

51  
6-נגד  
13

קובלנה פלילית

בית משפט השלום בירושלים



(הקובל)

- בעז ניצן ת.ז. 51455558

מרח' הרצל 11 נס ציונה 74084

טל בית 08-9407331, עבודה 08-9272941

- נגד -

- ד"ר אילנה דיין אורבך ת.ז. 13315155

מרח' הרימון 160 שורש

- שידורי קשת בע"מ

(הנאשמים)

מרח' ראול וולנברג 12 רמת החיל ת"א

### קובלנה פלילית

#### הצדדים

**תקובל:** אזרח אשר צפה בתוכנית "עובדה עם אילנה דיין" ששודרה ביום 21.1.13, ערב יום הבחירות לכנסת ה-19. הקובל פנה לוועדת הבחירות המרכזית, עוד במהלך השידור, בבקשה לקבוע כי מדובר בשידור תעמולת בחירות אסורה. יו"ר וועדת הבחירות כבוד שופט בית המשפט העליון אליקים רובינשטיין קבע בתבי"כ 54/19 מיום 17.2.2013 בעז ניצן מ שידורי קשת (להלן: ניצן - קשת) כי בתוכנית שודרה תעמולת בחירות מובהקת.

#### הנאשמים

- ד"ר אילנה דיין אורבך [להלן גבי דיין] עורכת ומגישה של התוכנית הנושאת את שמה.  
- חברת שידורי קשת בע"מ [להלן קשת] זכיינית הערוץ השני שבמסגרתה שודרה התוכנית.

#### האישום

ד"ר אילנה דיין אורבך מואשמת בזה כי ביום 21 לינואר 2013, החל מסביבות השעה 22:00 בערב, שידרה במסגרת התוכנית "עובדה עם אילנה דיין" תעמולת בחירות אסורה, באופן המנוגד לסעיף 129 לחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), התשכ"ט 1969 - [להלן **החוק**].

שידורי קשת בע"מ מואשמת בשידורים אסורים של תעמולה מפלגתית - עבירה לפי סעיף 46(א) (1) ו (3) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו התשי"ן 1990 (להלן: "**חוק הרשות השנייה**") וכן בעבירה לפי סעיף 129 לחוק. שידורים אלו מוגדרים כעבירה בסעיף 95(א) לחוק הרשות השנייה. אחריותה הפלילית של שידורי קשת בע"מ קבועה בסעיף 23 לחוק העונשין הקובע את היקף אחריותו הפלילית של תאגיד.

מעיון בע"א 1237/10 אילנה דיין נ' סרן ר' או למודים כי גב' דיין אינה מתנערת מאחריות מוחלטת לתוכן המשודר בתוכנית 'עובדה עם אילנה דיין'. נצא מהנחה כי כך פני הדברים גם בתוכנית 'עובדה' שבמרכז קובלנה זו. גב' דיין מובילה התוכנית במשך שנים רבות ומזוהה איתה יותר מכל.

### הרקע להגשת הקובלנה

יו"ר וועדת הבחירות כבוד השופט רובינשטיין, לאחר שצפה בקלטת התוכנית, קבע בעניין ניצן-קשת הנ"ל "כי בתכנית שודרה תעמולה מובהקת, מפי בכירי רשימות, זו בעיני בעייתיות מובהקת שבכבשון התעמולה".

ביום 6.3.13 פניתי במכתב ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה להעמיד לדין את גב' דיין על סמך החלטתו של כבוד השופט רובינשטיין בעניין ניצן-קשת הנ"ל. ביום 2.4.13 הודיעני היועץ המשפטי כי בקשתי הועברה לפרקליט המדינה. פרקליטות המדינה טרם מסרה עמדתה בעניין.

מתוך מודעות לאורך הדחוף להרגיע כתבים ועורכים בתקשורת האלקטרונית, עוד בטרם תתרגש עלינו מערכת בחירות נוספת, החלטתי לממש הזכות שמקנת לי סעיף 68 לחוק סדר הדין הפלילי ולהגיש קובלנה פלילית נגד גב' דיין ושידורי קשת. בהקשר זה ראוי לצטט את דבריה של כבוד השופטת נתניהו בבש"פ 3503/91 אבי שוברט נ' שאול צפירר מו (4) 136, עמוד 148: "ויתרה מכך: בעבירות מסוימות, שיש בהן פגיעה בציבור כולו, מעורבותו של הפרט דווקא, כקובל פרטי, דרושה בעיני המחוקק לשם השלטתו של החוק (כמו למשל בענייני הבחירות ואיכות הסביבה)".

עובדות והנמקות

- 1 לשאלה האם התוכנית 'עובדה' כוללת מרכיב דומיננטי של תעמולת בחירות אסורה המתגבשת לכלל עבירה לפי סעיף 129 לחוק נשיב על סמך צפייה בקלטת התוכנית ואו ע"י קריאת התמליל המצורף בנספח ב'.
- 2 ניתן ואולי אף חובה לאמץ את החלטת יו"ר וועדת הבחירות המרכזית, כבוד השופט רובינשטיין, שצפה בקלטת התוכנית וקבע באופן חז' משמעי שבתוכנית שודרה תעמולת בחירות. בקשתי מיו"ר הוועדה, להחליט האם התוכנית כוללת תעמולת בחירות, היא סוג של בקשה ל"סעד" הנתון בלעדית לסמכות יו"ר וועדת הבחירות. בפרשנותו לסעיף 137 לחוק קבע הנשיא ברק בפרשת חרות התנועה הלאומית [2] : "על-כן עד כמה שקביעתו של סעיף 137 לחוק הבחירות כי "שום בית משפט" לא יזקק לסעדים הקבועים באותה חוראה, מתפרשת כשוללת את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק, אין היא חוקתית, והיא בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בית-המשפט הגבוה לצדק. היא תופסת כמובן לעניין כל בתי-המשפט האחרים". למיטב זימנתי הנאשמים לא ערערו על החלטתו של יו"ר וועדת הבחירות בפני בג"ץ.
- 3 מאחר וקיים ספק באשר לפרשנות של סעיף 137 ביחס למקרה הנדון מצאנו לנכון לשוב ולפרט העובדות. חשוב להדגיש: החלטתו המנומקת של כבוד השופט רובינשטיין בעניין ניצן-קשת, המצורפת בנספח א', היא הבסיס האיתן של קובלנה זו.
- 4 בטרם נפרט העובדות חשוב להאיר מספר נקודות שאמורות להיות נר לרגלי כל המבקש לקבוע עמדתו לגבי התוכנית.
  - א. תעמולת בחירות מוגדרת ע"י הנשיא ברק בפרשת זוילי [1] : "ככלל, כל שידור שעיקר עניינו או אופיו השפעה על הבחירות, או העשוי להתפרש על-ידי הצופה ככזה, וכן כל שידור שעיקר עניינו יצירת אהדה, או הסתייגות, כלפי גופים או אנשים המתמודדים בבחירות, ייחשב 'תעמולת בחירות', ואין לשדרו".
  - ב. מדובר בהשפעה על כל סוגי הצופים ולא דווקא על הצופה הסביר. כדברי הנשיא ברק בפרשת זוילי : "על מאזין כלשהוא (בין רגיל וממוצע ובין חריג ויצא דומ)".
  - ג. כוונת עורכי המישדר אינה קובעת אם יוגדר כתעמולה אם לא, כדברי הנשיא ברק בפרשת זוילי: "אפילו לא נתכוון המחבר לשידור שעיקר עניינו השפעה, אך הלכה למעשה זו התוצאה, לפנינו תעמולת בחירות".
  - ד. תוכנית שלדעת מחבר השידור נכנתה באופן מאוון לחלוטין, עלולה להתפרש באופן לא מאוון בתודעת הבוחר. חוסר האיוון בתודעת הבוחר משמעותו השפעה על הבוחר. הערה: כל שנכתב במסמך זה בנושא האיוון בשידור לא נכתב אלא לצורך הסברת הרציונל שמאחורי סעיף ג' לעיל.

ה. התוכנית עמוסה במידע מגוון ומורכב על מפלגות רבות. יש להניח שחלק מהצופים אינו מסוגל לקלוט ולהפנים כמות כזאת של מידע באופן שיצור בתודעתו את אותו איוון אליו כיוונו עורכי התוכנית. הצופה, בניגוד לעורך (ולבית המשפט), אינו יכול לראות התוכנית שוב ושוב ולכן נשאר עם הרושם הראשוני שעפ"י לא מאוזן.

5 ביום 21 לינואר 2013 בסביבות השעה 22:00, ערב יום הבחירות לכנסת ה-19, פתחה גבי דיין את התוכנית "עובדה עם אילנה דיין" במילים: **"שלוש ערב טוב לכם, פחות מ 10 שעות לפני פתיחת הקלפיות, אנחנו עם משרד בחירות מיוחד"**. משפט פתיחה זה אינו משאיר ספק בדבר מודעותה של גבי דיין למועד בו משודרת התוכנית. משפט פתיחה זה מייחד לחלוטין את הצורך לדון בשאלת המועד המדויק בו צולם ונערך המשדר, וכן בשאלת היות המשדר שידור חי או מוקלט.

6 בהמשך המשדר מוצגים לצופה קטעי ראיונות עם פוליטיקאים בכירים וראשי מפלגות, שהוקלטו במהלך התודשים האחרונים של מערכת הבחירות. תמלול חלקי של קטעים אלו מצורף בנספח ב' לקובלנה זו. המשדר כלל ראיון ארוך ומקיף עם הסופר דויד גרוסמן. תמליל הראיון מצורף גם הוא בנספח ב'. תקליטור המכיל את המשדר במלואו נמסר ע"י חברת שידורי קשת לוועדת הבחירות המרכזית. כמו כן ניתן לצפות במשדר כולו באתר החברה ([www.mako.co.il](http://www.mako.co.il)).

7 באחד ממשפטי הפתיחה לתוכנית אומרת גבי דיין: **"בבחירות האלה ינצח ככל הנראה איש אחד וזמנו בנימין נתניהו"**. בהמשך אומר הכתב איתי אנגל **"השמאל שפעם הפחיד ופעם נתן פייט כבר לא באמת יכול לנצח"**. בהתאם לפרשנות שנתן השופט העליון חשין בתב"מ 23/01 סיעת ישראל אתת נ' מעריב [5], למושג "תעמולת בחירות", יש להכרזה על מנצח עתידי, בטרם נסגר הקלפיות, השפעה על הבחור ולכן הכרזה זו של גבי דיין מהווה תעמולת בחירות מובהקת. הוודאות המוחלטת בניצחון גוש הימין עולה בתוכנית מספר רב של פעמים חן ע"י הקריין שמלווה את הצילומים וחן ע"י הבררן שמופיע במספר קטעים.

8 בחלקה הראשון של התוכנית מוצגים לצופה צילומים וקטעי ראיונות עם פוליטיקאים בכירים בנושא **"המאבק" בין 'הליכוד' ו'חבית היהודי'**. בצילומים מוצגים קטעים מביקור של נפתלי בנט בכפר דרוזי ומביקור של השר גדעון סער בכפר ערבי. דבריהם של בנט, השר סער ודברי שאר המצולמים הם דברי תעמולה במובן הקלאסי של המילה המופנים גם כלפי בוחרים מהמגזר הדרוזי והערבי. לדוגמא: נפתלי בנט אומר **"הציבור חכם, הציבור מבין שעם ישראל זה הבית היהודי"** ובהמשך **"נכון, אין לנו מועמד דרוזי ברשימה, אז אני מתנדב, אני המועמד הדרוזי"**. ונכבד ערבי אומר: **"המגזר התחיל להבין שהשמאל זה לא הכתובת שלנו, זה לא אנחנו, זה לא שיביא לנו את התקווה, את הדברים שבאמת אנחנו צריכים"**

- 9 גדעון סער, אז שר החינוך מטעם הליכוד, מצולם כשהוא אומר: "בסופו של דבר זאת (הבית היהודי) רשימה סקטוריאלית. אגב, רשימה סקטוריאלית שמחצית ממנה, בתקנון שלה, קובעת כפיפות לוועד רבנים כאורגן עליון של המפלגה, שקובע גם את הדרך של הרשימה וגם את הרכב הרשימה, שזה במהותו של דבר לא שונה מהמפלגות החרדיות". אין בסמוך וגם בהמשך התוכנית תשובה מטעם 'הבית היהודי' לתעמולה שלילית זו. הקטע בו מתייחס נפתלי בנט להופעתו בתוכנית הומוז'ארץ נהדרת' וכן דבריו בביקור בכפר דרוזי אינם יכולים להוות איזון מהותי לדבריו הקשים של מר סער – יתכן שמשך השידור דומה אבל איזון אין פה. "שוויון והוגנות היו כעמוד האש וכעמוד העגן להנחותנו יום ולילה, ולא נתיר לסטוּת מהם לא הימין ולא השמאל" ממכתבו של יו"ר וועדת הבחירות לכנסת ה-16, כבוד השופט חשין לקובל מיום 18.2.2001.
- 10 עוד בחלקה הראשון של התוכנית קטעים מצולמים מאסיפת בחירות של הליכוד, בה מדבר שר החוץ אביגדור ליברמן על הניצחון הצפוי: "שלא יהיה שום ספק, אנחנו הולכים להוביל מדינה גם בארבע שנים הבאות".
- 11 בהמשך התוכנית, נחת הכותרת של גבי דיין: "שלי יחימוביץ וציפי לבני ב 4 דקות", נשאלת יו"ר מפלגת העבודה שלי יחימוביץ: "לשמוע אותך אומרת ששלום וגבולות זה הסחת דעת שנוחה לימין – זה מפריע לי. זה נראה לי קטן מדי, זה נראה כאילו משאירים את השלום ללבני ונשארים רק עם השיח החברתי כלכלי". מדובר בשאלה הכוללת ביקורת קשה נגד מפלגת העבודה. אני שידור תשובתה של גבי יחימוביץ מעלה יותר מספק לגבי כוונת עורכי התוכנית, ובראשם גבי דיין, לשמור על איזון מהותי. למעשה שלי יחימוביץ מוצגת בתוכנית כשהיא אוכלת פופקורן, מכינה קפה ומתאפרת, אבל אינה אומרת כמעט דבר בנושאים מהותיים המעסיקים את הציבור ואינה מתייחסת לביקורת שהוטחה בה. נסיף לכך את דברי הסיפור גרוסמן בחלקה השני של התוכנית, על כך שמפלגת העבודה "מתנכרת" לשלום, והרי לנו תעמולה, מאוד שלילית, נגד מפלגת העבודה.
- 12 דרישת האיזון הנגזרת מעקרון השוויון, אין פירושה איזון רק במשך השידור המוקצה לכל צד. אין איזון מהותי כאשר צד אחד מוצג "כמתנכר" לשלום ועונה באכילת פופקורן. אין איזון כשצד אחד מוצג כמפלגה חרדית ועונה בשיחה על הופעתו 'בארץ נהדרת'.
- 13 בחלק השני של התוכנית מקיימת גבי דיין עם הסופר המפורסם דויד גרוסמן, דיון ארוך ומעמיק באחת הסוגיות המרכזיות של קיומנו בארץ – העימות עם העם הפלסטיני. מר גרוסמן, המוצג ע"י דיין "כקול הגדול והמזוקק של השמאל הישראלי", מרצה, בעזרת שאלות מנחות של גבי דיין, את משנתו הסדורה של השמאל הישראלי לגבי אופן הפתרון הרצוי לעימות עם הפלסטינים, ובמקביל מציג באור שלילי את מפלגות הימין והמרכז.

- 14 אילו היה מדובר בהצגה טהורה של עמדת השמאל לגבי הצורך בשלום, היה נוצר קושי קל להגדיר את הראיון כתעמולה בחירות. כבוד השופט רובינשטיין מציג עמדתו באומרו בעניין ניצן-קשת בעמ' 4 "ונייתן לטעון כי גם "אנטי" רשימה או מועמד, כמסר הברוד שבפי מר גרוסמן, הוא תעמולה: אולם לא יתכן לידי ספק כי למצער מצוי הראיון על קו הגבול ממש". אלא שעיון מעמיק בראיון תוך הסתמכות על דברי הנשיא שמגר בפרשת זווילי: "פשוט וברור הוא, כי זו כוללת הספה ישירה למען מפלגה או רשימה פלוגיות או תקיפתה הביקורתית של מפלגה או רשימה פלמוניות מבין אלה המתמודדות בבחירות", מגלה שהראיון חצה את גבול חמותר והפך לתעמולה אסורה.
- 15 מר גרוסמן מתבל משנתו בנושא העימות עם הפלסטינים, בביקורת קשה חן על ראש הממשלה והן על מפלגת העבודה. כדוגמא לביקורת זו אציין ביטויים כגון: "יש לנו גם ראש ממשלה שהוא ממש אשף בבילבול ובחישה ביחד של הסכנות הממשיות עם ההדים של הטראומות ההיסטוריות..." "נורא קל לתת לפחד להנהיג אותנו..." "כולנו הפסדנו, ארבע שנים, ארבע שנים הפסדנו. ארבע שנים שאין בהם שום התקדמות..." "זאת דרך חידלון הדרך הזאת..." "אנחנו לא מוכנים לקחת אפילו סיכון מחושב..." "אני כן בטוח שהדרך של ממשלות ישראל האחרונות הייתה דרך לא נכונה." אמירות אלה הן תעמולה בחירות מובהקות.
- 16 הגדיל מר גרוסמן לעשות בביקורת הקשה שהטיח במפלגת העבודה: "... זה אפילו מופרך לחשוב שמפלגת העבודה שבמשך כל כך הרבה שנים היא הייתה הבית של כל כך הרבה אנשים שוהרי שלום שהיא עכשיו מתנכרת לזה". יש לזכור שמפלגת העבודה מתמודדת מול שאר המפלגות על קולות בוחריו השמאל ואמירה כזו עלולה לפגוע בה קשה. טול אזרח המתלבט בין הצבעה למפלגת שמאל או למפלגת העבודה. סביר שהראיון עם גרוסמן עשוי להכריע את הכף לטובת מפלגת שמאל, שעמדתה מייצגת באופן משכנע ביותר, בעוד שעמדתה של יו"ר העבודה בנושא זה לא משודרת כלל. הקובל מעיד על עצמו, כי הראיון גרם לו התלבטות קשה בנוגע לעמדה חיובית שהחל לגבש כלפי מפלגת העבודה בתקופה שלפני הבחירות.
- 17 למען חסר ספק, אין אנו טוענים שלגי דיין הייתה כוונה נסתרת לתמוך במפלגת שמאל כלשהי כנגד מפלגת העבודה, אבל צופה סביר (ולבטח יוצא דופן) עלול להבין כך את הדברים. לו היה הראיון משודר חודש לפני הבחירות לא היה נגרם כל נזק לחופש הביטוי. את הפגיעה בעקרון השוויון ניתן היה לרפא בזמן שנותר עד הבחירות בדרך של הבאת עמדת הצד השני.
- 18 אין בתוכנית אפילו בדל של ידיעה חדשותית (על המסך מופיעות מדי פעם כתוביות בסגנון צולם לפני שבועיים ב... ). אין מדובר בחשיפה של פרשיות שתיוות. אין כל חדש בדעות המדיניות והפוליטיות שבאו לידי ביטוי בתוכנית, למעט העובדה שהוצגו בצורה רהוטה. אין מדובר בתוכנית סאטירה ואין כל אפקט אומנותי אחר.

