



- המחלקה המשפטית -

פורום קהלת (ע"ר)
עם ועולמו 8 ירושלים
משרד 026312720
office@kohalet.org.il
www.kohalet.org.il

י"ח באב תשע"ה
3 באוגוסט 2015
[מספרנו 102א]

**סמכות השר בסוגיית מימון תרבות –
קביעת תבחינים הנוגעים לתוכן היצירה
עו"ד אהרן גרבר**

רקע ותמצית

המדינה מתקצבת באמצעות משרד התרבות פעילות של יצירה תרבותית, על-ידי תמיכה במוסדות ויחידים העוסקים בתחומי תרבות שונים. בעת האחרונה עלתה לדיון הציבורי השאלה האם רשאית המדינה לסייג את תמיכתה ולקבוע תבחינים הקשורים בתוכן היצירות של הגוף הנתמך, כגון בכך שלא יהיה בהן משום חתירה תחת יסודותיה של המדינה. המתנגדים טוענים כי התניות או תבחינים כאלה פוגעים בחופש הביטוי של הגופים הנתמכים בניגוד לדיון, וכי על המדינה להיות עיוורת לתכני היצירות. חוות דעת זו מציגה את התשתית המשפטית לדיון. בשלב הראשון נבקש להצביע על כך שחופש הביטוי וחוקי היסוד בישראל אינם שוללים משר ממונה את היכולת לקבוע תבחינים מהותיים לקבלת תמיכות. בשלב השני נבקש לבחון עיצוב תבחינים השוללים תמיכה ממי שחותרים תחת יסודותיה של המדינה בראי החקיקה הרלוונטית הקיימת בישראל.

עיקרי מסקנות חוות הדעת:

- א. חירות הביטוי היא זכות שלילית, והיא מטילה על המדינה חובה להימנע מלהגביל את הביטוי. גם החובה האקטיבית להגן על ביטוי איננה חובה לתמוך או לעודד ביטוי כלשהו.
- ב. קביעת תבחינים לתמיכה המתייחסים לתוכנה של יצירה תרבותית, באופן השולל תמיכה מיצירות תרבותיות הכוללות ביטויים מסויימים, איננה הטלת סנקציה מרתיעה כי אם הימנעות מעידוד ואין לסווגה כפגיעה בחירות הביטוי.
- ג. לשום גוף אין זכות קנויה לקבלת תמיכה מהמדינה. תמיכת המדינה משמעותה עידוד מטעם המדינה, והמדינה רשאית לעודד פעילות התואמת את תפיסות הטוב שלה, ובלבד שהדבר ייעשה על פי תבחינים ברורים ובאופן שוויוני.

ד. ההנחה הרווחת כי מימון תרבות בישראל הוא מימון של יצירה תרבותית באשר היא – היא הנחה שגויה. החקיקה הרלוונטית מאפשרת דגמים שונים של תמיכה, בכפוף לשני קווים מנחים: שמירה על חופש היצירה, ומתן ביטוי למגוון חברתי בישראל, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

ה. בהתאם לכך, וכפוף לשני הקווים המנחים הנ"ל, שר התרבות והממשלה רשאים לעצב את מדיניות תמיכת המדינה בתרבות בהתאם לתפיסתם. בוודאי שהם רשאים לקבוע תנאי סף השוללים תמיכה בתכנים הנוגדים את ערכיה הבסיסיים של המדינה והחברה בישראל, כפי שקיים גם במדינות אחרות בעולם. כל זאת בהתחשב בהמלצות המועצה המייעצת ובכפוף לחובת השוויון בהתאם להליך הקבוע בחוק ובכללים הרלוונטיים.

א. תבחינים הנוגעים לתוכן היצירה התרבותית ושאלת חירות הביטוי

1.א. חירות הביטוי, מעמדה ותכליותיה

שאלת היחס בין קביעת תבחיני התמיכה בתרבות וחופש הביטוי עלתה לאחרונה בישראל לדיון ציבורי והגיעה גם להכרעתו של בית המשפט.

חירות הביטוי היא מן הזכויות הבסיסיות והחשובות במדינות דמוקרטיות. בית המשפט העליון הכיר כבר מראשית ימיו של המשפט הישראלי כי חירות זו היא "זכות עילאית"¹, ופגיעה בה כמוה כפגיעה ב"ציפור נפשה של הדמוקרטיה"². לאחר חקיקת חוקי היסוד נפסק כי חירות הביטוי היא חלק מכבוד האדם, ולפיכך על החלטה מינהלית הפוגעת בה לעמוד במבחני פיסקת ההגבלה: עליה להיעשות בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו, לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.³ לאחרונה אף נפסלה חקיקה של הכנסת בשל פגיעה בחירות הביטוי.⁴

מקובל למנות שלוש תכליות לשמירה על חירות הביטוי.⁵ הראשונה היא בירור האמת – יצירת מגוון של דעות כאמצעי לגיבוש ובירור האמת. השנייה היא הטיעון הדמוקרטי – מתן תוכן להכרעה הדמוקרטית בקלפיות, כאשר הפרט מגבש את הכרעתו למי להצביע מתוך היכרות עם מגוון דעות. התכלית השלישית היא טיעון ההגשמה העצמית, ולפיו יש לאפשר לפרט המבקש להתבטא להגשים את עצמו ואת שאיפותיו באמצעות ביטוי.

2.א. חירות הביטוי – חירות שלילית

כבסיס לבחינת ההשלכות ממעמדה הרם של חירות הביטוי על מרחב התמרון של המדינה בעיצוב מדיניות התמיכות שלה, יש לעמוד על גדריה ואופיה של הזכות לחופש ביטוי. ככלל, **זכות חיובית** מטילה על המדינה חובת פעולה, כדי להבטיח את יכולתו של הפרט לממשה. מנגד,

¹ בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953).

² ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב, 427, 435 (1968).

³ בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 157.

⁴ בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (ניתן ביום 15.4.2015; להלן – עניין אבנרי).

⁵ עניין קול העם הנ"ל; ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (2014).

חירות מטילה על המדינה חובת חדילה, כלומר איסור לנקוט מעשה הפוגע בחירותו של האדם לעשות כרצונו.

חירות הביטוי היא ביסודה "חירות לבטא דעות ורעיונות ללא הפרעה. משמעות הדבר היא כי במהותה, זוהי זכות נגטיבית שבגרעינה הכוח והיכולת המשפטית למנוע פגיעה והצרה של החופש להתבטא, במשמעותו הרחבה של מושג זה. הזכות החוקתית לחופש ביטוי, בטהרתה, אינה מטילה על המדינה חובה חוקתית נגדית להעמיד לרשות האזרח אמצעי ביטוי כאלה ואחרים. חובתה היא להימנע מהפרעה לאמצעי הביטוי שהאזרח בוחר להשתמש בהם. אולם במדינה מודרנית, הגבולות בין זכויות חוקתיות נגטיביות לבין זכויות פוזיטיביות מיטשטשים לא אחת, ובתחום חופש הביטוי עשויים להיות מצבים בהם נדרשת מהמדינה גם פעולה אקטיבית כדי לאפשר מימוש של חופש זה על ידי האזרחים".⁶ על המדינה מוטל איפוק, ואין זו מטלה של מה בכך, **שלא למנוע** ביטוי חופשי מכל אדם, לצד נקיטת פעולות במצבים מסויימים כדי לאפשר את קיום התנאים למימוש חירות הביטוי. כלומר, התפיסה היא של זכות שלילית שכדי לאפשר את הגשמתה מוטלות על המדינה לעיתים גם חובות אקטיביות.

במשפט הישראלי, לפי פסיקת בית המשפט העליון, חירות הביטוי מעוגנת בחוק היסוד בהיותה חלק מכבוד האדם. בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ישנו היבט שלילי – **"אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"**,⁷ כלומר על המדינה להימנע מלפגוע בחירות הביטוי במסגרת האיסור לפגוע בכבודו של אדם. בנוסף, חוק היסוד כולל גם היבטים חיוביים של הזכות השלילית: **"כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו"**,⁸ כלומר על המדינה מוטלת חובה להגן על הזכויות שבחוק ואף לנקוט בפעולות אקטיביות לשם כך, לרבות הקצאת אמצעים ותקציבים. אולם יש להבחין היטב: גם חובה אקטיבית של המדינה לאפשר את מימוש הזכות באמצעות הגנה מפני מי שמבקשים לפגוע בזכות,⁹ אין משמעותה זכות חיובית, כלומר הטלת חובה אקטיבית על המדינה **לספק אמצעים, לתמוך או לעודד** את כל מי שמבקש לבטא את חירותו בדרך זו או אחרת.

3.א. קביעת תבחינים לתמיכת המדינה וחופש הביטוי

קביעת תנאים וסדרי עדיפויות במימון תרבות משמעותה תמיכה וסיוע בביטוי של יוצרים או מוסדות שיעמדו בתנאים וידורגו באופן שיעברו את רף התקצוב, והימנעות ממתן תמיכה וסיוע מאלו שלא יעמדו בתנאים וברף זה. בכך, כמובן, המדינה מעניקה יתרון בביטוי לאחד על פני רעהו. חרף זאת, לא ניתן לסווג אותה כמניעת ביטוי מגורם כלשהו. **פגיעה בחירות הביטוי היא פעולה המונעת ביטוי, והימנעות מלתקצב גורם כלשהו אינה שלילת זכותו להתבטא ואף לא הטלת מגבלה עליה, אלא רק הימנעות מעידודה וקידומה.** זו נקודת המוצא שאי אפשר בלעדיה, והיא הולמת כאמור את משמעו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. עמדה הפוכה, כלומר הכרה בכך שקביעת קריטריונים המונעים תקצוב עולה כדי פגיעה בחירות הביטוי, מביאה לידי אבסורד. משמעותה היא כי המדינה תהיה מחויבת לחלק את תקציבה לתמיכה בכל יצירה, בכל מוסד ובכל יוצר ללא כל סינון. חירות הביטוי הרי עיוורת לאיכותן של יצירות, ואין כל הצדקה להבחין לעניין מימון בין יצירה של אמן מדופלם ליצירה של תלמיד בית ספר יסודי, בייחוד אם יש בה מסר

⁶ בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) (2008); פסקה 18 לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה; וראו גם מנחם מאוטנר "ליברליזם בישראל – 'האדם הטוב', 'האזרח הרע', והשגשוג האישי והחברתי", עיוני משפט לו, 97 (תשע"ג) עמ' 10-11.

⁷ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 2.

⁸ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 4.

⁹ בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד ס"ב (1) 200 (2006).

פוליטי.

לפיכך, וכפי שיובהר עוד להלן, הימנעות מהענקת תמיכה מטעם המדינה היא הימנעות מעידוד ולא הטלת מגבלה, והיא כפופה למבחני שוויון בלבד ולא למבחני חירות הביטוי.¹⁰ טענה אפשרית היא כי בעולם שבו כל מוסדות התרבות זוכים לתמיכת המדינה, הימנעות מתמיכה ותקצוב על ידי המדינה תוביל בפועל לשתיקתו של מי שלא תוקצב. לפיכך, לפי הנטען, מבחינת התוצאה מדובר בפגיעה בחירות הביטוי.

אנו סבורים כי אין לקבל טענה זו בשני מישורים. במישור העובדתי, כאמור לעיל מערך התמיכות בישראל ממיין ומסנן, וישנם גופי תרבות רבים שאינם מקבלים תמיכה ומימון לפעילותם.¹¹ הטענה כי כל הגופים הללו סובלים מפגיעה בחופש הביטוי איננה מציאותית.

שנית, במישור המשפטי, מבחן התוצאה אינו רלוונטי במצב שבו מדובר על חירות כמו חירות הביטוי. חירות זו פירושה איסור על המדינה להגביל ולמנוע. ממילא לא התוצאה היא הנבחנת אלא הפעולה שבה המדינה נוקטת, כלומר האם פעולת המדינה מטילה איסור על ביטוי או מרתיעה מפניו בדרך של הטלת סנקציה, כפי שיפורט להלן. חירות זו פירושה גם חובה על המדינה לאפשר. גם חובה זו משמעותה היא החובה לפעול להסרת מגבלות, כאמור לעיל, ולכן לא ניתן להכפיפה לשאלה התוצאתית האם פלוני התבטא אם לאו. עיקרו של דבר, מעת שזו חירות שלילית, השאלה האם פלוני התבטא אם לאו אינה רלוונטית. עמדה אחרת תוביל לאבסורד ולפיו על המדינה לתמרץ כל גורם המבקש לבטא עמדה ולבחון – באופן עלום – האם אמנם כלל העמדות באו לידי ביטוי באופן שוויוני.

לאור כל זאת, נקודת המוצא היא כי קביעת תבחינים לתמיכה העוסקים גם בתכני יצירות אינה מעלה שאלה של חירות הביטוי. השאלה הרלוונטית שאותה יש לבחון היא טענת השוויון,¹² ואת השוויון יש לבחון ביחס לקבוצת השוויון הרלוונטית לטוען. כפי שיפורט עוד להלן, המפתח הוא קביעת תבחינים שיבחנו את מהות הפעילות ולא את מיהות הגוף.

ב. זכויות הנתמך וזכויות המדינה

ב.1. תמיכה כספית מטעם המדינה

מדינה מודרנית מבצעת פעולות רבות מספור באמצעות גופים פרטיים. מקובל לחלק את הפעולות הללו בין פעולות של קניית שירותים ופעולות שהן תמיכה במוסדות ציבור. בקניית שירותים המדינה קובעת ומגדירה את צרכיה ומגשימה אותם באמצעות גוף פרטי, בדרך כלל לאחר מכרז. בתמיכה, המדינה מודיעה כי תחום פעילות מסוים יזכה במימון מטעמה אם יעמוד בתבחינים שנקבעו. בשני המקרים מדובר בפעולות של הרשות המבצעת, לפי הסמכת המחוקק, שקבע מטעמים שונים שיש לבצען במימונה של הקופה הציבורית.

¹⁰ יש לציין כי בארצות הברית, על אף שהחוקה מעגנת במפורש חופש ביטוי ומעניקה לו בכך תחולה רחבה מאשר בישראל, נחלקו הדעות בין שופטי בית המשפט העליון האמריקאי בשאלה זו, בין הסבורים שאכן אין תחולה לחופש הביטוי על תמיכות של המדינה בתרבות לבין הסבורים כי הכפפת התמיכה למבחנים הנוגעים לתוכן פוגעת בחופש הביטוי. בית המשפט הכריע כי הסייג שקבע המחוקק על מימון יצירות בעלות תוכן בוטה עומד במבחנים החוקתיים. ראו U.S. Code § 954 - National Endowment for the Arts; **National Endowment for the Arts v. Finley**, 524 U.S. 569 (1988).

¹¹ כמפורט לעיל, חוק התרבות והאמנות וחוק הקולנוע מחייבים זאת, בהכפיפם את התקצוב המדינתי למטרות חברתיות מוגדרות.

¹² בג"צ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (2) 273 (1984).

אין חולק על כך שתמיכתה של המדינה בפעילות כלשהי לעולם איננה בגדר חובה, וכי מדובר באופן מובהק ב"סמכות רשות"¹³. ההחלטה על תמיכה ממשלתית היא פרי של מדיניות ממשלתית או של חקיקה. בית המשפט העליון קבע כי "למוסדות ציבור אין זכות קנויה לקבלת תמיכה, וכי שיקול דעתה של המדינה בסוגיה זו הינו רחב"¹⁴.

במישור התיאורטי, ישנן הצדקות חזקות לעמדה כי מדינה אינה מחויבת לנקוט עמדה ניטראלית. שלטון נבחר רשאי – ואף מצופה ממנו – לקדם תפיסות טוב ערכיות שתואמות את התפיסות שבשמן נבחר. לפיכך, הוא רשאי לתמוך בפעולות המבטאות תפיסות טוב אף אם הם שנויות במחלוקת, תוך העדפת התפיסות התואמות את העמדות שבשמן נבחר, כל עוד אין הוא נוקט באמצעים של כפייה.¹⁵ חובת השוויון הכללית, ובאופן ספציפי כפי שהיא קבועה בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, אין משמעה הימנעות מקידום מדיניות התואמת את התפיסות שהשלטון מבקש לקדם בהתאם לסמכותו שבחוק. משמעותה היא החובה לפעול בשוויון כלפי כל מי שישנו בתוך קבוצת השוויון, כלומר כל מי שעונה על התבחינים שייקבעו לתמיכה בהתאם למדיניות שנבחרה.

2.2. מימון יצירה תרבותית בישראל – זכות יתר

העובדה שמוסדות תרבות רבים נתמכים בידי המדינה עשויה להטעות. היא עלולה ליצור את הרושם כאילו מימון תרבות בישראל בא לממש זכות של מוסדות התרבות לתמיכה ולפיכך מנועה המדינה מלקבוע סדרי עדיפויות בתמיכה במוסדות תרבות בהתאם לתפיסותיה, כפי שלמעשה¹⁶ בתחומי הבריאות והחינוך בישראל קיים "גרעין" שכל אחד מאזרחי המדינה זכאי לו.

העובדה שמנגנון התמיכות הנוהג בישראל הוא מנגנון של סינון ומיון אשר מעניק תמיכות לחלק מהפניות אך דוחה את חלקן, מעידה על כך שלא מדובר בזכות קנויה. משרדי ממשלה התומכים בגופים ציבוריים מחויבים לפי חוק לקבוע תבחינים לחלוקת כספי התמיכה. כאמור, מטרת התבחינים היא למנוע ההעדפה בלתי עניינית בחלוקת כספי התמיכות בין גופים מבקשי תמיכה בעלי מאפיינים דומים, מצד אחד, ולוודא שהתמיכה תועבר רק לגופים שהמדינה סבורה שראויים לתמיכתה, מצד שני. כך, למשל, קבע בית המשפט כי תבחינים הקשורים למבנה הארגוני של גופים, כגון גודל והיקף פעילות, הם תבחינים לגיטימיים, שכן "לשום עושה פעילות אין זכות קנויה בתמיכה של המדינה"¹⁷. לפיכך מבחני התמיכה בתיאטרות, לשם הדוגמה, כוללים תבחינים הנוגעים לגודלו של המוסד הנתמך, להיקף פעילותו ולהיקף יצירתו, באופן שתיאטרות רבים אינם נתמכים כלל. בדומה לכך, מנגנון התמיכה ביצירות קולנוע מעניק שיקול דעת לקרנות הנתמכות לבחור את הסרטים שבהם יתמכו. קרן הקולנוע הישראלית, למשל, מממנת בכל שנה רק כתרסר תסריטים לסרט עלילתי מתוך כשלוש מאות הצעות המוגשות אליה. מנגנון הבחירה הוא שיקול דעתם הסובייקטיבי של אנשי מקצוע שהקרנות ממנות לשם כך.

המסקנה מכך היא כי אין זכות קנויה לאף יוצר או גוף תרבות לזכות במימון מטעם המדינה. יצירת סדרי עדיפויות מטעם המדינה, ובייחוד בהתאם למטרות שקובע החוק המסמיך כפי שיפורט להלן, אינה פוגעת בכל זכות.

¹³ ראה דפנה ברק-ארז המשפט המינהלי כרך א', עמ' 216; וכן כרך ג', עמ' 346 בהערת שוליים 4.
¹⁴ בג"צ 5264/05 ישיבת שבי שומרון נ' שרת החינוך (2005); וראו גם בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (ניתן ביום 15.4.2015), עמוד 52.

¹⁵ לדיון תיאורטי הבוחן את הטענות בעד נייטרליות של המדינה ודוחה אותן ראו דני סטטמן וגדעון ספיר **דת ומדינה בישראל** (2014), פרקים 1 ו-2.

¹⁶ על הזכות לחינוך והיקפה ראו בג"ץ 3752/10, אמנון רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם ביום 17.9.14).

¹⁷ בג"ץ 1447/03 פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך, פ"ד נט(3) 942.

לאור זאת השאלה הרלוונטית שאותה יש לבחון היא טענת השוויון בין מקבלי התמיכה,¹⁸ ואת השוויון יש לבחון ביחס לקבוצת השוויון הרלוונטית לטוען. כאמור, המפתח הוא קביעת תבחינים שיבחנו את מהות הפעילות ולא את מיהות הגוף.

ג. חירות הביטוי ותמיכות המדינה: סנקציה, אפקט מצנן ואפקט מעודד

ג.1. אופנים שונים של הגבלת הביטוי

כמו כל הזכויות גם חירות הביטוי היא זכות יחסית, ולעיתים יש להגבילה בשל התנגשות עם אינטרסים או זכויות אחרות. החוק בישראל מאפשר את הגבלתה של חירות הביטוי בכפוף לפסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

הגבלת הביטוי תיתכן גם במשפט האזרחי וגם במשפט הפלילי, באופן ישיר ובאופן עקיף. באופן ישיר, כאשר המדינה מונעת מראש את השמעת הביטוי, בדרך של איסור פרסום,¹⁹ סגירת כלי תקשורת, או החרמת חומר פרסומי, היא נוקטת פעולה ישירה של הגבלת חירותו של הפרט להתבטא. כאשר המדינה מטילה סנקציות פליליות או אזרחיות לאחר מעשה הפרסום היא מגבילה את הביטוי באופן עקיף, שכן היא מרתיעה מפרסמים עתידיים מלהתבטא. להרתעה זו מתלווה גם אפקט מצנן על מעגלים רחבים יותר, העולה גם כן כדי פגיעה בחופש הביטוי.²⁰ המשותף לשתי הדרכים הוא שבשתיהן קובעת המדינה – בין אם באמצעות חוקיה, באמצעות בתי המשפט שלה, או באמצעות זרועותיה הביצועיות – כי ביטוי כלשהו אסור, וחותרת לתוצאה של מניעתו.

בכלל המצבים הללו אין ספק כי ישנה פגיעה בחירות הביטוי, אלא שלפגיעה זו ישנה הצדקה מספיקה, והיא עומדת במבחני פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שהובהר לעיל, עניין של מתן תמיכות שונה מן היסוד, משום שבעיקרו לא ניתן לסווגו כפגיעה בחירות הביטוי.

ג.2. סנקציה או הימנעות מעידוד

חרף זאת, ישנם מצבים שבהם הימנעות מתמיכה עולה כדי פגיעה בחירות הביטוי. האבחנה שיש לעמוד עליה היא בין הימנעות מתמיכה הבאה **כסנקציה על התבטאות** של הגורם הנתמך לאחר שאושרה לו התמיכה, כלומר שלילת הזכאות לתמיכה, לבין הימנעות מתמיכה או הקטנתה להבא **בהתאם לתבחין המתייחס לתוכנו של ביטוי**.

במצב הראשון המדינה קובעת כי התבטאות מסוימת או סוג מסוים של התבטאות יגררו סנקציה. סנקציה זו יכולה ללוש לבוש פלילי, אזרחי או מינהלי. כדרכה של סנקציה היא נועדה להעניש או להרתיע, ולפיכך היא מוטלת על עושה המעשה האסור בלי שתידרש התאמה בין אופיה של הסנקציה, כלומר טיבה של ההטבה הנשללת, לבין תוכנו של המעשה.²¹ במצב זה, קביעתה של הסנקציה מהווה פגיעה בחירות הביטוי, שכן זו פעולה שמונעת ביטוי בדרך של הרתעה.

במצב השני המדינה קובעת כי תמיכתה בפעילות מסוימת תהיה תלויה, לפי תבחינים שייקבעו, בין היתר

¹⁸ בג"צ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (2) 273 (1984).

¹⁹ איסור פרסום ייתכן גם במשפט האזרחי, כגון מכוח הגנת הפרטיות, ראו ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (2014). עם זאת, הכלל הוא שפרסום לא יאסר אלא יגבה מחיר של פיצוי לאחר מעשה. ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989).

²⁰ ראו בג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) (1989); עניין אבנרי הנ"ל, עמוד 94 ועוד.

²¹ בלשון בית המשפט, בעניין אבנרי הנ"ל, עמוד 88: "ההרשאה הכללית הנתונה בו למנוע תמיכה מכל גוף הקורא להטלת חרם על מדינת ישראל, ובעיקר מכל גוף הקורא להטלת חרם על אדם בשל זיקתו לאזור, מתירה אפרורית התחשבות בעמדותיו הפוליטיות של הגוף הנתמך, זאת במנותק מתכלית התמיכה הקונקרטיית".

באופיה של אותה פעילות, ובתוך כך בתוכנו ובטיבו של ביטוי. תבחני תמיכה מטבעם מתייחסים להיבטים שונים של המוסד הנתמך ופעילותו, ובמסגרת זו נקבע תבחין הנוגע לתוכנו או טיבו של ביטוי המבוטא במסגרת הפעילות הנתמכת. בשונה מן המצב הראשון, כאן אין מדובר בסנקציה. כאן מדובר בקביעת כללים ליישום מדיניות תמיכה, היוצרת קשר של תלות בין מאפיינים מסוימים בפעילות הנתמכת לבין גובהה של התמיכה או עצם הזכות לה.

דוגמה למצב הראשון הוא החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011. חוק זה קובע כי גוף הקורא לחרם על מדינת ישראל יהיה חשוף לתביעה נזיקית מצד הנפגע, וכן לסנקציות מינהליות: יוטלו עליו מגבלות בהשתתפות במכרזים של המדינה, וניתן יהיה לשלול ממנו הטבות כגון פטור ממס לתרומות שיקבל לפי סעיף 46 לפקודת מס הכנסה, קבלת כספים מהמועצה להסדר ההימורים בספורט, קבלת תמיכות לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, ועוד כהנה וכהנה.

ואכן, בית המשפט העליון בדונו בעתירה נגד החוק קבע כנקודת מוצא כי החוק פוגע בחירות הביטוי, באשר הוא "קובע סנקציות – אזרחיות ומינהליות – בשל התבטאות פוליטית".²² הטלת סנקציות נגד ביטוי יוצרת אפקט מצנן ובכך מגבילה אותו. המסקנה מכך לא היתה כי החוק בטל. שופטי ההרכב היו תמימי דעים כי המדינה רשאית למנוע הטבות כסנקציה, אולם משום שמדובר בפגיעה בחירות הביטוי הפוליטי הדבר אפשרי רק במצבים חריפים, תוך חתירה לצמצום הפגיעה למינימום ההכרחי. בית המשפט קבע כי קריאה לחרם על ישראל היא מקרה כזה, המצדיק פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. אדרבה, לגבי קריאה לחרם על ישראל קבע בית המשפט כי מובן מאליו שהמדינה אינה צריכה לממן את מי שפועל נגדה, וכי היא רשאית למנוע הטבות ממי שעושה בהן שימוש נגדה. יש להדגיש כי בית המשפט אף קבע שמניעת מימון מטעם המדינה לפעילות החותרת נגד המדינה היא תכלית ראויה כשלעצמה, אשר תצדיק גם סנקציה הפוגעת בחירות הביטוי.²³

מנגד, קביעת מבחן סף או תבחין היוצר קשר בין טיבם של ביטויים המבוטאים במסגרת פעילות נתמכת לבין התמיכה איננה הטלת סנקציה. זו פעולה מהסוג השני, שאין לסווגה כפגיעה בחירות הביטוי. זו הימנעות מעידודו של ביטוי שהמדינה סבורה שאין היא רוצה לעודדו, או הקטנת העידוד של ביטוי שהמדינה סבורה שיש לעודדו במידה פחותה. אין לסווגה כיצירת אפקט מצנן, כי אם כהימנעות מיצירת אפקט מעודד.

כאמור, כדי שתבחין המתייחס לתוכנו של ביטוי לא ייחשב מפלה ולא כזה המגביל את חירות הביטוי, עליו לבטא קשר בין הפעילות הנתמכת והמדיניות שהמדינה מעוניינת לקדם: "ככלל, העובדה שפעילות אינה זוכה למימון אינה פוגעת בזכויותיו של מי שלא זכה לתמיכה. אולם, על מנת שמגבלה המתייחסת לעמדתו של הנתמך תחשב לתקפה, עליה להיות רלוונטית לתכנית התמיכה, ועליה להיות קשורה לפעילות הנתמכת עצמה. מגבלה ה'יוצאת' מהתכנית באופן ה'ממנף' את המענק בכדי להתערב בשוק הרעיונות עשויה שלא לעמוד במבחני החוקתיות".²⁴

החובה לאפשר שיח וביטוי חופשיים אינה נוגעת אפוא לאינטרס של המדינה לקדם ולתמוך בפעילות מסוימת – תרבותית, חינוכית או דתית: "המדינה רשאית להעניק או שלא להעניק מענקי תמיכה;

²² עניין אבנרי הנ"ל, עמוד 84.

²³ עניין אבנרי הנ"ל, עמוד 54.

²⁴ עניין אבנרי הנ"ל, עמוד 90.

המדינה מוסמכת לזכות – או שלא לזכות – פעילויות אלה ואחרות במענקי תמיכה, ובזכותה פעילות פלונית במענק תמיכה – באלו סכומי כסף תזכה".²⁵ תמיכה באלו, ובמסגרתה העדפת תתי-סוגים של פעילות בעלי מאפיינים מסוימים אינה פוגעת אף לא באחת מן התכליות של ההגנה על חירות הביטוי – לא בבירור האמת, לא בהליך הדמוקרטי, ולא בחירותו של הפרט להגשים את עצמו. יצירה שאינה מתקצבת תוכל להמשיך ולהתקיים ממקורות אחרים, ויוצרה יוכל גם להתבטא ככל העולה על רוחו באפיקי ביטוי אחרים.

ד. תכלית מימון התרבות על ידי המדינה – החוק בישראל

ד.1. דגמים אפשריים שונים של מימון תרבות

ראינו כי מימון תרבות בישראל היא זכות יתר. להלן ניווכח כי החוק הישראלי קובע כי מדיניות מימון התרבות בישראל תהיה תלויה גם בתוכן של היצירות.

באופן תאורטי ניתן להצביע על שני דגמים אפשריים.

האפשרות האחת, בקצה האחד של הסקאלה, היא **מימון לשם עידוד היצירה**, כלומר מימון תרבות לשם עידוד הפעילות של היצירה התרבותית באשר היא. מודל זה מבטא תפיסה הרואה תועלת ציבורית בעצם קיומה של יצירה תרבותית. החברה נהנית מקיומה של פעילות כזו, במנותק לחלוטין מהשאלה מהם תוצריה של אותה היצירה, עד כמה החברה צורכת אותם, ועד כמה תוצרי היצירה מועילים, תורמים או שמא מזיקים לאינטרסים אחרים של החברה.

האפשרות הניצבת בקצה השני של הסקאלה היא אינסטרומנטלית, כלומר **מימון תרבות לשם קידום ערכים אחרים של החברה**. ערכים אלו יכולים להיות ערכים כלליים, כמו קידום וביסוס מורשת העם או ערכיה של החברה, ויכולים להיות ערכים קונקרטיים כמו קידום ערכי הדמוקרטיה או העמקת ההשכלה, או אף לשם בידור בלבד. המודל האינסטרומנטלי ייתן את הדגש על התועלת שמפיקה החברה מן התוצר, זו שאינה נוגעת לעצם קיומה של יצירה תרבותית.

בפועל מדינות מאמצות דגמי ביניים, המשלבים תמיכה ביצירה האמנותית תוך קידום אינטרסים שונים והטלת מגבלות מסוימות.

ד.2. החוק בישראל: עידוד יצירה או כפיפות לערכים ואינטרסים?

מדיניות התרבות בישראל הוסדרה בחוק בשני דברי חקיקה: בשנת 1999 הוסדר מימון הקולנוע בחוק הקולנוע,²⁶ ובשנת 2003 נחקק חוק התרבות והאמנות.²⁷ החוקים הללו מקימים מועצות ציבוריות, כל אחת בתחומה, שתפקידן לייעץ לשר התרבות לגבי ענייני מדיניות שונים בתחומי התרבות, וכן לייעץ בעניין קביעת מבחני התמיכה שלפיהם יחולקו התקציבים למוסדות תרבות ואמנות. מטרת המועצה הישראלית לתרבות ואמנות מנוסחת כך:

²⁵ בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 385 (1999).
²⁶ חוק הקולנוע, התשנ"ט-1999, ס"ח התשנ"ט, עמ' 53. יש לציין כי נוסח מטרה זה הופיע כפי שהוא כבר בהצעות החוק הפרטיות שהיוו הבסיס לחוק שהתקבל, ולא השתנה ואף לא נדון בדיוני ועדת החינוך והתרבות שדנה בנוסח החוק לקראת אישורו במליאת הכנסת.

²⁷ חוק התרבות והאמנות, התשס"ג-2003, ס"ח תשס"ג, עמ' 64.

”קידום מדיניות של תרבות ואמנות, הנותנת ביטוי לחיי היצירה והרוח במדינת ישראל, תוך הבטחת חופש היצירה ומתן ביטוי למגוון התרבותי של החברה בישראל, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית”.²⁸

וחוק הקולנוע קובע את מטרת מועצת הקולנוע באופן דומה:

”עידוד הקולנוע הישראלי והתמיכה בו, תוך הבטחת חופש היצירה ומתן ביטוי למגוון התרבותי של החברה בישראל, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה”.²⁹

החוקים הללו אינם מגדירים או מגבילים את המדיניות המהותית שבסמכות השר לאמץ בעניין תמיכה בתרבות. עם זאת, מן הדרך שבה בחר המחוקק להגדיר את המטרות שעל המועצות המייעצות לשים לנגד עיניהן, יש להסיק גם לגבי תפקידו ותכליתו של עידוד התרבות בישראל בכלל.³⁰ ניתוח הסעיפים הקובעים את מטרת פעילותן של המועצות המייעצות³¹ מוביל אפוא למסקנה הכוללת שלושה מרכיבים, הבנויים אחד על גבי השני:

א. המחוקק ביקש לקדם ולעודד את היצירה התרבותית בישראל.

ב. קידום ועידוד היצירה צריך להיעשות לאורם של שני קווים מנחים:

1) הבטחת חופש היצירה וההימנעות מפגיעה בו;

2) מתן ביטוי לאלמנטים שראוי שמדיניות עידוד התרבות מטעם המדינה תבטא.

ג. האלמנטים הללו הם שלושה:

1) המגוון התרבותי של ישראל;

2) ההשקפות השונות שיש בה;

3) ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

בחירתו של המחוקק לחייב ביטוי לאלמנטים מסויימים מבהירה כי המחוקק לא בחר באפיק של עידוד היצירה באשר היא. המחוקק הותיר לקובעי המדיניות מרחב לגבי התוכן שאותו תעודד תמיכת המדינה, תוך קביעת שני קווים שצריכים להנחות את שיקול הדעת בקביעת המדיניות.

הקו המנחה האחד הוא חופש היצירה. זהו קו מנחה שלילי: השר מנוע מלאמץ מדיניות הסותרת את חופש היצירה או פוגעת בו. הקו המנחה השני עוסק בעידוד המגוון התרבותי, ההשקפות והערכים של החברה. על פי החקיקה על השר לאמץ מדיניות שתתן ביטוי לכל אלו. המחוקק קבע את הקו הזה כקו פוזיטיבי, כלומר על המדיניות לגרום באופן פעיל לביטויים של המגוון התרבותי, ההשקפות והערכים של החברה, **כחברה במדינה יהודית ודמוקרטית.**

הפירוש המעשי המתבקש מן האיזון הוא כי על השר לעצב מדיניות אשר תתמוך בפעילות תרבותית המתחשבת גם במאפייני התוכן של היצירה ולא רק בפרוצדורה שסביבה, בהתאם למטרה הכללית של מתן ביטוי תרבותי לחברה הישראלית, ערכיה ומגוון השקפותיה. מצד שני, ההגנה על חופש היצירה משמעותה

²⁸ חוק התרבות והאמנות, סעי' 2(ג)

²⁹ חוק הקולנוע, סעי' 2(ב)

³⁰ בהליך חקיקת החוק עלתה ונדונה האפשרות להעניק למועצות מעמד סטטוטורי עצמאי, כך שהחלטותיהן תהיה בעלות תוקף בפני עצמן ולא תהיינה כפופות לשיקול הדעת של השר. כך הוצע בהצעת החוק הפרטית של ח"כ ענת מאור. לבסוף אוחדה הצעה זו עם הצעת חוק פרטית ח"כ אורלב, בקריאה הטורומית (ביום 23.1.2002) נבחרה לעניין מעמד המועצה הצעת אורלב. בכך קבע המחוקק כי מעמדה של מועצת התרבות והאמנות יהיה מעמד של גוף מייצג בלבד אולם הוא מצביע על השיקולים שעל השר שמקבל את ההחלטה לשקול.

³¹ על אף שישנם הבדלים מסויימים בנוסח המטרה שבשני החוקים, הדמיון רב.

הימנעות מהתערבות בתוכן של יצירות או הכתבה שלהן מסיבות לא רלוונטיות החורגות מן המדיניות הלגיטימית שקבע השר על פי החוק.

3.ד. מרחב התמרון בתחום התרבות לפי החוק הישראלי

בהתחשב בשני הקווים הללו שר התרבות רשאי לעצב את מדיניות התמיכה. שר רשאי להחליט כי מדיניות התמיכה תעניק משקל רב לאינטרסים ציבוריים כלליים, כמו הנגשת התרבות לכלל האוכלוסייה, לביטוי עמוק יותר של השקפות שונות ומגזרים שונים, או להרחבת היקפה של יצירה המבטאת את היותה של ישראל יהודית ודמוקרטית. כל עוד מובטחת רמה ראויה של חופש היצירה, ערכים מעין אלו יכולים לזכות לקידום במדיניותו. מאידך גיסא, שר רשאי גם לתת משקל נמוך לאופיה של היצירה כשיקול בקביעת מדיניות המימון, בדומה למצב הנוהג היום; אולם, השר אינו יכול לאמץ מדיניות שאינה מביאה כלל לידי ביטוי את המגוון התרבותי בישראל וערכיה של החברה כיהודית ודמוקרטית, ובוודאי שאינו רשאי לאמץ מדיניות הסותרת ערכים אלו או מאפשרת תמיכה בערכים השוללים את ערכיה של החברה כיהודית ודמוקרטית.

בד-בבד, בהתאם לסעיף 3א לחוק יסודות התקציב,³² מדיניות התמיכה והתקצוב חייבת להיות שוויונית, לבוא לידי ביטוי במבחני תמיכה ברורים ושקופים, ולהתקבל בהליך הקבוע בהנחיות המחייבות.³³ משמעותו של השוויון הזה, ככלל, היא קביעת תבחינים שיעסקו בפעילות הנתמכת ולא באופיו או זהותו של הגוף הנתמך: "שיקולים ענייניים, שבבסיסם שיקולים הנוגעים למהותה של הפעילות הנתמכת, להבדיל מן הגוף הזוכה לתמיכה".³⁴ מובן כי שיקולים לגיטימיים כאלה יכולים לחול גם על אופיה של היצירה בהתאם למדיניות השר.

מבט אל המצב בדמוקרטיה נוספות מלמד כי גם אצלן תקצוב התרבות כפוף לסייגים הקשורים בתוכן הביטוי, לכל הפחות בקביעת סף מינימאלי של תקנת הציבור. **בארצות הברית**, התמיכה הניתנת למוסדות תרבות ניתנת על ידי הקרן הלאומית לאומנות בהתאם להערכת רמתה האומנותית של יצירה.³⁵ עם זאת, ועל אף מעמדה הכמעט מוחלט של הזכות לחופש הביטוי בחוקה האמריקאית, החוק שמכוחו פועלת המועצה מאפשר מניעת תקצוב בשל תוכן של יצירות תוך שהוא קובע חובה להתחשב גם ב"כלליים של מהוגנות"³⁶ וכיבוד מגוון האומנות והערכים של הציבור האמריקני" וכן כי "דברי נבלה"³⁷ אינם בעלי ערך אמנותי, אינם ביטוי מוגן והם לא ימומנו",³⁸ ועתירה שהוגשה בבית המשפט העליון נגד חוקתיות החוק נדחתה.³⁹

³² חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, ס"ח תשמ"ח, עמ' 60.

³³ "תמיכת המדינה במוסדות ציבור לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה, 1.2005 (תשס"ט); וכן: "נוהל להגשת בקשות לתמיכה מתקציב המדינה והדיון בהן", משרד האוצר, 2013.

³⁴ בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עליה, ניתן ביום 19.5.2009, פסקה 11.

³⁵ מקור למידע על היקף התמיכה של NEA - <http://arts.gov/sites/default/files/2014%20Annual%20Report.pdf>

³⁶ במקור באנגלית: decency.

³⁷ במקור באנגלית: obscenity.

³⁸ U.S. Code § 954 - National Endowment for the Arts נוסף לחוק בשנת 1989, בעקבות סערה שעוררו תמיכות שניתנו ליצירה בעלת תכנים הומו-ארוטיים וליצירה שביזתה את האמונה הנוצרית.

³⁹ National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998). שופטי בית המשפט הכריעו כי התיקון אינו נוגד את החוקה. השופטים נחלקו בדעותיהם האם כלל מתעוררת שאלה של חירות הביטוי, והיו שהביעו את דעתם כי הואיל ומדובר בחירות ולא בזכות חיובית היא איננה רלוונטית לתמיכות הניתנות מטעם המדינה.

בקנדה, שבה שיקול הדעת המינהלי במתן התמיכות רחב ביותר,⁴⁰ נשלל מימון מפסטיבל אשר העלה בשנת 2010 הצגה העוסקת בהתמודדותו של מחבל שהשתתף בפיגוע טרור עם מערכת המשפט הקנדית. הפסטיבל נתמך בתחילה במסגרת תמיכות שמטרתן הנגשת אמנות באשר היא לחברה הקנדית.⁴¹ בהנמקה לשלילת המימון הובהר כי מימון התרבות בקנדה נבחן גם לפי התועלות שהוא מספק לאינטרסים אחרים: **"מטרת הממשלה מקדמת דנא היא לממן פרויקטים שיכולים לזהות ולהגיש תוצאות מדידות ומוחשיות, אשר יספקו את הערך הטוב ביותר לכספי התמיכה, ותואמות את הצרכים של אזרחי קנדה"**.⁴² ניתן אפוא לראות בבירור כי בשתי המדינות ישנם כלים המאפשרים למדינה להימנע ממימון תרבות המנוגדת באופן מובהק למוסכמות היסוד הערכיות של החברה, על אף שנקודת המוצא שלהן, בשונה מזו שבחוק הישראלי, היא מימון תרבות לשמה.

סיכום

המדינה רשאית לקבוע מדיניות תמיכות המתחשבת גם בתבחינים הנוגעים לאופיין של יצירות. מבחינה חוקתית, מדיניות כזו אינה פגיעה בחירות הביטוי, חירות שלילית בהגדרתה, ואינה פוגעת בזכות לקבל תמיכה, זכות שאינה קיימת לשום גוף. יש להבחין בין הטלת סנקציה בשל ביטוי, שתחשב פגיעה בחירות הביטוי וכפופה למגבלות החוקתיות, לבין ההחלטה איזה סוג של ביטויים יזכו לעידוד בהתאם לסמכות הקבועה בחוק. החלטות של העדפת פעילות תרבותית על פני רעותה נעשות ממילא בקביעת התבחינים שלפיהם ניתנים כספי התמיכה. הסמכות לקבוע את התבחינים הללו נתונה לשר, והמועצות תפקידן ליעץ לו בגיבוש מדיניותו בהתאם למטרות החוק. בהתאם למדיניותה, רשאית המדינה להעניק תמיכות לגופים מסויימים ולהימנע מלהעניקן לאחרים, ובלבד שהתבחינים שייקבעו יהיו שוויוניים ולא כאלה שנועדו להסוות הפליה מטעמים שאינם רלוונטיים, כלומר ההבחנה צריכה להיעשות לפי מהות היצירה הנתמכת ולא לפי מיהות הגוף הנתמך. המחוקק הישראלי נתן משקל של ממש לאופיין ותוכן של יצירות התרבות בקובעו כי מדיניות התמיכה בתרבות חייבת לתת ביטוי למגוון התרבותי בישראל, להשקפות השונות בה ולערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית, תוך הבטחת חופש היצירה, ולפיכך אין ספק כי השר רשאי ואף חייב הוא לנהוג כן.

⁴⁰ לדוגמה: מסמך עקרונות של הקרן להצגת אמנות, סעי' 3 http://www.pch.gc.ca/DAMAssetPub/DAM-fest-fest/STAGING/texte-text/capf-guidelines_1427903410215_eng.pdf

⁴¹ התמיכה הממשלתית במוסדות תרבות בקנדה נעשית באמצעות משרד ממשלתי, הנקרא "המשרד למורשת קנדית". המשרד תומך ביצירה בשני ערוצים – ערוץ של זהות ומורשת, וערוץ של תרבות. בערוץ המורשת ניתנת תמיכה לפעילויות תרבות ומדע הקשורות ישירות לשימור ופיתוח המורשת וההיסטוריה הקנדית. ערוץ התרבות מוגדר כתמיכה והנגשה של תרבות על סוגיה השונים לאוכלוסייה הקנדית. ראו אתר המשרד למורשת קנדית: <http://www.pch.gc.ca/eng/1268233827985>.

⁴² המידע בפיסקה זו לקוח מתוך

http://www.thestar.com/entertainment/2011/06/28/heritage_ministry_withdraws_theatre_festival_funding.html