה) קובע כי בעל זיכיון רשאי לכלול במסגרת שידורי תשדירי פרסומת. הסמכה זו נוגעת לשידורים ברדיו ובטלוויזיה גם יחד (ראו הגדרת "שידורים" בסעיף 1 לחוק). וזהו נוסחו של סעיף 81 לחוק הנ"ל:

81. תשדירי פרסומת
 (א) בעל זיכיון רשאי לכלול במסגרת שידוריו תשדירי
 פרסומת תמורת תשלום בשיעור שהוא יקבע.

מהי משמעותו של המונח "פרסומת" בסעיף 25א(א)(1) לחוק רשות השידור
 ובסעיף 81(א) לחוק הרשות השנייה? אילו סוגי פרסומות נכללים במסגרת ההסמכה
 העקרונית להעברת "תשדירי פרסומת" ברדיו ובטלוויזיה?

חוק רשות השידור אינו קובע הגדרה סטטוטורית למונח "תשדירי פרסומת".
 עם זאת, סעיף 1 לכללי רשות השידור קובע כי לצורך הכללים האמורים, "פרסומת"
 משמעותה "תשדיר פרסומת, תשדיר חסות או הודעה, המשודרים ברדיו תמורת תשלום
 לרשות". "הודעה" מוגדרת באותו סעיף כ"מסירת ידיעה לציבור". אשר לחוק הרשות
 השנייה- סעיף 1 לחוק שכותרתו "הגדרות", קובע כי "תשדיר פרסומת" הינו "שידור
 פרסומת מסחרית כמשמעותו בפרק ו' (ההדגשה אינה במקור-ד.ב). יצוין כי פרק ו'
 לחוק הרשות השנייה כותרתו "פרסומת", והוא נפתח בסעיף 81 הנ"ל המסמיך בעלי
 זיכיון לכלול במסגרת שידוריהם "תשדירי פרסומת".

ככלל, המונח "פרסומת" הינו בעל משמעויות שונות בהקשרים שונים.
 משמעות המונח "פרסומת" בסעיפי ההסמכה הקבועים בחוק רשות השידור ובחוק
 הרשות השנייה, אינה בהכרח זהה למשמעותו של אותו מונח בהקשר אחר (ראו והשוו:
 דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 300
 ואילך). על-פני הדברים, המונחים "תשדירי פרסומת" וכן "פרסומת מסחרית" בסעיף
 25א(א)(1) לחוק רשות השידור ובסעיף 81(א) לחוק הרשות השנייה, עשויים לשאת
 יותר ממשמעות אחת מבחינה לשונית והפירוש הוא תלוי הקשר. לפי משמעות אחת,
 "פרסומת" הינה עשיית פרסום תמורת תשלום. מזמין הפרסומת משלם עבור הפרסום
 ברבים, וזוכה באפשרות להשפיע על קביעת נוסח הפרסומת, תוכנה ותדירות פרסומה
 ברבים, בכפוף למגבלות הקבועות בדין. לפי משמעות זו, ההסמכה הסטטוטורית
 לתשדירי פרסומת ברדיו ובטלוויזיה מתייחסת להתרת האמצעי המסחרי של פרסום
 תמורת תשלום, בלא שיש בהסמכה עקרונית זו כדי להגביל מראש את התוכן, המסר או
 המטרה של הפרסום. הנה כי כן, לפי המשמעות האמורה, ה"פרסומת" אותה מוסמכות
 לשדר רשות השידור והרשות השנייה אינה חייבת להיות פרסומת שאופייה ותכליתה
 מסחריים והיא יכולה להיות מיועדת להעברת מסרים אחרים - לרבות מסרים פוליטיים
 או אידיאולוגיים - ובלבד שהאמצעי להעברת המסר הינו מסחרי-מימוני. בהתאם

למשמעות זו, לשם הטלת מגבלות על המסר, התוכן והאופי של תשדירי הפרסומת יש צורך בהוראות-דין נפרדות.

המשמעות האחרת של המונח "פרסומת" הינה עשיית פומבי למוצר או לשירות מסוימים, במטרה מסחרית של שיווק וקידום מכירתם ברבים. לפי משמעות זו, ההסמכה לשידורי פרסומת משמעותה אינה רק כי האמצעי לפרסום הוא מסחרי, אלא גם שהתוכן, האופי והמטרה של הפרסום הינם מסחריים. לשון אחר; לפי המשמעות האמורה, ה"פרסומת" אותה מוסמכות לשדר רשות השידור והרשות השנייה הינה פרסומת שמאפייניה מסחריים ושתכליתה לקדם מכירות של מוצר או יצרן מסוימים (ראו והשוו: דברי השופט מ' אלון בבג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מא(4) 337, 389 (1987)).

דומה כי המשמעות השנייה היא המשמעות הרווחת והרגילה של המונח "פרסומת" (ראו: דברי השופטת א' חיות בבג"ץ 10182/03 ח.ל. חינוך לשלום בע"מ נ' רשות השידור (לא פורסם, 25.11.2004), פס' 7). עם זאת, השאלה הניצבת לפנינו הינה מהי המשמעות הנורמטיבית של המונח "פרסומת" בהוראות ההסמכה הקבועות בסעיף 25א(א)(1) לחוק רשות השידור ובסעיף 81א(א) לחוק הרשות השנייה. בטיעוניהם לפנינו הניחו העותרת והמשיבים גם יחד, כי משמעותו של המונח "תשדירי פרסומת" בהוראות-ההסמכה האמורות היא המשמעות הראשונה מביין השתיים שצוינו לעיל. שני הצדדים נמנעו מלטעון כי פרסומות העוסקות בעניינים פוליטיים או אידיאולוגיים אינן באות בגדר הדיבור "תשדירי פרסומת". הנחת המוצא לדיון לפנינו היתה, אפוא, כי המונח "תשדירי פרסומת" בסעיפים 25א(א)(1) ו-81א(א) הנ"ל, כולל בגדרו גם פרסומות שתכליתן לנקוט עמדה בסוגיה פוליטית. עמדה פרשנית זו בדיון יסודה:

ראשית, כפי שצוין לעיל, ההגדרה של המונח "פרסומת" בסעיף 1 לכללי רשות השידור, כוללת גם "הודעה" המוגדרת באותו סעיף כ"מסירת ידיעה לציבור". מדובר בהגדרה רחבה מבחינה לשונית, שאינה מסייגת את מהות ותוכן הידיעה המתפרסמת. סעיף 1 לחוק הרשות השנייה מגדיר "פרסומת" כ"שידור פרסומת מסחרית כמשמעותו בפרק ו". הגדרה זו אף היא רחבה לפי לשונה ואינה מתייחסת בהכרח לתוכן ולמטרת הפרסום. לכך יש להוסיף כי סעיף 25א לחוק רשות השידור וסעיף 81 לחוק הרשות השנייה מדגישים כי ההסמכה הקבועה במסגרתם הינה לשידור פרסומות "תמורת תשלום". תיבה זו מחזקת את המסקנה כי ההסמכה נועדה להתיר את האמצעי המסחרי-מימוני דווקא, ואין עניינה בהטלת מגבלות על תוכן ומטרת הפרסום. שנית, מבחינה תכליתית נועדו סעיפי ההסמכה לאפשר לרשות השידור ולרשות השנייה לגייס מקורות

מימון נוספים לשידוריהם באמצעות פרסומות. מטרת ההסמכה היתה, אפוא, להתיר את השימוש באמצעי המימוני של פרסום תמורת תשלום, בלא שיש בסעיפי ההסמכה כשלעצמם כדי להגביל מראש את תוכנו ומטרתן של הפרסומות. לבסוף, יצוין כי סעיף 25א(ב) לחוק רשות השידור מסמיך את הוועד המנהל בהתייעצות עם המנהל הכללי, לקבוע כללים בדבר "איסורים ומגבלות על תשדירי פרסומת והודעות". סעיף 88(2) לחוק הרשות השנייה קובע כי המועצה תקבע כללים בכל הקשור לשידורם של תשדירי פרסומת, בין היתר, בנוגע ל"נושאי פרסום האסורים לשידור כתשדירי פרסומת...". בהוראות-חוק אלה שיידונו בהרחבה בהמשך הדברים, יש כדי לתמוך במסקנה כי ההסמכה לשידור "תשדירי פרסומת", כשלעצמה, אינה מטילה מגבלות על תוכן ומהות הפרסום, וכי לשם קביעת מגבלות כאמור יש צורך בקביעת סייגים מפורשים. ואמנם, אחד הסייגים שנקבעו בכללי רשות השידור והרשות השנייה הוא זה העומד במוקד דיוננו, ולפיו אין לשדר פרסומות להעברת מסרים פוליטיים או אידיאולוגיים השנויים במחלוקת בציבור. יוער כי לו משמעותם של סעיפי ההסמכה הנדונים היתה כי רשות השידור והרשות השנייה מוסמכות לשדר מלכתחילה רק תשדירי פרסומת שתוכנם ומטרתם מסחריים - ספק אם היה נקבע האיסור על שידור פרסומות בנושאים פוליטיים המעוררים מחלוקת בציבור.

הנה כי כן, ההסמכה הסטטוטורית של רשות השידור והרשות השנייה לשידור פרסומות בטלוויזיה וברדיו, אינה מוגבלת לפרסומות שתכליתן לקדם מכירה מסחרית של מוצר מסוים. על דרך העיקרון, רשות השידור והרשות השנייה מוסמכות לשדר גם פרסומות שמטרתן להעביר מסרים אחרים, לרבות מסרים פוליטיים ואידיאולוגיים. יצוין כי פרשנות זו תואמת את העקרונות הכלליים בשיטתנו המשפטית, לפיהם יש לצמצם עד למינימום ההכרחי את היקף תחולתם של איסורים ומגבלות על חופש הביטוי (ראו למשל: דברי השופט (כתוארו אז) מ' שמגר בע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295 (1977)). המסקנה המתבקשת הינה כי לא ניתן לגזור מהוראות ההסמכה העקרוניות הקבועות בסעיף 25א(א)(1) לחוק רשות השידור ובסעיף 81(א) לחוק הרשות השנייה מגבלות על אופיים, מטרתם ותוכנם של תשדירי הפרסומת. מגבלות אלה נקבעו בכללי רשות השידור והרשות השנייה. מגבלה כאמור היא העומדת לדיון לפנינו.

האיסור על תשדירי פרסומת פוליטית

2. המחלוקת בין הצדדים לפנינו נוגעת לחוקתיות האיסור הקבוע בכללי רשות השידור והרשות השנייה, לפיו אין לשדר פרסומת שנושאה "עניין השנוי במחלוקת

פוליטית או אידיאולוגית בציבור" (בלשון סעיף 7 לכללי רשות השידור) או פרסומת שעניינה "העברת מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי במחלוקת בציבור" (בלשון סעיפים 5 ו-11 לכללי הרשות השנייה). לשם נוחות הקריאה, אביא את נוסחם המלא של סעיפים אלה שצוטטו גם בפסק-דינה של חברתי. סעיף 7 לכללי רשות השידור שעניינם תשדירי פרסומת והודעות ברדיו, קובע בזו הלשון:

7. פרסומת אסורה
פרסומת אסורה לשידור אם, לדעת המנהל הכללי, היא
כוללת אחד מאלה:
... (1)
(2) תעמולה מפלגתית, או תשדיר בעניין השנוי במחלוקת
פוליטית או אידיאולוגית בציבור, לרבות בדרך של קריאה
לשינוי חקיקה בנושאים אלה.
(ההדגשה אינה במקור- ד.ב.)

בדומה, סעיף 5 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), התשנ"ט-1999 קובע בנוגע לתשדירי פרסומת ברדיו כדלקמן:

5. פרסומת בנושאים השנויים במחלוקת
לא ישדר בעל זיכיון תשדיר פרסומת שיש בו העברת
מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי
במחלוקת הציבור.

סעיף 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994 הינו בעל נוסח זהה לסעיף 5 הנ"ל ועניינו איסור פרסומת בטלוויזיה בנושאים השנויים במחלוקת:

11. פרסומת בנושאים השנויים במחלוקת
לא ישדר בעל זיכיון תשדיר פרסומת שיש בו העברת
מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי
במחלוקת הציבור.

גדריו של האיסור על שידור פרסומות בנושאים שנויים במחלוקת נדונו לאחרונה בבג"ץ 10182/03 ח.ל חינוך לשלום הנ"ל. באותה פרשה נקבע מפי השופטת א' חיות כי בהתאם לגישה הפרשנית המצמצמת ככל הניתן את היקף תחולתם של איסורים והגבלות על חופש הביטוי, הרי "...המבחן לסיווגו של תשדיר כמעורר פולמוס יהיה מבחן 'המרכיב הדומיננטי' ולפיו יש לבדוק האם עיקרו של התשדיר הוא במסירת מידע, ללא הדגשה או נקיטת עמדה בכל הנוגע לעניין לגופו; או שמא כולל התשדיר מרכיב דומיננטי של שכנוע בדבר יתרונות העניין שבמוקד השידור...תשדיר

פרסומת עשוי להתייחס לנושא אשר במהותו שנוי במחלוקת ציבורית, אך התשדיר גופו, מבחינת נוסחו, תוכנו או צורתו, אינו שנוי במחלוקת ועל כן הוא מותר לשידור" (שם, פס' 8; עוד ראו: בג"ץ 1893/92 רשף נ' רשות השידור, פ"ד מו(4) 816, 820 (1992)). באותה פרשה שונו נוסחי התשדירים בהסכמת הצדדים, באופן שעיקרם נסוב על העברת מידע לציבור בנושא השנוי במחלוקת ציבורית, ללא מרכיב של נקיטת עמדה ושכנוע. נפסק כי תשדירים כאמור אינם נכנסים בגדריו של האיסור הנדון לפנינו.

המסקנה המתבקשת מהלכה שנפסקה בבג"ץ 10182/03 חינוך לשלום הנ"ל הינה כי האיסור על שידור פרסומות בעניינים השנויים במחלוקת ציבורית אינו חל על פרסומות שעיקרן בהעברת מידע עובדתי לציבור. הפרסומות הנכללות בגדריו של האיסור הנדון הינן אלה שמהותן ותכליתן היא נקיטת עמדה, השפעה או שכנוע בסוגיה הנתונה במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור. פרסומות אלה הן העומדות במוקד הדיון שלפנינו. לשם הקיצור, אכנה תשדירי פרסומת מן הסוג האמור בשם: "פרסומות פוליטיות".

3. יודגש כי במהלך הדיונים לפנינו הסכימה העותרת כי התשדירים בגינם הוגשה העתירה מלכתחילה, היוו פרסומת פוליטית במשמעות המוסברת לעיל. לפיכך, המחלוקת בין הצדדים אינה נוגעת לשאלת הסיווג של התשדירים הנדונים כפרסומת פוליטית; עיקר הדיון לפנינו הינו בשאלה האם האיסור על שידור פרסומות פוליטיות הינו כדין. עוד יודגש כי נוכח הטעמים עליהם השתיתו רשות השידור והרשות השנייה את החלטתן הראשונית לפסול את תשדירי הפרסומת של העותרת, וכן בהתאם לנוסח הצו-על-תנאי שניתן ביום 29.7.04 - העתירה שלפנינו אינה עוסקת באיסור על תשדיר פרסומת הכולל "תעמולה מפלגתית" כאמור בסעיף 43(א)(3) לחוק הרשות השנייה ובסעיף 7(2) רישא לכללי רשות השידור (ראו על כך בפס' 9 לפסק-דינה של השופטת [נא]). הדיון שלפנינו מתמקד, אפוא, בשאלת חוקתיותם של הכללים האוסרים שידור פרסומות פוליטיות במשמעות שהובהרה לעיל, קרי- פרסומות שהמרכיב הדומיננטי בהן הוא נקיטת עמדה, השפעה או שכנוע בסוגיה הנתונה במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור.

פרסומת פוליטית כביטוי פוליטי

4. הפרסומת הפוליטית היא בעלת מאפיינים מעורבים. מחד גיסא, מסריה של הפרסומת הפוליטית מועברים לידיעת הציבור באמצעי מסחרי של פרסום תמורת

תשלום. המסגרת החיצונית היא, אפוא, מסחרית. מאידך גיטא, מבקש הפרסום אינו בהכרח גוף מסחרי או עסקי. התכלית והמסר של הפרסום אינם מסחריים אלא פוליטיים-אידיאולוגיים בעיקרם. מטרת הפרסומת הפוליטית אינה קידום עסקה מסחרית של מכירת מוצר מסוים, אלא קידום עמדה פוליטית או אידיאולוגית בציבור (ראו: Andrew Scott, 'A Monstrous and Unjustifiable Infringement?': Political Expression and the Broadcasting Ban on Advocacy Advertising, 66 THE MODERN L.R. 224, 225 (2003)). מאפיינים מעורבים אלה מעוררים את השאלה עליה עמדה השופטת [אן] בפסק-דינה בנוגע לסיווגה של הפרסומת הפוליטית כביטוי פוליטי או מסחרי.

על דרך העיקרון, ההבחנה בין סוגי ביטויים אינה תמיד חדה, שכן דיבור מסוים עשוי לכלול מאפיינים מעורבים. לשם הכרעה בשאלה האם דיבור שלפנינו הינו פוליטי או מסחרי, מן הראוי לעשות שימוש במבחן "האופי הדומיננטי" של הביטוי מנקודת מבטו של הצופה, המאזין או המשתמש הסביר (ראו והשוו בעניין זה: בג"ץ 7833/96 מלניק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נב(3) 587, 595 (1998) מפי השופט י' זמיר). בעניין זה, מסכימה אני עם חברתי השופטת נאור כי תוכנו ומטרתו של הביטוי, המניע לפרסומו, קהל היעד שלו וכן אופיו ומיהותו של הגורם המתבטא, הינם מרכיבים בעלי משקל רב יותר ביחס לטיב האמצעי או המסגרת החיצונית באמצעותה מובא הביטוי לידיעת הציבור. בהתחשב בכך, אף אני סבורה כי פרסומת שתכליתה העברת מסר פוליטי-אידיאולוגי לציבור כשהגוף המפרסם אותה אינו גוף מסחרי-עסקי אלא גורם שפעילותו במישור הציבורי-יש לסווגה כביטוי פוליטי אף אם האמצעי לפרסומה ברבים נושא אופי מסחרי.

5. סיווגה של הפרסומת הפוליטית כביטוי פוליטי, הינו בעל משמעות לצורך מידת ההגנה הניתנת לביטוי זה. אמנם, גם הביטוי המסחרי זוכה להגנה במסגרת הזכות לחופש הביטוי. הביטוי המסחרי מגשים את זכות הציבור לקבלת מידע ומבטיח תחרות עסקית בין המפרסמים במסגרת שוק המוצרים והשירותים. הביטוי המסחרי אף מאפשר הגשמה עצמית של הפרט המפרסם ושל הציבור אליו מופנית הפרסומת, והוא מהווה חלק מחופש העיסוק. עם זאת, נראה כי הביטוי המסחרי אינו מגשים בעוצמה את מכלול הרציונאלים האפשריים לחופש הביטוי. כך למשל, הביטוי המסחרי אינו תורם באופן ישיר לשמירה על ההליך הדמוקרטי בהקשרו הפוליטי. כאשר מדובר בביטוי מסחרי שמהותו ותכליתו הם קידום עסקה מסחרית למכירת מוצרים, אין בו כדי לתרום ישירות לשיח הציבורי בנושאים העומדים על סדר היום הלאומי. בהתחשב בכל אלה, נפסק כי היקף ועוצמת ההגנה הניתנים לחופש הביטוי המסחרי הינם מצומצמים ביחס

להגנה על חופש הביטוי בתחום הפוליטי, הספרותי או האומנותי. (על סוגי המגבלות שמטיל הדין על חופש הביטוי המסחרי ראו: דברי השופט א' מצא בבג"ץ 5118/95 מאיו סימון פרסום שיווק ויחסי ציבור בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מט(5) 751, 755 (1996); דברי השופט י' זמיר בבג"ץ 15/96 תרמוקיד חורשים נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נ(3) 379, 414 (1996); כן ראו: בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994)).

לעומת זאת, הביטוי הפוליטי מצוי בגרעינה של הזכות לחופש הביטוי והוא מקיים במידה הרבה ביותר את הטעמים המונחים בבסיסה של הזכות האמורה. חופש הביטוי הפוליטי מהווה תנאי חיוני לקיומו ולהתפתחותו של המשטר הדמוקרטי אשר מצידו בא להבטיח זכויות-יסוד אחרות. הוא מאפשר החלפת דעות בין בני הציבור ובכך מאפשר להם לגבש עמדתם בנושאים העומדים על סדר היום הציבורי. חופש הביטוי הפוליטי מהווה גם כלי להגשמתו העצמית של הפרט ולגיבוש השקפת עולמו. באמצעות חופש הביטוי בכלל וחופש הביטוי הפוליטי בפרט, יכול היחיד לגבש דעה עצמאית, להוציא לאור את האמת בה הוא מאמין, לשכנע ולהשתכנע, וכן להיות מעורב ולהשפיע על ענייניה של החברה בה הוא חי. (עוד על הטעמים המונחים בבסיס ההגנה על חופש הביטוי הפוליטי, ראו: בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 270 ואילך (1987)). בכל אלה יש להשפיע על מעמדה החוקתי של הזכות האמורה. בעניין זה חלקי עם הסבורים כי חופש הביטוי הפוליטי קשור קשר ענייני הדוק לכבוד האדם שבבסיסו מונחים אוטונומית הרצון וחופש הבחירה של הפרט. בהתאם לכך, אף אני סבורה כי חופש הביטוי הפוליטי נכלל בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם (ראו דבריי בבג"ץ 8988/06 משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (טרם פורסם, 27.12.2006), פס' 10 לעניין חופש הביטוי וההפגנה).

חשיבותו הרבה של חופש הביטוי הפוליטי לפרט ולחברה ותרומתו להליך הדמוקרטי משפיעים לא רק על מעמדו החוקתי אלא גם על היקף ועוצמת ההגנה הניתנת לביטוי כאמור. כבר נקבע בפסיקתו של בית-משפט זה כי מבין סוגי הביטויים השונים, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי "...היא רחבה במיוחד" וכי הביטוי הפוליטי ראוי "להגנה מרבית" אף כי לא מוחלטת (דברי השופטת ד' דורנר בבג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003); עוד ראו: בג"ץ 399/85 כהנא הנ"ל, עמ' 293). סיווגה של הפרסומת הפוליטית כביטוי פוליטי משליך, אפוא, על היקף ועוצמת ההגנה הניתנים לביטוי זה, ועל כך נעמוד בהרחבה בהמשך הדברים.

6. כאמור, כללי רשות השידור והרשות שנייה אוסרים על שידור פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה. מדובר באיסור מוחלט על שידור פרסומות שהמרכיב הדומיננטי שלהן הוא נקיטת עמדה בעניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור. איסור זה פוגע בחופש הביטוי הפוליטי, ובעיני עוצמת הפגיעה בזכות האמורה היא משמעותית. כפי שהובהר לעיל, ההסמכה העקרונית לשידור פרסומות ברדיו ובטלוויזיה חלה גם על תשדירי פרסומת שמהותם פוליטית או אידיאולוגית (ראו: פס' 1 לעיל). האיסור הבלתי מסויג על שידור פרסומות פוליטיות כאמור חוסם לחלוטין את האפשרות להשתמש במסגרת הפרסומית של המדיה המשודרת לצורך שכנוע והעברת מסרים פוליטיים. בכך ניתנת עדיפות מלאה לביטויים מסחריים על-פני ביטויים פוליטיים במסגרת המימונית של פרסומות תמורת תשלום (ראו: ERIC (2005) BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 445). בהתחשב בכל אלה, אני בדעה כי האיסור הנדון יוצר פגיעה ממשית, ואף רצינית, בחופש הביטוי הפוליטי.

כאן המקום לציין כי בטיעוניהם לא חלקו המשיבים על כך שכללי רשות השידור והרשות השנייה פוגעים בחופש הביטוי. עם זאת, טענתם היתה כי חופש הביטוי הפוליטי יכול לבוא לידי מימוש באמצעות מסגרת השידורים הרגילה להבדיל ממסגרת תשדירי הפרסומת ברדיו ובטלוויזיה. בהתחשב בכך, נטען כי עוצמת הפגיעה בזכות האמורה אינה משמעותית. טענה זו אין בידי לקבל. אכן, קיומו של אמצעי יעיל אחר להעברת הדיבור עשוי להוות שיקול רלוונטי במסגרת בחינת עוצמת הפגיעה במימוש חופש הביטוי (ראו: בג"ץ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 545 (1995) בפסק-דינו של הנשיא שמגר שבאותה פרשה היה בדעת-מיעוט לעניין התוצאה). עם זאת, בהקשר הנדון לפנינו אין לומר כי המתכונת של שידורי חדשות או משדרים פוליטיים מהווה תחליף יעיל ושווה-ערך להעברת מסר פוליטי באמצעות פרסומת, שהמזמין אותה יכול להשפיע באופן ניכר על תוכנה, דרך הצגתה והיקף פרסומה בציבור. כך גם אין לומר כי אמצעי תקשורת אחרים בהם מותרת פרסומת פוליטית - כגון העיתונות הכתובה או האינטרנט - שקולים כנגד פרסום באמצעות המדיה המשודרת שלה עוצמה תקשורתית רבה. המסקנה המתבקשת הינה כי חסימת כל אפשרות לשכנוע ולהעברת מסרים פוליטיים באמצעות תשדירי פרסומת בטלוויזיה וברדיו, מהווה פגיעה משמעותית, ואף רצינית, בחופש הביטוי הפוליטי. כפי שיובהר להלן, מסקנה זו הינה בעלת משמעות לצורך בחינת התקיימותם של תנאי פיסקת ההגבלה, ובהם הדרישה לפגיעה "בחוק...או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

יוצר כי רשות השידור הדגישה בטיעוניה כי שידורי פרסומות אינם חלק מתפקידיה וכי מדובר בסמכות עזר שנועדה לאפשר לה לגייס מקור מימון נוסף לשידוריה לפי דין. לפי הטענה, רשות השידור מוסמכת לשדר פרסומות ברדיו אולם היא אינה מחויבת לעשות כן. נוכח העובדה שתשדירי הפרסומות מועברים על-ידי רשות השידור מכוח סמכות עזר שתכליתה מימונית, ובהתחשב בעמדת המשיבות לפיה המסגרת של תשדירי פרסומות "אינה מתאימה" לדיבור פוליטי - נטען כי האיסור על שידור פרסומות פוליטיות אינו יוצר פגיעה משמעותית בחופש הביטוי. אף טענות אלה אינן מקובלות עליי. אכן, אמצעי התקשורת השונים אינם רק במה למימוש חופש הביטוי של הדוברים ושל קהל היעד; אמצעי התקשורת עצמם נהנים מאוטונומיה בנוגע לשידוריהם כחלק מהותי של חופש הביטוי. כבר נקבע בפסיקתנו כי "זכות הגישה [לאמצעי התקשורת] אינה מפתח לכל ערוצי התקשורת... אין חופש ביטוי לבעל הזכות בכל עת, בכל אופן ובכל מקום" (דברי הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 6218/93 כהן הנ"ל, עמ' 552; עוד ראו: דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 399/85 כהנא הנ"ל, עמ' 268 ובבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 846 (1999)). עם זאת, משהפעילו רשות השידור והרשות השנייה את הסמכות הנתונה להן בחוק וכווננו מסגרת של תשדירי פרסומות בטלוויזיה וברדיו, הרי מניעת כל אפשרות לשידור פרסומות פוליטיות במסגרת האמורה, יצרה פגיעה משמעותית בחופש הביטוי הפוליטי בהתחשב במכלול הטעמים שפורטו לעיל. יודגש כי שאלת התאמתם של תשדירי פרסומות להעברת מסרים פוליטיים, אין מקומה בעת בחינת היקף הפגיעה בזכות המוגנת ועוצמתה, אלא מקומה במסגרת בחינת חוקתיותה של הפגיעה לפי מבחניה של פסקת ההגבלה. (ראו והשוו: Canadian Federation of Students v. Greater Vancouver Transportation Authority, 2006 BCCA 529, par. 131; באותה פרשה נפסלה החלטה של חברת אוטובוסים ציבורית להימנע מפרסום מודעות פוליטיות על-גבי דפנות האוטובוסים. ערעור על פסק-דין זה תלוי ועומד בימים אלה בפני בית-המשפט הקנדי העליון).

