



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8938/11

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט צ' זילברטל

העותרת: "All For Peace" חברה לתועלת הציבור

נגד

המשיב: שר התקשורת

התנגדות לצו על תנאי

תאריכי הישיבות: כ"ד בטבת התשע"ב (19.01.2012)  
כ"ח בסיון התשע"ב (18.06.2012)  
ט"ו בכסלו התשע"ג (29.11.2012)  
י"ג בסיון התשע"ד (11.06.2014) הודעות עדכון מתאריך:

בשם העותרת: עו"ד יפעת סולל

בשם המשיב: עו"ד דנה בריסקמן; עו"ד נחי בן אור

### פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. בעתירה שלפנינו הוצא צו על-תנאי המופנה כלפי המשיב, שר התקשורת, המורה לו להתייצב וליתן טעם מדוע לא יחזור בו מהחלטתו לדרוש מהעותרת לחדול משידורי רדיו "כל השלום".

לטענת העותרת, מדובר בהחלטה בלתי חוקית, המונעת מטעמים זרים, פוגעת בחופש הביטוי ומנוגדת למדיניות של משרד התקשורת והשרים שעמדו

בראשו בשנים שקדמו לה, אשר הכירו, לפי הנטען, בחוקיותם של שידורי הרדיו האמורים, הנעשים באמצעות משדר הנמצא בשטחי הרשות הפלסטינית ברמאללה.

אביא להלן את הנתונים הרלבנטיים להכרעה בעתירה.

2. העותרת, All For Peace, הינה חברה לתועלת הציבור, הרשומה בישראל, אשר מוחזקת בבעלות פרטית משותפת על-ידי שתי חברות אחרות: האחת – ישראלית, והשנייה – פלסטינית.

3. העותרת היא המפעילה של "רדיו כל השלום" (להלן: הרדיו, או התחנה), אשר הוקם בשנת 2004, ביוזמה משותפת של המרכז היהודי הערבי בגבעת חביבה ושל חברת "בילאדי" – השותפה הפלסטינית בבעלות על העותרת. התחנה משדרת, מדי יום, מגוון של ראיונות ותוכניות אקטואליה, תרבות ספורט ומוסיקה, בשלוש שפות: עברית, ערבית ואנגלית. לטענת העותרת, הרדיו מסקר את פעילותם של ארגונים ישראלים ופלסטינים הפועלים למען השגת שלום ודו-קיום, והוא משמש במה להשמעתם של קולות הקוראים לקידום רעיונות של: שלום, כבוד הדדי, דו-קיום וסולידריות חברתית, אשר אינם מקבלים ביטוי באמצעי התקשורת האחרים. שידוריו של הרדיו ותכניו מכוונים, לטענת העותרת, הן לציבור הישראלי והן לציבור הפלסטיני.

4. תכני השידורים נערכים באולפן הממוקם בירושלים. משם מופצים השידורים באמצעות רשת האינטרנט, לציבור הרחב, וכן למשדר הממוקם בשטחי הרשות הפלסטינית ברמאללה (להלן: המשדר). עד סמוך למועד הגשת העתירה הופצו השידורים גם באמצעות המשדר האמור, בתדר 107.2 מגה הרץ FM, וניתן היה לקלוט אותם עד לקו החוף של מדינת ישראל, בין יד-מרדכי בדרום לנתניה בצפון.

לטענת העותרת, התדר הנ"ל הוקצה לה לטובת שידורי הרדיו האמורים על ידי הרשות הפלסטינית, ברישיון שהוענק לה כדין ושכגינו היא אף משלמת אגרה לרשות הפלסטינית.

שידורי הרדיו שנעשו על ידי העותרת בתדר האמור (להבדיל מתכני השידורים המועברים על ידי העותרת באתר האינטרנט שהיא מפעילה), אשר ייקראו להלן: שידורי הרדיו – הם העומדים במוקד עתירה זו.

תחילת המגעים בין העותרת לבין נציגי משרד התקשורת בעניין שידורי הרדיו

5. בין העותרת לבין נציגי משרד התקשורת והעומדים בראשו, התקיימו מגעים שנועדו להסדיר את שידורי הרדיו. ראשיתם של המגעים האמורים בפנייתם של נציגי העותרת לשר התקשורת דאז, מר אהוד אולמרט, עוד בשנת 2003. במענה לפנייה האמורה ובהמשך לפגישה שנערכה בעקבותיה, השיב שר התקשורת דאז, לנציגי העותרת, בחודש פברואר שנת 2004, כי הבקשה לאישור שידורי הרדיו נבחנת, וכי הם "נדרשים שלא להתחיל בשידורים עד לקבלת מענה סדור" (ראו: מ/ש/2).

הסדרת התחום האלקטרומגנטי בהסכם הביניים בין ישראל לרשות הפלסטינית

6. טרם שאסקור את המשכם של המגעים שהתנהלו בין נציגי העותרת לנציגי המשיב בעניין קיום שידורי רדיו "כל השלום", אציין כי למן תחילת המגעים האמורים, הובהר לעותרת על ידי נציגי משרד התקשורת, כי נושא הקצאתו של התדר לשידורי הרדיו, על ידי הרשות הפלסטינית, צריך להיות מובא בפני: וועדת התיאום הישראלית-פלסטינית לעניין טלקומוניקציה, שהוקמה במסגרת הסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, אשר נחתם בין

ישראל לבין הרשות הפלסטינית, בתאריך 28.9.1995 (להלן: ה-JTC Joint Technical Committee), או ה-וט"ם, ו-הסכס הביניים, בהתאמה).

מדובר בוועדה משותפת שיושבי-הראש שלה הם: מנכ"ל משרד התקשורת ומקבילו הפלסטיני, המורכבת ממומחים טכניים של שני הצדדים, אשר הוקמה לצורך יישומו של סעיף הבזק (סעיף 36 בתוספת I ("כוחות ואחריות לעניינים אזרחיים") לנספח III ("פרוטוקול בנושא עניינים אזרחיים")), בהסכם הביניים (כתבי אמנה, 1071), הקורא, בין היתר, כך:

"תחום זה כולל, בין היתר, את הניהול והניטור של השימוש בספקטרום תדרי הרדיו...

...

ישראל מכירה בכך שלצד הפלסטיני יש זכות לבנות ולהפעיל מערכות ותשתיות תקשורת נפרדות ועצמאיות, לרבות רשתות בזק ורשת טלוויזיה ורשת רדיו.

...

מפעילי ומספקי שירותים, בהווה ובעתיד בגדה המערבית וברצועת עזה נדרשים להשיג את האישורים הדרושים מהצד הפלסטיני. נוסף על כך, כל המפעילים ו/או מספקי השירותים, בהווה ובעתיד בגדה המערבית וברצועת עזה, המבקשים להפעיל ו/או לספק שירותים בישראל, נדרשים להשיג את האישורים הדרושים ממשרד התקשורת הישראלי.

שני הצדדים יימנעו מכל פעולה המפריעה למערכות ולתשתיות התקשורת והשידור של הצד האחר. במיוחד, יוודא הצד הפלסטיני שייעשה שימוש אך ורק בתדרים ובערוצים המפורטים בלוח 5: רשימת תדרים מאושרים (...)... וכי שימוש זה לא יפריע או ישבש את פעילות ישראל בתחום התקשורת האלחוטית...

ועדה משותפת של מומחים טכניים שייצגו את שני הצדדים תוקם כדי לטפל בכל סוגייה המתעוררת בעקבות סעיף זה. לרבות הצרכים העתידיים הגדלים של הצד הפלסטיני (להלן: "הוועדה הטכנית המשותפת" או וט"מ)...". (ההדגשות שלי – מ"מ).

בהמשכו של אותו סעיף בהסכם הביניים נכתבו, בין היתר, הדברים הבאים

הרלבנטים, אף הם, למכלול שבפנינו:

"התחום האלקטרומגנטי

לצד הפלסטיני יש זכות להשתמש בספקטרום תדרי הרדיו, בהתאם לעקרונות מקובלים על שני הצדדים, לצרכים בהווה ובעתיד, ובתדרים המוקצים או מוקצים מחדש בגדה המערבית וברצועת עזה המכסים את כל השירותים הדרושים לו בגלי...

על מנת לספק את הצרכים הנוכחיים של הצד הפלסטיני, התדרים המפורטים בלוח 5 מוקצים לשימוש הצד הפלסטיני בגדה המערבית וברצועת עזה.

צרכים עתידיים לתדרים יוסכמו בין שני הצדדים. לצורך זה, הצד הפלסטיני יגיש את דרישותיו באמצעות הוט"מ, אשר חייבת למלא את הדרישות הללו בתוך פרק זמן שלא יעלה על חודש אחד.

...

התדרים המפורטים בלוח 5 ישמשו, בין היתר, לתמסורת של רשת טלוויזיה ורשת רדיו.

...

משדר הרדיו ימוקם באיזור הערים רמאללה ואל בירה, באתר המוסכם כעת.  
(ההדגשות שלי – ח"מ).

בפועל, בנספח 5 להסכם הביניים – לא פורטו תדרי הרדיו המוקצים לשימוש הצד הפלסטיני בתחום ה-FM. תחת זאת סוכם כי הקצאתם של 8 תדרי רדיו בתחום FM, לשידור מ-8 אתרים מסוימים ברשות הפלסטינית, תיעשה בטווח זמן של עד 6 חודשים לאחר חתימתו של ההסכם.

בתגובתו של המשיב לצו על-תנאי נטען כי מסיבות שונות, ביניהן הנתק שנוצר בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית בשנים 2006-2007, בעקבות הקמת ממשלת החמאס – הנושא לא סוכם ולא התקבלה על ידי ה-JTC כל החלטה בעניין זה, כך שעד היום לא הוקצו תדרים לשידוריהן של תחנות רדיו המשדרות בשטחי הרשות הפלסטינית.

כעת אמשיך בסקירתם של המגעים בין נציגי העותרת לבין נציגי המשיב.

7. בחודש אפריל שנת 2005, התגלה לנציגי משרד התקשורת כי "רדיו כל השלום" החל בשידוריו מעל גלי האתר, מבלי שניתן אישור המשרד לכך. עוד התברר כי שידורי הרדיו יצרו הפרעות למערכות קשר תעופתיות. בעקבות פנייה מטעם שר התקשורת דאז, לנציגי העותרת – הופסקו שידורי הרדיו הנ"ל, באופן

זמני, ואולם הם חודשו זמן קצר לאחר מכן. לפיכך, חזר נציגו של המשיב דאז ודרש מנציגי התחנה להפסיק באופן מיידי את שידוריה. הדבר נעשה במכתב (מ/ש/3), שבו נכתב, בין היתר, כך:

“...התברר לנו, כי השבוע (10.04.2005) תחנתכם חזרה לשדר בתדר 107.2 מה"ץ, זאת מבלי שהתקבל אישור המשרד ואף לא אישור של ה-JTC. בקשתכם להקמת התחנה נמצאת בתהליך בחינה במשרדנו מזה זמן רב, בשל הנסיבות המיוחדות הנוגעות לה. כידוע לכם, לשם אישור הקצאת תדר וקביעת הספק לשידור, על העניין להיות מובא בפני ה-JTC ולהיות מאושר על ידו. הנכם נדרשים להפסיק באופן מיידי את השידורים בתדר 107.2 מה"ץ, או בכל תדר אחר, ולא לחדשם כל עוד לא הושלם תהליך האישור ב-JTC. אנו שבים ומזכירים את חומרת העניין לאור העובדה ששידורכם בתדר 107.2 כבר יצרו הפרעות למערכות קשר תעופתיות. כמו כן, נבקשכם להסביר באיזה משדר ואיזו אנטנה נעשה שימוש על ידכם ומה מקורם. המשרד לא ימשיך את הטיפול בבקשתכם כל עוד מתקיימים שידורים בלתי מורשים”. (ההדגשות שלי – ח"מ).

יוער כאן כי לטענת העותרת – מכתב זה לא הגיע אל נמעניו.

8. בשנת 2006, בהמשך לפגישה שנערכה בין מר עקיבא אלדר, חבר מערכת "כל השלום" בעת ההיא, לבין שר התקשורת דאז, הוציא המשנה למנכ"ל משרד התקשורת מכתב נוסף, שבו הובהר, שוב, כי: "רדיו "כל השלום" לא אושר ע"י משרד התקשורת הישראלי, ולא ניתן לאשר אותו בעת הזאת...". וכי הפעילות של הרדיו "לא מתואמת עם ישראל ולא מאושרת על ידנו". בין היתר צוין עוד במכתב כי טרם נקבע אם לצורך מתן האישור לשידורי הרדיו יידרש גם "רישיון ו/או זיכיון משרד התקשורת הישראלי ו/או מהרשות השניה לטלביזיה ורדיו" (עיינו: מ/ש/4).

בהמשך, במכתב נוסף, מתאריך 26.12.2006 (מ/ש/6), בעניין "שחרורו" של משדר שיובא על ידי העותרת לארץ, משלטונות המכס, כתב המשנה למנכ"ל משרד התקשורת למר עקיבא אלדר, בין היתר, את הדברים הבאים:

"לעניין חובת הרישוי בהתייחס לשידורי "כל השלום" – בשונה מהאמור בסעיף א' במכתבך, הפעלת התחנה מחייבת גם אישור של ישראל לענין תדר השידור, באמצעות הוועדה הטכנית המשותפת (JTC), ואין די באישור הרש"פ. זאת ועוד, סוגיית הרישוי בישראל לפי הוראות חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, טרם הוכרעה.

...

בשולי הדברים, ולעניין אולפן בירושלים, יובהר כי לפי הוראות חוק הרשות השניה, קיום שידורים באמצעות אולפן (מעבר להפעלת תחנת השידור), מחוייב ברישוי.

#### לסיכום:

מעבר לכל הפרטים והסיבות, שידורי תחנה זו לא תואמו ע"י הרש"פ עם ישראל והתדר לא הוקצה לה כפי שנדרש והוסכם בהסכם הביניים. בנסיבות האמורות, שידורי התחנה אינם מורשים כדין, ולפיכך לא נוכל לאשר את הכנסת המשדר לארץ".  
(ההדגשות שלי – ח"מ).

הנסיבות שבעטיין הוגשה העתירה

9. בתאריך 4.11.2011 התקבל אצל מר מוסי רז, מנהל שותף בעותרת, מכתב מאת מנכ"ל משרד התקשורת, הדורש ממנו לדאוג באופן מיידי לכך ששידורי הרדיו של העותרת יפסקו, וזאת "לאור הפרה של הוראות חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השניה)". במכתב נאמר, בין היתר, כדלקמן:

"...למשרדנו ידוע כי לרדיו כל השלום אולפן שידורים הממוקם במזרח ירושלים ואשר שידוריו מופצים על-ידי משרד הממוקם בשטחי הרשות הפלסטינית. בנוסף, מבדיקות שערך המשרד לאחרונה עולה כי שידורי התחנה נקלטים בשטחי מדינת ישראל בתדר 107.2 עד וכולל קו החוף בין נתניה בצפון ועד יד מרדכי בדרום, וכי התחנה משדרת בשפה העברית וכן משדרת תכנים המיועדים לציבור בישראל. עוד יצויין כי שידורי רדיו "כל השלום" מופצים שלא במסגרת זיכיון שניתן לתחנה מאת מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, כנדרש על-פי הוראות חוק הרשות השניה...

ככל שגורם ישראלי הינו הבעלים של המשדר המשמש לשידורי רדיו "כל השלום" מתקיימת הפרה של הוראות פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], תשל"ב-1972 [להלן: פקודת הטלגרף האלחוטי – ח"מ].

לאור כל האמור לעיל הנכם נדרשים להפסיק לאלתר את שידורי רדיו "כל השלום" המיועדים לציבור הישראלי ונקלטים בשטחי מדינת ישראל, ולהודיע על כך למשרד התקשורת מיידית. במידה ולא תענה דרישה זו ינקטו צעדים כנגד התחנה בהתאם לקבוע בחוק". (ראו: נספח ב' לעתירה).

10. בהמשך, בתאריך 17.11.2011 – משלא הופסקו שידורי הרדיו – זומן מר רז למשרדי היחידה הכלכלית במשטרה, שם הודע לו כי הוא נחקר תחת אזהרה, בגין הפרת הוראות החוקים הנ"ל, ונמסר לו כי אם שידורי התחנה לא יופסקו לאלתר – יתבקש גם מעצרו ויוצא צו להחרמת הציוד המצוי באולפן בירושלים. בתום חקירתו, התחייב מר רז כי ידאג להפסקת שידורי הרדיו לשטח ישראל בתדר FM 107.2 – ומאז חדלה העותרת משידורי תוכן בתדר זה (תוך שהיא ממשיכה בהעברת השידורים באמצעות האינטרנט).

