

ק"פ 52373/06/13 - בעז ניצן נגד ד"ר אילנה דיין אורבך, שידורי קשת בע"מ

בית משפט השלום בירושלים

ק"פ 52373-06-13 ניצן נ' אורבך ואח'
בפני כב' השופטת חנה מרים לומפ
קובל בעז ניצן
נגד
נאשמים
1. ד"ר אילנה דיין אורבך
2. שידורי קשת בע"מ

החלטה

בפני בקשה לביטול כתב אישום שהוגש נגד הנאשמות במסגרת קובלנה פלילית.

כללי

- נגד הנאשמות הוגשה קובלנה ובה יוחסו להן עבירות לפי סעיף 129 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969 (להלן: "**חוק הבחירות**") בצירוף סעיף 126(6) לחוק.
 - כתב הקובלנה נסב על תכנית "עובדה עם אילנה דיין" ששודרה ביום 21 בינואר 2013 על-ידי נאשמת 1 מגישת התוכנית, ונאשמת 2 היא זכיינית הערוץ השני בו שודרה התכנית. טענת הקובל היא, כי התכנית, ששודרה ערב יום הבחירות לכנסת ה-19 לאחר השעה 21:00, הכילה תכנים שהם תעמולת בחירות מובהקת, באופן הנוגד את הוראת סעיף 129 לחוק הבחירות.
 - כתב הקובלנה נסמך, בין היתר, על החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19, כב' השופט רובינשטיין, שניתנה ביום 17 בפברואר 2013 (תב"כ 54/13-נספח א' לכתב הקובלנה) בעקבות מכתב תלונה שהפנה הקובל לוועדת הבחירות המרכזית, ובה קבע כב' השופט רובינשטיין כי **בתכנית שודרה תעמולת בחירות אסורה**.
 - כפי הנטען בכתב הקובלנה, בתכנית הוצגו קטעי ראיון עם פוליטיקאים בכירים מגוונים שונים של הקשת הפוליטית, שנשאו דברי תעמולה המכוונים לבוחר, כאשר לחלקם לא הובאה תגובת הצד שכנגד, באופן המפר את האיזון המהותי בהצגה הוגנת ושוויונית של מגוון העמדות הפוליטיות. כך למשל, הטיחה דיין בשלי יחימוביץ', יו"ר מפלגת העבודה, ביקורת שהשמיעה מבלי שהובאה תגובתה לדברים.
- זאת ועוד, בתכנית שודר ראיון רחב יריעה עם הסופר דוד גרוסמן בנוגע לעימות הישראלי פלסטיני, תוך שהוא פורט את משנתו ומציג באור שלילי את מפלגות הימין והמרכז. דברי הביקורת שהשמיע גרוסמן בריאיון לא זכו לתגובה מצד אף אחד מנציגי המפלגות האחרות. נוכח קביעתו כי בתוכנית שודרה תעמולת בחירות, לא מצא כב' השופט רובינשטיין צורך להכריע בשאלה האם הריאיון כשלעצמו מהווה תעמולת בחירות, אך ציין כי: **"לא ייתכן לדידי ספק כי למצער מצוי הריאיון על קו הגבול ממש"**.

- הקובל טוען, כי אין בכתבה משום תוכן חדשותי ואסור היה לשדרה ערב יום הבחירות, כדברי כב' השופט רובינשטיין, **"כל דברי אנשי המערכת הפוליטית יהיו שידורי תעמולה, באופן הבולט ביותר"**. אין התכנית

משקפת איזון ראוי בין הרשימות השונות, מאחר שלא כולן קיבלו את הבמה לפרוט את משנותיהן או להגיב על הביקורת שהוטחה מצד הפוליטיקאים שזכו לזמן מסך. לא זו אף זו, ממילא קבע כב' השופט רובינשטיין כי: "...
אין ענייננו באיזון אלא - במקרה דנא - באיסור גורף וספציפי של המחוקק לגבי ליל הבחירות ויומו".

6. בהסתמך על החלטת כב' השופט רובינשטיין פנה הקובל ביום 6 במרץ 2013 ליועץ המשפטי לממשלה, בבקשה כי יעמיד לדין את הנאשמות בגין שידור תעמולת בחירות בניגוד לדין. ביום 23 בפברואר 2014 שלחה פרקליטות המדינה, באמצעות דואר אלקטרוני, את תוכן תשובת היועץ המשפטי לממשלה לבקשת הקובל, לאחר שגנזה את התיק מבלי ששלחה לקובל את התשובה בניגוד להוראת סעיף 63 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1982.

כפי האמור בתגובה, ביום 23 במאי 2013 ניתנה החלטת המשנה לפרקליט המדינה (דאז), מר יהושע למברגר לפיה: **"אין מקום לפתוח בחקירה משטרתית לגבי התלונה וניתן היה להסתפק בסנקציה המנהלית שהושתה על "שידורי קשת" הכוללת קנס בסך 10,000 ₪" (ר' נ/1).**

7. ביום 22 באפריל 2014, בעקבות פניית באי-כוח הנאשמות, כתבה פרקליטות המדינה מכתב נוסף, המפרט את הטעמים בגינם הוחלט שלא לפתוח בחקירה פלילית נגד הנאשמות. בתשובה זו, דומה, נוספו נימוקים על אלו שפורטו בכתב התשובה הראשוני וצוינו בה מספר טעמים:

- א. בתכנית הושמעו מגוון עמדות פוליטיות של מועמדים שונים ממספר מפלגות.
- ב. יו"ר ועדת הבחירות הטיל על שידורי קשת תשלום הוצאות (להבדיל מקנס מנהלי בתשובה המקורית) בסך 10,000 ש"ח לטובת אוצר המדינה.
- ג. שיקולי יעילות ואינטרס ציבורי.

טיעוני הצדדים

8. הצדדים הגישו לבית המשפט מיני טיעונים שנשטחו באריכות וגררו תגובות טרחניות מכאן ומכאן. להלן עיקריהם:

עיקר טענות הנאשמות

9. לטענת הנאשמות, הקובל לא היה רשאי להגיש קובלנה פלילית מכוח סעיף 129 לחוק הבחירות. סעיף 129 אינו בגדר עבירה לפי חוק הבחירות שכן הוא אינו מצוי בפרק י"א לחוק הבחירות שהוא פרק העונשין. לא ניתן לקבל פרשנות לפיה מכוח סעיף 126(6) הופכת גם הוראת סעיף 129 לעבירה פלילית.
10. סעיף 126 מפרט בסעיפים קטנים 1 - 5 את העבירות שדין מאסר שישה חודשים או קנס. סעיף 126(6) מוסיף גם כי "המפר הוראה מהוראות חוק זה שלא נזכרה בפרק זה" - גם הוא דינו מאסר שישה חודשים או קנס.
11. ואולם, לא ניתן לקבל פרשנות לפיה מכוח סעיף 126(6) הופכות כל הוראות חוק הבחירות לעבירה פלילית, אלא יש להחילו על הוראות קונקרטיות כגון אלו הקבועות בסעיף 116(ד) או 130(א) לחוק.
12. פרשנות שכזו, כך לטענת הנאשמות, היא בלתי סבירה וסותרת את עקרון החוקיות.
13. סעיף 5 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט- 1959 (להלן: "חוק התעמולה") אוסר לקיים

תעמולת בחירות ב- 60 הימים קודמים לבחירות. סעיף 17 לחוק התעמולה קובע עונש של שישה חודשי מאסר או קנס בגין הפרת הוראה זו. לפיכך, טוענות הנאשמות, לא ניתן לקבוע עבירה נוספת בחוק אחר בגין אותו מעשה, שכן ישנה חפיפה בתקופות הזמן בהן חלים שני האיסורים. חוק התעמולה אינו נמנה על החוקים בגינם ניתן להגיש קובלנה פלילית לפי חוק סדר הדין הפלילי, וסעיף 18 לחוק התעמולה, מאפשר הגשת קובלנה פלילית רק על-ידי הגורמים המנויים בו ומכאן יש ללמוד כי אין לאפשר את ניהול הקובלנה בענייננו, שכן היא חותרת תחת כוונת המחוקק.

14. התוכן ששודר בתוכנית לא עולה כדי תעמולת בחירות. מדובר בתכנית עיתונאית עם אפקט חדשותי ותרבותי, בה הוצגו עמדות פוליטיות מכל קצות הקשת הפוליטית באופן מאוזן ושוויוני. אף אם מדובר בתעמולת בחירות, יש לפטור את הנאשמות מאחריות פלילית, שכן מדובר ב"זוטי דברים".

15. עוד טוענות הנאשמות, כי יש להורות על ביטול כתב הקובלנה מכוח דוקטרינת "הגנה מן הצדק", שכן הקובל הגישו ממניעים פוליטיים צרים. לדידן, חמתו של הקובל התעוררה בעקבות הריאיון עם דוד גרוסמן, אשר הביע תמיכה גורפת במצע הפוליטי של מפלגת מרצ. התנהלות הקובל מלמדת על רצונו לרדוף את הנאשמות, כאשר הקובל הגיש את הקובלנה עוד טרם התקבלה תשובת היועץ המשפטי לממשלה ביחס לבקשתו להעמיד את הנאשמות לדין.

16. ברע"פ 1955/12 נמרי נ' נמרי (פורסם בנבו 9.5.13) קבע בית המשפט, כי החלטת הפרקליטות שלא לנהל הליך פלילי חוסמת את האפשרות להגיש קובלנה פלילית בגין אותו מקרה.

17. הקובל לא הוכיח כי הוא נפגע באופן אישי משידור התכנית. הקובלנה נועדה להגן על האינטרס הציבורי, ברם אין להשתמש בקובלנה הפלילית ככלי לניהול מאבקים ציבוריים.

18. החלטת כב' השופט רובינשטיין, עליה מושתת כתב הקובלנה, היא בבחינת עדות מפי השמועה ומשכך אין היא יכולה לשמש ראיה בהליך הנוכחי.

19. בשם חופש הביטוי העיתונאי, יש להימנע מלהרשיע בדין הפלילי עיתונאיים המבצעים עבודתם במסגרת חופש הביטוי וחופש העיתונות.

עיקר טענות הקובל

20. המפר את האיסור הקבוע בסעיף 129 לחוק הבחירות עובר עבירה פלילית מכוח הוראת סעיף 126(6) לחוק הבחירות.

21. אין דינה של החלטת כב' השופט רובינשטיין כדין פסק דין של שופט, שהוא בבחינה עדות מפי השמועה כאשר מוגש הוא כראיה לעיונו של שופט אחר. החלטתו נסמכת על קלטת התוכנית, היא אינה כוללת בחינה של מהימנות עדים וראיות ומשכך אין מדובר בעדות מפי השמועה, ואף לא מתקיימים הרציונאליים לפסלות עדות שכזו.

22. זאת ועוד, ההחלטה היא בבחינת "תעודה ציבורית" כהגדרתה בסעיף 29 לפקודת הראיות, תשל"א-1971. הילכך, ניתן להגיש כחריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה.

23. אין ממש בטענת הנאשמות, לפיה כתב הקובלנה הוגש ממניעים פוליטיים. בניגוד לטענת הנאשמות, הקובל אינו משתייך למחנה הימין. כתב הקובלנה מבוסס על מגוון סוגי תעמולה, מימין ומשמאל. התמקדותו הראשונית של הקובל בראיון עם הסופר גרוסמן נעוצה בדברי הגב' דיין קודם לראיון, לפיהם מדובר ב"קול נדיר

משמאל...הקול הגדול והמזוקק של השמאל הישראלי" שהם לדידו בבחינת תעמולת בחירות פר אקסלנס.

דין

הקובלנה הפלילית

24. הכלל הוא, כי אכיפת החוק הפלילי ומיצוי הדין עם עבריינים מסורה בידי המדינה. האפשרות להגיש קובלנה משמשת חריג לכלל זה. עניינה של הקובלנה מוסדר בסעיפים 68-73 לחוק סדר הדין הפלילי, המבטאים את רצון המחוקק לאפשר לפרט את מיצוי זכויותיו עם מי שפגע בו. סעיף 68 לחוק מתיר לכל אדם להגיש קובלנה בגין עבירות המנויות בתוספת השנייה לחוק. מדובר ברשימה סגורה של עבירות, אשר המכנה המשותף לחלקן הארי הוא היותן נושאות סממנים של סכסוך אזרחי בין המזיק לניזוק (ע"פ 2124/91 רון נ' כור תעשיות בע"מ פ"ד מז(5) 289, 296)(להלן: ע"פ רון).

25. **"כללו של דבר, נראה כי מוסד הקובלנה הפלילי נועד לתת מענה לסוג מסוים ומוגדר של עניינים פליליים, הנוגע לתחום היחסים שבין אדם לחברו, והוא משיק לתחום המשפט האזרחי, אף שמתלווה לו יסוד פלילי נורמטיבי. בשל אופי זה של העבירות, וחרף סיווגן כעבירות פליליות, עשויה הרשות הציבורית שלא לראות ענין ציבורי מיוחד באכיפתן, או להעמידן בסדר עדיפות נמוך לעניין אכיפה. לפיכך, הותר המחוקק לאזרח את היוזמה לנהל את ההליך הפלילי בעבירות אלה במקום המדינה. בכך, העניק החוק לפרט אפשרות לעמוד על זכויותיו ולהוביל לאכיפת החוק כאשר התביעה הפלילית נמנעת מכך"** (בג"צ 4597/08 שורת הדין ואח' נ' היועמ"ש (פורסם בנבו 17.10.10) פס' 11 לפסק-הדין).

26. חוק הבחירות נמנה על אותן העבירות מכוחן אין פגיעה ישירה בפרט, שכן הן נושאות אופי ציבורי, להבדיל מפרטי, אולם גם לגביהן החליט המחוקק שיש לאפשר לפרט מעמד בהליך הפלילי (ע"פ רון; בג"צ 4597/08 שורת הדין ואח' נ' היועמ"ש (פורסם בנבו 17.10.10) פס' 12 לפסק-הדין).

27. הנה כי כן, הקובלנה הפרטית תורמת, בדרכה, לאכיפת החוק, שכן היא מאפשרת לפרט את מיצוי ההליך הפלילי גם מקום בו רשויות התביעה נמנעות מכך. בצד יתרונותיה של הקובלנה הפרטית, ישנם חסרונות, ובכללם היעדר ביקורת על קיומה של תשתית ראייתית מספקת קודם להגשת הקובלנה וקיומם של הליכי סרק המונעים מאינטרס אישי ומרגשי נקם (בש"פ 3503/91 שוברט נ' צפירי פ"ד מו(4) 136, 146). לאחרונה, הוגשה הצעת חוק שחתרה לביטול מוסד הקובלנה. בדברי ההסבר נסקרו חסרונותיו של מוסד זה כרקע להצעה ומצוין שם, כי הפקדת המשפט הפלילי בידי האזרח עלולה לחטוא למטרות ההליך הפלילי (הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 67) (ביטול קובלנה), התשע"א-2011).

28. סופו של יום, לא ביטל המחוקק את מוסד הקובלנה, ואפשרות הפרט להגיש קובלנות פרטיות עודנה שרירה וקיימת.

וכך ציין בית המשפט העליון בע"פ רון:

"סיכומו של דבר: המחוקק העניק לפרט זכות לפעול להשלטת החוק בעבירות מסוימות, ובית המשפט לא יציב על הגשת הקובלנה מגבלה נוספת, אשר זכרה לא בא בחוק ואשר אינה מתבקשת מפירוש החוק על רקע לשונו ותכליתו. קובל המגיש כתב קובלנה חייב לעמוד בנטל של הוכחת יסודות העבירה שבכתב הקובלנה, ובלבד שתהא זו עבירה אשר קיימת סמכות להגיש קובלנה פרטית בגינה" (עמ' 300 לפסק-הדין).



המקור החוקי להגשת הקובלנה בענייננו

29. בעניין זה נסבה המחלוקת בין הצדדים על השאלה, האם העובר על הוראות סעיף 129 לחוק הבחירות מבצע עבירה פלילית מכוח הוראת סעיף 126(6) לחוק, או שמא העובדה כי סעיף 129 אינו מצוי תחת פרק העונשין לחוק, נוטלת הימנו את פליליות המעשה.

30. חוק הבחירות מצוי בתוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי, על כן נמנה הוא, על רשימת החוקים מכוחם ניתן להגיש קובלנה פלילית. כאמור, סעיף 126 מצוי בפרק י"א לחוק הבחירות, הוא פרק העונשין. פרק זה מפרט את האיסורים ואת העונש בצד הפרתם. סעיף 126 קובע ענישה של מאסר בן שישה חודשים או קנס בסך 1,000 לירות בגין ביצוע העבירות המנויות בו. זוהי לשונו:

"126. אלה דינם מאסר שישה חודשים או קנס 1,000 לירות:

- (1) **המפריע למהלך הסדיר של אסיפת תעמולה לבחירות מטעם רשימת מועמדים שפורסמה לפי סעיף 65;**
- (2) **המסיר, המשמיד או המלכלך מודעה בעניני בחירות מטעם ועדת בחירות או מודעה שיש בה תעמולת בחירות מטעם רשימת מועמדים שפורסמה לפי סעיף 65, למעט מודעה שהודבקה בביתו, חנותו או משרדו בלי הסכמתו או שעבר זמנה של המודעה;**
- (3) **המשמיד או המעלים חומר תעמולה לבחירות מטעם רשימת מועמדים שפורסמה לפי סעיף 65, או המונע באופן אחר חומר כזה מלהגיע לתעודתו החוקית; (תיקון מס' 59) תשע"א-2011**
- (3א) **החותם על טופס כאמור בסעיף 68א(ה)(1) והוא אינו מוגבל בניידות;**
- (4) **(נמחקה);**
- (5) **המנהל ביום הבחירות תעמולת בחירות, בכתב, בעל-פה או בצורה אחרת, במקום קלפי או במרחק של 5 מטרים משער כניסה למקום קלפי ובמקום קלפי שאין בו חצר וגדר חיצונית - 10 מטרים מהקירות החיצוניים של מקום הקלפי; בפסקה זו, "מקום קלפי" - שטח המבנה שבו נמצאת קלפי, לרבות חצר המבנה והגדר החיצונית של המבנה;**
- (5א) **מי שעבר על איסור לפי סעיף 75(ב);**
- (6) **המפר הוראה מהוראות חוק זה שלא נזכרה בפרק זה".**

31. חוק הבחירות מונה שורה של איסורים, שתכליתם לאפשר קיומו של הליך בחירות תקין, המשקף את רצונו של הבוחר ואינו נתון להשפעות חיצוניות. באין סנקציה בצדן נעדרות הוראות החוק כוח הרתעתי. סעיף 26(6) קובע מפורשות, באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי מי שיפר את הוראות החוק שאינן מופיעות בפרק י"א, דינו מאסר או קנס כאמור בסעיף 126 רישא. לא ניתן לפרש הוראה זו ככזו החלה על חלק מהוראות החוק לפי פרשנות משתנה כראות עיניו של זה הבא לפרשה.

32. נוסח דומה לנוסח סעיף 126(6) לחוק הבחירות מצוי בסעיף 93(5) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965 (להלן: "חוק הרשויות המקומיות"). להלן נוסחו המלא:

"93. (1)המפריע למהלך הסדיר של אסיפת תעמולה לבחירות לאחר המועד להגשת רשימות מועמדים לפי סעיף 35(ח);

(2) המסיר, המשמיד או המלכלך מודעה בענייני בחירות מטעם מנהל בחירות, או ועדת בחירות או מודעה שיש בה תעמולת בחירות מטעם רשימת מועמדים שאושרה כדין, למעט מודעה שהודבקה בלי הסכמתו בביתו, בחנותו או במשרדו או שעבר זמנה;

(3) המשמיד או המעלים חומר תעמולה לבחירות מטעם רשימת מועמדים שאושרה כדין, או המונע באופן אחר חומר כזה מלהגיע לתעודתו החוקית;

(4) המנהל ביום הבחירות תעמולת בחירות בכתב, בעל פה או בצורה אחרת, במקום קלפי או במרחק של פחות מ-25 מטרים ממקום הקלפי או מהקיר החיצוני או הגדר החיצונית של המבנה שבו נמצא מקום הקלפי, הכל לפי הרחוק יותר;

(5) המפר הוראה מהוראות חוק זה שלא נזכרה בפרק זה,

דינו - מאסר ששה חדשים או קנס 1,000 לירות".

גם בסעיף זה, המצוי בפרט ט', פרק העבירות בחוק הרשויות המקומיות, מחיל את האיסור הפלילי על הוראות החוק כולן, מכוח ס"ק (5) שבו.

33. ואכן המאשימה, בשורה של כתבי אישום, ייחסה לנאשמים עבירות המצויות מחוץ לפרק ט' מכוח סעיף 93(5) לחוק הרשויות המקומיות (ר' למשל ת"פ 1904/06 מ"י נ' פרומר ואח' (פורסם בנבו 8.9.08) שדן בכתב אישום שהוגש, בין היתר בגין עבירה לפי סעיף 45 בצירוף סעיף 93(5) לחוק הרשויות המקומיות; ע"פ 1224/07 בלדב נ' מ"י (פורסם בנבו 10.2.10) ו- ע"פ 10627/06 יהושע נ' מ"י (פורסם בנבו 8.5.07) בגדרם דחה בית המשפט העליון את ערעורם של שני נאשמים שהורשעו לפי סעיף 45 בצירוף צעיף 93(5) לחוק).

34. זאת ועוד; בבר"ם 3235/09 עמאש נ' מנהל הבחירות למועצה המקומית גסר אלזקרא (פורסם בנבו 1.3.11) התייחס בית המשפט העליון, אגב אורחא, לסעיף 61(ב)(2) לחוק הרשויות המקומיות, שעניינו "אופן ההצבעה" והוא קובע כך:

"מי שמחמת מחלה או מום אינו מסוגל לבצע את הפעולות המעשיות בתא ההצבעה לבדו, רשאי להביא אתו מלווה, שפרטיו יירשמו בפרוטוקול, כדי לעזור לו בפעולת ההצבעה; ואולם המלווה- ... (ב) לא ילווה ביום הבחירות יותר משני בוחרים".

בית המשפט מתייחס להוראת הסעיף כעבירת בחירות פלילית מכוח סעיף 93(5) לחוק:

"...זאת מבלי לגרוע מהעובדה שמדובר לכאורה בעבירת בחירות, כמשמעה בסעיף 93(5) לחוק הבחירות לרשויות המקומיות ולנפקותה במישור הפלילי".

35. הנה כי כן, סעיף 93(5) משמש כסעיף סל מכוחו ניתן להחיל נורמות פליליות על הוראות אחרות מחוץ לפרק העבירות בחוק הרשויות המקומיות. בתי המשפט השונים ורשויות התביעה התייחסו אליו ככזה בלא היסוס. לשונו הברורה של הסעיף אינה מותירה מקום לפרשנות סלקטיבית כמו זו שמבקשות הנאשמות לעשות. כך שאין מקום שדין אחר יחול בענייננו.

36. יוער כי אין ממש בטענת ב"כ הנאשמות לפיה ישנה הצדקה לפרש את הוראת סעיף 126(6) לחוק הבחירות בצמצום מכוח עקרון החוקיות. פרשנות הסעיף נבחנת לאור לשון החוק ועל רקע תכלית החקיקה. הפרשנות המילולית של הסעיף ברורה, והאלטרנטיבה הפרשנית אותה מציעים ב"כ הנאשמים מחייבת פרשנות

משתנה בהתאם למיהות המפרש ועל כן פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון החוקיות.

37. לאור האמור, אני קובעת כי הקובלנה הוגשה כדין מכוח סעיף 129 לחוק הבחירות בצירוף סעיף 126(6) לחוק.

הגשת הקובלנה הפלילית מכוח חוק הבחירות חרף קיומו של סעיף 5 לחוק התעמולה

38. האם קיומו של סעיף 5 לחוק התעמולה מאיין את פליליות המעשה מכוח סעיף 129 לחוק הבחירות.

39. סעיף 129 לחוק הבחירות אוסר על קיום תעמולת בחירות, בין היתר ברדיו ובטלוויזיה משעה 7 בערב ביום שלפני הבחירות וביום הבחירות עצמו.

סעיף 5 לחוק התעמולה מרחיב את טווח הזמנים בהם חל איסור שידור התעמולה, והוא מורה כך:

"5. (א) על אף האמור בכל דין אחר, בשידורי רדיו או טלוויזיה-

(1) לא תהא תעמולת בחירות בתקופת 60 הימים שלפני הבחירות;

(2) (נמחקה).

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על שידור של תעמולת בחירות ברדיו ובטלוויזיה לפי סעיפים 15, 15א ו-16ד."

40. הנאשמות טוענות כי סעיף 5 מכיל בתוכו את סעיף 129, שכן טווח הזמנים לפי סעיף 5 כולל את טווח הזמנים לפי סעיף 129. העונש הקבוע בגין הפרת האמור בסעיף הוא חמור יותר מזה הכרוך בהפרת סעיף 129, שכן הקנס הכספי המקסימלי גבוה יותר.

41. הנאשמות לא נימקו מדוע, אם אקבל את פרשנותן לפיה לא ייתכן כי המחוקק ביקש ליצור שני דברי חקיקה חופפים, יש להעדיף בענייננו את סעיף 5 לחוק התעמולה חלף סעיף 129 לחוק הבחירות. כל שטענו הוא, שחוק התעמולה אינו נמנה על רשימת החוקים מכוחם מוסמך הפרט להגיש קובלנה פרטית ומכאן יש ללמוד כי כתב הקובלנה הוגש בחוסר סמכות.

42. לא מצאתי ממש בפרשנות הנאשמות. לא בכדי ציטטו ב"כ הנאשמות רק את סעיף א' לחוק. שהרי, האיסור בסעיף 5 לחוק התעמולה אינו גורף. סעיף 15(ב) מסייג את הכלל ומפנה לסעיפים 15 ו-15א, כדי ללמוד מהם החריגים, שבמסגרתם יותרו שידורי תעמולת בחירות בטלוויזיה וברדיו ואת הזמנים שיוקצו לכל רשימת מועמדים ומפלגה.

תכלית ההוראה היא: **"להבטיח את טוהר הבחירות, לוודא שנשמרים העקרונות של בחירות שוויוניות והוגנות ולהגביל את ההוצאות של המפלגות"** (בג"צ 236/13 עוצמה לישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (פורסם בנבו 15.1.13) פס' 20 לפסק הדין). היא מגבילה את חופש הביטוי הפוליטי, ברם אין מדובר בשלילה מוחלטת של שידורי תעמולה בטווח 60 הימים עובר למועד הבחירות.

לו עמד סעיף 5 לחוק התעמולה לבדו, או אז מכוח סעיף 15א(א) לחוק ניתן היה לשדר תעמולת בחירות בערב הבחירות במגבלות שנקבעו בחוק, שכן סעיף זה קובע כי: **"לא יהיו שידורים של תעמולת בחירות בטלוויזיה אלא ב- 14 הימים שלפני הבחירות"**.

סעיף 129 מסייג וקובע איסור מוחלט על שידורי תעמולה בערב הבחירות וביום הבחירות. תכליתו לאפשר לבוחר לקבל החלטה מושכלת תוך שמירה על חירות החשיבה וטוהר הבחירה.

מכאן שהסעיף הרלוונטי באמצעותו ניתן לייחס לנאשמות עבירה בגין פרסום תעמולת בחירות ערב הבחירות הוא סעיף 129 לחוק הבחירות.

הגשת הקובלנה חרף החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא לפתוח בחקירה

43. האם החלטת היועץ המשפטי לממשלה מהווה מחסום מפני הגשת הקובלנה? דומני כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה.

המחוקק לא הגביל את זכות עשיית השימוש במוסד הקובלנה בפנייה מקדמית ליועץ המשפטי לממשלה. נהפוך הוא. הקובלנה היא כלי בידי האזרח לממש את זכויותיו דווקא מקום בו רשויות התביעה מצאו כי אין לפעול נגד המזיק או מנעו מפעול נגדו.

וכך ציין המלומד י. קדמי בספרו "סדר הדין פליליים" (חלק שני) מהדורת תשס"ט-2009 בעמ' 957:

"הזכות להגשת קובלנה בעבירה מן העבירות המנויות בתוספת השנייה לחסד"פ, אינה מותנית בסירוב לחקור או להעמיד לדין מצד הגורמים הממלכתיים הנוגעים בדבר, אלא- זוהי זכות עצמאית וניתן לעשות בה שימוש הן ללא פניה לגורמים הממלכתיים, והן לאחר שאלה מסרבים לפעול"

ובע"פ רון ציין בית המשפט כך:

"העבירות שבגינן קמה סמכות להגשת כתב קובלנה פרטית, הנזכרות בתוספת השנייה לחוק, מהוות רשימה סגורה ומוגדרת, המקנה לפרט זכות להניע את ההליך הפלילי לצורך הוכחת ביצוען של עבירה מעבירות אלה ללא תמיכתה, ואף חרף עמדתה, של התביעה הכללית. הכוח להגיש קובלנה פלילית אינו מותנה בפנייה מוקדמת למשטרה או במהלכה של התביעה".

44. ודוק; אין ממש בטענת הנאשמות, לפיה החלטת הפרקליטות שלא לנהל הליך פלילי נגד נאשם מאיינת אפשרות הגשת קובלנה פרטית בעניינו. לשם עיגון טענה זו משליכות הנאשמות את יהבן על דברי בית המשפט בפרשת נמרי. דא עקא, שעובדות המקרה בפרשת נמרי שונות בתכלית מהמקרה הנדון. בפרשת נמרי דן בית המשפט באפשרות להגיש קובלנה פלילית נגד אדם שהוגש נגדו כתב אישום, ולאחר שכבר החלה פרשת ההוכחות. במסגרת הסדר טיעון, הסכימה התביעה למחוק את כתב האישום נגד הנאשם מכוח סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי המאפשר את ביטול כתב האישום בהסכמת הצדדים ודין הביטול הוא כדין ביטול עובר למתן התשובה לאישום, קרי מחיקת כתב האישום (להבדיל מזיכוי). לא ניתן להגיש נגד הנאשם כתב אישום חדש אלא באישור היועץ המשפטי לממשלה ומטעמים שיירשמו (סעיף 94(ג) לחוק).

כך ציין בית המשפט באותה פרשה:

"אף שבענייננו חזרת התובע מאישום הייתה במסגרת חלק מהסדר כולל, מה שקבע בית המשפט המחוזי הוא כי לאחר שהמדינה חזרה בה מן האישום לפי סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי אין מקום להגשת קובלנה פלילית פרטית בגין אותו עניין, ואם בכל זאת הוגשה קובלנה כזו עשויה לעמוד לנאשם הגנה מן הצדק, בשל כך שכבר הוגש נגדו כתב האישום. לדעתי במסקנה זו אין מקום להתערב, אף שהנושא לא עלה עד כה בפסיקתו של בית משפט זה".

הדברים יפים לאותם המקרים בהם הקובלנה מוגשת לאחר שכבר הוגש נגד הנאשם כתב אישום והוא הסתיים

בביטול כתב האישום בהסכמה או בזיכוי. לאור האמור, אני דוחה את הטענה וקובעת, כי העובדה שהיועץ המשפטי לממשלה לא מצא שיש להגיש כתב אישום נגד הנאשמות אינה חוסמת את אפשרות הגשת הקובלנה הפרטית במקרה הנדון.

סיכון כפול

45. דוקטרינת ה"סיכון הכפול" תכליתה למנוע את הסיכון של העמדת נאשם פעמיים לדין בגין אותה עבירה. עיקרון זה קבוע בסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי, אשר זו לשונו:

"אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן..."

על מנת שיוכל נאשם לגבש יסוד איתן לטענת "סיכון כפול", עליו להראות כי הועמד כבר לדין בגין אותו מעשה, כי כתב האישום הקודם הוגש בפני בית משפט מוסמך וכי עמד בפני סיכון מפני הרשעה:

"הכלל הקיים 'מקדמת דנא שאין להעמיד אדם לדין פלילי באותו עניין יותר מפעם אחת'... אולם בעוד שהטענה 'כבר הורשעתי' או 'כבר זוכיתי' נסמכת על מעשה-בית-דין, '... איסור הסיכון הכפול נשען על סכנת ההרשעה בעבירה שהייתה נשקפת לנאשם בדיון קודם'... מכאן שטענה זו תעמוד רק אם הועמד הנאשם לדין בהליך הראשון על פי כתב אישום 'כשר' ולפני בית-משפט מוסמך, שרק אז היה נתון בחזקת סיכון להיות מורשע..." (ע"פ 5336/10 פלוני נ' מ"י (פורסם בנבו 23.8.12), פס' 31 לפסק-הדין).

46. באין חולק כי ההליך בפני ועדת הבחירות המרכזית אינו הליך פלילי, הרי שלא היה מקום לטעון, כי מיצוי הליכי הקובלנה בעניין הנדון הן בבחינת "סיכון כפול".

47. ועדת הבחירות המרכזית הוקמה מכוח חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969 והיא אמונה על ניהול חוקי ותקין של הליך הבחירות לכנסת. על תפקידה ומהותה של ועדת הבחירות המרכזית עמד בית המשפט העליון בבג"צ 1262/06 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס** (פורסם בנבו 5.3.06):

עיון בתפקידה וסמכויותיה של ועדת הבחירות מצביע על מגוון תפקידיה. חלקם בעלי אופי מינהלי. חלקם בעלי אופי מעין-שיפוטי ... ביסוד פעולתה מונחת הדאגה לטוהר הבחירות ולתקינות ההליך הדמוקרטי.... אמת, פרט ליושב-ראש הוועדה, שהינו שופט בית המשפט העליון, שאר חברי ועדת הבחירות הם נציגים של גופים פוליטיים. זוהי מעין "כנסת זוטא" ... עם זאת, ועדת הבחירות הוקמה על ידי חוק, ועל פעולותיה והחלטותיה חלים כללי היסוד של המשפט החוקתי והמינהלי... עליה לפעול ביושר, בהגינות, בסבירות, במידתיות ומתוך שקילת השיקולים הרלבנטיים ושיקולים אלה בלבד. עליה לקיים את עיקרי הצדק הטבעי".

48. ועדת הבחירות המרכזית אינה משמשת כבית משפט הדין בעניינים פליליים. היא כפופה לכללי הדין המנהלי, וההליכים המובאים בפניה הם מנהליים ברובם. אין בכוחה להרשיע את הבאים בשעריה, אף אם נמצאו אשמים בהפרת ההוראות הנוגעות לטוהר הבחירות. כך גם הבקשה אשר הובאה בפני ועדת הבחירות בענייננו אינה מהווה כתב אישום. המשיבה שם אינה נאשמת בדין הפלילי והסנקציה הכספית שהוטלה עליה אינה בבחינת ענישה פלילית. משכך, ועדת הבחירות המרכזית אינה בית המשפט המוסמך שבכוחו להרשיע את המשיבה בהליך, היא הנאשמת 2 בענייננו. לאור האמור, הטענה נדחית.

האם עולה תוכן השידור כדי תעמולת בחירות אסורה

49. כאמור, סעיף 129 לחוק הבחירות, אוסר על שידור תעמולת בחירות החל משעה 7:00 בערב שלפני



יום הבחירות, וכך לשונו:

"משעה 7 בערב ביום שלפני יום הבחירות ובכל יום הבחירות לא תהיה תעמולת בחירות על-ידי אסיפות, תהלוכות, רמקולים או שידורים ברדיו ובטלוויזיה".

תכלית הסעיף היא שמירה על טוהר הבחירות, לבל תהא השפעה שאינה לגיטימית על אופן הצבעת הבוחר.

50. בבג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת פ"ד מו(2) 692, 704 ביאר בית המשפט תעמולת בחירות מהיא:

"... 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" יכול להיות שידור אשר פועלו הוא בשכנוע ובהשפעה על הכרעת הבוחר, ולא שידור שהאפקט שלו אחר (כגון אמנותי, חדשותי, דתי), גם אם השפעת הלוואי שלו הן בהשפעה עקיפה על הבוחר..."

51. התכנית "עובדה" בהנחייתה של אילנה דיין היא תכנית תחקירים המשודרת בערוץ 2. ביום 21.1.13, ערב יום הבחירות לכנסת ה-19, לאחר השעה 21:00 בערב, שודר במסגרת התוכנית משדר מיוחד לרגל יום הבחירות. במסגרת משדר זה הוצגו מספר מועמדים במערכת הבחירות, חלקם מימין וחלקם משמאל, אשר ניסו לפרוס את משנתם ולמנפה בזמן השידור שהוקצה לכל אחד מהם. כן, שודר ראיון שקיימה דיין עם הסופר דוד גרוסמן, אותו הגדירה כ"קול הגדול והמזוקק של השמאל הישראלי", אשר פרט את האג'נדה שלו בעניין הסכסוך הישראלי-פלסטיני.

המשדר מיצב את בנימין נתניהו ואת גוש הימין כמי שינצחו בבחירות ומנבא כי הכנסת הבאה תהא כנסת ימנית ביותר. גוש השמאל לעומת זאת עתיד על פי המשדר לנחול מפלה נחרצת.

האם במשדר בעל ערך חדשותי עסקינן? דומני כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. אין במשדר משום חידוש אקטואלי. הוא מתיימר להציג מגוון עמדות פוליטיות, ובכלל זה לתת במה למפלגות חדשות ("הבית היהודי" בראשות נפתלי בנט ו"יש בעתיד" בראשות יאיר לפיד). הוא מציג את נפתלי בנט, אף הוא ממחנה הימין, כאיום היחיד הממשי על ראש הממשלה המכהן. גדעון סער ממפלגת הליכוד מוצג בתשדיר כשהוא פונה למגזר הערבי ובנט מוצג כשהוא פונה לבני העדה הדרוזית ומבטיח לשמש להם כנציג.

המועמדות ציפי לבני ושלי יחימוביץ זכו יחדיו לזמן מסך של 4 דקות סה"כ. כך גם המועמדים יאיר לפיד ואריה דרעי שזכו לזמן מסך משותף.

הנאשמות טוענות, כי התמהיל המגוון של המועמדים והדעות שהובאו בתשדיר מאזנים את המשדר ומדגישים את הערך החדשותי הגלום בו- להאיר את עיני הצופים אודות אפשרויות הבחירה העומדות לרשותם.

יחד עם זאת, ראויים להיאמר הדברים לקמן: מסירת מידע רלוונטי לציבור הבוחרים אינה תכלית שבשמה ניתן לרוקן מתוכן את האיסור בדבר שידור תעמולת בחירות בניגוד להוראת סעיף 129 לחוק הבחירות. אף מגוון העמדות שהובאו בתשדיר- אין בכוחן לעשות כן. ראשית, התשדיר נתן אמנם במה למספר קולות בפוליטיקה הישראלית, אך בפועל לא כל המפלגות זכו להישמע. שנית, חלוקת הזמנים בין המועמדים במשדר לא הייתה שוויונית, שכן המועמדים מגוש הימין זכו לזמן מסך רב יותר. שלישית, בגדרו שודרה תעמולת בחירות שתכליתה להשפיע על הציבור הבוחר, וברקע שזור שוב ושוב המסר לפיו הניצחון לגוש הימין בראשות בנימין נתניהו מובטח בעוד שלגוש השמאל אין סיבה לגאווה במערכה.

ודוק- אף לו חלוקת הזמנים הייתה שוויונית, הרי שלא היה בכך כדי להעיד על היעדר קיומה של תעמולת בחירות במשדר. תעמולת בחירות אסורה בניגוד לסעיף 129 לחוק הבחירות אסורה בכל מקרה, אף אם זמן המסך שהוקצה לכל אחת מהמפלגות המתמודדות היה זהה:

בחופש הביטוי בלבד לא סגי. בצד עיקרון זה של חופש הביטוי עומד עקרון השוויון... על-כן יש להסדיר את השידורים על בסיס של שוויון. לא נטיות לבם של עובדי הרשות או חברי מוסדותיה, אלא הסדרת שידורים על בסיס של שוויון היא המתחייבת מעקרון השוויון... אם השידור מהווה תעמולת בחירות, ממילא הוא אסור. אך גם אם השידור אינו מהווה תעמולת בחירות, הרי יש להבטיח בהשמעתו קיום של עקרון השוויון..." (פרשת זוילי, עמ' 705).

52. אולם בכך לא סגי. המשדר לא אפשר גם זכות תגובה על מתקפות והטחות שהופנו אל חלק מהמועמדים. כך למשל, דוד גרוסמן הפנה ביקורת נוקבת כנגד ראש הממשלה והמדיניות הביטחונית שהנהיג בקדנציה האחרונה. ביקורת הוטחה גם כלפי מפלגת העבודה, אשר לטענת גרוסמן החלה מתנכרת לעובדת היותה שוחרת שלום. זאת ועוד, במהלך השידור הטיחה דין ביחימוביץ טענה לפיה זנחה את הטיעון המדיני ונתרה עם השיח החברתי-כלכלי גרידא, ברם לא הושמעה תגובתה לטענה זו במשדר.

פסק דין זוילי התייחס לדוקטרינת ההגינות, מכוחה קמה החובה להביא את תגובות הצד שכנגד בעת שידורים מוגדרים הנסבים על נושאים ציבוריים בעלי חשיבות:

"...וברוח דומה פסקה המשנה לנשיא, השופטת בן-פורת, בקובעה... "מובן מאליו שביקורת מזמינה תגובה, ואין בלבי ספק, שאם המערערת תרצה להסביר מעל 'מסך הקטן' או בכל דרך אחרת, מדוע אין יסוד לביקורת, שהושמעה נגדה, או מדוע הייתה זו מוגזמת, יש לאפשר לה לעשות כן כדבר המובן מאליו"... ועל אותה גישה חזרה בפרשה אחרת, בפוסקה: "מובן מאליו, שבד בבד מחייב חוש הצדק, בין על-פי 'דוקטרינת ההגינות'.. . ובין אף בלעדיה, לתת לעותרת הראשונה הזדמנות נאותה להגיב על הכתבה, תוך הצגת גירסתה הסותרת..." (פרשת זוילי, עמ' 706-705).

הנה כי כן, הרי שתוכן המשדר, אף אם לא נתכוון להיות כזה, הוא בעל פוטנציאל ממשי להשפיע על נקודת מבטו של הבוחר ועל דעתו בבחירת המועמד הראוי לטעמו, ומשכך הוא בבחינת תעמולת בחירות. שידור תעמולת הבחירות בערבו של יום הבחירות, בשעה בה שודר המשדר, אסור לפי חוק הבחירות לכנסת. יצוין, כי ניתן להימנע לחלוטין מהאיסור שבפרסום, לו היו בוחרות הנאשמות להקרין את המשדר יממה קודם למועד השידור המקורי, או למצער מספר שעות לפני ששודר בפועל. מדובר בתשדיר שנוצר במיוחד ליום הבחירות. למועד שידורו חשיבות לא מבוטלת לצורך סיווגו כתעמולת בחירות (פרשת זוילי, עמ' 706).

53. **ל חלק מהמועמדים. כך למשל, דוד ב להביא את תגובות הצד שכנגד בעת שידורים מוגדרים הסבים על נושאים ציבוריים בעלי חשיבות**

לאור האמור, דומה כי לא יכול היה להיות ספק בדבר טיבו של המשדר ושומה היה על הנאשמות להימנע משידורו, זאת אף אם רק נתעורר בליבן החשד שמא מוצנעת בו תעמולת בחירות:

"...לגישתי יש לנקוט בכל הנוגע לתעמולת בחירות אסורה בגישה מחמירה, ולא לאפשר את פרסומו- בבחינת "אם יש ספק אין ספק"..." (תר"מ 53/20 סיעת "רק ראשון בראשות דב צור" נ' עו"ד ליאל אבן-זהר (28.7.13), פס' 10).



למעלה מן הצורך יוער, כי בניגוד לטענת הנאשמות, אינני סבורה כי החלטת יו"ר ועדת הבחירות היא בבחינת עדות מפי השמועה שאינה קבילה בענייננו. אמנם, ההלכה היא כי ממצאים ומסקנות עובדתיים שנקבעו בפסק דין מסוים אינן קבילים כראיה בגדרו של הליך משפטי אחר (ע"פ 7443/06 ארקה נ' מ"י (פורסם בנבו 28.9.08)). אך בהיקש לעניין הנדון, הרי שגם ממצאיו העובדתיים של יו"ר ועדת הבחירות לא יהיו קבילים בענייננו, ברם השורה התחתונה של החלטתו, לפיה דובר היה בתעמולת בחירות פסולה היא קבילה כראיה לאמיתות תוכנה, ממש כשם שעובדת זיכוי או הרשעתו של נאשם בהליך אחד קבילה בהליך אחר (זאת להבדיל ממצאי המהימנות שהובילו לזיכוי או להרשעה).

זוטי דברים

54. הגנת "זוטי הדברים" היא אחת מהסייגים לאחריות הפלילית הקבועים בחוק העונשין. סעיף 34 לחוק העונשין מורה כי: **"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך"**.

סעיף זה מושתת על ההנחה, לפיה ישנם מקרים קלי ערך בהם נעברה אמנם עבירה פלילית, ברם אין הצדקה עניינית להטיל אחריות פלילית על העושה. לאמור, ההתנהגות האסורה היא אמנם עבירה, אך היא אינה מעוררת סכנה לערך החברתי המוגן מכוחו של האיסור הפלילי (מ' גור אריה **הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב - 1992**, משפטים כ"ד תשנ"ד, עמ' 9).

הבסיס הרעיוני לעיגונה של ההגנה בספר החוקים פורט בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 (ה"ח 2098), עמ' 139. וכך נאמר שם:

"סייג זה, הנובע מכך שהחוק אינו עוסק בזוטות - De Minimis Non Curat Lex - הנו, בחלקו, חידוש לעומת החוק הקיים. עיקרו בהנחה כי השתבצותו הפורמלית של מעשה בהוראה חקוקה, המגדירה עבירה פלילית פלונית, כשלעצמה, אינה מוכיחה בהכרח שיש למעשה לפחות מינימום של אנטי-חברתיות האופיינית לעבירה פלילית. הכלל שלפיו הוראה כאמור לא נועדה לזוטי דברים, בא לנגוס מן ההיקף הפורמלי של תחום ההסדרה של נורמה אוסרת, את הרובד התחתון שאינו שייך לה מבחינה עניינית. בשל הכלליות הבלתי נמנעת של הגדרות העבירות לסוגיהן אין מנוס מנגיסה כאמור, אף אם היא באמצעות הגדרה כללית של זוטי הדברים.... יש אפוא מקום להפוך את הכלל למהותי, לקבוע בו קריטריונים ולהסמיק בכך גם את הרשות השופטת להשתמש בו. אין זה ראוי שדווקא בית המשפט יהיה חייב להטיל עונש "סימלי" רק משום שהוא נטול סמכות למתוח את קו הגבול המינימלי הקונקרטי, לפי נסיבות העניין, בין התחום הפורמלי של האיסור הפלילי ובין מה שאינו מגיע עד כדי פליליות. טיבו הקונקרטי של המעשה, הנסיבות הקונקרטיות של ביצועו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי עשויים להוציאו מכלל הפליליות, אם כי מבחינת סימני ההיכר הפורמליים היה המעשה בגדר עבירה".

בספרו **יסודות בדיני עונשין** תשמ"ז-1987, כרך ב' עמ' 617, מצוין פרופ' פלר את הדברים שלקמן:

"בדיקת מהות זוטי הדברים לאור ההבחנה האמורה, מעלה את העובדה כי הם שוללים את פליליות המעשה מבפנים, תוך שלילת נתון קונסטרוקטיבי בו מותנית התהוות כל עבירה פלילית - מידה מסויימת, מינימאלית, של חומרה שמתחתיה חדל המעשה מלהוות תופעה ראויה לטיפול פלילי. המעשה, למרות שהוא נופל בגדר ההגדרה הפורמאלית של העבירה, מוצא משם מכוח הכלל של de minimis בשל העדר

המידה הנדרשת של אנטי-חברתיות...

על מנת לעמוד על טיב המקרה שבפנינו והאם ראוי שיחסה תחת הגנת זוטי הדברים מפאת היותו קל ערך, עד כי אינו מקיים את המידה המינימלית של הסכנה לערך המוגן שבסעיף 129 לחוק הבחירות, יש לבחון את טיב המעשה, נסיבותיו תוצאותיו והאינטרס הציבורי, כאמור בסעיף 34^ז לחוק העונשין.

55. הוראת סעיף 129 לחוק הבחירות נועדה לאפשר הליך בחירות תקין המגשים את חופש הבחירה של הפרט. הפרת האיסור הקבוע בסעיף פוגעת בתקינות ההליך ועלולה להשפיע על דעתו של האזרח הבוחר בסמיכות של ממש למועד הבחירות, ובכך לפגוע בחירות מחשבתו.

על אודות חשיבות טוהר הליך הבחירות עמד בית המשפט בבג"צ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה ואח'** (פורסם בנבו 21.3.03), פס' 10 לפסק הדין) את הדברים שלהלן:

"...דיני הבחירות נועדו להבטיח את הגשמת זכותו של הפרט לבחור ולהיבחר, תוך מיצוי חופש הביטוי שלו, ותוך שמירה על כללי שוויון, טוהר בחירות, תקינות והגינות בהליך הבחירה. "עניינם של חוקי הבחירות אינו אלא, בסופו של יום, תרגום רצונו של הבוחר - הוא העם - לכדי חלוקת הכח הפוליטי והמושבים בכנסת" ... תכלית הליך הבחירות להגשים ככל הניתן את זכות היסוד של הפרט לבחור ולהיבחר על דרך הפעלת רצון הפרט במסגרת הליך תקין. תקינות הליך הבחירות הוא, איפוא, עניינו של הציבור כולו, וחורג מעבר לעניינו הישיר של נפגע מסוים ממעשה הרשות..."

על חשיבות העמידה בכללים הקבועים בחוק הבחירות עמד בית המשפט בבג"צ 11243/02 **פייגלין נ' יו"ר ועדת הבחירות** (פורסם בנבו 15.5.03), בציינו כי הכללים בחוק הבחירות לכנסת נועדו להבטיח שורה של אינטרסים ובהם טוהר הבחירות, הגינות, תקינותן ושוויון בבחירות, ועל כן יש לדקדק בהוראותיו:

"... אולם השאלה העומדת בפנינו אינה רק התשתית העובדתית אלא הוראות החוק. ואלו ברורות על פי לשון ותכליתן. לשון כיצד? החוק קובע בבירור מועד להגשת הבקשה ליושב ראש ועדת הבחירות המרכזית ("לא יאוחר מיום הגשת רשימות המועמדים"); וכן קובע מי יגיש את הבקשה ("מי שרוצה להיות מועמד"). תכליתן כיצד? ברור כי הגשמת הזכות לבחור ולהיבחר כרוכה - ואף תלויה - בכללים מסודרים וברורים באשר למועדים, סדרי דין וכללים באשר להתמודדות בבחירות. כללים אלו ראוי שיבטיחו שורה של אינטרסים ובהם טוהר הבחירות, הגינות, תקינותן וכן הקפדה על שוויון בבחירות ... מתכלית זו גם ברור, כי יש לקרוא בהוראת סעיף 56ב(1) לחוק הסדר שלילי. תכלית החוק אינה לאפשר עקיפתו על ידי הגשת בקשות ליושב ראש הוועדה מעבר למועד הקבוע בחוק. אין היא מאפשרת ייתור הוראותיו על ידי הגשת בקשות על ידי מי שלא אמור לעשות כן. אין מטרתה לפגוע בעקרון השוויון על דרך של מתן יתרון למי שיגיש בקשה ליושב ראש ועדת הבחירות על ידי מי מחברי הוועדה, שעה שמועמד אחר לא יוכל לעשות כן. במובן זה, סבור אני כי דווקא ההקפדה על עקרונות היסוד הנוגעים לענייננו היא המובילה למסקנה כי בדין מנעה מן המערער הזכות להתמודד בבחירות".

56. ללמדך, כי לשם הגשמת התכלית המונחת ביסוד חוק הבחירות, לרבות הוראת סעיף 129 שבו, יש להקפיד הקפדה מחמירה על קיום הוראותיו. מכאן שלא בנקל ניתן יהיה לקבוע, כי הפרת האיסור הקבוע בהוראות החוק היא קלת ערך, עד כי עולה היא כדי זוטי דברים.

57. במקרה הנדון שוכנעתי, כי אין מדובר במקרה קל ערך של הפרת חוק הבחירות, העולה כדי זוטי עמוד 13



דברים ומחייב את זיכוי הנאשמות מסיבה זו, שכן לנאשמות מעמד רם באפשרות עיצוב דעת הקהל הציבורית. לעובדה זו השלכה ישירה על הפרמטרים המשמשים את אבני הבוחן להתהוות הגנת זוטי הדברים. פרסום תעמולה אסורה בערוץ טלוויזיה אליו נחשף הקהל הרחב מהווה סכנה ממשית ומשמעותית לפגיעה בערך המוגן בסעיף 129, מאחר שפוטנציאל ההשפעה על קהל הבוחרים הוא גדול יותר. ישנו אינטרס ציבורי נשגב בהטמעת איסור פרסום תעמולת בחירות אסורה, שיש בה כדי לפגוע בתקינות הליך הבחירות ובטוהר ההליך, לא כל שכן שעה שהמפרים הם אנשי תקשורת בעלי פוטנציאל השפעה גבוה על ציבור הצופים, והדעת נותנת כי ברשותם הידע והאמצעים להימנע מהפרת הוראות החוק ככלל, וחוק הבחירות בפרט.

ודוק- סעיף 129 לחוק הבחירות מטרתו למנוע סיטואציות כגון תיק זה, בהן הציבור נקלע למסרים שיש בהם כדי לפגוע בחירות מחשבתו בסמיכות של ממש למועד הבחירות. החלת ההגנה במקרה הנדון לא עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, המשקף אף הוא את תכלית דבר החקיקה.

אין לטעון, בנסיבות המקרה, כי המעשה טומן סכנה מינימלית גרידא לערך המוגן. ההפך הוא הנכון. קבלת טענת הנאשמות תרוקן, הלכה למעשה, את העבירה הקבועה בסעיף 129 מתוכן.

58. לאור האמור, בראי מהות הזכות הנפגעת ולאור נסיבות המקרה, אין בידי אלא לדחות את טענת ההגנה שהעלו הנאשמות ולקבוע כי לא עומדת להן במקרה הנדון הגנת זוטי דברים.

הגנה מן הצדק

ההיבט הנורמטיבי

59. דוקטרינת ההגנה מן הצדק זכתה לעיגון חקיקתי כטענה מקדמית במסגרת סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי. דוקטרינה זו מאפשרת לבית המשפט לבטל את כתב האישום מקום בו הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. בתי המשפט יזדקקו לטענה זו אך במקרים חריגים ביותר, מקום בו יהא זה נהיר לכל כי קיומו של ההליך הפלילי במקרה נתון יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות.

הבחינה תיעשה תוך שקילת כלל הערכים העומדים ביסודו של ההליך הפלילי והגשמת האיזון הראוי ביניהם:

"ההכרעה בשאלה, אם המקרה שלפני בית המשפט מצדיק את החלתה של הגנה מן הצדק, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי. מן העבר האחד, ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם: העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה, וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; והגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר השני, ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם: הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכיה הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; ושמירת אמון הציבור בבית-המשפט" (בע"פ 4855/02 מ"י נ' ד"ר איתמר בורוביץ, בפס' 21 לפסק הדין) (פורסם בנבו 31.3.05)

ההיבט המעשי

60. הנאשמות סבורות כי אין לנהל את הקובלנה מפאת התנהלותו הנפסדת של הקובל המונע ממניעים

פוליטיים, ומשום כך יש לבטל את כתב הקובלנה באמצעות דוקטרינת "הגנה מן הצדק". את טיעון זה שואבות הנאשמות מהתמקדותו הראשונית של הקובל בתלונותיו בראיון עם הסופר גרוסמן ששודר בתכנית. בגרסה המאוחרת הסבירו הנאשמות טענה זו גם בתאווה הפרסום של הקובל.

61. חרף התמקדותו של הקובל בראיון עם גרוסמן, לא נהיר מדוע יש להסיק מכך כי הנאשמות נרדפות פוליטית על-ידי הקובל, ולא עלה בידי הנאשמות להסביר כדבעי מדוע, אם יהבו של הקובל הושלך דווקא על הריאיון מפאת השפעתו על חופש המחשבה שלו, יש לטעון כי לקובל אינטרס פוליטי מובהק בניהול הקובלנה. הקובל מעיד על עצמו כי אינו משתייך למחנה הימין, כפי שרמזו הנאשמות בטיעוניהן, וטענה זו, שלא נסתרה שומטת אף היא את הקרקע תחת טענת הרדיפה.

62. ידוע, כי מוסד הקובלנה פותח את הצוהר לעשיית שימוש לא ראוי בהליך, המונע מרגשי נקם או הטרדה. כיוון שההליך מנוהל על ידי הפרט, ככלל יעמדו מולו שיקולי גמול ורגשי נקם על פגיעה שחווה מידי הפרט הנקבל, חלף שיקולים מערכתיים וציבוריים שעומדים בפני רשויות התביעה. בחוק סדר הדין הפלילי מספר מנגנונים שנועדו להבטיח את תקינות ההליך:

א. בהתאם לאמור בסעיף 71 לחוק סדר הדין הפלילי, רשאי פרקליט המחוז לטול מידי קובל את ניהול הקובלנה ולנהלה באמצעות פרקליט מפרקליטות המדינה. בכך ניתן לאיין את החשש שמא הקובלנה תנוהל מתוך מניע זר.

ב. על-פי הוראת סעיף 73 לחוק סדר הדין הפלילי רשאי בית המשפט לתת הוראות בעניין ניהול ההליך, לו סבור הוא כי הקובל מנהל את ההליך באופן טורדני או שאינו מסוגל לנהל את ההליך בכוחות עצמו.

ג. ליועץ המשפטי לממשלה הסמכות לעכב את הליכי המשפט בקובלנה מכוח סעיף 231 לחוק סדר הדין הפלילי.

בהקשר זה ציין בית המשפט בבג"צ 4957/08 שורת הדין ואח' נ' היועמ"ש (פורסם בנבו 17.10.10) פס' 17 (לפסק הדין) את הדברים לקמן:

"אף שהקובלנה הפלילית מונעת על ידי אדם פרטי, על פי רוב בשל אינטרס פרטי מובהק, מדובר בהליך פלילי במהותו שתוצאותיו פליליות, ועלולות לשלול מאדם חירויות יסוד באמצעות סנקציה פלילית שתוטל עליו. היועץ המשפטי לממשלה, בתורת מי שנושא באחריות לניהול ההליך הפלילי במדינה, חייב לפקח על עשיית שימוש ראוי בהליך הקובלנה הפרטית למטרות לשמן הוא נועד, ולשמור מפני חריגה מעיקרי תכליותיו, העלולה להסב נזק לאינטרס הציבורי..."

שימוש בלתי נכון או בלתי ראוי באמצעי הקובלנה הפרטית עשוי לשאת צורות שונות. הוא עשוי לשמש אמצעי פסול לניגוח נאשם לצורך קידום מטרות של נקמה אישית, או לרדיפה והתנכלות לעובד מדינה הפועל במסגרת תפקידו; הוא עשוי להינקט בידי הפרט בעל אופי ציבורי מובהק, שאינו הולם כלל מתכונת שימוש בו, והוא עשוי להוות אמצעי בידי הפרט בנושא בעל אופי ציבורי מובהק, שאינו הולם כלל מתכונת דיונית זו, גם אם ניתן לשבצו במובן הטכני ל"עבירות קובלנה פרטית". בסוג זה של עניינים, נתון שיקול דעת רחב בידי היועץ המשפטי לממשלה להפסיק את הליך הקובלנה הפרטית, ולהעביר לידי התביעה את ניהול ההליך כהליך פלילי רגיל, או לעכב את ההליכים בקובלנה, ולשקול את דרכי אכיפת החוק באותו ענין על פי כלל הנסיבות המחייבות התייחסות ואיזון".

63. ללמדך, כי ליועץ המשפטי הסמכות והיכולת לאיין את החששות להן טוענות הנאשמות. ויוטעם, כי



טענות אלו לא הוכחו כדבעי וודאי לא ברמה שתעיד על התנהלות פגומה, המחייבת את ביטול כתב האישום מכוח דוקטרינה "הגנה מן הצדק".

64. יתרה מזו, אף אם הגיש הקובל את קובלנתו מטעמים פוליטיים, מפאת זעמו על שידור הריאיון עם הסופר גרוסמן, הגשת הקובלנה אינה בבחינת רדיפה פוליטית במלוא מובן המילה. מתקבל על הדעת שלו היה מזוהה פלוני עם אג'נדה מסוימת הוא לא היה מתרעם על מינופה גם אם היה בה משום תעמולת בחירות אסורה על פי חוק. קצפו היה יוצא דווקא מקום בו הדעה האחרת הייתה מושמעת שלא כחוק.

בנסיבות אלו, הרי שאין זה המקרה בו ניתן יהא לטעון כי התנהלות הקובל היא כה נפסדת עד שמצדיקה היא את ביטול ההליך בעטייה של רדיפה פוליטית. ודוק- מדובר בקובלנה ראשונה שהגיש הקובל. הטענה בדבר המניע האחר, הנוגע לכמיהת הקובל לפרסום, נטענה בעלמא וממילא לא הוכחה. לא מצאתי ממש גם בטענה, כי הגשת הקובלנה טרם ניתנה החלטת היועץ המשפטי מעידה על מגמת התעמרות של הקובל בנאשמות. ממילא החלטת היועץ המשפטי ניתנה טרם הגשת הקובלנה (ביום 23 במאי 2013) ולא הובאה לידיעת הקובל אלא ביום 23 בפברואר 2014 בעקבות פנייתו לפרקליטות המדינה. מכל מקום, אף אם היה על הקובל להמתין להחלטת היועץ המשפטי, הרי העובדה שלא עשה כן אין בה כדי לפגוע בעשיית הצדק עם הנאשמות. ולעניין זה ר' דברי בית המשפט בע"פ רון:

"...הקובלנה הפרטית אף אינה מהווה בהכרח מסלול פיקוח חלופי לערר, שכן הקובל יכול לקבול אף בלא הגשת תלונה במשטרה ובטרם נתקבלה תשובת המשטרה אם להעמיד את הנאשם לדין". (שם בעמ' 298)

65. יחד עם זאת, הגם שלא מצאתי כי התנהלות הקובל היא בבחינת רדיפה פוליטית המצדיקה את ביטול כתב האישום מסיבה זו, סבורה אני כי יש להורות על ביטול כתב האישום תוך שימוש בדוקטרינה זו, אך מטעמים אחרים.

66. כתב האישום הנוכחי הוגש לאחר שהוגשה תלונה לוועדת הבחירות המרכזית לכנסת, בעטייה הוטלו על הנאשמת 2 הוצאות בסך ₪ 10,000 לטובת אוצר המדינה בגין פרסום תעמולת בחירות אסורה. היועץ המשפטי לממשלה סבר כי די באקט ענישתי זה כדי למצות את הדין עם הנאשמות, וכי האינטרס הציבורי אינו מצדיק במקרה הנדון ניהול הליך פלילי שיהא בו כדי להטביע אות קלון עליהן.

67. מבלי להקל ראש במעשה ועל אף שלקובל זכות בדין להגיש קובלנה זו, סבורתני כי במקרה הנדון, לאחר שבזכות פניית הקובל ספגה נאשמת 2 סנקציה כספית וביקורת נוקבת מטעם יו"ר ועדת הבחירות, שיקולי הגמול וההרתעה מוצו במלואם. פשיטא, כי הנאשמות למדו את לקחן ומכאן ולהבא יקפידו הקפדה מחמירה על הוראות החוק בנושא הבחירות לכנסת. עמידה על הסנקציה הפלילית דומה כי לוקה היא בחוסר הגינות, עד כדי התעמרות שאין בה צורך.

68. דברים אלו נאמרים על רקע העובדה, כי לטעמי יש לפרש את מוסד הקובלנה בצמצום לא כל שכן בעניין הנדון, שעה שמדובר בקובלנה הנושאת אופי ציבורי וכלל אינה טומנת בחובה פגיעה ישירה בפרט, להבדיל מעבירות אחרות בגינן ניתן להגיש קובלנה פרטית. לכך מצטרפת הפגיעה בחופש הביטוי, אשר יש לנקוט במשנה זהירות בעת שימוש בכלי הפלילי כדי לצמצמו. אמורים הדברים ביתר שאת, על רקע העובדה שנקטו הליכים אחרים כנגד נאשמת 2. מבלי להמעיט בפגיעה שהוסבה לקובל, בפרט מקום בו סעיף 129 לחוק הבחירות נועד, בין היתר, למנוע פגיעות מן הסוג הנדון, דומני כי די בסנקציה שנקטה כנגד נאשמת 2 כדי לרפא את הפגם באופן אפקטיבי הצופה פני עתיד.

69. בשקילת האינטרס הציבורי מחד ובראי הסנקציה שהוטלה על נאשמת 2 מאידך, וכן בהתחשב במידת

הפגיעה שהוסבה לקובל בד בבד עם העובדה שלא נראה, וממילא גם לא נטען, כי הנאשמות פעלו בזדון בבחירתן את תוכן התשדיר ערב הבחירות, אני סבורה כי ניהול ההליך הפלילי במקרה הנדון יהא בו כדי לפגוע בתחושת הצדק וההגינות באופן המצדיק את ביטול כתב הקובלנה.

70. לאור האמור, אני מורה על מחיקת כתב הקובלנה מכוח דוקטרינת ההגנה מן הצדק.

סיכום של דברים

כתב הקובלנה יבוטל, בנסיבות העניין לא מצאתי להטיל הוצאות על הקובל.

המזכירות תשלח ההחלטה לצדדים.

ניתנה היום, ב' טבת תשע"ה, 24 בדצמבר 2014, בהעדר הצדדים.