

רשות התקשורת החדשה - מודלים של ביקורת שיפוטית

ד"ר אמנון רייכמן*

את דברי אייחוד לשאלת הביקורת השיפוטית על הרשות החדשה המוצעת בהצעת החוק שלפנינו. רבות מדובר בשאלת עיצוב מנגנוני הרשות, חלוקת סמכויות וקביעת ערכים, אך אין כל התייחסות לשאלת הביקורת השיפוטית על אופן פעילות הרשות: האם ביקורת בג"צית? האם יש לחשוב על פרוצדורות והליכים ייחודיים לביקורת על הרשות החדשה? האם ביקורת באמצעות בתי המשפט לעניינים מנהליים? או שמא יש להקים בית משפט מיוחד, דוגמת בית הדין להגבלים עסקיים, אשר ייפקח על הרשות? זאת ועוד: האם יש לחשוב על שינויים במשפט המינהלי עצמו – בדין המהותי?

ראשית, מספר מילים תיאורטיות. עיצוב מוסדי -- Institutional Design -- חשוב ובר השפעה רבה על האופן בו מתפקדת הפרקטיקה. הביטוי "עיצוב מוסדי" מתייחס בהקשר שלנו לקביעת הפרוצדורות שבאמצעותן פועל האורגן השיפוטי, ומקיף לא רק את סדרי הדין אלא גם שאלות כגון מספרם (ומיהותם) של השופטים הנדרשים להחליט בכל שאלה, אופן קביעת לוחות הזמנים לדין ואפשרויות הערעור על החלטות. כפי שכל משפטן מתחיל יודע, לעיצוב מוסדי השלכה ישירה על חיי המעשה.

חקר מוסדות המבצעים ביקורת שיפוטית מעלה כי ניתן לבדד מספר מרכיבים המושפעים מהאופן שבו "בנוי" האורגן השיפוטי. מרכיבים אלו בתורם מאפשרים לנו לבחון את מידת יכולתו של המוסד למלא את משימותיו. בהקשר שלנו משימותיו של האורגן המבצע ביקורת שיפוטית הן לוודא כי הרשות אכן עומדת בכללי המשפט המנהלי: כי אינה חורגת מסמכותה, כי פועלת היא בהתאם לכללי הצדק הטבעי הדיוניים, וכי מפעילה היא שיקול דעתה על-פי אמות המידה המקובלות בדין, ובכלל זה מעניקה משקל מתאים לזכויות הרלבנטיות ולוקחת בחשבון את מכלול האינטרסים הענייניים (ורק אותם). להלן אעמוד בקצרה על מקצת ממרכיבים אלו, אשר בעזרתם ניתן למדוד את התאמת האורגן השיפוטי לביצוע משימת הביקורת השיפוטית:

• הנגישות (Accessibility)

ביקורת שיפוטית בשיטת משפט אדברסרית נשענת על כך שתוגש עתירה. כללים דיוניים המקשים או מקילים על הגשת עתירה משפיעים על נגישות המוסד לעותרים פוטנציאליים, ובכך חולשים על מספר התיקים שיוגשו ועל סוג התיקים שיוגשו. כך, זכות עמידה (ועילות סף אחרות), אגרות, מספר בתי המשפט ומיקומם ודרישות דיוניות אחרות המתייחסות למיהות עורכי הדין המוסמכים להגיש עתירה, הינם גורמים המשפיעים על הנגישות. מטבע הדברים, אין הכרח כי משימת האורגן השיפוטי תבצע באופן מיטבי אם הנגישות תהייה מקסימאלית. ייתכן כי במצב כזה תוגשנה עתירות סרק, הזמן השיפוטי יבוזבז, ונמצאו במצב תת-אופטימאלי מבחינת הנגישות המעשית למנגנון ביקורת אפקטיבי. נדרשת, אם כן, לכל הפחות נגישות מספקת.

