



בבית המשפט העליון

דנג"ץ 1525/15

לפני : כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג

העותר : ח"כ ד"ר אחמד טיבי

נגד

המשיבים : 1. מפלגת ישראל ביתנו
2. ח"כ אביגדור ליברמן
3. יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית
4. היועץ המשפטי לממשלה

דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון מיום
25.2.2016 ב-בג"ץ 979/15 שניתן על ידי הנשיאה מ' נאור
והשופטים א' חיות ו-נ' סולברג

תאריך הישיבה : י"ט באדר ב התשע"ו (29.3.2016)

בשם העותר : עו"ד עאמר יאסין

בשם המשיבים 1-2 : עו"ד יואב מני

בשם המשיב 3 : עו"ד דין ליבנה

בשם המשיב 4 : עו"ד דנה בריסקמן ; עו"ד נועם מולה

פסק-דין

הנשיאה מ' נאור:

1. בלבו של הדיון הנוסף שלפנינו ניצבת חלוקת עותקים מהשבועון הצרפתי "Charlie Hebdo" כחלק מפעילות התעמולה של המשיבים 1-2 בבחירות לכנסת העשרים. חלוקת עותקים אלה עוררה את השאלות הבאות, המונחות עתה לפתחנו: האם חלוקת השבועון היא בגדר מתנה אסורה לפי סעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: חוק התעמולה); ומהו היקף סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת למתן צווי מניעה.

העובדות בקליפת אגוז

2. ביום 7.1.2015 פרצו שני מחבלים חמושים למערכת השבועון הסאטירי "שרלי הבדו" בפריז, ורצחו 12 בני אדם. זאת, ככל הנראה, על רקע קריקטורות שפורסמו בשבועון ואשר לעגו, בין היתר, לנביא מוחמד. בעקבות הפיגוע פרסם השבועון גיליון מיוחד שבאיוור השער שלו נראה הנביא מוחמד, דומע, מחזיק שלט "Je Suis Charlie" ("אני שרלי") – מהסוג שהחזיקו ההמונים במחאתם לאחר הפיגוע כנגד השתקת חופש הביטוי באמצעים אלימים – ומעליו הכיתוב "Tout est pardonne" ("הכל נסלח").

3. במסגרת מסע הבחירות לכנסת העשרים, ביקשו המשיבים 1-2 (להלן: המשיבים) להפיץ בחינם את הגיליון המיוחד של השבועון בתוך כריכת כרומו עם סמל המפלגה, אשר עליה הכיתוב "אחמד טיבי לא רוצה שתראו את זה. אחמד טיבי גם לא מכיר בישראל כמדינה יהודית. אנחנו כן. ניירות לא הורגים, טרור כן" וכן הסברים בכתב קטן יותר בנוגע לגיליון המיוחד של השבועון (להלן: השבועון). זאת, בין השאר, על רקע החלטתה של אחת מרשתות חנויות הספרים להימנע ממכירת השבועון בחנויותיה כדי להימנע מפגיעה ברגשות הציבור המוסלמי. באותו מועד עמד שוויו של השבועון בישראל על סך של כ-37 ש"ח (ברכישה אינטרנטית).

4. לאחר שהמשיבים הודיעו ברבים על כוונתם לחלק את השבועון, הגיש העותר עתירה למשיב 3, יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים (להלן: יו"ד ועדת הבחירות) להוצאת צו מניעה לפי סעיף 17ב לחוק התעמולה כנגד הפצת השבועון. זאת, בטענה שמדובר במתנה אסורה לפי חוק התעמולה ובטענה שיש בהפצת השבועון משום פגיעה ברגשותיהם של מוסלמים מאמינים וניסיון לבזות סמלי דת.

5. ביום 4.2.2015 התקיים דיון על-פה בפני יו"ר ועדת הבחירות, ולאחריו החליט כי הפצת השבועון בחינם מהווה הפרה של האיסור על תעמולה הקשורה במתנות, הקבוע בסעיף 8 לחוק התעמולה. זאת, משני טעמים עיקריים: ראשית, תכליתו של סעיף 8 לחוק התעמולה – שמירה על טוהר הבחירות – מחייבת גישה מחמירה לפיה תינתן למונח "מתנה" פרשנות מרחיבה ביותר, כך שכל חפץ בעל ערך כספי, ולו פעוט, הנמסר בחינם ייחשב כמתנה; כמו כן, מצא יו"ר ועדת הבחירות כי הקביעה האם חפץ מסוים עונה להגדרת "מתנה" צריכה להיעשות בהתאם לתפיסתו של הבוחר הסביר – כיוון שהבוחר הסביר יראה בשבועון מתנה, יש לסווגו ככזו. לפיכך, ניתן צו מניעה האוסר על העותרים להפיץ בחינם את השבועון. לנוכח החלטה זו, לא ראה יו"ר ועדת הבחירות צורך להכריע בשאלה השנייה שהעלה העותר, דהיינו האם יש לו סמכות לאסור על חלוקת השבועון בשל הפגיעה הנטענת ברגשות דתיים. כנגד החלטה זו עתרו המשיבים לבית משפט זה.

פסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף

6. בפסק הדין הוסכם פה אחד כי סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות ליתן צו מניעה מוגבלת למניעת עבירה על אחד מהחיקוקים המנויים בסעיף 17ב(א) לחוק התעמולה. לפיכך, יו"ר ועדת הבחירות אינו מוסמך ליתן צו למניעת חלוקת השבועון בשל הפגיעה הנטענת ברגשות דתיים. עם זאת, הדעות נחלקו בשאלה האם חלוקת השבועון היא בגדר מתנה אסורה לפי סעיף 8 לחוק התעמולה.

7. השופט נ' סולברג קבע כי אין לסווג את חלוקת השבועון כמתנה ואין למנוע את חלוקתו. לגישתו, במקרה בו החפץ העומד לחלוקה הוא חלק בלתי נפרד מן המסר התעמולתי – להבדיל מטובת הנאה חומרית מובהקת גרידא – אין לסווגו כמתנה אסורה. רק חפץ שלגביו קיימת "ודאות קרובה, ולמצער אפשרות סבירה או ממשית" (פסקה 46 לפסק דינו) לפגיעה קשה בטוהר הבחירות או בשוויון בין המפלגות, או להשפעה בלתי הוגנת על הבוחר, יבוא בגדר מתנה אסורה לפי סעיף 8 לחוק התעמולה, שאם לא כן יפגע חופש הביטוי הפוליטי במידה העולה על הנדרש. ודאות זו, כך קבע, אינה מתקיימת בעניין השבועון, אשר איננו טובת הנאה, אלא מסר המכוון אל הבוחר.

8. לתוצאה זו הצטרפה השופטת א' חיות, אך הנמקתה הייתה שונה. לגישתה, איזון ראוי בין חופש הביטוי הפוליטי לבין טוהר הבחירות מחייב את דחייתה של

פרשנות מחמירה למונח מתנה ואת אימוצו של מבחן התכלית הדומיננטית העומדת ביסוד החלטתו של המעניק להעניק את החפץ לציבור. מקום שהתכלית הדומיננטית הייתה להשפיע על רצונו החופשי של הבוחר ייחשב החפץ כמתנה אסורה, אולם מקום שרצונו של המעניק היה להשפיע על הבוחר באמצעות מסר הכרוך בעצם ההענקה – מדובר בתעמולה מותרת. התכלית הדומיננטית בחלוקת השבועון, כך קבעה, הייתה בהעברת המסר הטמון בעצם החלוקה, ועל כן אין מדובר במתנה אסורה.

9. דעתי, שנותרה במיעוט, הייתה שונה. ראיתי לנכון להותיר את החלטת יו"ר ועדת הבחירות על כנה בנוגע לחלוקת השבועון כולו, אך לקבוע כי חלוקת העמודים הראשון והאחרון, בתוך כריכת הכרומו עם המסרים התעמולתיים של המשיבים, אינה משום מתנה אסורה. באופן זה, יועבר המסר התעמולתי בלא שתינתן מתנה אסורה. לגישתי, לא היה מקום לאמץ מבחן המטה את הכף באופן כמעט מוחלט לטובת חופש הביטוי, וזאת בהתחשב בערכים הנוספים המונחים ביסוד חוק התעמולה, ובראשם טוהר הבחירות והשוויון בין המפלגות. בפרשנות המונח "מתנה" נדרשת התייחסות לערכו הסובייקטיבי של החפץ בעיני הבוחר (להבדיל מערכו בעיני המעניק), ולא לשוויו האובייקטיבי. בגישה זו נקטו לאורך השנים יושבי-ראש ועדת הבחירות בהחלטותיהם, שאסרו על חלוקת מתנות אף אם היו בעלות ערך כלכלי זניח. אף לא מצאתי כי היה מקום להבחנה בין מתנה שהיא נלווית לתעמולה לבין מתנה הכרוכה בה, שכן גם מסר מילולי עשוי להיות מתנה. דעתי הייתה, אפוא, כי השבועון הוא בגדר מתנה, האסורה לפי סעיף 8 לחוק התעמולה. עם זאת, כאמור, לדעתי ניתן היה לנטרל את "אפקט המתנה" הבעייתי על ידי הוצאת תוכנו של השבועון וחלוקת העמודים הראשון והאחרון בלבד. בעמודים אלה היה מצוי ליבו של המסר שהתבקש להעביר, ללא הערך הכלכלי הגלום בשבועון כולו.

10. אשר על כן, בפסק הדין נקבע (ברוב דעות השופטים נ' סולברג ו-א' חיות, כנגד דעתי החולקת), כי יש לעשות את הצו על תנאי שהוצא להחלטי, כך שיתאפשר למשיבים לחלק את השבועון. העותר לא השלים עם תוצאה זו והגיש בקשה לדיון נוסף. בד בבד, הגיש בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין. ביום 4.3.2015 הורה השופט א' רובינשטיין על דיון נוסף בשאלות האם חלוקת השבועון היא בגדר מתנה אסורה; ומהו היקף סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות במתן צווי מניעה. בהחלטתו זו, דחה את בקשתו של העותר לעיכוב ביצוע פסק הדין.

11. הצדדים הציגו בפנינו שתי עמדות שונות בשאלות שבמחלוקת. בסוגיית איסור המתנות, הייתה עמדתם של העותר ושל יו"ר ועדת הבחירות כי חלוקת השבועון היא בגדר מתנה אסורה, לפי סעיף 8 לחוק התעמולה. לגישתם, המבחנים שהציעה דעת הרוב בפסק הדין פוגעים יתר על המידה בתכליות הנוספות המונחות ביסוד חוק התעמולה, ובראשן טוהר הבחירות והשוויון בין המפלגות. המבחן שהציע יו"ר ועדת הבחירות לפירוש האיסור על מתנות היה מבחן התכלית הדומיננטית מנקודת ראותו של מקבל המתנה (להבדיל מנקודת ראותו של המעניק). זאת, מתוך פרשנות שהיא הרמונית עם איסורים דומים בחוק התעמולה, כגון האיסור על שיתוף ילדים בתעמולה והאיסור על שימוש בנכסי ציבור במסגרתה. המרכיב הדומיננטי בחלוקת השבועון, כך נטען, הוא מרכיב המתנה, ולכן אין לראות בה מסר תעמולתי כי אם מתנה אסורה.

מנגד, עמדת המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה הייתה כי חלוקת השבועון אינה בגדר מתנה אסורה, כהגדרתה בסעיף 8 לחוק התעמולה. לשיטת היועץ המשפטי לממשלה, המבחן הראוי לפרשנות איסור זה הוא מבחן ערכו הכלכלי של החפץ. אין איסור על חלוקת חפצים אשר אין להם ערך כלכלי בפני עצמם (ראו: "טוהר הבחירות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1910 (2003)), אולם בנסיבות בהן החפץ עצמו מהווה את תעמולת הבחירות – כך שחלוקתו מאפשרת את הגשמת חופש הביטוי הפוליטי – אין לראות בו מתנה חרף ערכו הכלכלי. בגישה זו צידדו גם המשיבים. על כן, בשל המסר התעמולתי הטמון בעצם חלוקת השבועון אין לראותו כמתנה, כך הטענה, על אף הערך הכלכלי הגלום בו.

12. לעניין סמכותו ליתן צווי מניעה, הייתה עמדתו של יו"ר ועדת הבחירות כי סמכות זו מתפרשת גם על עבירה על חיקוק שאינו מהחיקוקים המנויים בסעיף 17ב(א) לחוק התעמולה. זאת, בהסתמך על פסיקתו של בית משפט זה, שקבעה כי בסמכותו של יו"ר ועדת הבחירות לפסול תוכן של תשדירי תעמולה ברדיו, חרף העדרה של הסמכה מפורשת לכך בחוק התעמולה (בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003) (להלן: עניין חרות)), ועל אימוצה בהמשך על ידי יו"ר ועדת הבחירות בעניין תעמולה בשלטי חוצות וברשת האינטרנט. לטענתו, בכך תוגשם כוונתו של המחוקק ליתן בידי יו"ר ועדת הבחירות את כלל הסמכויות המנהליות והשיפוטיות להכריע בעניין דיני תעמולה. בגישה זו צידד גם העותר, שסבר ששלילת סמכות זו מיו"ר ועדת הבחירות משמעה כי לא תהיה כל מניעה לפרסום סודות מדינה, הסתה לאלימות או פרסומים פורנוגרפיים על ידי מפלגות במסגרת תעמולתן.

מנגד, סברו המשיבים והיועץ המשפטי לממשלה כי הסמכות מוגבלת לצווי המניעה המנויים בסעיף 17(א) לחוק התעמולה. זאת, לנוכח לשון הוראת החוק, המונה רשימה סגורה של חיקוקים אשר בגין הפרתם מוסמך יו"ר ועדת הבחירות לתת צו מניעה.

דיון והכרעה

13. שתי שאלות מונחות, כאמור, לפתחנו: מהו המבחן על פיו יש לקבוע האם הענקת חפץ מסוים היא בגדר מתנה אסורה לפי סעיף 8 לחוק התעמולה, והאם לפי מבחן זה באה חלוקת השבועון בגדר מתנה אסורה, אם לאו; ומהו היקף סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת למתן צווי מניעה. אדון בשאלות אלה כסדרן.

מתנה אסורה

14. מהי הפרשנות הראויה שיש להעניק למונח "מתנה" בגדרי סעיף 8 לחוק התעמולה? מהו המבחן שעל פיו תוגדר הענקה מסוימת כמתנה? המענה לשאלות אלה טמון באיזון בין התכליות השונות המונחות ביסודו של חוק התעמולה.

15. חוק התעמולה אינו מגדיר את הדיבור "מתנה", אך האיסור עליה נקבע בלשון זו:

8. לא תהא תעמולת בחירות מלווה תכניות בידור, לרבות הופעות של אמנים, נגינה, זמרה, הצגת סרטים ונשיאת לפידים; לא תהא תעמולת בחירות קשורה במתן מתנות, ופרט למסיבות בבתים פרטיים לא תהא קשורה בהגשת מאכלים או משקאות משכרים [...].

איסור של
תכניות
וכיבודים

אם כן, אחת המגבלות שמטיל חוק התעמולה על דרכי התעמולה היא האיסור על תעמולת בחירות הקשורה במתן מתנות. ביסוד המגבלות על דרכי התעמולה בחוק ניצבות שלוש תכליות עיקריות: הבטחת חופש הבחירה וטוהר הבחירות; הבטחת

שוויון בין המפלגות בניסיון להגיע אל הבוחר; והגבלת הוצאותיהן של המפלגות (ראו: בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, 705-706 (1992) (להלן: עניין זוילי)). בצד תכליות אלה עומדת גם התכלית האובייקטיבית של החוק בדבר הבטחת עקרונות היסוד של שיטת המשפט (ראו: אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 418-419 (2003) (להלן: ברק)). לענייננו חשובות, בעיקר, הזכויות החוקתיות לחופש הביטוי ולשוויון, כמו גם הזכות לבחור ולהיבחר. נמצא, אם כן, שהתכליות השונות המונחות ביסוד חוק התעמולה מתנגשות זו בזו. בלשונו של השופט א' ברק:

"הרצון להבטיח את חופש הביטוי מוביל לצמצום האיסור על תעמולת בחירות ואף לשלילתו [...] לעומת זאת, הרצון להבטיח שוויון בין המפלגות מוביל להרחבת האיסור על תעמולת הבחירות [...]. הוא הדין ברצון למנוע 'השפעה בלתי הוגנת' על הבוחר. הבטחת רצון זה – שעמד לנגד עיני המחוקק ההיסטורי – מובילה גם היא להרחבת האיסור על תעמולת הבחירות" (עניין זוילי, בעמוד 708).

פתרונה של התנגשות זו הוא באיזון בין התכליות השונות – חופש הביטוי והזכות לבחור ולהיבחר מזה, וטוהר הבחירות והשוויון בין המפלגות מזה.

16. הצדדים שלפנינו הציעו מבחנים שונים להגדרת "מתנה", המאזנים בין תכליות אלה. כל אחד טען כי גישתו, והיא בלבד, מייצגת את האיזון הראוי. עמדתי שונה. כפי שצינתי בפסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף, איני סבורה כי יש לאמץ מבחן המטה את הכף באופן כמעט מוחלט לכיוון חופש הביטוי על פני הערכים הנוספים המונחים ביסוד חוק התעמולה. זו, לדעתי, תוצאתו של מבחן "הוודאות הקרובה ולמצער אפשרות סבירה או ממשית", שהציע חברי השופט נ' סולברג בפסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף. מבחן זה אינו מתיישב, לדעתי, עם לשון החוק, וממילא לא עם תכליותיו. איני חולקת כמובן על מעמדו וחשיבותו של חופש הביטוי, ובפרט של חופש הביטוי הפוליטי, אולם הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת, כי אם זכות יחסית. ניתן להגבילה, באופן מידתי, לשם הגשמת תכליות נוספות. מתן משקל כמעט מוחלט לחופש הביטוי בפרשנות חוק התעמולה, מתעלם לדידי מחשיבותן של התכליות האחרות המונחות ביסודו, ואף עלול לרוקן מתוכן את האיסור המעוגן בסעיף 8 לחוק.