העתירה ותמצית טענות העותרת בגדרה

11. מכאן העתירה שלפנינו, שבגדרה העלתה העותרת מספר טענות, אשר ניתן לסכמן, בתמציתיות, כך:

א. חקיקת התקשורת הישראלית, וחוק הרשות השנייה (להלן גם: החוק) בכלל זה – הינה בעלת תחולה טריטוריאלית בתחום מדינת ישראל בלבד. זו היתה אף עמדתו של משרד התקשורת עצמו, כפי שהובעה בעבר בהתייחסו לכך שפרסום בתחנות רדיו הפועלות בשטחי הרשות הפלסטינית – איננו מהווה עבירה לפי סעיף 90א לחוק הרשות השנייה (ראו: נספח ה' לעתירה). מאחר שחוק הרשות השנייה איננו חל בשטחי הרשות הפלסטינית – העותרת, ממילא, איננה נדרשת לקבלת רישיון, או זיכיון, לפי חוק הרשות השנייה לצורך שידורי הרדיו מתחומי הרשות הפלסטינית. בתוך-כך, גם הפרה של הוראות החוק על-ידי העותרת, בנסיבות, איננה יכולה להיחשב כעבירה לפי החוק.

ב. גם אם יש לחוק הרשות השנייה תחולה בשטחי הרשות הפלסטינית – הוא איננו חל על שידורי רדיו "כל השלום", שכן החוק מסדיר את אופן הפעלתן של



תחנות אזוריות לשידורי רדיו אזוריים – ואילו שידורי רדיו "כל השלום" אינם שידורים "אזוריים" במהותם.

ג. העותרת משתמשת בתדר שהוקצה לה כדין על ידי הגורמים המוסמכים לכך בשטחי הרשות הפלסטינית. מהמגעים שהתנהלו בין העותרת לבין נציגי המשיב עלה כי אישור ה-וט"ם לשימוש בתדר הינו עניין טכני, אשר מבחינה מהותית לא היתה מניעה לקבלו, אילו היתה הועדה דנה בנושא לבקשתו של הצד הישראלי, אלא שהמשיב נמנע במכוון מהבאת העניין לדיון בפני הועדה.

ד. החלטתו של המשיב לדרוש את הפסקת שידורי רדיו "כל השלום" – פוגעת בחופש הביטוי, ויש בה משום הפרת החובה המוטלת על המשיב (כפועל יוצא מההכרה בזכות לחופש ביטוי) לפעול לקידומו של אמצעי תקשורת המאפשר החלפת דעות באורח פלורליסטי ושוויוני. פגיעה בחופש הביטוי יכולה להיעשות רק בתנאי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מאחר שחוק הרשות השניה הוא בעל תחולה טריטוריאלית בלבד – אין למשיב סמכות בחוק לפעול כנגד העותרת באופן שיש בו משום פגיעה בזכותה לחופש ביטוי.

ה. פעילותו של הרדיו נעשתה, במשך שנים, בשקיפות מול המשיב. בעלי התפקידים הרלבנטיים אצל המשיב, והשרים שעמדו בראשו במהלך 7 השנים שחלפו מאז תחילת פעילותו של הרדיו ועד לקבלת ההחלטה, מושא העתירה – היו מודעים להסדר שעל-פיו שידר הרדיו, ולא טענו בשום שלב כי מדובר בפעילות בלתי חוקית. יתרה מכך – נציגי הרדיו קיימו קשרי עבודה שוטפים מול הגורמים הרגולטוריים והטכניים אצל המשיב, אשר אף פעלו במקרה מסוים כדי להפסיק הפרעה שנגרמה לתדר שבו שידר הרדיו. ההחלטה לדרוש מהרדיו להפסיק את שידוריו (תוך איום ממשי בהחרמת ציוד ובמעצר) מהווה שינוי מדיניות קיצוני, שנעשה באופן שרירותי, או משיקולים פוליטיים זרים, מבלי לאפשר לעותרת להשמיע את עמדתה בעניין, ומבלי שנבחנו אמצעים שפגיעתם בחופש הביטוי פחותה.

12. המשיב הגיש תגובה מקדמית לעתירה, והעותרת השיבה לתגובתו, לאחר נטילת רשות. בתאריך 19.1.2012 נשמעה העתירה ובתום הדיון הוצא צו-על-תנאי המורה למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יחזור בו מהחלטתו לדרוש את הפסקת שידורי הרדיו.

תמצית טענותיו של המשיב

13. המשיב טען בתשובתו לצו-על-תנאי כי דרישתו להפסקת שידורי הרדיו הינה דרישה עניינית וסבירה, העולה בקנה אחד עם הדין, וזאת לנוכח מספר טעמים, אשר ניתן לסכמם, בתמציתיות, כך:

א. העותרת מעולם לא קיבלה מהרשויות המוסמכות בישראל אישור לשידורי הרדיו, או הרשאה כדין לשימוש בתדר שבו היא שידרה. במשך כל התקופה שבה נעשו שידורי הרדיו – פעלה העותרת שלא כדין, והדבר אף הובהר לנציגיה במסגרת המגעים שהתנהלו בינם לבין נציגי המשיב.

ב. תחנת הרדיו "כל השלום" משדרת בשפה העברית, מאולפן המצוי בירושלים, ושידוריה נקלטים בחלק ניכר של שטח מדינת ישראל. במסגרת שידורי הרדיו משודרות, בשפה העברית, פרסומות לשירותים ולמוצרים המשווקים בישראל. המסגרת החוקית היחידה להפצת שידורי רדיו מסחריים על ידי גורמים פרטיים, המיועדים לציבור בישראל, באמצעות משדרי רדיו, הינה קבלת זיכיון מאת הרשות השניה על פי חוק הרשות השנייה וקבלת תדר בהתאם לפקודת הטלגרף האלחוטי. מעבר לכך לא קיימות מסגרות חוקיות נוספות להסדרת שידורי רדיו בישראל ולציבור בישראל (פרט למסגרת הקבועה בחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 – שאיננה רלבנטית לענייננו). המשמעות היא כי מי שאיננו פועל תחת המסגרות האמורות, ומשדר שידורים לציבור בישראל – פועל באופן בלתי חוקי.

ג. סעיף התקשורת בהסכם הביניים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית נועד להסדיר את שידורי הרדיו המתקיימים ברשות הפלסטינית עבור תושבי הרשות בלבד, תוך תיאום עם שידורי רדיו לציבור בישראל – ולא להסדיר שידורי רדיו משטח הרשות לשטח מדינת ישראל, דוגמת שידורי רדיו "כל השלום". משכך, גם

מתן אישור, על ידי ה-וט"ם, לשימוש בתדר שהוקצה על ידי הרשות הפלסטינית – אין בו כדי להכשיר את שידורי הרדיו לישראל.

ד. תחולתו של חוק הרשות השנייה, איננה נגזרת ממיקום המשדר בלבד. חוק הרשות השנייה ופקודת הטלגרף האלחוטי, שהינם בעלי תחולה טריטוריאלית בשטח ישראל – חלים על שידורים הנקלטים בישראל, כאשר נעשה שימוש בתדר, בישראל, מתוך כוונה כי השידורים ייקלטו בישראל, וכאשר השידורים מיועדים ומכוונים כלפי הציבור בישראל. מתן האפשרות להמשך שידורי הרדיו במתכונתם על יסוד הטענה כי כללי ההסדרה בישראל לא חלים עליהם מכיוון שהמשדר להפצת השידורים ממוקם בשטחי הרשות הפלסטינית – משמעו עקיפה של כללי הרגולציה החלים על שידורי רדיו בישראל.

בהקשר זה נטען עוד, כי ניתן להשוות, על דרך האנלוגיה, בין פעולת האכיפה הננקטת כנגד העותרת, לבין פעולת אכיפה הננקטת כנגד מי שמפעילים אתרי אינטרנט להימורים בלתי חוקיים, בעברית, הגם שמפעיליהם של אותם אתרים (או "השרתים" שעליהם מאוחסנים דפי האינטרנט של אותם אתרים) – נמצאים מחוץ לשטחי המדינה.

ה. בניגוד לנטען על ידי העותרת – פעולתו של המשיב לא נבעה משיקולים פוליטיים, או שיקולים זרים כלשהם, אלא היוותה פעילות סבירה ועניינית לאכיפת החוק. פעילות זו החלה בעקבות תלונה שהתקבלה מטעם חברה המפעילה את תחנת הרדיו האזורי – "רדיו לב המדינה", מכוח זיכיון שהוענק לה לפי חוק הרשות השנייה, לאחר שזכתה במכרז (להלן: המתלוננת). המתלוננת הלינה על כך שבין העותרת לבין "רדיו גל" – שהינו רדיו מסחרי המתחרה במתלוננת (ואשר לא זכה במכרז) – נחתם הסכם שיתוף פעולה, שבמסגרתו איפשרה העותרת ל"רדיו גל" לשדר על גבי התדר שבו שודרו שידורי רדיו "כל השלום", במשך כ-4 שעות ביממה, תמורת סכום מסוים. בדיקה שנערכה על ידי נציגי משרד התקשורת, בעקבות קבלת התלונה האמורה, העלתה כי שידורי "רדיו גל" אכן מופצים לציבור בישראל כחלק משידורי רדיו "כל השלום" בתדר 107.2 מה"ץ, במשך כ-4 שעות בכל יום, ונקלטים בשטח מדינת ישראל עד קו החוף, בין נתניה בצפון ועד יז מרדכי בדרום.

הממצאים האמורים הדגימו, לטענת המשיב, שינוי מהותי באופיים של שידורי "כל השלום", כפי שתוארו על ידי העותרת בפניותיה המוקדמות למשיב, באופן שהצדיק את השינוי בגישה שננקטה כלפיה, ובעקבותיהם פעל המשיב בדרך המקובלת ובהתאם למדיניות הנוהגת אצלו – והתלונן במשטרה בדבר ביצוע שידורים בניגוד לחוק. לעותרת ולרדיו "גל" נשלח מכתב התראה שבגדרו הם נדרשו להפסיק את שידוריהם, המנוגדים לחוק. רק משלא הופסקו השידורים, פעלה משטרת ישראל (היחידה הכלכלית) להפסקת השידורים האסורים, בהתאם לסמכויות המוקנות לה.

בהקשר זה הוטעם עוד כי מדיניות משרד התקשורת לאורך השנים הינה כי פעולה כנגד שידורי רדיו לא חוקיים הפועלים מתחומי הרשות הפלסטינית, מתבצעת על ידי גורמי האכיפה הרלבנטיים, מעת שמתקבלת תלונה על הפרעה, והקדימות בטיפול נקבעת בהתאם לחומרת ההפרעה, כך שהפרעה לתעבורה אווירית מטופלת בקדימות המירבית. בהתאם למדיניות זו, כאשר לא נגרמת הפרעה לגורם אחר – נמנע משרד התקשורת, ככלל, מלנקוט פעולה כנגד גוף המשדר משטחי הרשות הפלסטינית. הפעולות שננקטו כנגד רדיו "כל השלום" במקרה זה, בעקבות תלונה שהתקבלה בסמוך לכך בעניין – תואמות את מדיניות משרד התקשורת ואין בהן כדי להוות שינוי במדיניות, כנטען בעתירה.

1. המשכם של שידורי הרדיו במתכונת המבוקשת – יש בו כדי לפגוע הן בתחנות הרדיו האזוריות הפועלות מכוח זיכיונות שהוענקו להם כדין, בהתאם לחוק הרשות השניה, והן בכלל הציבור, בהיבטים שונים המוסדרים בחקיקת התקשורת, לרבות יכולת ניהול ספקטרום התדרים של מדינת ישראל. משכך – אין להתירם.

14. בתגובה לטענות אלה הוסיפה העותרת וטענה כך:

א. שיתוף הפעולה שבמסגרתו הוקצו ל"רדיו גל" 4 שעות שידור בודדות בלבד ביום, להשמעת תוכניות מוסיקה מזרחית, שבמהלכן שולבו גם פרסומות – איננו מהווה שינוי מהותי בפעילותו של רדיו "כל השלום". הפעילות האמורה הופסקה בעקבות חקירת המשטרה בנושא, ורדיו "כל השלום" איננו מבקש עוד כיום, לקיים שידורים מסחריים, מכל סוג שהוא. בנסיבות אלה אין עוד בטעם

האמור כדי להצדיק את החלטתו של המשיב לדרוש מרדיו "כל השלום" להפסיק את שידוריו.

ב. הניסיון ללמוד אנלוגיה מפעילות האכיפה הננקטת כנגד אתרי הימורים באינטרנט, לענייננו – נדון לכישלון. זאת, בין היתר, לנוכח הפסיקה העדכנית בסוגיה, הקובעת כי לא נתונה, כיום, בידי המשטרה סמכות ליתן צווים המורים לספקיות הגישה לאינטרנט לחסום גישה לאתרי הימורים.

התפתחויות לאחר הגשת העתירה

15. בדיון שנערך בתאריך 18.6.2012, התברר כי בו ביום הועדה גם ישיבה של ה-וט"ם, בעניין תחנות רדיו הפועלות בשטחי הרשות הפלסטינית. בהמלצתנו, גיבש המשיב, בתום הדיון בפנינו, מתווה לצורך פניה ל-וט"ם והעלאת עניינה של העותרת שם בדיונים שנקבעו בפניה, תוך שמירת טענותיהם וזכויותיהם של הצדדים.

בהמשך, נמסרו לנו, על ידי הצדדים (כל אחד בתורו) הודעות עדכון שמהן נלמד כי בדיון שנערך ב-וט"ם בתאריך 18.6.2012 העלה נציגו של המשיב את עניינה של העותרת, ודרש לחדש את פעילותה של תת-הוועדה, האמונה, בין היתר, על הסדרת פעילותן של תחנות הרדיו המשדרות מתחומי הרשות הפלסטינית. רק בתאריך 5.11.2012 התקבלה תגובת הצד הפלסטיני לפנייה בעניין זה, והמשיב הודיענו כי במסגרתה פורטו עניינים מהותיים וטענות שונות, לרבות במישור המדיני והבינלאומי, אשר אינן תואמות בהכרח את עמדתה של ישראל. בדיון שנערך בפנינו בתאריך 29.11.2012 הוגשה ההתכתבות האמורה לעיוננו, בהסכמת הצדדים, ובעקבות כך היתה המתנה לשינויים.

16. לאחרונה, עדכנו הצדדים, על פי בקשתנו, כי מאז הדיון האחרון בעתירה, חלו ההתפתחויות הבאות:

א. בתדר שבו הועברו שידורי הרדיו נעשה כעת שימוש על ידי תחנת רדיו אחרת.

ב. כנגד מר רז וכנגד העותרת הוגש, לבית משפט השלום בירושלים, כתב אישום המייחס להם, בין היתר, ביצוע עבירות של: קיום שידורים ותחנת שידור ללא זכיון וכן שימוש בתדרי רדיו שלא בהתאם להועדת התדרים והקצאתם, לפי חוק הרשות השניה ולפי פקודת הטלגרף, בהתאמה. הדיון בהליך הפלילי (ת"פ 54224-10-12) נדחה מספר פעמים לנוכח עתירה זו והצו על-תנאי שניתן בגדרה.

ג. נציגי העותרת פנו שוב אל שר התקשורת בתקווה שניתן יהיה להגיע להסדר המקובל על הצדדים. בהמשך לפניה זו זומנו נציגי העותרת לפגישה בראשותו של שר התקשורת, ואולם זו לא הניבה תוצאות.

ד. בישיבה שקיימה ה-וט"ם, בחודש פברואר 2014, סוכם כי תת-הוועדה לעניין שידורי רדיו וטלוויזיה תחל לעבוד כשלושה חודשים לאחר מכן, ואולם מאז נמצאים כלל המגעים עם הצד הפלסטיני בהקפאה, ובנקודת הזמן הנוכחית לא ניתן להעריך מתי תחדש הוועדה את ישיבותיה.

שני הצדדים ביקשונו, איפוא, כי נכריע בעתירה לגופה – ולכך אפנה עתה.

מסגרת הדיון – הסוגיה העומדת להכרעה

17. האם דרישתו של המשיב מהעותרת להפסיק את שידורי רדיו "כל השלום" מעל גלי האתר (להלן: ההחלטה המינהלית) הינה, בנסיבות המקרה שבפנינו, דרישה חוקית, העומדת בכללי המשפט המינהלי? – זו (בלבד) היא הסוגיה המונחת להכרעה בעתירה דנא, שהובאה לפתחנו. לעומת זאת, סוגיות הקשורות להחלטה שלא להעניק לעותרת, מלכתחילה, אישור לקיומם של שידורי הרדיו שנעשו על ידה, או שאלות והשגות הנוגעות לחקירת המשטרה (שלא צורפה כמשיבה להליך

זה) ו/או להחלטה להגיש כתב אישום כנגד העותרת, בנסיבות המקרה הנדון – אינן עומדות לבחינה במסגרת העתירה שהונחה בפנינו, שהרי במסגרתה לא נתבקשה תקיפה של ההחלטות הללו. משכך, אמנע, ככלל, מלהידרש לסוגיות הנ"ל, אלא ככל שהדבר הכרחי לצורכי ההכרעה בצו-על-תנאי שהוצא בעתירה.

