

1. מפלגת ישראל ביתנו
2. ח"כ אביגדור ליברמן

באמצעות ב"כ עו"ד יואב מני מ.ר. 15707 ואח'
מ"בית צ'מפיון" דרך ששת הימים 20
בני ברק 5120261
טל': 03-7323888 פקס: 03-7323887

העותרים

- נ ג ד -

1. כב' השופט סלים ג'ובראן, יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20

2. ח"כ אחמד טיבי
ע"י ב"כ עוה"ד אוסאמה סעדי ואח'
מרח' סלאח א-דין 19, ירושלים
טל': 02-6277711 פקס: 02-6272196

3. היועץ המשפטי לממשלה
באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 02-6466950 פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי
ובקשה למתן החלטה דחופה

מוגשת בזאת עתירה לבית המשפט הנכבד, למתן צו על תנאי המורה למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטל צו המניעה שהוציא המשיב 1 (במסגרת תב"כ 7/20) ולפיו נאסר על העותרים לחלק עותקים מהמגזין הצרפתי "שארלי הבדוי" כחלק מפעילות התעמולה שלהם.

העתק מהחלטתו של יו"ר הוועדה הנכבד מצורף לעתירה זו ומסומן ע/1.

לאור העובדה שאנו מצויים בעיצומה של מערכת הבחירות וכי מדובר במהלך שאותו ביקשו העותרים לבצע בימים הקרובים, לאור הקשר הדברים, יתבקש בית המשפט ליתן החלטה דחופה בעתירה, וככל שנדרש דיון בעתירה גופא – לקיים בה דיון דחוף.

ואלה נימוקי העתירה:

הצדדים לעתירה

1. העותרת הינה מפלגה המקיימת סיעה בכנסת ה-19 ואשר הגישה רשימת מועמדים לכנסת ה-20. העותר עומד בראש העותרת.
2. המשיב 1 הוא כבוד שופט בית המשפט העליון אשר מכהן כיושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (להלן: "יו"ר הוועדה").
3. המשיב 2 הוא חבר כנסת, אשר הגיש את הבקשה למשיב 1 למתן צו מניעה (תב"כ 7/20 – להלן "הבקשה"), "ההליך בפני יו"ר הוועדה".
4. המשיב 3, היועץ המשפטי לממשלה, צורף על ידי יו"ר הוועדה והתבקש לתת את תשובתו לבקשה. מתוקף התייצבותו בהליך בפני יו"ר הוועדה הוא מצורף גם להליך זה כמשיב.

הרקע לעתירה וההליך בפני יו"ר הוועדה הנכבד

5. "ביום 7.1.15 פרצו שני מחבלים למערכת העיתון Charlie Hebdo ורצחו 10 עיתונאים ושני שוטרים. זאת, ככל הנראה, על רקע קריקטורות שפרסם העיתון במהלך השנים, אשר לועגות לנביא מוחמד. אחרי הפיגוע, הוציא העיתון גיליון מיוחד ביום 14.1.15. בשער הגיליון המיוחד מופיע איור של הנביא מוחמד, דומע, ומחזיק שלט עליו כתוב (בתרגום לעברית): 'אני שרלי הבדו' " (מתוך החלטתו של יו"ר הוועדה הנכבד).
6. רשת "סטימצקי" הודיעה כי היא נרתמת למאמץ העולמי נגד הטרור ונגד סתימת הפיות בכוח, ותפיץ את המהדורה בחנויותיה. בתגובה, פנה ח"כ מחמוד גנאים מרשימתו של המשיב 2, במכתב לראש הממשלה, ודרש כי יפעל למנוע את הפצתו של העיתון. לפי המצוטט בתקשורת, קבע ח"כ גנאים כי "מדובר בצעד מאוד מסוכן וטיפשי", והוסיף כי "הפצת המגזין תפגע ברגשותיהם של המוסלמים במדינה ובעולם כולו ואף אחד לא יכול לדמיין את התוצאות".
7. בראיון לאתר NRG מיום 24.1.15 הרחיב ח"כ גנאים ואמר כי "פרסום גיליון שארלי אבדו יוביל להידרדרות ביטחונית ולתגובות קשות במגזר הערבי. עלינו לזכור שאנחנו נמצאים בתקופה קשה שבמהלכה רק בשבוע שעבר נהרגו שניים מבני המגזר ברה"ט". גנאים הוסיף כי הוא "מקווה שכפי ששמעתי סטימצקי נסוגה מהחלטה להפיץ את הגיליון ממנו עולה שהחברה שמאחוריה הממשלה ומאחוריה היהודים כולם מבקשים לפגוע בנביא מוחמד ובאסלאם". האיום המקופל בדבריו לא צריך ביאור.
8. המשיב 2 עצמו התבטא בעניין זה פומבית ואמר: "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"¹.

