

## דיני התעמולה – עבר, הווה, עתיד

סלים ג'ובראן<sup>1</sup> וגיא רוה<sup>2</sup>\*

מאמר זה עוסק בתחום שכמעט שאינו עומד לבחינה אקדמית ביקורתית בישראל: דיני התעמולה. תכלית דיני התעמולה היא להתוות את גבולות המותר והאסור מבחינה נורמטיבית בכל הנוגע לפעילות הפוליטית של המפלגות והפוליטיקאים. דיני התעמולה ומערכות הבחירות בישראל מתנהלים בהתאם לחוק ארכאי משנת 1959, ולכן, נשיא המדינה ויו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-20 (הח"מ), מינו ועדה ציבורית בראשות נשיאת בית המשפט העליון בדימי' השופטת דורית ביניש, שפרסמה לאחרונה דוח המציע רפורמה נרחבת בדיני התעמולה. במאמר זה בוחנים הכותבים את האיזון העקרוני שביסוד דיני התעמולה, וכן את האיסורים המרכזיים שבדין בכל הנוגע לתעמולת בחירות. בחינת האיזון העקרוני והאיסורים הפרטניים נעשית במאמר בשני מישורים: במישור העבר וההווה (הדין המצוי) הכותבים מתארים – תוך הסתמכות על החלטות שהתקבלו בעיקר במהלך כהונתו של השופט ג'ובראן כיו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20 – כיצד ניתן ונכון לעשות שימוש בחוק הקיים כדי להגשים את תכליות דיני התעמולה. במישור העתיד (הדין הרצוי) הכותבים מציגים בתמצית את המלצות ועדת ביניש בעניין הנדון.

### א. מבוא

תכלית דיני התעמולה היא להתוות את גבולות המותר והאסור מבחינה נורמטיבית בכל הנוגע לפעילות הפוליטית של המפלגות והפוליטיקאים. זאת באמצעות איזון בין חופש הביטוי הפוליטי מחד גיסא, לבין אינטרסים וזכויות שונות דוגמת עיקרון השוויון ומניעת עיוות בהליך הבחירה ותוצאותיו מאידך גיסא. האיזון בין שני אלה מציב אתגרים לא פשוטים, ועל בסיסו עוצבו דיני התעמולה. דיני התעמולה מבוססים, רובם ככולם, על חוק אחד – חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט–1959 (להלן: חוק דרכי תעמולה). חוק זה, כפי שניתן להבין בקלות משמו, נחקק לפני כמעט שישים שנים, ותוקן אך בצורה נקודתית לאורך השנים. כך שמערכת הבחירות לכנסת ה-20, בשנת 2015, התנהלה בכל הנוגע לדיני התעמולה בדומה למערכת הבחירות לכנסת ה-4, בשנת 1959.

לאחר שהסתיימו הבחירות לכנסת ה-20, שבמהלכן כיהן הח"מ בתור יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, מונתה ועדה לבחינת חוק דרכי תעמולה – ועדת ביניש. הוועדה קיימה הליך ארוך וראוי, ובחודש נובמבר 2017 התפרסמו מסקנות הוועדה (להלן: דוח ביניש). הצעת החוק שצורפה לדוח מציגה רפורמה כללית וראויה מעין כמותה לשיטת הכותבים בדיני התעמולה. גם אם את מחצית ממסקנותיו תאמץ הכנסת, הדבר יהווה לא פחות ממהפכה בדיני התעמולה בישראל. ואולם בינתיים, הדוח הוא בבחינת דוח בלבד, וישנו סיכוי סביר שגם מערכת הבחירות לכנסת ה-21 תתנהל בהתאם לחוק דרכי תעמולה במתכונתו

<sup>1</sup> המשנה לנשיאת בית-המשפט העליון בדימוס. כיהן כיו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-20.

<sup>2</sup> עורך-דין, כיהן כעוזר משפטי ליו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-20. אנו מבקשים להודות לנשיאה בדימי' דורית ביניש ופרופ' סוזי נבות, שהסכימו להעמיד לעיונו את חומרי הרקע שהוצגו לוועדה הציבורית לבחינת חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט–1959 (להלן: ועדת ביניש). עוד ברצוננו להודות לעו"ד דין ליבנה ועו"ד ברק גליקמן, על הערותיהם המעולות והמועילות לטיוטה מוקדמת של המאמר. תודה מיוחדת לגב' שרי ברזל, על עזרה מעולה במחקר בתחילת העבודה על המאמר והערות מצוינות בשלב הכתיבה. כל אזכור במאמר של המונח "החתום מטה" (הח"מ) מתייחס למשנה לנשיאה השופט ג'ובראן, בכהונתו כיו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20.

הנוכחית, אשר אוסר על "צעדות עם לפידים" מצד אחד, ואינו כולל כל התייחסות לתעמולה ברשת האינטרנט מצד שני.

מהאמור עולה כי אנו נמצאים בעת זו בתקופה משמעותית ביחס לדיני התעמולה. בראי זה, מתחדדת החשיבות בדיון ביקורתי בדין הקיים, בדין המוצע ובדין הרצוי. במאמר זה נבחן את האיסורים המרכזיים שבדין בצורה ביקורתית, את השינויים המוצעים באיסורים אלה במסגרת מסקנות ועדת ביניש, וכחלק מזה נציע דרכים לפתח את הדין בראי תכליות דיני התעמולה.

בפרק ב' נעמוד על האיזון בין התכליות הסותרות של חוק דרכי תעמולה ועל המבחן לאיזון בין תכליות אלה (מבחן הדומיננטיות), שלאחרונה בחן בית המשפט במסגרת דיון נוסף בהרכב מורחב. בפרק ג' נעמוד על אחד מהאיסורים החשובים שבדיני התעמולה, שוועדת ביניש המליצה להותירו באותה המתכונת: האיסור על שימוש במשאבי ציבור לצורך תעמולה. בפרק ד' נתייחס לחשיבות ולמורכבות שבהטלת מגבלות על תעמולה ברשת האינטרנט, ובפרק ה' נתייחס לסוגיה משיקה ומורכבת אף יותר: הטלת מגבלות מהותיות על תוכן תעמולה. בפרק ו' נתייחס לסוגיית סקרי הבחירות, ובפרק ז' נסכם ונתייחס בקצרה לסוגיות שלא מצאו מקומן בדוח ועדת ביניש.

ב. כללי – חוק דרכי תעמולה, התכליות שביסוד דיני התעמולה, כיצד יש לאזן ביניהן וועדת ביניש

חוק דרכי תעמולה, תכליות דיני התעמולה וכיצד נכון לאזן בין התכליות – מבחן הדומיננטיות

תכלית דיני התעמולה היא להתוות את גבולות המותר והאסור מבחינה נורמטיבית בכל הנוגע לפעילות הפוליטית של המפלגות והפוליטיקאים. באופן מסורתי, מקובל להתייחס לדיני התעמולה כמאזנים בין שני עקרונות:

מצד אחד, חופש הביטוי הפוליטי המוקנה למתמודדים בבחירות. חופש זה מקבל משנה תוקף בתקופת בחירות, שכן מטרתה של התעמולה היא לייצע את הבוחרים ביחס ל"אני מאמין" של כל מפלגה ומפלגה, ובכך להגשים ולהביא לבחירה מיועדת ורציונלית.<sup>3</sup> חופש הביטוי הפוליטי מושך לכאורה כלפי מגבלות מינימליות, אם בכלל, על תעמולה פוליטית, במטרה להגשים בצורה מרבית את חופש הביטוי הפוליטי.<sup>4</sup> מצד שני, ובשים לב לעובדה שחופש הביטוי ככל זכות היא זכות יחסית, יוצא החוק מנקודת הנחה שניתן להגבילה בדרכים שונות במטרה לקדם אינטרסים וזכויות המתנגדות עימה, שאלה הם: הרצון לשמור על שוויון בין המפלגות והמועמדים בבחירות, טוהר הבחירות והגינותן, מניעת הטעיית הבוחרים ומניעת עיוות בהליך הבחירה ותוצאותיו.<sup>5</sup>

התכליות שבבסיס החוק מתנגשות תדיר ויוצרות אפוא מתח בין חופש הביטוי הפוליטי, המושך כלפי אי-הטלת מגבלות, לבין עקרונות אחרים, דוגמת עיקרון השוויון בין המועמדים וטוהר הבחירות,

<sup>3</sup> ראו למשל: בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(2) 692, 703 (1992) (להלן: עניין זוילי); בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 239 (1984).

<sup>4</sup> ראו לעניין זה את גישתו של השופט סולברג במסגרת בג"ץ 979/15 מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-20 (פורסם בנבו, 25.2.2015) (להלן: עניין שארלי הבדו). יצוין כי גישתו של השופט סולברג מפרשה זו, שעל פיה נוכח חשיבותו של חופש הביטוי הפוליטי ניתן לפגוע בו במסגרת דיני התעמולה רק בהתקיימותה של ודאות קרובה, לא התקבלה על ידי יתר המתוב ונדחתה בצורה פוזיטיבית במסגרת דנג"ץ 1525/15 ח"כ טיבי נ' מפלגת ישראל ביתנו (פורסם בנבו, 23.8.2017) (להלן: דיון נוסף שארלי הבדו). סוגיה זו תידון בהמשך בהרחבה.

<sup>5</sup> ראו למשל: בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(2) 62, 73 (2003); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750, 762 (2003) (להלן: עניין חרות).

שהתחשבות בהם מצדיקה הטלת מגבלות. חשוב גם להבין שאי-הטלת מגבלות ומתן משקל לעיקרון השוויון יוביל למצב שבו "בעל המאה הוא בעל הדעה". שהרי אי-הטלת מגבלות תוך קידושו של חופש הביטוי הפוליטי יוביל למצב שבו מפלגה בעלת משאבים כספיים תוכל "להציף" את אמצעי התקשורת השונים בפרסומות, ובכך לקבל יתרון על פני מפלגות אחרות, בדגש על מפלגות חדשות.<sup>6</sup> עמד על כך הנשיא ברק במסגרת פרשת זילי:<sup>7</sup>

"התכליות השונות העומדות ביסוד חוק דרכי תעמולה מתנגשות אלה באלה. הרצון להבטיח את חופש הביטוי מוביל לצמצום האיסור על תעמולת בחירות ואף לשלילתו. אכן, זהו הדין ברבות מהארצות הדמוקרטיות, בהן אינו קיים כלל איסור דומה לזה המופיע אצלנו. לעומת זאת, הרצון להבטיח שוויון בין המפלגות מוביל להרחבת האיסור על תעמולת הבחירות, שכן קיים החשש שמפלגות השלטון 'ישתלטו' בדרך זו או אחרת - על אמצעי התקשורת בעת 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. הנה כי כן, אנו עומדים בפני תכליות סותרות, הנאבקות בינן לבין עצמן, שנשמתו של חוק דרכי התעמולה. פתרון הסתירה אינו בהעדפת התכלית האחת על פני רעותה. הפתרון מצוי באיזון הראוי בין התכליות הסותרות".

אז כיצד ואיך נאזן בין תכליות אלה, המתקשות להתקיים יחדיו? התשובה לכך היא באמצעות מבחן הקובע מה נחשב "תעמולת בחירות". החוק, למותר לציין, אינו אוסר על פרסומים ופעולות באופן קטגורי במהלך תקופת בחירות. שהרי איננו מעוניינים כי במהלך תקופת הבחירות המדינה, בדגש על הרשות המבצעת והרשויות המקומיות, ישותקו וייאסר על המתמודדים, חלקם הגדול נבחרים מכהנים בעת מסע הבחירות, כל פרסום וכל פעולה.<sup>8</sup> יחד עם זאת, במהלך מסע הבחירות – לרשויות המקומיות ובעיקר לכנסת – לא ניתן להכחיש כי קיימת מוטיבציה רבה לנבחרי הציבור והמתמודדים לעשות ככל שבידיהם על מנת להיבחר. זאת, לעיתים, גם אם פעולות אלה מנוגדות לחוק. פעמים רבות מדובר, מבחינתם של אותם מתמודדים, ב"הפרות יעילות" של הדין. לכן, בתקופת בחירות קיימת חשיבות כי פעולותיהם של המתמודדים לא יגלשו אל עבר מחוזות התעמולה שהם אסורים על פי החוק.<sup>9</sup>

בהתאם לכך, החוק אוסר על ביצוע פעולות מסוימות בקשר עם "תעמולת בחירות". כך נאסר על שימוש במשאבי ציבור "בקשר עם תעמולת בחירות" (סעיף 2א לחוק דרכי תעמולה); נאסר להתייחס לכוחות הביטחון ולנפגעי פעולות איבה "בתעמולת בחירות" (סעיף 2ב לחוק); נאסר על השתתפות ילדים "בתעמולת בחירות" (סעיף 2ג לחוק); נאסר על "תעמולת בחירות" בטלוויזיה וברדיו (סעיף 5 לחוק); נקבעו איסורים שונים על מודעות בעיתונים ומודעות מודפסות המהוות "תעמולת בחירות" (סעיפים 10-10ב לחוק); ועוד. הביטוי "תעמולת בחירות" עובר כחוט השני בין האיסורים הקבועים בחוק, ולכן, מדובר במושג שאמצעותו ניתן להביא לכדי איזון בין חופש הביטוי הפוליטי מחד גיסא, ועקרונות דוגמת השוויון וטוהר הבחירות מאידך גיסא. האיסור בחוק דרכי תעמולה אך על פעולות מסוימות בקשר עם

<sup>6</sup> ראו לעניין זה: גיא לוריא ותהילה שורץ אלטשולר **רפורמה בדיני תעמולת הבחירות** 16-20 (מחקר מדיניות 109, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015) (להלן: לוריא ואלטשולר).

<sup>7</sup> עניין זילי, לעיל הי"ש 3.

<sup>8</sup> תר"מ 115/20 כהן נ' ראש המועצה המקומית מבשרת ציון, פס' 11 להחלטתו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 17.9.2013) (להלן: עניין כהן); תר"מ 64/18 הוכמן נ' הלוי (פורסם בנבו, 22.9.2008).

<sup>9</sup> תב"כ 2/20 תנועת אומ"ץ נ' הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, פס' 11 להחלטתו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 18.1.2015) (להלן: עניין אומ"ץ).

"תעמולת בחירות", מאפשר לנבחרי הציבור המכהנים ולמתמודדים בבחירות להמשיך כמנהגם "במהלך העסקים הרגיל", והמגבלות המוטלות עליהם תחומות רק לאותן פעולות שהם מבצעים אשר מהוות תעמולה. זהו האיזון העקרוני שהמחוקק ראה לנכון לקבוע במסגרת חוק דרכי תעמולה.

עם זאת, ברי כי השאלה מה מהווה תעמולת בחירות ומה לא היא שאלה סבוכה, שכן מתמודדים בבחירות ונבחרי ציבור – ככל אדם – מבצעים לרוב פעולה מסוימת מכוח מוטיבציות מגוונות. נקל להבין ששר בממשלה שרוכש מתקציב משרדו שטחי פרסום בעיתון למען פרסום מודעות בבחירות במסגרת הפריימריז במפלגתו עובר על האיסור בדבר תעמולת הממומנת ממשאבי ציבור. אולם, מהו הדין כאשר בסמוך למועד הבחירות סגן שר מפיץ חוברת שבה מפורטים הישגיו והישגי משרדו? מחד גיסא, ניתן לטעון כי הישגים של משרד ממשלתי מהווה מידע חשוב לציבור, שקיים אינטרס ברור להביאו לידיעת הציבור. מאידך גיסא, אם במסגרת אותה חוברת נעשה קישור ישיר או עקיף בין ההישגים לנבחר הציבור, האם לא ניתן לטעון שמדובר בתעמולה במטרה להביא לבחירתו מחדש? בראי מורכבות זו, קבע בית המשפט העליון בפרשת **זוילי** כי סיווגה של פעולה בתור תעמולה או לא תיבחן בהתאם למבחן הדומיננטיות:

"תעמולת בחירות הינה רק אותו ביטוי שהאפקט הדומיננטי שלו הוא בהשפעתו על הבוחר ושאינו לו אפקט דומיננטי אחר, כגון אפקט אמנותי... אכן, האיזון הראוי בין הערכים המתחרים מחייב, כי הדיבור 'תעמולת בחירות' יכלול אותו שידור אשר פועלו הוא בשכנוע ובהשפעה על הכרעת הבוחר, ולא שידור שהאפקט שלו הוא אחר (כגון אמנותי, חדשותי, דתי), גם אם השפעות הלואי שלו הן בהשפעה (עקיפה) על הבוחר"

זהו האיזון המקובל בין התכליות שביסוד דיני התעמולה מאז ועד היום. עם זאת, מדובר במבחן אמורפי ברמת הפשטה גבוהה, ששימוש בו לא תמיד יעזור להבין אם פרסום או פעולה מהווים תעמולת בחירות או לא. לכן, יושבי ראש ועדת הבחירות קבעו במהלך השנים מספר מבחני משנה למבחן הדומיננטיות במטרה לבחון פרסומים ופעולות מעין אלה: מיהות יוזם הפעולה; האם מדובר באירוע חד-פעמי או קבוע מחזורי; האם מדובר בפרסום שיש חשיבות בפרסומו דווקא בעת הזו; וכיו"ב.<sup>10</sup> נוסף לכך, הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה<sup>11</sup> מאזכרת מבחנים אלה ומהווה הנחיה המחייבת את הממשלה, נושאי המשרה בה ועובדיה שלא לקיים תעמולה תוך שימוש במשאבי ציבור. זאת ועוד, פסיקתם של יושבי ראש ועדת הבחירות "נתנה סימנים" במספר סיטואציות פרטניות. כך, לדוגמה, נקבע שאין לכרוך בין פרסום הישג הממומן מכספי ציבור של משרד ממשלתי או רשות מקומית לשמו של נבחר הציבור, ובמסגרת זו אין לציין את שמו או תמונתו או להביא מדבריו.<sup>12</sup> מבחן הדומיננטיות עם מבחני המשנה

<sup>10</sup> לעניין מבחני העזר למבחן הדומיננטיות, ראו: שם, פס' 7 להחלטתו של השופט גיבוראן; תר"מ 64/20 **חלבי נ' ראש המועצה המקומית דאלית אל כרמל** (פורסם בנבו, 21.8.2013) (להלן: עניין **חלבי**); תר"מ 14/20 **סיעת "למען התושבים" נ' ראש עיריית רעננה**, פס' 21 להחלטתו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 16.6.2013) (להלן: עניין **חופרי**); תב"מ 9/01 **קשב מרכז להגנת הדמוקרטיה בישראל נ' ארץ הצבי**, פס' 12 להחלטתו של השופט חשין (פורסם בנבו, 26.1.2001) (להלן: עניין **קשב**); תכ"מ 21/19 **גרוס נ' ראש עיריית כפר סבא**, פס' 2 להחלטתו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.1.2013) (להלן: עניין **גרוס**); תר"מ 16/20 **קונינסקי נ' ראש עיריית כרמיאל**, פס' 26 להחלטתו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 23.6.2013); תר"מ 26/20 **פרס נ' ראש עיריית בית שמש**, פס' 10 להחלטתו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 10.7.2013).

<sup>11</sup> "איסור על תעמולת בחירות במימון כספי גוף מבוקר – פרסומים המופצים על ידי משרדי הממשלה" **הנחיות היועץ המשפטי לממשלה** 1.1900 (התשמ"ט) (להלן: הנחיית היועץ המשפטי).  
<sup>12</sup> ראו למשל, מיני רבים: עניין **חופרי**, לעיל ה"ש 10, פס' 30 להחלטתו של השופט גיבוראן; עניין **אומ"ץ**, לעיל ה"ש 9, פס' 17 להחלטתו של השופט גיבוראן; תר"מ 24/18 **יו"ר העמותה לאיכות החיים בחדרה נ' ראש עיריית חדרה** 215, 216 (פורסם בנבו, 28.7.2008) (להלן: עניין **אלגון**); תר"מ 23/19 **גור נ' אדיב – ראש עיריית הוד השרון**, פס' י"א להחלטתו של השופט רובינשטיין (17.2.2013) Decision17022013-1.pdf (17.2.2013) (להלן: עניין **גור**); תר"מ 18/18 **מגן נ' נעים**, 1, 2 (פורסם בנבו, 19.6.2008) (להלן: עניין **מגן**); תר"מ 15/20 **דויד נ' בוסקילה**, פס' 3 להחלטתו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 16.6.2013); עניין **כהן**, לעיל ה"ש 8, פס' 7 להחלטתו של השופט גיבוראן; הנחיית היועץ המשפטי, לעיל ה"ש 11, פס' 4(ב).

שלו שפורטו לעיל מהווים מסננת נוספת על מנת להבטיח כי חופש הביטוי הפוליטי ייפגע בצורה המועטה ככל הניתן במהלך תקופת הבחירות: החוק חל רק על פעולה המהווה "תעמולת בחירות", כאשר פעולה נחשבת בתור תעמולה רק כאשר תכליתה הדומיננטית היא להשפיע על בוחרים.

מבחן הדומיננטיות עמד לאחרונה לבחינה על ידי בית המשפט העליון בפרשת **שארלי הבדו**. שם הוגשה עתירה נגד כוונתה של מפלגת ישראל ביתנו לחלק במסגרת קמפיין הבחירות שלה לכנסת ה-20 גיליון מיוחד של העיתון שארלי הבדו. הגיליון יצא לאור נוכח מתקפת הטרור על מערכת העיתון. בשער הגיליון המיוחד הופיע איור של הנביא מוחמד דומע ומחזיק שלט שעליו כתוב (בתרגום לעברית): "אני שרלי הבדו". חבר הכנסת אחמד טיבי הגיש עתירה לוועדת הבחירות המרכזית בטענה כי הגיליון מהווה מתנה, ולכן חלוקתו אסורה מכוח האיסור הקבוע בסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה שעל פיו "לא תהא תעמולת בחירות קשורה במתן מתנות".<sup>13</sup> המפלגה, מצידה, טענה כי הגיליון האמור אינו מתנה, אלא המסר התעמולתי בעצמו. ומה המסר? תגובת נגד לדרישתו של חבר הכנסת הערבי מסעוד גנאים, ממפלגת רע"ם, שלא למכור את הגיליון בישראל מכיוון שהמכירה תפגע ברגשותיו של הציבור הערבי-מוסלמי. לכן, טענה המפלגה, אין מדובר בתעמולה "הקשורה במתן מתנות".<sup>14</sup> העתירה התקבלה ונקבע כי הגיליון הוא בבחינת מתנה וחלוקתו אסורה בהתאם לאיסור האמור הקבוע בסעיף 8 לחוק דרכי תעמולה. בהחלטה נקבע כי כעניין של מדיניות שיפוטיות, ישנו קושי בעמדתה של המפלגה. שכן קבלת הטענה תוביל למדרון חלקלק: מתמודדים בבחירות יוכלו לחלק תשורות, גם בעלות כספית גבוהה, ולהתחמק מהאיסור האמור בדין באמצעות הטענה כי התשורה היא המסר הפוליטי בעצמו. במסגרת ההחלטה ניתנה דוגמה שעל פיה קבלת הטענה תוביל לכך שמפלגה בעלת צביון דתי תוכל לחלק בט"ו בשבט סלסלת פירות מפוארת בעלות של מאות שקלים, ובכך ייווצר פתח לעקיפת האיסור בדיני התעמולה על חלוקת מתנות בקשר עם תעמולה. על כן, נקבע בהחלטה כי את המונח "מתנה" שבחוק יש לפרש בצורה דווקנית.<sup>15</sup> עוד נקבע כי השאלה אם פריט מסוים הוא בבחינת מתנה אם לאו צריכה להיבחן על פי מבחן הדומיננטיות, כאשר את התכלית יש לקבוע בהתאם להלכה שנקבעה בפרשת **זוילי** בצורה אובייקטיבית – ולא בהתאם לכוונתו של מבצע הפעולה, אלא בהתאם לנקודת מבטו של צופה סביר. בחינת הגיליון בראי זה, בשים לב לעובדה כי מדובר בגיליון חגיגי שהגיוני כי ייחשב בעתיד בתור "פריט לאספנים", אשר עלתו גם עתה אינה זניחה, מלמדת כי הבחור הסביר יסבור כי מדובר במתנה ולא דווקא במסר פוליטי בפני עצמו.<sup>16</sup>

על ההחלטה הוגשה עתירה לבית המשפט העליון, אשר קיבל את העתירה. עם זאת, השופטים נחלקו בדעותיהם לעניין הגדרת המונח "מתנה". השופט סולברג, בחוות דעתו, סבר כי נוכח מעמדו של חופש הביטוי הפוליטי בשיטת המשפט הישראלית, במיוחד במהלך תקופת בחירות, האיזון הראוי בינו לבין יתר תכליות החוק (ובראשם עיקרון השוויון), מחייב מתן בכורה לחופש הביטוי הפוליטי. לכן, לשיטתו, ניתן לאסור על חלוקת מתנה הקשורה בתעמולה "רק בהימצא 'ודאות קרובה' לפגיעה קשה וממשית באינטרס הציבורי שמנגד".<sup>17</sup> השופט סולברג ראה לנכון אפוא להחיל את מבחן הודאות הקרובה, תוך

<sup>13</sup> תב"כ 7/20 **חבר הכנסת טיבי נ' רשימת ישראל ביתנו** (פורסם בנבו, 4.2.2015). לחלופין, נטען בעתירה כי יש למנוע את חלוקתו נוכח הפגיעה ברגשות דתיים. סוגיה זו לא נדונה כלל לבחינה בעתירה, אולם נדונה במסגרת ההליכים בבית המשפט העליון בנוגע לעניין, והיא תידון בהמשך המאמר, תחת הפרק הדין במגבלות על תוכן תעמולה.

<sup>14</sup> שם, פסי' 5-6 להחלטתו של השופט גיוראן.

<sup>15</sup> שם, פסי' 13-24 להחלטתו של השופט גיוראן.

<sup>16</sup> שם, פסי' 25-28 להחלטתו של השופט גיוראן.

<sup>17</sup> עניין **שארלי הבדו**, לעיל ה"ש 4, פסי' 37 לפסק דינו של השופט סולברג.

העדפת ערך חופש הביטוי על פני יתר תכליות חוק דרכי תעמולה. איזון עקרוני זה הביאו מן הסתם למסקנה כי היה מקום לאפשר את חלוקת הגיליון.

במבט ראשון נדמה כי יש היגיון בגישתו של השופט סולברג. כביכול, האיזון המתבקש והאינטואיטיבי בין חופש הביטוי לבין הערכים הנוספים שחוק דרכי תעמולה מבקש לקדם צריך להיות איזון אנכי בין זכות לאינטרס. איזון מעין זה, כידוע, מעניק בכורה לזכות לחופש ביטוי, ומאפשר לפגוע בו רק בהתאם למבחן הוודאות הקרובה או מבחני המידתיות מפסקת ההגבלה. זהו המבחן המקובל בפסיקה, לפחות עד לכינונה של פסקת ההגבלה לאיזון בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי.<sup>18</sup> וכך כאמור סבר השופט סולברג במסגרת פרשת **שארלי הבדו**. ואולם, האם זה המבחן המתאים לאיזון לעניין דיני התעמולה?

נזכיר כי במסגרת פרשת **זוילי** קבע בית המשפט העליון מבחן אחר – מבחן הדומיננטיות. מבחן הדומיננטיות שונה במהותו בצורה מהותית מאיזון אנכי דוגמת מבחן הוודאות הקרובה. וזאת, לעמדת הכותבים, לא בכדי. שכן, אל מול חופש הביטוי מוצבות כאמור תכליות אחרות וחשובות, ובראשן – עיקרון השוויון בין המועמדים. השוויון הוא זכות חוקתית בפני עצמה, הנגזר מכבוד האדם, בהתאם לפסיקה הישראלית.<sup>19</sup> יותר מכך: עקרון השוויון, בהקשר המסוים הנדון בענייננו – שוויון בבחירות – מעוגן מפורשות בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת ("הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, שוות, חשאיות..."). נוסף לכך, פגיעה בעקרון השוויון בין המועמדים והמפלגות מובילה כשלעצמה לפגיעה בזכויות החוקתיות לבחור ולהיבחר של יתר רשימות המועמדים ובחריהם הפוטנציאליים, המעוגנות בסעיפים 5-6 לחוק יסוד: הכנסת. בראי זה, לעמדתנו, דומה כי שימוש באיזון אנכי, הנועד לאיזון חוקתי בין זכות לבין אינטרס, אינו מתאים מבחינה דוקטרינרית.

ודוק, המחוקק הגדיר בחוק דרכי תעמולה את גבולות המשחק, המותר והאסור, בתעמולת בחירות. כל חריגה מאלה, דוגמת איזון קטגורי המבכר את חופש הביטוי הפוליטי, מפרה את האיזון העדין שבחוק. בהתאם, לעמדתנו, ראוי כי הקביעה אם מתנה או פרסום או פעולה הם בגדר תעמולה אסורה תיבחן באמצעות איזון אופקי בין חופש הביטוי לעקרון השוויון והזכות לבחור ולהיבחר. כידוע, באיזון מעין זה, "דרך המלך היא בנקיטה בגישה מפשרת במטרה לאפשר לשתי הזכויות לדור בכפיפה אחת, וזאת באמצעות פגיעה מידתית באחת על חשבון השנייה".<sup>20</sup> מבחן הדומיננטיות, למעשה, עוצב בהתאם למתווה זה. לשיטתנו, מבחן הדומיננטיות הוא מבחן ראוי המתווה באופן מיטבי מתי יהא זה נכון למנוע פרסום או פעולה (ובכך לפגוע בזכות חוקתית) ומתי לא.<sup>21</sup>

ואכן, יתר חברי המותב בפרשת **שארלי הבדו** לא הסכימו עם גישתו של השופט סולברג. הנשיאה נאור סברה כי המבחן הראוי אינו מבחן הוודאות הקרובה אלא מבחן אחר, הדומה במהותו למבחן הדומיננטיות. הנשיאה נאור ציינה: "איני סבורה כי פרשנות ראויה של המונח 'מתנה' היא כזו המטה

<sup>18</sup> ראו, למשל: בג"ץ 73/53 **חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953); גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" **מחקרי משפט** כב 471 (2006); ברק מדינה והגר שגב "התנגשות בין זכויות: אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקי" **משפטים** מו 535 (2017); בג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג (3) 817 (1999); ע"פ 6696/96 **כהנא נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 535 (1998).

<sup>19</sup> בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, פס' 1–82 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).  
<sup>20</sup> ע"א 8954/11 **פלוני נ' פלונית**, פס' 3 לפסק דינו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 24.4.2014). וראו בדומה: בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, 474–475 (1994); בג"ץ 1435/03 **פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה**, פ"ד נח(1) 529, 537–539 (2003); עע"מ 398/07 **התנועה לחופש המידע נ' רשות המיסים**, סג(1) 284, 373–375 (2008); עע"מ 9341/05 **התנועה לחופש המידע נ' רשות החברות הממשלתיות**, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 19.5.2009); תב"כ 10/20 **חדו"ש – לחופש דת ושוויון נ' תחנת רדיו "קול ברמה"**, פס' 12 להחלטתו של השופט גיבוראן (פורסם בנבו, 3.2.2015).

<sup>21</sup> להרחבה לעניין איזונים אנכיים ואופקיים, ראו: מיכאל דן בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591 (2003).

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.<sup>22</sup> השופטת (כתוארה אז) חיות ציינה מפורשות כי את השאלה יש לבחון בהתאם למבחן הדומיננטיות: "המבחן אותו ראיתי להציע לצורך עריכת איזון ראוי בין האינטרסים המתנגשים שצינו, הוא מבחן התכלית הדומיננטית".<sup>23</sup> עמדה זו של השופטת (כתוארה אז) חיות הפכה לדעת הרוב במסגרת הדיון הנוסף בפסק הדין. כך, הנשיאה נאור, המשנה לנשיאה רובינשטיין, והשופטים מלצר, דנציגר, הנדל ופוגלמן סברו כי המבחן שיש להפעיל בנידון דידן הוא מבחן הדומיננטיות. עוד נקבע כי תכלית התעמולה תיבחן מנקודת מבטו של הבוחר ולא של יוזם התעמולה. ובכך אימץ רוב המותב בדיון הנוסף את עמדתו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית מהעתירה נושא הדיון הנוסף.<sup>24</sup> השופט סולברג, שנותר בעמדתו כי המבחן הנכון הוא מבחן הוודאות הקרובה, נותר בדעת יחיד בדיון הנוסף.

לעמדת הכותבים, כפי שניתן להבין בנקל מהאמור לעיל, עמדת הרוב בדיון הנוסף היא עמדה נכונה וראויה. מבחן הוודאות הקרובה, שכבודו במקומו מונח, אינו מתאים לאיזון בין התכליות המתנגשות שביסוד דיני התעמולה. אימוצו היה למעשה מעקר את התכליות שביסוד חוק דרכי תעמולה. יישומו היה מוביל לשינוי מהותי בנקודת האיזון העקרונית שנקבעה בחוק ולכך שחלק לא מבוטל מהפעולות והפרסומים האסורים כיום על פי דיני התעמולה ומבחן הדומיננטיות היו מקבלות הכשר. נדגים זאת. חוק דרכי תעמולה אוסר על תעמולה תוך שימוש במשאבי ציבור. על איסור זה נעמוד בהרחבה בפרק הבא, אולם, הבעייתיות בשימוש בכספי ציבור על ידי נבחר ציבור מכהן למען קמפיין פוליטי ברורה. ודוק, האם ניתן לקבוע כי קיימת ודאות קרובה לכך שטוהר המידות ייפגע בצורה חמורה נוכח מודעת בחירות של מפלגת שלטון הממומנת מכספי ציבור? שימוש באמת מידה יחסית, דוגמת מבחן הוודאות הקרובה, מזמין עניינים של מידה וכמות. כך אפשר שקמפיין שלם שעולה למשל המיסים מיליוני ש"ח יפגע באינטרס ציבורי בוודאות קרובה, אולם מודעה קטנה בעיתון אינה מעמידה ודאות קרובה. לעומת זה, חוק דרכי תעמולה ומבחן הדומיננטיות קובע מבחן פשוט: אם אותה מודעה או אותו קמפיין, הממומנים מכספי ציבור, הם בבחינת תעמולת בחירות – הדבר אסור, חד וחלק. כך, אימוץ מבחן הוודאות הקרובה בהקשר לדיני התעמולה היה יכול להוביל להכשרתן של פעולות, שעל פניהן נראות חמורות וכאלה שיש למנוע אותן. ויובהר: אומנם הוראות החוק ארכאיות ודרושות עדכון; אולם, לעמדת הכותבים, האיזונים שביסוד החוק ויישומם באמצעות מבחן הדומיננטיות כפי שהשתרש בפסיקה יפים וראויים גם לעת זו.

<sup>22</sup> עניין שארלי הבדו, לעיל הי"ש 4, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

<sup>23</sup> שם, פס' 4 לפסק דינה של השופטת חיות.

<sup>24</sup> הנשיאה נאור אף ציינה בפסק דינה: "מבין הגישות השונות שהוצגו לפנינו, הרי שגישתי קרובה למבחן אותו הציע יו"ר ועדת הבחירות" (דיון נוסף שארלי הבדו, פס' 18 לפסק דינה של הנשיאה נאור; ראו בדומה: שם, פס' 1 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

חוק דרכי תעמולה, הצורך ברפורמה בדיני התעמולה וכינונה של ועדת ביניש

מקדמת דנא החוק המרכזי המסדיר דיני התעמולה הוא חוק דרכי תעמולה. מדובר בחוק ארכאי שנחקק בשנת 1959. נציין למשל את האיסור על "נשיאת לפידים" (סעיף 8 לחוק) או על "זריקת אור על מבנים" (סעיף 9(ב) לחוק); וכן את העובדה שהחוק אינו מסדיר את הפלטפורמה המרכזית שבה מתקיימת תעמולה בשנים האחרונות – רשת האינטרנט. נכון לעת זו, החוק תוקן 32 פעמים. עם זאת, מרבית התיקונים היו טכניים, וכל התיקונים ללא יוצא מהכלל ביצעו רק תיקונים נקודתיים בחוק.

בעשורים האחרונים יושבי ראש ועדת הבחירות המרכזית, ללא יוצא מהכלל, הבהירו במסמך הלקחים שנהוג להוציא עם סיום הכהונה כי החוק דרוש רפורמה ובדחופות.<sup>25</sup> לקריאות אלה הצטרף בית המשפט העליון במספר לא מועט של פסקי דין.<sup>26</sup> הח"מ סבר כי אין בכך די, ולכן, פנה אל נשיא המדינה מר ראובן ריבלין, הציג בפניו את הבעייתיות שבקיום מערכות בחירות בהתאם לדין הקיים והארכאי וביקש כי ימנה, יחד עימו, ועדה ציבורית. וכך אכן היה. בראש הוועדה הסכימה לעמוד כב' נשיאת בית המשפט העליון בדימוס השופטת דורית ביניש. נוסף אליה, הסכימו לכהן בוועדה השר לשעבר דן מרידור, חבר הכנסת לשעבר הרב יצחק לוי, פרופ' סוזי נבות ופרופ' קרין נהון וכן השר לשעבר אופיר פינס-פז כיועץ לוועדה ועו"ד דין ליבנה, היועץ המשפטי לוועדת הבחירות המרכזית, כמרכז הוועדה. הוועדה מותנה על מנת שתבחן "את הוראות החוק האמור, את כללי התעמולה לאור המציאות התקשורתית המשתנה ואת הצורך בהתאמת ההסדרים הקיימים ודיני הבחירות הנוגעים בדבר".<sup>27</sup> הוועדה קיימה מספר רב של ישיבות, הוציאה קול קורא ושמעה הערות מהציבור, שמעה עמדות של גורמי הרגולציה הרלוונטיים, כלי התקשורת, משרד המשפטים וכיו"ב.<sup>28</sup> ביום 12.9.2016 פרסמה הוועדה דוח ביניים ובחודש נובמבר 2017 התפרסם כאמור הדוח הסופי של הוועדה.<sup>29</sup> על חלק ממסקנותיה של הוועדה נעמוד בהמשך, בסמוך לדיון על הסוגיות המהותיות שנסקרות במאמר זה. עם זאת, כבר בשלב זה חשוב לציין כי לעמדת הכותבים, הרפורמה שהציעה הוועדה מקיפה ומרשימה. ככל שמסקנותיה כפי שמופיעים בהצעת החוק שצורפה לוועדה יעוגנו בחקיקה, מדובר בלא פחות ממהפכה של ממש בדיני התעמולה.

אחרי דברים כלליים אלה נעבור לדון במספר סוגיות ואיסורים מרכזיים בדיני התעמולה. נדון תחילה בדין הקיים, נציגו לאור פסיקות של יושבי ראש ועדת הבחירות המרכזית ובית המשפט העליון, ובסמוך לכך נקיים דיון ביקורתי באותם איסורים, בראי תכליות הדין שהוצגו לעיל, ונציג את ההצעה של ועדת ביניש בהקשר זה.

<sup>25</sup> ראו, למשל: ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-15 ולראש הממשלה – נהלים והחלטות 149 (1999) kneset.gov.il/elections19/heb/law/Decisions1999-2.pdf; ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16, 443 (2003) kneset.gov.il/elections19/heb/law/Decisions2003.pdf; ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השבע-עשרה – החלטות והנחיות 291 (2006) kneset.gov.il/elections19/heb/law/Decisions2006.pdf; ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה – החלטות והנחיות 521 (2013) kneset.gov.il/elections19/heb/law/Decisions2012-13.pdf (להלן: ועדת הבחירות לכנסת התשע-עשרה); ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים – החלטות והנחיות (2015) bechirof.gov.il/election/Decisions/AllDecisions/kneset20/Documents/%D7%97%D7%95%D7%91%D7%A8%D7%AA%20%D7%94%D7%97%D7%9C%D7%98%D7%95%D7%AA%20%D7%91%D7%97%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%AA%20%D7%9C%D7%9B%D7%A0%D7%A1%D7%AA%20%D7%94-20%2c%20%D7%94%D7%A9%D7%95%D7%A4%D7%98%20%D7%A1%D7%9C%D7%99%D7%9D%20%D7%92%27%D7%95%D7%91%D7%A8%D7%90%D7%9F%20%D7%9B%D7%95%D7%9C%D7%9C%20%D7%AA%D7%95%D7%9B%D7%9F%20%D7%A2%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%9D%20%D7%9E%D7%A2%D7%95%D7%93%D7%9B%D7%9F.pdf.

<sup>26</sup> ראו למשל: בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19 (פורסם בנבו, 15.1.2013); עניין שארלי הבדו, לעיל ה"ש 4; דיון נוסף שארלי הבדו, לעיל ה"ש 4; רע"פ 2381/15 ניצן נ' דיין (פורסם בנבו, 12.05.2015).

<sup>27</sup> הוועדה הציבורית לבחינת חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 – דין וחשבון 8 (2017) (להלן: דוח ביניש).

<sup>28</sup> שם, בעמ' 9.

<sup>29</sup> שם.



### ג. האיסור על שימוש במשאבי ציבור לצורך תעמולה<sup>30</sup>

עמדנו לעיל על כך כי חוק דרכי תעמולה הוא חוק ארכאי ובדיני התעמולה נחוצה רפורמה משמעותית. עם זאת, חשוב להבין כי בחוק גם במתכונתו הנוכחית קיימים מספר איסורים שעדיין רלוונטיים וחשובים למען שמירה על התכליות שביסוד דיני התעמולה. המרכזי שבהם לעמדת הכותבים הוא האיסור על שימוש במשאבי ציבור בקשר עם תעמולה ובו נדון עתה.

הרישא של סעיף 2א לחוק דרכי תעמולה מורה כי "לא ייעשה שימוש, בקשר עם תעמולת בחירות, בכספים או בנכסים מוחשיים או בלתי מוחשיים של גוף מבוקר". בדומה, סעיף 28כ3 לחוק המפלגות, התשנ"ב–1992 מטיל איסור זהה על שימוש במשאבי ציבור במהלך פריימריז. האיסור האמור הוא אחד מהאיסורים היחידים בחוק דרכי תעמולה החל גם מחוץ לתקופת 90 הימים שלפני הבחירות. האיסור על שימוש במשאבי ציבור למען תעמולה מגשים שלוש תכליות עיקריות, שזוינו לעיל כמטרות שחוק דרכי תעמולה מבקש לקדם:

- אין זה ראוי שנבחרי הציבור, ששולטים בכספים שאינם שלהם אלא שייכים לציבור הרחב, יעשו שימוש בכספים אלה לטובת תעמולה במטרה להוביל לבחירתם מחדש. שימוש מעין זה בכספי ציבור פוגע בטוהר השירות הציבורי ובאמון הציבור.<sup>31</sup> "שומה על נבחרי הציבור והמפלגות השונות, שלא לעשות שימוש בכספיו של הציבור הרחב, במטרה להגדיל את סיכוייהם להיבחר בשנית."<sup>32</sup>
- שימוש בכספי ציבור הוא "פריווילגיה" המוקנית רק למתמודדים בבחירות שמכהנים באותו המועד כנבחרי ציבור. שימוש בכספים אלה, שזמינים רק לחלק מהמתמודדים בבחירות, פוגע בעקרון השוויון בין מתמודדים.<sup>33</sup>
- כספי ציבור, כשם כן הם כספים אותם הפקיד הציבור בידי השלטון לצורך קבלת שירותים. בראי זה ברי כי שימוש בכספי ציבור למטרות אחרות ופרטיות הסותרות את ייעודם של כספים אלה אינו ראוי.<sup>34</sup>

האיסור האמור מבקש להגן על אינטרסים (טוהר המידות ואמון הציבור) וזכויות (הזכות לשוויון הזדמנויות בין המועמדים) ראשוניים במעלה. הקושי הראשוני שמתעורר בעקבות הפגיעה הגלומה באיסור זה בחופש הביטוי הפוליטי מוצדק אפוא בשם אותם אינטרסים וזכויות. מכוח כך, הקפידו יושבי ראש ועדת הבחירות לאכוף איסור זה בצורה קפדנית.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> סלים גובראן וגיא רוח "האיסור על שימוש במשאבי ציבור שלא בתקופת בחירות" **ספר ארבל** (צפוי להתפרסם ב-2018) (להלן: "גיובראן ורוח").

<sup>31</sup> עניין **חופרי**, לעיל ה"ש 10, פס' 45 להחלטתו של השופט גובראן; עניין **חלבי**, לעיל ה"ש 10, פס' 8 להחלטתו של השופט חיות;

<sup>32</sup> עניין **אומ"ץ**, לעיל ה"ש 9.

<sup>33</sup> שם, פס' 6 להחלטתו של השופט גובראן; תב"כ 12/15 **גולדשמידט נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 22.4.1999); עניין **קשב**, לעיל ה"ש 10, פס' 12 להחלטתו של השופט חשין.

<sup>34</sup> ראו והשוו: עניין 6145/12 **עיריית נצרת עילית נ' הרטמן**, פס' לב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.1.2013).

<sup>35</sup> עניין **חופרי**, לעיל ה"ש 10, פס' 45 להחלטתו של השופט גובראן; עניין **אומ"ץ**, לעיל ה"ש 9, פס' 8–10 להחלטתו של השופט גובראן; תר"מ 2/83 **נאות נ' עיריית חיפה**, פס' 4 (ג) להחלטתו של השופט שמגר (פורסם בנבו, 6.10.1983); תר"מ 2/19 **פינשטיין נ' מ"מ ראש עיריית רחובות**, פס' 7 להחלטתו של השופט פרוקציה (פורסם בנבו, 8.11.2009) (להלן: עניין **פינשטיין**); עניין **גור**, פס' ז להחלטתו של השופט רובינשטיין; תר"מ 32/03 **סיעת "לב" נ' ראש מועצת מזכרת בתיה 1, 2** (פורסם בנבו, 13.8.2003).

כמפורט לעיל, האיסורים שבחוק דרכי תעמולה כאמור מאזנים בין חופש הביטוי הפוליטי לאינטרסים וזכויות העומדים מנגד (שוויון בין מועמדים, טוהר השירות הציבורי, וכיו"ב). אם נבחן נוסחת איזון זו וננסה להחילה על האיסור על תעמולה תוך שימוש במשאבי ציבור, ניתקל בסתירה, לפחות לכאורית. שכן, עולה השאלה, האם חופש הביטוי הפוליטי מתפרש ומגן גם על תעמולה שנעשית תוך שימוש במשאבים ציבוריים (היינו: תוך הפרה של חוק דרכי תעמולה)? וגם אם כן – האם פרסום מעין זה, שנעשה תוך שימוש במשאבים שנועדו לטובת הציבור הרחב, ראוי להגנתו הרחבה של חופש הביטוי הפוליטי?

נניח, לשם הדוגמה, כי תחנת רדיו מסוימת פועלת ללא רישיון – תחנת רדיו פיראטית. האם תחנה מעין זו יכולה לטעון כי מותר לה לשדר, חרף היעדר רישיון, נוכח חופש הביטוי? נראה שלא. וגם אם כן – נקל להבין שבהינתן הנחת המוצא, כי פעילותה מנוגדת לחוק, ברי כי לכל הפחות, מידת ההגנה שחופש הביטוי מקנה לה מצומצם יחסית. דוגמה זו מסבירה את הבעייתיות שבהענקת הגנה, בוודאי במובנה הרחב בהינתן חופש הביטוי הפוליטי, לפרסום שנעשה תוך שימוש במשאבי ציבור. לא בכדי אפוא וכאמור לעיל מדובר באיסור שנאכף באופן מחמיר בידי יושבי ראש ועדת הבחירות לדורותיהם.

בהינתן שמחד גיסא, אכיפת האיסור אינה פוגעת – בוודאי לא בצורה משמעותית – בחופש הביטוי הפוליטי, ומאידך גיסא, אכיפתו מקדמת ערכים שביסוד דיני התעמולה, דוגמת טוהר המידות ושוויון בין מועמדים, מתחדדת החשיבות שבשמירה על איסור זה. במאמר קודם עמדנו על כך שהאיסור, חרף העובדה שחל כאמור בכל עת, נאכף בצורה כמעט בלעדית בתקופה הסמוכה לבחירות. במאמר הסברנו כי יש לשאוף לאכוף אותו בצורה תדירה, כולל באמצעות הגשת עתירות על ידי גופי המדינה.<sup>36</sup>

החלטתו של יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-21, כב' המשנה לנשיאה חנן מלצר, בעניין רגב, מהווה דוגמה מצוינת לחשיבותו של האיסור, ובפרט אכיפתו בצורה סדירה ולא רק בסמוך למועד הבחירות. בעניין רגב הוגשה עתירה שבה נטען כי תשדירי רדיו שבהם הזמינה שרת התרבות והספורט בקולה ותוך ציון תפקידה את הציבור לקחת חלק בחגיגות ה-70 למדינת ישראל מהווים תעמולת בחירות. ומכיוון שלא היה חולק שהם ממומנים מכספי ציבור, הם נעשו בניגוד לסעיף 2 לחוק דרכי תעמולה. יצוין כי העתירה הוגשה באמצע שנת 2018, כאשר מועד הבחירות לכנסת ה-21 עדיין רחוק (היו מתוכננות במקור לחודש נובמבר 2019, ובסוף הוקדמו לחודש אפריל 2019). מכל מקום העתירה התקבלה וניתן צו האוסר על אותם תשדירים ברדיו. במסגרת זאת קבעה כב' השופט מלצר כי "מכאן ולהבא אין לבצע עוד תשדירים בהשתתפות נבחר ציבור, אלא במקרים חריגים שבחריגים... שכן אחרת ה-Name Recognition וה-Voice Recognition עלולים לקבע תודעה וליתן יתרון לנבחר הציבור המשתתף בתשדיר על פני מתחריו בבחירות הכלליות, או בפריימריז. בכך יש פגיעה בשוויון בזכות לבחור ולהיבחר".<sup>37</sup>

דברים אלה מחדדים את החשיבות שאוזכרה לעיל שבהקפדה דווקנית על האיסור שבשימוש במשאבי ציבור למען תעמולת בחירות. נבחר הציבור נהנים מגישה למשאבים שמהם יתר המתמודדים בבחירות אינם נהנים. עקרון השוויון בבחירות, עיקרון חוקתי המעוגן כאמור בחוק-יסוד: הכנסת ומצוי בליבת האסדרה לעניין דיני התעמולה, מחייב שלא להעניק יתרון בלתי-הוגן למתמודד אחד על פני השני. תשדירים של משרדי הממשלה, כאשר המידע מובא מפיהם של השרים, שבחלק גדול מהמקרים

<sup>36</sup> ג'ובראן ורוה, לעיל ה"ש 30, פרק ב'.

<sup>37</sup> תב"כ 2/21 כהן נ' שרת התרבות והספורט, פסי' 45 להחלטתו של השופט מלצר (18.4.2018) (להלן: עניין רגב).

מתכוונים להתמודד גם בבחירות הבאות, פוגעים בצורה קשה ועמוקה בעקרון השוויון ומעניקים יתרון לא צודק לנבחר הציבור המכהנים. לשרים, מצידם, קיימת כאמור מוטיבציה ברורה לקיים תעמולה, מכיוון שבמציאות הפוליטית הקיימת בישראל, הבחירות תמיד "מעבר לפינה".<sup>38</sup> על כן, אנו סבורים כי החלטתו של כב' השופט מלצר מוצדקת ומתבקשת, חרף העובדה שבעת ההחלטה מועד הבחירות המתוכנן לכנסת עדיין היה רחוק.

נוסף לכך, שימוש במשאבי ציבור נעשה בצורה תדירה ותכופה במדינות שונות, בדגש על האינטרנט והרשתות החברתיות. מדובר במצב בעייתי, ולעמדת הכותבים יש לפעול לשנותו. נביא לדוגמה פרסומים בעמודי הפייסבוק האישיים של נבחר ציבור מהרשויות המקומיות והרשות המבצעת. כאמור, אחד מהמקרים הפרטניים שהתייחסו אליהם יושבי ראש ועדת הבחירות לדורותיהם הוא האיסור בדבר כריכה בין הישגים ציבוריים שנבחר הציבור מייחס לעצמו לבין שמו או תמונתו.<sup>39</sup> שכן, כריכה בין שמו או תמונתו של שר להישג שנחל משרדו דומה לייחוס הישג זה לשר עצמו. ודוק, פרסומים בעמוד הפייסבוק האישי של נבחר ציבור נעשים – באופן אינהרנטי – בכריכה לשמו ותמונתו של נבחר ציבור. למעשה, פרסומים אלה מפורסמים מפיו של נבחר הציבור, שכן מדובר בעמוד הפייסבוק הפרטי שלו, הנושא את שמו ותמונתו. בהתאם, לגבי פרסומים מעין אלה סבורים אנו כי יש לקבוע חזקה שפרסומים מעין אלה הם בגדר תעמולה, וככל שאלה נעשים תוך שימוש במשאבי ציבור – הם אסורים בהתאם לסעיף 2א לחוק דרכי תעמולה. הצדקה לכינון החזקה האמורה ניתן למצוא בעובדה שלנבחר ציבור מכהן עומדים כספים ייעודיים ששימוש בהם אינו נחשב לשימוש במשאבי דוגמת תקציב קשר לבוחר (תקציב הפעילות הפרלמנטרית), מימון מפלגות, שימוש בעוזריו וכיו"ב. לכן, כאמור לעיל, נחלשת ההצדקה לאפשר לו לעשות שימוש במשאבי ציבור כהגדרתם בסעיף 2א לחוק דרכי תעמולה במטרה לבצע תעמולה למען בחירתו מחדש. למותר לציין כי מדובר בחזקה הניתנת לסתירה. כאשר מדובר בפרסום אינפורמטיבי מובהק יש לקבוע כי החזקה נסתרה, והמדובר בפרסום שאינו בגדר תעמולה. כך, למשל, דומה שפרסום של שר התחבורה בעמוד הפייסבוק האישי שלו בתחילת החורף המזכיר לנהגים שהחל מהיום חלה חובה להדליק אורות גם במהלך היום הוא פרסום אינפורמטיבי "חזק", שגם אם נעשה על ידי משרד פרסום הממומן מכספי ציבור – אינו אסור. לעומת זאת, כאשר שר פלוני מציג הישג של משרדו או מבצע תעמולה ברורה בעמוד הפייסבוק האישי שלו תוך שימוש במשאבי ציבור – תחול החזקה, וניכר כי במקרים רבים יהיה זה מדובר בתעמולה אסורה המצדיקה מתן צו מניעה. החזקה המוצעת דרה בכפיפה אחת גם עם האיסור על כריכת שמו של נבחר הציבור בפרסומים הנעשים מכספים ציבוריים וגם עם קביעתו של כב' השופט מלצר במסגרת עניין רגב, על פי כאמור ככלל, אין לאפשר תשדירים בהשתתפות נבחר ציבור.

יצוין כי ועדת ביניש סברה אף היא כי את האיסור על שימוש במשאבי ציבור למען תעמולה יש להותיר במתכונתו,<sup>40</sup> וכן שיש להחילו, בדומה להיום, בכל עת ולא רק בתקופה הסמוכה לבחירות.<sup>41</sup> מדובר

<sup>38</sup> מאז שנת 1992 הבחירות לכנסת נערכות אחת ל-2.8 שנים בממוצע: עופר קניג "בחירות 2015 - תרשימים ונתונים" המכון הישראלי לדמוקרטיה 3.5.2015 [www.idi.org.il/articles/4349](http://www.idi.org.il/articles/4349). מבין המדינות המערביות, רק ביוון וביפן בחירות לפרלמנט נערך לעיתים תכופות יותר מאשר בישראל: עופר קניג ורון פרידברג "האם הכנסת מפזרת את עצמה לדעת?" פוליטיקה 22, 27 (2013) (להלן: קניג ופרידברג). מאז הכנסת ה-13 שנבחרה בשנת 1992, כיהנו בישראל 8 כנסות, בגינן נערכו 8 מערכות בחירות, כאשר אם הבחירות היו נערכות אחת לארבע שנים כפי שקבע חוק'יסוד: הכנסת, היו מכהנות בישראל באותה התקופה (1992-2016) 6 כנסות בלבד (שם, בעמ' 35; חוק התפזרות הכנסת השתיים-עשרה, התשנ"ב-1992).  
<sup>39</sup> עניין חופרי, לעיל ה"ש 10, פס' 30 להחלטתו של השופט גיבראן; עניין אלגון, לעיל ה"ש 12, בעמ' 3; עניין כהן, לעיל ה"ש 8, פס' 7 להחלטתו של השופט גיבראן; עניין מגן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 2; הנחיית היועמ"ש, לעיל ה"ש 11, פס' 4(ב).  
<sup>40</sup> דוח ביניש, לעיל ה"ש 27, בעמ' 24.  
<sup>41</sup> שם, בעמ' 13.

במסקנה מתבקשת, נוכח חשיבותו הייחודית של האיסור האמור, כמו גם הפגם הגלום בפעולה בניגוד אליו כמפורט לעיל.

#### ד. תעמולה באינטרנט

אין מחלוקת, כפי שנראה להלן, כי הזירה המרכזית שבה מתבצעת תעמולת בחירות בשנים האחרונות היא רשת האינטרנט. על רקע זה, שתיקת חוק דרכי התעמולה בכל הנוגע לתעמולה ברשת האינטרנט מציבה אתגרים מורכבים במיוחד. מצד אחד, ברי כי קיימת בעייתיות במתן "כרטיס פתוח" לתעמולה, ללא מגבלות, ברשת האינטרנט. ברם, נקל להבין כי החלת האיסורים, אחד לאחד, ברשת האינטרנט אינה אפשרית ואולי אף אינה ראויה במקרים מסוימים. בפרק זה נסביר מדוע שתיקת חוק דרכי תעמולה בקשר לתעמולה ברשת האינטרנט מהווה לעמדתנו לאקונה ולא הסדר שלילי. בהמשך נעמוד על ההבדל בין מגבלות כלליות מחוק דרכי התעמולה (שאין מניעה לעמדתנו להחילן גם ברשת האינטרנט) למגבלות החלות על מדיה ספציפית, דוגמת טלוויזיה או עיתונים (שהחלתן מורכבת יותר, ובהתאם תלויה נסיבות). לבסוף נציג את עמדת ועדת ביניש בנוגע לסוגיה זו.

#### הסדר שלילי או לאקונה?

חוק דרכי תעמולה אינו מתייחס מפורשות לתעמולה ברשת האינטרנט. אין להתפלא על כך, בהינתן שהחוק כאמור נחקק בשנת 1959. לעומת זאת, חוק דרכי תעמולה כולל איסורים רבים ביחס למדיות אחרות: מגבלות על תעמולה ברדיו (סעיפים 5, 15, 16 לחוק דרכי תעמולה); מגבלות על תעמולה בטלוויזיה (סעיפים 5 ו-15 לחוק); מגבלות על תעמולה בעיתונים (סעיף 10 לחוק); מגבלות על תעמולה בשלטים (סעיפים 10 ו-10 לחוק). משתיקתו של החוק בכל הנוגע לאינטרנט מחד גיסא, והכללתם של מדיות אחרות בצורה פרטנית מאידך גיסא, ניתן היה לטעון כי לפנינו הסדר שלילי, ולחוק דרכי תעמולה אין תחולה ביחס לתעמולה באינטרנט. כך סבר יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-16, המשנה לנשיא השופט חשין. בהחלטתו בעניין סיעת ש"ס, קבע השופט חשין כי "לשווא נחפש בחוק התעמולה הוראה האוסרת על תעמולת בחירות באינטרנט; לא תימצא לנו הוראה מעין-זו, לא הוראה מפורשת ולא הוראה מכללא".<sup>42</sup>

לעמדתנו, אין מניעה, ויש אף חובה, להחיל את המגבלות על תעמולה – בשינויים המתחייבים כמובן – גם על רשת האינטרנט. זאת בראש ובראשונה נוכח מרכזיותו של האינטרנט כמדיה שבה מתמודדים משתמשים כדי לפרסם תעמולה, מרכזיות שרק הולכת ומתגברת עם חלוף הזמן. בשנים האחרונות הקדישו המועמדים בבחירות שיעור ניכר מתקציבם לטובת פרסום תעמולה במדיה החברתית ובאינטרנט.<sup>43</sup> תקציבים שבאופן מסורתי הוקדשו לתעמולה בעיתונים, ברדיו ובטלוויזיה מופנים היום לרשת האינטרנט. למעשה, כיום, מרבית השיח הפוליטי, בשלל תצורות ודרכים, מתקיים במרחב

<sup>42</sup> תב"מ 16/01 סיעת ש"ס – התאחדות הספרדים העולמית שומרי תורה נ' סגן יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נח(3) 159, 162 (2001); וראו בנוסף: לוריא ואלטשולר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 26–29. להרחבה בעניין ההבדל בין הסדר שלילי ללאקונה, ראו: ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 113–114; עניין חרות, לעיל ה"ש 5, בעמ' 757–759; ע"א 167/47 מינקוביץ' נ' זלמן ואח', פ"ד ב 39, 43 (1949); רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289 (1998).  
<sup>43</sup> דוח ביניש, לעיל ה"ש 27, בעמ' 32.

הווירטואלי.<sup>44</sup> פרופ' נהון, שהייתה חברה בוועדת ביניש, וגב' ריבנאי בהיר כתבו סקירת רקע בעניין זה לטובת עבודת הוועדה. במאמרן עומדות נהון וריבנאי נהיר על הסיבות העיקריות שבגינן הפכה רשת האינטרנט לזירה הפוליטית המרכזית: (1) תופעת ה"אנטי-פוליטיקה", קרי – ירידת אמון הציבור בפוליטיקאים; (2) היחלשות מעמד המפלגות; (3) העובדה כי האזרחים מסתכלים בפועל על האינטרנט בתור מרחב פוליטי-תקשורתי; (4) העובדה כי האינטרנט מאפשר למתמודדים בבחירות לקיים דיאלוג ישיר עם בוחריהם, ללא מעורבות ועריכה של התקשורת; (5) ייעול העבודה הפרלמנטרית החקיקתית.<sup>45</sup> לכך יש להוסיף כי מעל לשישה וחצי מיליון ישראלים משתמשים באינטרנט.<sup>46</sup>

מציאות זו יוצרת מצב שאי-תחולת המגבלות הקבועות בחוק על האינטרנט יוביל למעשה ליצירת מרחב "חסין מביקורת" ולתוצאות אבסורדיות. כך, למשל, החוק מעניק סמכות לפסול, מטעמים שונים, כרזה מסוימת שמתמודד בבחירות מפרסם בטלוויזיה, בעיתונות, בשלטי חוצות וברדיו. ואולם, הגבלתה של אותה תעמולה אינה משרתת את תכליתה אם אותו מתמודד יוכל לפרסם בדיוק את אותה כרזה בעמוד הפייסבוק שלו, שגם כך נחשפים אליו הרבה יותר מצביעים מאשר לאותה תעמולה בכל מדיה אחרת.<sup>47</sup>

מרכזיותו של האינטרנט בתעמולה מחייב אפוא לגישתנו נקיטה בפרשנות מרחיבה להוראות החוק על מנת להחיל אותו, בשינויים המתחייבים, גם על האינטרנט. תורת הפרשנות התכליתית יוצאת מנקודת הנחה כי הדין הוא "דינמי", ולכן, על בית המשפט להתאים ככל הניתן את החוק למציאות החיים המשתנה.<sup>48</sup> וכך צריך לנהוג על פי גישתנו גם לגבי חוק דרכי תעמולה בכלל, וביחס לתחולתו על רשת האינטרנט בפרט. נביא להלן מספר רעיונות כיצד ניתן להחיל את המגבלות הקבועות בחוק דרכי תעמולה, גם במתכונתו הנוכחית, על רשת האינטרנט.

הדיון בפרק זה ייעשה תוך חלוקה גסה של המגבלות מחוק דרכי תעמולה לשתיים: (1) מגבלות כלליות אשר לא מתייחסות לאף פלטפורמת שידור; (2) מגבלות שחלות על מדיה מסוימת, דוגמת המגבלות בנוגע לתעמולה ברדיו, טלוויזיה, עיתונים ושלטי חוצות.

#### תחולה באינטרנט של המגבלות הכלליות מחוק דרכי תעמולה שאינן מאזכרות מדיה ספציפית

נתייחס תחילה למגבלות הכלליות מחוק דרכי תעמולה אשר אינן חלות על מדיה ספציפית. כך, למשל, החוק כאמור אוסר על תעמולה תוך שימוש במשאבי ציבור (סעיף 2א לחוק דרכי תעמולה); תעמולה תוך שימוש בילדים (סעיף 2ג לחוק); תעמולה תוך שימוש בצה"ל (סעיף 2ב לחוק); הפרעה בלתי-הוגנת

<sup>44</sup> קרין נהון ושירה ריבנאי בהיר "תעמולת בחירות בראי האינטרנט והרשתות החברתיות: חומר רקע לוועדת ביניש" (2016) Sharon Amir-Haleva & Karine Nahon, *Electoral Politics on Social Media: The Israeli Case*, in THE ROUTLEDGE COMPANION TO SOCIAL MEDIA AND POLITICS 471 (Eli Skogerbo et al. eds., 2016). (להלן: נהון וריבנאי); [http://ekarine.org/heb/wp-content/pubs/bhirot\\_and\\_SN.pdf](http://ekarine.org/heb/wp-content/pubs/bhirot_and_SN.pdf)

<sup>45</sup> נהון וריבנאי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 4.

<sup>46</sup> "בזק מפרסמת את דוח מצב האינטרנט בישראל לשנת 2017" (2017) [www.bezeq.co.il/gallerypress/27\\_11\\_2017](http://www.bezeq.co.il/gallerypress/27_11_2017).

<sup>47</sup> ראו הדיון בעניין זה במסגרת **דוח ביניש**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 32–33.

<sup>48</sup> אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 165–166 (1993) (להלן: ברק **פרשנות החקיקה**); ע"א 2622/01 מנהל מס מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309 (2002); ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1999); בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון נ' משטרת ישראל (פורסם בנבו, 8.10.2017).

לתעמולה (סעיף 13 לחוק) וכיו"ב. אין מניעה, גם בהתאם ללשון החוק, להחיל מגבלות אלה (ולמעשה, אף מתחייב נוכח ניסוחם הכללי כאמור) בצורה חוצת פלטפורמות, ובכלל זה גם על רשת האינטרנט.

בהתאם לגישה זו פעלו יושבי ראש ועדות הבחירות האחרונים, כולל הח"מ. כד, למשל, בפרשה הידועה בתור "הגנון של ביבי", הוגשה עתירה נגד סרטון בחירות של מפלגת הליכוד, שבו בוימו ילדים שנקראו ונחזו לראשי מפלגות אחרים, וראש הממשלה הופיע בסרטון כגננת המנסה להשליט סדר בילדים. הסרטון הופץ בידי מפלגת הליכוד ברשת האינטרנט.<sup>49</sup> סעיף 2ג לחוק דרכי תעמולה מורה כי "לא ישותף בתעמולת בחירות ילד שגילו מתחת לגיל 15". כפי שניתן לראות, האיסור מנוסח בצורה כללית, ללא שהוא מחיל עצמו על מדיה מסוימת. העתירה התקבלה תוך שנקבע כי האיסור, בין היתר נוכח ניסוחו הכללי של סעיף 2ג לחוק דרכי תעמולה, חל גם על האינטרנט.<sup>50</sup> גם הנשיאה נאור, בכהונתה כיושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, החילה איסור זה באינטרנט.<sup>51</sup> והמשנה לנשיאה רובינשטיין החיל את האיסור המקביל על שימוש בצה"ל לצורכי תעמולה ברשת האינטרנט.<sup>52</sup>

בתגובה לעתירה בעניין "הגנון של ביבי" טענו ראש הממשלה ומפלגת הליכוד כי הסרטון הופץ בטעות, ולכן אין ליתן צו מניעה בנסיבות העניין. טענה זו נדחתה בהחלטה, וזאת בין היתר נוכח העובדה כי הסרטון הופץ דווקא ברשת האינטרנט:

"אחרי כל אלה, נותר להכריע בשאלה האם יש בעובדה כי הסרטון הופץ בטעות כדי לשנות ממשקנתי. על כך אשיב בשלילה. זאת, בעיקר, נוכח המדיה שבו פורסם הסרטון: רשת האינטרנט. פעם קבעתי, בכובעי כשופט בבית המשפט העליון, כי בעבר 'לפגיעה בפרטיות הייתה תאריך תפוגה', בעוד שהיום, המידע נצרב לעד במרחב הווירטואלי... דברים אלה יפים, בשינויים המתחייבים, לענייננו זה.

הנזק בגין הפצה בטעות של סרטון בטלוויזיה או ברדיו ממוקד לאלה שצפו או שמעו את התעמולה האסורה. מנגד, לתעמולה שמופצת באינטרנט, בייחוד תוכן 'ויראלי' כדוגמת הסרטון נושא העתירות, נזק משמעותי ובלתי ניתן לאומדן. כאמור, הסרטון – נצרב באינטרנט וכמעט שבלתי אפשרי להסירו לחלוטין. בניגוד לסרטוני תעמולה בטלוויזיה וברדיו, בוחר שישקיע מאמץ מינימאלי בחיפוש פשוט במנוע החיפוש גוגל, יגיע מחר ואף בעוד שנים רבות לסרטון נושא העתירות. ואכן, חיפוש פשוט במנוע החיפוש גוגל מלמד כי הסרטון הועתק והוטמע בעשרות כתבות וכן מופיע במספר עותקים באתר שיתוף סרטוני הווידאו הגדול באינטרנט: YouTube. בהתאם, לא ניתן לייחס משקל לעובדה כי הסרטון הופץ עקב טעות".<sup>53</sup>

דברים אלה מדגימים יפה את החשיבות בהחלת האיסורים מחוק דרכי תעמולה גם ברשת האינטרנט. אם בעבר, כאמור, לפרסום מסוים הייתה חשיפה מוגבלת יחסית בזמן, הרי שסרטון או מאמר שמועלה לרשת האינטרנט, לרוב ייוותר שם לשנים ארוכות. מה גם, שברור שלסרטון שנפסל לשידור במדיה מסוימת, פוטנציאל להפוך לסרטון "ויראלי", שיועתק ויופץ באתרים רבים במרחב הווירטואלי. ניתן

<sup>49</sup> תב"כ 5/20 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 20.1.2015) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון).

<sup>50</sup> שם, פסי' 15–21 להחלטתו של השופט גיבוראן.

<sup>51</sup> תר"מ 12/19 אופיר נ' טפרמן (פורסם בנבו, 5.6.2012) (להלן: עניין אופיר).

<sup>52</sup> תב"כ 21/19 באלנס נ' רשימת הבית היהודי בראשות נפתלי בנט (פורסם בנבו, 8.1.2013); תב"כ 31/19 חבר הכנסת חסון נ' רשימת יש עתיד (פורסם בנבו, 16.1.2013).

<sup>53</sup> עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 19, פסי' 26–27 להחלטתו של השופט גיבוראן.

להניח בבטחה כי פסילת הסרטון "הגנון של ביבי" רק הוביל לכך שבוחר שלא נחשף בזמן אמת לסרטון ירצה לאחר פסילתו לצפות בו, וזאת ניתן בעשרות אתרים ברשת האינטרנט. ודוק, אם אותו סרטון היה משודר רק בטלוויזיה, הרי שמתן צו האוסר את שידורו בשנית היה מעלימו בצורה אפקטיבית הרבה יותר מהמרחב הציבורי. מאפיין זה של רשת האינטרנט מחדד את הצורך בהחלת המגבלות מהחוק, ככל שניתן, גם בפלטפורמה זו.

בדומה לכך, גם האיסור על שימוש במשאבי ציבור לצורכי תעמולה, הקבוע בסעיף 2א לחוק דרכי תעמולה, הוחל גם על רשת האינטרנט. כך, למשל, נקבע כי אתרי אינטרנט ודפי פייסבוק ממשלתיים או עירוניים שנעשה בהם שימוש כדי להביא מידע לציבור הם בגדר משאב ציבורי שאסור לקיים בהם תעמולה.<sup>54</sup> ודוק, אתרי אינטרנט ועמודי פייסבוק נהפכו לכלי מרכזי שבו עושה השלטון שימוש לטובת העברת מסרים למידע ולתקשורת וקשר בלתי-אמצעי עם אזרחים ובוחרים. כך, קיימים אתרי אינטרנט, היושבים על דומיין ממשלתי, לכל משרדי הממשלה ומרבית הרשויות המקומיות. נוסף לכך, משרדים ואגפים רבים ברשות המבצעת מחזיקים בעמוד פייסבוק רשמי, חלקם מנוהלים בידי אנשי מקצוע לעניין תוכן דיגיטלי, המקבלים משכורת מכספי ציבור. יש לזכור כי סעיף 2א לחוק דרכי תעמולה אוסר על שימוש במסגרת תעמולה בכספי ציבור, וכן בנכסים מוחשיים ובלתי-מוחשיים. ברי כי אתרי אינטרנט ועמודי פייסבוק ורשתות חבריים ממשלתיים ועירוניים מהווים נכס מעין זה, שתעמולה בו - בהתאם לסעיף - אסורה.

דוגמה מעניינת לכך ניתן למצוא בעניין רוזן.<sup>55</sup> בפרשה זו הפכה עיריית הוד השרון את עמוד הפייסבוק של העירייה לעמוד הפייסבוק הפרטי של ראש העיר, ואז פתחה עמוד פייסבוק חדש לעירייה. במסגרת הפיכת עמוד הפייסבוק של העירייה לעמוד הפייסבוק של ראש העיר "נדדו" עם העמוד גם 6,000 האנשים שעשו "לייק" לעמוד הפייסבוק של העירייה. אותם אנשים שעשו "לייק" לעמוד הפייסבוק של העירייה קיבלו לאחר ביצוע השינוי עדכונים על סטטוסים שפרסם ראש העיר במסגרת מסע הבחירות לראשות העיר. זאת חרף העובדה שעשו "לייק" לעמוד במטרה לקבל עדכונים אינפורמטיביים בדבר הנעשה בעיר, כפי שאכן נעשה בעמוד כשעוד היה עמוד הפייסבוק הרשמי של עיריית הוד השרון. העתירה שהוגשה בעניין זה נתקבלה, ונקבע כי מאגר 6,000 המנויים הוא בגדר משאב ציבורי, ולכן תעמולה בעמוד זה, שאליה נחשפים אותם 6,000 מנויים, אסורה.<sup>56</sup> בהקשר זה נקבע בהחלטה כי "אם 6,000 תושבים היו מוסרים לעירייה את כתובתם לשם קבלת חוברת מטעמה, וראש העירייה היה משתמש ברשימת תפוצה זו לשם משלוח תעמולת בחירות מטעמו, היה ניתן לטעון טענה דומה?" (היינו: שאין מדובר בתעמולה תוך שימוש במשאבי ציבור).

עוד מן הראוי לציין כי בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין האיסור על משאבי ציבור לצורכי תעמולה הובהר כי אתרי אינטרנט ועמודי פייסבוק ממשלתיים או עירוניים הם בבחינת משאב ציבורי.<sup>57</sup> זאת ועוד, במסגרת מסע הבחירות לכנסת ה-20, מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה הגישה בשם קצין הבחירות בצה"ל עתירה בנוגע לסרטון שהופץ באינטרנט שכלל שימוש בחיילי צה"ל לצורכי תעמולה.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> תר"מ 58/20 רשימת מהפך ברמה נ' ראש עיריית רמת השרון, פס' 18 להחלטתו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 7.8.2013); עניין כהן, לעיל ה"ש 8, פס' 7 להחלטתו של השופט ג'ובראן; תר"מ 12/20 אבן-זוהר נ' ראש עיריית ראשון לציון, פס' 14 להחלטתו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 12.6.2013).

<sup>55</sup> תר"מ 22/20 יו"ר סיעת "כיוון חדש" נ' ראש עיריית הוד השרון (פורסם בנבו, 15.7.2013).

<sup>56</sup> שם, פס' 12-17 להחלטתו של השופט ג'ובראן.

<sup>57</sup> הנחיית היועמ"ש, לעיל ה"ש 11, פס' 3.

<sup>58</sup> תב"כ 11/20 קצין הבחירות בצה"ל נ' מפלגת הבית היהודי (פורסם בנבו, 1.2.2015).

שני אלה מלמדים אותנו כי גם לעמדת המדינה, האיסורים הכלליים הקבועים בחוק דרכי תעמולה חלים גם על תעמולה ברשת האינטרנט.

כל אלה מלמדים אותנו כי חלק לא מבוטל מהמגבלות שבחוק דרכי תעמולה, אותן מגבלות כלליות, חלות גם ברשת האינטרנט.

### תחולה באינטרנט של המגבלות מחוק דרכי תעמולה אשר חלות על מדיה ספציפית

הדברים מורכבים יותר ביחס למגבלות מחוק דרכי תעמולה המחילות עצמן אך בנוגע למדיה ספציפית. הפרשנות התכליתית כמעט שמתבקשת כאשר עסקינן באיסור כללי, דוגמת האיסור על שימוש במשאבי ציבור לצורכי תעמולה. ואולם, האם ניתן להחיל על תעמולה באינטרנט מגבלות שבהתאם ללשון חלות אך על מודעות מודפסות בעיתונים, לשם הדוגמה? ויותר מכך: האם החלה זו, אשר מותחת את גבולותיו הלשוניים של החוק, ראויה?

לעמדתנו, התשובה לכך היא חיובית. אולם, החלת המגבלות אשר חלות על מדיה ספציפית באינטרנט צריכה להיעשות בצורה מדודה וזהירה בלבד, בשינויים מתחייבים. הסיבה לתחולה מדודה בלבד נובעת מהכלל שפגיעה בזכות אדם צריכה להתבסס על הסמכה מפורשת.<sup>59</sup> הטלת מגבלות על תעמולה, מעצם טבען וכמפורט לעיל, פוגעת בחופש הביטוי הפוליטי, וזאת בתקופת בחירות, תקופה שבה קיימת חשיבות מיוחדת לחופש הביטוי הפוליטי. לכן, חשוב כי המגבלות שהוטלו בחוק ביחס למדיה ספציפית יוטלו באינטרנט אך במשורה.<sup>60</sup>

המגבלה המרכזית שחלה על מדיה ספציפית ונכון לעמדתנו להחיל גם באינטרנט קבועה בסעיפים 10(א)(3) ו-10(ב)(5) לחוק דרכי תעמולה, ועל פיה "מודעה תישא את שמו ומענו של המדפיס שהדפיס אותה ושל האדם האחראי להזמנתה; ואם פעל אותו אדם מטעם סיעה, רשימת מועמדים, מועמד בבחירות מיוחדות לראש רשות מקומית או גוף אחר, תישא המודעה את שם הסיעה, רשימת המועמדים, המועמד או הגוף כאמור, או את האות או הכינוי של הסיעה או רשימת המועמדים". מגבלה זו ידועה בתור "חובת הזיהוי". התכלית של חובת הזיהוי ברורה:

- **ראשית**, עקרונית השקיפות וההגינות הן ערכי יסוד של שיטת משפטנו, ובפרט של המערכת הפוליטית.<sup>61</sup> ערכים אלה מצדיקים ואף מחייבים כי אדם המפרסם דבר מה, בדגש על פרסום המטיל רבב, יעשה זאת בעצמו ולא באופן אנונימי.<sup>62</sup> דברים אלה יפים במיוחד לתעמולת בחירות.

<sup>59</sup> בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); חגי קלעי וגיא רוח "לקראת המהפכה החוקתית השנייה - תפקידה של הכנסת בהליך החוקתי בעקבות בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) נ' ממשלת ישראל" **משפט ברשת: זכויות אדם – מבזקי הארות פסיקה** 36, 4 (2014) [din-online.info/pdf/ham36-3.pdf](http://din-online.info/pdf/ham36-3.pdf); בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479 (2010); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008); בג"ץ 1800/07 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה** (פורסם בנבו, 7.10.2008); דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך א 122–125 (2010).

<sup>60</sup> כן יצוין כי חלק מהמגבלות המחילות עצמן על מדיה ספציפית כלל אינן רלוונטיות לרשת האינטרנט. למשל, ס' 10(א)(1) לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: חוק הבחירות) קובע כי מודעת בחירות הנתלת במרחב הציבורי "לא תהא גדולה מ-50 על 70 סנטימטר". בדומה, ס' 10(2)(1) לחוק הבחירות קובע כי מודעת בחירות בעיתון "לא תהא גדולה מ-40 אינץ'". מגבלות דומות חלות גם ביחס לשלטים בהתאם לס' 10 לחוק הבחירות. למותר לציין כי מגבלות אלה אינן רלוונטיות לתעמולה באינטרנט.

<sup>61</sup> בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל**, פס" 95–101 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 2.7.2014); בג"ץ 1601/90 **שליט נ' חבר הכנסת פרס**, פ"ד מד(3) 353, 360–361 (1990); בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14 (2004).

<sup>62</sup> תר"מ 80/20 **חבר מועצת עיריית שדרות נ' ראש עיריית שדרות**, פס" 3 להחלטתו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 1.9.2013); לוריא ואלטשולר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 64–65.



שכן, ברור כי מרבית התעמולה שהמתמודדים יחפצו שתהא לא מזוהה, היא תעמולה שלילית, היוצאת נגד יריביהם הפוליטיים של המפרסם. בהתאם, תעמולה נגטיבית המתיימרת להטיל רבב באדם, מן הראוי שתיעשה בצורה גלויה ולא אנונימית.

- שנית, ניתן להניח בבטחה כי חובת הזיהוי מובילה להפחתתה של התעמולה הנגטיבית. שהרי ברור כי חלק מהבוחרים אינם רואים בעין יפה מתמודד המטיל רפש ומכפיש מתמודד אחר. על מנת להימנע מאפקט שלילי זה ונוכח חובת הזיהוי של מודעות המתקפה הפוליטיות, מתמודדים יחשבו פעמיים בטרם פתיחה בקמפיין בחירות שלילי.

- שלישית, עובדה ידועה היא כי הבטחה במסגרת מסע בחירות פוליטי אינה מחייבת את הפוליטיקאים.<sup>63</sup> ולכן, הבוחרים רגילים לקחת "בעירבון מוגבל" תעמולה מטעם מתמודדים בבחירות. על רקע זה, תעמולה שאינה מזוהה יכולה ליצור מצג כי המסר שביסודה מוגש מטעם גוף שאינו מתמודד בבחירות, וגדל הסיכוי שהמסר ייתפס כאובייקטיבי. לכן, לתעמולה בלתי-מזוהה יש פוטנציאל להטעות את הבוחר הסביר, שייחס לפרסום אמינות גבוהה יחסית.<sup>64</sup>

חובת הזיהוי היא חובה בעלת חשיבות רבה. חובה זו מצויה בחוק דרכי תעמולה מיום חקיקתו. על חשיבות החובה עמד חבר הכנסת עזרא איכילוב בדיונים בכנסת לקראת חקיקת חוק דרכי תעמולה:

"אחד הסעיפים החשובים בהצעת החוק הוא ביטול האנונימיות. הצעת החוק מחייבת לחתום בשם על כל פרסום... מי שירצה לבדר או לכתוב נגד מישהו, יצטרך לזהות את עצמו. יש בזה הישג חינוכי ומוסרי רב. לא רק שזה ימנע השמצות וכו', אלא שזה יעמיד את הדוברים כאחראים למה שהם אומרים".<sup>65</sup>

בהינתן חשיבותה של חובת הזיהוי ובשים לב לכך שכאמור מרבית התעמולה מתבצעת היום ברשת האינטרנט, ברורה לכול החשיבות שבהחלתה ברשת האינטרנט. ואולם, חובת הזיהוי חלה כאמור בצורה פרטנית על מודעות בחוצות ובעיתונים בלבד. בהינתן זאת, האם אפשרי בראי עיקרון החוקיות להחיל חובה חשובה זו על מודעות המפורסמות באינטרנט?

סוגיה זו עמדה לבחינה במסגרת עניין תנועת הליכוד, המכונה גם "פרשת 15V". בפרשה זו, העלתה מפלגת הליכוד טענות בגנותו של קמפיין של ארגון "ניצחון 15V" ועמותת "מולד – המכרז להתחדשות הדמוקרטיה בע"מ". ארגונים אלה קיימו תעמולה במהלך מסע הבחירות לכנסת ה-20 שלא התבצעה לטובת מפלגה מסוימת אלא לטובת החלפת השלטון. בעתירה העלתה מפלגת הליכוד מספר רב של טענות שרובן התרכזו בעת הגשת העתירה בעיקר בסוגיית מימון מפלגות. מרבית העניינים בקשר עם מימון מפלגות אינן מצויות בסמכותו של יו"ר ועדת הבחירות המרכזית אלא בסמכותו של מבקר המדינה, ולכן מרבית העתירה נדחתה בהיעדר סמכות.<sup>66</sup> טענה נוספת שהעלתה מפלגת הליכוד, והיא זו שנדונה לגופה בהחלטה, הייתה כי יש חובה כי המודעות של הארגונים, המופצים גם ובעיקר באמצעות האינטרנט, יזוהו וישויכו למפלגות המחנה הציוני, התנועה ומרצ.

<sup>63</sup> בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991).

<sup>64</sup> תב"כ 8/20 תנועת הליכוד נ' מפלגת העבודה הישראלית, פסי' 41 להחלטתו של השופט גיבוראן (פורסם בפדאור, 22.2.2015).

(להלן: עניין תנועת הליכוד).

<sup>65</sup> ד"כ 27, 2256 (התשי"ט).

<sup>66</sup> עניין תנועת הליכוד, לעיל הי"ש 64, פסי' 10-21 להחלטתו של השופט גיבוראן.

לגוף הדברים, הטענה נדחתה כיוון שלא הוכחה זיקה בין הארגונים לבין המפלגות המשיבות. אולם לענייננו חשוב הדיון בתחולתו של חובת הזיהוי ברשת האינטרנט. היועץ המשפטי לממשלה התנגד להחלת חובת הזיהוי באינטרנט, בהעדר הסמכה מפורשת לכך בחוק. לעמדת היועץ, תחולתה של חובת הזיהוי בצורה פוזיטיבית לעניין מודעות בחירות בחוצות ובעיתונים בלבד מלמדת על הסדר שלילי לעניין תחולה בכל פלטפורמה אחרת, ובכלל זה ברשת האינטרנט. עוד טען היועץ המשפטי לממשלה כי החלת האיסור ברשת האינטרנט מעלה שאלות רבות, דוגמת האם האיסור יוחל גם ברשתות החברתיות וכיו"ב.<sup>67</sup>

ואולם, בהכרעה בעתירה קבע הח"מ כי חובת הזיהוי חלה גם על מודעות באינטרנט. זאת ממגוון סיבות שפורטו לעיל, למשל: תכליתו וחשיבותו של האיסור, היפים באותה מידה גם למודעות בחירות באינטרנט; החשיבות במתן סמכות רחבה ליו"ר ועדת הבחירות להכריע בסוגיות הקשורות בתעמולה (על כך יפורט בהרחבה בהמשך המאמר בדיון בנוגע למגבלות על תוכן תעמולה); מרכזיותה של התעמולה באינטרנט, כך שאי-תחולת חובת הזיהוי תוביל ליצירת דין שונה לאותה תעמולה בנוגע לפלטפורמות שונות, ועוד.<sup>68</sup> עוד צוין כי בסוגיה זו כבר הכריע המשנה לנשיאה השופט רובינשטיין, אשר קבע באופן פוזיטיבי במספר החלטות כי חובת הזיהוי חלה גם על מודעות באינטרנט.<sup>69</sup> כמו במקרים רבים, בוודאי בדיני התעמולה, הסיבה העיקרית שבגינה הוחלה חובת הזיהוי על מודעות בחירות באינטרנט היא השכל הישר. וכך נקבע לעניין זה במסגרת ההכרעה:

"האם קיימת הצדקה שעקרונות השקיפות וההגינות ייעדרו לחלוטין ולא יקבלו כל ביטוי ברשת האינטרנט? ומדוע שנותיר את המרחב הווירטואלי חשוף, כזירת התגוששות ללא כל מגבלות, בבחינת 'מערב פרוע'? דברים אלו יפים במיוחד ביחס לחובת הזיהוי במודעות בחירות. הרי, אין המדובר בקניית סמכות 'יש מאין' בלא כל אחיזה באיסורים הקבועים בחוק הבחירות, אלא, בהתאמתו של איסור ספציפי מחוק ארכאי (שנחקק בשנת 1959) למציאות הקיימת".<sup>70</sup>

בדומה לכך, המשנה לנשיאה רובינשטיין ציין, במסגרת עניין הבית היהודי, כי "על פניו איני רואה טעם, מבחינת תכלית החוק והשכל הישר, שלא להחילו [את חובת הזיהוי] על פרסומי מודעות באינטרנט".<sup>71</sup> נחזור רגע לתכליתם של דיני התעמולה בכלל וחובת הזיהוי בפרט. דיני התעמולה מבקשים לפגוע בצורה מינימלית ככל הניתן בחופש הביטוי הפוליטי בתקופת בחירות, וזאת תוך שמירה על מספר אינטרסים וזכויות, ובפרט עקרון השוויון בין המתמודדים וטוהר הבחירות. חובת הזיהוי מבקשת לוודא כי התעמולה מצד המתמודדים בבחירות תהיה תעמולה מזוהה, כך שהבוחרים לא יוטעו ויימנעו קמפיינים שליליים הנעשים מהמחשכים. דומה כי תכליות דיני התעמולה וחובת הזיהוי אינן מוגשמות באמצעות מתן "כרטיס חופשי" למתמודדים לבצע תעמולה שלילית, בצורה בלתי-מזוהה, בפלטפורמה המרכזית המשמשת אותם להעברת מסריהם ויצירת קשר עם הבוחרים – רשת האינטרנט. אדרבה, דומה כי

<sup>67</sup> שם, פסי' 25–26 להחלטתו של השופט גיבוראן.

<sup>68</sup> שם, פסי' 22–38 להחלטתו של השופט גיבוראן.

<sup>69</sup> תב"כ 16/19 רשימת הבית היהודי בראשות נפתלי בנט נ' רשימת הליכוד ביתנו לכנסת ה-19 (פורסם בנבו, 3.1.2013) (להלן: עניין הבית היהודי); תב"כ 43/19 רשימת הליכוד ישראל ביתנו בהנהגת בנימין נ' רשימת הבית היהודי בראשות נפתלי בנט (פורסם בנבו, 18.1.2013); תב"כ 25/19 הליכוד תנועה לאומית ליברלית נ' אתר האינטרנט "ליכודניק" (פורסם בנבו, 13.1.2013).

<sup>70</sup> עניין תנועת הליכוד, לעיל הי"ש 64, פסי' 34 להחלטתו של השופט גיבוראן.

<sup>71</sup> עניין הבית היהודי, לעיל הי"ש 69, פסי' ה להחלטתו של השופט רובינשטיין.

החלת חובת הזיהוי כן תשרת תכליות אלה – השוויון יישמר בכך שכל המודעות יהיו מזוהות, טוהר הבחירות יישמר בכך שתימנע הטעיה של בוחרים ותכליות חובת הזיהוי יתמלאו כמובן במלואן.

תכלית הדין מחייבת אפוא את החלתה של חובת הזיהוי על האינטרנט. נותרנו אך עם השאלה מהי "נקודת האחיזה" הלשונית בחוק דרכי תעמולה המאפשרת זאת. לעניין זה, לעמדתנו, קיימות שתי אפשרויות – "נקודות אחיזה", המאפשרות את החלת חובת הזיהוי על מודעות בחירות באינטרנט:

(1) סעיף 13 לחוק דרכי תעמולה, שכותרתו "איסור הפרעה", קובע כי "לא תהא תעמולת בחירות מטעם מפלגה או רשימת מועמדים אחת או למענה בצורה או בדרך שיש בהם משום הפרעה בלתי הוגנת של תעמולת בחירות מטעם מפלגה או רשימת מועמדים אחרת או למענה". מדובר באיסור כללי שאינו מזכיר מדיה מסוימת, ולכן אין מניעה להחילו גם ברשת האינטרנט. יושבי ראש ועדת הבחירות המרכזית עושים תדיר שימוש באיסור זה כדי למנוע פרסומה של תעמולה שיש בה כדי להטעות בוחרים.<sup>72</sup> כאמור, חלק מתכליתה של חובת הזיהוי היא למנוע הטעיה של בוחרים. פועל יוצא מכך הוא שניתן מכוח סעיף 13 לחוק דרכי תעמולה לחייב מתמודדים כי מודעות הבחירות שלהם יהיו מזוהות, ונוכח ניסוחו הכללי של האיסור, בכל פלטפורמה, כולל באינטרנט.

יחד עם זאת, מסלול פרשני זה יכול לעורר בעיות נוכח העובדה שחובת הזיהוי מצוינת בצורה מפורשת כאמור במסגרת איסור אחר בחוק דרכי תעמולה. לכן, החלת האיסור יכולה להיתפס כהעדפתו של דין כללי על פני דין ספציפי.

(2) ואולם, קיימת גם אפשרות להחיל את חובת הזיהוי באמצעות האיסור הספציפי מחוק דרכי תעמולה. כיצד? סעיף 10 לחוק דרכי תעמולה כאמור קובע מגבלות, וביניהם חובת זיהוי, ביחס ל"מודעות מודפסות" אשר "מוצגות ברבים" או "מתפרסמות בעיתונים". ודוק, פרשנות תכליתית, אומנם מרחיבה אך לעמדת הכותבים בהחלט אפשרית, של המונח "עיתונים" היא כי המונח חל גם על רשת האינטרנט.<sup>73</sup> שהרי התוכן המפורסם ברשת האינטרנט, בדגש על האתרים והעמודים המפרסמים תעמולה, ניתן לצפייה. העמוד הראשי באתר אינטרנט דומה לתוכן עניינים של עיתון, והגלילה לאורך כתבה מסוימת דומה לעלעול בעיתון. אומנם מדובר בפרשנות מעט דחוקה, אולם אך בהחלט אפשרית לעמדת הכותבים.

יותר מכך, פרשנות זו הגיונית במיוחד ביחס לאתרי החדשות מרכזיים השייכים לעיתונים מודפסים או לערוצי החדשות באינטרנט. עמודי אינטרנט דוגמת Ynet, שבבעלות ידיעות אחרונות; מאקו, שבבעלות ערוץ 2; אתר האינטרנט של עיתון "הארץ"; וכיו"ב – מתפקדים במובנים רבים בתור חלק אינטגרלי של עיתון מודפס או מהדורת חדשות המשודרת בטלוויזיה. ונזכיר, על פי דיני הפרשנות המקובלים, "באמצעות תהליך דינאמי ומתמשך של פרשנות, ניתן בכל נקודת זמן מובן עכשווי

<sup>72</sup> תר"מ 63/20 צור נ' סיעת הצעירים בלב לטובת ביאליק (פורסם בנבו, 14.8.2013) (להלן: עניין צור); תר"מ 94/20 ראש עיריית נתניה נ' פרידריך (פורסם בפדאור, 9.9.2013) (להלן: עניין פיירברג); תר"מ 167/03 לוי נ' אסרף (פורסם בנבו, 27.10.2003); תר"מ 139/18 ברזילי נ' שאמה (פורסם בנבו, 5.11.2001).

<sup>73</sup> ירום שגן ויוסף ברדוד "האם ניתן וראוי להחיל את החובה לפרסם "תווית מידע" לפי חוק הבחירות (דרכי תעמולה) גם על האינטרנט? – דיון בעקבות תב"כ 16/19 הבית היהודי נ' הליכוד ביתנו" הארת דין ח 117 (2015) [weblaw.haifa.ac.il/he/Journals/lawatch1/lawatchF/gilionI/%D7%92%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%9F%D7%20%D7%97%D7%95%D7%A9%D7%92%D7%9F.pdf](http://weblaw.haifa.ac.il/he/Journals/lawatch1/lawatchF/gilionI/%D7%92%D7%99%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%9F%D7%20%D7%97%D7%95%D7%A9%D7%92%D7%9F.pdf)

ללשונו של חוק ישן. כך מצטמצם הפער בין החוק לבין המציאות".<sup>74</sup> התייחסות לעמודים אלה בתור "עיתונים", ביחס לחוק ארכאי משנת 1959, אפשרית בהתאם.

אם כן, החלת חובת הזיהוי על מודעות בחירות באינטרנט אפשרית. יחד עם זאת, בהחלטה בעניין תנועת הליכוד הובהר כי החלת החובה תהא מסויגת ומדודה, וכי ראוי כי גבולותיה של חובת הזיהוי במודעות באינטרנט יתפתחו בפסיקותיהם של יושבי ראש ועדת הבחירות המרכזית. זאת נקבע, כאמור, בהינתן הקושי המובנה בהטלת מגבלה על זכות יסוד בהעדר הסמכה מפורשת לחלוטין. בהחלטה עצמה בעניין תנועת הליכוד לא הוכרע האופן שבו חובת הזיהוי תוחל, זאת כיוון שלגופם של דברים העתירה נדחתה כאמור. אולם, צוין מעבר לצורך כי קיימת הצדקה חזקה יותר להחלת חובת הזיהוי על פרסומים באתרי חדשות מרכזיים, לעומת מודעות בעמודי פייסבוק של בוחרים "רגילים" או באתרי אינטרנט שוליים.<sup>75</sup> גישה זו מתיישבת כאמור עם החלת האיסור באמצעות פרשנות תכליתית למושג "עיתונים", פרשנות שמעצם טבעה טבעית ו"קלה יותר לעיכול" ביחס לאתרי חדשות מרכזיים השייכים לגוף תקשורת "מסורתית". גישה זו גם עוזרת לאיין את הבעייתיות שציין היועץ המשפטי לממשלה בעמדתנו בעתירה בעניין תנועת הליכוד, ועל פיה החלת חובת הזיהוי ברשת האינטרנט יוצרת בעיות פרקטיות שונות.

עד כאן לעניין הדין הקיים. כפי שניתן לראות, העובדה כי החוק מיושן ונחקק לפני יותר מיובל שנים מציבה אתגרים וקשיים רבים. עם זאת, לעמדתנו, כל עוד החוק נותר במתכונתו הנוכחית, יש לשאוף להתאימו לעת הנוכחית, ובמסגרת זאת למצוא דרכים להחיל את המגבלות, ככל שניתן ובשינויים המתחייבים, גם ברשת האינטרנט. האמור לעיל הוא בבחינת דוגמה להחלה מעין זו.

### מסקנות ועדת ביניש

כאשר אנו עוסקים בפרשנותו של הדין הקיים (והמיושן) אנו נדרשים למהלכים משפטיים יצירתיים על מנת לקבוע תחולה של המגבלות שבחוק דרכי תעמולה ברשת האינטרנט. עם זאת, ברור שכשעוסקים בדין הרצוי מבחינה נורמטיבית יש להחיל את המגבלות המהותיות מדיני התעמולה בכל פלטפורמה, בוודאי בזאת המרכזית בשנים האחרונות להפצת תעמולה פוליטית – רשת האינטרנט, בשינויים המחויבים.

ואכן, העיקרון המנחה של מסקנות הוועדה הוא כי יש להחיל לגבי תעמולת הבחירות באינטרנט, ככל שניתן, כללים זהים לאלה החלים בכל מדיה אחרת. עוד אימצה הוועדה את עמדתו של הח"מ ויושבי ראש קודמים של ועדת הבחירות המרכזית וקבעה כי האיסורים הכלליים שבדין, דוגמת האיסור על שימוש במשאבי ציבור או בצה"ל לצרכי תעמולה, יחולו גם באינטרנט.<sup>76</sup> לעומת זה, נקבע כי הוראות שקבעה הוועדה ביחס למדיה ספציפית יחולו רק בה, דוגמת ההסדר שנקבע לגבי שידור "פרסומות בחירות" בטלוויזיה (הסדר שאמור להחליף, אם יתקבל, את שידורי התעמולה הנהוגים כיום). הכותבים מסכימים עם גישה זו, שכן לאחר ביצוע רפורמה מקיפה בדין הקיים, הגיוני שיצטמצם (לפחות בשנים הקרובות לכינונו) מתחם הפרשנות התכליתית. ודוק, החלת המגבלות על רשת האינטרנט בהתאם לחוק דרכי תעמולה אפשרית בעיקר נוכח העובדה שאין מחלוקת כי תעמולה באינטרנט כלל לא נשקלה, מטבע

<sup>74</sup> ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 35 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 14.5.2012).

<sup>75</sup> עניין תנועת הליכוד, לעיל ה"ש 64, פס' 10–21 להחלטתו של השופט גיזבראן.  
<sup>76</sup> דוח ביניש, לעיל ה"ש 27, בעמ' 33; וראו גם: לוריא ואלטשולר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 30.

הדברים, בעת חקיקת החוק. דברים אלה מן הסתם פחות רלוונטיים למסקנות ועדת ביניש, שהתייחסו בצורה מפורשת לתעמולה באינטרנט.

עוד מעניין לציין כי ועדת ביניש המליצה כי סעיף המטרה של חוק התעמולה החדש יקבע כי מטרתו של החוק, בין היתר, היא לוודא כי תעמולת הבחירות "תנוהל בהגינות ושקיפות".<sup>77</sup> עוד המליצה הוועדה כי חובת הזיהוי תחול בכל פלטפורמה, כולל ברשת האינטרנט, בדומה להכרעה במסגרת עניין תנועת הליכוד.<sup>78</sup> לבסוף לעניין זה, הוועדה המליצה כי יתר המגבלות החלות על מודעות בחירות, ובכלל זה החובה להקצאה שוויונית של שטחי הפרסום, יחולו על עשרת אתרי החדשות הישראליים המרכזיים באינטרנט. זאת כיוון ש"הוועדה סבורה כי אין הבדל מהותי בין אתרי חדשות אלה לבין עיתונים מודפסים המופצים לציבור, ועל כן ראוי להכלילם במסגרת ההסדר שבחוק".<sup>79</sup> מדובר, לעמדת הכותבים, בהסדר ראוי ביותר.

#### ה. התערבות בתוכן תעמולה

מרבית המגבלות מחוק דרכי תעמולה הן מגבלות צורניות ולמצער מגבלות שאינן נוגעות לתוכן התעמולה: שימוש באותיות של רשימות בתעמולה (סעיף 7 לחוק דרכי תעמולה); מגבלות על מספרן וגודלן של מודעות בחירות בשלטים ועיתונים (סעיפים 10-10ב לחוק); האיסור על תעמולה תוך מופעי בידור וחלוקת מתנות או כיבוד (סעיף 8 לחוק); האיסור על תעמולה תוך שימוש במשאבי ציבור (סעיף 2א לחוק); וכיו"ב. לעומת זה, קיימות מספר מגבלות העוסקות בתוכן התעמולה המנויות בחוק. המגבלה המרכזית בחוק דרכי תעמולה העוסקת בתוכן תעמולה היא זו הקבועה בסעיף 15א(ד) לחוק, המעניקה סמכות אישור ליושב ראש הוועדה ביחס לתשדירי התעמולה המשודרים בערוצי הטלוויזיה בשבועיים שלפני יום הבחירות. סמכות אישור ובצידה, כמובן, סמכות פסילה. ופסילה של מה? של תעמולה הפוגעת באינטרסים דוגמת שלום הציבור, ביטחון המדינה, ובעלת תוכן גזעני או מסית לאלימות. כך פורשה סמכות זו של היושב ראש בצורה עקבית לאורך השנים.<sup>80</sup> נוסף לכך, כאמור, סעיף 13 לחוק אוסר על תעמולה מטעם מפלגה פלונית המהווה הפרעה לתעמולה של מפלגה אלמונית. סעיף זה פורש ככולל בתוכו איסור על תעמולה מטעם.<sup>81</sup> האיסור האמור עוסק בעיקר בהטעיה צורנית – לדוגמה, מקרה שבו מועמד פלוני עושה שימוש באותיות או בשמה של רשימה כאילו השניים מתמודדים ביחד, כאשר בפועל אין כך המצב.<sup>82</sup> ואולם, ניתן באופן עקרוני במקרים חריגים לאסור על תעמולה המטעה במובנה המהותי.<sup>83</sup> כך, למשל, דומה כי אם מפלגה מסוימת תפרסם מודעת בחירות שייכתב בה כי מפלגה מסוימת היא מפלגה שוביניסטית, שכן אין ברשימת מועמדיה בבחירות ולו אישה אחת, כאשר בפועל באותה רשימה יהיו נשים, יהיה ניתן (ונכון) לפסול את התעמולה נוכח הטעיה במובנה המהותי. ציון כי בעוד המגבלות הצורניות ואלה שאינן מהותיות נבחנות בהתאם למבחן הדומיננטיות, יושבי

<sup>77</sup> שם, בעמ' 21–23.

<sup>78</sup> שם, בעמ' 25.

<sup>79</sup> שם, בעמ' 37.

<sup>80</sup> עניין **חרות**, לעיל ה"ש 5; בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(2) 62 (2003); בג"ץ 236/13 **עוצמה לישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת** (פורסם בנבו, 15.1.2013). (להלן: **עניין עוצמה לישראל**); דיון נוסף **שארלי הבדו**, לעיל ה"ש 4.

<sup>81</sup> עניין **צור**, לעיל ה"ש 72.

<sup>82</sup> עניין **פירברג**, לעיל ה"ש 72.

<sup>83</sup> תב"כ 9/19 **חבר הכנסת אייכלר נ' מפלגת קדימה** (פורסם בנבו, 26.12.2012). (להלן: **עניין אייכלר**); והשוו לתב"כ 18/20 **הליכוד – תנועה לאומית ליברלית נ' רשימת המחנה הציוני בראשות יצחק הרצוג וציפי לבני** (פורסם בנבו, 16.2.2015). (להלן: **עניין הליכוד**).

הראש ובית המשפט העליון הכריעו כי המגבלות המהותיות ייבחנו בהתאם לאיזון אנכי של ודאות קרובה.<sup>84</sup> הסיבה לכך היא שהתערבות בתוכן התעמולה, במובחן מצורתה, מעמיד פגיעה קשה יותר במתמודדים בבחירות ובחופש הביטוי הפוליטי שלהם. ולכן, מוצדק לנקוט במבחן המבכר את חופש הביטוי על פני האינטרס שבשמו המגבלה המהותית הוטלה.

ומה בקשר להטלת מגבלות מהותיות מכוח איסורים כלליים שבדין שאינם מנויים בחוק דרכי תעמולה? סעיף 17ב לחוק דרכי תעמולה, שכותרתו "צו מניעה", קובע כי בסמכותו של יושב הראש הוועדה לתת צווי מניעה המונעים ביצוע תעמולה בניגוד לאיסורים הקבועים בחוק דרכי תעמולה וחוקים נוספים שעניינם בבחירות. ואולם, מה אם מפלגה מסוימת פותחת בקמפיין הכולל תעמולה גזענית, למשל קמפיין המעודד את בוחריה לנקוט באלימות כלפי מבקשי מקלט? ליושב ראש סמכות לפסול תעמולה מעין זו במסגרת תשדירי התעמולה, נוכח האיסור המפורש הקבוע בסעיף 15א(ד) לחוק דרכי תעמולה. ואולם, מה עם מודעות מעין אלה מפורסמות בשלטי חוצות או באינטרנט?

סוגיה זו דומה לשאלה שנדונה לעיל בהרחבה, אם ניתן להחיל את האיסורים מחוק דרכי תעמולה החלים על מדיה ספציפית ברשת האינטרנט. אולם הסוגיה הנדונה עתה מורכבת יותר. שכן ברור כי החלת חובת זיהוי על מודעות בחירות באינטרנט "קלה" יותר מאשר הטלת מגבלות מהותיות על תוכנה של תעמולה. זאת ועוד, יש גם לזכור כי גם כך סמכות פסילתם של תשדירי תעמולה היא סמכות שיש להפעיל במשורה, בהתאם למבחן הוודאות הקרובה. ולכן, הטלת מגבלות על תוכן תעמולה שלא מכוח אחד מהאיסורים המפורשים בדיני התעמולה מעוררת קושי גדול במיוחד נוכח עיקרון החוקיות.

לעומת זה, קיימים טעמים חזקים מאוד המצדיקים תחולה מעין זו בדיוק (ועל חלקם כבר עמדנו בקשר לתחולת המגבלות באינטרנט).

ראשית, כמפורט לעיל, קביעה כי אין סמכות מעין זו תוביל לתוצאות בלתי-מתקבלות על הדעת, שעל פיהן מודעה מסוימת תיפסל לשידור בטלוויזיה ויהיה ניתן להציגה בפלטפורמות אחרות. מטעם זה נקבע בפרשת **חרות** כי יש לקבוע כי ליושב הראש סמכות מקבילה לפסול תשדירים גם ברדיו. "אין כל טעם סביר למצב דברים שבו על שידורי תעמולת הבחירות ברדיו אין כל פיקוח ואין כל רסן".<sup>85</sup> ואם ניתן להחיל את סמכות ההתערבות של יושב הראש בתוכן תעמולה על תשדירים מרדיו, מכוח היקש לסמכות המקבילה לפסילת תשדירי התעמולה בטלוויזיה, אין כל היגיון לעצור שם ולא להחיל סמכות זו על תעמולה בכל פלטפורמה.

בהתאם לכך, המשנה לנשיאה רובינשטיין קבע, תוך שהוא פוסל תעמולה גזענית בשלטים על אוטובוסים, כי "אין כל טעם מהותי להבחין בין שידורי בחירות בטלוויזיה, שידורי בחירות ברדיו ופרסומי חוצות. האם ניתן להעלות על הדעת סיטואציה בה תוכן כזה או אחר ייאסר לשידור בטלוויזיה מחמת שהוא נושא מסרים גזעניים, אך ניתן יהיה לפרסמו ברבים באופן אחר?".<sup>86</sup> גם הח"מ, בהתאם לכך, סבר כי יש לפסול תעמולה גזענית שפורסמה באינטרנט ובשלטי חוצות.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> עניין **חרות**, לעיל ה"ש 5 (לעניין סמכותו של יושב ראש ועדת הבחירות לפסול תשדירי תעמולה); עניין **צור**, לעיל ה"ש 72; עניין **אייכלר**, לעיל ה"ש 72 (לעניין סמכותו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לפסול תעמולה מטעה).

<sup>85</sup> עניין **חרות**, לעיל ה"ש 5, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק.

<sup>86</sup> תב"כ 2/19 **עוצמה לישראל נ' פרנקנטלר**, פס' יא להחלטתו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.12.2012) (להלן: עניין **פרנקנטלר**).

<sup>87</sup> תר"מ 177/20 **חבר הכנסת ברלב נ' נוימרק** (פורסם בנבו, 17.10.2013) (להלן: עניין **בר-לב**).

שנית, לוועדת הבחירות סמכות לפסול מועמדים ורשימות מלהתמודד בבחירות לכנסת אם נמצא שהם מסיתים לאלימות או לגזענות או שהם שוללים את קיומה של מדינת ישראל כמדינת יהודית או דמוקרטית.<sup>88</sup> בדומה לכך, ליושב ראש ועדת הבחירות סמכות, בהתייעצות עם סגניו, לפסול מועמדים מטעמים זהים בבחירות לרשויות המקומיות.<sup>89</sup> למותר לציין כי הקביעה אם מתמודד מסוים מסית לאלימות או לגזענות יכולה להילמד מהתעמולה הפוליטית שהוא מפרסם. ודוק, ברור כי פסילת מועמד בכלל מלהתמודד בבחירות משמעותית ועמוקה מאות מונים מפסילת חומרי התעמולה שהוא מפרסם (כאשר פסילתו מלהתמודד יכולה להתבסס על התעמולה עצמה). כך נקבע לעניין זה במסגרת עניין בר-לב:

"אני מתקשה למצוא טעם לעובדה כי המחוקק בחר להעניק סמכות כה משמעותית, לפסול רשימת מועמדים, אשר טומנת בחובה פגיעה אנושה בזכויות החוקתיות להיבחר ולבחור, בידי יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, ובחר מנגד שלא להעניק לו סמכות דומה בגין פרסומים גזעניים, שהשפעתם על זכויותיהם של המשיבים – פחותה".<sup>90</sup>

שלישית, כאמור לעיל, תורת הפרשנות התכליתית מאפשרת (ואף מחייבת במקרים מסוימים) נקיטה בפרשנות אובייקטיבית במטרה להתאים חוקים ארכאיים לעת הנוכחית. בפרשת **עוצמה לישראל** ציין הנשיא גרוניס כי "יש מקום לבחון את הצורך בהתאמת הדינים למציאות המשתנה"<sup>91</sup>. אין זאת הפעם הראשונה וגם לא השנייה שבית המשפט העליון הפציר במחוקק לבצע רפורמה בדיני התעמולה כאמור. כך גם סברו כמפורט לעיל יושבי ראש ועדת הבחירות המרכזית לדורותיהם. חרף זאת, עד יום זה החוק טרם השתנה.

לעמדתנו, התעלמות של המחוקק מקריאות שיפוטיות חוזרות ונשנות לעדכונו של החוק מצדיקה בנסיבות מסוימות את הרשות השופטת לנקוט בפרשנות תכליתית ויצירתית יותר, על מנת למנוע תוצאות בלתי-צודקות. מסקנה זו מתבססת בין היתר על הנוהג של מתן "עצה שיפוטית" של הרשות השופטת לרשות המחוקקת והמבצעת, וכן בטלות הסדר לאחר מכן במקרים מסוימים, ככל שהדרוש תיקון לא תוקן.<sup>92</sup> מסקנה זו אף מבוססת כאמור בכלל הפרשנות התכליתית. אכן: "אך זה כוחו של החוק, שאינו מיועד לזמנו בלבד, ורק למטרה המצומצמת והקרובה אשר היתה לנגד עיניו של המחוקק שעה שחקקו. וכל עוד יש בידו של המוסד האכזקטיבי להשיג את המטרה אשר הוא משווה לנגד עיניו במסגרת החוק הקיים – ויהא זה חוק ישן שנועד לצרכים אחרים – אין לבוא בטענות עמו, שהוא משתמש בחוק לתנאי מציאות חדשים".<sup>93</sup> דברים אלה שקבע השופט ש' ז' חשין שבע שנים לפני חקיקתו של חוק דרכי תעמולה יפים גם היום, כיון ישן וטוב. פרשנות אובייקטיבית ותכליתית לחוק דרכי תעמולה יפה במיוחד בהינתן מחדלו של המחוקק להתאים את החוק למציאות העכשווית.

בפרשת **ארז פנקס** דן הרכב בעתירה להרחבת מעגל הזכאים לפונדקאות בישראל לגבי זוגות חד-מיניים. בפסק הדין הובהר כי הבעייתיות שבחסימת מסלול פונדקאות לזוגות חד-מיניים הובהרה בפסיקת העליון כבר לפני כעשור ומחצה. העתירה נדחתה נוכח הליכי חקיקה שקידמה הכנסת בעת מתן פסק

<sup>88</sup> ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת.

<sup>89</sup> ס' 39א–39ב לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה–1965.

<sup>90</sup> עניין **בר-לב**, לעיל ה"ש 87, פס' 21 להחלטתו של השופט גיובראן.

<sup>91</sup> עניין **עוצמה לישראל**, לעיל ה"ש 80, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

<sup>92</sup> ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקת בית-המשפט העליון" **עיוני משפט** לד 437 (2011); בג"ץ 3132/15 **מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' 3–6 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 13.4.2016); בג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת**, פס' 6–7 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 11.8.2015).

<sup>93</sup> בג"ץ 180/52 **דור נ' שר האוצר**, פ"ד ו 908, 910 (1952); ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 267–270.

הדין, אולם הובהר כי אי-הרחבת הזכאות גם לזוגות חד-מיניים בעייתית ויכול שתימצא כלא חוקתית.<sup>94</sup> בהחלט ייתכן כי אי-היענות המחוקק לקריאתו של בית המשפט יוביל לבטלות ההסדר או לענייננו אנו לפרשנות תכליתית שתרחיב את מעגל הזכאים לנקוט בהליכי פונדקאות גם כלפי זוגות חד-מיניים.

פועל יוצא, לעמדתנו, הוא שאי-עדכונו של חוק דרכי תעמולה לאורך כמעט שישים שנה מצדיק פרשנות של החוק שעל פיה בסמכותו של יושב ראש הוועדה לפסול תעמולה בשל תוכנה.

רביעית, מערכת הדינים שעל פיה מן הראוי שייבחנו תוצרי תעמולה היא דיני התעמולה. סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הבחירות לכנסת) קובע כי "כל קובלנה בקשר למעשה או למחדל לפי חוק זה מסורה לסמכותה היחידה של הועדה המרכזית; שום בית משפט לא ייזקק לבקשת סעד בקשר למעשה או למחדל כזה או בקשר להחלטה או להוראה של הועדה המרכזית, של יושב ראש הועדה וסגניו, של יושב ראש הועדה, של ועדה אזורית או של ועדת קלפי – חוץ מן המקרים שלגביהם ישנה בחוק זה הוראה אחרת". מכאן נראה כי המחוקק ביקש לרכז סמכות כוללת וכמעט בלעדית ונטולת ביקורת (מלבד לבג"ץ, בהתאם להלכה מפרשת **חירות**) בידי ועדת הבחירות המרכזית בכלל, והעומד בראש הוועדה – יושב הראש – בפרט.

זאת ועוד, מערכות הבחירות בישראל, במיוחד בשנים האחרונות, מתנהלת בתכונה רבה. מיליוני מסרים פוליטיים משודרים לבוחרים בכל פלטפורמה אפשרית. מוגשות מאות עתירות בענייני תעמולה ליושב ראש הוועדה, הנדרש להכריע בהן תוך ימים ספורים. בהינתן אלה ובשים לב למומחיותו של יו"ר הוועדה בדיני התעמולה ולסוג ההליך השיפוטי המתקיים לפניו המאפשר מתן סעד מהיר ואפקטיבי (שהוא, כידוע, קריטי בדיני התעמולה במהלך תקופת הבחירות), מן הראוי לשיטתנו לפרש את סמכויותיו של יו"ר ועדת הבחירות באופן נרחב, כך שענייני תעמולה – בכללותם – יידונו בפניו.

יש להבין כי מודעת בחירות באינטרנט או בעיתון המסיתה לאלימות או לגזענות מנוגדת לדין המהותי. בהתאם, ברי כי לערכאות השיפוטיות הכלליות – בתי המשפט – סמכות למנוע פרסום של מודעה מעין זו. ואולם, בתי המשפט נעדרים מומחיות לדון ולהכריע בענייני תעמולה. נוסף לכך, בתי המשפט אינם מסוגלים, במבחן המציאות, להעניק סעד אפקטיבי בלוחות הזמנים הנדרשים במהלך מערכת בחירות – תוך יום בודד. ההליך השיפוטי האדוורסרי הרגיל, מעצם טבעו, לוקח זמן רב. גם בקשות לסעדים זמניים מוכרעות לרוב תוך שבועות ולא תוך ימים. כך שאי-הענקת סמכות ליושב ראש הוועדה בעניינים אלה יוביל למצב שבו עותר הזכאי על פי הדין המהותי לסעד ייוותר מול שוקת שבורה.<sup>95</sup>

חמישית, גם במבט משווה, במדינות מערביות רבות קיימות מגבלות על תוכן של תעמולה. בבריטניה, למשל, החוק קובע כללים לריסון התוכן של תעמולת בחירות. על פי הכללים הנהוגים בבריטניה, אין לאפשר תעמולה מסיתה, גזענית, מבזה או כזאת הפוגעת בזכות יוצרים או בזכות הפרטיות. גם בצרפת נהוג פיקוח על תוכן התעמולה. על פי הדין שם, אין לעשות שימוש בסמלים לאומיים צרפתיים בתעמולה

<sup>94</sup> בג"ץ 781/15 ארד'פנקס נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים על פי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסי' 1-51 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ג'ובראן (פורסם בנבו, 3.8.2017); שם, פסי' 1-9 לפסק דינה של השופטת חיות. יצוין כי מאז הסתיימו הליכי החקיקה, ואולם החוק החדש לא הרחיב את מעגל הזכאים לזוגות חד-מיניים.

<sup>95</sup> עניין **בר-לב**, לעיל ה"ש 87, פסי' 25 להחלטתו של השופט ג'ובראן.



(כהמנון או מבנים רשמיים), אין לבוז או ללעוג למועמדים אחרים ונאסר על הסתה לאלימות או לגזענות במסגרת תעמולה.<sup>96</sup>

טעמים אלה מצדיקים, לעמדתנו, הענקת סמכות מעין זו. עוגן חוקי לסמכות מעין זו ניתן למצוא כאמור באיסור על הפרעה לבחירות, הקבוע בסעיף 13 לחוק דרכי תעמולה, וכן בסעיף 119 לחוק הבחירות לכנסת (וליו"ר סמכות לתת צווי מניעה בגין הפרתו) האוסר על הפרעה לבחירות.

עם זאת, ברור כי יש להפעיל סמכות זו במשורה ורק בהתאם למבחן הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית וחמורה. כך קבעו הח"מ והמשנה לנשיאה רובינשטיין.<sup>97</sup> ואכן, במהלך מסע הבחירות לכנסת ה-20 הוגשו מספר עתירות לח"מ, בבקשה לפסילת תעמולה נוכח תוכנה. אולם, נוכח המגבלות כאמור על השימוש בסמכות זו, עתירות אלה נדחו כולן.<sup>98</sup> הח"מ אף הבהיר בחלק מהחלטות אלה כי מדובר בפרסומים בלתי-ראויים לשיטתו. עם זאת, הפרסומים לא נפסלו. במסגרת עניין פריג' הוגשה עתירה נגד הקמפיין של מפלגת ישראל ביתנו בבחירות לכנסת ה-20 שבמרכזו הייתה הסיסמה: "אראל לישראל, אום אל-פחם לפלסטיין". העתירה כאמור נדחתה, אולם תוך שהח"מ מציין כי "דעתי אינה נוחה כלל מהסיסמה של מפלגת ישראל ביתנו. לא מן הנמנע (ואף סביר) כי אזרחי ישראל, המתגורר באום אל-פחם – כדוגמת העותר 2 – יבין מהסיסמה כי המפלגה חרטה על דגלה את העברתם שלו ושל שכניו למדינה אחרת. הדעת אינה נוחה, בלשון המעטה, כי הסיסמה מעבירה למיעוט הישראלי-ערבי מסר מעין זה". הנה כי כן, הבחירה במבחן הוודאות הקרובה, חלף מבחן הדומיננטיות, מעניקה את המשקל הראוי לעקרון חופש הביטוי הפוליטי במהלך תקופת בחירות ומהווה מגבלה נוספת – וראויה – על הפעלת סמכות זו.<sup>99</sup>

יחד עם זאת, עמדה זו נדחתה במסגרת פרשת **שארלי הבדו** ואושררה במסגרת הדיון הנוסף בפרשה. נזכיר כי בעתירה ליו"ר הוועדה נטען כי חלוקת הגיליון החגיגי של העיתון היא מתנה, ולחלופין יש למנוע אותה נוכח פגיעה ברגשות המיעוט הערבי. בהחלטה התקבלה הטענה הראשונה – כי חלוקת הגיליון מהווה מתנה – ולכן לא נדונה הטענה החלופית. חרף זאת, בעתירה לבית המשפט העליון נגד העתירה נדונה גם סוגיה זו במסגרת פסק הדין. השופט סולברג ציין בפסק הדין, קביעה שאליה הצטרף יתר המותב, כי סמכותו של יו"ר הוועדה מוגבלת למתן צווי מניעה ביחס לאיסורים המנויים בדיני הבחירות, ולכן אין בסמכותו למנוע פרסום תעמולה העולה לכדי עבירה פלילית, דוגמת הסתה לאלימות או לגזענות.<sup>100</sup> קביעה זו אושרה ברוב דעות בדיון הנוסף, נגד דעתו החולקת של המשנה לנשיאה רובינשטיין. במסגרת זו ציין השופט רובינשטיין:

"אין לכתד, כי על פניו עשוי סעיף 17ב(א) לחוק להתפרש כגודר את סמכותו של יו"ר ועדת הבחירות לחיקוקים המנויים בו; ברם דומני שפרשנות דווקנית ומצמצמת של סמכות יו"ר ועדת הבחירות משמעה פגיעה של ממש ביכולתו להגן על הערכים ועל התכליות שביסוד דיני הבחירות, לרבות חוק דרכי תעמולה, שעליהם הוא מופקד..."

<sup>96</sup> סקירה משווה – הסדרה של תעמולת בחירות (עותק נמצא בידי המחברים).  
<sup>97</sup> עניין **פרנקנטלר**, לעיל ה"ש 86, פסי' כ להחלטתו של השופט רובינשטיין; עניין **בר-לב**, לעיל ה"ש 87, פסי' 30 להחלטתו של השופט גיוראן.

<sup>98</sup> תב"כ 9/20 **יונה נ' יו"ר מפלגת הבית היהודי** (פורסם בנבו, 5.2.2015) (להלן: עניין **יונה**); תב"כ 14/20 **חבר הכנסת פריג' נ' חבר הכנסת ליברמן, יו"ר מפלגת ישראל ביתנו** (פורסם בנבו, 11.2.2015) (להלן: עניין **פריג'**); תב"כ 22/20 **חנא נ' מפלגת הליכוד** (פורסם בנבו, 23.2.2015).

<sup>99</sup> עניין **פריג'**, לעיל ה"ש 98, פסי' 19 להחלטתו של השופט גיוראן; עניין **יונה**, לעיל ה"ש 98, פסי' 12 להחלטתו של השופט גיוראן.

<sup>100</sup> עניין **שארלי הבדו**, לעיל ה"ש 4, פסי' 52 לפסק דינו של השופט סולברג.

המחוקק העמיד בראש מערכת הבחירות את יו"ר ועדת הבחירות והפקיד בידיו את כלל ההיבטים הכרוכים בניהול מערכת הבחירות, בתפיסה המתחייבת מן התקופה הקצרה בה מתנהלת מערכת הבחירות, מן הצורך בהכרעות מהירות, לעתים תוך שעות, ובהבנה כוללת של הנושאים שעל הפרק. על כן יש לטעמי לפרש את סמכויות יו"ר הוועדה באופן הרמוני ומעשי. שלילת הסמכות להוציא צווי מניעה כאשר נפגעים בבירור אחת מתכליות החוק או אינטרס מוגן אחר, לרבות ערכיות מובהקת, בקשר עם דיני הבחירות ובכלל זה חוק דרכי תעמולה, שעליהם אמון יו"ר ועדת הבחירות, משמעה הותרתו בלא כלי אפקטיבי כולל למילוי התפקיד שהטיל עליו המחוקק... אשוב ואציין, בכל הכבוד, כי לטעמי אך מתבקש שיו"ר ועדת הבחירות, האמון על דיני הבחירות על היבטיהם השונים, והוא 'בעל המומחיות', יוכל לקבל החלטה המבקשת למנוע עבירה בעניין הקשור בטבורו לדיני הבחירות והתעמולה; מערכת בחירות מתנהלת בלחץ זמנים, דבר רודף דבר, החלטה רודפת החלטה. על החלטות יו"ר ועדת הבחירות להינתן בזמן אמת, שאחרת יהיו כחמץ שעבר עליו הפסח וכאתרוגים אחר סוכות, והשכל הישר מורה, כי נדרש שתהא בידיו סמכות לעשות כן".<sup>101</sup>

הכותבים, למותר לציין, מסכימים עם דעת היחיד של המשנה לנשיאה רובינשטיין בהקשר זה.

### מסקנות ועדות ביניש

מסקנות הוועדה, המתיישבת עם עמדת הכותבים, היא שיש להעניק סמכות ליושב הראש לפסול תעמולה בהתבסס על תוכנה, אולם זאת במקרים קיצוניים בלבד. לעמדת הוועדה, עמדה המקובלת במלואה על הכותבים, המגבלות המהותיות שנכון יהיה להטיל על תוכן תעמולה הן כאלה הפוגעות בעקרון השוויון בין המועמדים או בטוהר הבחירות במובנו הרחב.<sup>102</sup> באופן פוזיטיבי, סבורה הוועדה כי יש מקום להעניק סמכות מפורשת ליושב הראש לפסול תעמולה המסיתה לגזענות או לאלימות.<sup>103</sup>

### 1. סקרים

סקרים הם חלק חשוב ומרכזי בכל מערכת בחירות. יש בכוחם של סקרים להשפיע רבות על השאלה החשובה ביותר בבחירות: למי אדם מסוים ייתן את קולו. כך, למשל, אדם יחשוב פעמיים לפני שיצביע למפלגה שעל פי הסקרים אינה עוברת את אחוז החסימה, מחשש שמא קולו יתבזבז. בדומה לכך, אדם שתפישת עולמו תואמת את מצעה של מפלגה קטנה, אולם בד בבד חושש כי מפלגה מהגוש האחר תרכיב את הממשלה, בהחלט יכול שיחליט לתת את קולו דווקא למפלגה גדולה יותר מהגוש של המפלגה הקטנה שהוא תומך בה. את ההחלטה יקבל הבוחר בהתאם לסקרים המפורסמים בסמוך למועד הבחירות. לעומת תעמולה, אשר ברור לכל בוחר כי היא "מטעם", ולכן כאמור יש להתייחס לאמור בה "בעירבון מוגבל", סקרים נתפסים כאמצעים אובייקטיביים.<sup>104</sup> ואולם, בפועל וכידוע, סקרים אינם תמיד אובייקטיביים וניתן להטות את תוצאותיהם בקלות יחסית. אם באמצעות אופן ניסוח השאלות,

<sup>101</sup> דיון נוסף שארלי הבדו, לעיל ה"ש 4, פס' ג, ה, ו-ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

<sup>102</sup> דוח ביניש, לעיל ה"ש 27, בעמ' 23.

<sup>103</sup> שם.

<sup>104</sup> לוריא ואלטשולר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 38.

אם באמצעות בחירת קבוצת המדגם ועוד. ישנה אמת באמרתו המפורסמת של ראש ממשלת בריטניה לשעבר בנימין דיזראלי: "ישנם שלושה סוגי שקרים – שקרים, שקרים ארוכים וסטטיסטיקה".

### הדיון הקיים ופרשת עלה ירוק

חשיבותם של הסקרים במהלך מסע הבחירות מחד גיסא, והקלות היחסית שבה ניתן לבצע בהם מניפולציות מאידך גיסא, מחדדים את החשיבות בהסדרתם. בתיקון 22 לחוק דרכי תעמולה משנת 2002 התווסף לחוק סעיף 16 הקובע הסדרים שונים לעניין סקרי בחירות.<sup>105</sup> בתמצית, החוק קובע כי מפרסם תוצאות סקר חייב לגלות במסגרת הצגת הסקר, בין היתר, את זהות מזמין הסקר, מרווח הטעות, מספר המשתתפים בסקר, את השאלות שנשאלו הנסקרים וכיו"ב (סעיף 16ה(ב)-(ג) לחוק דרכי תעמולה). עוד נקבע כי ככל שהסקר שהתבצע אינו עומד באמות המידה המקובלות במדעי הסטטיסטיקה, חובה לציין כי "אי אפשר להסיק ממנו [מהסקר] מסקנות לגבי דפוסי הצבעה או עמדות של הציבור" (סעיף 16ה(ד) לחוק). נוסף לכך, נקבע כי מכוני הסטטיסטיקה המבצעים את הסקרים נדרשים לשלוח לוועדת הבחירות המרכזית, בהקדם האפשרי, מידע מפורט יותר מזה החייב גילוי בעת פרסום הסקר, דוגמת שיטת הדגימה, מספר האנשים שסירבו להשתתף בסקר ועוד (סעיף 16ה(ה) לחוק). תכלית הוראות אלה שהתווספו לחוק היא מניעת הטעיית הציבור. המחוקק ציין בתיקון לחוק כי מטרת התיקון היא "שהציבור יוכל לשקול את אמינותם של הסקרים ולבחנם בצורה מושכלת".<sup>106</sup>

הוראות אלה מחוק דרכי תעמולה מהוות אמצעי ראוי ומתאים לרוב על מנת למנוע הטעיה של הבוחרים. ואכן, מאז חקיקת החוק מוגשות עתירות בעניין, ויושבי ראש ועדת הבחירות המרכזית מחייבים את מכוני הסקרים ואת ערוצי התקשורת בגילוי הפרטים בהתאם לחוק.<sup>107</sup> עם זאת, בחוק במתכונתו הנוכחית קיימת לאקונה משמעותית: החוק אינו מחייב את עורכי הסקרים ומפרסמיהם להכליל את כלל הרשימות בתוצאות הסקר. אי-קביעת חובה זו בצורה פוזיטיבית במסגרת החוק הובילה במספר מקרים בעבר לאי-הכללתן של המפלגות הערביות בסקרים המתפרסמים, וחבל.<sup>108</sup> נוסף לכך, הדבר הוביל לכך שעורכי הסקרים ומפרסמי הסקרים לא הכלילו לרוב בתוצאות הסקר המפורסמות את המפלגות שאינן עוברות את אחוז החסימה.

סוגיה זו עמדה ביסוד עתירה שהגישה מפלגת "עלה ירוק" במהלך מסע הבחירות לכנסת ה-20.<sup>109</sup> בעתירה טענה מפלגת "עלה ירוק" בין היתר כי את המונח "תוצאות הסקר" יש לפרש כך שהוא כולל את התוצאות המלאות של הסקר, ובכלל זה שיעור התמיכה במפלגות שלא עברו את אחוז החסימה. מנגד, מכוני הסקרים ואמצעי התקשורת טענו בין היתר כי מדובר בדרישה מכבידה, נוכח מספרן הרב

<sup>105</sup> הצעת חוק הבחירות (דרכי התעמולה) (תיקון מס' 22) (סקר בחירות), התשס"ב-2002, ה"ח 3131.  
<sup>106</sup> שם, בעמ' 634.

<sup>107</sup> תב"כ 4/19 מנכ"ל קשב נ' עיתון ידיעות אחרונות (פורסם בנבו, 20.12.2012) (להלן: עניין באר); תר"מ 23/03 רשימת "תקומה לירושלים" נ' צמח (פורסם בנבו, 1.6.2003); תר"מ 167/03 לוי נ' אסרף (פורסם בנבו, 27.10.2003); תר"מ 135/18 בן ציון נ' בלוזר (פורסם בנבו, 5.11.2008); תר"מ 117/18 בן דוד נ' עובד (פורסם בנבו, 30.10.2008); עניין אופיר, לעיל ה"ש 51; תר"מ 13/19 אופיר נ' טרמון (לא פורסם, 5.6.2012); תר"מ 129/20 רישפי נ' מ"מ וסגן ראש עיריית הרצליה (פורסם בנבו, 2.10.2013); תר"מ 130/20 פרנקו נ' "רמלוד פלוס" (פורסם בנבו, 1.10.2013); תר"מ 146/20 בשארי נ' גרינברג (פורסם בפדאור, 13.10.2013); תר"מ 153/20 ראש עיריית יבנה ויו"ר סיעת "יבנה שלנו" נ' כהן (פורסם בנבו, 10.10.2013); תר"מ 157/20 כחלון נ' יצחקי (פורסם בנבו, 15.10.2013); תר"מ 163/20 רישפי נ' מ"מ וסגן ראש עיריית הרצליה (פורסם בנבו, 15.10.2013); תר"מ 164/20 מרציאנו נ' רביבו (פורסם בנבו, 16.10.2013); תר"מ 167/20 גור נ' רוזן (פורסם בנבו, 16.10.2013).

<sup>108</sup> עניין באר, לעיל ה"ש 107; ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השמונה-עשרה – החלטות והנחיות 135 (2008) [knesset.gov.il/elections19/heb/law/Decisions2009.pdf](http://knesset.gov.il/elections19/heb/law/Decisions2009.pdf); ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 321.

<sup>109</sup> תב"כ 27/20 מפלגת עלה ירוק נ' עיתון "הארץ" (פורסם בנבו, 4.3.2015) (להלן: עניין עלה ירוק).

של המפלגות המתמודדות בבחירות (בבחירות לכנסת ה-20, לשם הדוגמה, התמודדו 26 רשימות מועמדים, מתוכם נבחרו לכנסת רק 10, פחות ממחצית).

העתירה התקבלה בחלקה. נקבע כי את המונח "תוצאות הסקר" יש לפרש בהתאם לתכלית דיני התעמולה בכלל, ותכלית ההוראות בעניין סקרים מחוק דרכי תעמולה בפרט. נקבע כי התכליות הכלליות של דיני התעמולה תומכות בהכללתן של המפלגות שאינן עוברות את אחוז החסימה בתוצאות הסקרים המפורסמות. במסגרת זאת, כאמור, אחת מתכליות דיני התעמולה היא להבטיח שוויון בין המועמדים. אי-הכללת הרשימות שאינן עוברות את אחוז החסימה פוגעת בצורה ברורה למדי בעיקרון זה. בהקשר לזה נקבעו הדברים הבאים המסבירים היטב את הפגיעה בשוויון נוכח לאקונה זו בחוק:

"המדיניות בה נוקטות המשיבות, לפיה אין כל אזכור של הרשימות שאינן עוברות את אחוז החסימה, איננה שוויונית. מציאות זו מייצרת או עלולה לייצר 'מעגל קסמים' או אף 'מעגל שוטים'. אסביר. רשימת מועמדים שאינה עוברת את אחוז החסימה לא מוזכרת בסקרים כלל ועל ידי כך נפגעים משמעותית סיכוייה להצליח לעבור עתה ובעתיד את רף אחוז החסימה. חוסר השוויון במצב הנוכחי הינו כפול:

ראשית, בעוד שרשימות אשר עוברות את אחוז החסימה זוכות לפרסום ציבורי ולהתייחסות קבועה מצד גופי התקשורת ומכוני הסקרים, אלה שאינן עוברות את הרף לא זוכות בכלל לתהודה ציבורית. כך, וגם אם אין זו הכוונה, ניתן להניח בבטחה כי החשיפה התקשורתית מגדילה את כוחן של הרשימות הגדולות, ומנגד – מחלישה את כוחן של הרשימות הקטנות.

שנית, הרשימות שעוברות את אחוז החסימה מקבלות ביטוי לכוחן האלקטוראלי היחסי בדמות מספר מנדטים צפוי. לעומת זאת, הרשימות שאינן עוברות את הסף מוצגות, אם בכלל, כמקשה אחת הזוכה לאפס מנדטים, בלא כל ציון להבדלים בכוחן האלקטוראלי של הרשימות עצמן. זאת, על אף שייכתנו פערים של רבבות רבות של קולות בין הרשימות שאינן עוברות את אחוז החסימה. נראה, וניכר בהתאם לסקרים שאכן כך המצב, כי בעוד רשימות מסוימות זוכות לתמיכה נמוכה – מאות או אלפי קולות, מפלגות 'קטנות-גדולות', צפויות בהתאם לסקרים, לזכות בעשרות אלפי קולות."<sup>110</sup>

ודוק, מפלגה דוגמת "עלה ירוק" היא בדיוק מסוג המפלגות שנפגעו בעקבות אי-הכללתה של חובה פוזיטיבית בחוק לציין את כל המפלגות. כפי שפורט לעיל, אדם סביר במהלך החלטתו למי להצביע משקלל פעמים רבות את השאלה אם מפלגה מסוימת אשר לה הוא שוקל להצביע עוברת את אחוז החסימה אם לאו. מפלגת "עלה ירוק", אשר מעולם לא עברה את אחוז החסימה, אינה נכללת באותם סקרים, ולכן אי-הכללתה מקטינה את סיכוייה – הקטנים גם כן – לעבור את אחוז החסימה. יש להבין כי אחוז החסימה עומד כיום על 3.25% מכלל הקולות הכשרים שנמנו בבחירות. בבחירות לכנסת ה-20 אחוז החסימה התבטא בהתאם בכ-140,000 בוחרים.<sup>111</sup> נוכח אחוז החסימה הגבוה יחסית, קיימת בעייתיות באי-הכללה קטגורית של מפלגות שאינן עוברות את אחוז החסימה, והתייחסות שווה אליהן כמקשה אחת.

<sup>110</sup> שם, פסי' 26–28 להחלטתו של השופט ג'ובראן.

<sup>111</sup> "תוצאות האמת של הבחירות לכנסת ה-20" (17.3.2015) [www.votes20.gov.il/nationalresults](http://www.votes20.gov.il/nationalresults)

בהחלטה הובהר כי גם תכלית ההסדר מחוק דרכי תעמולה בעניין סקרים תומכת יותר בעמדתה של העותרת.<sup>112</sup> תכליתו של ההסדר הוא כאמור למנוע הטעיית בוחרים ולוודא כי סקרי הבחירות המפורסמים הם סקרים אמינים המבוססים על מדע הסטטיסטיקה. זאת על מנת שהבוחרים יוכלו לקבל החלטה מושכלת לאיזה מפלגה לתת את קולם. אי-הכללתן של מפלגות שאינן עוברות את אחוז החסימה חוטאת לתכלית זו. סקרים אמורים לשקף לבוחרים את המציאות הפוליטית בעת מסוימת. אי-הכללת מפלגות קטנות, בוודאי כאלה שכן זכות לתמיכה רבה של עשרות אלפי אנשים ואף יותר ומתקרבות לאחוז החסימה, אינה משקפת את המציאות הפוליטית. יותר מכך: אי-הכללתן של אותן מפלגות "קטנות גדולות", אשר כן זכות לתמיכה של ממש, למעשה יוצרת מציאות מטעה. שהרי אי-הכללה של אותן מפלגות יכולה להוביל בוחר פוטנציאלי שלא להצביע להן בדיוק מסיבה זו: אי-הכללתן בסקר. דברי ההסבר של הצעת החוק תומכים אף הם במסקנה זו:

"תוצאות הסקרים נתפסות בקרב הציבור כניבוי מדויק של תוצאות הבחירות, ויש בהן כדי להטעותו. התחום העיקרי שבו ניכרת ההשפעה המטעה של סקרים היא בניבוי הקשור לאחוז החסימה. אף כי טעות הדגימה, כאמור לעיל, עולה על אחוז החסימה העומד כיום על 2% מהקולות הכשרים, תוצאות הסקר עצמן יוצרות לעיתים הלך רוח המוביל להתממשות הניבוי בסקר".<sup>113</sup>

משעה שכלל התכליות הרלוונטיות נוטות לכיוון הכללת מפלגות שאינן עוברות את אחוז החסימה בתוצאות הסקרים, אין להתפלא כי העתירה התקבלה בחלקה ונקבע כי יש לכלול גם מפלגות שאינן עוברות את אחוז החסימה בתוצאות הסקרים. עם זאת, בין היתר נוכח טענות גופי התקשורת כי פרסום תוצאות הכוללות את כל המפלגות תכביד עליהם, נקבעה חובה לפרסם את התוצאות אך ביחס למפלגות אשר על פי תוצאות הסקר מקבלות 1% של תמיכה ומעלה. משעה שמרביתן של הרשימות שאינן עוברות את אחוז החסימה על פי הסקרים כלל אינן מתקרבות לתמיכה מעין זו (בבחירות לכנסת ה-20 רק שתי רשימות שלא עברו את אחוז החסימה קיבלו 1% ויותר), נראה היה כי מדובר בתוצאה שלא תיצור הכבדה משמעותית על עורכי הסקרים וגופי התקשורת.<sup>114</sup>

### מסקנות ועדת ביניש

ועדת ביניש ראתה לנכון להותיר את ההוראות בחוק בעניין סקרים על כן, תוך ביצוע התאמות בהסדר הקיים. התאמה אחת היא הטלת חובת גילוי מחמירות יותר על מבצעי ומפרסמי הסקר מאלה הקיימות כיום. זאת בשל החשש האמור למניפולציות בסקרי בחירות. עוד הציעה הוועדה לקבוע כי אם התקשר הגורם שערך את הסקר עם מתמודד בבחירות בתקופת הבחירות, עליו לפרט עובדה זו בצד התוצאות, על מנת להבטיח שקיפות. עוד הציעה הוועדה לקבוע, בדומה להחלטת בעניין עלה ירוק, כי בעשרה ימים שלפני יום הבחירות יכלול כל סקר בחירות את כל רשימות המועמדים הצפויות לקבל לפחות 1% מקולות הבוחרים.<sup>115</sup> אנו סבורים כי מסקנות הוועדה נכונות וראויות.

<sup>112</sup> עניין עלה ירוק, לעיל ה"ש 109, פס' 31–45 להחלטתו של השופט גובראן.

<sup>113</sup> הצעת חוק הבחירות (דרכי התעמולה) (תיקון מס' 23) (איסור פרסום של סקרי בחירות), התשס"ז–2006, ה"ח 119.

<sup>114</sup> עניין עלה ירוק, לעיל ה"ש 109, פס' 46–51 להחלטתו של השופט גובראן.

<sup>115</sup> דוח ביניש, לעיל ה"ש 27, בעמ' 38–40.

## ז. סיכום

במאמר זה התעמקנו במספר סוגיות הקשורות לדיני התעמולה. עמדנו על הבעיות הרבות הקיימות בחוק הקיים, הצענו אפשרויות לגשר בין החוק הארכאי למציאות העכשווית באמצעות פרשנות תכליתית של המגבלות הקבועות בו ועמדנו על הדין הרצוי בהתאם למסקנותיה של ועדת ביניש.

עם זאת, מדובר אך בקצהו של הקרחון. ועדת ביניש, מעצם הדברים, התייחסה בצורה מרחיבה ומקיפה למגוון רב ביותר של נושאים והציעה רפורמה מקיפה הרבה מעבר לסוגיות שנדונו במאמר זה: מביטול תשדירי התעמולה והחלפתם במתן אפשרות לרשימות המועמדים לרכוש זמני שידור – פרסומות בחירות; עדכון ההסדרים בעניין חלוקת מתנות; הקצאת זמן שידור לטובת הצגת רשימת המועמדים; הטלת חובה על כל ערוצי השידור ליתן ביטוי שוויוני לרשימות המועמדים ועוד. במבט על וככלל, מסקנות הוועדה מקובלות על הכותבים, ואימוצן על ידי המחוקק ישפר בצורה ניכרת את דיני התעמולה בישראל.

כמו כן, מצאנו לנכון לציין שקיימים מגוון נושאים שבהן לא עסקה ועדת ביניש, ולעמדתנו ראוי כי יוסדרו בעתיד. כך, למשל, הוועדה לא התייחסה לאחד מהנושאים החשובים ביותר בהקשר לתעמולת בחירות באינטרנט: חדשות מזויפות (Fake News). מדובר בסוגיה בעייתית כשלעצמה, אולם במיוחד בתקופת בחירות, עת דיסאינפורמציה משפיעה על ההחלטה החשובה ביותר שעל אזרח לקבל במשטר דמוקרטי: למי להצביע בבחירות. אומנם קיימת בעייתיות בכך שגורם שיפוטי דוגמת יו"ר ועדת הבחירות יכריע בהליך קצר תוך כדי תקופת הבחירות אם פרסום מסוים הוא אמת או לא (אם כי סמכות מעין זה קיימת, מכוח סעיף 13 לחוק דרכי תעמולה כאמור לעיל);<sup>116</sup> אולם, בכל אופן, ברור כי נושא זה מחייב הסדרה כלשהי. עוד נושא הראוי בחינה מחדש לעמדתנו הוא מסרונים והודעות מוקלטות ששולחים המפלגות והמועמדים לקראת יום הבחירות. אומנם, חוק הספאם אינו חל על מפלגות, אולם המציאות הנוכחית – שבה הבוחרים מוצפים בתעמולה לא רק במרחב הציבורי אלא גם במרחב האישי דרך הטלפון הסלולארי שלהם ותיבת הדוא"ל – דרושה חשיבה מחדש ותיקון מהותי.

<sup>116</sup> "אין ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית כלים לבחון את אמיתות הדברים... שקר – אין לו רגליים – בכך יכול להתנחם העותר, אלא שהקביעה מה הוא שקר אינה בידי" תר"מ 4/83 אוחנה נ' אלוני (פורסם בנבו, 10.10.1983); וראו בדומה: עניין הליכוד, לעיל ה"ש 83.