בחינת חוקתיות הפגיעה - פסקת ההגבלה

7. ככל זכויות האדם, אף הזכות לחופש הביטוי הפוליטי אינה מוחלטת ויש שעליה לסגת מפני זכויות, ערכים או אינטרסים מתחרים. כפי שהובהר בפסק-דינה של חברתי השופטת נאור, נוסחת האיזון הרלוונטית היא זו הקבועה בפסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זוהי אכן "אמת המידה המקובלת כיום לאיזון בין ערכים מתנגשים" (שם, פס' 29). בעניין זה, ברצוני להוסיף מספר הערות.

ראשית, כללי רשות השידור והרשות השנייה הנדונים לפנינו הינם בעלי מעמד נורמטיבי של חקיקת-משנה. כללי רשות השידור הותקנו על-ידי הוועד המנהל בהתייעצות עם המנהל הכללי מכוח הסמכות הקבועה בסעיפים 25א(ב)(2) ו-33 לחוק רשות השידור. כללי הרשות השנייה הותקנו על-ידי מועצת הרשות השנייה מכוח סמכותה לפי סעיפים 24 ו-88 לחוק הרשות השנייה. הכללים האמורים הותקנו בידיעת ועדת החינוך והתרבות של הכנסת. ככאלה, זוכים הכללים האמורים למעמד נורמטיבי של תחיקת-משנה (ראו והשוו: דברי המשנה-לנשיא ת' אור בבג"ץ 9596/02 פיצוי נמרץ, המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחים נ' שר המשפטים, פ"ד נח(5) 792, 797 (2004) והאסמכתאות המובאות שם לעניין מעמדם הנורמטיבי של כללי לשכת עורכי הדין). אמנם, פסקת ההגבלה נועדה בראש ובראשונה להגביל את כוחו של המחוקק הראשי. עם זאת, ברי כי מה שאסור למחוקק הראשי לפי פסקת ההגבלה, אסור בוודאי למחוקק-המשנה ואף לרשות המנהלית במעשיה המנהליים (ראו: יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 135, 138, 154 (1996); להלן: זמיר). בהתחשב בכך, אף אני בדעה כי על הכללים הנדונים לפנינו להיבחן במשקפיה של פסקת ההגבלה.

שנית, פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם משמשת לעניין בחינת חוקתיות הפגיעה בזכויות הנהנות ממעמד חוקתי על-חוקי, בהיותן נכללות בגדר היקפן הפנימי של הזכויות המנויות בחוקי היסוד. עם זאת, מבחינה של פסקת ההגבלה עשויים לחול מכוח עקרונות כלליים גם לעניין זכויות אדם שהינן חלק מ"המשפט המקובל נוסח ישראל", ואשר אינן נהנות ממעמד המעוגן במישרין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: דברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43 (1997)). לפיכך, אף לשיטת הגורסים כי חופש הביטוי הפוליטי אינו נכלל בגדר הזכות החוקתית לכבוד האדם, יש לבחון את שאלת חוקיותה של חקיקת משנה הפוגעת בזכות האמורה, בהתאם לתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. תנאים אלה דומים במהותם למבחנים שנהגו בפסיקה לצורך הגנה על זכויות אדם טרם חוקי היסוד האמורים (ראו: דבריי בבג"ץ 8988/06 משי זהב הנ"ל, פס' 10; עוד ראו: דברי השופטת ד' דורנר בבג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, פס' 10 (2003)).

לבסוף, רואה אני לציין כי בא-כוח המדינה טען לפנינו כי בנסיבות העניין, אין מקום להחלת מבחניה של פסקת ההגבלה. לפי הטענה, לשם בחינת חוקתיות האיסור על שידור פרסומות פוליטיות, יש לאזן בין חופש הביטוי של החפץ לפרסם, לבין חופש הביטוי של כלל אזרחי המדינה הזכאים לקבל מידע אמין ומאוזן מכלי התקשורת.

לטענת בא-כוח המדינה, מדובר באיזון אופקי בין שתי זכויות שוות-מעמד, שיש לבססו על פשרה וויתור הדדי של שתי זכויות האחת כלפי רעותה. בהתחשב בכך, נטען כי אין להשתמש בנוסחת האיזון הקבועה בפסקת ההגבלה שכן לפי הטענה, נוסחה זו מתאימה רק לאיזון אנכי בין זכות לאינטרס נוגד, ולא לאיזון אופקי בין שתי זכויות שוות-מעמד. את טיעונו בעניין זה ביקש בא-כוח המדינה להשתית על דבריה של השופטת ד' דורנר בבג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשיוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין (לא פורסם, 3.3.2004), פס' 19.

אין בידי להסכים לטענות אלה. אל מול חופש הביטוי הפוליטי של המבקשים לפרסם פרסומות פוליטיות, לא ניצבת זכות של פרט או של קבוצה מוגדרת של פרטים בציבור, אלא אינטרס ציבורי-כללי של בני החברה לקבלת מידע אמין ומאוזן מכלי התקשורת. בהתחשב בכך, האיסור המוחלט על שידור פרסומות פוליטיות מצריך בעיקרו של דבר איזון אנכי בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי-כללי, ולא איזון אופקי בין שתי זכויות שוות-מעמד כנטען על-ידי בא-כוח המדינה. ממילא, איננו נדרשים לשאלה האם נוסחת האיזון העקרונית הקבועה בפסקת ההגבלה חלה רק על איזונים אנכיים בין זכויות לאינטרסים נוגדים, או שמא בכוחה לחול גם על איזונים אופקיים בין שתי זכויות-אדם מתנגשות. אציין רק כי לפי תפיסתי, דרישותיה של פסקת ההגבלה - ובמיוחד דרישות התכלית הראויה והמידתיות - עשויות בנסיבות מתאימות להיות לעזר אף כאשר מדובר באיזון אופקי בין שתי זכויות אדם מתחרות. נוטה אני לדעה כי מבחני פסקת ההגבלה יכולים לשמש לצורך עריכת איזונים אופקיים בין זכויות שוות-מעמד, אף כי דרך הפעלתם ויישומם של מבחנים אלה עשויים להשתנות בהתאם לסוג הערכים המתנגשים, משקלם היחסי, מהות האיזון ביניהם ומכלול נסיבות העניין. סוגיה זו איננה דורשת ליבון בנסיבות העניין שלפנינו ולפיכך ניתן להותירה לעתיד לבוא. (ראו והשוו: דברי המשנה-לנשיא מ' אלון בע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 105 (1993); לדעה לפיה מבחני המידתיות מאפשרים ויתור ופשרה הדדית בין ערכים מתנגשים, ראו: גדעון ספיר "ישן מול חדש - על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471 (2006)).

הדרישה לפגיעה "בחוק...או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"

8. פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אשר נוסחה זהה בעיקרו לזה הקבוע בסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, קובעת כדלקמן:

8. פגיעה בזכויות

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק
ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית
ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק
כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.
(ההדגשה אינה במקור- ד.ב.)

פסקת ההגבלה מציבה ארבעה תנאים מצטברים על-מנת שפגיעה בזכות מוגנת תהיה כדין ותצלח את הבחינה החוקתית: הפגיעה חייבת להיעשות בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; החוק הפוגע חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל; הפגיעה בזכות המוגנת צריכה להיות לתכלית ראויה; ועל הפגיעה להיעשות "במידה שאינה עולה על הנדרש". שלושת התנאים האחרונים הינם ביטוי לעקרון שלטון החוק במובנו המהותי הרחב. עניינם בתוכנו של ההסדר הנורמטיבי הפוגע בזכות אדם. תכליתם לוודא כי הפגיעה בזכותו של הפרט נדרשת ומוצדקת מבחינה מהותית, וכי מתקיים איזון ראוי בין זכויות הפרט לבין צרכי הכלל. מנגד, ההוראה בדבר פגיעה "בחוק...או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" אין עניינה בתוכנה של הנורמה המשפטית אלא בצורך בקיומה. הוראה זו מהווה ביטוי לעקרון שלטון החוק במובנו הפורמאלי והמהותי-הצר ועל כך נעמוד מיד.

בנסיבות העניין שלפנינו, עמדתי הינה כי כללי רשות השידור והרשות השנייה הקובעים איסור מוחלט על שידורן של פרסומות פוליטיות, אינם מקיימים את התנאי הראשון של פסקת ההגבלה. על-מנת לבאר את העמדה האמורה, אעמוד תחילה על משמעות הדרישה לפיה על הפגיעה בזכות מוגנת להיעשות "בחוק ... או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". לצורך כך, יש לדון תחילה בפרשנות התיבה "בחוק" או "לפי חוק..."; לאחר מכן, אתיחס לפרשנות הדרישה שעניינה "הסמכה מפורשת" בחוק. יודגש כי הדיון שלהלן יתמקד בפרשנות מרכיביה של ההוראה האמורה בהקשר הנדון לפנינו, קרי- חקיקת-משנה הפוגעת בזכות אדם מוגנת.

"בחוק" או "לפי חוק..."

9. הדרישה הראשונה בפסקת ההגבלה לפיה על הפגיעה בזכות מוגנת להיעשות "בחוק", משמעותה הינה כי ככלל, על פגיעה בזכות יסוד לשאוב כוחה מחקיקה ראשית. כאשר הפגיעה נעשית בחקיקת-משנה, על הרשות המנהלית להצביע על הרשאה לכך שמקורה במעשה חקיקה של הכנסת ("לפי חוק"). זהו ביטוי לעקרון חוקיות המינהל המהווה חלק מעקרון שלטון החוק במובנו הפורמאלי, ולפיו על

הרשות המבצעת לפעול רק בהתאם לסמכויות שהוקנו לה בחוק (ראו: ברוך ברכה משפט מינהלי כרך א 35, 38-40 (1997) (להלן: ברכה); זמיר הנ"ל, עמ' 60). עקרון זה הינו בעל תוקף מיוחד בנוגע לסמכויות שיש בהן משום פגיעה בזכויות היסוד של האדם. לשם פגיעה בזכויות כאמור, על מחוקק-המשנה לקבל הרשאה "מפורשת" לכך מהמחוקק הראשי. כאמור, על משמעות הדרישה ל"הסמכה מפורשת" נעמוד בהמשך דיוננו.

יצוין כי התיבה שעניינה פגיעה בזכות מוגנת "לפי חוק..." לא נכללה בנוסח המקורי של פסקת ההגבלה בעת קבלתם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם בשנת 1992. הוראה זו הוספה לפסקת ההגבלה בשנת 1994 במסגרת תיקון לשני חוקי היסוד האמורים (ראו: הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ה"ח התשנ"ד 129 שקבעה תיקון עקיף לפסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; להלן: התיקון). בדברי ההסבר של התיקון הנ"ל נאמר כי "...הדרישה הקיימת, ושלפיה כל הגבלה על חופש העיסוק חייבת למצוא את ביטויה אך ורק בחקיקה ראשית ולא בחקיקת משנה - היא מרחיקת לכת שלא לצורך". מדברים אלה עולה בבירור כי התיבה שעניינה פגיעה "...לפי חוק" נועדה לאפשר למחוקק-המשנה לפגוע בזכויות אדם מוגנות בכפוף למגבלות עליהן נעמוד מיד. במובן זה, הדרישה לפגיעה "בחוק" או "לפי חוק" דומה לדרישת ה-"prescribed by law" הקבועה באמנה האירופאית לזכויות אדם ובסעיף 1 לצ'רטר הקנדי. בית-הדין האירופאי לזכויות אדם ובית-המשפט העליון של קנדה פירשו את הדרישה האמורה כך שהמונח "law" מתיר פגיעה בזכויות יסוד לא רק בחקיקה ראשית אלא גם בחקיקת-משנה המקיימת את יתר תנאיה של פסקת ההגבלה (ראו: 2 PETER.W.HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 123 (5th ed., 2007); להלן: HOGG).

בהמשך לדברים אלה יצוין כי הדרישה לפגיעה "בחוק" או "לפי חוק" מהווה ביטוי לעקרון שלטון החוק לא רק במובנו הפורמאלי אלא גם במובנו המהותי-הצרי. בהתאם לכך, בכדי לצלוח את הבחינה החוקתית חייבת חקיקה הפוגעת בזכויות אדם לקיים את כל היסודות החיוניים לתוקפה של חקיקה כנורמה משפטית מחייבת, ובהם פומביות, נגישות, כלליות, חוסר עמימות והעדר שרירותיות (ראו: א' ברק פרשנות במשפט כרך ג-פרשנות חוקתית 489-490 (1995); להלן: ברק-פרשנות חוקתית). יוער כי המשמעות האחרונה תואמת אף היא את הפרשנות שניתנה לדרישת ה-"prescribed by law" בפסיקתם של בית-הדין האירופאי לזכויות-אדם ובית-המשפט העליון של קנדה. בהתאם לפרשנות האמורה, על הנורמה הפוגעת בזכויות-אדם להיות פומבית, נגישה ובהירה דיה, באופן שהפרט הנפגע, ואף הרשות הפוגעת, יוכלו לכוון התנהגותם ולנהל

ענייניהם על-פיה (ראו: The Sunday Times v. United Kingdom, 2 EHRR 245 (1979); וכן: HOGG הנ"ל, עמ' 122-123, 125-126). בסיום דברים אלה יוער כי בשיטתנו המשפטית, הדרישות האמורות - ובהן הדרישה לבהירות ולהעדר עמימות של הנורמה הפוגעת - עשויות להתבקש גם ממרכיביה המהותיים של פסקת ההגבלה, ובהם דרישות התכלית הראויה והמידתיות.

פגיעה "לפי חוק" מכוח "הסמכה מפורשת" בו

10. ההוראה לפיה על פגיעה בזכויות אדם להיות "בחוק...או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" כוללת רכיב חשוב נוסף. פגיעה שהינה "לפי חוק" חייבת להיעשות מכוח "הסמכה מפורשת" בחקיקה ראשית. דרישה כאמור איננה קבועה במסגרת פסקאות ההגבלה באמנה האירופאית לזכויות אדם ובצ'רטר הקנדי. מהו הטעם להוספת הדרישה ל"הסמכה מפורשת" בחוק במסגרת פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי היסוד? דברי ההסבר לתיקון משנת 1994 מלמדים כי המטרה היתה להגביל את האפשרות לפגיעה בזכויות אדם באמצעות חקיקת-משנה. לצורך תכלית זו, נקבעו שלושה תנאים מצטברים החייבים להתקיים על-מנת לאשר חוקתיותה של פגיעה בזכות מוגנת באמצעות חקיקת-משנה: ראשית, נדרשת הסמכה לפגיעה כאמור בחקיקה ראשית ("בחוק"); שנית, על ההסמכה בחקיקה הראשית להיות "מפורשת"; ושלישית, על החוק המסמיך - כמו גם על חקיקת-המשנה עצמה - לקיים את תנאיה המהותיים של פיסקת ההגבלה.

ייתר מיד כי הדרישה ל"הסמכה מפורשת" בחוק לצורך פגיעה בזכויות-יסוד באמצעות חקיקת-משנה, אינה חדשה עימנו. עוד בטרם נחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, נקבע בפסיקתו של בית-משפט זה כי פגיעה בזכויות-יסוד באמצעות חקיקת-משנה מחייבת הסמכה המעוגנת בחקיקה ראשית. עוד נקבע כי הסמכה כאמור תפורש בצמצום ובאופן דווקני. זאת, נוכח החזקה הפרשנית לפיה המחוקק הראשי לא התכוון להסמיך את מחוקק-המשנה לפגוע בזכויות-יסוד או בערכי-יסוד מרכזיים. לשם סתירת החזקה האמורה, נפסק כי נדרשת הסמכה במילים ברורות ומפורשות בחוק. ובלשונו של הנשיא מ' שמגר לעניין פגיעה בחופש העיסוק:

"זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על-פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי, ונוסף לכך, כל עוד אין חוק יסוד הקובע אחרת, גם על-ידי מחוקק המשנה, שהוסמך לכך על-ידי המחוקק הראשי... אליבא דידך, הסמכה לעניין זה משמעותה 'הסמכה מפורשת' וכשלעצמי כוונתי בכך אך ורק למקרה שבו

אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות, כי הוא מסמיך את מחוקק-המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני... סיכומה של נקודה זו, ...חקיקת משנה שואבת כוחה אך ורק מדבר ההסמכה של המחוקק הראשי, וכאשר מדובר על נושאים, שעניינם הגבלתן של חירויות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול, לדעתי, בתחום האמור, אלא אם הוקנתה לו על-ידי המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור, לפי העניין."

(בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 360 (1983); ההדגשות אינן במקור- ד.ב.).

כאמור, הלכה זו קנתה אחיזה בשיטתנו המשפטית בימים שקדמו לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם (ראו למשל: דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק בע"א 524/88 "פרי העמק"-אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב-מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 560). עם זאת, ראוי לציין כי בפסיקה שקדמה לחוקי היסוד ניתן למצוא גם גישות דווקניות פחות, לפיהן ניתן לפגוע בזכויות יסוד באמצעות חקיקת-משנה אף בהעדר הסמכה בלשון מפורשת בחוק, ובלבד שההסמכה לפגיעה בזכויות-אדם תשתמע בבירור מתכליתו של החוק המסמיך. ובלשונו של השופט ברנזון:

"[זכות יסוד-ד.ב.]...אין להפקיעה או להגבילה אלא על-פי הוראת חוק ברורה וחד-משמעית. לא-כל-שכן, כשזה נעשה על-ידי מחוקק-משנה שאין בכוחו לעשות אלא מה שהמחוקק הריבוני הסמיכו לעשותו, וההסמכה כזאת צריכה להיות במילים ברורות ומפורשות, או אם לפחות היא משתמעת מתוך מטרתו ומגמתו הכללית של החוק שמכוחו מתיימר מחוקק-המשנה לפעול."

(בג"ץ 144/72 ליפבסקי-הליפי נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 719, 723 (1973); על הגישות השונות בפסיקתו של בית-משפט זה בתקופה שטרם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ראו: אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 381, 385-389 (1998); להלן: גזל).

11. חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק יצרה הזדמנות למבט פרשני מחודש בנוגע לדרישת "ההסמכה המפורשת" המעוגנת כיום בפסקת ההגבלה. כבר נקבע בפסיקתנו כי נוכח המעמד שניתן לזכויות האדם בחוקי

היסוד האמורים ובהתאם לרוח המנשבת מהם, ניתן כיום משקל רב יותר לחובה להתחשב בזכויות-יסוד מוגנות (ראו: ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (טרם פורסם, 4.5.2006), פס' 46 לפסק-דיני). ואמנם, כפי שצוין לעיל, הדרישה ל"הסמכה מפורשת" בחוק נועדה לצמצם את הפגיעה בזכויות-יסוד באמצעות חקיקת-משנה, תוך מתן ביטוי לעקרון שלטון החוק במובנו הפורמלי והמהותי-הצר. ואולם, השאלה הפרשנית המתעוררת בהקשר זה הינה מתי תיחשב הסמכה בחוק ל"מפורשת" כאמור בפסקת ההגבלה? בעניין זה, עשויות להתעורר שאלות פרשניות מגוונות: האם די בכך שהמחוקק הראשי יסמך את מחוקק המשנה לקבוע הסדר בתחום מסוים שמעצם טיבו עשוי להיות כרוך בפגיעה בזכויות-אדם, או שמא יש צורך בהסמכה בלשון ברורה לשם פגיעה בזכות מוגנת רלוונטית? האם ניתן להסתפק בהסמכה כללית בחוק לפגיעה בזכויות-אדם מוגנות בלא לקבוע את תוכן הפגיעה והיקפה, או שמא על ההסמכה שבחוק לקבוע גם את אמות-המידה העקרוניות להסדר הפוגע, על-מנת לכוון ולתחום את שיקול-דעתו של מחוקק המשנה בעת קביעת הסדר המגביל זכויות אדם?

שאלות אלה מצריכות איזון בין שיקולים שונים ואף סותרים. תכננה שתי גישות מרכזיות בעניין זה. מחד גיסא, כבר נקבע בפסיקתנו כי העקרונות של הפרדת הרשויות, שלטון החוק והדמוקרטיה במובנה הפורמאלי-ייצוגי ובמובנה המהותי, מחייבים כי הנורמות העיקריות ואמות-המידה העקרוניות להפעלתן ייקבעו בחקיקה ראשית ("הסדרים ראשוניים"), בעוד שדרכי הגשמתן ויישומן של נורמות אלה עשויים להיקבע בדרך של חקיקת-משנה ("הסדרים משניים") (ראו: דברי השופט (כתוארו אז) ת' אור בבג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 56 (2002) והאסמכתאות המובאות שם).

על השיקולים שביסוד כלל בסיסי זה של המשפט הציבורי בישראל עמדו בהרחבה הנשיא ברק בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998) והמישנה-לנשיא חשין בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 27.2.2006). בקצרה ייאמר כי הדוקטרינה האמורה מבוססת על תפיסת הדמוקרטיה הייצוגית לפיה בית המחוקקים הנבחר על-ידי העם הוא הנושא העיקרי בתפקיד החקיקה, והוא הנהנה מלגיטימיות חברתית בפעולתו זו. הענקה גורפת של סמכות חקיקה לגורם מינהלי בלא להתוות בחוק את ההסדרים העקרוניים להפעלת סמכות זו, כמוה כהעברת סמכויות חקיקה המסורות בידי הכנסת לידיה של הרשות המבצעת או זרוע מזרועותיה, ועלולה לעמוד בניגוד לבסיס עליו מושתת שיטת המשטר. בהתאם לאותה תפיסה, על הכנסת - להבדיל מרשויות המינהל - לקבוע את אמות-המידה העקרוניות לפגיעה בזכויות יסוד. בדרך זו יובטח כי הכנסת

תקיים את תפקידה החוקתי ותנחה את רשויות המינהל בפעולתן הכרוכה בפגיעה בזכויות אדם. בדרך זו אף יתקיים ליבון פרלמנטארי פומבי של השיקולים החוקתיים והערכיים הצריכים לעניין, באופן שיבטיח "...ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות היסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש" (דברי השופטת ד' דורנר בבג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 684 (1999); עוד ראו: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, עמ' 762 לפסק-דינה של השופטת א' חיות ועמ' 765 לפסק-דינו של המשנה-לנשיאה א' ריבלין (2004); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 127-128, 159 ואילך (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)).

יצוין כי התפיסה האמורה היא גם המונחת ביסוד החזקה הפרשנית הנוהגת בשיטתנו המשפטית ואשר זכתה למעמד מחוזק לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ולפיה אין בכוונתו של המחוקק הראשי להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקת-משנה. (על החזקה הפרשנית האמורה, ראו: בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש הנ"ל, עמ' 56-57 מפי השופט (כתוארו אז) ת' אור; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין הנ"ל, עמ' 523 מפי הנשיא א' ברק; א' ברק פרשנות במשפט כרך ב-פרשנות החקיקה 527-530 (1993); רובינשטיין ומדינה הנ"ל, עמ' 166). בהתאם לחזקה זו נפסק כי על דרך הכלל, על מחוקק המשנה להימנע מקביעת הסדרים ראשוניים בעצמו, ועליו להתמקד בקביעת דרכי היישום, ההפעלה והאכיפה של ההסדרים המהותיים שהותוו על-ידי המחוקק הראשי. זאת על-מנת שלא להחליף "משטר דמוקרטי-פרלמנטארי" ב"משטר דמוקרטי-פורמאלי" (דברי הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 256/88 מדאיוונסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19, 45 (1989)).

מן הראוי לציין בהקשר זה כי דמוקרטיות פרלמנטריות בהן השיטה החוקתית מגנה על זכויות אדם, עיגנו בשיטותיהן את הצורך להתוות בחקיקה ראשית את אופן ההגבלה של הזכות. כך, בשיטת המשפט הגרמני זכתה התפיסה האמורה לעיגון חוקתי מפורש בסעיף 180(1) לחוק היסוד (ה- Grundgesetz). סעיף זה קובע כי ניתן להסמיך בחוק את הממשל הפדרלי והמדינתי להתקין חקיקת-משנה, אולם התוכן, המטרה וההיקף של ההסמכה חייבים להיקבע בחוק. תפיסה דומה מצאה ביטוי בפסיקתו של בית-המשפט הפדרלי העליון של ארצות-הברית. בהתבסס על עקרון הפרדת הרשויות נפסק כי סמכויות החקיקה נתונות לקונגרס, וכי האצלתן לרשויות המנהליות מותנית בכך שהקונגרס יקבע את אמות-המידה העקרוניות (standards) שינחו את מחוקק-המשנה בהפעלת סמכותו. יוער כי הלכה למעשה, מסתפק בית-המשפט הפדרלי העליון

של ארצות-הברית באמות-מידה כלליות ורחבות בחוק, באופן המחליש את מעמדה ויישומה של הדוקטרינה האמורה בשיטת המשפט האמריקאית. (ראו: *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989) וכן: *CALVIN MASSEY, AMERICAN* (CONSTITUTIONAL LAW: POWERS AND LIBERTIES 394-395 (2nd ed., 2005)).

השיקולים הקונסטיטוציוניים עליהם עמדנו עד כה עשויים לתמוך בפרשנות קפדנית ודווקנית לדרישת "ההסמכה המפורשת" הקבועה בפסקת ההגבלה. בהתאם למשמעות זו, לשם חוקתיותה של חקיקת-משנה הפוגעת בזכויות יסוד מוגנות, אין די בקיומה של הסמכה סתמית, כוללנית וגורפת בחוק לעצם התקנתה של חקיקת-משנה פוגענית; יש להצביע על הרשאה בלשון ברורה בחוק, המפרטת את מהות הפגיעה בזכות המוגנת ואת אמות-המידה העקרוניות לה בגדרי החקיקה המסמיכה.

כנגד הגישה הפרשנית האמורה ניתן לטעון כי במציאות המודרנית, ריבוי הנושאים הדורשים הסדר תחיקתי אינו מאפשר למחוקק הראשי להידרש בעצמו למכלול הסוגיות הדורשות הסדרה. לפי אותה טענה, דרישה להרשאה ברורה ומפורטת בחוק לצורך פגיעה בזכויות יסוד באמצעות חקיקת-משנה, עלולה להוביל לחקיקה ראשית מסורבלת ואיטית, שלא תאפשר התאמה לנסיבות החיים המשתנות ולצרכי הזמן והמקום. מצב זה עלול להוביל לשיתוק מלאכת ההסדרה תוך פגיעה באינטרס הציבורי הרחב ואף בהגנה על זכויות האדם. זאת ועוד; פרשנות קפדנית לדרישת "ההסמכה המפורשת" עלולה להצר יתר על המידה את כוחן של רשויות המינהל להפעיל שיקול-דעת רחב בקביעת הסדרים המצויים בתחום מומחיותן. ניתן להוסיף לטעון כי קשה לקבוע קו מבחין חד וברור בין הסדרים ראשיים ומשניים, ולפיכך ספק אם ניתן מבחינה מעשית לייחד למחוקק הראשי את תפקיד קביעתם של הסדרים ראשוניים (ראו על כך פס' 36 לחוות-דעתה של השופטת נאור וכן בפסק-דינה בבג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח הנ"ל, עמ' 759-760; עוד ראו והשוו: ברכה הנ"ל, עמ' 82; זמיר הנ"ל, עמ' 68). ואמנם, כבר נאמר בפסיקתנו כי "מורכבות החיים חייבה אותנו להשלים עם קיומם של הסדרים ראשוניים בחקיקת-מישנה..." על-אף שמדובר במצב שאיננו רצוי (דברי המישנה-לנשיא חשין בבג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481, 505 (1997)).

שיקולים אלה עשויים להצדיק משמעות מרוככת יותר לדרישת "ההסמכה המפורשת". בהתאם למשמעות זו, די שההרשאה לפגיעה בזכות יסוד תתחייב לפי תכליתו של החוק המסמיך, ואין הכרח בלשון מפורשת ובקיומו של הסדר מפורט בחקיקה ראשית בנוגע לתוכן הפגיעה בזכות המוגנת והיקפה (ראו והשוו: מאמרו של

א' גזל הנ"ל, עמ' 416). גישה דומה נוהגת בשיטת המשפט האנגלית בה נפסק כי לא רק לשון מפורשת אלא גם כוונה המשתמעת באופן הכרחי מחקיקת הפרלמנט, יכולה לסתור את החזקה הפרשנית לפיה מחוקק-המשנה אינו מוסמך לקבוע הסדרים הפוגעים בעקרונות יסוד של השיטה (ראו: A.W.BRADLEY & K.D. EWING, CONSTITUTIONAL P. CRAIG, ADMINISTRATIVE ; AND ADMINISTRATIVE LAW 687-688 (14th ed., 2007) (Law 389-390 (5th ed., 2003)).

12. כיצד עלינו לאזן בין מכלול השיקולים עליהם עמדנו? מהי הפרשנות שיש ליתן לדרישת "ההסמכה המפורשת" בפסקת ההגבלה, בהתחשב במגוון השיקולים האמורים? דומה כי עלינו להשיב על שאלות אלה בראייה רחבה המשקיפה על יתר מרכיביה של פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי היסוד. כפי שהובהר לעיל, פסקת ההגבלה מבטאת תפיסה מורכבת של שלטון החוק - הפורמאלי והמהותי גם יחד. תנאיה של פסקת ההגבלה מבוססים על איזון עדין של זכויות האדם בינן לבין עצמן ובינן לבין טובת הכלל. מלאכת איזון זו אינה ניתנת להגדרה מדויקת וקבועה מראש שכן היא פרי שקלול והערכה. עליה לגלות רגישות להקשר בו היא נעשית (ראו: ברק-פרשנות חוקתית הנ"ל, עמ' 548).

בהתחשב בכל אלה, פסקנו בעבר כי הפרשנות ואופן היישום של תנאיה המהותיים של פסקת ההגבלה - ובמיוחד דרישות התכלית הראויה והמידתיות - נקבעים בהתחשב במכלול פרמטרים ובהם: התחום שהחקיקה הפוגעת עוסקת בו; הטעמים שבבסיס הזכות המוגנת וחשיבותה החברתית היחסית; מהות הפגיעה בזכות ועוצמתה במקרה הקונקרטי; נסיבות הפגיעה והקשרה; וכן מהות הזכויות או האינטרסים המתחרים (ראו: דבריי בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258-259 (2002)). בהמשך לכך נקבע כי טיב הפגיעה בזכות המוגנת ועוצמתה עשויים להשפיע על בחינת הפגיעה במשקפיה של פסקת ההגבלה. ובלשונו של השופט י' זמיר: "מבחינה עקרונית, רמת ההגנה על זכות יסוד צריכה לעמוד ביחס ישר לדרגת החשיבות של הזכות ולעוצמת הפגיעה בזכות" (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 262 (1999); עוד ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם הנ"ל, עמ' 260; בג"ץ 5016/96 חורב הנ"ל, עמ' 49).

בהתאם לדברים אלה, נקבע בפסיקתו של בית-משפט זה כי ככל שהזכות הנפגעת הינה בעלת ערך חברתי רב וככל שעוצמת הפגיעה בה היא מקיפה וחריפה, כך תידרשנה מטרות חשובות ומהותיות יותר על-מנת לקיים את דרישת "התכלית הראויה" במסגרת פסקת ההגבלה (ראו למשל: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל

נ' הכנסת (טרם פורסם, 11.5.2006), פס' 53 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק; בג"ץ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876, 890 (2005) מפי הנשיא א' ברק; בג"ץ 8256/05 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 12.12.2006), פס' 28 לפסק-דינו של הנשיא ברק).

באופן דומה, נפסק לגבי דרישת המידתיות כי "כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה [של] הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות" (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 777 (1999) מפי השופט (כתוארו אז) מ' חשין; עוד ראו: בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 544 (1997) מפי השופט א' גולדברג; בג"ץ 6055/95 צמח הנ"ל, עמ' 282 מפי השופט י' זמיר; בג"ץ 4769/95 מנחם הנ"ל, עמ' 280 לפסק-דיני; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 423-420 (1997) בפסק-דינה של השופטת ד' דורנר). יצוין כי בכל הנוגע לדרישת המידתיות, בחינת טיב הפגיעה ועוצמתה הינה חלק אינהרנטי ממבחניה של דרישה זו - ובעיקר ממבחן-המשנה השלישי שבמסגרתו נבחן היחס בין מהות ועוצמת הפגיעה בזכות לבין התועלת הצומחת ממנה (ראו למשל: בר"ם 696/06 אלקנוב נ' בית הדין לביקורת המשמורת של שוהים שלא כדין (טרם פורסם, 18.12.2006), פס' 21 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה).

הנה כי כן, בהתאם להלכה הפסוקה של בית-משפט זה, מהותה של הזכות הנפגעת, הטעמים שבבסיס הזכות וחשיבותה החברתית היחסית, עוצמת הפגיעה בה וההקשר שבו בוצעה הפגיעה - כל אלה משליכים על פרשנותן ואופן יישומן של דרישות התכלית הראויה והמידתיות המהוות ביטוי לעקרון שלטון החוק במובנו המהותי הרחב. באופן דומה, ראוי לדעתי לפרש את דרישת "ההסמכה המפורשת" בחוק, המהווה אף היא ביטוי לעקרון שלטון החוק (ראו: פס' 9 לעיל). אכן, הדרישה ל"הסמכה מפורשת" בחוק אינה נושאת משמעות קבועה והכרחית אחת. עליה להיות מופעלת מתוך רגישות להקשר הדברים ולמכלול נסיבות העניין. בהתאם לכך, טיב הזכות הנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה, חשיבותה החברתית היחסית של הזכות, עוצמת הפגיעה בה, השלכותיה החברתיות, מיהות הרשות הפוגעת והקשר הדברים - כל אלה ראוי שישפיעו על אופן הפרשנות והיישום של דרישת "ההסמכה המפורשת" בפסקת ההגבלה.

בהתחשב בכך, ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה

ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת "ההסמכה המפורשת" בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בהתאם לכך, בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה גבוהה, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמיך הקובעת אמות-מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת-משנה. רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים. עמד על כך הנשיא ברק בדונו בכלל הבסיסי לפיו הסדרים ראשוניים צריכים להיקבע על-ידי המחוקק הראשי:

"רמת הפשטה של ההסדר הראשוני משתנה מעניין לעניין. ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כך אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה ראשית הקובע, ולו רק באופן כללי, את מהות הפגיעה או היקף הפגיעה בחירות. כאשר אובייקט ההסדר הוא נושא מרכזי, הדורש מומחיות רבה, ניתן לא פעם להסתפק ברמת הפשטה גבוהה...
אכן, מהות ההסדר, השלכותיו החברתיות, מידת פגיעתו בחירות הפרט – כל אלה משפיעים על היקפו של ההסדר הראשוני ועל מידת הפירוט הנדרש ממנו".

(בג"ץ 3267/97 רובינשטיין הנ"ל, עמ' 516-515; עוד ראו: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב הנ"ל, פס' 37-39 לפסק-דינו של המשנה לנשיא מ' חשין).

לעומת זאת, ככל שהטעמים שבבסיס הזכות המוגנת הינם בעלי חשיבות חברתית נמוכה יחסית, וככל עוצמת הפגיעה בזכות חלשה בהתחשב בהקשרה ובמכלול נסיבות העניין, כך ניתן לפרש את דרישת "ההסמכה המפורשת" באופן גמיש ומרוכך יותר. בנסיבות כאמור, יכולה חקיקת-המשנה לשאוב כוחה מהסמכה מפורשת המתחייבת מתכליתו הברורה של החוק המסמיך. לשון אחר; כאשר טיב הפגיעה בזכות המוגנת, היקפה ועוצמתה אינם משמעותיים, די בכך שמתכליתו הפרטיקולרית של החוק המסמיך עולה באופן הכרחי קיומה של הסמכה לפגיעה בזכות היסוד. זאת, אף בהעדר לשון ברורה והסדרה של עיקרי הפגיעה בחקיקה ראשית (ראו והשוו: גזל הנ"ל, עמ' 408-403).

13. הפרשנות האמורה לדרישת "ההסמכה המפורשת", המבוססת על זיקה לטיב ולעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, הינה ראויה. היא יוצרת קוהרנטיות והרמוניה פרשנית בין חלקיה השונים של פסקת ההגבלה, המהווים מכלול אחד שתכליתו לאפשר פגיעה בזכויות אדם על-מנת לשמור על זכויות האדם (ראו: ברק-פרשנות חוקתית הנ"ל, עמ' 487-486). היא מאפשרת גמישות בהתאם להקשר ולנסיבות העניין, תוך מציאת איזון

ראוי בין הטעמים המצדדים בקביעת אמות-מידה בסיסיות בחקיקה ראשית לשם פגיעה בזכויות-אדם, לבין הצורך ביעילות מנהלית ובמרחב תמרון למחוקק-המשנה כחלק מטובת הציבור ומההגנה על זכויות הפרט (ראו: פס' 11 לעיל).

הפרשנות המוצעת אף מיישבת בין הגישות השונות שהובעו בפסיקתו של בית-משפט זה בנוגע לדרישת "ההסמכה המפורשת" עובר לחוקי היסוד (ראו: פס' 10 לעיל). בהתאם לפרשנות עליה עמדנו, הדרישה להסמכה "גלויה, ברורה ומפורשת" כלשונו של הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 337/81 מיטרני הנ"ל, עמ' 360, תחול בנוגע לחקיקת-המשנה הפוגעת בזכויות יסוד מרכזיות באופן משמעותי וחמור (ראו והשוו: דברי השופטת דורנר בבג"ץ 5936/97 לם הנ"ל, פס' 10 ובבג"ץ 8070/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים (לא פורסם, 10.5.2004), פס' 8). לעומת זאת, כאשר מדובר בפגיעה שאינה משמעותית בעוצמתה ובהתייחסותה לזכות הרלוונטית, דרישת "ההסמכה המפורשת" תקוים אף אם ההסמכה לפגיעה "משתמעת מתוך מטרתו ומגמתו הכללית של החוק [המסמין]" כלשונו של השופט ברנזון בבג"ץ 144/72 ליפבסקי-הליפי הנ"ל, עמ' 723.

לבסוף יוער כי הפרשנות המוצעת משתלבת היטב עם ההנחה הפרשנית עליה עמדנו לעיל, לפיה חזקה כי המחוקק הראשי לא התכוון להעניק לרשות המבצעת סמכות לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקת-משנה. כאמור, חזקה זו קיבלה משנה תוקף לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם (ראו: פס' 11 לעיל). ואמנם, בהתאם לפרשנות המוצעת על-ידינו, חקיקת-משנה הפוגעת פגיעה חריפה בזכויות-יסוד מרכזיות, חייבת לשאוב כוחה מהסמכה ברורה בחקיקה ראשית הקובעת אמות-מידה עקרוניות להסדרת הפגיעה, לפחות בקווים כלליים. באופן זה, הסדרים הכרוכים בפגיעה משמעותית וחמורה בזכויות-יסוד של האדם, לא יעוגנו בחקיקת-משנה בהעדר הסדרה מתאימה של העניין בדבר חקיקה של הכנסת.

נעיר עוד כי טרם ניתן בפסיקתנו מענה לשאלה האם לאחר חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, הפכה החזקה הפרשנית האמורה לכלל חוקתי מחייב, המשליך על יכולתה של הכנסת להסמיך במפורש רשות מנהלית לקבוע בעצמה הסדרים ראשוניים הפוגעים בזכויות אדם. שאלה זו אינה מתעוררת בתיק שלפנינו ואין בחוות-דעתי כדי להכריע בה (ראו והשוו פרשות אחרות בהן נותרה השאלה האמורה בצריך-עיון: בג"ץ 244/00 ועדת המעקב הנ"ל, פס' 34 מפי המישנה-לנשיא מ' חשין; בג"ץ 3267/97 עמותת שיח חדש הנ"ל, עמ' 58 מפי השופט (כתוארו אז) ת' אור; בג"ץ 3267/97

רובינשטיין הנ"ל, עמ' 522-523 מפי הנשיא א' ברק; עוד ראו בעניין זה: רובינשטיין ומדינה הנ"ל, עמ' 170).

מן הכלל אל הפרט

14. העתירה שלפנינו עוסקת בשאלת חוקתיותו של האיסור על שידור פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה. איסור זה קבוע בכללי רשות השידור והרשות השנייה המהווים חקיקת-משנה. ההסמכה הסטטוטורית של רשות השידור להתקנת הכללים האמורים קבועה בסעיף 25א(ב)(2) לחוק השידור שזו לשונו:

25א. פרסומות והודעות ברדיו

...(א)

(ב) הועד המנהל יקבע, בהתייעצות עם המנהל הכללי, כללים בדבר-

...(1)

(2) איסורים ומגבלות על תשדירי פרסומת והודעות.

(ההדגשה אינה במקור- ד.ב.)

אשר לרשות השנייה - הוראת ההסמכה הרלוונטית קבועה בסעיף 88(2) לחוק הרשות השנייה הקובע כדלקמן:

88. כללים לתשדירי פרסומת

המועצה תקבע כללים בכל הקשור לשידורם של תשדירי פרסומת, בין היתר, בנושאים אלה:

...(1)

(2) נושאי פרסום האסורים לשידור כתשדירי פרסומת, דרך

כלל, בנסיבות מסוימות או בשל היותם פוגעים בטעם

הטוב או ברגשות הציבור.

(ההדגשה אינה במקור- ד.ב.)

חברתי השופטת נאור עמדה בפסק-דינה על כך שהשוני הלשוני בין שני סעיפי ההסמכה האמורים אינו משמעותי, וכי רשות השידור והרשות השנייה גם יחד מוסמכות לקבוע מגבלות בנוגע לתוכנם של תשדירי הפרסומת (ראו: פס' 31-32 לפסק-דינה ומכלול האסמכתאות המובאות שם). לדברים אלה אני מסכימה. עם זאת, השאלה הניצבת לפנינו הינה האם ההסמכה הסטטוטורית האמורה מהווה "הסמכה מפורשת" בחוק לצורך קביעת איסור מוחלט על שידור פרסומות פוליטיות. חברתי השיבה על שאלה זו בחיוב. בעניין זה עמדתי שונה.

ההסמכה בחוק רשות השידור ובחוק הרשות השנייה לקביעת מגבלות על תוכנם של שידורי פרסומת הינה כללית. שיקול-הדעת הנתון לוועד המנהל של רשות השידור ולמועצת הרשות השנייה בהקשר זה הינו רחב ביותר. הוראות ההסמכה האמורות אינן מפרטות באילו שיקולים רשאיות רשות השידור והרשות השנייה להתחשב לצורך קביעת מגבלות כאמור, ומה טיבן של מגבלות אלה, תוכנן והיקפן. אמנם, סעיף 288(2) לחוק הרשות השנייה מציין כי הרשות השנייה רשאית להטיל מגבלות על נושאי פרסומת "בשל היותם פוגעים בטעם הטוב או ברגשות הציבור". אולם מעבר לכך, לא הוסיף המחוקק דבר.

מוכנה אני לומר כי מתכליתם של סעיף 25א(ב)(2) לחוק רשות השידור וסעיף 288(2) לחוק הרשות השנייה משתמעת בבירור, ואף בהכרח, כוונה להסמיך את הוועד המנהל של רשות השידור ואת מועצת הרשות השנייה להגביל את חופש הביטוי של המבקשים לפרסם ברדיו או בטלוויזיה. בנסיבות מתאימות, עשויה הסמכה זו להוות "הסמכה מפורשת" בחוק לפגיעה בחופש הביטוי, על-אף שלשון ההרשאה היא כללית ואין בה כדי לקבוע אמות-מידה עקרוניות לקביעת מגבלות על תוכנם של תשדירי הפרסומת. כך למשל, כאשר מדובר בחופש הביטוי המסחרי שרמת ההגנה לגביו פחותה ביחס לחופש הביטוי הפוליטי, או כאשר מדובר בפגיעה בחופש הביטוי - לרבות חופש הביטוי הפוליטי - בנסיבות בהן הפגיעה אינה חריפה בעוצמתה. כפי שבואר לעיל, בנסיבות כאמור ניתן לפרש את דרישת "ההסמכה המפורשת" בחוק באופן גמיש ומרוכך יותר (ראו והשוו: בג"ץ 6396/96 זקין הנ"ל, פס' 9 לפסק-דינו של השופט זמיר).

לא כך הם פני הדברים בהקשר הנדון לפנינו. האיסור על תשדירי פרסומת פוליטית מונע מראש ובאופן מוחלט שידור פרסומות בטלוויזיה וברדיו בשל כך שתכליתן לשכנע בסוגיה פוליטית השנויה במחלוקת בציבור. מטעמים שפורטו לעיל, עמדתי הינה כי האיסור המוחלט על שידור פרסומות פוליטיות מקים פגיעה רצינית בחופש הביטוי הפוליטי. הטעמים המונחים בבסיסו של חופש הביטוי הפוליטי, חשיבותו הרבה לפרט ולחברה, תרומתו החיונית להליך הדמוקרטי ועוצמת הפגיעה בו בנסיבות העניין - כל אלה ראוי שישליכו על משמעות הדרישה לפגיעה מכוח "הסמכה מפורשת" בחוק בהקשר הנדון לפנינו.

בהתחשב בכל אלה, אני סבורה כי לצורך קביעת איסור מוחלט המונע מראש כל אפשרות לשידור פרסומות פוליטיות במדיה המשודרת, אין די בהרשאה הכללית הקבועה בסעיף 25א(ב)(2) לחוק רשות השידור ובסעיף 288(2) לחוק הרשות השנייה;

לצורך קביעת איסור רחב-היקף כאמור נדרשת לשון ברורה בחוק, הקובעת את אמות-המידה העקרוניות לעניין האיסור הנדון, ולו בקווים כלליים. יצוין כי ככל שהדבר נדרש, עשויים הסדרי הביצוע של איסור על שידור פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה להיקבע במסגרת חקיקת משנה, על-מנת לאפשר את יישומו ואכיפתו של האיסור האמור. הסדר דומה נוהג בגרמניה ובאנגליה. אשר לגרמניה - כל 16 המחוזות קלטו בחקיקת פרלמנט את אמנת השידור הבין-מדינתית הגרמנית בה נקבע איסור מלא על שידור פרסומות פוליטיות שלא בתקופת בחירות (Sec. 7 Par. 8) (Rundfunkstaatsvertrag- Interstate Broadcasting Treaty). לצד זאת, נקבעה בחוק הסמכה להתקנת כללים שתכליתם ליישם את האיסור כאמור. אשר לאנגליה - האיסור המוחלט על שידור פרסומות פוליטיות במדיה המשודרת שלא בתקופת בחירות מעוגן בחקיקת הפרלמנט - בסעיף 321 ל- Communications Act 2003. בסעיף 319(2) לחוק הנ"ל נקבעה הסמכה לקביעת כללים לצורך הפעלתו של איסור זה.

15. בטיעוניהן לפנינו הפנו המשיבות להוראות אחרות בחוק רשות השידור ובחוק הרשות השנייה, שעניינן חובתה של הרשות לנהוג בהגינות ולהבטיח שידורים מהימנים תוך מתן ביטוי להשקפות ולדעות שונות הרווחות בציבור (להוראות-החוק האמורות ראו: פס' 35 לפסק-דינה של השופטת נאור). לשיטתי, נוכח טיב ועוצמת הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, אין בכוחן של הוראות-חוק אלה כדי להוות "הסמכה מפורשת" בחוק לקביעת האיסור הנדון לפנינו. החובה הסטטוטורית לשמור על הגינות השידורים עשויה לחייב הסדרה קפדנית של שידורי פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה, אולם אין די בה, כשלעצמה, כדי להוות "הסמכה מפורשת" בחוק לקביעת כלל האוסר באופן מוחלט על האפשרות לשידור פרסומות פוליטיות. לצורך קביעתו של איסור כאמור, נדרשת הסמכה ברורה בחוק הקובעת את אמות-המידה העקרוניות לקיומו של איסור זה.

16. כאן המקום להדגיש כי בניגוד לטיעוני המשיבים, המסקנה אליה הגענו אינה סותרת הלכות קודמות של בית-המשפט העליון. בבג"ץ 10182/03 ח.ל. חינוך הנ"ל וכן בבג"ץ 7144/01 גוש שלום עמותה רשומה נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887 (2002), לא עמדה לדיון שאלת חוקיות הכלל האוסר על שידור פרסומות פוליטיות; ממילא, אין בהלכות שנקבעו שם כדי להכריע בשאלה האם קיימת "הסמכה מפורשת" בחוק לקביעת איסור כאמור. יתר פסקי-הדין אליהם הפנו המשיבים בטיעוניהם, דנו בסוגית חוקיותם של כללים שהגבילו את חופש הביטוי המסחרי (ראו למשל: בג"ץ 4520/95, טמפו תעשיות בירה בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (לא פורסם, 19.9.1995), פס' 4 שם נדונה חוקיות הכלל האוסר על "תשדיר המציע תחרות או מבצעי פרסים

בהקשר לשתיה" של משקה אלכוהולי). בפסקי-דין אלה שעניינם במגבלות על חופש הביטוי המסחרי, אין כדי לסתור את מסקנתנו בדבר העדרה של "הסמכה מפורשת" בחוק לקביעת הכללים נשוא העתירה שלפנינו, הפוגעים באופן משמעותי בחופש הביטוי הפוליטי.

בהמשך לדברים אלה, ראוי לציין כי המסקנה אליה הגענו בנסיבות העניין, תואמת את גישתו של בית-משפט זה בבג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח הנ"ל. באותה פרשה נפסק ברוב דעות (השופטת חיות והמשנה-לנשיאה ריבלין אל מול דעתה של השופטת נאור) כי ההסמכה הכללית הקבועה בסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, אינה מהווה "הסמכה מפורשת" בחוק לצורך קביעת תקנה המגבילה פגישה של אסיר עם עורך-דינו. באותו עניין נפסק מפי השופטת חיות כי: "...עוצמתה של הזכות העלולה להיפגע מן ההגבלות שנקבעו בתקנה 29(ב) [זכות ההיוועצות עם עורך-דין - ד.ב.], ומהות הפגיעה מחייבות הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית, ואין די בהסמכה הכללית שבסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר" (שם, עמ' 762). המשנה-לנשיאה ריבלין הוסיף כי: "בסעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] לא מצאתי רמז להסמכה מפורשת של מחוקק המשנה לפגוע בזכות לייצוג. אמירות כלליות בדבר הסמכות להתקין תקנות בכל 'עניין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו' או בכל עניין הנוגע ל'ניהולם הטוב של בתי הסוהר ומשמעתם' – אין בהן די" (שם, עמ' 768). הנה כי כן, נוכח חשיבותה החברתית של זכות ההיוועצות בעורך-דין ובהתחשב בטיב הפגיעה בזכות האמורה ועוצמתה בנסיבות אותו עניין, בא בית-משפט זה בדעת-רוב למסקנה כי אין די בהסמכה הכללית הקבועה בפקודת בתי הסוהר כדי להוות "הסמכה מפורשת" בחוק לצורך פגיעה משמעותית בזכות האמורה במסגרת חקיקת-משנה. עמדה זו עולה בקנה אחד עם המסקנה אליה הגענו בנסיבות העניין שלפנינו, ולפיה בהתחשב במעמדו הרם של חופש הביטוי הפוליטי ובהתחשב בעוצמת הפגיעה בו, אין בהוראות ההסמכה הכלליות הקבועות בסעיף 25א(ב)(2) לחוק רשות השידור ובסעיף 88(2) לחוק הרשות השנייה כדי להוות "הסמכה מפורשת" בחוק לצורך קביעת כלל האוסר באופן מוחלט על שידור פרסומות פוליטיות.

17. המסקנה המתבקשת ממכלול הטעמים שהובאו לעיל הינה כי האיסור המוחלט על שידור פרסומות פוליטיות הקבוע בסעיף 7(2) לכללי רשות השידור ובסעיפים 5 ו-11 לכללי הרשות השנייה, נקבע ללא הסמכה מתאימה בחוק. עם זאת, בנסיבות העניין אני סבורה כי בטלות מיידית של הכללים האמורים תוביל לתוצאה בלתי רצויה, עקב הצורך בהסדרה חקיקתית של הסוגיה לאחר בחינה כוללת של מכלול ההיבטים

הכרוכים בכך. יצוין כי אף לגישת העותרת, שידור פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה מחייב הסדרה של הנושא בדבר-חקיקה של הכנסת. בנסיבות אלה, אציע לחברי להשעות את תוקף בטלותם של הכללים הנדונים לתקופה של שנה על-מנת לאפשר לכנסת להידרש לסוגיה. (לשימוש בהשעיה כביטוי לתורת הבטלות היחסית, ראו: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח הנ"ל, עמ' 763 והאסמכתאות המובאות שם).

הערות לפני הנעילה

18. נוכח המסקנה אליה הגעתי בנסיבות העניין, לפיה לא מתקיימת הדרישה לפגיעה מכוח "הסמכה מפורשת" בחוק, אינני נדרשת להכריע בשאלת התקיימותם של מרכיבי המהותיים של פסקת ההגבלה. עם זאת, רואה אני להוסיף מספר הערות קצרות בהקשר זה.

מטיעוני המשיבים לפנינו עלה כי תכליתו של האיסור על שידור פרסומות פוליטיות במדיה המשודרת, הינה להבטיח כי התשדירים ברדיו ובטלוויזיה יהיו הוגנים ומאוזנים. מטרת האיסור הינה למנוע השפעה בלתי הוגנת ובלתי שוויונית על השיח הפוליטי-ציבורי בידי גורמים בעלי הון, באמצעות העברת מסרים פוליטיים במסגרת תשדירי פרסומת הכרוכים בעלות כספית גבוהה. החשש הוא כי היכולת לרכוש זמן פרסום לצורך שידור מסרים פוליטיים, עלולה לפגוע בשוויון המהותי ביחס למסרים שאינם זוכים לתמיכה כספית המאפשרת הצגתם בפלטפורמה האמורה. תוצאה כזאת עלולה לפגוע בשאיפה לאיזון בין הדעות השונות בחברה ואף להוביל לעיוות התהליך הדמוקרטי. בין הצדדים שלפנינו לא היתה מחלוקת של ממש כי תכלית זו הינה ראויה, והשופט [א] הרחיבה על הטעמים לכך בפסק-דינה.

בנסיבות העניין שלפנינו, עיקר המחלוקת בנוגע למרכיבי המהותיים של פסקת ההגבלה נעוץ בדרישת המידתיות. דומה כי הכל שותפים לדעה כי סוגית שידורן של פרסומות פוליטיות באמצעי התקשורת האלקטרוניים, מחייבת התערבות והסדרה. המחלוקת נוגעת להיקף ההתערבות ולדרך הראויה להשגת התכלית עליה עמדנו. בעניין זה, ניתן להצביע על שיקולים סותרים. מחד גיסא, הערוצים האלקטרוניים מהווים משאב ציבורי מוגבל. השידורים באמצעותם נושאים כוח השפעה רב עוצמה בציבור. ניתן לטעון כי מסגרת תשדירי הפרסומת התלויה בכוח המימון של המבקשים לפרסם באמצעותה אינה מאפשרת יישום ואכיפה הולמים של דוקטרינת ההגינות, ולפיכך האמצעי הנדרש לשם שמירה על איזון הוגן בין השקפות שונות בציבור הינה מניעה

מוחלטת של האפשרות לשרר פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה. בדרך זו, יימנע מצב בו "בעל המאה הוא בעל הדעה". ואמנם, כפי שצוין לעיל, באנגליה ובגרמניה נקבע בחקיקה איסור מוחלט על שידור פרסומות פוליטיות במדיה המשודרת. יוער כי בגרמניה לא נדונה מעולם שאלת חוקתיותו של האיסור האמור בפני בית-המשפט הפדרלי העליון. אשר לאנגליה, לאחרונה ניתן פסק דינו של בית הלורדים, בו נדחה פה אחד ערעור שהוגש על פסק-דינו של ה- High Court of Justice, אשר קבע כי האיסור הסטטוטורי המוחלט על שידור פרסומות פוליטיות, איננו עומד בסתירה לסעיף 10 לאמנה האירופאית לזכויות אדם (ראו: Animal Defenders International v. The Secretary of State for Culture, Media and Sport, [2008] 3 All ER 193).

מנגד, יש שיטענו כי קביעת איסור מוחלט על שידור פרסומות פוליטיות באמצעי התקשורת האלקטרוניים מהווה אמצעי פוגעני יתר על המידה, בהתחשב בתרומה האפשרית של פרסומות כאמור לשיח הפוליטי-ציבורי בישראל. לפי גישה זו, לשם עידוד הפלורליזם בחברה אין לחסום כליל שידורן של פרסומות פוליטיות, אלא ראוי להתירן תחת סייגים. בהקשר זה, ראוי לציין כי מודעות פוליטיות מתפרסמות כיום תמורת תשלום בעיתונות הכתובה, באתרי אינטרנט ובשלטי חוצות. זאת ועוד; יש לזכור כי פרסומות בעלות תוכן פוליטי משודרות גם היום, אם ניתן להחיל עליהן את הכלל של מסירת מידע לציבור. כך למשל, במסגרת הודעות על כינוסים, עצרות והפגנות, אין מניעה לשרר מודעות בתשלום שתוכנן פוליטי. על רקע מציאות זו, ניתן לכאורה לעורר ספק האם החשש לעיוות השיח הציבורי עקב שידור פרסומות פוליטיות בטלוויזיה וברדיו, הוא אמנם רציני ומבוסס. תמיכה לגישה זו ניתן למצוא בפסיקתו של בית-המשפט האירופאי לזכויות אדם בפרשת VgT Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR, 2001-VI. בניסבות אותו עניין, פסק בית-הדין כי חוק שוויצרי שקבע איסור מלא על שידור פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה, פגע באופן בלתי מידתי בחופש הביטוי הפוליטי המוגן בסעיף 10 לאמנה. יוער כי נוכח פסק-הדין האמור של בית-הדין האירופאי לזכויות אדם, נמנעה בשעתו ממשלת בריטניה ממתן הצהרה בפני ה- House of Commons בנוגע להתאמתו של האיסור הסטטוטורי על שידור פרסומות פוליטיות לאמנה האירופאית לזכויות אדם. (הצהרה כאמור נדרשת לפי סעיף 19(1)(b) ל- Human Rights Act, 1998 בנוגע להצעות-חוק ממשלתיות. ראו בעניין זה: JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, SCRUTINY OF BILLS: FURTHER PROGRESS REPORT – FOURTH REPORT OF SESSION 2002-2003, p. 6-14). (10, Ev 14).

מבט משווה למצב הנוהג בארצות-הברית ובקנדה מלמד כי במדינות אלה מותר לשדר פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה, בכפוף למגבלות. כך למשל, מדינות שונות בארצות-הברית - כגון פלורידה וקנזס - דורשות כי התשדירים האמורים ילוו בהודעה המבהירה למאזין ולצופה כי מדובר בפרסומת, על-מנת לעודד "בחירה מודעת" במסר הפוליטי המועבר לציבור באמצעים מסחריים. בקנדה נמנע המחוקק מלקבוע איסור או מגבלה על שידור פרסומות פוליטיות שלא בתקופת הבחירות. עם זאת, הגופים המשדרים קבעו בעצמם סייגים חלקיים לצורך הסדרת הסוגיה. כך למשל, סעיף 1(f) לקוד הקנדי לכללי הפרסום (The Canadian Code of Advertising Standards) קובע כי המפרסם "advocacy advertisement" חייב להזדהות במסגרת הפרסומת, על-מנת שהמאזין או הצופה ידעו מיהו הגורם העומד מאחורי הפרסום.

בהמשך לדברים אלה יוער כי הגישה המצדדת בשידור פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה - ולו באופן מסויג ומוגבל - מחייבת התייחסות למכלול היבטים שיש ליתן עליהם את הדעת. כך למשל, בהתאם לגישה האמורה ראוי לבחון קיומם של אמצעים חלופיים שתכליתם למנוע דומיננטיות-יתר של מסרים מסוימים על-פני אחרים (ניתן לשקול, לדוגמה, קביעת מגבלות בנוגע לזמן שיוקצה לשידור פרסומות פוליטיות ולשעות שידורן, משך התשדירים, תדירותם ומחירם, וכן מיקומן של הפרסומות הפוליטיות במקבץ הפרסומות). זאת ועוד; הגישה המצדדת בשידורי פרסומת פוליטית בכפוף למגבלות ולסייגים, מחייבת לשקול שימוש באמצעים שתכליתם להבטיח כי המאזינים והצופים יהיו מודעים לכך שמדובר בפרסומת פוליטית (לכך מכוונת חובת ההודעה הנוהגת בארצות-הברית ובקנדה). עוד ראוי ליתן את הדעת לשאלת היחס בין ההסדר הנוגע לשידור פרסומות פוליטיות לבין האיסור על שידור "תעמולה מפלגתית", ואף לשאלת היחס בין אותו הסדר לבין שידורי תעמולה מטעם מפלגות בתקופת בחירות. מדובר, אפוא, בסוגיות רגישות ומורכבות הדורשות עיון ובחינה מעמיקים, ולפיכך מצדיקות חקיקה ראשית.

19. הנה כי כן, שאלת מידתיותו של איסור מוחלט על שידור פרסומות פוליטיות, אינה פשוטה למענה. כבר נקבע בפסיקתו של בית-משפט זה כי בדרך-כלל, שאלת המידתיות היא מסוג השאלות שאין עליהן תשובה מדויקת ואחידה, שכן היא דורשת מלאכת שקלול והערכה. בהתחשב בכך, הכיר בית-משפט זה ב"מרחב תמרון חוקתי" המכונה גם "מתחם המידתיות". גבולותיו של מרחב התמרון החוקתי נקבעים בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו, בהתחשב במהותם של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה, אל מול טיבם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים (ראו: דבריי בבג"ץ 4769/95 מנחם הנ"ל, עמ' 281-282 והאסמכתאות המובאות שם). יש להניח כי

השיקולים השונים וההסדרים שאומצו במדינות אחרות יישקלו על-ידי המחוקק הראשי בכבאו להסדיר את סוגית שידורם של פרסומות פוליטיות ברדיו ובטלוויזיה בישראל. משכך, אינני רואה לנקוט בשלב זה עמדה בשאלת מידתיותם של הכללים נשוא העתירה לפנינו.

אשר על כן, אציע לחבריי להורות על הפיכתו של הצו-על-תנאי למוחלט. בהתאם לכך, יש להכריז על בטלותו - תוך השעיה - של האיסור על שידור פרסומות פוליטיות בטלוויזיה וברדיו הקבוע בסעיף 7(2) לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993, בסעיף 5 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי הרדיו), התשנ"ט-1999 ובסעיף 11 לכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), התשנ"ד-1994; זאת, בהעדר "הסמכה מפורשת" בחוק לקביעתו של איסור כאמור. לו דעתי תישמע, יושעה תוקף הכרזת הבטלות לשנה, על-מנת לאפשר לכנסת להידרש לסוגיה.

בסיום הדברים

20. לאחר כתיבת הדברים האלה, באה בפניי חוות-דעתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה. מן הנימוקים המפורטים בפסק-דינה, סבורה חברתי כי אין לראות בכללים האוסרים על פרסומות בתשלום של ביטויים פוליטיים-אידיאולוגיים, משום פגיעה בחופש הביטוי. אזכיר רק כי גישה זו לא עלתה כלל בטיעוני הצדדים לפנינו ונקודת המוצא לדיוננו היתה כי הכללים אכן פוגעים בחופש הביטוי ולכן יש לבחון אותם על פי פסקת ההגבלה. מן הטעמים שפורטו בחוות-דעתי לעיל, אף אני סבורה כי יש בכללים משום פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, ואינני מוצאת להוסיף על הטעמים שמניתי לעניין זה. עם זאת, רואה אני להוסיף דברים קצרים בהתייחס להיבטים התורתיים-עקרוניים העולים מפסק-דינה של חברתי.

בפסק-דינה עמדה חברתי השופטת פרוקצ'יה על חשיבותה של תורת שני השלבים בבחינת טענה חוקתית. בהתאם לתורה זו, טענה בדבר פגיעה בזכות חוקתית מחייבת בחינה דו-שלבית: בשלב הראשון, יש לעמוד על הגדרת היקפה הפנימי של הזכות החוקתית. בהתחשב בכך, יש לבחון האם הזכות הנדונה אמנם נפגעה בנסיבות העניין. רק אם התשובה לכך חיובית, יש לעבור לשלב השני שעניינו מידת ההגנה הניתנת לזכות שנפגעה. בשלב זה של הניתוח החוקתי, יש לבחון האם הפגיעה בזכות הינה כדין בהתאם למבחניה של פסקת ההגבלה. תורת שני השלבים מתבקשת בבירור מתוך לשונם והוראותיהם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, והיא מהווה כלי-ניתוח

מרכזי בפסיקותיו החוקתיות של בית-משפט זה. ואמנם, עיון בחוות-דעתי וכן בפסקי-דינם של יתר חבריי להרכב, מלמד כי אין מחלוקת בינינו על עצם תורת שני השלבים. עם זאת, למקרא פסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה, דומה כי למעשה מתעוררת מחלוקת בנוגע ליחס שבין שני השלבים עליהם מבוססת הדוקטרינה הנדונה.

תורת שני השלבים מושתתת על תפיסה לפיה שלבי הבחינה החוקתית עליהם עמדנו, משליכים זה על זה. כך למשל, יש הסבורים כי ככל שבית-המשפט מרחיב את היקפן של הזכויות החוקתיות, כך הוא עשוי לצמצם את היקף ההגנה הניתנת להן (ראו: פס' 45 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה והאסמכתאות המובאות שם). זאת ועוד; טיב הפגיעה בזכות המוגנת ועוצמתה, משפיעים על בחינת הפגיעה במשקפיה של פיסקת ההגבלה (ראו: פס' 12 בדבריי לעיל). הנה כי כן, שני שלבי הבחינה החוקתית הינם בעלי זיקה הדוקה זה לזה. ואולם, בכך אין כדי לשנות מן העובדה כי מבחינה אנליטית ומעשית מדובר בשלבי בחינה נפרדים. הגדרת היקפה הפנימי של זכות חוקתית (או זכות-יסוד הלכתית) נעשית משיקולים המשפיעים על מהותה והיקף פריסתה של הזכות הרלוונטית. לרוב, הגדרת גבולותיה הפנימיים של הזכות, משקפת איזון ערכי-עקרוני בין הזכות הנדונה לבין זכויות-אדם אחרות (ראו: ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 381). לעומת זאת, השאלה האם הפגיעה בזכות חוקתית הינה מוצדקת לפי תנאיה של פיסקת ההגבלה, מבוססת על איזונים "חיצוניים" בין הזכות המוגנת לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים. במסגרת האיזון החיצוני, באים לידי התנגשות ערכים ועקרונות בעלי אופי ציבורי, המצדיקים במשקלם המצטבר, פגיעה בזכות אדם מוגנת.

21. חוששתי כי האופן בו הפעילה חברתי השופטת פרוקצ'יה את תורת שני השלבים בפסק-דינה, עלול להוביל לטשטוש ההבחנה בין שני השלבים הנדונים. ככלל, הגישה המקובלת בפסיקתו של בית-משפט זה הינה כי הגבלת אופן מימושה של זכות-אדם מהווה פגיעה בהיקפה הפנימי של הזכות, ולפיכך יש לבחון גם את הפגיעה באופן המימוש, כחלק מהפגיעה בזכות עצמה. לפי תפיסה זו, העובדה כי קיימות דרכי מימוש אחרות לזכות האדם הרלוונטית, עשויה להפחית מעוצמת הפגיעה בזכות, אולם אין בה כדי לאיין את עצם קיומה של הפגיעה (ראו והשוו, למשל, בהקשר של חופש העיסוק: בג"ץ 4756/95 רון מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, פס' 11 לפסק-דיני). בנסיבות העניין שלפנינו, מסכימה חברתי השופטת פרוקצ'יה כי תשדירי פרסומת פוליטיים בתשלום, עשויים להוות "דרך מימוש מיוחדת" של הביטוי הפוליטי (פס' 17 לפסק-דינה). עם זאת, היא סבורה כי דרך מימוש זו אינה מהווה חלק מהיקפה הפנימי של הזכות החוקתית לחופש הביטוי. בעניין זה, ראתה השופטת פרוקצ'יה ליתן משקל נכבד לערכים ולאינטרסים ציבוריים המונחים בבסיס דוקטרינת ההגינות שתכליתה להבטיח

“שוק רעיונות חופשי” באמצעי התקשורת; זאת, על רקע מאפייניה של הפרסומת המסחרית הנקנית בתשלום ומותנית ביכולותיו הכספיות של המזמין אותה.

דומה כי אין מחלוקת בין שופטי ההרכב בפרשה זו בדבר מעמדה וחיבותה של דוקטרינת ההגינות באמצעי התקשורת. ואולם, השאלה העקרונית המתעוררת הינה מהו השלב שבו ראוי לשקול את הדוקטרינה האמורה במסגרת הניתוח החוקתי - האם ראוי כי דוקטרינת ההגינות תשפיע על הגדרת היקפה הפנימי של הזכות לחופש הביטוי כעולה מגישתה של השופטת פרוקצ'יה; או שמא המקום הראוי להתחשב בדוקטרינת ההגינות הינו במסגרת פיסקת ההגבלה כעולה מפסק-דינה של השופטת נאור. עמדתי בעניין זה היא כעמדת השופטת נאור כאמור בפסקה 18 בדבריי לעיל.

ככלל, כאשר עסקינן בסוגיה שעניינה הגבלת אופן המימוש של זכות חוקתית מוגנת, מלאכת האיזון המתבקשת היא בין הזכות המוגנת הרלוונטית לבין ערכים ואינטרסים ציבוריים אחרים. כך הוא המקרה שלפנינו, בו עיקר ההצדקה להגבלה - או ליתר דיוק, לאיסור - על מימוש חופש הביטוי הפוליטי בדרך של פרסומות בתשלום, נעוץ בדוקטרינת ההגינות. מדובר באיזון “חיצוני” בין זכות אדם חוקתית לבין אינטרסים ציבוריים נוגדים ועל דרך העיקרון, המקום הראוי לעריכת איזון זה הוא במסגרת פיסקת ההגבלה. גישה אחרת עלולה להוביל לצמצום היקפן הפנימי של זכויות אדם יתר על המידה, שכן דרכי המימוש של זכויות אלה עלולות שלא לזכות במעמד מוגן. גישה כאמור עלולה אף להוביל לטשטוש אנליטי ומעשי בין שלב הגדרת היקפן הפנימי של זכויות האדם לבין מידת ההגנה עליהן, שכן האינטרסים הציבוריים הנשקלים במסגרת דרישות התכלית הראויה והמידתיות בפסקת ההגבלה, “יחלחלו” אל תוך הגדרת היקפן הפנימי של הזכויות. בין היתר, עלול הדבר להוביל להכבדת נטל ההוכחה המוטל על עותרים המבקשים לטעון לפגיעה בזכות, שכן ההתחשבות בשיקולים הציבוריים תוסט אל השלב הראשון של בחינת עצם קיומה של פגיעה בזכות.

דברים אלה נאמרו על דרך הכלל, אולם הם נכונים במיוחד כשעסקינן בחופש הביטוי הפוליטי. לפי תפיסתי, מעמדו הרם של חופש הביטוי הפוליטי בשיטת המשטר הדמוקרטי והטעמים החשובים המונחים בבסיסו, מצדיקים כי דרכי המימוש השונות של הזכות האמורה יזכו למעמד חוקתי במסגרת היקפה הפנימי של הזכות, וכי ההצדקה לפגיעה בהן תיבחן במסגרת מידת ההגנה לה זוכה חופש הביטוי לפי תנאי פיסקת ההגבלה.

1. כחברותיי הנשיאה ד' ביניש והשופטת מ' נאור אף אני סבורה כי הערך המוגן במקרה דנן הוא חופש הביטוי הפוליטי אשר הפגיעה בו צריכה לעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: פסקת ההגבלה). כמו כן מקובלת עלי עמדת חברותיי כי חופש הביטוי הפוליטי של העותרת נפגע פגיעה מהותית נוכח החלטת המשיבות 2 ו-3 לאסור את שידור תשדירי הפרסומת נשוא העתירה וכי על פי אחד התנאים שבפסקת ההגבלה - עליו עמדו חברותי בהרחבה - שומה על המשיבות 2 ו-3 להראות כי פגיעה זו נקבעה "בחוק" או "לפי חוק ... מכוח הסמכה מפורשת בו". בנקודה זו נפרדת דרכה של הנשיאה מדרכה של השופטת נאור. השופטת נאור סבורה כי כללי רשות השידור וכללי הרשות השניה (כלל 7(2) לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), תשנ"ג-1993, כלל 5 לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), תשנ"ט-1999 וכלל 11 לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (אתיקה בפרסומת בטלוויזיה), תשנ"ד-1994) האוסרים, בין היתר, על שידור פרסומות שיש בהן העברת מסר פוליטי או אידאולוגי השנוי במחלוקת בציבור (להלן ביחד: הכללים האוסרים), הותקנו מכוח "הסמכה מפורשת" כנדרש. הסמכה כזו ניתן לקרוא לדעתה אל תוך הוראות ההסמכה הכלליות הקבועות בסעיף 25א(ב)(2) לחוק הרשות השניה בחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק רשות השידור) ובסעיפים 24(א)(6) ו-88(2) לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השניה), לפי העניין. פירוש זה להוראות ההסמכה הכלליות שבחוקים הנ"ל נתמך לשיטתה של השופטת נאור בהוראות השונות שבחוק רשות השידור ובחוק הרשות השניה מהן עולה החובה הכללית לשדר שידורים מאוזנים המשקפים באופן הוגן את מגוון הדעות הקיימות בציבור, וכלשונה:

אכן, המעיין בסעיפים הנוגעים לפרסומות, בשני החוקים, ובהם בלבד, לא ימצא הכוונה של המחוקק הראשי בענין האסור והמותר. ואולם, להשקפתי אין לקרוא את הסעיפים הנוגעים לתשדירי הפרסומת, במנותק משאר הוראות החוק, כאילו היו תשדירים אלה איבר מנותק מגופה של רשות השידור או מגופה של הרשות השניה.

...

לדעתי עקרונות אלה, העוסקים בשידורים, שהם "הגרעין הקשה" של תפקידי רשות השידור והרשות השניה, הם ההסדר הראשוני לאורו יש לקבוע את הכללים. הכללים בעניין הפרסומות חייבים לעלות בקנה

אחד עם ההסדר הראשוני שבחקיקה הראשית, ולדעתי - וככל שהדברים נוגעים לסוגיה שבפנינו - עולים הם בקנה אחד. אין אנו נמצאים ב"ואקום" חקיקתי ולטעמי, הטענה בדבר העדר הסדר ראשוני בחוק המסמיך - אינה יפה לענייננו. נושא הפרסומת הוא טפל ההולך אחרי העיקר (פסקה 35 לפסק-דינה של השופטת נאור).

משנתקיים לטעמה תנאי "ההסמכה המפורשת" שבפסקת ההגבלה מוסיפה השופטת נאור ובוחנת האם נתקיימו בכללים האוסרים יתר תנאיה של פסקת ההגבלה הרלבנטיים לענייננו, דהיינו האם נועדו הכללים לתכלית ראויה והאם הפגיעה היא מידתית ואינה עולה על הנדרש ואף על כך משיבה השופטת נאור בחיוב. אשר לתכלית הראויה קובעת השופטת נאור כי הכללים נועדו למנוע כרסום בתחולתה של דוקטרינת ההגינות בשידורים ו"פריצתה" על ידי העברת מסרים פוליטיים במסגרת תשדירי הפרסומת בהם לא ניתן ליישם דוקטרינה זו. אשר למידתיות קובעת השופטת נאור כי תנאי זה מתקיים אף הוא על כל תנאי המשנה שבו, בהתקיים קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר ובין המטרה שמבקשים הכללים להשיג וכן נוכח הצורך בקביעת איסור מלא על מנת להגשים את התכלית שלשמה נקבעו הכללים והאיזון הסביר המתקיים בין עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי של העותרת ובין התועלת הצומחת לחברה מקיומה של דוקטרינת ההגינות.

2. הנשיאה סבורה לעומת זאת כי הוראות ההסמכה הכלליות שבסעיפים 25א(ב)(2) לחוק רשות השידור ובסעיפים 24(א)(6) ו-88(2) לחוק הרשות השנייה, אינן מהוות "הסמכה מפורשת" כנדרש על פי פסקת ההגבלה לקביעת הכללים האוסרים והיא מדגישה בהקשר זה כי:

בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה גבוהה, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמיך הקובעת אמות מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת משנה. רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים (פסקה 12 לפסק-דינה של הנשיאה).

בעניין זה דעתי כדעת הנשיאה וכפי שצויין בפסק-דינה נתתי ביטוי לדעתי זו בפרשה קודמת בה התעוררה שאלה דומה (בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762 (2004)). משכך, אף אני סבורה כי יש לעשות את הצו על תנאי למוחלט ככל שהוא נוגע לחוקתיותם של הכללים האוסרים. אף על פי כן אין אני תמימת דעים עם הנשיאה באשר לתוצאותיה של העתירה שבפנינו, ככל

שהדבר נוגע להחלטת הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (להלן: הרשות השניה) לאסור את שידור התשדירים נשוא העתירה. זאת משום שבסעיף 86(א) לחוק הרשות השניה המפנה לסעיף 46(א) של אותו חוק קיים הסדר ראשוני הנוגע ל"תעמולה מפלגתית" (שאינו לו מקבילה בחוק רשות השידור) הקובע איסור מפורש הרלבנטי לעניינו. איסור זה יש בו לדעתי כדי להכשיר את החלטה שקיבלה הרשות השניה במקרה הנדון. חברתי השופטת נאור סבורה כי החלטתה של הרשות השניה נשענה על הסדר סטטוטורי זה שבסעיף 86(א) לחוק הרשות השניה בבחינת "למעלה מן הצורך" ועל כן אין להידרש לכך ועוד היא סבורה כי נוכח נוסחו של הצו על תנאי שניתן ביום 29.7.2004 לא מתעוררת בענייננו שאלת חוקתיותן או פרשנותן של ההוראות בעניין "תעמולה מפלגתית". הנשיאה סבורה אף היא כי נוכח נוסחו של הצו על תנאי ונוכח הטעמים שעליהם השתיתה הרשות השניה את החלטתה הראשונית לפסול את תשדירי הפרסומת של העותרת אין צורך לדון בטענות החלופיות שהעלתה הרשות השניה ולפיהן גם אם יבוטלו הכללים האוסרים אין מקום לבטל את החלטתה במקרה דנן ולו משום שהיא נסמכת כדין גם על הוראת סעיף 86(א) לחוק הרשות השניה.

דעתי בעניין זה שונה. אכן, במכתבו מיום 19.10.2003 אל בא-כוח העותרת הדגיש היועץ המשפטי של הרשות השניה כי תשדירי הפרסומת פסולים לשידור נוכח הוראת כלל 5 לכללי הרשות השניה - רדיו ואילו האיסור על "תעמולה מפלגתית" שבסעיף 46(א)(3) לחוק הרשות השניה (אליו מפנה סעיף 86(א) לעניין פרסומות) הוזכר על ידו באותו המכתב "מעבר לנדרש". יחד עם זאת, בדחותה את הערר שהגישה העותרת בעניין זה נסמכה ועדת הערר של מועצת הרשות השניה בבירור גם על הוראת החוק הנ"ל וכלשונה:

סעיף 5 לכללי האתיקה בפרסומת אוסר על שידור פרסומת "בעניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידאולוגית בציבור". בנוסף, סעיף 46(א)(3) לחוק הרשות השניה, תש"ן-1990 אוסר שידור תעמולה מפלגתית (הלכת פסק דין שמאי) כאמור, אין חולק כי התשדירים נושא הערר מקדמים יוזמה שביסודה הינה פוליטית - אידאולוגית, מתוך כוונה לשכנע את הציבור לתמוך ביוזמה. לפיכך אין לאפשר שידורם.