17. אף אין בידי לקבל את המבחן שהציע היועץ המשפטי לממשלה, המבחין בין מתנה שהיא נלווית לתעמולה לבין מתנה הכרוכה בה ואינה ניתנת להפרדה ממנה.

לשיטתו, כזכור, אין להתיר חלוקת חפץ אשר יש לו ערך כלכלי כשלעצמו, זולת אם תעמולת הבחירות כרוכה בחפץ עצמו ובחלוקתו. כפי שהסברתי בפסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף, גם מסר מילולי עשוי להיות מתנה:

”טלו לדוגמא מפלגה המעוניינת לחלק חינם לציבור הבוחרים את הקפיטל מאת קרל מרקס, או מפלגה אחרת המבקשת לחלק חינם את ספרו של מנחם בגין, המרד – וכי אפשר לומר כי אלה אינן מתנות?” (פסקה 6 לפסק דיני).

זאת ועוד: מדובר במבחן מורכב ורב-שלבי שאינו עולה בקנה אחד עם התנאים ועם סד הזמנים הדוחק שבהם נדרש יו”ר ועדת הבחירות לקבל את החלטותיו. דומני כי בבהילות שבה נדרש יו”ר ועדת הבחירות להחליט אם חפץ מסוים הוא מתנה, אם לאו, קשה לצפות כי יוכל לרדת לסוף דעתו ולעמקי הכרתו של המעניק. ממילא יש לתת את הדעת לכך שרצוי לאמץ מבחן שהוא ברור ופשוט ליישום גם מבחינת המועמדים, מלכתחילה ובטרם הגיעה סוגיה מסוימת לפתחו של יו”ר ועדת הבחירות.

18. דעתי היא כי על המבחן לפיו ייבחן האם חפץ שהועבר הוא בבחינת “מתנה”, כפירושה בחוק התעמולה, להיות מחד קל ופשוט להפעלה, ומאידך לאזן באופן הולם בין תכליותיו השונות של החוק. כפי שציינתי בפסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף, בדומה לגישה שנקטה בהחלטות יושבי ראש ועדת הבחירות לאורך השנים, נדרשת, לשיטתי, התייחסות לערכו הסובייקטיבי של החפץ בעיני הבוחר (להבדיל מערכו בעיני המעניק), ולא לשוויו האובייקטיבי. אם להטעים את דברי בנוסחת “מבחן מוצע”, הרי שכוונתי לתכלית הדומיננטית מנקודת מבטו של הבוחר. מבין הגישות השונות שהוצגו לפנינו, הרי שגישתי קרובה למבחן אותו הציע יו”ר ועדת הבחירות. כפי שציננה השופטת א’ חיות בפסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף, מבחן התכלית הדומיננטית הוכר בפסיקה בהקשרים אחרים (ראו: פסקה 4 לפסק דינה). עם זאת, ובשונה מעמדתה, ראוי לדעתי לבחון מנקודת מבטו של הבוחר, ולא מנקודת מבטו של המעניק – יש לבחון מהי התכלית הדומיננטית של הענקת החפץ בעיני הבוחר הסביר. כלומר, השאלה היא האם מבחינת הבוחר הסביר נועד החפץ בעיקרו לשמש כמדיום לקליטת המסר התעמולתי, או שמא משרת הוא בעיקר תכלית אחרת.

19. מבחן זה הוא, לטעמי, פשוט ליישום ומאזן בצורה ראויה בין כלל תכליותיו של חוק התעמולה, מבלי לתת עדיפות מוחלטת לתכלית אחת על פני רעותה. מבחן התכלית הדומיננטית הוא מבחן נפוץ, כאמור, בהקשרים רבים. כך, בפרט, ביחס

לאיסור אחרים המעוגנים בחוק התעמולה (ראו, למשל: עניין זווילי, בעמוד 709). בנוסף, קל ליישמו, הן מלכתחילה הן בדיעבד, אף בשים לב לנסיבות בהן נדרשת הפעלתו, כפי שציינתי לעיל. כמו כן, לפי המבחן המוצע, אין צורך לבחון האם המסר כרוך בחפץ המועבר או ניתן להפרדה ממנו, אלא מהי תכליתו הדומיננטית. אף אין נפקות לשוויו האובייקטיבי של החפץ המוענק. די בכך שהחפץ הוא בעל שווי בעיני הבוחר. דומה אמנם כי ככל ששוויו האובייקטיבי של החפץ גבוה יותר, סביר יהיה להניח כי הבוחר הסביר רואה בו בעיקר מתנה (כדוגמת הספר, שהובאה לעיל), אך גם אם שוויו האובייקטיבי נמוך עדיין ייתכן כי מדובר במתנה.

20. המבחן המוצע עולה, כאמור, בקנה אחד עם הגישה שאומצה לאורך השנים בהחלטות יושבי ראש ועדת הבחירות, לפיה כל חפץ בעל שווי מבחינת הבוחר המועבר לידי הבוחר הוא בגדר מתנה (ראו: תב"כ 12/20 כהן נ' מפלגת הבית היהודי (4.2.2015) (בעניין ערכת פירות יבשים ששוויה כשני ש"ח); תר"ם 122/03 אסולין נ' דאם (21.10.2003) (בעניין צנצנות דבש); תב"כ 38/14 כהן נ' תנועת "זו ארצנו" (26.5.1996) (בעניין דפי תעמולה דמויי שטר כסף המקנים זכות להשתתף בהגרלה נושאת פרס כספי); בטרם עוגן האיסור על חלוקת קמיעות בחוק (סעיף 122(6) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969), שורה ארוכה של החלטות בנושא קמיעות, סיווגה כמתנה חפץ ששוויו האובייקטיבי זניח – ואף אפסי – וזאת בשל שוויו הסובייקטיבי בעיני הבוחר, ראו, למשל: תב"כ 37/19 קוליאן נ' רשימת ש"ס (17.1.2013); תב"כ 7/17 פורז נ' ש"ס (2.3.2006); תב"כ 4/16 פינס נ' תנועת "אהבת ישראל" (15.12.2002); תר"ם 153/98 ערער נ' רשימת ש"ס בבחירות למועצת עיריית נתניה, פ"ד נב(4) 660 (1998); תר"ם 94/98 סיעת "ירושלים עכשיו" נ' מפלגת ש"ס, פ"ד נב(4) 654 (1998) (להלן: עניין "ירושלים עכשיו"). ברוח זו נקבע:

"גלויה מצוירת, או כובע נייר, כשרים כאמצעי תעמולה, לא בשל שוויים הכספי הקטן, אלא בשל היותם אמצעים סבירים להעברתו של מסר כתוב, ובאשר אין בהם כדי לשמש את המקבל לתכלית אחרת כלשהי זולת קליטתו של המסר התעמולתי המודפס על גביהם. ואילו בקבוקון השמן – גם אם שוויו הכספי אינו גדול, ואפילו הוא קטן ביחס לשוויים של הגלויה המצוירת או של כובע הנייר – אינו כשר, מאחר שגם אם ישתמש בו כאמצעי להעברת מסר מילולי תעמולתי יש בו כדי לשמש את המקבל גם לתכלית אחרת זולת קליטתו של המסר התעמולתי" (עניין "ירושלים עכשיו", בעמוד 659) (ההדגשה הוספה – מ.נ.).

21. מסקנתי לגבי חלוקת השבועון לא השתנתה, אפוא, ואני סבורה כי מדובר במתנה אסורה. מוכנה אני להניח כי כוונתם של המשיבים בחלוקת השבועון לא הייתה להטות את לב הבוחר בטובת הנאה, אלא להעביר מסר תעמולתי. דא עקא, לא כך הוא נתפס, לדעתי, בעיני הבוחר הסביר. זאת בהתחשב בכך שלשבועון יש ערך פונקציונלי בפני עצמו (להבדיל מכפתור או כובע עם שם המפלגה, למשל) – יש לו תכלית אחרת זולת המסר התעמולתי, שאותה נועד מטבעו למלא. בנוסף, שוויו האובייקטיבי של השבועון אינו זניח, ועמד, כזכור, על כ-37 ש"ח בעת שחולק. בנסיבות אלה, דעתי היא כי יש לסווג את השבועון כמתנה, ולפיכך חלוקתו אסורה לפי חוק התעמולה. את "אפקט המתנה" של השבועון ניתן היה אמנם לנטרל בנסיבות המקרה שלפנינו, אך איני רואה מקום לשוב ולהרחיב בעניין זה בחלוף הזמן.

סמכות יו"ר ועדת הבחירות ליתן צו מניעה

22. סוגיה נוספת, הטעונה הכרעה בענייננו, היא סוגית היקף סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות ליתן צווי מניעה. גם בסוגיה זו, דעתי היא כי, כפי שנקבע בפסק הדין, סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות מוגבלת למתן צו למניעת עבירה על אחד מהחיקוקים המנויים בסעיף 17(א) לחוק התעמולה. אנמק.

23. סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות ליתן צו מניעה מעוגנת בזו הלשון:

צו מניעה
 17. (א) יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת רשאי, לאחר שנתן לנוגע בדבר הזדמנות להביא טענותיו לפניו, ליתן צו המונע ביצוע מעשה עבירה לפי חוק זה, לפי פרק י"א לחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, לפי פרק ט' לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965, או המשכתו [...].

חוק התעמולה מונה, אפוא, שורה של חיקוקים שבגין הפרתם מוסמך יו"ר ועדת הבחירות ליתן צו מניעה. השאלה שלפנתחנו היא האם מדובר ברשימה סגורה או שמא משתרעת הסמכות גם על חיקוק שאינו מנוי בה. לשון אחר: האם לפנינו חסר (לקונה) או הסדר שלילי? זוהי שאלה פרשנית (ראו: ברק, בעמוד 107). לדעתי, מפרשנות חוק התעמולה עולה כי מדובר בהסדר שלילי, וזאת ממספר טעמים.

24. בחינת ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 17ב(א) מלמדת כי בתחילה הייתה סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות ליתן צו מניעה מצומצמת ביותר – רק עבירות לפי חוק התעמולה היו מנויות בסעיף. עם השנים, הרחיב המחוקק את הסמכות בתהליך הדרגתי, וכלל עבירות לפי חיקוקים נוספים, טיפין טיפין, עד לנוסחו דהיום של הסעיף. תהליך זה מצביע, לגישתי, על תכלית אובייקטיבית (ראו: ברק, בעמוד 417) להגביל את הסמכות לעבירות המנויות בחוק, ובלשונו של חברי השופט נ' סולברג בפסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף: "ברצותו הסמיך המחוקק את יו"ר ועדת הבחירות וברצותו נמנע מלעשות כן" (שם, בפסקה 52). ברוח זו נקבע בעניין זוילי כי האיסור על תעמולה בימים הסמוכים לפני יום הבחירות (סעיף 5 לחוק התעמולה) מצומצם לתעמולה בקולנוע ובטלוויזיה, ואינו משתרע על תעמולה ברדיו. זאת משום שהיעדר התייחסות לרדיו בחוק אינו חסר, כי אם הסדר שלילי:

"אכן, הרדיו היה ידוע למחוקק, והוא אף הזכיר אותו בהוראות שונות שבחוק. האיסור הראשון היה על תעמולה באמצעות הקרנה בקולנוע, וזאת בשל הטעמים המיוחדים עליהם עמדנו [...]. עם הופעת הטלוויזיה נכללה גם היא באיסורים. אי-הכללתו של הרדיו בניסוח המקורי משקף מדיניות מודעת שלא להרחיב את האיסור לעבר תעמולת בחירות ברדיו" (שם, בעמוד 706-707) (ההדגשה הוספה – מ.נ.).

בכך נבדל, לדעתי, ענייננו מעניין חרות, עליו ביקש להסתמך בא-כוח יו"ר ועדת הבחירות בטיעונו.

25. בעניין חרות נדונה סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות מכוח סעיף 15א(ד) לאשר מראש, ולפסול במידת הצורך, את תכנם של תשדירי תעמולה ברדיו. החוק הסמיכו מפורשות לעשות כן ביחס לתשדירי תעמולה בטלוויזיה. בית משפט זה קבע כי היעדר התייחסות מפורשת לרדיו הוא חסר שיש להשלימו (ראו: שם, בעמודים 759-760), וזאת כיוון שלא היה כל טעם סביר להבחנה בין מתן סמכות לאישור שידורי תעמולה בטלוויזיה ושלילתה בכל הנוגע לרדיו. ענייננו, כאמור, שונה. בעוד שאין טעם להבחנה בין הסדרת התעמולה במדיומים השונים, הרי שבענייננו ישנה הצדקה להגביל את סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות לתת צו מניעה רק במקרים מסוימים, שבהם בוצעו עבירות הקשורות בעבותות לדיני התעמולה, שהם לחם חוקו, ולא בכל מקרה של הפרת איסור פלילי באשר הוא. טעם נוסף להבחנה בין המקרים, נעוץ בכך שהחסר שנדון בעניין חרות הותיר תחום פעילות תעמולתי שלם ללא כל הסדרה או פיקוח. במקרה

שלפנינו, לעומת זאת, היעדר סמכות כאמור ליו"ר ועדת הבחירות אין משמעה היעדר הסדרה. תעמולה שתהווה הפרה של חוק, שאינו מנוי בסעיף 17ב(א), תוסדר במסגרת הדינים הרלוונטיים ובאמצעות פנייה לערכאה המתאימה. ממילא, יש להתחשב באופיין הכוללני של חלק מהעבירות המנויות בסעיף 17ב(א) (ראו, למשל: סעיף 119(א)(1) לחוק הבחירות לכנסת). על כן, מניעת חלוקת השבועון בגין הפגיעה הנטענת כתוצאה מכך ברגשות דתיים אינה בגדר סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות לפי סעיף 17ב(א) לחוק התעמולה.

בטרם סיום

26. מאז נחקק חוק התעמולה התרחשו בעולם התקשורת שינויים משמעותיים. זירת התעמולה שינתה את פניה ואילו דיני התעמולה, שלא השתנו באופן ניכר, הפכו לאנכרוניסטיים במידה לא מבוטלת. מזה תקופה ארוכה קוראים יושבי-ראש ועדת הבחירות, פעם אחר פעם, למחוקק לבחון את הצורך בהתאמת דיני התעמולה למציאות המשתנה, ולקריאה זו הצטרף בית משפט זה (ראו, למשל: לקחי יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת החמש-עשרה, פסקה 7 (1999); לקחי יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פסקה 5 (2003); לקחי יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השבע-עשרה, פסקה 19 (2006); לקחי יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה, פסקה יא (2013); לקחי יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים (2015); לעמדת בית משפט זה, ראו: בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19 פסקה 29 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (15.1.2013); ראו גם עמדתו של חברי השופט נ' סולברג בפסק הדין מושא העתירה לדיון נוסף, בפסקה 49). יו"ר ועדת הבחירות והיועץ המשפטי לממשלה ציינו בסיכומיהם כי ביום 8.7.2015 הוחלט על הקמת ועדה ציבורית בראשות הנשיאה (בדימ') ד' ביניש אשר תבחן את הצורך בהתאמת דיני הבחירות ותגיש את המלצותיה ליושב-ראש הכנסת. על כך יש לברך, ואני מקווה שהמלצות הוועדה ייושמו בהקדם.

סוף דבר

27. לדעתי המבחן לפיו יש לקבוע האם הענקת חפץ מסוים היא בגדר מתנה אסורה לפי סעיף 8 לחוק התעמולה הוא מבחן התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר. בנוסף, סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות ליתן צווי מניעה מוגבלת, לדעתי, למתן צו למניעת עבירה על אחד מהחיקוקים המנויים בסעיף 17ב(א) לחוק התעמולה.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה (בדימוס) א' רובינשטיין:

א. הפכתי וחזרתי והפכתי בחוות דעתה של חברתי הנשיאה נאור, ובסופו של יום, בעוד שביחס לשאלה שעניינה מהי מתנה אסורה לפי סעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959 (להלן חוק דרכי תעמולה או החוק) אנו רואים עין בעין, לא אוכל, לצערי, להצטרף למסקנתה – ומסקנת חברי ההרכב האחרים בפסק הדין מושא הדיון הנוסף – לעניין היקף סמכותו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (להלן יו"ר ועדת הבחירות) למתן צוי מניעה. אפתח בנושא האחרון.

היקף סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות

ב. סעיף 17ב(א) לחוק, העומד במוקד העתירה לדיון נוסף, קובע כדלקמן:

"יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת רשאי, לאחר שנתן לנוגע בדבר הזדמנות להביא טענותיו לפניו, ליתן צו המונע ביצוע מעשה עבירה לפי חוק זה, לפי פרק י"א לחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, לפי פרק ט' לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965, או המשכתו (להלן – צו מניעה); לענין זה, "נוגע-בדבר" – חבר ועדת הבחירות המרכזית שהוא נציג הסיעה שתעמולה בעדה מהווה או עלולה להוות עבירה לפי חוק זה, או בא כוח רשימה לפי סעיף 59 לחוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה [נוסח משולב], תשכ"ט-1969."

חברתי הנשיאה סבורה, וכך נקבע כאמור בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, כי סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות לפי סעיף 17ב(א) לחוק דרכי תעמולה מוגבלת למתן צו למניעת עבירה על פי אחד מן החיקוקים המנויים בסעיף 17ב(א) לחוק דרכי תעמולה. הא ותו לא. לשיטתה, בחינת ההיסטוריה החקיקתית מעלה שהמחוקק הרחיב עם השנים את סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות, ובכך יש ללמד על "תכלית אובייקטיבית ... להגביל את הסמכות לעבירות המנויות בחוק" (פסקה 24). כמו כן סבורה חברתי כי ענייננו נבדל מבג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית

לכנסת השש עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003) (להלן עניין חרות), אשר בגדריו נקבע, כי סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות מכוח סעיף 15א(ד) לחוק דרכי תעמולה להתערב בתכנם של תשדירי תעמולה, חלה גם על תשדירי תעמולה ברדיו; זאת בנימוק של היעדר התייחסות החוק לעניין זה. לגישתה, החסר החקיקתי בעניין חרות הותר תחום פעילות תעמולתי שלם ללא הסדרה או פיקוח, ועל כן נדרשה השלמת החסר; מה שאין כן בנדון דידן, שכן תעמולה שתהווה הפרה של חוק אשר אינו מנוי בסעיף 17ב(א) "תוסדר במסגרת הדינים הרלוונטיים ובאמצעות פנייה לערכאה המתאימה" (פסקה 25).

ג. אין לכחד, כי על פניו עשוי סעיף 17ב(א) לחוק להתפרש כגודר את סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות לחיקוקים המנויים בו; ברם דומני שפרשנות דווקנית ומצמצמת של סמכות יו"ר ועדת הבחירות משמעה פגיעה של ממש ביכולתו להגן על הערכים ועל התכליות שביסוד דיני הבחירות, לרבות חוק דרכי תעמולה, שעליהם הוא מופקד. יש לטעמי לפרש את סמכותו של יו"ר הוועדה באופן שיאפשר לו תגובה בזמן אמיתי לנושאים העולים לפניו, בלא הצורך לסרב על-ידי הפניה להליכים אזרחיים כאלה או אחרים, שלוח הזמנים שלהם שונה והתמחותם שונה.

ביסודו של חוק דרכי תעמולה – שהגיעה העת לטעמי לשנות את שמו, המזכיר ימים אחרים, לאו דווקא בישראל (ראו החלטתי כיו"ר ועדת הבחירות מיום 6.12.12 "בעניין שידורי תעמולת בחירות בגלי צה"ל" שם ציינתי: "השם תעמולה אבד עליו הכלח ומזכיר משטרים מתקופות אפלות") – ניצבות מספר תכליות: בראש וראשונה מבקש החוק לאזן בין חופש הביטוי של המתמודדים אשר "תומך באי-הגבלת זכותם להשתמש בכל אמצעי התקשורת להעברת המסרים התעמולתיים שלהם", לבין עקרון השוויון (תב"כ 12/15 גולדשמיט נ' בנימין נתניהו, פ"ד נה(3) 145, 150 (1999) (השופט-כתארו אז-מצא)). כן מבקש החוק להגן על תקינות הבחירות ולמנוע עיוותים בתוצאות ההליך. לבסוף, אחרון חביב ולא משני בחשיבותו, מבקש חוק דרכי תעמולה להבטיח את טוהר הבחירות והגינותן ולמנוע השפעה בלתי הוגנת על הבוחרים:

"מושכלות ראשונים הם כי דיני הבחירות בכללותם נועדו להבטיח את הגשמת זכותו של הפרט לבחור ולהיבחר תוך מיצוי חופש הביטוי שלו ותוך שמירה על כללי שוויון, טוהר בחירות, תקינות והגינות בהליך הבחירה... אשר לחוק דרכי תעמולה, כבר צוין כי מטרתו משתנות מענין לענין, אך הן כוללות, מטבע הדברים, את אותן המטרות הקשורות לעצם הסדרת הבחירות, ובהן, בעיקר, השמירה על השוויון בבחירות, הגינות הבחירות, טוהר הבחירות ותקינותן, מניעת הטעיה של הבוחרים ומניעת עיוותים בהליך הבחירות

ותוצאותיו... (תר"מ 4/19 סיעת "ישראל ביתנו" בכנסת נ' מר אליעזר בר שדה (8.2.10) (השופטת פרוקצ'יה), פסקה 5).

בגדרי אלה – והדברים באים לידי ביטוי מעשי בעיקר בבחינת תוכנם של תשדירי התעמולה – נדרש יו"ר ועדת הבחירות לאזן בין הגשמת חופש הביטוי בשיח הפוליטי לבין "הגשמת שלום הציבור במובנו הרחב" – אינטרס הכללל בביטחון, בשלום ובסדר ציבורי, לרבות שמירה מפני פגיעה ברגשותיו של הציבור (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד נז(2) 62, 73 (2003) (השופטת פרוקצ'יה); כן ראו לעניין התערבות בתכנים בגין הטעיית הציבור תב"כ 9/19 אייכלר נ' מפלגת קדימה (26.12.12)). חוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), תשכ"ט-1969 (להלן חוק הבחירות לכנסת), המאוחר לחוק דרכי תעמולה, נושא עמו תכליות דומות. הוא מעגן את כללי היסוד, שלפיהם ינוהלו הבחירות על כל שלביהן, ומבקש להבטיח את עקרון השוויון, את תקינות הבחירות, ולא פחות מזה את הגינותן.

ד. תכליות ואינטרסים מוגנים אלה הם שהובילו את בית משפט זה לפרשנות מרחיבה של סמכות יו"ר ועדת הבחירות. כך בעניין חרות נקבע (מפי הנשיא ברק), כי אין לפרש את חוק דרכי תעמולה כהסדר שלילי באשר לאי סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות לאשר שידור תעמולת בחירות ברדיו, וכי בסמכותו של יו"ר ועדת הבחירות להתערב בתוכנם של תשדירים אלה; זאת חרף העובדה שחוק דרכי תעמולה אינו כולל הוראה מפורשת, העוסקת בשידורי רדיו.

הנשיא ברק עמד על הטעמים שהביאוהו למסקנה זו (עמ' 759-760):

"אך האם יש לראות בשתיקתו של חוק דרכי תעמולה כחסר בחוק זה?

...

אין לפנינו, איפוא, שתיקה בחוק דרכי תעמולה אשר ניתן לראות בה 'חוסר נקיטת עמדה בסוגיה משפטית, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המתפרש'... אין כל טעם סביר להבחנה בין מתן סמכות ליושב ראש ועדת הבחירות באשר לאישור שידורי תעמולת בחירות בטלוויזיה לשלילתה של סמכות זו בכל הנוגע לרדיו; אין כל טעם סביר למצב דברים שבו על שידורי תעמולת הבחירות ברדיו אין כל פיקוח ואין כל דטן. אכן, בחומה שבנה המחוקק בכל הנוגע לשידורי תעמולת בחירות הוא שכח להניח לבנה נוספת - ובכך יצר חלל המהווה חסר - שעניינה הסמכותו של יושב ראש ועדת הבחירות בכל הנוגע לאישור תעמולת הבחירות ברדיו" (הדגשה הוספה-א"ר).

בתב"כ 2/19 פרנקנטלר נ' אלדד (12.12.12) נדרשתי – כיו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-19 – לדברים האמורים בעניין חרות, וצינתי כי הרציונל שהוצג בעניין זה "חל גם, ואולי במיוחד, גם על תעמולת בחירות בפרסומי חוצות", וכי "אין כל טעם מהותי להבחין בין שידורי בחירות בטלוויזיה, שידורי בחירות ברדיו ופרסומי חוצות" (פסקה י"א). החלטתי במקרה זה נוכח האמור לאסור שימוש במודעות בעלות תוכן גזעני על גבי אוטובוסים. כן נדרשתי לתעמולה באינטרנט והוספתי, כי "לא ניתן לשלול את האפשרות שבמקרים חריגים, נוכח המהות, תידרש התערבות גם בתעמולת בחירות ברשת האינטרנט... פרסומי גזענות באים במובהק בגדר אותם מקרים חריגים" (פסקה ט"ז). בהמשך לפרשה זו פסל המשיב 3, חברי השופט ג'ובראן, בתר"מ 177/20 בר לב נ' נוימדק (17.10.13) סרטון אינטרנט ושלט חוצות אשר כללו תוכן בעל אופי גזעני. המשיב 3 ציין, כי השכל הישר אינו סובל פרשנות שעל פיה המחוקק בחר להעניק ליו"ר ועדת הבחירות סמכות למנוע מרשימת מועמדים להתמודד בבחירות אם במטרתה או במעשיה הסתה לגזענות, אך לא העניק לו סמכות לפסול פרסומים גזעניים.

עינינו הרואות, כי בית המשפט העליון ויושבי ראש ועדת הבחירות, ואנוכי ביניהם, קראו לתוך חוק דרכי תעמולה הסדרים שלא נקבעו בו באופן מפורש, וזאת מתוך פרשנות מרחיבה ובמטרה להגשים את התכליות העומדות בבסיס דיני הבחירות, וחוק דרכי תעמולה בכללם.

ה. המחוקק העמיד בראש מערכת הבחירות את יו"ר ועדת הבחירות והפקיד בידיו את כלל ההיבטים הכרוכים בניהול מערכת הבחירות, בתפיסה המתחייבת מן התקופה הקצרה בה מתנהלת מערכת הבחירות, מן הצורך בהכרעות מהירות, לעתים תוך שעות, ובהבנה כוללת של הנושאים שעל הפרק. על כן יש לטעמי לפרש את סמכויות יו"ר הועדה באופן הרמוני ומעשי. שלילת הסמכות להוציא צוי מניעה כאשר נפגעים בכיורור אחת מתכליות החוק או אינטרס מוגן אחר, לרבות ערכיות מובהקת, בקשר עם דיני הבחירות ובכלל זה חוק דרכי תעמולה, שעליהם אמון יו"ר ועדת הבחירות, משמעה הותרו בלא כלי אפקטיבי כולל למילוי התפקיד שהטיל עליו המחוקק. הדברים נאמרים אף בשים לב להתפתחויות הטכנולוגיות, המאפשרות בהינף כפתור תפוצה רחבה של פרסומים שתוכנם עלול להקים עבירות שונות, וקיומם של מרחבים חדשים, כפי שהסביר המשיב 3, שבהם הכל אפשרי – והשאלה היא אם הכל יהא מותר. איני סבור כי הפניית המתלוננים לבתי המשפט האזרחיים או המינהליים היא מעשית, מלבד הקושי שבהיעדר הרמוניה עם סמכויות יו"ר הועדה והכרעותיו, שכן לוח הזמנים בבתי המשפט הרגילים מורכב יותר, גם אם אינו בלתי אפשרי. לדידי, "פירושה הראוי של

סמכות זו מחייב את המסקנה, כי משתרעת היא על עניינים נוספים הקשורים בתעמולת הבחירות ומהותה. לא רק שכך נהגו יושבי-ראש ועדת הבחירות כל השנים הלכה למעשה, אלא שדבר זה אף מתבקש מהצורך החיוני להבטיח את אינטרס הציבור" (עניין חרות, 761 (הדגשה הוספה-א"ר)). יצוין בהקשר זה סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת, הקובע, כי "כל קובלנה בקשר למעשה או למחדל לפי חוק זה מסורה לסמכותה היחידה של הועדה המרכזית; שום בית משפט לא ייזקק לבקשת סעד בקשר למעשה או למחדל כזה או בקשר להחלטה או להוראה של הועדה המרכזית, של יושב ראש הועדה וסגניו, של יושב ראש הועדה, של ועדה אזורית או של ועדת קלפי – חוץ מן המקרים שלגביהם ישנה בחוק זה הוראה אחרת". סעיף זה מלמד – אף כי ער אני לסיפת ההוראה שבו – כי הכוונה הכוללת היתה לרכז בידי יו"ר ועדת הבחירות את כלל ענייני הבחירות ולהקנות לו סמכות ייחודית לדון בהם.

ו. עוד אוסיף, כי העיקרון בדבר סמכויות עזר, המעוגן בסעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, יכול שיהא לנו לעזר בהקשר זה. לפי עיקרון זה, הרשות רשאית לבצע פעולות נלוות הדרושות לשם הפעלת הסמכויות העיקריות שניתנו לה במפורש, גם בלא הסמכה פרטנית המתייחסת אליהן (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי תש"ע (כרך א'), 145). יו"ר ועדת הבחירות מופקד על דיני הבחירות, ותפקידו להבטיח את תכליותיהם ואת קיום הוראות החוק. תיתכן בעליל הפרה של תכליותיהם של דיני הבחירות וההוראות הקבועות בהם באמצעות מעשי עבירה כאלה ואחרים אשר אינם מהוים הפרה ישירה של חוק דרכי תעמולה או החוקים האחרים המנויים בסעיף 17(א) לחוק. קשה לדידי להלום את המסקנה, שבמצב דברים זה אין יו"ר ועדת הבחירות יכול להוציא מתחת ידיו צו המונע את המשך ביצועו של מעשה עבירה, וההפניה תהא למסלולים משפטיים אחרים.

ז. כאמור, הנשיאה מנמקת בחוות דעתה, כי אין עניין חרות דומה לראיה, שכן שם הותיר החסר החקיקתי תחום תעמולתי שלם ללא הסדרה, ואילו בנדון דידן תעמולה שתהווה הפרה של חוק שאינו מנוי בסעיף 17(א) תטופל "במסגרת הדינים הרלוונטיים ובאמצעות פנייה לערכאה המתאימה". אשוב ואציין, בכל הכבוד, כי לטעמי אך מתבקש שיו"ר ועדת הבחירות, האמון על דיני הבחירות על היבטיהם השונים, והוא "בעל המומחיות", יוכל לקבל החלטה המבקשת למנוע עבירה בעניין הקשור בטבורו לדיני הבחירות והתעמולה; מערכת בחירות מתנהלת בלחץ זמנים, דבר רודף דבר, החלטה רודפת החלטה. על החלטות יו"ר ועדת הבחירות להינתן בזמן אמת, שאחרת יהיו כחמץ שעבר עליו הפסח וכאתרוגים אחר סוכות, והשכל הישר מורה, כי נדרש שתהא בידי סמכות לעשות כן. אכן, עדיף היה אילו נדרש לכך המחוקק אך גם בלא

זאת לא ננעלו שערי פרשנות. ועוד, נראה כי גם בעניין חרות ניתן היה להפנות את הצדדים לדין הכללי ולערכאות השיפוט המתאימות – בתי המשפט האזרחיים או המינהליים, כפי שאירע כשמתבקש לאסור פרסומים שונים, דוגמת תכנית טלוויזיה, שאינם קשורים בבחירות (ראו, למשל, בש"א 6803/09 פלונית נ' אמנון לוי (2009)) – ולא היה הכרח לפרש את החוק כפי שנעשה, באופן המקנה ליו"ר ועדת הבחירות סמכות מראש; ואולם, חרף זאת סבר בית משפט זה, כי ראוי שיו"ר ועדת הבחירות יחליט בעניינים אלה במסגרת שיקול הדעת הרחב הנתון לו. לבסוף, יתכנו גם שאלות הנוגעות לערכאה המתאימה, כאשר עסקינן בנושא פלילי, עבירה לפי דיני העונשין (יש להניח שחוק העונשין, תשל"ז-1977 הוא דבר החקיקה השכיח שבו יתבקש לעשות שימוש, ושאינו מופיע בסעיף 17ב(א)). סעד מסוג צו מניעה הוא סעד המוכר לנו מהדין האזרחי, אך זר לעולם הפלילי, והוא אינו אחד מן הכלים המוקנים בדין הפלילי. אדם היודע על עבירה שעתידה להתרחש ומבקש למנעה, יפנה ככל הנראה לרשויות האכיפה; פניה לבית משפט אזרחי בבקשה לסעד למניעת אותה עבירה, מצריכה איתור עילה מתאימה בדין האזרחי הכללי, ואיני בטוח כלל ועיקר שזו משימה פשוטה.

ח. כללם של דברים: לטעמי ליו"ר ועדת הבחירות סמכות ליתן צוי מניעה אף שאין מדובר בעבירה על דבר חקיקה המנוי בסעיף 17ב(א) לחוק. עם זאת יודגש, כי עסקינן בשאלה של שיקול דעת, ואף אם תקבל דעתי באשר לסמכות היו"ר, השימוש בה צריך להיות זהיר ומוקפד.

מהי "מתנה" לפי סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה?

ט. ועתה לשאלה הנוספת העומדת על הפרק – מהו המבחן שעל פיו יש לקבוע האם הענקתו של חפץ מסוים היא בגדר מתנה לפי סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה. שאלה זו, במובן העמוק, אינה יכולה להכיל תשובה פשוטה, שכן היא תלויה בהכרח במקום ובזמן, במבט החברתי אל מושג המתנה, לרבות בנסיבות הכלכליות המשתנות בכל תקופה: לא הרי מתנה בתקופת צנע ועוני כהרי מתנה בתקופת שפע.

במענה לשאלה זו הוצעו כמה וכמה מבחנים: המשיב 3, מציע את מבחן המרכיב הדומיננטי מנקודת מבטו של מקבל המתנה, שכן ראוי לדעתו שהוראת סעיף 8 של חוק דרכי תעמולה תתפרש באופן הרמוני עם כלל הוראותיו של החוק, אשר נועדו לאזן בין חופש הביטוי לבין השויון בין המתמודדים והשמירה על טוהר הבחירות. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי יש לבחון את ערכו הכלכלי של החפץ שניתן כמתנה, ובמקרים בהם החפץ עצמו מהווה תעמולת בחירות, לא לראות בו מתנה;

לגישתו ניתן היה לחלק את השבועון מושא הבקשה. בפסק הדין מושא הדיון הנוסף הציג חברי השופט סולברג לעשות שימוש במבחן הודאות הקרובה, ולמצער אפשרות סבירה וממשית, לשם איזון בין חופש הביטוי לבין התכליות שביסוד חוק דרכי תעמולה; לגישתו לא היתה בנסיבות מניעה לחלק את השבועון מושא הבקשה. חברתי השופטת חיות, אשר הגיעה לתוצאה דומה לזו של השופט סולברג, סברה, כי המבחן ההולם בהקשר זה הוא מבחן התכלית הדומיננטית מבחינת מעניק המתנה. נומק, כי מבחן התכלית הדומיננטית כרוך באיתור כוונתו העיקרית של המעניק, ומבקש הוא לבחון האם התכלית הדומיננטית היא להשפיע על רצונו החופשי של הבוחר. השופטת חיות הציעה מבחן עזר אפשרי לאיתור התכלית הדומיננטית שעיקרו, האם המסר התעמולתי שמבקשת רשימה להעביר ניתן להעברה בדרך אפקטיבית אחרת. חברתי הנשיאה נאור, שנותרה בדעת מיעוט לעניין התוצאה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, סברה – וסבורה גם עתה – כי יש מקום להתייחס לערכו הסובייקטיבי של החפץ. לגישתה, שוויו האובייקטיבי של החפץ אינו יכול לשמש אמת מידה, שלפיה ייקבע האם מדובר במתנה אם לאו. הנשיאה נאור מטעימה בחוות דעתה בדיון הנוסף שהמבחן המוצע על ידיה מבקש להתבונן אל התכלית הדומיננטית מנקודת מבטו של הבוחר.

י. הגיונו של כל מבחן בצידו, אולם לדידי מבין המבחנים המוצעים, דומה כי יש להעדיף ביסודו של דבר, ובכפוף לאמור להלן, את המבחן שהוצע על ידי הנשיאה, במובן זה שסיווג הענקה כמתנה צריך להיבחן בעיני הבוחר אשר לו ניתנת המתנה. זה היה גם אחד מטעמיו של השופט ג'ובראן בהכרעתו שלו מיום 4.2.15. אף אני סבור כי בגדרי ההכרעה בשאלה האם חפץ שהוענק הוא בבחינת מתנה, יש ליתן משקל מכריע לשאלה מהי התכלית הדומיננטית של הענקת החפץ מנקודת מבטו של הבוחר; זאת בשים לב לתכלית שביסוד סעיף 8 לחוק, האוסר על מתנות, שעיקרה שמירה על טוהר הליך הבחירות ומניעת השפעה בלתי הוגנת על הבוחר. וכה אמר חבר הכנסת זרח ורהפטיג, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, בדיון בכנסת:

"נדמה לי שבסיכומו של דבר מגמת החוק היא לעזור לטוהר הבחירות ולצמצם ככל האפשר את השפעת הכסף על המון הבוחרים. חוק זה בא לומר שלא הכסף יענה על הכל, והכסף במובן זה כולל הבטחות לשיכון, עבודה וכל מיני בזבוזים אחרים. גם כיום יש מדינות הקוראות לעצמן דמוקראטיות (כך במקור-א"ר) ואינן מבינות עדיין את החשיבות שבהסדרת תעמולת הבחירות בדרך שלא תניח אפשרות למפלגה פלוגנית או אלמונית לבלבל מוח הבוחר וללחוץ עליו בכוח הכסף ועל-ידי בזבוז רב של אמצעים. באחת המדינות שאינני רוצה להזכיר שמה – בעיקר משום שאיננה מדינה ידידותית – קראתי, שאחרי הבחירות שהתקיימו ב-1975 אמר אחד מראשי

המדינה: אצלנו הבחירות היו בחירות חופשיות לגמרי; מי שרצה יכול היה לקבל כסף או טובת הנאה בעד קולו, ומי שרצה הצביע לפי מצפונו. זהו חופש גמור. מי שחושב שהבחירות יכולות להיות חופשיות בדרך כזאת – אין לך סילוף גדול יותר של בחירות חופשיות מאשר דרך זו. הרשוני נא להזכיר אמרה מבדחת של רבי ידעיה הפניני על ויכוח שהיה בין חכם ועשיר. נשאל החכם: מי עדיף יותר, החכמים או העשירים? השיב החכם: החכמים. שאלוהו: אם הם חכמים, מדוע הם משכימים לפתחם של העשירים, ואילו העשירים אינם משכימים לפתחם של החכמים? השיב להם: היא הנותנת, כי החכמים חכמים הם יודעים הם ערכו של הכסף. אבל העשירים אינם חכמים ואינם יודעים ערכה של חכמה. נדמה לי שגם בבחירות הכסף מסלף דעת החכמים. הכסף, הלחץ והפיתויים מסלפים דעת חכמים. נשתדל נא איפוא על-ידי חוק זה לסלק אפשרות זו ולהשאיר לחכמים את האפשרות להצביע לפי חכמתם (דברי הכנסת (27), 2254-2255 (תשי"ט)).

י"א. אף בעיניי ככל שהבוחר – מי שמעניק המתנה מבקש להשפיע על אופן בחירתו – רואה בחפץ מתנה, משמעות הדבר כי קיים חשש להטיית שיקול דעתו, וכמות שכתבה חברתי, ככל ששוויו גדול יותר זיהויו כמתנה קל יותר, אך אין השווי הכלכלי מבחן סופי או הכרחי; מטיבו ומטבעו כולל מבחן התכלית הדומיננטית מנקודת מבטו של הבוחר בחלק ניכר מן התיקים גם פן כלכלי, שכן על פי רוב תיראה הענקה בעיני הבוחר כמתנה כאשר יש לה ערך כלכלי מסוים, למשל, חולצה הנושאת את שם הרשימה, או מעיל קל הנושא שם זה, בודאי ייראו כמתנה, מכל מקום למי שאין הפרוטה מצויה בכיסם. ספר עשוי להיות כזה; הדבר תלוי בנסיבות. המבחן המוצע מתיישב, כפי שציינה הנשיאה, עם החלטות יושבי ראש ועדת הבחירות לאורך השנים בנושאי קמעות. הנה, נוכח העובדה שתכלית הוראת החוק היא בין היתר למנוע השפעה בלתי הוגנת על הבוחר (אם כי בהקשר זה ההשפעה היא מסוג שונה קמעא), נאסרה חלוקתם של קמעות אף ששווי החפץ בעל הסגולות הנטענות הוא זניח, שכן מנקודת מבטו של הבוחר, נושא הוא ערך רב (תב"כ 37/19 קוליאן נ' רשימת ש"ס (17.1.13) והאסמכתאות שם). הובחן בהקשר זה בין חלוקת ספר תהלים או תפילת הדרך כשלעצמם בהיותם זמינים לכל באופן רגיל, ובין חלוקתם בצירוף למכתב ברכה מאת רב פלוני. ניטול דוגמה, בעלת רציונל דומה לזו שהציגה השופטת חיות בפסק דינה מושא הדיון הנוסף, שתבהיר את ההבחנה בין מבחן התכלית הדומיננטית מנקודת מבטו של המעניק למבחן זה מנקודת מבטו של הבוחר: מפלגה מסוימת מחלקת קמעות כאקט של ביקורת דווקא על השימוש בכלי זה על ידי מפלגות אחרות, אולם יש מן הבוחרים הרואים בקמע שניתן להם על-ידיה משום מתנה; קרי, הגם שמנקודת מבטו של המעניק

אין מדובר במתנה, לא כך מנקודת ראותו של הבוחר. ככל שסעיף 8 לחוק לא יחול במקרה כגון דא, תסוכל המטרה שעליה בא החוק להגן. לבסוף אוסיף ביחס למבחן הודאות הקרובה בהקשר שלפנינו, כי הוא מקנה משקל מכריע לחופש הביטוי, אולם אף לדידי, כפי שגם הודגש לא פעם, חופש הביטוי – עם כל חשיבותו הרבה שלא יתכן חולק עליה בדמוקרטיה – אינו חזות הכל, ויש לשקלו כנגד ערכים אחרים, כגון כבוד האדם במשמעו הבסיסי וראו עמדתי בדנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין (2014), פסקאות כ"ז-מ' לחוות דעתי, אמנם במיעוט.

י"ב. לסיום, יש לברך על הקמתה של ועדה ציבורית בראשות הנשיאה (בדימוס) ד' ביניש שתגיש המלצותיה באשר להתאמת חוק דרכי תעמולה לשינוי העתים, דבר שקראו למימושו יושבי ראש ועדת הבחירות לאורך עשורים. יש לקוות כי המלאכה תסתיים במהרה וגם תביא לחקיקה, ויהא בחוק המתוקן כדי ליתן מענה למציאות החדשה ולהתפתחויות העידן הנוכחי. אישית, משרבו עלי חברי, אביע תקווה כי תורחב בהקשר צוי המניעה סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות.

סוף דבר

י"ג. אם תישמע דעתי, ייקבע, כי ליו"ר ועדת הבחירות סמכות ליתן צוי מניעה במקרים מתאימים גם ביחס לחיקוקים שאינם מנויים בסעיף 17ב(א) לחוק דרכי תעמולה. בסוגיה שעניינה האם הענקת חפץ מסוים היא בגדר מתנה אסורה לפי סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה, מצטרף אני לחוות דעתה של הנשיאה, שלפיה המבחן הראוי הוא מבחן התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר.

המשנה לנשיאה (בדימוס)

השופט ע' פוגלמן:

שתי שאלות הועמדו לדיון בהרכב מורחב זה: האחת, שאלת היקף הסמכות המסורה ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת למתן צווי מניעה; השנייה, שאלת פרשנות המונח "מתנה" שבסעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: החוק). בשאלה הראשונה דעתי כדעת הנשיאה, מנימוקיה. בשאלה השנייה

לדעתי יש מקום לאמץ מבחן קרוב לזה שהוצע על ידי הנשיאה. אני מסכים למבחן התכלית הדומיננטית מנקודת מבטו של הבוחר, אולם להשקפתי בחינת התכלית הדומיננטית של החפץ תהיה בעיני הבוחר הסביר תוך התחשבות בערכו הכלכלי של החפץ.

1. מפלגה מבקשת לחלק לקהל הבוחרים דבר מה. מתי נאמר כי מדובר ב"מתנה" אשר חלוקתה אסורה מכוח החוק? עלינו לפנות לתכליות ולערכים שביסוד דבר החקיקה. חבריי עמדו על כך בהרחבה ואין צורך להאריך: חופש הבחירה וטוהר הבחירות; הבטחת שוויון בין המפלגות; והגבלת הוצאותיהן (ראו פסקה 15 לחוות דעתה של הנשיאה). על כל אלה בא החוק להגן. לעיתים מצויים ערכים אלה בהתנגשות עם חופש הביטוי. לעיתים גובר האחד על האחרים. אין לומר כי הבכורה מוקנית מראש לאחד ולא לאחר. על כן איני יכול להצטרף למבחן שהציע חברי השופט נ' סולברג, מבחן ה"וודאות הקרובה, ולמצער אפשרות סבירה או ממשית", עם כל חשיבותו ומרכזיותו של חופש הביטוי שעומד בלבה של הזכות לבחור ולהיבחר (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 72 (2003)), וזאת על רקע הערכים הנוספים המונחים ביסוד החוק (ראו פסקה 16 לחוות דעתה של הנשיאה). גם להצעתה של השופטת א' חיות בפסק הדין נושא הדיון הנוסף – לבחון את התכלית הדומיננטית שביסוד החלטת מעניק החפץ להעניקו לציבור – אין בידי להסכים. כשלעצמי, נראה לי כי הסטת המבט אל מעניק המתנה אינה רצויה: ראשית, קשה להתחקות אחר הרהורי ליבו של מעניק המתנה, אשר לעולם יבקש לשכנע כי לא ביקש להשפיע השפעה בלתי הוגנת על הבוחר. והלא איננו בוחני כליות ולב. שנית ועיקר, המוקד בהקשר זה הוא בהשפעה על הבוחר. הדגיש זאת בצדק גם חברי, המשנה לנשיא א' רובינשטיין (פסקה י לחוות דעתו).

2. מקובלת עליי עמדת הנשיאה שלפיה עלינו להתחקות אחר התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר. לאמור, עלינו לבחון כיצד בוחר סביר ייפרש את הדבר שאותו קיבל: שמא מתנה שנועדה להטות את שיקול דעתו בשל ערכה הכלכלי, שמא מסר שכוחו – בכוח השכנוע שלו. כפי שציינה השופטת א' חיות בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, מבחן זה הוכר זה מכבר בפסיקה, לרבות בהקשרים קרובים (בג"ץ 979/15 מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת א' חיות (25.2.2015) (להלן: פסק הדין נושא הדיון הנוסף)).

3. אבקש לחדד כי הבוחר שבו מדובר הוא הבוחר הסביר. משכך, ואולי להבדיל מחברתי הנשיאה, אינני מציע כי ננסה להתחקות אחר "ערכו הסובייקטיבי של החפץ בעיני הבוחר", מבלי להידרש כלל לשוויו האובייקטיבי (פסקה 18 לחוות דעתה). והכיצד יקבע הערך הסובייקטיבי של החפץ בעיני הבוחר? יושב ראש ועדת הבחירות איננו מאזין לבוחרים ואין הוא עורך סקרי דעת קהל. כיצד יחדור לנבכי נפשו של הבוחר? דומה הדבר לאופן שבו מתפרשת דרישת תום הלב בהקשרים רבים במשפט האזרחי: לא רק תום ליבו הסובייקטיבי של האדם, אלא אף הנהוג והמקובל. כך, בדיני חוזים למשל, לא נשאל "מה חשב בלבו צד לחוזה" או כיצד התנהג הלכה למעשה, אלא מה הראוי והמצופה בנסיבות נתונות, ובניסוח אחר: מהי ציפייתו הסבירה של הציבור בישראל באשר להתנהגות ראויה (ראו למשל ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' דביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 484 (1989) (חוות דעתו של השופט (כתוארו אז) א' ברק); ראו גם רע"א 6553/97 חגאי נ' חברת עבודי חיים בע"מ, פ"ד נב(2) 345, 360-359 (1998)). ייתכן שלכך כיוונה חברתי הנשיאה כאשר ציינה בחלקים מחוות דעתה כי הבחינה עוסקת ב"בוחר הסביר" (פסקה 18 ופסקה 21 לחוות דעתה; השוו לגישת השופטת א' חיות בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, אשר הציעה להתחשב בנתונים אובייקטיבים ובשכל הישר בבחינת התכלית הדומיננטית מנקודת מבטו של המעניק: פסקה 5 לחוות דעתה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף).

4. בבחינת הסבירות – שהיא אמת מידה אובייקטיבית – עלינו להידרש גם לערכו האובייקטיבי – לשווי השוק – של החפץ. בחינת השווי האובייקטיבי (הערך הכלכלי) תסייע לבחון אם החפץ נועד "בעיקרו לשמש כמדיום לקליטת המסר התעמולתי, או שמא משרת הוא בעיקר תכלית אחרת" (חוות דעתה של הנשיאה, שם). אכן, כפי שציין חברי המשנה לנשיא, ייתכנו מקרים שבהם שווי החפץ יהא זניח – וחרף כך ייקבע כי התכלית הדומיננטית היא השפעה בלתי הוגנת על אופן בחירתו של הבוחר. דוגמת הקמעות היא דוגמה טובה בהקשר זה (פסקה י"א לחוות דעתו). השאלה הקשה היא זו מהכיוון ההפוך: האם ייתכנו מקרים שבהם השווי האובייקטיבי של החפץ גבוה, ועל אף זאת יהיה נכון לקבוע כי התכלית הדומיננטית היא העברת המסר. אציע כי טרם השבת תשובה חיובית על שאלה זו ננקוט זהירות. ניתן להיעזר בעריכת "מקבילית כוחות" בין ערכו הכלכלי של החפץ לבין המסר המועבר באמצעותו: ככל שערכו של החפץ זניח יותר, כך תיטה הכף לדעה שלפיה התכלית הדומיננטית – בהעברת המסר. ולהפך: ככל ששווי של החפץ המדובר רב יותר – כך גובר הנטל לשכנע כי אין מדובר במתנה אסורה.

5. ומרמת ההפשטה הגבוהה – לקרקע המציאות. אכן, ההכרעה הקונקרטית במקרה זה התייתרה, אך הבה נשתמש בו כמקרה בוחן. יישום המבחן המוצע מוליך אותי לתוצאה שונה מזו שאליה הגיעה הנשיאה בשאלה שעמדה על הפרק בפסק הדין נושא הדין הנוסף. כזכור, עסקינן בגיליון מיוחד של השבועון הסאטירי "שרלי הבדו", שבנקודת הזמן הרלוונטית נמכר תמורת 37 ש"ח (פסקה 3 לחוות דעתה של הנשיאה). זהו שווי שאיננו מבוטל כלל ועיקר. אך על רקע אירועי אותם ימים – גם המסר היה בעל משקל סגולי ניכר. לדעתי, גם בשים לב לשווי האובייקטיבי של החפץ, בעיני הבוחר הסביר הדגש הוא המסר. העיקר – הביטוי; הטפל – הערך הכלכלי. בנסיבות אלו ניתן היה לחלק את הגיליון המיוחד שכן לא הייתה זו מתנה אסורה. אם היה שווי הגיליון כפול – ייתכן שהתוצאה הייתה משתנה. כל מקרה לפי נסיבותיו.

טיכום

6. בשאלת הסמכות, אני מצרף דעתי לדעתה של הנשיאה. בשאלת פרשנות התיבה "מתנה", מצטרף אני לקביעת הנשיאה כי המבחן הראוי הוא מבחן התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר הסביר. בצד האמור, להשקפתי בגדר הבחינה יש מקום להתחשב בערכו הכלכלי של החפץ. ניתן להיעזר בעריכת "מקבילית כוחות" בין ערכו הכלכלי של החפץ לבין המסר שמועבר באמצעותו.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

בשאלת היקף הסמכות המסורה ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ליתן צווי מניעה אני מצרף דעתי לדעתה של הנשיאה.

בשאלת פרשנות המונח "מתנה" שבסעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959, אף אני סבור כי המבחן הראוי צריך שיהיה מבחן התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר הסביר.

יחד עם זאת, בכואנו להכריע בשאלה דנן, אני מצרף דעתי לדעתו של חברי השופט פוגלמן, לפיה יש מקום להתחשב בערכו של החפץ; דהיינו – ככל שערכו גבוה יותר, כך יגבר הנטל לשכנע שאין מדובר במתנה אסורה, וככל שערכו נמוך יותר, כך יפחת הנטל האמור והכף תיטה לדעה שלפיה התכלית הדומיננטית היא בעצם העברת המסר התעמולתי.

בנסיבות המקרה דנן אף אני סבור שניתן היה לחלק את הגיליון המיוחד של השבועון הסאטירי "שרלי הבדו" ושאינ מדובר במתנה אסורה.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. אבן הבוחן הראויה להגדרת 'מתנה' כמשמעה בסעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: החוק), מבוססת על מבחן צופה פני תוצאה. זו היתה עמדתי בפסק הדין נשוא דיון נוסף זה, וזוהי דעתי גם כעת.

2. נקודת המוצא לחוות דעתי בפסק הדין שם, היתה ההנחה כי מתן חפץ לשם העברת מסר תעמולה בתקופת בחירות, עשוי להיות כלי ביטוי פוליטי, אשר חוסה תחת הגנה, פועל יוצא מעקרון חופש הביטוי.

אָלוּ הֵם מִקְצַת דְּבָרַי שֵׁם:

"לא בטובת הנאה חומרית עסקינן. הגיליון המיוחד של המגזין הריהו ביטוי, מלל, איור. חופש הביטוי נמצא במוקד העניין. המגמה היא לחלק בפרהסיה את המגזין, בתגובה לניסיון למנוע את הפצתו [...] אכן, אין מתנות-חינם, לגיליון המיוחד יש ערך כלכלי, עלותו כ-3 יורו; אך המחיר הוא שולי. לא במחיר נעוץ המניע לחלוקה. המניע נעוץ בחופש הביטוי הפוליטי" (פסקה 30).

3. החוק מתיר פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, מקום בו ניתנת 'מתנה'; אך אין די בקיומו של ספק קל שמא תטה טובת הנאה זו את ליבו של הבוחר (כפי שהחליט בשעתו יו"ר ועדת הבחירות) כדי להתיר פגיעה שכזו. לצרכי פרשנות וכדי לעמוד על טיבה של ה'מתנה' שבה עסקינן נדרשתי שם לאיזון בין הערכים המתנגשים, בהתחשב במרכזיותו של חופש הביטוי במשפטנו, ובשים לב למבחנים פרי ההלכה הפסוקה להגבלתו. עמדתי על נוסחאות האיזון להגבלת חופש הביטוי: הראשונה, עמידה בתנאי מבחן הוודאות הקרובה, זו נוסחת האיזון העיקרית, המיושמת תדיר כאשר נדרש איזון בין חופש הביטוי לבין ערכי יסוד אחרים, דוגמת שלום הציבור או מניעת פגיעה ברגשות. אך זהו אינו מבחן בלעדי: "רב-גוניותם של המצבים וחשיבותם היחסית של הערכים המתנגשים עם חופש הביטוי, מחייבים מבחנים עקרוניים שונים" (ראו: אהרן ברק, מבחר כתבים, 562-563 (2000) (להלן: מבחר כתבים)). אכן, לעיתים מחילה הפסיקה נוסחת איזון שניה, בגדרה נבחנת קיומה של אפשרות סבירה או ממשית לפגיעה בערך מוגן (ראו: בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 837-838 (1999); ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 582 (1998)); האפשרות השלישית היא עמידה בתנאי פסקת ההגבלה המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כתולדה מכך שחופש הביטוי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם (ראו: בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 264 (2003)).

4. אף כי הוודאות הקרובה היא המבחן הנפוץ לאיזון בין חופש הביטוי אל מול ערכי יסוד אחרים במשפטנו, כאמור, הרי שאין בנמצא אמת מידה אחת ויחידה שיש בה כדי לפתור את כל בעיות האיזון הקיימות: "הערכים המתנגשים אינם תמיד בני אותה רמה נורמטיבית, והבעייתיות שבהתנגשות היא מסוגים שונים" (מבחר כתבים, בעמוד 563). לאחר שנתתי דעתי על האפשרויות השונות, ומטעמים שאפרט להלן, מצאתי כי קיומה של אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בטוהר הבחירות (להלן: מבחן האפשרות הסבירה) היא אמת המידה הראויה כי נלך לאורה בענין שעל הפרק.

אלה מקצת דברי בענין, בפסק הדין נשוא דיון נוסף זה:

"האיסור 'לא תהא תעמולת בחירות קשורה במתן מתנות' שבסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה, נועד למנוע מתן מתנות שלגביהן קיימת ודאות קרובה, ולמצער אפשרות סבירה או ממשית, לפגיעה ממשית או קשה בטוהר הבחירות, בשוויון בין המפלגות, או להשפעה בלתי-הוגנת על הבוחר. שילוב המבחנים שהציעו העותרים והיועץ המשפטי לממשלה יוצר

מבחן עזר מועיל, לבחינת קיומה של אותה ודאות קרובה, למצער אפשרות סבירה או ממשית, או לכך שחופש הביטוי לא יסוג במידה העולה על הנדרש" (פסקה 46; ההדגשות אינן במקור – נ' ס').

5. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית נקט בשעתו בענין הנדון, לדבריו, "פרשנות תכליתית-דווקנית למונח 'מתנה'", לאור תכליתו הראשונה במעלה של סעיף 8 לחוק – שמירה על טוהר הבחירות: "אם יש ספק – אין ספק", כלשונו. לגישה זו לא ראיתי הצדקה כאמור בפסק הדין שם, ואחת היא – בין אם יוחל מבחן הודאות הקרובה, בין אם יהא זה מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בטוהר הבחירות. בגדרי דיון נוסף זה אנו נדרשים להכריע מהו המבחן הקובע. לדעתי, אין להציב סטנדרט קשיח, מחמיר, המבכר את חופש הביטוי הפוליטי על פני ערכי יסוד אחרים; לא 'ודאות קרובה' דווקא, אלא "אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בטוהר הבחירות" היא הנוסחה ההולמת לצורך האיזון בין הערכים השונים העומדים בבסיס האמור בסעיף 8 לחוק. מדובר ברף נמוך יותר, סטנדרט מרוכך, שאינו מטה את הכף באופן מוחלט לכיוון חופש הביטוי. הלכה למעשה, הרף הראוי לאיזון בין הערכים, סטנדרט הסבירות, דומה עד מאד לזה שבנוסחת האיזון שלפי שיטתה של חברתי הנשיאה.

6. עם זאת, ישנה נפקא מינה בין מבחן התכלית הדומיננטית שמציעה חברתי הנשיאה, לבין מבחן האפשרות הסבירה. מבחן התכלית הדומיננטית אינו מבקש לצפות את ההשלכות של מתן החפץ; די להצביע על כך שמנקודת ראותו של הבוחר הסביר, ישנה תכלית דומיננטית כזו או אחרת למתן החפץ, כדי להצדיק או שלא להצדיק פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. לעומת זאת, על-פי מבחן האפשרות הסבירה, יש להראות כי התוצאה המסתברת ממתן החפץ היא אותה אפשרות לפגיעה ממשית בטוהר הבחירות. אין די בקיומה של תכלית דומיננטית כזו או אחרת כדי להגביל או לאפשר את הביטוי הפוליטי; נדרש דבר מה נוסף – קיומו של חשש ממשי כי הענקת המתנה תביא לפגיעה בערך מוגן, ובמקרה דנן – טוהר הבחירות ושיקול דעתו החופשי של הבוחר.

7. כפי שציינתי בפסק הדין נשוא דיון נוסף זה, שאלת קיומה של תכלית דומיננטית היא אבן בוחן מרכזית גם במסגרת מבחן האפשרות הסבירה; כך כתבתי:

"המבחן הוא מהותי, לשם בדיקה אם החפץ המחולק לבוחר הוא הקליפה או תוכה; האם עיקרו בערכו הכלכלי או בכוח השכנוע הענייני הטמון בו; האם הוא עצמו המסר התעמולתי, או שנועד רק להפנות תשומת לב למסר. עט וחולצה וספל הם

הקליפה. לא כן הגיליון המיוחד של המגזין, שהוא המסר. זוהי תעמולת הבחירות. חלוקתו מיועדת לשכנע את הבוחר, היא המענה לאיומים, לניסיונות הבוטים – לפי השקפתם של העותרים – למנוע את הפצתו. הגיליון המיוחד איננו אינצידנטלי לעצם התעמולה, הוא-הוא הביטוי התעמולתי. לא עלותו קובעת, לא צורתו, אלא המסר העקרוני והאידיאולוגי המופץ באמצעות חלוקתו” (פסקה 30).

8. עם זאת, כאמור, דעתי היא כי אין די בקיומה של תכלית דומיננטית כשלעצמה, כדי להצדיק את ההגבלה על חופש הביטוי. התכלית הדומיננטית היא אינדיקטור, נותן טעם, אך לא מבחן מכריע וסופי; בהעדר חשש לתוצאה שלילית כלשהי בעקבות מתן החפץ, אין כל משמעות להבדל בין תכלית דומיננטית כזו או אחרת.

9. מכאן, להצדקות לשימוש במבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בטוהר הבחירות. בבסיס מבחן זה, מתן דגש יחודי להבטחת חופש הביטוי בפרשנות הסעיף הנדון. אכן, טוהר הבחירות והבחירה החופשית של הבוחר הם אבני ראשה ומושכלות יסוד במדינה דמוקרטית; אמת, כברת דרך עשתה הדמוקרטיה הישראלית למן חקיקת החוק בשנות החמישים של המאה הקודמת ועד לעת הזאת; לעקרונות האמורים נודע ערך מרכזי ורב בציבוריות הישראלית העכשווית. עם זאת, הבוחר במציאות דהאינדנא יודע לברר את עמדתו הפוליטית בשוק הדעות ובתחרות הפוליטית במסגרות התעמולה המקובלות. זהו בוחר המצביע על-פי דעתו ובהתאם לצו מצפונו. על כן, אין הצדקה לפגוע בתחרות זו ולהגביל את חופש הביטוי מקום בו לא צפויה פגיעה של ממש בעקרונות היסוד האמורים; קרי, אפשרות כי מתן החפץ ישפיע על שיקול דעתו הפוליטי של הבוחר, תהא זהותו כאשר תהא.

10. כדעתה של הנשיאה, אף אני סבור כי נדרש מבחן פשוט, שיקל על מלאכת הביקורת של יו”ר ועדת הבחירות המרכזית בסד הזמנים שבו הוא פועל ונדרש להחליט; עם זאת, דעתי היא כי דווקא מבחן האפשרות הסבירה המוצע קל להפעלה וידידותי למשתמש: נקודת המבט צופה פני תוצאה, פונה אל הממשות, ויש בה כדי להציב מבחן חד יותר, המביא לתוצאה ברורה, מאשר איזון בין התכליות השונות, כפי הנדרש על-פי מבחן התכלית הדומיננטית של הענקת החפץ בעיני הבוחר הסביר. עוצמתן של שתי התכליות בענין שלפנינו – העברת המסר התעמולתי, אל מול הטיית לב הבוחר בטובת הנאה (פסקה 21 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה) – מביאה לתוצאה שאינה חד-משמעית. לבסוף, מבחן האפשרות הסבירה המוצע משתלב יפה עם יסודות שיטתנו ועם כללים משפטיים נוספים בענייני חופש הביטוי, ובפרט זה הפוליטי

(להחלטות הבוחנות את סעיף 8 על יסוד בחינת החשש התוצאתי לפגיעה בטוהר הבחירות, ראו למשל: תר"מ 53/20 סיעת "רק ראשון בראשות דב צור" נ' אבן-זהר (28.7.2013); תב"כ 7/17 ח"כ אברהם פורז נ' ש"ס, בפסקה 7 (2.3.2016); 94/98 סיעת "ירושלים עכשיו" בראשות ארנן יקותיאלי נ' מפלגת ש"ס, בעמוד 123 (1.11.1998); תב"כ 5/16 חה"כ אפי אושעיה נ' חה"כ שלמה בניזרי, בעמוד 176 (16.12.2002)).

11. כדברי חברי השופט ע' פוגלמן, ההכרעה בעניין הקונקרטי שעל הפרק אמנם התייחרה, אך נוח להשתמש בו כמקרה בוחן. כפי שמציינים חברי, ערכו הכספי של המגזין אינו רב, אך גם אינו מועט במידה המאפשרת את ביטולו. לצד זאת – המסר התעמולתי ניכר. הנה אפוא, זהות התכלית הדומיננטית אינה ברורה, וחברי אכן חלוקים לגבי תוצאות החלטה. מנגד, ישום מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בטוהר הבחירות על נסיבות העניין, מספק מענה ברור ותוצאה חד-משמעית. השאלה שיש לשאול היא האם ניתן להניח, כאפשרות סבירה, כי שיקול דעתו של הבוחר יפגע כתוצאה מחלוקת המגזין, עד כי יהיה בכך כדי להשפיע על טוהר הבחירות. נראה כי בנסיבות האמורות, אין בחלוקתו של המגזין כדי להניא או להניע בוחר פוטנציאלי מלבחור ברשימה זו או אחרת בבחירות; ממילא, אין בחלוקת המגזין כדי ללמד על פגיעה ממשית בערכים מוגנים. על כן, סבורני, כי היה על יו"ר ועדת הבחירות המרכזית להתיר את חלוקת המגזין, כפי מסקנתי בפסק הדין נשוא דיון נוסף זה.

12. לסיכום, דעתי היא כי נוסחת האיזון הראויה לסיווג חפץ כ'מתנה', על-פי סעיף 8 לחוק, היא מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בטוהר הבחירות ובשיקול דעתו של הבוחר.

אשר לשאלת סמכותו של יו"ר ועדת הביקורת ליתן צווי מניעה בגין פגיעה ברגשות דת – אני מסכים לדבריה של חברתי הנשיאה, לפיה סמכות זו מוגבלת, כדעתי בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

ברקע לדיון הנוסף, החלטת משיב 3, המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן, עת כהן כיושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים, ליתן צו מניעה האוסר על משיבים 1-2, מפלגת ישראל ביתנו והשר אביגדור ליברמן (להלן: המשיבים), להפיץ את השבועון "שרלי הבדו" בחינם במסגרת מסע הבחירות לכנסת. המשיבים עתרו נגד החלטה זו. בפסק הדין מושא העתירה לדיון הנוסף הכריעו השופטת א' חיות והשופט נ' סולברג, נגד דעתה החולקת של הנשיאה מ' נאור, כי אין למנוע את חלוקת השבועון. העותר, חבר הכנסת אחמד טיבי, הגיש בקשה לדיון נוסף שהתקבלה – ומכאן ההליך דנן.

1. שתי סוגיות עקרונית ניצבות במוקד דיון נוסף זה. האחת, היקף סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות למתן צווי מניעה; והשנייה, הפרשנות הראויה למונח "מתנה" בסעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: חוק התעמולה).

בסוגיה הראשונה, מצרף אני דעתי לדעת חברתי, הנשיאה מ' נאור. אף אני סבור כי סמכות יושב-ראש ועדת הבחירות מוגבלת למתן צו למניעת עבירה על אחד מהחיקוקים הנזכרים בסעיף 17ב(א) לחוק התעמולה. כך מהטעמים שפורטו בחוות דעתה המקיפה של הנשיאה, ובעיקרם, פרשנות הסעיף, ממנו עולה הסדר שלילי. מבין השופטים, חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, חלק על עמדת הנשיאה. לדעתו, בפרט משיקולים מעשיים, לנוכח תכליות החוק, ובהינתן העיקרון בדבר סמכויות עזר – מוטב להרחיב את הסמכות למתן צווי מניעה גם מעבר לחיקוקים המנויים בסעיף 17ב(א) לחוק התעמולה. אבהיר כי אף בהנחה וכך רצוי, או אפילו מחויב המציאות, הדרך להביא לשינוי, להשקפתי, היא בתיקון החוק. בשל רגישות תפקיד יושב-ראש ועדת הבחירות, כוחו ומעמדו – סבורני כי נכון שסמכויותיו יעוגנו עלי ספר.

אף באשר לסוגיה השנייה, בדבר הפרשנות הראויה למונח "מתנה" בסעיף 8 לחוק התעמולה, הריני מצטרף, ברובד העקרוני, לעמדת הנשיאה נאור. ואולם, ברובד התוצאתי, דעתי היא, בניגוד לדעת הנשיאה, ובדומה לעמדת חבריי השופטים ע' פוגלמן, י' דנציגר ונ' סולברג, כי בענייננו חלוקת השבועון על ידי המשיבים אינה בגדר הענקת מתנה אסורה. בהתאם, ברצוני להרחיב קמעה. תנועת הדברים תהא מהלכה למעשה. תחילה יוסבר, בקצירת האומר, הטעם להעדפת מבחן "התכלית הדומיננטית" שהוצע ברובד העקרוני – כך להלכה. בהמשך, תוער הערה מעשית, הנוגעת לאופן

יישום ההלכה. כך בפרט בהינתן הפערים שהתגלעו בין חבריי להרכב זה ביחס להחלת המבחן שהוצע בנסיבות המקרה הפרטני שבפנינו.

2. תחילה למישור העקרוני. ברובד זה, עמדתי היא כי מבחן התכלית הדומיננטית מנקודת מבטו של הבוחר הסביר (ובהמשך אחדד: הבוחר מן היישוב) שהובא בחוות דעתה של הנשיאה, מאזן אל נכון בין חופש הביטוי – לבין התכליות העומדות ביסוד האיסור על מתן מתנות בחוק התעמולה. אם תרצו, איזון בין חופש הביטוי לבין חופש הבוחר. הדגש הראשון הוא על חשיבותו של הביטוי, ובפרט הביטוי הפוליטי, כאבן פינה בחברה הדמוקרטית, והדגש השני הוא על קביעת תנאים, או אפילו אקלים, של "אוויר נקי" למימוש חופש הבחירה, תוך הגנה על טוהר הבחירות.

האיזון בא לידי ביטוי במבחן התכלית הדומיננטית. השאלה אותה יש לבחון היא האם, בעיני בוחר מן היישוב, החפץ נועד בעיקר להעברת מסר תעמולתי או שמא נועד בעיקר לתכלית אחרת. מן העבר האחד, יש בכוחה של נקודת מבט זו כדי למנוע חלוקת מתנה שנועדה להטות את ליבו ואת דעתו של הבוחר באמצעים לא כשרים. המבחן מבטיח, כי אל הבוחר יועבר אך חפץ שעיקרו הוא מסר, ולא ערך כלכלי, רגשי, סנטימנטלי או אחר. בכך נשמר טוהר הבחירות. מן העבר האחר, מבחן זה אינו מגביל את חופש הביטוי הפוליטי יתר על המידה. העברת מסר באמצעות חפץ עודנה מתאפשרת. אך זאת, כאמור, רק ככל שהמסר אכן מהווה התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר.

יושם אל לב לעדינות המהלך. הנורמה היא בחינת התכלית הדומיננטית – שמא מדובר במסר תעמולתי או בתכלית אחרת; אך אבן הבוחן לכך היא מנקודת מבטו של הבוחר. הוא העומד במרכז. טוהר הבחירות, מבחינה ערכית ומבחינה מעשית, עובר דרכו. כפי שהטעים המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, זווית הסתכלות זו תואמת את הטעם העומד בבסיס האיסור על מתן מתנות – מניעת השפעה בלתי הוגנת על הבוחר. יוער, כי מבחינה משפטית, הריני מעדיף את המונח הבוחר מן היישוב על פני הבוחר הסביר, על אף החפיפה הרבה ביניהם. הסיבה לכך היא שבראיה רחבה, השאלה באיזו מידה הבוחר סביר – תקבע בתוצאת הקלפי ולא על ידי גורם אחר. הסביר הוא הנורמטיבי, בנבדל מ"מן היישוב", האוחז יותר בקרקע המציאות. עוד אוסיף, כי בחינת עמדתו של בוחר מן היישוב פשוטה ומעשית יותר ליישום מאשר בחינת כוונתו הסובייקטיבית ונסתרות ליבו של מעניק המתנה או של בוחר פלוני. אף שיקול מעשי זה מקבל משנה חשיבות שעה שמדובר בהחלטה שעל יושב ראש ועדת הבחירות לקבל בסד זמנים דחוק, בזמן אמת.

עוד יוער, כי אף אני סבור, כחברתי הנשיאה, כי דומה שככל ששוויו של החפץ גבוה יותר, סביר יותר להניח כי הבוחר יראה בו בעיקר מתנה (ראו סיפת פסקה 19 לחוות דעתה). אוסיף, כי לדעתי, לערך כלכלי ממשי – יש לתת משקל ממשי. יתרה מכך, ניתן אף לומר כי במקום שבו מדובר בחפץ בעל שווי גבוה, קשה מאוד יהיה לקבוע כי המסר התעמולתי הוא העיקר וכי אין מדובר במתנה. יחד עם זאת, אבהיר כי לא מצאתי להכניס את שיקול השווי לתבנית של "מקבילית כוחות" כחברי השופט פוגלמן. כך בעיקר מהטעם שערך פעוט – לא בהכרח מעיד על כך שאין מדובר במתנה. הובאו לכך דוגמאות שונות, למשל קמעות ופירות יבשים – ודומה כי הדמיון והיד עוד נטויים. במידה מסוימת, ניתן לומר שמתקיימת "מקבילית למחצה", המופעלת כשהערך הכלכלי ממשי, אך לא כשהוא נמוך. כשהערך ממשי – מקבל השיקול הכלכלי את מרכז הבמה. הטעם בדבר, הוא כי במצב האמור, של קבלת חפץ בעל שווי גבוה, יסבור הבוחר מן היישוב כי הוא קיבל מתנה. או אז, גם אם רצון הנותן הוא להעביר מסר תעמולתי – אין בכוחו לגבור על ממד המתנה שבהענקה, ההופך לתכלית הדומיננטית מנקודת מבטו של המקבל, הוא הבוחר. באופן כללי, יוער כי השיקול בדבר שווי החפץ, אף מוצא את ביטויו בכמה מהתכליות העומדות ביסוד איסור מתן המתנות בחוק התעמולה. כך, שוויו של החפץ עשוי להשליך על הפגיעה בשוויון בין המפלגות בניסיון להגיע אל הבוחר, וכן על תכלית הגבלת הוצאות המפלגות (וראו בג"ץ 862/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, מו(2) 692 (1992)).

הזרקור מופנה אפוא למקרים בהם החפץ המועבר לבוחר בעל ערך רב. יהא זה ערך כלכלי או אחר. ניתן, בקלות יחסית, לחשוב על דוגמאות לחפצים שמקבלם יסבור כי חרף ניסיון להעביר מסר באמצעותם – הרי שבשל שוויים, מהותם וערכם הם בגדר מתנה. כאמור, נקודת מבטו של הבוחר היא הקובעת.

3. לאחר דברים אלה, אתייחס, בתמצית, למבחן אשר הציע חברי השופט סולברג: מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בטוהר הבחירות. אכן, יש היגיון בצדו של מבחן זה. הוא מבטא הגנה על ערך יסוד בחברתנו הדמוקרטית – חופש הביטוי, ואף משיק, ברף מרוכך יותר, לנוסחת הוודאות הקרובה, שכבר קנתה לה אחיזה בשיטתנו המשפטית. יחד עם זאת, סבורני כי דווקא במִטְרָהּ בה עסקינן, של גבולות חופש הביטוי במסגרת תעמולת בחירות, מבחן זה אינו נותן די משקל ליתר הערכים המוגנים בשדה זה, ואסביר.

להשקפת השופט סולברג, מבחן האפשרות הסבירה לפגיעה ממשית בטוהר הבחירות הוא מבחן הצופה פני תוצאה. נדרש חשש ממשי כי הענקת המתנה תביא לפגיעה בטוהר הבחירות ובשיקול דעתו החופשי של הבוחר (ראו פסקה 6 לחוות דעתו). לטעמי, דרישת התוצאה מחמירה יתר על המידה בזירת הבחירות, שכן לא בנקל ניתן לאתר השלכה תוצאתית הנובעת ממתן חפץ לבוחר. הניסיון מלמד, כי כלי התעמולה בהם נעשה שימוש בזירת הבחירות בת ימינו הינם מתוחכמים, מגוונים ומתקדמים. הם פועלים לא אחת ברובד עקיף, מצטבר ואף לא מודע. דומני כי דווקא בתחום זה, אין זו מלאכה קלה לאתר קיומו של קשר תוצאתי בין מתנה שחולקה לבוחר לבין בחירתו מאחורי הפרגוד עד כדי פגיעה בטוהר הבחירות. כך ביתר שאת מקום בו עסקינן, כפי שגורס אף השופט סולברג, בבוחר המצביע בהתאם לדעתו ולצו מצפונו; וודאי במקום בו ערכן של המתנות אינו גבוה באופן מיוחד (להרחבה אודות דרכי ההשפעה המגוונות הגלומות במתן מתנות לבוחרים, ראו: Frederic Charles Schaffer & Andreas Schedler, *What Is Vote Buying?*, in ELECTIONS FOR SALE: THE CAUSES AND CONSEQUENCES OF VOTE BUYING 17 (Frederic Charles Schaffer ed. (2007)). נראה אפוא, כי מבחן האפשרות הסבירה מגביל חלוקת מתנות שיש בכוחן להשפיע על הבוחר או לפגוע בטוהר הבחירות באופן ממשי – בעוד הלכה למעשה בתחום הבחירות – ההשפעה לא אחת עקיפה, חמקמקה ומעורפלת. מכאן כי מבחן זה עלול להרחיב את גבולות האיסור על מתן מתנות יתר על המידה, ולאפשר חלוקת מתנות גם במקום שלא ראוי כי תחולקנה.

משנפרשה עמדת העקרונית ביחס למבחן הראוי – מבחן התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר מן היישוב – נעבור להערה המעשית, שהשלכותיה גם מהותיות.

מבחן התכלית הדומיננטית: בין הלכה לבין מעשה

4. עיון בחוות הדעת של חבריי להרכב מורחב זה מעלה, כאמור, כי למרות ששופטי הרוב מסכימים, ככלל, ביחס למבחן הראוי – מבחן התכלית הדומיננטית – נחלקים הם בדעותיהם ביחס ליישומו במקרה שבפנינו. כך, בעוד הנשיאה נאור סבורה כי מבחן התכלית הדומיננטית מוביל למסקנה כי חלוקת שבועון "שרלי הבדו" דינה כחלוקת מתנה אסורה על פי סעיף 8 לחוק התעמולה, השופטים פוגלמן ודנציגר, סבורים כי אין מדובר במתן מתנה אסורה. במישור היישומי, מצרף אני את דעתי לדעתם (יוער

כי דומה שהמשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, מיקד חוות דעתו בשאלה העקרונית – עמדה שאפשר להבין היטב, הואיל והחלק האופרטיבי אינו רלוונטי בשלב זה).

הפער היישומי מחייב התייחסות. אמנם, יטען הטוען שהמחלוקת המעשית אינה מרכזית. ההכרעה הפרטנית במקרנו ממילא התייחרה כאמור. היא נעדרת השלכה בפועל, בעוד המבחן במהותו ובמבט צופה פני עתיד – מוסכם. ברם, אבקש להציע כי מקריאת עמדות חבריי עולה כי היישום השונה במקרנו, ולו כ"מקרה בוחן", עשוי ללמד על תפיסה והגדרה שונה של אמת המידה העקרונית. לטעמי, זאת יש ללבן ולהבהיר.

5. ביישום מבחן התכלית הדומיננטית, כאמור, יש לבחון האם בעיני בוחר מן היישוב חלוקת החפץ נועדה בעיקרה להעברת מסר תעמולתי – ואז תותר; או שמא לתכלית אחרת – ואז תאסר. התכלית האחרת, עשויה להיות העברת חפץ בעל ערך כספי, רגשי, סנטימנטלי, דתי או אחר.

נפנה אפוא ליישום אמת מידה זו בנסיבות ענייננו. על הכף האחת של המאזניים מונחת התכלית שאינה תעמולתית: לשבועון יש ערך כספי. שוויו, על סך 37 ש"ח אינו גבוה באופן מיוחד, אך בפירוש אינו זעום או מבוטל. ואולם, דומה כי סכום זה כשלעצמו, אינו מכריע בנסיבות העניין. אל לשכוח כי מלאכת האיזון היא דינאמית. לאמור, ייתכן ואם שווי השבועון היה גבוה באופן ממשי, למשל על סך כ-100 ש"ח, דעתי הייתה אחרת. אלא שבענייננו, הסכום של 37 ש"ח, הגם שהינו בעל משקל, ואף משקל רב – אינו מטה את הכף באופן נחרץ. לצד השווי הכספי, עוד מונחת על כף זו ההנחה כי קוראים רבים עשויים למצוא בשבועון ערך ועניין כשלעצמו.

מנגד, על הכף השנייה של המאזניים, ניצב המסר התעמולתי. עמדתי היא כי בענייננו, בהינתן ששווי השבועון אינו זעום ואינו גבוה באופן מיוחד, המסר מטה את הכף. כך, לנוכח מבחן ההקשר הרחב וצורת המתנה. הרקע לחלוקת השבועון מלמד, כי התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר מן היישוב הייתה המסר שבחלוקתו ולא הערך הכספי.

בבחינת ההקשר, יש לזכור כי אין מדובר בגיליון רגיל של השבועון. מדובר בגיליון מיוחד, שפורסם לאחר הפיגוע הרצחני במערכת השבועון בפריז. המענה לרצח שנעשה בניסיון להשתיק את חופש הביטוי – היה עמידה על חופש הביטוי של מערכת השבועון, שהייתה יעד הפיגוע. היו אלה ימים קשים, שזכו לתשומת לב עולמית על

רקע האירוע החריג. הודעת המשיבים בדבר הכוונה לחלק את השבועון, ניתנה בפרט על רקע החלטת אחת מרשתות הספרים להימנע ממכירתו בחנויותיה. נתון נוסף בבחינת ההקשר, שאף לו ניתן להעניק משקל, הוא כי דומה שבלב ההתנגדות לחלוקת השבועון עמד המסר הטמון בו, ולא אך הטענה כי מדובר במתנה לבוחרים שעשויה להטות את דעתם (ראו, למשל, דברי הנשיאה נאור בפסקה 2 לחוות דעתה בפסק הדין מושא הדיון הנוסף, לפיהם: "דומני כי נושא ה"מתנה" אינו אלא כסות לרצון למנוע את הפצת הגיליון המיוחד בשל האירוע שעל השער. זו גם הייתה הסיבה לכך שניסיוננו לנטרל כל טענה בנושא המתנה, באמצעות פשרה לפיה יופצו רק העמודים הראשון והאחרון של הגיליון המיוחד, לא זכה לאזון קשבת"). זו האטמוספירה בה חולק החפץ – ויש להתייחס אליה בבחינת האופן בו נתפשה חלוקת השבועון על ידי הבוחר מן היישוב. לכך יש להוסיף, כי ברובד הצורני, המשיבים ביקשו להפיץ את השבועון לא לבדו, אלא בתוך כריכת כרומו עם סמל המפלגה, שעליה כתוב: "אחמד טיבי לא רוצה שתראו את זה... ניירות לא הורגים, טרור כן", וכן הסברים ביחס לגיליון המיוחד.

מהרקע המתואר עולה, כי שאלת חלוקת הגיליון שיקפה מחלוקת עקרונית. סבורני כי בנסיבות המתוארות, לו היה נשאל בוחר מן היישוב באותם ימים: מהי המטרה הדומיננטית בחלוקת הגיליון – תשובתו הייתה העברת מסר וחידוד המחלוקת הרעיונית. מסר, ולא הטיית לב הבוחרים באמצעות מתנה. כמובן, סביר להניח כי מקום בו הרקע היה שונה, במים רגועים יותר – ההכרעה הייתה שונה בתכלית. כאמור, ערכו של השבועון אינו מבוטל. ברם, בחינת מכלול התמונה מביאה לדידי למסקנה כי התכלית הדומיננטית נוטה לכיוון המסר. אעיר כי באופן מעניין ואולי ייחודי, שאלת חופש הביטוי לא מסתרת מאחורי הקלעים במקרנו. היא שזורה בנסיבות המקרה וניצבה במרכז הבמה: מטרת המשיבים בחלוקת השבועון, הייתה מתן ביטוי לדבר מה שביטוי הוגבל ונמנע. אף לכך יש משקל בהכרעה ובאיזון בין הערכים המתנגשים, בהם כאמור ההגנה על חופש הביטוי.

כדי להמחיש טוב יותר את מסקנתי היישומית, אשווה בין הדוגמא מושא דיוננו לבין דוגמא היפותטית. נניח כי מפלגה שדוגלת בהגברת החינוך היהודי מבקשת לחלק ספרי תנ"ך לבוחרים, לצד מכתב מתאים מצורף. לדעתי נכון היה לפסול ניסיון כזה. הגם שחלוקה כזו עשויה לקדם את המסר המיועד, בעיני הבוחר מן היישוב מדובר במתנה. די להפנות לערך הכספי ואף הסמלי בספר. הבודל נוסף בין דוגמא זו לבין מקרנו, הוא כי המקבל ספר תנ"ך מודע לכך שזהו ספר שאפשר לעשות בו שימוש, למטרות שונות, ללא קשר לבחירות ולמשך תקופה ארוכה. שבועון – גם שבועון או עיתון שמתייחס לאירוע לא שגרתי ואפילו היסטורי – בדרך כלל אינו נשמר ולא נעשה

בו שימוש לאורך זמן. כמובן, אין משמעות הדבר כי בכל מקום בו חפץ הוא בעל משמעות זמנית תותר חלוקתו. רחוק מכך, ודי להצביע על הדוגמא של מתנה בדרך של דבר מאכל. ברם, הזמן, מידת השימוש בחפץ, הסיפוק ממנו וכדומה, עשויים להשליך על השאלה מהי התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר מן היישוב.

יוער כי נראה שחברי, השופט פוגלמן, שקבע כאמור כי אין מדובר במתנה אסורה, ביישמו את מבחן התכלית הדומיננטית בענייננו כמקרה בוחן, ערך אף הוא איזון. כלשונו: "זהו שווי שאינו מבוטל כלל ועיקר. אך על רקע אירועי אותם ימים – גם המסר היה בעל משקל סגולי ניכר. לדעתי, גם בשים לב לשווי האובייקטיבי של החפץ, בעיני הבוחר הסביר הדגש הוא המסר. העיקר – הביטוי; הטפל – הערך הכלכלי" (פסקה 5 לחוות דעתו). לאמור, אף בהנחה שעשויה להיות לחפץ תכלית אחרת ושווי אובייקטיבי, הרי שלמעשה על פי מבחן ההקשר, הסיק חברי כי המסר הוא העיקר, הוא התכלית הדומיננטית.

6. לאחר דברים אלה, אבקש להעיר הערה יישומית אחרונה, לנוכח הפער התוצאתי בין שופטי הרוב. דומה כי בחוות דעתה של חברתי הנשיאה, שכאמור סבורה כי לא היה מקום להתיר את חלוקת השבועון, ניתן משקל לשאלה האם לחפץ יש שווי או תכלית אחרת בעיני הבוחר, זולת המסר התעמולתי. כך ברובד הכללי, הוער כי "המבחן המוצע עולה, כאמור, עם הגישה שאומצה לאורך השנים [...] לפיה כל חפץ בעל שווי מבחינת הבוחר המועבר לבוחר הוא בגדר מתנה" (ההדגשה הוספה, ראו פסקה 20 לחוות דעתה). בנוסף, בחלק היישומי, בהתייחס לחלוקת השבועון, נכתב כך: "לא כך הוא נתפס, לדעתי, בעיני הבוחר הסביר. זאת בהתחשב בכך שלשבועון יש ערך פונקציונלי בפני עצמו (להבדיל מכפתור או כובע עם שם המפלגה, למשל) – יש לו תכלית אחרת זולת המסר התעמולתי, שאותה נועד מטבעו למלא" (ההדגשה האחרונה הוספה, ראו פסקה 21).

אקדים ואומר, כי לשווי של החפץ ולעצם קיומה של תכלית אחרת שאינה תעמולתית – יש משקל, וכאמור, אף משקל רב. כך מתאפשרת הבחנה, למשל, בין צנצנת דבש שעליה דברי הסבר, לבין גלויה עם דברי הסבר. בעוד לצנצנת יש שווי וערך העומדים בפני עצמם, וחורגים מהעברת המסר – לגלויה אין ערך משמעותי כזה. ואולם, דומני כי יש מקום להדגיש כי לא די בעצם קיומם של שווי או תכלית אחרת כדי לקבוע שמדובר במתנה אסורה. גם בהנחה שלחפץ יש תכלית אחרת, יש לאזן בין בינה לבין התכלית התעמולתית – על מנת לבחון מי מהן דומיננטית יותר. כך בבחינת השאלה האם מדובר במתנה מנקודת מבטו של הבוחר. בנסיבות המקרה דנא, כאמור,

מסקנתי שונה מזו של הנשיאה, והיא כי תכלית המתנה נופלת מעוצמת התכלית התעמולתית.

מצויים אנו בעידן של תקשורת, טכנולוגיה ופסיכולוגיה חברתית משוכללות לעומת העבר. מנעד רשימת המתנות גדל. חלקן צפויות וחלקן כגדר חידוש. היתרון באיזון בין שתי התכליות – גם במקום בו קיימת תכלית אחרת – הוא גם בהענקת שיקול דעת רחב יותר לגורם המחליט. ראוי לעצב את המבחן באופן שיאפשר ליו"ר ועדת הבחירות לאסור חלוקת חפץ וגם להתיר, תוך איזון בין הנורמות המתחרות. כמובן, חשוב שהמבחן יהיה מעשי ופשוט להפעלה. זאת בפרט משיקולים יישומיים, בהינתן המקצב בו מתאפיינות מערכות בחירות. הנשיאה בצדק הדגישה זאת. ואולם, לצד הבהירות, נדרשת גם גמישות. על כך מעיד המקרה דנן על נסיבותיו המורכבות. יש לשמור מקום גם לבחינת ההקשר והצורה.

לסיום אעיר, במישור היישומי, כי לו הייתי נדרש לכך בזמן אמת, ייתכן שהייתי מעדיף, כגורם מכריע, לקבל את הצעת הנשיאה לחלק את העמוד הראשון והאחרון של השבועון בלבד, ולנטרל את ממד הערך שבו. תוצאה זו נראית לי ראויה ביותר. ואולם, בדיון שבפנינו גדר המחלוקת אחר, ומבין שתי האפשרויות שנותרו – סבורני כי חלוקת השבועון הייתה עדיפה על מניעת חלוקתו.

איסור על מתן מתנות – על שום מה?

7. אחר הדברים האלה, אבקש לשוב להנחה העומדת ביסוד עמדתי, ואשר עשויה להצטייר כמובנת מאליה, והיא כי חלוקת מתנות לבוחרים – אסורה. ההנחה היא כי מגבלה זו עומדת בעינה אף אם הבוחר אינו מתחייב לתת את קולו בעבור המתנה באופן מפורש או משתמע. למעשה, די בעצם פעולת מתן המתנה, ובלבד שבוחר מן היישוב סבור כי התכלית הדומיננטית של החפץ היא אכן מתנה.

ואולם, עשוי השואל לשאול שאלה מקדמית וחשובה: האם בימינו, עת נדמה כי נבחרי הציבור עושים יותר ויותר על מנת לשכנע את ציבור הבוחרים לבחור בהם – לרבות שימוש באמצעי שיווק מגוונים, ערוצי מדיה שונים ואנשי שיווק המחדדים את מסריהם – יש הצדקה לאסור דווקא חלוקת מתנות, ולו בעלות שווי נמוך? לאמור, האם ישנה הבחנה מהותית בין השפעה על הבוחר כתוצאה מחלוקת עט או דבר מאכל, לבין השפעה מכוח הפקת סרטון תעמולה מתוזמר, הכולל מסרים קליטים, שעליו עמלו מובילי קמפיין? מדוע דווקא הראשונה נאסרה והאחרונה מותרת, והאם אין מקום

לפרש את האיסור באופן מצמצם, כך שככלל, חלוקת מתנות תותר כחלק מאמצעי השיווק המותרים, פרט למקרים חריגים.

על שאלה זו, אבקש להשיב עתה.

8. ראשית, אפנה לחוק ולפרשנותו. התבוננות ממעוף הציפור על ההסדרים בחוק הישראלי בסוגית מתן מתנות לבוחרים מלמדת כי את האיסור הקבוע בסעיף 8 לחוק התעמולה יש לפרש כמגבלה רחבה יחסית, כך שלא נדרשת תוצאה של השפעה על הבוחר – אלא אך חלוקת מתנה כשלעצמה, ואסביר.

לצד האיסור על מתן מתנות מושא דיונו, הקבוע בסעיף 8 לחוק התעמולה, איסור על מתן מתנות בשעת בחירות מעוגן גם בעבירת השוחד לפי סעיף 122 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הבחירות). לפי סעיף קטן 122(1), עונש מאסר או קנס יוטל על "הנותן או המציע שוחד על מנת להשפיע על בוחר להצביע או להימנע מהצביע, בכלל או בעד רשימת מועמדים מסויימת". בסעיף 123 לחוק הבחירות הובהר כי לעניין שוחד, אין נפקא מינא אם מדובר ב"כסף, שווה כסף, שירות או טובת הנאה אחרת...". משילובם של סעיפים 122 ו-123 לחוק הבחירות, אנו למדים כי מתן מתנה לבוחר (דהיינו, שווה כסף), על מנת להשפיע על האופן שבו יצביע, אסורה – ועשויה להיחשב לשוחד (להרחבה על האיסור ועל האופן שבו פורש במשפט הישראלי ראו: "טוהר הבחירות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.1910 (2003). עוד יצוין, כי עבירה דומה קבועה גם בסעיפים 88 ו-89 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965. יוער כי הסדר זה נבדל מעבירת השוחד לעובד הציבור בעד פעולה הקשורה בתפקידו, המעוגנת בסימן ה' לפרק ט' בחוק העונשין, התשל"ז-1977. כאן, במובנים מסויימים, מדובר בתמונת ראי: נמען השוחד הוא הבוחר, ולא הנבחר).

ודוק, וכאן העיקר, יושם אל לב כי בעבירת השוחד בחוק הבחירות, נדרש כי שווה הכסף ינתן על מנת להשפיע על האופן שבו יצביע הבוחר. אלא שהמחוקק לא הסתפק בכך, ולצד עבירה זו, קבע בסעיף 8 לחוק התעמולה איסור נפרד, רחב וגורף יותר, על מתן מתנות. יוער כי על רוחב האיסור על מתן מתנות בחוק התעמולה בהשוואה לעבירת השוחד בחוק הבחירות, ניתן ללמוד אף מהצגת חוק התעמולה בדיון בכנסת על-ידי זרח ורהפטיג, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט:

"ההגבלות בתעמולת הבחירות אפשר לחלק אותן לפי חמישה כללים... סוג שלישי של הגבלות, הן הגבלות של תעמולת בחירות אשר יש בהן משום אבק של שוחד. אינני מדבר על איסור של שוחד, זה מובטח בחוק הבחירות, אבל אני מדבר על אבק של שוחד. לסוג זה שייכות הגבלות בקשר לאמצעי בידור המשולבים באסיפות בחירות, כפי שזה מתבטא בסעיף 8...8" (ד"כ 2253, 27 (התשי"ט))

להשלמת ניתוח החוק, יוער כי איסור על מתן מתנות בשעת בחירות קיים גם במדינות דמוקרטיות נוספות תחת עבירת השוחד, בניסוח דומה להופעתה במשפט הישראלי. כך למשל, באנגליה, סעיף 113 ל- Representation of the People Act, 1983, קובע כי מתן או קבלת מתנה במטרה להשפיע על הצבעה – מהווה שוחד בחירות, הן ביחס לנותן המתנה והן ביחס למקבלה. כך, בתמצית:

"113(2) A person shall be guilty of bribery if he, directly or indirectly, by himself or by any other person on his behalf—

(a) gives any money or procures any office to or for any voter or to or for any other person on behalf of any voter or to or for any other person **in order to induce any voter to vote or refrain from voting**, or

[...]

For the purposes of this subsection—

(i) **references to giving money include** references to giving, lending, agreeing to give or lend, offering, promising, or promising to procure or endeavour to procure any money **or valuable consideration**; and

[...]"

(ההדגשות הוספו).

יצוין כי סעיף 114 ל- Representation of the people act, 1983, קובע עבירה נוספת, "treating", שמכוחה נאסרה אספקת מזון, משקאות ובידור. גם בעבירה זו נדרש כי הדבר ייעשה במטרה להשפיע על הצבעת בוחרים. עולה אפוא, כי ההסדר בסעיף 8 לחוק התעמולה, האוסר על מתן מתנות גם במובחן מעבירת השוחד, בפרט ללא דרישה של מטרה להשפיע על הבוחר, אכן מרחיב ביחס לאיסור בחוק האנגלי. ההסדר בחוק התעמולה אוסר על "מתן מתנות" – הא ותו לא.

9. ומניתוח החוק, נפנה לניתוח הטעמים המהותיים העומדים בלב האיסור הרחב על מתן מתנות לבוחרים. באופן כללי, הנחת יסוד היא כי יש לאפשר לבוחר בחברה דמוקרטית לגבש את תפיסתו ועמדותיו הפוליטיות בשוק חופשי של דעות ורעיונות.

על פי תפיסה זו, פרסום מידע בשער בת רבים וקיומו של שיח אודותיו, מאפשר לבוחר לגבש את דעתו באופן מושכל, ולבטא את רצונו בקלפי. כפועל יוצא, קיומו של חופש הביטוי הפוליטי הוא רכיב הכרחי לקיומו של חופש בחירה – וממילא לקיומה של הדמוקרטיה (ראו והשוו גיא פסח "הבסיס העיוני של עיקרון חופש הביטוי ומעמדה המשפטי של העיתונות" משפטים לא 895, 901-908 (2000)); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008)).

ואולם, דווקא כדי להבטיח את חופש הבחירה, ועל מנת לאפשר לאזרח לגבש את עמדותיו באופן הוגן ונקי מהטיות ב"שוק הדעות" – על דרכי התעמולה הוטלו מגבלות שונות, גם במחיר של הגבלת חופש הביטוי. בין היתר, ניתן למנות מגבלות על תכני התעמולה (לדוגמא, מגבלות על השתתפות ילדים בתעמולה בסעיף 2 לחוק התעמולה); מגבלות על שיעור ההוצאות (כך בחוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973 ובחוק הרשויות המקומיות (מימון בחירות), התשנ"ג-1993); ומגבלות על כמות התעמולה (בין היתר, ביחס למודעות מודפסות, בסעיף 10 לחוק התעמולה). חלק מהמגבלות, נועדו להבטיח שוויון ההזדמנויות לרשימות המתמודדות (לסקירת המצב המשפטי וסוגי המגבלות, ראו גיא לוריא ותהילה שוורץ אלטשולר דפורמה בדיני תעמולת הבחירות – מחקר מדיניות 109, 21-38 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015)). להרחבה אודות מגבלות הנוגעות לשוויון בבחירות, ראו בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.3.2015), פסקאות 21-26 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס וההפניות שם).

ומה עניינן של המגבלות המעוגנות בסעיף 8 לחוק התעמולה? בין אמצעי התעמולה שנאסרו בסעיף ניתן למנות, לצד מתן מתנות, גם תכניות בידור (למשל, הופעות של אמנים, נגינה וזמרה), וכן הגשת מאכלים או משקאות משכרים, פרט למסיבות בבתים פרטיים. יושם אל לב, כי גם ביחס למגבלות האמורות לא בנקל ניתן לזהות השפעה ישירה על הבוחר ועל האופן בו יצביע, וכי אין מדובר בגרעין הקשה של פגיעה בטוהר הבחירות, בהשוואה לשוחד למשל. ואולם, עולה כי המחוקק אסר – כמעין "כלל אצבע" – על כלים תעמולתיים שהמשותף להן הוא חריגתם מהעברת המסר התעמולתי, הרעיון או העמדה. אמצעים תעמולתיים כאלה, עשויים להטות את לב הבוחר באופן שאינו ענייני (אף באופן עקיף, כאמור), גם במקום בו אין מדובר בניסיון מכוון ופסול להשפיע עליו. על תחימת האמצעים התעמולתיים המותרים לכאלה הנוגעים למסר או לרעיון לגופו בלבד, עמד המשנה לנשיא א' מצא, בהחלטתו כיושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית בעניין "ירושלים עכשיו":

“...מטרתה של תעמולת בחירות היא לשכנע את ציבור הבוחרים לתמוך בבחירתו של מתמודד פלוני ולהעדיפו על פני יתר המתמודדים. אמצעי השכנוע היחיד שבו ניתן ומותר להשתמש בתעמולת בחירות היא המילה: המילה המדוברת והמילה הכתובה. בעזרת המילים רשאי המתמודד לדבר אל שכלו והגיונו של הבוחר בדברים נכוחים ובנימוקים משכנעים. כן רשאי הוא לנסות לכבוש את לבו בסיסמאות ובתעלולים פרסומאיים. אכן, גם ביחס לשימוש באמצעים המילוליים מכתוב החוק מגבלות, שמטרתן לקיים את שורת השוויון בין המתמודדים, הן מצד המגוון והן מצד ההיקף הכמותי, על האמצעים שבהם יעשו שימוש בהבאת דברי השכנוע שלהם לידיעת הציבור. אך החוק אוסר לחלוטין את השימוש באמצעי תעמולה אחרים. סעיף 8 לחוק אוסר ללוות תעמולת בחירות בהענקת מתנות וטובות הנאה אחרות, ובכלל זה: תכניות בידור, הופעת אמנים, נגינה, זמרה, הצגת סרטים והגשת מאכל או משקה. השימוש באמצעים כאלה, העלולים לשבש את דעתם של הבוחרים, הוא פסול...” [תר”מ 94/98 סיעת “ירושלים עכשיו” נ’ מפלגת ש”ס, פ”ד נב(4) 654, 658 (1998)].

יודגש, כי לפחות ביחס לחלק מהאמצעים האמורים, הקושי בשימוש בהם אינו תוצאתי במובן הפשוט. כלומר, סביר כי עמדתם של רבים מהבוחרים לא תשתנה באופן מהותי אך משום שקיבלו מתנה או צפו בהופעה. אלא, באמצעים אלה טמון קושי אינהרנטי, באשר הם חורגים מהמסר הפוליטי ומניסיון השכנוע – למחוזות שאינם מן העניין.

במישור הכללי, יודגש כי על מנת להגן על טוהר הבחירות יש להציב גדרות גם בעניינים שעשויים להיחזות כפורמליים וכנוגעים לסדרי הבחירות גרידא, ואף בעניינים שאינם נחזים ממבט ראשון כמובילים לפגם מהותי בהליך. מנגנוני המעטפת של ההליך, הם שמגנים על הליכה – על טוהר הבחירות ועל חופש הבחירה. כפי שכתבתי בעניין אחר:

“שוחד בחירות אינו בן יחיד. כפי שנפסק, תכליותיו של חוק הבחירות הן הגשמת רצונו של הבוחר, לצד שמירה על הגינות, טוהר ויעילות בסדרי הבחירות (ב”ש 67/84 חדד נ’ 19, פ”ד לט(1) 667, 670 (1985)). להבטחת האחרונים, הותוו – לא בכדי ובכוונת מחוקק – הסדרים רבים ומפורטים הנוגעים לסדרי ההצבעה ולניהול מערכת הבחירות בכללותה. חשיבותם של הסדרים אלה איננה פורמאלית כי אם מהותית. הם נועדו לשמור על ערכים המשלימים, יחד עם הגשמת רצון הבוחר, את ערך-העל של הדמוקרטיה. בין המטרות ישנה זיקה הדדית,

שכן "השמירה על טוהר הבחירות מאפשרת לבוחר להגשים את רצונו" (עניין נאטר, בפסקה 6). על רקע זה, ניתן להבין את ההלכה שעוגנה בפסיקה, לפיה ליקוי בחירות הוא סטייה מסדרי הבחירות במובנם הרחב – אלה הקבועים בחוקי הבחירות, בתקנות הבחירות ובכל נורמת-דין רלוונטית אחרת (ראו: עניין משלב, בפסקה 25 וההפניות שם. ראו והשוו גם עניין פרומר, בפסקאות 10-11) "ע"א 4071/16 דאש עיריית בת ים נ' יריב פסקה 15 לחוות דעתי (20.2.2017)).

10. פרק זה, בדבר הטעמים לאיסור מתן מתנות, יבוא לסיומו בשתי הערות. האחת היא כי אינני מתעלם מהקצב המסחרר של השינוי בדרכי התקשורת משלהי המאה ה-20. די לציין את פיתוחם של מכשירים סלולריים, אינטרנט ורשתות חברתיות. אותות השינוי ניכרים, ובכוחם להטיל מעין "צל של זקנה", אשר תחתיו חוקים מסויימים בתחומים שונים נראים מיושנים (וראו למשל, האיסור על "נשיאת לפידים", בסעיף 8 לחוק התעמולה מושא הליך זה). ברם, איסור מתן מתנות מקומו איננו על מדף ההיסטוריה. נחدد זאת דרך הצגת החלופה: מה היה המצב, לו מותר היה להעניק מתנות לבוחר, ללא מגבלות וללא תנאים. ההערה השנייה היא כי הבחירות חשובות לא רק במהות השפעתן על החברה הדמוקרטית – אלא גם בסמליותן. לא בכדי נאמר שוב ושוב בימי בחירות כי זהו "יום חג לדמוקרטיה". הבחירות כסמל. סמל זה מתנופף מעלה מעלה ככל שהציבור נהנה מניקיון הדעת. ניתן לערוך אנלוגיה בין מראית פני הצדק במשפט לבין שמירה על טוהר הבחירות. גם בנקודה זו, יפה האיסור על מתן מתנות – כמסר, לבוחר ולנבחר כאחד.

"שונא מתנות יחיה": על עמדת המשפט העברי

11. לקראת סיום, אבקש להתייחס, בתמצית, לעמדת המשפט העברי בסוגיית מתן מתנות. למרות שמטבע הדברים ההקשר אחר, באשר הדברים שיוכאו אינם נוגעים למתן מתנות בשעת בחירות דווקא, או מנבחר ציבור לבוחר, סבור אני כי בכוחה של התבוננות בעקרונות כלליים בסוגיית מתן מתנות לתרום אף לעניינו.

באופן מעניין, ובמבט ראשון אף מפתיע, במקורות ישראל הובעה גישה כללית לפיה אין רואים בעין יפה קבלת מתנות. כך, בספר משלי נכתב כי "שונא מתנות יחיה" (משלי טו כז), ובתלמוד הבבלי סופר כך: "ומשרבו מקבלי המתנות, נתמעטו הימים

ונתקצרו השנים. דכתיב ושונא מתנות יחיה" (בבלי, סוטה מז, ב). יש לציין, כי הכלל "שונא מתנות יחיה" לא פורש כאיסור מובהק או כהלכה מחייבת לכל אדם, אלא כמידת חסידות, הנוהגת לפנים משורת הדין. כך, הרמב"ם החליט לחתום את החלק בספרו "משנה תורה" העוסק במתנות, באמירה הבאה: "הצדיקים הגמורים ואנשי מעשה לא יקבלו מתנה מאדם, אלא בוטחים בה' ברוך הוא ולא בנדיבים, הרי נאמר ושונא מתנות יחיה" (משנה תורה, הלכות זכייה ומתנה, פרק יב. ההדגשה אינה במקור; לסקירה יפה של גישת ההלכה למתנות, ראו יהושע פפר "ושונא מתנות יחיה": גישת ההלכה למתנות" דין (התשע"ז)).

כאמור, ברור כי יישום פשוט של כלל זה אינו רלוונטי בענייננו. יחד עם זאת, הטעמים וההסברים שניתנו למידת חסידות זו במקורות המשפט העברי – עשויים להפנות זרקור לשורש הבעיה בקבלת מתנות גם בהקשרנו אנו. אחד ממטעימי הטעמים לציווי זה, היה רבי יהושע פלק כץ (1555-1614), ממפרשי הטור והשולחן ערוך ומגדולי האחרונים. בהתייחסו לדברי הטור לפיהם "מדת חסידות שלא לקבל מתנה משום אדם אלא לבטוח בה'... שנאמר ושונא מתנות יחיה" (טור, חושן משפט, הלכות מתנה, סימן רמ"ט), כתב:

"פסוק הוא במשלי ט"ו [...] לפי שהנוטל מתנה צריך להחניף לבריות הנותנים לו ולבלתי הוכיחם אף אם רואה שדרכיהם מקולקלים וכל כיוצא בזה [...] מה שאין כן המבזה ושונא מתנות דאין צריך להחניף לשום אדם...".
[פרישה חושן משפט סימן רמ"ט; דברים דומים כתב גם בהתייחס לדבריו של השולחן ערוך, ראו: סמ"ע סימן רמ"ט].

מהדברים שהובאו, עולה כי קבלת מתנות עלולה ליצור יחסי תלות וחנופה בין מקבל המתנה לבין נותן המתנה – ואף להביא לעיקור חוש הביקורתיות ולהימנעות מתוכחה. על פי גישה זו, ההסתייגות מקבלת מתנות נועדה למנוע מצב בו אדם יחוש מחוייב לגמול או להחניף לנותן המתנה, ויהפוך ל"אסיר תודה" כלפיו, פשוטו כמשמעו. כתמונת הראי, אדם שאינו מקבל מתנה יכול לשפוט את מעשי הזולת באופן ענייני וחסר פניות. בהקשר זה – והדברים יפים לענייננו – יצוין כי במקורות הובעה גישה כי גם חפץ בעל שווי פעוט, כגון שרוך של נעל, עשוי להיחשב למתנה. כך, בספר בראשית, אברהם, מסרב לקבל כל רכוש ממלך סדום, באומרו: "אם מחוט ועד שרוך נעל ואם אקח מכל אשר לך ולא תאמר אני העשרתי את אברהם" (בראשית יד, כג).

למרות שהטעם המובא לעיל מיוחס לקבלת מתנה מגורם אנושי, נראה כי ניתן להחילו גם על חלוקת מתנות על ידי גורם מפלגתי. כך, קבלת מתנה – גם במקרה שבו הבוחר לא התחייב להצביע בתמורה – עשויה ליצור תחושת מחויבות וחנופה, גם אם באופן סמוי מן העין, וכן לטשטש את חוש הביקורתיות. זאת גם בשעה שאין התחייבות מפורשת ליתן דבר בעבור המתנה. לענייננו, בעוד אמצעי הפרסום, מתוחכמים ככל שיהיו, נועדו לשכנע ולהעביר רעיון, ומשכך מצויים הם ב"סל הכלים" הדמוקרטי הלגיטימי – הרי שמתנה עשויה ליצור אצל מקבלה מחויבות, באופן שאינו ענייני לשיקולים במסגרת בחירות, ולפגוע בחופש הבחירה. כך או כך, המתנה מכניסה גורם זר לשיקולי הבוחר. נסכם ונאמר, כי כפי ששונא מתנות יחיה – נותן מתנות לא ייבחר.

טו דבר

12. לסיכום, בשאלה הראשונה, בדבר היקף סמכות יו"ר ועדת הבחירות למתן צווי מניעה, ולא הייתי מרחיב את הסמכויות מעבר לגבולות סעיף 17ב(א) לחוק התעמולה.

בשאלה השנייה, שעניינה פרשנות המונח "מתנה" בסעיף 8 לחוק התעמולה, סבורני כי המבחן המתאים הוא מבחן התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר מן היישוב. לכך הוספתי שני דגשים עיקריים. ראשית, ככל שלחפץ יש ערך כלכלי ממשי – יש להעניק לכך משקל ממשי, ולא בנקל ייקבע כי אין מדובר במתנה (ראו דבריי בנוגע ל"מקבילית למחצה"). לשון אחר, כאשר הערך הכספי של החפץ עובר רף מסוים, יהיה קשה מאוד לקבוע כי המסר התעמולתי הוא העיקר. ודוק, במתנה לא הכל כסף. הכרה בכך שלחפץ מסוים יש ערך רב, אינה מוגבלת למישור הכלכלי. שנית, ביישום המבחן יש להציב את שתי התכליות על כפות המאזניים – זו התעמולתית וזו שאינה תעמולתית – ולבחון מי מהן דומיננטית יותר. במלאכת האיזון ניתן להתחשב, ואין זו רשימה סגורה, בהקשר הרחב ובצורת ההענקה. יודגש, כי נקודת המוצא היא איסור על מתן מתנה. על האיזון להיערך לאורו של איסור זה. בהתאם, אם יו"ר ועדת הבחירות יגיע למסקנה, לאחר הבדיקה, כי החפץ ייתפס בעיני הבוחר מן היישוב כמתנה – ואפילו יגיע למסקנה כי המאזניים מעוינים – תיאסר חלוקת החפץ. ביישום לענייננו, דעתי היא כי בהינתן ההקשר בו חולק השבועון, מבחן התכלית הדומיננטית מנקודת מבטו של בוחר מן היישוב מוביל למסקנה כי אין מדובר במתנה אסורה. ניתן היה לחלק בחינם את הגיליון המיוחד של השבועון "שרלי הבדו".

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המקיף והממצה של חברתי, הנשיאה מ' נאור, בכל הנוגע לסוגיה הראשונה של פרשנות האיסור הקבוע בסעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959 (להלן: חוק דרכי תעמולה). באשר לסוגיה השנייה, הנוגעת בהיקף סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית – למען נקיון הדעת – אמנע מכל התייחסות אליה, וזאת בשים לב לכך שביני לביני, לאחר שמיעת הדנג"ץ, נתמנית ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21.

2. בצד האמור לעיל, ובשל חשיבות הסוגיה הראשונה שעלתה במכלול, הנני מרשה לעצמי להוסיף ולהעיר מספר דברים ביחס לשאלה הפרשנית הנ"ל, על רקע נסיבות המקרה שבו אנו דנים.

3. הפרסום בשבועון Charlie Hebdo, נשוא הדנג"ץ (להלן: הפרסום בשבועון), בא בגדר חופש העיתונות. תעמולת בחירות נכנסת לקטגוריה של חופש הביטוי. זכויות אלו (חופש העיתונות וחופש הביטוי) מוגנות – כזכויות חוקתיות. ראו והשוו: פסק דיני ב- בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.04.2015); עיינו גם: ברק מדינה, דיני זכויות האדם בישראל, פרק שלישי, ובמיוחד עמ': 443-444, 592-594 (2016).

מכאן שהפגיעה בזכויות אלו אפשרית רק אם היא עומדת בתנאי "פיסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), או שהיא באה לעולם באמצעות דין שהיה בנמצא קודם לחקיקת חוק היסוד, וזאת מכוח פיסקת שמירת הדינים (ראו: סעיף 10 לחוק היסוד), ובלבד שהדין הפוגע לא תוקן, או שונה (ראו: בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999). לפיכך, לו רשות כלשהי היתה מנסה לצנזר את הפרסום בשבועון, או להגביל את הפצת השבועון בשל תכני הפרסום בו, כפי שהוצגו לנו – לא הייתי מהסס מלהתערב שיפוטית בפגיעה שכזו ולמנוע אותה.

4. במקרה שלפנינו מדובר, לעומת זאת, בתעמולת בחירות, שנעשתה על ידי המשיבים 1 ו-2 בעקבות החלטה של אחת מרשתות הספרים הפרטיות בארץ – להימנע מהפצת הגיליון, בו ראה אור הפרסום בשבועון, והכל על רקע ההתרחשויות הקשות המתוארות בפסק דינה של חברתי, הנשיאה.

תעמולת הבחירות בהקשר זה, ואפילו היא חריפה – מותרת כמובן (וזה היה אף הדין אם לדברי התעמולה היו מצורפים, כהצעת חברתי הנשיאה, בעת הדיון בעתירה, "דוגמיות" מהפרסום בשבועון, כמו העמוד הראשון והאחרון של הגיליון). דא עקא, שפה לתעמולת הבחירות – צורף גיליון הפרסום בשבועון בשלמותו, אשר חולק בחינם, על אף שעלותו בישראל, ברכישה אינטרנטית, עמדה על 37 ש"ח (ויש לו גם ערך מוסף תיעודי-היסטורי, המעלה עוד את שוויו – בשל המהדורה המוגבלת (על אף תפוצתה הנרחבת), שהוצאה: לזכר הנרצחים, לכבוד הפצועים, ולעיגון חופש העיתונות בצרפת ובעולם).

בכך עברו לכאורה המשיבים 1 ו-2 על האיסור הקבוע בסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה, המורה, בין השאר, כך:

"... לא תהא תעמולת בחירות קשורה במתן מתנות..."
(ההדגשה שלי – ח"מ).

לפיכך צדק, לשיטתי, יו"ר ועדת הבחירות המרכזית דאז (כב' השופט ס' ג'ובראן) בעת שהוציא צו מניעה בהקשר זה, ככל שביסס אותו על טעם זה. זה המקום להדגיש כי ההגבלה האמורה של איסור נתינת מתנות, הכרוכה בתעמולת בחירות, נכללה עוד בחוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959 המקורי (ראו: ס"ח 284 מתאריך 15.07.1959, עמ' 138), והיא עומדת, לדעתי, גם היום בדרישות "פיסקת ההגבלה" שבסעיף 8 לחוק היסוד.

זאת ועוד: המבחן שהוצע על ידי חברתי, הנשיאה, לגבי הכריכה בנושא זה – מקובל עלי (השוו לסוגיית "העיסקה המעורבת עם מתנה", שעליה מופעל "עיקרון הספיגה", שבגדרו מיושמים הכללים שנקבעו לגבי העיסקה הדומיננטית. עיינו: מרדכי אלפרדו ראבילו, חוק המתנה תשכ"ח-1968, 198-203 (מהדורה שנייה, 1996). אף החלתו של המבחן המוצע, על נסיבות המכלול, נראה לי, מה גם שלהבנתי אכן היה מדובר במקרה שלפנינו בהענקת מתנה של ממש, כמשמעה של זו בחוק המתנה, התשכ"ח-1968.

5. לסיום אציין כי קרוב לוודאי שהייתי מגיע למסקנה שונה אילו המשיבים 1 ו-2 היו רוכשים את גיליונות הפרסום בשבועון, ובצד תעמולת הבחירות שלהם היו מוכרים אותם לציבור (למצער במחיר עלות) – כמחאה על עצירת ההפצה הפרטית, או כהזדהות עם מי שמתקומם כנגד מי שחפץ בהשתקת חופש הביטוי באמצעים אלימים, או בכלל, או אפילו כהתרסה כנגד מי שלא רוצה שהציבור יחזה בפרסומים, או בקריקטורות מסוג זה, שראו ורואים אור בפרסומי השבועון (כל מטרה כזו לעצמה, או כולן יחד – לגיטימיות בעיני כתעמולת בחירות, בגדר חופש הביטוי).

6. העולה מן המקובץ מלמד: תעמולת בחירות מותרת ויש לפרש ולאפשר אותה בהרחבה יחסית, שכן היא נגזרת מחופש הביטוי. חלוקת מתנות על-ידי מפלגות, או מטעמן אסורה, ובמיוחד בעת בחירות (ראו: סעיפים 2 ו-8 לחוק דרכי תעמולה), ואין להתיר אף תעמולת בחירות הקשורה במתן מתנות.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות (הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה (כדימ') א' רובינשטיין והשופטים ח' מלצר, י' דנציגר, נ' הנדל וע' פוגלמן), כנגד דעתו החולקת של השופט נ' סולברג, כי המבחן לפיו יש לקבוע האם הענקת חפץ מסוים היא בגדר מתנה אסורה לפי סעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 הוא מבחן התכלית הדומיננטית בעיני הבוחר הסביר. ביישום ההלכה נחלקו דעות שופטי הרוב, ונקבע ברוב דעות (השופטים י' דנציגר, נ' הנדל, ע' פוגלמן ונ' סולברג) כי בנסיבות העניין חלוקת השבועון אינה בגדר מתנה אסורה.

עוד נקבע ברוב דעות (הנשיאה מ' נאור והשופטים י' דנציגר, נ' הנדל, ע' פוגלמן ונ' סולברג), כנגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין כי סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות ליתן צווי מניעה מוגבלת למתן צו למניעת עבירה על אחד מהחיקוקים המנויים בסעיף 17ב(א) לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959.

ניתן היום, א' באלול התשע"ז (23.8.2017).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימוס)

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט