

ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-22

The Central Elections Committee for the 22st Knesset

השופט ניל הנדל
שופט בית המשפט העליון
מ"מ יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית

תב"כ 6/22

תב"כ 7/22

העותרת בתב"כ 6/22
 ובתב"כ 7/22 : מפלגת לזוז

נ ג ד

המשיבה 1 בתב"כ 6/22 : י. מור בפרסום בע"מ

המשיבה 1 בתב"כ 7/22 : כנען מדיה בתנועה בע"מ

המשיב 2 בתב"כ 6/22
 ובתב"כ 7/22 : היועץ המשפטי לממשלה

המשיבה 3 בתב"כ 6/22 : פרימה מלונות ותיירות ישראל 1977 בע"מ

עתירות למתן צו מניעה לפי סעיף 17 ב לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959

בשם העותרת בתב"כ
 6/22 ובתב"כ 7/22 : עו"ד גיא בוסי

בשם המשיבה 1 בתב"כ
 6/22 : עו"ד סיון גבריאלי, - עו"ד אילון עישר

בשם המשיבה 1 בתב"כ
 7/22 : עו"ד עידו פרישתא, - עו"ד ארתור גורליק

בשם המשיב 2 בתב"כ
 6/22 ובתב"כ 7/22 : עו"ד לירון הופפלד

בשם המשיבה 3
 בתב"כ 6/22 : עו"ד אלעד סטופל, - עו"ד דנה שטיר

מיני-רציון:

* מ"מ יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית קובע כי משווק פרסום אינו רשאי לסרב לפרסם תעמולת בחירות על יסוד תוכנה. זאת, למעט מקרים חריגים ביותר, למשל כשהפרסום אסור באופן ברור על פי דין. אך חריג זה אינו מתקיים בענייננו. לפיכך, דין העתירות להתקבל במובן זה שניתן צו המונע מהמשיבות לסרב לפרסם שלטים, שביקשה מפלגת "נעם" לפרסם במסגרת תעמולת הבחירות מטעמה הכוללים את הטקסטים הבאים: "גאווה" וקניית ילדים או שהבן שלי יתחתן עם אשה"; "גאווה וקניית ילדים או שהנכד שלי יישאר יהודי – ישראל בוחרת להיות נורמלית"; "רפורמים או שהנכד שלי יישאר יהודי – ישראל בוחרת להיות נורמלית".

* משפט חוקתי – בחירות – דרכי תעמולה

* משפט חוקתי – בחירות – תעמולת בחירות

* פרשנות – דין – חוק הבחירות (דרכי תעמולה)

* משפט חוקתי – חקיקה – שוויון

העותרת בשתי העתירות – מפלגת לזוז המציגה עצמה בפרסומיה כמפלגת "נעם" – היא מפלגה המתמודדת בבחירות לכנסת ה-22. במסגרת תעמולת הבחירות מטעמה ביקשה לפרסם שלטים על מתקני חוצות ואוטובוסים. מדובר בטקסטים הבאים: "גאווה" וקניית ילדים או שהבן שלי יתחתן עם אשה"; "גאווה וקניית ילדים או שהנכד שלי יישאר יהודי – ישראל בוחרת להיות נורמלית"; "רפורמים או שהנכד שלי יישאר יהודי – ישראל בוחרת להיות נורמלית". המשיבות 1 בשתי העתירות (להלן: "המשיבות"), העוסקות בפרסום על גבי שלטי חוצות או כלי תחבורה, סירבו לפרסם את המודעות. מכאן העתירות למתן צו המורה להן לפרסם את שלטי התעמולה של העותרת על גבי מתקני הפרסום שלהן. משיבה 1 בתב"כ 6/22 הבהירה כי סירובה לפרסום מודעות העותרת התייחס למתקן בודד – בחזית מלון המשיבה 3 בתב"כ 6/22, וכי טעם הסירוב נעוץ בהסכם שנחתם בינה לבין בית המלון לפיו אין לפרסם על גבי מתקן זה תוכן שלילי וכי הוצעו לעותרת חלופות פרסום רבות ודומות. בהמשך לכך צורף המלון כמשיב לעתירה והוא הביא התנגדותו לפרסום המבוקש על מתקניו. השאלה שניצבת בלב שתי העתירות היא זו: האם מותר למשווק פרסום להידרש לתוכן הפרסום, ולסרב לפרסם תעמולת בחירות לנוכח טענה לפגיעה ברגשות או לאופיו המבזה של הפרסום? המשיבות השיבו על כך בחיוב, וטענו כי גם לגופו של תוכן סירובן היה מוצדק. העותרת והיועץ המשפטי לממשלה חולקים על עמדה זו.

השופט ניל הנדל שופט בית המשפט העליון מ"מ יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, קיבל את העתירות מהטעמים הבאים:

הוראת סעיף 10ב(ב)(2) לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 (להלן: "חוק דרכי תעמולה") קובעת כי "משווק פרסום לא יפלה בין מתמודדים בבחירות בכל דרך שהיא, לרבות במחיר, במועדי פרסום ובשיבוץ תעמולת הבחירות במיתקני פרסום החוצות". ההסדר הנוגע למשווקי פרסום נועד לשמור על השוויון בין המפלגות והרשימות ביחס לפרסום החוצות, וכן להבטיח יכולת אכיפה אפקטיבית של איסור ההפליה.

חוק דרכי תעמולה אינו מחייב כל מי שעונה להגדרה של "משווק פרסום" לפרסם תעמולת בחירות. אם הוא בוחר לעשות כן, עליו להגיש הודעות מפורטות למבקר המדינה, ובין היתר לפרט את "חבילות הפרסום" המוצעות על ידו, כמו גם את מתקני הפרסום המופעלים על ידו.

כלומר, ביד המשווק שיקול דעת בשני מישורים. האחד, האם להשתתף בפרסום תעמולת בחירות. השני, גם אם בחר לפרסם תעמולת בחירות – עדיין הבחירה בידו ביחס לסוג המתקנים, שטח הפרסום וכדומה. ואולם, תהיה החלטתו אשר תהיה, לאחר שהצטרף למפרסמי התעמולה ובחר במתקנים מסוימים – אלו גם אלו פתוחים לכל המפלגות והמועמדים, ואסור למשווק הפלות ביניהם.

השאלה המשפטית בענייננו היא כיצד יש לפרש את הדיבר "לא יפלה" בסעיף 10ב(ב)2 לחוק דרכי תעמולה. האם סירוב לפרסם תעמולת בחירות לנוכח תוכן שלגביו נטען כי הוא פוגעני או מבזה עולה לכדי הפליה פסולה?

הניתוח הלשוני של הסעיף מקדם את מלאכת הפרשנות ותומך בעמדת העותרת והיועץ המשפטי לממשלה. האיסור להפלות "בכל דרך שהיא, לרבות במחיר, במועדי פרסום ובשיבוץ תעמולת הבחירות במיתקני פרסום החוצות", מלמד כי מדובר באיסור רחב ומקיף. אף ניתן להניח כי המובן הפשוט של איסור ההפליה מתייחס להבחנה בין מפלגות על סמך עמדותיהן – מתן במה למפלגה או רשימה שבה תומך משווק הפרסום והדרת מפלגות אחרות. מטבע הדברים יש קשר לא מבוטל בין עמדת המפלגה לתוכן פרסומיה. נראה אפוא שלשון החוק תומכת בפרשנות לפיה משווק הפרסום אינו יכול לסרב לפרסם תעמולת בחירות על סמך תוכנה.

יחד עם זאת, הלשון – "לא יפלה" – אינה שוללת במפורש את האפשרות להבחין בין פרסומי תעמולה על סמך תוכן הפרסום, להבדיל מזהות הגורם המפרסם. לפיכך יש להפנות את המבט אף אל תכלית החקיקה.

בחינה כאמור לאור ערכים מרכזיים בשיטתנו הדמוקרטית, שאותם נועד חוק דרכי תעמולה לבטא: שוויון, חופש ביטוי פוליטי וטוהר הבחירות, תומכים במתן פרשנות מרחיבה למונח "הפליה" בחוק דרכי תעמולה ולמסקנה כי משווק פרסום אינו רשאי לסרב לפרסם תעמולת בחירות על יסוד תוכנה. זאת, למעט מקרים חריגים ביותר, למשל כשהפרסום אסור באופן ברור על פי דין. אך חריג זה – שאת גבולות המדויקים אין צורך לשרטט בהליך זה – אינו מתקיים בענייננו. הודגש כי אין בתוצאה זו משום הכרעה קונקרטית וסופית בדבר מעמדם החוקי של הפרסומים, אלא רק קביעה כי אין המדובר במקרה מובהק או ברור שבו ניתן לקבוע כי הפרסום מנוגד לדין, באופן שמשווק הפרסום רשאי לסרב לפרסמו במסגרת תעמולת הבחירות.

בכל הנוגע לטענת המשיבות בדבר פגיעה כלכלית שעלולה להיגרם להן אם יסכימו לפרסם את תעמולת העותרת. התשובה לטענות אלה היא שהמשיבות הסכימו לכך בעת שבחרו לפרסם תעמולת בחירות וקיבלו עליהן את "כללי המשחק" הנלווים.

השופט הנדל דוחה את עמדת המשיבה לפיה אין מדובר בהפליה כיוון שהוצע לעותרת פרסום על גבי מתקן חלופי לזה שעומד בחזית המלון והיא סירבה לכך. סעיף 10ב(ב)2 לחוק דרכי תעמולה אוסר במפורש על הפליה "בכל דרך שהיא, לרבות במחיר, במועדי פרסום ובשיבוץ תעמולת הבחירות במיתקני פרסום החוצות". מדובר באיסור גורף, החל גם על "שיבוץ תעמולת הבחירות במיתקני פרסום", דהיינו הקצאת מתקן פלוני למפלגה אחת ומתקן אלמוני למפלגה אחרת, מלכתחילה ועל דרך העקרון. החוק שולל אפוא את העמדה של "מתקן פרסום נפרד אבל שווה". ניכר כי תכליתה של הוראה זו בצידה. מתן אפשרות להבחין בצורות כאלה ואחרות בין מפלגות פותח פתח להפליה ביניהן הלכה למעשה. כפי שהודגש, אחת מתכליות ההסדר היא לא רק לשמור על השוויון, אלא גם לאכוף את ההוראה הזו באופן אפקטיבי.

מבחינה משפטית החוק עומד לצידה של העותרת, שרשאית לא רק לפרסם תעמולה אלא גם לעשות זאת בשטח ובאופן שבו יכולות לעשות זאת יתר הרשימות – למשל על גבי קיר המלון.

בכל הנוגע לטענה כי מתן הסעד המבוקש בעתירה מנוגד לחוזה שנחתם בין המלון ובין המשיבה וטענת המלון כי הוא אינו "משווק פרסום" ולכן לא חל עליו איסור ההפליה ומותר לו, כגורם פרטי, לשלוט לחלוטין על תוכן המידע המפורסם על גביו – השופט הנדל מבהיר כי המלון, כשלעצמו, אכן אינו עוסק בפרסום שלטי חוצות, ובמהותו אין הוא "משווק פרסום" במסגרת עסקיו הרגילים. ברם, המלון התקשר עם המשיבה בהסכם לפרסום חוצות על גבי קירותיו. בכך הפך הוא – לעניין אותו מתקן פרסום – לשותף של המשיבה. בהיבט זה הוא ו"משווק פרסום" פועלים בצוותא לעניין פרסום חוצות לפי הגדרת החוק. ברגע שפעלו – יחדיו ואף בהסכמה – לשם פרסום תעמולת בחירות, קיבלו על עצמם את כלל השוויון, ואין בכך משום סתירה או פגיעה בקניינם בניגוד לדין.

באמור לעיל יש כדי לדחות אף את טענת המלון כי ההסכם בינו ובין המשיבה גובר על הוראות החוק. מרגע שבחרו המלון והמשיבה לפרסם תעמולת בחירות – מבלי להחריג את קירות המלון מההודעה שנשלחה למבקר המדינה בעניין זה – הרי שההסכם ביניהם כפוף להוראות הדין החלות עליהם.

לפיכך, דין העתירות להתקבל כמובן הבא: ניתן בזאת צו המונע ממשיבות 1 בשתי העתירות, וכן ממשיבה 3 בתב"כ 6/22, לסרב לפרסם את נוסח השלטים המפורטים בסעיף 1 להחלטה זו. הפרסום יהיה בכפוף לתנאי הפרסום הרגילים של משיבות אלה, כפי שהם מוצעים ליתר הרשימות המתמודדות בבחירות, ובהתאם להודעות שנשלחו לפי סעיף 10ב(ג)(1).



ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-22
لجنة الانتخابات المركزية للكنيست 22
The Central Elections Committee for the 22st Knesset

השופט ניל הנדל
שופט בית המשפט העליון
מ"מ יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית

תב"כ 6/22
תב"כ 7/22

העותרת בתב"כ 6/22
ובתב"כ 7/22 : מפלגת לזוז

נגד

המשיבה 1 בתב"כ 6/22 : י. מור בפרסום בע"מ

המשיבה 1 בתב"כ 7/22 : כנען מדיה בתנועה בע"מ

המשיב 2 בתב"כ 6/22
ובתב"כ 7/22 : היועץ המשפטי לממשלה

המשיבה 3 בתב"כ 6/22 : פרימה מלונות ותיירות ישראל 1977 בע"מ

עתירות למתן צו מניעה לפי סעיף 17ב לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959

בשם העותרת בתב"כ
6/22 ובתב"כ 7/22 : עו"ד גיא בוסי

בשם המשיבה 1 בתב"כ
6/22 : עו"ד סיון גבריאלי; עו"ד אילון עישר

בשם המשיבה 1 בתב"כ
7/22 : עו"ד עידו פרישתא; עו"ד ארתור גורליק

בשם המשיב 2 בתב"כ
6/22 ובתב"כ 7/22 : עו"ד לירון הופפלד

עמוד 1 מתוך 16

משכן הכנסת, קריית דוד בן-גוריון, ירושלים 9195015 العنوان: مجمع بن-غوريون, أورشليم القدس, 9195015
טלפון هاتف: 02-6753407, פקס فاكس: 02-5669855 דוא"ל البريد الإلكتروني: VadatB@knesset.gov.il

אתר האינטרנט الموقع www.bechirot.gov.il

בשם המשיבה 3 בתב"כ

עו"ד אלעד סטופל; עו"ד דנה שטיר

6/22:

החלטה

1. העותרת בשתי העתירות שלפני היא מפלגה המתמודדת בבחירות לכנסת ה-22. במסגרת תעמולת הבחירות מטעמה ביקשה לפרסם שלטים על מתקני חוצות ואוטובוסים. העותרת לא ציינה בעתירותיה את נוסח המודעות שביקשה לפרסם, ומתגובות המשיבות עולה כי מדובר בטקסטים הבאים: "גאווה וקניית ילדים או שהבן שלי יתחתן עם אשה"; "גאווה וקניית ילדים או שהנכד שלי יישאר יהודי – ישראל בוחרת להיות נורמלית"; "רפורמים או שהנכד שלי יישאר יהודי – ישראל בוחרת להיות נורמלית". משיבות 1 בשתי העתירות ("המשיבות") עוסקות בפרסום על גבי שלטי חוצות או כלי תחבורה. העותרת ביקשה לפרסם שלט גדול על גבי מתקן פרסום חוצות בירושלים (תב"כ 6/22) ומודעות נוספות על גבי אוטובוסים (תב"כ 7/22). המשיבות סירבו לפרסם את המודעות. משיבה 1 בתב"כ 6/22 סירבה לפרסם שלט בנוסח הראשון ומשיבה 1 בתב"כ 7/22 סירבה לפרסם שלטים בנוסח השני והשלישי, הכל כפי שהוצג למעלה. מכאן העתירות למתן צו המורה להן לפרסם את שלטי התעמולה של העותרת על גבי מתקני הפרסום שלהן. העתירות הועברו לטיפול לאחר שיושב ראש ועדת הבחירות המרכזית הודיע על מניעתו מלעסוק בהן, וזאת בהסכמת נשיאת בית המשפט העליון. לנוכח הסוגיה המשפטית המשותפת לשתי העתירות והגשתן בסמיכות זמנים בידי אותה עותרת – החלטתי לדון בהן במאוחד.

א. טענות הצדדים

2. העותרת – מפלגת "לזוז" המציגה עצמה בפרסומיה כמפלגת "נעם" – טוענת כי הסירוב לפרסם את שלטי התעמולה מטעמה מפר את הוראות חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959 ("חוק דרכי תעמולה"), האוסר על מי שעוסק בפרסום תעמולת בחירות על גבי מתקני חוצות להפלות בין רשימות ומפלגות במסגרת פרסום התעמולה. נטען כי טעם הסירוב הוא סברת המשיבות שמדובר בפרסומים הפוגעים ברגשות הציבור ובמסרים גזעניים ומפלגים. על רקע זה טוענת העותרת כי הסירוב לפרסם את תעמולת הבחירות שלה הוא בגדר "סיכול ממוקד לקמפיין הבחירות של המפלגה שהתבצע באופן שרירותי וחד צדדי", וכי מדובר בפגיעה קשה בחופש הביטוי הפוליטי שלה.

מנגד סבורות המשיבות כי דין העתירות להידחות. שתיהן הטעימו כי תוכן הפרסומים עלול לפגוע ברגשות של אוכלוסיות שלמות. בין היתר נטען כי לפי שלטי התעמולה של העותרת, רפורמים או חברי הקהילה הגאה אינם נורמליים, וכי האחרונים סוחרים בילדים. כן נטען בהקשר זה כי הסירוב לפרסם אינו בגדר הפליה של העותרת, שכן גם מפלגות אחרות שהיו מבקשות לפרסם תכנים פוגעניים

עמוד 2 מתוך 16

משכן הכנסת, קריית דוד בן-גוריון, ירושלים 9195015. العنوان: مجمع بن-غوريون, أورشليم القدس, 9195015
טלפון هاتف: 02-6753407, פקס فاكس: 02-5669855. דוא"ל البريد الإلكتروني: VadatB@knesset.gov.il

אתר האינטרנט الموقع www.bechirof.gov.il

כאלה היו נתקלות בסירוב. המשיבה בתב"כ 7/22 הוסיפה וטענה טענות סף שונות, ובפרט כי התצהיר שצורף לעתירה נגדה לא היה חתום ומאומת כדין. יצוין כי לתשובת העותרת לתגובה צורף התצהיר החתום והמאומת. כן ביקשה משיבה זו כי אורה על צירופם של אגודות או ארגונים שונים. הארגונים עצמם לא הגישו כל בקשה להצטרף להליך, ובנסיבות העניין לא מצאתי להורות על צירופם על פי בקשת המשיבה. המשיבה בתב"כ 6/22 טענה, בנוסף לאמור, כי בניגוד לנטען בעתירה – לא סירבה לפרסם את תעמולת העותרת על כלל מתקני הפרסום שלה. הודגש כי העותרת פנתה בעניין מתקן פרסום ספציפי המותקן על קיר בית המלון, וכי לפי ההסכם בין המשיבה לבית המלון אין לפרסם על גבי מתקן זה תוכן שלילי. הוטעם כי הדבר הובהר לנציג העותרת היטב וכי הוצע לה לפרסם את הקמפיין על גבי מתקני פרסום אחרים של המשיבה בירושלים, שהחשיפה אליהם דומה לזו של המתקן מושא המחלוקת. בנוסף לכך נטען כי העתירה תיאורטית, שכן מתקן הפרסום מושא המחלוקת מושכר למפרסם אחר ביחס לתקופה שלגביה פנתה העותרת. לבסוף נטען כי לעותרת אין כוונה אמיתית להתמודד בבחירות, והיא מנצלת את דיני תעמולת הבחירות לשם פרסום עמדותיה. ייאמר כבר עתה כי בתשובתה לטענה זו הצהירה העותרת כי הטענה אינה נכונה, ואף צירפה חומר המלמד על החלטתה להתמודד בבחירות.

לפי החלטתי צורף היועץ המשפטי לממשלה להליכים. עמדתו היא כי דין העתירות להתקבל ככל שהסירוב לפרסם נעוץ בתוכן הפרסומים. לפי שיטתו, המשיבות חייבות לנהוג בשוויון בין המפלגות והרשימות השונות, ובכלל זה הן אינן מוסמכות להידרש לתוכן הפרסומים, ככל שהתוכן אינו מנוגד להוראת חוק ברורה. בנסיבות מקרנו נטען כי אין מקום להתייחס לתוכן הפרסומים – ואף בעמדת היועץ המשפטי לממשלה לא הייתה התייחסות לטענות בדבר התוכן – ולפיכך סירוב לפרסם הנעוץ בתוכן הפרסום אינו יכול לעמוד. בנוסף לכך הוריתי על צירופו של בית המלון כמשיב לתב"כ 6/22, לנוכח טענת המשיבה בהליך זה כי הסעד המבוקש מנוגד לדרישת המלון שלא יפורסמו על גבי פרסומים שליליים, וכי פרסום התעמולה של העותרת על גבי המלון יגרום להפרת החוזה בינה ובין המלון. בעמדתו טען המלון כי יש לדחות את העתירה שכן המלון הוא גורם פרטי, ואין בסיס חוקי מתאים להטיל עליו חובה לפרסם תכנים בניגוד לרצונו. עוד נטען כי המלון אינו "משווק פרסום" שעליו חל איסור ההפליה, כי בחוזה עם משיבה 1 נכתב במפורש כי למלון שליטה מלאה על תכני הפרסום על גביו, כי למלון עלולים להיגרם נזקים תדמיתיים וכלכליים כבדים בעקבות פרסום התעמולה של העותרת, וכי תוכן הפרסומים מצדיק את הסירוב לפרסמם. כן ביקש המלון, היה ותתקבל העתירה, לחייב את העותרת בהפקדת סכום של מאות אלפי שקלים כערובה לפיצויו בגין נזקים כלכליים שונים.

ב. השיקול של פגיעה ברגשות

3. בפתח הדברים ובמרכזם נדון בסוגיה העיקרית המשותפת לשתי העתירות, ושאליה התייחס גם היועץ המשפטי לממשלה. לאחר מכן נתייחס לטענות הייחודיות שהועלו במסגרת תב"כ 6/22.

מטיעוני הצדדים עולה כי השאלה שניצבת בלב שתי העתירות היא זו: האם מותר למשווק פרסום להידרש לתוכן הפרסום, ולסרב לפרסם תעמולת בחירות לנוכח טענה לפגיעה ברגשות או לאופיו המבזה של הפרסום? המשיבות השיבו על כך בחיוב, וטענו כי גם לגופו של תוכן סירובן היה מוצדק. העותרת והיועץ המשפטי לממשלה חולקים על עמדה זו. המסגרת הנורמטיבית לדיון בסוגיה זו היא מצויה בסעיף 10(ב)(2) לחוק דרכי תעמולה:

”משווק פרסום לא יפלה בין מתמודדים בבחירות בכל דרך שהיא, לרבות במחיר, במועדי פרסום ובשיבוץ תעמולת הבחירות במיתקני פרסום החוצות”

חוק דרכי תעמולה פונה ישירות ל”משווק פרסום” – גורם בשוק הפרטי – ואוסר עליו להפלות בין מתמודדים בבחירות במסגרת פרסומי תעמולה על גבי מתקני פרסום חוצות. “משווק פרסום” מוגדר כ”מי שעוסק בהפעלה של מיתקני פרסום חוצות” ומתקנים כאלה מוגדרים כ”מיתקן המשמש להצגת מסרים פרסומיים מתחלפים בחוצות... וכן שילוט על גבי אוטובוס להצגת מסרים כאמור” (שם, סעיף 10(א)). החוק אינו מחייב כל מי שעונה להגדרה של “משווק פרסום” לפרסם תעמולת בחירות. ביד המשווק להחליט האם ברצונו לפרסמה אם לאו. ברם, אם בוחר הוא לפרסם תעמולת בחירות – חובה עליו להימנע מהפליית חלק מהמתמודדים. החוק מוסיף וקובע דרישות שונות שתכליתן להבטיח את האפשרות לאכוף את איסור האפליה:

”משווק פרסום המבקש להקצות בתקופת הבחירות שטח פרסום לתעמולת בחירות... ימסור הודעות למבקר המדינה כמפורט להלן: [...] (א) מספרם, מיקומם ושטח הפרסום של כל מיתקני פרסום החוצות המופעלים על ידו, במועד מתן ההודעה, בשטח המדינה כולה ובשטח כל רשות מקומית; (ב) פירוט חבילות הפרסום המוצעות על ידו לשיווק במועד מתן ההודעה ושהוצאו על ידו לשיווק בשלושת החודשים שקדמו לה, לרבות מספרם, מיקומם ושטח הפרסום של מיתקני פרסום החוצות המרכיבים כל חבילה; (ג) מחירן של חבילות הפרסום המוצעות לשיווק לצורכי תעמולת בחירות” (שם, סעיף 10(ג)).

עמוד 4 מתוך 16

משכן הכנסת, קריית דוד בן-גוריון, ירושלים 9195015 العنوان: مجمع بن-غوريون, اورشليم القدس, 9195015
טלפון هاتف: 02-6753407, פקס فاكس: 02-5669855 דוא"ל البريد الإلكتروني: VadatB@knesset.gov.il

אתר האינטרנט الموقع www.bechirot.gov.il

עולה כי משווק פרסום אינו חייב להקצות שטח פרסום לתעמולת בחירות; אך אם בוחר הוא לעשות כן, עליו לשלוח למבקר המדינה הודעות ובהן פרטים קונקרטיים הנוגעים לפרסום. תכלית ההודעות היא לאפשר אכיפה אפקטיבית של איסור ההפליה: "תותר תעמולה כאמור באופן שיבטיח גם את השוויון בין המתמודדים בבחירות ויאפשר פיקוח נאות של מבקר המדינה" (דברי ההסבר להצעת חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 17) (פרסום חוצות), התשס"א-2000, ה"ח 2927, 51). עוד עולה כי משווק פרסום צריך לשלוח למבקר המדינה הודעות לגבי שני סוגי מידע: פרטים על חבילות פרסום ששיווק בטרם תקופת הבחירות, ופרטים של חבילות פרסום המוצעות לשיווק לצורכי תעמולת בחירות. לאמור, אין חובה שתהיה חפיפה מלאה בין חבילות הפרסום הרגילות של המשווק לחבילות הפרסום המוצעות לצורך תעמולת הבחירות. המשווק יכול, למשל, להציע חבילות פרסום לצורכי תעמולת בחירות שאינן כוללות את כל המתקנים המופעלים על ידו, כך שעל האחרונים לא תפורסם תעמולת בחירות.

צא ולמד כי למשווק פרסום שיקול דעת בשני מישורים. האחד, האם להשתתף בפרסום תעמולת בחירות. השני, גם אם בחר לפרסם תעמולת בחירות – עדיין הבחירה בידו ביחס לסוג המתקנים, שטח הפרסום וכדומה. ואולם, תהיה החלטתו אשר תהיה, לאחר שהצטרף למפרסמי התעמולה ובחר במתקנים מסוימים – אלו גם אלו פתוחים לכל המפלגות והמועמדים, ואסור למשווק להפלות ביניהם.

4. השאלה המשפטית שלפנינו היא כיצד יש לפרש את הדיבר "לא יפלה" בסעיף 10(ב)(2) לחוק דרכי תעמולה. האם סירוב לפרסם תעמולת בחירות לנוכח תוכן שלגביו נטען כי הוא פוגעני או מבזה עולה לכדי הפליה פסולה? הניתוח הלשוני של הסעיף מקדם את מלאכת הפרשנות ותומך בעמדת העותרת והיועץ המשפטי לממשלה. האיסור להפלות "בכל דרך שהיא, לרבות במחיר, במועדי פרסום ובשיבוץ תעמולת הבחירות במיתקני פרסום החוצות", מלמד כי מדובר באיסור רחב ומקיף. אף ניתן להניח כי המובן הפשוט של איסור ההפליה מתייחס להבחנה בין מפלגות על סמך עמדותיהן – מתן במה למפלגה או רשימה שבה תומך משווק הפרסום והדרת מפלגות אחרות. מטבע הדברים יש קשר לא מבוטל בין עמדת המפלגה לתוכן פרסומיה. נראה אפוא שלשון החוק תומכת בפרשנות לפיה משווק הפרסום אינו יכול לסרב לפרסם תעמולת בחירות על סמך תוכנה.

יחד עם זאת, הלשון – "לא יפלה" – אינה שוללת במפורש את האפשרות להבחין בין פרסומי תעמולה על סמך תוכן הפרסום, להבדיל מזהות הגורם המפרסם. למשל, האם רשאי משווק פרסום לסרב לפרסם תעמולה בגלל תוכן פוגעני? האם לנתון זה יש נפקות? האם זה מתפקידו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לשקול שיקול שכזה? יש להודות כי אין בלשון החוק תשובה ישירה וחד משמעית לשאלות אלה. לפיכך שומה עלינו להפנות את המבט אף אל תכלית החקיקה. מדוע ייחד

המחוקק איסור הפליה קונקרטי בהקשר של תעמולת בחירות, וקבע גם מנגנוני אכיפה ייחודיים ביחס לגורמים בשוק הפרטי? האם הבחנה בין פרסומים על סמך תוכנם מתיישבת עם תכלית האיסור? התשובה מצויה בחוט המשולש הקושר בין ערכים מרכזיים בשיטתנו הדמוקרטית, שאותם נועד חוק דרכי תעמולה לבטא: שוויון, חופש ביטוי פוליטי וטוהר הבחירות.

5. הערך הראשון הוא השוויון. ערך זה עמד, בין היתר, ברקע חקיקת חוק דרכי תעמולה, ומקובל לראותו בפסיקה כאחד מעקרונות היסוד הבאים לידי ביטוי בחוק זה: "אחת המטרות המונחות ביסודה של הוראת חוק זו, המונעת 'תעמולת בחירות' בלתי מותרת בתקופה מסוימת לפני הבחירות, הינה למנוע מתן עדיפות בלתי הוגנת למועמד אחד על יריביו ולמנוע פגיעה בעקרון השוויון" (בג"ץ 524/83 האגודה למען החייל בישראל נ' המנהל הכללי של רשות השידור, פ"ד (4) 85, 96 (1983). וכן ראו בג"ץ 869/92 זילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד (2) 692, 706-707 (1992) (להלן: עניין זילי)). כמצוטט לעיל, ערך השוויון עמד גם ברקע תיקון החקיקה שבו נקבע איסור ההפליה החל על משווקי פרסום. ברם, עקרון השוויון לבדו אינו מעמידנו על מלוא עומקה של המטריה המשפטית. בל נשכח כי עסקינן בהוראת חוק החלה על גורמים בשוק הפרטי, שבו אין דרישה חזקה לשוויון בכל הקשר. אם כן, עלינו להוסיף ולשאול מהו הערך שמסתתר מאחורי ערך השוויון, מעניק לו את חיותו המשפטית ומצדיק את הטלת חובת השוויון על משווק הפרסום.

הדרישה לשוויון יכולה לנבוע מערכים שונים. כך, למשל, במסגרת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 נטועה חובת השוויון החלה על גורמים בשוק, לרבות "מי שעיסוקו בהספקת מוצר", בערך של כבוד האדם, לפחות בחלק מן ההקשרים. החוק אוסר, בין השאר, הפליה באספקת מוצרים מחמת הגזע או המין של הצרכן (שם, סעיף 3). הפליה על רקע הגזע או המין פוגעת בכבוד האדם של המופלה ולכן ישנה דרישה לשוויון. בשונה מכך, במקרה של תעמולת בחירות הבסיס לדרישת השוויון הוא חופש הביטוי הפוליטי: "עקרון יסוד עיקרי, הרלוואנטי לגיבושה של תכלית [חוק דרכי תעמולה], הוא חופש הביטוי... אחד הטעמים העיקריים להצדקת חופש הביטוי הוא בקיומו של המשטר הדמוקרטי. בלא חופש הביטוי, הדמוקרטיה מאבדת את נשמתה... מכאן התפיסה – כפי שמצאה ביטוי בדברי הנשיא שמגר, לפיה: 'אין להעלות על הדעת, שניתן לקיים בחירות במשטר דמוקרטי בלי לאפשר, עובר לקיומן, החלפת דעות ושכנוע הדדי, ובלי שיקוימו אותם בירורים ודיונים, בהם מעוצבת דעת הקהל, הממלאת תפקיד חיוני בכל משטר חופשי, יהיה זה, כאמור, בעת בחירות ויהיה זה בכל ימות השנה'" (עניין זילי, עמוד 707). בעניין זילי הוצגה הגישה לפיה לעיתים קיימת התנגשות בין ערך השוויון ובין חופש הביטוי, ולפיכך נוצר הצורך לאזן ביניהם. כך או אחרת, במקרנו העקרונות משתלבים אלה באלה. דווקא חופש הביטוי הפוליטי מחייב

להבטיח את השוויון. אם לא יובטח השוויון, תיפגע האפשרות האפקטיבית של חלק מן המתמודדים בבחירות להציע את מרכולתם הפוליטית לקהל הבוחרים.

ערך מרכזי נוסף, לצד השוויון וחופש הביטוי הפוליטי, הוא טוהר הבחירות. ודוקו, טוהר הבחירות ולא טוהר המועמד או הרשימה. הראייה רחבה וכללית. הדין מסתייג מפני הבעת עמדה לטובת מפלגה זו או אחרת שמתמודדת כחוק. טוהר הבחירות שם את הדגש על הבוחר ועל זכותו לבחור על פי הבנתו ומצפונו (ראו ע"א 4071/16 בכר נ' יריב, פסקאות 15-17 (20.02.2017); דנג"ץ 1525/15 טיבי נ' מפלגת ישראל ביתנו, פסקאות 9-10 לחוות דעתי (23.08.2017)).

6. ניתן להתייחס לעקרון השוויון, חופש הביטוי הפוליטי וטוהר הבחירות כבניין בעל שלוש קומות הבנויות זו על גבי זו. כל קומה מובילה אל זו שמעליה ומשלימה אותה. הקומה העליונה – טוהר הבחירות – היא אשר ממקדת את הדיון ומכירה בתכליות המיוחדות של הליך הבחירות בחברה דמוקרטית. המבנה בעל שלוש הקומות תומך במתן פרשנות מרחיבה למונח "הפליה" בחוק דרכי תעמולה. בהקשר של "דיני הפליות" ידועה ההבחנה בין סוגים שונים של שוויון, כגון שוויון פורמלי, שוויון מהותי, או שוויון תוצאתי (ראו למשל בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 1 לחוות דעתי (27.05.2018); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.2.2006)). מקובל לומר שבהקשר החוקתי, ולשם הגנה על זכויות חוקתיות, יש להגדיר את השוויון באופן רחב יחסית, דהיינו להכיר בהפליה שלא בהכרח הייתה מוכרת ככזו בהקשרים אחרים. כך, למשל, נקבע כי בהקשר החוקתי גם הבחנה על בסיס קריטריון לגיטימי כשלעצמו עלולה בנסיבות מסוימות להיחשב להפליה פסולה, אם בעקבות ההבחנה נוצרת תוצאה קשה מבחינת הקבוצה הנפגעת (שם, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק). ובהיקש לענייננו, גם אם נניח – ואין סיבה שלא להניח – כי המשיבות אכן פעלו מהטעם שהציגו, וסירבו לפרסם את תעמולת המשיבים אך ורק מפני שהן סבורות כי היא פוגעת ברגשות ומבזה קבוצות אוכלוסיה שונות – התוצאה היא פגיעה אפקטיבית ביכולתה של העותרת לפרסם את עמדותיה באופן מלא ביחס למפלגות אחרות. בכך יש פגיעה בעקרונות החוקתיים האמורים.

עמדה זו אומצה בפסיקת כב' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, המשנה לנשיאת בית המשפט העליון ח' מלצר. נקבע כי ככלל, סירוב של משווק פרסום לפרסם תעמולת בחירות של מפלגה המתמודדת בבחירות – במקרה שבו הוא מפרסם תעמולת בחירות אחרת – נופל בגדר המונח "הפליה" לעניין סעיף 10(ב)(2) לחוק דרכי תעמולה, וזאת ללא קשר לסיבה בגינה סרב משווק הפרסום לפרסם את התעמולה (תב"כ 11/21 שדולת הנשים בישראל נ' עיריית בני ברק (20.03.2019)). באותו עניין נדונה עתירה נגד החלטת עיריית בני ברק שלא לפרסם על גבי שלט חוצות תעמולה מטעם מפלגה,

עמוד 7 מתוך 16

משכן הכנסת, קריית דוד בן-גוריון, ירושלים 9195015 العنوان: مجمع بن-غوريون, اورشليم القدس, 9195015
טלפון هاتف: 02-6753407, פקס فاكس: 02-5669855 דוא"ל البريد الإلكتروني: VadatB@knesset.gov.il

אתר האינטרנט الموقع www.bechirof.gov.il

שבה הופיעו תמונת אישה והמילה "הדתה". יושב ראש ועדת הבחירות קבע כי "הטעם והמניע למניעת הפרסום איננו מאיין את התוצאה המפלה בין העותרות 3-4 לבין יתר המתמודדים בבחירות", זאת גם בהנחה שהקריטריון לאי-הפרסום היה רצון למנוע פגיעה ברגשות תושבי בני ברק. הסיבה לכך היא שמניעת הפרסום גורמת "להפליה בהקצאת שטחי פרסום תעמולה על מתקני החוצות שבשטחן והן מתעלמות מחשיבות השמירה על הביטוי הפוליטי במסגרת תהליך הבחירות" (שם, פסקה 47). עוד נאמר כי משטרנו החוקתי "רואה בהפליה באשר היא (לרוב ללא קשר לשאלת המניע) משום תופעה פסולה, אותה יש למגר" (שם, פסקה 46).

7. כנגד משקלם הרב של ערכי השוויון, חופש הביטוי וטוהר הבחירות הדגישו המשיבות ערכים אחרים: פגיעה ברגשות הציבור, ביזוי, והשפלה של קבוצות שלמות באוכלוסייה. לפי קו זה, משווק פרסום רשאי לבצע איזון – בכל מקרה לגופו – בין עוצמת הפגיעה ברגשות שעולה, לדעתו, מן הפרסום; ובין עוצמת הפגיעה בשוויון, בחופש הביטוי הפוליטי ובטוהר הבחירות. דא עקא, כלל משפטי כזה אינו מתיישב עם הניתוח דלעיל, ויש לשלול אותו גם משני טעמים נוספים העולים מניתוח תכליתי של הוראות חוק התעמולה.

ראשית, מתן שיקול דעת אינדיבידואלי לכל משווק פרסום אינו עולה בקנה אחד עם ההסדרים העוסקים במשווקי פרסום ובפרסום חוצות. כנזכר למעלה, ההסדר הנוגע למשווקי פרסום נועד לשמור על השוויון בין המפלגות והרשימות ביחס לפרסום החוצות, וכן להבטיח יכולת אכיפה אפקטיבית של איסור ההפליה. מטעם זה על כל משווק פרסום לשלוח למבקר המדינה שתי הודעות עם נתונים "טכניים" הנוגעים לגודל, מחיר ומיקום של מתקנים וחבילות פרסום – האחת לפני הבחירות והאחת לאחריהן (סעיף 10 ב(ג) לחוק). המטרה היא ליצור מצב שקוף וברור ביחס לאפשרויות הפרסום כדי לסייע באכיפת איסור ההפליה. מתן אפשרות לכל מפרסם לאזן אד-הוק ובצורה קזואיסטית בין מכלול הזכויות והערכים שעל הפרק אינו מתיישב עם התכלית של שוויון, שקיפות, פשטות ויכולת אכיפה אפקטיבית. מטבע הדברים, ובגדר ריאליזם פוליטי, המפלגות הגדולות והקרובות בעמדותיהן למרכז המפה הפוליטית אינן נזקקות לאיסור ההפליה. האיסור נועד להגן בעיקר על מפלגות קטנות יותר, שעל פי רוב מחזיקות בעמדות שאינן בלב הקונצנזוס ושכוחן מועט יותר. אך דווקא עמדות מפלגות אלה חשופות יותר לסירוב לפרסמן מטעמים של פגיעה ברגשות, ביזוי וכדומה. יוצא שמבחינה מעשית, קבלת עמדת המשיבות תפגע במידה רבה בתכלית של יצירת הסדר ברור שניתן לאכפו בקלות. בנוסף לכך, האיזון בין מכלול הזכויות והערכים הוא מורכב ומצריך היכרות מעמיקה עם המטריה המשפטית הרלוונטית. אין זה רצוי כי כל משווק פרסום יבצע איזון כזה בכל מקרה שבו לא יחפוץ לפרסם את תעמולת הבחירות. אף אין זה רצוי שכמעט כל סירוב יוביל לניהול הליכים משפטיים, בלי קריטריון ברור וקל יחסית ליישום של איסור ההפליה.

עמוד 8 מתוך 16

משכן הכנסת, קריית דוד בן-גוריון, ירושלים 9195015 | العنوان: مجمع بن-غوريون, اورشليم القدس, 9195015
טלפון هاتف: 02-6753407, פקס فاكس: 02-5669855 | דוא"ל البريد الإلكتروني: VadatB@knesset.gov.il

אתר האינטרנט الموقع www.bechirof.gov.il

שנית, קבלת עמדת המשיבות מצויה במתח עם יתר ההסדרים של פרסום תעמולת בחירות באמצעות שילוט ומודעות, ואף עם גבולות סמכותו של יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת. לפי ההלכה הפסוקה, אין ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית סמכות להעניק צו מניעה נגד שלט פרסומת הפוגע ברגשות. סעיף 17 ב לחוק דרכי תעמולה קובע כי "יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת רשאי, לאחר שנתן לנוגע בדבר הזדמנות להביא טענותיו לפניו, ליתן צו המונע ביצוע מעשה עבירה לפי חוק זה...". ולפי דברי חקיקה נוספים המנויים בסעיף. בדנג"ץ 1525/15 טיבי נ' מפלגת ישראל ביתנו (23.08.2017) נקבע להלכה כי מדובר ברשימת חוקים סגורה. מכיוון שחוק דרכי תעמולה או יתר החוקים אינם כוללים עילה של פגיעה ברגשות, אין ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית סמכות להוציא צו מניעה נגד תעמולת בחירות בשל עילה זו, לפחות במקרה הרגיל (תר"מ 124/21 המטה למאבק בגזענות נ' רשימת הליכוד בעיר תל אביב-יפו, פסקאות 4-5 (28.10.2018)). לפי הלכה זו, לו היו שלטי העותרת נתלים והייתה מוגשת נגדם עתירה מכוח סעיף 17 ב לחוק דרכי תעמולה מן הטעמים שהעלו המשיבות – הייתה העתירה נדחית בגין חוסר סמכות עניינית. סמכות יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, ככל שמדובר בתעמולה על גבי שלטים ומודעות (ובשונה, למשל, מתעמולה בשידורי הטלוויזיה – ראו סעיף 15א(ד) לחוק דרכי תעמולה), מוגבלת לפרמטרים צורניים יחסית, להבדיל מפרמטרים תוכניים. כך למשל מניעת תעמולת בחירות המשתפת ילדים, המתייחסת לכוחות הבטחון, תעמולה על גבי כלי טיס או שיט, דרישות צורניות שונות ביחס לגודל, מיקום ועוד (ראו סעיפים 2א-13 לחוק דרכי תעמולה. חריג מסוים לקביעה זו הוא איסור ה"הפרעה בלתי הוגנת" לתעמולה של מפלגה אחרת). באספקלריה זו, דומה כי יש לפרש גם את הסמכות למנוע "הפליה" ככזו שאינה מתמקדת בתוכן הפרסום.

לנקודה האחרונה קיים סייג חשוב. ישנם מקרים חריגים שבהם לא ניתן יהיה לכפות על משווק לפרסם תעמולת בחירות, במובן זה שסירובו לפרסם לא ייחשב להפליה. כך הוא במקרים מובהקים שבהם הפרסום אסור על פי דין. לדוגמא, שלט הקורא לפגיעה פיזית בקבוצות מסוימות. למסקנה דומה הגיע יושב ראש ועדת הבחירות בעניין שדולת הנשים. באותו עניין נקבע כי יתכנו מקרים יוצאי דופן וחריגים מאוד מטבעם, שבהם תגביל רשות מקומית תעמולת בחירות בשל "זעזוע של אמות הספים של הסובלנות ההדדית, או כאשר תוכן הפרסום מהווה עבירה פלילית מובהקת" (שם, פסקה 50). אצלנו לא נטען, לפחות לא במפורש, כי הפרסומים אסורים על פי דין. הדגש הושם בכך שהם פוגעים ברגשות ומבזים ציבורים מסוימים, אך בטענות אלה כשלעצמן אין כדי להוביל למסקנה הברורה שהפרסום – על נסיבותיו – אסור על פי דין. בהקשר זה יש משקל לא מבוטל גם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, שגם הוא הכיר בקיומו של חריג לאיסור ההפליה בדמות פרסום "המנוגד להוראת חוק ברורה". כאמור,

אצלנו לא סבר היועץ המשפטי לממשלה כי מתקיים חריג זה. עולה כי ישנה הכרה בקיומו של חריג, אך חריג זה – שאת גבולות המדויקים אין צורך לשרטט בהליך זה – אינו מתקיים בענייננו.

ג. השיקול של פגיעה כלכלית במשווק הפרסום

8. טענה נוספת שהעלו המשיבות, מעבר לפגיעה ברגשות חלקים מן הציבור, היא לפגיעה כלכלית שעלולה להיגרם להן אם יסכימו לפרסם את תעמולת העותרת. לשיטתן פרסום תעמולת הבחירות עלול להכעיס חלקים מן הציבור, באופן שיכול לפגוע במוניטין או בקשרים העסקיים שלהן. הן מדגישות את היותן גורם בשוק הפרטי – שלו בעלי מניות ומנהלים – הזכאי שלא לקחת חלק ב"קמפיין הכפשה", כלשון המשיבה בתב"כ 7/22. הן סבורות שלא ניתן לכפות עליהן לפרסם או להזדהות עם ערכי העותרת, אלא יש לכבד את שיקול הדעת הנרחב שלהן כגורם מסחרי.

התשובה לטענות אלה היא שהמשיבות הסכימו לכך בעת שבחרו לפרסם תעמולת בחירות וקיבלו עליהן את "כללי המשחק" הנלווים. נזכיר כי מהוראות חוק התעמולה שצוטטו לעיל עולה שמשווק פרסום אינו חייב לפרסם תעמולת בחירות. אם הוא בוחר לעשות כן, עליו להגיש הודעות מפורטות למבקר המדינה, ובין היתר לפרט את "חבילות הפרסום" המוצעות על ידו, כמו גם את מתקני הפרסום המופעלים על ידו. משווק פרסום אינו חייב לשלוח הודעות כאמור, וביכולתו לא לפרסם כלל תעמולת בחירות. מהוראות החוק אף עולה כי משווק הפרסום יכול לפרסם תעמולת בחירות – באופן שוויוני – רק על חלק מהמתקנים שעל גביהם הוא מפרסם בדרך כלל. למשל, על כלל המתקנים מלבד בית המלון, לנוכח הסכם פרטני עם בית המלון. אך אם בוחר הוא – מטעמים כלכליים, מן הסתם – לפרסם תעמולת בחירות על גבי מתקנים כאלה ואחרים, עליו לקבל את כללי המשחק המוכתבים מראש על ידי החוק. זוהי מעין השתתפות במכרז, תוך קבלת תנאי המכרז. אחד התנאים המרכזיים הוא חובת שוויון, ובכללה ההתחייבות לפרסם תעמולת בחירות של כלל המפלגות והרשימות, לרבות אלה שערכיהן שונים – ואפילו שונים מאוד – מאלה של משווק הפרסום. פירושה המעשי של חובה זו הוא האפשרות שמשווק הפרסום יאלץ לפרסם תכנים שהוא תופס כפוגעניים, או תכנים שעלולים לגרום לו לנזק כלכלי. כל עוד מדובר ברשימה או מפלגה שרשאית להתמודד בבחירות, ולא מדובר בחריג כגון איסור ברור על פי דין – לא יוכל המשווק להימנע מן הפרסום חרף הפגיעה שהוא סבור כי תיגרם לו. זוהי תוצאת השילוב בין בחירת המשווק לפרסם תעמולת בחירות והוראות החוק המסדירות פרסום תעמולה כזו – הוראות שההצדקות להן נעוצות בטעמים חוקתיים יסודיים.

לשם חידוד הנקודה, נציג סוגיה חוקתית מרתקת שמעוררת עניין בפסיקה מעבר לים, וטרם הוכרעה באופן סופי. בשנים האחרונות הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון בארצות הברית מספר

עמוד 10 מתוך 16

משכן הכנסת, קריית דוד בן-גוריון, ירושלים 9195015 العنوان: مجمع بن-غوريون, اورشليم القدس, 9195015
טלפון هاتف: 02-6753407, פקס فاكس: 02-5669855 דוא"ל البريد الإلكتروني: VadatB@knesset.gov.il

אתר האינטרנט الموقع www.bechirof.gov.il

מקרים, שבהם סירבה מאפייה לאפות עוגה לחתונה של בני זוג מאותו מין. בכל המקרים טענו בעלי המאפייה כי סירובם נובע מחובתם הדתית-נוצרית כפי שהם תופסים אותה, הרואה ביחסים בין בני זוג מאותו מין כמפריים איסור דתי. לשיטתם, אפיית העוגה היא בגדר תמיכה באותה עבירה דתית, ולפיכך אסורה אף היא. חלק מהמקרים טרם הוכרעו, וחלקם הוכרעו על בסיס "צר" ומקומי יחסית, תוך התייחסות לתוכן הכיתוב על גבי העוגות, ומבלי לטעת מסמרות בסוגיה הרחבה של חופש הדת מול הזכות לשוויון (ראו למשל Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm'n, 138 S. Ct. 1719 (2018); Klein v. Oregon Bureau of Labor and Industries (2019) של בית המשפט העליון במדינת אורגון: Klein v. Oregon Bureau of Labor and Industries, 289 Or. App. 507 (2017)). לענייננו חשובה נקודת המבט הבאה: הקושי להכריע בתיקים אלה מצוי בכך שמדובר במעין "משפט שלמה". יש להכריע בין מתן גושפנקא ל"הפליה" על רקע נטייה מינית, ובין הוראה לאדם לנהוג בניגוד לעיקרי אמונתו הדתית כפי שהוא תופס אותם. בחירה בערך אחד פירושה, לכאורה, דחיית הערך האחר. בשונה ממקרים אלה, בעתירות שלפנינו לא מתעורר קושי דומה. בניגוד לבעלי המאפיות, שהאפשרות לסגור לחלוטין את המאפיות אינה פתוחה בפניהם באופן ממשי – המשיבות אינן חייבות לפרסם תעמולת בחירות. אם הן סבורות כי פרסום כזה יחייב אותן לפעול בניגוד לצו מצפונן או יפגע בהם במישור העסקי, הן יכולות להמשיך ולפרסם מוצרים אחרים. לאמור, במקרים שהתעוררו בארצות הברית הקושי נובע מן המציאות המורכבת עצמה, ואילו אצלנו הקושי נובע באופן ישיר מבחירת המשיבות, בחירה שממנה היו יכולות להימנע. אך מרגע שבחרו לפרסם תעמולת בחירות נכנסו הן אל הספירה הציבורית, לפחות בהיבטים מסוימים, וביחס להיבטים אלה הכפיפו את עצמן מרצון לערכי המשפט הציבורי. ובכלל זאת – לאיסור ההפליה במסגרת תעמולת הבחירות.

המסקנה היא שמשווק פרסום אינו רשאי לסרב לפרסם תעמולת בחירות על יסוד תוכנה. זאת, למעט מקרים חריגים ביותר, למשל כשהפרסום אסור באופן ברור על פי דין. יודגש כי אין בתוצאה זו משום הכרעה קונקרטית וסופית בדבר מעמדם החוקי של הפרסומים, אלא רק קביעה כי אין המדובר במקרה מובהק או ברור שבו ניתן לקבוע כי הפרסום מנוגד לדין, באופן שמשווק הפרסום רשאי לסרב לפרסמו במסגרת תעמולת הבחירות.

מסקנה זו מובילה גם לדחיית טענת המשיבות כי לא מדובר בהפליה, מפני שגם מפלגות אחרות היו נתקלות בסירוב דומה ביחס לתכנים דומים. כאמור, המבחן המשפטי של איסור ההפליה במקרה דנן אינו מאפשר למשווק פרסום לבחון את תוכן הפרסום, לפחות ככלל ובכפוף לחריגים קיצוניים. על המשווק לפרסם את תעמולת הבחירות מבלי להעביר בשבט הביקורת את תוכן התעמולה. כך עולה בפירוש גם מעניין שדולת הנשים. גם שם הקריטריון לסירוב לפרסם שהעלתה העירייה היה תקף באותה מידה ביחס לכל מפלגה באשר היא, ולא נטען כי הסירוב נוגע דווקא לזהות המפלגה שביקשה לפרסם

עמוד 11 מתוך 16

משכן הכנסת, קריית דוד בן-גוריון, ירושלים 9195015. العنوان: مجمع بن-غوريون, اورشليم القدس, 9195015
טלפון هاتف: 02-6753407, פקס فاكس: 02-5669855. דוא"ל البريد الإلكتروني: VadatB@knesset.gov.il

אתר האינטרנט الموقع www.bechirof.gov.il

את שלט התעמולה. למרות זאת נקבע כי מדובר בהפליה, וכי אין לקבל עמדה המבחינה בין פרסומים על סמך תוכנם, ולו באופן "שוויוני".

כעת, ולאחר שדנו בסוגיה המרכזית המתעוררת בתיקים אלה, נדון בקצרה בטענות פרטניות שהעלתה משיבה 1 בתב"כ 6/22.

ד. טענות נוספות

9. העותרת טענה בתב"כ 6/22 כי "המשיבה שלפנינו מסרבת בכל תוקף לפרסם את שלטי התעמולה של המפלגה, על מתקני הפרסום השייכים לה". בתגובה לעתירה טענה המשיבה כי הטענה אינה נכונה, וכי לא סירבה לפרסם את הקמפיין על כל מתקני הפרסום, אלא רק על מתקן הפרסום הספציפי שמוקד על גבי קיר בית המלון. לטענת המשיבה, ביחס למתקן פרסום ספציפי זה קיים הסכם בינה ובין המלון, לפיו לא יפורסם על גבי פרסום שלילי או כזה העלול לפגוע ברגשות הציבור. עוד נטען כי "הדבר הובהר לנציג העותרת ברחל ביתך הקטנה ועל כן הוצע לעותרת לפרסם הקמפיין על גבי שלטים אחרים של המשיבה בעיר ירושלים (בכפוף להוראות הדין), לרבות מתקני פרסום עירוניים... ואשר החשיפה אליהם אינה נופלת (אם לא עולה) על החשיפה לשלט זה". העותרת, בתשובה לתגובה זו, לא הכחישה את דברי המשיבה, ואף אישרה כי "אכן, עניין לנו רק במתקן פרסום יחיד". המשיבה סבורה כי בנסיבות אלה לא ניתן להגדיר את סירובה כהפליה, וזאת משני טעמים. ראשית, שכן הוצעו לעותרת חלופות אחרות ושוות ערך. שנית, שכן ביחס למתקן הפרסום הספציפי קיים הסכם האוסר את פרסום תעמולת הבחירות.

דין הטענה הראשונה – קיום חלופות – להידחות. כאמור, סעיף 10(ב)(2) לחוק דרכי תעמולה אוסר במפורש על הפליה "בכל דרך שהיא, לרבות במחיר, במועדי פרסום ובשיבוץ תעמולת הבחירות במיתקני פרסום החוצות". מדובר באיסור גורף, החל גם על "שיבוץ תעמולת הבחירות במיתקני פרסום", דהיינו הקצאת מתקן פלוני למפלגה אחת ומתקן אלמוני למפלגה אחרת, מלכתחילה ועל דרך העקרון. החוק שולל אפוא את העמדה של "מתקן פרסום נפרד אבל שווה". ניכר כי תכליתה של הוראה זו בצידה. מתן אפשרות להבחין בצורות כאלה ואחרות בין מפלגות פותח פתח להפליה ביניהן הלכה למעשה. כפי שהודגש לעיל, אחת מתכליות ההסדר היא לא רק לשמור על השוויון, אלא גם לאכוף את ההוראה הזו באופן אפקטיבי.

ודוקו, המשיבה אינה יכולה ליהנות מהטענה שהעותרת בחרה שלא לפרסם את תעמולתה על גבי המתקנים החלופיים שהוצעו לה, הגם שמן החומר עולה כי חלופות כאלה אכן הוצעו לה. אף אין

זה מעלה או מוריד כי העותרת טענה שנמנע ממנה מלפרסם את תעמולתה באופן כללי, כאשר עולה כי דווקא יכלה לפרסמה, אם כי באופן אחר מזה שרצתה. מבחינה משפטית החוק עומד לצידה של העותרת, שרשאית לא רק לפרסם תעמולה אלא גם לעשות זאת בשטח ובאופן שבו יכולות לעשות זאת יתר הרשימות – למשל על גבי קיר המלון. זהו הדין ואין בהתעקשותה של העותרת, ככל שהייתה ומטעמיה, שלא לפרסם תעמולה על גבי חלופות שהציעה המשיבה כל עוד לא הוכרעה הסוגיה לגבי מתקן הפרסום הספציפי, כדי לגרוע מדרישת הדין לאפשר לעותרת לפרסם גם על גבי המתקן הספציפי.

10. הטענה השנייה נוגעת לחוזה שנכרת בין משיבה 1 בתב"כ 6/22 ובין בית המלון. לנוכח טענה זו של המשיבה הוריתי על צירוף המלון כצד להליך. המלון, בתגובתו, אישר את דבר קיומו של ההסכם, וטען אף הוא כי מתן הסעד המבוקש בעתירה מנוגד לחוזה שנחתם בינו ובין המשיבה. מכיוון שגם לשיטת המשיבה הטענה הנוכחית נועדה לשמור, בעיקרו של דבר, על האינטרס של בית המלון, אתייחס לטענות כפי שהוצגו על ידו.

טענה אחת של המלון היא כי הוא אינו "משווק פרסום" ולכן לא חל עליו איסור ההפליה. מבחינה לשונית נטען כי "משווק פרסום" הוא מי שמפעיל "מיתקני פרסום" (סעיף 10ב(א) לחוק דרכי תעמולה), ואילו על גבי המלון תלוי מתקן בודד. מבחינה תכליתית נטען כי המלון, מטיבו, הוא גורם פרטי ולא עסק לפרסום שלטי חוצות. בהמשך לקו זה טען המלון כי לא מתקבל על הדעת להחיל את איסור ההפליה גם ביחס לשלטי חוצות התלויים על גבי נכסים פרטיים. אין לקבל עמדה זו. המלון, כשלעצמו, אכן אינו עוסק בפרסום שלטי חוצות, ובמהותו אין הוא "משווק פרסום" במסגרת עסקיו הרגילים. ברם, המלון התקשר עם המשיבה בהסכם לפרסום חוצות על גבי קירותיו. בכך הפך הוא – לעניין אותו מתקן פרסום – לשותף של המשיבה. בהיבט זה הוא ו"משווק פרסום" פועלים בצוותא לעניין פרסום חוצות לפי הגדרת החוק.

בעניין שדולת הנשים הועלתה ונדחתה טענה דומה. באותו עניין דובר על מתקן של משווקת פרסום, שבמסגרת הסכם עם העירייה התחייבה להימנע מכל פרסום ללא אישור העירייה. העירייה טענה כי היא אינה בגדר "משווק פרסום" כהגדרת חוק דרכי תעמולה. יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית קבע כך: "[העירייה], המגבילה את שיקול הדעת של [משווקת הפרסום] להתקשר בהסכמים לשיווק שטחי פרסום, ומותירה בידיה את הזכות לאשר, או לשלול כל התקשרות שהיא בהקשר זה – נחשבת כמי ש'מפעילה שטחי פרסום'... הותרת סמכות כה משמעותית בידיה של [העירייה] ביחס לזהות הגורמים עמם רשאית [משווקת הפרסום] להתקשר מלמדת כי [העירייה ומשווקת הפרסום] מפעילות יחדיו את מתקני פרסום החוצות" (שם, פסקה 40. ההדגשה במקור). הדברים יפים גם לענייננו. למעשה שולט המלון לחלוטין על הפרסום בידי משווק הפרסום, ובנסיבות אלה יש לראותם כמפעילים יחדיו את

מתקן פרסום החוצות. בכך שהמלון הוא גורם פרטי אין רבותא, והרי גם המשיבה היא גורם פרטי. ברגע שפעלו – יחדיו ואף בהסכמה – לשם פרסום תעמולת בחירות, קיבלו על עצמם את כלל השוויון, ואין בכך משום סתירה או פגיעה בקניינם בניגוד לדין. יצוין כי המלון לא טען שסירב לפרסם על גבי קירותיו תעמולת בחירות באשר היא, או כי לא היה מודע כלל לבחירה לפרסם תעמולת בחירות. כל שטען המלון בהקשר זה הוא כי מותר לו, כגורם פרטי, לשלוט לחלוטין על תוכן המידע המפורסם על גביו, ולסרב לפרסם את תעמולת העותרת על רקע תוכנה.

באמור לעיל יש כדי לדחות אף את טענת המלון כי ההסכם בינו ובין המשיבה גובר על הוראות החוק. מרגע שבחרו המלון והמשיבה לפרסם תעמולת בחירות – מבלי להחריג את קירות המלון מההודעה שנשלחה למבקר המדינה בעניין זה – הרי שההסכם ביניהם כפוף להוראות הדין החלות עליהם. אגב, על פני הדברים אי-ידיעת הדין של אחד הגורמים אינה מהווה פטור מכוחו המחייב של החוק. מטעם זה אף אין לקבל את הטענה בדבר נזק כלכלי שעלול להיגרם למלון, טענה שלצידה הוגשה בקשה לחייב את העותרת בהפקדת ערובה. הדברים פורטו לעיל ביחס לטענה דומה מצד המשיבה, ואין צורך לחזור עליהם. כזכור, גורם בשוק הפרטי הבוחר – משיקולים מסחריים – לפרסם תעמולת בחירות, מקבל על עצמו את החובות הקבועות בדין ביחס לפרסום תעמולת בחירות, לרבות חובת השוויון. הוא נוטל על עצמו לפרסם גם תוכן שעשוי להיות מנוגד לערכיו, או לגרום לפגיעה במוניטין שלו. יוער בהקשר זה כי בתגובה לתלונות של צרכנים, יכולים המלון והמשיבות להסביר להם כי הברירה אינה ביד המפרסמים (לפחות מרגע שביקשו לפרסם באופן כללי תעמולת בחירות), וכי מצוות הדין היא לפרסם תעמולת בחירות באופן שוויוני. בכך שונה אולי המצב ממקרים אחרים שתוארו בעמדת המלון ובעמדת יתר המשיבות, שלא עסקו בתעמולת בחירות ובדיניה. קשה לדעת אם נתון זה יוכל לסייע להם, אך דומה שיש בו כדי לרכך במידה כזו או אחרת ביקורת אפשרית שיפנה קהל הצרכנים כלפי המשיבות.

11. טענה נוספת שהעלתה משיבה 1 בתב"כ 6/22 היא כי מדובר בעתירה תיאורטית, שכן בתקופה שבה רצתה העותרת לפרסם את תעמולתה על גבי המלון השטח כבר הושכר לחברה פרטית. בעקבות טענה זו הוריתי על צירוף הסכם ההתקשרות הנטען. מהסכם זה עולה כי ההתקשרות עם החברה הפרטית נעשתה לאחר הסירוב לפרסם את תעמולת העותרת, כך שבמועד הרלוונטי היה השלט פנוי להשכרה. לכן טעם זה לא עמד ביסוד הסירוב, ואין בטענה זו להוביל לייתור ההכרעה בעתירה. עוד עולה כי במועד הנוכחי תמה ההתקשרות בין החברה הפרטית למשיבה. האחרונה לא הגישה הודעת עדכון בקשר למצב השלט, ולא נטען כי הוא מושכר כרגע. מכל מקום, וגם לנוכח הצורך להכריע בסוגיות המתעוררות במסגרת תב"כ 7/22, ראוי כי ההכרעה תהיה תקפה גם ביחס לתב"כ 6/22 – לאו דווקא ביחס לסד הזמנים המקורי שהתייחר זה מכבר, אלא כהוראה למשיבות להימנע מהפליית העותרת ביחס לשלטים ולמתקני הפרסום מושא העתירות בהמשך תקופת הבחירות. זאת, במובן של טיפול בפניותיה

עמוד 14 מתוך 16

משכן הכנסת, קריית דוד בן-גוריון, ירושלים 9195015 العنوان: مجمع بن-غوريون, أورشليم القدس, 9195015
טלפון هاتف: 02-6753407, פקס فاكس: 02-5669855 דוא"ל البريد الإلكتروني: VadatB@knesset.gov.il

אתר האינטרנט الموقع www.bechirof.gov.il

והשכרת המתקנים באופן שבו נעשה הדבר ביחס לרשימות אחרות, ובכפוף לתעריפים וליתר התנאים שבהם מוצעים המתקנים ליתר הרשימות.

12. לפני סיום, אין מנוס מהתייחסות לשני סוגי טענות שהעלתה העותרת שוב ושוב במסגרת הליך זה. הראשון – בתגובות, בקשות והודעות שונות הלינה העותרת על לוחות הזמנים שנקבעו לשם הגשת תגובות יתר הצדדים, ועל פרק הזמן הדרוש להכרעה. השני – נטען כי העותרת חויבה, לראשונה בהיסטוריה ובניגוד לדין, "להצהיר, כי היא מתעתדת או אינה מתעתדת להגיש רשימת מועמדים". היעדר התייחסות לטענות אלה עשוי לתת רושם שיש לקבל את הסתייגויות העותרת, ולא היא. זאת גם בשל הממדים העקרוניים של העניין.

אשר לטענה בדבר אורך ההליך. סד הזמנים להכרעה בעתירות נעוץ במידה רבה באופן התנהלותה של העותרת, ובפרט אי-פרישת התשתית העובדתית הרלוונטית. כמצוטט לעיל, העותרת טענה בתחילה כי הפרסומים מטעמה נמנעים באופן גורף. בתגובה לכך טענה משיבה 1 בתב"כ 6/22 כי מדובר במתקן בודד, וכי טעם הסירוב בענייננו נעוץ בפגיעה האפשרית במלון. עוד נטען כי הוצעו לעותרת חלופות פרסום רבות ודומות. העותרת בתשובתה לא הכחישה את האמור, ולכן רק בשלב זה נדרש היה לקבל את תגובת המלון, כצד שעלול להיפגע מן ההכרעה בעתירות. לו הייתה העותרת מגלה בעתירתה את העובדות הרלוונטיות, דהיינו כי הסירוב אינו כללי אלא נעוץ בעמדת המלון בנוגע למתקן ספציפי, ניתן היה להורות על צירוף המלון כבר בשלב זה, באופן שהיה מוביל לקיצור סדי הזמנים באורח ממשי.

מעבר לכך, מוכן אני להניח כי העותרת מעוניינת לפרסם את תעמולתה מהר ככל שניתן. ברם, ההכרעה השיפוטית או המעיין-שיפוטית, כידוע, דורשת לתת לצד שכנגד ולנוגעים בדבר הזדמנות להביע את עמדתם. טיב העניין אף מצדיק לצרף את היועץ המשפטי לממשלה להליך, לנוכח מעמדו. אי-מתן זכות טיעון לגורמים אלה עלולה להוביל לכך שבסופו של דבר יהיה צורך לעכב את ביצועה של החלטה שניתנה, לשם שמיעת גורמים שעלולים להיפגע ממנה וקולם לא נשמע בהליך. זוהי דוגמא לכך שלעיתים הדרך הקצרה היא הדרך הארוכה.

נקודה שנייה עניינה טענת העותרת כאילו נפגעה זכות יסוד שלה, בעת שהוטל עליה להצהיר אחת מבין שתיים – כי היא עומדת להגיש רשימת מועמדים או כי אין היא עומדת להגיש רשימה כזו. העותרת סבורה כי הוראה כזו פגעה ביכולתה לנהל משא ומתן עובר להגשת רשימות המועמדים, למשל בחינת האפשרות לרוץ ברשימה משותפת או ב"בלוק טכני". דא עקא, ובניגוד לטענת העותרת, לא ניתנה כל החלטה בדבר הצהרה כאמור. כל שנקבע בהחלטה הרלוונטית הוא כי "העותרת תגיש עד

לתאריך 29.7.2019 תשובה לטענות משיבה 1 בפרקים ב, ג ו-ה בתגובתה. לתשובה יצורף תצהיר לאימות האמור". זאת, כעולה מסעיפים 8-9 להוראות הבחירות (דרכי תעמולה) (סדרי הדין בבקשות ועררים), התשע"ה-2015. לא ניתנה כל החלטה בקשר לתוכן התשובה או התצהיר, ופשיטא שמצופה היה כי תוכן התשובה ותצהיר ישקפו את העובדות כהוותן. אם לטענת העותרת היא טרם החליטה במועד האמור האם ואיך להגיש רשימת מועמדים, זה מה שהיה עליה לכתוב ולהצהיר. הא ותו לא. אין אפוא יסוד להסתייגותה הקשה בהקשר זה.

13. סוף דבר, דין העתירות להתקבל במוכן הבא: ניתן בזאת צו המונע ממשיבות 1 בשתי העתירות, וכן ממשיבה 3 בתב"כ 6/22, לסרב לפרסם את נוסח השלטים המפורטים בסעיף 1 לעיל. יובהר כי הפרסום יהיה בכפוף לתנאי הפרסום הרגילים של משיבות אלה, כפי שהם מוצעים ליתר הרשימות המתמודדות בבחירות, ובהתאם להודעות שנשלחו לפי סעיף 10ב(ג)(1).

משיבה 1 בתב"כ 6/22 ביקשה בבקשתה מיום 4.8.2019 לאסור את פרסומם של נתונים מסחריים שונים שצורפו לתגובת המלון. עיון בנתונים מלמד כי הפרטים הכספיים המדויקים אינם רלוונטיים להכרעה בעתירות דנן, וכי אכן מדובר בנתונים כספיים שיכולים לעלות לכדי סודות מסחריים. בנסיבות אלה אני נעתר לבקשה. צו איסור הפרסום הארעי שהוצא ביום 5.8.2019 ביחס לנתונים האמורים – ייוותר על כנו וייעשה לצו קבוע. יובהר כי אין באמור כדי לפטור את המשיבות מחובותיהן על פי חוק דרכי תעמולה, ובפרט לעניין פרטי ההודעות שעליהן לשלוח למבקר המדינה לפי סעיף 10ב(ג) לחוק.

בנסיבות העניין, משיבה 1 בתב"כ 6/22 ומשיבה 1 בתב"כ 7/22 תשלמנה לעותרת – כל אחת מהן – הוצאות ושכר טרחת עורכי דין בסך של 4,000 ש"ח.

ניתנה היום, ה' באב תשע"ט (06.08.2019).

ניל הנדל

שופט בית המשפט העליון
ממלא מקום יושב ראש ועדת הבחירות
המרכזית לכנסת ה-22

עמוד 16 מתוך 16

משכן הכנסת, קריית דוד בן-גוריון, ירושלים 9195015 العنوان: مجمع بن-غوريون, أورشليم القدس, 9195015
טלפון هاتف: 02-6753407, פקס فاكس: 02-5669855 דוא"ל البريد الإلكتروني: VadatB@knesset.gov.il

אתר האינטרנט الموقع www.bechirot.gov.il