

תב"כ 3/18

## ליאור מרגוז

נגד

מפלגת התנועה הירוקה – מימד

### תגובת המשיבה לבקשה להוצאת צו מניעה

בהתאם להחלטת יו"ר ועדת הבחירות, כבי השופט אליעזר ריבלין מיום 22.1.09, מוגשת בזאת תגובת המשיבה לבקשה למתן צו להסרת מודעות תעמולה.

כבוד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית יתבקש לדחות את הבקשה על הסף, הן בשל היותה מוגשת ללא חתימת המבקש; ללא תצהיר לאימות העובדות הכלולות בה; הן בשל היותה מוגשת לכאורה שלא בתום לב ובחוסר ניקיון כפיים; הן בשל היותה בלתי מבוססת מבחינה עובדתית, והן בשל היותה נטולת בסיס משפטי.

די היה בכל אחת מהסיבות המנויות לעיל להביא לדחיית הבקשה על הסף, קל וחומר שכולן נתקבצו יחדיו בבקשה שלפנינו.

### ואלה טעמי התגובה

#### אקדמות מילין

1. כלל גדול הוא במשפט מקדמת דנא, כפי שנוסח בלשונו היפה של השופט זילברג: "כל הפונה לבית המשפט הגבוה לצדק חייב לנהוג, הוא עצמו, על פי הפתגם המשפטי הידוע "צדק דרשת - השכם ועשהו" [פ"ד ב, 52].
2. מכוחו ומכוח כוחו, נקבעו הלכות מקדמת דנא, שהמבקש סעד, בדין ובצדק, צריך לבוא בשערי משפט ודין מתוך ניקיון כפיים וברות לבב, ולגלות בפני הפורום שממנו מבקש הוא סעד את מלוא העובדות.
3. לא כן עשה המבקש שלפנינו.
4. המבקש נמנע אפילו מלחתום על בקשתו. נער הייתי, וגם זקנתי (ולו במעט), ולא ראיתי בקשה שמוגשת לפורום מעין שיפוטי שאין עליה לא חתימה ולא תצהיר של המבקש לאימות העובדות.
5. על דרך הכלל, די היה בכך כדי לסרב ולקבל את הבקשה. "עם ספינקס", כמאמרו הנודע של השופט למדוי משכבר הימים, "אי אפשר להתווכח".
6. בהיעדר מבקש שחתום על הבקשה, לא ניתן לדעת האם באמת הוגשה על ידי מי שהתיימר לבקשה. וכי מי לידינו יתקע שהמבקש אכן קיים? ושמה – כמו דמות התינוק שאליו מכוונת בקשתו (ושעליו יזובר בהמשך) – אינו אלא דמות וירטואלית?
7. נוסף עוד, כי בירור שנעשה באתר האינטרנט 144 של "בזק" (העתקו מצ"ב) מעלה שלא קיים כלל מנוי בשם כזה, לא ברמת גן, ולא בכל הארץ, לא בחברת "בזק" ולא בחברות הוט, אורנג'י ופלאפון. דבר זה מעלה חשד שמדובר במבקש "נסתר", שמבקש להצטנע במיוחד, ולהסתיר את מניעו בהגשת הבקשה, מסיבות שפשרן יובהר, אולי, בהמשך.

8. אם לא די בכך, המבקש גם נמנע מלהסביר מה עניינו המיוחד בבקשה, ומה טעם נדרש הוא – כביכול, ולמראית עין, להגן על זכויות ילדים.
9. ודוק: הארגונים הרבים שעניינם בהגנה על זכויות ילדים, שהמשיבה מעריכה את פועלם ותומכת בהם, לא ראו כל פגם בפרסומי המשיבה, ולא עשו דבר למונעם. רק המבקש, משיקולים שאת פשרם נמנע מלפרט, נזעק להגן עליהם, בלי שיסביר על מה ולמה? שתיקתו בעניין זה אומרת כשלעצמה "דרשני", ותשובתה בצדה.

### היעדר ביסוס עובדתי

10. יתר על כן: המבקש נמנע מלצרף לבקשתו תצהיר שיאמת את העובדות שבבקשתו, ולא בכדי.
11. דינו של תצהיר – כדינה של עדות, ובחקירה נגדית של המבקש היה מתברר על נקלה ואל נכון מי עומד מאחורי המבקש, ואלו מניעים הביאוהו להגישו.
12. בקשה זו מצטרפת למסכת ארוכה של ניסיונות אחרים, מצד גורמים פוליטיים מתחרים לפגוע בסיכויי המשיבה בבחירות הקרבות והולכות.
13. כך, למשל, מזה זמן רב עושה ראש מפלגת "הירוקים", מר פאר ויסנר, ניסיונות שונים – עד כה ללא הצלחה – לחבל בסיכויי המשיבה להתמודד בבחירות לכנסת.
14. בתחילה, פנה לרשם המפלגות בניסיון למנוע מהמשיבה, "התנועה הירוקה", להירשם כמפלגה.
15. בקשתו זו נדחתה על הסף בבית המשפט המחוזי בתל אביב. משראה מר ויסנר שככה לו, עירער על ההחלטה לבית המשפט העליון, אך גם שם טרם זכה לקבל את הסעד המבוקש על ידו, וסביר להניח שאף בקשה זו תידחה.
16. במקביל, פנה מר ויסנר לוועדת הבחירות – ואף טרחה להופיע בפניה – בניסיונו למנוע את רשימת התנועה הירוקה-מימד מלעשות שימוש בשמה.
17. גם בקשה זו נדחתה על הסף פה אחד.
18. הבקשה זגן מצטרפת לניסיונות קודמים של גורמים פוליטיים לפגוע במשיבה בכל דרך, ניסיונות שאין להם כל קשר לשמירה הקפדנית על הוראות החוק (מטרה, שהמשיבה, כמובן, תומכת בה בכל פה). דומה שלא לשם התגוששות פוליטית צינית נועד ההליך שמתקיים לפני כבי השופט ריבלין, ומן הראוי שהוא יאמר על כך את דברו.
19. די בהעלמת העובדות הבסיסיות המפרטות את מניעי המבקש וזיקתו, אם קיימת כזו, לגורם פוליטי זה או אחר, כדי לדחות הבקשה על הסף.
20. כלל גדול זה, מן המפורסמות הוא:

עותר אשר חוטא בהעלמת עובדות חשובות מכתב עתירתו אינו נוהג בתום לב.

עתירתו מוכתמת באי נקיין כפיים ועל כן לא יזכה לכל סעד של צדק, אפילו היו צמו טעמים הראויים להישמע לגופו של עניין. [בג"צ 291/81 חברת האני מיסטר די בע"מ נ' מנהל המכס והבלו, פ"ד לו(4)56]

21. והוסיף הנשיא שמגר, דברים בעניין בקשה שמטרתה הוצאת צו מניעה:

בית המשפט הגבוה לצדק חייב להישען במידה רבה על התיאור של נסיבות הרקע של כל נושא המובא בפניו להכרעתו, כפי שהוא עולה מן העתירה ומן התצהירים המוגשים על ידי בעלי הדין.

בשל כך מתחייבת הקפדה יתרה בקשר לכך שלא יכשילו את בית-המשפט באי-דיוקים ופי תהיה אמינות רבה ככל האפשר לעובדות המוצגות בפנינו, ובין היתר, כמובן למסמכים המוגשים לנו. בין היתר, יש לראות בחומרה כל מקרה בו מסמך נחזה להיות את אשר איננו באמת. לא למותר להוסיף כי האמור לעיל חל בראש וראשונה על הדברים המובאים בעתירה, שהרי בשלב הדיון בהוצאתו של הצו זהו בדרך הכלל החומר היחיד הפרוש בפני בית המשפט. [מי שמגר, בג"צ 594/85 דן עוזיאלי ואחי נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מ(2), 262, עמ' 264-265]

22. למותר להוסיף, כי גם עקרונות היסוד של ההגינות וחובת תום הלב, מחייבים שהמבקש יגלה מיהו הגורם האמיתי שעומד מאחורי בקשתו, ומה עניינו שלו – אם בכלל יש לו כזה – בהגשת בקשתו.

#### היעדר תשתית עובדתית

23. הבקשה לוקה גם בהיעדר תשתית עובדתית מינימאלית. בנוסף להיעדר התצהיר, המבקש מציין כי "מפלגת התנועה הירוקה מימזד משתמשת בתינוק קטן לצורכי תעמולה".
24. המבקש לא מציין, ולא בכדי, מהו מקור המידע שלו, שמדובר אכן ב"שימוש" וב"תינוק קטן", ועל אחת כמה וכמה שאינו מציין מיהו התינוק, ומה טעם נזקק המבקש להגן על כבודו.
25. האמת, כמובן, שונה בתכלית. מדובר ב"תינוק וירטואלי", שאינו אלא יצירה אלקטרונית וגרפית של עיבוד ממוחשב, ולא בתינוק חי, בשר ודם, ששימש כ"דוגמן" פעיל ו"השתתף" במערכת התעמולה של המשיבה.
26. כפי שיבואר להלן, מטרת המחוקק הייתה למנוע שיתופם הפעיל של ילדים חיים בתשדירי בחירות, ולא בשימוש בחומר גראפי או אלקטרוני שאינו עושה כל שימוש מעשי בתינוק, אפילו לא לצורכי צילום, וממילא אין בכך כל עבירה על דיני הבחירות.

#### היעדר תשתית משפטית

27. אפילו אמרנו, ולא אמרנו, שהמבקש היה מבסס את טיעונו על בסיס עובדתי מוצק, לא היה לטענת המשיבה כדי למנוע שימוש בתמונתו בעלמא, ולא בהשתתפותו הפעילה, בנסיבות שבהן נעשה שימוש זה.
28. טענה זו נסמכת הן על הרציונל של החוק, הן על רקעו החקיקתי.
29. כידוע לכל חופש הביטוי – זכות על חוקתית הוא, וניצב בפסגת זכויות האדם.

30. אם לא די בכך, הרי שמבין סוגיו השונים של חופש הביטוי – וביניהם חופש היצירה האמנותי וחופש הפרסום - חופש הביטוי הפוליטי מצוי בראש הפסגה ממש, בהיותו בסיס להליך הדמוקרטי.
31. משידענו שכך הוא, חל הכלל שיש לפרש זכות זו בצורה רחבה ביותר, ואילו את סייגיה יש לפרש בצמצום, ולתת להם תוקף רק כשנועדו לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.
32. אכן, ככל זכות אחרת גם חופש הביטוי הפוליטי אינו זכות מוחלטת. ניתן להגבילו בחקיקה ראשית, כפי שעשה המחוקק בחקיקת חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959. אך חוק זה, בהיותו מגביל את חופש הביטוי הפוליטי – ובמקרה דנן, גם את חופש היצירה של הפרסומאי שעשה במלאכה – יש לפרשו בצמצום.

### רקעו היסטורי של מעשה החקיקה

33. גם עיון ברקעו ההיסטורי של הסעיף, מלמד שלא לפרסום זוגמת זה של המשיבה נתכוון המחוקק.
34. הסעיף האוסר השתתפות ילדים בתעמולה לא נכלל כלל בנוסחו המקורי של החוק.
35. כך, בעת חקיקתו, וכך במשך למעלה מארבעים שנה(!). המחוקק היה ער לכך שמפלגות שונות עשו מדי פעם שימוש פעיל בילדים לצורכי תעמולה, אך לא ראה בכך כל פגם.
36. התיקון לחוק שאוסר על השתתפות ילדים נחקק רק בשנת תשס"א-2001. גם אז, לא מנע בתחילה לחלוטין "השתתפות ילדים", ואפשר אותה בתנאים מסוימים, ולסוף דיבר באיסור כולל על "שיתוף ילדים" באופן כללי.
37. הרקע לתיקון היה שימוש נלווה שעשו מפלגות פוליטיות שונות בילדים ששימשו כ"דוגמני בחירות" בסמוך למערכת הבחירות לכנסת ה-16 (ולא למותר להוסיף ולהזכיר כי אף עיתוי חקיקת התיקון, לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים והעלאת חופש הביטוי למדרגת זכות על חוקתית, מטה עוד יותר את הכף לטובת פרשנות מצרחה של הגבלות המוטלות עליו).
38. ילדים אלה הועמדו, לעתים בעל כורחם, באולפני צילום, ובמקומות שונים, וצולמו משך שעות ארוכות, לעתים כשהם חשופים לשמש, מונפים אל על בידי המועמדים, משל היו שקי קמח ולא יצורים חיים, או מושמים בתנחות שונות ומשונות, עד שהניחו את דעת הפרסומאי שביקש לעשות בהם שימוש לצורכי תעמולה.
39. התגברות המודעות לזכויות הילד – שהמשיבה תומכת בהן בכל פה ואף נלחמה למען הגשמתן – הביאה לכך שהמחוקק אסר על "השתתפות" פעילה של ילד במערכת הבחירות.
40. וכך מורה אותנו סעיף ג2 לחוק:

**הגבלה על שיתוף ילדים בתעמולת בחירות**  
לא ישותף בתעמולת בחירות ילד שגילו מתחת לגיל 15; לעניין זה, "שיתוף", בתעמולת בחירות – למעט שימוש, בתעמולת בחירות, בצילום או בהקלטה שבהם מופיע ילד בפעילות שגרתית.

41. עם זאת, כפי שהובהר לעיל, הן הקשרו של התיקון והן רקעו החקיקתי מלמדים שכוונת המחוקק הייתה ל"השתתפות" פעילה, ולא לתמונה של ילד וירטואלי, שכאמור לעיל, המבקש לא הוכיח את קיומו במציאות.
42. להשלמת התמונה נוסיף ונציין כי פרשנות זו עולה גם מהחלטת כבי' השופט חשין, יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-16, שניתנה בחודש ינואר 2001.
43. גם באותו מקרה, דובר על "השתתפות" פעילה של ילדי המועמד, נכדיו או ניניו. כבי' השופט חשין התיר את הדבר, ואף כתב כי "דומה כי יש להגביל איסור זה באורח ראוי", ולפרשו בצמצום, כמי שאינו חל על ילדי המועמד, נכדיו או ניניו. הנה כי כן, גם לדעת כבי' השופט חשין אין מניעה גורפת ומוחלטת לעשות שימוש בילדים, אלא הדגש מושם על האיסור לנצלם ולעשות שימוש פעיל, בילדים חיים, לצורכי תעמולה.
44. לפי גישה זו, עשיית שימוש בתינוק ממשי – ולא וירטואלי, כבמקרה דנן – פוגעת בתינוק בהטילה אותו לקלחת הפוליטית וזיהויו עם מפלגה מסוימת, בלי שיש לו דעת להבין את תוצאת מעשיו או את השלכותיה העתידיות.
45. כאמור, לא זה המקרה שלפנינו. לא מדובר כאן בתינוק של ממש, שזהותו ידועה למבקש, אלא ביצירה גראפית וממילא אין כאן נפגע.

### ההיבט הלשוני: "השתתפות" – מהי?

46. גם ההיבט הלשוני תומך בפרשנות המשיבה. המונח "השתתפות" מופיע במקומות רבים, הן במקורות הלשון העברית, הן בהוראות חוק שונות. בכולם, מדובר בהשתתפות פעילה, ולא פאסיבית, בוודאי שלא וירטואלית, של אדם חי, בפעולה ממשית.
47. כך, למשל, מגדיר א' אבן שושן (מלון אבן שושן, ת"א, 2006, כרך שני, עמ' 438), את המונח "השתתפות": "לקיחת חלק בדבר", ודוגמתו: "הנשף יערך בהשתתפות טובי האמנים". ברי לכל, שבאנשים חיים – ולא בדמות וירטואלית – עסקינן, ובהשתתפות פעילה (במקרה זה של אמנים, בשירה ובמשחק) ולא בשימוש בדמות וירטואלית גרידא, שאינו עולה כדי "השתתפות".
48. כיוצא בו, במילון ההווה של ש' בהט ומ' מישור, ירושלים, 1995), עמ' 136: "השתתפות – הצטרפות עם אחרים בפעולה, במסיבה, בצער".
49. ברי לכל שגם כאן מדובר בהשתתפות פעילה, "עם אחרים".
50. ואילו במקרה דנן, ה"תינוק" – שכאמור אינו אלא דמות וירטואלית – מעולם לא ראה את הפרסומאי או את המשיבה שביקשו לשלבו ביצירתם, ומאחר שכן – לא נוצר כאן הבסיס, ולו המינימאלי, שיקיים את דרישת ה"השתתפות".
51. כך מורים אותנו גם דברי חקיקה שונים שבהם נעשה שימוש במונח זה.
52. כך, למשל, סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת שעניינו ב"מניעת השתתפות בבחירות", וקובע ש"רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת", כשברור שהכוונה היא להשתתפות ממשית, אישית, ישירה ופעילה, ולא ל"השתתפות וירטואלית" כדוגמת המקרה דנן.
53. וכך, למשל, בסעיף 5 לחוק השתלת אברים, התשס"ח – 2008, הקובע ש"אין בהוראות פרק זה כדי לאסור השתלת אבר שנעשית מחוץ לישראל, לרבות לעניין השתתפות גוף בישראל במימון השתלת אברים שנעשית במדינת חוץ", ואף כאן ברור שהכוונה היא להשתתפות ממשית, פעילה וישירה, ולא להשתתפות וירטואלית גרידא.

54. ועל דרך זו, זובר המחוקק אלינו בסעיף 4(ב) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, בעניין "השתתפות המעביד בעלות החזקתו של הילד במעון", וכך בעוד עשרות ומאות סעיפי חוק.
55. הצד השווה שבכולם (לרבות דיני השתתפות' לדבר עבירה שבדיני העונשין): שהשתתפות' הנזכרת בהם, הריהי השתתפות פעילה, ישירה, ממשית, שניתן להורות עליה באצבע ולא 'השתתפות' וירטואלית, שאין בה כל מגע – ולא יכול להיות בה כל מגע – בין ה'משתתף' לבין 'שותפיו'.