החלטה זו של ועדת הערר על כל נימוקיה צורפה כנספח ח' לעתירה ואותה, בין היתר, תוקפת העותרת ככל שהדבר נוגע לרשות השניה. אשר לנוסחו של הצו על תנאי אני סבורה, בניגוד לחברותיי, כי סעיף 1 של הצו מתייחס באופן כללי לתוקף החוקי והחוקתי של החלטות המשיבות 2 ו-3, על כל מה שעמד ביסודן, וממילא אין הוא מצמצם את הדיון לשאלת תוקפם של "הכללים האוסרים". לשאלה זו מתייחסים באופן

ספציפי סעיפים 2 ו-3 של הצו. עיון בעיקרי הטיעון ובסיכומים שהוגשו מטעם הרשות השנייה ילמד אף הוא כי הסוגיה הנוגעת לעיגון ההחלטה האוסרת של הרשות השנייה בהוראת סעיפים 46(א)(3) ו-86(א) לחוק הרשות השנייה זכתה בהם להתייחסות נרחבת ומקיפה. בשל כל הטעמים הללו אני סבורה כי יש צורך להידרש לשאלה זו ואילו נשמעה דעתי אף היינו מקבלים את טיעוניה של הרשות השנייה בהקשר זה.

3. סעיף 86(א) לחוק הרשות השנייה קובע כך:

בעל זכיון לא ישדר תשדיר פרסומת -

(1) בנושאים האסורים לשידור לפי סעיף 46(א);

(2) ...

וסעיף 46(א), אליו מפנה סעיף 86(א) הנ"ל, קובע, בין היתר, כי:

בעל זכיון לא ישדר שידורים שיש בהם -

(1) ...

(2) ...

(3) תעמולה מפלגתית למעט תעמולת בחירות המותרת על פי דין;

(4) ...

בבג"ץ 7012/93 ח"כ יעקב שמאי נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד מח(3) 25 (1994) (להלן: עניין שמאי) נדרש הנשיא א' ברק לפירושו של המונח "תעמולה מפלגתית" שבסעיף 46(א) לחוק הרשות השנייה ובהעדיפו פרשנות המעניקה משקל מירבי למהות ולתוכן של התעמולה על פני פרשנות מילולית פורמאלית קבע הנשיא ברק כי:

"תעמולה" עניינה ביטוי, אשר האפקט הדומיננטי שלו - ברמת הסתברות של אפשרות ממשית או ודאות קרובה - הוא בהשפעה על הצופה, ושאינן לו אפקט דומיננטי אחר כגון, אמנותי או חדשותי (ראה בג"ץ 869/92 זילי נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 693, 709) תעמולה היא "מפלגתית" אם תוכנה מתייחס במישרין לנושאים השנויים במחלוקת בין מפלגות בישראל. לעניין זה, אין לצמצם את הדיבור "תעמולה מפלגתית" (שבסעיף 46(א)(3)) אך

לתעמולה (מפלגתית) שעניינה הבחירות לכנסת.
 "מפלגות" קיימות בישראל לעניין נושאים שאינם אך
 ברמה הלאומית העליונה ביותר (כנסת) (שם, 33).

הלכה זו הגיונה עימה. הרציונל שביסוד האיסור לשדר פרסומות בנושאים פוליטיים השנויים במחלוקת בציבור פורט בהרחבה בפסק-דינה של השופטת נאור ואין צורך לחזור על הדברים. אוסיף ואציין בקצירת האומר בלבד כי "דוקטרינת ההגינות" מעוגנת ומבוססת היטב בחקיקה המסדירה את שוק התקשורת בישראל (ראו סעיף 4 לחוק רשות השידור וסעיפים 5(ב)(6), 5(ב)(7), 46(ג) ו-47 לחוק הרשות השנייה), אם כי יש הסוברים שהגיעה העת לבטלה ולהתאים את המצב המשפטי בישראל לשינויים שחלו בהקשר זה בארה"ב (על ההבדלים המשמעותיים בין שוק התקשורת בישראל לשוק התקשורת האמריקאי ועל הקשיים הכרוכים בביטול "דוקטרינת ההגינות" בישראל ראו אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית?" שקט מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 185, 228-229 (מיכאל בירנהק עורך, 2006)). מכל מקום, כל עוד תקף ההסדר הסטטוטורי הקיים ובמסגרתו חיה ונושמת בישראל דוקטרינת ההגינות יש לפרש את החקיקה הראשית ואת חקיקת המשנה בתחום זה כחקיקה המיועדת להגשימה. אין חולק כי תשדירי פרסומת מעצם טיבם וטבעם אינם הפלטפורמה המתאימה ליישום דוקטרינת ההגינות ומשכך יש להבטיח כי בנושאים פוליטיים ואידיאולוגיים השנויים במחלוקת בציבור הישראלי לא יעשה שימוש בתשדירים אלה על מנת לעקוף אותה. במילים אחרות, מן הראוי לחסום חדירה של תכנים שנויים במחלוקת כאמור אל תוך תשדירי פרסומת שזמן השידור שלהם נרכש בכסף ואינו מיועד מלכתחילה לסוג תכנים כזה. בבג"ץ 10182/03 ח.ל.חינוך לשלום בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד נט(3) 409 עמדנו על הסכנות הטמונות בכך:

מתעורר החשש כי גופים פוליטיים בעלי ממון יוכלו לרכוש בכסף זמן שידור על מנת "לשווק" את עמדותיהם במתכונת של תשדיר פרסומת ולקנות בדרך זו עדיפות על פני מתחרים פוליטיים שיכולת המימון שלהם פחותה (שם, 417).

מתוך מודעות לאותה הסכנה פירש בית משפט זה בעניין שמאי את הוראת סעיף 46(א) לחוק הרשות השנייה ואת המונח "תעמולה מפלגתית" באופן הרואה כעיקר את תוכן התשדיר ולא את מיהותו של הגוף המבקש לפרסמו (להסדר סטטוטורי ספציפי ונפרד החל על תעמולה בתקופת בחירות ראו: חוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959; בג"ץ 869/92 זיילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-13, פ"ד מו(2) 692, 709 (1992)). גישה פרשנית זו מקובלת עלי. לא למותר להוסיף ולהעיר בהקשר זה כי היכולת המעשית של בעלי הזכויות לשידורי טלוויזיה ורדיו או של הרשות השנייה

לחשוף את זהותו של הגוף המבקש לשדר תשדיר פרסומת או את זהותם של הגורמים המעורבים בפעולותיו במישרין או בעקיפין הינה מטבע הדברים מוגבלת ביותר, וגם בכך יש כדי לתמוך במבחן המהותי שיושם על ידי הנשיא ברק בעניין שמאי, הבוחן את תוכן הדברים. כזכור, עוסקים תשדירי הפרסומת נשוא העתירה בסכסוך הישראלי-פלסטיני ובעקרונות אשר לדעת העותרת עשויים להביא לפתרונו. משכך, נראה כי תשדירים אלה עונים על הגדרת המונח "תעמולה מפלגתית" כפי שפורש בעניין שמאי, בהיותם תשדירים שתוכנם "מתייחס במישרין לנושאים השנויים במחלוקת בין מפלגות בישראל" והאפקט הדומיננטי שלהם הוא בהשפעה על הצופה או על המאזין בנושאים אלה. על כן לגישתי ניתן בהחלט למצוא בהוראת סעיף 86(א) לחוק הרשות השניה (המפנה אל סעיף 46(א) לאותו חוק) עוגן חוקי להחלטת הרשות השניה בקובעה כי תשדירי הפרסומת דנן אסורים לשידור. ודוק, מדובר בהסדר סטטוטורי אשר נחקק בשנת 1990 ומשכך חלה לגביו ההוראה בדבר שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומכל מקום נראה שההסדר הסטטוטורי שבסעיף 86(א) לחוק הרשות השניה חותר לתכלית ראויה ועומד במבחני המידתיות ומשכך אין בו כדי לסתור את רוחו של חוק היסוד ואת תנאי פסקת ההגבלה הקבועים בו (השוו בג"ץ 951/06 שטיין נ' רב ניצב משה קראדי, המפקח הכללי משטרת ישראל, פסקה 16 (לא פורסם, 30.4.2006)).

4. סוף דבר - באשר ל"כללים האוסרים" אני מצטרפת לעמדת הנשיאה כי בהעדר הסמכה מפורשת לעניין זה בחקיקה הראשית אין הכללים הפוגעים בחופש הביטוי הפוליטי יכולים לעמוד ולפיכך יש לעשות הצו על-תנאי למוחלט בכל הנוגע לבטלות "הכללים האוסרים". יחד עם זאת, ובניגוד לדעת חברותיי אשר סברו כי אין צורך לדון בדבר, אני סבורה כי סעיף 86(א) לחוק הרשות השניה הוא הסדר ראשוני המהווה עוגן חוקי להחלטת הרשות לאסור את תשדירי הפרסומת במקרה דנן ועל כן הייתי דוחה את העתירה ומבטלת את הצו על תנאי ככל שהוא נוגע לחוקיות החלטתה האוסרת של הרשות השניה. תוצאה זו, לפיה האיסור תקף רק ככל שהדבר נוגע לשידורי הרדיו והטלוויזיה ברשות השניה, יוצרת חוסר אחידות בלתי רצוי בין הרשות השניה לרשות השידור לגבי אותם תשדירי פרסומת המהווים "תעמולה מפלגתית". מטעם זה המצטרף אל כל יתר הטעמים שמנתה הנשיאה בהקשר זה ראוי, אפוא, כי יגובש בהקדם הסדר סטטוטורי אחיד אשר יחול על שוק התקשורת בכללו ויטייח לאותם העניינים שבהם עוסקים "הכללים האוסרים". כמו הנשיאה אף אני סבורה עם זאת כי יש להשעות את תוקף בטלותם של "הכללים האוסרים" לתקופה של שנה אחת על מנת לאפשר למחוקק לגבש הסדר מתאים.

1. קראתי בעיון רב את פסקי הדין של חברי השופטים. אני מצטרפת למסקנתה של חברתי, השופטת נאור, לפיה דין עתירה זו להידחות. יחד עם זאת, דרכי למסקנה זו שונה, ואבקש להציגה.

2. השופטת נאור מניחה בפסק דינה כי כללי רשות השידור וכללי הרשות השניה (להלן - "הכללים"), האוסרים על ביטוי פוליטי-אידיאולוגי במסגרת שידורי הפרסומת בתשלום פוגעים בחופש הביטוי הפוליטי של העותרת, וכי בכך נפגעת זכות חוקתית. עם זאת, לדעתה, אין בפגיעה זו כדי להביא לאי חוקתיות של הכללים, מאחר שפגיעה זו עומדת במבחן פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן - חוק היסוד). לגישה, הכללים עומדים גם במבחן של התנאי בפסקת ההגבלה המחייב כי הפגיעה בזכות יסוד תהא "לפי חוק... או לפי חוק... מכח הסמכה מפורשת בו".

3. חברתי הנשיאה ביניש, מניחה אף היא כי הכללים האוסרים פרסומת בתשלום של ביטוי פוליטי-אידיאולוגי פוגעים בחופש הביטוי הפוליטי של האדם, המהווה חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם, וכי יש לבחון פגיעה זו במשקפי פסקת ההגבלה על פי חוק היסוד. אלא שלגישה, לא מתקיים במקרה זה התנאי הראשון של פסקת ההגבלה המחייב, לצורך קביעת חוקתיות הפגיעה, כי הפגיעה תיעשה מכוח חוק, או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. לגישה הנשיאה, המושג "הסמכה מפורשת" בחקיקה הראשונית על פי פסקת ההגבלה הינו מושג תלוי-נסיבות, שדרך יישומו הלכה למעשה נגזרת מתנאיו ונסיבותיו של המקרה. בין היתר, ניתן משקל לטיב הזכות הנפגעת, לטעמים שבבסיסה, ולעוצמת הפגיעה בה. לגישה, איסור מוחלט בכללים על תשדירי פרסומת פוליטית פוגע פגיעה משמעותית בחופש הביטוי הפוליטי, הזוכה למעמד חוקתי מרכזי בשיטה המשפטית הישראלית. בנסיבות אלה, אין לראות בהוראות ההסמכה הכלליות להתקין כללים, המצויות בחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965 ובחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 (להלן - חוק רשות השידור וחוק הרשות השניה) משום קיום התנאי של "הסמכה מפורשת" לרשות המוסמכת לפגוע בחופש הביטוי הפוליטי של האדם במסגרת ערוץ תשדירי הפרסומת בתשלום. לפיכך, על פי גישה זו, הכללים אינם מקיימים את התנאי הראשון של פסקת ההגבלה, ולכן יש לקבל את העתירה, להכריז על בטלותם, ולאפשר לכנסת להידרש לסוגייה העקרונית העולה בהליך זה במסגרת הליכי חקיקה ראשית.

4. גישותיהן של הנשיאה והשופטת נאור מתבססות על הנחת-המוצא לפיה באי מתן במה לביטוי פוליטי במסגרת שידורי פרסומת בתשלום ברשות השידור וברשות השניה (להלן - רשויות התקשורת), נפגע חופש הביטוי, ולכן יש לבחון את משמעות הפגיעה במשקפיים חוקתיים, ולברר האם הפגיעה עומדת במבחן החוקתי על פי נוסחת האיזונים של פסקת ההגבלה.

5. אני חלוקה על חברותי בנקודת המוצא ההתחלתית האמורה לפיה, בנסיבות ענין זה יש לראות בכללים האוסרים על פרסומת בתשלום של ביטוי פוליטי-אידיאולוגי משום פגיעה בזכות היסוד לחופש ביטוי.

תמצית השוני בגישותינו משתקף בסיווגה המשפטי של טענת הזכות לביטוי פוליטי-אידיאולוגי באמצעות תשדירי פרסומת בתשלום. האם עומדת לאדם במסגרת זכותו הרחבה לחופש ביטוי פוליטי, הזכות לממש חופש זה באמצעות תשדיר פרסומת בתשלום בגוף תקשורת ציבורי; האם הביטוי הפוליטי בפרסומת בתשלום נכלל בהכרח בתחומי היקפה הרחב של הזכות החוקתית לחופש ביטוי, באופן שפגיעה בו היא פגיעה בזכות חוקתית, המצריכה ניתוח חוקתי של מהות הפגיעה, ומידת הצדקתה על פי פסקת ההגבלה; או שמא נאמר, כי הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי אינה מולידה זכות לממש חופש זה בדרך של תשדירי פרסומת בתשלום, ולכן אינה מקימה חובה מצד רשות התקשורת להעמיד במת ביטוי פוליטי דווקא במתכונת שידור זו. ואם כך, אין לראות בהסדרת ערוצי הפרסומת בתשלום, המוציאה מגדרה את הביטוי הפוליטי-אידיאולוגי, משום פגיעה בזכות חוקתית לחופש ביטוי פוליטי. בהעדר פגיעה בזכות חוקתית לחופש ביטוי, לא קם הצורך לבחון את ההסדר המינהלי הנוגע לערוצי הפרסומת על פי תנאי פסקת ההגבלה.

6. הנחתי היא כי האפשרות השניה היא המשקפת את הסיווג הנכון של טענות העותרת. משכך, אין מקום, לטעמי, לניתוח חוקתי של הכללים האוסרים ביטוי פוליטי בשידורי פרסומת בתשלום "במשקפיה" של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. הנושא שבמחלוקת כאן מצוי מחוץ למגרש החוקתי, ולכן אינו כורך עמו את ניתוח יסודותיה של פסקת ההגבלה, הנדרש רק ביחס לענין הנכלל בתחומי היקפה של זכות היסוד, וכאשר מתרחשת פגיעה בזכות היסוד. במקרה הנדון לפנינו, הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי, שהיא רחבה ביותר, איננה מקיפה את הזכות לממש חופש זה במסגרת המדיום של תשדירי פרסומת בתשלום. היקפה הרחב של הזכות החוקתית האמורה, וחובתן של רשויות התקשורת הציבוריות לתת במה לביטוי זה, אינם מולידים את הזכות לתבוע כי הביטוי הפוליטי יינתן במסגרת ערוץ פרסומת בתשלום, המופעל בידי

רשויות אלה. משכך, ענין זה מצוי מחוץ להיקפה של הזכות החוקתית. מציאות זו מביאה גם לכך שכללים שהתקינה הרשות המוסמכת, המייחדים את הפרסומת בתשלום לעניינים מסחריים ונייטרליים במהותם, אינם "פוגעים" בזכות החוקתית לביטוי פוליטי, ואינם מייבאים נושא זה למגרש החוקתי. לפיכך, אין מקום להעמדת ה"פגיעה" הנטענת במבחניה של נוסחת האיזונים שבפיסקת ההגבלה. אבאר את הדברים, ותחילה לעיקרי גישתי:

(1) טענת קיומה של פגיעה חוקתית בזכות חוקתית מחייבת ניתוח דו-שלבי: השלב הראשון עוסק בשאלה האם טענת הפגיעה בזכות נוגעת לענין הנמצא בגדרה ובתחומי היקפה של הזכות החוקתית. אם התשובה לכך היא בשלילה, נעצרת הבחינה החוקתית בשלב הראשון, ואינה נמשכת עוד. אם התשובה לכך היא בחיוב, יש לעבור לשלב השני, הוא שלב בחינת מהות הפגיעה בזכות החוקתית על פי תנאיה של פיסקת ההגבלה שבחוק היסוד. עשויה להתקיים חפיפה מסוימת בשיקולים שיש להתייחס אליהם בהחלט תורת שני השלבים. אולם, אין בכך כדי לייתר את האבחנה ביניהם, ואת הצורך להפריד הפרדה ברורה בין הדיון בהיקף הזכות החוקתית לבין השאלות הנוגעות לקיום הפגיעה בה, ומידת הצדקתה החוקתית של הפגיעה. עצירתה של הבחינה המשפטית-חוקתית בשלב הראשון עשויה להוליד עילות ביקורת שיפוטיות אחרות, למשל מתחום המשפט המינהלי.

(2) בענייננו, במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית, יש לעמוד על השאלה האם עומדת לאדם, במסגרת זכותו החוקתית לחופש ביטוי פוליטי, הזכות לדרוש מגוף תקשורת ציבורי כי יעניק לו כמת ביטוי במדיום של שידורי פרסומת בתשלום. שאלה זו נועדה לסווג את טענת הזכות לביטוי במדיום זה, ולבחון האם היא כלולה במיתחם הזכות החוקתית לביטוי פוליטי, או שהיא מצויה מחוצה לו. סיווג זה עניינו בקביעת היקפה של הזכות החוקתית וקביעת גדריה. בחינת היקפה של הזכות החוקתית משמעותה שרטוט קווי המיתאר שלה, המגדירים מה מצוי בתוכה ומה מחוצה לה. הגדרת היקפה של הזכות החוקתית היא חיצונית לפיסקת ההגבלה, ואיננה חלק ממנה.

(3) הגדרת קווי המיתאר של הזכות החוקתית והכרעה בשאלה האם הענין הנטען בפנינו כלול בה, משפיעים ישירות על השאלה האם התרחשה "פגיעה" בזכות החוקתית של חופש הביטוי. רק בהתקיים פגיעה בזכות החוקתית, יש לעבור לשלב השני של הבחינה החוקתית, ולבדוק את משמעות הפגיעה על פי נוסחת האיזונים שבפיסקת ההגבלה. כאשר הפגיעה הנטענת היא חיצונית לזכות החוקתית על פי היקפה המוגדר, ממילא איננו נדרשים לניתוח החוקתי של פיסקת ההגבלה.

(4) בחינת היקפה של הזכות החוקתית בשלב הראשון של הבחינה החוקתית נעשה באמצעות פרשנות תכליתית, המעמידה במרכזה את השאלה מהו תוכנה הראוי של הזכות החוקתית. הפרשנות התכליתית מושפעת מערכי יסוד של השיטה החוקתית, מיסודות המשטר הדמוקרטי, ומהתכליות החברתיות, הערכיות והמוסריות של החברה בישראל. זוהי, בעיקרה, שאלה של מדיניות משפטית, המנחה את הפרשנות התכליתית בסוגיות חוקתיות; הפרשנות התכליתית של היקף הזכות החוקתית עונה לשאלה האם ענין מסוים מצוי בתחומיה של הזכות החוקתית, או מעבר לה.

(5) שרטוט קווי המיתאר של הזכות החוקתית משפיע על השאלה האם הפגיעה הנטענת הינה בזכות המצויה בגדריה של הזכות החוקתית. אם התשובה לכך היא בשלילה, בכך מסתיים הדיון החוקתי. אם התשובה לכך היא בחיוב, יש להידרש לשאלה האם אמנם התרחשה פגיעה בלתי חוקתית בזכות. גם שאלה זו היא ענין לפרשנות משפטית-חוקתית. אם התרחשה פגיעה בזכות החוקתית, כי אז יש להידרש לנוסחת האיזונים שבפסקת ההגבלה.

(6) הגדרת קווי המיתאר של הזכות החוקתית חשובה ביותר לצורך מתן המשקל הסגולי הראוי לזכות החוקתית. ראיית הזכות החוקתית כבעלת היקף רחב מדי, מעבר לתכלית אותה באה הזכות לשרת, עלולה להביא לדילולן של הזכויות החוקתיות ולפיחות ערכן. על הדיון החוקתי להתמקד בליבתן של הזכויות החוקתיות, ובשאלות הנוגעות לחוקתיות הפגיעה בהן. הדיון החוקתי בעניינים המצויים מחוץ להיקף הזכויות החוקתיות, או בשוליהן, עלול לפגוע במעמדן של הזכויות החוקתיות ובהיקף וטיב ההגנה הניתנת להן.

(7) הזכות לחופש ביטוי, וביטוי פוליטי בכלל זה, הינה זכות חוקתית בעלת חשיבות מיוחדת במדרג זכויות האדם. פגיעה בזכות זו היא פגיעה בזכות חוקתית. יחד עם זאת, מימושו של חופש הביטוי הפוליטי כזכות חוקתית אינו מקיף בהכרח כל אמצעי מימוש קיים אפשרי, אפילו מצריך הוא עשייה אקטיבית מצד הרשות הציבורית. במסגרת מימוש חופש הביטוי הפוליטי, לא עומדת לאדם זכות לדרוש מרשויות תקשורת ציבוריות לתת במת ביטוי פוליטי לכל דורש במסגרת תשדירי פרסומת בתשלום. אף שרשויות התקשורת הציבוריות נדרשות מעצם קיומן לתת במת ביטוי פוליטי למיגוון הדעות והרעיונות הרווחים בחברה במסגרת מערך שידוריהן, אין הן חייבות, מלכתחילה, להקצות במה לביטוי זה במסגרת ערוץ תשדירי פרסומת בתשלום, ואף אינן כשירות להפעיל ערוץ כזה בלא הסמכה חקיקתית מיוחדת. מטעמים שיובהרו

להלן, סוגיית הביטוי הפוליטי במסגרת תשדירי פרסומת בתשלום מצויה מחוץ להיקפה הרחב של הזכות לחופש ביטוי פוליטי. לפיכך, ההסדרה המינהלית של הפרסומת בתשלום על ידי רשויות התקשורת, המונעת ביטוי פוליטי במסגרת תשדירים אלה, אינה כרוכה בפגיעה חוקתית בחופש הביטוי, ולכן אינה מצריכה מעבר לשלב השני של הבחינה החוקתית, הכורך דיון חוקתי בנוסחת האיזונים של פסקת ההגבלה.

(8) מעבר לסוגיית הפגיעה החוקתית בחופש הביטוי, עשויות להתעורר שאלות אחרות בהקשר להסדרת תשדירי הפרסומת בתשלום שלא הועלו, ולא נדונו בהקשר שלפנינו. כך למשל, תיתכן שאלה במישור החוקתי, האם נפגעה זכות העותרת לשוויון בערוץ הפרסומת ביחס לגופים המסחריים, שלהם הותרה הפרסומת, ואילו ממנה היא נמנעה; כן עשוי האיסור בכללים על פרסומת בתשלום של מסרים פוליטיים-אידיאולוגיים להעלות שאלות מתחום המשפט המינהלי, כגון - האם מקים איסור זה עילות פסול מינהליות כלשהן כגון - הפלייה, אי סבירות, או שיקולים לא ענייניים, או בלתי הוגנים. סוגיות אלה לא עלו במישורין בהליך זה, וממילא לא הונח בסיס להתערבות שיפוטית בכללי רשויות התקשורת.

ומכאן לפירוט הדברים.

הזכות החוקתית - מהותה והיקפה

7. הזכות החוקתית אינה זכות מוחלטת, אלא זכות "יחסית", וזאת משני היבטים: ראשית, גבולותיה של הזכות החוקתית מבחינת היקפה הם מוגדרים, ואינם חובקי-כל. שנית, גם במסגרת גבולותיה המוגדרים, הזכות החוקתית אינה מוגנת בהכרח במלוא היקפה. ישנן נסיבות בהן פגיעה בזכות החוקתית בשל התנגשות עם זכויות אדם נוגדות, או בשל ערכים נוגדים שבאינטרס ציבורי תיחשב פגיעה מותרת ומוצדקת, ותביא לצמצום ההגנה על מלוא היקף פרישתה של הזכות החוקתית. כדבריו של א. ברק בספרו, פרשנות במשפט, פרשנות חוקתית, נבו (1994), עמ' 1-370 (להלן - פרשנות חוקתית):

"ההיבט הראשון של ה"יחסיות" (של הזכות החוקתית - א.פ.) משקף את היקף פרישתה של זכות האדם (בעיית ההיקף)... ההיבט השני של ה"יחסיות", משקף את ההגנה הניתנת לזכות האדם ("בעיית ההגנה"). הוא פרי היחסים החוקתיים בין זכות אדם חוקתית, לבין הפגיעה בה... השוני העיקרי בין שני היבטים אלה - וממילא בין שני סוגי האיזון - הוא בכך שההיבט הראשון קובע את

היקף הפריסה של הזכות החוקתית. ההיבט השני אינו משפיע על היקפה של זכות האדם, אלא על מידת ההגנה הניתנת לה".

בחינת יחסיותה של הזכות החוקתית בשני שלבים - היקף הפריסה של הזכות, והיקף ההגנה על הזכות, זכתה בניחוח החוקתי לכינוי "תורת שני השלבים". תורה זו זכתה לפיתוח הילכתי בהקשרים שונים.

דוגמא להחלתה של תורת שני השלבים זו נמצא למשל בע"פ 4424/98 טילגדו נ' מדינת ישראל, פד"י נו(5) 529, 2-551 (2002), כעולה מדבריה של השופטת שטרסברג-כהן באותו ענין:

"על פי הכללים הנקוטים בידינו, נערכת בדיקת חוקתיותה של הוראת חוק בשני שלבים עיקריים: בראשון שבהם, בודק הפרשן אם זכות האדם המעוגנת בחוק היסודי אכן נפגעה על ידי הוראת חוק העומדת לבדיקה חוקתית. רק כאשר המסקנה היא שאכן כך, יבוא השלב השני, בו תיבדק השאלה אם דבר החקיקה הפוגע מקיים את דרישות פסקת ההגבלה שבחוק היסודי (ראו א' ברק, פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 4-473).

תורת שני השלבים פותחה ונותחה בשורה של הלכות פסוקות נוספות: בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.5.06) (להלן - פרשת איחוד המשפחות) הנשיא ברק, פסקאות 41, 52, ו-53; המישנה לנשיא חשין, פסקאות 34, ו-37; בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי - מפלגת המרכז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית (טרם פורסם, 28.6.06), הנשיא ברק בפסקאות 8 ו-9; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פד"י נ(5) 221, 9-288 (1996) (הנשיא ברק); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם, 11.5.06) (להלן - פרשת דחיית השירות). להבחנה בין היקף הזכות החוקתית לבין מידת ההגנה עליה, ראו גם בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פד"י נח(1) 529, 538 (2003). היקף הזכות נקבע על פי פירוש לשונה ותכליתה של הזכות, כך למשל, בענין בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (טרם פורסם, 12.12.06) פסקה 13 (הנשיא ברק) בו נפסק כי לא כל היבטי חופש הביטוי נכנסים למסגרת הזכות החוקתית לכבוד האדם, ואין לקרוא אל תוך זכות זו יותר ממה שבכוחה לשאת. קביעת היקפה של הזכות לחופש ביטוי כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם צריכה להיעשות בהתאמה למובן אותו יש לתת לכבוד האדם (ראו גם ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ, פד"י נז(3) 658, 5-664 (2003); בג"ץ 5432/03

ש.י.ן. - לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פד"י נח(3) 65, 79-80 (2003), בו הטילו שופטים ספק בשאלה אם ביטוי פורנוגרפי נכלל בחופש הביטוי).

לתורת שני השלבים בקנדה ראו 1 Irwin Toy LTd. V. Quebec (1989) S.C.R. 927 ; R.v. Keegstra (1990) 3S.C.R. 697 ; R.M Elliott, The Supreme Court of Canada and Section 1: The Erosion of the Common Front, 12 Queen`s L.J. 340. (1987)

ובדרום אפריקה ראו:

Woolman & Botha, Constitutional Law of South Africa, 2nd ed. Ch. 34. (להלן - Woolman & Botha).

8. יש קשר גומלין בין שני ההיבטים של ה"יחסיות" בזכות האדם. ההיבט הראשון קובע את קווי המיתאר של הזכות, ומגדיר מהם גבולות התפרשותה הטבעיים. ההיבט השני נשען על גבולות אלה, ובוחר באלו נסיבות מתקיימת פגיעה בזכות החוקתית, ובאלו תנאים פגיעה זו מותרת כדי להגשים זכויות וערכים נוגדים. בחינה זו קובעת את היקף ההגנה הניתנת לזכות החוקתית, שאינה תמיד תואמת את קווי המיתאר שלה. ענין המצוי מחוץ לגבולות הזכות החוקתית ממילא אינו נושא ל"פגיעה" בזכות במובן החוקתי, והוא מצוי מחוץ למסגרת ההגנה החוקתית.

תורת שני השלבים של הבחינה החוקתית מחייבת בשלב ראשון ניתוח השאלה האם טענת הפגיעה נוגעת לענין הנכלל במסגרת גבולות הזכות החוקתית. רק אם התשובה לכך היא חיובית, יש להיזקק לניתוח החוקתי בשלב השני, ולברר האם ארעה "פגיעה" בזכות החוקתית, ואם כך הוא, נדרשת התייחסות לנוסחת האיזונים שבפסיקת ההגבלה, הנותנת מענה לשאלה האם הפגיעה בזכות החוקתית מוצדקת ומותרת. בחינה זו על פי פיסקת ההגבלה מתווה את היקפה המוגן של הזכות החוקתית בנסיבות של התנגשות עם ערכים נוגדים, הראויים אף הם להכרה ולהגנה חוקתית. עשויה להיות חפיפה מסוימת בין השיקולים הרלבנטיים לשלב הראשון ולשלב השני של הבחינה החוקתית.

9. ענייננו שלנו מתמקד, לטעמי, בשלב הראשון של בדיקת ה"יחסיות" של זכות היסוד לחופש ביטוי פוליטי, ואיננו מגיע לשלב השני של הבחינה החוקתית, שעניינו מהות הפגיעה בזכות היסוד. הטעם לכך הוא כי, לגישתי, העותרת כשלה לבסס את

הטענה כי עומדת לה, במסגרת זכותה לחופש ביטוי פוליטי בתקשורת הציבורית, הזכות לממש ביטוי פוליטי במסגרת תשדירי פרסומת בתשלום. היקפה של הזכות לחופש ביטוי פוליטי בתקשורת הציבורית אינו מתרחב גם על טענת זכות כזו, וזאת ממכלול טעמים שיובהרו להלן. משכך, לדידי, דינה של העתירה להידחות על סף שעריה של פיסקת ההגבלה, ולא להיכנס בהם. ממילא, הדיון בחוקתיותם של הכללים על רקע פיסקת ההגבלה כלל אינו נדרש לענין.

דרכי קביעת היקפה של הזכות החוקתית

10. העמידה על היקפה של הזכות החוקתית נעשית באמצעות פרשנות חוקתית תכליתית שעל פיה יש לקבוע מהו מרחב פרישתה של הזכות. קביעת היקף הזכות החוקתית היא פעולה פרשנית, המתבססת על התכלית העומדת ביסודה של הזכות ועל פי טיב המטרות אותן היא נועדה להגשים (בג"ץ 4593/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 20.9.06), פסקה 10 לדברי הנשיא ברק). הפרשנות התכליתית נותנת מענה לשאלה מהם העניינים המצויים בגדרה של הזכות החוקתית, ואלו הם העניינים שמחוץ לגדרה. זוהי בחינה של מהותה הפנימית של הזכות החוקתית ושל העניינים הכלולים בה. כל התנהגות המצויה בתחומי הזכות החוקתית פנימה נהנית מעוצמה נורמטיבית חוקתית. כל התנהגות המצויה מחוץ לתחומים אלה אינה זוכה למעמד נורמטיבי חוקתי (ברק, פרשנות חוקתית עמ' 373 וכן עמ' 2-371; בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פד"י מא(3) 255, 270 (1987); בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיוס אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פד"י מג(2) 22, 33 (1989)). היקפה של הזכות נקבע בפרשנותה. הפרשנות היא פרשנות חוקתית, הנעשית על פי התכלית החוקתית, ובמבט רחב על ערכי השיטה.

11. התכלית החוקתית נלמדת מהלשון, מההיסטוריה ומעקרונות היסוד של השיטה (הנשיא ברק בפרשת ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פד"י מט(4) 221, פסקה 86 ואילך (1995) (להלן - פרשת בנק המזרחי)). לכלל זכות יש לתת את אותו היקף המגשים את תכליתה. לא הגבולות הלשוניים קובעים את היקפה של הזכות, אלא תכליתה (ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 376).

בחיבורם, עומדים Woolman & Botha על הצורך להגדיר את היקף הזכות החוקתית באמצעים פרשניים הנשענים על התכלית הערכית של הזכות, להבדיל מהישענות על פרשנות מילולית של היקף הזכות. הם מתנגדים לקביעת היקף הזכות על פי גישת הפרשנות המילולית, הנסמכת על ההגדרה המילולית של הזכות, ומצדדים

בגישת הפרשנות הערכית ממספר טעמים: האחד - החוקה צריכה להתפרש על פי הגיונה, ועל פי הערכים שבבסיסה. יש להוציא מתחומיה פעילויות שלא היתה כוונה להגן עליהן במסגרת הזכות החוקתית, והגישה הערכית האמורה לסנן פעילויות אלה, ולבודדן ממסגרת הזכות החוקתית. שנית, גישה תכליתית נוקשה יותר בפרשנות היקפה של הזכות החוקתית בשלב הראשון של הדיון החוקתי תחייב את המדינה למידת שכנוע גדולה יותר להצדקת הפגיעה בזכויות החוקתיות בשלב השני של הבחינה; ושלישית, הפרשנות הערכית כאמור תשפיע באופן מבורך על הפחתת עומס ההתדיינות המשפטיות, ועל הורדת מספר הפניות לבית המשפט לצורך הפעלת הביקורת השיפוטית.

היקפה של הזכות החוקתית - תכנים ודרכי מימוש

12. במסגרת קביעת היקפה של הזכות החוקתית, יש להבדיל בין גבולות התוכן של הזכות, לבין דרכי המימוש של הזכות. ההיבט האחד בוחן את השאלה אלו תכנים נכללים בזכות החוקתית. ההיבט השני עוסק בשאלה מהן דרכי המימוש החוקתיות של הזכות החוקתית. ההיבט העוסק בדרכי המימוש של הזכות רלבנטי אף הוא לקביעת גבולותיה של הזכות, בהציבו את השאלה - האם כל דרך מימוש אפשרית הינה חלק מהזכות החוקתית, או שמא מצויות דרכי מימוש שאינן מובנות באופן טבעי בתחום גדריה של הזכות החוקתית.

בהגדרת היקפה של הזכות החוקתית נבחנים, אפוא, הן התכנים של הזכות והן דרכי המימוש של הזכות, המשתלבים אלה באלה.

הזכות החוקתית לחופש ביטוי

13. חופש הביטוי נמנה על חירויות היסוד החשובות ביותר של האדם בישראל. הוא ערך מרכזי שבלעדיו חברה חופשית אינה יכולה להתקיים. לחופש הביטוי פנים מורכבות המופנות לכלל ולפרט: בפן האחד, המופנה אל הכלל, חופש הביטוי מהווה אבן יסוד בהליכי המשטר הדמוקרטי, הבנויים על זרימה חופשית של דעות, רעיונות ואמונות. חירות הביטוי היא, אכן, סם החיים של הדמוקרטיה; בלעדיה, משטר של שלטון חופשי, המבוסס על בחירה חופשית, לא ייכון. פן נוסף לחופש הביטוי בהקשר זה נועד להביא לזרימה מלאה ושלמה של מידע ואינפורמציה, שהיא חיונית לגיבוש דעה ועמדה במשטר דמוקרטי, ולאפשר התמודדות עם אמת ושקר אגב כך. בפן האחר, המופנה אל הפרט - חופש הביטוי נועד לאפשר לאדם לבטא את רוחו, ולפתח את

אישיותו ועצמיותו בחברה פתוחה וחופשית, הקולטת, כוחנת, מבקרת, ומתמודדת עם שלל ביטויים, דעות, רעיונות, אמונות, סגנונות, טעמים, ואורחות החיים של בני האדם. חופש הביטוי עוטף את כל תחומי החיים - ההגות, התרבות, האמנות, המדיניות והכלכלה, הדת, ודרכי החיים; הוא משתקף בכל הוויית חיים שהאדם נחשף לה במהלך חייו.

חופש הביטוי הפוליטי

התכנים

14. חופש הביטוי הוא מושג רחב, הנפרש על פני מיגוון רחב של נושאים ותחומים. בפן הקשור להליך הדמוקרטי, ניתן לחופש הביטוי הפוליטי משקל ערכי מיוחד בתוך המיגוון הרחב של סוגי הביטוי החופשי בכל תחומי החיים. בלא חופש ביטוי פוליטי, מאבדת הדמוקרטיה את חיותה ואת חיוניותה, ומפנה את מקומה למשטר של אפלה, הפועל רחוק מעיניו של הפרט, ורחוק גם מן העין הציבורית. בלא חופש ביטוי פוליטי, נעלם גם חופש הביטוי בתחומי החיים האחרים, התרבות והיצירה האנושית נבלמים, ההגות והמחשבה קופאים, והקידמה האנושית נעצרת. יחד עימם נעלמת יכולתו של הפרט לפתח את כשרונותיו, ולהגשים את עצמיותו; זרימת המידע והאינפורמציה על מהלכיו של השלטון, שהם תנאי הכרחי לקיום ביקורת ציבורית על המשטר, משתתקת. מכאן, ההגנה המיוחדת, הענפה והרחבה, הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי, בין מכלול הגוונים והצורות שחופש הביטוי נושא במשטר דמוקרטי.

דרכי המימוש

15. חופש הביטוי בכללו משתקף בישראל בערוצי ביטוי שונים ומגוונים - בעיתונות כתובה, בערוצי רדיו וטלוויזיה, בכתב, במלל, ובביטוי מצולם, בשלל מדיומים של צורות הבעה. במשטר חופשי, ערוצי הביטוי, והביטוי הפוליטי ובכלל זה, הם רחבים ומגוונים. לתקשורת הכתובה, המשודרת והמצולמת תפקיד מרכזי במימוש חופש הביטוי בחברה דמוקרטית. ואמנם, "חופש הגישה לאמצעי התקשורת הינו, לאמיתו של דבר, תנאי למימוש חופש הביטוי, אשר בהיעדרו, עלול להיות ריק מתוכן ונעדר חשיבות של ממש" (דפנה ברק, "חופש הגישה לאמצעי התקשורת - איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש ביטוי", עיוני משפט י"ב (תשמ"ז) 183, 184). במשפט הישראלי מוכרת זכות הגישה אל אמצעי התקשורת (סעיף 47(א) לחוק הרשות השנייה; סעיף 4 לחוק רשות השידור; פרשת בג"ץ 6218/93 ד"ר שלמה כהן נ' לשכת עורכי הדין, פד"י מט(2) 529, 537-538 (1995) (להלן - פרשת שלמה כהן), וכן בג"ץ 7200/02 די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פד"י נט(6) 21 (2005);

בג"ץ 10182/03 ח.ל.חינוך לשלום בע"מ נ' רשות השידור, פד"י נט(3) 409 (2004), פסקה 7 לדברי השופטת חיות). זכות הגישה לתקשורת משמעותה הבטחת פרישה רחבה של ביטוי שלם ומגוון של הדעות והרעיונות הרווחים בחברה. בגדרה של זכות הגישה כאמור מובנית גם דוקטרינת ההגינות, מכוחה מוטלת על גורמי התקשורת בישראל חובה להציג בדרך הוגנת ונאמנה את כלל קשת הדעות הרווחות בחברה, תוך איזון ראוי ביניהן (בג"ץ 2888/97 יעקב נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, פד"י נא(5) 193 (1997)).

16. שני פנים אלו של חופש הביטוי בתקשורת - זכות הגישה לאמצעי התקשורת ודוקטרינת ההגינות, משתלבים לכדי עקרון אחד, הוא עקרון האפקטיביות של הביטוי (פרשת שלמה כהן, 547-548). כנגזר מחובתה של המדינה להגן על הזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מוטלת עליה החובה להבטיח את האפקטיביות של חופש הביטוי באמצעות איזון ראוי בהצגת הביטוי על כל גווניו. אכן, "שומה עליו, על משטר דמוקרטי, להקפיד ביתר על השימוש הנעשה באמצעי התקשורת, שלא יופר איזון הכרחי בשוק הרעיונות והביטוי הפומבי. כך באשר לחופש-הגישה ולזכות הגישה אל אמצעי השידור, וכך באשר לגופם של השידורים" (בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פד"י נד(3) 496, 515 (2000)) (לגישה לפיה הגנה על חופש הביטוי החוקתי עשויה לחייב גם התערבות פעילה של המדינה ראו מאמרו של Jerome Baron, Access to the Press – A New First Amendment Right, 80 Harv. L. Rev. 1641-1642 (1967), 1643.

17. לביטוי הפוליטי משקל רב במיוחד בערוצי תקשורת ממלכתיים-ציבוריים, שתפקידם לשקף את מיגוון הביטוי הפוליטי-החברתי על כל צורותיו ואיכויותיו בדרך הרחבה, הפתוחה והמאוזנת ביותר, כנדרש בחברה הבנויה על זרימה חופשית של דעות ומידע. השאלה שלפנינו היא האם, במסגרת היקפה של הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי, נכללת גם זכות לביטוי פוליטי במסגרת תשדירי פרסומת בתשלום. האם דרך מימוש מיוחדת זו של הביטוי הפוליטי מהווה חלק מהזכות החוקתית לחופש ביטוי באמצעי התקשורת הציבוריים, ונימנית על האמצעים החוקתיים למימושה? האם הגבלתה מהווה "פגיעה" חוקתית שיש לבחון את הצדקתה על פי פסקת ההגבלה?

הביטוי הפוליטי בתשדירי פרסומת בתשלום - האם חלק מהזכות החוקתית לחופש ביטוי?

18. הזכות החוקתית לחופש ביטוי היא ביסודה חירות לבטא דעות ורעיונות ללא הפרעה. משמעות הדבר היא כי במהותה, זוהי זכות נגטיבית שבגרעינה הכוח והיכולת המשפטית למנוע פגיעה והצרה של החופש להתבטא, במשמעותו הרחבה של מושג זה. הזכות החוקתית לחופש ביטוי, בטרתה, אינה מטילה על המדינה חובה חוקתית נגדית להעמיד לרשות האזרח אמצעי ביטוי כאלה ואחרים. חובתה היא להימנע מהפרעה לאמצעי הביטוי שהאזרח בוחר להשתמש בהם. אולם במדינה מודרנית, הגבולות בין זכויות חוקתיות נגטיביות לבין זכויות פוזיטיביות מיטשטשים לא אחת, ובתחום חופש הביטוי עשויים להיות מצבים בהם נדרשת מהמדינה גם פעולה אקטיבית כדי לאפשר מימוש של חופש זה על ידי האזרחים. תחום אמצעי התקשורת המודרניים עשוי לשמש דוגמא טובה לכך.

19. קיומה של זכות חוקתית אין פירושה בהכרח כי כל אמצעי אפשרי למימושה נכלל בהכרח בגידרה של הזכות. כאשר מימוש הזכות בידי הפרט אינו תלוי בשיתוף הפעולה של הרשות, עולה השאלה האם כל אמצעי מימוש אפשרי של הזכות בידי הפרט נמצא בגידרה של הזכות החוקתית. שאלה זו נבחנת על ידי פרשנות תכליתית, המתחקה אחר התכליות והמטרות העומדות ביסוד הזכות ודרכי מימושה. כאשר אמצעי המימוש של הזכות תלוי בשיתוף פעולה אקטיבי של הרשות הציבורית, השאלה נעשית מורכבת יותר; נדרשת בחינה האם דרך המימוש המבוקשת של הזכות מטילה חובה חוקתית על הרשות לאפשר לפרט להגשימה, או אף מטילה עליה במצבים מסוימים חובה לעשות מעשה בקשר לכך. בנסיבות מתאימות, הפרשנות התכליתית עשויה להביא לתוצאה שהאמצעי למימוש חופש הביטוי שהפרט מבקש להשתמש בו, המחייב שיתוף פעולה ועשייה מצד הרשות, אינו נכלל בגבולות היקפה של הזכות החוקתית, וניצב מחוצה לה. בנסיבות כאלה, טענת פגיעה בזכות בשל סירוב הרשות לאפשר מימוש בדרך זו אינו מצריך דיון חוקתי בשאלת טיב הפגיעה, מאחר שההתנהגות הנורמטיבית של הרשות מצויה מחוץ למסגרת הזכות החוקתית, ולא בתחומיה. כזה הוא המקרה שלפנינו, ואלה הטעמים לכך:

20. ראשית - בבחינת היקף הזכות לחופש ביטוי בתקשורת ודרכי מימושה, נדרש מבט רחב על חופש הביטוי הפוליטי ברשויות התקשורת מעבר להיבט הצר המתמקד בשידורי הפרסומת בתשלום. על פי השיטה המשפטית הקיימת, חופש הביטוי על כל גווניו, והביטוי הפוליטי בכלל זה, מובטחים באופן רחב ומלא במסגרת התפקידים והחובות המוטלים על רשויות התקשורת בחוקים הרלבנטיים. עליהן להבטיח חופש ביטוי זה, ולדאוג לאיזון פנימי ראוי במיגוון ההיבטים של הביטוי החברתי. חובה זו של הרשויות, החלה גם על מתן חופש ביטוי פוליטי מלא ומאוזן במערך השידורים

הכללי, משתלבת בתורת "ההגינות", המעוגנת עיגון סטטוטורי והילכתי בבסיס פעולתם של גופים אלה. חובת האיזון וההגינות החלה על רשויות התקשורת נועדה לתת מענה מלא לזכות הביטוי של אזרחי המדינה במסגרת מערך השידורים הכללי שהן מפעילות. אם הן אינן עומדות בחובתן זו, ניתן לחייבן לכך במסגרת ביקורת שיפוטית על התנהגות רשויות המינהל.

21. שנית - תשדירי הפרסומת בתשלום ברשויות התקשורת, נשוא הכללים שבמחלוקת, אינם חלק ממערך השידורים הכללי, אשר נועד לתת מענה מלא לחופש הביטוי בתחומים השונים, ולביטוי הפוליטי בכלל זה. ערוץ הפרסומת הינו כלי-עזר, שנוצר ונועד למטרה מימונית בלבד של רשויות התקשורת לצורך השלמת החסר בתקציביהן, כדי שתוכלנה לשאת במטלות המוטלות עליהן, ולספק במסגרת מערך השידורים הכללי שירות ראוי ומאוזן לאזרחי המדינה. ערוץ זה אינו מכוון, כמטרה וכיעד, לקדם חופש ביטוי בתחום זה או אחר, שהמסגרת למימושו קיימת במערך השידורים הכללי. לא עוד, אלא שעל פי עקרונות המשפט הנוהג, בלא הסמכה מפורשת בחוקים הרלבנטיים, לרשויות התקשורת כלל אין סמכות להנהיג ולהתיר פרסומת בתשלום, בהיות ערוץ הפרסומת "זר" למסגרת תפקידיהן המובהקים, שלשמן הוקמו בחוק.

22. מהותה של הזכות החוקתית לחופש ביטוי היא שאין צורך במקור של חוק כדי להעניקה וכדי לבססה. היא קיימת וטבועה מכוח כוחה החוקתי הנורמטיבי. החוק נדרש כדי להגביל את הזכות החוקתית, ולא כדי להעניק אותה (זמיר, הסמכות המינהלית, כרך א', נבו, 50-51 (1996) (להלן - הסמכות המינהלית); בג"ץ 2245/06 דוברין נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 16 (טרם פורסם, 12.6.06) (להלן - פרשת דוברין)). בלא חקיקה מיוחדת, לא היו נתונים כלל לרשויות התקשורת הסמכות והכוח לקיים ערוצי שידורי פרסומת בתשלום. הדבר מצביע על כך שאמצעי שידור הפרסומת בתשלום אינו דרך מימוש של זכות ביטוי, הנהנית ממעמד נורמטיבי חוקתי, שמניעתו מהווה פגיעה בזכות חוקתית.

23. יתר על כן, גם לאחר ההסדרה בחוק של ערוץ הפרסומת בתשלום, הפעלתו על ידי הרשות היא אופציונלית. רוצה הרשות - מפעילה אותו. רוצה - מבטלת אותו. אין להניח כי במסגרת הזכות לחופש ביטוי קיימת זכות מוקנית לדרוש מן הרשות, בבחינת עמידה על זכות חוקתית, כי תפעיל ערוץ פרסומת בתשלום, וכי תקצה במת ביטוי כזו או אחרת במסגרת אמצעי מיוחד זה. יש להניח, כי אילו החליטה הרשות לבטל את הפעלת ערוץ הפרסומת, היינו מתקשים למצוא מקור משפטי המטיל עליה חובה לשנות

את החלטתה. ערוץ הפרסומת אינו מהווה, אפוא, על פי תכליתו, ערוץ להבעת ביטוי. בהסדרתו לצורך השגת תכלית מימונית לא קמה זכות להשתמש בו למטרת ביטוי פוליטי, ובמניעת ביטוי כזה קשה לראות משום פגיעה בזכות חוקתית לחופש ביטוי.

24. שלישית - וכנגזר משני הטעמים האחרים, לא עומדת לאדם בגדרה של הזכות החוקתית לחופש ביטוי, הזכות לממש את חופש הביטוי הפוליטי כלפי רשות תקשורת בדרך של פרסומת בתשלום דווקא, המחייבת פעולה אקטיבית של הרשות, בהנחה כי השיטה מבטיחה חופש ביטוי פוליטי במערך השידורים הכללי המיועד לכך. רשויות התקשורת רשאיות להסדיר במסגרת השידורים את מיגוון תכני הביטוי, והביטוי הפוליטי בכלל זה, בערוצים שונים הבנויים לשקף את מיגוון התכנים בדרך מאוזנת והוגנת. אין זכות קנויה לדרוש, במסגרת הזכות החוקתית לביטוי, כי רשות התקשורת תקצה במה לביטוי פוליטי בערוץ שנועד לתכלית אחרת. כך, למשל, כשם שלא תקום לאדם זכות לדרוש כי בערוץ המוסיקה ברשות השידור יושמע ביטוי פוליטי, כך הוא הדין בערוץ הספורט או התרבות. על אחת כמה וכמה כך הוא, כאשר מדובר בערוץ פרסומת בתשלום, שמלכתחילה אינו מהווה חלק ממערך השידורים הכללי, ונועד כל כולו לשמש כלי למטרה מימונית, ולא במה לביטוי כזה או אחר, ואף הצריך הסמכה מיוחדת בחוק כדי לאפשר את הפעלתו.

25. ורביעית - מן הבחינה הערכית, הכללים המונעים ביטוי פוליטי בתשדירי פרסומת בתשלום מונעים יחד עימם קנייה בכסף של זמן שידור להבעת מסרים אידיאולוגיים המצויים במחלוקת חברתית. בכך נמנע עיוות בדרישת האיזון וההגינות במערך השידורים הכללי, המבקשת להעניק במת ביטוי לשוק הרעיונות והדעות החופשי, באופן שאינו מותנה בממונו של בעל הדעה.

לאור כל אלה, הסדרה בכללים של תשדירי הפרסומת בתשלום, המונעת ביטוי פוליטי במסגרת זו, אינה מהווה פגיעה חוקתית בזכות חוקתית.

אפרט טעמים אלה.

חופש הביטוי הפוליטי בשידורי רשויות התקשורת ותורת "ההגינות"

26. החוקים הרלבנטיים לרשויות התקשורת בענייננו מבטיחים, בבחינת עקרון יסוד, חופש ביטוי בשידורים, וחובת איזון ראוי באמצעי ביטוי זה.

בחוק רשות השידור נקבע כי הרשות תקיים את השידורים כשירות ממלכתי (סעיף 2) ובין תפקידיה נימנה התפקיד "לשדר תכניות חינוך, בידור, ואינפורמציה בשטחי המדיניות, החברה, הכלכלה והמשק, התרבות, המדע והאמנות" במגמה, בין היתר, "לשקף את חיי המדינה, מאבקה, יצירתה והישגיה" (סעיף 3(1)(א) לחוק).

בחוק הרשות השניה, מוגדרים תפקידיה וסמכויותיה של הרשות, ובין היתר, "קיום שידורים ופיקוח עליהם, וזאת בתחומי הלימוד, החינוך, הבידור והמידע בנושאי מדיניות, חברה, כלכלה, משק, תרבות, מדע, אמנות, וספורט" (סעיף 5(א) לחוק). על הרשות, במסגרת תפקידיה, לפעול, בין היתר, במגמה "לטיפוח אזרחות טובה, ולחזוק ערכי הדמוקרטיה וההומניזם... (סעיף 5(ב)(2)), וכן "למתן ביטוי מתאים למיגוון התרבותי של החברה הישראלית ולהשקפות השונות הרווחות בציבור" (סעיף 5(ב)(6) וכן "לשידור מידע מהימן, הוגן, ומאוזן" (סעיף 5(ב)(7) לחוק).

27. דרישת האיזון וההגינות במתן ביטוי למיגוון הדעות הרווחות בחברה חלה על רשויות התקשורת, ונקבעה כחובה סטטוטורית המוטלת עליהן.

בסעיף 4 לחוק רשות השידור נאמר:

"הבטחת שידור מהימן

הרשות תבטיח כי בשידורים יינתן מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור, ותשדר אינפורמציה מהימנה".

בסעיף 47 לחוק הרשות השניה נקבעה חובת איזון כדלקמן:

"מתן אפשרות תגובה

(א) בעל זיכיון יבטיח כי בשידור בענייני היום, שלתוכנו יש משמעות ציבורית, יהיה ביטוי נאות לדעות השונות הרווחות בציבור.

(ב) המועצה תקבע כללים בדבר מתן אפשרות תגובה באופן ההולם את נסיבות הענין, למי שנפגע או עלול להיפגע במישרין מהשידורים".

בסעיף 46(ג) לחוק זה נאסר על בעל זיכיון לתת בשידוריו ביטוי לדעותיו האישיות, או לדעת מנהליו או בעלי הענין שבו.

28. הוראות חוק אלה מחייבות את רשויות התקשורת במסגרת תפקידיהן לתת במה למיגוון הדעות והתפיסות הרווחות בחברה הישראלית, תוך שמירה על איזון ומתוך גישה הוגנת. כן מחייבות רשויות התקשורת לשידור מידע מהימן. עליהן להבטיח זרימה חופשית של רעיונות ודעות מכל הסוגים והגוונים, בלא דרישת תשלום מיוחד, למעט אגרות כלליות שנועדו לממן את מפעלי השידורים בכללותם. על רשויות התקשורת להבטיח שוויון ביישום חופש הביטוי במסגרתם. בגידרן של חובות האיזון וההגינות בשידורים, מוסמכות רשויות התקשורת להסדיר את מערך השידורים, ולהקצות לשם כך ערוצים שונים שייוחדו לתחומי ביטוי שונים על פי נושאים שרשות התקשורת מעלה בשידוריה. כך מתגבש מערך שידורים כללי שיש בו ערוץ לנושאי מדיניות פוליטיקה, כלכלה ומשק; ערוץ לתרבות ולמוסיקה, ערוץ ספורט, וכיוצא באלה. בהנחה כי נשמר האיזון הפנימי בין מיגוון הנושאים השונים העולים לשידור, וכי הביטוי בתקשורת הוא רחב והוגן, קשה למצוא ביסוס להנחה כי קיימת זכות לתבוע פרסום פוליטי בתשדיר שירות בתשלום כחלק ממימוש הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי בתקשורת. על אחת כמה וכמה כך הוא, כאשר דרישה זו מתייחסת לערוץ מישני, בעל אופי מסחרי, שאיננו חלק ממערך השידורים הכללי, אשר נועד ביסודו לשמש כלי עזר מימוני לכיסוי תקציבה של הרשות, ולא נתכוון מיסודו לשמש במה לחופש ביטוי.

29. המסגרת הסטטוטורית, המבטיחה מערך שידורים הוגן ומאוזן, מניחה כי חופש הביטוי, ובכלל זה חופש הביטוי הפוליטי, מוסדרים במסגרת מערך השידורים של רשויות התקשורת מכוח חובותיהן על פי חוק. למערך הסטטוטורי של חובות הגינות והאיזון בתקשורת מתלווה גם "תורת ההגינות" שקנתה לה שביתה בהלכה הפסוקה, אשר קלטה אל תוך המשפט הישראלי דוקטרינה זו, המקובלת בתקשורת ברבות ממדינות העולם המערבי. תורה זו, המבססת את חובת גופי התקשורת לשמור על איזון והגינות בהצגת מיגוון הרעיונות והדעות בחברה חופשית ניטעה עמוק במערכת הנורמטיבית הישראלית, ויש לה כיום בסיס איתן הן בדין הסטטוטורי והן בהלכה הפסוקה (לניתוח נרחב בנושא זה ראו פסקה 40 לפסק דינה של השופטת נאור).

אם עולה טענה כי חובות ההגינות והאיזון הופרו, עשויה לקום עילת ביקורת שיפוטית במישור המינהלי על האופן שבו מפעילות רשויות התקשורת את סמכויותיהן, במסגרת אמות המידה של המשפט הציבורי. משהנחתנו היא כי הובטח חופש ביטוי מלא במסגרת מערך השידורים הכללי, המסדיר את הביטוי על גווניו בערוצים השונים, לא הונח יסוד להכרה בקיום זכות להשמעת ביטוי פוליטי בתשדיר פרסומת בתשלום בערוץ מסחרי שמלכתחילה לא לכך נועד, ואין לראות פגיעה חוקתית במניעת ביטוי בערוץ כזה.

30. מהאמור לעיל עולה, כי הנחתנו צריכה להיות כי חופש הביטוי הפוליטי מוצא את ביטויו השלם במסגרת מערך השידורים הכללי של רשויות התקשורת, הנדרשות לתת במה להשמעתו, והחייבות לדאוג לאיזון הוגן של מכלול גווניו, המייצגים את מלוא קשת מגזריה של החברה הישראלית. הפרה של חובות אלה על ידי רשויות התקשורת עשויה להקים עילת תביעה מינהלית להפעלת ביקורת שיפוטית על דרכי פעולתה של רשות התקשורת באותו תחום.

ההנחה בדבר קיומו של חופש ביטוי פוליטי מלא בשידורי רשויות התקשורת, וקיומה של חובת הגינות החלה עליהן בהסדרת ביטוי זה, עומדים בגרעינה של הגישה לפיה הפרסומת הפוליטית בתשלום איננה אחת מדרכי המימוש החוקתיות הנתונות לאדם לצורך מימוש זכותו המוכרת לחופש ביטוי פוליטי.

מהותו של ערוץ הפרסומת בתשלום

31. בחינת מעמדו ומקומו של ערוץ תשדירי הפרסומת ברשויות התקשורת צריכה להיעשות מתוך הסתכלות רחבה על מערך השידורים הכללי ברשויות אלה, ולא כאיבר המנותק ממערך זה. אופיו של ערוץ תשדירי הפרסומת בתשלום, דרך הקמתו, הבסיס המשפטי עליו הוא נשען, ותכליותיו מחזקים את המסקנה כי קיומו אינו מקנה לאדם זכות לתבוע מימוש הביטוי הפוליטי באמצעות תשדיר פרסומת בתשלום כחלק מדרכי המימוש החוקתיות של הזכות לחופש ביטוי הנתונה לו. מכאן, שכללים האוסרים על ביטוי פוליטי במסגרת פרסומת בתשלום מעגנים נורמת התנהגות המצויה מחוץ ל"מגרש החוקתי" הנוגע לחופש הביטוי, ולא בתחומו. לפיכך, טענת הפגיעה הנטענת בחופש הביטוי נוכח האיסור האמור אינה במישור החוקתי, אלא, אם בכלל, במישור המינהלי, בגדר אחת העילות המוכרות על פיו.

32. הפרסומת בתשלום, נשוא הכללים שבמחלוקת, איננה חלק אינטגרלי ממערך השידורים של רשויות התקשורת, שבמסגרתו הן חייבות במתן במה לביטוי הפוליטי. ערוץ הפרסומת בתשלום בשתי רשויות התקשורת הוא כלי עזר, לבר-מקצועי, שאינו כלול במסגרת תפקידיהן וחובותיהן של רשויות התקשורת על פי החוק. ערוץ הפרסומת בתשלום הוא ענין אופציונלי, הנתון להחלטתה של רשות התקשורת. תרצה - תעשה בו שימוש; לא תרצה - לא תעשה בו שימוש. הוא נועד, כל כולו, לשמש אמצעי מימוני להגדיל את תקבולי התקציב של גופי התקשורת, ולאפשר את פעילותם התקינה לצורך עמידה במטלות ובתפקידים המוטלים עליהם. תכליתו איננה לשמש במה לביטוי כזה או אחר, וביטוי פוליטי בכלל זה. אגב השגת התכלית המימונית, וכדי להגשימה, ניתן לגורמים שונים, על פי רוב מסחריים, לבטא את מסריהם, בלא שביטוי זה, כשלעצמו, מהווה תכלית שלשמה נועד ערוץ הפרסומת. חברתי, השופטת נאור, עמדה בהרחבה על מאפיין זה בשידורי הפרסומת (פסקה 18 לפסק דינה).

33. ערוץ הפרסומת בתשלום, בהיותו חיצוני למסגרת השידורים, אינו כפוף לחובת האיזון וההגינות החלה על הרשות במסגרת תפקידיה המקצועיים. בהיות ערוץ זה חיצוני למסגרת תפקידיה של הרשות, ומאחר שלא נועד על פי תכליתו לשקף מסרים של ביטוי כזה או אחר, לא חלה על הפעלתו אותה חובה כללית החלה על הרשויות במסגרת השידורים הכלליים לתת ביטוי למיגוון הדעות והטעמים בחברה הישראלית. מאחר שערוץ הפרסומת לא נועד מלכתחילה לתת במה לביטוי של מסרים רעיוניים כלשהם, רשאיות הרשויות להסדיר את תכני שידורי הפרסומת באופן שיגשימו בצורה האופטימלית את יעדיה המימוניים של הפרסומת, בלא שיפרו את חובת האיזון וההגינות החלה עליהן ביחס לשידורים, המתייחסת לרובד התוכני-רעיוני של שידורים אלה. עמדתן של הרשויות לענין זה היא כי הפרסומת בתשלום, כאמצעי מימוני, מצדיקה לייחד אותה לעניינים מסחריים ונייטרליים לחלוטין מבחינת תוכנם החברתי והאידיאולוגי.

34. האיסור על הרחבת הפרסומת בתשלום לעניינים השנויים במחלוקת חברתית לא רק שאינו פוגע בחופש הביטוי הפוליטי-אידיאולוגי, אלא מגן מפני השתלטות בעלי המאה על הדעה וההסברה במדינה. הגבלת ערוץ הפרסומת לעניינים בעלי אופי מסחרי-נייטרלי משרתת, אפוא, את חופש הביטוי ואינה מנוגדת לו. היא מתיישבת עם תפקידיהן של רשויות התקשורת, ועם חובת ההגינות והאיזון החלה עליהן, ואינה סותרת אותם. על רקע זה יש להבין את הרציונל שביסוד ההסדרים של ערוצי הפרסומת בתשלום, ואת ייחודם לעניינים מסחריים ונייטרליים במהותם (סעיפים 25א לחוק רשות

השידור וסעיף 7(2) לכללי רשות השידור; סעיף 81 לחוק הרשות השנייה, וסעיף 5 לכללי הרשות השנייה).

35. זאת ועוד: מן הבחינה המשפטית, לצורך הפעלת ערוץ הפרסומת בתשלום ברשויות התקשורת נדרשה הסמכה סטטוטורית מיוחדת, שבלעדיה לא היה בכוחן ובסמכותן להפעיל ערוץ זה, בהיותו מסלול לבר-מקצועי ביחס לתפקידיהן המובהקים של רשויות אלה. ואכן, ההסמכה לשידורי פרסומת בחוק רשות השידור היא תוספת מאוחרת לחוק בסעיף 25א משנת תשנ"ג. בטרם נכנס תיקון זה לתוקפו, הועלה הקושי המשפטי הנילווה להפעלת ערוץ פרסומת בתשלום על ידי רשויות התקשורת בלא הסמכה מיוחדת של החוק. העמדה המשפטית שננקטה על ידי היועץ המשפטי לממשלה ועל ידי בית המשפט היתה כי בלא הסמכה מיוחדת, אין סמכות וכוח בידי רשות התקשורת לשדר פרסומת בתשלום (דברי הסבר להצעת חוק רשות השידור (תיקון מס' 8), התשנ"ב-1992, הצ"ח 2114, עמ' 220). על רקע זה חוקקה ההוראה בסעיף 25א לחוק המסמיכה את רשות השידור להפעיל ערוץ זה. על הסייגים החלים על פרסומת בתשלום ללא הסמכה סטטוטורית מיוחדת ראו גם פסקה 6 לבג"ץ 1858/96 אוסט, השקעות בע"מ נ' רשות השידור (לא פורסם, 21.10.99); בג"ץ 6032/94 רשת, חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' רשות השידור, פד"י נא(2) 790, 808-9 (1997); בג"ץ 757/84 איגוד העיתונאים היומיים בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פד"י מא(4) 337 (1987); בג"ץ 3424/90 איגוד העיתונאים היומיים נ' שר החינוך והתרבות, פד"י מה(2) 24 (1991)). מפסיקה זו עולה בבירור כי נדרשת חקיקה מסמיכה ספציפית על מנת לאפשר לרשות התקשורת לפעול בערוץ הפרסומת בתשלום במסגרתה.

האם ייתכן לומר כי, במסגרת הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי, עומדת לאדם הזכות לתבוע כי תינתן לו במת ביטוי דווקא בתשדירי פרסומת בתשלום, כאשר פעילות זו אינה נכללת באופן אינטגרלי במערך התפקידים המובהק של רשות התקשורת, וכאשר היא רשאית לבצעה רק בכפוף להסמכה סטטוטורית מיוחדת, ולהחלטה אופציונלית מטעמה, שהיא תלוית נסיבות בהתאם לצרכיה המימוניים?

36. יש לזכור בהקשר זה, כי הזכות החוקתית אינה צריכה עיגון בחוק. היא קיימת מכוח ערכי השיטה החוקתית ומכוח חוק היסוד, וגם בלא השתקפותה בחוק רגיל, היא חיה וקיימת מכוח הנורמה החוקתית הטמונה בה. אכן,

"משקנויה לאדם זכות, ולא כל שכן זכות חוקתית, אין רשות ציבורית זקוקה להסמכה בחוק כדי לקיים את הזכות

ולכבדה, אלא ההפך מכך הוא הנכון: היא נזקקת להסמכה בחוק כדי להגבילה ולפגוע בה, ומקום שהפגיעה מגבילה או שוללת מימוש זכות אדם, עליה לעמוד במבחני פיסקת ההגבלה כתנאי לתוקפה ולפועלה".

(פרשת דוברין, פסקה 16 לפסק דיני).

(ראו גם בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פד"י ב' 80, 82 (1949)). הפגיעה בזכות האדם היא המצריכה קיומו של חוק מסמיך, המבקש להכשיר את הפגיעה (זמיר, הסמכות המינהלית, עמ' 50). בלא סמכות בחוק לפגוע בזכות, חורגת הרשות המינהלית מכוחותיה ומסמכותה.

37. בענייננו, נדרשה הסמכה סטטוטורית מיוחדת לרשות המינהלית כדי לאפשר לה להפעיל ערוץ תשדירי פרסומת בתשלום. זאת, מאחר שנקודת המוצא המשפטית היא כי בלא סמכות מיוחדת אין הרשות יכולה להפעיל ערוץ כזה. בהנחה זו טמונה הנחה נוספת והיא - כי לא עומדת זכות חוקתית לממש את חופש הביטוי הפוליטי במסגרת תשדיר פרסומת בתשלום. מאחר שאין זכות חוקתית ראשונית לאדם לבטא את מסריו, יהיו אשר יהיו תוכנם, בתשדירי פרסומת בתשלום, נדרשה הסמכה מיוחדת לרשויות כדי להקנות להן כוח וסמכות להפעיל ערוץ כזה. בהעדר הסמכה מפורשת, כאמור, לא היה נתון לרשות הכוח לבצע פעילות זו. מכאן נובע, כי הזכות לחופש ביטוי פוליטי בתקשורת אינה מתרחבת על פני ביטוי במסגרת פרסומת תשלום, ואלמלא ניתנה הסמכה מיוחדת לכך, לא היתה הרשות רשאית ומוסמכת להפעיל ערוץ זה כלל. מבנה זה של זכויות וסמכויות מבהיר אף הוא מדוע הביטוי הפוליטי בפרסומת בתשלום אינו חלק מחופש הביטוי הפוליטי החוסה תחת ההגנה החוקתית.

38. יתר על כן, גם בהינתן סמכות סטטוטורית לשידורי פרסומת בתשלום, מדובר בסמכות אופציונלית, שברצון הרשות היא משתמשת בה, וברצונה היא זונחת אותה, או אף מביאה לביטולה. מאחר שערוץ זה מיועד לצרכים מימוניים, השימוש בו הוא תלוי-נסיבות, וקשור כל כולו במצבה הכספי של הרשות. אלמלא נקלעה הרשות למצוקה כספית, ולא היתה רוכשת סמכות סטטוטורית להפעיל ערוץ פרסומת בתשלום, סביר להניח כי לא ניתן היה לחייבה להנהיג ערוץ כזה לצורך מתן ביטוי פוליטי בתשלום כחלק מזכות יסוד לחופש ביטוי. ניתן אף להניח, כי בהעדר סמכות סטטוטורית להנהיג פרסומות בתשלום, לא היה עותר, המבקש לכפות על הרשות לפרסם פרסום פוליטי בתשלום, רואה ברכה בעתירתו. כמו כן, משאין עוד צורך מימוני, רשאית הרשות לזנוח את השימוש בערוץ הפרסומת, או אף להביא לביטול ההסמכה בחוק לתשדירי פרסומת בתשלום. ספק אם ביטול כזה היה מקים עילה לטענת פגיעה בזכות חוקתית לחופש

ביטוי. הטעם לכך הוא כי מימושה של זכות הביטוי בתקשורת בתחומים השונים, ובכלל זה בתחום הפוליטי-אידיאולוגי, אינו תלוי ואינו נסמך כלל על שידורי הפרסומת. לפיכך, הסדרתו של ערוץ זה וייחודו לעניינים מסחריים ונייטרליים באופיים, אינה מהווה פגיעה באמצעי מימוש חוקתי של חופש הביטוי הפוליטי. מימושו של חופש ביטוי פוליטי במסגרת ערוץ פרסומת בתשלום אינו חלק מהזכות לחופש ביטוי תקשורתי, והוא אינו חלק מן הזכות החוקתית הראויה להגנה חוקתית. לפיכך, הסדרת ערוץ הפרסומת בתשלום וייחודו לסוגי מסרים מסוימים, שהם מסחריים או נייטרליים באופיים ואינם כוללים עניינים שבמחלוקת פוליטית או אידיאולוגית, אינם מהווים פגיעה חוקתית בחופש הביטוי הפוליטי.

39. יתירה מזאת: במבט כולל ניתן לומר כי, הגבלת הפרסומת לשידורים מסחריים והודעות בעלות אופי נייטרלי מקדמת את חופש הביטוי הפוליטי במובן הרחב ולא פוגעת בו. הביטוי הפוליטי, דווקא בשל חשיבותו הקרדינלית וחיוניותו להליך הדמוקרטי, אינו אמור להיקנות בכסף, וככל שהוא נקנה כך הוא יוצר מעצם טיבו עיוות בשיח הציבורי החופשי. הוא עלול גם לעוות את חובת האיזון וההגינות החלה על רשויות התקשורת ביחס למערך השידורים הכללי. כאשר בעל הממון רוכש בימת הסברה בתקשורת באמצעות תשדירי פרסומת בתשלום, ואילו דל האמצעים אינו מסוגל לרכוש זמן שידור בתשלום כדי להציג את עמדותיו, ממילא מתעוות האיזון הנדרש בהצגת הדעות והרעיונות בזירה האידיאולוגית. חוסר שוויון זה בכוח הביטוי הפוליטי, הנגזר מיכולת המימון של בעל המאה, פוגע פגיעה עמוקה בחובת השוויון וההגינות בתקשורת, ועלול לערער באופן ממשי את נקודת האיזון הראויה בביטוי הפוליטי-חברתי, המובטח במערך השידורים הכללי. לא במקרה קבעו רשויות השידור איסורים על פרסומת בתשלום של תשדירים פוליטיים ואידיאולוגיים. הן עשו זאת ממניע של קידום רעיון חופש הביטוי הפוליטי המהותי, ודאגה לשוויון בדרכי מימושו, ולא להפך. הדאגה למימוש המהותי של הביטוי הפוליטי-אידיאולוגי, ולאיוון בדרך הסדרתו, היא המחזקת חיזוק ערכי את המגבלות שהניחו הכללים על פירסומת בתשלום של מסרים השנויים במחלוקת חברתית. עמדה על כך ה-Baroness Hale of Richmond בענין Regina (Animal Defenders International) v. Secretary of State for Culture, Media and Sport (2008) 2 WLR 781 (2008) UKHL 15, שניתן במרץ השנה בבית הלורדים האנגלי, ואשר הובא בפסק דינה של חברתי, השופטת נאור. בדברה על הפגיעה הטמונה בפרסום בעל אופי פוליטי בתשלום, אומרת הברונית הייל, בין היתר:

"So this case is not just about permissible restrictions on freedom of expression. It is about striking the right balance between the two most important components

of a democracy: freedom of expression and voter equality".

ומעל לענין היא מבהירה :

"...we do not want our Government or its policies to be decided by the highest spenders. Our democracy is based upon more than one person one vote. It is based on the view that each person has equal value. 'Within the sphere of democratic politics, we confront each other as moral equals'... . We want everyone to be able to make up their own minds on the important issues of the day. For this we need the free exchange of information and ideas. We have to accept that some people have greater resources than others with which to put their views across. But we want to avoid the grosser distortions which unrestricted access to the broadcast media will bring".

40. פרופסור באגצ'י (Aditi Bagchi) במאמרה הצביעה על הסכנות לחופש הביטוי, שעשויות לעלות דווקא מכיוונם של גופים פרטיים הרוכשים שליטה על אמצעי הביטוי וההסברה. הסכנות הנשקפות מכיוון זה אינן פחותות מאלה שהשלטון עשוי להציב בדרכו של חופש הביטוי. על כן, על פי דעה זו, במקרים מסויימים קמה הצדקה, ואולי אף חובה, על המדינה להתערב ולפעול למען הגברת חופש הביטוי, תוך צמצום הסכנות לעיוות חופש זה מצידם של גורמים פרטיים :

[W]e should not blindly emphasize the dangers posed by state action at the expense of those posed by certain types of private action . . . Random insults by individual private actors are not likely to affect the political identity of those insulted. But restrictive choices by mass media that influence large numbers of people and claim to respond to the views of the public do pose a substantial threat to those excluded from their forums. This is not to say that these media must affirm all viewpoints, but the rules governing access--rules affirmatively enacted by the government--should ensure that each citizen can consider herself a participant in public discussion.

ולכן:

“[W]hen private actors wield disproportionate power over public discourse, the state should ensure that all citizens retain the access necessary for their voices or views to count.”

41. הגבלת תשדירי הפרסומת בתשלום לעניינים מסחריים ונייטרליים אינה מסכנת את האיזון הנדרש במימוש חופש הביטוי הפוליטי-אידיאולוגי בחברה. הרחבת התשדירים לביטוי הזה עלולה להרוס ולעוות מן היסוד את ההגינות הנדרשת בתקשורת המחייבת מתן במת ביטוי לדעות השונות הרווחות בחברה, בלא תלות וקשר לממון וליכולת כלכלית של בעלי הדעה.

סיכומם של דברים:

42. ענייננו כאן בתחמת קווי המיתאר של הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי, ובשאלה האם בתחומי זכות זו נכללת גם הזכות לבטא מסר פוליטי בתשדירי פרסומת בתשלום ברשויות התקשורת הציבוריות. אנו מצויים בשלב הראשון בתהליך הבחינה הדו-שלבי של הניתוח החוקתי. תחמת היקפה של הזכות החוקתית אמורה לתת תשובה לשאלה האם הכללים המונעים פרסומת בתשלום בעניינים פוליטיים פוגעים בזכות חוקתית לחופש ביטוי פוליטי במדיום זה. שאלה זו נענית על פי פרשנות תכליתית של הזכות לחופש ביטוי פוליטי והדרכים החוקתיות למימושה של זכות זו. הפרשנות התכליתית בנויה על בחינת הערכים הניצבים ברקע הזכות, ולא על בסיס היקפה המילולי של הזכות.

43. מסקנתי מהניתוח שהובא לעיל הינה כי היקף הזכות לחופש ביטוי פוליטי, רחב ככל שיהא, אינו מתפרש, על פי תכליתו, על זכות למימוש הביטוי באמצעי של פרסומת בתשלום ברשויות התקשורת הציבוריות. חופש הביטוי הפוליטי בישראל מובטח במסגרת חובת האיזון וההגינות במערך השידורים הכללי, המופעל על ידי הרשויות. הוא אינו מתרחב על פני ערוץ הפרסומת, אשר לא נועד מלכתחילה, לשמש במת ביטוי, אלא הוקם לתכלית כספית-תקציבית. קיומו של ערוץ זה מותנה, מלכתחילה, בקיומה של סמכות סטטוטורית מיוחדת המוענקת לרשות לצורך הפעלתו, והפעלה זו תלויה באופן בלעדי ברצונה ובצרכיה המימוניים של הרשות. הגבלת הפרסומת לעניינים שאינם מעוררים מחלוקת חברתית מקדמת את תפקידן של רשויות התקשורת בהגנה על חופש הביטוי הפוליטי, ואת משימתן לשמור על איזון והגינות במסרים החברתיים-פוליטיים בשידורים, בלא קשר של תלות לממון וליכולת כלכלית של בעל הדעה, ואינה מנוגדת להם. לפיכך, הסדרתו של ערוץ הפרסומת באופן הזה אינה פוגעת בזכות חוקתית, ולכן אינה מולידה צורך בבחינה חוקתית של הפגיעה הנטענת. ממילא, אין

מקום לבירור תחולתה של פיסקת ההגבלה, על תנאיה השונים, בענייננו. אנו נעצרים, אפוא, בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, ואל שערי השלב השני איננו מגיעים. יחסיותה של הזכות לחופש ביטוי פוליטי ברשויות התקשורת הציבוריות מותרה את הביטוי הפוליטי בתשדירי פרסומת בתשלום מחוץ לגבולותיה.

הערה כללית

44. אבקש להעיר להשלמת הדברים:

המערכת הנורמטיבית החוקתית בישראל היא צעירה לימים, ומצויה בתהליך של התפתחות הדרגתית, לקראת עיצובה המלא. בשלב זה של התפתחותה, ישנה חשיבות מיוחדת במתן משקל ראוי לבחינת יחסיותה של הזכות החוקתית על פי תורת שני השלבים, ובתוך כך, בהתייחסות להיקפה הטבעי של הזכות בטרם תידון יחסיותה בהיבט השני, העוסק בחוקתיות הפגיעה בה על פי תנאי פיסקת ההגבלה. הגישה הגורפת, המשלבת כמעט כל היבט וענין הקשור מילולית בזכות החוקתית אל תוך תחומי גבולותיה של הזכות, מובילה את הדיון החוקתי במהירות לעבר השלב השני - הוא שלב ניתוח חוקתיות הפגיעה על פי פיסקת ההגבלה. גישה זו עלולה לגרור אחריה קושי עיוני ומעשי כאחד. מבחינה עיונית, היא מערפלת את תורת שני השלבים, הנדרשת לדיון החוקתי; מן הבחינה המעשית, היא עלולה להביא לדילולן של הזכויות החוקתיות, ולהתרופפות ההגנה הניתנת להן מפני פגיעה. אך טבעי הוא כי, ככל שעניינים שוליים בטיבם, על גבול הזכות החוקתית או מחוצה לה, זוכים לדיון חוקתי, הצורך לבסס הגנה טובה מפני פגיעה בזכות החוקתית נחלש, והטפל והעיקר מתערבבים זה עם זה. תהליך כזה עלול לדלדל את הדיון החוקתי, ולפגוע בעוצמתו ובחיוניותו. דומה, כי יש למקד את הדיון החוקתי בליבתן של זכויות היסוד, ובליבת ההגנה הנדרשת עליהן מפני פגיעה. בצד פיתוחן של הזכויות החוקתיות, ראוי להקפיד לא פחות על הגדרת גבולותיהן הראויים, לכל תפרשנה כחובקות כל, ולכל תייבאנה אל תוכן עניינים שאינם צריכים לבוא בתחומיהן, והכל בגדרה של התכלית החוקתית.

45. תחימת גבולות ראויים להיקפן של זכויות היסוד של האדם עשויה לתרום לביצורן של זכויות אלה, ולא להחלשתן. היא עשויה לתרום לשיח החוקתי, ולמקדו להגנה המהותית הנדרשת לליבתן של זכויות האדם. תחימת גבולותיהן של הזכויות החוקתיות לגבולות מוגדרים על פי התכלית החוקתית תקדם את ההגנה החוקתית עליהן, ולא תפגע בהן, כדברי המישנה לנשיא חשין בפרשת איחוד המשפחות (פסקה

: (41)

”מתיחת זכויות היסוד אל כל עבר - מעלה, מטה, ולצדדים - תוך הפניית האינטרסים שבכוחם להשפיע על גבולותיהן אל עבר פיסקת ההגבלה, עלולה להביא לפגימה בשיח החוקתי, וזו עלולה להוליד בסופו של יום לצמצום ההגנה החוקתית על זכויות האדם”.

ראו בענין זה גם את דבריו של השופט זמיר בפרשת בנק המזרחי (עמ' 1-470), המזהיר מפני קביעת מסמרות בשאלה מהו ”קנין” ומהי ”פגיעה בקנין”, מתוך חשש כי ”ככל שיורחב ההיקף של הקנין כזכות חוקתית, כך יש לחשוש כי תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת”. ברוח זו ראו גם את דבריו של Hogg במאמרו Interpreting the Charter Rights: Generosity and Justification, 28 Osgood Hall L.J. (1990) 817, 819. וכן את דבריו בחיבורו Peter W. Hogg, Constitutional Law of Canada, 5th ed. Vol 2 (2005) פסקה 3.83 :

"There is a close relationship between the standard of justification required under s. 1 and the scope of the guaranteed rights. If the courts give to the guaranteed rights a broad interpretation that extends beyond their purpose, it is inevitable that the court will relax the standard of justification under s. 1 in order to uphold legislation limiting the extended right. For example, if the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) were held to protect perjury, fraud, deception and conspiracy – all forms of expression in an extended sense – it would be foolish to require a legislative body to satisfy a high standard of justification in order to regulate or prohibit such obviously harmful behavior.

...Each right should be so interpreted as not to reach behavior that is outside the purpose of the right – behavior that is not worthy of constitutional protection. ...

אמנם, ניתן לטעון כי מבחינת התוצאה אין הבדל בין הגישות:

“It may well be that it makes little difference in result whether the courts opt for a stringent standard of justification coupled with a purposive interpretation of rights, or for a relaxed standard of justification coupled with a broad interpretation of rights”.

אולם, כפי שמסביר הוג, ישנה חשיבות רבה לשאלה זו מבחינת היקף הביקורת

השיפוטית:

“...[I]t certainly makes a great deal of difference to the scope of judicial review. If the rights are broad, and the standard of justification is low, then many more charter challenges will come before the courts, and will fall to be determined under s.1. since the standard of justification under s. 1 would be low, it would be difficult to devise meaningful constraints on the process of judicial review. The result would be that judicial review would become even more pervasive, even more policy-laden, and even more unpredictable than it is now. In my view, therefore, the courts should adhere to the strict standard of justification prescribed by Oakes, and should give a purposive (rather than a generous) interpretation to the guaranteed rights. That approach will help to stem the wasteful floods of litigation, to limit the occasions when courts have to review the policy choices of legislative bodies and to introduce meaningful rules to the process of Charter review”.

לדעות נוספות בספרות המשפטית, המצדדות בהגדרת היקפן של הזכויות החוקתיות כדרך לביצורן ומניעת החלשתן ודילולן, ראו:

Yves De Montigny, The Difficult Relationship between Freedom of Expression and its Reasonable Limits, 55(1) Law & Contemp. Prob. 35 ; V. Blasi, The Pathological Perspective and the First Amendment, 85 Colum. L. Rev. 449, 479 (1985) ; Sidney R. Peck, An Analytical Framework for the Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, 25 Osgoode Hall L.J. 1 1987

וראו גם את מאמרו של "Bradley W. Miller, "Justification and Rights Limitations" <http://ssrn.com/abstract=1084468> המצדד בצמצום הפרשנות הרחבה הניתנת להיקף הזכויות החוקתיות בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, בין היתר, כדי למנוע זילות בערכן של הזכויות, והחלשה של הבחינה החוקתית בשלב השני, המתמקד בביקורת מידת הצדקתה של הפגיעה בזכות על פי נוסחת האיזונים החוקתית.

שונה היא עמדתו של הנשיא ברק, הסבור כי עיקר המגבלות המוטלות על הזכויות החוקתיות מקומן בשלב השני של הבחינה החוקתית ולא בשלב הראשון, הנוגע בהגדרת היקף הזכות. לגישתו, "נקודת המוצא צריכה להניח הגדרה נדיבה. ההגבלה - העשויה להביא בחשבון את מיקומו של המקרה בשולי הזכות או בגרעינה - צריך לה שתובא בחשבון במסגרת יישום פיסקת ההגבלה. האיזון שבין זכויות הפרט לבין האינטרס הציבורי או בינן לבין עצמן צריך שייעשה במסגרת פיסקת ההגבלה" (הנשיא ברק בעניין איחוד

המשפחות, פסקה 102). לביקורת על גישתו הנזכרת של פרופ' הוג, ראו דברי הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, בעמ' 3-462.

46. על יסוד הדברים שהובאו לעיל, אין לומר כי נפגעה זכות חוקתית של העותרת עקב סירובן של הרשויות, במסגרת כלליהן, לשדר תשדיר פרסומת בתשלום מטעמה שעניינו ביטוי פוליטי-אידיאולוגי על פי תוכנו.

עילות אפשריות אחרות לתקיפת הכללים

47. שאלה אחרת היא, האם אופן הסדרת הפרסומת בתשלום בכללים, המתירים פרסומים מסחריים ומונעים פרסומים בעלי אופי פוליטי-אידיאולוגי, מעמיד עילה חוקתית לעותרת שעניינה פגיעה בשוויון בין הגופים המסחריים לבין הגורמים הפוליטיים, או עילה מתחום המשפט המינהלי, למשל אי סבירות, שיקולים לא ענייניים, הפלייה, וכיוצא באלה. טענות מסוג זה לא הועלו על ידי העותרת, ולא נבחנו בדיון. ממילא, פטורים אנו מלעסוק בהן. מעבר לנדרש, אתיחס רק להיבט השוויון כטענה חוקתית אפשרית בנסיבות ענין זה, הנקשרת גם לטענת הפלייה במישור המינהלי.

הפגיעה בשוויון

48. העותרת התמקדה בטיעוניה בטענה כי נפגעה זכותה לחופש ביטוי פוליטי עקב האיסור שהוטל בכללים על פרסום ביטוי כזה בתשדירי פרסומת בתשלום. ניסיתי להראות מדוע לא התרחשה פגיעה בזכות חוקתית זו, המצדיקה דיון חוקתי על פי פיסקת ההגבלה.

לשם השלמת הדברים אציין, כי אפשר וניתן היה להעלות טענה של פגיעה בשוויון במישור החוקתי, שעיקרה בכך כי הכללים נשוא ענייננו מפלים שלא כדין בין בעלי הביטוי המסחרי, שלהם הותרה הפרסומת בתשדירי השירות, לבין בעלי הביטוי הפוליטי, שערוץ ביטוי זה נחסם בפניהם. האם ניתן לומר כי בנסיבות אלה נפגעה הזכות החוקתית לשוויון בין בעלי המסרים השונים, המבקשים לפרסם בתשלום את מסריהם?

49. השוויון הוא יסוד מוסד בשיטת המשפט הישראלית. הוא ערך המונח ביסוד הקיום החברתי, וערובה להתפתחותו של האדם וגיבוש עצמיותו. הוא חיוני לביסוסו

של משטר חברתי דמוקרטי (פרשת איחוד המשפחות); בג"ץ 4112/99 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית ת"א-יפו, פד"י נו(5) 393, 415 (2002); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית ת"א-יפו, פד"י מב(2) 309, 332 (1988); בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פד"י נ(3) 485, 503 (1996) (להלן - פרשת מרכז השלטון המקומי)).

50. עם זאת, ערך השוויון לא נכלל במפורש כזכות יסוד בחוק היסוד, ולפיכך עלתה בעבר השאלה האם ניתן לסווג את הזכות לשוויון כזכות חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם, ולפרוש עליה, ככזו, את ההגנה החוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הפסיקה הישראלית נחלקה בשאלה האם ניתן לגזור את הזכות לשוויון מתוך הזכות לכבוד האדם. היו שסברו, כי הזכות לשוויון מצויה בקרבו של חוק היסוד כבוד האדם וחירותו כזכות "ללא שם" (השופט אור בבג"ץ 5394/92 הופרט נ' "יד-ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פד"י מח(3) 353, 360-363 (1994); דברי השופט מצא בבג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פד"י מח(5) 501, 521-523 (1994), וכן ראו את מכלול ההפניות המופיעות בסעיף 39 לפרשת איחוד המשפחות). היו שנקטו גישה מצמצמת בהחלת זכות היסוד לכבוד על הזכות לשוויון (דברי השופט זמיר בעניין בג"ץ 4806/94 ד.ש.א איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פד"י נב(2) 193, 205-206 (1998) ודבריו בפרשת מרכז השלטון המקומי, עמ' 511-510). והיו שביקשו לצמצם את ההכרה בחוקתיות הזכות לשוויון למקרים בהם הפגיעה בשוויון עולה כדי השפלת האדם, שאז מתקיימת על פי גישה זו חפיפה בין הזכות לשוויון לבין גרעין הזכות לכבוד האדם (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פד"י מט(4) 94, 146-147 (1995), וכן בג"ץ 4513/97 אבו ערער נ' יושב ראש הכנסת דן תיכון, פד"י נב(4) 26, 47 - (1998)).

51. לבסוף, התקבלה בפסיקה "גישת הביניים" לפיה "כבוד האדם" אינו מוגבל רק לפגיעה בגרעין של כבוד האדם. מצד שני, הוא אינו משתרע על כל זכויות האדם שניתן לגזור מכבוד האדם. הוא מקיף את אותן זכויות הקשורות לכבוד האדם (בין בגרעינו ובין בשוליו) בקשר ענייני הדוק (הנשיא ברק בפרשת דחיית השירות, בפסקה 33). במסגרת הזכות החוקתית לכבוד האדם, נכללים, אפוא, אותם היבטים של השוויון, המבטיחים את ההגנה על כבוד האדם מפני פגיעה, וקשורים אליו קשר הדוק. כבוד האדם משתרע על אותם מצבים בהם הפגיעה בשוויון נוגעת וקשורה קשר בל יינתק לכבודו של האדם ולפגיעה בו. בקביעת היקפה של הזכות החוקתית לכבוד, נכללת גם

התייחסות לפגיעה בשוויון כגורם לצורך שרטוט קווי המיתאר של הזכות. גישה זו אומצה גם בפסיקה מאוחרת (למשל בג"ץ 2223/04 לוי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 4.9.06); בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 7.12.06); בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נ' שר הבטחון (טרם פורסם, 13.12.06); בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון (טרם פורסם, 13.12.06)).

52. האם הכללים בענייננו, המתירים תשדירי פרסומת בתשלום של עניינים מסחריים, ופוסלים תשדירים בעלי מסר פוליטי-אידיאולוגי, פוגעים בשוויון כזכות חוקתית? התשובה המתבקשת לשאלה זו היא בשלילה, שכן בנסיבות הענין, גם אם קיימת פגיעה בשוויון, אין מדובר בפגיעה הקשורה קשר הדוק לכבוד האדם, ולפיכך אנו מצויים מחוץ למיתחם החוקתי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הנחתנו לצורך הענין הינה, כי הביטוי הפוליטי ומסריו מוסדרים במסגרת מערך השידורים הכללי ובמסגרת חובות הרשויות לאיזון ולהגינות בהפעלתם. הדבר נובע הן מחוק רשות השידור ומחוק הרשות השניה, והן מכוח עקרונות בסיסיים של השיטה. ערוץ הפרסומת בתשלום לא נועד מתחילתו לשמש במת ביטוי, אלא הופעל לצורך קיום תכלית כלכלית-מימונית של רשויות התקשורת. משהנחתנו היא כי חופש הביטוי הפוליטי בשידורים נשמר ומוגן, וכי הפרסום בתשלום לא נועד למימוש חופש ביטוי, ממילא אין מדובר בפגיעה בשוויון הקשורה קשר הדוק לכבוד האדם, ומכאן שאין מדובר בפגיעה בזכות חוקתית לכבוד, בהקשרה לזכות לשוויון.

53. גם אם אין מדובר בפגיעה בזכות חוקתית, עדיין ראוי לבחון אם עשויה להתקיים טענת הפלייה במישור המינהלי, להבדיל מהחוקתי, המצדיקה התייחסות.

שוויון מהותי מוגדר כיחס שווה אל שווים, וכיחס שונה לשונים (בג"ץ 10076/02 רוזנבאום נ' נציב שירות בתי הסוהר (טרם פורסם, 12.12.06) פסקה 11 לדברי הנשיא ברק). כדי שתתקיים פגיעה בשוויון, יש להוכיח קיומן של קבוצות יחס אשר מקיימות ביניהן זהות או שוויון במאפיינים שהם רלבנטיים, וכי חרף הדמיון ביניהן, הן זוכות ליחס שונה (דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י נד(5) 330 (2000), פסקה 13 לדברי הנשיא ברק).

54. בענייננו, ככל שהדבר נוגע לשידורי פרסומת בתשלום, קיים שוני מהותי במעמדה של קבוצות היחס הרלבנטיות, שוני המסביר ומתרץ את תוכנם של הכללים, המתירים שידורי פרסומת מסחריים ובעלי אופי נייטרלי, ואוסרים על שידורים בעלי

אופי פוליטי או אידיאולוגי. התפיסה העומדת ביסוד האבחנה בין הקבוצות היא תפיסה ערכית, שמקורה בהכרה כי הביטוי הפוליטי-אידיאולוגי-חברתי באמצעי התקשורת הממלכתיים-ציבוריים אינו צריך להיות מושפע מיכולות כלכליות של בעל הדעה, וכי מתן האפשרות לקנות ביטוי פוליטי בכסף לא רק שלא יקדם את שוק הדעות והרעיונות בחברה חופשית, אלא עלול לעוות אותו, במתן הדעה לבעל המאה. התרת פרסומת פוליטית בתשלום מהווה קנייה בכסף של כוח הסברה בעניינים חברתיים, מדיניים ואידיאולוגיים. יש בכך ניגוד לתפיסה הבסיסית לפיה השיח והביטוי הפוליטי החופשי אמור להיות שווה לכל נפש, ופתוח לכל אדם, בלא שים לב ליכולותיו הכלכליות. יש בתפיסה זו כדי לקדם את התהליך הדמוקרטי ולא להסיגו.

55. תשדירי הפרסומת המסחרית והתשדירים הנייטרליים למיניהם, הניקנים בתשלום, אינם משפיעים על שוק הרעיונות והדעות בתחום החברתי, ואינם מעוותים את הזרימה החופשית של הביטוי הפוליטי-אידיאולוגי במערך השידורים הכללי בתקשורת הציבורית, שאינו מותנה במשאבים כספיים. פתיחת תשדירי הפרסום בתשלום לביטוי הפוליטי עלולה לערער את שיווי המשקל הקיים בשוק הפתוח של הדעות והרעיונות, ולעוות את השיח החברתי נוכח החשש להשתלטות גורמי הון על אמצעי שידור זה ברשויות התקשורת. מכאן השוני המהותי בין קבוצות היחס הרלבנטיות לענייננו, המצדיק את האבחנה שנעשתה בכללים בהתייחסותם לכל אחת מהן. יש תוקף מיוחד לאבחנה האמורה בין קבוצות היחס הללו גם לאור העובדה שמדובר ברשויות תקשורת ציבוריות, הפועלות כתאגידים סטטוטוריים מכוח חוקים המסדירים את פעולתן הציבורית. יש לכך תוקף מיוחד ברשות השידור, המקיימת את מערך שידוריה כשירות ממלכתי מכוח החוק (סעיף 2 לחוק).

לביטוי הפוליטי ניתנת במה נרחבת במסגרת השידורים עצמם, בלא תשלום מיוחד. לביטוי המסחרי והנייטרלי הוקצה ערוץ לפרסום בתשלום, שאין בו כדי להשפיע ולהטות את השיח הציבורי בדרך של קניית כוח הסברה בכסף. קשה לומר כי גישה זו, על אבחנותיה, מקימה טענת אי שוויון והפלייה פסולה, בין בתחום החוקתי, ובין בתחום המשפט המינהלי, המצדיקה התערבות שיפוטית.

סוף דבר

56. לאור כל האמור, דעתי היא כי לא הוכחה פגיעה חוקתית בזכותה של העותרת - בין פגיעה בחופש הביטוי, ובין פגיעה חוקתית בזכות לשוויון. לא נראה כי מתקיימת

גם עילה מינהלית של הפלייה, שבהתקיימה, עשויה היתה להצדיק התערבות שיפוטית במעשי הרשויות במישור המינהלי.

לפיכך, ומן הטעמים שהובאו לעיל, אני מצטרפת לתוצאה המוצעת בפסק דינה של השופטת נאור, לפיה דין העתירה להידחות על כל חלקיה.

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

אני מסכים שאין מקום לפסילתם של הכללים, כאמור בחוות דעתה של חברתי השופטת מ' נאור. זאת, בלא צורך להביע עמדה בשאלת היחס בין חופש הביטוי הפוליטי לכבוד האדם.

עיינתי בחוות דעתה של חברתי, השופטת פרוקצ'יה. גישתה העקרונית בכל הנוגע לקביעת קווי הגבול של זכות חוקתית מקובלת עלי. מסכים אני עם דבריה (בפיסקה 6(6)) כי "ראיית הזכות החוקתית כבעלת היקף רחב מדי, מעבר לתכלית אותה באה הזכות לשרת, עלולה להביא לדילולן של הזכויות החוקתיות ולפיחות ערכן" (וכן ראו בפיסקה 2 לחוות דעתי בבג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נגד שר הפנים (טרם פורסם; 14.5.06)). עם זאת, בעניין דנא לא חלקו בעלי הדין על כך שאמנם קיימת פגיעה בחופש הביטוי. לפיכך, נמנע אני מלהביע עמדה לגבי שיטתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה ככל שמדובר בחופש הביטוי. אף איני רואה צורך לנקוט עמדה בשאלה מה היחס בין עצם קיום הזכות לבין אופן מימושה בנסיבות של המקרה דנא.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

מצטרף אני לדעתה של חברתי השופטת מ' נאור, ולהערותיו הנוספות של חברי השופט א' א' לוי.

1. אציין בפתח הדברים, כי לנוכח התוצאה אליה הגענו, מקבל אני כנקודת מוצא – ולשם הדיון בלבד – את ההנחה לפיה גלומה בכללים הנדונים פגיעה בחופש הביטוי כזכות יסוד מוגנת, הנחה שהייתה מקובלת על הצדדים בפנינו. משכך, איני נדרש

לניתוחה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה בעניין, ואבקש להותיר את הדיון בסוגיה זו בצריך עיון.

2. כפי שתואר בחוות דעתה של חברתי השופטת מ' נאור, מתן אפשרות לשידורם של ביטויים פוליטיים בנושאים שנויים במחלוקת במסגרת שידורי הפרסומות בתשלום, תביא, הלכה למעשה, לקיצה של דוקטרינת ההגינות בישראל. דוקטרינה זו נוגעת אמנם אך למסגרת השידורים "הרגילה", ובהיעדר אפשרות לפרסום פוליטי במסגרת שידורי הפרסומות, אין לה תחולה על שידורים אלו האחרונים. אלא שכאמור, פתיחת שידורי הפרסומות לשידור ביטויים פוליטיים, תביא עמה, מניה וביה, לעיקורה מתוכן של דוקטרינת ההגינות. לא ניתן להתעלם מכך שחרף העובדה שזמן השידור המוקצה לשידורי הפרסומות הינו קצר יחסית לשידורים הרגילים, הרי שיתר מאפייניהם של שידורי הפרסומות, ובהם האפשרות לחזרה על המסר מספר רב של פעמים, החופש בעיצובו של המסר על תכניו, ועצם היותו של אפיק זה אפיק ייעודי להעברתם של מסרים שמטרתם להשפיע, מעצימים את המשקל שיש לייחס להם (וכבר ציין בעניין זה המלומד מרשל מקלוהן כי "המדיום הוא המסר"). באקלים הציבורי והתקשורתי הרווח בתקופתנו, עליו עמד חברי השופט א' א' לוי בחוות דעתו, רב החשש שמא פתיחתו של הפתח המבוקש בעתירה תביא עמה להצפתם של שידורי הפרסומות בתשדירים פוליטיים כאלו ואחרים, תוך העברת כובד משקלו של השיח הפוליטי מהשידורים "הרגילים" לשידורי הפרסומות. ברי כי בכל אלו יש כדי להשליך בצורה ישירה על יישומה של דוקטרינת ההגינות, ולמעשה להביא לביטולה.

3. מסיבות אלו, מקובלת עליי גם קביעתה של השופטת נאור, לפיה אין פגם בכך שהסדר המונע שידור ביטויים פוליטיים במסגרת שידורי הפרסומות אינו מעוגן בצורה מפורשת בחקיקה ראשית. מקובלת עליי קביעתה כי הסדר זה למעשה נסמך על דוקטרינת ההגינות הכללית, והינו תוצר ישיר שלה. משמעוגנת דוקטרינת ההגינות היטב בחקיקה ראשית, הרי שיש בכך גם לטעמי כדי למלא אחר דרישת "ההסמכה המפורשת".

4. ודוק: האפשרות היחידה שלא להביא לביטולה של דוקטרינת ההגינות הכללית, באם תתקבל העתירה לגופה, תהא להחילה באופן ישיר על שידורי הפרסומות, באמצעות יצירתו של משטר פיקוח גם על שידורים אלו. עם זאת, אף בהנחה ויצירתו של פיקוח זה כלל הינה אפשרית, הרי שאין זה ברור מדוע ייצאו העותרת ושכמותה נשכרים מאפשרות זו, ומדוע יהא בה משום צמצום הפגיעה בחופש הביטוי. יש לזכור,

כי האפשרות להשמיע את קולה בכפוף לכללי חובת ההגינות ממילא מוקנית כיום לעותרת במסגרת השידורים הרגילים, ללא תשלום. לטענת העותרת, במצב הנוכחי, גופים המחזיקים בדעות פוליטיות ייחודיות אינם זוכים שדעתם תזכה לחשיפה מספקת במסגרת השידורים הרגילים. אלא שכפי שמציינת השופטת נאור, את פתרונה של בעיה זו יש למצוא במסגרת ההסדר הקיים באמצעות שימוש בדוקטרינת ההגינות עצמה, ובמידת הצורך אף באמצעות שימוש בהליכים מינהליים, כפי שמציינת השופטת פרוקצ'יה.

5. מנגד, בפתיחת האפיק הפרסומי לשידור ביטויים פוליטיים לאו דווקא יימצא פתרון לבעיה אותה מתארת העותרת. מחד גיסא, יצירתו של הסדר רגולטורי נוקשה לשם פיקוח על שידור חומר פוליטי "פרסומי" יעקר מתוכן את ייחודו של אפיק זה, כאשר ההבדל העיקרי בינו ובין השידורים הרגילים יהיה התשלום בעבור שידור התוכן. אלא שכאמור, עצם רכיב התשלום הכספי נושא עמו חששות רבים, כך שנדמה שחסרונותיה של דרך זו גוברים על יתרונותיה – לנוכח העובדה שאותו משטר הפוגע בעותרת לטענתה במסגרת השידורים הרגילים, ישוב ויפגע בה במסגרת שידורי הפרסומות.

מאידך גיסא, יצירתו של משטר פיקוח רפה יותר תביא להיווצרות תופעה בה "בעל המאה הוא בעל הדעה", לנוכח היות זמן השידור מוגבל מעצם מהותו וטבעו. במצב זה, נמצא עצמנו מחליפים הדרה אחת באחרת, כאשר גם כאן יימצאו בעלי הדעות המגובים במשאבים כלכליים פחותים יותר, בעמדת נחיתות לעומת יריביהם המבוססים.

6. אבקש להבהיר, כי אין בדברים אלו כדי לומר שדוקטרינת ההגינות הינה עקרון מקודש שאין לשנות ממנו. ככל תפיסה משפטית-חברתית אין היא חפה מחסרונות וייתכן ואף נלווית אליה פגיעה בזכויות יסוד מוגנות. אלא שאף אם ייטען כי חסרונותיה של תפיסה זו עולים על יתרונותיה, אין בכך לטעמי כדי להביא לפסילתה, כסותרת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעניין זה שותף אני לדעתה של חברתי הנשיאה ד' ביניש לפיה מורכבותו של הנושא ורגישותו הרבה דורשים בחינה ועיון מעמיקים, שראוי שייעשו בחקיקה, הגם שחולק אני על מסקנתה בעניין זה. בנסיבות העניין, כאמור, איני מוצא כי ההסדר הנוכחי נעדר הסמכה מפורשת בחקיקה ראשית. בד בבד, איני מוצא כי מצויה בידנו היכולת והאפשרות לדון לשבט או לחסד את דוקטרינת ההגינות לגופה, או, למצער, לאפשר את ריקונה מתוכן.

הוחלט ברוב דעות, כאמור בפסק דינה של השופטת מ' נאור, לדחות את העתירה.

ניתן היום, י"ט אב, תשס"ח (20.8.2008).

שופט

שופט

שופטת

הנשיאה

שופטת

שופט

שופטת