18. במסגרת העתירה שלפנינו יש, איפוא, לבחון האם ההחלטה המינהלית התקבלה מתוקף סמכות המוקנית למשיב בחוק, או על פיו, בהליך ראוי והוגן, על בסיס תשתית ראייתית מספקת, ועל יסוד שיקולים ענייניים – ולא על יסוד שיקולים זרים, או שרירותיים. בנוסף, יש לבדוק האם ההחלטה המינהלית סבירה, הוגנת ומידתית, לגופה (ראו למשל: בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 34-35 (1983)). כידוע, במסגרת הבחינה האמורה יימנע בית משפט זה, בדרך כלל, מלהתערב בהחלטות המתקבלות על ידי הרשות המינהלית המוסמכת, אשר בידיה מכלול הנתונים המקצועיים הרלוונטיים – ולא ישים עצמו בנעליה שלה. בנוסף, בחינת סבירותה של ההחלטה המינהלית תלויה, כידוע, בגבולותיו של "מתחם הסבירות". החלטה מינהלית תיחשב כלא-סבירה רק אם היא חורגת, באופן קיצוני, ממתחם הסבירות (ראו למשל: בג"ץ 2533/97 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46, 57-58 (1997)).

לא מיותר לציין כבר עתה כי בענייננו מדובר בהחלטה של גורם מפקח (רגולטור) בעניין הנתון תחת השגחתו, אשר דורש מקצועיות, ומעורבים בו שיקולים של מדיניות ציבורית-כלכלית, ושאלות של "צדק חלוקתי" ביחס למשאב ציבורי מוגבל. בהחלטה המינהלית, מושא העתירה שבפנינו, מעורבים גם שיקולים הקשורים ביחסים הביילטראליים של מדינת ישראל עם שכנותיה, ואף בריבונותה של המדינה, במובן הרחב של מונח זה. בהחלטות מינהליות כגון דא, המתייחסות לעניין הטעון רישיון – אשר אין לפרט זכות קנויה בו – מתחם שיקול הדעת המינהלי הוא, ככלל, רחב, וכפועל יוצא מכך "מתחם ההתערבות" השיפוטית בשיקול דעת זה הוא צר ונשמר למקרים חריגים, שבהם הרגולטור חרג באופן קיצוני מאמות המידה המשפטיות, או כאשר הפגיעה בפרט, או באינטרס הציבורי הכללי עליו מופקד הרגולטור – הינה מהותית (ראו והשוו: בג"צ 5048/07 ארבל נ'

בנק ישראל – המפקח על הבנקים (9.10.2007); בג"צ 2629/03 איבשין נ' שר הפנים (28.9.2008); בג"צ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143 (1993); בג"צ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(6) 235, 268 (2003); בג"צ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459 (1999).

אעבור עתה לליבון הדברים.

דיון והכרעה

19. לאחר עיון בחומר שהוגש לנו ושמיעת טענות הצדדים בפנינו, ובשים לב לתיחום מסגרת הדיון – הגעתי למסקנה כי בנסיבות המקרה החלטתו של המשיב לדרוש מהעותרת להפסיק את שידורי "רדיו כל השלום" – היתה בסמכות ולא חרגה מ"מתחם הסבירות" של שיקול הדעת המינהלי, ואף לא נפל בקבלתה פגם מינהלי אחר המצדיק את ביטולה. כפועל יוצא מכך, דעתי היא כי דין העתירה להידחות, ודין הצו על-תנאי שהוצא בגדרה – להתבטל, וכך אציע לחבריי שנעשה.

אפרט להלן את הטעמים למסקנתי זו.

המסגרת הנורמטיבית: חקיקת התקשורת הרלבנטית וסמכותו של שר התקשורת בגדרה

20. תחום התקשורת האלקטרונית במדינת ישראל, לרבות תחום שידורי הרדיו – מוסדר במארג של מספר דברי חקיקה וחקיקת משנה, אשר הרלבנטיים ביניהם לענייננו הם: חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק רשות השידור); חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת); פקודת הטלגרף האלחוטי ו-חוק הרשות השנייה. אביא מיד בסמוך את ההוראות הרלבנטיות מתוך החיקוקים הנ"ל.

חוק רשות השידור

21. חוק רשות השידור קובע בסעיף 44א לו כך:



- 44א. (א) האפיקים ותדרי הרדיו העומדים לרשותה של מדינת ישראל, על פי הסדרים בין-לאומיים, לצורך שידורי טלוויזיה ורדיו, ישמשו –
- (1) לשידורי הרשות;
  - (2) לשידורי הטלוויזיה הלימודית לבתי הספר;
  - (3) לשידורי גלי צה"ל – שידורי רדיו של צבא הגנה לישראל;
  - (4) לשידורים לפי חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990.
- (ב) "...".

חוק התקשורת

22. חוק התקשורת, המסדיר את תחום שירותי הבזק (telecommunications) בישראל, קובע, בסעיף 2(ב) לו, כך:

"לא יבצע אדם פעולות בזק ולא יתן שירותי בזק אלא אם קיבל מאת השר רשיון לכך לפי חוק זה או מכוח היתר כללי לכך".  
(ההדגשות במובאה שלעיל ובמובאות שלהלן שלי – ח"מ).

המונח "בזק" מוגדר בסעיף 1 לחוק האמור באופן הבא:

"'בזק' – שידור, העברה או קליטה של סימנים, אותות, כתב, צורות חזותיות, קולות או מידע, באמצעות תיל, אלחוט, מערכת אופטית או מערכות אלקטרומגנטיות אחרות".

"פעולת בזק" הינה, על פי הגדרתה בחוק האמור: "הפעלת מיתקן בזק, התקנתו, בנייתו או קיומו, הכל למטרת בזק", ו-"שירות בזק" הינו: "ביצוע פעולות בזק למען הזולת". "השר" – הינו שר התקשורת (ראו: סעיף 1 לחוק התקשורת), אשר רשאי אף "למנות, מבין עובדי משרדו, מפקחים שיפקחו על ביצוע ההוראות לפי חוק זה" (ראו: סעיף 37א לחוק התקשורת).

ביצוע פעולות בזק, או מתן שירותי בזק בלא רישיון או היתר – הם בגדר עבירה פלילית שדינה עד שלוש שנות מאסר (ראו: סעיף 28א לחוק התקשורת).

יחד עם זאת, חוק התקשורת קובע, כי הוראות סעיף 2(ב) לו – לא יחולו על פעולה שמבצע אדם על פי רישיון לפי פקודת הטלגרף האלחוטי, ועל פעולת בזק שפקודת הטלגרף האלחוטי פוטרת אותה מהצורך ברישיון (ראו: סעיף 3(3) לחוק התקשורת וכן את הגדרת המונח "הפקודה" בסעיף 1 לחוק האמור).

פקודת הטלגרף האלחוטי

23. פקודת הטלגרף האלחוטי מסדירה, בעיקרה, את נושא השימוש בתדרי רדיו (גלים אלקטרומגנטיים בתחום שאיננו עולה על 3,000 ג'יגה-הרץ) המשמשים לתקשורת באמצעות מכשירים לשידור, או לקליטה של ידיעות, שלא בעזרת תיל המחבר את נקודות השידור והקליטה (למעט שימושים מסוימים שהוחרגו באמצעות צווים המסייגים את תחולתה) – ובכלל זה: תחנות רדיו (ראו: הגדרת המונחים: "טלגרף אלחוטי" ו-"תדרי רדיו" בסעיף 1 לפקודה; עיינו: בג"צ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 653 (2002) (להלן: עניין ח"כ אורון)).

על תכליתה של הפקודה – החולשת על מכלול שידורי הרדיו הן במגזר הפרטי והן במגזר הציבורי – עמד בית משפט זה בעניין ח"כ אורון בצינון כך:

"תכליתה העיקרית של פקודת הטלגרף היא להקצות תדרים לשימושים בהתאם להועדתם ולהסדיר את התנועה בספקטרום האלקטרו-מגנטי במטרה להבטיח את השימוש המיטבי במשאב הציבורי. סמכות זו היא סמכות טכנית-מקצועית באופייה ואין היא עוסקת בתוכן שידורי הרדיו. התכלית של הסדרת התנועה בספקטרום מושגת באמצעות כמה אמצעים: הועדת תחומי התדרים לשימושים שונים, מתן תדר או תחום תדרים לכל משתמש שרק בהם מותר לו להשתמש, וכן באמצעות מתן רישוי למכשירים עצמם ומניעת שימוש במכשירים לא תקינים שבעת השידור עלולים להפריע לשימוש בתדרים אחרים" (שם, בעמ' 654).

סעיף 5(א) לפקודת הטלגרף האלחוטי מטיל חובת רישוי לצורך הפעלתם בישראל של תחנת טלגרף אלחוטי ושל מכשיר המשמש להעברת טלגרף אלחוטי (למעט במקרים שסויגו, או הוחרגו, בפקודה, או בצווים מכוחה). וכך הוא מורה:

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

הסעיף דורש, איפוא, שני סוגים של רישיונות: רישיון להפעלתה של תחנת רדיו ורישיון עבור המכשיר עצמו. הפעלה ללא רישיון של תחנת טלגרף אלחוטי, או של מכשיר טלגרף אלחוטי בישראל (או בכלי שיט או טיס הרשומים בישראל) – הינה עבירה פלילית, לפי סעיף 7 לפקודת הטלגרף האלחוטי (ראו גם: עניין ח"כ אורון).

המונחים "תחנת טלגרף אלחוטי" ו-"מכשיר לטלגרף אלחוטי" אינם מוגדרים באופן מפורש בפקודה, ואולם מהגדרת המונח "טלגרף אלחוטי" עולה כי המדובר בתחנה, או במכשיר, המשמשים "לשידור או לקליטה של ידיעות, או תקשורות אחרות על ידי אותות חשמל, שלא באמצעות תיל המחבר את נקודות השידור והקליטה".

בנוסף, קובע סעיף 5ד(א) לפקודת הטלגרף האלחוטי, כך:

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

מכאן, שלצורך קיומם של שידורי רדיו לציבור, כדון, נדרש גם – מלבד רישיון להפעלת תחנת רדיו ולהפעלתו של מכשיר טלגרף – כי השימוש בתדר הרדיו ייעשה בהתאם לפרמטרים המצטברים הבאים:

א. הועדת התדר (allocation) – דהיינו: בהתאם לסוג השימושים, או השירותים שיועזו לתחום תדרי הרדיו שבגדרו מצוי התדר שבו נעשה השימוש (ראו: הגדרת המונח "הועדת תדרים" בסעיף 1 לפקודה), ובעניין שבו עסקינן – שימוש בתדר המצוי בתחום שיועד לשידורי רדיו, ולא לשידורי טלוויזיה, או לשידור סלולארי, למשל; יוער, כי מאחר שתדרים שונים מאופיינים בתכונות התפשטות שונות,

והשימוש בהם הוא חוצה גבולות ומחייב תיאום והסדרה – הועדתם של תדרים נעשית הן במישור הבינלאומי והן במישור הלאומי. הגוף האחראי להועדת תדרים במישור הבינלאומי הוא איגוד הטלקומוניקציה הבין-לאומי ( International Telecommunication Union, או ה-ITU), שמדינת ישראל חברה בו ומחויבת לפעול על פי נהליו ותקנותיו (ובפרט: תקנות הרדיו – Radio Regulations). הועדת תדרים בישראל נערכת בהתאמה לטבלת ההועדות הבין-לאומית, הקבועה בסעיף 5 לתקנות הרדיו של ה-ITU (עיינו: יזהר טל ודינה עברי-עומר, "הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, הצורך בהקמת רשות תקשורת", מחקר מדיניות 76, המכון הישראלי לדמוקרטיה (2009) (להלן: הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל), בעמ' 116). שידורי רדיו FM ( Frequency Modulation – אפנון תדר) לציבור בישראל מתקיימים בתחום התדרים שבין 87.5 מה"ץ לבין 108 מה"ץ.

ב. הקצאת התדר (assignment) – קרי בכפוף לקבלת אישור פרטני לשימוש בתדר הרדיו, מאת הגוף שהממשלה הסמיכה לכך, ובכפוף לכך שהשימוש בתדר נעשה על פי דרכי הניצול של התדר ואופן השימוש בו, כפי שנקבעו בתנאי ההקצאה, לרבות: מקום השימוש בתדר ואפיון ההספק המשודר (ראו: הגדרת המונח "הקצאת תדרים", בסעיף 1 לפקודה).

סעיף 5ד(ג) לפקודה קובע כי: "הועדת תדרים והקצאתם תיעשה בידי הגוף שהממשלה הסמיכה לענין זה;...". הגוף האמור היה, עד לשנת 2008, "המועצה לקשר ולאלקטרוניקה" (וזאת כפי שנקבע בהחלטות ממשלה מס' 181 מיום 23 בינואר 1955 ומס' 842 מיום 30 ביולי 1972). בתאריך 9 בנובמבר 2008 קיימה הממשלה דיון בנושא הגדלת השקיפות והיעילות בתחום ניהול התדרים והחליטה כי הועדת תדרים והקצאתם תיעשה בידי ועדת תדרים בראשות מנהל האגף במשרד התקשורת, הממונה על ניהול תדרי רדיו. עוד הוחלט על הקמתה של ועדת תדרים עליונה, בראשותו של מנכ"ל משרד התקשורת, אשר תשמש גם כערכאת ערעור על החלטותיה של וועדת התדרים.

לכך יש להוסיף כי בפקודה מוגדר "הגוף האחראי במשרד התקשורת על פיקוח אלחוטי" (הוא: "יחידת הפיקוח האלחוטי", המהווה חלק מאגף ספקטרום אלקטרומגנטי במשרד התקשורת), כ-"גוף פיקוח", לעניין סעיף 12 לפקודה. הסעיף האמור מקנה לשוטר סמכויות כניסה וחיפוש, בלא צו שופט, אם יש לו יסוד להניח – על סמך תלונה מטעם גוף פיקוח – שבאותו מקום מופעל, או הופעל זה מקרוב, מכשיר לטלגרף אלחוטי, בנסיבות המפורטות בסעיף. עוד יש להוסיף כי סעיף 13 לפקודה מסמיך את שר התקשורת להתקין תקנות הקובעות, בין היתר, את התנאים שלפיהם יינתנו רישיונות לפי הפקודה, ואת האגרות שישתלמו בעד מתן רישיונות וחידושם, ובעד הועדת תדרים והקצאתם.

חוק הרשות השנייה

24. חוק הרשות השנייה מסדיר את נושא מתן הזיכיונות והרישיונות לשם הפעלתן של תחנות שידור וכן לצורך קיומם של שידורים לפי החוק, בהתחשב בהיבטים מהותיים-תוכניים.

סעיף 32(א) לחוק הרשות השנייה קובע כך:

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

המונח "תחנת שידור" מוגדר בסעיף 1 לחוק, בזו הלשון:

"מיתקן או התקן המשמש או המיועד לשמש לצרכי שידורים, קליטתם או הפצתם, לרבות ציוד לוויני ולמעט תחנת הזנה לוויינית או אולפן".

המונח "אולפן" – המוחרג מגדרה של "תחנת שידור" כאמור – מוגדר

בסעיף 1 לחוק, כך:

"מקום שבו מופקות התכניות המיועדות לשידור, לרבות ציוד ההפקה".

ה"שידורים" שלצורך קיומם נדרש זכיון מאת מועצת הרשות השניה, לפי חוק הרשות השניה – הינם: "שידורי רדיו" [שידורי תכניות שמע הניתנים לשידור והמופצים בדרך אלחוטית... – ח"מ] וטלוויזיה הניתנים לציבור, לפי חוק זה" (ראו: הגדרת המונח "שידורים" ו-"שידורי רדיו" בסעיף 1 לחוק).

שידורי הרדיו שבהם עוסק החוק, ושלגביהם מוסמכת מועצת הרשות השניה להעניק זכיונות להפעלתן של תחנות רדיו, הינם שידורי רדיו אזוריים (ראו: סעיף 72(א) לחוק). יחד עם זאת, החוק מסמיך את המועצה גם להעניק רישיונות לשידורי רדיו דיגיטאליים (בשיטה הספרתית) בכיסוי ארצי, בהתאם לכללים שהיא תקבע, בכפוף להוראות החוק "ובכפוף לאישור השר [שר התקשורת – ראו: סעיף 1 לחוק, ח"מ] לעניין אפשרות הקצאת התדרים לפי הוראות פקודת הטלגרף האלחוטית וכמות התדרים שניתן להקצות לשידורים כאמור" (ראו: סעיף 72(א1) לחוק). יצוין כי בהתאם להוראות החוק, שידורי רדיו כאמור יופצו באמצעות מערך הפצה ספרתי של בעל זכיון שיבחר לצורך כך במכרז. עד היום טרם ניתן זכיון כאמור, וכפועל יוצא מכך לא ניתן כיום לקבל רישיון לקיומם של שידורי רדיו ארציים דיגיטאליים (להשלמת התמונה עיינו גם: חוק הפצת שידורים באמצעות תחנות שידור ספרתיות, התשע"ב-2012).

סעיף 38 לחוק קובע כי: "זכיון לשידורי רדיו... יינתן על פי מכרז פומבי שתפרסם הרשות". סעיף 72(א1) לחוק קובע הסדר של הענקת זכיונות להפעלתן של תחנות רדיו אזוריות, ומורה כי "זכיון להפעלת תחנת שידור יינתן על פי מכרז...". בהמשך לסעיפים הנ"ל קובע החוק את המנגנון ואת הכללים החלים על המשתתפים במכרז, על "מורשה לשידורים" ועל בעל זכיון להפעלת תחנת שידור. בין היתר מתיר החוק ל"מורשה לשידורים" לכלול במסגרת שידוריו, תשדירי פרסומת תמורת תשלום בשיעור שהוא ייקבע ובכפוף להוראות החוק ולכללים שקבעה המועצה בעניין זה (ראו: הוראות פרק ו': פרסומת, לחוק).

