

בבית המשפט העליון בירושלים

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 13/

בעניין:

1. ח"כ ג'מאל זחאלקה

2. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או סאוסן זהר ו/או ארנה כהן

ו/או סוהאד בשארה ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או רימא איוב

ו/או אראם מחאמיד ו/או נדים שחאדה ו/או ג'ילאל דכואר

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090

טל: 04-9501610; פקס: 04-9503140

העותרת

נגד

יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע עשרה

ע"י היועצת המשפטית לוועדת הבחירות, עו"ד איילת פישמן

משכן הכנסת, ירושלים מ. 91950

טל: 02-6753407; פקס: 02-5669855

המשיבה

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיב לבוא ולנמק מדוע לא לבטל את החלטתו מיום 8.1.13 הפוסלת שידור מטעם רשימת בלי"ד- הברית הלאומית הדמוקרטית (להלן: בלי"ד) לשידור ברדיו ובטלוויזיה לפי חוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959.

כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיום דיון דחוף בעניינה של העתירה וזאת מאחר והיא דנה בתשדירי תעמולה לבחירות לכנסת ה-19 שיתקיימו ביום ה-22/1/2013.

ואלה הם נימוקי העתירה

1. האם מותר לרשימה ערבית למתוח ביקורת על ההמנון הלאומי באמצעות תשדיר סאטירי בשידורי התעמולה הרשמיים לבחירות לכנסת? זוהי השאלה המשפטית המתעוררת בעתירה זו. העותרים יטענו, כי איסור מסוג זה מהווה פגיעה בזכויות הפוליטיות של חופש התעמולה הפוליטי ובזכות לשוויון בהתמודדות בבחירות לכנסת.

2. העותר מס' 1 הינו חבר כנסת מטעם רשימת בל"ד והוא מכהן כיושב ראש הרשימה. העותר מס' 2 הינו ארגון זכויות אדם הפועל בין היתר להגנה על הזכויות הפוליטיות בישראל.

3. לקראת הבחירות לכנסת ה-19 פרסמה רשימת בל"ד תעמולת בחירות המבוססת על מעשה אמנותי מסוג סאטירה פוליטית המפנה ביקורת נגד החוקים הידועים בציבור כ"חוקי נאמנות" ונגד הסיסמה שלהם "בלי נאמנות, אין אזרחות". הפרסום הסאטירי הזה הועלה בתאריך 27.12.12 לרשת האינטרנט כסרטון אנימציה (להלן: "התשדיר"). התשדיר מדמה מסיבת עיתונאים שמנהל ח"כ אביגדור ליברמן, כשהוא מוקף בחברי כנסת נוספים מהימין (ח"כ אופיר אקוניס, דני דנון, אריה אלדד ומיכאל בן ארי). במסיבת העיתונאים מצהיר ח"כ ליברמן, כי על מנת לקדם את חוקי הנאמנות הוא הגיע למסקנה, כי יש צורך להתאים את ההמנון הלאומי לאוכלוסייה הערבית כדי שיוכלו להזדהות עמו. המשתתפים פוצחים בשירה של ההמנון עם שמירה דווקנית על מילותיו תוך התאמת הלחן שלו לקצב של שיר ערבי פופולארי. להלן תמלול של התשדיר:

"מסיבת עיתונאים 1

הצעת חוק נאמנות לשירת "התקווה". הכנסת ה-18.
ליברמן: כבר נסיתי להעביר חוק שמתנה קבלת תעודת זהות בהצהרת נאמנות לשירת "התקווה" בכנסת הבאה אנסה להעביר את החוק שוב.
אבל עכשיו הגעתי למסקנה שיש להתאים את ההמנון לאוכלוסייה הערבית, כך שתוכל להיזדהות אתו.
יאללה חברי!
[שירת ההמנון]
מצחיק? המצב ממש לא מצחיק.
צריך לעמוד מול החוקים האלה!
אסור לנו לפנות להם את הזירה.
זה הזמן לבל"ד".

4. בדברי ההסבר לתשדיר צוין, כי: "הסרטון מתייחס להצעות החוק הגזעניות והמפלגות שהימין ניסה להעביר, וביניהן "חוק הנאמנות" שמתנה קבלת אזרחות ישראלית בהצהרת נאמנות לסמלי המדינה (הדגל וההמנון הלאומי הישראלי) שלא מייצגים אותנו ומתעלמים מקיומנו".
ראו קישור לתשדיר באינטרנט:

<http://www.youtube.com/watch?v=wOHsrzmDwZI>

5. התשדיר משתייך לסוג של "סאטירה פוליטית" שבאופייה היא בנויה על שילוב בין דברי אמת ועובדות שאינן נכונות, כאשר ההתנגשות ביניהם מבקשת להבליט את האבסורד במצב פוליטי מסוים, ידוע ומוכר ואף שנוי במחלוקת. ההתנגשות החזיתית הנ"ל באמצעות שימוש בכלים אומנטיים מובילה לכך שהאבסורד הפוליטי יתקבל בצחוק, הפתעה, התרסה או גיחוך. הסאטירה הפוליטית זוכה להגנה מיוחדת במסגרת חופש הביטוי בגלל מאפייניה שאודותיהם נקבע, כי:

"מבחינה פרשנית המשקל של חופש הביטוי מתחזק כאשר עסקינן בביטוי כגון ביקורת, סאטירה, פרודיה, טור דעות, שמטרתו בעיקר לעורר ויכוח ציבורי, אך הוא חף מיומרה להציג אמת עובדתית...סאטירה, לשם הדוגמה, בהיותה צורת ביטוי בוטה ועוקצנית, נועדה לעורר פרובוקציה, להתריס ולעתים אף להתסיס על-מנת ליצור דיון ציבורי...מטבע הדברים, סאטירה נוקטת לשון הגזמה ונעזרת באמצעים אמנותיים, כגון משל, אלגוריה ומטאפורות...כאשר מדובר בביטוי ציורי, סאטירי או פרודי, משימה זו

מורכבת. מטבע הדברים, ביטויים אלה נעזרים בלשון ציורית, במוטיבים, בהגזמה ובעיוות המציאות עד כדי גיחוך.” (ההדגשה אינה במקור)

עא 4534/02 רשת שוקן בע”מ נ’ אילון לוני הרציקוביץ’, נח (3) 558 (2004) עמ’ 570-569.

6. התשדיר הסאטירי הנדון מציג את האבסורד בחוקי הנאמנות ובו ח”כ ליברמן, המהווה סמל בעיני בלי”ד לאישור וקידום חוקים אלו, הוא הזמר ששר את מילות ההמנון בעברית אך על רקע מוזיקה ערבית וריקוד מזרחי וזאת בצירוף תנועות הגוף שלו המשתלבות ובאופן הרמוני עם המוזיקה. התשדיר מבליט פרודיה המעלה חיוך וצחוק שמטרתם הצגת העיקרון ”בלי נאמנות, אין אזרחות” באופן מגוחך. אך בסוף, התשדיר נעצר על ידי שדרן חיצוני שמבקש לחדד את המסר של התשדיר על ידי כך שהוא מאשר את הצחוק ויחד עם זאת מזהיר את הציבור שלא להיות אדיש ומבקש לעודד אותו להשתתף בבחירות למען עצירת המגמה של ”חוקי הנאמנות”. זהו המסר הדומיננטי של התשדיר העושה שימוש בסאטירה הפוליטית כדי להעביר מסר פוליטי או לצאת נגד מצב פוליטי מסוים.

7. ביום 7.1.2013 החליט המשיב לפסול את עיקרו של התשדיר ולהוריד את שירת ההמנון ובכך למעשה הוא פסל את כל התשדיר. המשיב קבע כי, הוא האזין לתשדיר ברדיו ובעקבות זאת קבע, כי ”הוא משמיע באופן מעוות ומגחיק את התקווה המנון מדינת ישראל” ובכך יש ביזיון לסמלי המדינה.

== מצ”ב העתק של החלטת הפסילה המסומן כנספח ע/1.

8. החלטת המשיב לא ניתנה על סמך בקשה כלשהי מטעם מי מהמפלגות ולא היתה מפלגה שהביעה התנגדות כלשהי לתשדיר. המשיב האזין לתשדיר והחליט על פסילתו אף מבלי שביקש הסברים כלשהם מטעם העותר מס’ 1 ומבלי לבקש את תגובתה של בלי”ד קודם לכן.

9. ביום 08.01.2012 פנה העותר מס’ 2 אל המשיב בבקשה לשקול מחדש את החלטת הפסילה ולאשר את שידור התשדיר. ואולם המשיב דחה את הבקשה ביום 8.1.13 וקבע, כי הוא לא יכול להרשות את תשדירה של תעמולה המציגה בגיחוך את ההמנון הלאומי עליו הצהירו כל חברי הכנסת אמונים.

== מצ”ב העתק מהפנייה של העותר מס’ 2 המסומנת כנספח ע/2 וכן העתק תשובת המשיב מתאריך 8.1.13 אשר הגיעה למשרד העותר מס’ 2 בתאריך 9.1.13 מסומנת ע/3.

10. חשוב לציין, כי התשדיר אינו עובר על אף איסור פלילי וגם המשיב לא מציין כך. כמו כן, רשתות התקשורת לא התייחסו אליו בתור תשדיר הפוגע בציבור מסוים או בטעם הטוב. מייד לאחר החלטתו של המשיב התחיל התשדיר לכבב באופן אינטנסיבי באתרי האינטרנט המובילים בישראל בעברית ובערבית והוא זוכה גם לחשיפה חיובית בחלק מכלי התקשורת המובילים בעולם.

ראו למשל כתבה שפורסמה באתר הניו יורק טיימס בתאריך 9.1.13 :

<http://thelede.blogs.nytimes.com/2013/01/09/israeli-election-ads-ruled-too-offensive-for-broadcast-rack-up-views-on-youtube>

11. לא למותר לציין כי, תפקידה של תעמולת הבחירות הוא להציג בפני ציבור הבוחרים נושאים הנמצאים במחלוקת ציבורית. מילותיו של ההמנון הלאומי מעוררים מחלוקת ציבורית. למחלוקת זו נמצא ביטוי מובהק בדו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 **דו"ח הועדה** (2003) (להלן: "דו"ח ועדת אור"), שם צויין:

"תכניה וסמליה של המדינה, המעוגנים גם בחוק והמעלים על נס את הנצחונות בסכסוך זה, מציינים בעיני בני המיעוט הערבי את תבוסתם, וספק אם יש להם דרך להזדהות עימם, הזדהות של אמת. הזמן יכול אולי להעלות ארוכה לכאב, אך ככל שמתחזקת התודעה הלאומית - כך גוברת בקרבם המודעות לבעיה זו, המלווה את עצם הקמת המדינה."
פסקה 7 לדו"ח ועדת אור.

ובפסקה 60 ציין דו"ח ועדת אור:

"עם השנים עלו טענות שונות מצד הציבור הערבי ומנהיגיו ביחס למעמד התרבות הערבית במדינה. כך, לדוגמה, טענו.. החגים הממלכתיים שנקבעו היו קשורים כולם בתכנים יהודיים-ציוניים ואף לא אחד ביטא תכנים ערביים, או לפחות תכנים משותפים לשני המגזרים. חוקים מיוחדים אימצו מוסדות תרבות יהודיים - כמו חוק יד יצחק בן-צבי - אך לא נחקקו חוקים דוגמתם לגבי מוסדות תרבות ערביים. נטענה איפוא הטענה, כי המדינה מאפשרת פעילות תרבותית ערבית אך אינה מקבעת אותה רשמית באופן שהיא עושה זאת במגזר היהודי."

12. דו"ח ועדת אור ממליץ, כי יש לתת ביטוי למכנה המשותף של כלל האוכלוסייה בישראל באמצעות הוספת אירועים וסמלים ממלכתיים שכל האזרחים יוכלו להזדהות עימם:

"אולי הגיעה השעה לתת ביטוי בחיים הציבוריים גם למכנה המשותף לכלל האוכלוסייה, על ידי הוספת אירועים וסמלים ממלכתיים שכל האזרחים יוכלו להזדהות עימם. מן הראוי למצוא דרכים לחיזוק תחושת ההשתייכות של האזרחים הערבים למדינה, בלי לפגוע בהשתייכותם לתרבותם ולקהילתם."
שער שישי פסקה 42 לדו"ח ועדת אור.

13. גם מבקרת המדינה לשעבר, כבוד השופטת מרים בן פורת קראה באופן פומבי לביצוע שינוי במילותיו של ההמנון המדינה. כך למשל, בשנת 2000 היא המליצה להוסיף בית להמנון המדינה בכדי להתחשב במיעוטים שאינם יכולים להזדהות עם ההמנון, ובשנת 2010 היא הציעה לאמץ המנון נוסף למדינת ישראל שגם האזרחים הערבים יוכלו להזדהות עמו.

== רצ"ב פרסומים בתקשורת שפורסמו בהקשר להמלצותיה של כבוד השופטת בן פורת, הראשונה משנת 2000 שפורסמה באתר וואלה והשניה משנת 2010 שפורסמה באתר ערוץ 7, מסומנים ע/4.

14. החלטת המשיב סוטה באופן קיצוני ביותר מההלכה הפסוקה בעניין חופש הביטוי בתעמולת הבחירות לכנסת. הפסיקה חזרה והדגישה, כי התעמולה אמורה להיות חופשית ממגבלות והיא יכולה אף לצאת נגד חוקים קיימים. כמו כן, בהיותה משרתת את הליך ההשתתפות בבחירות אז מטבעם של תשדירי התעמולה הוא לעורר נושאים ציבוריים הנמצאים במחלוקת. כך למשל, בית המשפט העליון ביטל החלטת יו"ר ועדת הבחירות לכנסת כאשר פסל תשדיר שעושה שימוש בדגל אשף. שם נטען על ידי המשיב, כי הדגל הזה פוגע ברגשות הציבור בהיותו מסמל את ארגוני הטרור ואת האויב. בעניין זה נקבע כי רשימות זכאיות לתעמולה שצורותיה ומסריה אינם נופלים בקרב הקונסנוס הלאומי וכן כי:

"חופש הביטוי במערכת בחירות במשטר דמוקרטי מחייב חירות בהבעת דעות ובקליטת מסרים שדרכם מעוצבת דעת הקהל. חופש זה מחייב זרימה חופשית ובלתי מופרעת של דעות ורעיונות, והוא עומד בלבה של הזכות לבחור ולהיבחר כזכות חוקתית."

בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, נו (2) 62, 71-72 (2003).

15. הפסיקה הגבילה את תעמולת הבחירות כאשר מדובר בפרסומי תעמולה הפוגעים באופן קיצוני במיעוטים והמגיעים לדרגה של גזענות או כאשר הפרסום "מזעזע את אמות הספים של הסובלנות ההדדית". כך למשל, בענין שינוי פסל המשיב תשדיר בו נראים חרדים זוחלים על הרצפה ונצמדים לאדם חילוני, ובסופו הם מתאדים ונעלמים בעשן. בענין זה נקבע, כי אמנם מדובר בביטוי פוליטי בתקופת בחירות, הראוי להגנה מיוחדת, אך במקרה זה מדובר באחד המקרים החריגים בהם הפרסום מזעזע את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית שכן יש בו דמיון המעורר חלחלה לתעמולה אנטישמית – נאצית. נקבע כי התשדיר מתאר את היהודי החרדי בתיאור מבזה, משפיל, ופוגע בכבוד האדם בכלל, ובכבודו של היהודי החרדי בפרט. כב' השופט ריבלין קבע, כי:

"התבטאות מכלילה, חריפה וקיצונית, שיש בה משום ביזוי והשפלה על רקע השתייכות לקבוצת-מיעוט מסוימת, יכול שתהא מעבר לרף הסיבולת הראוי לחברה דמוקרטית, עד כדי הגבלה כזו או אחרת של חופש הביטוי. אולם יש להדגיש כי הגבלת חופש הביטוי בדרך של צנזורה היא בגדר מוצא אחרון. יש להכיר בכך שבמסגרת השיח הציבורי, ובכלל זה השיח הפוליטי, נשמעות לעיתים אמירות קשות ואף פוגעות. הגבלה מראש של ביטוי בשל תוכנו עלולה לסכן את חופש הביטוי. יש בה מידה של פטרנליזם. היא מוקשית מבחינה נורמטיבית והיא מוטלת בספק מבחינה מעשית. - המקרה דנן – גבולי. משמעות החלטת המשיבה היא הגבלת האפשרות של מפלגה, עובר לבחירות, להציג את עמדותיה לציבור ולהעמידן לשיפוט. הטעם להחלטה הוא שהתשדיר אינו אך פוגע ברגשות; גם אין הוא אך פוגע ברגשות באופן משפיל ומבזה. הוא פוגע ברגשות תוך ביזוי והשפלה על רקע השתייכות קבוצתית, ותוך שהוא מעורר אסוציאציה אפשרית לתקופה חשוכה."

בג"ץ 2194/06 **מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית** (פסק דין מיום 28.6.06).

16. אך במקרה דנן התשדיר מטעם בל"ד אינו פוגע לא מקרוב ולא מרחוק בקבוצה כלשהי על רקע השתייכותה הלאומית, הדתית או התרבותית וגם אינו "מזעזע את אמות הספים" של הסובלנות. גם המשיב אינו מצוין, ובצדק, כי הפרסום מטעם בל"ד הוא פרסום המזעזע את רגשות הציבור.

17. בנוגע לסמלים הלאומיים, הדגל וההמנון נקבע בפסיקה, כי פסילת תשדיר לא תיעשה בגלל שמדובר בפגיעה במעמד, ולא בגלל שמדובר בשאיפה לשנותם, וגם לא משום שהתשדיר לוקה בחוסר טעם טוב או מבקש לעשות גיחוך מהם, כי אם כאשר מדובר בסוג "ביזוי ופגיעה המביאים לגירוי יצרים ואף להסתה." כך נקבע ברוב דעות של השופטים מצא ווטרסרג-כהן נגד דעתו החולקת של הנשיא ברק בעניין **חירות** ששם אישרו את החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית הפוסלת את התשדיר שהשמיע זמריר המתנגן על רקע מנגינת "התקווה" שכלל דברי שבח ליאסר ערפאת, קרא לגירוש היהודים מיפו, עכו ולוד, כךך את גדולת אללה עם ירושלים ו"פלסטין הקדושה" והראה את דגל ישראל המתנופף מעל לכנסת ישראל שהופך בהדרגה לדגל פלסטין (ראו: בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 750 (2003)).

18. התשדיר של בל"ד רחוק מאוד מלהגיע למצב של גירוי יצרים והסתה וגם המשיב לא טוען זאת. טענתו של המשיב שהשימוש בהימנון מציג אותו באופן מגוחך הפוגע במעמד ההמנון. אך טעם זה אינו מהווה סיבה לפסול את התשדיר. הפסיקה מעולם לא קבעה כי אסור להציג את ההמנון באופן מצחיק, מגוחך ואף מתריס. לא במקרה, אפוא, שרשימת עלה ירוק, למשל, שהמצע שלה ביקש לקדם את חוקיות השימוש במריחואנה הציגה את הדגל הלאומי עם עלה ירוק במקום מגן דוד ושינתה בשידורה למען עישון מריחואנה את הלחן של ההמנון הלאומי בתשדירי הבחירות בשנת 1998 לקצב של מוזיקת טרנס. ראו התשדיר בלינק הבא:

https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=BP9WCb5SvV0#

19. כמו כן, החלטת המשיב לא נתנה משקל כלשהו לעובדה כי המצע של בל"ד שאושר על ידי בית המשפט העליון הינו מצע המתבסס על עקרון מדינת כל אזרחיה וכי לגישת בל"ד, ההמנון הינו נושא שבמחלוקת ועל כך הצהירה בפני בית המשפט העליון יותר מפעם. לכן, מותר לרשימה זו להציג סאטירה פוליטית ביקורתית נגד ההמנון במיוחד כאשר נושא התשדיר נופל בגדר המצע הפוליטי הלגיטימי של הרשימה. פסילת התשדיר הזה היא, אפוא, פגיעה בזכותה המלאה של בל"ד להיבחר על בסיס המצע שלה ואשר כוללת בתוכה גם פגיעה בזכות בוחרים שמסכימים עם המצע שלה.

(ראו א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש- עשרה נ' ח"כ טיבלי**, פ"ד נז(4) 1 (2003) בהקשר למצע מדינת כל אזרחיה וכן בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, נז (2) 62, 71-72 (2003) בהקשר לחשיבות חופש התעמולה למימוש הזכות להיבחר).

20. לכן, הפגיעה בתשדיר של בל"ד במקרה דנן הינה פגיעה בזכות של הרשימה ליחס שוויוני בהתמודדות בבחירות (סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת ובג"ץ 98/69 **ברגמן נגד שר האוצר**, פד"י כג(1)

693, 698 (1969)). בית המשפט העליון קבע, כי כל רשימה שאושרה להתמודד בבחירות לכנסת רשאית לפעול לקידום מצעה הפוליטי והמדיני. היא רשאית לפעול לשינוי חוקים ואף לשינויים חוקתיים כל עוד שהדבר נעשה באמצעים דמוקרטיים. לכן הפגיעה ביכולתה של רשימה לקדם את מצעה במסגרת תעמולת הבחירות כאשר הפרסום אינו גזעני או פוגע באופן המזעזע את אמות הספים של הסובלנות, מהווה פגיעה בזכותה של הרשימה ליחס שוויוני בהתמודדות בבחירות לכנסת (ראו עניין **טיבי** בעמוד 24).

21. יוצא כי, נקודת המוצא של המשיב בתשובתו (נספח ע/3 לעיל) לפיה, חברי הכנסת נשבעו אמונים למדינה ועל כן אסור להם להציג את ההמנון באופן ביקורתי במסגרת התעמולה שלהם, מנוגדת להלכות **מברגמן** עד **טיבי** לעיל, לפיהם כל רשימה זכאית ליחס שווה בכל הקשור לסיכוייה להיבחר כולל קידום מצעה הפוליטי הלגיטימי באמצעות תעמולת הבחירות.

22. לכן, ובמישור העקרוני, מותר לרשימה ערבית להעביר ביקורת במסגרת תעמולת הבחירות מטעמה על ההמנון וגם מותר לה להציג אותו באופן אבסורדי, סאטירי, מגחך, מצחיק ופרודי כמו המקרה של התשדיר דן המבקש להבליט את האבסורד בהצעה אל האזרח הערבי שישיר את ההמנון עם מוזיקה ערבית ובליווי ריקוד מזרחי כדי למתוח ביקורת על חוקי הנאמנות ולעודד את המצביעים להשתתף בבחירות למען עצירת מגמה זו של "חוקי הנאמנות".

לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על מתן צו על תנאי כמבוקש במבוא לעתירה זו.

סאוסן זהר, עורכת – דין

חסן ג'בארין, עו"ד

ב"כ העותרים

חיפה, 11.1.13