### ההיבט הפרשני: תכלית החקיקה והכרעת המובן הפרשני במקרה ספק

56. גם תכלית החקיקה מלמדת שפרסומי המשיבה אינם נכללים בגדרי האיסור. כאמור לעיל, מדברי ההסבר להצעת החוק עולה כי הסעיף נועד למנוע ניצול פסול, ישיר וממשי של ילדים לתעמולת בחירות, ואילו כאן אין ילד ממשי וממילא לא היה כאן, לא ניצול ולא אבק ניצול של התינוק הוירטואלי המופיע בפרסומי המשיבה.
57. נוסף עוד, כי הדעת אינה ניתנת שהמחוקק התכוון למנוע כליל את העלאת נושא הילדים במערכת הבחירות.
58. עתידם של ילדינו – במיוחד כשמדובר במפלגה דוגמת המשיבה שמצעה נשען על שני יסודות שעניינם כינון עולם בר קיימא – חינוך איכותי ואיכות סביבה – ניצב, וחייב להתייצב, בראש סדר יומה של החברה הישראלית.
59. הימנעות מהזכרת נושא הילדים במערכת בחירות שעשויה לקבוע את עתיד המדינה ולהשפיע עליו השפעה מכרעת, מנוגדת לכל היגיון, עומדת בסתירה לערכי הדמוקרטיה – המחייבים דיון ער ופתוח ב'שוק הדעות' גם בנושא החשוב של עתיד ילדינו – ופוגעת פגיעה קשה בחופש הביטוי ובחופש היצירה בכלל, ובחופש הביטוי הפוליטי בפרט.
60. לצד זה, נוסף עוד כי הוצאת צו מניעה תגרום גם נזק כלכלי למשיבה. היה ויוצא צו כזה, יהא עליה להחליף חומרי תעמולה שהוכנו על ידה זה כבר, ולשם כך תצטרך לשאת בהוצאה כספית לא מבוטלת. גם נימוק זה ראוי לבוא, בנוסף לשאר הנימוקים, במניין שיקוליו של יו"ר ועדת הבחירות.
61. היעלה על הדעת שלו הייתה קמה "מפלגה למען זכויות הילד", הייתה מנעת ממנה האפשרות להעלות את נושא עתיד הילד על ראש שמחתה ודאגותיה? האם במקרה זה, היה נמנע מראשיה לדבר ולפרסם ציורי דיוקנאות של ילדים (וכאמור, מבחינה מהותית, וכל עוד לא הוכיח המבקש אחרת, גם במקרה דן מדובר בדיוקן אמנותי ולא ב"שיתוף ילד" חי בתעמולה) בפרסומיה? וכי לכך נתכוון המחוקק? אין זאת אלא שהמחוקק נתכוון, ובדין, למנוע ניצולם לרעה של ילדים, והפיכתם ל"דוגמני בחירות".
62. כאמור לעיל, לא זה המקרה שבפנינו, שבו מדובר בילד וירטואלי שהמבקש לא ידע, ולא בכדי, להצביע בכלל על קיומו וזהותו.
63. יתר על כן: אפילו אמרנו, ולא אמרנו, שהוראת החוק בדבר "השתתפות" ניתנת לשני פירושים, בהיות האיסור חריג לכלל של חירות הביטוי בכלל, וחופש הביטוי הפוליטי בפרט, יש להעדיף את הפירוש המצמצם שלפניו רק השתתפות פעילה, של ילדים אמתיים, על דרך של צילום לצורך הבחירות ובמשך שעות ארוכות – היא שנאסרה, ולא הופעת דמות וירטואלית של ילד (ראו גם הסיפא לסעיף 2 המדבר על "שיתוף" שאינו פעולת אקראי, ומשמע שמדובר בצילום לשם הבחירות, ולא בפעילות שגרתית דוגמת הילד שכביכול מופיע בתעמולת הבחירות של המשיבה).

השכל הישר

64. המציאות מלמדת כי בפרסומי המשיבה לא נפל כל פגם. פרסומים אלה מופצים מזה זמן רב (במונחי בחירות), כשבועיים ימים ויותר, ועד שהופיע המבקש – וכאמור, מניעין עלומים וככל הנראה מסתירים גורם פוליטי מתחרה הנוקט בשיטות שאינן מצביעות על עודף תום לב או הגינות – לא היה לא פוצה פה ולא מצפצף.

65. השכל הישר – וגם הוא יסוד מוסד בעשיית צדק – מלמדנו כי לא לעיסוק בזוטות אלה – תרתי משמע – הן זוטות, הן זאטוטים דוגמת התינוק הוירטואלי דני – נתכוון המחוקק.

משכך הם פני הדברים, יתבקש כבוד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לדחות את הבקשה על הסף, ולחייב את המבקש בתשלום הוצאות הכנת תגובה זו.

יו"ר אביעד הכהן, עו"ד  
חבר ועדת הבחירות ונציג המשיבה

ירושלים, ראש חודש שבט תשס"ט, 26 בינואר 2009