• משך ההליך (Duration)

כללים דיוניים משפיעים באופן ישיר על משך ההליך. כך, כללים המתירים הבאת ראיות ובכלל זה חקירה ראשית ונגדית, המתירים סיכומים בכתב, והמאפשרים ערעור על החלטות שונות, ובכלל זה החלטות ביניים, משפיעים על התארכות ההליך בציר הזמן. כמו-כן, מספר השופטים הנגשים וסדר יומם משליך אף הוא ישירות על משך ההליך. למותר לציין כי בחיי המעשה לחלוף הזמן יש משמעות כלכלית רבה. הליכים קצרים עדיפים בדרך כלל על הליכים ממושכים בהקשר שלנו, ובלבד שנשמרת רמה מספקת של יכולת חשיפת האמת והתמודדות עם טיעונים משפטיים.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

• שדה הפעילות הנתון לביקורת (Span, Breadth)

כללים קובעים את סמכות בית הדין קובעים את סוג האינטראקציות החברתיות ואת סוג העילות אשר יפעילו את מנגוני הביקורת השיפוטית. באנלוגיה מתחום הגיאוגרפיה, כללי הסמכות העניינית והמקומית מייחדים מרחב חברתי מסוים ומעמידים אותו תחת ביקורת שיפוטית של אורגן כזה או אחר. יש לציין כי תיחום מרחב חברתי מתייחס גם למימד הזמן, באמצעות שימוש בכללים הקובעים התיישנות, שיהוי, פנייה מוקדמת וכו'.

• עמדות המוצא ונקודות המשען (Playing Field), מהלכים (Moves)

מרכיבים אלו הם למעשה "כללי המשחק" מרגע תחילתו עד סופו. כאשר אנו "מעצבים" מוסד אנו קובעים גם את "עמדות המוצא" – את הקו ממנו מתחיל הדין. אנו למעשה קובעים אילו מעשים רלבנטיים לדין, ואילו מעשים (או נתונים עובדתיים או נורמטיביים) הם "נייטראליים", וניתן לקחתם כקו הבסיס. אנו קובעים נטלים דיוניים ראשוניים – נטל העלאת טענות, נטל הבאת ראיות – בשלבים מסויימים, ובכך משפיעים על היכולת לבצע ביקורת שיפוטית על תהליכים כאלה ואחרים. אם להשתמש שוב באנלוגיה הגאוגרפית, העיצוב המוסדי משפיע על יעדי המשנה במהלך הדין – לאיזה "אזור" מעוניין כל צד להגיע, משום שאזור זה מטיל נטלים על הצד השני. כללי המשחק מתייחסים מטבע הדברים גם לאופן שבו ניתן לבצע "מהלך". למשל, עולם המשפט מכיר כלים כגון "תובענה", בקשה, המרצת פתיחה ועוד, כללים שבאמצעותם מתבצעים מהלכים משפטיים. הכללים החולשים על כלים אלו, כיצד ניתן להתגונן בפניהם ומה המשמעות המשפטית של כל מהלך הם שקובעים כיצד ההליך מתבצע. כללי המשחק אינם שקופים לחלוטין, אלא עיצובם משפיע על עלותו של ההליך ועל הסיכוי להגיע לתוצאה כזו או אחרת בנסיבות נתונות. הם גם משליכים על היכולת "להוכיח" טענה עובדתית כלשהי או לטעון טענה נורמטיבית מסויימת.

• נקודות יציאה (Exit Points)

אם נקודות המוצא, עמדות המשען ומהלכים מתייחסים לאופן ניהול הליך הביקורת, נקודות היציאה מתייחסות לסיומו. כאשר מעצבים אורגן המבצע ביקורת שיפוטית, קימות מספר אפשרויות לקביעת אופני הסיום של ההליך או הפסקתו. כללים החולשים על השתק עילה או פלוגתה, אפשרות למשפט חוזר, אפשרות לטענת העדר עילה, העדר יריבות, no case to answer, או יכולתו של בית המשפט להעביר את הדין לבוררות, גישור, פישור או הכרעה על-פי כללי פרוצדורה חליפיים – כולם מתייחסים לנקודות יציאה. מטבע הדברים, גם ארסנל הסעדים המצוי ברשות בית המשפט, והכללים החולשים על מצבים בהם אחד הצדדים לא מציית להוראות בית המשפט, מעצבים אף הם את מגוון נקודות היציאה האפשריות.

