

העותרת:
האגודה לזכויות האזרח בישראל
ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק ואח'
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

עיקרי טיעון מטעם העותרת

מוגשים בזה עיקרי הטיעון מטעם העותרת. בשל כך שהעתירה נרחבת ומפורטת יתמקדו עיקרי הטיעון בתשובה תמציתית לטיעונים שהועלו בכתב התשובה.

א. מבוא

1. עניינה של עתירה זו בשינוי מבחני התמיכה של משרד התרבות והספורט בשלושה תחומים – תחום התיאטרון, תחום המוסיקה ותחום המחול.
2. נזכיר שהתיקונים במבחני התמיכה בשלושת התחומים שביחס אליהם הוגשה העתירה מתחלקים לשניים: בונס של מקדם ניקוד לגופים שיופיעו בהתנחלויות, וקנס של הפחתת ניקוד לגופים שיסרבו להופיע בהתנחלויות, בנגב או בגליל, ושסירובם ימצא על ידי משרד התרבות והספורט כלא מוצדק.
3. קביעת מבחני תקצוב של גופי תרבות על פי מניעים פוליטיים לא רק שנעשתה שלא בסמכות וסותרת את הוראות סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, אלא היא גם פוגעת פגיעה ממשית בחופש הביטוי, בחופש המצפון ובזכות לשוויון, כולן זכויות מוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
4. פגיעות אלה בזכויות יסוד אינן נעשות בחוק ומכוח סמכות והן אינן עומדות בתנאי פסקת ההגבלה, ועל כן על דינם של מבחנים אלו, שנקבעו בניגוד להוראות החוק, בטלות.

ב. ההליך שקדם לפרסום טיוטת התיקונים למבחני התמיכה

5. מהתשובה לפרטים הנוספים עולה כי לא נערך כלל הליך בחינה כלשהו לפני פרסום טיוטת התיקונים להערות הציבור. מהתשובה המתחמקת משתמע, כי בארבע השנים שקדמו לתיקון התיקונים לא התקבלה ולו תלונה אחת על מוסד תרבות שנמנע מלהופיע בהתנחלויות. כפי שמצויין בתשובה לפרטים הנוספים, המחלוקת הציבורית בעניין החלה עוד בתקופת כהונתה של שרת התרבות לימור לבנת, שניסתה לקדם אף היא מדיניות שמעודדת הופעה בהתנחלויות. בעקבות עצומה של אנשי תיאטרון, שקראו לתיאטרונים להימנע מלהופיע בהתנחלויות, מסתבר שהשרה לבנת נקטה בדרכים אחרות (פסולות בהרבה) כדי להפעיל משקל נגד:

"כשהייתי שרת התרבות הצלחתי להנגיש את התרבות לפריפריה, מה שלא היה קודם, אבל כשחנכתי את היכל התרבות באריאל נאלצתי להיאבק בחריפות מול החרם של אמנים רבים מהשמאל שסירבו להופיע בו, כי לדעתם זה 'מחוץ למדינת ישראל'. הם ניהלו נגדי עליהם רציני כשדרשתי שיבואו לשם כמו לכל מקום אחר בארץ. כשלא הסכימו, יצאתי באזהרה חריפה שלא אעביר תקציבים לתיאטרון ששחקניו לא יופיעו באריאל. אני לא בטוחה שזה היה עובר במבחן משפטי, אבל נלחמתי על עמדותי, ובסופו של דבר הם באו כמו כלבלבים."

נורית דברת "[לימור לבנת טורקת את הדלת בראיון פרישה זועם](#)" אתר גלובס מיום 3.6.15

6. ואכן במבחן התוצאה התיאטרונים הופיעו וממשיכים להופיע בהתנחלויות. גם על פי כתב התשובה נראה שהמוסד הנתמך היחיד, שהצהיר על כך שאם יוזמן יימנע מלהופיע בהתנחלויות, הוא קבוצת התיאטרון רות קנר, שהצהירה על כך בטופס שנדרשה למלא (ע/15).

7. אף לא נערכה כל בחינה לגבי הצרכים התרבותיים היחודיים של האוכלוסייה הישראלית שמתגוררת בגדה. מבין כ-400,000 ישראלים שמתגוררים בהתנחלויות 30% מהם הם חרדים. ברור שלאוכלוסיה זו צרכים תרבותיים ייחודיים ויצירות התרבות של מרבית המוסדות הנתמכים ממילא לא רלבנטיות להם.

לי כהנר "בין גטרופוליטיקה לגיאופוליטיקה: התנחלויות חרדיות בגדה המערבית" **תיאוריה וביקורת** 47 (2016) (מצוי בדף כתב העת באתר מכון ון ליר)

ג. הליך פרסום טיוטת התיקונים למבחני התמיכה

8. במסגרת מגוון השינויים שהוכנסו במבחני התמיכה של משרד התרבות והספורט בשנת 2016, מופיעים שינויים בדמות תוספת בונוס בניקוד לגופים שיופיעו בהתנחלויות, וסנקציה בדמות הפחתת ניקוד לגופים ש"נמנעו" מהופעה ביישובים אלה, כשעל פניו הסנקציה היא רחבה יותר ונוגעת גם לסירוב להופיע בנגב או בגליל.
9. נזכיר שבפועל ההבחנה במבחני התמיכה בין אי קבלת בונוס לבין שלילת ניקוד היא אופטית, שכן גובה הניקוד קובע את אופן חלוקת עוגת התקציב, ועל כן מדובר במשחק סכום אפס, ובפועל, האפקט של אי קבלת בונוס זהה באופן מהותי לאפקט של הורדת ניקוד.
10. קיום פעילות תרבותית בהתנחלויות בגדה הוא נושא הנמצא בליבה של מחלוקת פוליטית במדינה. החשש שמביעה המשיבה בתשובתה מכך שגופים יימנעו מהופעה בשטחי יהודה ושומרון מבוסס על שיח פוליטי ער לגבי מעמדן של ההתנחלויות וחוקיותן. כלומר, גם לשיטת המשיבה בתשובתה לעתירה מדובר בסוגיה פוליטית שאיננה בגדר קונצנזוס בחברה הישראלית.
11. קביעת התיקונים המדוברים במבחני התמיכה הגיעה בהמשך ישיר להתבטאויות המשיבה בנוגע לכוונותיה לפעול לשלילת מימון מגופי תרבות ששחקנים בהם מסרבים להופיע בשטחים שמחוץ לתחומי הקו הירוק, ובנוגע לכך שהיא אמונה על קביעת הקריטריונים לתקצוב התרבות, תרבות שלטענת המשיבה "ניכס לעצמו השמאל" (ר' פסקאות 2-5 לעתירה).
12. התיקונים הנוגעים למופעים בהתנחלויות אמנם משקפים את האג'נדה הפוליטית המוצהרת של המשיבה, אולם דווקא פרסומם להערות הציבור לא נעשה באופן כה גלוי וחגיגי: התיקונים במבחנים למופעי המחול לא הופיעו כלל בטיוטה להערות הציבור, בעוד התיקונים למבחנים למופעי תיאטרון ומוסיקה פורסמו, אבל בשינוי שנעשה זמן קצר לאחר פרסום טיוטה קודמת, מה שהוביל לכך שרוב הגופים שלחו את הערותיהם ביחס לגרסה המוקדמת של המבחנים, שלא כללה את התיקונים בנוגע לתמיכה בהופעות בהתנחלויות. מכתב מטעם פורום מוסדות התרבות שהתייחס לתיקונים הללו לא נכלל ברשימת הערות המרוכזות שנדונו על ידי משרד התרבות והספורט, כתוצאה ממה שהוגדר על ידי המשיבה כ"תקלה".

ד. עמימות המבחנים

13. סעיף הקנס כולל מנגנון של חריגים, שבהתקיימם מוסד תרבות שנמנע מלהופיע בהתנחלויות ייחשב כמי שאיננו נמנע. החריג הראשון של "נסיבות ביטחוניות חריגות מיוחדות" הוא עמום ולא ברור מי הגורם המוסמך לקבוע שמצב מעין זה מתקיים. החריג השלישי של "טעם ענייני אחר שהמדור מצא אותו מוצדק" הוא חריג שסתום שלא ברור לאלו סוגי מקרים הוא מתייחס. מסתבר מהסיפא לתשובה לפרטים הנוספים שמשרד התרבות לא קבע קריטריונים להפעלת החריג הזה כך שמוסדות תרבות לא יוכלו לכוון עצמם לפיו. הדוגמה היחידה

שניתנה בתשובה לפרטים הנוספים, של העדר תנאים פיזיים או טכניים לקיום המופע, כלולה ממילא בחרג השני לכללים – "העדר מרחב מתאים לביצוע הפעילות במקום".

ה. סעיפי ההפחתה והבונוס הם מבחנים פוליטיים אסורים

14. הכללת הנגב והגליל בסעיף ההפחתה מהווה עלה תאנה למטרתו האמיתית של הסעיף: קביעת עונש על סירוב אידיאולוגי להופעה בשטחי יהודה ושומרון, שהרי לא קיימת תופעה של הימנעות כזו להופעה בנגב או בגליל.

15. והנה, בסעיף הבונוס כבר נשמטת מסיכת הדאגה לפריפריה, והבונוס נוגע להופעות ביהודה ושומרון בלבד. בפסקה 58 לכתב התשובה טוענת המשיבה, בצדק, כי סעיף 7(ו)(1)(ב), הנוגע למרחק המופע מאולם הבית, כמעט שאינו רלוונטי כתמריץ לשובים המצויים באיו"ש. המשיבה מתייחסת כלאחר יד לסוגיה משמעותית בהקשר של מבחני התמיכה בפריפריה: קרבת אולמות הבית להתנחלויות ממחישה את הנגישות היחסית של תושבי יהודה ושומרון הישראלים למופעים המועלים באולמות הבית. והרי זוהי תכליתו של סעיף 7(ו): יצירת תמריץ להנגשת מופעים למקומות מרוחקים, שקשה יותר להגיע להופיע בהם, אך גם קשה יותר להגיע מהם למופעים מרוחקים. המשיבה מלינה על חוסר הרלוונטיות של הסעיף ליישובי יהודה ושומרון, אולם חוסר הרלוונטיות הזה הוא אינהרנטי להבחנה העניינית שבסעיף, ולכך שמדובר ביישובים שאינם עונים על ההגדרה הגיאוגרפית של פריפריה.

זאת ועוד, בהקשר זה לא מובנת גם ההתעלמות מאזורים אחרים שקיים בהם מיעוט מופעים, אך הם קרובים לתל אביב ולכן סעיף 7(ו) לא חל ביחס אליהם. בתשובתה לבקשת העותרת לפרטים נוספים לא ציינה המשיבה האם קיימת בחינה של אזורים נוספים כמתאימים להגדרה של פריפריה חברתית או גיאוגרפית. אם המבחן שמפעילה המשיבה הוא של פריפריה חברתית שנמצאת בקרבה יחסית לתל אביב, כדי להתגבר על מגבלות סעיף 7(ו), לא ברור כיצד ומדוע חל מבחן הבונוס על ההתנחלויות בלבד, ולא ברור כיצד ניתן לטעון שבחינת קיומן של פריפריות חברתיות נוספות איננה רלוונטית לעניין המניעים לקביעת הקריטריונים נשוא העתירה.

16. תמוהה גם התעלמותה של המשיבה בתשובתה מהמטען הפוליטי הנלווה להופעות ביהודה ושומרון ולהתיישבות ביהודה ושומרון בכלל, מטען אליו היא מתייחסת תדיר, כפי שפורט בפתח העתירה. בפסקה 94 לכתב התשובה, לדוגמא, תוהה המשיבה על כך שהעתירה מתייחסת לקריטריונים הנוגעים למיקום מופעים כפסולים, אך לא לסוגות שונות של מופעי תיאטרון, כמו תיאטרון פרינג' ותיאטרון רפרטוארי. זוהי השוואה תמוהה, שכן מסוגות תיאטרון אלו לא מתחייבת אמירה פוליטית או אפילו השתייכות לזרם פוליטי מסוים, בעוד שאת אופייה הפוליטי השנוי במחלוקת של הופעה בהתנחלויות המשיבה עצמה איננה מכחישה (ר' לדוגמה התשובה הראשונה לתשובה לפרטים נוספים).

17. המשיבה טוענת דבר והיפוכו: מצד אחד משקלה הנמוך של אמת המידה הנתקפת מבטל את החשש מאפקט מצנן (פיסקה 82 לכתב התשובה), ומצד שני בפיסקה 46 מצויין, כי סעיף

ההפחתה נועד, בין השאר, להתמודד עם "החשש כי מוסדות תרבות יסרבו להגיע מטעמים שונים להופיע באיו"ש". קשה להבין כיצד סעיף יכול להתמודד עם קושי באמצעות תמריץ, ובו זמנית להיות בלתי משמעותי ולא להשפיע על מערכי התמריצים של הגופים המתוקצבים.

ו. סעיפי ההפחתה והבנוס פוגעים בזכות החוקתית לשוויון

18. ניכר, אם כן, שגם מבחני ההפחתה וגם מבחני הבנוס נועדו להתמודד באופן בלעדי עם מופעים בהתנחלויות ותמרוצם, בין אם באופן גלוי בסעיף הבנוס, ובין אם באמצעות קריטריונים "תפורים" בסעיף ההפחתה. על האיסור לקביעת מבחני תקציב של מוסדות תרבות בהתבסס על שיקולים פוליטיים, מכוח סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, כבר עמדנו בעתירה (ר' סעיפים 42-52 לעתירה), ובית המשפט כבר עמד על כך שקריטריונים מסוימים יכולים להוות כלי להסוואת אפליה דה-פקטו:

"בדומה להנחיות פנימיות של הרשות, כך גם הנהגת תבחינים המנחים את הרשות המנהלית בחלוקת התמיכות, היא דרך המלך להקטנת משקלם של שיקולים זרים או פסולים ולהבטחת השוויון, תוך חיזוק היסוד האובייקטיבי בהחלטת הרשות (עניין תאטרון ארצי לנוער, בעמ' 277). ברם, **התבחינים אינם בגדר תרופת פלא המביאה מזור לכל מכאוב של הפליה, אם בשל החשש ל"תפירת" תבחינים על פי מידותיו של המקבל, ואם בשל החשש שהתבחינים עלולים לגלם הטיה סמויה או "הפליה בכיסוי"** (עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פסקה 43 (2010), ההדגשה הוספה)

עוד קבע בית המשפט כי:

"קריטריונים לחלוקת תקציבים מן העוגה הציבורית חייבים להיות שוויוניים באופיים, אולם מעבר לכך, הקריטריונים חייבים לקיים גם את הכללים האחרים החלים על החלטות מינהליות, קרי: עליהם להתבסס על שיקולים ענייניים, על תשתית עובדתית המשקפת את היחס בין התכלית שלשמה נועדה ההקצאה הכספית לבין העובדות הרלוונטיות, וכן עליהם לעמוד במבחני הסבירות (ראו למשל בג"ץ 1438/98 הנ"ל בעמ' 359-360). כמו כן הקריטריונים צריכים להיות קונקרטיים מספיק כדי לאפשר יישום על-פי אמות-מידה אובייקטיביות במידת האפשר" (בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ביניש (12.12.2001))

19. מהו השיקול הענייני המצדיק את היחס המיוחד לו זוכים תושבי ההתנחלויות? לטענת המשיבה, מדובר ביישובי פריפריה חברתית, ועל כן ההתייחסות המיוחדת אליהם מוצדקת,

בדומה להתייחסות המיוחדת ליישובי הגליל והנגב. עם זאת, המבחן המרכזי במבחן התקצוב לעידוד מופעי תרבות בנגב ובגליל עובר לתיקונים הוא מבחן מרחק מקום ההופעה מאולם הבית (בפועל זהו המבחן המרכזי גם לאחר התיקונים, שכן עמדנו על כך שהכללתם של אזורי הנגב והגליל בסעיף הקנס על סירוב להופיע נועד רק לשמש עלה תאנה והגבלת החופש הפוליטי לא להופיע בגדה). עם הקושי שמציב המבחן הגיאוגרפי האובייקטיבי לטענת חוסר הנגישות של תושבי יהודה ושומרון לאירועי תרבות היה על המשיבה להתמודד, ולכן נומק חוסר הנגישות הנטען בטענת פריפריה חברתית.

20. הכוונה במונח הפריפריה החברתית היא להצביע על כך שלא די בקרבה של אזור למרכז על מנת להראות שהתושבים אינם שייכים לשוליים מבחינת הפריבילגיות השונות שמציע המרכז החברתי, בין אם אלו כלכליים או תרבותיים. הבחינה של השתייכות כזאת היא עניינית וראויה, שכן מובן שמרחק הוא אמנם משתנה המשפיע על נגישות לתרבות ושירותים, אולם הוא איננו עומד לבדו. עם זאת, יוצא מדברי המשיבה ומנוסח המבחנים שהפריפריה החברתית היחידה שאיננה פריפריה גיאוגרפית קיימת אך ורק ביישובי יהודה ושומרון.

21. גם אם נקבל את הנחת המשיבה הגורפת שכלל ההתנחלויות מהווה פריפריה חברתית, ניתן לומר ברמה גבוהה של ביטחון שהקביעה שהם עומדים לבדם בקטגוריה זו איננה מבוססת במציאות. האם עיירות פיתוח בתוך הקו הירוק, שחלקן נמצאות במרחק דומה מתל אביב ליישובים מסוימים ביהודה ושומרון (וכמובן, המרחק תלוי ביישובים עליהם נסתכל מכאן וכאן), אינן מהוות פריפריה חברתית? מהתשובה לפרטים הנושפים אף עולה שמעולם לא נערכה בחינה של מספר ההופעות ביישובים הערביים, כשברור וידוע לכל שהם בבחינת פריפריה מכל בחינה אפשרית – גיאוגרפית, חברתית, סוציאקונומית. מאחר שזה המצב, ניתן היה לצפות שהמשיבה תפרט מה הם הקריטריונים לפיהם ההתנחלויות נכנסות בגדר המבחנים, אך אזורי פריפריה חברתית אחרים לא. זאת נמנעה המשיבה מלעשות.

22. אדרבא, לשאלת העותרת בבקשה לפרטים נוספים בנוגע להגדרתם של אזורים אחרים כפריפריה, חברתית או גיאוגרפית, השיבה המשיבה כי "המדובר בשאלה כללית וכוללת שאינה באה בגדר בקשה לפרטים נוספים, וקשה לראות כיצד היא מסייעת "לתחום ככל הניתן את מסגרת הדיון הקבועה". לשיתתה של המשיבה, אין לאופן שבו הוגדרו הקריטריונים חשיבות בבחינת היותם ענייניים, שוויוניים ואובייקטיביים.

23. ונזכיר שוב את שנקבע לא פעם בפסיקה: נימוק קריטריונים לתקצוב צריך להיעשות באופן ברור, אובייקטיבי, ותוך הצגת השיקולים הענייניים שהביאו לקביעתם. היה ורצתה השרה לקבוע מבחנים חדשים לשם סיוע לפריפריה חברתית, אינטרס ראוי לכל הדעות, היה עליה להתכבד ולקבוע הגדרות ברורות וענייניות למושג הפריפריה החברתית. משלא עשתה זאת, ומבלי שנזדקק אף לבחינה של מניעה, יצרה המשיבה אפליה בפועל, וכפי שניסח זאת בית המשפט הנכבד:

"קיומה או היעדרה של הפליה נקבע, בין השאר, על-פי האפקט שדבר חקיקה משיג, הלכה למעשה... על כן דין שניסוחו 'ניטראלי'

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))

24. כלומר, גם לו היו מניעה של המשיבה נקיים משיקולים פוליטיים והחלטותיה על המבחנים מבוססות אך על הרצון לסייע לתושבי הפריפריה, בין חברתית ובין הגיאוגרפית, לזכות בהופעות תרבות רבות יותר בקרבם, היו המבחנים נגועים באפליה תוצאתית, באופן שבו הם מפלים בין יישובי פריפריה חברתית שונים, ובאופן שבו הם יוצרים אגב כך תעדוף של ההתנחלויות שקשה לומר עליהן שהן מהוות פריפריה חברתית.

ז. סעיפי ההפחתה והבונוס פוגעים בזכויות החוקתיות לחופש הביטוי ולחופש המצפון

25. הימנעות מביצוע מעשה נמצאת במסגרת חופש המצפון של כל אדם. בניגוד להימנעות מהופעה בגלל ריחוק מאולם הבית, כשמדובר בהופעות ביהודה ושומרון, מובן שלהימנעות מהופעה יש משקל גם ביחס לערך של חופש המצפון וגם ביחס לערך של חופש הביטוי. חופש המצפון וחופש הביטוי כוללים את החופש לפעול ולהתבטא, אך גם את החופש להימנע מפעולה ולהימנע מהתבטאות (ר' אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 733 ((2014)).

26. נזכיר שוב, חובתה של המשיבה להגן על חופש הביטוי איננה מסתכמת בחובה שלילית שלא למנוע אותו באופן ישיר, אלא מהווה גם חובה חיובית לאפשר את חופש הביטוי האמנותי:

"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 הבירורים 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, 828-829 (1971).

חופש הביטוי האמנותי כולל את החופש להופיע, אך גם את החופש להימנע מהופעה כאשר הדבר עומד בניגוד לצו מצפוננו הלגיטימי של המופיע, וזהו לב ליבו של האיסור על קביעת מבחנים פוליטיים לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב: מימון של גופי תרבות לא יכול להיות קשור לתוכן פוליטי. אמנות ויצירות אמנותיות נוטות לא פעם לכלול תכנים קשים לעיכול, וחשיבות רבה נודעה למקומה של אמנות בהעברת ביקורת חברתית ופוליטית, הן על החברה והן על המדינה. הניסיון לייצר אפקט מצנן על גופי תרבות ביחס להבעת עמדה מוסרית או אידיאולוגית, חותר תחת חופש הביטוי האמנותי של הגופים הללו, גם אם לא מדובר במבחנים העוסקים באופן ישיר בתוכן היצירות, מדובר בפגיעה בחופש האמנותי הנתון לגופים הללו (ואפשר להניח גם מה היא נטייתן הפוליטית של יצירות של גופים שמעוניינים להופיע ביהודה ושומרון לעומת זו של גופים שמתנגדים לכך).

27. אין טעם להכחיש שאזרחים לא מעטים רואים בסירוב עקרוני להופיע בהתנחלויות מעשה פרובוקטיבי ומכעיס, וניכר מהתבטאויותיה של המשיבה בעבר שהיא מצויה ביניהם. גם חלק מתושבי היישובים ודאי חשים תחושות קשות בנוגע לסירוב עקרוני שכזה, אולם ערכו של חופש הביטוי לא נמדד דווקא במקרים בהם המדובר הוא בביטוי המקובל ונוח לכולם. על כך אמר בית המשפט:

"פגיעה ברגשות, ואף פגיעה קשה, עשויה להיות תוצאה בלתי-נמנעת של החלפתם החופשית של דעות ורעיונות בחברה דמוקרטית. במיוחד כך כאשר מדובר בדעות חריגות המערערות על נורמות מוסכמות ועל ערכים מקובלים. אכן, אזרחי החברה הדמוקרטית חשופים לכך שדעותיהם, אמונותיהם, וערכיהם, יותקפו ויאותרו. תהליך זה כרוך לעתים בפגיעה קשה ברגשות. החברה הדמוקרטית מוכנה לשלם מחיר זה על מנת להמשיך ולקיים חברה המושתתת על שוק חופשי של דעות ורעיונות, וחתירה מתמדת אחר האמת והצדק." (בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (28.6.2006))

28. האפקט המצנן וההשתקה העולים מן המבחנים ביחס לעמדות ביקורתיות המובעות באמצעות הימנעות מהופעה ביהודה ושומרון חותרים תחת מושכלות היסוד של חופש הביטוי בדמוקרטיה, ככלי בסיסי להחלפה והצגת רעיונות ועמדות פוליטיות. כמובן, רשאים אנשים, וביניהם גם המשיבה, להיפגע ולכעוס על עמדות כאלו, אבל הם אינם רשאים להשתמש בכלים מנהליים על מנת להגביל את ביטוייהן, על צורותיהם השונות.

ח. הקשר בין מבחני התמיכה לבין הוראות חוק החרם

29. סעיף 4(א)(3) לחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, תשע"א-2011 (להלן: **חוק החרם**) קובע סמכות לשר האוצר לפגוע בתמיכה כלכלית במוסד ציבורי, בהתייעצות עם שר המשפטים.

30. כפי שצוין בעתירה, מדובר בסמכות הניתנת בחקיקה ראשית ובאופן בלעדי לשר האוצר. הצורך בחקיקה ראשית המסמיכה מפורשות את השר נובע מהפגיעה העולה מן החוק. עיקרון חוקיות המנהל קובע כי רשות מנהלית רשאית לפעול אך ורק במסגרת סמכויות שניתנו לה בחוק, והכלל הוא שככל שפעולותיה מעלות חשש גדול יותר לפגיעה בזכויות, על ההסמכה בחוק להיות מפורשת יותר, וכאשר מדובר בזכויות יסוד יש צורך בהסמכה מפורשת בחקיקה ראשית (בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פסקאות 14-15 לפסק דינו של השופט פוגלמן (20.12.2010)).

31. בית המשפט העליון כבר פסק בעניין **חוק החרם** כי מדובר בסמכות רגישה, שיש לה השלכות על חופש הביטוי. זוהי לא סמכות שמותר לשר לאצול באופן אופקי למשרד ממשלתי אחר (בג"ץ 2303/90 **פיליפוביץ נ' רשם החברות**, פ"ד מו(1) 410, פסקה 16 (1992)). מבחני התמיכה שקבעה המשיבה מנסים לעקוף מגבלה זו, ומהווים פעולה מנהלית המתבצעת בחוסר סמכות, שהייתה סותרת את עיקרון חוקיות המנהל גם לולא הייתה פוגעת בזכויות היסוד לחופש הביטוי, חופש המצפון והשוויון כפי שפורט לעיל.

32. לא רק שהתיקון למבחני התמיכה לא עולה בקנה אחד עם חוק החרם, אלא הוא סותר אותו הזיתית: "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).

27 ביולי, 2017

דן יקיר, עו"ד

יונתן ברמן, עו"ד