

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 212/03

בפני: כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן

העותרת: חרות התנועה הלאומית

נגד

המשיב: יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה,
כבי' השופט מישאל חשין

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ה' בשבט התשס"ג (08.01.2003)

בשם העותרת: עו"ד שי צוקרמן

בשם המשיב: עו"ד שי ניצן; עו"ד דני חורין

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

העובדות

1. חרות התנועה הלאומית (להלן – חרות) היא רשימת מועמדים המשתתפת בבחירות לכנסת השש-עשרה. היא פנתה (ביום 6.1.2003) ליושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, השופט מ' חשין (להלן – יושב-ראש ועדת הבחירות) בבקשה לאשר – במסגרת שידור תעמולת הבחירות ברדיו – את הזמרי (גי'נגל) הבא (כשפה הערבית), המתנגן על רקע מנגינת "התקווה":

<u>מקור</u>	<u>תרגום</u>
בילאדי בילאדי	מדינתי מדינתי
פלשתין	פלשתין
ערפאת סלאח א-דין	ערפאת צלאח א-דין
מברוכ יא שהיד	מזל טוב יא קדוש
אלחמדו לאללא	תודה לאל
פתח אש"פ חיזבאללא	פתח אש"פ חיזבאללא
יפו עכו רמלה ולוד	יפו עכו רמלה ולוד
יא חביבי, אימשי אל יהוד	יא חביבי, החוצה היהודים
אללא הוא אכבר אללא אלקרים	אללא הוא גדול אללא הוא נדיב
פלשתין אלקודס ירושלים	פלשתין הקדושה ירושלים.

כן ביקשה לאשר תשדיר – במסגרת שידור תעמולת הבחירות בטלויזיה – בו התנגן הזמריר כאשר בחמש השניות הראשונות של התשדיר נראה דגל ישראל מתנופף מעל בנין הכנסת, כאשר הדגל הופך בהדרגה מדגל ישראל לדגל פלשתין.

2. יושב-ראש ועדת הבחירות פסל את הזמריר ואת התשדיר. הוא ראה בשני השידורים האלה "ביזוי ההמנון הלאומי ופגיעה בו, ביזוי ופגיעה המביאים לגירוי יצרים ואף להסתה". כן הפנה יושב-ראש ועדת הבחירות את תשומת הלב להוראת סעיף 5 לחוק הדגל והסמל, תש"ט-1949. כנגד החלטה זו מכוונת העתירה שלפנינו. החלטנו (ביום 8.1.2003), ברוב דעות, לדחות העתירה. אלה נימוקינו.

סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק

3. בפתח הדיון בפנינו העלה בא כוח פרקליטות המדינה את הטענה, כי החלטתו של יושב-ראש ועדת הבחירות הינה סופית, ואין לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות לדון בה. הוא סמך בעניין זה על הוראת סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן – חוק הבחירות), אשר זו לשונו:

"כל קובלנה בקשר למעשה או למחדל לפי חוק זה מסורה לסמכותה היחידה של הוועדה המרכזית; שום בית משפט לא יזקק לבקשת סעד בקשר למעשה או למחדל כזה או בקשה להחלטה או להוראה של הוועדה המרכזית, של יושב ראש הוועדה וסגניו, של יושב ראש

הוועדה, של ועדה אזורית או ועדת קלפי – חוץ מן המקרים שלגביהם ישנה בחוק זה הוראה אחרת".

הוראה זו חלה גם על החלטותיו של יושב-ראש ועדת הבחירות בדבר שידור תעמולת בחירות ברדיו ובטלוויזיה (ראו סעיף 20ב' לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959). היא נתפרשה בפסיקה כמעניקה "חסינות דיונית" כנגד ביקורת שיפוטית, לרבות ביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק (ראו בג"ץ 344/81 נגבי נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשירית, פ"ד לה(4) 837; בג"ץ 637/88 תנועת לאו"ר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד מב(3) 495). מכוחה של פסיקה זו – כך טען לפנינו בא כוח הפרקליטות – דין העתירה להידחות.

4. אין בידינו לקבל טיעון זה. סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק יונקת חיותה מהוראות חוק-יסוד: השפיטה (סעיף 15). היא מעוגנת, איפוא, בהוראה חוקתית-על-חוקית. אין בכוחה של הוראת חוק לשנות מהוראותיו של חוק יסוד. עמדתי על כך בפרשת בנק המזרחי, בצייני:

"חוק יסוד הוא פרק מחוקתה של המדינה. הוא פרי סמכותה המכוננת של הכנסת. בכינונו של חוק יסוד אנו מצויים בדרגה הנורמטיבית הגבוהה ביותר. מתבקש מכך, כי אין לשנות חוק יסוד או הוראה מהוראותיו אלא בחוק יסוד" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 406; ראו גם בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(5) 206).

בדומה, אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק-יסוד, אלא אם כן הדבר מתאפשר על ידי פסקת ההגבלה (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57). על רקע זה פסקנו כי אין בכוחו של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, לשלול את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק בעניינים מינהליים. ציינו, כי "אין דבר חקיקה רגיל – בין אם נחקק לפני כינונו של חוק היסוד ובין אם הוחק לאחר מכן – יכול לשנות מהוראות חוק היסוד... על כן, דבר חקיקה המעניק לבית משפט אחר סמכות בעניינים שבית המשפט הגבוה לצדק הוסמך לדון בהם בחוק היסוד אינו יכול לשנות את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק" (בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים (טרם פורסם); ראו גם בג"ץ 8071/00 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם)).

5. על כן, אין בכוחה של הוראת סעיף 137 לחוק הבחירות לשלול את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. פסקי הדין אשר הובאו על ידי פרקליטות המדינה לתמיכה בטיעוניה ניתנו לפני פסק דינו בפרשת בנק המזרחי, ואין הם מתיישבים עימו. על כן, עד כמה שקביעתו של סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת כי "שום בית משפט" לא יזקק לסעדים הקבועים באותה הוראה, מתפרשת כשוללת את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, אין היא חוקתית והיא בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בית המשפט הגבוה לצדק. היא תופסת כמוכן לעניין כל בתי המשפט האחרים. ניתן להגיע לאותה תוצאה עצמה – ולדעתי זו גם הדרך הראויה – על ידי מתן פירוש חדש לדיבור "שום בית משפט" כמתייחס לכלל בתי המשפט למעט בית המשפט הגבוה לצדק. פירוש זה משקף את הגישה כי "עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מהחוק כבטל בהיותו נוגד להוראת חוק יסוד" (בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814). פירוש זה עולה בקנה אחד עם התפיסה, כי "זכות הגישה לבית המשפט אין היא זכות יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות יסוד. דבר קיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד" (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום נ' קליל תעשיות, פ"ד נא(3) 577). נמצא, כי מוסמכים אנו לדון בעתירה שלפנינו. נעבור, איפוא, לבחינת הטענות האחרות המועלות בפנינו.

סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות

6. משנפתח הפתח לבחינת העתירה שלפנינו לגופה, קמה ועומדת טענתו החריפה של בא כוח העותרת והמתייחסת לשידורי תעמולת בחירות ברדיו בלבד. על פי הטענה יושב-ראש ועדת הבחירות אינו מוסמך כלל ועיקר למנוע שידורים של תעמולת בחירות ברדיו. מר צוקרמן מצביע על הוראת סעיף 15א(ד) לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן – חוק דרכי תעמולה), הקובע את סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות בעניין דרכי התעמולה בטלוויזיה. וזו לשון ההוראה:

"לא תשודר לפי סעיף זה אלא תעמולת בחירות שהופקה על ידי המפלגות או רשימת מועמדים על חשבונן ושבא עליה אישורו של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית".

הוראה דומה אינה מצויה בכל הנוגע לשידורי תעמולה ברדיו. לטענת מר צוקרמן, מה"הן של סמכות יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לעניין תעמולת בחירות בטלוויזיה משתמע ה"לאו" לעניין סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית

לעניין תעמולת בחירות ברדיו. תוצאתו של הסדר שלילי זה הינה שאין להכיר – לא מכוח השלמת חסר ולא מכוח סמכות טבועה ולא מכל מקור אחר – בסמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות בכל הנוגע לשידורי תעמולת בחירות ברדיו. על כן, גם אם יושב-ראש ועדת הבחירות הורה כדין למנוע את תשדיר הבחירות בטלוויזיה, הוא נעדר כל סמכות ליתן הוראה דומה בכל הנוגע לתשדיר הבחירות ברדיו.

7. אכן, עיון בחוק דרכי תעמולה מצביע על כך, כי אין בו הוראה מפורשת – כפי שזו מצויה בסעיף 15א באשר לטלוויזיה – לפיה אין לשדר תעמולת בחירות ברדיו אלא אם כן בא עליה אישור של יושב-ראש ועדת הבחירות. ההיסטוריה החקיקתית בעניין זה היא קצרה. דרכי התעמולה נקבעו תחילה בחוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959. חוק זה נחקק בתקופת הרדיו והקולנוע ובטרם הונהגה הטלוויזיה בישראל. הוא אסר על דרכי תעמולה מסויימות, ובהן איסור על תעמולת בחירות באמצעות הקרנה בקולנוע. ההוראה הכללית שבו הסמיכה את יושב-ראש ועדת הבחירות לקבוע את הזמנים שיוקצבו לכל אחת מן המפלגות בשידורי הרדיו. הוא לא הוסמך להתערב בתוכן תשדירי הבחירות. עם הנהגתה של הטלוויזיה הסדיר המחוקק את תעמולת הבחירות באמצעותה בחוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 3), התשכ"ט-1969. חוק זה קבע כי האיסור על תעמולת הבחירות בקולנוע יורחב גם לטלוויזיה, למעט אותה תעמולת בחירות המשודרת במסגרת הזמנים המוקדשים לשידורי תעמולת הבחירות בטלוויזיה. לעניין זה נקבע איסור על שידור תעמולת בחירות למעט זו שבא עליה אישורו של יושב-ראש ועדת הבחירות. על רקע זה מתעוררות מאליהן שתי שאלות, הקשורות לשידורי תעמולת בחירות ברדיו: האחת, האם חל איסור על שידור תעמולת בחירות ברדיו? כפי שראינו, החוק המקורי שהסדיר את דרכי התעמולה בעת בחירות, לא כלל הוראה בעניין זה. תיקון החוק המקורי עם הכנסתה של הטלוויזיה לארץ חל רק לעניין איסור שידור תעמולת בחירות בטלוויזיה. מה דין שידור תעמולת בחירות ברדיו? שאלה זו התעוררה בפרשת זוילי (בג"ץ 869/92 זוילי נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, 713). נפסק כי האיסור על תעמולת בחירות בטלוויזיה אינו חל על שידור תעמולת בחירות ברדיו. צוין, כי "אי-הכללתו של הרדיו בניסוח המקורי משקף מדיניות מודעת שלא להרחיב את האיסור לעבר תעמולת בחירות ברדיו" (שם, עמ' 713). עם זאת נקבע בפרשת זוילי, כי היעדר סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות מתאזן על ידי סמכותה של רשות השידור. זו חייבת להתחשב – שעה שהיא משדרת תעמולת בחירות ברדיו – באיסורים על שידור תעמולת הבחירות בטלוויזיה. הודגש כי "אין זה ראוי לשבש לחלוטין את מדיניות המחוקק לגדר את שידורי הטלוויזיה על ידי פריצת הגדר באמצעות הרדיו" (שם, עמ' 713). בעוד פרשת זוילי תלויה ועומדת בבית המשפט תוקנה התקלה ונקבע בחוק כי

איסור שידורי תעמולת הבחירות בקולנוע ובטלוויזיה משתרע גם על תעמולת בחירות ברדיו. לא נותרה אלא השאלה השנייה, שעניינה סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות בעניין אישור שידורים של תעמולת הבחירות. סמכות זו נקבעה, כפי שראינו, לעניין אישור שידורי תעמולת בחירות בטלוויזיה. ומה באשר לסמכותו באשר לאישור שידורי תעמולת בחירות מהרדיו? שאלה זו היא העומדת להכרעתנו.

8. בטיעוניהם בפנינו נחלקו הצדדים. בא כוח העותרת טען בפנינו כי מהסמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות לאשר תעמולת בחירות בטלוויזיה משתמע הסדר שלילי, לפיו הוא נעדר סמכות דומה בכל הנוגע לתעמולת בחירות ברדיו. לעומתו טוען בפנינו בא כוח הפרקליטות, כי שתיקתו של חוק הבחירות בעניין סמכות האישור של יושב-ראש ועדת הבחירות בשידורי הרדיו מהווה חסר (לאקונה) אשר בית המשפט רשאי להשלימו – בדרך של היקש מההוראה בדבר שידורי התעמולה בטלוויזיה – מכוח הסמכות שהוענקה לו בחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980.

9. במחלוקת זו, דעתנו כדעת בא כוח הפרקליטות. בוודאי שאין לפרש את הסמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות לאשר שידור תעמולת בחירות בטלוויזיה כהסדר שלילי באשר לאי הסמכותו לאשר שידור תעמולת בחירות ברדיו. הסדר שלילי קיים כאשר השתיקה היא "מדעת" (ראו השופט זוסמן בע"א 108/59 פריצקר נ' נ"ב בע"מ בפירוק, פ"ד יד 1545, 1549); הסדר שלילי קיים מקום שהשתיקה "מדברת" (השופט זילברג בע"א 164/47 מינקוביץ נ' פישצנר, פ"ד ב' 39, 43). שתיקה היא "מדעת" והיא "מדברת" במקום שהגשמת תכלית החוק מחייבת הכרה בהסדר שלילי (ראו על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מז(3) 397, 404). אין כל בסיס למסקנה כי הגשמת תכליתו של חוק דרכי תעמולה מחייבת שלילת סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות לאשר תעמולת בחירות ברדיו.

10. אך האם יש לראות בשתיקתו של חוק דרכי תעמולה כחסר בחוק זה? האין לומר – כפי שאמרנו בפרשת זוילי – כי "הרדיו היה ידוע למחוקק, והוא אף הזכיר אותו בהוראות השונות שבחוק" (שם, עמ' 713)? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. בפרשת זוילי לא פרשנו את שתיקתו של חוק דרכי תעמולה בכל הנוגע לאיסור על שידור תעמולת בחירות ברדיו כחסר בעיקר משום שסברנו כי פתרונה של הבעיה מצוי במערכת נורמטיבית שמחוץ לחוק תעמולת בחירות. מערכת זו מצאנו בחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965. סברנו כי בכל אשר נוגע לשידור תעמולת בחירות ברדיו, תחת שיקול דעתו של יושב-ראש ועדת הבחירות (על פי חוק דרכי תעמולה) בא שיקול דעתה של רשות השידור (על פי חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965). הוספנו כי

במסגרת הפעלת שיקול דעתה באשר לשידור תעמולת בחירות על רשות השידור לצאת מתוך ההנחה "כי המחוקק אסר על שידורים של תעמולת בחירות בטלוויזיה, וכי אין זה ראוי לשבש לחלוטין את מדיניות המחוקק לגדר את שידור הטלוויזיה על ידי פריצת הגדר באמצעות הרדיו" (שם, עמ' 713). הסדר דומה אינו חל בענייננו. רשות השידור והרשות השניה לטלוויזיה ורדיו אינן מוסמכות להתערב בתוכן של שידור תעמולת הבחירות ברדיו (סעיפים 15(א), 15(ב), 15(ב), 16(ב ו-16ג). אין לפנינו, איפוא, שתיקה בחוק דרכי תעמולה אשר ניתן לראות בה "חוסר נקיטת עמדה בסוגיה משפטית, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המתפרש" (על"ע 663/90 הנ"ל, בעמ' 404). אכן, לדעתנו הפירוש האפשרי היחיד של שתיקתו של חוק דרכי תעמולה בכל הנוגע לסמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות לאשר שידורי תעמולה ברדיו הינו תקלה חקיקתית, שמקורה בחוסר תשומת לב. אכן, חסר בחוק קיים כאשר ההסדר החקיקתי אינו שלם, ואי שלמות זו נוגדת את תכליתו של ההסדר (ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים, פ"ד מט(2) 265, 323; ע"א 3622/96 חכס נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638, 648). זהו המקרה שלפנינו. אין כל טעם סביר להבחנה בין מתן סמכות ליושב-ראש ועדת הבחירות באשר לאישור שידורי תעמולת בחירות בטלוויזיה ושיליתה של סמכות זו בכל הנוגע לרדיו; אין כל טעם סביר למצב דברים שבו על שידורי תעמולת הבחירות ברדיו אין כל פיקוח ואין כל רסן. 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.

11. כאשר קיים חסר בחקיקה, על בית המשפט להשלים את החסר. הוראה בעניין זה מצויה בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

על פי הוראה זו יש לפנות תחילה להיקש (אנאלוגיה) כמכשיר להשלמתו של החסר. אם אין היקש מתאים, יש לפנות לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. בענייננו ההיקש מצוי בהוראת סעיף 15 לחוק דרכי תעמולה. נמצא, כי גם לעניין שידורי תעמולת בחירות ברדיו תופסת ההוראה לפיה לא תשודר תעמולת בחירות שהופקה על ידי המפלגות או רשימת המועמדים אלא אם כן בא עליה אישורו של יושב-ראש ועדת הבחירות. הוא מוסמך, איפוא, לאסור שידורים של תעמולת

בחירות ברדיו, בדומה לסמכות הנתונה לו בשידורי בחירות בטלוויזיה. נפנה, איפוא, להיקף סמכותו ולשיקול דעתו של המשיב בעניין זה. בטרם נסיים סוגיה זו, ברצוננו להעיר שלוש הערות: ראשית, דין הוא כי אין לפרש שתיקה בחוק כיוצרת עבירה פלילית בדרך של השלמת חסר (ראו סעיף 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, וכן ע"פ 205/73 רוט נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2) 365, 372). על כן, עד כמה שאי מילוי אחר החלטת יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית מהווה עבירה פלילית לעניין שידורי הטלוויזיה, אין לראות בה עבירה פלילית לעניין שידורי הרדיו. החסר והשלמתו בעניין זה פועלים במישור של המשפט החוקתי והמינהלי, ולא במישור של יצירת עבירות; שנית, עם השלמת החסר נוסף טקסט חדש לחוק. מעמדו של טקסט זה כמעמד החוק בו נתגלה החסר. על כן יחולו עליו הוראות החוק האחרות, כאילו היה חלק אינטגרלי ממנו. כך, למשל, הוראות סעיף 137 לחוק הבחירות, עליה עמדנו (ראו פסקה 4 לעיל) – ואשר חלה גם לעניין החלטות לפי סעיפים 15 ו-15א לחוק דרכי תעמולה (ראו סעיף 20 לחוק דרכי תעמולה) – תחול גם לעניין החלטות יושב-ראש ועדת הבחירות בכל הנוגע לשידורי תעמולת בחירות ברדיו; שלישית, המצב המשפטי – לפיו קיים חסר בחוק דרכי תעמולה – אינו משביע רצון. השלמת החסר על ידינו אינה תחליף לפעולת חקיקה אשר תסדיר העניין בדרך מקיפה ושלמה.

היקף סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות

12. מהו היקף סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות על פי הוראת סעיף 15א(ד) לחוק דרכי תעמולה? שאלה זו מתעוררת הן לעניין שידורי הטלוויזיה (המוסדרים במפורש בסעיף 15א) והן לעניין שידורי רדיו (המוסדרים מכוח השלמת החסר עליה עמדנו). בשני המקרים חלים העקרונות הקבועים בסעיף 15א לחוק דרכי תעמולה, לפיהם:

”לא תשודר לפי סעיף זה אלא תעמולת בחירות שהופקה על ידי המפלגות או רשימות המועמדים על חשבונן ושבא עליה אישורו של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית”.

לדעת בא כוח העותרת, סמכותו של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית משתרעת רק על שתי העילות לפסילת תשדירי תעמולת בחירות הקבועות במפורש בחוק דרכי תעמולה. שתי עילות אלה עניינן הגבלות על תעמולת בחירות שבה התייחסות לכוחות הביטחון או לנפגעי פעולות איבה (סעיף 2ב) והגבלות על שיתוף ילדים בתעמולת בחירות (סעיף 2ג). לעומתו טוען בא כוח הפרקליטות כי סמכותו של יושב-ראש ועדת

הבחירות רחבה היא יותר. היא משתרעת גם על פסילת תשדירי בחירות הכוללים, בין השאר, דברי הסתה, גזענות, הכפשה ופגיעה בפרטיות. ללא מתן סמכות זו – כך טוען בא כוח הפרקליטות – תצא מערכת הבחירות מכלל שליטה, ויקויים בה הכתוב "איש את רעהו חיים בלעו".

13. במחלוקת זו דעתנו כדעת בא כוח הפרקליטות. הסמכות של יושב-ראש ועדת הבחירות ל"אשרר" את תעמולת הבחירות אינה מוגבלת אך לשני העניינים עליהם עמד בא כוח העותרת. 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 מתבקש מהצורך החיוני להבטיח את אינטרס הציבור. לבחינתו של עניין זה נעבור עתה.

שיקול דעתו של יושב-ראש ועדת הבחירות

14. יושב-ראש ועדת הבחירות הוסמך לאשרר את שידורי תעמולת הבחירות (ברדיו ובטלוויזיה). שיקול דעת זה מופעל להגשמת מטרותיו של חוק דרכי תעמולה. מטרות אלה הן מטרותיו המיוחדות ומטרותיו הכלליות, מטרותיו הסובייקטיביות ומטרותיו האובייקטיביות. מטרות אלה משתנות מעניין לעניין. הן כוללות מטבע הדברים, את אותן המטרות הקשורות לעצם הסדרת הבחירות והעומדות בבסיסו של חוק הבחירות וחוק התעמולה, ובהן בעיקר השמירה על השוויון בבחירות, הגינות הבחירות, טוהר הבחירות ותקינותן, מניעת הטעייה של הבוחרים ומניעת עיוותים בהליך הבחירות ותוצאותיו (ראו למשל: ע"א 10596/02 לאה נס ואח' נ' תנועת הליכוד (טרם פורסם)). במסגרת העתירה שלפנינו, עלינו להתחשב בשתי מטרות נוגדות: האחת, הגשמתו של חופש הביטוי; האחרת, הגשמתו של שלום הציבור. בין שתי מטרות אלה עלינו לאזן. במסגרתו של איזון זה מופעל שיקול דעתו של יושב-ראש ועדת הבחירות בעתירה שלפנינו.

15. על צד אחד של המאזניים מונח חופש הביטוי. על מהותו של חופש זה במסגרת חוק דרכי תעמולה עמדנו בפרשת זוילי, תוך שצינינו:

"עקרון יסוד עיקרי, הרלוואנטי לגיבושה של תכלית החקיקה, הוא חופש הביטוי. חופש זה משתרע על כל ביטוי. הוא מקבל משמעות מיוחדת לעניין הביטוי הפוליטי בכלל ולעניין הביטוי הפוליטי במסגרת מאבק בחירות בפרט (...). אכן, אחד הטעמים העיקריים

להצדקת חופש הביטוי הוא בקיומו של המשטר הדמוקרטי. בלא חופש הביטוי, הדמוקרטיה מאבדת את נשמתה. בלא דמוקרטיה, אין חיות לחופש הביטוי. 'דמוקרטיה אמיתית וחירות הביטוי חד הן, והדבר נכון לכל משך פעולתה של צורת המשטר האמורה בכלל ובעת בחירות בפרט' (...). חופש הביטוי מבטיח החלפת דעות בין בני הציבור ובכך מאפשר גיבוש עמדה באשר לנושאים העומדים על סדר היום הלאומי (...). 'רק בדרך זו הוא יוכל ליצור לעצמו דעה עצמאית ככל האפשר על אותן שאלות העומדות ברומו של עולם החברה והמדינה, שההכרעה עליהן נתונה בסופו של דבר בידי, בתוקף זכותו לבחור את מוסדות המדינה' (...). מכאן התפיסה – כפי שמצאה ביטוי בדברי הנשיא שמגר, בבג"ץ 372/84 קלוטנר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 239, לפיה:

'אין להעלות על הדעת, שניתן לקיים בחירות במשטר דמוקרטי בלי לאפשר, עובר לקיומן, החלפת דעות ושכנוע הדדי, ובלי שיקוימו אותם בירורים ודיונים, בהם מעוצבת דעת הקהל, הממלאת תפקיד חיוני בכל משטר חופשי, יהיה זה, כאמור, בעת בחירות ויהיה זה בכל ימות השנה...' (שם, עמ' 707-706).

16. על הצד האחר של המאזניים מונח אינטרס הכלל, בביטחון, בשלום ובסדר ציבורי. בענייננו נכללים באינטרסים אלה השמירה על הרגשות של בני הציבור באשר להמנון ובאשר לדגל. אכן, שמירה על הרגשות של בני הציבור – בין אם אלה רגשות דת ובין אם אלה רגשות לאומיים או אחרים – הוא חלק מאינטרס הציבור (ראו בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיוס אינ' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מז(2) 22, 34; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 34; בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, פ"ד נה(4) 267, 275; ע"פ 697/98 סוטצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289, 307-308; בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 678).

17. ערכים ועקרונות אלה – חופש הביטוי מזה ואינטרס הציבור מזה – אינם עולים בענייננו בקנה אחד בעתירה שלפנינו. נדרש איזון עקרוני לפתרונה של התנגשות זו. איזון זה מצוי עימנו מאז פרשת קול העם (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871). על פיו אין למנוע (מראש) את חופש הביטוי אלא אם כן קיימת ודאות קרובה כי אם הביטוי יושמע תתרחש פגיעה קשה וממשית באינטרס הציבור (ראו בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 378). עמד על כך חברי, השופט מצא, בציינו:

"במתן סעד מניעתי נגד פרסומו הצפוי של ביטוי מעל בימה ציבורית או באמצעי תקשורת, טמונה פגיעה ישירה וקשה בחופש הביטוי, והלכה מושרשת ומיוסדת היטב היא מלפנינו... כי מתן סעד כזה עשוי להישקל רק אם ההימנעות מכך מקימה סכנה, בדרגת הסתברות העולה כדי ודאות קרובה, לפגיעה ממשית בשלום הציבור או בסדר הציבורי, או לגרימתו של נזק כבד לערך מוגן אחר" (בג"ץ 2888/97 נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 193, 200).

כאשר הערך המוגן הוא רגשות הציבור, יש להראות, בין השאר, כי הפגיעה היא כה קשה וכבדה, עד שהיא מעבר לרמת הסיבולת הראויה (ראו בג"ץ 5016/96 הנ"ל, בעמ' 55; בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 836; ע"א 6024/97 שב"ט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 657).

18. האם החלטתו של יושב-ראש ועדת הבחירות מקיימת את נוסחת האיזון הנדרשת בין חופש הביטוי לבין אינטרס הציבור? תשובתי היא בשלילה. אין ודאות – לא קרובה וגם לא סבירה או ממשית – כי השמעתו של תשדיר התעמולה של העותרת – שהיא תנועה לאומית שכבוד ההמנון והדגל יקר לה במיוחד – תגרור אחריה פגיעה קשה ומכאיבה – פגיעה מעבר לרמת הסיבולת הנדרשת בחברה דמוקרטית – ברגשות הקשורים לדגל ולהמנון. מוכן אני להניח כי יהיו מספר אנשים אשר ירימו גבה, ויעלו שאלות באשר לטעמו הטוב של התשדיר. אך לא בכך עסקינן. עניין לנו בצנזורה על חופש הביטוי; עניין לנו במניעה מראש של חופש ביטוי פוליטי ברגעים הקריטיים של הבחירות. באלה נדרשת זהירות מירבית. רק כאשר יש ודאות קרובה כי הגשמתו של חופש הביטוי תביא פגיעה קשה ומכאיבה ברגשותיהם של חלקים ניכרים של בני הציבור יש להצדיק מניעתו של הביטוי הפוליטי. נסיבות אלה אינן מתקיימות כלל בעניינינו. מטעמים אלה סברתי כי דין העתירה להתקבל.

19. ואשר לפגיעה בכבוד הדגל, אליה הפנה יושב-ראש ועדת הבחירות: פגיעה בדגל חמורה היא (ראו בג"ץ 8507/96 אורין נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 269). עם זאת, איני סבור כי במקרה שלנו יש תשתית עובדתית מספקת – אם לעניין היסוד העובדתי ואם לעניין היסוד הנפשי – לקיום יסודותיה של העבירה שנקבעה בסעיף 5 לחוק הדגל והסמל, התש"ט-1949. בנסיבות אלה, אין בשיקול זה כדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי (ראו בג"ץ 399/85 ח"כ הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255).

היקף הביקורת השיפוטית

20. מן המפורסמות הוא כי סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. בית המשפט הגבוה לצדק מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטותיו של יושב ראש ועדת הבחירות. אך האם נדרשת הפעלת הסמכות בעניין שלפנינו? כידוע, החלטותיו של יושב-ראש ועדת הבחירות עומדות לביקורת שיפוטית כהחלטותיו של כל עובד ציבור אחר. אמת, איננו מחליפים את שיקול דעתו של יושב-ראש ועדת הבחירות בשיקול דעתנו שלנו: עמדנו על כך בפרשת זוילי בצינינו:

“איננו פועלים כיושב-ראש-על של ועדת הבחירות. לא נתערב בהחלטותיו, אלא אם כן נתקבלה החלטה שהיא קיצונית בחוסר סבירותה” (שם, עמ' 703).

איננו הופכים עצמנו למי שמכהן בתפקיד קשה זה. אך אם הפירוש שיושב-ראש ועדת הבחירות נותן להוראות החוק שונה מפירושו שלנו, ואם הוא אינו פועל בגדריה של נוסחת האיזון הראויה, אין מנוס מהתערבותנו (ראו לדוגמא את פרשת זוילי).

21. בהפעילנו את שיקול דעתנו, עלינו להיות מודעים לנסיבות המיוחדות בהן פועל יושב-ראש ועדת הבחירות. עליו לקבל החלטות רבות בזמן קצר. לא נרצה ולא נוכל להיות ערכאה מבקרת של כל החלטה והחלטה. הוראה ברוח זו מצויה בסעיף 137 לחוק הבחירות. אף שהוראה זו לא חלה בענייננו, רוחה משפיעה עלינו. אכן, שיקול דעת רחב קיים באשר לקביעת היקפו של חופש הביטוי מזה ושל היקף האינטרס הציבורי הראוי להגנה מזה. נוסחת האיזון עליה עמדנו יוצרת “מתחם של סבירות” הכולל תוצאות שונות, ולעתים נוגדות, של נוסחת איזון נתונה. תורת האיזון אינה תורה מדויקת. בהפעלתה קיים שיקול דעת נרחב. בשיקול דעת זה לא נתערב. כך בדרך כלל; כך בוודאי כאשר מפעיל שיקול הדעת הוא יושב-ראש ועדת הבחירות. על כן, אילו סברתי כי החלטתו של המשיב בעניין שלפנינו היא בגדר מתחם הסבירות, לא הייתי מתערב בה, גם אם אני עצמי, אילו פעלתי כיושב-ראש ועדת הבחירות, לא הייתי מונע את תשדיר הבחירות של העותרת. אך אלה אינם פני הדברים בעתירה שלפנינו.

אילו דעתי היתה נשמעת היינו הופכים הצו למוחלט, ומורים למשיב לאשרר את הזמרי (ג'ינגל) ואת התשדיר של העותרת.

אני מסכים לנימוקי חברי, הנשיא ברק, הן לעניין סמכותנו להיזקק לעתירה, הן לעניין הכפפת שידורה של תעמולת בחירות ברדיו לאישורו המוקדם של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית והן לעניין היקף סמכותו של יושב ראש ועדת הבחירות להתערב בתוכנם של תשדירי התעמולה ברדיו ובטלוויזיה. כן אני מסכים, כי בהפעלת סמכותו הרחבה מוטל על יושב ראש ועדת הבחירות לאזן כראוי בין חופש הביטוי, הנתון לכל רשימת-מועמדים, לבין ערכים מוגנים נגדיים. אך אין בידי להסכים למסקנת חברי הנשיא, כי במקרה נשוא העתירה קמה עילה מוצדקת להתערבותנו בהחלטתו של יושב ראש ועדת הבחירות לפסול לשידור את תשדירי התעמולה של העותרת.

בתשדיריה שנפסלו לשידור עשתה העותרת שימוש בדגל ובהמנון. בזמרי התעמולה, שנועד לשידור הן בטלוויזיה והן ברדיו, הותאמו למנגינת התקווה מילים המתיימרות לחקות את המנון הפלשתינים "בילאדי, בילאדי". עיון במילות השיר - שבפסק-דינו של הנשיא הובאו בלשון המקור בתוספת תרגומן לעברית - מעלה, כי השיר כולל דברי שבח וברכות לערפאת, ל"שהיד", לארגון פתח, לארגון חיזבאללה ולאש"פ. השיר כולל גם קריאה לגירוש היהודים מיפו, עכו, רמלה ולוד, וכן כורך בין גדולתו של אללה לבין ירושלים ו"פלשתין הקדושה". בפתחו של סרט התעמולה, שיועד לשידור בטלוויזיה, מוצג דגל ישראל כשהוא מתנופף מעל בניין הכנסת, אך בתוך שניות מספר ולצלילי הזמרי המתנגן ברקע, משנה הדגל את דמותו ובהדרגה הופך לדגל פלשתין. בנימוקיו לפסילת התשדירים קבע יושב ראש ועדת הבחירות, כי בשני התשדירים יש משום "ביזוי ההמנון הלאומי ופגיעה בו, ביזוי ופגיעה המביאים לגירוי יצרים ואף להסתה". אשר לדרך בה הוצג דגל המדינה בסרט התעמולה היפנה היושב ראש להוראת סעיף 5 לחוק הדגל והסמל, תש"ט-1949, המגדיר כעבירה פלילית מעשה הפוגע בדגל המדינה או שימוש בדגל באופן שיש בו כדי לפגוע בכבודו.

חברי הנשיא מאזכר בפסק-דינו את המבחנים המקובלים למניעתו מראש של ביטוי; שככלל, אין לחסום את חופש הביטוי אלא אם קיימת ודאות קרובה שהשמעתו של הביטוי תפגע באופן קשה וממשי באינטרס הציבור, וכי חסימת חופש הביטוי מחשש לפגיעה ברגשות הציבור עשויה להיות מוצדקת רק אם הפגיעה הצפויה מהשמעתו של הביטוי עוברת את רמת הסיבולת המצופה מן הציבור. על רקע התוויית המבחנים הללו קובע הנשיא, כי החלטתו של יושב ראש ועדת הבחירות לפסול את תשדירי התעמולה של העותרת, אינה מקיימת את נוסחת האיזון. לגישתו, "אין ודאות - לא קרובה וגם לא סבירה או ממשית - כי השמעתו של תשדיר התעמולה של העותרת -

שהיא תנועה לאומית שכבוד ההמנון והדגל יקר לה במיוחד - תגרוור אחריה פגיעה קשה ומכאיבה - פגיעה מעבר לרמת הסיבולת הנדרשת בחברה דמוקרטית - ברגשות הקשורים לדגל ולהמנון". וכל שהנשיא מוכן להניח, כתוצאה אפשרית מהתרת התשדירים, הוא, "כי יהיו מספר אנשים אשר ירימו גבה ויעלו שאלות באשר לטעמו הטוב של התשדיר".

לעמדה זו לא הייתי מוכן להצטרף ולפיכך תמכתי בדחיית העתירה. כפי שמרמז חברי הנכבד, תשדיריה של העותרת אכן לוקים בחוסר "טעם טוב". אילו זאת אכן הייתה מגרעתם היחידה, כי אז הייתי תמים דעים עם חברי; שהלוא נקודת המוצא היא, שלכל רשימת-מועמדים נתונה הזכות לבטא את מסריה התעמולתיים באמצעי הביטוי והסגנון המקובלים עליה. אלא שלא אלה הם פני הדברים. כשלעצמי, לא מצאתי יסוד להתערב בהערכתו של יושב ראש ועדת הבחירות, כי בתשדירים יש משום ביזוי ופגיעה בהמנון ומשום חילול כבודו של הדגל, וכי התרתם של התשדירים עלולה להביא לגירוי יצרים ואפשר אף להסתה.

אף עליו מקובל, כי התערבותו של יושב ראש ועדת הבחירות בתוכנם של תשדירי התעמולה, המופקים על-ידי רשימות המועמדים והמוגשים לאישורו, עשויה להיות מוצדקת רק בהתקיים חשש ממשי לפגיעה בערך מוגן נגדי. ואולם בהכרעת השאלה, אם בנסיבותיו של מקרה נתון מתקיים חשש לפגיעה כזאת, נתון ליושב ראש ועדת הבחירות שיקול-דעת רחב. המסגרת הנורמטיבית שבגדרה עליו לבחון את השאלה, אם לאשר תשדיר שהוגש לו, דומה, אמנם, בעיקרה לנוסחת האיזון המקובלת שעל-פיה מכריע בית המשפט בניגוד שבין חופש הביטוי לבין אינטרסים וערכים נגדיים. אך הפעלתה על-ידי טעונה התחשבות בשיקולים נוספים המתחייבים מהכפפת כל שידורי התעמולה לאישורו המוקדם. כך, למשל, רשאי יושב ראש ועדת הבחירות לפסול תשדיר תעמולה הכולל דברי הסתה לגזענות, או תמיכה בתפיסה השוללת את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, גם בהיעדר הסתברות כלשהי ששידורו יפגע בערכים שסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת נועד להגן עליהם. הוא הדין ביחס לכוחו למנוע עשיית שימוש בלתי-ראוי לצורכי תעמולה בערכים שהציבור, ככלל, רגיש לכיבודם; גם אם מטרת התשדיר אינה לפגוע בערכים אלה אלא "לנכסם" לזכות רשימת המועמדים המסוימת. מכוח עיקרון זה נפסלו לשידור, בהחלטות שניתנו על-ידי יושב ראש ועדת הבחירות בעבר תשדירים שעשו שימוש למטרות תעמולה בחיילי צה"ל, בילדים ובבני המשפחות השכולות; זאת עוד לפני חקיקתם, בתשס"א, של סעיפים 22(ב) ו-21 לחוק דרכי תעמולה, שבהם זכו איסורים אלה לעיגון סטטוטורי.

שיקול נוסף, המתחייב מהכפפת שידורי התעמולה לאישורו המוקדם, כרוך בחובתו של יושב ראש ועדת הבחירות לעצב אמת-מידה שוויונית (העשויה, לעתים, לשאת אופי "טכני") לבחינתם של התשדירים. המשמעות הנובעת מכך היא, שבבחינתו של תשדיר יימנע מלייחס משקל לכך שרשימת המועמדים אשר הגישה את התשדיר איננה חשודה בכוונה לגרום אותה פגיעה שהתשדיר, כפשוטו, עלול להסב. בנסיבות מתאימות עשוי שיקול זה להביאו לפסילתו של תשדיר תעמולה, שעל-פי נוסחת האיזון הרגילה ראוי היה, לכאורה, להתאשר. טול, לדוגמה, את ענייננו: לגישת חברי הנשיא, מאחר והעותרת היא "תנועה לאומית שכבוד ההמנון והדגל יקרים לה במיוחד", אין מקום לחשוש כי שימושה בהמנון ובדגל בתשדירי הבחירות, בדרך שבה נעשה הדבר על-ידה, יגרור פגיעה ברגשות. חוששני, שאילו החליט יושב ראש ועדת הבחירות לאשר לשידור את תשדיריה של העותרת, על יסוד השיקול שהעותרת אינה חשודה בכוונה לחלל את כבוד ההמנון והדגל, היה מתקשה לפסול לשידור תשדירי תעמולה אחרים, שבהם היה נעשה שימוש דומה בהמנון ובדגל ואשר היו מוגשים לו על-ידי רשימות מועמדים שאינן מפורסמות כמי שכבוד ההמנון והדגל יקר להן.

מנימוקים אלה סברתי, כי פסילתם לשידור של זמריר התעמולה וסרט התעמולה שהופקו על-ידי העותרת אינה מקימה עילה להתערבותנו בהחלטה. יושב ראש ועדת הבחירות רשאי היה, בגדר שיקול הדעת הרחב הנתון לו, להחליט כאשר החליט. אני, בכל הכבוד, סבור, כי החלטתו, לגופה, הייתה נכונה. לא כל שכן שאין בידי להסכים כי החלטתו חרגה ממתחם הסבירות.

ש ו פ ט

השופט ט' שטרסברג-כהן:

אף אני סבורה, כחברי השופט א' מצא, כי דין העתירה להידחות.

אין לי מחלוקת עם חברי הנשיא לעניין הכללים, העקרונות והנורמות האמורים להנחותנו בקבלת החלטה בסוגיה הנדונה. אף אני כמוהו בדעה, כי "על צד אחד של המאזניים מונח 'חופש הביטוי'... ועל הצד האחר של המאזניים מונח אינטרס הכלל, בביטחון, בשלום ובסדר ציבורי. בענייננו נכללים באינטרסים אלה, השמירה על רגשות של בני הציבור באשר להמנון ובאשר לדגל. אכן, שמירה על רגשות בני הציבור – בין אם אלה רגשות דת ובין אם אלה רגשות לאומיים או אחרים – הוא חלק מאינטרס

הציבור". דעותינו חלוקות בשאלת יישום אותם עקרונות על ענייננו ובשאלת התערבותנו לביטול החלטת יושב-ראש ועדת הבחירות.

לעניין יישום העקרונות האמורים, סבורה אני, כי השימוש בהמנון ובדגל כפי שנעשה על-ידי העותרת, עבר את גבול המותר עד כי זכותה לתת ביטוי לדעותיה בדרך בה בחרה, נסוגה מפני אינטרס הכללל בביטחון, בשלום ובסדר ציבורי.

בבואנו להפעיל את סמכותנו להעביר את החלטתו של יושב-ראש ועדת הבחירות בביקורת שיפוטית, "איננו מחליפים את שיקול דעתו של יושב-ראש ועדת הבחירות בשיקול דעתנו שלנו" (פיסקה 20 לחוות דעתו של הנשיא). כמו כן, "איננו פועלים כיושב-ראש-על של ועדת הבחירות. לא נתערב בהחלטותיו, אלא אם כן נתקבלה החלטה שהיא קיצונית בחוסר סבירותה" (הנשיא ברק בפרשת זוילי, בע' 703).

אני סבורה, כי החלטת יושב-ראש ועדת הבחירות מקיימת את נוסחת האיזון הנדרשת בין חופש הביטוי לבין האינטרס הציבורי, ועל כל פנים, החלטתו נמצאת במתחם הסבירות ואינה לוקה באי סבירות קיצונית. לפיכך, אין מקום להתערב בה.

ש ו פ ט ת

לפיכך החלטנו ברוב דעות לדחות את העתירה.

ניתן היום, י"ג בשבט התשס"ג (16.1.2003).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א