מעבר לחובות המוטלות בחוק הרשות השנייה על הגופים המשדרים, לעניין תוכן השידורים, מטיל החוק על הגופים המשדרים, ובכלל זה על תחנות הרדיו, חובות בדבר תשלומים שונים. על הגופים המשדרים לשלם תמלוגים לאוצר

המדינה (ראו: סעיף 100 לחוק) ודמי זיכיון לצורך מימון פעילות הרשות השניה (ראו: סעיף 99 לחוק). וזאת, לצד החובה המוטלת על תחנות הרדיו האזוריות בתשלום אגרה בעד הועדה והקצאה של תדרים, לפי פקודת הטלגרף האלחוטי.

בפרק ז' של החוק נקבע, בין היתר, כי: העובר על הוראות סעיף 32(א) לחוק, הנ"ל, וכן: המספק תשדיר פרסומת, לשידור בתחנת שידור שלא ניתן בשלה זיכיון או רישיון לשידורי רדיו, או הנותן תמורה בעד שידור תשדירי פרסומת בתחנה כאמור – עובר עבירה פלילית (ראו: סעיפים 90 עד 98 לחוק). יוער כי העבירה האחרונה, שלפיה נאסר פרסום בתחנה לא מורשית – נוספה לחוק התקשורת במסגרת חוק איסור שידורים שלא כדין (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004.

שר התקשורת הוא השר הממונה על ביצועו של חוק הרשות השניה, והוא רשאי להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו של החוק (ראו: סעיף 139 לחוק וכן הגדרת המונח "שר" בסעיף 1 לו).

סיכום ביניים – העולה מן המקובץ

25. מצירוף הוראות החיקוקים הנ"ל עולה כי אדם, לרבות תאגיד (ראו: סעיף 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981), המקיים, מקיים, או מפעיל, בישראל, תחנה לשידור רדיו, ו/או המקיים בישראל שידורי רדיו המיועדים וניתנים לציבור בישראל, שלא בהתאם לאחת מהמסגרות החוקיות שהוזכרו לעיל, ושלא על פי הקצאה ו/או זכיון, או רישיון, שקיבל לכך מאת הגורם המוסמך לעניין זה – פועל, לכאורה, באופן בלתי חוקי, ובעגה העממית: באופן "פיראטי" (לאופן שבו נעשה שימוש במונח זה, ולכינויים נוספים שבהם נעשה שימוש בהקשר האמור, עיינו: יחיאל לימור וחנן נוה הרדיו הפיראטי בישראל 11-12, 159 (תשס"ח 2007); להלן: הרדיו הפיראטי בישראל).

עוד נובע מצירוף הוראות החיקוקים הנ"ל כי גורמי הפיקוח במשרד התקשורת והשר העומד בראשם – מוסמכים, ואף חייבים, לפעול כנגד מי שעושה דין לעצמו ומקיים בישראל שידורי רדיו באופן בלתי חוקי, ללא היתר כדין (לעניין

חובתם של גורמי האכיפה השונים לנקוט יד קשה במי שמקיים בישראל שידורי רדיו "פיראטיים" – עיינו, למשל: רע"פ 8153/09 לוי בן ציון נ' מדינת ישראל (11.1.2010).

הטעמים והתכליות שבבסיס הצורך ברגולציה מרכזית של תחום התקשורת האלקטרונית

26. בלזו החובה המוטלת על השלטון המרכזי להסדיר את השימוש באמצעי התקשורת האלקטרונית, ובכלל זה את השימוש בתדרי רדיו, ואת השידורים הנעשים בהם (לרבות "שידורי רדיו") – מצויה התפיסה שלפיה "גלי האתר הם רכוש הציבור ולא רכושו של פרט זה או אחר" (ראו: דברי השופט (כתוארו אז) מ' שמגר ב- בג"צ 1/81 שידון נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365 (1981) (להלן: עניין שידון); עיינו גם: עניין ח"כ אורון, בעמ' 652). תפיסה זו, לצד "הסופיות הטכנית" של תחום התדרים, קרי: העובדה שהספקטרום האלקטרו-מגנטי (שהוא הטווח המלא של גלי קרינה אלקטרומגנטית, קרי: שדות חשמליים ומגנטיים המתפשטים באוויר, ובכלל זה טווח התדרים המשמשים לשידור ערוצי רדיו, ובמיוחד בתחום ה-FM) הוא משאב ציבורי מוגבל – היא המונחת, מבחינה עיונית, בבסיס הצורך בהסדרת תחום זה בחקיקה ראשית, וביסוד החלטתו של השלטון ליטול, על פי חוק, את הסמכות להסדיר את הועדת התדרים לשימושים שונים ואת הקצאתם לשימוש בין תחנות השידור (ראו גם: בג"צ 6962/03 חברת מדיה מוסט בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט (3) 14, 25 (2005) (להלן: עניין מדיה מוסט); עניין ח"כ אורון לעיל). בהקשר זה כבר נפסק כי:

"ספקטרום התדרים לשידור ערוצי רדיו מסחריים-ארציים הוא משאב מוגבל השייך לציבור בכללותו. תפקיד השלטון הוא לשמש נאמן הציבור לצורך שמירה על משאב זה, ולניצולו לתועלת הציבור".  
(ראו: דברי השופט ת' אור ב-עניין ח"כ אורון, 662).

מחמת כך, שידורי התקשורת האלקטרונית (טלויזיה ורדיו) בישראל – טעונים רישוי (ראו: בג"ץ 6218/93 ד"ר שלמה כהן נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד מט (2) 529 (1995) (להלן: עניין שלמה כהן), בפסקה 17).



ודוק: הצורך בקיומה של "יד מכוונת" בתחום שידורי הרדיו איננו ייחודי למדינת ישראל, אך הוא מתעורר בה במובהק לאור העובדה שמדינת ישראל סובלת ממצוקת תדרי רדיו פנויים קשה במיוחד נוכח תנאים אובייקטיביים: גיאוגרפיים, ביטחוניים ואחרים, לרבות תנאים הקשורים ביחסיה הבילטרליים של מדינת ישראל עם שכנותיה, ובכלל זה – התחייבויותיה לרשות הפלסטינית (עיינו: עניין שידון; עניין ח"כ אורון, בפיסקה 16). נסיבות אלה אינן מאפשרות, מבחינה טכנית, נקיטה במדיניות של "שמיים פתוחים" בתחום שידורי הרדיו בישראל.

27. תפקידו של הרגולטור בתחום התקשורת האלקטרונית איננו מתמצה בהסדרה טכנית גרידא של התחום האלקטרומגנטי. לצד הצורך בהתערבות רגולטורית מיוחדת בתחום ההועדה וההקצאה של תדרים לשידורי רדיו, לנוכח היותו של הספקטרום האלקטרומגנטי משאב ציבורי מוגבל ומצומצם, כאמור – נועדה ההסדרה של תחום זה לשרת גם תכליות מהותיות. בין תכליות אלה ניתן למנות את: קידום חופש הביטוי (לרבות הנגישות לאמצעי התקשורת) וחופש המידע, הבטחת ייצוג תקשורתי פלורליסטי (או: "פלורליזם תקשורתי"), תוך מתן מענה למגזרים ולנושאים אשר אינם זוכים, דרך כלל, לייצוג הולם באמצעי התקשורת, הבטחת רמת השידורים ואיכותם, הגנה על אוכלוסיות רגישות, או בעלי צרכים מיוחדים, הבטחת צורכי הביטחון, שמירה על בטיחות הצרכנים, וכן הגנה על המשטר הדמוקרטי ושמירה על עקרונות יסוד שלו, כגון: חופש העיסוק, זכות הקניין, עקרון השוויון והבטחת התחרות ההוגנת, וזאת אגב תיקונם, לפרקים, של כשלי שוק בתחום (ראו: עניין ח"כ אורון, בפיסקה 18; עניין מדיה מוסט, בפיסקה 7; בג"צ 7200/02 די.בי.אס שירותי לוויין 1998 בע"מ נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נט(6) 21 (2005) (להלן: עניין די.בי.אס), בפיסקאות 12-13; עניין שלמה כהן; עע"ם 10845/06 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (11.11.2008); ועיינו גם: י' זמיר הסמכות המנהלית כרך א' 268-270 (מהדורה שנייה, 1996); וכן: הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 30-58).

28. הפעלתן של תחנות שידור "פיראטיות" וקיומם של שידורים "בלתי חוקיים", תוך גזלתם של תדרי שידור ציבוריים, בניגוד לחוק – מערערים את

הרציונאליים החשובים העומדים בבסיס הסדרת תחום שידורי הרדיו. הפעילות הבלתי-חוקית בתחום השידורים עלולה להסב נזקים לכלל הציבור, בין היתר, בהיבטים: תקשורתיים, כלכליים, ובטיחותיים, כפי שאפרט, בתמציתיות, להלן:

(א) תחנות הרדיו "הפיראטיות" "גוזלות" תדרי שידור, שהם משאב ציבורי מוגבל כאמור.

(ב) בהיבט התקשורת-הטכני, שידורים בלתי חוקיים עלולים לגרום הפרעות לשידורי תחנות חוקיות ולבעלי רישיונות לשימוש בתדרי רדיו. בפרט כך כאשר ציוד השידור נעדר רישוי ופיקוח.

(ג) בהיבט הבטיחותי והבטחוני, עלולים השידורים "הפיראטיים" – בעשותם שימוש לא מבוקר ובלתי מורשה בתדרים – להפריע לתקשורת עם כלי טיס, וכן לשבש את התקשורת של רשויות הביטחון. סיכונים בטיחותיים נוספים הנשקפים ממשדרי רדיו בלתי חוקיים, הינם בתחומים הנדסיים, שכן תחנות רדיו "פיראטיות" אינן נתונות תחת חובת הפיקוח והמעקב בהיבט של עמידה בתקנים הבטיחותיים, לרבות תקני קרינה.

(ד) בהיבט הכלכלי, התחנות "הפיראטיות" משיגות יתרון בלתי הוגן על-פני גורמים המכבדים את החוק והנושאים בנטליו. הזכיינים החוקיים נושאים, כאמור, בין השאר, בעול הכספי של עלויות ההשתתפות במכרזים, בדמי זיכיון שנתיים, באגרות בעד הועדה והקצאה של התדרים המצויים ברשותם, ובתשלום תמלוגים למדינה על הכנסותיהם מביצוע השידורים על-ידם. התחנות "הפיראטיות" אף מתחרות בתחנות החוקיות על רווחי פרסום, בכך שהן נוטלות לעצמן, שלא כדין, חלק מהנתח הפרסומי-מסחרי. בהקשר קרוב ניתן לציין עוד כי, על פי רוב, תחנות שידור "פיראטיות" גם אינן משלמות תמלוגים בעבור השמעת יצירות מוסיקליות ובכך הן פוגעות ביוצרים ובמבצעים, תוך הפרת הדינים שנועדו להגן עליהם מפני פגיעה כאמור.

גם אוצר המדינה, הציבור ופרטים בו – נפגעים, איפוא, מפעילותן, מפרת החוק, של התחנות "הפיראטיות".

(ה) הפגיעה באינטרס הציבורי איננה רק בהיבט הכלכלי, אלא גם בהיבט התקשורת-תוכני. תחנות רדיו "פיראטיות" אינן כפופות לכללי התוכן והאתיקה

המחייבים את תחנות הרדיו ה"חוקיות", ולעיצומים שניתן להטיל מכוח הדינים הרלבנטיים בגין שידורם של תכנים וביטויים אסורים – הנוספים על אלה הקבועים בהוראות הכלליות החלות בתחום זה. לכל אלה מצטרפת גם העובדה שהתופעה של תחנות שידור "פיראטיות" לא תורמת, בלשון המעטה, לתרבות הציות לחוק, ועלולה לפגוע באמון הציבור בשלטון החוק ובסמכותם של הגורמים האמונים על אכיפתו.

הנה כי כן, ההסדרה של תחום השידורים (ובכלל זה: שידורי רדיו, כאמור), ואכיפתם של דיני השידורים – נועדו להבטיח אינטרסים ציבוריים ראשונים במעלה. (ראו: ת"פ (י-ם) 4830/98 מדינת ישראל נ' כץ (29.12.2013), בפסקאות 12-14; ע"פ (י-ם) 2795/08 בן-ציון לוי נ' מדינת ישראל (20.7.2009), בפסקה 5; רע"פ 8153/09 לוי בן-ציון נ' מדינת ישראל (11.1.2010); ע"פ (ת"א) 70091/00 נחמני נ' מדינת ישראל (7.6.2000) ו-רע"פ 5534/00 באותו עניין (5.9.2000); ע"פ 4739/09 מדינת ישראל נ' בונדק (24.12.2009), בפסקה 8; ע"פ (ת"א) 4085/98 מדינת ישראל נ' באבו (23.12.1999), בפסקה ג'; ועיינו גם: הרדיו הפיראטי בישראל, 17-18, 167, 168)).

אופייה של הרגולציה הקיימת בתחום התקשורת האלקטרונית וסמכויותיו של השר בגדרה

29. המונה 'רגולציה' (regulation), או: "אסדרה" (ראו: מאגר המונחים באתר האקדמיה ללשון העברית), פירושו: הסדרה, ויסות, הכוונה או התקנה. לרגולציה שני ראשים: האחד – קביעת מדיניות וכללי הסדרה להתנהלותו של תחום פעילות מסוים; והשני – פיקוח על קיומם של כללי ההסדרה שנקבעו, ונקיטה של אמצעי אכיפה במקרה של הפרת הכללים. בתחום התקשורת כללי הרגולציה נועדו בעיקר לאפשר פעילות תקשורת תקינה ולקבוע את המסגרת לקיומה, ובה בעת – למנוע פעילות לא מורשית בתחום (עיינו: יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב, 57 (2005), ובתחום התקשורת – הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 17-18).

לנוכח האמור לעיל, רווחת גישה, המבחינה בין תפקידו "הרגולטורי" של הדרג הממשלתי בתחום התקשורת (האמון על פי גישה זו על קביעת המדיניות), לבין תפקידה של הרשות הרגולטורית המקצועית – האמונה על פי גישה זו על יישום מדיניות הממשלה הלכה למעשה. עיינו: הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 22 והאסמכתא הנזכרת שם, והשוו לדעת המחברים בחיבור האמור (שהראשון בהם כיהן כיועץ המשפטי של משרד התקשורת ועמיתו בתפקיד בכיר במחלקה המשפטית שם), אשר סבורים כי הבחנה זו איננה משקפת נכונה את האופן שבו הרגולטור פועל במציאות, ואף לא את אופן הפעולה הרצוי. לגישתם, הרשות הרגולטורית המקצועית היא זו שצריכה לעסוק הן בקביעת המדיניות בתחום התקשורת והן ביישומה, וזאת מבלי לגרוע מהותרת נושאי מדיניות מסוימים בידי הדרג הממשלתי. יוער כי לשיטתם של המחברים, ראוי שהגוף השלטוני המפעיל את סמכויות הרגולציה בתחום האמור לא יהיה משרד ממשלתי התלוי במערכת הפוליטית וכפוף למערך הממשלתי, באופן המקים חשש פוטנציאלי מובנה לניגוד עניינים בין "כובעו" של השר כנבחר ציבור לבין "כובעו" המקצועי כרגולטור, ועדיף שהתחום כולו יוסדר באמצעות גורם שלטוני מקצועי, עצמאי. יחד עם זאת, המחברים מציעים מודל, שאיננו שולל את האפשרות שלפיה תוקם רשות תקשורת כחלק מהמערך הממשלתי, בדומה לרשות ההגבלים העסקיים – ובלבד שיהיו לה מאפיינים שיבטיחו עצמאות מקצועית מירבית ואי-תלות.

כפועל יוצא מההבחנות הנ"ל, מקובל גם להבחין בין רגולציה מראש (ex-ante), לבין רגולציה בדיעבד (ex-post) בתחום התקשורת, כאשר ההתערבות הרגולטורית נדרשת – ומתקיימת בפועל – בשני צירים אלה במקביל (עיינו: הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 27). כך, הסמכות להעניק רישיון, זיכיון, או היתר – הינה סמכות רגולטורית "מראש", ואילו הסמכות לפעול נגד פרקטיקה לא-לגיטימית של מפעיל תקשורת (ראו, למשל: סעיף 11(ב) לחוק התקשורת) – הינה סמכות רגולטורית בדיעבד.

30. הרגולציה של אמצעי התקשורת האלקטרונית בישראל, ובכלל זה שידורי הרדיו, נעשית כיום באמצעות מערך של גופים וגורמים המהווים חלק מן המערכת השלטונית במדינה, תחת פיקוחו של משרד התקשורת והשר העומד בראשו. שר התקשורת הוא הגורם המופקד על הסדרתו של תחום שירותי הבזק, וסמכויות האסדרה שבחוק התקשורת, רובן ככולן, מסורות לו, אם כי בפועל, חלקן הואצלו לנושאי תפקידים מסוימים במשרד התקשורת (לרשימת ההודעות בדבר אצילת סמכויותיו של שר התקשורת, לפי חוק התקשורת, לנושאי תפקידים במשרד – ראו: הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 89).