¹ כל ההדגשות בציטוטים בעתירה זו אינן במקור – י.מ.

9. לאחר האיומים וכנראה בתגובה להם, הודיעה סטימצקי שלא תפיץ בסניפיה את המגזין.
10. בנקודה הזו נכנסה העותרת. העותרת, באופן עקרוני ונחרץ, מתנגדת לכפייה של דעות וערכים באופן כוחני ואלים. מוזר לראות, שרק העותרת התנדבה למלא את החסר, דווקא בחברה שמקדשת את חופש הביטוי. מכל מקום, כך הם פני הדברים. העותרת רכשה בחו"ל כמה מאות עותקים של המגזין, בעלות של **שלושה אירו לעותק**, והתכוונה לחלק אותם כחלק ממסע התעמולה שלה.
11. בכוונת העותרת לעטוף את המגזין, כשהוא מקופל, בכריכת כרומו, ובה מסרים תעמולתיים של העותרת, הנוגעים לנושא הזה עצמו. העתק מהטקסט שאמור היה לעטוף את המגזין הוגש ליו"ר הוועדה הנכבד וגם מצורף לעתירה זו. יצוין, כי טקסט זה לא היה לנגד המשיב 2 בעת שהגיש את בקשתו לצו מניעה.
- 3/ע העתק מתוך הפרסום התעמולתי מצורף לעתירה זו ומסומן 3/ע.
12. לאחר שהעותרת הודיעה ברבים על כוונתה לחלק את המגזין, פנה המשיב 2 ליו"ר הוועדה בבקשה להוצאת צו מניעה לפי סעיף 17ב לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: "**חוק דרכי התעמולה**").
- 4/ע העתק מבקשתו של המשיב 2 לצו מניעה מצורף לעתירה זו ומסומן 4/ע.
13. העותרים הגישו את תגובתם לבקשה.
- 5/ע העתק מתוך תגובת העותרים לבקשת המשיב 2 לצו מניעה מצורף לעתירה זו ומסומן 5/ע.
14. יו"ר הוועדה הנכבד החליט לצרף את היועץ המשפטי לממשלה כמשיב וביקש את תגובתו. תגובת היועץ המשפטי לממשלה ניתנה באמצעות פרקליטות המדינה.
- 6/ע העתק מעמדת היועץ המשפטי לממשלה מצורף לעתירה זו ומסומן 6/ע.
15. כאמור, ביום 4 בפברואר התקיים דיון פרונטלי קצר בלשכתו של יו"ר הוועדה. לעותרים טרם נמסר פרטיכל של הדיון ולפיכך אינו מצורף לעתירה זו. בתמצית, כל אחד מהצדדים חזר על טיעונו והדגיש את הצריך הדגשה. חלק מהדברים שנאמרו בא לידי ביטוי בגוף החלטתו של יו"ר הוועדה הנכבד.
16. כאמור, בהחלטתו נעתר יו"ר הוועדה הנכבד ונתן צו המונע מהעותרת לחלק את העיתון כחלק מתעמולת הבחירות שלה. יו"ר הוועדה הנכבד קבע, כי הוא נוקט פרשנות דווקנית ומחמירה למונח "מתנה" הקבוע בחוק, וזאת לאור תכלית החוק. יו"ר הוועדה הנכבד קבע, כי נדרשת פרשנות דווקנית, בין היתר, על מנת למנוע "מדרון חלקלק" ופגיעה בתכלית של טוהר הבחירות. טעם נוסף שעליו התבססה החלטתו של יו"ר הוועדה הנכבד

הוא, ש"בוחר סביר יחשוב כי לפניו מתנה ולא מסר פוליטי" וזאת בין היתר בשים לב לעניין הציבורי שיש במגזין ובנסיבות האופפות אותו אשר לו שווי כספי. יצוין, כי יו"ר הוועדה הנכבד, הדגיש בהחלטתו, כי אינו מקבל את האבחנה בין מתנה קלת ערך ובין מתנה בעלת ערך כספי גבוה, מהטעמים האמורים. ומכאן העתירה.

הטיעון המשפטי

הפרשנות הנכונה של המונח "מתנה" בסעיף 8

17. אין חולק, כי החוק אוסר חלוקת מתנות. אין גם חולק, כי תכלית ראויה עומדת בבסיס איסור זה: השמירה על טוהר הבחירות, והתרחקות מאבק של שוחד.

18. בהחלטה דומה של יו"ר הוועדה הנכבד, מאותו יום ממש (תב"כ 12/20 כהן ו"יש עתיד" נ' מפלגת הבית היהודי), אסר הוא על חלוקת פירות יבשים ל-ט"ו בשבט על ידי אחת המפלגות. יצוין, כי בהחלטה נשוא עתירה זו הפנה יו"ר הוועדה הנכבד גם להחלטה בדבר הבית היהודי. בהחלטתו בעניין כהן, קבע יו"ר הוועדה הנכבד כי המבחן לקיומה של "מתנה" אינו השווי הכספי של הפריט, ואף פריט בעל ערך כספי זניח (כמו פירות יבשים שעלותם שני שקלים לפריט) ל"מתנה" ייחשב.

19. מאחר שיו"ר הוועדה הנכבד הפנה בהחלטתו דגן להחלטתו בעניין הבית היהודי (עניין כהן לעיל) מצאנו לצורך שלמות הדיון לצרף אף אותו.

7/ע העתק מהחלטת יו"ר הוועדה הנכבד בעניין כהן מצורף לעתירה זו ומסומן 7/ע.

20. העולה משתי ההחלטות יחדיו הוא שיו"ר הוועדה הנכבד העמיד את ההלכה על פרשנות מילולית דווקנית ביותר ומרחיבה ביותר של המושג "מתנה": כל דבר שהוא לא דף מסרים מודפס, אפילו הוא קל ערך מבחינה כלכלית, למתנה ייחשב. העותרים יטענו, קביעה זו אינה נותנת, בכל הכבוד, את המשקל הנאות לחירויות החשובות העומדות מנגד: חופש הביטוי וחופש ההתאגדות.

21. אין לחולק, כי צו המניעה נשוא עתירה זו מגביל את חופש הביטוי של העותרת. השאלה היא האם הגבלה זו תואמת את התנאים החוקתיים שנקבעו בפסיקה לכך.

22. לא נהיה כמכניס תבן בעופריים, ולא נציג חיבור מקיף בנושא חופש הביטוי דווקא בפני הערכאה שביססה אותו לאורך השנים. בית המשפט העליון לא המתין לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כדי לבצר את הזכויות העולות ממנו, והחל מפרשת קול העם² ודרך שורה ארוכה ועקבית של פסקי דין קבע את מעמדה של חירות הביטוי כזכות-על חוקתית. באותה הלכה מפורסמת וממנה ואילך, נשתרשה ההלכה שחופש הביטוי ייסוג בפני זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים, רק כאשר קיימת "ודאות קרובה" לפגיעה בשלום הציבור.

² בג"צ 73/53 חברת קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871

23. כך, לדוגמא, סיכם זאת בית המשפט העליון בעניין קידום³:

"חופש הביטוי ניצב בראש החירויות שעליהן מושתת משטרנו הדמוקרטי (בג"צ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, בעמ' 398). הוא תנאי הכרחי לקיומו של ההליך הדמוקרטי ולשמירתן של זכויות היסוד האחרות (בג"צ, 87/53, 73 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, בעמ' 876). השופט האמריקני קרדוזו (cardozo) הגדיר את חופש הביטוי: ... The matrix, the indispensable condition, of nearly every other" (palko v. Connecticut(1937) 327, at) "form of freedom". זוהי זכות מסוג חירות, דהיינו: האפשרות להשמיע ולשמוע דעות בפומבי, בכל שטחי, החיים ובכל אמצעי, ללא התערבות השלטונות (ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, בעמ' 343). חופש הביטוי אינו חל רק על ביטויים שבקונסנסוס המקולים על הכול. חשיבותו היא בתחולתו של דעות מרגיזות ואף פוגעות. כך, למשל, הותרו הצגת מחזה שבאחד מקטעיו הושווה הממשל הצבאי הישראלי לממשל הכיבוש הנאצי (בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', הקרנת סרט הפוגע באחד בקטעיו ברגשות דתיים של נוצרים (בג"צ 806/88 Universal city studios inc. ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח', בעמ' 34), ושידור דעות גזעניות (בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח')."

24. על מעמדה השליט של חירות הביטוי כבר נשתברו קולמוסים רבים, ואכמ"ל. לעתים, כמו במקרה דכאן, מתנגשת (לכאורה) חירות הביטוי באינטרס ציבורי חשוב אחר. משמעותו של מעמדה הרם של חירות הביטוי יבוא, כאמור, לידי ביטוי דווקא במצב של התנגשות בין אינטרסים וערכים ציבוריים:

"חופש הביטוי עלול להתנגש בערכים אחרים אשר לחברה אינטרס להגן עליהם. היקפו של חופש הביטוי נגזר מן האיזון בינו לבין הערכים המתחרים. בתחומים שונים נעשה האיזון בתחיקה, כגון דיני איסור לשון הרע, והאיסורים בדבר הסתה, פירסום חומר תועבה, עניינים התלויים ועומדים בבית המשפט (sub judge), ופרסומת על-ידי בעלי מקצוע מסוימים. בתחומים אחרים ניתן בחיקוק כוח הגבלה לרשות מינהלית.

בהתנגשות בין זכויות מתחרות שמור לחופש הביטוי מעמד של 'זכות עילאית' (הנשיא אגרנט בפרשת 'קול העם', בעמ' 878). הכלל הבסיסי הוא 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, למעצר, לדרגה של ודאות קרובה או, לעתים, אפשרות סבירה; הפגיעה בערך המתנגש היא קשה וממשית (בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', בעמ' 358; פרשת כהנא, בעמ' 286-290; בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים ואח', בעמ' 691/689; א' ברק, 'הנשיא

³ בג"צ 606/93 קידום יזמות ומו"לות בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2)1, 9

אגרנט - 'קול העם' קולו של העם' גבורות לשמעון אגרנט (גרפ-פרס, תשמ"ז) 129,
140; פי להב, 'על חופש הביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון' משפטים ז (תשל"ו-
ל"ז) 375, 402-403)

לאור מעמד בכורה זה של חופש הביטוי, יתפרשו חוקים המגבילים את חופש
הביטוי 'באופן מצמצם ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה
כהוא זה מעל ומעבר למה שמתייחב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק' (השופט
שמגר בע"א 723/74 הוצאת עתון 'הארץ' בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל
בע"מ, בעמ' 295; וראה גם בג"צ 896/87 איילון חברה לביטוח בע"מ נ' רשות
השידור) (שם, שם).

25. הנה כי כן, פסיקתו של בית המשפט העליון נתנה תוקף למעמד הבכורה של חופש הביטוי
בכך שקבעה כי יש לפרש חוקים המגבילים אותו באופן מצמצם. ולמרות זאת, כאן נקט
יו"ר הוועדה הנכבד, במפורש ובמתכוון, בפרשנות מרחיבה ביותר.

26. יש לזכור, כי כאן עסקינן בסוג מיוחד של ביטוי, סוג חשוב במיוחד. ודאי, כל ביטוי תורם
ל"שוק הדיעות" וכל ביטוי בחברה דמוקרטית זכאי להגנה – הן של המחוקק והן של בתי
המשפט והטריבונליים המעין-שיפוטיים. אולם קא עסקינן בביטוי שנעשה במסגרת
מערכת בחירות. הגע בעצמך: כל תכליתו של חופש הביטוי הוא שהוא מבטיח חברה
דמוקרטית, ואין חברה קרויה דמוקרטית אלא בקיום מערכת בחירות אמיתית.

27. חופש הביטוי בשיח הפוליטי הוא, ובצדק, הרחב ביותר והמוגן ביותר:

"על ביטויים פוליטיים חלים במידה הרבה ביותר כל הראציונאליים לחופש
הביטוי, על-כן, בדרך כלל, אין להגיל ביטוי פוליטי אך בשל פגיעתו ברגשות.
הגבלה כזאת עלולה לפגוע באושיות הדמוקרטיה" (שם, עמ' 12).

28. והנה, דווקא כאן, בשיא הפסגה של ההתנהלות הדמוקרטית, ניצב לפתע כלל המגביל
בצורה דרסטית, דווקנית מדעת ובכוונה, את חופש הביטוי. הכלל שאותו הציב יו"ר
הוועדה הנכבד הוא חסר פשרות, ללא כל רצון או צורך להתאים לנסיבות, ובעיקר ללא
התייחסות למהות של המעשה אלא רק לצורה שלו: די בכך שחפץ החליף ידיים והרי לך
"מתנה" האסורה בחוק.

29. אמת, לחוק דרכי התעמולה יש טעם נכון וטוב, וגם הוא יונק ממימיו של האידיאל
הדמוקרטי. מטרתו היא להבטיח בחירות שיהיו על בסיס בחירה חופשית ומושכלת בין
רעיונות ודעות ולא כפיה. הצבעה מתוך בחירה, ולא הצבעה מתוך לחץ.

30. כמובן, יש לחצים שהם לגיטימיים מאד במערכת בחירות. כאשר מועמד פלוני טוען
שבחירה במועמד אחר תמיט ח"ו מלחמה או אסון כלכלי על המדינה, הרי זה "לחץ". יש
שיטענו שזה לחץ גדול יותר ושלילה גדולה יותר של הבחירה החופשית, מאשר צלחת של
פירות יבשים או כמה ניירות עם קריקטורות. כאשר מועמד מהפריפריה מבטיח הטבות
כספיות לתושבי הפריפריה, שמשמעותן אלפי שקלים, ודאי שיש בכך הטבה משמעותית
יותר מכמה השקלים הבודדים שעולה ה"מתנה" (מגזין או פירות יבשים). ועם כל זאת,

איש ולא יבוא ויאמר שנביא הזעם המנבא מלחמה או איש הפריפריה המבטיח הטבות שללו את רצונם החופשי של הבוחרים. אדרבא, אנחנו נגיד שהם מיצו והגשימו את עצם מהותו של תהליך הבחירות. יש דברים שצריכים להיאמר, ואפילו אם הם בעלי אופי מלחיץ או מפתה, חשוב שייאמרו וטוב שייאמרו, למרות שיש בהם "השפעה" על רצונו החופשי של הבוחר.

31. על הרקע הזה יש לקרוא את חוק דרכי התעמולה. המחוקק יוצא מנקודת הנחה שהבוחר יודע לעמוד בלחצים. הבוחר אינו יצור חסר דעת ותבונה, אשר נוהה אחר כל הבטחה, חיוך או סטיקר, אלא הוא אזרח נבון, אשר יודע להפריד בין עיקר וטפל, ונותן משקל לפתק שהוא שם בקלפי (והלא זו ההנחה בבסיס השיטה הדמוקרטית לכתחילה).

32. נרשה לעצמנו להוסיף ולטעון, כי את פרשנותו של החוק יש להתאים לתקופה שבה מתפרש החוק, ובפרט לשינויים שחלו בין מועד חקיקת החוק ובין ימינו אנו. יש לזכור כי החוק התקבל בשנת 1959, בתקופה שבה השיח הציבורי היה הרבה פחות ער, פתוח וביקורתי מאשר בהאי עידנא. את רוחה של אותה תקופה בהקשר הזה, לכד היטב בעדשת מצלמתו הסטיריקן המנוח אפרים קישון בסרטיו, ובפרט האריך בכך בסרטו הפנתאוני "סלאח שבת"י". שנות דור, שלא לומר שנות אור, חלפו מאז אותה תקופה. היום אין לומר ברצינות שמתנה ששוויה הממוני זעום וזניח, תשפיע בצורה כלשהי על קבלת ההחלטות של בוחר רגיל וסביר. בבסיסו של היגד כזה תהא מונחת אמירה פסימית מאד על יכולותיו המנטליות של הבוחר, במידה כזו שמעוררת מחשבות נוגות על עצם השיטה. אדם הוא מספיק בוגר בשביל להחליט, בפתק שהוא מטיל בקלפי, בסוגיות הרות גורל של מלחמה ושלום, חינוך, בריאות ודרך חיים, אבל ברגע שהוא מקבל עיתון עם קריקטורות או סלסלת פירות יבשים הוא מאבד את רצייתו האישית, את שיקול דעתו ואת חוש הביקורת שלו?

33. שונה כמובן הוא הנושא של קמיעות ולחשים למיניהם. באלה, מעצם הגדרתם, מעורב אלמנט משמעותי של פחד ומורא, ולחלופין אמונה בכוחות עילאיים, אשר עולים בהרבה על כל שווי כלכלי שניתן להצמיד להם. מאחר שלעניינים אלה קיים הסדר משפטי נפרד, אין צורך להתעכב בעניינם והדברים ברורים.

34. יוער, כי אותו חשש של "אבק שוחד" המתקיים ביחס לבוחרים, מתקיים גם במקומות אחרים. הדוגמא הטובה ביותר היא עובדי מדינה, אשר באים במסגרת תפקידם עם הציבור או אפילו בעלי סמכות להחליט בענייניו של הציבור. תופעה נפוצה היא שבעלי עניין באותו שירות מעניקים מתנות קלות ערך (לוח שנה, פתקים דביקים או צעצועי שולחן קטנים), בדרך כלל לקראת פרוס שנה עברית חדשה. אם הדין היה הולך לפי השיטה הדווקנית והמרחיבה של יו"ר הוועדה הנכבד, היה עלינו לאסור את כל אלה, מחשש שמא יהא בכך להטות את שיקול הדעת של אותו עובד מדינה. בניגוד לכך, קובע סעיף 42.761 לתקשי"ר, כלהלן:

"(א) עובד הציבור חייב לפנות לוועדה המשרדית בבקשה לקבוע אם המתנה שקיבל היא מתנה קטנת ערך וסבירה, שניתנה לפי הנהוג בנסיבות העניין;

(ב) הוועדה המשרדית רשאית לבקש מהעובד להציג ראיות לעניין שווייה של המתנה;

(ג) הוכח לוועדה כי המתנה היא אכן קטנת ערך וסבירה שניתנה לפי הנהוג בנסיבות העניין, ושאין בהענקתה למקבל טובת הנאה אסורה - תורה הוועדה על הקניית המתנה למקבלה".

35. העולה מהאמור – הן מגישת הפסיקה להגבלת חופש הביטוי והן מההקשר הרחב של דיני הבחירות – הוא שדווקא נדרש מבחן מהותי ולא מבחן טכני לשאלה מהי "מתנה" אשר אותה אוסר חוק דיני התעמולה.

36. כבר בשלב זה, עוד בטרם פרטנו את הדברים למשמעויותיהם בנושא העתירה, מתחייבת המסקנה, בכל הכבוד, כי גישתו של יו"ר הוועדה הנכבד, ולפיה "אם יש ספק אז אין ספק" לחומרא, אינה יכולה לעמוד כפי שהיא. אין מנוס, אפוא, מבדיקה מהותית של החפץ שבו מדובר, והחלת מבחנים מהותיים על המושג "מתנה".

מהכלל אל הפרט: המגזין אינו "מתנה" משום שהוא חלק מהמסר

37. לעיל ביססנו את המסקנה, כי אין די בכך שחפץ מוחשי החליף ידיים כדי לקבוע שניתנה "מתנה" אסורה לפי סעיף 8 לחוק דרכי תעמולה.

38. נחזור כאן על טענותינו בפני יו"ר הוועדה הנכבד: לא מדובר ב"מתנה" אלא בחלק מהותי מהמסר עצמו.

39. העותרים יטענו, כי המבחן שאותו יש לאמץ למושג ה"מתנה" הוא זה: האם החפץ שבו מדובר הוא אינצידנטלי למסר התעמולתי או חלק ממנו. נרחיב בדברים: כאשר מפלגה מחלקת "מתנה", הרי המתנה היא נלווית לתעמולה; לא התעמולה צריכה את החפץ ולא החפץ צריך את התעמולה. טול לדוגמא ספל חרסינה ועליו לוגו של המפלגה אשר מחולק בצמידות לעלון תעמולה. את התעמולה ניתן להגיש בלי הספל, את הקפה ניתן לשותת בכל ספל ולא רק בזה שנושא את לוגו המפלגה. במצב כזה נאמר שהחפץ הוא אינצידנטלי לתעמולה, ויכול להיחשב כ"מתנה".

40. כאמור, אף כי אין זה מעיקרי הטעון אלא רק בבחינת תנא דמסייע, יש מקום להחיל מבחן מהותי נוסף והוא שווי המתנה, אשר עשוי להכשיר את אותו ספל חרסינה במקרה שהוא זול ופשוט, אפילו אם הוא אינצידנטלי לתעמולה ולא מהווה חלק ממנה.

41. וכעת, למגזין קא עסקינן. העותרת לא החליטה לחלק מגזין בגלל שהוא מגזין; לא בגלל שהקריטרות בו איכותיות במיוחד; לא בגלל שציבור בוחרים כולו דובר צרפתית. לא. היא החליטה לחלק את המגזין הזה בגלל שהוא **מבטא** ערך שגדול בהרבה מסך כל הקריטרות 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.

42. בפראפראזה על המאקסימה שטבע מרשל מקלוהן בשנת 1967, נאמר אנו, שכאן בנסיבות העתירה, **המסר הוא המדיום**. עצם ההפצה של המגזין – עם כל מה שהוא מבטא ברמה הגלובלית וברמה המקומית – היא היא המסר התעמולתי שהעותרת מבקשת להעביר לציבור, היא עצמה חלק מהביטוי החופשי שלה.
43. נבהיר, כי אילו ניתן היה להשיג את המגזין בחינם (כגון שהוא היה מופץ באינטרנט באופן חופשי), לא היה איש מעלה את הטענה של מתנות אסורות. מבחינת העותרת, אחת היא לה אם הדבר כרוך בעלויות אם לאו, מה שחשוב מבחינתה זה לא חלוקת המגזין בחינם, אלא הפצת המסר העקרוני והאידיאולוגי שלה, אשר במקרה הזה המגזין הוא חלק מהותי מאופן הצגתו. בהנחה שלא היו עלויות זולת עלות ההדפסה, הרי שלא היה שום הבדל בין המגזין לבין כל פרסום מודפס אחר שמופץ במהלך מערכת בחירות ולא היתה שום דרך או אמתלא למנוע את הפצתו.
44. משום כך, ומשום שכבר הראינו כי השווי הכספי אינו חזות הכל בעניין סעיף 8 לחוק, יש לקבוע כי העלות של המגזין (€3 ליחידה) – אין בה כדי לבסס קביעה שמדובר ב"מתנה".
45. ומכיוון אחר: בבסיס סעיף 8 לחוק דרכי התעמולה עומדת ההנחה (אשר באה לידי ביטוי בלשון הסעיף), ולפיה יש תעמולה ויש מתנה, ואין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלוא נימה. בבסיס הסעיף יש הנחה שמניעת ה"מתנה" לא תפגע ב"תעמולה". ואילו כאן, **מתן צו המניעה פוגע בעצם התעמולה ומונע את עצם העברת המסר, חוסם את חופש הביטוי**. לא זו היתה כוונת המחוקק, ובוודאי שלא זו הגישה הפרשנית של בית המשפט העליון הנכבד, בסוגיות של חופש הביטוי.
46. יו"ר הוועדה הנכבד מביע בהחלטתו חשש מפני "מדרון חלקלק". ברם, הטענה הזו קיימת בכל אימת שזכות חוקתית מתנגשת עם אינטרס ציבורי. אך לאחרונה הפך בית המשפט העליון הנכבד תקדים ותיק בתחום חופש הביטוי, וזאת מבלי לחשוש מ"מדרון חלקלק". ב- דני"א 2121/12 פלוגי נ' אילנה דיין הפך בית המשפט העליון הנכבד את ההלכה הוותיקה שנקבעה ב- בע"א 213/69 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' עיתון הארץ בע"מ, פ"ד כג(2) 487. אחד הנימוקים בבסיס הלכת חברת החשמל היה החשש של בית המשפט העליון מפני "מדרון חלקלק". הנה כי כן, אך זה לאחרונה, ששה מתוך שבעת שופטי של ההרכב המיוחד (ובהם, אגב, כבוד השופט ג'ובראן עצמו) העדיפו את חופש הביטוי על פני סכנת "המדרון החלקלק". זאת, מתוך הנחה שאת חלקקותו של המדרון יוכלו בתנאי המשפט למתן בהחלטות עתידיות ככל שיבואו בפניהם. את אותה מידה של מחויבות לחופש הביטוי יש מקום להחיל גם כאן, בזוכרנו שעסקינן בליבה של התהליך הדמוקרטי, ובנושא שמהותו היא חופש הביטוי וחופש ההתאגדות.
47. גם בענייננו אנו, החלטה אחרת של יו"ר הוועדה הנכבד לא היתה פורצת גדר לכל מי שרוצה לחלק מתנות לבוחרים, משום שהיה צריך לעמוד במבחנים מהותיים לא פשוטים, כדי להוכיח שאין מדובר ב"מתנה" אלא בחלק מהתעמולה.

⁴ וכן ר' דנ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ, פ"מ לב(3) 337

48. יו"ר הוועדה הנכבד מציג בהחלטתו מספר דוגמאות קצה, שבהן עלול המסר להיות עטוף בעטיפה יקרת ערך (כגון זכרון נייד disk on key ועליו מצגות וסרטוני תעמולה). דוגמאות אלה אינן אלא חלק מטיעון "המדרון החלקלק" ותשובתן כבר הבאנו: את השיפוע של המדרון קובע יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, ולכל עניין יכולה לבוא החלטה המתאימה לו ולנסיבותיו.

49. אשר על כן, יטענו העותרים, כי החלטתו של יו"ר הוועדה הנכבד אינה יכולה לעמוד, לא משיקולים של פרשנות החוק ולא משיקולי סבירות, ובוודאי שלא משיקולי מדיניות חוקתית.

בעניין ההליך בפני בג"צ

50. על החלטות של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית אין ערעור בזכות או ברשות. בעבר התקיים נוהל של ערר למליאתה של ועדת הבחירות, אולם זה בוטל. האפיק היחיד שנתר להשיג על החלטתו של יו"ר הוועדה הוא בעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבג"צ.

51. אמנם, אין לשכוח כי יושב ראש הוועדה הוא שופט מכהן בבית המשפט העליון. ברם, בכך לבדו אין די כדי להלום מצב שבו יהא דן יחיד וללא ערכאת ערעור. אפילו בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ לא דוחה עתירה אלא במותב תלתא.

52. אם לא יפתח בג"צ את שעריו לעתירות מעין אלה, נמצא יו"ר הוועדה במצב המיוחד של ערכאה מעין שיפוטית, בדין יחיד, שאין עליה השגה או ביקורת שיפוטית. זאת במיוחד לנוכח טיבן החוקתי של הסוגיות קא עסקינן.

53. את עילת העתירה אפשר לבטא כטענת חוסר סבירות או כטענה של טעות בדין, וזאת בכל הכבוד וחוסר הנוחות בשים לב למיהותו של המשיב 1. מטעם זה בדיוק לא נאריך במיין הפגם בהחלטה האמורה ונציין כי כל אחד משני האפיקים מביא לתוצאה המצדיקה התערבותו של בית המשפט העליון הנכבד.

סוף דבר

54. יו"ר הוועדה הנכבד קבע הלכה שאינה משקפת את פרשנותו הנכונה של החוק, ואינה משקפת נקודת איזון נכונה, חוקתית וסבירה בין האינטרסים השונים. היה מקום לו לקבוע כי המגזין, כפי שאמור היה להיות מחולק עטוף במסר תעמולה של העותרת, לא היה בבחינת "מתנה" ולפיכך היה מותר לחלקו.

55. עתירה זו נתמכת בתצהירו של העותר 2.

56. מן הדין ומן הצדק להיעתר לעתירה ולתת את הצו המבוקש בכותרת עתירה זו.

57. בנוסף, לנוכח הנסיבות והעובדה כי מועד הבחירות מתקרב במהירות, יתבקש בית המשפט הנכבד לקיים **דיון דחוף בעתירה**.


יואב מני, עורך-דין
בא-כח העותרים