• מסר ומשמעות (Message & Meaning)

הצלחתו של הליך הביקורת השיפוטי אינה נמדדת רק במקרה בודד (בדרך כלל מקרה צופה פני עבר), אלא גם במידת השפעתו של ההליך הספציפי על מקרים דומים (בעבר, בהווה או בעתיד). ניתן לעצב מנגוני ביקורת המיועדים להתמודד עם מקרים רבים בצורה שגרתית, וניתן לעצב מנגוני ביקורת הפועלים באמצעות "מקרים לדוגמא" הנשענים, בדרך כלל, על כללים בדבר יצירת תקדימים מחייבים. כמו-כן, יש למקם את הליכי הביקורת השיפוטית בהקשר החברתי הרחב יותר. עיצוב מוסדי מסויים – למשל, יצירת בית משפט מתמחה, מיקומו במעלה היררכי מסויים, קביעת הליכי מינוי ליושבים בו וקביעת כללים החולשים על ההנמקה – כל אלה, ועוד, משפיעים על סוג המסר שאורגן זה מייצר. עיצוב מוסדי, אם כן, משתתף בתהליך קביעת המשמעות החברתית (או ליתר דיוק, אחת מהמשמעויות החברתיות) המוענקת לפסק הדין ולהתבטאויות שנאמרות – או למהלכים אחרים שמתבצעים – במהלך הדין.

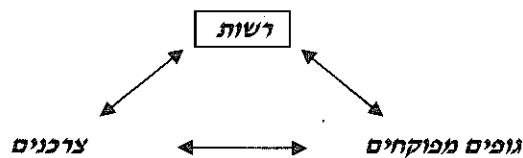
מכאן, בבואנו לבחור ולעצב מנגון לביקורת שיפוטית, עלינו לתת הדעת לכל הפחות למרכיבים שנמנו לעיל. אך זאת יש לדעת: עיצוב מוסד לביקורת שיפוטית איננו, לשיטתי, אך ורק עניין אינסטרומנטאלי, או מכשירני. על-פי הגישה האינסטרומנטלית למשפט, עלינו לבחור אידיאולוגיה אותה אנו רוצים להגשים, להעריך את המתרחש בעולם המציאות, ולהתאים אמצעים שיפעלו במציאות כך שתוגשם האידיאולוגיה. העובדה שאנו מעצבים כלים משפטיים היא משנית לחלוטין, או לכל הפחות יש לקחתה בחשבון רק לעניין האפקטיביות: האם יהיה אפקטיבי להשתמש בכלל משפטי כזה או אחר, או שמא בכלל תוך-משפטי כזה או אחר. לדעתי, גישה זו אינה מספקת, שכן היא מתעלמת ממגבלות פנימיות, המוטלות על המשפט כמשפט. המדובר, ככלות הכל, בבית משפט, הדין לפי כללים משפטיים, המהווים חלק ממערכת המשפט. עיצוב מוסדי הפוגע בהגיון הפנימי של המשפט לא רק שעלול להיות לא יעיל, אלא הוא לא לגיטימי בראיה משפטית, שכן הוא זר למשפט. לפיכך, אל לנו להסתנוור מהגישה המכשירנית למשפט; יש לתת את הדעת גם (לדעתי בעיקר) לגישה המתחרה, היא הגישה הפורמלית למשפט. הגישה זו מיוחדת בכך שהיא מקפידה על הלוגיקה הפנימית שבין האמצעים לתכליות. לוגיקה זו מייחדת את האמצעי שנבחר – ואת התכלית שלשמה נבחר – כאמצעים ותכליות משפטיים, בניגוד, למשל, לאמצעים ותכליות שנקטים בשדות חברתיים-פוליטיים אחרים.

הגישה הפורמאלית למשפט דורשת כי יעשה שימוש בצורות – Forms -- שהן ייחודיות למשפט. לא ניתן לבחור כל פרוצדורה, או צורה להעלאת טעון, אלא רק פרוצדורות שניתן להצדיקן כחלק ממערכת המשפט, דהיינו ככאלה שמקיימות קשר קוהרנטי עם מרכיבים אחרים של עולם המשפט. באותו אופן, על טענות משפטיות לשקף תיאוריית צדק מסוימת – צדק מתקן, חלוקתי, ואפשר שאף מאחה – בשדה משפט מסויים. וחשוב מכל – על המשפט לעשות שימוש עקבי במושגים שונים, מושגים המגדירים את העולם המשפטי עצמו. חוזה, קניין, כתב-תביעה, טענת הגנה, פיצויים – כל אלו, ואחרים, הינם מושגי יסוד המגדירים את עולם המשפט ככזה. עיצוב מוסדי, לפיכך חייב להתחשב בכך שאובייקט המעוצב הוא אורגן המבצע ביקורת שיפוטית, כחלק מעולם המשפט.

משמעדנו על קצה המזלג על מקצת התובנות התיאורטיות החולשות על סוגיית העיצוב המוסדי, נוכל לפנות לשאלה הקונקרטית שעומדת על הפרק: ביקורת שיפוטית על הרשות החדשה לתקשורת.

הרשות החדשה לתקשורת אמורה להתייצב בעמדה מוגדרת בשדה המשפט הציבורי. אמורה היא לפקח על הגופים העסקיים (המייצרים, מפיצים, משווקים ומוכרים מגוון שירותי תוכן). לה תיוחד סמכות ריבונית להפעיל כח משפטי על דרך של קביעת כללים ויישומם במקרים ספציפיים בשוק התקשורת. היא תחליף גופי פיקוח קיימים, ותשתרע על תחומים שכיום מצויים בכפל פיקוחי מסוים. באופן כללי ניתן לומר כי בבואה לפקח, אמורה היא לשמש כנאמן הציבור ביחס לגופים המפוקחים המוכרים שירותים לציבור.

מכל האמור לעיל עולה כי ניתן לשרטט לגבי רשות התקשורת את המשולש המנהלי המוכר מתחום הרגולציה:



הרשות כפופה לביקורת שיפוטית באמצעות עתירות של הצרכנים כנגד הרשות ביחס לאופן הפעלת סמכותה. אופן הפעלת הסמכות מבוקר גם באמצעות עתירות המוגשות על-ידי הגופים המפוקחים, המלינים, לא אחת, על אי מתן אישור כזה או אחר, התלייתו בתנאים או שימוש אחר בסמכותה הכופה של הרשות כלפי גוף מפוקח. על-פי המצב המשפטי הקיים כיום, ומבלי להיכנס ליוצאים מן הכלל, הן עתירות הצרכנים והן עתירות הגופים המפוקחים מוגשות לבית המשפט העליון בשבתו כבג"צ. שתיקתה של הצעת החוק בעניין זה מעידה כי אין כוונה לשנות את המצב הקיים. אין לשכוח, כמובן, גם את הכיוון ההפוך: בידי הרשות הסמכות להגיש תביעות כנגד צרכנים במידה ואלו יפרו כללים החלים על צרכנים וכן ביכולתה להגיש תביעות כנגד הגופים המפוקחים, ככל שאלו הפרו כללים המעוצבים באופן המקנה לרשות סמכות אכיפה בדרך של הגשת תביעה. תביעות אלו, ברוב המקרים, הינן תביעות כספיות, שתתבררנה בבתי משפט אזרחיים במסגרת סדר הדין האזרחי על גווניו. בתי משפט אזרחיים אלו יהיו גם הפורום לדיון בתביעות ישירות שבין הצרכן לגוף המפוקח או בין הגוף המפוקח לצרכן, על הפרת חוזה אספקת השירותים. עם זאת, במקרים שבהם הגופים המפוקחים הינם גופים דו-מהותיים, דהיינו גופים הפועלים גם במשפט הציבורי, ובמקרה שהטענה היא כי הגוף המפוקח הפר את כללי המשפט הציבורי, ניתן לעתור כנגד הגופים המפוקחים לבג"צ. בכך מאפשרת המערכת לציבור הצרכנים להשתתף בהליך גיבוש הדין ואכיפתו, וזאת מעבר לכתביבת מכתבים לנציגי תלונות למיניהם או להתארגנות פוליטית כזו או אחרת.

רואים אנו, אם כן, כי היכולת לבצע ביקורת שיפוטית כנגד הרשות איננה הכלי הבלעדי לוודא כי תכלית החוק מיושמת. ביקורת שיפוטית כנגד הגופים המפוקחים ואכיפה כנגד הצרכנים הינם מרכיבים חשובים אף הם. עם זאת, ביקורת שיפוטית כנגד הרשות היא כלי מרכזי לוודא כי הרשות מבצעת את תפקידה במסגרת החוק. המודל הקיים כיום, על-פיו העתירות כנגד הרשות מתבצעות במסלול הבג"צי נגיש לאזרח ככל שהדברים אמורים בסכום האגרה המשולם, והדיון בבג"צ בדרך כלל מתבצע במספר ישיבות בודד. אך מכיוון שהבג"צ יושב בירושלים, ומכיוון שהוא מצריך ידע משפטי מיוחד, ומכיוון שעבור דיון בבית המשפט העליון גובים עורכי הדין סכומים לא מבוטלים, אין זה עניין של מה בכך לפנות לבית המשפט העליון. כמו-כן, הליכי הדיון בבג"צ מעניקים למדינה יתרון בכל האמור לחזקת החוקיות, ומעניקים יתרון לעותר, תהיה זהותו אשר תהיה, כל אימת שמראה הוא כי נפגעה זכות מוכרת שלו או כי הופרה חובה משפטית (כלפיו, או כלפי ציבור מסוים, בהתאם לכללים החלים על זכות העמידה). זאת ועוד: כידוע, הדיון בבג"צ אינו מיועד ליישוב מחלוקות עובדתיות. בג"צ נשען על תצהירים, וחקירה נגדית נדירה ביותר.

מעבר למגבלות אלו של הדיון בבג"צ, יש להכיר במציאות ההולכת ונוצרת בתחום דיני הרגולציה בישראל. הרגולטור מוצא עצמו לא אחת בנחיתות מסוימת ביחס לגופים המפוקחים. ראשית, המדובר בנחיתות במידע; הגופים המפוקחים מכירים לא אחת את המאטריה המפוקחת טוב יותר מהרגולטור, וביכולתם אף להסתיר נתונים כאלה או אחרים, או לכל הפחות להעניק להם פרשנות משלהם. אך פערי המידע והידע אינם סוף פסוק. הגופים המפוקחים, בתחום התקשורת אך גם בתחומי תשתית אחרים, הינם לא אחת גופים חזקים ומקושרים פוליטית. ביכולתם להפעיל לחץ על הרגולטור. מוצאים אנו עצמנו, אם כן, לפני רגולטור מוחלש ביחס לגופים המפוקחים. אך פני הדברים מורכבים יותר. לא אחת, העדר המידע והתחושה כי הגשת עתירה מצד הגופים המפוקחים היא רק עניין של זמן, מובילה את הרגולטור למתווה פעולה דפנסיבי. זהו הרגולטור המתגונן. ככה, הרגולטור נהנה מיתרונות יחסיים, כי בית המשפט לא ימהר להכריח אותו לפעול בתחום מסוים, וודאי אם ביכולתו של הרגולטור להטיל מורא גם בליבו של בית המשפט ביחס להשלכותיה האפשריות של פעולה פזיזה.

הדברים מגיעים לכדי קונפליקט של ממש כאשר לרגולטור יש אינטרס ישיר, בין כלכלי ובין אחר, באופן מתן שירות כזה או אחר על-ידי הגוף המפוקח. בעלותה של המדינה בחברת בזק, למשל, הינה דוגמה בולטת. מצב עניינים זה מציב את הרגולטור בסיטואציה לא פשוטה. אמנם לא ניתן בהכרח לדבר כאן על "רגולציה שבויה", בה התעשייה המפוקחת דואגת למלא באנשיה שלה את הרשות (או להעניק לרגולטורים תמריצים אישיים בדמות משרות מכניסות עם עזיבתם את המדינה), אך עדיין, המצב רחוק מלדמות רגולטור הנהנה מיתרון מקצועיות בולט, מראייה כוללת ונטולת לחצים, וממצפן ברור – טובת הציבור בכללותו. אין להבין את דברי כאילו באתי להטיל דופי בגופים הרגולטוריים הקיימים כיום בשדה שירותי התקשורת, אלא רק להציג את הקשיים בפניהם הם ניצבים. קשיים אלו, כך נראה, לא צפויים להעלם לחלוטין עם הקמת הרשות החדשה, ולפיכך על עיצוב מנגנוני הביקורת השיפוטית על הרשות לקחתם בחשבון.

כפי שעולה מן המשולש ששורטט לעיל, המבנה המוסדי באמצעותו מתבצעת הביקורת השיפוטית, אינו מבחין בין עתירה המוגשת מטעם הצרכנים לבין עתירה המוגשת מטעם הגופים המפוקחים. שתיהן מוגשות לבג"צ ונבחנות על-פי אותם כללים. גם מבחינה עובדתית לא ברור היכן הקו בין עתירה צרכנית ובין עתירה מטעם הגופים המפוקחים עובר, שכן אין לשלול מצבים בהם מתחרים שונים עושים שימוש בטענות צרכניות, ואף בעותרים צרכניים שנאותו להגיש עתירה, והכל כחלק ממאבק מסחרי. עם זאת, בהנחה שאכן קיימות עתירות צרכניות מובהקות – למשל, כנגד גובה תשלום אגרה, או כנגד טיב שירות מסוים הניתן (או שאינו ניתן, וזאת בניגוד לדיון) – מוצא עצמו הצרכן הישראלי בבעיה. אם יעתור כנגד הגוף המפוקח עצמו, על מנת לקבל שירות כדיון, צפוי הוא להיתקל בטענת הגנה העושה שימוש ברשות: "אנחנו פועלים בהתאם לכללים שנקבעו על-ידי הרשות ובפיקוחה". אם ננסה לטעון כנגד בזק כי תעריף מסוים מופקע, או אם נעתור כנגד חברות הסלולר לעניין התשלום הנגבה בגין הודעות טקסט, או בגין שיחה לרשת אחרת, אנו צפויים לשמוע שהעניין נקבע על-ידי הרגולטור, ולכן עלינו להפנות טענותינו אליו. מובן שתיאור דברים זה נכון רק בחלקו. כפי שתואר זה עתה, הרגולטור התיר לתעשייה לספק שירות כזה או אחר במחיר מסוים על בסיס עמדה ברורה מאד – שלא לומר לחץ – של הגופים המפוקחים. אם ננסה לעתור כנגד הרגולטור על כך שהתיר לחברות לספק שירות ברמה מסוימת (ולא ברמה גבוהה יותר) או במחיר מסוים (ולא במחיר נמוך יותר) או כי אינו עושה די על מנת לפקח על המפוקחים, צפויים אנו להתקל בתשובות שניתן לקבצן לכדי "דיני הגרדרובה": "אל לו לבית המשפט להכנס לנעלי הרשות", או "הרשות פעלה כאן בכובעה כרגולטור, ולא בכובעה כבעלים", וכולי. כפי שצויין לעיל, מוסד הביקורת השיפוטית בישראל מעוצב כך שהרשות נהנית מחוקת חוקיות, ובית המשפט לא מחליף את שיקול דעתה המקצועי בשיקול דעתו. אלא שכפי שזה עתה צוין, שיקול דעתה המקצועי של הרשות איננו בהכרח שיקול דעתה שלה, ועל כל פנים, המידע המלא על ההשכלות השונות שבסיס קביעה כזו או אחרת נמצא לא פעם בידי הגופים המפוקחים, ולא הרשות. בג"צ אינו בנוי להשיג מידע זה משום שכאמור אינו מקיים הליך הוכחת עובדות.

ניתן להדגים קושי זה באמצעות מבט לתעשייה שכנה – היא תעשיית הבנקאות. עתירה כנגד גובה העמלות תדחה על-ידי הבנקים, שיאמרו כי כל העמלות שלהן מאושרות על-ידי המדינה. עתירה כנגד המפקח על הבנקים או הממונה על ההגבלים העסקיים תדחה על-ידי אלו בטענה שבית המשפט לא מחליף את רשויות הפיקוח. חוזקם היחסי של הבנקים ומנגנונים שונים בהם הם עושים שימוש מגבילים את יכולת הפיקוח האפקטיבית של הרגולטור. והנה, נמצאים הצרכנים במצב בו מנגנון הביקורת השיפוטית אינו מעניק להם סעד ריאלי ברמה מספקת. כלפי הצרכן, עוצמת המדינה משתלבת עם עוצמת הגוף המפוקח. עלינו, אם כן, לחשוב על פתרון חלופי.

פתרון אחד שכזה הוא בדמות העברת הדיון בעתירות כנגד הרשות החדשה מבית המשפט העליון לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. היתרון היחסי של האחרון הוא ביכולתו להכנס לעובי הקורה העובדתית, ככל שקיים צורך שכזה. יוכל הוא לבחון האם אמנם עמדת הגופים המפוקחים מוצדקת לגופה, ולא רק להיעזר בחוקות עובדתיות המייחסות למומחי המדינה עדיפות אוטומטית. יתרון נוסף הוא בנגישותו הפיזית: אין צורך לכתת רגליים לירושלים הברירה. עם זאת, נכון לכתובת שורות אלו הדיונים בבתי המשפט לעניינים מנהליים מתארכים, וקיומה של אפשרות הערעור לבית המשפט העליון משמעותו לא אחת כי בידי הצדדים היכולת לעשות שימוש בכלים דיוניים על מנת להאריך את הדיון כך שהאפקטיביות של הסעד המתבקש נפגעת. במילים אחרות – ניתן לעשות שימוש לרעה בהליכי ההתדיינות, ואף שימוש בתום לב לעיתים מסורבל.

פתרון אחר הוא הקמת בית דין לענייני תקשורת, במכונת בית הדין להגבלים עסקיים. רבות דובר בכך שמבנה הרשות החדשה דומה למבנה הרשות להגבלים עסקיים. אם כך הדבר, יש להרחיב את העדשה ולבחון גם את מנגנוני הביקורת על הרשות להגבלים עסקיים – ובמיוחד את בית הדין להגבלים עסקיים. באופן כללי מספק בית דין זה מענה לבעיית המקצועיות והבנת החומר. בתי דין מקצועיים מצוידים בכלים המאפשרים להם להגיע להחלטות תוך הערכה טובה של משמעות ההחלטה הן בעולם המעשה והן בעולם התיאוריה. הן התעשייה והן הרשות יכולים לצפות, ברמה טובה של ודאות, את עמדתו של בית הדין, על-ידי קריאת פסקי דינו העדכניים. אם אמנם תחום התקשורת הוא תחום הדורש מקצועיות מיוחדת, הקמת בית דין שכזה תפתור בעיה זו, ותצמצם את יכולת הגופים המפוקחים, הרשות או הצרכנים להסתמך על טענות עובדתיות או משפטיות שאין בהן ממש.

אפשרות אחרת היא לשקול הקמת בית דין כללי לענייני צרכנות. בבית דין זה יידונו כל התביעות הצרכניות בישראל, ובכללן תביעות בתחום התשתית והתקשורת. אין בהכרח הכוונה להקים מוסד עצמאי, אלא ניתן לייחד הליכים, כפי שייחודו ההליכים בבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים או בבית משפט השלום בשבתו כבית משפט לעניינים מקומיים. אמנם, הקמת מנגנון שכזה היא יקרה ויש למצוא לה מימון, אך דומה כי תועלת רבה טמונה בפיתוח העתירה הצרכנית בישראל. הפרדת העתירה הצרכנית מעתירתם של הגופים המפוקחים תאפשר גם פיתוח כללים מהותיים – כללי דין – שיתאימו (הן פורמאלית והן אינסטרומנטאלית) לסוגי התביעות השונות. כך יוכל בתי המשפט השונים להבחין בין הפגיעה בחופש העיסוק ובזכות הקניין של הגופים המפוקחים ובין הפגיעות בזכויות הצרכניות השונות, ובהן הזכות לקניין; כך יוכלו הם לפתח דיון אמיתי בחופש הביטוי של המשדר ובחופש הביטוי של הציבור, תחת זכות הציבור להשתתף ולדעת. בבבואנו לעצב הליכים שכאלה, ניטיב לעשות אם נשקול גם את המרכיבים שפורטו לעיל, בדבר נגישות, משך זמן הדיון, שדה הפעולה הנתון לביקורת, עמדות המוצא וסוגי המהלכים, נקודות היציאה והמסר, או המשמעות, המשויכת להכרעות בית המשפט בשבתו כבית דין לעניינים צרכניים.

תהא הדרך בה נבחר אשר תהא, טוב יהיה לו לא נוניח את שאלת הביקורת השיפוטית על רשות התקשורת החדשה. הצעת החוק כפי שהיא כיום, שותקת מקום בו ראוי היה להתבטא.