חוק התקשורת והתקנות שהותקנו מכוחו מעניקים בידי שר התקשורת ובעלי תפקידים במשרד התקשורת גם סמכויות פיקוח ואכיפה נרחבות, ובין היתר בכוחם: לדרוש מסמכים ולהיכנס לחצרים (ראו: תקנות הבזק (הפיקוח על פעולותיו של בעל רישיון). התשמ"ו-1986); ליתן הוראה לבעל רישיון לתקן הפרה של כללי האסדרה, או של תנאי הרישיון, או ליקוי שנתגלה בפעילותו, בפרט כאשר בעל הרישיון פועל באופן שיש בו כדי לגרום פגיעה משמעותית בתחרות בתחום הבזק (ראו: סעיף 11(ב) לחוק הבזק); להטיל עיצום כספי על בעל רישיון שהפר את הוראות החוק, או את הוראות הרישיון (ראו: הוראות פרק ז' 1 לחוק התקשורת); לחלט ערבות בנקאית שהופקדה על ידי בעל הרישיון, במקרה של הפרה; לבטל רישיון, להגבילו, או להתלותו במקרה שבו הפר בעל הרישיון תנאי מהותי ברישיון, או מטעמים שבטובת הציבור (ראו: סעיף 6 לחוק התקשורת).

הגורמים המסדירים את הספקטרום האלקטרומגנטי בישראל הם, כאמור: ועדת התדרים, המופקדת על הועדת תדרים והקצאתם; שר התקשורת, שבידו הסמכות להתקנת תקנות; ומנהל אגף הספקטרום במשרד התקשורת, המכהן כיו"ר ועדת התדרים ומחזיק בסמכות הרישוי בנוגע לציוד אלחוטי, מכוח האצלה (ראו: י"פ התשמ"ד 3419; הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 113). באשר להענקת רישיונות להפעלת ציוד אלחוטי – סמכותו של שר התקשורת לעניין זה הואצלה למנכ"ל משרד התקשורת, או למנהל אגף הספקטרום במשרד (ראו: שם). על פי תקנות הטלגרף, מנכ"ל משרד התקשורת, או מי שהוסמך על ידו, מופקד על הפיקוח על קיומם של תנאי רישיון שניתן לפי פקודת הטלגרף. הפיקוח

בנוגע לשידורים אלחוטיים ולשימוש בספקטרום התדרים מבוצע על ידי היחידה לפיקוח אלחוטי במשרד התקשורת. סמכויות האכיפה של משרד התקשורת הן סמכויות מנהליות, הניתנות להפעלה כלפי בעלי רישיונות מכוח הפקודה.

31. בהקשר האחרון הנ"ל יש לציין כי על אף שהאחריות לנושא הפיקוח והמעקב אחר קיום הוראות החיקוקים שהוזכרו לעיל, והסמכות לנקוט באמצעי אכיפה מינהליים – מוטל על משרד התקשורת ו/או על הרשות השניה, הרי שכאשר מדובר באכיפה כנגד גורמים "פיראטיים" הפועלים ללא רישיון – למשרד התקשורת אין סמכות להפעיל כנגדם את אמצעי האכיפה החקירתיים והמשפטיים הדרושים. האכיפה כנגד מי שמבצע עבירות לפי חוקי התקשורת הינה במישור הפלילי. בהקשר זה תפקידה של יחידת הפיקוח האלחוטי במשרד התקשורת הוא לסייע למשטרה בצד המקצועי של ניטור השידור האלחוטי ומקורו, קרי: באיתורם של מפירי החוק (הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 117). לשון אחר: גם אם ראשיתו של תהליך האכיפה כנגד מי שמקיים שידורים "פיראטיים" בישראל מסור, בין היתר, בידי הגורמים הרלבנטיים במשרד התקשורת (הרשאים, כמובן, ככל אדם (וביתר שאת) – להגיש תלונה במשטרה על הפרת החוק), הרי שעיקרו של תהליך האכיפה כנגד מי שמקיים שידורים בלתי-חוקיים, מסור, ככלל, בידיהם של הגורמים המופקדים על אכיפת הדין הפלילי בישראל, קרי: המשטרה (המחויבת לפתוח בחקירה כאשר נודע לה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת – ראו: סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982), והפרקליטות – ולא בידי המשיב.

עוד יוער בהקשר זה כי בשנת 2007 התקבלה החלטת ממשלה (החלטה מס' 2770, מתאריך 16.12.2007) ל"תגבור המערך הממשלתי להתמודדות עם תשתיות הרדיו הבלתי מורשה (הרדיו הפיראטי)", ובמסגרתה הוגדר "הרדיו הפיראטי" כ"טרור אווירי", המסכן את ביטחונם ושלומם של הנוסעים במרחב האווירי (עיינו גם: הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 120).

32. למען שלמות התמונה אציין עוד כי הסדרתם של שידורי הרדיו והטלוויזיה המסחריים לפי חוק הרשות השנייה מסורה בידי הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, שהיא תאגיד סטטוטורי, ועל ידי המועצה הציבורית הפועלת מכח החוק האמור. מועצת הרשות השנייה מתמנה על ידי הממשלה, לפי המלצתו של שר התקשורת, לאחר התייעצות עם מספר גורמים (ראו: סעיפים 7-8 וכן: 51-51ב לחוק הרשות השנייה), והיא אשר מעניקה את הזיכיונות והרישיונות לשידורים לפי חוק הרשות השנייה (לפירוט תפקידיה של הרשות השנייה – ראו: סעיפים 23-24 לחוק הרשות השנייה). במספר נושאים הנוגעים לתחום השידורים, ובכלל זה שימוש בספקטרום התדרים (למשל: אישור אזורי הזיכיון לשידורי רדיו) מסורות סמכויות גם לשר התקשורת, שהוא השר הממונה על ביצועו של חוק הרשות השנייה, כאמור (להרחבה עיינו: הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 122-130).

תחולתם הטריטוריאלית של חוקי התקשורת

33. חקיקת התקשורת בישראל היא, ככלל, חקיקה בעלת תחולה טריטוריאלית, אשר גבולות תחולתה זהים, בדרך כלל, לגבולותיה של המדינה. משמעות הדבר היא כי בהיעדר הוראה מפורשת בחוק, המחילה את הוראותיו ואת הסמכויות מכוחו גם על מי שנמצא מחוץ לתחומי המדינה (כגון ההוראות הקבועות בסעיפים 5א עד 5ג לפקודת הטלגרף, שאינן חלות במישרין בענייננו) – הנחת המוצא, הנובעת מעקרון הריבונות הטריטוריאלית, היא כי המחוקק התכוון להסדיר באמצעות חקיקת התקשורת את הפעילות הקשורה בקיומם של שידורים, בתוך התחום הטריטוריאלי של המדינה, ולא מחוצה לו (השוו: בג"צ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945 (1952)). כפועל יוצא מכך, לחיקוקי התקשורת הישראליים הנ"ל – אין, ככלל, תחולה על שידורים הנעשים בשטחי הרשות הפלסטינית, ובעיקרו של דבר אין בסמכותו של המשיב, או מי מטעמו, לפעול כנגד מי שמפעיל תחנות לשידור רדיו, ו/או מקיים שידורים – שהם אסורים על פי הדין בישראל, או שנעשים שלא בהתאם למסגרות החוקיות המסדירות תחומים אלה בישראל – בשטחי הרשות הפלסטינית (השוו: בג"צ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 514 (2005), וכן: בג"צ 8555/07 גוש שלום נ' שר התקשורת (25.11.2008) ו-תקנון המועצות המקומיות (תיקון מס' 189) (יהודה

והשומרון), התשס"ט-2008, שתוקן בעקבות הגשת העתירה באותו הליך, ומכוחו כוננה: "הרשות השנייה לטלויזיה ורדיו איו"ש").

34. יחד עם זאת, העיקרון הכללי בדבר היעדר תחולתו של הדין הישראלי בשטחי הרשות הפלסטינית – אין בו כדי למנוע את החלתו של הדין הישראלי על אירועים פרטניים שהתרחשו בחלקם בתחומי הרשות הפלסטינית, ככל שכללי ברירת הדין הנהוגים בתחום המשפטי הרלוונטי מצדיקים זאת (ראו והשוו: בג"צ 1234/10 א. דינמיקה אחזקות 2002 בע"מ נ' המינהל האזרחי לאזור יהודה ושומרון (21.7.2010)). מכאן, שעצם תחולתם הטריטוריאלית הכללית של דיני התקשורת – איננה משמיעה בהכרח היעדר תחולה של כל הוראות הדינים הנ"ל והיעדר סמכות של הגורמים הרגולטוריים בישראל, כלפי תאגיד הרשום בישראל, אשר מבחינה מהותית מקיים שידורים המיועדים לציבור בישראל ונקלטים על-ידו בשטח נרחב של המדינה – כאשר רק האמצעי הטכני שבאמצעותו ניתנים השידורים לציבור בישראל, מצוי מחוץ לגבולותיה של המדינה.

מספר טעמים לדבר ואפרטם מיד:

(א) ראשית, מלשון הוראות החיקוקים שנסקרו לעיל עולה כי יש להבחין בין "המעשה האסור" לפי סעיף 5(א) לפקודת הטלגרף האלחוטי, לבין "המעשים האסורים" לפי סעיף 32 לחוק הרשות השנייה. בעוד שהתגבשותו של המעשה האסור על פי ההוראה הראשונה מותנה בקיומם ו/או בהפעלתם של: תחנת טלגרף אלחוטי, או מכשיר טלגרף אלחוטי, שלא לפי רשיון מאת הממשלה, "בכל מקום בישראל" – הרי שהאיסור על פי הנורמה השנייה חל על קיומה, או הפעלתה של תחנת שידור, ו/או קיום שידורים, בישראל (שלא לפי זכיון מאת מועצת הרשות השנייה). התגבשות היסודות העובדתיים בעבירה האחרונה – ובפרט היסוד של: "קיום שידורים" – איננה מותנית בהימצאותו של מכשיר הטלגרף שבאמצעותו נעשים השידורים, בישראל, והדבר ייתכן (הן מבחינה טכנית-עובדתית, והן מבחינה נורמטיבית) גם כאשר ה"מסדר" נמצא מחוץ לגבולותיה הטריטוריאליים של המדינה, והמקרה שלפנינו מעיד לכאורה על כך. לעניין "היעדר התלות", מבחינה נורמטיבית, בין ה"שידור" לבין האמצעי הטכני שבאמצעותו הוא נעשה – עיינו והשוו גם: ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' 1



פלוני (13.5.2012), שבו נאמר (אמנם בהקשר אחר), בין היתר, כי: "שידור יכול להתקיים במגוון אמצעים, וכי השידור – במהותו – אינו מותנה או מוגבל באמצעי הטכני המשמש להעברתו".

דין תחולה דומה חל, לגיشتי, גם ביחס להוראת סעיף 5ד(א) לפקודת הטלגרף האלחוטי – האוסרת על שימוש בתדר רדיו שלא בהתאם להועדת התדר ולפי הקצאה שקיבל מאת הגוף שהממשלה הסמיכה לכך. על פי תפיסתי, שימוש בתדר רדיו הנקלט בישראל, שלא לפי הקצאה שהתקבלה מאת הגוף המוסמך לכך בישראל – מהווה לכאורה "שימוש אסור" בתדר, גם אם ה"שידור" – במובן של התהוות הגל האלקטרומגנטי – נעשה מחוץ לטריטוריה.

בהקשר זה יש לציין שכבר נפסק בעבר כי בית המשפט רשאי לפרש דברי חקיקה באופן המרחיב את תחולתם אל מחוץ לטריטוריה, כאשר הדין משמיע, מתוך תכליתו, אפשרות להרחבה מעין זו – ראו: ע"פ 4596/06 רוזנשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(3) 353, 381-382 (2006) (להלן: עניין רוזנשטיין) והאסמכתאות הנזכרות שם, בפסקה 20. במסגרת אותו עניין נפסק כי: "על כוונה לתחולה חוץ-טריטוריאלית ניתן ללמוד מלשונו המפורשת של החוק, אך ניתן להסיק זאת גם מ"טבעו" של הדין... יש עבירות אשר מעצם טבען אין הטלתה של אחריות פלילית בגינן נובעת מן המקום שבו הן בוצעו, אלא היא יונקת מן הצורך להגן על אינטרסים חשובים של המדינה" (שם, בפסקה 21).

כאלה הן, במידה מסוימת, גם העבירות הקשורות לביצועם של שידורי רדיו, אשר מעצם טבעם וטיבם של גלי הרדיו הם "מתפשטים" מעבר למקום הימצאותו של המשדר (ואף מעבר לגבולות טריטוריאליים), ועלולים לפגוע באינטרסים החשובים למדינה, כגון: יכולת ניהול הספקטרום, שמירה על תקינות פעילותן של מערכות קשר תעופתיות ואחרות – אזרחיות, או ביטחוניות, ומניעת הפרעה לתחנות שידור אחרות הפועלות על פי דין, בהיתר שקיבלו לכך מאת השלטון. ודוק: כפי שהובהר לעיל, תחום התקשורת מטבעו הוא גלובלי וחוצה גבולות ולכן מחייב תיאום והסדרה במישור הבין-לאומי והאזורי, ובפרט בין מדינות שכנות (ראו גם: הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 57-56, 112; עיינו: רובי סיבל משפט בינלאומי 549-537 (2003)).

ביטוי לתחולתה של תפיסה זו על שידורים המבוצעים מתחומי הרשות הפלסטינית, ניתן למצוא בהוראת סעיף 36 להסכם הביניים, שמובאות ממנו צוטטו לעיל, הקובעת כך:

"מפעילי ומספקי שירותים, בהווה ובעתיד בגדה המערבית וברצועת עזה נדרשים להשיג את האישורים הדרושים מהצד הפלסטיני. נוסף על כך, כל המפעילים ו/או מספקי השירותים, בהווה ובעתיד בגדה המערבית וברצועת עזה, המבקשים להפעיל ו/או לספק שירותים בישראל, נדרשים להשיג את האישורים הדרושים ממשדד התקשורת הישראלי.

שני הצדדים יימנעו מכל פעולה המפריעה למערכות ולתשתיות התקשורת והשידור של הצד האחר.

במיוחד יודא הצד הפלסטיני שייעשה שימוש אך ורק בתדרים ובערוצים המפורטים בלוח 5: רשימת תדרים מאושרים (...). וכי שימוש זה לא יפריע או ישבש את פעילות ישראל בתחום התקשורת האלחוטית...".

(ב) שנית, מקובל לומר כי דיני העונשין מכירים כיום בהרחבה של הזיקה הטריטוריאלית "הצרה", הנוגעת למקום התרחשותן של עובדותיו הפיזיות של המעשה, לעבר תכליתו הגיאוגרפית של המעשה. עבירה תקייה זיקה טריטוריאלית (במובן הרחב) למדינת ישראל, ככל שהיא הפיקה, או נועדה להפיק, תוצאה בתחומי הטריטוריה של המדינה. ביטוי לדואליות זו ניתן למצוא בסעיף 7(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), הקובע כי "עבירת פנים" הינה: "עבירה שנעברה כולה או מקצתה בתוך שטח ישראל" (סעיף 7(א)(1) לחוק העונשין), וכן: "מעשה הכנה לעבור עבירה... שנעשו מחוץ לשטח ישראל, ובלבד שהעבירה, כולה או מקצתה, היתה אמורה להיעשות בתוך שטח ישראל" (ראו: סעיף 7(א)(2) לחוק העונשין; עניין רוזנשטיין, 385, 387). הוראות אלה חלות גם על העבירות לפי חוק הרשות השנייה ופקודת הטלגרף האלחוטית, הנ"ל, מכוח הוראת סעיף 34 כג לחוק העונשין.

במישור זה דומה עלי כי אין מקום להבחין בין מקרה שבו האקט המגבש את התרחשותו של המעשה האסור בתחומי המדינה (והרלבנטי לענייננו בהקשר זה הוא האקט של: "קיום שידורים" בישראל, שלא על פי זיכיון מאת מועצת הרשות השנייה) נעשה על ידי אדם ממקום מושבו במדינה, לבין מקרה שבו הדבר נעשה על

ידי "שליחים" (אנושיים, או טכנולוגיים) של אותו אדם, המהווים את "זרועו הארוכה", ממקום מושבם מחוץ לטריטוריה (השוו: עניין רונשטיין, 389).

(ג) שלישית, המשפט הבינלאומי מכיר בקיומן של "זיקות מרחיבות תחולה", שבהתקיימן ניתן להחיל את שיטת המשפט המקומית גם על "עבירות חוץ". מקובל להתייחס ל-4 זיקות שכאלה, במונחים הבאים ובמשמעויות שלהלן: זיקה פרוטקטיבית, שעניינה מעשים אשר בוצעו בחו"ל ופגעו, או שנועדו לפגוע, באינטרסים חיוניים של המדינה, או בתפקוד מוסדותיה; זיקה פרסונלית פטיבית (זיקת האישיות הסבילה), המתייחסת לקשר בין שיטת המשפט לבין קרבן העבירה; זיקה פרסונלית אקטיבית (זיקת האישיות הפעילה, או זיקה לאומית), ועניינה הקשר שבין שיטת המשפט לבין מבצע העבירה; ו-זיקה אוניברסאלית, המכנסת תחת כנפיה עבירות חמורות במיוחד שמניעתן היא אינטרס כלל-אנושי. זיקות אלה מעוגנות בדין הישראלי בסעיפים 13-16 לחוק העונשין (ראו: עניין רונשטיין, 384). מכוח הוראת סעיף 34כג לחוק העונשין, ובהיעדר הוראה לסתור – ניתן להחיל גם על העבירות לפי חוק הרשות השניה ו-פקודת הטלגרף האלחוטי הנ"ל.

