



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 979/15

לפני: כבוד הנשיאה מ' נאור  
כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט נ' סולברג

העותרים: 1. מפלגת ישראל ביתנו  
2. ח"כ אביגדור ליברמן, שר החוץ

נגד

המשיבים: 1. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20  
2. ח"כ אחמד טיבי  
3. היועץ המשפטי לממשלה

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריך הישיבה: כ"ח בשבט התשע"ה (17.02.2015)

בשם העותרים: עו"ד יואב מני

בשם המשיב 1: עו"ד דין ליבנה; עו"ד נעמה שחל

בשם המשיב 2: עו"ד אוסאמה סעדי; עו"ד עאמר יאסין

בשם המשיב 3: עו"ד מיטל בוכמן-שינדל; עו"ד נועם מולה

### פסק-דין

השופט נ' סולברג:

האם מותרת חלוקת המגזין הצרפתי "Charlie Hebdo" חינום אין כסף כתעמולת בחירות? האם יש למנוע תעמולה שכזו מחמת פגיעה בסמל הדת המוסלמית וברגשותיהם של מוסלמים בארץ ובעולם, ובשל חשש להפרת שלום הציבור?

עיקרי העובדות וההליכים

1. השופט ס' ג'ובראן, יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20 נעתר לעתירתו של ח"כ אחמד טיבי (תב"כ 7/20) ועל-פי החלטתו מיום ט"ו בשבט התשע"ה

(4.2.2015) ניתן צו מניעה האוסר על העותרים להפיץ בחינם עותקים מן הגיליון המיוחד של המגזין הצרפתי "Charlie Hebdo" שיצא לאור לאחר רציחתם של 10 עיתונאים ושני שוטרים ופציעתם של אחרים בידי שני מחבלים שפרצו למערכת העיתון. על שער הגיליון המיוחד איור של נביא האיסלאם מוחמד כשהוא דומע ומחזיק שלט עליו כתוב: je suis charlie ובראש העמוד נכתב: CHARLIE HEBDO ו-TOUT EST PARDONNE'. מפלגת ישראל ביתנו, והעומד בראשה, שר החוץ אביגדור ליברמן, עותרים נגד ההחלטה.

2. רשת "סטימצקי" הודיעה תחילה, כי תפיץ את הגיליון המיוחד בחנויותיה. ח"כ מחמוד גנאים, מרשימתו של המשיב 2, פנה במכתב אל ראש הממשלה, בדרישה כי יפעל למנוע את הפצת הגיליון. לדבריו: "מדובר בצעד מאוד מסוכן וטיפשי... הפצת המגזין תפגע ברגשותיהם של המוסלמים במדינה ובעולם כולו ואף אחד לא יכול לדמיין את התוצאות". בראיון לאתר nrg ביום 24.1.2015 אמר ח"כ גנאים: "פרסום גיליון שארלי הבדו יוביל להידרדרות ביטחונית ולתגובות קשות במגזר הערבי. עלינו לזכור שאנו נמצאים בתקופה קשה שבמהלכה רק בשבוע שעבר נהרגו שניים מבני המגזר ברהט". ח"כ גנאים הוסיף ואמר, כי הוא "מקווה שכפי ששמעתי סטימצקי נסוגה מההחלטה להפיץ את הגיליון ממנו עולה שהחברה שמאחוריה הממשלה ומאחוריה היהודים כולם מבקשים לפגוע בנביא מוחמד ובאסלאם". המשיב 2 התבטא פומבית בנושא באומרו: "לא מדובר בחופש הביטוי אלא בפגיעה בסמלי דת. הוכח כבר שהדבר עלול לגרום לאלימות. כפי שאסור על-פי חוק להכחיש את השואה יש לחוקק חוק האוסר על פגיעה בסמלי דת יהודית או מוסלמית או נוצרית או דרוזית. אני קורא לסטימצקי לחזור בה מהאקט המסוכן הזה" (ראו <http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/671/739.html>).

3. בסופו של דבר נסוגה רשת סטימצקי מתוכניתה המקורית והודיעה כי לא תפיץ בסניפיה את המגזין, וכי את קנייתו תאפשר באמצעות האינטרנט בלבד. העותרים סבורים כי החלטתה של סטימצקי נבעה מן האיומים הנ"ל, ובשל התנגדותם לכפיית דעות וערכים באופן כוחני ואלים רכשו בחו"ל כמה מאות או אלפי עותקים של הגיליון המיוחד, בעלות של 3 יורו לעותק, על מנת לחלקם כחלק ממסע התעמולה לקראת הבחירות.

4. בכוונת העותרים לחלק עותקים אלה בתוך עטיפה שעליה נכתב: "אחמד טיבי לא רוצה שתראו את זה. אחמד טיבי גם לא מכיר בישראל כמדינה יהודית. אנחנו כן. ניירות לא הורגים. טרור כן. תכל'ס ליברמן. ישראל ביתנו". על העטיפה נכתבו גם בכתב קטן הסברים על אודות הגיליון ואירוע הטרור המדובר, ועוד נכתב: "ח"כ מחמוד גנאים מהרשימה הערבית המאוחדת איים על ראש הממשלה שהפצת העיתון בישראל תפגע

ברגשותיהם של המוסלמים; "אף אחד לא יכול לדמיון את התוצאות"; "אנחנו פה כדי להגיד לגנאים וחבריו: אנחנו לא ניכנע לאלימות, אנחנו לא נכנעים לטרור".

5. משנודע למשיב 2 על הכוונה לחלק את הגיליון המיוחד, הגיש עתירה ובה ביקש מאת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית להוציא צו מניעה מכוח סמכותו שלפי סעיף 17ב לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: "חוק דרכי תעמולה"). את עתירתו ביסס המשיב 2 על שני טעמים: האחד – שמדובר ב"מתנה" אסורה; השני – שמדובר באקט מתסיס המיועד לפגוע בציבור הערבי בכלל והמוסלמי בפרט, התגרות ברגשותיהם של מיליוני מוסלמים.

6. העותרים טענו בתגובה, כי אין מדובר ב"מתנה" אלא בתעמולה עצמה. כזאת היתה גם עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, שהוגשה בעקבות החלטת יו"ר הוועדה לצרפו כמשיב לעתירה. ב"כ היועץ המשפטי לממשלה הוסיפה וציינה כי יש להבחין בין תשורות בעלות סממנים פיזיים מובהקים (כגון כוס קפה או כובע) לבין תשורות בעלות סממנים תוכניים דוגמת הגיליון המיוחד של Charlie Hebdo.

7. ביום 4.2.2015 התקיים דיון בלשכתו של יו"ר הוועדה, הצדדים חזרו במהלכו על טיעוניהם, ובו ביום ניתנה ההחלטה.

עיקרי החלטת יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית

8. הגיליון המיוחד והעטיפה "הם בגדר תעמולת בחירות קשורה למתנה". את מסקנתו-זו ביסס יו"ר הוועדה על לשון סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה ועל תכליתו: שמירה על טוהר הבחירות. על-פי גישתו, מן הראוי לנקוט בגישה מחמירה, פרשנות דווקנית מחד גיסא, ופרשנות מרחיבה למושג "מתנה" מאידך גיסא; לדברי יו"ר הוועדה: "אם יש ספק – אין ספק". יש להוביל לוודאות משפטית ולמנוע מצב של מדרון חלקלק. עוד ציין יו"ר הוועדה כי בעיני בוחרים רבים – הגיליון המיוחד הריהו "מתנה" לכל דבר ועניין, ולא מסר פוליטי. מדובר אפוא ב"תעמולת בחירות קשורה במתן מתנות" והריהי אסורה לפי סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה. לפיכך ניתן צו המניעה האוסר על העותרים להפיץ חנם את הגיליון המיוחד עם העטיפה.

נגד החלטתו-זו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית הוגשה העתירה שלפנינו.

עיקרי טענות העותרים

9. חוק דרכי תעמולה אוסר על חלוקת מתנות. תכלית ראויה עומדת בבסיס איסור זה: שמירה על טוהר הבחירות והתרחקות מאבק של שוחד. העותרים טוענים נגד

פרשנות מילולית דווקנית ביותר שנקט בה יו"ר ועדת הבחירות בהחלטתו מחד גיסא, ופרשנות מרחיבה ביותר של המושג "מתנה", מאידך גיסא. לדברי העותרים, פרשנות זו מביאה לכך ש"כל דבר שהוא לא דף מסרים מודפס, אפילו הוא קל ערך מבחינה כלכלית, למתנה ייחשב". לטענת העותרים, גישה שכזו אינה מעניקה את המשקל הראוי לחופש הביטוי ולחופש ההתאגדות. כל ביטוי תורם ל"שוק הדעות" וכל ביטוי בחברה דמוקרטית זכאי להגנה. בביטוי במסגרת מערכת בחירות עסקינן. הגע בעצמך: כל תכליתו של חופש הביטוי להבטיח חברה דמוקרטית, לשם כך נדרשת מערכת בחירות אמיתית, ולפיכך חופש הביטוי בשיח הפוליטי הריהו הרחב והמוגן ביותר. בניגוד למושכלות ראשונים, לטענת העותרים, דוקא כאן בשיא הפסגה של ההתנהלות הדמוקרטית, הגביל יו"ר ועדת הבחירות את חופש הביטוי: "די בכך שחפץ החליף ידיים והרי לך 'מתנה' האסורה בחוק".

10. העותרים מציינים כי אכן מטרתו של חוק דרכי תעמולה היא להבטיח בחירות לכנסת מתוך בחירה חופשית ומושכלת בין רעיונות ודעות ולא מתוך כפיה. עם זאת, יש השפעות ולחצים לגיטימיים במערכת בחירות. מועמד פלוני רשאי לטעון על מועמד אלמוני שבחירה בו תמיט חס וחלילה מלחמה או אסון כלכלי על המדינה, למרות שזהו "לחץ". יתכן שבכך נשללת הבחירה החופשית יותר מאשר בחלוקת "כמה ניירות עם קריקטורות". הבטחת הטבות כספיות לתושבי הפריפריה בתקופת בחירות עולה בערכה הכספי עשרות מונים מעלותה של "מתנה", דוגמת מגזין או סלסלת פירות לט"ו בשבט. אין בתעמולה שכזו כדי לשלול את רצונם החופשי של הבוחרים. ישנם דברים שצריכים להאמר במערכת בחירות.

11. העותרים מציעים לבחון אם מדובר ב"מתנה" אם לאו, באמצעות מבחן מהותי, בשאלה האם החפץ שבו מדובר הוא אינצידנטלי למסר התעמולתי או חלק ממנו. ספל חרסינה שעליו מצויר לוגו של מפלגה שמחולק בצמידות לעלון תעמולה יכול להחשב כ"מתנה" משום שאת התעמולה ניתן להגיש בלי ספל, ואת הקפה ניתן לשתות מכל ספל, ולא רק מזה שנושא לוגו של המפלגה.

12. לטענת העותרים, לא בגלל איכות הקריקטורות החליטו לחלק את הגיליון המיוחד של המגזין, אלא מפני "שהוא מבטא ערך שגדול בהרבה מסך כל הקריקטורות שמופיעות בו; בגלל שהוא מבטא עמידה איתנה מול איומים באלימות ובטרור; בגלל שהוא מבטא אומץ לב אזרחי; בגלל שהוא מבטא את חירותו של אדם במדינה דמוקרטית" (פסקה 41 לעתירה). לדברי העותרים – "המסר הוא המדיום". עצם הפצתו של המגזין, חרף האיומים, היא המסר התעמולתי שהעותרים מבקשים להעביר לציבור. לא עלותו

קובעת, אלא המסר העקרוני והאידיאולוגי המופץ באמצעותו. מתן צו המניעה פוגע בעצם התעמולה ומונע את העברת המסר; חוסם את חופש הביטוי.

עיקרי תגובת יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית

13. דין העתירה להידחות, משום שהחלטה נתקבלה כדין, בגדר שיקול הדעת הרחב המסור ליו"ר ועדת הבחירות בהפעלת סמכותו, ובהתאם לסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה, שנועד להבטיח שמירה על טוהר הבחירות. החשש הוא שבוחר יראה את גיליון המגזין כטובת הנאה, ובכך תיווצר הטיה בלתי לגיטימית של הצבעתו בבחירות. תכלית הגשמת רצון הבוחר גוברת על חופש הביטוי, ואף על חופש הביטוי הפוליטי.

14. יו"ר ועדת הבחירות הסביר בתגובתו את הטעמים שעמדו בבסיס החלטתו: פרשנות תכליתית-דווקנית למונח "מתנה" כעולה מתכלית סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה, כדרך שבה נקטו יושבי ראש ועדות הבחירות בעבר. "חופש הביטוי נסוג מפני התכלית של שמירה על טוהר הבחירות והשוויון בין רשימות מועמדים ושל אי פגיעה ביכולתו של הבוחר לבטא את רצונותיו במסגרת הצבעתו לכנסת" (פסקה 25 לתגובה). יו"ר ועדת הבחירות ביקש לדחות את הטענה כי הגיליון המיוחד הוא חלק מן המסר התעמולתי, משום שקבלתה תפגע בוודאות המשפטית ותיצור מדרון חלקלק. יו"ר ועדת הבחירות הדגים חשש זה מפריצת הגדר בתארו תשורות שונות שאותן עשויות מפלגות לחלק בתואנה כי הן חלק מן המסר התעמולתי במערכת הבחירות. המחוקק קבע כלל מוחלט ובהיר, לפיו אין לחלק כל מתנה שהיא במסגרת תעמולת הבחירות. אין מקום להבחין בין תשורות בעלות תוכן מילולי לבין תשורות פיזיות. כשם שאין לחלק מנוי לעיתון שעמדותיו תואמות את עמדת המפלגה, כך אין לחלק גיליון בודד של העיתון כתעמולת בחירות. זה וזה הריהם "מתנה", בניגוד לסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה, המורה כי "לא תהא תעמולת בחירות קשורה במתן מתנות".

15. זאת ועוד טעם נוסף ביסוד החלטת יו"ר ועדת הבחירות: גם אם העותרים מכוונים לכך שהעיתון ישמש כחלק מן המסר התעמולתי, הרי שהבוחר הסביר רואה בקבלת העיתון משום מתנה. יו"ר ועדת הבחירות חושש גם לפגיעה בעקרון השוויון, לכך ש"בעל המאה יהיה גם בעל הדעה". המפלגות הזכאיות למקדמת מימון (אלו המיוצגות בכנסת) או כאלו הנהנות מהכנסות ממקורות אחרים, תוכלנה "לשדרג" את תעמולת הבחירות שלהן על דרך של הענקת מתנה בתואנה שזוהי התעמולה גופה, או שערכה מועט, או בנימוק אחר.

16. יו"ר ועדת הבחירות עמד על שיקול הדעת הרחב המסור לו על-פי חוק דרכי תעמולה ועל ההיקף המצומצם של הביקורת השיפוטית על החלטותיו. בית המשפט לא ימיר את שיקול דעתו של יו"ר ועדת הבחירות בשיקול דעתו-שלו, ובחינת שיקול הדעת על-פי מיתחם הסבירות מאפשרת גם החלטות שונות במסגרת אותו מיתחם. יו"ר ועדת הבחירות מבקש לקבוע כי החלטתו מושא העתירה תעמוד על כנה.

עיקרי תגובת ח"כ אחמד טיבי

17. המשיב 2 סומך שתי ידיו על תגובתו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, והוא קובל על העותרים המבקשים להיבנות לדבריו מניצול המתחים הקיימים בין האוכלוסיה היהודית והערבית בישראל, למען רווח פוליטי. המחוקק בחר ביודעין לאסור על חלוקת מתנות כלשהן ביודעו כי אין בחופש הביטוי כדי להצדיק את הטיית דעתם של בוחרים באמצעות חלוקת מתנות. אין מקום להבחין בין סוגי מתנות, אין להקל במתנות שערכן הכספי מועט, ואין הבדל בין מתנה שהיא מלל לבין מתנה מוחשית. כשם שטענת מפלגת "הבית היהודי" על כך שסלסלת פירות ט"ו בשבט אינה מתנה, אלא היא המסר התעמולתי, נדחתה על-ידי יו"ר ועדת הבחירות (תב"כ 12/20 כהן ו"יש עתיד" נ' מפלגת הבית היהודי (4.2.2015)), כך נכון היה לדחות את הטענה כי הגיליון המיוחד של המגזין הוא המסר התעמולתי והוא איננו מתנה אשר נלווית אל המסר. קבלת גישתם של העותרים תביא להכשרת מתנות לרוב במסווה של תעמולת בחירות, משום שלכולן זיקה ממשית למסר שמפלגה מבקשת לקדם, ולדבר לא יהיה סוף.

18. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית הסתפק באיסור על חלוקת מתנות לפי סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה ולא נדרש לטענתו החלופית של המשיב 2 על כך ש"אין מדובר כלל בחופש ביטוי כי אם בפרסום שכל כולו פגיעה קשה, בלתי מידתית ואף אסורה, בסמלי דת וברגשות מיליוני מוסלמים בארץ ובעולם, פגיעה שאין להתירה ואין לאפשרה". חלוקת הגיליון המיוחד הריהי הפצת דברי הסתה, לטענת המשיב 2, ולעולם לא תוכל לחסות תחת כנפי חופש הביטוי. "החשש הממשי לפגיעה בשלום הציבור, בשל העובדה כי אין מדובר בהבעת דעות חופשית כי אם בהסתה גזענית והתססה מכוונת כנגד חלקים מסויימים באוכלוסיה, יש בו כדי להצדיק, בנסיבות העניין, למנוע את הפגיעה הקשה הצפויה ברגשות הציבור הנפגע". המשיב 2 מדגיש את החשש מפני פגיעה עזה ברגשותיהם של רבדים נרחבים באוכלוסיה, מבקש למנעה, לכל יהפוך חופש הביטוי לחופש ביזוי ושיסוי.

עיקרי תשובת היועץ המשפטי לממשלה

19. על-פי פרשנות חוק דרכי תעמולה ותכליתו, אין מניעה לחלוקתו של הגיליון המיוחד של המגזין, כפי שמבקשים העותרים לעשות. השאלה אומנם מורכבת, אך אין מדובר בתעמולת בחירות הקשורה במתן מתנות כאמור בסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה. יש אמנם ערך כלכלי למגזין (בישראל כ- 35-37 ש"ח, בצרפת כ-3 יורו), אך חלוקתו לא נעשית על מנת שמי שיקבלו יצא נשכר מן הערך הכלכלי הגלום בו. החלוקה נעשית כמסר תעמולתי, בבסיסו עמוד השער של המגזין, וכאמירה נגדית להתבטאויות שקראו למנוע את הפצת המגזין בגלל תוכנו של עמוד השער. זהו מסר מילולי המופנה אל הגיונו של הבוחר, אין זו טובת הנאה, ולא מתנה כמשמעה בסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה. המגזין, במהותו, הוא חלק בלתי נפרד מעצם הביטוי, מן המסר התעמולתי. יש חשיבות במתן פרשנות מרחיבה למונח "מתנה", אך נדרש איזון עם הערך המרכזי של חופש הביטוי הפוליטי אשר מוביל לפרשנות המאפשרת להתיר העברת מסרים בדרכים מגוונות, ולא להגביל זאת במקום שבו החפץ המחולק במסגרת התעמולה – דוגמת הגיליון המיוחד של המגזין דנן – אינו מקים חשש של ממש להטיית לב הבוחר ולהשפעה על יכולתו להצביע באופן חופשי ומושכל.

20. סעיף 17ב(א) לחוק דרכי תעמולה אינו מעניק ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית סמכות להוציא צו מניעה ביחס לחלוקת הגיליון המיוחד של המגזין בשל תכנו, כל עוד התוכן אינו מהווה עבירה על אחד מן החיקוקים המפורטים בסעיף כרשימה סגורה. מדובר בהגבלה על זכויות יסוד, בעיקר חופש הביטוי, בענייננו חופש הביטוי הפוליטי, ולא ניתנה ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית סמכות להוציא צו מניעה לגבי עצם חלוקת המגזין מושא העתירה על בסיס הטענות לפגיעה ברגשות הציבור והטענות על הסתה לגזענות.

עיקרי הדיון בעתירה

21. על מנת לייעל את הדיון בעתירה, נוכח הצורך להכריע בה בהקדם, מבלי שהיה בכך כדי להצביע על עמדה לגופו של עניין, ניתן צו על-תנאי בהחלטתי מיום כ' בשבט תשע"ה (9.2.2015).

22. בדיון בעתירה ביום כ"ח בשבט תשע"ה (17.2.2015) הצענו דרך של פשרה על חלוקת העמוד הראשון והאחרון בלבד של הגיליון המיוחד. הצעתנו לא התקבלה על דעת הצדדים.

23. ב"כ הצדדים הבהירו במהלך הדיון את טענותיהם בהתייחס לטענות שמנגד. ב"כ העותרים ציין כי תעמולת הבחירות, המסר שהעותרים מבקשים להעביר, אינו נעוץ בקריקטורה זו או אחרת. מגמתם היא לחלק דבר שאחרים ניסו למנוע את חלוקתו על דרך של השתקה ובאמצעים אלימים. ב"כ העותרים הציע לקבוע שמתנה היא הקליפה שבתוכה התעמולה. לא דומה עט שניתן לבוחר, שעליו מתנוסס שם המפלגה כדי לצוד את עינו, שהוא אכן מתנה, לגיליון המיוחד שהוא המסר עצמו. אף אם מבחינה צורנית יכול הגיליון המיוחד להיות נחזה כמתנה, גם בגלל מחירו, הרי שעל-פי מבחן הדומיננטיות זוהי התעמולה: "אמרו לי לא להפיץ את העיתון, אמרו שישרפו את המועדון; הנה אני מחלק. זהו המסר".

עוד טען ב"כ העותרים כי חוק דרכי תעמולה נחקק בשנות ה-50, ימי סאלח שבתי, שאז הענקת מתנות וארגון טיולים נעשו כדי להשפיע על דעתו של הבוחר. כך היה נהוג בימים ההם. בזמן הזה, הבוחר של היום, אינו כזה; וגם המדיה התקשורתית שונה בתכלית.

ב"כ העותרים ביקש לדחות חשש שהביע יו"ר ועדת הבחירות על אודות מדרון חלקלק. לדבריו, יש לקבוע כלל פרשני, ואכיפתו תעשה על-ידי יו"ר ועדת הבחירות.

24. ב"כ המשיב 2 הדגיש בטיעונו את שיקול הדעת הרחב המסור ליו"ר ועדת הבחירות, את עיסוקו הרב בכך, את מומחיותו, ואת הביקורת השיפוטית המצומצמת של בית משפט זה. ב"כ המשיב 2 קבל על תעמולה מתסיסה מצדם של העותרים בחלוקת המגזין Charlie Hebdo על רקע פרסומי עבר שבו, ועל הפגיעה ברגשות המוסלמים בציור דמותו של נביא האיסלאם מוחמד כקריקטורה בגיליון המיוחד. לדעת ב"כ המשיב 2, הגיליון המיוחד, לפי מחירו ולפי מהותו הוא "מתנה", ובצדק נאסרה חלוקתו כתעמולת בחירות; גם מטעם זה, וגם בשל התוכן הגזעני, המתסיס והפוגע.

25. ב"כ יו"ר ועדת הבחירות המרכזית עמד על סמכותו הרחבה של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית. לדבריו, עשה יו"ר ועדת הבחירות בהחלטתו איזון הולם בין חופש הביטוי לבין אינטרסים חשובים אחרים, כגון שוויון, על מנת להבטיח את טוהר הבחירות. החשש הוא רב מפני מדרון חלקלק. מגמתו של יו"ר ועדת הבחירות בהחלטתו היא להתוות קו גבול חד וברור כדי למנוע את בריחת הסוסים מן האורווה. אם לא כן – תחלקנה המפלגות כיד הדמיון הטובה עליהן מתנה במסווה של תעמולה.

26. ב"כ היועץ המשפטי לממשלה ציינה כי חלוקת הגיליון המיוחד אינה באה בגדר "מתנה", משום שהמבחן הוא מהותי. לא מילותיו של הגיליון, ולא הקריקטורה, אלא המסר שבחלוקתו, חרף התבטאויותיהם החריפות של המשיב 2 ואחרים נגד



ההפצה. זוהי האמירה של העותרים, לא טובת הנאה, אלא מסר מילולי שנועד לשכנע. ב"כ היועץ המשפטי לממשלה טענה כי אין חשש להטיית לבו של הבוחר. עוד טענה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה על כך שלא ניתנה ליו"ר ועדת הבחירות סמכות לפסול את תכני התעמולה, וסמכותו מתוחמת למה שנקבע בהוראת סעיף 17ב(א) לחוק דרכי תעמולה.

דיון והכרעה

27. בשניים אלה נדון ונכריע: האם חלוקת הגיליון המיוחד כתעמולת בחירות אסורה בהיותה "מתנה"? האם יש הצדקה למניעתה בשל פגיעה בדת האיסלאם וברגשותיהם של המוסלמים?

28. זו הוראת סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה:

"לא תהא תעמולת בחירות מלווה תכניות בידור, לרבות הופעות אמנים, נגינה, זמרה, הצגת סרטים ונשיאת לפידיים; לא תהא תעמולת בחירות קשורה במתן מתנות ופרט למסיבות בבתי פרטיים לא תהא קשורה בהגשת מאכלים או משקאות משכרים. האיסור על הצגת סרטים לא יחול על שידור תעמולת בחירות בטלוויזיה לפי סעיף 15א".

ענייננו-שלנו במציעתא: "לא תהא תעמולת בחירות קשורה במתן מתנות". יו"ר ועדת הבחירות המרכזית נקט לדבריו "פרשנות תכליתית-דווקנית למונח 'מתנה'", לאור תכליתו הראשונה במעלה של סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה – שמירה על טוהר הבחירות: "אם יש ספק - אין ספק", כלשונו. הגישה הדווקנית מובנת ומוצדקת במה שנוגע לאותם נושאים שנמנו במפורש בהוראת הסעיף הנ"ל (תכניות בידור, הופעות אמנים, נגינה, זמרה, סרטים, נשיאת לפידיים, הגשת מאכלים או משקאות משכרים), כמו גם לגבי פריטים או אירועים שאליהם נדרשו יושבי ראש ועדות בחירות בעבר, דוגמת בקבוקי-מרפא או מופע-זמר (ראו לדוגמה תר"מ 153/98 שוש ערער ואח' נגד רשימת ש"ס בבחירות למועצת עיריית נתניה ואח', פ"ד נב(4) 660 (1998); תב"כ 11/19, תב"כ 13/19 קפל; רשימת יש עתיד נ' רשימת הליכוד - ישראל ביתנו ואח' (3.1.2013)). אלא שיש לראות נכוחה את ההקשר שלמסגרתו נוצק המושג "מתנה" בסעיף 8: מימינו – תכניות בידור למיניהן, ומשמאלו – מאכלים ומשקאות משכרים. אלה כאלה טובות הנאה חומריות מובהקות. בשלהי שנות החמישים, ימי סאלח שבתי (כדברי עו"ד יואב מני), ביקש המחוקק לשרש את הנוהג, שהחל קונה אחיזה, לרכוש את קולו של הבוחר

במתנות מעין אלה, במגמה להבטיח את טוהר הבחירות ולמנוע אבק שוחד (ד"כ 27, 2252-2253 (תשי"ט)).

29. אומנם גם כשמדובר בחלוקת טובת הנאה חומרית, מתנה מובהקת, עשויה רשימה לטעון כי יש לראותה כחלק מחופש הביטוי שלה. אפשרות זו לא נעלמה מעיניהם של המחוקקים ההיסטוריים בדונם בהצעת חוק דרכי תעמולה. דברים שנאמרו אז, לא נס ליחס: "היסוד של... מדינה דמוקרטית, הן בחירות חופשיות. בחירות בהן יכול הבוחר להביע דעתו בקלפי כבן חורין, כאדם שבא לידי החלטה והכרעה ומצביע בהתאם לצו מצפוננו... הרבה דרכים בלתי-כשרות ישנן להשפעה בלתי-הוגנת על הבוחר... המחוקק והמדינה העומדים מן הצד ואינם נותנים דעתם לבעיות הללו, המתחמקים מאחורי מסך חופש הדיבור, חופש הביטוי וחופש התעמולה... יש והם מפקירים את עקרון הבחירות החופשיות למלתעותיהם של מנצלי הדמוקרטיה ומסלפי דמותה ומטרותיה" (דברי ח"כ זרח ורהפטיג, שם, עמוד 2252). בראיה זו, יש טעם בנקיטת קו פרשני קשיח לצורך תיחום גדרי איסור ה"מתנה", המביא בכל מקרה של ספק השפעה בלתי-הוגנת, למניעת חלוקתן של אותן טובות הנאה חומריות מובהקות.

30. ברם, לא כך בענייננו, 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. העותרים עומדים על דעתם לגבי המסר שהם מבקשים להעביר לציבור, ומצהירים בשער בת-רבים על התנגדותם "באופן עקרוני ונחרץ, לכפייה של דעות וערכים באופן כוחני ואלים". זוהי תעמולת הבחירות שלהם, ומכאן רצונם לחלק את הגיליון המיוחד, לדבריהם "בגלל שהוא מבטא עמידה איתנה מול איומים באלימות ובטרור; בגלל שהוא מבטא אומץ לב אזרחי; בגלל שהוא מבטא את חירותו של אדם במדינה דמוקרטית" (פסקה 41 לעתירה). 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.

31. על מעמדו הרם של חופש הביטוי במשפטנו אין צורך להכביר מילים (לסקירה מקיפה על ההכרה במעמד המיוחד של הזכות לחופש הביטוי בפסיקת בית משפט זה, ראו אהרן ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 707-708, 710-711 והאסמכתאות המובאות שם (2014) (להלן: כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה)). בספרו (שם, עמודים 709-710) נדרש פרופ' אהרן ברק לשאלה האם הזכות לחופש הביטוי היא זכות הלכתית או זכות-בת של כבוד האדם. לדבריו, תקופה ארוכה נחלקו שופטי בית משפט זה בדעותיהם בסוגיה זו, עד למפנה בפסק הדין בבג"ץ 6427/02

התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) ובעקבותיו – בהתייחס לחופש הביטוי הפוליטי – בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי). כדברים הללו אמרה השופטת (כתוארה אז) מ' נאור על חופש הביטוי הפוליטי: "ניתן לאפיין סוגים שונים של חופש ביטוי – חלקם נמצאים בגרעין הזכות וחלקם במעטפת. לא הרי פגיעה שהיא בגרעינה של הזכות כהרי פגיעה בשוליה... נקבע בפסיקתנו כי חופש הביטוי הפוליטי הוא בגרעין הזכות לחופש הביטוי" (עניין המפקד הלאומי, פסקאות 22-23 והאסמכתאות המובאות שם). השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, הוסיפה וקבעה שם, כי חופש הביטוי הפוליטי, קשור קשר ענייני הדוק לכבוד האדם, כך שחופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם (שם, פסקה 26, עמוד 763).

32. זאת ועוד, בתקופת בחירות, לחופש הביטוי הפוליטי משמעות חשובה במיוחד, כלשונו של הנשיא (כתוארו אז) מ' שמגר: "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... הצגת ההשקפות, הדיונים, הוויכוחים והבעת הדעות בדרכים אחרות - כל אלה מצויים בתחום התעמולה, שבאמצעותה מתנהל המאבק על דעתו של הציבור, הבוחר את נציגיו" (בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 239 (1984) ההדגשה במקור). בהידרשו לתכליותיו של חוק דרכי תעמולה, קבע השופט (כתוארו אז) א' ברק: "עקרון יסודי עיקרי, הרלוואנטי לגיבושה של תכלית החקיקה, הוא חופש הביטוי, המשתרע על כל ביטוי. הוא מקבל משמעות מיוחדת לעניין הביטוי הפוליטי בכלל ולעניין הביטוי הפוליטי במסגרת מאבק בחירות בפרט... דמוקרטיה אמיתית וחירות הביטוי חד הן, והדבר נכון לכל משך פעולתה של צורת המשטר האמורה בכלל ובעת בחירות בפרט" (בג"ץ 869/92 זילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מו(2) 692, 706 (1992) (להלן: ענין זילי)). בספרו, הוסיף פרופ' ברק וחיזק דברים אלה: "חופש הביטוי קשור בקשר הדוק לקיומן של בחירות, המאפשרות לכל אדם להכריע בין הדעות השונות. קשה לתאר הליך בחירות דמוקרטי בלא הבטחת חופש ביטוי". הזיקה שבין חופש ביטוי, לבין העברת מידע, ומכאן למתן יכולת לבוחר לבטא את אישיותו בהצבעתו, היא המציבה, אליבא דפרופ' ברק, את חופש הביטוי הפוליטי, בזיקה הדוקה לכבוד האדם: "קיים, למשל, קשר ענייני ישיר בין הבטחת המשטר הדמוקרטי לבין כבוד האדם. רק במשטר דמוקרטי יכול הפרט לבטא את אישיותו כאדם. מכאן הקשר ההדוק שבין חופש הביטוי כחלק מכבוד האדם לבין הליך הבחירות, שבו ניתנת לכל פרט היכולת לקבל החלטה מושכלת על בסיס מידע המוצג לפניו" (כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה, 716, 722).

33. כאשר ה"מתנה" היא למעשה ביטוי, גם אם בעל ערך כספי מסוים, להבדיל מטובת הנאה חומרית מובהקת גרידא, וביטוי זה הוא חלק אינהרנטי מתעמולת בחירות של מפלגה, מתחדד המתח שבין חופש הביטוי הפוליטי לבין שאר התכליות שביקש חוק דרכי תעמולה לקדם. במצב זה, משנה תוקף יש לחשש מפני פגיעת-יתר בחופש הביטוי. המחוקק היה ער לכך עוד בימים קדמונים: "הבעיה חמורה ביותר ופתרונה נראה לפעמים כפתרון חידת ריבוע העיגול... מצד אחד – הרי בחירות חופשיות מושתתות על העקרון של חופש מלא של הדיבור, של השכנוע, של התעמולה, ומצד שני – הרי למען הגשמתו של אותו עקרון עצמו של חופש הבחירות באים ומציעים הגבלות של חופש התעמולה" (דברי ח"כ זרח ורהפטיג, שם, עמוד 2252); "עלינו למצוא את שביל הזהב בין המגמה לאסור אמצעי תעמולה בזבזניים ודרכי תעמולה פסולים, ובין המגמה לשמור בקפדנות על חופש הדיבור, ההסברה והתעמולה. וחושש אני שמרוב להיטות אחרי איסורים והגבלות, לא נשמר האיזון בין שתי מגמות אלו בהצעת החוק" (דברי ח"כ חיים צדוק, שם, עמוד 2267).

34. מתח זה שבין חופש הביטוי הפוליטי לבין תכליות אחרות שאותן ביקש חוק דרכי תעמולה לקדם, בא לידי ביטוי ברבות השנים גם בפסיקת בית משפט זה. בעניין זוילי ציין השופט (כתוארו אז) א' ברק כי "התכליות השונות העומדות ביסוד חוק דרכי תעמולה מתנגשות אלה באלה. הרצון להבטיח את חופש הביטוי מוביל לצמצום האיסור על תעמולת בחירות ואף לשלילתו" (שם, 708); "הרצון להבטיח שוויון בין המפלגות מוביל להרחבת האיסור על תעמולת הבחירות" (שם) ענינו הרואות: חופש הביטוי מזה ועקרון השוויון מזה. "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. הנה כי כן, אנו עומדים בפני תכליות סותרות, הנאבקות בינן לבין עצמן, בנשמתו של חוק דרכי התעמולה. פתרון הסתירה איננו בהעדפת התכלית האחת על פני רעותה. הפתרון מצוי באיזון הראוי בין התכליות הסותרות" (שם). מהו אפוא האיזון הראוי?

35. אקדים ואומר, בעניין שהובא לפנינו, שבו מה שעומד לחלוקה הוא למעשה ביטוי, חלק בלתי נפרד מן המסר הפוליטי-המפלגתי-התעמולתי, מחופש הביטוי של העותרים – אין לנקוט באותה גישה דווקנית, מאינת כל ספק ("אם יש ספק - אין ספק") לפרשנות גדרי האיסור על הענקת מתנה. אין לפסול את חלוקת הגיליון – בשל ערכו הכלכלי המסוים, שמא בוחר כלשהו יראה בו מתנה חומרית גרידא, או מפאת החשש מפני מדרון חלקלק. בכך אין משום איזון ראוי בין הערכים שעל הפרק.

36. בנסיבות העניין דנן, גישתו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית "אם יש ספק – אין ספק", סותרת את אמת-המידה שאומצה החל בעניין קול-העם (בג"ץ 73/53 חברת

“קול העם” בעמ’ נ’ שר הפנים, פ”ד ז 871 (1953)) לפיה יסוג חופש הביטוי מפני ערך מוגן אחר (בענייננו – טוהר הבחירות ושוויון בין המפלגות) רק בהתקיים הסתברות “קרובה לוודאי” לפגיעה ממשית בו.

37. בית משפט זה נדרש לא אחת לדון במידת ההגנה על חופש הביטוי בהקשר המסוים של חוק דרכי תעמולה, בעתירות נגד החלטותיהם של יושבי ראש ועדות הבחירות לכנסת שלא לאשר תשדירי תעמולה לפי סעיף 15א(ד) לחוק דרכי תעמולה. סעיף זה קובע למה יחשף הבוחר, ויזואלית-מנטאלית, בתשדיר תעמולה. לעומתו, סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה, נשוא דיוננו, קובע למה יחשף בוחר ויזואלית-פיזית, מה יכול שיינתן לו במסגרת תעמולת בחירות, ומה יאסר בהיותו “מתנה”. המאטריה קרובה עד מאוד (ראו א’ ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית (תשנ”ה-1995)), עמוד 243 “היקש: מקרים דומים מחייבים נוסחאות איזון דומות”. והנה, באופן עקבי, נבחרה בהקשר זה הדרישה המחמירה הן מבחינה הסתברותית, הן לגבי דרגת הפגיעה. בית המשפט שב וקבע, כי חופש הביטוי יגרע, רק בהימצא “ודאות קרובה” לפגיעה קשה וממשית באינטרס הציבורי שמנגד: “נוכח העובדה שחוק דרכי תעמולה מאפשר מניעה מראש של פרסום תשדיר בחירות, מוחל מבחן מחמיר יותר להצדקת הפגיעה בחופש הביטוי. זהו מבחן הודאות הקרובה לפגיעה קשה וממשית באינטרס הציבור וברגשותיו, שנקבע עוד בבג”ץ 73/53 קול העם נ’ שר הפנים, פ”ד ז(1) 871 (1953). בפרשת חרות נקבע עוד כי כאשר הערך המוגן הנבחן אל מול הזכות לחופש ביטוי הוא רגשות הציבור, יש להראות, בין השאר, כי הפגיעה היא כה קשה וכבדה, עד שהיא מעבר לרמת הסבולת הראויה” (שם, בעמ’ 763, בדעת המיעוט של הנשיא א’ ברק). ברוח זו נקבע גם בפרשת שינוי כי פגיעה ברגשות שהיא כה קשה וכה עמוקה עד כי היא עשויה להביא הפרה של ממש בסדר הציבורי עשויה להצדיק את הגבלתו של חופש הביטוי” (שם, פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא א’ ברק); וכי ‘הגבלת חופש הביטוי, מראש, בהתבסס על תוכנו של הביטוי, תתאפשר רק אם המסר הכלול בביטוי יש בו כדי לזעזע את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית’ (פרשת שינוי, פסקה 4 לפסק דינו של השופט א’ ריבלין). מבחנים מחמירים אלה משקפים, כאמור, את מעמדו וחשיבותו של חופש הביטוי, אך גם את העובדה שיש לאזנו אל מול אינטרסים אחרים” (בג”ץ 236/13 עוצמה לישראל נ’ יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (15.1.2013), דברי הנשיא (כתוארו אז) א’ גרוניס, פסקה 19).

38. מן הראוי לציין כי בדרך כלל שימש מבחן הודאות הקרובה כאמור לצורך איזון בין חופש הביטוי לבין ערכי יסוד אחרים, דוגמת שלום הציבור או מניעת פגיעה ברגשות. האם אותו מבחן ראוי ליישום גם מקום בו יש צורך באיזון בין חופש הביטוי לבין טוהר הבחירות, שוויון בין המפלגות ומניעת השפעה בלתי הוגנת על הבוחר, כבענייננו, לצורך ה“מתנה” הנדונה בסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה?

39. בספרו מבחר כתבים (כרך א 562-563 (התש"ס)) עמד פרופ' אהרן ברק על כך ש"הוודאות הקרובה" היא נוסחת האיזון הנפוצה ביותר אשר הופעלה במגוון מצבים. עם זאת, שב והדגיש (עמודים 525-526, 533-534 והאסמכתאות המובאות שם), כי זו אינה נוסחת האיזון העקרונית היחידה במצבים בהם מצוי חופש הביטוי בהתנגשות עם ערכים אחרים, וכי רב-גוניותם של המצבים וחשיבותם היחסית של הערכים המתנגשים עם חופש הביטוי, מחייבים מבחנים עקרוניים שונים.

40. ההלכה הפסוקה מלמדתנו כי לעיתים, באיזון שבין חופש הביטוי לבין ערכי-יסוד אחרים, נקט בית המשפט מבחן קצת יותר גמיש: "אפשרות סבירה או ממשית" לפגיעה בערך המוגן שמנגד. אך כך נעשה רק "בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן" (ראו: בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 837-838. ליישום המבחן, לאחר התלבטות, ובנסיבות מיוחדות של עבירת ההמרדה, ראו: ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 582, דברי הנשיא (כתוארו אז) א' ברק).

41. בדונו בשנת תש"ס באפשרות שחופש הביטוי יוכר כזכות חוקתית, כחלק מהזכות לכבוד האדם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או שיעוגן כשלעצמו בחוק יסוד, נדרש פרופ' ברק להשלכה בנוגע להגנה על חופש הביטוי: "הגנה זו מצויה בפסקת ההגבלה... היא מקום עקרונית להפעיל את ההלכות העולות מפרשת קול העם ובנותיה, תוך בחינה אם הן מתיישבות עם ההוראות של פסקת ההגבלה. ההנחה המקובלת הינה כי לכאורה הן מתיישבות עמה". הערכתו של פרופ' ברק היתה, כי "המעבר בוודאי אינו קיצוני, שהרי ההגנה שניתנה בישראל לחופש הביטוי לפני הפיכתו לזכות יסוד היא מקיפה ועמוקה" (מבחר כתבים, עמודים 567, 571-572). בעניין זה ציינה השופטת ד' דורנר: "בגדר מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה משתלבות כיום גם נוסחות האיזון שפותחו בפסיקה עוד קודם לחקיקת חוק היסוד והמתיחסות למידת ההסתברות כי מימוש חופש הביטוי יפגע באינטרס הציבורי" (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 264 (2003). אכן, בעניין המפקד הלאומי, משקבעה השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, כי חופש הביטוי הפוליטי בא בגדרה של הזכות החוקתית לכבוד האדם, בחנה את העניין שם בהתאם למבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (שם, עמודים 764, 795).

42. עינינו הרואות אפוא את נוסחאות האיזון: ודאות קרובה, אפשרות סבירה או ממשית, ולאחרונה – מתוך תפיסת חופש הביטוי הפוליטי כחלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם – עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. על כל פנים, המבחן "אם יש ספק – אין ספק" שהדריך את יו"ר ועדת הבחירות, קרי, שדיינו בספק פגיעה בטוהר הבחירות,

בשוויון בין המפלגות ובמניעת השפעה בלתי-הוגנת על הבוחר, לצורך הסגתו המלאה של חופש הביטוי, חורג מגישתו העקבית של בית משפט זה; אין בו איזון ולא מידתיות. אין הצדקה למנוע מחופש הביטוי הפוליטי את המעמד החוקתי הראוי לו.

43. זאת ועוד. המגמה למניעת השפעה בלתי-הוגנת על הבוחר, להבטחת יכולתו לבחור מדעת, אינה בהכרח לעומתית לחופש הביטוי של המפלגות. חופש הביטוי, במה שנוגע לתעמולת בחירות, נועד לשרת לא רק את המפלגה אלא גם את הבוחר: "בהליך בחירות חופשי ודמוקרטי שלובות זכויות הבוחרים בזכויות המתמודדים בבחירות... חופש הביטוי התעמולתי הנתון למתמודדים בבחירות הוא גם הפן האחר של החופש הנתון לבוחר לקבל את המידע הזורם מהמתמודדים, לנתחו ולגבש באמצעותו את בחירתו. פגיעה נטענת בחופש הביטוי הפוליטי של מפלגה עשויה להיות לא רק פגיעה בה, אלא גם פגיעה בבוחר המבקש לקלוט את מלוא הביטוי של השיח הפוליטי" (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה (23.12.03), דברי השופטת א' פרוקצ'יה, בפסקאות 11 ו-17). מנקודת מבט זו – "הגשמת רצון הבוחר באופן מלא וכנה, מבלי שתיפגע אפשרותו לבטא את רצונו האמיתי" (פסקה 10 לתגובת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית), כאשר החפץ הניתן הוא בעיקרו תוכני, קוראת דווקא לקדם את חופש הביטוי הפוליטי ולא להסיגו אחור.

44. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לא נקט במבחן "הוודאות הקרובה", כאמור, גם לא במבחן "האפשרות הסבירה או הממשית" לפגיעה בערך המוגן המתנגש בחופש הביטוי. לשיטתו – "חוק דרכי תעמולה יצר את האיזון הנדרש, בקובעו, בסעיף 8, כי התכלית של הגשמת רצון הבוחר באופן מלא וכנה, מבלי שתיפגע אפשרותו לבטא את רצונו האמיתי, גוברת על אינטרסים אחרים, ובהם חופש הביטוי ואף חופש הביטוי הפוליטי" (שם). לדבריו – חוק דרכי תעמולה "קובע בלשון מפורשת כי חופש הביטוי נסוג מפני התכלית של שמירה על טוהר הבחירות והשוויון בין רשימות מועמדים ושל אי פגיעה ביכולתו של הבוחר לבטא את רצונו בתיווך במסגרת הצבעתו בבחירות לכנסת" (שם, בפסקה 25). לפי דברי יו"ר ועדת הבחירות (פסקאות 10, 25), בחקיקת איסור הענקת המתנה בסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה נקבעה נקודת האיזון שבין הערכים המתנגשים, והלכה למעשה הוכרע כי לעניין "מתנה" יסוג חופש הביטוי מפני ערכי טוהר הבחירות, הגשמת רצונו של הבוחר, ושמירה על השוויון בין המפלגות.

45. יש קושי בגישתו הנ"ל של יו"ר ועדת הבחירות, משום שעיון הגבלתו של חופש הביטוי בחוק הוא תנאי הכרחי, אך לא מספיק. הלכה פסוקה היא, "שאין מגבילים את חופש הביטוי אלא בהתקיים התנאים המצטברים הבאים: הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי; ההסתברות כי הערך המתנגש בחופש הביטוי ייפגע כתוצאה מהפעלת חופש

הביטוי מגיעה, למצער, לדרגה של ודאות קרובה או, לעתים, אפשרות סבירה; הפגיעה בערך המתנגש היא קשה וממשית" (בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2)7, 9-10, דברי השופטת ד' דורנר (1994)). בהמשך לקו שהותווה בעבר בהלכה הפסוקה, נקבעה אמת המידה החוקתית לצורך איזון בין ערכי-יסוד מתנגשים, בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו עניין המפקד הלאומי, דברי השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, סעיף 29). על-פי "נוסחת האיזון" אין לפגוע בזכות שלפי חוק-היסוד אלא בתנאי פסקת ההגבלה, שרק הראשון שבהם הוא עיגון הפגיעה בחוק. לפיכך, עצם העובדה שחוק דרכי תעמולה, פגע במידה מסויימת בחופש הביטוי הפוליטי, באיסור על הענקת "מתנה" שנקבע בסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה, איננה סוף פסוק. זוהי אך ראשית הלגיטימציה החוקתית להגבלת חופש הביטוי בהקשר הנדון, והיא אינה פוטרנו ממלאכת האיזון עם הערכים המתנגשים, לצורך פרשנות ועמידה על טיבה של ה"מתנה".

46. הפועל היוצא מן האמור הוא, כי 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 המבחינים 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. 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.

47. אין אפוא חשש של ממש לפגיעה בטוהר הבחירות, גם לא לשוויון בין המפלגות במה שנוגע למשאבים המוקצים לתעמולה. השוויון בהקשר הזה קיבל את ביטויו הסטוטורי בדיני מימון המפלגות והוא אינו עניין לכאן. במה שנוגע לתעמולה, הרשות נתונה לפל, בגדרי חוק דרכי תעמולה, באופן שוויוני. לגיליון המיוחד גם לא נודעת השפעה בלתי הוגנת על הבוחר. הוא איננו טובת הנאה שנועדה להטות את הלב, אלא מסר שתכליתו "לדבר אל שכלו והגיונו של הבוחר" (כדברי השופט א' מצא, יו"ר



ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-15, בתר"מ 94/98 סיעת ירושלים עכשיו נ' ש"ס (1.11.1998)). "תכלית החוק היא להבטיח כי הבוחר בבחירות לכנסת יטיל פתק לקלפי בהחליטו החלטה ראציונלית – החלטה המייסדת עצמה על שיקולים לגופם של דברים – בלא שיהא מושפע מאמצעי-לחץ שונים שאינם מן העניין" (תב"כ 4/16 פינס נ' תנועת אהבת ישראל (15.12.2002) דברי השופט (כתוארו אז) מ' חשין). דברים דומים אמרה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש, יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, בדחותה בקשה למתן צו מניעה אשר יורה למפלגת ש"ס להימנע מחלוקת ספרי תהילים במסגרת תעמולת בחירות: "על כל אדם להצביע על-פי מצפוננו ומיטב הבנתו, והאיסורים... נדרשים על מנת להגן על זכותו של הבוחר להצביע באופן חופשי ומושכל ועל מנת למנוע מצב שבו האדם מצביע שלא על פי רצונו החופשי. בשל האמור נאסרה גם חלוקת מתנות במסגרת תעמולת בחירות שכן מדובר למעשה במתן שוחד... לספר התהילים נשוא הבקשה אין ערך כספי ממשי וערכו הינו במהות הטמונה בו... איני סבורה שניתן לראות בחלוקת ספר התהילים נשוא הבקשה משום חלוקת מתנה אסורה או מתן שוחד בחירות, ואין לקבוע כי יש בעצם חלוקת הספר כדי להשפיע באופן פסול על שיקול דעתם של הבוחרים" (תב"כ 7/17 ח"כ אברהם פורז נ' ש"ס).

48. המסקנה היא אפוא כי בחלוקת הגיליון המיוחד אין מתקיימת ודאות קרובה, גם לא אפשרות סבירה או ממשית, לפגיעה קשה או ממשית בטוהר הבחירות, בשוויון בין המפלגות, או בחופש הבחירה של הבוחר. מניעת חלוקתו תפגע בחופש הביטוי במידה העולה על הנדרש. אין הצדקה להסיג את חופש הביטוי הפוליטי; אדרבה, לעת בחירות כוחו עולה ומשמעותו רבה. אין לסווג את הגיליון המיוחד כ"מתנה", ואין למנוע את חלוקתו.

49. שלוש הערות בשולי הדברים:

(א) אין לכחד. יש יתרון בגישתו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, לפיה "אם יש ספק – אין ספק", כמו גם במבחן ה'טכני' של העברת חפץ מאת מפלגה לידי בוחר, לצורך הסיווג כ"מתנה". גישה זו מציבה קו חד וברור, קל ליישום. ברם, מחירה יקר מדי. היא פוגעת בחופש הביטוי הפוליטי יתר על המידה. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית גם חושש מפני "מדרון חלקלק" ולחוסר ודאות משפטית אם גישתו תידחה. התשובה לחשש זה היא בשניים:

(1) בעצם הסמכות הנתונה ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית לעמוד על

המשמר, באמצעות הכלים שניתנו לו, במימונתו, לגדור ולתחום, לאשר ולפסול;

(2) אכן קשה לשרטט מראש את קו הגבול המדויק מה יחשב ל"מתנה" ומה לא, משום שכוח הדמיון והיצירה הנלווה לדרכי התעמולה הוא רב ועצום. ועדיין, המקרים הגבוליים אינם רבים, ולגבי מיעוטם הבעייתי והמאתגר, בדרך כלל ניתן לזהות יחסית בנקל את המיקום באופן יחסי אל הגבול, גם מבלי לשרטטו במכחול דק: האם אותו מקרה ממוקם מעברו האחד של הגבול, או מעברו האחר.

(ב) יו"ר ועדת הבחירות המרכזית טען על ההיקף המצומצם של הביקורת השיפוטית בכגון דא, בגלל שיקול הדעת הרחב המסור ליו"ר ועדת הבחירות על-פי חוק דרכי תעמולה, והתבסס על ההלכה הפסוקה לפיה לא ימיר בית המשפט את שיקול דעתו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית בשיקול דעתו-שלו. ח"כ אחמד טיבי תמך בטיעון זה וטען בדומה. הטיעון הוא נכון, אך המענה הוא בדבריו אלה של הנשיא (כתוארו אז) א' ברק בעניין חרות התנועה הלאומית: "אמת, איננו מחליפים את שיקול-דעתו של יושב-ראש ועדת הבחירות בשיקול-דעתנו שלנו... 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" (בג"ץ 212/03 חרות תנועה לאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות, פ"ד נז(1) 750 (2003), פסקה 20).

(ג) פעם אחר פעם קראו יושבי-ראש ועדות בחירות למחוקק לבחון את הצורך בהתאמת דיני תעמולת הבחירות למציאות המשתנה. מזה שנים אמר גם בית משפט זה את דברו. עד כה ללא הועיל. התקשורת שינתה פניה, ודיני תעמולת הבחירות, בחלקם, ארכאיים, מנותקים מן המציאות. יש צורך לעשות מעשה; לחוקק ולהתקין.

50. מכאן לשאלה השניה שהונחה לפתחנו, האם יש למנוע את חלוקת הגיליון המיוחד של המגזין בשל פגיעה בדת האיסלאם וברגשותיהם של המוסלמים? יו"ר ועדת הבחירות לא נדרש לשאלה זו, משום שלא נזקק לעשות כן לאור הכרעתו בסיווג הגיליון המיוחד כ"מתנה". לאור הכרעתנו השונה, לעיל, בסוגיית ה"מתנה", שומה עלינו להידרש לשאלה השניה שעל הפרק.

51. בצבעים קודרים תאר ח"כ אחמד טיבי את מצב הדברים ואת הפגיעה ברגשות הצפויה בעטיה של חלוקת הגיליון המיוחד: "ביזוי"; "פגיעה אנושה בסמלי דת וברגשות מיליוני מוסלמים בארץ ובעולם"; "ניסיון פסול ואסור להתגרות"; "הסתה פוגענית ואסורה בציבור רחב"; "הסתה גזענית והתססה"; "סיכון ממשי להפרת שלום הציבור בשל המתחיות הרבה והחמורה שהוא עלול ליצור". בהתבטאויות הללו יש משום הפרזה. ראוי לזכור ולהזכיר במה מדובר, באיור של נביא האיסלאם מוחמד, כמתואר בפסקה 1 לעיל. אין

לשלול כמוכן תחושה סובייקטיבית של פגיעה, לבטח נדרשת רגישות, אך בוודאי הפגיעה איננה 'כצעקתו' של המשיב 2. לאחרונה נדרש בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט ר' למלשטריך-לטר) לטענות מעין אלה שטען המשיב 2, בהחלטה בבקשה למתן צו מניעה נגד מכירת המגזין והפצתו (ה"פ 51269-01-15 ארגון מיזאן לזכויות האדם בע"מ נ' סטימצקי (2005) בע"מ (26.1.2015)). בית המשפט המחוזי קבע, כי "ניתן להבין מהקריקטורה כי הנביא מוחמד איננו תומך ברצח, אלא אף מוקיע אותו... לאחר הרצח, הביעו מנהיגי דת מוסלמים את סלידתם מהרצח, ובמצעד מחאה בפרזיז של מנהיגי האומות השתתפו גם מנהיגי מדינות מוסלמיות. ללמדך – הוקעת הרצח והשתקת חופש הביטוי בדרך של אלימות רצחנית, חוצה גבולות ודתות, ומקובלת גם על חלקים נרחבים בעולם המוסלמי... אין בקריקטורה משום ביזוי או השפלה, או הסתה לגזענות, אלא הבעת מחאה של הנביא מוחמד כנגד הרצח. האם בכוונת המבקשים לטעון כי קריקטורה המביעה הזדהות של הנביא מוחמד עם המחאה כנגד הרצח, המעבירה מסר כי קודש הקודשים של האסלאם איננו תומך ברצח כזה, יש בה ביזוי או השפלה? אני מאמינה שלא לכך כיוונו המבקשים". דעתי-שלי כדעתו של בית המשפט המחוזי.

52. ברם, איננו נדרשים לחרוץ דין באשר לפגיעה הנטענת ברגשות. כפי עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה אכן כך הוא: ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית אין סמכות ליתן צו למניעת חלוקת הגיליון המיוחד בשל תכניו, כל עוד אין בתוכן משום עבירה על אחד מן החיקוקים המנויים בסעיף 17ב(א) לחוק דרכי תעמולה. זו לשון הסעיף:

"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)..."

באי-כוח היועץ המשפטי לממשלה סקרו בכתב התשובה את ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 17ב לחוק דרכי תעמולה וממנה למדנו על הרחבה הדרגתית של היקף העבירות שלגביהן חלה סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות ליתן צווי מניעה: בתחילה היו אלה עבירות לפי חוק דרכי תעמולה בלבד; בהמשך הורחבה הסמכות למניעת הפצת קמיעות לפי חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הבחירות); אחר כך הורחבה הסמכות לכלל מעשי העבירה לפי פרק י"א לחוק הבחירות ולפי פרק ט' לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965. הנה כי כן, ברצותו הסמיך המחוקק את יו"ר ועדת הבחירות וברצותו נמנע מלעשות כן. על

פני הדברים לא מגיע תוכנו של הגיליון המיוחד של המגזין דנן כדי עבירה לפי חוק העונשין, אך מכל מקום לא הוקנתה סמכות ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית "ליתן צו המונע ביצוע מעשה עבירה" לפי חוק העונשין או לפי דבר חקיקה אחר כלשהו, זולת אלו שנמנו בסעיף 17(א) לחוק דרכי תעמולה. בהעדר סמכות, בלי צו, אין מניעה.

סוף דבר

53. במסגרת תעמולת הבחירות, רשאים העותרים לחלק את הגיליון המיוחד של המגזין הצרפתי "Charlie Hebdo" לקהל הבוחרים. זוהי תעמולת בחירות לגיטימית, לא מתנה אסורה, וגם אין סמכות למנוע את חלוקת הגיליון מטעמים הנעוצים בתוכנו. אציע אפוא לחברותי להעתר לעתירה ולעשות את הצו על תנאי לצו מוחלט.

ש ו פ ט

הנשיאה מ' נאור:

1. בלב המקרה שלפנינו ניצבות לכאורה שתי מחלוקות: האם חלוקת הגיליון המיוחד של השבועון "שרלי הבדו" היא בגדר "מתנה", האסורה לפי סעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: חוק התעמולה); והאם יש למנוע את חלוקת הגיליון המיוחד בשל פגיעה ברגשות דתיים.

יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים לא ראה צורך להכריע במחלוקת השנייה, ובשאלה האם יש לו סמכות לאסור על חלוקת הגיליון המיוחד בשל הפגיעה הנטענת ברגשות הדתיים. חברי השופט נ' סולברג קיבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה סמכות כזו אינה נתונה ליו"ר ועדת הבחירות במסגרת סעיף 17ב לחוק התעמולה, ודעתי לעניין זה כדעתו.

2. קשה שלא להתרשם – אף שבא-כוח המשיב 2 לא אישר זאת – כי המחלוקת האמיתית בין הצדדים נוגעת לעמוד השער של הגיליון. בא-כוח המשיב 2 אמר גלויות בדיון לפנינו כי מבחינת הדת המוסלמית אסורה כל קריקטורה של הנביא מוחמד, בלא קשר לתוכנה. דומני כי נושא ה"מתנה" אינו אלא כסות לרצון

למנוע את הפצת הגיליון המיוחד בשל האיור שעל השער. זו גם הייתה הסיבה לכך שניסיונו לנטרל כל טענה בנושא המתנה, באמצעות פשרה לפיה יופצו רק העמודים הראשון והאחרון של הגיליון המיוחד, לא זכה לאוזן קשבת. לטעמי, את המסר שביקשו העותרים להעביר, כפי שפורט על ידי חברי, אכן אין מקום להשתיק. עם זאת, עדיין נותרה סוגיית ה"מתנה".

3. השאלה המונחת לפתחנו היא זו: מהי הפרשנות הראויה שיש להעניק למונח "מתנה" בגדרי סעיף 8 לחוק התעמולה. בטרם אפנה לפרשנותו של הסעיף, אבהיר: אמנם, כפי שטען בא-כוח יו"ר ועדת הבחירות, ליו"ר ועדת הבחירות מוקנה שיקול דעת רחב, ולעניין היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיו, אין בית המשפט מחליף את שיקול דעתו של יו"ר ועדת הבחירות, עד כמה שהוא פועל במסגרת מתחם הסבירות, בשיקול דעתו שלו. אולם עקרון זה אינו חל לעניין פרשנות דבר חקיקה. ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק מצויה בידי בית המשפט (ראו והשוו: ע"א 8797/99 אנדרמן נ' ועדת הערר המחוזית, חיפה, פ"ד נו(2) 466, 474 (2001); ראו גם: בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, 702-703 (1992) (להלן: עניין זוילי)). התפקיד לפרש את החוק הוא תפקידו של בית המשפט.

4. סעיף 8 לחוק התעמולה אוסר על תעמולת בחירות הקשורה במתן מתנות. כפי שציין חברי, 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: ד"כ 27, 2251-2252 (התשי"ט); ראו גם: עניין זוילי, עמודים 705-706). בצד תכליות אלה עומדת גם התכלית האובייקטיבית של החוק בדבר הבטחת עקרונות היסוד של שיטת המשפט, ובפרט הזכויות החוקתיות לחופש הביטוי ולשוויון. 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 זיילי, עמוד 708).

פתרונה של התנגשות זו הוא באיזון בין התכליות השונות. ההסדרים השונים בחוק מהווים, למעשה, ביטוי של איזון זה.

5. איני סבורה כי פרשנות ראויה של המונח "מתנה" היא כזו המטה את הכף באופן כמעט מוחלט לכיוון חופש הביטוי. מעמדו וחשיבותו של חופש הביטוי, ובפרט של חופש הביטוי הפוליטי, אינם מוטלים בספק. חברי עמד על כך בהרחבה. עם זאת הזכות לחופש ביטוי היא זכות יחסית. ניתן להגבילה, באופן מידתי, על מנת להבטיח זכויות אחרות ואינטרסים ציבוריים – במקרה שלפנינו, הזכות לשוויון והאינטרס הציבורי בדבר טוהר הבחירות. בהתחשב במכלול התכליות המונחות ביסוד חוק התעמולה, דומני כי שוויו של החפץ המועבר לידי הבוחר לא יכול לשמש אמת המידה לפיה נקבע האם הוא בגדר מתנה, אם לאו. זו הגישה בה נקטו לאורך השנים יושבי-ראש ועדת הבחירות בהחלטותיהם (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' ראם (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); בשורה ארוכה של החלטות בנושא קמיעות, סוג 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) (להלן: עניין פורז); ; 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"); לעיגון האיסור על חלוקת קמיעות בחקיקה, ראו סעיף 122(6) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969).

אין, לדעתי, מקום להבחין בין מתנה לרעותה על סמך שוויין האובייקטיבי. בדומה, אין מקום להבחין בין תכנית בידור יקרה ורבת תכנים לבין הופעה קצרה ואין מקום להבחין בין הגשת מאכלים ומשקאות משכרים כיד המלך לבין הגשת סעודה קלה – אלה גם אלה אסורות לפי החוק (ראו והשוו: עניין "ירושלים עכשיו", עמודים 658–659).

6. אני סבורה גם שאין לקבל את ההבחנה שמציעים העותרים, בין מתנה שהיא נלווית לתעמולה לבין מתנה הכרוכה בה ואינה ניתנת להפרדה ממנה. גם מסר מילולי עשוי להיות מתנה. טלו לדוגמא מפלגה המעוניינת לחלק חנימם לציבור הבוחרים את הקפיטל מאת קרל מרקס, או מפלגה אחרת המבקשת לחלק חנימם את ספרו של מנחם בגין, המרד – וכי אפשר לומר כי אלה אינן מתנות? (ראו והשוו: תב"כ 26/15 הליכוד נ' מפלגת העבודה (2.5.1999)).

7. אף שחוברת איננה ספר, חלוקת הגיליון המיוחד כמות שהוא היא לדעתי בבחינת מתנה, האסורה לפי חוק התעמולה. עם זאת, ניתן במקרה שלפנינו לנטרל את "אפקט המתנה". זאת, בדומה לעניין פורז בו עלתה השאלה האם ספר תהילים אליו מחוברים "דברי ברכה" מצד מנהיגיה הפוליטיים והרוחניים של מפלגה הוא בבחינת מתנה או קמיע שחלוקתם אסורה. השאלה התעוררה חרף העובדה ש"אין חולק למעשה, כי לספר המחולק אין ערך כספי ממשי" (שם, פסקה 4). באותו מקרה נקבע כי חרף העובדה שהספר חסר ערך כספי, ואף אינו בגדר חפץ שמיוחסות לו סגולות מיסטיות, הרי שלנוכח ערכו הסובייקטיבי ("הטמון במהותו"), חלוקתו בסמיכות לתקופת הבחירות היא "בהחלט בעייתית" (שם, פסקה 6). על כן, ניתן צו מניעה על חלוקתו ביחד עם דברי הברכה (אך יצוין כי מטעמים פרקטיים הותרה הפצת הספר עם סמל המפלגה אף שנקבע כי מוטב היה לולא הופיע). כך, על ידי הפרדת דברי הברכה מהספר, נוטרל באותו מקרה האפקט הבעייתי.

8. בענייננו, ניתן לדעתי לנטרל את האפקט הבעייתי על ידי הוצאת תוכנו של הגיליון המיוחד וחלוקת העמודים הראשון והאחרון בלבד. בעמודים אלה מצוי ליבו

של המסר שביקשו העותרים להעביר, ואין בהם את הערך הכלכלי הגלום בגיליון המיוחד כולו. המחשבה שבעוד שנים יהיה ערך אספני לגיליון נראית בעיני ספקולטיבית. אם תשמע דעתי, נותר את החלטת יו"ר ועדת הבחירות על כנה בנוגע לחלוקת הגיליון המיוחד כולו, אך נקבע כי חלוקת העמודים הראשון והאחרון, בתוך כריכת הכרומו עם המסרים התעמולתיים של העותרים, אינה משום מתנה אסורה. כך יועבר המסר התעמולתי בלא שתינתן מתנה אסורה.

ה נ ש י א ה

#### השופטת א' חיות:

אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט נ' סולברג ולפיה אין מקום לאסור את חלוקת הגיליון המיוחד של השבועון "שרלי הבדו", במלואו (להלן: המגזין) ואולם, כפי שאפרט להלן, דרכי אל תוצאה זו שונה מן הדרך שבה הלך השופט סולברג ואלה נימוקיי:

1. השאלה המרכזית העומדת להכרעה בעתירה זו נוגעת להיקפו של האיסור הקבוע בסעיף 8 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: חוק התעמולה), לעניין תעמולת בחירות הקשורה במתן מתנות ולפירוש הנכון של התיבה "מתן מתנות" בהקשר זה. וכך קובע הסעיף:

"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 בבתי פרטיים לא תהא קשורה בהגשת מאכלים או משקאות משכרים. האיסור על הצגת סרטים לא יחול על שידור תעמולת בחירות בטלוויזיה לפי סעיף 15א. לעניין זה, "משקה משכר" – כהגדרתו בסעיף 184 לחוק העונשין, התשל"ז-1977."

ההוראה שבסעיף 8 המצוטט לעיל האוסרת, בין היתר, לקשור תעמולת בחירות במתן מתנות, נמנית עם שורה של איסורים הקבועים באותו הסעיף וכפי



שציינו חבריי תכליתם העיקרית של איסורים אלה היא שמירה על טוהר הבחירות ומניעת השפעה בלתי הוגנת על הבוחר. בסעיף 17ב(א) לחוק התעמולה הוסמך יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, בין היתר, ליתן צו המונע תעמולה האסורה לפי סעיף 8 הנ"ל, וזאת לאחר שנתן לנוגע בדבר להביא את טענותיו בפניו. במאמר מוסגר אציין בהקשר זה כי בדונו בהליך כאמור, מוסמך כמובן יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית ליתן פירוש להוראות השונות הקבועות בסעיף 8 לחוק התעמולה ובכלל זה גם למונח "מתן מתנות", ולמלאן תוכן. עם זאת, אני תמימת דעים עם חברתי הנשיאה ועם חברי השופט נ' סולברג כי בבחינת החלטת יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית בעניין זה, ממלא בית המשפט את תפקידו כפרשן המוסמך של הדין ואין מדובר בביקורת שיפוטית על שיקול דעתה של רשות מינהלית. ממילא, אין חלים בכגון דא כללי המשפט המינהלי לעניין ביקורת שיפוטית על החלטותיה של רשות מינהלית.

2. בענייננו, נקט יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית גישה מחמירה בכל הנוגע לפירוש המונח "מתן מתנות" שבסעיף 8 לחוק התעמולה, ממנה עולה למעשה כי כל הענקת חפץ או טובת הנאה במסגרת תעמולת הבחירות - פסולה וכלשונו "אם יש ספק - אין ספק". זאת, כדבריו, על מנת למנוע פתיחת פתח מסוכן שיאפשר מתן תשורות בתקופת בחירות ויצירת מזרון חלקלק שאותו מן הראוי לגדוע באיבו. גישה פרשנית זו יתרונותיה עמה ובראשם חיזוק הוודאות המשפטית ומניעת כל ספק ולו הקל שבקלים לפגיעה בטוהר הבחירות. אכן, יתרונות אלה אין להקל בהם ראש בייחוד בהינתן העובדה כי בתקופת בחירות יש לקבל החלטות במהירות וביעילות (ראו, לעניין זה, תב"כ 12/20 כהן נ' מפלגת הבית היהודי, פס' 11 (4.2.2015) (להלן: עניין כהן)). עם זאת, נראה לי כי אימוץ גישה פרשנית כה מצמצמת יש בה משום פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי במידה העולה על הנדרש ועל כן, נראה לי כי מן הראוי לאמץ פרשנות שונה מזו שאימץ יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית.

3. היועץ המשפטי לממשלה הציע בטיעונו מבחן לפסילת תעמולת בחירות הקשורה במתן מתנות והציע למונעה באותם המקרים שבהם קיים "חשש של ממש

להטיית לב הבוחר ולהשפעתו על יכולתו להצביע באופן חופשי ומושכל". חברי השופט נ' סולברג, הציע בהקשר זה מבחן דומה - הוא מבחן ה"קרבה לוודאות" לפגיעה בטוהר הבחירות. מבחנים אלה שובים את הלב בשל המשקל המיוחס המוענק על פיהם לחופש הביטוי הפוליטי. עם זאת חוששתני כי יישומם עלול לפתוח פתח רחב מאוד לתעמולה אשר תופטר מגדר האיסור על תעמולת בחירות הקשורה במתן מתנות, ובכך אנו עלולים, במידה רבה, לרוקן מתוכן את האיסור הקבוע בסעיף 8 לחוק באופן היוצר חוסר קוהרנטיות בינו ובין יתר האיסורים הקטגוריים הקבועים באותו הסעיף (האיסור על תכניות בידור, הגשת כיבוד וכדומה). מטעמים אלה, אני סבורה כי יש לתור אחר איזון שונה בין האינטרסים המתחרים במקרה דנן - חופש הביטוי הפוליטי מחד גיסא וההגנה על טוהר הבחירות מאידך גיסא. בעריכת איזון זה נושא האינטרס של ההגנה על טוהר הבחירות משקל מיוחד בעיניי והאיסור הקבוע בסעיף 8 לחוק התעמולה צריך לשמש על כן כנקודת המוצא. הפועל היוצא מכך הוא כי הנטל להראות שמקרה נתון יוצא מגדר האיסור מוטל על הטוען כי יש להעדיף את חופש הביטוי על פני האינטרסים האחרים.

4. המבחן אותו ראיתי להציע לצורך עריכת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים שצוינו, הוא מבחן התכלית הדומיננטית. מבחן זה הוכר בפסיקה כמבחן ראוי לבחינת דברי חקיקה ומעשי מינהל בכלל (ראו והשוו: בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 265 (2003); בג"צ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פס' 26 (19.9.2007); בג"צ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002)) ולבחינת סוגיות הנוגעות לדיני הבחירות בפרט (ראו והשוו: ע"פ 71/83 פלאטו שרון נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 757, 780 (1984) (להלן: עניין פלאטו שרון); תב"כ 5/16 אושעיה נ' בניזרי (16.12.2002); בג"צ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד מו(2) 692, 709 (1992) (להלן: עניין זוילי); עניין כהן, פס' 8)). על פי מבחן זה, ככל שייושם לענייננו יש לבחון מהי בעיניו של המעניק התכלית הדומיננטית העומדת באופן אמיתי ביסוד הענקת החפץ לציבור ובמילים אחרות: האם התכלית הדומיננטית היא להשפיע על רצונו החופשי של הבוחר באמצעות הענקת דבר מה

בעל ערך או שמא רצונו של המעניק הוא להשפיע על הבוחר באמצעות המסר הכרוך בעצם ההענקה, בבחינת "המדיום הוא המסר".

5. מבחן התכלית הדומיננטית כרוך במידה רבה באיתור כוונתו העיקרית של המעניק ועל הקושי הנובע מכך עמד השופט ד' לויין בעניין פלאטו שרון בדונו בהבטחות מותרות ובהבטחות אסורות הניתנות על-ידי מועמד לכנסת בזמן בחירות, בציינו:

"כשעוסקים אנו במערכת בחירות ובתהליך המורכב של הפעלת השפעה עלידי המועמדים להיבחר על ציבור הבוחרים, הרקע העובדתי הוא מורכב ביותר. מיגוון המצבים והאפשרויות הוא רב. [...] בנסיבות אלה קשה פי כמה לחשוף את כוונתו האמיתית של עושה המעשה. [...] במקרים כאלה, איפוא, כשבאים אנו לקבוע מהי הכוונה האמיתית שהנחתה את עושה המעשה, בהיבטו הרחב, יש טעם ללמוד על הכוונה באמצעות האבחנה שנעשתה באנגליה בין מניע מכריע (דומיננטי) לבין מניע שולי, שכן המניע המכריע הוא אשר מטביע את חותמו על הכוונה האמיתית, שהנחתה בפועל את עושה המעשה" (שם, בעמ' 781).

על כן, מציע השופט לויין כי "את כוונתו זו, שהיא בטבע הדברים בנבכי ליבו של המציע, יש לבחון על-פי המשתמע מעובדות המקרה גם באשר למניע או המטרה שביסוד מתן הצדקה או טובת ההנאה" וזאת בעזרת "אמות-המידה שמכתיב לנו השכל הישר" (שם, בעמ' 780, 782). נראה אכן כי אמות מידה אלה הנשענות על נתונים אובייקטיביים ועל השכל הישר, ניתנות וראויות ליישום גם בבואנו לבחון את האיסור על מתן מתנות לפי סעיף 8 לחוק התעמולה. אוסיף ואומר כי מטבע הדברים אין דרך לקבוע בהקשר זה מראש רשימה סגורה של מקרים שאותם ניתן להחריג מן האיסור. זאת, בין היתר, מן הטעם שתעמולת בחירות היא מטיבה דינמית ומתפתחת ולא ניתן לחזות מראש באילו אמצעים יבקשו מועמדים ורשימות לשכנע את הציבור בצדקת דרכם. על הצורך לפתח את ההלכה בסוגיות הנוגעות לדיני תעמולת הבחירות ממקרה למקרה עמד בית המשפט בעניין זויילי מפי הנשיא ברק באומרו:

”שאלות אלו ואחרות יעלו מתוך מבחני החיים, והן ימצאו את פתרונן על בסיס האיזון הכללי עליו עמדנו [...] ניטיב לעשות, אם בשלב זה של התפתחות ההלכה השיפוטית, המפרשת את הדיבור ”תעמולת בחירות”, נקבע את תפיסות היסוד העקרוניות, תוך שנאפשר לניסיון החיים המצטבר לשכלל ולגבש את אמות המידה, אשר הכרעה פרשנית סופית בהן תיעשה עם התרחשותם של אירועים קונקרטיים אשר ידרשו את ההכרעה” (שם, בעמ' 712).

6. כפי שכבר צוין, הנטל מוטל על המבקש להראות כי יש להחריג את ההענקה הקונקרטית מגדר האיסור על ניהול תעמולה הקשורה במתן מתנות. מבחן עזר אפשרי לאיתור התכלית הדומיננטית הוא המבחן לפיו תיבחן השאלה האם המסר התעמולתי אותו מבקשת רשימה להעביר ניתן להעברה בדרך אפקטיבית אחרת, שאם כך קשה אולי להלום את הטענה לפיה הענקת החפץ נועדה כתכלית דומיננטית להעברת המסר התעמולתי.

בחוות דעתה, ציינה הנשיאה כי אין לקבל את ההבחנה בין מתנה שהיא נלווית לתעמולה ובין מתנה שאינה ניתנת להפרדה ממנה (פס' 6 לחוות דעתה) והיא מבקשת להדגים את עמדתה זו באמצעות תרחיש שבו מבקשת רשימה לחלק, לדוגמה, את ספרו של קרל מרקס, הקפיטל לציבור בוחריה. לגישת הנשיאה, מדובר במתנה אסורה גם אם חלוקת הספר נועדה לחשוף את ציבור הבוחרים לרעיונותיו של קרל מרקס. למסקנה זו אני מוכנה להצטרף שכן בנתונים שתוארו יש באפשרותה של המעניקה - על פי מבחן העזר שהוצע לעיל - להשיג מטרה זו באמצעים אחרים שאינם כוללים את חלוקת הספר. לעומת זאת, אם נניח לצורך הדיון כי חלוקת הספר נמנעת על-ידי גורמים שונים בציבור והמעניקה מבקשת לחלקו על מנת להעביר מסר המתנגד לכך, כי אז ייתכן בהחלט שעל פי מבחן התכלית הדומיננטית ומבחן העזר שהוצע, ניתן יהיה להחריג את חלוקת הספר מגדר האיסור שבסעיף 8 לחוק התעמולה.

7. בענייננו, טוענים העותרים כי גורמים שונים מנעו את חלוקת המגזין ועל כן הם מבקשים לחלקו לציבור על מנת להעביר מסר שתמציתו ”אמרו לי לא להפיץ את העיתון, אמרו שישרפו את המועדון; הנה אני מחלק. זהו המסר”.

בנסיבות אלה, נראה כי התכלית הדומיננטית של חלוקת המגזין היא בהעברת המסר הטמון בעצם חלוקתו. טול מן האקט התעמולתי האמור את חלוקת המגזין - ונטלת ממנו את כל המסר שביקשו העותרים להעביר. מטעם זה, אני סבורה כי אין מדובר במקרה דנן במתן אסור של מתנה על-פי סעיף 8 לחוק התעמולה. תימוכין נוספים למסקנה זו ניתן למצוא גם בכך שהמגזין מחולק לציבור בלתי מסוים אשר לא דווקא מוצא בו ערך כספי כלשהו ובכך שהוא מחולק בליווי דף מסרים מטעם העותרים.

8. אשר לנימוק הנוסף שהעלה המשיב 2, ח"כ אחמד טיבי, למניעת חלוקת המגזין על-ידי העותרים והוא - פגיעה ברגשות דתיים. בעניין זה אני מצטרפת לעמדת חבריי לפיה לא הוקנתה ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית בחוק התעמולה סמכות למנוע תעמולה בשל נימוק זה (ראו פס' 47 לחוות דעתו של השופט סולברג) והוא אכן לא נדרש לו כלל בהחלטתו.

9. המסקנה שאליה הגעתי מייתרת מבחינתי את הצורך להידרש לפתרון שהציעה חברתי הנשיאה בחוות דעתה ולפיו תותר חלוקת העמודים הראשון והאחרון של המגזין בלבד. עם זאת, אציין כי בעיניי פתרון זה אינו נקי מקשיים משום שמצד אחד, חלוקת עמודים אלה בלבד עלולה להצטייר כהדגשת יתר מצד העותרים של הקריקטורות המופיעות באותם עמודים, ומצד שני יש בו במידה רבה משום החמצת המסר המפורט בסעיף 7 לעיל שאותו מבקשים העותרים להעביר בדרך של חלוקת גיליון המגזין כולו ואשר לדבריהם נועד לבטא "ערך שגדול מסך כל הקריקטורות המופיעות בו".

10. מן הטעמים שפורטו, אני מצטרפת לתוצאה לפיה יש לקבל את העתירה ולהפוך את הצו על-תנאי שהוצא בה למוחלט.

הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק דינו של השופט נ' סולברג כנגד דעתה החולקת של הנשיאה מ' נאור לקבל את העתירה, לבטל את החלטתו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, ולעשות את הצו על-תנאי שהוצא למוחלט.

ניתן היום, ו' באדר התשע"ה (25.2.2015).

שופט

שופטת

הנשיאה