- 18.1 הכרעה בשאלה: האם המשדר כולל תעמולת בחירות, תיעשה בתאם למדד שהתווה הנשיא ברק בבג"ץ ניסים זילי [1]: "כי תעמולת בחירות הינה רק אותו ביטוי שהאפקט הדומיננטי שלו הוא בהשפעתו על הבחור ושאינו לו אפקט דומיננטי אחר, כגון אפקט אמנותי. על-כן, שידור שיש לו ערך חדשותי, אין לראות בו תעמולת בחירות, שכן ערכו הדומיננטי אינו בהשפעה על הבחור, אלא במסירת מידע חדשותי".
- 18.2 אין מקום להשתמש, דווקא ביום הבחירות, בזכות לחופש ביטוי לצורך הגנה על ביטוי שלא נזקק להגנת שכו בשאר ימות השנה. "כאשר מזוהר בביטוי שלא "נתפש" על-ידי הראצינאליים לחופש הביטוי, אפשר שהדבר יתבטא בהיקף ההגנה המשפטית על אותו ביטוי." דברי השופטת דזרנר בבג"ץ קידום יזמות ומו"לות [6]
- 19 חשוב להדגיש כי המוטיב הדומיננטי בראיין אינו הצורך בשלום, אלא הדרך המדינית הנכונה, לדעת גרוסמן, להשיג את השלום. דיון על הצורך בשלום הוא דיון לגיטימי בכל עת. הדרכים השונות להגיע לשלום מהוות את נושא המחלוקת העיקרי בין המפלגות השונות. הצגת הדרך לשלום, באופן חד צדדי, על פי השמאל מהווה אם כן תעמולת בחירות מובהקת. למשנתו של מר גרוסמן מקדישה התוכנית כעשרים דקות. המסר המרכזי של מר גרוסמן – מפלגות הימין והמרכז אינן מוכנות לקחת סיכונים בטחוניים ופוליטיים למען השלום. אף לא אחד מנציגי המפלגות האחרות המופיעים בתוכנית מנסה להתמודד עם הביקורת שמשמיע גרוסמן. מתן במה לצד אחד בלבד, עשר שעות לפני פתיחת הקלפיות, באחת השאלות המרכזיות המעסיקות את הציבור בארץ, מהווה השפעה בלתי הוגנת על הצופים ופוגעת קשות בעקרון השוויון.
- 20 טוענים הנאשמים כי גבי דיין שאלה "שאלות קשות ומאתגרות" המאזנות את דבריו של מר גרוסמן. אכן, משקל השאלות יכול להיות כבד אף מהתשובות, אילו היו שאלות למשל עיני שר הביטחון או ראש הממשלה, אבל כשהשואלת היא אילנה דיין משקלן קטן בעיני אותם הצופים, שאינם מכירים את איכותם של מרבית שידוריה. שאלותיה של גבי דיין קצרות בזמן, מורכבות וקשות להבנה ("השקפת עולם הרמטית"), זאת לעומת התשובות שהן ארוכות בזמן, בשפה קולחת וציורית המובנת לכל אדם. לכל שאלה ניתנה תשובה עניינית.
- 21 בעריכת הראיין עם מר גרוסמן נעשה שימוש ציני בשכול שעה שבמצע הראיין נוקרן קטע המציג תמונות של בנו של גרוסמן שנפל בקרב במלחמת לבנון השנייה. לצא מהנחה שניתנה הסכמה, והקטע אינו בניגוד לסעיף 22 לחוק הבחירות (דרכי-תעמולה) התשי"ט 1959: "לא ייעשה שימוש בתעמולת בחירות בשמו או בזמותו של איש כוחות הביטחון שנמצע או שנהרג עקב היותו איש כוחות הביטחון...". אלא שכל בר דעת יודע, שבציבור הישראלי, לדעתם של הורים שכולים משקל מוסרי כבד מזה של אזרח מן השורה בנושאי שלום ובטחון. לא מן הנמנע שגבי דיין הוסיפה קטע זה במטרה לתת משנה תוקף לדבריו של מר גרוסמן.

נימוקי החביעה

- 22 יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, כבוד השופט רובינשטיין, קבע בעניין **ניצן-קשת** באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי בתוכנית "עובדה" עם אילנה דיין מיום 21.1.13 שודרה תעמולת בחירות אסורה בניגוד לסעיף 129 לחוק.
- 23 כבוד השופט נימק החלטתו, באופן שאינו מותיר מקום לספק באשר לקיום יסודות העבירה הקבועה בסעיף 129 לחוק ע"י האתראים לשידור בחברת "שידורי קשת", ובכללם העיתונאית ד"ר אילנה דיין.
- 24 ראוי לציין כי גב' דיין הפרה גם את הנחיות יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, כבוד השופט רובינשטיין, מערב יום הבחירות (21.1.13), באופן המנוגד לסעיף 17 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה). חוק זה לא נמצא בתוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] 1982 ולכן אינו יוצר אישום בקובלנה זו. עם זאת הפרת החוק מצביעה על עומק הזלזול בחוק מצד הנאשמים.
- 24.1 נזכיר שבהנחיות הני"ל, שנשלחו למנהלי אמצעי התקשורת, נאמר: **"מצויים אנו ביום האחרון לתעמולת הבחירות, וכל דברי אנשי המערכת הפוליטית יהיו שידורי תעמולה, באופן הבלט ביותר"**. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית מסביר לאנשי התקשורת, ברחל בתך הקטנה, מהן שידורי תעמולה אסורה ביום האחרון לבחירות. טענה של הנאשמות כי לא סברו באותה עת כי התוכנית, אשר מציגה את דברי אנשי המערכת הפוליטית, היא תעמולה אסורה, מוטב שלא תשמע כלל לאחר הנחיה ברורה זו.
- 25 פה המקום להדגיש, כי אין חזכות לחופש ביטוי יכולה להקים לטאשמות חגנה בעניין שידורי תעמולה אסורים ערב הבחירות. כאמור איסור שידור תעמולה ערב הבחירות קבוע בחוק ראשי, אשר תכליתו למטרה ראויה ונעלה. פגיעת בטוהר הבחירות היא פגיעה ביסוד הדמוקרטי של מדינת ישראל, יסוד עליו מושתתים זכויות האזרח, כולל הזכות לחופש ביטוי. ללא בחירות הוגנות, שוויוניות וחופשיות מהשפעה בלתי הוגנת, נשמט הבסיס לחופש הביטוי.
- 26 הנאשמות טוענות כי שמרו על איזון ונתנו מקום לרשימות שונות בתוכנית, ולכן לא מדובר בשידור תעמולה אסורה. כבוד השופט רובינשטיין דחה טענה זו במספר נימוקים. ראשית קבע כבוד השופט כי אין עניינו של האיסור הקבוע בסעיף 129 באיזון: **"אלא שאין עניינו באיזון אלא – במקרה דנא – באיסור גורף וספציפי של המחוקק לגבי ליל הבחירות ויומו"**. (פסי' ח' לחלטה בעניין **ניצן-קשת**) כבוד השופט רובינשטיין מבקר את טענת הנאשמות ומסביר כי הן אינן מבחינות בין האיסור הקבוע בסעיף 129(א) לחוק הבחירות (תעמולה) לבין האיסור שבסעיף 129 לחוק. ר' לענין זה גם החלטת כבוד השופט רובינשטיין בתב"כ רוני וינקלר נ' רשות השידור (מצורף בנספח ג) – **"המחוקק דרש במועד זה 'ידום שתיקה' תעמולתי"**



26.1 שנית, כבוד השופט רובינשטיין קובע כי גם לגופו של עניין, אין בתוכנית איזון אשר יכול לרפא את התעמולה האסורה: "לשיטת המשיבה עצמה התכנית נועדה להשפיע על הבוחרים, אף כי תוך הצגת המגוון בפניהם, והרי לכל אחד מנציגי הרשימות שרואיינו- והיו אלה בכיריהן (וכמובן היו רשימות שלא רואיינו) – היה מסר "אנא הצביעו בעבורנו", והיא נוסח דבריהם אשר יהא, מדובר בתעמולת בחירות...". במאמר מוסגר נעיר, כי אפילו היו מצליחות הנאשמות להוכיח כי התמלאת דרישת האיזון בתוכנית, אין בכך לשמש להן הגנה מפני האישום בעבירה נשוא קובלנה זו.

#### תכליתו של סעיף 129

27 מן הממורסמות הוא שחלק מהציבור מחליט על אופן הצבעתו רק בערב שלפני הבחירות, וחלק אף מחליט על הצבעתו רק מאחורי הפרגוד. סעיף 129 לחוק נועד למנוע השפעה בלתי הוגנת על חלק זה של הציבור ("הקולות הצפים") ומכאן החשיבות לקיימו ככתבו וכלשונו. סעיף 129 לא נועד להגן על "האותורים השרופים", אותם בוחרים שגיבשו דעתם זמן רב לפני הבחירות ולתעמולת הבחירות אין כל השפעה על החלטתם.

28 אותם "קולות צפים" קולטים מאמצעי התקשורת, במהלך החדשים שלפני הבחירות, מידע אקראי על כל המפלגות. מאחר ומדובר במידע אקראי לאורך זמן רב הריחו בחזקת "רעש לבן" המפולג אחד בזיכרונו של הבוחר, כלומר על כל מפלגה נקלט מידע חיובי ושלילי באופן מאוזן. הבוחר "הצף" אינו מגבש דעתו אלא בשעות שלפני ההצבעה. קליטה של מידע חדש, חד צדדי, באותן שעות משבשת את האיזונים במוחו של הבוחר ותביא לשיבוש החלטתו. גם שידור של מידע מאוזן משבש דעתו של הבוחר, מאחר ואין ערבות שהמידע הובן ונקלט באופן מאוזן ע"י הבוחר.

29 המחוקק הבין כי באותן שעות אחרונות שלפני ההצבעה, יש למנוע כל בדל של השפעה על הבוחר. איזון בשידור בין המועמדים ואיזון בין הדעות השונות לא יצליח למנוע השפעה על הבוחר, ולכן נקבע האיסור המוחלט. על מטרת חוקי הבחירות עמד הנשיא ברק בצטטו את דברי ח"כ ורהפטיג בדיון על הצעת החוק: "בחירות בהן יכול הבוחר להביע דעתו בקלפי כבן-חורין, כאדם שבא לידי החלטה והכרעה ומצביע בהתאם לצו מצמונו."

30 המחוקק בסעיף 15 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה) קבע מנגנון של איזון בזמן כאשר כל מתמודד מצג משנתו כמיטב הבנתו ועל אתריותו. מאחר ואיזון כזה לא יכול להתקיים בשידור, שאינו במסגרת שידורי התעמולה, אסר המחוקק תעמולה בתקופה שלפני הבחירות- סעיף 5 לחוק הנ"ל, ואסר לחלוטין כל סוג או ניצוץ של תעמולה בליל וביום הבחירות- סעיף 129 לחוק. על השפעת הקרבה ליום הבחירות אומר הנשיא ברק בפרשת זילי: "אך טבעי הוא, על-כן, כי לגודם הזמן תהא השפעה חשובה".

31 בעוד שבתקופת הבחירות המוגדרת בסעיף 5 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה) מצאו המחוקק והפסיקה את האיזון הראוי בין עקרון השוויון לעקרון תופש הביטוי, הרי בסעיף 129 לחוק נותן ביטוי חד משמעי להעדפת השוויון בין המתמודדים על פני תופש הביטוי. הבנת המחוקק את הצורך בשוויון מוחלט בין המועמדים ביום הבחירות, בצירוף ההבנה ששוויון כזה מחייב איזון מוחלט בשידור, איזון שאינו ניתן להשגה בעולם של תקשורת אלקטרונית, היא שגרמה למחוקק לקבוע בסעיף 129 איסור גורף על כל סוגי התעמולה כדרך היחידה להשגת שוויון בין המועמדים. נחזור ומדגיש כי בתגובה לטענת הנאשמים כי התוכנית מאוזנת קבע השופט רובינשטיין: "אלא שאין ענייננו באיזון אלא- במקרה דנא - באיסור גורף וספציפי של המחוקק לגבי ליל הבחירות ויומו".

32 חשוב להדגיש כי סוגי תעמולה, כגון "אספות, תהלוכות, רמקולים", עליהם אין כל מגבלה בתקופת הבחירות המוגדרת בסעיף 5 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), אסורים לחלוטין עיי סעיף 129 לחוק בשל החשיבות במניעה מוחלטת של כל השפעה על הבוחר בליל הבחירות ויומו. זהו אם כן תבדל מהותי בין סעיף 5 הנ"ל לסעיף 129 לחוק.

#### היסוד הנפשי למיטב הבנתי

33 עבירה לפי סעיף 129 לחוק היא עבירה התנהגותית ולכן אין צורך להוכיח השפעה בפועל על הבוחר, אלא רק את עצם שידור התעמולה. בתוכנית עובדה שודרה ותעמולה מובהקת וכבר עמדנו על תיאור העובדות לעיל. לעניין זה נביא מעט מקביעתו של כבוד השופט רובינשטיין: "... והיא נוסח דבריהם אשר יהא, מדובר בתעמולת בחירות... על כן לא הייתה תכנית זו אמורה להיות משודרת כל עיקר, וההפעלה של סעיף 129".

34 משפט הפתיחה לתוכנית כפי שצוטט בסעיף 5 לעיל אינו משאיר ספק בדבר מודעותה של גבי דיין לנסיבות העבירה, היינו- למועד בו משודרת התוכנית.

35 היסוד העובדתי בעבירה הוא עצם שידור התוכנית (רכיב התנהגותי), בליל הבחירות (רכיב נסיבותי). היסוד הנפשי הינו מודעות לטיב המעשה ולנסיבות - שידור העוסק בדברי מועמדים ובסוגיות הנמצאות במחלוקת בין המתמודדים לכנסת, בליל הבחירות.

36 מודעות האדם הסביר לכך שקיימת וודאות קרובה שהשידור עלול להשפיע על הבוחר אינה נדרשת בעבירה התנהגותית. הנשיא ברוק מסכם הנושא בבג"ץ עידו אלבה [4]: "מודעות משמעותו יחס של הכרה כלפי היסודות העובדתיים שבעבירה. היסוד הנפשי של מודעות מתייחס לטיב המעשה, לקיום הנסיבות, ולאפשרות "הגרימה של התוצאה" (בעבירות תוצאה). היסוד הנפשי של כוונה - כלומר, יחס נפשי של רצון כלפי גרימת התוצאה האסורה שבעבירה - מתייחס אך לתוצאות המעשה. על-כן, בעבירה התנהגותית - כלומר, בעבירה שבין יסודותיה לא נמנית תוצאה האסורה (כגון מוות חבלה, נזק - אין מקום לכוונה".

- 37 הנאמר בסעיף 32 לתשובת הנאשמים ליו"ר הוועדה כי התוכנית "נועדה לסייע לצופים לקבל החלטה מושכלת ביום הבחירות" מצביעה על כוונה ברורה להשפיע על הבחור. קיום יסוד נפשי של כוונה יכול לסייע אך אינו נחוץ להרשעה. הנתיית יו"ר ועדת הבחירות מיום 21.1.13 לא מותירה מקום לספק בדבר מודעות הנאשמות כי הן שידרו תעמולה אסורה. היותה של גב' דיין ד"ר למשפטים ומרצה למשפט ותקשורת באוניברסיטה ת"א מעצימה את יסודות העבירה.
- 38 יודגש, כי אין העבירה בענייננו כוללת מרכיב של תוצאה ועל כן אין צורך להוכיח את השפעת התעמולה ששודרה בתוכנית "עובדה" על הבחור הפוטנציאלי. עם זאת, ראוי להעיר כי הנאשמות מודות כי כוונתן הייתה להשפיע על הבחור (ר' פסי' ו' להחלטתו של כבוד השופט רובינשטיין).
- 39 מבלי לגרוע מהאמור לעיל קיים בליבנו ספק באשר לסיווג העבירה שבסעיף 129 לחוק. מערכת הבחירות קצרה בזמן ועמוסה באירועים והפרות של החוקים המגדירים את המותר והאסור בתעמולת הבחירות. מדובר בעבירות חוזרות ונישנות בעלות מאפיינים דומים. מטרת המחוקק לשרש עבירות אלה, במידת האפשר, עוד במהלך מערכת הבחירות, זאת על מנת להבטיח שמירה קפדנית ועילה על שוויון וטוהר הבחירות. לצורך הבטחת אכיפה פשוטה ועילה נקבעו עבירות אלה ללא התייחסות ליסוד הנפשי. חיוב התביעה להוכיח כוונה פלילית אצל נאשמים בעבירות מסוג זה יעמיס עליה עומט כבד ממשוא. (ראה דברי הנשיא אגרנט בדנ 11/65 אהרון גדסי [7] ודברי הנשיאה ביניש ברעפ 26/97 חיים לקס [8])
- 40 לשון סעיף 129 לחוק אינה כוללת כל התייחסות ליסוד הנפשי, ולאור האמור לעיל אין צורך להוכיח מודעות הנאשמים לכך שהתוכנית עלולה הייתה להשפיע על הבחורים. לצורך הרשעה ניתן להסתפק בכך ששידורו מרצונם בערב הבחירות תוכנית העוסקת בבחירות. סעיף 129 נחקק לפני תיקון 39 לחוק העונשין ואין פסיקה הנוגעת לסיווגו.
- 41 על סמך דברי הנשיא ברק בפרשת שבט[3] "נדרש יחס נפשי לטיב הפיזי של ההתנהגות. לא נדרש כי העושה יהא מודע לכך כי מעשהו מהווה "הפרת אמונים", או כי מעשהו פוגע בערכים שהאיסוד הפלילי נועד להגן עליהם", (בענייננו תעמולת בחירות), ועל סמך תכלית החוק אנו טוענים כי מודעות לעובדה שהשידור כלל דברי מועמדים לכנסת בנושאים הקשורים לבחירות, וכן כלל דיון בסוגיות הנמצאות בלב תוויכוח הציבורי, מהווה יסוד נפשי מספק לצורך הרשעה בפלילים כשהוא משולב במודעות למועד השידור.

שידורי קשת

42 מדברי התודה שהרעיפה גבי דיין בתוכנית סיום העונה (ששודרה ביום 27.5.13) על חברת קשת ומנכ"לה, תוך ציון הגיבוי המלא לו זכתה מהם לאורך כל השנה אנו למדים על היותה של קשת שותפה באחריות לתוכן המישדר. אחריותה הפלילית של קשת מתגבשת לאור הקבוע בסעיף 23 לחוק העונשין הקובע את היקף אחריותו הפלילית של תאגיד.

ענישה

43 רק מיצוי הליכים עם עיתונאית בכירה יכלום את השימוש הציני שעושים שדרים ועורכים במשאב ציבורי מוגבל כבשלהם. לאור כל הנאמר לעיל הדרך היחידה למנוע הישנות מקרים דומים בעתיד היא עונש מרתיע של מאסר על תנאי לזקופה של 5 שנים כקבוע בסעיף 52 ב (2) לחוק העונשין לגבי עבירת בחירות.

43.1 על שידורי קשת יש להטיל כפל קנס כקבוע בסעיף 95 לחוק הרשות השנייה.

עדים: - אין

דברי חוק ואסמכתאות

- [1] בגצ 92 / 869 ניסים זילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עש מו (2) 692
- [2] בגצ 03 / 212 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, כבוד השופט מישאל חשין נ (1) 750, עמוד 756
- [3] זנפ 03 / 1397 מדינת ישראל נ' שמעון שבס נ (4) 385, עמוד 422
- [4] עפ 95 / 2831 הרב עידו אלבה נ' מדינת ישראל נ (5) 221, עמוד 300
- [5] תבמ 01 / 23 סיעת ישראל אחת נ' מעריב אינטרנט בע"מ נה (3) 174
- [6] בגצ 93 / 606 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור מו (2) 1, עמוד 12
- [7] דנ 65 / 11 אהרן גדיסי נ' היועץ המשפטי לממשלה כ (1) 57
- [8] רעפ 97 / 26 חיים לקס נ' מדינת ישראל נב (2) 673, עמוד 693

בעז ניצן