(ד) ביטוי מפורש לעיגונן של הזיקות הנ"ל ולהחלתן של התפיסות שהוצגו לעיל, בחקיקת התקשורת הישראלית – ניתן למצוא, למשל, בהוראות סעיפים 5א עד 5ג לפקודת הטלגרף האלחוטי (שהוספו לפקודה במסגרת תיקון שנעשה בה בשנת 1981), הקוראות, בין היתר, כך:

5א. (א) לא יתקין אדם, לא יפעיל ולא יקיים בכלי שיט הרשום בישראל, בין שכלי השיט נמצא במימי החופין של ישראל ובין שנמצא מחוץ להם, תחנה לשידורי טלוויזיה, ולא ישדר ממנה.

(ב) לא יתקין אזרח ישראלי או תושב ישראל, לא יפעל ולא יקיים בכלי שיט, בין שכלי השיט נמצא במימי החופין של ישראל ובין שנמצא מחוץ להם, תחנה לשידורי טלוויזיה, ולא ישדר ממנה.

5ב. (א) לא יעזור אדם למי שהוא יודע עליו שהוא מתקין, מפעיל או מקיים בכלי שיט תחנה לשידורי טלוויזיה המיועדים בעיקר לציבור בישראל, בין שכלי השיט נמצא במימי החופין של ישראל ובין שנמצא מחוץ להם (להלן בסעיף זה – תחנה).

(ב) שידורים שיש בהם שימוש בשפה העברית, או הכוללים תשדירי פרסומת למוצרים או לשירותים

המשווקים בישראל, חזקה שהם מיועדים בעיקר לציבור בישראל.

(ג) לענין סעיף זה, "עזרה" –

(1) ...;

(2) הספקת שידורי טלוויזיה שהוקלטו או צולמו מראש שלא על כלי השיט, לרבות הספקת תקליטים, סרטי ראינוע, סרטי הקלטה מגנטיים קוליים ואורקוליים;

(3) – (4) ...;

(5) ניהול עסק שנועד לאפשר שידורים מהתחנה או לעזור לה;

(6) – (9) ...;

(10) תיווך בין התחנה, מפעילה או בעליה, לבין ספקי חדשות או ידיעות או אנשים העוסקים בפרסומת או המעוניינים בפרסומת;

(11) – (12) ...";

(ההדגשות שלי – ח"מ).

בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון פקודת הטלגרף האלחוטי, התשמ"א-1981 (ה"ח 1541, ט"ו באייר התשמ"א 19.5.1981), שבמסגרתו הוספו לפקודה ההוראות הנ"ל, הובאו הטעמים לקיומו של צורך בחקיקה מפורשת בעניין זה, ובין היתר, כדלקמן:

(א) התחנות הלא-רשויות ("הפיראטיות") "עוקפות" את מדיניותן של המדינות ואת מקורות הכנסתן, והכל תוך זלזול בחוקיהן;

(ב) לנוכח פעילותן "הפיראטית" של התחנות – אין אפשרות לבקר את הנתונים הטכניים של מתקני התחנות, את ניצול התדרים שבהם הן משתמשות, או למנוע הפרעה שהן גורמות לתקשורת;

(ג) התחנות אינן נושאות באחריות לתוכן השידורים, ובכלל זה לתוכנם של שידורי הפרסומת, בהיותן מחוץ לתחום שיפוטן של המדינות שאליהן מכוונים השידורים;

(ד) הקמתן של התחנות מחוץ למימי החופין של המדינות נוגדת את המשפט הבינלאומי;

כאן המקום להעיר כי יש, אמנם, רגליים לסברה שלפיה הכללתן של הוראות מפורשות אלה בחוק הרשות השניה, שעניינן בשידורי טלוויזיה מן הים, ושתיקתן של המחוקק בנוגע לשידורי רדיו דומים – מלמדים, לכאורה, דווקא על קיומו של "הסדר שלילי" ביחס לתחולתו של חוק הרשות השניה על שידורי רדיו

מהסוג האמור. ואולם, אף אם זהו המצב (וניתן להתווכח על כך) – להבנתי אין בדבר כדי ללמד, בהכרח, על קיומו של "הסדר שלילי" ביחס לתחולתם של העקרונות והתפיסות, שעליהן עמדתו לעיל (שהרי יתכן ומדובר ב"לאקונה", או בריק חקיקתי), או כדי לשלול את האפשרות להיעזר בהוראות הנ"ל, ולו לצרכי פרשנות, בנסיבות המקרה שלפנינו, אשר עניינו איננו בשידורי רדיו מן הים.

35. זה המקום לציין כי הגישה שלפיה ניתן ללמוד גזרה שווה, לעניין פרשנותו של איסור שבחקיקה ראשית מגישתו של המחוקק הראשי בחלקים "מודרניים" יותר של החוק – התקבלה בפסיקת בית משפט זה בתחום התקשורת האלקטרונית (ראו: עניין מדיה מוסט). באותו עניין נקבע, בין היתר, כי: "פרשנות שלפיה פרסומת אסורה הינה פרסומת הנקלטת בישראל, המיועדת בעיקרה לציבור בישראל או לחלק ממנו, הינה פרשנות סבירה של האיסור שבחקיקה הראשית [בדבר שידורי פרסומת על ידי מי שלא קיבל זיכיון/רישיון לכך על פי החוק – תוספת שלי – ח"מ]" (ראו: שם בפסקה 6). בתוך-כך, נפסק כי בשידורים שנעשים על ידי מי שאיננו בעל הזיכיון (שם דובר בשידורי לוויין) – המבחן הקובע הוא אם השידורים מיועדים בעיקרם לציבור בישראל, או לחלק ממנו. קביעה זו נסמכה על פרשנותם של התנאים לעניין חובת הרישיון שנקבעו בסעיפים 6מז(ב) ו-6מז(ג) לחוק התקשורת, ועל החזקה הקבועה בסעיף 6מה(1) לחוק. אביא להלן את נוסחי הסעיפים האמורים, שכן ניתן ללמוד מהם גם לענייננו. וזו לשונם:

"6מז. (ב) לא ישדר אדם בישראל שידורי טלוויזיה באמצעות לוויין, הנקלטים בישראל והמיועדים בעיקרם לציבור בישראל או לחלק ממנו, אלא אם כן קיבל רישיון מאת השר לפי פרק זה או שהוא רשאי לעשות כן לפי כל דין.

(ג) אזרח ישראלי או תושב ישראל לא ישדר מחוץ לישראל, שידורי טלוויזיה באמצעות לוויין הנקלטים בישראל והמיועדים בעיקרם לציבור בישראל או לחלק ממנו, אלא אם כן קיבל רישיון מאת השר לפי פרק זה או שהוא רשאי לעשות כן לפי כל דין; לענין זה, 'אזרח ישראלי' – לרבות תאגיד הרשום בישראל".

"6מה. (1) שידורים שמחציתם לפחות הם בשפה העברית, בדיבור, בדיבור או בכתוביות, שידורים שבשעת צפיית שיא יש בהם דרך כלל שידורים בשפה העברית כאמור, או שידורים הכוללים דרך כלל תשדירי

פרסומת למוצרים או לשירותים המשווקים בעיקרם בישראל, חזקה שהם מיועדים בעיקרם לציבור בישראל".  
(ההדגשות שלי – ח"מ).

36. טרם שאחתום את הדיון בעניין תחולתם הטריטוריאלית של החיקוקים שעליהם עמדתי לעיל על המקרה שלפנינו, אתייחס לטענה הנוגעת לנספח ה' לעתירה. מדובר במכתב ששיגרה היועצת המשפטית של משרד התקשורת ולפיו פרסום בתחנות רדיו הפועלות בשטחי הרשות הפלסטינית – איננו מהווה עבירה לפי סעיף 90א לחוק הרשות השניה. לטענת העותרת, מן המכתב האמור נובע כי עמדתו הרשמית של משרד התקשורת הינה כי לדיני התקשורת הישראליים, לרבות חוק הרשות השניה, אין כל תחולה בשטחי הרשות הפלסטינית. אין בידי לקבל טענה זו ממספר טעמים:

(א) מנספח ה' לעתירה לא ברור כלל באיזו מסגרת הוא ניתן ומה היה תוכן הפניה שבמענה לה הוא נכתב.

(ב) המכתב משקף, לכל היותר, את עמדתה של היועצת המשפטית של משרד התקשורת ביחס לשידורי פרסומת בשטחי הרשות הפלסטינית, בקשר עם סעיף 90א לחוק התקשורת, בנסיבות שבאו לפניה – ואיננו מלמד בהכרח על עמדתו הרשמית של משרד התקשורת באשר לתחולתם של יתר החיקוקים שעליהם עמדנו לעיל, בנסיבות משתנות.

(ג) אפילו אם אניח כי האמור במכתב משקף את עמדתו של משרד התקשורת בכל הסוגיות העומדות להכרעה בפנינו – אין בכך כדי לסייע לעותרת. אמנם, "בנסיבות מסוימות עשויה עמדתה של הרשות לעניין פרשנות סמכותה – ובכלל זה אף עמדה קודמת השונה מזו העדכנית – להוות שיקול במסגרת פירושו של החוק" (ראו: עניין די.בי.אס, בפסקה 22), ואולם בענייננו לא הונחה על ידי העותרת תשתית ראייתית שממנה ניתן ללמוד כי מדובר בפרשנות עקבית לאורך פרק זמן ממושך, אשר יצרה ציפיות בקרב הגורמים הרלבנטיים. העותרת אף איננה טוענת כי הסתמכה על העמדה הפרשנית, אשר הובעה במכתב. מכל מקום, עמדתה הפרשנית של הרשות, גם אם יש לה משקל מסוים – איננה מחייבת, בהכרח, את בית המשפט (ראו: עניין די.בי.אס; השוו: בג"ץ 547/84 עוף העמק אגודה חקלאית

שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי פ"ד מ(1) 113, 146 (1986) וכן:  
 עע"מ 35/11 יכין חב' חקלאית בע"מ נ' אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה  
 (29.1.2015), בפסקה 20(ב)).

מן הכלל אל הפרט

37. יישומם של הזכרים הנ"ל על נסיבות המקרה שלפנינו, על יסוד הנתונים שהוצגו במכלול, מוביל, לשיטתי, למסקנה כי שידוריה של העותרת בתדר FM107.2, בישראל, באמצעות משדר המצוי בשטחי הרשות הפלסטינית – לא נעשו, לכאורה, כדין, והמשיב היה מוסמך לדרוש את הפסקתם. אבאר דבריי להלן.

38. העותרת – מפעילת רדיו "כל השלום" – הינה תאגיד הרשום בישראל. פעילותה של העותרת במסגרת שידורי הרדיו עולה, לכאורה, כדי "קיום שידורים" בישראל, שלא לפי זיכיון מאת מועצת הרשות השניה. שידוריה של העותרת מקיימים זיקה משמעותית הדוקה לישראל, במספר מישורים, כדלקמן: השידורים נעשו (גם) בשפה העברית; השידורים כווננו, על ידי העותרת, לציבור בישראל, נועדו להיקלט, ואף נקלטו בפועל, בשטח נרחב של מדינת ישראל (לטענת נציגי המשיב מדובר בכיסוי בהיקף פריסה סמי-ארצי, החורג משטחי השידור המוקצים לתחנות הרדיו האזוריות, לפי חוק הרשות השניה). בהקשר זה יש לציין כי במסגרת המגעים בין נציגי המשיב לבין נציגי העותרת, בנוגע לפנייתם של האחרונים בבקשה לאשר את שידורי הרדיו (פניה שיש בה, כשלעצמה, כדי להעיד על הכרה בתחולתם של דיני התקשורת הישראלית על הפעילות ובסמכותו של המשיב כלפי העותרת) – הובא לידיעת נציגי העותרת כי נשקלה האפשרות להגביל את הספק השידורים, על מנת לצמצמם לתחומי הרשות הפלסטינית (ראו: מש/4), ואולם העותרת לא ביקשה להמשיך ולבחון אפשרות זו; בנוסף, העותרת איננה חולקת על כך שהשידורים כללו, לפחות במשך תקופה מסוימת, תשדירי פרסומת למוצרים, או לשירותים המשווקים בישראל, אשר כווננו לקהל יעד ישראלי.

בכך קיימה העותרת בישראל, לכאורה, שידורים הניתנים לציבור, במשמעות סעיף 32(א) לחוק הרשות השניה, מבלי שקיבלה זיכיון או רישיון לכך

בהתאם להוראות החוק (השוו בהקשר זה להוראות סעיף 5ב(ב) לפקודת הטלגרף האלחוטי המורה כי: "שידורים שיש בהם שימוש בשפה העברית, או הכוללים תשדירי פרסומת למוצרים או לשירותים המשווקים בישראל, חזקה שהם מיועדים בעיקר לציבור בישראל". סעיף אחרון זה איננו חל במישרין בענייננו הואיל והוא מתייחס כאמור לשידורי טלוויזיה מן הים).

יתרה מכך – השידורים (שקיימה לכאורה העותרת בישראל) נערכו בירושלים (למען הסר ספק יוער כי החוק הישראלי הוחל, כידוע, גם על שטחי "מזרח ירושלים", מכוח צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967). המתקן בירושלים, אותו מפעילה העותרת, איננו רק בגדר "מקום שבו מופקות התכניות המיועדות לשידור" (כהגדרת המונח "אולפן" בחוק הרשות השנייה), אלא תחנה המשמשת את העותרת, על פי הצהרתה, גם לצורך הפצתם של שידורי רדיו "כל השלום" לציבור הרחב (משם, כאמור, הועברו תכניות השמע, הקולות והמידע, באמצעות תיל, על גבי רשת האינטרנט, בין היתר, אל המשדר המצוי ברמאללה). משכך, המיתקן שמפעילה העותרת בירושלים לא יצא מגדריה של "תחנת שידור", שסעיף 32(א) לחוק הרשות השנייה חל עליה.

39. זאת ועוד – אחרת. העותרת עשתה שימוש בתדר רדיו הנקלט בישראל, לכאורה מתוך כוונה שכך יקרה, ולא מחמת "זליגה" של השידורים לישראל (שאז, כפי שעולה ממדיניותו המוצהרת של המשיב – לא היו ננקטים נגדה אמצעי אכיפה), וזאת שלא לפי הקצאה שהתקבלה מאת הגוף המוסמך לכך. גם אם אניח כי מדובר בתדר שהועבר בשלב כזה, או אחר לרשות הפלסטינית לצורך שידורי רדיו בתחום ה-FM – ולא בתדר "ישראלי" – עדיין, השימוש בו כפוף להוראותיו של הסכם הביניים, לרבות ההוראה המחייבת את מי שמבקש לספק שירותים בישראל (ובענייננו – אספקת שידורי רדיו) – לקבל את האישורים הנדרשים מהגורם המוסמך בישראל. אין חולק כי אישור כאמור לא ניתן לעותרת (ובגדרי העתירה דנא, במתכונתה הנוכחית, איננו נדרשים לדון בטעמים שבגינם לא ניתן האישור האמור).



יתרה מכך, מהנתונים שבפנינו עולה כי התדר שבו עשתה העותרת שימוש – לא הוקצה לה, למעשה, כדין, עד היום. בהסכם הביניים נקבע, כאמור, מנגנון להקצאת תדרים לשימוש בתחנות רדיו המשדרות בתחומי הרשות הפלסטינית. אין חולק כי עניינה של העותרת והקצאת התדר לשידוריה לא סוכמו על ידי הגורם שהוסמך לכך במסגרת הסכם הביניים (ה-וט"ם). נוסף על כך, "הקצאה" משמעה, בין היתר, קביעת מקום השימוש בתדר ואפיון ההספק המשודר. בהקשר זה מקובלת עלי טענתו של המשיב, שלפיה הענקת התדרים לרשות הפלסטינית, במסגרת הסכם הביניים, נועדה לענות על צרכיהם של תושבי הרשות הפלסטינית ולהסדיר את שידורי הרדיו המתקיימים בה, עבור תושביה – ולא כדי לאפשר שידורים המיועדים לציבור בישראל, מתחום הרשות הפלסטינית. העותרת עשתה, לכאורה, באופן מכוון, שימוש בתדר "שהוקצה" לה, לכאורה, על-ידי הרשות הפלסטינית, אך זאת בהספק שידור החורג מתחומי גבולותיה הגיאוגרפיים של הרשות הפלסטינית – וכפועל יוצא מהאמור לעיל, מדובר אף בשידור החורג מ"גבולות ההקצאה" שהיה בכוחה של הרשות הפלסטינית להעניק לעותרת לצורך שידורי רדיו הנעשים בתחומה. משכך, השימוש שנעשה על ידי העותרת בתדר האמור – שנקלט בשטח נרחב של מדינת ישראל – עולה, לכאורה, כדי שימוש בתדר בניגוד להוראת סעיף 75(א) לפקודת הטלגרף האלחוטי, וזאת גם אם השידור – במובן של התהוות הגל האלקטרומגנטי – נעשה מחוץ לטריטוריה של מדינת ישראל.

