

**העותרת:** האגודה לזכויות האזרח בישראל, ע"ר 580011567  
ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עודד פלר  
ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או נסרין עליאן  
ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או שרונה אליהו חי  
ו/או אן סוצ'יו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רעות כהן  
ו/או רוני פלי ו/או סנא אבן ברי ו/או שדא עאמר ו/או אורי סבח  
מרח' נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417  
טל': 03-5608185 ; פקס : 03-5608165

**נ ג ד**

**המשיבה:** שרת התרבות והספורט, ח"כ מירי רגב  
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

"יכול תיאטרון פלוני להחליט כי אינו מוכן  
להעלות את הצגותיו בהיכל התרבות באחד  
היישובים באזור, מבלי לחשוש כי סעיף  
4 לחוק יחול עליו."

בג"ץ חוק החרם, פסקה 42 לפסק דינו של  
השופט עמית

**עתירה למתן צו על תנאי**

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו על תנאי המורה למשיבה לבוא וליתן טעם כדלקמן :

1. מדוע לא יבוטלו סעיפים 7(ח)(3), 7(ח)(4), 7(ח)(5) ו-7(ח)(6) למבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד התרבות והספורט בתחום הגופים הכליים (להלן: **מבחני התמיכה במוסיקה**) ;
2. מדוע לא יבוטלו סעיפים 7(ו)(3), 7(ו)(4), 7(ו)(5) ו-7(ו)(6) למבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד התרבות והספורט בתחום התיאטרון (להלן: **מבחני התמיכה בתיאטרון**) ;
3. מדוע לא יבוטלו סעיפים 7(ז)(4), 7(ז)(5), 7(ז)(6) ו-7(ז)(7) למבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד התרבות והספורט למוסדות ציבור שהם להקות מחול (להלן: **מבחני התמיכה בלהקות מחול**).

[נוהל מבחני התמיכה במוסיקה](#) מצורף ומסומן ע/1.

[נוהל מבחני התמיכה בתיאטרון](#) מצורף ומסומן ע/2.

[נוהל מבחני התמיכה בלהקות מחול](#) מצורף ומסומן ע/3.

## בקשה לדיון מוקדם

עניינה של העתירה הוא חוקיותם וחוקתיותם של תיקוני המשיבה (להלן - שרת התרבות) למבחני התמיכה בגופי ביצוע מוסיקליים, בתיאטרון ובלהקות מחול, לפיהם מוענקת תוספת לגוף תרבות נתמך שמופיע בהתנחלויות ומקוצצת התמיכה בגוף תרבות שנמנע מלהופיע בהתנחלויות. תיקון זה פוגע פגיעה קשה בחופש הביטוי האמנותי והפוליטי, בזכות לשוויון והוא מהווה התערבות פוליטית פסולה במבחני התמיכה. בשל הוראות המעבר שנכללות בתיקון הוראותיו אינן משפיעות על שיעור התמיכה במוסדות התרבות לשנת 2016, אבל השפעתו של התיקון תורגש בעת חלוקת כספי התמיכות לשנת 2017.

לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד מוקדם לדיון בעתירה כך שיהיה סיפק בידו לסיים את הדיון ולהכריע בה עוד בטרם יגיע המועד לקביעת שיעור התמיכה במוסדות התרבות לשנת 2017.

## ואלה נימוקי העתירה:

### רקע עובדתי

1. מיום כניסתה לתפקידה שרת התרבות עושה כל אשר ביכולתה כדי להתנגח במה שהיא מכנה "הממסד האומנותי" וכדי לפגוע באומנים אשר דעתם אינה כדעתה. שרת התרבות מבזה את האמנים, לועגת להם, משפילה אותם, מבקשת למשטר אותם ולהכפיף אותם למרות השלטון. היא קראה להם קפוצי תחת, היא קראה אליהם: "קאט דה בולשיט" והיא מכריזה פעם אחר פעם שהיא אמנם לא תפגע בחופש הביטוי שלהם, אבל שבידה מצוי "חופש המימון", ובו היא תשתמש לפי שיקול דעתה.
  2. בפגישה שנערכה ביוני 2015 עם נציגי מוסדות תרבות אמרה להם שרת התרבות: "אני קובעת את הקריטריונים, אני יכולה להחליט שהמוסדות לא מקבלים כסף, שכל הכסף עובר רק לפריפריה וליהודה ושומרון. הממשלה לא חייבת לתמוך בתרבות. אני יכולה להחליט לאן הכסף הולך. האמנים לא יכתבו לי. אם נסכים על העקרונות האלה, תהיה לכם פרטנרית, אחרת אנחנו בבעיה":
- שרת התרבות והספורט מירי רגב נפגשה היום (חמישי) עם נציגי מוסדות התרבות בארץ. לפי פרסום ב"חדשות 10" הערב, אמרה השרה לנוכחים בפגישה: "אנחנו קיבלנו 30 מנדטים, אתם קיבלתם בסך הכל 20". לשאלת הנוכחים "מי זה אתם", השיבה השרה "אנחנו יודעים שהשמאל מנכס לעצמו את התרבות, אנחנו לא צריכים להתבלבל מי זה הציבור ובמי הוא בחר".

עוד דווח כי רגב הבהירה למשתתפים בפגישה כי "אני קובעת את הקריטריונים, אני יכולה להחליט שהמוסדות לא מקבלים כסף, שכל הכסף עובר רק לפריפריה וליהודה ושומרון. הממשלה לא חייבת לתמוך בתרבות. אני יכולה להחליט לאן הכסף הולך. האמנים לא יכתבו לי. אם נסכים על העקרונות האלה, תהיה לכם פרטנרית, אחרת אנחנו בבעיה". מאוחר יותר מסרה רגב בתגובה, לפי הדיווח, כי "זוהי מדינה דמוקרטית ואני בעד חופש ביטוי, אבל אין שום סיבה שנממן כל אחד בכספי מדינה". גורם בכיר בעולם התרבות סיפר "להארץ" כי בפגישה היתה אווירה מתוחה והגדיר אותה "טעונה מאוד ודרמטית". הוא אמר כי "רגב היתה חכמה מאוד והביאה סוללה של עורכי דין מכל מיני ארגונים". לדבריו, רגב הודיעה שתתאים את הקריטריונים למתן תמיכות למוסדות תרבות כך שתהיה העדפה לכאלה בפריפריה ולא "בין גדרה לגדרה", וכן תשנה קריטריונים מבחינה פוליטית וציבורית. "היא אמרה שלא תיתן לפגוע במשפחות שכולות, ולא תיתן לפגוע במדינת ישראל ובערכיה", הוסיף הגורם. "לדבריה, 'לכל מי שיהיו בעיות עם הקריטריונים – שיפנה לבג"ץ. הקריטריונים הם מטעם הש"ר".

יאיר אשכנזי "השרה רגב לאמנים: השמאל מנכס לעצמו את התרבות, אנחנו לא צריכים להתבלבל מי זה הציבור ובמי הוא בחר" "אתר הארץ", 11.6.2015

במפגש הסגור שקיימה השרה רגב במשרדה נכחו אנשי תרבות רבים בהם שחקנים ותיקים. במפגש, בסופו הוחלט על הקמת פורום משותף לשיח בענייני תרבות, עלו נושאים כמו הופעתו של נורמן עיסא בבקעת הירדן וההצגה בתיאטרון אלמידיאן. בסיומו של המפגש חשו הנוכחים כי יש מקום לאופטימיות ושיתוף פעולה, אבל בתחילתו נשמעו גם טונים צורמים כשהשרה הבהירה לנוכחים כי היא זו שתקבע באמצעות משפטים קשים כגון: "אנחנו קיבלנו 30 מנדטים, אתם קבלתם בסך הכל 20", כשהיא מתייחסת לכך שהשמאל מנכס לעצמו את התרבות לטענתה. עוד הוסיפה השרה כי "אני קובעת את הקריטריונים, הממשלה לא חייבת לתמוך בתרבות. אני יכולה להחליט לאן הולך הכסף. האמנים לא יכתבו לי". גורמים שנכחו בפגישה סיפרו לישראל היום כי דבריה של השרה התקבלו בהלם מוחלט, אולם לא גלשו לויכוחים קולניים. בהמשך אף התקיים דיאלוג פורה, מתוך כוונה להגיע לשיתוף פעולה לטובת כל הגורמים.

מאיה כהן "רגב בפגישה עם אמנים: 'אני אקבע' אתר ישראל היום", 11.6.2015

3. ביום 10.6.2015 פנתה העותרת לשרת התרבות והביעה דאגה מהודעתה, כי בכוונתה לשקול את המשך התמיכה לעמותת אלמינא – תיאטרון רב תרבותי לילדים ונוער בנמל יפו. זאת בשל הודעתו של השחקן נורמן עיסא, כי הוא מסרב להשתתף בהצגה בבקעת הירדן:

"לאחרונה סירב נורמן עיסא להופיע בהצגה בבקעת הירדן במסגרת עבודתו בתיאטרון העירוני חיפה. זאת, לדבריו, בשל כך שמצפוני אינו מתיר לו להופיע במקומות שנויים במחלוקת. בעקבות כך הודעת, כי תבחני מחדש את החלטת משרד התרבות להעניק תמיכה לתיאטרון אלמינא, שכן לדבריך נורמן עיסא הוכיח במעשיו כי אין הוא מאמין בדו קיום, לו הוא מטיף.

סירובו של נורמן עיסא להופיע מחוץ לתחומי הקו הירוק הוא עניין שבינו לבין מעסיקו תיאטרון חיפה. אין בסיס לטענה, כאילו מי שמצפוני איננו מאפשר לו להופיע בהתנחלויות בגדה המערבית איננו מחוייב כביכול לדו קיום. בכל מקרה אין להחלטתו זו של נורמן עיסא כל קשר לפעילותו בתיאטרון אלמינא. למרות התפקיד המרכזי שממלא נורמן עיסא בתיאטרון, שלילת המימון מן העמותה כמוה כענישה קולקטיבית בשל מעשים שאינם קשורים לעמותה ואינם בשליטתה.

גם אם בסופו של דבר לא ימומש האיום והתמיכה תועבר לתיאטרון אלמינא כפי שמחייב הדין, עדיין יש להצהרה מעין זו אפקט שלילי מצנן, שעלול להרתיע אמנים מלבטא בחופשיות את דעותיהם, מלנהוג לפי אמונתם ומצפונם ומליצור אמנות ביקורתית, שאיננה מתיישרת עם הקונצנזוס ועם עמדות הממסד. אין סכנה גדולה מזו לחופש הביטוי בכלל ולחופש הביטוי האמנותי בפרט, ומן הראוי ששרת התרבות לא רק שלא תאיים עליו אלא שתגן עליו בנחרצות ובתקיפות."

המכתב לא נענה. כפי שפורסם בתקשורת, שרת התרבות נפגשה עם השחקן נורמן עיסא וההדורים יושרו.

מכתב העותרת מיום 10.6.2015 מצורף ומסומן ע/4.

4. ביום 16.6.2015 פנתה העותרת לשרת התרבות (כשהעתק נשלח ליועץ המשפטי לממשלה) במחאה על איומיה לשלול את התמיכה מפסטיבל הקולנוע בירושלים ומתיאטרון אלמידאן בחיפה:

"שמענו בדאגה רבה את הודעתך במליאת הכנסת אתמול, כי בכוונתך לבחון מחדש את המשך תמיכתו של משרד התרבות בפסטיבל הקולנוע בירושלים בשל הקרנת סרט תיעודי על יגאל עמיר ואשתו ואת המשך התמיכה בתיאטרון אלמידאן מחיפה בשל העלאת ההצגה "הזמן המקביל", המבוססת על סיפור של וליד דקה.

שרת התרבות איננה קומיסרית התרבות ומשרד התרבות איננו צנזור התרבות. תפקידו של משרד התרבות הוא לתמוך בתרבות ובאמנות ולא לחנוק אותן. שרת התרבות אחראית להתוות מדיניות תרבות, אבל אסור באיסור חמור למשרד התרבות להתערב בתכניה של יצירת אמנות ולהחליט על תמיכה ביצירה לפי הנושא שלה או המסר אותו היא מבקשת לקדם.

תפקידם של הקולנוע והתיאטרון הוא לעסוק בסוגיות רגישות ומעוררות מחלוקת ולעודד חשיבה ביקורתית. אין זה מתפקידם לעודד את הלגיטימציה של המדינה או לשמור על תדמיתם של חיילי צה"ל. באותם מקרים נדירים, בהם יצירת אמנות מסיתה לאלימות או לגזענות, זכאי משרד התרבות ואף חייב למנוע תמיכה של כספי ציבור ביצירה זו. פרט לכך אסור למשרד התרבות להתערב בתכנים ובנושאים של היצירה האמנותית."

מכתב העותרת מיום 16.6.2015 מצורף ומסומן ע/5.

5. במכתב לעותרת מיום 9.8.2015 השיבו גב' אורית קורן, המשנה ליועמ"ש (חקיקה), וגב' דינה זילבר, המשנה ליועמ"ש (ייעוץ), כי הובהר לשרת התרבות שאסור לה להתערב בתכני היצירה:

לאחר שהשרה הבהירה במהלך שיחות אלה כי בכוונתה לעדכן את מבחני התמיכה לקראת שנת 2016, הבהרנו לשרה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה במצב המשפטי הקיים, לא ניתן לקבוע במבחני התמיכה בתחום התרבות כי התמיכה במוסדות ציבור מותנית בבחינת תוכן היצירות המוצגות במוסדות אלה. זאת, כיוון שבחינת התמיכה במוסדות תרבות לאור תוכן של יצירות אומנות עולה כדי פגיעה בחופש הביטוי.

עוד הובהר לשרה כי לחופש הביטוי משקל ייחודי בתחום התרבות שהרי חופש הביטוי האומנותי – או חופש היצירה כפי שהוא מכונה לא פעם – שייך ללב ליבה של הזכות לחופש הביטוי. משקל ייחודי זה נובע אף מן המשמעות הגדולה של התמיכה הציבורית הניתנת לתחום התרבות והאמנות באשר ליכולתם של מוסדות התרבות, הנשענים במובנים רבים על תמיכה זו להתקיים בכלל, ושל המוסדות העוסקים בתרבות לא פופולארית בפרט.

לאור מאפיינים אלה של עולם התרבות, לא מן הנמנע כי שינוי מבחני התמיכה באופן הכולל בחינה של תוכן היצירה, לו היה נעשה, יכול היה לגרום לחלק ממוסדות התרבות להימנע ממתן ביטוי לעמדות מסוימות, מתוך חשש שיסכנו את התמיכה הממשלתית. פגיעה באפשרות הפקתה או הפצתה של יצירה וזאת על בסיס תוכנה, היא פגיעה קשה במיוחד בחופש הביטוי, שהלא תוכנה של יצירה הוא לב לבה ועצם מהותה, ולכך מתנגד היועץ המשפטי לממשלה.

כפי שבא לידי ביטוי בחוק התרבות והאמנות, התשס"ג-2002, ובפסיקת בית-המשפט העליון, שיטת המשפט הישראלית הכירה בחשיבות הרבה שיש לפלורליזם בתרבות, ולחופש הביטוי האומנותי והפוליטי של היוצרים הפועלים במדינה.

מכתב המשנות ליועמ"ש מיום 9.8.2015 מצורף ומסומן ע/6.

## התיקונים נשוא העתירה

6. עניינה של עתירה זו בשינוי מבחני התמיכה של משרד התרבות והספורט בשלושה תחומים – תחום התיאטרון, תחום המוסיקה ותחום המחול.
7. בין השינויים הרבים שהוכנסו בחודשים האחרונים במבחני התמיכה בשלושת התחומים האמורים (ובתחומים רבים אחרים), שנועדו לקדם את מדיניות שרת התרבות, מזדקר לעין שינוי אחד בולט – מתן תוספת ניקוד לחישוב שיעור התמיכה בגופים שיופיעו בשטחי יהודה ושומרון; והטלת סנקציה בדמות הפחתת הניקוד לחישוב שיעור התמיכה בגופים ש"נמנעו" מהופעה באזור זה.
8. יודגש כבר בפתח הדברים – מבחני התמיכה קובעים שתי הוראות, שהן לכאורה נפרדות זו מזו. האחת מעניקה "בונוס"; השנייה מטילה סנקציה. ואולם, למרות ההפרדה שמבחני התמיכה עושים בין "בונוס" למי שמופיעים בשטחים לבין "סנקציה" למי ש"נמנעו" מלהופיע בהם, מדובר בפעולות בעלות אפקט זהה מבחינת השפעתן על היקף התמיכה. האפקט של "בונוס" ושל "סנקציה" הם זהים, ומידת הפגיעה שלהם בחופש הביטוי זהה. זאת משום שחלוקת התמיכות היא "משחק סכום אפס". בשנה נתונה נקבע תקציב מסוים לכל אחד מן התחומים האמורים. בתום חלוקת הניקוד לפי מבחני התמיכה, התוצאה המתקבלת אינה מספר מוחלט בש"ח אלא מספר המייצג את שיעור התמיכה באחוזים מתוך סכום התמיכה בתחום כולו.
9. כתוצאה מכך, מתן "בונוס" לגוף פלוני משמעו הגדלת חלקו של מקבל הבונוס בעוגה, ומשמעותה היא גם הקטנת חלקם של האחרים בעוגה. מתן בונוס לכל הגופים שהופיעו בגדה והגדלת חלקם בעוגת התמיכה, משמעה גם הקטנת חלקם של מי שלא הופיעו בגדה והקטנת חלקם בעוגה, כלומר הקטנת סכום התמיכה בהם.
10. ה"בונוס" והסנקציה מעגנים במבחני התמיכה (לראשונה, למיטב ידיעת העותרת) תנאים בעלי אופי פוליטי מובהק, המבקשים להכווין התנהגות בעניינים הנוגעים לאחד הנושאים המצויים בלב ליבה של המחלוקת הפוליטית בישראל.
11. כפי שניתן להבין מעיון שטחי במבחני התמיכה, מבחני התמיכה מורכבים משורה של קריטריונים אמנותיים-מקצועיים. כפי שעוד ניתן לראות, מיעוט מבין מבחני התמיכה נועד לקדם מדיניות ממשלתית של עידוד התרבות בפריפריה. עניין אחרון זה – עידוד התרבות בפריפריה – הוא עניין שלגביו קונצנזוס לאומי, ואין מדובר בהכנסת נושא פוליטי מובהק למבחני התמיכה.
12. אך לא כך כשמדובר בקביעת קריטריון הנוגע לקיום פעילות בשטחים. מדובר, כאמור, בנושא המצוי בלב המחלוקת הפוליטית. זכותו של יוצר וזכותו של מוסד להימנע מהופעה בגדה היא חלק מחופש הביטוי שלו. הזכות להחליט אם להופיע בשטחים או להימנע מכך היא גם חלק מחופש המצפון.
13. כפי שנראה בהמשך, במסגרת תשובה שניתנה לעותרת בהמשך לפנייתה בעניין מבחני התמיכה האמורים, ניסתה יועמ"ש משרד התרבות לגזור גזירה שווה בין החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, תשע"א-2011 (להלן: חוק החרם) לבין מבחני התמיכה האמורים, וטענה כי מבחני התמיכה עולים בקנה אחד עם הוראות חוק החרם, תוך הפנייה לבג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת** (פס"ד מיום 15.4.2015) (להלן – **בג"ץ חוק החרם**).
14. אלא שהנדון אינו דומה לראיה. בהמשך, נתייחס בהרחבה לחוק החרם ול**בג"ץ חוק החרם**. אולם ייאמר כבר עתה כי מדובר בשני עניינים שונים לחלוטין. חוק החרם עניינו בקריאה לחרם ובהתחייבות פומבית להשתתף בחרם. במסגרת פסק הדין **בבג"ץ חוק החרם**, בית משפט זה עמד במפורש על כך שהוא אינו חל על **עצם ההשתתפות בחרם**. מעבר לכך, מבחני התמיכה מביאים

להפחתה בתמיכה בגופים שלא הופיעו בגדה אף אם הם אינם "מחרימים" הופעות באזור זה. סעיף ה"בנוס", המקנה תוספת לשיעור התמיכה בגופים שהופיעו בשטחים, מביא להפחתה בשיעור התמיכה של מי שלא הופיע בשטחים, תהא אשר תהא הסיבה לכך. סעיף הסנקציה מביא להפחתה בשיעור התמיכה במי ש"נמנעו" מהופעה בשטחים (בכפוף לחריגים מסוימים). מדובר בהסדר בעל תחולה רחבה בהרבה מתחולתו של חוק החרם, שאינו עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה בבג"ץ **חוק החרם**.

15. נוסף על האמור, חוק החרם קובע בחקיקה ראשית מסלול ייחודי להפחתה או שלילה של כספי תמיכה בשל קריאה להימנע מביצוע פעילות בשטחים. שרת התרבות אינה רשאית להוסיף במסגרת הנחיות מינהליות הוראות נוספות המוסיפות על הסדר זה. אין כל יסוד, אפוא, לטענת יועמ"ש משרד התרבות, כי מבחני התמיכה "עולים בקנה אחד" עם חוק החרם. מבחני התמיכה רחבים מן החוק בהרבה, חורגים ממנו ואף מנוגדים לו, ביוצאם מסלול להפחתת שיעור התמיכה החורג מהוראותיו.

### השתלשלות העניינים

16. ביום 12.1.2016 פורסמה באתר משרד התרבות והספורט טיוטת מבחני התמיכה בתחום להקות המחול. יחד עם הטיוטה פורסמה מודעה, לפיה ניתן להעביר למינהל התרבות הערות לטיוטה עד יום 1.2.2016.

המודעה שפורסמה באתר האינטרנט של מינהל התרבות ביום 12.1.2016 מצורף ומסומן ע/7.

טיוטת מבחני התמיכה בתחום להקות המחול מיום 12.1.2016 מצורף ומסומן ע/8.

17. עיון בטיוטת מבחני התמיכה בתחום להקות המחול מלמד, כי ההוראות בדבר מתן "בנוס" למי שהופיע באזור יהודה ושומרון וסנקציה למי ש"נמנע" מלהופיע באזור זה, לא הופיעה בטיוטה להערות הציבור. כתוצאה מכך לא ניתנה הזדמנות למי שהעירו על טיוטה זו להתייחס לאפשרות שייקבעו הקריטריונים שנקבעו לבסוף בעניין תוצאת קיום פעילות בגדה או "הימנעות" מקיום פעילות שכזו.

18. ביום 31.5.2016 התפרסמו בילקוט הפרסומים מבחני התמיכה החדשים, שעליהם חתמה שרת התרבות והספורט (י"פ 7276, עמ' 7462). להבדיל מטיוטת מבחני התמיכה, שפורסמה להערות הציבור, מבחנים אלה כוללים את ההסדרים הנתקפים במסגרת עתירה זו – מתן "בנוס" בגין הופעות באזור יהודה ושומרון וסנקציה בגין "הימנעות" מהופעות באזור (סעיפים 7(ז)4, 7(ז)5), 7(ז)6 ו-7(ז)7).

19. להבדיל מטיוטת המבחנים בתחום להקות המחול, שפורסמו להערות הציבור מבלי שניתנה כל הזדמנות להעיר לעניין מבחני התמיכה הנוגעים לקיום פעילות בשטחי יהודה ושומרון, בתחומי התיאטרון והמוסיקה ניתנה, לפחות להלכה, האפשרות להתייחס למבחני התמיכה האמורים. אלא שכמפורט להלן, התנהלות משרד התרבות פגעה ביכולת להגיב למבחנים. זאת משום שטיוטת מבחני התמיכה פורסמה להערות הציבור פעמיים בהפרש זמנים קטן – פעם אחת ללא ההוראות הנוגעות להופעה ביהודה ושומרון ובפעם השנייה בתוספת הערות אלה. מדובר בטקטיקת "הרדמה", שהביאה לכך שרוב הגופים שלחו את הערותיהם למבחני התמיכה לאחר פרסומם ללא ההוראות

הנוגעות להופעה ביהודה ושומרון, לא היו מודעים לכך שבהמשך נוספו לטיטות המבחנים ההוראות האמורות, ולא מסרו את הערותיהם בעניין זה.

20. ביום 15.2.2016 פורסמו באתר האינטרנט של מינהל התרבות טיטות מבחני התמיכה בתחום המוזיקה ובתחום התיאטרון, בצירוף מודעה, בה צוין כי ניתן לשלוח הערות לטיטות. טיטות אלה, כאמור, לא כללו את ההוראות הנתקפות בעתירה זו.

טיטות מבחני התמיכה בתחום המוסיקה מיום 15.2.2016 מצורף ומסומן ע/9.

טיטות מבחני התמיכה בתחום התיאטרון מיום 15.2.2016 מצורף ומסומן ע/10.

21. ביום 10.3.2016, זמן קצר לאחר שחלף המועד לשליחת הערות הציבור לטיטות המבחנים בתחום המוסיקה ובתחום התיאטרון, פורסמה באתר משרד התרבות מודעה חדשה הקוראת להגיב פעם נוספת לטיטות מבחני התמיכה בשני תחומים אלה. יחד עם המודעה פורסמו שוב טיטות מבחני התמיכה, אלא שהפעם נוספו להן ההוראות הנוגעות להופעה ביהודה ושומרון.

המודעה לגבי טיטות התיקון למבחנים לתמיכה בשני התחומים שפורסמה באתר האינטרנט של מינהל התרבות ביום 10.3.2016 מצורף ומסומן ע/11.

טיטות מבחני התמיכה בתחום המוסיקה מיום 10.3.2016 מצורף ומסומן ע/12.

טיטות מבחני התמיכה בתחום התיאטרון מיום 10.3.2016 מצורף ומסומן ע/13.

22. כאמור, רוב מוסדות התרבות הרלוונטיים, לאחר ששלחו את הערותיהם לטיטות הראשונות שפורסמו, ושלא כללו את ההוראות מושא עתירה זו, לא עקבו אחר פרסום טיטות מבחני התמיכה מתוך הנחה שבכך תם שלב הערות הציבור, ולפיכך לא היו מודעים לפרסומן של טיטות מתוקנות ולא העירו על טיטות אלה.

23. פורום מוסדות תרבות ואמנות הוא עמותה, המאגדת למעלה מ-90 גופי תרבות ואמנות מהגדולים ומהחשובים בישראל, ובהם מוזיאון ישראל, מוזיאון תל אביב לאמנות, התיאטרון הלאומי הבימה, התיאטרון הקאמרי של תל אביב, התזמורת הפילהרמונית הישראלית, האופרה הישראלית, להקת בת שבע, להקת המחול הקיבוצית ועוד. הפורום למד רק באיחור על פרסומן של טיטות מבחני התמיכה המתוקנות, בהן הוספו ההוראות ביחס לפעילות ביהודה ושומרון, ולכן הערותיו לטיטות אלה נשלחו אל משרד התרבות ביום 28.3.2016 (באיחור של יום אחד). נקדים את המאוחר ונציין, כי ככל הנראה משרד התרבות התעלם מהערות אלה, כי בתשובת יועמ"ש משרד התרבות לעותרת נאמר, שאף גוף לא טרח לשלוח הערות לגבי הצעות התיקונים, אליהן מתייחסת העתירה.

הערות הפורום לטיטות המתוקנות של מבחני התמיכה בתחום התיאטרון ובתחום המוסיקה מיום 28.3.2016 מצורף ומסומן ע/14.

24. ביום 11.5.2016 התפרסמו בילקוט הפרסומים מבחני התמיכה החדשים בתחום המוסיקה ומבחני התמיכה החדשים בתחום התיאטרון (י"פ 7263, עמ' 6061 ועמ' 6065 בהתאמה), שבהם נכללו גם ההוראות מושא עתירה זו.

25. ביום 13.6.2016 שלח המרכז למידע ומחקרי תרבות במכון פיל"ת, המרכז את המידע הרלוונטי לתמיכות משרד התרבות ומעבד אותו, טופס לגופים שהגישו בקשות לתמיכה בשלושת התחומים האמורים. בטופס נדרשו הגופים להצהיר האם נמנעו בשנת 2015 מלהופיע באזור יהודה ושומרון, ונדרשו להשיב את הטופס לא יאוחר מיום 16.7.2016.

הטופס של קבוצת תיאטרון רות קנר מיום 26.6.16, כפי שפורסם בדף הפייסבוק של קבוצת התיאטרון ביום 27.6.16, מצורף ומסומן ע/15.

26. ביום 21.6.2016 פנתה העותרת אל שרת התרבות והספורט ועמדה על פסלותן של ההוראות האמורות במבחני התמיכה בשלושת התחומים, ביקשה ממנה לבטל הוראות אלה וביקשה ממנה להסיר את הדרישה כי מוסדות תרבות יחתמו על הצהרות בדבר "הימנעות" מהופעה בשטחי יהודה ושומרון.

[פניית העותרת מיום 21.6.2016](#) מצורף ומסומן ע/16.

27. ביום 7.7.2016 השיבה יועמ"ש משרד התרבות והספורט לפנייתה של העותרת. בתשובתה עמדה על השינויים שבוצעו במבחני התמיכה; הסבירה כי מטרת השינויים האמורים היא עידוד גופי תרבות להופיע מחוץ לאזור המרכז; עמדה על כך שנוכח היותו של אזור יהודה ושומרון "פריפריה חברתית" מוצדק להעניק תוספת תקציב למי שמופיע באזור זה (סעיף ה"בונוס"); והוסיפה כי הפחתת התמיכה למי ש"נמנע" מלהופיע באזור יהודה ושומרון (סעיף הסנקציה) עולה בקנה אחד עם הוראות **חוק החרם** ועם פסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ **חוק החרם**.

[תשובת יועמ"ש משרד התרבות מיום 7.7.2016](#) מצורף ומסומן ע/17.

### **ההוראות מושא העתירה**

28. ההוראות מושא העתירה, המופיעות במבחני התמיכה בשלושת התחומים האמורים, קובעות לכאורה "בונוס" ולצידו סנקציה ומנסות להבחין בין האחד לשנייה. אלא שכאמור במבוא לעתירה, מדובר בהבחנה מלאכותית, ולמעשה ה"בונוס" הוא סנקציה, והסנקציה היא "בונוס", נוכח היותה של חלוקת התמיכה "משחק סכום אפס".

29. ההוראות האמורות מופיעות בכל אחד ממבחני התמיכה בסעיף העוסק במתן ניקוד עבור מיקומה הגאוגרפי של פעילות גוף התרבות (סעיף 7(ח) במבחני התמיכה במוסיקה, סעיף 7(ו) במבחני התמיכה בתיאטרון וסעיף 7(ז) במבחני התמיכה בלהקות מחול). שני הסעיפים הקטנים הראשונים בכל אחד מן הסעיפים האמורים קובעים את הניקוד שיינתן למוסדות תרבות בהתאם למספר הקונצרטים, ההרצות או ההופעות (בהתאם לסוג הפעילות הרלוונטי לכל אחד מסוגי הגופים) והמקום בו קוימו, כשפעילות המרוחקת מאזור המרכז או מאולם הבית של הגוף הנתמך זוכה לניקוד גבוה יותר.

30. יש לציין כי ההוראות המשקללות את מרחק הפעילות מן המרכז ואת מרחק הפעילות מאולם הבית לצורך קביעת היקף התמיכה אינן בבחינת חידוש, והוראות דומות היו קיימות גם במבחני התמיכה בנוסחם הקודם. בהוראות אלה, כשלעצמן, אין כל פסול. הוראות אלה מהוות הכרה בכך שקיום הרצות, קונצרטים והופעות בפריפריה או במרחק גדול מאולם הבית של מוסד התרבות, כרוך בהוצאות גבוהות יותר (בשל הצורך בשכירת אולמות, שינוע ציוד ושחקנים, נגנים או רקדנים,



הוצאות שיווק ומכירה מחוץ לאזור המרכז וכו'), העלויות להרתיע מוסדות מלקיים פעילות באזורים אלה. באמצעות הגדלת ההשתתפות בפעילות כזו, מבחני התמיכה מתמודדים עם התמריצים הכלכליים השליליים לקיום הפועות מחוץ לאזור המרכז או במרוחק מאולם הבית של מוסד התרבות. מדובר בהוראות שנועדו לקידומה של תכלית ראויה והן נועדו לכסות באופן ישיר את ההוצאות הכרוכות בפעילות הנתמכת.

31. לא כך ההוראות שבאות לאחר מכן, ושבהן עוסקת עתירה זו.

32. כך, למשל, במבחני התמיכה בתחום התיאטרון נקבע בסעיפים 7(ו) ו-3(3) ואילך:

- (3) תיאטרון שקיים בשנת ההערכה הרצות באזור יהודה ושומרון, יוכפל הניקוד שקיבל במשתנה זה לפי פסקאות (1) ו-(2), במקדם של 1.1;
- (4) על אף הוראות סעיף קטן (ו), ניקודו של תאטרון במשתנה זה יופחת, בהיקף האמור בפסקה (5), אם נוכחה הוועדה, לאחר התייעצות עם המדור, ולאחר ששמעה את התאטרון, כי התאטרון נמנע מלקיים פעילות מחמת מיקום במהלך תקופת הפעילות הנבחנת, באחד או יותר מהאזורים האלה: אזור יהודה ושומרון, הגליל או הנגב. לעניין זה, הימנעות מלקיים פעילות מחמת מיקום משמעה החלטת התאטרון שלא לקיים הרצות באותו מקום, מניעת השתתפות בפעילות מחמת מיקומו הגאוגרפי של המשתתף או קביעת תנאים שלא ממין העניין. על אף האמור, לא יראו כהימנעות מקיום פעילות את כל אלה:
- (א) בהתקיים נסיבות ביטחוניות חריגות מיוחדות, ולמשך תקופת המניעה בלבד;
- (ב) בהעדר מרחב מתאים לביצוע הפעילות במקום, אלא אם כן קיימת חלופה סבירה לביצוע הפעילות באותו אזור או שניתן לנקוט פעולות סבירות, בנסיבות העניין, להתאמת המרחב, בדומה לפעולות שנקט התאטרון במקרים אחרים;
- (ג) בהתקיים טעם ענייני אחר אשר המדור מצא אותו מוצדק;
- (5) היקף הניקוד שיופחת בשל הימנעות מקיום פעילות מחמת מקום לפי פסקה (4) יהיה בגובה שליש מהניקוד שניתן במשתנה זה, לגבי כל אחד מהאזורים האלה שבו נמנעה הפעילות כאמור: אזור יהודה ושומרון, הנגב או הגליל;

33. הוראות זהות מופיעות גם במבחני התמיכה בתחום המוסיקה ובתחום להקות המחול.

34. כל אחד משלושת מבחני התמיכה קובע כי לאחר חישוב הניקוד בהתאם למרחק הפעילות מאזור המרכז או מאולם הבית של מוסד התרבות, יוכפל ניקודו של כל גוף שביצע פעילות ביהודה ושומרון במקדם של 1.1. זהו סעיף ה"בונוס".

35. כאמור לעיל, ה"בונוס" מהווה גם סנקציה המוטלת על מי שאינו זכאי לו. זאת משום שתקציב התמיכה בכל אחד מן התחומים עומד על סכום נתון. לאחר שקלול כל מרכיבי הניקוד שמקבלים המוסדות, מחושב עבור כל מוסד שיעור התמיכה באחוזים שיקבל מתוך התקציב, באמצעות חלוקת מספר הנקודות שקיבל במספר הנקודות שקיבלו כל המוסדות האחרים באותו תחום. התוצאה היא שמתן תוספת ניקוד לגופים מסוימים, תביא לירידה בשיעור התמיכה היחסי (וכתוצאה מכך גם לירידה בהיקף התמיכה במספרים מוחלטים) בגופים שלא קיבלו תוספת ניקוד, גם אם לא חלה כל הפחתה בניקוד שקיבלו.

36. במלים אחרות ההוראה בדבר הכפלת הניקוד של מי שהופיע בגדה במקדם של 1.1 משמעה גם הפחתה בהיקף התמיכה של מי שלא הופיע בגדה, תהא הסיבה לכך אשר תהא.

37. נוסף על הסנקציה שבהוראה זו, בהתאם להוראה שבסעיף הקטן שלאחר מכן, על גופים ש"נמנעו" מלהופיע בשטחים תוטל סנקציה נוספת בדמות הפחתה בשליש של הניקוד במשתנה זה. כמו ההוראה שקדמה לה, גם להוראה זו אפקט כפול – הסנקציה בדמות הפחתת ניקוד למי ש"נמנע" מלהופיע בשטחים משמעה גם תוספת תמיכה למי שלא "נמנע" מלעשות כן. סעיף הסנקציה כולל גם מספר חריגים, שבהתקיים אחד מהם לא יופחת הניקוד של גוף ש"נמנע" מלהופיע בשטחים. עם זאת, יש לשים לב כי חריגים דומים אינם מופיעים בסעיף ה"בונוס", הפוגע בכל מי שלא הופיע בשטחים, אף אם מתקיים לגביו אחד החריגים.

### **בין חוק החרם למבחני התמיכה מושא העתירה**

38. בתשובתה מיום 7.7.2016 (נספח ע/17 הנ"ל), ביקשה יועמ"ש משרד התרבות לכרוך בין הוראות **חוק החרם** בין ההוראות מושא עתירה זו. לשיטתה, מבחני התמיכה "עולים בקנה אחד" עם חוק החרם, והיא אף מצטטת מתוך פסק הדין בבג"ץ **חוק החרם**. אלא שדווקא הצבת ההוראות מושא עתירה זו אל מול הוראות **חוק החרם** מבהירה עד כמה מבחני התמיכה האמורים פסולים, ועד כמה הם אינם "עולים בקנה אחד" עם **חוק החרם** ועם האמור בפסק הדין בבג"ץ **חוק החרם**.

39. בטרם נעמוד על הבחנות אלה, נשוב ונביא מדברי בית המשפט, שהובאו בפתח העתירה. כפי שניתן לראות, בית המשפט חזה והעמיד לנגד עיניו באופן מדויק את הסיטואציה שאליה מתייחסת עתירה זו, וקבע:

"יכול תיאטרון פלוני להחליט כי אינו מוכן להעלות את הצגותיו בהיכל התרבות באחד היישובים באזור, מבלי לחשוש כי סעיף 4 לחוק יחול עליו."

**בג"ץ חוק החרם**, פסקה 42 לפסק דינו של השופט י' עמית.

40. מבחני התמיכה אינם "עולים בקנה אחד" עם **חוק החרם** מחמש סיבות לפחות:

- א. בעוד ש**חוק החרם** מאפשר הטלת סנקציות רק על מי שפרסם בפומבי קריאה להטלת חרם או שהתחייב להשתתף בחרם, מבחני התמיכה פוגעים בתמיכה של כל מי ש"נמנע" מלהופיע בשטחים, גם אם מדובר באקט פרטי, שלא נועד להניע אחרים ולא ניתן לו פומבי;
- ב. **חוק החרם מגדיר** "חרם" באופן צר משמעותית מזה שבו מוגדרת "הימנעות" במבחני התמיכה;
- ג. ההליך הנדרש במבחני התמיכה לצורך פגיעה בתמיכות מצומצם משמעותית בהשוואה להליך הקבוע ב**חוק החרם**, הכולל החלטה של שר האוצר בהתייעצות עם שר המשפטים והליך של התקנת תקנות באישור שר המשפטים וועדת החוקה של הכנסת;
- ד. מבחני התמיכה מהווים עקיפה של הוראות **חוק החרם**; אולם אפילו היו מבחני התמיכה יישום של **חוק החרם**, מדובר היה באצילת סמכויות שר האוצר שלא כדין לוועדת התמיכות של משרד התרבות (או במקרה זה – ב"חטיפת" סמכויות על ידי שרת התרבות והספורט, נוכח העובדה ששר האוצר לא נתן הסכמתו לכך);
- ה. ככל שמבחני התמיכה אינם יישום של **חוק החרם**, מדובר בהסדר ראשוני שנקבע בהנחיות מינהליות שלא כדין.

41. להלן נעמוד על כל אחת מן הנקודות האמורות.

**א. חוק החרם אינו חל על מי שמשתתף בחרם**

42. **חוק החרם** מורכב משני חלקים – זה הקובע עוולה אזרחית בגין **קריאה פומבית לחרם** (סעיף 2) וזה המטיל סנקציות מינהליות בגין **פרסום קריאה פומבית לחרם** או **התחייבות להשתתף בחרם** (סעיפים 3 ו-4). בין השאר, סעיף 4(א)(3) מאפשר לקבוע בנסיבות מסוימות, כי גופים לא יהיו זכאים לתמיכה כ"מוסדות ציבוריים" מכוח סעיף 3 לחוק יסודות התקציב.

43. אלא שבהתאם לחוק, עצם השתתפותו של אדם או של גוף כלשהו בחרם אינו מהווה עוולה אזרחית ואף אינו מהווה עילה להטלת סנקציות מינהליות, לרבות מניעת תמיכה. העוולה האזרחית הקבועה בסעיף 2 לחוק חלה על "המפרסם ביוזעין קריאה פומבית להטלת חרם" על מדינת ישראל". הסנקציות המינהליות שבסעיפים 3 ו-4 לחוק החרם חלים על "מי שפרסם ביוזעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או לגבי מי שהתחייב להשתתף בחרם".

44. לעומת זאת, הסנקציה הקבועה במבחני התמיכה מושא עתירה זו חלה על מי ש"נמנע מלקיים פעילות מחמת מיקום... " ביהודה ושומרון, בנגב או בגליל. הדיבור "נמנע מלקיים פעילות" רחב מן הפועל "החרים". אולם אפילו היינו מניחים כי הם שקולים זה לזה, הפעילות בגינה מוטלת סנקציה במבחני התמיכה רחבה בהרבה מזו שבחוק החרם.

45. בהתאם **לחוק החרם**, עצם ההשתתפות בחרם באופן אישי אינה עילה לשלילת כספי תמיכה. רק קריאה פומבית להטלת חרם או התחייבות להשתתף בו הם עילה כזו:

"להשלמת התמונה יוער כי סעיפים 3-4 מתייחסים גם למי שהתחייב להשתתף בחרם. הדגש הוא על ההתחייבות ולא על ההשתתפות. ... החוק אינו חל על ביטוי של הפרט, לפיו הוא, באופן אישי, מטיל חרם על ישראל, כהגדרתו בחוק. ... כאמור, החרם עצמו לא נאסר בחוק החרם."

בג"ץ **חוק החרם**, פסקה 4 לפסק דינו של השופט הנדל, ההדגשות הוספו.

46. בית המשפט עמד על ההבחנה בין "התחייבות להשתתף בחרם" לבין עצם ההחרמה ועצם ההכרזה על כוונה להשתתף בחרם, כשהוא קובע כי ההקשר הרלוונטי הוא ההקשר המסחרי. הסנקציות המינהליות על מי ש"התחייב להשתתף" בחרם נועדו למנוע מצבים, בהם גוף מוסר התחייבות כזו כתנאי להתקשרות עם גוף אחר, המעוניין בקידומו של חרם:

"בסעיפים 3 ו-4 נותרה הקריאה אסורה, כאשר לצידה נוספה החלופה של התחייבות להשתתף בחרם. אין זה ברור האם הכוונה רק להתחייבות בעלת תוקף משפטי, כגון התחייבות בחוזה. כן לא הובהר האם הדיבר 'מי שהתחייב להשתתף בחרם' משמעו השתתפות בחרם בהווה, או אף התחייבות עתידית להשתתף בחרם. כך או אחרת, נדמה כי החלופה של התחייבות להשתתף בחרם משותפת לחוק החרם ולבני דודיו שמעבר לים. ... מי שמסכים להימנע מביצוע עסקים עם חברות ממדינה מסוימת, כתנאי לביצוע עסקים עם חברה אחרת, נחשב כמשתתף בחרם. למעשה, מדובר במי שהתחייב להשתתף בחרם. ... אין זה מפתיע שהתחייבות להשתתף בחרם נפוצה בחיקוקי החרם השונים. מדובר בפעולה – משפטית – יותר

**מאשר בביטוי גרידא.** נראה שלא במקרה קבע המחוקק את הדרישה ל'התחייבות', להבדיל מהצהרה כללית או הבעת רצון שאינה מחייבת."

**בג"ץ חוק החרם**, פסקה 21 לפסק דינו של השופט הנדל, ההדגשות הוספו.

47. בית המשפט שב והדגיש לכל אורך פסק הדין את העובדה שהן העוולה האזרחית והן הסנקציות המינהליות (לרבות הפגיעה באפשרות לקבל תמיכה לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב) אינן חלות על מי שאך משתתף בחרם:

"החוק **לא חל על אדם המחריס את מדינת ישראל או אזור בשליטתה**. בניגוד לרושם שעלול להיווצר מקריאת העתירות, החוק לא מונע מאף אדם או גוף להביע את דעתו בשאלת המשך השליטה הישראלית באזור, **ואינו מונע מאף אדם להחריס מחלבה פלונית ויקב אלמוני בשל זיקתו לישראל או לאזור**. החוק איננו אוסר או מגביל בדרך כלשהי את הביטוי נגד מוסד או מפעל פלוני, **ואפילו אינו מונע פעולה לחרם**, ועל כן, יכול ראובן לשכנע את שמעון שלא לרכוש מוצרים של מפעל מסויים. **החוק אוסר אך את הפרסום של קריאה פומבית. רשאי אדם להחריס ולהשתתף בחרם אך לא לקרוא בפומבי לחרם**, כפי שרשאי אדם להחזיק בדעות גזעניות אך לא לפרסם על מנת להסית לגזענות, וכפי שרשאי אדם להזדהות עם מעשה טרור או אלימות אך לא לקרוא או לתמוך במעשים אלה."

**בג"ץ חוק החרם**, פסקה 8 לפסק דינו של השופט עמית, ההדגשות הוספו.

48. ההבדל בין **חוק החרם** לבין מבחני התמיכה, אם כן, הוא משמעותי ביותר. **חוק החרם** עלול למנוע קבלת תמיכה רק ממי שפועל באופן אקטיבי ופומבי כדי לשכנע אחרים להצטרף לחרם (ראו בג"ץ **חוק החרם**, פסקה 3 לפסק דינו של השופט הנדל ופסקה 42 לפסק דינו של השופט עמית). לעומת זאת, מבחני התמיכה מביאים להפחתה בתמיכה של מי שנמנע מלהופיע, אף אם הוא אינו נותן כל ביטוי נוסף לעמדתו מלבד ההימנעות מהופעה. פגיעתם של מבחני התמיכה בחופש המצפון ובחופש הביטוי היא, אם כן, קשה לאין ערוך מפגיעת **חוק החרם**. מבחני התמיכה מטילים סנקציה גם על מי שבוחר כבחירה מצפונית שלא להופיע בשטחים, אף אם אינו קורא לאיש לעשות כמוהו ואף אם אינו מתחייב להימנע מפעילות בשטחים.

### **ב. חוק החרם חל על מצבים של "חרם"; מבחני התמיכה חלים גם על "הימנעות"**

49. היקף פרישתם של מבחני התמיכה מושא עתירה זו רחבים בהרבה מהיקף פרישתו של **חוק החרם** גם נוכח העובדה שבניגוד לחוק החרם, שכשמו עוסק רק ב"חרם", מבחני התמיכה עניינם "הימנעות", גם כשזו אינה עולה כדי חרם.

50. סעיף 1 לחוק החרם מגדיר "חרם על מדינת ישראל" כ"**הימנעות במתכוון** מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, **רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו** פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית."

51. לעומת זאת, הוראות הסנקציה במבחני התמיכה מושא עתירה זו עניינם מוסד ש"**נמנע** מלקיים פעילות **מחמת מיקום** במהלך תקופת הפעילות הנבחנת, באחד או יותר מהאזורים הבאים: אזור יהודה ושומרון, הגליל או הנגב. לעניין זה, הימנעות מלקיים פעילות מחמת מיקום משמעה **החלטת**

**הגוף הכלי שלא לקיים קונצרטס באותו מקום, מניעת השתתפות בפעילות מחמת מיקומו הגיאוגרפי של המשתתף או קביעת תנאים שלא ממין העניין.**

52. מדובר בהבדל עצום. **חוק החרם** עוסק בהימנעות "במתכוון", בעוד שמבחני התמיכה מסתפקים ב"הימנעות"; חוק החרם מתייחס להימנעות "**רק** מחמת זיקתו..." בעוד שמבחני התמיכה מסתפקים בכך שההימנעות היא "מחמת מיקום"; ולא פחות חשוב מכל אלה – על מנת שחוק החרם יחול נדרש כי מדובר יהיה בהימנעות "**שיש בה כדי לפגוע**...". במבחני התמיכה אין דרישה דומה. אף אם אין כל אפשרות שהימנעותו של גוף מלהופיע בגדה תסב פגיעה כלשהי למאן דהוא, הוא ייתפס ברשתה של ההגדרה.

**ג. מבחני התמיכה אינם כוללים את ההגנות הפרוצדוראליות שבחוק החרם**

53. נוסף על האמור, ביסוד פסק הדין בבג"ץ **חוק החרם** עמד גם קיומו של המנגנון המינהלי הקבוע **בחוק החרם**:

"העולה מלשון החוק הינו שהגבלות המנהליות המוטלות מכוחו, **מותנות בקיום הליך, המערב גורמי פיקוח מטעם הממשלה ומטעם הכנסת**. הנה כי כן, כדי ששר האוצר יוכל לקבוע הוראות בדבר הגבלת השתתפותו במכרז של מי שקורא לחרם, כהגדרתו בחוק, או שהתחייב להשתתף בו, **עליו לקבל תחילה את הסכמתם של שר המשפטים ואת אישורה של ועדת החוקה של הכנסת**. גם מניעת ההטבות ממי שקורא לחרם, או שהתחייב להשתתף בו, תעשה **בהתייעצות עם שר המשפטים, והתקנת תקנות בענין דורשת את הסכמתו של שר המשפטים ואת אישורה של ועדת החוקה של הכנסת**. דומה כי בהליכים הנ"ל, הנדרשים כדי לאשר את הטלת ההגבלות, יש כדי להפחית את הפגיעה שעלולה להיגרם לחופש הביטוי, ולו בכך שההגבלות לא יוטלו בשרירות.

בג"ץ **חוק החרם**, פסקה 44 לפסק דינו של השופט מלצר (ההדגשות הוספו).

54. לעומת זאת, מבחני התמיכה בתחום המוסיקה, התיאטרון ולהקות המחול קובעים "מנגנון" המאפשר הפחתה של היקף התמיכה במקרים בהם "**נוכחה הוועדה** [ועדת התמיכות של משרד התרבות, ד' י'] **לאחר התייעצות עם המדור** [ועדת משנה של המועצה הישראלית לתרבות ואמנות, ד' י'] כי הגוף נמנע מלקיים פעילות מחמת מיקום...".

55. להבדלים אלה משמעות מרחיקת לכת בכל הנוגע לפרוצדורה הנדרשת כתנאי לפגיעה בחופש הביטוי ובחופש המצפון. ראשית, מבחני התמיכה מאפשרים להפחית מהיקף התמיכה, וזאת ללא פיקוח של הכנסת, ללא פיקוח של גורמים חיצוניים למשרד התרבות והספורט וללא אישור מיניסטרטוריאלי. גם מבלי להפריז ברצינות הדרישות הפרוצדוראליות **בחוק החרם**, ה"הליך" להפחתת היקף התמיכה במי ש"נמנע" מלהופיע בגדה אינו אפילו צל חיוור של ההליך הנדרש לפי **חוק החרם**.

56. מעבר לכך – כפי שהוסבר לא רק הוראות הסנקציה בגין הימנעות מהופעה בגדה פוגעת במי ש"נמנע" מלהופיע בהם, אלא גם ה"בונוס" הניתן למי שקיים פעילות בגדה (על ידי הגדלת הניקוד שקיבל במשתנה מיקום הפעילות במקדם של 1.1) מהווה סנקציה למי שלא הופיע בהם, וזאת משום שהוא מביא להפחתה נוספת בהיקף התמיכה באחרונים. סנקציה זו מוטלת ללא כל הליך.

**ד. מבחני התמיכה מהווים עקיפה של הוראות חוק החרם; אולם אפילו היו מבחני התמיכה יישום של חוק החרם, מדובר היה באצילת (או חטיפת) סמכויות שלא כדין**

57. מעבר לכך, מבחני התמיכה מהווים עקיפה של הוראות חקיקה ראשית באמצעות הנחיות מינהליות. הם מתיימרים להקנות לוועדת התמיכות של מינהל התרבות סמכויות שיוחדו בחוק החרם לשר האוצר.

58. כאמור, סעיף 4(א)(3) לחוק החרם, המאפשר פגיעה באפשרות העומדת ל"מוסד ציבורי" לקבל תמיכה, מייחד את הסמכות לשר האוצר, בהתייעצות עם שר המשפטים. מדובר בהסדר הקובע בחקיקה ראשית מסלול ייחודי ובלעדי לשלילת הטבות ממי שפרסם קריאה להטלת חרם או שהתחייב להשתתף בחרם. את אותה הסמכות, שרגישותה היא גדולה נוכח פגיעתה בחופש הביטוי ובחופש המצפון, מתיימרים מבחני התמיכה להקנות לוועדת התמיכות (תוך הרחבה משמעותית של הסמכות, כאמור לעיל).

59. משמעות הסמכות שמתיימרים מבחני התמיכה להעניק לוועדת התמיכות משמעה אצילה דה-פקטו ושלא כדין, ואפילו העברה דה-פקטו ושלא כדין, של סמכות שהוקנתה לשר האוצר. מעבר לכך, היות שכלל לא ניתנה הסכמה לכך על ידי שר האוצר, מדובר ב"חטיפה" של סמכויות מידי שר האוצר, שלא כדין.

60. אפילו היה שר האוצר מקבל החלטה להעביר את סמכויותיו מכוח סעיף 4 לחוק החרם אל ועדת התמיכות של משרד התרבות והספורט (והחלטה כזו לא התקבלה), ספק אם להחלטה כזו היה תוקף כלשהו. זאת נוכח ההלכה, לפיה "רשות שלטונית, אשר החוק מעניק לה סמכות, חייבת לבצע את הסמכות בעצמה, ואינה רשאית – בהיעדר הסמכה בדין – לאצול את סמכותה לזולתה" (בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד מו(1) 410, פסקה 16 (1992)). עוד נפסק, כי "במסגרת גיבוש תכליתו של החוק, ההנחה (הפרזומציה) הינה, כי האצלה אסורה היא. ההנחה הינה, כי תכלית החקיקה הינה שבעל הסמכות יבצע את סמכותו אישית" (שם).

61. בהתאם להלכה, על מנת שרשות תוכל לאצול את סמכותה נדרשת הסמכה בדין. בהעדר הסמכה מפורשת כזו, קיימת חזקה, ולפיה המחוקק לא התכוון להתיר לה לעשות כן. חזקה זו ניתנת לסתירה כאשר פרשנות תכליתית של החוק המסמך מלמדת שקיימת הסמכה מכללא לאצול את הסמכות (שם). אלא שפרשנות תכליתית של חוק החרם אין בה כדי לסתור את החזקה האמורה. נהפוך הוא. כפי שצוין למעלה, בית המשפט העליון פסק בבג"ץ חוק החרם, כי מדובר בסמכות רגישה, שיש בה כדי להשליך על חופש הביטוי, והדורשת החלטה ברמה המיניסטריאלית, התייעצות מיניסטריאלית ופיקוח של הכנסת. ברי שאין כל דרך לפרש את חוק החרם ככולל הסמכה משתמעת להאציל את הסמכות משר האוצר לוועדת התמיכות של משרד התרבות.

ראו לעניין זה גם בג"ץ 9486/96 איילון נ' ועדת הרישום על פי חוק הפסיכולוגים, פ"ד נב(1) 166, פסקה 20 (1998).

62. הגישה, לפיה שר האוצר אינו רשאי לאצול או להעביר את סמכותו לפגוע בתמיכות שמקבל מוסד על יסוד התחייבות להימנע מלהופיע בשטחים, מתחזקת אף לנוכח הוראות סעיף 4(ב) לחוק החרם, הקובע כי בהפעילו את הסמכות בסעיף 4 (לרבות הסמכות הנוגעת לתמיכה, הקבועה בסעיף 4(א)(3))

יפעל שר האוצר בהתאם לתקנות שיתקין בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה של הכנסת. סעיף 4(ב) קובע, אמנם, כי אי התקנתן של תקנות אינה מונעת את הפעלת סמכותו של שר האוצר. אולם מכלול הוראותיו של סעיף 4(ב), המלמד על רגישות הפעלת הסמכות (וראו לעניין זה בג"ץ **חוק החרם**, פסקה 18 לפסק דינו של השופט הנדל), מוליך למסקנה כי את תפקידו של שר האוצר לקבוע כי התמיכה במוסד תיפגע בשל התחייבות להשתתף בחרם, אי אפשר לאצול או להעביר. את הסמכות שאמור שר האוצר להפעיל בהתייעצות עם שר המשפטים ובהתאם לתקנות, אי אפשר להפעיל באמצעות העברת הסמכות לוועדת התמיכות של משרד התרבות, שתפעל לא בהתאם לתקנות אלא בהתאם להנחיות מינהליות בדמות מבחני התמיכה.

63. כאשר חקיקה ראשית מסמיכה שר פלוני להתקין תקנות, הוא אינו רשאי לאצול סמכות זו לאחר (סעיף 33(ב) לחוק יסוד: הממשלה; בג"ץ 2740/96 **שנסי נ' המפקח על היהלומים**, פ"ד נא(4) 481, פסקה 30 לפסק דינו של השופט חשין (1997)). בענייננו, החוק הסמיך את שר האוצר להתקין, בהתאם לפרוצדורה מסוימת, תקנות להפעלת סמכותו, ומשרד התרבות "חטף" סמכות זו (תוך הרחבה שלה שלא כדין) והקנה אותה לוועדת התמיכות תוך קביעת הוראות בדבר הפעלתה בהנחיות מינהליות.

64. בהיבט זה דומה ענייננו לבג"ץ 6741/99 **יקותיאלי נ' שר הפנים**, פ"ד נה(3) 673 (2001), שם ניתנה לשר הפנים סמכות להתקין תקנות, שבהן ייקבעו תנאים וכללים למתן הנחה בארנונה. אלא שתחת זאת שר הפנים הסמיך את הרשויות המקומיות להגדיר קבוצות הזכאיות להנחה. בית משפט זה פסק כי מדובר באצילה דה-פקטו ושלא כדין של סמכויות שהוקנו לשר (פסקה 21):

"וכאן יימצא לנו פגם ראשון בתקנה 2(א)(7) סיפה לתקנות ההנחה, והוא פגם היורד אל שורשי הסמכות. כפי שראינו ... מסמיך חוק ההסדרים את שר הפנים להתקין תקנות הקובעות תנאים וכללים למתן הנחות בתשלומי ארנונה כללית. **הסמכות לקבוע 'תנאים וכללים' למתן הנחות – לשר הפנים ניתנה, לו ולא לאחר זולתו.** פירוש: שומה היה על שר הפנים בכבודו ובעצמו, ובלשון מפורשת וברורה, לקבוע מי הם אלה ואלו הם הזכאים לקבל הנחה על-פי החלטתה של רשות מקומית. תחת זאת נמצא לנו, כי שר הפנים הסמיך רשויות מקומיות להעניק הנחה לקבוצות אוכלוסייה שהוא עצמו לא הגדירן בתקנה, והתקנה אף אינה מגלה לנו מה קריטריונים מהותיים יקבעו מי יבוא בגידרי אותה קבוצה. במילים אחרות: **השר התנצל את סמכותו; השר פרק מעל עצמו את עול הקביעה המהותית מי הם אלה ואלו הם שיזכו להנחות בתשלום ארנונה; ...**

במילים אחרות: **השר אצל את סמכותו למשרד הדתות – לא באצילה מפורשת, אמנם, אלא באצילה מוסווית, באצילה דה-פקטו** – ובנסחו את התקנה כפי שניסח עשה את משרד הדתות אדון לקביעת גדר האנשים הזכאים לקבל הנחה בארנונה".

65. כך גם בענייננו – **חוק החרם** הקנה את הסמכות לפגוע בתמיכה, שעשוי לקבל גוף שקורא קריאה פומבית לחרם או מתחייב להשתתף בחרם, לשר האוצר, ולו בלבד, לאחר התייעצות עם שר המשפטים. החוק הקנה את הסמכות לקבוע את ההסדרים להפעלת מנגנון זה בתקנות (הדורשות את הסכמת שר המשפטים ואישור ועדת החוקה). הוא לא הקנה את הסמכות לקבל החלטות בעניין זה לוועדת התמיכות של משרד התרבות. הוא אף לא הקנה לשרת התרבות והספורט את הסמכות לקבוע מבחנים לשלילת התמיכה במי שקורא לחרם או מתחייב להשתתף בו במסגרת הנחיות מינהליות בדמות מבחני תמיכה.

66. בענייננו הדברים בולטים לעין עוד יותר, וזאת נוכח העובדה ששר האוצר כלל לא ביקש להאציל או להעביר את סמכותו הקבועה בסעיף 4(א)(3) לחוק החרם. אילו היה שר האוצר אוצל את הסמכות לקבוע כי גוף שקרא לחרם או התחייב להשתתף בו לוועדת התמיכות של משרד התרבות ואילו היה אוצל את סמכותו לקבוע את ההסדרים שיחולו על הפעלתה של הסמכות לשרת התרבות והספורט, הרי שלא היה תוקף להחלטתו. אלא שהחלטה כזו כלל לא התקבלה. שרת התרבות והספורט "חטפה" ללא הסמכת שר האוצר או הסמכתו סמכות שאינה נתונה לה, קבעה בהנחיות מינהליות את אופן הפעלתה, מסרה את אותה הסמכות לוועדת התמיכות של משרדה, והרחיבה עד מאוד את הגדרתה של הסמכות.

**ה. ככל שמבחני התמיכה אינם יישום של חוק החרם, מדובר בהסדר ראשוני שנקבע בהנחיות מינהליות שלא כדין**

67. לבסוף, ככל שבאמירה של יועמ"ש משרד התרבות, לפיה מבחני התמיכה "עולים בקנה אחד" עם חוק החרם כוונתה לא הייתה כי מדובר ביישום חוק החרם, אלא כי מדובר בהסדר המקבל את השראתו מחוק החרם וכי דחיית העתירה בעניין חוקתיותו של חוק זה מלמדת כי אין פגם במבחני התמיכה, הרי שמדובר בהסדר ראשוני שנקבע בהנחיות מינהליות שלא כדין.

68. כפי שנפרט בהמשך, מבחני התמיכה פוגעים בזכויות היסוד לחופש הביטוי הפוליטי, לחופש הביטוי האמנותי ובזכות לשוויון. פגיעה שכזו היא – אם בכלל – הסדר ראשוני, המחייב חקיקה ראשית.

69. **סיכום ביניים**: יש לדחות מכל וכל את הטענה, שבאה לידי ביטוי בתשובה מטעם שרת התרבות, ולפיה מבחני התמיכה "עולים בקנה אחד" עם חוק החרם ומתיישבים עם פסק הדין בבג"ץ חוק החרם. ראשית, משום שמבחני התמיכה חלים על כל גוף ש"נמנע" מהופעה בשטחים, בעוד שחוק החרם חל רק על מי שקורא בפומבי להשתתף בחרם או מתחייב להשתתף בחרם; שנית, משום שחוק החרם קובע למונח "חרם" הגדרה צרה בהרבה מזו שנקבעה למונח "הימנעות" שבמבחני התמיכה; שלישית, משום שמבחני התמיכה אינם מקיימים את הערובות הפרוצדוראליות שבחוק החרם (שספק אם אף הן מספקות – וראו בג"ץ חוק החרם, פסקה 18 לפסק דינו של השופט הנדל); רביעית, משום שאפילו היו הוראותיו המהותיות והפרוצדוראליות של מבחן התמיכה זהות לאלה שבחוק החרם, מדובר היה באצילה או העברה שלא כדין (או במקרה זה – חטיפה שלא כדין), של סמכויות שר האוצר לוועדת התמיכות של משרד התרבות והספורט; וחמישית, משום שהפגיעה בחופש הביטוי הגלומה בהם היא הסדר ראשוני שלא ניתן לקבוע בהנחיות מינהליות.

70. בית המשפט קבע ביחס לחוק החרם כי "סעיף 3 הוא גבולי וסעיף 4 גבולי אף יותר" (בג"ץ חוק החרם, פסקה 19 לפסק דינו של השופט הנדל, כן ראו פסקה 21 סיפא, שם). מבחני התמיכה פורצים את הגבול שבחוק החרם ומצויים הרבה מעבר לקו התחום אותו.



## עמימות התיקון למבחני התמיכה

71. ידועה האימרה המופרכת, לפיה כיום נדרש כל חייל לצאת לשדה הקרב כשהוא מלווה ע"י עו"ד. זהו המצב שנוצר כתוצאה מהתיקונים במבחני בתמיכה. הנוסח העמום והבלתי ברור יוצר רוב מבוכה ובלבול ואינו מאפשר ליישם את התיקון.

72. ראשית, מבחני התמיכה אינם כוללים הגדרה של אזור יהודה ושומרון, אלא הם מפנים להגדרת "אזור" שבחוק לתיקון ולהארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה ושומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשס"ז-2007. החוק עצמו אף הוא אינו כולל הגדרה ל"אזור" אלא אך תיקון להגדרת "אזור" (השמטת חבל עזה). ההגדרה עצמה מופיעה בתקנות שנספחות לחוק:

"אזור" - יהודה ושומרון למעט שטחי המועצה הפלסטינית;

ומהם שטחי המועצה הפלסטינית?

"שטחי המועצה הפלסטינית" – השטחים הכלולים, מעת לעת, בתחום הסמכות הטריטוריאלית של המועצה לפי ההסכם, וכן כל שטח רצועת עזה;

ומהו ההסכם?

"ההסכם" – הסכם הביניים הישראלי – פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, שנחתם בווינגטון בין מדינת ישראל לבין ארגון השחרור הפלסטיני, ביום ד' בתשרי תשנ"ו (28 בספטמבר 1995), לרבות נספחיו והמסמכים שנלוו אליו;

(תקנה 1 לתקנות שעת חירום (יהודה ושומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז-1967).

דהיינו, ההגדרה של אזור יהודה ושומרון שבמבחני התמיכה היא אזור יהודה ושומרון...

73. שנית, מבחני התמיכה קובעים, שיופחת תקציבו של מוסד שנמנע מלהופיע בגדה בשל מיקום. כך, למשל, הדבר מוגדר במבחני התמיכה בתיאטרון: "הימנעות מלקיים פעילות מחמת מיקום משמעה החלטת התיאטרון שלא לקיים הרצות באותו מקום, מניעת השתתפות בפעילות מחמת מיקומו הגיאוגרפי של המשתתף או קביעת תנאים שלא ממך העניין." (סעיף 7(ו)4) למבחני התמיכה). מייד בסמוך מובאים שלושה חריגים, שבהתקיים מי מהם התיאטרון לא ייחשב כנמנע:

"(א) בהתקיים נסיבות ביטחוניות חריגות מיוחדות, ולמשך תקופת המניעה בלבד;

(ב) בהעדר מרחב מתאים לביצוע הפעילות במקום, אלא אם כן קיימת חלופה סבירה לביצוע הפעילות באזור או שניתן לנקוט בפעולות סבירות, בנסיבות העניין, להתאמת המרחב, בדומה לפעולות שנקט התיאטרון במקרים אחרים;

(ג) בהתקיים טעם ענייני אחר אשר המדור מצא אותו כמוצדק."

שולי העמימות ומרחב שיקול הדעת של הרשות רחבים מני ים. ראשית חוכמה, על מוסד התרבות להתייעץ עם עו"ד כיצד עליו למלא את טופס ההצהרה אותו דורש מינהל התרבות למלא – האם

בהתקיים אחד מהחריגים הללו הוא בגדר נמנע שאיננו נמנע, ולפיכך הוא רשאי לציין שלא נמנע מלהופיע בגדה או שעליו לציין מפורשות (למרות שלא נשאל על כך בטופס) שהוא אמנם נמנע, אבל הוא טוען להיותו נמנע בחזקת לא נמנע ולציין אלו מן החריגים מתקיימים בו לגירסתו.

שנית, אין זה ברור כלל מהן נסיבות ביטחוניות חריגות ומיוחדות, מי מוסמך לקבוע זאת ומה משך תקופת המניעה. רבים וטובים ובלי קשר לעמדתם הפוליטית סבורים, שבהיות הגדה שטח תחת שלטון צבאי, ובהתחשב בפיגועים, זריקות האבנים, הפרות הסדר, הטלת עוצר, חסימות, הריסות בתים, השתלטות הצבא על בתים ועוד כהנה וכהנה השטח נמצא באופן קבוע במצב ביטחוני חריג, ומסוכן לנוע בכבישי הגדה.

74. אכן כפי שציינה יועמ"ש משרד התרבות בתשובתה לעותרת יכולות להיות שלל סיבות להימנע מלהופיע בגדה אף אם אין המדובר בהבעת מחאה אידיאולוגית נגד הכיבוש או נגד חוקיות ההתנחלויות: פחד מהסיכונים הביטחוניים, חוסר רצון להופיע באזור הנמצא בלב מחלוקת ציבורית עמוקה, חוסר רצון לגרום למתח ולחילוקי דעות בין אמנים באותה הלהקה ובכך לפגוע בלכידות החברתית והאמנותית. למוסדות תרבות רבים אין עמדה פוליטית מובהקת בסוגיה, אבל לרבים מהאמנים כן. בעוד שתיאטרון גדול יכול להחליף שחקן שמסרב להופיע בהתנחלויות בשחקן אחר, אין זה מעשי בלהקת תיאטרון קטנה. בלהקות שמורכבות מאמנים יהודים וערבים עצם הדיון בסוגיה יכול לגרום לקרע שישפיע לרעה על הפעילות האמנותית של אותו הגוף. אלה וגם אלה ייחשבו כמי שנמנעו מלהופיע בהתנחלויות וייאלצו לסבול קיצוץ בתקציבם.

### **פגיעה בחופש הביטוי, חופש המצפון וחופש היצירה האמנותית**

75. חופש הביטוי מהווה חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם, וחופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהגרעין הקשה של חופש הביטוי (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פסקאות 22-26 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (2008); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, פסקאות 12-13 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); בג"ץ חוק החרם, פסקאות 5-6 לפסק דינו של השופט עמית, פסקה 48 לפסק דינו של השופט מלצר).

76. בבסיסו של חופש הביטוי מונח החופש להתבטא או לשתוק (אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 733 (2014)). חופש הביטוי כולל גם את החופש להימנע מביטוי או ממעשה, כמו הימנעות מלהעלות הופעה אמנותית בשל סיבות פוליטיות. אדם המסרב מסיבות אידיאולוגיות לצאת מגבולות מדינת ישראל לשטחים הנמצאים תחת שליטה לוחמתית מממש במעשה זה את זכותו לחופש ביטוי פוליטי. פגיעה בזכות זו היא פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם.

77. כמפורט לעיל אפילו חוק החרם אינו אוסר על הימנעות מרכישה וממכירה של מוצרים או שירותים, ומותיר את ההכרעה האישית של כל אדם בתחום האוטונומיה של חופש הביטוי והמצפון. הסנקציה שניתן להטיל לפי חוק החרם הינה רק על קריאה פומבית לחרם.

78. חופש היצירה האמנותית כלול אף הוא בחופש הביטוי (בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 830-829 (1999)). ניתן לבסס את חופש היצירה האמנותית "גם כזכות אדם נפרדת, העומדת על רגליה היא. זוהי זכות האדם לחופש היצירה... 'היא מבוססת על ראיית האדם כיצור

אוטונומי הזכאי למימוש עצמי הן כיוצר והן כנהנה מהיצירה. אכן, חופש הביטוי האמנותי הוא החופש של האמן ליצור. זהו חופש הבחירה באשר לנושא ולאופן הצגתו [...]” (עניין סנש, עמ' 830, המצטט מבג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996)).

79. הדרישה ממוסדות תרבות להצהיר, כי הם אינם נמנעים מלהופיע בשטחים, מהווה פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, בחופש המצפון ובחופש הביטוי האמנותי של המוסדות ושל האמנים החברים בהם. זכויות אלה מצויות בגרעין הקשה של הזכות לחופש הביטוי (אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 731 (2014)).

80. כפי שצינו לעיל, מאז כניסתה לתפקיד מבקשת שרת התרבות ליצור הבחנה מלאכותית בין חופש הביטוי לבין מה שהיא מכנה "חופש המימון". אלא שמה שהיא מכנה "חופש המימון" הוא עקרון שאינו קיים, לפחות לא במובן שבו מתייחסת אליו שרת התרבות. השופט חיים כהן עמד כבר בשנת 1971 על כך שללא מימון אין ביטוי אמנותי, ושהתנניית תמיכה בתוכן פוגעת בחופש האמנותי ובחופש הביטוי. דברים אלה נכונים, ואף ביתר שאת, גם היום:

”במדינת ישראל אין כל חידוש בכך שמוסדות המדע והאמנות נזקקים לתמיכה ממשלתית – והמוסדות אשר יכולים להתקיים ללא כל תמיכה ממשלתית הרי הם בטלים בששים. המדינה מוציאה על מוסדות אלה סכומים עצומים ההולכים וגדלים מדי שנה בשנה, והיא מעניקה בידי עושי דברה – ובראשם שר החינוך והתרבות – סמכות רחבה ושיקול-דעת רחב לענין חלוקתם בין המוסדות למיניהם. **... וזאת האחריות המוטלת עליהם: להעניק תמיכה למוסדות הזכאים והראויים לה, ובמידה שהם זכאים וראויים לה, אבל יחד עם זאת להבטיח שלא הביורוקרטים המוקדמים להענקה, לא ההענקה עצמה, מועדה, צורתה ותנאיה, ולא הפיקוח על השימוש בכספים שהוענקו, לא יפגעו במלוא נימה בחופש האקדמי והאמנותי, בחופש הדעה והמצפון, או בחופש הדיבור והביטוי.** ... את ההסמכה שבחוקי התקציב לחלק תמיכות בין מוסדות ומפעלים לאמנות יש לקרוא בכפוף לתנאי מגביל המשתמע, אף ללא אזהרה מפורשת, מעקרונות חוקתיים המונחים ביסוד כל החקיקה הישראלית, והוא שחופש הביטוי האמנותי יישמר ולא ייפגע. ... כשהיא מתנה מתן תמיכה בדרכי ביטוי רצויות לה, או כשהיא מסרבת מתן תמיכה בשל דרכי ביטוי בלתי-רצויות לה, או אף כשהיא דוחה מתן תמיכה בסולם העדיפויות מחמת פגם שהיא מוצאת בדרכי הביטוי האמנותי – לא זו בלבד שהיא משתמשת לרעה בשיקול-הדעת שהוענק לה, אלא היא חורגת מסמכותה החוקית.”

בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית יערים נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821, 829-828 (1971).

81. התיקון למבחני התמיכה אף מפר את הניטרליות, שבה מחויבות רשויות המדינה בקביעת מבחני התמיכה בכל הנוגע להשקפות פוליטיות, דתיות, מצפוניות ואחרות. ביחס לחובת הניטרליות בג"ץ כבר פסק:

”הגם שהמדינה מבקשת ליתן הצדקה לכך – ולכך עוד נשוב בהמשך – נראה כי לא יכולה להיות מחלוקת של ממש כי הלכה למעשה **המדינה אינה מוצאת לנכון לתמוך בעותרת בשל כך שתפיסתה הדתית שונה מזו אותה מוצאת המדינה לקדם. זהו על-פניו שיקול זר לצורך מתן תמיכות.** מעבר לכך, בעשותה כן מעניקה המדינה יתרון לתפיסה דתית מסוימת על-פני רעותה, תוך פגיעה שאין לה מקום ב'שוק

החופשי הראוי לשימור של תפיסות דתיות שונות. מכאן מתחייבת המסקנה כי מבחני התמיכה עומדים בסתירה לחובתה של המדינה בשמירה על חופש הדת של העותרת ומפלים אותה על בסיס שוני בתפיסתה הדתית."

בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עלייה, פסקה 16 (נבו, 19.5.2009) (ההדגשה הוספה).

82. לאחר שנאסר על שרת התרבות להתערב בתמיכה במוסדות תרבות על סמך תוכן היצירות ועל סמך ביטוי פוליטי, מתיימר התיקון למבחני התמיכה להתחשב בעמדה פוליטית באמצעות שימוש במבחני משנה גיאוגרפיים. במקום לפגוע בגופים ובאמנים, המתנגדים להמשך השליטה הישראלית בשטחים, פוגעים המבחנים בגופים ובאמנים הנמנעים מלהופיע בשטחים הכבושים. התוצאה בשני המקרים זהה – פגיעה בחופש הביטוי והמצפון הפוליטי ובחופש האמנותי של המוסדות ושל האמנים.

83. פגיעה שכזו בזכויות יסוד חוקתיות יכולה להיעשות רק כהסדר ראשוני בחקיקה ראשית ובהתאם למבחני פסקת ההגבלה. לגישתה של העותרת הפגיעה בענייננו כה קשה ולתכלית פסולה שלא ניתן היה להכשירה אפילו בחוק, ודאי שלא ניתן לעשות זאת בהנחיות פנימיות (ראו בג"ץ מטה הרוב לעיל).

84. לתיקון יש אף אפקט מצנן כלפי אמנים, המתנגדים מטעמים אידיאולוגיים להופיע בהתנחלויות, ואשר יחששו לבטא את דעתם בגלוי שמא התמיכה בהם תיפגע (ראו דברי השופט עמית בבג"ץ חוק החרם, פסקה 38).

### פגיעה בזכות לשוויון

85. כפי שתואר לעיל, המבחנים מכילים שתי הוראות נפרדות לכאורה בהתייחס להופעה בשטחים. הוראה אחת מעניקה "בונוס" לגופים שהופיעו בשטחים וההוראה השנייה קונסת גופים שנמנעו מלהופיע בשטחים. מכיוון ששכום התמיכות בתחום מסוים הינו קבוע, מדובר בשתי הוראות שמשמעותן דומה – התמיכה בגופים שלא הופיעו בשטחים תהיה פחותה מזו שתוענק לגופים שהופיעו בשטחים. גופים שנמנעו במתכוון מלהופיע בשטחים ייפגעו בשל ההוראה השלילית, אך גם גופים שלא עלה בידם להופיע בשטחים, בשל סיבות פרזאיות כמו מיעוט ההזמנות או חסרונם של אולמות מתאימים להעלאת מופעים ייפגעו, מכיוון שלא יזכו לבונוס המוענק לגופים שהופיעו באזור.

86. הדבר משמעותי עוד יותר בשל ההרכב הדמוגרפי של תושבי האזור. לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ב-31.12.2014 התגוררו בגדה 370,700 בני אדם, מתוכם 362,900 יהודים, ו-6,900 איש "ללא סיווג דתי". רובם המכריע של תושבי האזור הינם יהודים דוברי עברית (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שנתון סטטיסטי לישראל 66, לוח 2.15: אוכלוסייה, לפי מחוז, נפה ודת, [http://www.cbs.gov.il/reader/shnaton/templ\\_shnaton.html?num\\_tab=st02\\_15x&CYear=2015](http://www.cbs.gov.il/reader/shnaton/templ_shnaton.html?num_tab=st02_15x&CYear=2015)). היישובים הנכללים בחישובי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה כשייכים לאזור יהודה ושומרון הם "היישובים הישראליים" בגדה, שרק לגבי הופעות בהם, מן הסתם, חלים מבחני התמיכה.

87. המשמעות של מתן עידוד לגופים המופיעים בשטחים, ומתן תמריץ שלילי לגופים שלא מופיעים בשטחים, היא שגופי תרבות שלא מעלים מופעים המיועדים לאוכלוסייה דוברת עברית יופלו לרעה. כך, למשל, הצגות תיאטרון בשפה הערבית או מוסדות תרבות בשפה הערבית לא יוזמנו מטבע הדברים להופיע בשטחים, ואם יוזמנו, לא ימצא ברפרטואר המופעים שלהם מופע המתאים לתושבים הישראלים בשטחים. ודוקו: גם אם מוסדות אלה לא יחרימו במתכוון את היישובים ואת אולמות המופעים בשטחים, הם צפויים להיפגע ממבחני התמיכה החדשים.

88. עקרון השוויון הוא עקרון יסודי בקביעת מבחני תמיכה וחלוקת כספי התמיכות של המדינה. סעיף 3א(ה) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 קובע כי:

" הממונה על סעיף התקציב יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, **מבחנים שוויוניים** לחלוקת הסכום שנקבע באותו סעיף תקציב לצורך תמיכה במוסדות ציבור (להלן – מבחנים); " (ההדגשה הוספה).

89. נוכח החובה לקבוע מבחני תמיכה שוויוניים, הרטוריקה בדבר "חופש המימון", שמכוחו סבורה שרת התרבות כי היא רשאית לקבוע כל מבחן תמיכה שתמצא לנכון, סותרת את המצב המשפטי הקיים. בית המשפט הנכבד התייחס בהזדמנויות רבות לחובה (שנקבעה בפסיקה עוד לפני חקיקתו של סעיף 3א לחוק יסודות התקציב) לקבוע מבחני תמיכה שוויוניים:

" ככלל, אין לשום גוף זכות קנויה לקבלת תמיכה מהמדינה... אך משהחליטה הרשות לתמוך ולקבוע מבחני תמיכה למוסדות, **עומדים מבחני התמיכה לבחינה אם יש בהם כדי להפר את עקרון השוויון**... כך לגבי תמיכות בכלל וכך לגבי כל הטבה שהיא."

עע"מ 343/09 **הבית הפתוח נ' עיריית ירושלים**, פ"ד סד(2) 1, פסקה 34 (2010) (ההדגשה הוספה).

ראו גם: בג"ץ 2021/11 **ועקנין נ' שר האוצר**, פסקה 16 (פס"ד מיום 6.6.2013); בג"ץ 59/88 **צבן נ' שר האוצר**, פ"ד מב(4) 705 (1989); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** (מהדורה שנייה, 2010) א 247.

90. פגיעה בזכות לשוויון על בסיס קריטריון גיאוגרפי היא אפליה פסולה. היא פסולה בשל התוצאה המפלה, ומכיוון שהיא עשויה להעיד על מניע סמוי לאפליה. במקרה קודם פסק בג"ץ, כי קביעת אזורי עדיפות לאומית בנוגע להטבות הניתנות בתחום החינוך פוגעת בזכות לשוויון, אם תוצאותיה מביאות להפליה פסולה של בני המגזר הערבי (בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 1, פסקאות 12-14, 16-21 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006)). עוד נקבע שם כי -

"קיומה או היעדרה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי האפקט שדבר חקיקה משיג, הלכה למעשה... על כן דין שניסוחו 'ניטרלי' עשוי להיות מפלה, אם האפקט שלו הוא מפלה. אכן, הפליה עשויה להיות בלתי מכוונת... אפילו מטרתה של נורמה משפטית אינה ליצור הפליה, אם ההפליה נוצרת, הלכה למעשה, הנורמה נגועה בהפליה... הפליה עשויה להיות 'נסתרת' ו'שיטתית', במובן זה, שאין היא מופיעה על פני הנורמה, אלא נובעת מ'האפקט' של הנורמה"

(בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני, פ"ד מח(2) 221, 241-242 (1994), כפי שמצוטט בעניין ועדת המעקב העליונה, פסקה 18 לפסק דינו של הנשיא ברק).

91. גם במקרה שלפנינו הענקת תנאים מועדפים לגופי תרבות, שפעילותם מיועדת לאוכלוסייה מסוימת, על חשבונם של גופי תרבות אחרים, מהווה פגיעה בזכות לשוויון.

92. בענייננו המדובר לא רק בפגיעה בזכות לשוויון על בסיס קריטריון גיאוגרפי, אלא גם על בסיס דעה פוליטית. זאת כשהמדובר בסוגיה השנויה ביותר במחלוקת בציבוריות הישראלית. בעוד שמבחינת התמיכה אמורים לשמור על ניטרליות לא רק שהם אינם נמנעים מלעסוק בכך, אלא שהם קובעים תג מחיר לטובת מי שאוחז בדעה הפוליטית הרווחת במסדרונות השלטון ולרעת מי שמסתייג מעמדה זו.

### תנאי פסקת ההגבלה

93. פגיעה בזכות יסוד חוקתית יכולה להיעשות רק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

94. ברי כי משרד התרבות רשאי לשקול שיקולים כגון פיזור גיאוגרפי של מקומות ההרצות. במסגרת שיקולים אלה, עידוד הופעות באזורי פריפריה הוא שיקול רלבנטי וראוי. כאשר מדובר בעידוד פיתוח חברתי וכלכלי של אזורי הנגב והגליל – מטרות אלה עוגנו בחקיקה ראשית (סעיפים 1 ו-5 לחוק הרשות לפיתוח הנגב, התשנ"ב-1991; סעיפים 1 ו-5 לחוק הרשות לפיתוח הגליל, התשנ"ג-1993). לא כך הדבר בנוגע לגדה.

95. התכלית של עידוד פעילות תרבותית באזורי פריפריה מתקיימת כבר בהתאם לנוהל מיוחד העוסק בכך בדבר תמיכה במוסדות תרבות הממוקמים בפריפריה (מבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד החינוך והספורט למוסדות תרבות בפריפריה, ילקוט פרסומים 6307, עמ' 153, 10.10.2011; תיקון מבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד החינוך והספורט למוסדות תרבות בפריפריה, ילקוט פרסומים 7263, עמ' 6061, 11.5.2016). תכלית זו מתקיימת גם במבחינת התמיכה עצמם, בהתאם למיקומו של מוסד התרבות, ולפי המרחק של מיקום ההרצות מאולם הבית, והמרחק של מיקום ההרצות מאזור המרכז (סעיפים 7(ה), 7(ו)(1) למבחינת התמיכה בתיאטרון; סעיפים 7(ו), 7(ז)(1) למבחינת התמיכה במחול; סעיפים 7(ז), 7(ח)(1) למבחינת התמיכה במוסיקה). תוספת העידוד לגופים המופיעים בשטחים והתמריץ השלילי לגופים שנמנעים מכך אינם קשורים לתכלית עידוד ההופעות בפריפריה או לפיתוח חברתי וכלכלי של אזורי הנגב והגליל. התכלית היחידה של סעיפים אלה היא אפלייתם לרעה של אמניות, אמנים וגופי תרבות על בסיס השקפה פוליטית.

96. השימוש במבחן ההימנעות או ההופעות בשטחים הוא שימוש במסמן, שנועד לבדוק את המסומן. במקום להפלות לפי דעה פוליטית, שרת התרבות מפלה בהסתמך על השלכותיה של העמדה הפוליטית.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו ולאחר קבלת תשובת המשיבה לעשותו למוחלט.

29 בספטמבר, 2016

---

דן יקיר, עו"ד

---

שרונה אליהו חי, עו"ד

ב"כ העותרת