40. לא זו אף זו. פעילותה של העותרת, למצער בתקופת השידורים הסמוכה למועד שבו הוחלט לדרוש ממנה את הפסקתם – קיימה, לכאורה, גם "זיקה פרסונלית פסיבית" לישראל. בעצם מתן האפשרות ל"רדיו גל" (אשר התמודד במכרז לקבלת זיכיון לשידורי רדיו אזוריים על פי חוק הרשות השנייה, ולא זכה בו) לשדר תכנים, לרבות פרסומות, על גבי תדר הנקלט בפריסה נרחבת בשטח מדינת ישראל – העותרת הסיגה, לכאורה, את גבולות שידוריהן של תחנות הרדיו האזוריות הפועלות בישראל כדין, ופגעה בהכנסותיהן מפרסומות שהן משדרות כדין. נתון זה יצר בסיס עצמאי משמעותי להצדקת החלטתו של המשיב לדרוש מהעותרת לחדול משידורי הרדיו הלא-מורשים שהיא קיימה בישראל (וזאת אף

בהתעלם מהפגיעה, בכוח ובפועל, באינטרסים ציבוריים רחבים יותר של המדינה, הנגרמת לנוכח פעילותן של תחנות רדיו "פיראטיות" וקיומם של שידורים בלתי חוקיים בישראל, כאמור). לשר התקשורת מוקנית סמכות לפעול נגד פרקטיקה בלתי-לגאלית ואנטי-תחרותית של מפעיל תקשורת כדי למנוע את הפגיעה (ראו והשוו: סעיף 11(ב) לחוק התקשורת; עניין די.בי.אס; הרגולציה של שירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 38-39).

41. זאת ועוד – אחרת. לשר התקשורת ולגורמים במשרדו, שלהם הואצלה סמכותו – אסור להתעלם מתלונה רלבנטית, המוגשת להם. אי נקיטה באמצעים הנדרשים לטיפול בתלונה מוצדקת, שהונחה על שולחנה של רשות שלטונית האמונה על פיקוח ועל נקיטה באמצעים הנדרשים לשם הסדרתו של תחום מסוים המצוי תחת אחריותה – עלולה, לעיתים, אף לחשוף את הרגולטור לתביעה נזיקית (עיינו: ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מח(3) 45, 69 (1994), בפסקה 15). הגורמים האמונים על הסדרת התחום האלקטרומגנטי במשרד התקשורת היו חוטאים, איפוא, לתפקידם כנאמני הציבור אילו נמנעו מלנקוט באמצעים העומדים לרשותם על פי דין, לנוכח תלונה מוצדקת שהתקבלה בעניין המסור לפיקוחם. ודוק: במקרה שלפנינו, הלכה למעשה, לא ננקטו על ידי אנשי משרד התקשורת אמצעים מיוחדים הנתונים להם על פי חקיקת התקשורת. כל שנעשה על ידי המשיב הוא פניה לעותרת בדרישה להפסיק את שידורי הרדיו, והגשת תלונה במשטרה, בחשד לביצוען של עבירות בתחום שידורי הרדיו. פעולותיו האמורות של המשיב – חרף "מעמדן" ו"משקלן" – אינן חורגות (ובוודאי לא במידה העולה על הנדרש), מגדר הפעולות הסבירות שהמשיב מוסמך (ואף – חייב) לבצע כנגד מי שמקיים, בישראל, שידורי רדיו "פיראטיים". ככל שננקטו, או יינקטו בעתיד, אמצעי אכיפה פליליים בקשר עם הפעילות, מושא עתירה זו – הרי שהמשיב איננו אחראי להם, ומכל מקום הם נתונים תחת בקרה שיפוטית. מטעמים אלה סבורני שההחלטה המינהלית בענייננו עומדת גם במבחני ה"סבירות" וה"מידתיות".

42. למעלה מן הדרוש אציין כי לגישתי אין קושי ללמוד אנלוגיה מסוימת לענייננו, מהפסיקה הדנה בסמכויותיהם של גורמי האכיפה לפעול כנגד מי שמקיים

אתרי אינטרנט שבהם מתבצעת פעילות הימורים שאיננה חוקית על פי הדין בישראל. בהקשר זה יוער כי ב-ע"מ 3781/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי (24.3.2013) אמנם נפסק כי צווים המורים על חסימת גישה לאתרי הימורים, שניתנו באותו עניין, הוצאו בחוסר סמכות ודינם להתבטל – ואולם שם היה מדובר בצווים שהיו מכוונים לספקיות הגישה לאינטרנט (שהן צדדים שלישיים לעבירה), ולא כלפי מבצעי העבירות. ראו: סעיף 13 לפסק-דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן, שבהמשכו הוסיף חברי וציין כי מקובל עליו ש"אם יעלה בידן של רשויות אכיפת החוק להביא לסגירתם של אתרים, אשר ניתן לבצע בהם הימורים שאינם חוקיים על-פי הדין הישראלי (למשל, באמצעות ניתוק האתר מחיבורו לאינטרנט או השבתת פעולת השרת) – לא יהא בכך פגם במישור הסמכות". דבריי הנ"ל נאמרים כאן למעלה מן הצורך, כאמור, ומבלי שיהא בהם כדי לרמוז, חלילה, כי העותרת מקיימת שידורים שהם – מבחינת תוכנם – בלתי חוקיים.

43. לנוכח כל האמור לעיל – דומה עלי כי החלטתו של המשיב לדרוש מהעותרת להפסיק את שידוריה – היתה בגדר סמכותו ולא חרגה מ"מתחם הסבירות" של שיקול הדעת המנהלי הנתון למשיב, אשר אמון, בין היתר, על הסדרתו של תחום שידורי הרדיו במדינה ועל האסדרה (הרגולציה) הנוגעת לעניין זה בישראל. בהקשר זה אציין כי העובדה שתחת משרד התקשורת פועל גם "רגולטור" נוסף שתפקידו לפקח אחר קיום הוראותיו של חוק הרשות השנייה (והוא: מועצת הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו) – אין בה כדי לגרוע מהסמכות הראשונית המוקנית לשר התקשורת בתחום האמור, שהרי מגזר התקשורת כולו מצוי תחת אחריותו המיניסטריאלית (ראו והשוו בהקשר זה: עניין די.בי.אס, בפיסקה 23). יתר על כן, בענייננו – מאחר שהשידורים שנעשים על ידי העותרת אינם חוסים על פני הדברים תחת כנפיו של חוק הרשות השנייה – דומה כי למועצה כלל אין סמכות כלפי העותרת, כך שהסמכות לדרוש ממנה את הפסקת השידורים נותרה בידי שר התקשורת.

על אף כל האמור לעיל – בכך לא תמה בחינת התנהלותו של המשיב  
בנסיבות העניין. העותרת העלתה עוד מספר טענות בנוגע לפגמים נוספים שנפלו,  
כביכול, בהחלטתו של המשיב – ואליהן אתייחס בקצרה כעת.

הטענה בדבר שינוי מדיניות האכיפה וקבלת החלטה משיקולים זרים

44. לטענת העותרת, ההחלטה, מושא העתירה, מבטאת שינוי קיצוני במדיניות  
שנקט משרד התקשורת כלפי העותרת (ותחנות אחרות כדוגמתה), לאחר תקופה  
ממושכת שבגדרה התאפשר לה לשדר, מבלי שהיא נדרשה לחדול מכך. לשיטתה –  
שיקולים פוליטיים, זרים, הם שעמדו בבסיס השינוי. אמנם, היותו של שר  
התקשורת הגורם הממונה על ביצועם ואכיפתם של דיני התקשורת בישראל עלול  
להקים חשש מובנה כי בהחלטותיו בתחום זה עשויים להיות מעורבים גם שיקולים  
פוליטיים (עיינו: הרגולציה בשירותי התקשורת האלקטרונית בישראל, 186). אלא  
שטענה קונקרטיית מסוג זה צריכה להיתמך בתשתית עובדתית נאותה, כדי שניתן  
יהיה לבחון אותה – וכזו לא הוצגה בפנינו. לעומת זאת, ההסבר שניתן על-ידי  
המשיב להחלטתו לדרוש מהעותרת להפסיק את שידוריה, בסמוך לאחר שהתקבלה  
תלונה מאת מפעיל של תחנת רדיו אזורי, המשדר מכוח זכיון שהוענק לו כדין –  
מניח את הדעת. הסבר זה עולה גם בקנה אחד עם המדיניות המוצהרת של מנגנון  
האכיפה של משרד התקשורת, שלפיה יש, אמנם, לפעול כנגד כל תחנות השידור  
"הפיראטיות", ואולם לנוכח מצוקת אמצעים, מחד גיסא, וריבוי תחנות השידור  
"הפיראטיות" מאידך גיסא – האכיפה מתבצעת בעיקר נגד תחנות, אשר השידורים  
שלהן מפריעים לרשתות קשר תעופתיות, לכוחות הביטחון, ולתחנות שידור אחרות  
שפועלות כדין (ראו: סעיף 19 לתשובת המשיב לצו על-תנאי; וכן: דברי היועץ  
המשפטי של משרד התקשורת בעת דיון בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת  
מתאריך 6.5.1998, מובאים גם בספר הרדיו הפיראטי בישראל, 189; דברי שרת  
התקשורת דאז, שולמית אלוני ז"ל בתשובה לשאילתא בעניין פעילותו של משרד  
התקשורת נגד ערוץ 7 ששידר באופן לא-חוקי, מובאים גם בספר הרדיו הפיראטי  
בישראל, 198; ת"פ (י-ם) 4830/98 מדינת ישראל נ' כץ, בפסקה 14 לגזר הדין  
מתאריך 29.12.2003; עיינו והשוו: סעיף 12 לפקודת הטלגרף האלחוטי).

45. זה המקום להוסיף כי בניגוד לטענתה של העותרת – השתלשלות העניינים, כפי שתוארה לעיל, מלמדת לכאורה כי משרד התקשורת לא אישר, בשום שלב שהוא, את קיום שידורי הרדיו של "כל השלום" בישראל. נהפוך הוא. במהלך השנים הודגש והובהר מפורשות בפני נציגי התחנה כי ללא קבלת אישור מטעם משרד התקשורת וה-וט"מ – התחנה איננה מורשית לשדר. למרות זאת, העותרת עשתה, לכאורה, דין לעצמה וקיימה את שידורי רדיו "כל השלום" בישראל, ללא היתר כדין (ואף עשתה כך לכאורה תוך הפרעה לתקשורת תעופתית. התנהלות זו חדלה, לתקופה מסוימת, לאחר שהמשיב דרש מהעותרת להפסיק את שידוריה; ראו: סעיף 23 לתשובת המשיב לצו על-תנאי). זאת ועוד – ההחלטה לתבוע מהעותרת להפסיק את שידוריה (ונקיטה באמצעי אכיפה מכוח החוק, על ידי המשטרה, לאחר שדרישתו של המשיב בהקשר זה לא נענתה), באה לנוכח תלונה קונקרטיה שהתקבלה מאת גורם עסקי, אשר המחישה שינוי משמעותי בפעילותה של העותרת ובאופי השידורים שהיא קיימה בישראל – והיא מתיישבת עם מדיניותו המוצהרת (בפנינו) של המשיב, שלפיה פעולה כנגד שידורי רדיו לא-חוקיים מתחומי הרשות הפלסטינית מתבצעת (על ידי גורמי האכיפה הרלבנטיים), רק כאשר מתקבלת תלונה על הפרעה ובהתאם לחומרתה (ולא באופן יזום, בהיעדר תלונה קונקרטית). כאמור, הגורמים המוסמכים במשרד התקשורת היו מועלים בתפקידם אילו נמנעו מלפעול לנוכח התלונה שהתקבלה.

46. ודוק: היעדר אכיפה במשך תקופת מסוימת – איננו יכול לשמש עילה להמשך הפרת החוק ולהתערבות שיפוטית בהחלטה סבירה של גורם מינהלי מוסמך, לדרוש ממפר החוק לחדול מפעילותו העבריינית. במיוחד אמורים הדברים במקום שבו מתן האפשרות להתבטא – יש בה משום הגבלה, או מניעה של אפשרות זו מאחר. בפרט נכונים הדברים בתחום שידורי הרדיו והביטוי הרדיופוני, שכן שידור בתדר מסוים מונע, או מגביל את האפשרות מגורם אחר, שקיבל רישיון לכך, לשדר באותו תדר, או מגורם פוטנציאלי עתידי לנצל את התדר האמור.

הנה כי כן, התערבות בהחלטתו של המשיב ושל רשויות אכיפה אחרות ומתן "הכשר" להמשך פעילותה של תחנת רדיו "כל השלום", ללא רישיון או זיכיון כדין, אך מחמת העובדה שהיא פעלה כך במשך שנים, מבלי שננקטו כנגדה

עיצומים מכוח החוק – איננו ראוי, איפוא. הדבר עלול לגרום לפגיעה בשלטון החוק, במיוחד לנוכח הטענות בדבר אוזלת-יד של הרשויות בהתמודדות עם תופעת שידורי הרדיו "הפיראטיים" בישראל (עיינו, למשל: הרדיו הפיראטי בישראל, 198-185 והאסמכתאות הנזכרות שם), וזאת בנוסף לפגיעה בתחנות הרדיו האזוריות המשדרות מכוח היתר שקיבלו כדין (עיינו והשוו: עניין ח"כ אורון, בפיסקה 34).

מובן שאין באמור עד כאן כדי למנוע מהעותרת להעלות טענה בדבר "אכיפה בררנית" מצד הרשויות, בגדרי ההליך הפלילי המתנהל כנגדה, ככל שיש לה עילה לכך (ראו והשוו: רע"פ 889/00 תומר נ' מדינת ישראל (3.7.2000)) – והדברים נאמרים מבלי שיהיה בהם משום הבעת עמדה כלשהי לגופה של הטענה האמורה.

הטענה בדבר פגיעה בזכות הטיעון של העותרת ובזכותה לחופש ביטוי

47. לטענת העותרת ההחלטה לדרוש ממנה להפסיק את שידורי רדיו "כל השלום" התקבלה מבלי שהתאפשר לה להשמיע את עמדתה בעניין ומבלי שנבחנו אמצעים שפגיעתם בזכותה לחופש ביטוי פחותה – ועל כן, יש מקום להתערבות בה. גם טענה זו – אין בידי לקבל. אכן, כלל יסוד בשיטתנו המשפטית הוא כי רשות מנהלית לא תיפגע באדם, או בתאגיד, בטרם תעניק לו זכות נאותה להשמיע את טענותיו. זכות זו המכונה, לפרקים: "זכות הטיעון", או "זכות השימוע", המקימה חובה נגדית, המכונה: "חובת השמיעה" – היא חלק מכללי הצדק הטבעי, שעוגנו בהלכה הפסוקה. יחד עם זאת, סוגיית התקיימותה של "חובת השמיעה" (או החובה ליתן "זכות טיעון") במקרה פרטני, והיקפה של החובה האמורה – נבחנת לאור שלושה תנאים עיקריים, ההכרחיים לצורך גיבושה, ואלו הם: (א) עצם קיומה של פגיעה בפרט; (ב) הפגיעה היא באינטרס מוגן (או בזכות מוגנת); (ג) הפגיעה היא סופית, ישירה וממשית (עיינו, למשל: בג"צ 365/08 נטוויז'ן בע"מ נ' משרד התקשורת (17.6.2009)), בפיסקה 7 והאסמכתאות הנזכרות שם). אני סבור כי תנאים אלה אינם מתקיימים במלואם בנסיבות המקרה שלפנינו, ולפיכך גם אם לא ניתנה לעותרת אפשרות להשמיע את טענותיה עובר לקבלת ההחלטה לדרוש

ממנה להפסיק את שידורי הרדיו (שאם לא כן יינקטו נגדה הליכים משפטיים) – אין בכך משום פגיעה בזכות הטיעון שלה. מספר טעמים לדבר ואפרטם מיד:

(א) הגם שאני מוכן להניח כי בהחלטה שקיבל המשיב יש, לכאורה, משום פגיעה ישירה בעותרת – לא מתקיים כאן תנאי נוסף הדרוש לשם "שכלולה" של פגיעה מהסוג המחייב מתן זכות טיעון, שעניינו בהיות ההחלטה בלתי-הדירה. עיקרון זה שלפיו רק החלטה "סופית-עונשית" מחייבת הענקת זכות טיעון, הוכר בפסיקת בית משפט זה ב-בג"צ 3495/06 הרב הראשי לישראל, הרב יונה מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה (30.7.2007); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 472 (2010)). בהתאם לכך, נקבע כי אין חובה להעניק זכות טיעון עובר להחלטה על הגשת כתב אישום, שהיא שלב טרומי להליך העיקרי המתקיים בפני הערכאה השיפוטית, אלא אם כן המחוקק הראשי קבע אחרת (עיינו והשוו: בג"צ 844/86 דותן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא(3) 219, 222-223). קביעה זו מתאימה גם לענייננו.

(ב) אף התנאי הדורש כי הפגיעה תהיה "באינטרס מוגן" – איננו מתקיים כאן במלוא מובנו. האינטרס שעל הפגיעה בו, לכאורה, מלינה העותרת – הינו, למעשה, "זכות הגישה אל אמצעי התקשורת", שהיא נגזרת של חופש הביטוי. זכות זו נובעת, אמנם, מהעיקרון הכללי בדבר חופש הביטוי ומטרתה היא לאפשר את הגשמתו של חופש הביטוי, ואת קיומו של שוק דעות ורעיונות חופשי (ראו: עניין שלמה כהן, 540); עיינו גם: דפנה ברק-ארז, "חופש הגישה לאמצעי התקשורת – איזון אינטרסים בתחומי הזכות לחופש-ביטוי", עיוני משפט יב 183, 185 (התשמ"ז)). ואולם, ההיבט הדומיננטי בזכות הגישה לאמצעי התקשורת טמון בקיומה של מערכת כללים שתבטיח את קיום זכותו של הציבור בקבלת מידע מלא ורב-גוני – "להבדיל מהעברת מידע על-ידי מיהות מסוימת ובאופן מסוים" (ראו: עניין שלמה כהן, 543, בפיסקה 13).

הנה כי כן, זכות הגישה לאמצעי התקשורת, כפי שהותוותה בפסיקתו של בית משפט זה, איננה משמיעה, איפוא, כי קיימת לאדם (או לתאגיד), בישראל, זכות קנויה להפעיל תחנת שידור ו/או לקיום שידורים, בישראל, כראות עיניו, שלא בהתאם למסגרות שהותוו לכך על ידי המחוקק, וללא קבלת הרישיון ו/או

הזיכיון הנדרש, על פי החוק, לשם כך (תוך פגיעה, לפרקים, באינטרסים חיוניים של המדינה, ואף אגב פגיעה באחרים, המקיימים שידורי רדיו כדין).

לא מיותר לציין בהקשר זה כי הגורמים האמונים על הסדרת תחום השידורים בישראל מחויבים, על פי חוק, לפעול, בין היתר, "למתן ביטוי מתאים למגוון התרבותי של החברה הישראלית... ולהשקפות השונות הרווחות בציבור", ובכלל זה גם "לקידום ההבנה והשלום עם המדינות השכנות..." (ראו: סעיפים 5(ב)-(5)-(6) לחוק הרשות השנייה, ועיינו גם: סעיפים 3(4), 3(11)-(12) ו-4 לחוק רשות השידור). הנה כי כן, ערכים של "פלורליזם תקשורתי" והבטחת קיומו של "שוק" דעות, השקפות ורעיונות – ערכים שהעותרת מרימה על נס בטיעוניה – ניתנים, איפוא, להגשמה בתוך גבולותיו של החוק, באמצעות שידורים הנעשים כדין (לא מיותר לציין כי תכלית זו של קיום פלורליזם תקשורתי היא אחת התכליות הבסיסיות שעמדה ביסוד יצירתה של המסגרת החקיקתית למתן זיכיונות לשידורי רדיו מסחריים, בחוק הרשות השנייה, משנת 1990). עוד יש לציין כי לנוכח "מצוקת התדרים" במדינת ישראל, קיים עדיין קושי מעשי להעניק "במה רדיופונית" לכל מי שחפץ להפיץ את מסריו ואת דעותיו מעל גלי האתר, ואולם ניתן לקוות כי יישומו של חוק שידורים הפצת שידורים באמצעות תחנות שידור ספרתיות, התשע"ב-2012, שנחקק זה מקרוב – יביא עימו שינוי מיוחל, ויקל, ולו במעט, מהקושי הקיים במישור זה, כיום (להרחבה בעניין כוח ההשפעה של השידור הספרתי על "מפת השידורים" הקיימת, ולביקורת – עיינו: הרדיו הפיראטי בישראל, 233-288).

(ג) אני סבור כי בנסיבות העניין, הפגיעה הנטענת בחופש הביטוי של העותרת (ובזכות הגישה שלה לאמצעי התקשורת) – איננה פגיעה ממשית. אין לכחד, אמנם, כי כלי התקשורת ההמוניים – הרדיו והטלוויזיה – ממלאים, גם כיום, תפקיד מרכזי בעיצוב דעת הקהל ובהגשמתו, הלכה למעשה, של עקרון חופש הביטוי. ללא גישה אל אמצעי התקשורת ההמוניים הללו עלולה הגשמתו של חופש הביטוי להיות חלקית בלבד (ראו והשוו: עניין שלמה כהן, 541 והאסמכתאות הנזכרות שם בפסקאות 10-11 לחוות דעתו של הנשיא (כתוארו אז) מ' שמגר; ועיינו גם: בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא(3) 255, 269



(1987); עניין די.בי.אט, בפסקה 12). ואולם, שידורי רדיו אינם הדרך היחידה להעברת מסרים לציבור הרחב. בעידן המודרני שבו אנו מצויים, עומדים לרשות הפרטים בציבור אמצעים אפקטיביים חלופיים להבעת מסרים, כגון: האינטרנט, שנגישותם לציבור, היקף החשיפה אליהם ואף השפעתם – נרחבים, לעיתים, מאלה של אמצעי התקשורת המסורתיים. לעותרת יש, איפוא, אמצעי אלטרנטיבי יעיל, בעל תפוצה רחבה ונגישות ציבורית, המשמש לה "במה" להבעת עמדותיה ומסריה. משהעותרת ממשיכה להפיץ את שידוריה לציבור בארץ (ומחוצה לה), באמצעות רשת האינטרנט, באין מפריע – לא ניתן לומר כי הפגיעה בחופש הביטוי שלה (בגין דרישתו הסבירה והלגיטימית של המשיב לחדול משידוריה "הפיראטיים") הינה במידה העולה על הנדרש לצורך הגשמת התכליות המונחות בבסיסם של החיקוקים המסדירים את תחום שידורי הרדיו בישראל (עינו והשוו: עניין שלמה כהן, בפסקה 16).

48. לסיכום נקודה זו, אדגיש כי העובדה שתדרי רדיו הם משאב ציבורי מוגבל – מחייבת רגולציה של התחום ומניעת מצב של כאוס בשידורים שבו "לית דין ולית דיין", ו-"איש הישר בעיניו יעשה". הרגולציה בתחום זה הינה, איפוא, בבחינת "הכרח בל יגונה", ואין לראות בה ובדרישות שמציב החוק בגדרה משום פגיעה אסורה בחופש הביטוי. אדרבה: היעדר הסדרה של תחום תדרי הרדיו ומתן אפשרות, בלתי מוגבלת, לשידורים בתחומי מדינת ישראל, ללא אסדרה (רגולציה) שלטונית – עלולים להביא לפגיעה בכלל המְשדרים (לנוכח צפיפות התדרים), ובציבור בכללותו. דרישה לגיטימית של הגורם האחראי על אכיפת החוק, המופנית למי שעשה, לכאורה, דין לעצמו, כי יחדל ממעשיו הבלתי-חוקיים לכאורה – איננה יכולה להיחשב, איפוא, כפגיעה ממשית אסורה ב"זכות", ומשכך – איננה מצדיקה את התערבותו של בית משפט זה.

הערות טרם סיום

49. טרם סיום מתבקשות כאן עדיין שלוש הערות:

(א) ניתוח הוראות החוק הרלבנטיות ויישומן נעשה פה רק לצורך בחינתה של ההחלטה המינהלית שנתקפה בעתירה, וזאת על בסיס התשתית העובדתית שהונחה

בפנינו – שהיא מוגבלת, בשים לב לאופיו של הדיון בפני בית משפט זה בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. לפיכך, מטבע הדברים ובהיעדר הסכמה – אין בית המשפט הזן בהליך הפלילי המתנהל כנגד העותרת (ומר רז) כפוף, כמובן, לנתונים העובדתיים שהוצגו כאן.

(ב) יתרה מכך – הדברים שנכתבו עד הנה ותוצאת פסק-הדין בעתירה זנא אינם מחייבים, בהכרח, גם את מה שאמור להיקבע משפטית בהליך הפלילי. במשך שנים נמנעה המדינה מלנקוט באמצעי אכיפה כנגד העותרת בגין שידורי הרדיו שקיימה (בדומה למדיניות שננקטה בעבר ביחס לתחנת "קול השלום" של אייבי נתן ז"ל, שפעילותה מזכירה את פעילותה של העותרת). לא מיותר לציין כאן כי תכליתם המוצהרת של שידורי העותרת הינה ראויה, ומלכתחילה – לא היתה בפי המשיב טענה כי העותרת מקיימת שידורים שהם, מבחינת תוכנם, בלתי חוקיים. משחדלה העותרת לכלול שידורי פרסומת במסגרת שיתוף הפעולה שלה עם "רדיו גל", דומה כי אין בפי המשיב טענה כזו אף כיום. בנסיבות אלה, לצד הקשיים האובייקטיביים הכרוכים בהסדרתם של שידורי רדיו מתחומי הרשות הפלסטינית – דומה עלי, מבלי לקבוע מסמרות, כי יתכן ופתוחה בפני העותרת (ומר רז) הדרך להעלות טענות הגנה שונות במסגרת ההליך הפלילי, לרבות טענה של "הגנה מן הצדק", וכמובן אין בכך כדי לגרוע משיקול דעתו של בית המשפט הדיוני להכריע במכלול.

(ג) אין בכל האמור לעיל – כדי למנוע מהמשיב לשקול מחדש את עמדתו במכלול לנוכח מטרות התחנה ושינויים במערכת היחסים עם הרשות הפלסטינית, ככל שיהיו כאלה.

סוף דבר

50. אשר על כן, בשים לב לכל האמור לעיל ובכפוף להערות שבפיסקה 49 הנ"ל – אציע לחבריי לדחות את העתירה ולבטל את הצו על-תנאי שהוצא בגדרה. כמו כן אציע כי בנסיבות – לא נעשה פה צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט ח' מלצר, לפיה יבוטל הצו על תנאי ותידחה העתירה, מבלי שייעשה צו להוצאות. גם אני סבור שהעותרת קיימה בישראל שידורים המיועדים לציבור מבלי שקיבלה את ההיתרים המתחייבים על-פי הוראותיהם השונות של הדינים החלים על הפעילות האמורה. העובדה שהמשדר ששימש את העותרת מוצב ברמאללה אינה יכולה, לבדה, לשנות מהמסקנה האמורה לעיל, נוכח מכלול הנסיבות, כפי שהראה חברי השופט מלצר. מדובר בתחום שמחייב הסדרה, שאחרת אנו צפויים לתקלות מסוגים שונים שפגיעתן בסדר הציבורי, במספר היבטים שלו, קשה.

לתוצאת ההליך אין שום קשר לתכני השידור ולתכליות הראויות שהעותרת מבקשת לקדם. עניין לנו בהפרת החובה לפעול על-פי הכללים המסדירים את תחום שידורי הרדיו לציבור הרחב, ומשנמצא כי החובה האמורה חלה על העותרת והיא הופרה, לא היה מנוס מקבלת ההחלטה המנהלית שהעותרת ביקשה לתקוף.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. חוות דעתו המקיפה של חברי השופט מלצר, הכוללת כידו הטובה וכמומחיותו מכבר את כל תורת הרישוי בכגון דא ולא הניחה אבן שלא נהפכה – מקובלת עלי, בנתון למספר הערות.

ב. תיק זה מדגים את הצורך ברגולציה ראויה, "אסדרה סדורה", "סדר צודק תרדוף", בשמירה על משאבי הציבור, בין משאבי טבע ומשאבים פיסיים ובין משאבי קניין רוחני או מינהל ציבורי. התדרים נשוא ענייננו באים בכלל זה. הוכח פעם אחר פעם, בישראל ובעולם, כי ללא אסדרה ראויה ייפגעו אינטרסי ציבור חשובים וחיוניים, ואוי לציבור כאשר כושלת האסדרה ונפגע הצדק החלוקתי.

חברי מדבר בפסקה 26 ב"יד מכוונת" בתחום השידורים. דברים אלה אינם בעלמא. יצר לב האדם ואפשרות המדרון החלקלק הם נתונים שאין צורך באסמכתאות רבות כדי לזהותם. אילו חיינו בעולם אידאלי, כמובן, היה תפקיד האסדרה יכול להיות מצומצם יותר; אך כבר אמרו חכמים במסכת אבות (ג' ב'), מפי התנא ר' חנינא סגן הכהנים) "הַיִּי מֵתִפְלֵל בְּשְׁלוֹמָהּ שֶׁל מַלְכוּת, שְׁאַל־מֵלֵךְ מוֹרָאָה אִישׁ אֶת רַעְהוּ חַיִּים בִּלְעוֹ". מוראה של מלכות הוא שלטון החוק; כך נאמר ברשימתי שם "יעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק – מטלות ומורכבות במדינה יהודית, דמוקרטית ומקוטבת" ספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג-2003), 41 (פורסמה תחילה במחקרי משפט י"ג (תשס"ב-2001), 9): "מוראה של מלכות, בלשון ימינו, יתכן במדינה דמוקרטית רק באמצעות החוק" (42).

תפיסתו של המשפט העברי היא, כי יש צורך בסייג לסייג ("עשו משמרת למשמרת" (בבלי מועד קטן, ה', א'))); ואכן נסיון החיים מוכיח כי ללא אסדרה חזקה תימצא כל פרצה כדי לנכס משאבי ציבור. פעמים רבות נובע ניצול הפרצות מתאוות כסף; אך פעמים יש הסבורים כי בשם אידיאולוגיה מותר לעגל את פינות החוק. אך אנו אין לנו אלא החוק כמסגרת וכחישוקי החברה, וכך גם במקרה דנא. על כן, יהיו הכוונות טובות כאשר יהיו, אין מקום "לשטח הפקר" בנושא התדרים, מכל הטעמים הטובים שמנה חברי.

ועוד: גם אם יתכנו שאלות באשר לזהות הרגולטור והמאמץ הוא למנוע פוליטיזציה (וכמובן המטוטלת הפוליטית יכולה לנוע ממגרש אחד למשנהו) – ועדיין יש חיוניות לאסדרה; ובמקרה דנא טופלו הדברים באופן מקצועי על ידי דרגים מקצועיים.

ג. אוסיף, כי בניגוד לתחושה האינטואיטיבית האפשרית, הרגולטור אינו חסם לחופש הביטוי, אלא אדרבה – עשוי בהחלט להיות גורם מסייע לגביו, שכן עליו לפעול לצדק החלוקתי ומצוי הוא בפיקוח בית המשפט, בין השאר, ועל כן גדל מאוד הסיכוי שכל העומד בתנאים יקבל חלקו, ובענייננו – לא תהא יד איש בתדר רעהו.

ד. ולבסוף: בסיפת חוות דעתו נדרש חברי (פסקה 49(ב)) לטענות הגנה שבידי העותרת ומר רז להעלות בפני אכיפה פלילית, לרבות הגנה מן הצדק. לדידי – בכל ההוקרה לחברי – אין זה מתפקידנו לעורר טענות העלולות להיראות כהתערבות בהליך הפלילי כבמעין השפעה ולוא גם זהירה, על שיקול דעתו של בית המשפט הדן בו, והדברים נאמרים בלא שאביע דעה לגופה של סוגיה. מכגון דא עלינו להיזהר, נוכח המשקל הרב שמייחס כל בית משפט לדברים היוצאים מפיו של בית משפט זה.

אזכיר עוד, כי המדינה נקטה לא אחת הליכים פליליים נגד המשדרים שלא כדיון, באופן "פיראטי", וכך זכורים לי בתקופת כהונתי כיועץ משפטי לממשלה צעדי אכיפה הן כנגד ערוץ שבע דאז והן כנגד "רדיו גל" (ששמו נזכר גם בענייננו בהקשר שיתוף מסחרי עם העותרת לתקופה מסוימת), תוך התקפות מימין ומשמאל. גם בנידון דידן מסר בא כוח המדינה, בדיון בפנינו ב-29.11.12, כי תחנה זו נשואת התיק היא חלק משורה ארוכה של תחנות שאינן מוסדרות, ולדידי אין דופי באכיפה; ראו גם, כדוגמה לאכיפה, ע"פ 40636/07 (ירושלים) מדר נ' מדינת ישראל (2008), וכמובן כל מקרה לנסיבותיו.

ה. הכרעתנו אינה קשורה בתכנים ובפוליטיקה שבשידורים כאלה או כאלה, העשויים להיות לגיטימיים וראויים כשלעצמם, אלא בעניין קטן ופשוט הקרוי

החוק, שאיננו "תכנית כבקשתך" לפלוני אלמוני אלא אלף-בית של התנהגות, ובכך יש למקד את זרקורנו. גם אם כוונתו הפוליטית של פלוני אלמוני רצויה – הנה כדברי בעל ספר הכוזרי ר' יהודה הלוי, "כוונתך רצויה אבל מעשיך אינם רצויים". מנסיוני אטעים, כי אין גבול להמצאות בנושאים אלה, ולא כל "בן פיראט" הוא – מבלי לפגוע – בהכרח בן פורת; בסופו של יום, ערוץ המשדר מישראל – ומקום השידור, האולפן, הוא עיקר – נתון לאסדרה הישראלית.

ו. כאמור, אצטרף לחברי.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של כב' השופט ח' מלצר.

ניתן היום, ה' באדר התשע"ה (24.2.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה