



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7647/16

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות  
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופט ד' מינץ

העותרת: האגודה לזכויות האזרח בישראל

נגד

המשיבה: שרת התרבות והספורט

התנגדות לצו-על-תנאי

בשם העותרת: עו"ד דן יקיר; עו"ד יונתן ברמן

בשם המשיבה: עו"ד רן רוזנברג

### פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. עניינה של העתירה שבפנינו הוא במבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד התרבות והספורט בתחומי: התיאטרון, הגופים הכליים והמחול.

העותרת מבקשת במסגרת הצו-על-תנאי שהוצא בעתירה כי יבוטלו:

(א) סעיפים: 7(ח)(3), 7(ח)(4), 7(ח)(5) ו-7(ח)(6) למבחנים לחלוקת כספי התמיכות בתחום הגופים הכליים;

(ב) סעיפים: 7(ו)(3), 7(ו)(4), 7(ו)(5) ו-7(ו)(6) למבחנים לחלוקת כספי התמיכות בתחום התיאטרון;

(ג) סעיפים: 7(ז)(4), 7(ז)(5), 7(ז)(6) ו-7(ז)(7) למבחנים לחלוקת כספי התמיכות בתחום המחול.

(להלן בהתאמה: מבחני התמיכות בגופים כליים, מבחני התמיכות בתיאטרון ומבחני התמיכות במחול וביחד: סעיפי התיקון).

להלן אביא את הנתונים הצריכים לעניין.

רקע

2. משרד התרבות והספורט (להלן גם: המשרד, או משרד התרבות) מעניק מדי שנה כספי תמיכה למוסדות תרבות שונים, וזאת מתוך מטרה לעודד ולקדם את אותן פעילויות תרבות שהממשלה רואה חשיבות ציבורית בקיומן.

3. כספי התמיכה מוענקים למוסדות התרבות השונים בהתאם לקריטריונים ולמבחנים שהמשרד מנסח (להלן: מבחני התמיכה) ושחלקם יפורטו להלן, ככל הדרוש לענייננו. מבחני התמיכה כוללים תנאי סף ואמות מידה.

תנאי הסף הם תנאים, אשר גוף המעוניין בקבלת כספי תמיכה מחויב לעמוד בהם כתנאי לקבלת תמיכה כלשהי.

אמות המידה כוללות את רשימת הפרמטרים, שאינם מהווים תנאי סף לקבלת כספי תמיכה, אך עמידה בהם משפיעה על גובה התמיכה שמוסד התרבות זכאי לו. אופן החישוב של סכומי התמיכה שלהם זכאים מוסדות התרבות הוא מורכב, וכולל, בין היתר, את אמות המידה הבאות: השאלה אם מוסד התרבות הינו תאגיד מוסדי, או לא; סכום התמיכה שמוסד תרבות קיבל מרשות מקומית, או מרשות ציבורית אחרת; מידת הפחתת התמיכה במוסד התרבות ביחס לשנים קודמות; חריגות שכר של בעלי תפקידים במוסדות התרבות (ככל שישנן); מאזנו של מוסד התרבות ודוחותיו הכספיים; שיעור הנשים החברות בוועד המנהל של מוסד התרבות, ועוד.

4. הבסיס לחישוב סכומי התמיכה, שהוא הרלבנטי לעתירה שבפנינו, מחושב בתהליך דו-שלבי כדלקמן:

בשלב הראשון מחושב שיעור התמיכה בכל אחד ממספר משתנים, שמבחני התמיכה כוללים בחובם (לדוגמה: כמות ההפקות, כמות ההרצות, מיקום ההרצות, וכדומה; לשם הנוחות, כל הפקה של הופעה לפני קהל תכונה להלן: הרצה), וזאת על-פי

היחס בין הניקוד שצבר מוסד התרבות ככל משתנה, לבין סך הניקוד שצברו כלל מוסדות התרבות באותו המשתנה.

בשלב השני מחושב שיעורו המצרפי של כל מוסד תרבות בכל המשתנים, בהתאם למשקלו היחסי של כל משתנה, כפי שזה מופיע במבחני התמיכה.

5. אחד מן המשתנים הכלולים במבחני התמיכה, ואשר על בסיסו, בין היתר, מחושב שיעור התמיכה במוסדות התרבות, הוא משתנה מיקום ההרצות. במסגרת משתנה זה מתקבל ניקוד בהתאם למידת ריחוקן של ההרצות מאולם הבית של מוסד התרבות, או מאזור תל-אביב. הדבר נעשה באופן הבא: עבור הרצות שבוצעו באולם הבית של מוסד התרבות – ככל שאולם הבית מרוחק יותר מאזור תל-אביב, כך הניקוד שיתקבל עבור כל הרצה יהיה רב יותר. עבור הרצות שבוצעו מחוץ לאולם הבית של מוסד התרבות הרלבנטי – ככל שההרצה בוצעה ביישוב מרוחק יותר מאולם הבית, כך הניקוד שיתקבל עבורה, יהיה רב יותר (ראו: סעיף 7(ח)1) למבחני התמיכות בגופים כליים; סעיף 7(ו)1) למבחני התמיכות בתיאטרון וסעיף 7(ז)1) למבחני התמיכות במחול).

6. במהלך שנת 2016 הוספו סעיפי התיקון למבחני התמיכה והם כוללים שתי הוראות:

(א) מוסד תרבות שהוזמן להופיע באחד או יותר מן האזורים הבאים: יהודה ושומרון, הגליל, או הנגב, אך סירב לעשות כן – הניקוד שאותו הוא קיבל תחת משתנה מיקום ההרצות יופחת בשליש, לגבי כל אחד מהאזורים הנ"ל שבו הוא סירב להופיע. יחד עם זאת, סירובו של מוסד תרבות לקיים הרצות באחד מן האזורים הנ"ל לא יגרור הפחתת ניקוד, אם הוא נבע מאחד מן הטעמים שלהלן: נסיבות ביטחוניות חריגות, היעדר מרחב מתאים לביצוע ההרצה במקום ההזמנה, או בהתקיים טעם ענייני אחר שהמשרד מצא אותו כמוצדק (להלן: סעיף ההפחתה).

(ב) מוסד תרבות שקיים הרצה באזור יהודה ושומרון – הניקוד שאותו הוא קיבל תחת משתנה מיקום ההרצות יוכפל במקדם של 1.1 (להלן: סעיף הבונוס). לא קיימת הוראה דומה לגבי הבונוס ביחס להרצות בנגב, או בגליל.

סעיפי התיקון הללו עומדים ביסוד העתירה שבפנינו.

השתלשלות האירועים

7. המשיבה נכנסה לתפקידה כשרת התרבות והספורט בשנת 2015. במהלך אותה שנה, משרד התרבות החל בתהליך עדכון של מבחני התמיכה, באופן שהיה אמור לשקף את מדיניותה של המשיבה לקידום התרבות בישראל. בהודעה שפורסמה על-ידי המשרד בתאריך 10.09.2015, שבגדרה המשרד הודיע כי הוא מצוי בעיצומו של תיקון מבחני התמיכה, נאמר כי המבחנים במתכונתם החדשה מתוכננים להיכנס לתוקף בשנת 2016 (להלן: מבחני התמיכה המתוקנים), כך שחלוקת כספי התמיכות למוסדות התרבות השונים לשנה זו, תיעשה בהתאם לתיקונים אלו. על-אף האמור, יצוין כבר עתה כי במבחני התמיכה המתוקנים נקבע מנגנון הגנה של 100% ביחס לשנת 2016, ומנגנון הגנה של 80% ביחס לשנת 2017, כך שלמעשה – מוסדות תרבות עתידים היו להיות מושפעים מסעיפי התיקון, וגם זאת באופן ממותן, רק במסגרת הקצאת כספי התמיכות לשנת 2017, ובאופן מלא משנת 2018 ואילך.

8. בתאריך 15.10.2015 פורסמה מודעה מטעם המשרד, ובגדרה גופי התרבות השונים הוזמנו להגיש בקשות לתמיכה לשנת 2016. על-פי הנאמר במודעה הנ"ל – חלוקת כספי התמיכות תיעשה על סמך מבחני התמיכה המתוקנים. במהלך התקופה האמורה, נערכה כאמור במשרד התרבות עבודת מטה לצורך עדכון של מבחני התמיכה. במסגרת זו, המשרד קיים היועצות, כפי שנדרש על-פי דין, עם המועצה הישראלית לתרבות ולאמנות (הפועלת מכח חוק התרבות והאמנות, התשס"ג-2002), אשר ערכה בעצמה דיון מסכם בנושא בתאריך 10.04.2016. כמו כן, התקיימו דיונים בנושא עם משרד המשפטים, לרבות עם הממונים על נושא התמיכות שם, עם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי) ואף עם היועץ המשפטי לממשלה עצמו.

9. לאחר גיבוש הנוסח הסופי לטיוטות מבחני התמיכה המתוקנים – משרד התרבות פרסם את הטיוטות להערות הציבור. דא עקא, לא כל גירסאות הטיוטות שפורסמו לעיון הציבור, כללו את סעיפי התיקון המוצעים.

בתאריך 12.01.2016 משרד התרבות פירסם את טיוטת מבחני התמיכה המתוקנים בתחום המחול להערות הציבור, אך טיוטה זו לא כללה בתוכה את סעיפי התיקון. ביחס לטיוטות מבחני התמיכה המתוקנים בתחומי הגופים הכליים והתיאטרון – אלו פורסמו פעמיים: **בפעם הראשונה** בתאריך 12.02.2016 הטיוטות פורסמו באתר המשרד, כאשר אלה לא כללו את סעיפי התיקון. בתאריך 10.03.2016, מעט לאחר שהמועד לשליחת הערות הציבור חלף, הטיוטות האמורות פורסמו **בשנית** באתר המשרד, הפעם כאשר הן כוללות כבר גם את סעיפי התיקון.

יצוין עוד כי הערות הציבור שהתקבלו למבחני התמיכה – לא התייחסו לסעיפי התיקון, אלא לסוגיות אחרות שעלו מן המכלול, זאת למעט הערותיו של הפורום למוסדות תרבות ואמנות (להלן: הפורום), אשר למד באיחור על פרסומם של סעיפי התיקון, ומשכך הערותיו להם הועברו למשרד באיחור של יום אחד.

10. בתאריך 11.05.2016 מבחני התמיכה המתוקנים בתחומי הגופים הכליים והתיאטרון פורסמו בילקוט הפרסומים. המבחנים שפורסמו כללו גם את סעיפי התיקון הרלבנטיים להם (ראו: י"פ 7263, עמ' 6061 ו-6065). בתאריך 31.05.2016 פורסמו גם מבחני התמיכה בתחום המחול; אף הם כללו את סעיפי התיקון (ראו: י"פ 7276, עמ' 7462).

11. בתאריך 13.06.2016, המרכז למידע ומחקרי תרבות במכון פיל"ת – הגוף האחראי על ריכוז ועיבוד המידע הרלבנטי לתמיכות מטעם משרד התרבות – פנה אל מוסדות התרבות, אשר הגישו בקשות לתמיכה בתחומי הגופים הכליים, התיאטרון והמחול, וביקש מהם להצהיר האם הם נמנעו במהלך שנת 2015 מלהופיע באזור יהודה ושומרון.

בתגובה לכך, בתאריך 21.06.2016 פנתה העותרת למשיבה וביקשה ממנה לבטל את ההוראות, המבקשות ממוסדות התרבות הרלבנטיים להצהיר על הימנעותם, או על אי-הימנעותם מלהופיע ביהודה ושומרון, שכן לשיטתה, הוראות אלה הן פסולות.

12. בתאריך 07.07.2016, היועצת המשפטית של משרד התרבות השיבה לפניית העותרת וכתבה כי מטרת השינויים שבוצעו במבחני התמיכה הייתה להבטיח את זכותם של אזרחים תושבי הפריפריה לצרוך תרבות, באמצעות עידוד מוסדות תרבות להופיע מחוץ לאזור המרכז. משכך, ובהתחשב בעובדה שאזור יהודה ושומרון הינו, לשיטתה, בגדר "פריפריה חברתית" – מוצדק, לגישה, להעניק תוספת תקציב למוסדות, אשר מופיעים באזור זה. בנוסף, היועצת המשפטית של המשרד הדגישה במכתבה כי סירובו של אמן בודד להופיע במקום פלוני איננו מחייב בהכרח את מוסד התרבות, שעל הסגל שלו נמנה אותו אמן, וכי ההיגיון העומד ביסודם של סעיפי התיקון עולה בקנה אחד עם הוראות החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: חוק החרם) ועם פסיקתו של בית משפט זה ב-בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.04.2015) (להלן: בג"ץ חוק החרם).

13. העתירה שלפנינו הוגשה בתאריך 29.09.2016. בתאריך 24.01.2017, לאחר שהמשיבה הגישה את תגובתה המקדמית לעתירה, התקיים דיון בעתירה בפני הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (להלן: המותב הקודם). במהלך הדיון, הועלתה בידי המותב הקודם הצעה שלפיה טפסי הדיווח שבאמצעותם מוסדות התרבות השונים מדווחים למשרד התרבות על המקומות שבהם הם מעלים הרצות – ישונו באופן מסוים.

בתאריך 19.04.2017, לאחר קבלת הודעה מעדכנת מטעם המשיבה, תשובה לה מטעם העותרת ותגובה לתשובה מטעם המשיבה – החליט המותב הקודם להוציא צו-על-תנאי בעתירה, הדורש מהמשיבה לבוא ולנמק מדוע לא יבוטלו סעיפי התיקון, הכל כמפורט בפסקה 1 שלעיל.

14. לאחר הגשת תשובה מטעם המשיבה לצו-על-תנאי, התקיים בפנינו דיון בהתנגדות לצו-על-תנאי שהוצא. במהלך הדיון הוצעה על ידינו הצעת פשרה מסוימת, ואולם זו נדחתה על-ידי המשיבה בהודעה שהגישה לבית המשפט בתאריך 15.08.2017.

התפתחויות נוספות

15. בתאריך 29.04.2019 ביקשנו מהמשיבה לקבל נתונים עדכניים בדבר הפעלתם של סעיף הבונוס וסעיף ההפחתה במהלך שנת 2018.

במענה לבקשתנו הנ"ל – המשיבה עדכנה כי במהלך שנת 2018 הוכנס שינוי בהגדרת "שנת ההערכה", שעל-פיה מוענקים כספי התמיכה. המצב כיום הוא שלצורך חלוקת כספי התמיכות עבור שנה מסוימת, נבדקים נתוני הביצוע של מוסדות התרבות בשנה הקלנדרית שהתחילה שנתיים לפני שנת התמיכה (לשם הדוגמה, עבור שנת 2022, תיבדק פעילות מוסדות התרבות במהלך שנת 2020).

לכלל זה נקבעו שני חריגים:

(א) לעניין הזכאות לתמיכה – אם מוסד מסוים שנתמך בשנים 2017-2018 לא נמצא זכאי לתמיכה בשנת 2019 על-פי נתוני הביצוע של השנה הקלנדרית 2017, עמידתו בתנאי הזכאות נבדקת מחדש, כאשר לנתוני הביצוע של השנה הקלנדרית 2017 מתווספים נתוני הביצוע של רבעון ד' של השנה הקלנדרית 2016.

(ב) לעניין ניקוד בקשות התמיכה – בהתייחס לכל בקשות התמיכה לשנת 2019, משתנים מסוימים שנקבעו באופן מפורש לגבי כל אחד ממבחני התמיכה הרלבנטיים –

נבדקים ומנוקדים לגבי השנה הקלנדרית 2017 בתוספת נתוני הביצוע של רבעון ד' של השנה הקלנדרית 2016.

עוד נקבע, כי לצורך המעבר בין שיטת הבחינה הישנה לשיטת הבחינה החדשה, ביחס לשנת 2018 בלבד, ייבדקו נתוני הביצוע של מוסדות התרבות בשנה שמתאריך 01.10.2015 עד לתאריך 30.09.2016. נוכח שינוי זה, הנתונים שבהם נעשה שימוש לחישוב גובה התמיכה עבור שנת 2018, היו אותם הנתונים שבהם נעשה שימוש לצורך חישוב גובה התמיכה עבור שנת 2017.

בסיכום הדברים, אופן הפעלת סעיפי התיקון במהלך השנים 2018-2019 נעשה כדלקמן:

- (1) עבור שנת 2018:
- (א) בתחום התיאטרון: 18 תיאטראות מתוך 27 קיבלו תמיכה בהתאם לסעיף הבונוס; אף תיאטרון לא ספג הפחתה מכוח סעיף ההפחתה.
- (ב) בתחום המחול: 5 להקות מחול מתוך 11 קיבלו תמיכה בהתאם לסעיף הבונוס; אף להקה לא ספגה הפחתה מכוח סעיף ההפחתה.
- (ג) בתחום הגופים הכליים: 6 גופים מתוך 21 קיבלו תמיכה בהתאם לסעיף הבונוס; אף גוף לא ספג הפחתה מכוח סעיף ההפחתה.

- (2) עבור שנת 2019:
- (א) בתחום התיאטרון: 16 תיאטראות מתוך 24 קיבלו תמיכה בהתאם לסעיף הבונוס; אף תיאטרון לא ספג הפחתה מכוח סעיף ההפחתה.
- (ב) בתחום המחול: 5 להקות מחול מתוך 13 קיבלו תמיכה בהתאם לסעיף הבונוס; אף להקה לא ספגה הפחתה מכוח סעיף ההפחתה..
- (ג) בתחום הגופים הכליים: 5 גופים מתוך 23 קיבלו תמיכה בהתאם לסעיף הבונוס; אף גוף לא ספג הפחתה מכוח סעיף ההפחתה.

מכאן עולה שבפועל סעיף הבונוס מומש, ואילו סעיף ההפחתה לא הופעל עד שנת 2019 ועד בכלל. לפיכך הסוגיות המשפטיות שבמוקד העתירה – כולן, או חלקן – עדיין דורשות בירור, ולכך אפנה בהמשך, לאחר שאציג את טיעוני הצדדים.

טיעוני הצדדים בעתירה

16. העותרת טוענת כי סעיפי התיקון, אשר הלכה למעשה תולים את גובה התמיכה שלה יזכה מוסד תרבות, בין השאר, בשאלה אם אותו מוסד היה מוכן, או סירב להופיע בשטחי יהודה ושומרון – פוגעים בחופש הביטוי בכלל, ובחופש הביטוי האמנותי בפרט, וכן בחופש המצפון של האמנים המשתייכים אליו. לעמדתה, היכולת של מוסד תרבות, או של אמן שלא להופיע במקום מסוים הינה כלי ביטוי, שבאמצעותו מובעת עמדתו הערכית והמוסרית של המוסד, או האמן.

בענייננו, העותרת גורסת כי ישנם מוסדות ואמנים, אשר מתנגדים להמשך אחיזתה של מדינת ישראל בשטחי יהודה ושומרון, ואלה בוחרים להביע את עמדתם זו באמצעות אי-הופעה בשטחים אלה. לטענת העותרת, סעיפי התיקון נועדו לגרום לאותם מוסדות תרבות ואמנים להופיע, בניגוד לעמדתם ולצו מצפונם, גם בשטחי יהודה ושומרון באמצעות: מתן בונוס למוסדות אשר יופיעו ביהודה ושומרון (על-ידי סעיף הבנוס), וגריעת ניקוד ממוסדות שיימנעו מלעשות כן (על-ידי סעיף ההפחתה). משכך, מלבד ההפרה של הניטרליות בין עמדות פוליטיות, או מצפוניות, שבה מחויבות רשויות המדינה, לשיטת העותרת, בבואן לחלק כספי תמיכות – סעיפי התיקון פוגעים, כאמור, לעמדת העותרת, בזכויות שהוזכרו לעיל.

17. בתוך כך, העותרת גורסת כי לא ניתן להפריד, לעניין סעיפי התיקון, בין חופש הביטוי לבין מה שמכונה על-ידי המשיבה לטענת העותרת: "חופש המימון". לשיטת העותרת, מאחר שבמציאות החיים השוררת בארצנו, הביטוי האמנותי תלוי במידה רבה במימון ממשלתי – הענקה, או שלילת הענקה של תקציב מכח סעיפי התיקון עלולה להיחשב, בנסיבות מסוימות, כניסיון פסול של המשיבה, שמטרתו לפגוע בחופש הביטוי האמנותי.

18. זאת ועוד – לעמדת העותרת סעיפי התיקון פוגעים גם בזכות לשוויון של מוסדות תרבות ושל אמנים שאינם מעלים מופעים המיועדים לאוכלוסייה דוברת עברית, אשר יש להניח כי ממילא לא יוזמנו להופיע בהתנחלויות שבשטחי יהודה ושומרון (שכ-98% מאוכלוסיית אזרחי ישראל הגרים בהן הינם יהודים דוברי עברית), ועקב כך הם לא יזכו להטבות הכלכליות מכוח סעיפי התיקון, שלהן יזכו מוסדות תרבות ואמנות, אשר מעלים מופעים עבור האוכלוסייה דוברת העברית. כמו כן נטען כי סעיפי התיקון פוגעים גם בזכות לשוויון של מוסדות התרבות והאמנים, אשר מעוניינים, בשים לב לעמדותיהם הפוליטיות והערכיות, להימנע מלהופיע באזור יהודה ושומרון, זאת מאחר והאפשרות ליהנות מההטבות האמורות תימנע אף מהם.



בהקשרים אלו, העותרת טוענת עוד כי סעיפי התיקון אינם עולים בקנה אחד עם הוראות חוק החרם ועם ההלכה שנפסקה ב-בג"ץ חוק החרם, מן הטעמים הבאים:

ראשית, מאחר שחוק החרם מאפשר, לגישת העותרת, להטיל סנקציות מינהליות רק על מי שפרסם בפומבי קריאה להטלת חרם, או על מי שהתחייב להשתתף בחרם על מדינת ישראל. סעיפי התיקון, לעומת זאת, פוגעים, לשיטת העותרת, בכל מי שנמנע מלהופיע ביהודה ושומרון, אפילו אם לא התחייב לכך, או לא נתן פומבי לעמדתו.

שנית, הגדרת המושג "חרם" בחוק החרם, הינה צרה באופן משמעותי, לעמדת העותרת, בהשוואה להגדרה של מי שנמנע להופיע ביהודה ושומרון – בסעיפי התיקון.

שלישית, ההגבלות המינהליות המוטלות מכוח חוק החרם מותנות בקיום הליך מינהלי מורכב, אשר סעיפי התיקון אינם עומדים בו.

רביעית, לטענת העותרת, הסמכות לפגוע באפשרות של מוסד ציבורי לקבל תמיכה מהמדינה נמסרה בחוק החרם באופן בלעדי לשר האוצר (בהתייעצות עם שר המשפטים), ואילו סעיפי התיקון מעניקים למעשה סמכות זו – לוועדת התמיכות במשרד התרבות, וגם בכך נעקפות, לשיטת העותרת, הוראות חוק החרם.

19. העותרת טוענת לבסוף כי סעיפי התיקון קובעים סטנדרטים עמומים להחלתם, ומותירים מרחב רב מדי של שיקול דעת למשיבה ולמשרד. לשיטת העותרת, בעשותם כן, הסעיפים הנ"ל מאפשרים למשיבה להשפיע באופן ישיר וללא פיקוח, על דרכי הביטוי של מוסדות התרבות ושל האמנים הפעילים במסגרתם.

יודגש כי לעמדת העותרת יש לבחון את סעיפי התיקון כמקשה אחת ואין טעם מבורר להבדיל בין סעיף הבונוס לבין סעיף ההפחתה. בהקשר זה העותרת עומדת על כך שכספי התמיכות אינם מחולקים למוסדות התרבות השונים באופן שבו כל מוסד שמגיע למספר נקודות מסוים מקבל סכום מוחלט כלשהו, אלא באופן שלפיו סך כל תקציב התמיכות בתחום מסוים, מתחלק בהתאם ליחס שבין הניקוד שהשיג מוסד תרבות מסוים לבין סך הניקוד שצברו המוסדות האחרים. לטענת העותרת, משיטה זו נובע שהענקת "בונוס" למוסד אחד, מבלי להעניק את אותו הבונוס למוסד שני, משמעותה בפועל היא הקטנת חלקו של המוסד השני בעוגת התקציב. לגירסתה, הנפקויות של סעיף הבונוס ושל

סעיף ההפחתה הן איפוא זהות – הגדלת תקציבם של מוסדות, אשר יופיעו במקומות המנויים בסעיפי התיקון, על חשבון תקציבם של מוסדות שלא יעשו כן.

20. נוכח כל טיעוניה הנ"ל – העותרת מבקשת כי נורה על ביטולם של סעיפי התיקון, בין אם בשל העובדה שהם פוגעים בזכויות חוקתיות שלא על-פי תנאי "פיסקת ההגבלה", בין אם בשל עמימותם של הסעיפים, בין אם בשל היותם מפלים, ובין אם בשל העובדה כי הם חורגים מהוראות חוק החרם. יתר על כן – סעיפי התיקון מסדירים למעשה, לשיטתה, הסדרים ראשוניים שלא באמצעות חקיקה ראשית.

21. המשיבה טוענת, מנגד, כי דין העתירה להידחות, זאת הן בשל כך שלהשקפתה העתירה נעדרת תשתית עובדתית מספקת, דבר אשר הופך את הטענות הכלולות בה לספקולטיביות, והן לגופם של דברים.

22. טענתה המקדמית של המשיבה, שעליה היא חזרה בכל שלבי הטיעון (עד להשלמה האחרונה הנזכרת בפסקה 15 שלעיל), היתה כי העתירה איננה בשלה להכרעה שיפוטית, באשר היא לא הציגה אף מקרה קונקרטי שבו סעיפי התיקון יושמו בפועל, ומשכך הטענות שהובאו בגדרה של העתירה היו ספקולטיביות. בהקשר זה המשיבה הדגישה כי במבחני התמיכה נקבע מנגנון הגנה של 100% עבור שנת 2016, אשר משמעותו היתה כי סכומי התמיכה שיוענקו למוסדות בשנה זו לא יפחתו מהסכומים שהוענקו להם בשנת 2015. כמו כן נקבע מנגנון הגנה בשיעור של 80% עבור שנת 2017, אשר הבטיח כי שיעור התמיכה שניתן למוסדות בשנה זו, לא יפחת מ-80% מהסכום שהוענק להם בשנת 2016. זאת ועוד, מבחני התמיכה כוללים, לעמדת המשיבה, מנגנוני הגנה נוספים, אשר מבטיחים כי פערי התמיכה משנה לשנה יקטנו אף יותר.

המשיבה ציינה עוד, כי העובדה שסעיפי התיקון טרם יושמו הלכה למעשה בעת הדיון בהתנגדות לצו-על-תנאי, גורמת לכך שלא הייתה אפשרות להניח תמונה עובדתית שלמה בפני בית המשפט, ותמונה זו תלויה בנתונים רבים, אשר מטבע הדברים, לא היו אז בנמצא, כגון: כמה מוסדות תרבות ייפגעו בפועל מהוראות סעיפי התיקון, באיזה שיעור וכדומה.

זה המקום להעיר שבינתיים, כאמור, סעיפי התיקון כבר יושמו חלקית, כפי שמתואר בפסקה 15 שלעיל (לגבי סעיף הבונוס), ואולם מניתוח הנתונים שנמסרו באותה הודעת עדכון מסתבר כי בפועל ההפחתה לא הופעלה עד שנת 2019 ועד בכלל.

23. המשיבה טוענת עוד כי יש לתת משקל לכך שהגופים העיקריים, שלכאורה עתידים להיפגע מסעיפי התיקון – לא הגישו בעצמם עתירה בנושא. לשיטת המשיבה, עובדה זו מהווה מעין נתון ראייתי, שאותו יש לשקול בעת בחינת השאלה האם יש פגיעה בזכויות של גופים אלה. המשיבה אף טוענת כי נתון ראייתי זה מגביר את הנטל הרובץ על כתפי העותרת, הטוענת לפגיעה בזכויות של מי שבחרו שלא להגיש עתירה בעצמם.

24. לגופם של דברים, המשיבה גורסת כי האפשרות של הממשלה ומשרד התרבות בתוכה, להעניק כספי תמיכות למוסדות ציבוריים, הינה כלי מרכזי הנתון בידי שרי הממשלה (ובכללם המשיבה) לצורך קידום מדיניותם, בתחומים עליהם הם מפקדים. התכלית, אשר עומדת בבסיסם של סעיפי התיקון היא הנגשת תרבות לכלל אזרחי ישראל, ללא כל הבדל ביניהם. תכלית זו מצטרפת ליתר התכליות, אשר עומדות בבסיס מבחני התמיכה וביניהן: עידוד היצירה, החדשנות והגיוון התרבותי בישראל. לשיטת המשיבה – משתנה מיקום ההרצות, שעליו, לדעתה, יוצא קצפה של העותרת, הוא משתנה רלבנטי לצורך השגת התכליות הנ"ל, זאת מאחר שהשוויון בחשיפה לתרבות צריך להיעשות גם בין תושבים ממוקומים גיאוגרפיים שונים.

בהקשר לכך המשיבה מטעימה כי רוב חיי התרבות במדינה מרוכזים בעיר תל-אביב ובסביבתה. נוכח כך, היצע פעילויות התרבות בגליל, בנגב ובאזור יהודה ושומרון הינו צר ומצומצם, בהשוואה למצוי במרכז הארץ. הדבר גורם, לעמדת המשיבה, לכך שמתושבי אזורים אלה, ובפרט מילדיהם, נמנעת נגישות והשתתפות שווה בחיי התרבות. להדגמת דבריה, הפנתה המשיבה לנתונים בדבר מספר ההרצות שבוצעו ברחבי המדינה בשנת 2015 בתחומים של הגופים הכליים, התיאטרון והמחול. מנתונים אלה עולה כי בעוד שכמות ההרצות הכוללת במדינה עמדה באותה שנה על 20,322, כמות ההרצות בגליל עמדה על 2,175, כמות ההרצות בנגב עמדה על 1,399, ואילו כמות ההרצות באזור יהודה ושומרון עמדה על 303 הרצות בלבד. לאמור, בעוד שגם שאר אזורי הפריפריה (קרי: הגליל והנגב) מופלים, למעשה, לרעה בנגישותם לאירועי תרבות, ההפליה החריפה ביותר מתרחשת, לגישת המשיבה, ביחס לתושבי אזור יהודה ושומרון. כמו כן, עמדה המשיבה על כך שמנתוני מינהל התרבות עולה כי מתוך סך כספי התמיכות שחולקו על-ידי המשרד בשנת 2016, העומדים על 636 מיליון ש"ח – מוסדות התרבות באזור יהודה ושומרון זכו בסך של 6.9 מיליון ש"ח בלבד.

25. האמור לעיל מלמד, לעמדת המשיבה, כי תושבי הגליל והנגב מופלים לרעה במידת נגישותם לתרבות, והפליה זו עוד מועצמת, לשיטתה, ביחס לתושבי יהודה ושומרון, אשר חשיפתם לתרבות פחותה משמעותית מהמקובל ביחס לשאר האזורים.

משתנה מיקום ההרצות נועד איפוא לשנות מגמה זו מתוך מטרה להנגיש את התרבות הישראלית לכלל אזרחי ישראל.

26. על רקע האמור לעיל – יש להבין, לשיטת המשיבה, גם את סעיפי התיקון. בהקשר זה המשיבה מתייחסת בנפרד לסעיף הבנוס ולסעיף ההפחתה, וגורסת לגביהם כדלקמן:

(א) ביחס לסעיף ההפחתה:

ראשית, המשיבה מציינת כי משמעותו של סעיף ההפחתה היא קטנה מזו שהעותרת מייחסת לו. כך, המשיבה מדגישה כי מוסדות תרבות אשר לא יופיעו בגליל, בנגב או ביהודה ושומרון, יהיו חשופים להפחתה של שליש מהניקוד שאותו הם היו יכולים לצבור תחת משתנה מיקום ההרצות בלבד. לאמור, המצב הקשה ביותר אליו צפויים מוסדות תרבות אלו להגיע בגין סעיף ההפחתה יהיה: גריעה של שליש מתוך התוספת האפשרית שאותה יכול המוסד לקבל במשתנה אחד בלבד מתוך מבחני התמיכה. בהקשר זה המשיבה מציינת כי משקלו של משתנה מיקום ההרצות עומד על 10% בלבד מהתחשיב במבחני התמיכה בתחום הגופים הכליים, 17.5% בלבד מהתחשיב במבחני התמיכה בתיאטרון ו-8% בלבד מהתחשיב במבחני התמיכה במחול.

שנית, המשיבה טוענת, כאמור, כי איזורי הגליל, הנגב ויהודה ושומרון מופלים לרעה מבחינת נגישותם לתרבות, ולא מתקיימת בהם כמות הרצות הולמת. סעיף ההפחתה נועד לתקן הפליה זו ולדאוג לכך שמוסדות תרבות שעד כה נמנעו מסיבה כלשהי להופיע באיזורי הגליל, הנגב, או יהודה ושומרון, יתמרצו להגיע אליהם בכל זאת.

שלישית, המשיבה מדגישה כי סעיפי התיקון אינם כופים על מוסד תרבות, או על אמן כלשהו להופיע במקום מסוים. כל מוסד תרבות, או אמן יוכלו לבחור האם הם מעדיפים לקיים הרצות גם באיזורי הגליל, הנגב ויהודה ושומרון, או שהם מעדיפים לוותר על חלקו היחסי של אותו אזור במשתנה מיקום ההרצות.

רביעית, המשיבה גורסת כי לא רק סעיף ההפחתה מוגדר באופן מדויק והוא איננו עמום, אלא שהוא גם כולל הליך דינוני סדור כתנאי להפעלתו, כמו גם חריגים לתחולתו. כך, הסעיף מוחל רק על מוסד תרבות, אשר הוזמן להופיע באחד משלושת האזורים המנויים לעיל, אך בחר באופן מכוון שלא לעשות כן. מכאן, שאין חשש כי מוסדות תרבות, אשר לא יוזמנו להופיע ביישוב מסוים, יינזקו כתוצאה מסעיף ההפחתה. בנוסף, הדיווחים של המוסדות על אי-הופעתם באזור המנוי בסעיף ההפחתה יהיו רק ראשית ראייה להורדת ניקוד. ההחלטה על הפחתת שיעור התמיכה של המשרד באותו מוסד

תיעשה רק לאחר שנציגי מוסד התרבות יוזמנו לשימוע ולאחר שתתקיים בדיקה ספציפית של כל מקרה, על נסיבותיו. לבסוף, סעיף ההפחתה כולל חריגים, אשר בהתקיימם, לא יורד ניקוד למוסד תרבות, אפילו אם זה לא קיים הרצות באחד מהאזורים המנויים בסעיף.

(ב) ביחס לסעיף הבנוט:

המשיבה מתייחסת בנפרד לסעיף זה, שנותן ניקוד עודף למוסדות תרבות אשר יופיעו באזור יהודה ושומרון. עמדתה של המשיבה בהקשר זה היא כי אמנם משתנה מיקום ההרצות שבמבחני התמיכה מספק מערך תמריצים מובנה, אשר נותן יותר ניקוד ככל שמיקום ההרצה נערך ביישוב מרוחק יותר מתל-אביב, אך הנתונים שתוארו בפיסקה 24 שלעיל מלמדים, לשיטתה, כי יישובי יהודה ושומרון סובלים מתת-נגישות כה גבוהה, עד שחרף קרבתם הגיאוגרפית היחסית למרכז הארץ – עדיין כמות ההרצות שמתקיימות בתחומם נמוכה משמעותית אפילו מכמות ההרצות שמתקיימות באזורי פריפריה אחרים. מצב עניינים נטען זה מוביל, לגישת המשיבה, לכך שמשנתה מיקום ההרצות לבדו (כלומר, כאשר לא מכלילים במסגרתו את סעיפי התיקון) נעשה כמעט בלתי אפקטיבי ואיננו מממש את תכליתו ביחס ליישובי יהודה ושומרון. הטעם לדבר נעוץ בכך שמוסדות התרבות כמעט ואינם מתמרצים בפועל להופיע ביישובים אלה, שהרי מחד גיסא, המרחק מהם לגוש דן (ובהתאם גם התמריץ שלו הם זוכים במסגרת משנתה מיקום ההרצות) איננו גבוה באופן יחסי, ומאידך גיסא, הם עדיין מהווים "פריפריה חברתית", אשר הנגישות של התרבות אליה, נמוכה באופן משמעותי ביחס לשאר חלקי הארץ. משכך, המשיבה סבורה כי סעיף הבנוט משתלב ומחזק את התכלית של הנגשת התרבות לכלל אזרחי המדינה, העומדת בבסיסו של משנתה מיקום ההרצות.

המשיבה סבורה כי סעיף הבנוט איננו מפלה לטובה את אזור יהודה ושומרון ביחס לאזרחי הגליל והנגב מסיבה נוספת: הבנוט, אשר ניתן למוסד שיופיע באזור יהודה ושומרון ניתן באמצעות הכפלת כלל הניקוד של מוסד התרבות הרלבנטי תחת משנתה מיקום ההרצות, במקדם של 1.1. משכך, ככל שמוסד תרבות יופיע יותר באזורי הגליל והנגב, כך הבנוט שהוא יקבל בעבור הופעות באזור יהודה ושומרון יהיה משמעותי יותר (שהרי ככל שהמקדם של 1.1 יוכפל במספר גבוה יותר, כך יתקבל יותר ניקוד). מאידך גיסא, מוסד אשר ימעט להופיע באזורי הגליל והנגב, יהיה כמעט אדיש לבנוט שיתקבל כתוצאה מהופעותיו באזור יהודה ושומרון – זאת, שכן הכפלת המקדם של 1.1 במספר נמוך עתידה להיות כמעט חסרת משמעות. נוכח האמור, הבנוט שניתן כביכול רק לאזור יהודה ושומרון, משתלב, לגישת המשיבה, בתכלית הכללית של הנגשת התרבות לכלל אזרחי הארץ ומתמרץ למעשה גם לקיום הופעות בגליל ובנגב.

27. נוכח כל האמור לעיל, המשיבה מטעימה כי סעיפי התיקון נועדו לקדם מטרה ראויה ולגיטימית של עידוד הפיזור הגיאוגרפי של פעילות מוסדות התרבות לטובת כלל אזרחי המדינה, תוך פתרון של בעיות הנגישות הקיימות עתה. לשיטתה, מבחנים אשר נועדו לקדם את נגישותם של אזרחי הפריפריה הגיאוגרפית והחברתית – לתרבות, באמצעות תמריצים כספיים, מהווים קריטריון סביר ואף ראוי, שאיננו מגלה עילה להתערבות שיפוטית בו. המשיבה גם גורסת כי קידום של האזורים השונים במסגרת סעיפי התיקון נעשה באופן מידתי ומתון. משכך, סעיפי התיקון נועדו, לעמדת המשיבה, להשיג שוויון בין תושבי אזורי הגליל, הנגב ויהודה ושומרון, לביין כלל אזרחי המדינה.

28. המשיבה מוסיפה עוד כי קבלת עמדתה של העותרת בענייננו, משמעותה ביטול הלגיטימיות של מוסד התמיכות בכללותו ככלי בידי שרי הממשלה לקידום מדיניותם בתחומים עליהם מופקד משרד. המשיבה טוענת בהקשר זה כי דינם של סעיפי התיקון, שנועדו לקדם את השוויון בנגישות לתרבות ואת הפיזור הגיאוגרפי שלה – איננו יכול להיות גרוע מדינם של סעיפים אחרים במבחני התמיכה, אשר נועדו לקדם היבטים אחרים של יצירות תרבות, אשר לעמדת המשרד יש מקום וצורך לעודדם, ושלגביהם העותרת איננה מתקוממת. כך, למשל, העותרת לא הלינה, לעמדת המשיבה, על כך שתיאטראות שיקדמו הפקות פרינג', יקבלו תמיכה נוספת של 4%, ביחס לתיאטראות שלא יקדמו הפקות מסוג זה. משכך, עמדת המשיבה היא שכפי שאיש איננו חולק על הלגיטימיות של קידום תכליות אחרות דרך מבחני התמיכה, כך אל לו לאיש להתקומם כנגד הלגיטימיות של קידום תכלית של הנגשת התרבות לכלל האוכלוסייה באמצעות מבחני התמיכה.

29. המשיבה גורסת בנוסף, כי מאחר שסעיפי התיקון אינם אלא משתנה אחד מני רבים לקביעת היקף תמיכה במוסדות תרבות, סוגיה זו איננה עולה כדי "הסדר ראשוני", אשר יש להסדירו במסגרת דבר חקיקה ראשית. לטענתה, אילו היה הדבר כן, כי אז כל משתנה שהוא במסגרת מבחני התמיכה היה עולה כדי "הסדר ראשוני", ותוצאה שכזו איננה קבילה. כמו כן המשיבה טוענת כי אף עיון במבחנים שהותוו בפסיקה לזיהויים של הסדרים ראשוניים מעלה כי סעיפי התיקון אינם באים בגדר קטגוריה זו, שכן אין מדובר בהכרעות עקרוניות ומהותיות לחיי הפרט, או בהסדרים הפוגעים משמעותית בחירותו. לשיטתה, סוגיה של תמריץ מצומצם לקיומם של מופעים ביהודה ושומרון – איננה נושא המפלג את העם, או נושא בעל השלכות כבדות משקל עד כדי כך שראוי שיוסדר במישורין על-ידי הכנסת.

30. לבסוף, המשיבה סבורה כי דין טענותיה של העותרת לפגיעה בזכותם של מוסדות התרבות ושל האמנים החברים בהם לחופש ביטוי, ולפגיעה בזכות לשוויון של

המוסדות שאינם מיועדים לקהל דובר עברית, כמו גם של מוסדות התרבות שאינם מעוניינים להופיע בשטחי יהודה ושומרון – להידחות, מנימוקים שיוצגו להלן.

31. ביחס לזכות לשוויון של מוסדות התרבות, שאינם מיועדים לאוכלוסייה דוברת העברית – המשיבה מזכירה כי רק מוסדות שיתבקשו להופיע באזורים הרלבנטיים לסעיפי התיקון ויסרבו לעשות כן – עלולים להיפגע מהתיקון, כך שלמוסדות אשר לא יתבקשו להופיע בשטחים אלה, אין ממילא ממה לחשוש. בנוסף, ככל שמוסד תרבות דובר ערבית יתבקש להופיע באזור יהודה ושומרון, יתכן, לסברת המשיבה, שסירובו ייפול, בגדר החריג השלישי לסעיפי התיקון, אשר יסווג מקרה זה כ"טעם ענייני אחר", שלא יגרור אחריו הפחתת ניקוד. יתר על כל זאת – המשיבה מפנה לכך שמבחני התמיכה כוללים משתנה נפרד, אשר מעניק ניקוד למוסדות תרבות, אשר אמונים על "ייחוד תרבותי", וייחוד לשוני בכלל זה. משתנה זה, לטענת המשיבה, נועד "לפצות" על חשש אפשרי מביקוש מצומצם כביכול של מוסדות תרבות דוברי שפות שאינן עברית, וממילא דינן של טענות הפליה בהקשרים אלו – להידחות. בהקשר זה המשיבה הפנתה לפעילויות וליוזמות נוספות של משרד התרבות, במסגרת מבחני התמיכה ומחוצה להם, המביאות לתמיכה במוסדות תרבות מקרב המגזר הערבי.

32. ביחס לזכות לשוויון של מוסדות תרבות המסרבים להופיע בשטחי יהודה ושומרון – טענה זו, לשיטת המשיבה, נטענה בעלמא, מבלי שהוצג לה ביסוס ראוי, או שניתן לגביה מידע שמאפשר לדון בה, ומשכך דינה להידחות.

33. ביחס לזכות לחופש הביטוי, ובכללה לחופש הביטוי האמנותי של מוסדות התרבות והאמנים – מלבד טענתה של המשיבה שטיעונים אלה הועלו באופן מופשט ומבלי שתונח תשתית עובדתית מספקת כדי לתמוך בהם, המשיבה סבורה כי זכותם של מוסדות התרבות ושל האמנים לחופש ביטוי, לא נפגעת משורה של טעמים:

ראשית, המשיבה עומדת על כך שרובם הגדול של מוסדות התרבות מכל הסוגים חתמו על טפסי בקשת התמיכות הן לשנת 2016 והן לשנת 2017, ככתבם וללא הסתייגות. נתונים אלה מלמדים, לשיטת המשיבה, על כך שנראה שמוסדות התרבות עצמם אינם אווזים בדעה שחופש הביטוי שלהם נפגע כתוצאה מסעיפי התיקון. המשיבה מוסיפה עוד בהקשר זה כי פרשנות שלפיה נתונים אלה מלמדים דווקא על כך שמוסדות התרבות הפנימו בדלית ברירה את סעיפי התיקון ושינו את מיקומי הופעותיהם בניגוד לרצונם ולצו מצפונם, נוכח ההשלכות הכלכליות הצפויות להם במקרה של התנגדות, היא פרשנות ספקולטיבית, שמתעלמת, בין היתר, מהמשקל החלקי שיש למשתנה מיקום ההרצות

בחלוקת התמיכות, וכן מכך שאף מוסד תרבות לא ביקש לעתור כנגד המשיבה, ביחד עם העותרת.

שנית, לשיטת המשיבה, גם אילו הייתה נפגעת בענייננו הזכות לחופש הביטוי של מוסדות התרבות, הרי שפגיעה זו היא מינימלית ובכחינת "זוטי דברים", שאינם מגלים עילה להתערבות שיפוטית. כמו כן, זכותם של אמנים בודדים איננה נפגעת, שכן עניינה של העתירה דנן הוא במימון מוסדות תרבות ככאלה, ולא במימון אמנים פרטיים, ובכל מקרה – סירובו של אמן פלוני מלהופיע באזור מסוים, איננו מחייב כי כל מוסד התרבות שעל סגלו נמנה אותו אמן, יימנע מלהופיע באותו אזור.

דיון והכרעה

34. בעקבות עיון בעתירה, בתגובות המשיבה לה ובחומרים שצורפו אליהן בשלבי הדיון השונים ושמיעת טיעונים של באי-כוח הצדדים ולאחר ההתפתחויות הנוספות שחלו במכלול, ואשר נסקרו לעיל – הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה להתקבל באופן חלקי (לגבי סעיף הבנווט), הכל כמפורט בפיסקאות 68 ו-80-86 שלהלן, וכך אציע שנעשה.

למסקנה זו הגעתי בהתבסס בעיקר על חובת השוויון, הקבועה בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב, או: החוק), ובהתחשב בעילת ההפליה המינהלית וכן בזכויות החוקתיות לשוויון, לחופש הדיבור ולחופש הביטוי האמנותי. עם זאת, טרם שאגש לניתוח הדברים ולדיון בטיעוני העתירה לגופם, אתיחס לשתי טענות סף שהוזכרו בנימוקי המשיבה: הטענה שהועלתה ביחס לזכות העמידה של העותרת והטענה בדבר היעדר הבשלות.

אפרט עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

הטענה כנגד זכות העמידה של העותרת

35. כמתואר לעיל, המשיבה טוענת כי בעת הדיון בשאלה האם נפגעה זכות חוקתית של מוסדות התרבות, יש לתת משקל לעובדה שמוסדות התרבות, אשר עלולים היו, לכאורה, להיפגע מסעיפי התיקון – לא הגישו עתירה מצידם בנושא. יתרה מכך, המשיבה גורסת כי העובדה שהוגשה בעבר עתירה אחרת מטעם הפורום (של מוסדות התרבות הרלבנטיים) נגד היבטים אחרים שנכללו במבחני התמיכה ובסעיפי התיקון, מחזקת את



טענתה הנ"ל (בג"ץ 3218/16 פורום מוסדות תרבות ואמנות בישראל נ' משרד התרבות והספורט (20.06.2016)). לגישת המשיבה, העובדה שמוסדות התרבות לא עתרו בעצמם מכבידה, איפוא, את הנטל הרובץ על כתפי העותרת, הטוענת לקיומה של פגיעה במוסדות אלה.

36. אין בידי לקבל, בנסיבות, את הטענות הנ"ל, ולהלן אבהיר ואנמק את הטעמים לכך.

העותרת, בבקשתה מתאריך 08.08.2017, צירפה לעתירתה מכתב מטעם הפורום. במכתב הוסברה עמדת הפורום, שלפיה ההוראות העומדות במוקד העתירה אינן כדין, ואף על פי שהן פוגעות בגופי תרבות ואמנות החברים בפורום (וכאלה שאינם חברים בו) – הפורום בחר (מטעמים שונים, המפורטים להלן) שלא לנקוט בהליכים משפטיים. זאת ועוד: הפורום ציין במכתבו כי לאחר פרסום טיוטות מבחני התמיכה החדשים להערות הציבור, הוא פנה בתאריך 28.03.2016 למשרד התרבות והביע את התנגדותו למבחני התמיכה הנ"ל. בתאריך 28.06.2016, לאחר אישור מבחני התמיכה על-ידי המשיבה, הפורום פנה בבקשה למשיבה, לבטל את ההוראות הנוגעות להופעות באזור יהודה ושומרון. המשיבה לא השיבה כלל למכתב הנ"ל. כפי שהפורום הסביר במכתבו, הוא שקל להגיש עתירה בנושא, אך בסופו של דבר לא עשה כן, בין השאר, בשים לב לעובדה שנודע לו שבכוונתה של האגודה לזכויות האזרח בישראל (היא העותרת לפנינו) להגיש עתירה בנושא, ובהתחשב בכך שמשאביו של הפורום הם מוגבלים, מה גם שבאותה העת הפורום היה מעורב במאבקים אחרים.

יתר על כן, הפורום ציין במכתבו כי ככלל הוא איננו מנהל הליכים משפטיים, פרט לעתירה אחת בלבד שהוגשה על-ידו. בנוסף, הפורום הדגיש כי הימנעותו מהגשת עתירה משלו איננה מלמדת על עמדתו בסוגיה – לפיה, כאמור, מבחני התמיכה אכן פוגעים בשוויון ובחופש הביטוי, ונגועים בשיקולים פוליטיים. עוד צוין במכתב כי מלבד הפורום, גם גופי תרבות נוספים, אשר מתנגדים למבחני התמיכה, מודעים לעתירה וממתינים להכרעה בה, ולכן לא ראו טעם להשקיע ממשאביהם ולהגיש עתירה נפרדת זהה. בנוסף, לדברי הפורום, גופי תרבות אינם ממהרים להיכנס לעימותים משפטיים עם משרד התרבות, נוכח שליטתו בתמיכות התקציביות, ובשל חשש שמא עימותים אלה יגררו פגיעה בתקציב של מי שיקרא תיגר על מדיניות המשרד.

מעבר לכך – בפרוטוקול הדיון מתאריך 31.07.2017, בא-כוח העותרת ציין כי הוא פנה לגופים אחרים שאינם מיוצגים, והיה להם עניין בעתירה, אך הם: "חששו לפעול

בחזית המאבק", אף שהם: "תומכים סמויים בעניין" (ראו: שורות 32-37 בעמ' 4 לפרוטוקול הנ"ל).

37. נוכח כל האמור לעיל – החלטת הפורום שלא להגיש עתירה משלו – ניתנת להסבר, גם אם הוא דחוק. בנוסף לכך, מהעובדה שהפורום הגיש בעבר עתירה אחרת בהקשר למבחני התמיכה – אין להסיק בהכרח כי יש ביכולתו הכלכלית להגיש עתירה שניה בנושא, זאת, שכן, כפי שעולה ממכתבו, משאביו מצומצמים. בכך אף מובלטת חשיבותו של גוף דוגמת העותרת – שיכולה, במקרים מתאימים, לשמש פה בעבור מי שמתקשה לעמוד על זכויותיו בעצמו.

המסקנה המתבקשת היא איפוא כי מבחירתו של הפורום שלא להגיש עתירה – אין ללמוד על כך שלא נפגעו זכויותיהם של מוסדות התרבות הרלבנטיים, או על עוצמת הפגיעה בהם, ולכן יש לדחות את טענת המשיבה בנקודה זו (להרחבה בנושא זה עיינו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי דיוני 291-292 (2017)).

טענת היעדר הבשלות

38. עילת הבשלות – הן כאשר משתמשים בה במסגרת המשפט החוקתי והן כשדנים בה במסגרת המשפט המינהלי – "מאפשרת לבית המשפט להחליט שההכרעה בשאלה החוקתית המונחת לפניו תקבל בשלב מאוחר יותר, אם בכלל" (ראו: 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (18.01.2006) (להלן: עניין לובל), וראו עוד: בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (05.01.2012) (להלן: עניין בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי); בג"ץ 3211/11 סבח נ' הכנסת (17.09.2014) (להלן: עניין סבח)). להרחבה בעניין עילת הבשלות במשפטנו עיינו גם – ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות: בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419 (2012); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט לז(1) 45 (2014); וכן: בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקאות 7-8 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (27.05.2018) (להלן: עניין בן מאיר)).

39. בפסיקתנו נקבע כי המבחן המרכזי לבחינה אם עתירה ראויה להידון לגופה הוא האם הונחה בפני בית המשפט תשתית עובדתית מספקת לשם ההכרעה בשאלות שבעתירה. כך, במקרים שבהם החיקוק, או מעשה המינהל מותירים מרחב תמרון רחב

לפרשנותם על-ידי הגורם הממונה על יישומם, באופן שפרשנות אחת תצלה את מבחני הביקורת השיפוטית ופרשנות אחרת לא – יתכן כי התשתית העובדתית המאוחרת, והפרשנות שתינתן לאותו חיקוק, או מעשה מינהל על-ידי גורמי היישום, יסייעו לבית המשפט לבחון האם יש מקום להתערבות שיפוטית, אם לאו (ראו: עניין בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי, פסקאות 28-29 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור; עניין סבח, פסקה 15 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס). **ואולם, כאשר השאלה העומדת לדיון היא משפטית בעיקרה, המערך העובדתי הדרוש להכרעה בה הוא מצומצם יחסית** (ראו: עניין סבח, שם; עניין בן מאיר, שם).

40. לעמדתי, התשובה לשאלה אם ראוי להחיל את עילת היעדר הבשלות בנסיבות ענייננו, משתנה בהתאם לסעיף העומד לבחינה. ככל שמדובר בסעיף הבנווס, דומני כי הוא כמעט ולא מותיר מקום לשיקול דעת בהפעלתו, ומשכך אף אם הוא לא היה מופעל עד הנה – אינני סבור שהיה בכך כדי לאיין את היכולת של בית המשפט לדון בחוקיותו. עמדתי מתחזקת מהעדכון שנמסר לנו על-ידי המשיבה ושפורט לעיל, לפיו עד כה הופעל סעיף הבנווס פעמים רבות בזמן שחלף מעת הגשת העתירה (ראו פסקה 15 שלעיל), ומשכך אופן יישומו של הסעיף ידוע ומוכר לנו. משכך דינה של טענת היעדר הבשלות ביחס לדיון בחוקיותו של סעיף הבנווס – להידחות.

41. הדברים שונים ככל שמדובר בסעיף ההפחתה. כזכור, לצד קביעתו הכללית של סעיף ההפחתה כי הניקוד שאמור להיות מוענק למוסד תרבות שסירב להזמנה להופיע באזורי: הגליל, הנגב ויהודה ושומרון, יופחת בשליש ביחס לכל אחד מהאזורים האמורים – סעיף ההפחתה כולל סייג שבהתקיימו לא יופחת הניקוד של מוסד תרבות, אף אם מוסד תרבות זה סירב להופיע באזורים הנ"ל. מפאת חשיבותו של הסייג לענייננו, אביא אותו בשלמותו:

”... על אף האמור [כלומר, על אף הוראת ההפחתה העקרונית – ח"מ], לא יראו כהימנעות מקיום פעילות את המצבים האלה:

(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 בפעולות סבירות, בנסיבות העניין, להתאמת המרחב, בדומה לפעולות שנקט הגוף הכלי במקרים אחרים.

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

(ההדגשות שלי; הציטוט לקוח ממבחני התמיכה בגופים הכליים. נוסח זהה קיים גם בסעיף המקביל בסעיפי התמיכה בתיאטרון ובמחול – ח"מ).

משמעות הדברים היא איפוא כי בניגוד לסעיף הבנוס – סעיף ההפחתה כולל סייג להפעלת הפחתת הניקוד, אשר בגדרו מוענק לגורמים הרלבנטיים במשרד התרבות שיקול דעת לקבוע אם מוסד התרבות הנידון עמד בדרישות הסעיף, אם לאו. לא זו אף זו, הסייג הנ"ל מנוסח באופן שמאפשר לגורמי המשרד ליישמו ביותר מדרך אחת – כך לדוגמה, השאלה מהן אותן "פעולות סבירות" שמוסד תרבות יכול לנקוט כדי להתאים מרחב, שבהיעדר אותן פעולות לא היה המקום מתאים לקיומה של הרצה בתחומו, יכולה לקבל מענה במגוון דרכים. בנוסף וחשוב מכך – השאלה מהו "טעם ענייני אחר שהמדור מצא אותו כמוצדק", אשר בהתקיימו מוסד תרבות יהיה רשאי לסרב להזמנה להופיע באזורי הגליל, הנגב ויהודה ושומרון, מבלי להיות חשוף להורדת ניקוד עקב כך – היא שאלה שרק יישומו בפועל של סעיף ההפחתה יוכל לתת לה מענה.

42. נוכח האמור לעיל ובשים לב לכך שמיום פרסומם של סעיפי התיקון ועד היום לא נעשה כל שימוש בסעיף ההפחתה (כפי שפורט בפיסקה 15 שלעיל), סבורני כי הכרעתנו בשאלת חוקיותו של סעיף ההפחתה חייבת להתבסס על מידע מקיף יותר, שאיננו מצוי בידינו כעת, ושיוכל להיאסף רק בהתאם לאופן שבו משרד התרבות יישם את סעיף ההפחתה בעתיד, ככל שימשיך לעמוד עליו. לשם הדוגמה, אם הפרשנות שתתקבל ביחס לסייג הנזכר לעיל, תורה כי התנגדות אידיאולוגית לשליטתה של מדינת ישראל בשטח כזה או אחר, היא בגדר "טעם ענייני אחר שהמדור מצא אותו כמוצדק", דומה שגם העותרת תודה שסעיף ההפחתה איננו פוגע בזכויות כלשהן של המוסדות בהם מדובר. אכן הצירוף: "טעם ענייני אחר" הוא בבחינת ביטוי עמום, שמטבעו נועד לאפשר למשרד משרעת רחבה יחסית של שיקולים ביחס להפעלת סעיף ההפחתה. דווקא משום כך, תוכנו המהותי של סעיף ההפחתה קשור קשר הדוק לאופן יישומו. דומני, איפוא, שטוב נעשה אם לא נדון באופן עקרוני בסעיף ההפחתה, בטרם שאופן היישום שלו יהיה גלוי בפנינו.

43. הנה כי כן, דינה של העתירה, ככל שהיא מתייחסת לסעיף ההפחתה – להידחות בשלב זה מחמת היעדר בשלות, וזאת מבלי לערוך דיון מפורט לגופן של הטענות שנטענו בהקשר האמור.

אעבור עתה לליבון הסוגיות שעלו ביחס לסעיף הבנוט.

התשתית הנורמטיבית

44. סמכותם של משרדי ממשלה להעניק כספי תמיכות מוסדרת כיום בחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב, או: החוק), אשר קובע עתה בסעיף 3א(ב) שבו (המצוטט בפסקה 46 שלהלן), כי הוצאות הממשלה לעניין תמיכה במוסדות ציבור ייקבעו בחוק תקציב שנתי. בעבר הסמכות לחלוקת כספי תמיכות התבססה בעיקר על סמכותה השיורית של הממשלה מכוח סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה, וכך באמצעות ראיית סמכות זו כסמכות עזר המוענקת לממשלה ככלי לשם מימוש תפקידיה העיקריים, בהתבסס על סעיף 17(ב) לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981. יחד עם זאת, הסדרה זו זכתה לביקורת הן נוכח הבעייתיות הגלומה בקידום תכניות תקצוב נרחבות שלא באמצעות חקיקה ראשית ובשל הצורך לתחום את סמכותה השיורית של הממשלה (ראו בהקשר זה: בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.02.2006) (להלן: עניין ועדת המעקב)), והן נוכח העובדה שהסמכה כללית זו לא הסדירה את הנושא במפורש, וממילא לא הגדירה ולא תחמה את השיקולים שאותם יש לשקול לצורך הענקת תמיכה (עיינו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כלכלי 350-347 (2013) (להלן: ברק-ארז מינהלי כלכלי)).

ברבות השנים הנושא זכה, איפוא, להסדרה מפורטת יותר בחקיקה ובפסיקה, כמתואר בהמשך.

45. טרם שארד לעומקם של כללי הבניית שיקול דעת של הרשות בבואה לחלק כספי תמיכה, אציין את שנקבע בפסיקתנו לא אחת והוא שמדיניות ואופן מתן כספי תמיכה נתונים לשיקול דעתה של הרשות, ולאף אדם, או מוסד, אין זכות קנויה לקבלת כספי תמיכה. בית משפט זה גם קבע כי לרשות שיקול דעת רחב בבואה לחלק כספי תמיכה, והערכאה המבקרת ככלל לא תיטה להתערב בו. במסגרת זו, הרשות היא שרשאית לקבוע אם לאמץ מדיניות תמיכה כזאת או אחרת, לעדכן או לשנות את הקריטריונים לקבלת כספי תמיכה, ואף לבטל מדיניות של תמיכות שהייתה נהוגה על-ידיה בעבר, וכל זאת בכפוף לעקרונות החלים על שינוי החלטות מינהליות, או על התחייבויות עתידיות של הרשות (ראו: בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 384 (1999) (להלן: עניין התנועה המסורתית); בג"ץ 8418/03 אולפנא כפר פינס נ' משרד הפנים (04.07.2005); בג"ץ 5264/05 ישיבת שבי שומרון נ' שרת החינוך (16.11.2005)).

יחד עם זאת, שיקול דעת רחב זה כפוף עדיין לחובות ולהגבלות שונות, הן מכוחו של חוק יסודות התקציב והן מכוח עקרונותיהם הכלליים של המשפט החוקתי והמינהלי (ראו: בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 497-498 (1999); בג"ץ 171/09 נ.ט.ל.י החברה לשירותי רפואה דחופה בישראל בע"מ נ' שר האוצר, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (18.07.2010)).

#### אדרש עתה לניתוחם של עקרונות אלו.

הבניית שיקול הדעת בקביעת מבחני תמיכה – עקרונות ספציפיים מכוח חוק יסודות התקציב

46. הענקת כספי תמיכה למוסדות ציבור, ובכלל זה למוסדות תרבות, מוסדרת כיום, כאמור, בחוק יסודות התקציב, הקובע, בחלקים הרלבנטיים לענייננו כדלקמן:

- 3"א. (א) בסעיף זה –  
 'מוסד ציבור' – גוף שאינו מוסד ממוסדות המדינה, הפועל למטרה של חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, רווחה, בריאות, ספורט או מטרה דומה;  
 'סעיף תקציב' – סעיף בחוק תקציב שנתי הקובע את ההוצאות של משרד ממשלתי.
- (ב) חוק תקציב שנתי יקבע את הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור.
- (ג) הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור ייקבעו בכל סעיף תקציב בסכום כולל לכל סוג של מוסדות ציבור.
- (ד) הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים.
- (ה) הממונה על סעיף התקציב יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, מבחנים שוויוניים לחלוקת הסכום שנקבע באותו סעיף תקציב לצורך תמיכה במוסדות ציבור (להלן – מבחנים).
- (ו) שר האוצר יקבע בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, נוהל שלפיו יוגשו ויידונו בקשות של מוסדות ציבור לקבלת תמיכה מתקציב המדינה (להלן – נוהל).
- (ז) המבחנים והנוהל יפורסמו ברשומות.
- (ח) לא יוצא סכום שנקבע בחוק תקציב שנתי לצורך תמיכה במוסד ציבור אלא אם כן הוא מואגד ומקיים את הוראות הנוהל ובמידה המתאימת עם המבחנים" (ההדגשות שלי – ח"מ; עיינו גם: בג"ץ 4124/00 יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות (14.06.2010) (להלן: עניין יקותיאל)).

47. בענייננו, מאחר שכל אחד ממוסדות התרבות שעליהם נסובים מבחני התמיכה, הינו: "גוף שאינו מוסד ממוסדות המדינה, הפועל למטרה של חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, רווחה, בריאות, ספורט או מטרה דומה" – הרי שמוסדות אלה נחשבים כ"מוסדות ציבור" במובנו של סעיף 3א הנ"ל, ומשכך הסעיף האמור חל על כספי התמיכה הניתנים להם.

בהמשך לכך, סעיפים 3א(ג) ו-3א(ד) לחוק יסודות התקציב קובעים כי הענקת כספי תמיכה ממשלתיים תיעשה בדרך של קביעת סכום תמיכה שנתי לכל סוג של מוסדות ציבור, וסכום זה יחולק, על-פי מבחנים שוויוניים, בין כלל המוסדות הנמנים על אותו סוג. בכך מונע החוק מצבים שבמסגרתם יוענקו כספי תמיכות, במסגרת תקציב המדינה, לגופים או למוסדות, אשר נבחרו על-פי שיקולים לא ענייניים וללא קריטריונים שקופים ושוויוניים (עיינו והשוו: עניין יקותיאל; בג"ץ 7142/97 מועצת תנועות הנוער בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נב(3) 433 (1998); עניין התנועה המסורתית). לצד הוראות אלו, סעיף 3א(ו) לחוק יסודות התקציב מורה כי שר האוצר יתקין, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, נוהל שעל-פיו יוגשו ויידונו בקשות לכספי תמיכה, וסעיף 3א(ה) לחוק קובע כי הממונה על סעיף התקציב הרלבנטי יקבע, לאחר היוועצות ביועץ המשפטי לממשלה, מבחנים שוויוניים לחלוקת כספי התמיכה.

48. ההוראות הנ"ל משתלבות עם ההלכות שנקבעו בבית משפט זה עוד טרם שנחקק סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, לפיהן ראוי כי תמיכות כספיות מטעם המדינה יחולקו על-פי קריטריונים ברורים, שוויוניים וגלויים (ראו, למשל: בג"ץ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273 (1984); בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705 (1989); בג"ץ 1992/92 חברת נווה שוטטר נ' שר האוצר, פ"ד מו(3) 675, 680 (1992); בג"ץ 1703/92 ק.א.ל קוי אויר למטען נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(4) 193, 203 (1998)), וזאת, בין היתר, כדי לאפשר בקרה על חלוקת כספי התמיכה ולעורר דיון ציבורי בדבר אופן חלוקתם (עיינו: ברק ארז מינהלי כלכלי, עמ' 361).

49. נוהל להגשת בקשות לתמיכה מתקציב המדינה ולדיון בהם, י"פ 6558, עמ' 3172 (05.03.2013) (להלן: נוהל התמיכות) – הוא הנוהל שהותקן מכוח סעיף 3א(ו) הנ"ל – קובע בסעיף 8(ו) שבו, כך:

"הסכום שנקבע בסעיף התקציב יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים, כאמור בסעיף 3א(ד) לחוק" (ההדגשה שלי – ח"מ).

הנה כי כן, נוכח העובדה שסעיף 3א(ה) לחוק מטיל לא רק חובה להתקין מבחנים שוויוניים למתן תמיכה, אלא אף חובת היוועצות של האחראי על סעיף התקציב הרלבנטי עם היועץ המשפטי לממשלה – הוצאו הנחיות של היועץ המשפטי לממשלה, שכותרתן: "תמיכת המדינה במוסדות ציבור לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985" – הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2005 (התשס"ט) (להלן: הנחיות היועמ"ש). אלה העלו עלי כתב את הכללים השונים בנושא כספי התמיכה, לשם הסדרת התחום וכדי לסייע בידי מנסחי מבחני תמיכה, הן בקביעת מבחני התמיכה והן בעדכוןם (ראו: סעיף 2 להנחיות היועמ"ש). הנחיות היועמ"ש כוללות הוראות רבות בהקשר לגיבוש ולהפעלת מבחני תמיכה. לענייננו חשוב להדגיש כי מלבד הנחיות בנוגע לאופן ניהול ההליך וחזרה על החובה לחלק את כספי התמיכות באופן שוויוני (ראו למשל: בסעיפים 7.2 ו-7.6) – סעיף 7.3 להנחיות היועמ"ש קובע שמכיוון שהענקת כספי תמיכה היא בגדר סמכות רשות של הממשלה, אשר כפופה לשיקול דעתה הרחב – משרד ממשלתי רשאי, בבואו להתקין מבחני תמיכה, לקבוע תנאים ודרישות למתן התמיכה. דרישות אלו יכולות שיהיו נטועות בתחום המקצועי שעליו אמון אותו משרד ממשלתי, והן גם יכולות להיות מיועדות לשם עידוד המוסד הציבורי הנתמך לבצע פעולות שונות, שאינן בלב עשייתו ושאין קשורות למטרות העיקריות של התמיכה: "הכל במסגרת סמכותו של המשרד הממשלתי לקבוע כללים שונים במבחני התמיכה, לקידום כלל המטרות שהוא או הממשלה מבקשים לקיים, ולשיקול מכלול האינטרסים הלגיטימיים שלו".

50. לסיכום נקודה זו – החוק, הפסיקה, הנהלים וההנחיות, הנוגעים לאופן חלוקת כספי תמיכה, העניקו לרשות שיקול דעת רחב בבואה לחלק כספי תמיכה, אך לצד זאת תחמו את שיקול הדעת, כך שכספי תמיכות יחולקו באופן שוויוני, לפי קריטריונים ברורים ועל בסיס הליך מסודר.

עקרונות יסוד של המשפט המינהלי

51. מלבד ההגבלות מכוחו של סעיף 3א לחוק, ומההנחיות וההוראות שנקבעו לשם פירוטם ויישומם – קביעתם של מבחנים לחלוקת כספי תמיכה היא פעולה מינהלית לכל דבר, וכזאת היא חייבת לעמוד באמות המידה הכלליות להפעלתו של שיקול הדעת המינהלי, דהיינו: להתקבל בתום לב, על יסוד שיקולים ענייניים בלבד, ולהיות שוויונית, סבירה ומידתית.

על יסודות אלו כולם אעמוד להלן.

עקרון השוויון ועילת ההפליה



52. עקרון השוויון, שהינו עיקרון בסיסי במשפטנו בכלל ובמשפט המינהלי בפרט, מטיל על הרשות חובה לנהוג באופן שוויוני. עילת ההפליה, הנגזרת מעקרון השוויון, הינה עילת ביקורת עצמאית ומרכזית על מעשי המינהל (ראו: בג"ץ 953/87 פורד נ' שלמה להט, ראש עיריית תל אביב יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988); בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000)). כך, למשל, במסגרת עילת ההפליה חל על הרשות איסור להפלות בין אדם לאדם, גם בעת שהיא מעניקה פריבילגיות, אשר אין לאזרח זכות קנויה לקבלן. בהקשר לכך, הנשיא מ' לנדוי ב-בג"ץ 509/80 יונס נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד לה(3) 589, 592 (1981) קבע כדלקמן:

"אינטרס כלכלי ישיר של העותר די בו כדי לבסס את  
עתירתו בבית משפט זה, כאשר הרשות מפלה בינו לבין  
זולתו, אפילו פועלת הרשות שלא על יסוד דין מפורש  
במתן טובות הנאה בעלות משמעות כלכלית".

(עיינו עוד: בג"ץ 181/96 הוצאת עיתון "הארץ" נ' הרמטכ"ל, פ"ד נ(5) 45 (1996); בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70 (2004); ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, פסקה 34 לפסק דינו של השופט י' עמית, חוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות וחוות דעתי שם (2010) (להלן: עניין הבית הפתוח); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 286 (2016) (להלן: מדינה)).

נוכח האמור לעיל – כספי תמיכה צריכים להיות מחולקים על בסיס קריטריונים שוויוניים וחובת הרשות הנגזרת מכך דורשת כי תימנע מהפליה.

53. עקרון השוויון, שנועד להגן על איסור ההפליה המינהלי, קיבל חיזוק משמעותי עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר העניק לעקרון השוויון גם מימד חוקתי. במסגרת זו נקבע כי הזכות לשוויון מגנה מפני הפליה הקשורה קשר הדוק לכבוד האדם, שהיא זכות חוקתית המעוגנת בחוק היסוד (ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: עניין עדאלה)). יחד עם זאת, קשירתה של הזכות לשוויון בזכות לכבוד האדם – חלה רק על מקרים הקשורים "בקשר ענייני הדוק" לכבוד האדם (ראו: עניין עדאלה, פסקה 39 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). כתוצאה מכך נוצר מצב שלפיו תחום פריסתה של עילת ההפליה המינהלית הינו רחב יותר מתחום פריסתה של הזכות החוקתית לשוויון וההגנה

החוקתית עליה, זאת, בין השאר, מכיוון שעילת ההפליה המינהלית איננה מוגבלת רק למצבים שבהם ההפליה קשורה באופן הדוק לכבוד האדם. משכך, לא כל הפליה מינהלית תיחשב גם לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון (ראו: עניין הבית הפתוח; דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 674-680 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

הזכות לחופש הביטוי

54. גם לזכות לחופש הביטוי יש נפקות לעניין שיקול הדעת המופעל בעת ניסוחם של מבחני תמיכה. באופן דומה להכרה בזכות לשוויון, גם הזכות לחופש הביטוי הוכרה במשפטנו כנכללת בגדרה של הזכות לכבוד האדם, המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת כאשר היא קשורה באופן הדוק לכבוד האדם (ראו: בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008); בג"ץ חוק החרם; בג"ץ 2996/17 ארגון העיתונאים בישראל – ההסתדרות הכללית החדשה נ' ראש הממשלה (23.01.2019) (להלן: בג"ץ התאגיד). עיינו גם: אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 712-708 (2014) (להלן: ברק) ובפסיקה המאוזכרת שם; גישה אחרת, המקובלת בארה"ב, משייכת את הזכות לחופש הביטוי לזכות לחירות. עיינו: Guy E. Carmi, *Dignity Versus Liberty: The Two Western Cultures of Free Speech*, 26 B.U. INT'L (2008) L.J. 277; ברק, בעמ' 338).

55. הזכות לחופש הביטוי מטילה על המדינה גם חובה להימנע מלהגביל את חירותו של הפרט להתבטא. מטבע הדברים, המקרים המובהקים שמדגימים פגיעה בזכות באמצעות הפרה של החובה הנ"ל, הם כאשר נקבע בחוק איסור לבטא מסר מסוים, או כאשר הרשות מסרבת ליתן רישיון לצורך מימושו של ביטוי כלשהו (במקרים שבהם רישיון שכזה נדרש על-פי חוק). יתרה מכך, ב-בג"ץ חוק החרם הוסכם על דעת כל השופטים, שאף קביעה בחוק כי ביטוי כלשהו יוגדר כעוולה אזרחית מהווה פגיעה בזכות לחופש הביטוי (ועיינו שם בפסקה 21 לחוות דעתי), והמחלוקת העיקרית שם הייתה לגבי העמידה בתנאי "פיסקת ההגבלה".

56. כאשר לענייננו, דעתי היא כי גם שלילת תמיכה כספית, או הפחתה של תמיכה כספית, עלולה בנסיבות מסוימות, להיחשב כהפרה של החובות המוטלות על המדינה מכוחה של הזכות לחופש הביטוי. כך, למשל, ב-בג"ץ חוק החרם נקבע כי סעיפי חוק, אשר שוללים תקציבי הטבות, או מונעים גישה למכרז בגין התבטאות – מהווים פגיעה בחופש הביטוי, ואולם, בנסיבות שנידונו שם, סברתי בשם הרוב כי הפגיעה האמורה היא פגיעה ב"מדרג שני" ועומדת במבחני "פיסקת ההגבלה" (עיינו: שם, בפסקאות 44-45).

לחוות דעתי). בהקשר זה ראוי לציין כי העובדה שאין לאדם זכות קנויה לקבלת כספי תמיכה מהמדינה, לא משמיעה כי שלילתם, או הפחתתם של אותם כספי תמיכות מאדם בשר-ודם, או מארגון בגין התבטאויותיו – איננה מהווה פגיעה בחופש הביטוי שלו (אף אם, כפי שצינתי ב-בג"ץ חוק החרם, יש בכך כדי להקהות, במידת מה, את עצמת הפגיעה). בהקשר זה נקבע בפסיקתנו כי גם שלילה של פרס מאדם רק על רקע התבטאויותיו, או הכפפת הזכאות לפרס לתוכן הביטוי – טומנת בחובה מימד של השתקה ומהווה פגיעה בחופש הביטוי (עיינו: בג"ץ 2454/08 פורום משפטי למען ארץ-ישראל נ' שרת החינוך (17.04.2008); בג"ץ 9496/09 פיינטוך נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו (08.12.2009)), וזאת חרף העובדה שלאף אדם אין, כמובן, זכות קנויה לקבל פרסים מן המדינה.

57. לאחר פריסת המסגרת הנורמטיבית הצריכה לעניין, אגש עתה לבחינת סעיף הבנוט לאורה.

סעיפי התיקון כמחילים "מבחנים שוויוניים"

58. כפי שצוין לעיל, חלוקת כספי תמיכות למוסדות ציבוריים, ובכלל זה למוסדות תרבות, היא בסמכות הרשות ומשכך אופן חלוקה זה נתון לשיקול דעתה של הרשות. לצורך חלוקת הכספים, הרשות צריכה להתקין מבחנים, אשר ייקבעו על ידה, ואלה יכולים לכלול כאמור גם תמריצים עבור המוסדות הנתמכים – לפעילויות שאינן בהכרח בליבת עשייתם של המוסדות, אך הרשות מעוניינת לקדם. עם זאת, מבחני התמיכה שאותם הרשות צריכה לקבוע – צריכים לעמוד בחובת השוויון החוקתית הקבועה בחוק יסודות התקציב (ובעקבותיו בנוהל התמיכות ובהנחיות היועמ"ש), ולעמוד בעקרונות המשפט המינהלי הכוללים, בין היתר, את עילת איסור ההפליה.

59. סעיף הבנוט במבחני התמיכות בגופים הכליים, קובע כדלקמן:

"גוף כלי שקיים בשנת ההערכה קונצרטים באזור יהודה ושומרון, יוכפל בניקוד שקיבל במשתנה זה לפי פסקאות (1) ו-(2), במקדם של 1.1."

סעיף זהה בניסוחו קיים גם ביחס לתיאטרון ומחול, ואולם כאמור, אין בנמצא סעיף דומה ביחס לבנוט לגבי הרצות בגליל, או בנגב.

60. בפסיקתנו נקבע כי בחינת התקיימותו של עקרון השוויון בחלוקת תמיכות, כמו גם לצרכים אחרים, צריכה להיעשות בשני שלבים:

בשלב הראשון יש לבחון מהי קבוצת השוויון הרלבנטית. כלומר, מהי קבוצת האנשים, או המוסדות שכלפיהם קיימת חובה להנהיג שוויון. הגדרת קבוצת השוויון, הנעשית על-ידי הרשות המינהלית, נבחנת לאור תכלית הנורמה, מהות העניין, ערכי היסוד של שיטת המשפט ונסיבות המקרה (ראו: עניין הבית הפתוח, פסקה 41 לפסק דינו של השופט י' עמית).

בשלב השני יש לבחון האם מתקיים שוויון בין חבריה של קבוצת השוויון, או שמא הרשות המינהלית מתייחסת באופן מפלה כלפי פרטים השייכים לאותה קבוצת שוויון (ראו: עניין הבית הפתוח; בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259 (1997) (להלן: עניין תאטרון ארצי לנוער); עניין התנועה המסורתית, בעמ' 362-363 ועיינו גם: ברק-ארוך בעמ' 685).

61. לעתים הבחינה מתמקדת בשלב הראשון, כלומר, בשאלת זיהויה של קבוצת השוויון. במקרים אלה – בית המשפט נדרש לבחון האם ראוי שקבוצת השוויון תוגדר, כפי שהגדירה אותה הרשות, או שמא קריטריון ההבחנה שהנהיגה הרשות ושעל-פיו היא קבעה את קבוצת השוויון, איננו קריטריון רלבנטי, או בלעדי (ראו: עניין תאטרון ארצי לנוער, שם; עניין התנועה המסורתית, שם). בענייננו אין אנו נדרשים, לדעתי, לשאלות אלו. זאת מאחר שהמשיבה הצהירה בטיעוניה כי תכליתם של סעיפי התיקון היא הנגשת התרבות הישראלית לכלל אזרחי ישראל, ללא כל הבדל ביניהם, באמצעות עידוד התרבות בפריפריה, והעותרת מצידה מסכימה כי תכלית זו – ראויה היא, באשר היא תכלית אשר מצויה בקונצנזוס לאומי (ראו: סעיף 11 לעתירה). משכך, אין מחלוקת בין הצדדים לעתירה ביחס לקריטריון המבחין בין קבוצות השוויון – קבוצת שוויון אחת כוללת את כל מוסדות התרבות שעורכים הרצות ביישובים שהגישה לתרבות בהם היא מוגבלת, ואילו קבוצת שוויון שניה כוללת את מוסדות התרבות שנמנעים מלהופיע ביישובים מעין אלה. דומה שהצדדים אינם חלוקים שקריטריון ההבחנה הנ"ל, שנקבע על-ידי המשיבה, הוא מתאים. קריטריון זה מאפשר להעניק תוספת תקצוב למוסדות תרבות, אשר משרתים את אלה מבין אזרחי ישראל שהגישה לתרבות במקום מגוריהם היא מוגבלת, על פני מוסדות תרבות שמגבילים את עצמם להופעה רק בפני אנשים שמקום מגוריהם איננו גורם להם להיות מודרים מאירועי תרבות.

62. בחינת השוויון בעניינינו איננה מתמקדת איפוא בשלב הראשון של בחינת השוויון אלא בשלב השני – קרי, בבחינה אם מתקיים שוויון בין חברי קבוצת השוויון הרלבנטית, אם לאו. לטענת המשיבה, מתן בונוס של 10% למוסדות תרבות, אשר יופיעו באזור יהודה ושומרון איננה מהווה העדפה פסולה של המוסדות המופיעים ביהודה ושומרון, בהשוואה למוסדות הנמנעים מכך, מכיוון שיהודה ושומרון היא "פריפריה תרבותית", אשר בידודה התרבותי רב אף משל אזורי פריפריה אחרים. מתן בונוס בשיעור מוגבל למוסדות תרבות שיופיעו באזור זה אמנם יתמרץ מוסדות תרבות להופיע ביהודה ושומרון מעבר לתמריץ שניתן לאותם מוסדות להופעה באזורי פריפריה אחרים, אך תמריץ זה נועד להשוות את נגישותם הנמוכה של תושבי יהודה ושומרון לתרבות – לנגישותם לתרבות של אזרחים מאזורים אחרים, ולא להעניק למוסדות המופיעים בפני אזרחים אלה יתרון תקציבי. משכך, לשיטת המשיבה, סעיף הבונוס איננו מפלה בין חברי קבוצת השוויון, שכן הוא מבוסס על שוני רלבנטי, שנועד לשמור על השוויון בין אזרחי המדינה באזורים השונים.

63. להשקפתי, דינה של טענה זו של המשיבה להידחות. כפי שפירטתי, ההצדקה שנותנת המשיבה לאי-השוויון הלכאורי בתמריצים להופעה ביהודה ושומרון, לעומת התמריצים להופעה באזורים אחרים, מבוססת על הטענה כי אזור יהודה ושומרון הינו "פריפריה תרבותית", קרי, אזור שעל-אף שמבחינה גיאוגרפית איננו מרוחק במידה ניכרת מאזור תל-אביב – מוסדות התרבות השונים מגיעים להופיע בו, עוד פחות משהם מגיעים להופיע באזורי פריפריה גיאוגרפית. דא עקא, ככל שעיינתי בטיעוני המשיבה ובנתונים שהיא הציגה בפנינו לעניין זה – לא מצאתי סימוכין שבעובדה לטענתה זו, ולהלן אפרט.

64. המשיבה הציגה לפנינו טבלה המסכמת את כמות ההרצות שנערכו באזורים השונים בשנת 2015. למען הנוחות אציג את הנתונים כאן:

| יתר הארץ | יהודה ושומרון | גליל  | נגב | סה"כ הרצות |                |
|----------|---------------|-------|-----|------------|----------------|
| 12,772   | 280           | 1,663 | 976 | 15,691     | תיאטרון        |
| 1,437    | 9             | 165   | 221 | 1,832      | קבוצות תיאטרון |
| 1,260    | 8             | 110   | 142 | 1,520      | מוסיקה         |
| 976      | 6             | 237   | 60  | 1,279      | מחול           |

|        |     |       |       |        |      |
|--------|-----|-------|-------|--------|------|
| 16,445 | 303 | 2,175 | 1,399 | 20,322 | סה"כ |
|--------|-----|-------|-------|--------|------|

עיון בטבלה הנ"ל אכן מלמד כי כמות ההרצות שנערכו ביהודה ושומרון, בכל אחד מתחומי הפעילות בנפרד ובכולם גם יחד, נמוכה משמעותית מכמות ההרצות שנערכו בנגב ובגליל. אם לדייק – כמות ההרצות שנערכו ביהודה ושומרון בשנת 2015, נמוכה בשיעור של פי 4.6 מכמות ההרצות שנערכו בנגב, ובשיעור של פי 7.1 מכמות ההרצות שנערכו בגליל. עם זאת, נתונים אלה, לא די בהם כדי לקבוע שאזור יהודה ושומרון מופלה לרעה ביחס לאזורים אחרים, וזאת ממספר טעמים:

ראשית, כדי לקבוע שתושבי יהודה ושומרון אכן מופלים לרעה מבחינת מידת נגישותם לתרבות, ביחס לתושבי הגליל והנגב, יש לבחון נתונים נוספים, אשר אותם המשיבה לא הציגה לנו. בין נתונים אלה ניתן למנות לדוגמה, ומבלי לקבוע כי האמור יחשב כרשימה סגורה, את הנתונים הבאים: כמות התושבים בכל אזור; מספר האולמות, אשר מבחינת תנאיהם הטכניים מתאימים לצורך קיום הופעות בהם, ומידת הביקוש לסוגי ההופעות השונים בכל אזור. דומני שללא ניתוח של נתונים אלו (ויתכן שגם אחרים), הקביעה שלפיה תושבי יהודה ושומרון מופלים, מבחינת נגישותם לתרבות, הינה, לכל הפחות, חפוזה מדי. כך למשל, לו יצוייר, לשם הדוגמה בלבד, כי בנגב מתגוררת אוכלוסייה הגדולה פי ארבע וחצי מגודל אוכלוסיית יהודה ושומרון – הרי שהעובדה שבאזור זה התקיימו מספר הרצות גדול בשיעור של 4.6 ממספר ההרצות שהתקיימו ביהודה ושומרון – לא תעיד בהכרח על חוסר שוויון כלשהו. באופן דומה, אילו הביקוש לסוג מסוים של הופעות באזור יהודה ושומרון הוא נמוך מהביקוש לאותו סוג הופעות בגליל, רק הגיוני שמספר ההרצות לאותו סוג של הופעות, יהיה נמוך ממספר ההרצות לאותו סוג הופעות בגליל. משכך, הנתונים שהוצגו לנו על-ידי המשיבה, על-אף חשיבותם, אינם יכולים, בכל הכבוד, לבסס לבדם את טענתה להפליה, ממנה סובלים, לכאורה, תושבי יהודה ושומרון בתחום התרבות.

שנית, כדי לקבוע שאזור יהודה ושומרון הינו "פריפריה חברתית", אשר סובל ממיעוט הופעות תרבות בו, על-אף קרבתו הגיאוגרפית לעיר תל-אביב, יש לבחון גם מהו שיעור ההרצות הנערכות באזורים אחרים שהמרחק מהם לתל-אביב קרוב באופן יחסי, ולהשוות שיעור זה לשיעור ההרצות הנערכות ביהודה ושומרון. השוואה זו נדרשת מאחר שיתכן שמיעוט ההרצות באזורים הקרובים לתל-אביב, נובע מהעובדה שצריכת התרבות של תושבי אזורים אלו, נעשית בתל-אביב עצמה (לנוכח קרבתם אליה). משכך, כדי לקבוע שמיעוט ההרצות באזור יהודה ושומרון, אכן נובע מהפליה של אזור זה, ולא מעצם העובדה שתושביו נוסעים לתל-אביב לשם צפייה בהופעות תרבות – יש לוודא כי

כמות ההרצות ביהודה ושומרון נמוכה משמעותית גם מכמות ההרצות הנערכות באזורים אחרים הקרובים לתל-אביב. עם זאת, המשיבה לא הציגה לנו השוואה כזו בין כמות ההרצות ביהודה ושומרון לבין כמות ההרצות הנערכות באזורים אחרים הקרובים לתל-אביב.

שלישית, גם אילו המשיבה הייתה מבססת כדבעי את הטענה שאזור יהודה ושומרון הוא אכן "פריפריה חברתית", שנגישותה לתרבות נמוכה גם בהשוואה לאזורי פריפריה גיאוגרפית – לנוכח מטרתם של סעיפי התיקון להנגיש את התרבות במדינה לכל תושבי המדינה, היה מתבקש, כי המשיבה תבחן גם את דבר קיומם של אזורי "פריפריה חברתית" אחרים מלבד אזור יהודה ושומרון, ובמידת הצורך, תעניק גם לאזורים אלה תמריצים דומים לאלו שניתנו לאזור יהודה ושומרון בגדר מבחני התמיכה. כך, בנתונים שהוצגו בפנינו, הוצגו נתונים רק ביחס לשלושה אזורים: הגליל, הנגב ויהודה ושומרון. מבין שלוש האזורים הללו, האזור היחידי שזכה לתיאור כ-"פריפריה חברתית" הוא אזור יהודה ושומרון, מאחר שאזורי הגליל והנגב אינם קרובים לתל-אביב, אך בהחלט יתכן כי בחינה של כלל האזורים והערים בישראל היתה מגלה כי ישנם אזורים אחרים הקרובים באופן יחסי לתל-אביב, ושגם הנגישות של תושביהם לפעילות תרבותית איננה משביעת רצון. מאחר שבחינה כוללת שכזו לא נערכה, או לפחות לא הוצגה לנו – הקביעה שלפיה האזור היחידי, אשר מוצדק כי יינתן תמריץ עודף להופעה בו בשל היותו "פריפריה חברתית", הוא אזור יהודה ושומרון – איננה מבוססת די הצורך.

65. כפי שהבהרתי לעיל – בענייננו המשיבה הגדירה, גם אם במשתמע, את קבוצת השוויון הרלבנטית ככוללת את מוסדות התרבות המופיעים בפני אזרחי ישראל שאינם נגישים די הצורך לתרבות. קבוצת שוויון זו – ראויה היא לשיטתי, ומשכך החובה לנהוג בשוויון חלה בין חברי הקבוצה לבין עצמם, ולא בין חברי הקבוצה לבין אנשים שאינם חברים בה (ראו: עניין תאטרון ארצי לנוער). יחד עם זאת, נוכח האמור לעיל – בחינת השלב השני של עילת השוויון מעלה כי סעיף הבונוס איננו מנהיג שוויון אמיתי בין חברי הקבוצה לבין עצמם, באשר לא ברור אם תושבי יהודה ושומרון אכן נמנים על אותם אנשים, אשר הגישה לתרבות במקום מגוריהם היא מוגבלת, וכן לא ברור האם יש אזרחים מחוץ לאזור יהודה ושומרון, אשר אינם נגישים לתרבות, ושאליהם סעיף הבונוס איננו מתייחס. ממילא, לא ברור שהעדפת מוסדות התרבות, אשר מופיעים ביהודה ושומרון על פני מוסדות התרבות הנמנעים מכך, מממשת כראוי את קבוצות השוויון שנקבעו. משכך, להשקפתי לא ניתן לקבוע כי סעיף הבונוס שמעניק העדפה רק למי שמבצע הרצות ביהודה ושומרון מחיל קריטריונים שוויוניים, וממילא סעיף זה איננו יכול לעמוד בקריטריונים

הקבועים בחוק יסודות התקציב ובכללי המשפט המינהלי, אשר עילת איסור ההפליה כלולה בהם.

66. המשיבה גורסת בטיעוניה כי קביעה שלפיה סעיפי התיקון אינם עומדים בדרישת השוויון, תחייב את קבלת העמדה שלפיה כל קריטריון אחר במבחני התמיכה, אשר מבקש לקדם מטרות מובחנות, איננו שוויוני. המשיבה מציינת כדוגמה לטענתה את קריטריון התמיכה בהפקות "רפרטואר", הקובע כי תיאטרון, אשר משקיע בסוג כזה של הרצות יזכה לניקוד עודף בשיעור של 11%, על פני תיאטראות שאינם משקיעים בסוגה שכזאת. לטענת המשיבה – בדיוק כפי שקריטריון ה"רפרטואר" הנ"ל מבקש לעודד היבט מסוים ביצירותיהם של תיאטראות, והעותרת איננה חושבת שהעדפה שכזאת פוגעת בשוויון, כך גם סעיפי התיקון שמבקשים לעודד היבט מסוים אחר בפועלם של מוסדות התרבות – הנגשת התרבות לכלל הציבור – אינם פסולים, וממילא אין לסווג גם סעיפים אלה כסעיפים הפוגעים בשוויון.

67. אין בידי לקבל את הטיעון הנ"ל של המשיבה. אמנם, בקובעה מתן כספי תמיכות בשיעור גבוה יותר עבור סוג מסוים של הופעות, המשיבה עורכת הבחנות, אשר אינן פוגעות, ואף לא נטען כי הן פוגעות, בחובת השוויון המוטלת עליה. יחד עם זאת, כפי שהדגשתי עד הנה – הטעם שבגיננו הנני סבור כי סעיף הבונוס איננו מחיל מבחנים שוויוניים, לא נעוץ בכך שקריטריון ההבחנה הקבוע בסעיף הבונוס איננו ראוי, אלא בכך שעל-פי הנתונים שהוצגו בפנינו – המשיבה לא הצליחה להוכיח כי היא מיישמת את קריטריון ההבחנה שהיא בעצמה קבעה, באופן הולם. כאמור, על-פי הנלמד מהנתונים הקיימים – סעיף הבונוס לא מעניק יחס שוויוני לכל חברי קבוצת השוויון הרלבנטית, הראויה לכשעצמה, שנקבעה על-ידי המשיבה (מוסדות התרבות המשרתים אזרחים שמחמת מקום מגוריהם, אינם חשופים די הצורך לתרבות). בנסיבות אלו, הניסיון ללמוד גזירה שווה מסעיפים אחרים במבחני התמיכה, אשר קובעים קריטריון הבחנה ראוי (כגון: עידוד סוג תרבות מסוים, אשר לעמדת גורמי המקצוע במשרד התרבות נזקק לתמיכה), לבין סעיפי התיקון בכלל ולסעיף הבונוס בפרט, אשר מייחד רק את תושבי יהודה ושומרון – איננו יכול לסייע למשיבה.

68. נוכח מהלך הדברים עד כה – די, לשיטתי, בקביעות שלפיהן סעיף הבונוס איננו מחיל מבחני תמיכה שוויוניים, כמתחייב מכוח חוק יסודות התקציב, וכי מתקיימת בענייננו עילת ההפליה המינהלית בחלוקת תקציבי התמיכה – כדי לקבל את העתירה שלפנינו, ככל שהיא מתייחסת לסעיף הבונוס. יחד עם זאת, מאחר שחלק נכבד מטענותיה



של העותרת נסבו גם על הזכות לחופש הביטוי, לרבות זה האמנותי – מצאתי לנכון להידרש גם לנושא זה.

בחינת סעיף הבנוס לאור הזכות לחופש הביטוי

69. כפי שהזכרתי בפיסקאות 54-56 שלעיל – הפחתה של תמיכה כספית ממוסד – גם אם אין למוסד זכות קנויה לקבלם – עלולה, בנסיבות מסוימות, להיחשב כפגיעה בזכות לחופש הביטוי של אותו המוסד. נשאלת איפוא השאלה, האם נסיבות ענייננו הן כאלה, אשר מבססות פגיעה בחופש הביטוי של מוסדות התרבות, או של האמנים החברים בהם.

לבחינה זו אגש עתה.

70. כאמור, לטענת העותרת הימנעותו של מוסד, או של אמן מלהופיע באזור יהודה ושומרון, הינה כלי ביטויי שבאמצעותו המוסד, או האמן יכולים להביע את התנגדותם ה"שקטה" להמשך שליטתה של מדינת ישראל באזור זה, ומשכך הימנעות זו ראוי שתזכה להגנה במסגרת הזכות לחופש הביטוי. סעיפי התיקון גורמים, לשיטת העותרת, לכך שמוסדות תרבות, אשר בוחרים להביע את עמדתם בנושא זה באמצעות אי-הופעה באזור יהודה ושומרון – יזכו לתמיכה מופחתת, בהשוואה למוסדות תרבות אחרים, שאינם מביעים עמדה דומה. העותרת גורסת לפיכך כי סעיפי התיקון משיתים למעשה עלות כלכלית על מוסדות, או על אמנים, אשר בוחרים להביע את עמדתם הפוליטית על דרך של מחדל – ואינם משיתים אותן העלויות על מוסדות ועל אמנים, אשר עמדתם הפוליטית שונה. בכך, לשיטת העותרת, נפגע חופש הביטוי.

71. אין מחלוקת בין הצדדים לעתירה כי סעיפי התיקון אינם מטילים הגבלה על תוכנו של ביטוי מילולי כלשהו. ההגבלה, לשיטת העותרת, היא על זכותם הנטענת של מוסדות התרבות, או של האמנים, שלא להופיע במקום מסוים. משכך, נשאלת השאלה האם הזכות לחופש הביטוי מגנה לא רק על ביטויים פרופוזיציונליים, אלא גם על הימנעות מלפעול, אשר הטוען לזכות מבקש להביע את עמדתו באמצעותה.

בהקשר זה, ההלכה במשפטנו קובעת כי הזכות לחופש הביטוי משתרעת לא רק על ביטויים, אלא גם על התנהגות המשמשת הד לביטוי. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא א' ברק:

"חופש הביטוי, כזכות חוקתית, משתרע על כל ביטוי. 'ביטוי' בהקשר זה הוא כל פעילות המבקשת להעביר מסר או מובן. הוא משתרע על ביטוי פוליטי, ספרותי או מסחרי. הביטוי יכול שיהא במלים או בהתנהגות (סמלית או אחרת)... 'חופש הביטוי משתרע על כל ביטוי, יהא תוכנו אשר יהא, תהא השפעתו אשר תהא, ויהא אופן הבעתו אשר יהא'" (ראו: בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 673 (1997), אשר בין היתר ציטט את בג"ץ 806/88 universal city studios inc נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989); ההדגשה שלי – ח"מ; וראו גם: מדינה, בעמ' 445-446, 573-574).

72. יחד עם זאת, הברירה בין סוגי פעילויות שונות, והקביעה איזה מעשה, או מחדל ייחשבו ככאלה אשר מביעים ביטוי – אינן פשוטות כלל ועיקר (עיינו, למשל: David McGowan, *Approximately Speech*, 89 MINN. L. REV. 1416 (2005) (להלן: McGowan)).

במשפט האמריקאי התגבשה בהקשר לכך הדעה, כי כדי שמעשה שנועד להבעת מסר (Expressive Conduct) יזכה להגנה מכוחה של הזכות לחופש הביטוי, יש לבחון אם המעשה הנידון מבטא מסר באופן אינהרנטי, או שמא ההתנהגות והמסר שנלווה לה מחוברים יחדיו אד-הוק ומשדרים משמעות כלשהי. בהקשר לכך יש להבחין בין מעשים, אשר ברור מעצם טיבם כי הם נועדו להעביר מסר (לדוגמה: שריפת דגלים, תהלוכה וכו'), לבין מעשים, אשר כדי שאדם חיצוני יוכל להבין שתפקידם הוא להביע מסר, יהיה עליו לקבל הסבר בדבר מטרת המעשה, ממי שעשה אותו (ראו: Rumsfeld v. Forum for Academic & Institutional Rights, Inc. 547 U.S. 47 (2006) (להלן: Rumsfeld), ועיינו גם: Texas v. Johnson, 491 U.S. 376, 376-77 (1968); United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 397, 406 (1989) (להלן: O'Brien)).

73. בענייננו, גם מבלי לקבוע רשימת תנאים סגורה, אשר פעילות צריכה לעמוד בהם כתנאי להכרה בה כ"ביטוי" – מקובלת עליו הטענה כי הימנעות של מוסד תרבות מלהופיע באזור הנתון למחלוקת רחבה בציבור, הינה פעילות, אשר נושאת עמה ביטוי, וביטוי כזה – ראוי הוא להגנה (עיינו והשוו בהקשר זה: Robert Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, 88 Cal. L. Rev. 2353, 2366 (2000); Larry A. Alexander, *Trouble on Track Two: Incidental Regulations*; 44 Hastings L.J. 921 (1993) of Speech and Free Speech Theory, 44 Hastings L.J. 921 (1993); מדינה, בעמ' 573; וכן במאמרו הנזכר לעיל של McGowan).

74. הזכות לחופש הביטוי כוללת איפוא גם את החופש להימנע מפעולה, או מהתבטאות (ראו: ברק, בעמ' 733). משכך, נוכח המציאות החברתית והפוליטית בארצנו, מסקנתי היא כי חופש הביטוי של מוסדות התרבות ושל האמנים החברים בהם – משתרע גם על היכולת של אותם מוסדות ואמנים להימנע מלהופיע באזור יהודה ושומרון. עם זאת, חוק החרם כלל במסגרת הוראותיו (שאושרו בדעת רוב ב-בג"ץ חוק החרם) רק את מי שמפרסם ביוזמתו קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כמשמעו של ביטוי זה בחוק האמור, או על מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור (עיינו בחוות דעתי ב-בג"ץ חוק החרם מטעם הרוב שם). מכאן שסעיפי התיקון מתיימרים לכאורה לחרוג מעבר להוראות חוק החרם, וזאת אין לקבל.

75. בענייננו, הפגיעה הנטענת בחופש הביטוי של מוסדות התרבות נעשית בצורה של הפחתת מימון על-ידי המשיבה, ומתן בונוס למי שעומד באמות המידה של סעיף הבונוס – מה ששולל מימון ציבורי מהזכאים ומאחרים, שכן כלל ההטבות הן "קופה כספית סגורה". משכך, נשאלת השאלה האם הזכות לחופש הביטוי חלה גם במקרים שבהם הביטוי ממומן על-ידי הממשלה? או בניסוח אחר – האם מניעת, או הפחתת מימון לביטוי כלשהו (בין במישרין על-ידי גריעת המימון, בין בעקיפין על-ידי מתן בונוס, שבא על חשבון האחרים) מהווה פגיעה בחופש הביטוי?

76. אכן, בפסיקתנו נקבע כבר כי הזכות לחופש הביטוי איננה מתמצה בחובות ה"שליליות" שהיא מטילה על המדינה (חובות שלא למנוע או להגביל ביטויים), והיא כוללת בתוכה גם חובות "חיוביות". במסגרת הפן החיובי של הזכות לחופש הביטוי, הוכרה חובתה של המדינה לספק מימון ציבורי לצרכי קידום הביטוי במגוון הקשרים (ראו למשל: בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006); בג"ץ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143 (1993) ועיינו עוד: מנחם מאוטנר "תמיכת המדינה באמנויות בלא להתערב בתכנון", ICON-S-IL blog (23.06.2017)). אופי חיובי זה של הזכות לחופש הביטוי, מאפשר לכאורה לדון בשאלת חובתה של המדינה לממן ביטויים מסוימים (ראו בהקשר זה גם בפסק דיני ב-בג"ץ התאגיד וכן עיינו: אדם שנער "חופש הביטוי, חופש המימון ועקרון אי-ההנצחה" משפטים על אתר יב 29 (2018) (להלן: שנער, חופש הביטוי)).

77. עם זאת, לעמדתנו, המקרה דנן איננו דורש מאיתנו להכריע בכל הרבדים של סוגיה מורכבת זו. זאת, שכן בנסיבות ענייננו די שנקבע כי הזכות לחופש הביטוי מטילה על הרשות את החובה שלא להפלות בין אנשים, או מוסדות על רקע של ביטוי עמדותיהם

ודורשת ממנה לשמור על ניטרליות (עיינו: בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית יערים, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821, 828-829 (1971) (להלן: עניין אבו-גוש) וראו גם: מדינה, בעמ' 584).

78. שאלה דומה נדונה בשעתו בפני בית המשפט העליון האמריקאי (ראו: National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998)). עניין זה עסק בחלוקה של כספים על-ידי ה-National Endowment of the Arts, רשות פדרלית התומכת באמנות. הקונגרס שינה את החוק המסדיר את אופן פעילות הרשות, בעקבות מימון כספי שניתן לאמנות הומו-ארוטית ולאמנות אנטי-דתית, כך שלרשות הוענקה סמכות לשקול, בין היתר, בנוסף לשיקולי מצוינות ואומנותיות, שיקולים של: "הגינות וכבוד לאמונות ולערכים של הציבור האמריקאי". דעת הרוב של השופט Scalia קבעה כי התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית, אשר מעגן בארצות-הברית את הזכות לחופש הביטוי, לא חל על מקרים שבהם ביטוי ממומן על-ידי הממשלה. אולם, לגישתי, יש לאמץ בנושא זה דווקא את חוות הדעת המשכנעת של שופט המיעוט, השופט Souter, שגרס כי התיקון הראשון לחוקת האמריקאית והזכות לחופש הביטוי חלים גם במקרה של מימון ממשלתי לאמנות, והממשלה איננה רשאית להעדיף ביטוי אחד על פני האחר, מטעמים פוליטיים. חשוב להדגיש כי דעת הרוב באותה פרשה צומצמה (ויש אומרים בוטלה) ברבות הימים בארה"ב (ראו: Agency for International Development v. Alliance for Open Society International, Inc., 570 U.S. 205 (2013) והשוו לדעת המיעוט של השופט ח' כהן בעניין אבו-גוש; להרחבה בנושא זה כולו, ראו: Adam Shinar, *Democratic Backsliding, Subsidized Speech, and the New Majoritarian Entrenchment* Am. J. Comp. L. (forthcoming, 2021) (להלן: Shinar, *Democratic Backsliding*); אוון פיס "החירות הפוליטית וחופש המימון" מעשי משפט ט(2) 243 (2018); MENACHEM MAUTNER, HUMAN FLOURISHING, LIBERAL THEORY, AND THE ARTS 116-144 (2018); Joseph Blocher, New Problems for Subsidized Speech, 56 WM. & MARY. L. REV. 1083 (2015); Kristine M. Cunnane, *Maintaining Viewpoint Neutrality for the NEA: National Endowment for the Arts v. Finley* 31 CONN. L. REV. 1445, 1465-1468 (1999); Robert Post, *Subsidized Speech*, 106 YALE L. J. 151(1996).

79. נוכח מסקנתי שלעיל, סעיף הבונוס יש בו, מלבד הפגיעה בעקרון השוויון ובדרישותיו של חוק יסודות התקציב, גם פגיעה בזכות לחופש הביטוי, לרבות חופש הביטוי האמנותי (עיינו: בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003); שנער, בעמ' 30). כמו כן, יש בסעיפי התיקון גם מה שד"ר שנער מכנה

התעלמות מ"עקרון אי-ההנצחה", שדורש כי הממשלה, או שריה לא ינסו לבצר באמצעות "חופש המימון", במישרין או בעקיפין, את תפיסות הגורמים הפוליטיים המרכיבים את הממשלה ולהבטיח את המשך שלטונם (ראו: Shinar, Democratic Backsliding; שנער, חופש הביטוי).

#### תוצאות הפגם

80. נוכח מסקנותיי שלעיל, עמדתי היא כי סעיף הבונוס איננו מחיל מבחנים שוויוניים לצורך חלוקת כספי התמיכה מטעם משרד התרבות, כנדרש מכוח סעיף 3א לחוק יסודות התקציב וההוראות שנקבעו על-פיו וכן מכוחם של כללי המשפט המינהלי. סעיף זה יש בו, מעבר לפגיעה בשוויון, גם פגיעה שאיננה מוצדקת בזכות לחופש הביטוי של מוסדות התרבות, אשר תקציבם ייגרע ביחס למוסדות אחרים, בשל דרך התנהלותם הפסיבית.

81. משכך, שומה עלינו לברר מהן התוצאות של הפגמים החוקתיים והמינהליים האמורים. הגישה השולטת בפסיקתנו ביחס לתוצאותיהם של פגמים חוקתיים ומינהליים באה לידי ביטוי באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית. דוקטרינה זו מורה כי הקביעה שלפיה במעשה חוקתי, או מינהלי נפל פגם, איננה משמיעה כי המעשה הינו בהכרח בטל מדעיקרא (void), ואף איננה מחייבת את בית המשפט לבטלו. חלף זאת, לבית המשפט מוקנה שיקול דעת להתאמת הסעד למכלול השיקולים והנסיבות הרלבנטיים לעניין שלפניו (עיינו: ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337 (1981); ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645 (1982); בג"ץ 2918/93 עיריית קריית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 832 (1993); בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291 (1994). השוו: אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301 (2017)).

82. השימוש בדוקטרינת הבטלות היחסית מגלם בתוכו מתח בין שיקולי מדיניות משפטית שונים. מחד גיסא, המשפט הציבורי מעוניין להרתיע את הרשויות מפני הפרה של כללי המשפט החוקתי והמינהלי ושל זכויות שונות וכן לקדם את עקרון שלטון החוק, אשר גם רשויות המינהל כפופות לו, כמובן. מאידך גיסא, ניסיון החיים והניסיון השיפוטי מלמד כי נדרשת מידת מה של גמישות ביישומם של עקרונות משפטיים והחלתם על עולם המעשה, גמישות שלא תוכל להתקיים אם לא יתאפשר שיקול דעת בקביעתם של סעדים מינהליים (עיינו למשל: ברק-ארז 826-839; יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1993)).

83. הדרך להפעלתה של דוקטרינת הבטלות היחסית איננה תחומה ברשימה סגורה של מקרים, ואולם הפסיקה הכירה בשיקולים שעשויים להיות רלבנטיים לצורך כך. בין היתר, נקבע כי הגנה על הסתמכות של צדדים תמי לב על החלטות מינהליות, ראוי שתילקח בחשבון בעת קביעת הסעד שיפסק בגין פגם במשפט הציבורי (ראו: בג"ץ 6317/03 הקשת הדמוקרטית המזרחית נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פ"ד נח(5) 108 (2004)). עוד נקבע, כי יש להבחין בין מתן תוקף קבוע להחלטה פגומה, לבין החלטה של הבטלות רק באופן צופה פני עתיד, שאז קיימת נכונות רבה יותר להשתמש בסעד הבטלות היחסית (עיינו למשל: בג"ץ 6499/99 המפד"ל-המפלגה הדתית לאומית נ' הרב בן-עזרא, פ"ד נג(5) 606, 622-623 (1999)).

84. בענייננו, נחה דעתי כי לנוכח הפגמים שנפלו בסעיף הבנווס, ראוי שנורה על ביטולו. ואולם, סבורני כי בשים לב לשיקולים שנסקרו לעיל, ראוי כי ביטול זה יחול רק מכאן ולהבא. לעומת זאת, מוסדות תרבות שזכו בעבר ביתרון תקציבי מכוח סעיף הבנווס, לא יידרשו להשיב את הסכומים העודפים שהתקבלו אצלם. הטעם להשקפתי זו נעוץ בכך שביטול רטרואקטיבי של סעיף הבנווס, אשר יגרור השבה של הסכומים שניתנו מכוחו, עלול לפגוע במוסדות התרבות שקיבלו בעבר כספים מכוח סעיף הבנווס וסביר להניח שהסתמכו על כספים אלו כחלק מתחשיביהם הכלכליים. בהקשר זה יש לזכור כי מוסדות התרבות שצברו יתרון כלכלי מכוח סעיף הבנווס, פעלו בתום לב ומשכך גם אם מלכתחילה לא היה מקום להעניק ניקוד עודף לאותם מוסדות, הרי משעה שיתרון זה כבר ניתן, אין לשיטתי הצדקה לפגוע באותם מוסדות באמצעות חיובם בהשבה. נוכח האמור, ביטולו של סעיף הבנווס מכאן ולהבא, משקף בעיני איזון ראוי ומידתי בין השיקולים השונים העולים במכלול (עיינו עוד: ברק-ארז, בעמ' 837-839).

85. אחר הדברים האלה, הובאה בפניי חוות דעתו החולקת של חברי, השופט ד' מין, המבטאת תפיסה נוגדת, שאיננה מקובלת עליי בסוגיות של שוויון וחופש ביטוי, מה גם שהיא לא מערערת את האבחנות אותן הצעתי בהקשרים אלה לענייננו. עם זאת, כדי שלא להרבות פולמוס עם חברי, ארשה לעצמי רק להעיר כי עמדתו שהעותרת לא עמדה בנטל הבאת הראיות והשכנוע – מתעלמת ממשמעות העובדה שהוצא בעתירה צו על-תנאי. נפקותו של נתון חשוב זה הוא שהנטל עבר אל המשיבה להראות כי לא נפל פגם במעשיה, או בהחלטותיה (והעותרת מוחזקת כמי שהרימה את הנטל שרובץ עליה בהקשר האמור, כבר בשלב הצו על-תנאי) הנה כי כן, ככל שהמשיבה לא הצליחה לעמוד במסגרת ההתנגדות בנטל שהועבר אליה – דין הצו על-תנאי להפוך למוחלט (עיינו: בג"ץ 95/51 נכד ואח' נ' מנהל אגף המזון, משרד החקלאות, ירושלים, פ"ד ו 132, 140 (1952); בג"ץ

8150/98 תאטרון ירושלים לאמנויות הבמה נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נד(4) 433 (2000); יצחק זמיר "ראיות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפט וממשל א 295, 299-300 (1993); רענן הר-זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, 21-22 (1991)). זאת ועוד – אחרת. כפי שהראיתי בחוות דעתי, העותרת גם ביססה כדבעי את טענותיה בשלב ההתנגדות לצו על-תנאי.

סוף דבר

86. נוכח כל האמור לעיל, אם תישמע דעתי, אציע כי נבטל את הצו-על-תנאי שהוצא בעתירה ביחס לסעיף ההפחתה (נוכח היעדר הבשלות של סוגיה זו) ונהפוך את הצו-על-תנאי שהוצא בעתירה ביחס לסעיף הבונוס – למוחלט, באופן שסעיף הבונוס יבוטל מכאן ולהבא, מבלי שתחול חובת השבה כלשהי על מוסדות שזכו ליתרון כספי מכוח סעיף זה בעבר.

לאור התוצאה מוצע עוד כי המשיבה תישא בהוצאות העותרת בסך של 25,000 ש"ח.

המשנה לנשיאה

הנשיאה א' חיות:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופט ד' מינק:

1. אין בידי להצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר. לדעתי, התיקונים למבחני התמיכה אינם מפלים ואינם פוגעים בחופש הביטוי. משכך, לעמדתי יש לדחות את העתירה על כל חלקיה.

אקדמות מילין ושריות שותא

2. נקודת המוצא לדיון היא כי הענקת תמיכות משמשת כאחד מהכלים לקידום מדיניותן של רשויות המדינה בתחומים שונים. הלכה היא כי למדינה שיקול דעת רחב

בכל הנוגע להענקת כספי תמיכות למוסדות ציבור על פי סדרי עדיפות שהיא קבעה לעצמה (ראו למשל: בג"ץ 6976/05 המכללה לחינוך גופני ע"ש זינמן במכון וינגייט בע"מ נ' משרד החינוך, התרבות, המדע והספורט, פסקה 18 (11.8.2009) (להלן: עניין מכון וינגייט)), וכי שיקול הדעת הרחב נוגע גם להחלטה באלו אמצעים לבחור לצורך קידום תכלית מסוימת והאם נכון לכרוך מספר תכליות בהפעלת אמצעי מסוים (בג"ץ 3871/15 המרכז הרפורמי לדת ומדינה של התנועה ליהדות מתקדמת (רפורמית) בישראל נ' ממשלת ישראל, פסקה 22 (27.12.2016) (להלן: עניין המרכז הרפורמי)). כמו כן, אין למוסדות ציבור זכות קנויה לקבלת תמיכה (בג"ץ 5264/05 ישיבת "שבי שומרון" נ' שרת החינוך (16.11.2005) (להלן: עניין שבי שומרון); בג"ץ 11020/05 פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך, פסקה 10 (16.7.2006)).

לא למותר לציין את הנחיה מס' 1.2005 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה בעניין "תמיכת המדינה במוסדות ציבור לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985" אשר נקבע בה:

"ניתן להוסיף אמות מידה לתמיכה במוסד ציבור שתכליתן לעודד את מוסד הציבור לבצע פעולות מסוימות שאינן לב עשייתו, ושאינן קשורות למטרתה העיקרית של התמיכה, כגון קידום זכויותיו של הפרט, למשל בדרך של יצוג הולם בקרב עובדי מוסד הציבור לאוכלוסיות מסוימת, ועוד; הכל במסגרת סמכותו של המשרד הממשלתי לקבוע כללים שונים במבחי התמיכה, לקידום כלל המטרות שהוא או הממשלה מבקשים לקיים, ולשיקוף מכלול האינטרסים הלגיטימיים שלו" (סעיף 7.3, ההדגשה אינה במקור – ד.מ.).

הנחייה זו של היועץ המשפטי לממשלה עולה בקנה אחד עם נקודת המוצא המתוארת לעיל, המקנה למשרדי הממשלה סמכות רחבה לקבוע במסגרת מבחני התמיכה תנאים סבירים אשר יש בהם כדי לקדם את המטרות הלגיטימיות של משרד ממשלתי או של הממשלה. זוהי אפוא המסגרת לאורה יש לבדוק את שתי הטענות העיקריות שהעלתה העותרת בענייננו נגד סעיפי התיקון אשר נוספו למבחני התמיכה במהלך שנת 2016 – "סעיף הבונוס" ו"סעיף ההפחתה" (כפי שהגדירם חברי). האחת, כי סעיפי התיקון מפלים הפליה אסורה בין מוסדות תרבות; השנייה, כי סעיפי התיקון פוגעים בחופש הביטוי של מוסדות התרבות. אבחן טענות אלה, אחת לאחת.

3. אך טרם דיון בגופן של הטענות, אוסיף מספר מילות פתיחה נוספות בתגובה לחוות דעתו של חברי. שלא כדעת חברי, איני רואה מקום להבחין בין סעיף הבונוס לבין



סעיף ההפחתה לעניין "בשלות" הדיון. אכן חברי מציע כי העתירה תדחה בכל הנוגע לסעיף ההפחתה (ועל כך איני מלין). אלא שאני סבור כי דין שני הסעיפים זהה. כמו כן, אינני סבור כי טרם בשלה העת להכריע בגורל סעיף ההפחתה. עצם העובדה שהסעיף לא "הופעל", במובן זה שאף מוסד תרבות לא "נפגע" ממנו ולא הופחת ניקוד בפועל בגין עמידה בתנאיו, אין משמעותה כי הסעיף לא "יושם". אדרבה, יש בכך כדי לתמוך בטענת המשיבה כי הסעיף כולל בתוכו מנגנון אשר יבטיח הפעלתו באופן מבוקר ובהתאם לשיקול דעת דקדקני וזאת באופן התומך בטענתה בדבר מידתיות הסעיף. על כן בחינת הסוגיה שלפנינו אשר תובא להלן, תתייחס לשני הסעיפים כאמור.

4. סוגיה נוספת אליה התייחס חברי, היא זכות העמידה של העותרת. כפי שפירט חברי, המשיבה טענה בעניין נטלי הראיה, כי העובדה שמוסדות התרבות לא הגישו עתירה בעצמם, מכבידה את הנטל הרובץ על העותרת. בעניין זה, לא רק שמקובלת עליי טענת המשיבה בהקשר זה, אלא שכלל לא ברורה זכות העמידה של העותרת להגיש עתירה מעין זו. אין לי אלא לחזור על הכלל שנפסק מימים ימימה, לפיו אין מקום לפתוח את שערי בית משפט זה בפני עותר ציבורי אשר עתירתו מעמידה לדיון אינטרסים אישיים של פרטים או מוסדות אשר יכלו להגישה בעצמם (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז (2) 62, 69 (2003); וראו גם: בג"ץ 4244/17 הר שמש נ' מנהל רשות המיסים, פסקה 4 (12.4.2018); בג"ץ 837/19 עו"ד יוסי פוקס נ' היועץ המשפטי לממשלה (4.2.2019); בג"ץ 1416/19 עמותת הרצליה למען תושביה נ' היועץ המשפטי לממשלה (28.2.2019); בג"ץ 1724/18 שמיר נ' שרת המשפטים ח"כ איילת שקד, חוות דעתו של השופט א' שטיין (11.6.2019)). ענייננו נופל באופן מובהק בגדר אותם המקרים אשר בהם לא היה מקום לפתוח את שערי בית משפט זה בפני עותר ציבורי.

5. כאמור, טענת העותרת התמצתה לעניין זה בכך שגופי התרבות חוששים להגיש עתירה משלהם. אמתלאות נוספות הובאו במסגרת מכתב מאת "הפורום למוסדות תרבות ואמנות" (להלן: הפורום), אשר ציין כי לא מצא לנכון להגיש עתירה משנודע לו על כוונת העותרת לעשות כן, בהתחשב במשאביו המוגבלים, במאבקים אחרים שניהל באותה עת וכי הוא אינו ממהר להיכנס לעימות משפטי עם משרד התרבות. קשה לראות בנימוקים אלה משום נימוקים מספקים, אף לא לפי אמת מידה מקלה ביותר. כפי שציינה המשיבה, אין חולק כי הפורום הגיש עתירה מטעמו בעניינם של אותם סעיפי התיקון (בג"ץ 3218/16), מבלי שניתנה התייחסות במסגרת אותה עתירה לסוגיות המטרידות את מנוחתה של העותרת בעתירה שלפנינו. משכך, קשה להלום את הטענה בדבר "חשש" מניהול הליך משפטי נגד המשיבה (השוו: בג"ץ 2723/19 עמותת עיר עמים נ' מפקד מחוז

ירושלים, פסקה 12 (19.5.2019). אף הטענה בדבר "משאבים מוגבלים" הינה קשה בנסיבות העניין.

6. מכל מקום, הואיל "והרכבת יצאה זה מכבר מהתחנה", ודרכה של העותרת לא נחסמה עד כה, לכל הפחות, יש ליתן משקל להשלכות שיש לעניין זה על מסגרת הדיון שלפנינו. הטעמים העומדים ביסוד התפיסה החוסמת את דרכו של עותר ציבורי מ"להתעבר על ריב לא לו", נעוצים בין היתר בהנחה כי כאשר אדם המושפע מפעילות שלטונית אינו עותר נגדה, משמעות הדבר היא כי אין צורך אמיתי בהתערבות שיפוטית. כמו כן, יש להניח כי במצב דברים מעין זה, עותר ציבורי אינו מצויד במכלול הנתונים והפרטים הצריכים לעניין (בג"ץ 4068/06 לם נ' בית הדין הארצי לעבודה (27.8.2006); בג"ץ 6972/07 ע"ד עקיבא לקסר נ' שר האוצר, פסקה 24 (22.3.2009)). לא זו אף זו, לעתים עמדתו של העותר הציבורי עשויה לעמוד בסתירה ישירה לאינטרס של הגורם הנוגע בדבר, ואף לפגוע בו (ע"א 962/07 ע"ד אמיר לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 14 (1.4.2007)). על העותרת מוטל אפוא נטל נכבד ומשמעותי ביותר לצורך הוכחת טענותיה לפגיעה בזכויותיהם של אלו אשר בחרו במודע שלא לעתור לבית משפט זה בסוגיות העומדות על הפרק. לא למותר לציין כי יתכן שמוסדות תרבות רואים בסעיפי התיקון משום הזדמנות להגדיל את היקף תמיכתם, ואף מטעם זה ראוי שטענות העותרת תבחנה בזהירות הראויה.

מכאן לגופה של הטענה לפגיעה בשוויון.

פגיעה בעיקרון השוויון

7. לצד שיקול הדעת הרחב שניתן למדינה בכל הנוגע להענקת כספי תמיכות למוסדות ציבור, מוטלת עליה החובה להפעיל שיקול דעת זה בקביעת מבחני התמיכה, כבכל תחום אחר, בהתאם לנורמות המשפט המנהלי. כמו כן, למרות שאין לאף גוף זכות קנויה לקבלת תמיכה מהמדינה כאמור, משהחליטה הרשות לקבוע מבחני תמיכה, בהתאם לתכליות שנקבעו ולמדיניות שברצונה לקדם, עליהם לעמוד בעיקרון השוויון (עע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 26 (2010) (להלן: עניין הבית הפתוח)). כך גם קובע סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: החוק), כי סכום שהוקצה לתכליות שהוגדרו צריך להיות מחולק על פי מבחנים שוויוניים, כאשר גם הסכום שנקבע לסוג של מוסדות ציבור "יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים" (סעיף קטן (ד)).

8. במסגרת זו חשוב להדגיש כי לא כל חלוקה "בלתי שוויונית" והבחנה בין גופים שונים מהווה הפליה. הפליה פסולה משמעותה הבחנה בין אנשים או מצבים מסוימים ללא הצדקה עניינית (בג"ץ 1268/09 זוזל נ' נציב שירות בתי הסוהר, פסקה 12 (27.8.2012); בג"ץ 9863/06 קר"ן – עמותת קטועי רגליים לוחמים נ' מדינת ישראל – שר הבריאות, פסקה 9 (28.7.2008); בג"ץ 5304/02 ארגון נפגעי תאונות עבודה ואלמנות נפגעי עבודה בישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 135, 141 (2004)). לצד זאת, גם כאשר מדובר בהבחנה רלוונטית, יש לבחון אם המשקל שניתן להבחנה מסוימת הוא סביר (בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 363-364 (1999) (להלן: עניין התנועה המסורתית); עניין הבית הפתוח, פסקאות 41-43). ככל שהבחנה מבוססת על טעמים הרלוונטיים לתכלית ההסדר הספציפי, וניתן לה משקל ראוי בהתחשב בין היתר בשאר תכליות ההסדר, אין מדובר בהפליה פסולה (ראו למשל: בג"ץ 11956/05 בשארה נ' שר הבינוי והשיכון, פסקאות 8-9 (13.12.2006); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 135 (1995) (להלן: עניין מילר); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי, עמ' 684-695 כרך ב (2010)). כמו כן, את ערך השוויון יש לאזן מול ערכים ואינטרסים ראויים אחרים, ויש להתחשב במשאבים הכספיים העומדים לחלוקה אשר מטבע הדברים הינם מוגבלים (עניין התנועה המסורתית, עמ' 366).

9. עוד יש לציין, כפי שפירט חברי בפסקה 54 לחוות דעתו, כי החובה המנהלית לנהוג בשוויון היא רחבה מההגנה על הזכות החוקתית לשוויון ואף כוללת מצבים בהם ההפליה לא פוגעת בזכות חוקתית זו (עניין הבית הפתוח, פסקה 40). ברם, ואף כי השוויון החוקתי צר יותר מהשוויון המנהלי, הדרישה לנקיטת זהירות בהפעלת ביקורת שיפוטית על פעילות רשות מנהלית – לה עומדת חזקת התקינות המנהלית – עומדת בעינה. התוצאה תלויה לא רק בעוצמת הפגיעה – שכן אין דינה של פגיעה קלה או פגיעה שאינה מהותית כדינה של פגיעה קשה – אלא גם בעוצמת האינטרס שנפגע. כך אין דינה של פגיעה בזכות קנויה כפגיעה ב"ציפייה לקבל, או להמשיך ולקבל, סובסידיה" (בג"ץ 7691/95 חבר-כנסת גדעון שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, 611 (1998)).

10. בענייננו, עיקר טענת העותרת בקשר לפגיעה בשוויון היא כי מתן "תנאים מועדפים" למוסדות תרבות שפעילותם מיועדת לאוכלוסייה מסוימת, "על חשבונם של מוסדות תרבות אחרים", מהווה פגיעה בזכות לשוויון. כלומר, על פי הטענה, משרד התרבות אינו רשאי לתמוך באופן שונה במוסדות תרבות אשר מופיעים באזור מסוים לעומת מוסדות תרבות אשר נמנעים מלעשות כן. בנוסף נטען כי מדובר בענייננו לא רק בפגיעה בזכות לשוויון על בסיס "קריטריון גאוגרפי", אלא גם על בסיס "דעה פוליטית". לדעתי, לא ניתן לקבל טענות אלה, ואין בהן כדי לבסס עילה להתערבות שיפוטית של

בית משפט זה. לא רק שאין בסיס לטענה בדבר פסלות "הקריטריון הגאוגרפי", אלא שהעותרת גם לא הניחה כל תשתית לביסוס טענת ההפליה או הפגיעה בשוויון. וארחיב.

11. ראשית, יש להידרש לתכלית מבחני התמיכה ומהותם. כפי שניתן להבחין מסעיף "מטרות התמיכה" בכל אחד ממבחני התמיכה (בשינויים קלים בין אחד למשנהו), התמיכה נועדה לקדם את היצירה התרבותית הישראלית במישורים שונים. הן מבחינת איכותה של היצירה התרבותית והן מבחינת היקפה ומידת היחשפותה לאוכלוסיות רבות ככל הניתן. אחת מתכליות התמיכה המרכזיות, היא לסייע למוסדות התרבות לפעול ברחבי הארץ ולתמרץ מוסדות כאמור להופיע בפני מגוון רחב ככל האפשר של קהלים, מתוך מטרה לעודד צריכת תרבות על ידי מגוון אוכלוסיות, בהתאם לצרכים התרבותיים השונים והמגוונים של כלל אזרחי ישראל. המשיבה אף הבהירה כי עמדת משרד התרבות היא כי רכישת הרגלי צריכה מבוססים של תרבות, נשענת בעיקרה על מידת הנגישות לתרבות. לדעתה, קיימת חשיבות מכרעת לפעילות תרבותית בסביבת המגורים הקרובה של אזרחיה.

12. בענייננו, אם כן, לא יכולה להיות מחלוקת, והלכה למעשה גם העותרת לא חלקה על כך, כי הנגשת התרבות לכלל אזרחי ישראל הינה תכלית ראויה. די בכך אפוא כדי לדחות את טענת העותרת כי מתן "תנאים מועדפים" למוסדות תרבות המופיעים בפני אוכלוסייה מסוימת – שנגישותם לתרבות נמוכה – מהווה כשלעצמה פגיעה בזכות לשוויון. אלא שלשיטת העותרת, משרד התרבות רשאי לשקול שיקולים כגון פיזור גאוגרפי של ההרצות, אך עליו להסתפק בקריטריון שעניינו מרחק גאוגרפי מאזור המרכז. ברם, בעניין זה תשאל השאלה: כלום משרד התרבות אינו רשאי להתוות קריטריונים נוספים, המתייחסים לאזורים נוספים אשר להם מאפיינים אחרים – מלבד מרחק גאוגרפי מהמרכז – היוצרים מרחק "תרבותי" והסובלים מ"נחיתות" במופעי תרבות (וזאת במנותק מהשאלה בדבר קיומה של תשתית עובדתית לביסוס "נחיתות" זו)? בהינתן התכלית שעניינה תמרוץ מוסדות תרבות להופיע לפני מגוון רחב ככל האפשר של קהלים, בסביבת מקום מגוריהם של אותם קהלים, המוקד הוא בעידוד פרישתן של הרצות על פני כמה שיותר אזורים, בין אם הגורם לכך שבאיזור מסויים נערכות באופן משמעותי פחות הרצות נובע ממרחק גאוגרפי, ממרחק "תרבותי" או מכל סוג אחר של "מרחק".

13. המשיבה הגיעה לכלל מסקנה כי קיימת הצדקה לתמרץ במיוחד קיומם של מופעי תרבות באזור יהודה והשומרון, לאחר שמצאה כי אזור יהודה ושומרון סובל מ"נחיתות תרבותית" במובן זה שקיים פער משמעותי בין מספר המופעים המתקיימים באזור זה לבין יתר חלקי הארץ, ואף ביחס לאיזור הנגב והגליל. בעיקר נטען על ידי העותרת

בהקשר זה כי מאחורי התמריץ שניתן למי שיופיע באיזור יהודה ושומרון מסתתר למעשה שיוך "פוליטי". אלא שהמשיבה הצביעה על שיקול ענייני המתייחס לכמות הרצות נמוכה באיזור הנגב והגליל וכמות הרצות נמוכה משמעותית באזור יהודה ושומרון. בהינתן העובדה שמבחני התמיכה (ובכלל זה משתנה "מיקום ההרצות") מבקשים לתמרץ ביצוע הרצות באזורים אשר סובלים מחוסר נגישות לתרבות, הקריטריון שעניינו ביצוע הרצות באזורים בהן נמצאה כמות נמוכה של הרצות הינו בגדר שיקול ענייני הנוגע למהות הפעילות הנתמכת ומטרת התמיכה. מכאן מתבקשת המסקנה, כי ההבחנה בין מוסדות המופיעים באזורים בהם נמצאה כמות הרצות נמוכה, לבין מוסדות שאינם עושים כן, קשורה בקשר ענייני לתכליות מבחני התמיכה, כאמור.

14. מעבר לכך, לא רק שההבחנה בסעיפי התיקון מבוססת על טעמים הרלוונטיים לתכלית ההסדר, אלא שגם המשקל שניתן להבחנה – בין מוסדות תרבות המופיעים באזורים הסובלים מחוסר נגישות לתרבות לבין אלו שאינם עושים כן – הוא סביר ביחס לשאר המשתנים הרלוונטיים. לצורך בחינה זו, אזכיר כמה מהמאפיינים העיקריים של סעיפי התיקון:

א. אמות מידה לעומת תנאי סף – סעיפי התיקון הרלוונטיים עניינם באמות המידה שנקבעו לתמיכה. סעיפי התיקון אינם קובעים כתנאי סף, כי מוסד תרבות אשר נמנע מלהופיע באזור מסוים, לא יוכל לקבל תמיכה מהמדינה. כל שנקבע הוא כי מוסד תרבות אשר ייעשה כן, יקבל ניקוד יחסי גבוה יותר; ומוסד אשר ימנע מלעשות כן (ורק אם ימנע מלהופיע באזורים נוספים המנויים בסעיף ההפחתה), יקבל ניקוד נמוך יותר בחישוב הניקוד היחסי המהווה בסיס לחישוב התמיכה בו. הבחנה זו בין אמות מידה לתנאי סף היא משמעותית ביותר, שכן תנאי סף מטבע היותו, קובע את קו הגבול בין מי שיהיה זכאי לתמיכה, לבין מי שנשללת ממנו תמיכה, בעוד שבמסגרת אמות המידה נקבעים הקריטריונים על פיהם ייקבע שיעור התמיכה (ראו גם: בג"ץ 2023/19 תיאטרון האינקובטור נ' שרת התרבות והספורט, פסקה 10 לפסק דיני (8.8.2019)).

אין משמעות הדבר כי "אמת מידה" (להבדיל מ"תנאי סף") אינה ניתנת לביקורת שיפוטית. במקרים המתאימים ניתן להעמיד לבחינה משתנה אשר אינו בגדר תנאי סף. אך נראה כי הפעלת ביקורת שיפוטית במקרים כאלו צריכה להיות שמורה למקרים קיצוניים ובשים לב לפסיקה שהתוותה את מערכת השיקולים הרלוונטית לעניין, ובכלל זה בעיקר, אך לא רק, בהתחשב בנתונים של משקל והיקף יחסי. שכן, לא פעם הפגם אשר הצדיק פסילת תנאי סף היה המשקל המכריע שניתן לאותו משתנה אשר בא לידי ביטוי במסגרת אותו התנאי. זאת כאשר עצם ההתבססות על שיקול ענייני אחד, בהתעלם

מיתר השיקולים הענייניים – הוא זה הפוגע בשוויון (ראו למשל: בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 285-286 (1997) (להלן: עניין תאטרון ארצי לנוער); וראו גם: בג"ץ 1447/03 פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך, פ"ד נט(3) 942, 957 (2004) (להלן: עניין פנים להתחדשות יהודית)). מנגד, טענה לפגיעה בשוויון או שיקול זר, בהינתן משתנה רלוונטי שנקבע כאמת מידה, אשר ניתן לו משקל סביר, כלל אינה מובנית מאליה, וצריכה להסתמך על תשתית רחבה ומבוססת ביותר.

ב. היקף ההשפעה – מידת ההשפעה של הימנעות המוסד מלהופיע באזור מסוים על התמיכה שתינתן לו היא זניחה, ביחס לכלל המשתנים המשפיעים על שיעור התמיכה. סעיף ה"בונוס" קובע כאמור, כי עבור הרצה באזור יהודה ושומרון יוכפל הניקוד שניתן למוסד תרבות במשתנה "מיקום ההרצות" במקדם של 1.1. כלומר, לכל היותר, שיעור התמיכה של מוסד תרבות אשר נמנע מלהופיע באזור יהודה ושומרון, ייפגע – ביחס למוסד תרבות אחר אשר מופיע באזור יהודה ושומרון – בשיעור של עד 10 אחוזים במשתנה מיקום ההרצות. ואסביר.

סעיף 6 למבחני התמיכה השונים, ולצורך הדוגמה, מבחני התמיכה בתאטרונים,

קובע כך:

"6(א) בשלב ראשון לחישוב גובה התמיכה בתיאטרון, יחושב שיעור התמיכה הראשוני של התאטרון בכל אחד מהמשתנים המפורטים בסעיף 7, וזאת בהתאם ליחס בין הניקוד שצבר התאטרון במשתנה זה לבין סך הניקוד שצברו כל התיאטרונים באותו משתנה.  
(ב) בשלב השני יחושב השיעור המצרפי של כל תאטרון בכל המשתנים יחדיו, וזאת בהתאם למשקלו היחסי של כל משתנה, כמפורט בסעיף 7(א) (להלן – התחשיב הבסיסי)"

כפי שהסביר חברי, בשלב ראשון, מחושב שיעור התמיכה בכל אחד מהמשתנים שנקבעו. החישוב נעשה בהתחשב ביחס שבין הניקוד שצבר מוסד תרבות במשתנה ספציפי, לבין הניקוד שצברו יתר מוסדות התרבות באותו משתנה. היינו, הניקוד הסופי שניתן למוסד תרבות לגבי משתנה מסוים אינו מוחלט, אלא מושפע מהניקוד שקיבלו המוסדות האחרים באותו משתנה. בשלב שני, בהתאם למשקל שנקבע לכל משתנה במסגרת מבחן התמיכה, מחושב סכום התמיכה הכללי.

15. בענייננו, למשתנה הרלוונטי, משתנה "מיקום ההרצות", ניתן משקל של 8% לגבי מבחני התמיכה ללהקות מחול (סעיף 7(א)(ה)); 10% במבחני התמיכה לגופים כליים (סעיף 7(א)(6)); ו-17.5% במבחני התמיכה לתאטרונים (סעיף 7(א)(4)). הניקוד שיקבל מוסד מסוים במשתנה שעניינו "מיקום ההרצות" (אשר משקלו ביחס לכלל המשתנים הינו מוגבל, ונע כאמור בין 8% לבין 17.5% מושפע מהשאלה מהו הניקוד שניתן ליתר מוסדות התרבות לגבי אותו משתנה. התוספת בשיעור של 10% (מכפלה של 1.1 כאמור) שתינתן למוסד תרבות מסוים תשפיע באופן ספציפי על הניקוד שיקבל המוסד רק באותו משתנה (ולאחר חישוב היחס בין אותו ניקוד לבין הניקוד שניתן ליתר המוסדות), אשר מהווה חלק קטן משיעור התמיכה הכולל. באותו אופן, גם "סעיף ההפחתה", אשר מביא להפחתה של שלישי מהניקוד שניתן במשתנה "מיקום ההרצות" (אשר בפני עצמו מחושב כאמור באופן יחסי לניקוד שניתן ליתר המוסדות), הינו בעל השפעה מועטה על הניקוד הכללי. אף לעמדת בא-כוח העותרת אפוא, שיעור ההפחתה יכול להגיע לכל היותר ל-6% מסכום התמיכה הכולל (עמ' 1 לפרוטוקול הדיון מיום 24.1.2017).

16. לא למותר לציין בהקשר זה כי, כאמור לעיל, מוסד תרבות המקיים הרצה באיזור יהודה ושומרון לא מקבל על כך "ניקוד" עודף העומד בפני עצמו במסגרת "סעיף הבונוס". מבחני התמיכה יוצרים קשר הדוק בין התמריץ שניתן למוסדות התרבות אשר יופיעו באיזור יהודה ושומרון לבין התמריץ שניתן למוסדות התרבות המופיעים באזורי "הפריפריה הגאוגרפית", היינו באיזורים המרוחקים מאולם הבית או מתל אביב. התמריץ שניתן למוסדות תרבות אשר יופיעו באזור יהודה ושומרון בא בדמות הכפלת הניקוד שהמוסד קיבל במסגרת משתנה "מיקום ההרצות", היינו המשתנה אשר מתכלל את מידת ריחוקן של ההרצות מאולם הבית של המוסד או מתל אביב - במקדם של 1.1. מכאן שהתמריץ להופיע באיזור יהודה ושומרון אף מביא לעידוד ההרצות בנגב ובגליל הסובלים אף הם מחוסר נגישות לתרבות. שכן, ככל שמוסד התרבות מופיע יותר באזורים אלה, כך הכפלת הנתון במקדם של 1.1 כאמור תביא לניקוד גבוה יותר במשתנה "מיקום ההרצות". יתר על כן, אם מוסד תרבות יופיע רק באיזור יהודה ושומרון, ולא ירחיב את הרצותיו אל אזורים המרוחקים מאולם הבית או מתל אביב, לא יזכה אותו מוסד תרבות בהטבה כלשהי (שכן כאמור ה"תוספת" בגין הרצה באיזור יהודה ושומרון הינה אך "מכפלה" של ניקוד ה"בונוס" הניתן בגין הרצה מרוחקת מאולם הבית או מתל אביב. זאת למעט אם הדירוג הסוציו-אקונומי של היישוב שבו התקיימה ההרצה באזור יהודה ושומרון נמוך, אז ניתן למשתנה זה "ניקוד" בפני עצמו הזוכה ל"הכפלה"). בכך באה לידי ביטוי גם כן מידת ההשפעה המוגבלת מאוד הניתנת להיבט שעניינו הרצות באיזור יהודה ושומרון בפרט, ביחס להרצות בכל יתר חבלי הארץ.

ג. קיומו של הליך לצורך הפחתה ומתן מענה באמצעות חריגים למצבים שונים – על פי "סעיף ההפחתה", ההפחתה תיעשה רק לאחר קיום הליך הכולל שימוע כמו גם התייעצות עם "המדור" (אשר מתמנה על ידי "המועצה" כהגדרתה בחוק התרבות והאמנות, התשס"ג-2002 (להלן: חוק התרבות) ואשר חלק מחבריה נמנים על חברי "המדור"). כמו כן, בגדרי ההליך במסגרתו מתבצעת ההפחתה, נבחן גם קיומם של חריגים אשר אינם מצדיקים גריעה בניקוד, אף אם נמצא כי מוסד תרבות נמנע מלהופיע באזור יהודה ושומרון, הנגב או הגליל. כך כאשר מתקיימות נסיבות ביטחוניות חריגות מיוחדות; כאשר לא קיים מרחב מתאים לביצוע הפעולות (אלא אם קיימת חלופה סבירה או שניתן להתאים את המרחב בביצוע פעולות סבירות); או אם קיים טעם ענייני אחר אשר נמצא על ידי המדור כמוצדק (סעיף 7(1)(4)(א)-(ג)). היינו, במסגרת ההליך גם ניתנה הדעת לאפשרות כי טעמים ענייניים יצדיקו הימנעות מהופעה באזור מסוים, מבלי שהדבר יביא להשפעה על הניקוד או להפחתתו. על פי סעיף 4(א) לחוק התרבות, "המועצה" מורכבת מאנשים "בעלי מעמד" ו"המעורים" בתחומי תרבות ואמנות "שאינם עובדי המדינה", וחזקה כי חבריה והמתמנים על ידה יבחנו באופן ענייני ובלתי תלוי את התקיימותם של החריגים במקרים המתאימים. ההליך הקודם להחלטה על הפעלת סעיף ההפחתה הינו אפוא מורכב, אינו אוטומטי ומביא בחשבון שיקולים רלוונטיים.

17. אם כן, בעוד שמבחני התמיכה כוללים התחשבות במכלול משתנים מקצועיים רלוונטיים, המשתנה שעניינו הרצה באזור שבו קיים מרחק "תרבותי", משפיע באופן זניח על סך הניקוד ועל שיעור התמיכה לו יזכה מוסד פלוני. להבחנה בין מוסד תרבות אשר נמנע מלהופיע באזור מסוים לבין מוסד תרבות אשר לא נמנע מלעשות כן, ניתן משקל סביר ומתון ביחס למכלול המשתנים הרלוונטיים לעניין שיש בהם כדי להשפיע על גובה התמיכה, וביניהם מיקום ההרצות, כמות ההרצות, מורכות ההפקות, הוותק ועוד.

18. במצב דברים זה, על העותרת מוטל נטל הוכחה נכבד להוכיח כי סעיפי התיקון האמורים פוגעים בשוויון. חברי קבע כי המשיבה דווקא היא זו אשר לא הביאה סימוכין להוכחת הטענה כי אזור יהודה ושומרון הינו בגדר "פריפריה תרבותית". אלא שלטעמי, אף כי ניתן צו על תנאי, בקביעה זו חברי הפך את היוצרות והטיל על כתפי המשיבה את נטל הראיה המוטל על העותרת. לא למותר לציין בהקשר זה, כי התערבות שיפוטית בתחום חלוקת תמיכות על ידי רשויות המדינה תיעשה במתינות, מכוח ההלכה הפסוקה אשר קבעה גבולות צרים להתערבות בתחום זה (ראו למשל: עניין ישיבת שבי שומרון; בג"ץ 6488/17 תאטרון אלמידאן נ' משרד התרבות (22.7.2019)). יש גם להזכיר את מה



שצוין לעיל בדבר זכות העמידה ביחס לנטל ההוכחה המוטל על העותרת, בהתחשב כאמור בכך שאף מוסד תרבות לא הגיש עתירה בעניין וטען לפגיעה בזכויותיו.

19. כאמור לעיל, המשיבה אכן הצביעה על שיקולים רלוונטיים וענייניים ההולמים את התכלית הראויה של הנגשת התרבות בפריפריה, לרבות "הפריפריה התרבותית" המוגדרת, וכי ניתן להם משקל סביר בנסיבות העניין (וראו: בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עליה, פסקה 11 (19.5.2009) (להלן: התנועה ליהדות מתקדמת); עניין מכוון וינגייט, פסקה 18)).

20. כידוע עוד, למשיבה כרשות מנהלית עומדת חזקת התקינות המינהלית, ועל העותרת מוטל הנטל להפריכה, בהתבסס על תשתית ראייתית הולמת (ראו למשל: בג"ץ 5801/15 דיבובי אהרון מאיר (ע"ד) נ' ממשלת ישראל משרד החינוך ועדת התמיכות, פסקה 31 והאסמכתאות שם (16.1.2018)). בענייננו, מלבד העלאת טענה כללית, העותרת לא ביססה את עתירתה על תשתית ראייתית הולמת או אף על תשתית ראייתית כלשהי. העותרת לא הציגה כל נתונים המעוררים ספק בדבר תקינות פעילות הרשות המנהלית בהקשר זה. הלכה למעשה לטענת העותרת די בעצם העלאת הטענה כי המשיבה "מסווה" את "המניע האמיתי" להבחנה שבוצעה, כדי להעביר את הנטל לכתפיה. זאת לא ניתן לקבל.

21. ויובהר, אין באמור כדי להתעלם מההלכה הפסוקה בעניין הקושי הקיים, לעתים, בהוכחת שיקולים זרים או פסולים מטעם הרשות, שאינם תמיד נגלים לעין; מכך שהפליה יכולה להיעשות גם על דרך "ההסוואה", היינו על בסיס קריטריונים אובייקטיביים כביכול; מכך שהחלטה של רשות מנהלית עשויה להיפסל מפני שתוצאותיה מפלות בפועל גם אם לא פעלה הרשות מתוך כוונה להפלות (ראו למשל: עניין הבית הפתוח, פסקאות 38, 45-47 לפסק דינו של השופט י' עמית; פסקה 3 לפסק דינו של חברי, המשנה לנשיאה, ח' מלצר). ואכן, כאשר נמצא כי בהחלטת הרשות יש משום הפליה, הנטל מוטל על הרשות להוכיח כי אין מדובר בהפליה פסולה אלא מוצדקת (בג"ץ 6407/06 דורון, טיקוצקי, עמיר, מזרחי עורכי דין נ' שר האוצר, פסקה 34 (23.9.2007); עניין מילר, עמ' 135-136; עניין התנועה המסורתית, עמ' 366-367). ברם, בהתחשב במכלול הנסיבות בענייננו, אינני סבור שהעותרת הצביעה על תשתית כלשהי שיש בה כדי להעביר את נטל ההוכחה אל כתפי המשיבה. ונזכיר, מדובר בבחינת אמות המידה במסגרתן ניתן משקל מועט ביותר ואף זניח לתמריץ שעניינו ביצוע הרצות ב"פריפריה התרבותית". כפי שפורט בפסקה 16 לעיל, אותו משתנה אף מגדיל באופן אוטומטי את הניקוד שינתן בגין כלל ההרצות באיזור הפריפריה (כאשר השיקול שעניינו תמרוץ ההופעות במרחק גאוגרפי

מתל אביב כלל אינו שנוי במחלוקת כאמור). כלומר, משתנה "מיקום ההרצות" קשור בטבורו לקידום אינטרסים אחרים שאינם שנויים כלל במחלוקת. היש בנסיבות אלו כדי לעורר את ה"חשד", אשר לא התבסס על דבר מלבד הערכה סתמית מצד העותרת, לשיקולים זרים, ל"הפלייה" ולו תוצאתית, בעוצמה כזו, שיש בה כדי להעביר את נטל ההוכחה לכתפי המשיבה? אינני סבור כך.

22. אכן יש נסיבות שבהן ההפליה היא ברורה וגלויה. אכן יש נסיבות בהן ההפליה אינה גלויה, אך אותותיה הם בגדר "הדבר מדבר בעד עצמו". או אז, העברת נטל ההוכחה אל כתפי הרשות המנהלית מוצדקת. ניתן לומר באופן היפותטי, כי יתכן שכך היה הדבר אם על פי סעיפי התיקון הייתה נשללת ממוסד תרבות כל תמיכה, אם הוא לא היה מופיע כלל באזור ה"פריפריה התרבותית". או למשל, אם היה ניתן למשתנה זה משקל מכריע לעניין היקף התמיכה לה היה זוכה מוסד תרבות (לדוגמה, אם מוסד תרבות אשר היה מופיע ב"פריפריה התרבותית" היה זכאי להיקף תמיכה כפול מזה שהיה זכאי לו מוסד תרבות שהיה נמנע מכך). לא כך הוא המצב בענייננו. יש לשוב ולהדגיש, כשיקול דומיננטי ואף מכריע, כי אין מדובר בענייננו בתנאי סף, כי המשקל שניתן למשתנה "מיקום ההרצות" בהתייחס ליתר התבחינים, הוא נמוך, ולנתון שעניינו ביצוע הרצות באזור ה"פריפריה התרבותית" ניתן משקל פעוט ביותר (זאת אף לשיטת העותרת, כאמור).

לא בכדי, העותרת לא הביאה לפנינו אסמכתא ולו מקרה אחד אשר בו התקבלה עתירה אשר במסגרתה נתקפו אמות מידה, לעומת תנאי סף. ואימתי נפסלו תבחינים שנקבעו במסגרת מבחני תמיכה השונים? נסקור מספר מקרים מרכזיים בקצרה:

(א) בעניין תאטרון ארצי לנוער, נשלל תנאי סף אשר התייחס לוותק התיאטרון כקריטריון מכריע, ושלל לחלוטין תמיכה ממוסדות שאינם ותיקים;

(ב) בעניין התנועה המסורתית נשלל תנאי סף אשר התייחס למדד "כמותי", המבחין בין ארגון "אזורי" העוסק בביצוע פעולות תרבות תורנית לבין ארגון "ארצי" שעיסוקו כאמור, כקריטריון מכריע לעניין קבלת תמיכה או שלילתה (וראו גם: עניין פנים להתחדשות יהודית, אשר גם במסגרתו נשלל מדד כמותי כתנאי סף מכריע);

(ג) בעניין התנועה ליהדות מתקדמת נשלל תנאי סף שהתייחס להבחנה בין מכון גיור אורתודוכסי לבין מכון גיור שאינו אורתודוכסי, ממנו נשללה כל תמיכה;

(ד) בעניין הבית הפתוח נשלל תנאי סף שהתבסס על קריטריון "גאוגרפי" אשר הביא להדרתה של קבוצה "חשודה".

במקרה אחר מקרה, נפסלו סעיפים אשר במסגרתם נשללה תמיכה, על בסיס קריטריון בודד אחד ויחיד שנקבע כתנאי סף שניתן לו משקל מכריע. נסיבות המקרה שלפנינו רחוקות אפוא כרחוק מזרח ממערב מנסיבותיהם של מקרים אלו.

הנה כי כן, בנסיבות אלו, אינני סבור כי ניתן לקבל את העתירה, אך מהטעם שהמשיבה – אשר הציגה כאמור נתונים המצביעים על שיעור הרצות נמוך באיזור יהודה ושומרון – לא הציגה "נתונים נוספים" שיש בהם כדי "לקבוע שתושבי יהודה ושומרון אכן מופלים לרעה מבחינת מידת נגישותם לתרבות". עוד פחות מובנת מאלה קביעת חברי, כי לצורך הותרת סעיפי התיקון על כנם, נדרש מסד נתונים על פיו ניתן יהיה ללמוד אם מיעוט ההרצות באזור יהודה ושומרון לא נובע מכך שתושביו נוסעים לתל אביב לשם צפייה בהרצות. כאמור לעיל, על פי עמדתו המקצועית של משרד התרבות, קיימת חשיבות בצריכת תרבות דווקא במקום המגורים. כאמור לעיל, אחת מתכליות התמיכה המרכזיות, נוגעת לעידוד ולקידום היצירה התרבותית הישראלית מבחינת מידת היחשפותה לקהלים רבים ככל האפשר. המשיבה הבהירה כאמור את חשיבות הנגשת התרבות, המושפעת במישרין מהקרבה למקום המגורים, לצורך רכישת הרגלי צריכת תרבות ישראלית. אין אפוא מקום לקבוע כי יש בנסיעה לעיר תל אביב כדי להוות חלופה או גורם שיש לקחת בחשבון. ההיפך הוא הנכון. אימוץ חלופה מעין זו, נוגד את תכלית קידום האפשרות של צריכת תרבות בסמוך למקום המגורים.

23. על כל אלה, קבע חברי לבסוף כי לא הוצגו על ידי המשיבה די נתונים שיש בהם כדי להצביע על כך שהאזור היחידי בישראל אשר מוצדק כי ינתן לו תמריץ מיוחד, הוא איזור ה"פריפריה התרבותית" (אותו חברי מכנה "פריפריה חברתית") ביהודה ושומרון. אלא שהחובות העומדות על הפרק – לשמור על עקרונות של שוויון וסבירות, לשקול שיקולים ענייניים ולהתייחס באופן שווה לקבוצות אשר אין ביניהן שוני רלוונטי – אינן מטילות חובה אקטיבית על הרשות להוכיח כי אין בנמצא אזורים אחרים כלשהם אשר מוצדק גם כן לתמצם במידה דומה. מדובר בחובה מוגברת אשר מקורותיה לא ברורים. זאת כאמור אף מבלי שהונחה תשתית כלשהי לקיומם של "אזורים" כאמור, בוודאי בהיעדר "עותר" המייצג את אותם "אזורים" עלומים אשר נקבע כי יתכן שהם עונים גם כן להגדרת "פריפריה חברתית" כהגדרת חברי (השוו: עניין המרכז הרפורמי, פסקה 25).

24. זאת ועוד, נציין היבט נוסף אשר יש בו כדי לחדד את בעייתיות נימוק זה כשיקול לפסילת סעיף הבונוס במבחני התמיכה. נניח כי הייתה מוגשת עתירה על ידי "אזור" נוסף דמיוני הטוען כי גם הוא עונה על גדרי אותה "פריפריה חברתית", ומגיע גם לו לקבל תוספת תמיכה בהינתן העובדה שמדובר בקבוצה הדומה במאפייניה לאיזור יהודה ושומרון. לכל היותר היה בטיעון זה כדי להביא להחלת אותם כללים בעניין תוספת הניקוד החלה על הרצה באיזור יהודה ושומרון גם על אותו עותר. לא ברור כיצד הטענה התאורטית לכך שלא הוכח כי אין עוד איזורים אשר עשויים להעלות טענה היפותטית להיותם עונים על אותו קריטריון של "פריפריה חברתית", מבססת כשלעצמה נימוק שיש בו כדי להביא לפסילת הסעיף. חברי גם שם פה לאילם ואם נצעד במשעול בו הלך חברי, לא מן הנמנע כי יש מקום לדרוש מהמשיבה לקחת בחשבון נתונים נוספים שלא נלקחו בחשבון ואותם ניתן להעלות על הדעת. כגון טיב הדרכים, דלות התחבורה הציבורית ועוד. נתונים אשר ייתכן שמגבירים דווקא את הצורך בהנגשת התרבות במקומות אלו.

25. על רקע כל האמור לעיל, אני סבור שהעותרת לא הניחה את התשתית הנדרשת על מנת להוכיח שהטענות התיאורטיות שהיא מציגה (כעותרת ציבורית) מצביעות על הפליה מצד המשיבה, או על שיקול לא ענייני אחר העומד בבסיס הוראות התיקון.

ועתה לבחינת הטענה בדבר פגיעה בחופש הביטוי.

פגיעה בחופש הביטוי

26. כהערה מקדימה, עלינו להניח כי לא כל היבטיו של חופש הביטוי הם בעלי אותה חשיבות וראויים לאותה הגנה. יתר על כן, השיקולים הם מגוונים ונוסחאות האיזון אינן פשוטות. אכן, על רשויות השלטון מוטלת חובה שלא לפגוע בזכותו של אדם לחופש הביטוי (ההיבט השלילי), ובמקרים מסוימים קמה למדינה גם החובה להגן על חופש הביטוי (ההיבט החיובי) (בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 821 (2012); אהרון ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב, עמ' 724-728 (2014)). אך גם "חופש הביטוי", ככל זכויות האדם, אינו מוחלט והוא בעל אופי יחסי (ראו למשל: בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית, פסקאות 8 ו-9 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (28.6.2006) (להלן: עניין מפלגת שינוי)). לעתים, הסדר מסוים מגלם איזון בין חופש הביטוי לבין ערכים אחרים שיש להגן עליהם (בג"ץ 7144/01 גוש שלום עמותה רשומה נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887, 892 (2002) (להלן: עניין גוש שלום)). הבחנה חשובה נוספת היא בין היקף הזכות לבין אופן מימושה וההגבלות עליה.

27. בפתח הדיון, יש לבחון האם מדובר כלל ב"ביטוי" הנכלל בגדר הביטויים עליהם חולש עיקרון חופש הביטוי. הן "סעיף הבונוס" והן "סעיף ההפחתה", מבקשים כאמור לתמרץ את מוסדות התרבות להגיע לאזורים בהם הנגישות לתרבות מוגבלת. השאלה היא אפוא, האם הימנעות מלהגיע למקום מסוים – מהווה "ביטוי" בהקשר זה.

28. "ביטוי" לעניין חופש הביטוי הוא כל "פעילות המבקשת להעביר מסר" (בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 673 (1997)). "היקפו של חופש הביטוי מתפרש על כל דרכי הביטוי, ועל כל צורות הביטוי, ועל כל תכני הביטוי" (עניין מפלגת שינוי, פסקה 10 לפסק דינו של הנשיא א' ברק). ניתן לומר כי ככל שמדובר בביטוי בדרך של ביצוע מעשה מסוים, יהיה המעשה נכלל בגדר "ביטוי", אם מדובר באמצעי המקובל לבטא בו מסר (ראו למשל: ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 573 (2016) (להלן: מדינה)). בהיבט זה, לא ניתן לומר כי הימנעות סתמית ממעשה מסוים נכללת בגדר "ביטוי". עם זאת, הימנעות מלהגיע למקום מסוים עשויה להתבסס על מגוון טעמים ונימוקים. נכון אני גם להניח כי הימנעות מלהגיע למקום מסוים, שההתיישבות בו נתונה למחלוקת ציבורית, יכולה לעלות בגדרי חופש הביטוי (ראו: בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015) (להלן: עניין אבנרי)). [במאמר מוסגר יש לציין את המובן מאליו, כי הימנעות מלהגיע לנגב ולגליל מפאת מרחקם ממרכז הארץ, אינה נכללת בגדר הפעולות "המבקשות להעביר מסר" ולא ניתן לסווג הימנעות כזו כ"ביטוי" החוסה תחת חופש הביטוי וראוי להגנה. על כן, ממילא אין כל רלוונטיות לעניין זה לדיון בעניין "סעיף ההפחתה" (בוודאי שלא על דרך "הקל וחומר") בכל הנוגע לאזורים אלה]. כמו כן, נקודת המוצא לדיון היא כי ההיבט של חופש הביטוי העומד על הפרק הוא "חופש הביטוי הפוליטי", שהינו אחד מההיבטים של חופש הביטוי שנתפשים כמצויים ב"גרעין" הזכות (ראו למשל: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 761 (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי)). ברם, האם סעיפי התיקון בענייננו פוגעים בהיבט גרעיני זה של חופש הביטוי באופן המביא לפסלותם? לצורך תשובה לשאלה זו יש לסווג את אופי הפגיעה הנטענת.

29. ראשית, אין חולק כי לא מדובר בענייננו בהגבלה ישירה של חופש הביטוי (בהיבט השלילי) – היינו, בהטלת מגבלה האוסרת באופן ישיר ביטוי מסוים – אלא לכל היותר בטענה להפרת חובת המדינה לתמוך ולממן ביטוי מסוים (בהיבט החיובי). ככל שמדובר בהגבלה ישירה של חופש הביטוי, הכלל הידוע והמחמיר שנקבע מימים ימימה (בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953)), מורה כי אין מגבילים את חופש הביטוי אלא כאשר הפגיעה הצפויה באינטרס המוגן העומד על הפרק (שלום הציבור, הסדר הציבורי, או אינטרס אחר) תהיה "בוודאות קרובה" קשה וממשית (ראו גם: בג"ץ

953/89 אינדודר נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 689 (1991); עניין מפלגת שינוי, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 19 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (8.10.2017)). לדוגמה: במקרה שבו הלין עותר על החלטת רשות מקומית להסיר מודעה בעלת תוכן פוליטי שפרסם על לוח מודעות (בג"ץ 6226/01 אינדודר נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 165 (2003)) נקבע כי לא מדובר בפרסום אשר יש בו כדי ליצור "בוודאות קרובה" פגיעה קשה ורצינית בשלום הציבור, ועל כן לא היה מקום להסיר את הפרסום. החלטת הרשות נפסלה. לעומת זאת, במקרה אחר, נבחנה הגבלה ישירה על חופש הביטוי הפוליטי אשר באה לידי ביטוי במסגרת חקיקת משנה. באותו עניין, נבחן האיסור על השמעת ביטוי בעל תוכן פוליטי במסגרת תשדירי פרסומות (עניין המפקד הלאומי). בית המשפט הכיר בחוקתיות האיסור, כאשר צוין בין היתר, כי מסגרת תשדירי הפרסומות לא נועדה מעצם טבעה לשמש במה להשמעת דעות אידיאולוגיות-פוליטיות שנויות במחלוקת (פסקה 47 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור ופסקה 43 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; וראו גם: עניין גוש שלום).

30. במוקד ענייננו כאמור סוגיה שונה הנגזרת מחופש הביטוי. היינו "החובה" לתמוך ולממן ביטוי מסוים. בתוך כלל המקרים הרלוונטיים שבהם מתעוררת החובה לתמוך בגדרי ההיבט החיובי בביטוי מסוים, אין אנו עוסקים בקשת המצבים שבהם החובה לתמוך באה לידי ביטוי בדרך של מימון הקצאת משאבים לצורך עמידה בתנאי רישיון שהוכתב על ידי רשות שלטונית. כך הם הדברים למשל כאשר מדובר במימון הקצאת האמצעים הדרושים לצורך קיום הפגנה. בית משפט זה אכן הכיר בחובת רשויות השלטון לספק אמצעים שיאפשרו למבקשים להפגין ולהביע את עמדתם הפוליטית, לעשות כן (יחד עם האפשרות להכתיב תנאים של זמן ומקום ואי-מתן רישיון במקרים המתאימים) (בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200 (2006)). בגדרי ההיבט החיובי גם הוכרה החובה של רשות מקומית לפתוח מתקנים המיועדים לשימוש הקהל הרחב כבמה לביטויים פוליטיים (עע"מ 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה האזורית משגב (4.4.2005)). הפרת חובות אלה, עשויה להיתפס כפגיעה בחובה המוטלת על רשויות השלטון להגן על חופש הביטוי. אולם, אין ענייננו כאמור באף אחד מהמקרים מסוג זה. אין המדובר בהגבלה ישירה של חופש הביטוי ואין מדובר בהפרת החובה לספק או לממן משאבים הנתונים בידי רשויות השלטון או הנדרשים על ידם. טענת העותרת היא כי הפחתת התמיכה בגוף מסוים, פוגעת בחופש הביטוי שלו והלכה למעשה המדינה מחויבת להקצות כספים גם לביטוי האמור.

31. גדריה של החובה להגן על ביטוי באשר הוא, באופן הכולל גם את הפן החיובי של "הגנה" זו בדרך של מימון ציבורי, אינם ברורים (להרחבה, ראו: מדינה, 583-592; אדם שנער "חופש הביטוי, חופש המימון ועקרון אי-ההנצחה" משפטים על אתר יב 29 (2018)). מדובר בסוגיה החולשת על שאלות שונות ומורכבות שרובן אינן מעניינה של עתירה זו. די לענייננו צירוף הנסיבות במקרה זה, המגלה לדעתי כי אין בטענה בדבר הפגיעה בחופש הביטוי – במובן של הפרת החובה לממן ביטוי מסוים – כדי להועיל לעותרת, כדלקמן:

(א) בראש בראשונה, הביטוי המדובר אינו נוגע לתוכן אומנותי של יצירה מסוימת. אין המדובר במבחני תמיכה הקובעים, לשם הדוגמה, תוספת ניקוד (או הפחתה) למוסד תרבות אשר תוכן יצירותיו מביע עמדה פוליטית מסוימת. אכן, תוכן אומנותי כשלעצמו נועד להביע טווח רחב של עמדות, ערכים ורעיונות, ובכלל זה עמדות אישיות, פוליטיות, אידיאולוגיות וערכיות מסוגים שונים. ברם, המקום והבמה אשר ישמשו לביצוע ההרצה והצגת התוכן האומנותי לא נועדו מעצם טבעם לשמש במה להשמעת עמדה אידיאולוגית (השוו: עניין המפקד הלאומי). גם האסמכתאות עליהן נשען חברי בקשר לאיסור להפלות אנשים או מוסדות על רקע ביטוי עמדותיהם, מלבד היותן דעות מיעוט, עניינן בתוכנם של ביטויים אומנותיים מסויימים (בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית יערים, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה (2) 821 (1971) – באשר לשלילת מימון מוזיקה כנסייתית; National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998) (להלן: עניין Finley) בעניין חוק המעניק בעת מתן תמיכה במוסדות, סמכות לשקילת שיקולים הנוגעים ל"אמונות וערכים").

(ב) נקודת המוצא בקשר לתמיכות במוסדות ציבור היא, כי אין למוסד תרבות זכות קנויה לקבלת תמיכה. ה"מגבלה" על חופש הביטוי העומדת על הפרק – במובן של הפחתה באופן יחסי של כספי התמיכה – צריכה להיבחן בהתייחס לשאלה אם קיים קשר ענייני בין הקריטריון "המגביל" לבין תכלית המבחן וקידום המטרה הרלוונטית, ואם ניתן לו משקל סביר בנסיבות העניין. בחינה זו דומה במהותה לבחינת השאלה אם מבחני התמיכה פוגעים בשוויון, שכן גם בעניין זה נדרשת הבחינה אם קיים קשר ענייני לתכלית, ואם ניתן למשתנה האמור משקל סביר בנסיבות העניין (על הקשר בין שני המבחנים עמד גם חברי בפסקה 80 לחוות דעתו, גם אם מסקנתו שונה משלי). שעה שעל פי עמדתי שהובאה בהרחבה לעיל, ההבחנה העומדת בבסיס ה"הגבלה" כאמור קשורה בקשר ענייני לתכליות מבחני התמיכה כאמור, וניתן לה משקל סביר ואף מתון מאוד בנסיבות העניין, אין מקום לפסילת סעיפי התיקון בשל אותה "הגבלה" נטענת על חופש הביטוי. אין צורך לחזור על כל פרטי הנמקתי שהובאו לעיל, אך אזכיר שוב, כי אין מדובר בשלילת תמיכה

(נתון ממנו מתעלם חברי, אשר מתייחס באופן זהה לשאלה אם מדובר במניעת מימון או בהפחתתו (למשל, בפסקה 76 לחוות דעתו)), כאשר מידת ההשפעה של הנתון שעניינו הימנעות מלהופיע באזור מסוים היא מועטה ביותר (בקשר לפגיעה שולית בזכות, ראו למשל: רע"ב 9552/09 כהן נ' שירותות בתי הסוהר, פסקה 16 (2.4.2012); בג"ץ 5917/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים, פסקה 27 (8.10.2009); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 470-469 (1995)).

32. ויודגש. גם אין המדובר בתוספת ניקוד (או הפחתה) למוסד תרבות אשר יצהיר על עמדה פוליטית כזו או אחרת. על כן, גם אין מקום לקבל את טענת העותרת כי מדובר בקריטריונים שנועדו לסמן עמדות פוליטיות. זכותו של אדם ושל מוסד תרבות להימנע מלהגיע לאזור מסוים בארץ – מסיבות שונות: מסיבות פוליטיות, מסיבות אישיות, מטעמי מרחק, מכיוון שנופי אותו מקום אינם נראים בעיניו, מכיוון שהדרך לאותם מקומות כרוכה בסיכון ועוד. מנגד, המדינה רשאית לתמרץ פרישה רחבה ככל הניתן של אירועי תרבות, תוך עידוד להופיע בכל חלקי הארץ ובמיוחד במקומות אשר נדרש תמריץ נוסף לצורך קידום קיום אירועי תרבות בהם.

33. לסיכום חלק זה, אין ענייננו כאמור בהגבלה ישירה של חופש הביטוי; אין ענייננו בהפרת החובה לספק או לממן משאבים הנתונים בידי רשויות השלטון או נדרשים על ידם. לדעתי המדינה אינה מחויבת להקצות כספים לביטוי מהסוג האמור, ואין מקום לקבל את הטענה כי מדובר בקריטריון שנועד לסמן עמדות פוליטיות, שעה שאין מדובר בדרישה להצהרה על עמדה פוליטית כזו או אחרת או בתנאי המתייחס לתוכן אומנותי כזה או אחר. בנסיבות אלו, חולק אני על קביעת חברי כי מדובר, בנסיבות העניין, בביצור "תפיסות הגורמים הפוליטיים" המרכיבים את הממשלה ואת "המשך שלטונה" בדרך של "חופש המימון" (פסקה 80 לחוות דעתו).

34. מכל מקום, גם את טענת העותרת לפגיעה בחופש האומנותי (להבדיל מחופש הביטוי), אשר נטענה כלאחר יד, אין להלום. כאמור, אין מדובר בענייננו בהגבלה על תכנים אומנותיים כלשהם, בהתערבות באופייה האומנותי של הרצה מסוימת או בהתערבות בשיקולים מקצועיים בתחום האומנותי של מוסד תרבות כלשהו. נזכיר את נקודת המוצא, כי ישנו סכום מסוים שאותו ניתן לחלק לפי קריטריונים ענייניים וסבירים. עצם העובדה שגוף מסוים אינו זכאי לתמיכה בשל אי-עמידתו בתנאי סף, או זוכה לתמיכה קטנה יותר בשל אחד מהשתנים שנקבעו, אינה מהווה פגיעה בחופש האומנותי שלו. אכן, אותו גוף יהיה זכאי לתמיכה מועטה יותר. אך בהינתן עוגה תקציבית מוגבלת בהיקפה, חלוקת הסכום בהתבסס על קריטריונים – סבירים ובעלי קשר ענייני לתכליות



רלוונטיות – הינה מתבקשת ואין בה כשלעצמה כדי לפגוע ב"חופש האומנותי" של גוף זה או אחר.

שדות זרים

35. לסיום, עוד הערה נוספת בקשר לפגיעה הנטענת בחופש הביטוי. ניתן, כפי שעשה חברי, לקבל השראה מסוימת מהפניית המבט אל מעבר למדינות היס. אלא שהשראה זו צריכה להיעשות בזהירות ובשים לב לנוסחאות האיזון השונות בין שיטת המשפט בישראל לבין שיטות משפט אלו, ובמיוחד לשיטת המשפט בארצות הברית אליה השווה חברי (ראו למשל: בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 419 (2006); עניין אבנרי, פסקה 4 לחוות דעתו של השופט עמית; אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית-המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 185 (מיכאל בירנהק עורך, 2006)). אציין בהקשר זה כי בית המשפט העליון האמריקאי קבע בעניין Finley (אליו הפנה חברי) בדעת רוב – בקשר לבחינת הגבלה על תוכן אומנותי (מה שאין כן בענייננו, כאמור) – כי חוק הקובע כי במסגרת בחינת הענקת תמיכה פדרלית ביצירות אומנותיות ניתן לכלול שיקולים שעניינם "סטנדרטים כלליים של הגינות וכבוד למגוון האמונות והערכים של הציבור האמריקאי" ("Consideration general standards of decency and respect for the diverse beliefs and values of the American public." (U.S. Code § 954 – National Endowment for the Arts), הינו חוקתי.

36. כך גם קבע בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991) (להלן: הלכת Rust), כי הממשל רשאי לעודד פעולות מסוימות לטובת הציבור ולהימנע מלתקצב גופים שאינם תואמים מדיניות מסוימת (ראו גם: Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980); וראו עוד: אוון פיס "החירות הפוליטית וחופש המימון" מעשי משפט ט(2) 243, 255 (2018), על היקפה של החירות הניתנת לנבחרי ציבור לעסוק בקידום מטרות ציבוריות בדרך של הימנעות ממימון ביטוי מסוים). השופט Rehnquist, כותב דעת הרוב בהלכת Rust, כתב את הדברים הבאים:

"The government can, without violating the constitution, selectively fund a program to encourage certain activities it believes to be in the public interest, without at the same time funding an alternate program which seeks to deal with the problem in another way. In so doing, the government has not discriminated on the basis of viewpoint; it

has merely chosen to fund one activity to the exclusion of the other." (p. 193).

ב-United States v. American Library Association, 539 U.S 194 (2003), הסתמך בית המשפט העליון האמריקאי על הלכת Rust כאשר קבע, בדעת רוב, כי חוק המחייב ספריות ציבוריות ובתי ספר ציבוריים להתקין תוכנות סינון לתכני תועבה כתנאי למימון פדרלי, הינו חוקתי. מנגד צוין, כי אם יבחרו ספריות שלא להסתמך על תמיכה פדרלית, הן תהיינה חופשיות לאפשר גישה לאינטרנט ללא הגבלות.

37. אומנם, בעניין אחר ( Agency for International Development et al. v. ) (Alliance for Open Society International, Inc., et al. 570 U.S 205 (2013)), צומצמה במובנים מסוימים הלכת Rust. עם זאת, גדריה של ההלכה כפי שהועמדו באותו עניין מחדדים את הרציונל הרלוונטי גם לענייננו. נקבע בדעת הרוב כי אין להתנות תמיכה ממשלתית לארגונים פרטיים הנאבקים בהתפשטות מחלת האיידס, באימוץ מדיניות המתנגדת לזנות. השופט Roberts, הבהיר את גבולות ההתערבות של בית המשפט באשר לקביעת תנאים שיש בהם משום הגבלה על חופש הביטוי. נקבע כי על מנת שמגבלה על חופש הביטוי תהיה תקפה, היא צריכה להיות בקשר רלוונטי לתמיכה ולפעילות הנתמכת מכוחה. מגבלה שיש בה פגיעה בחופש הביטוי שאינה עומדת בקשר ענייני לתמיכה, אינה חוקתית. ובלשונו:

"The relevant distinction that has emerged from our cases is between conditions that define the limits of the government spending programs – those that specify the activities congress wants to subsidize – and conditions that seek to leverage funding to regulate speech outside the contours of the program itself." (p. 214-215).

נמצא באותו עניין, כי המגבלה שנקבעה – אימוץ מדיניות ממשלתית בקשר לזנות – אינה חוקתית, שכן היא אינה רלוונטית למהותה של הפעילות הנתמכת – המלחמה באיידס. כלומר, על פי פסיקתו של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין זה, יש להבחין בין מגבלה על חופש הביטוי הרלוונטית למהות הפעילות הנתמכת, לבין מגבלה שאינה רלוונטית. גם על פי פסק דין זה אפוא, על פני הדברים, אין לפסול מגבלה אשר עומדת בקשר ישיר עם תכלית התמיכה. ניתן לראות אם כן, כי גם הפסיקה האמריקאית הלכה בדרך ניתוח דומה לניתוח שהוצג לעיל.

38. סיכומם של דברים. לדעתי, סעיפי התיקון – הן "סעיף הבונוס" והן "סעיף ההפחתה" – אינם פוגעים בשוויון. סעיפי התיקון עומדים בקשר ישיר עם התכלית שעניינה עידוד מופעי תרבות בקהלים רחבים ומגוונים. המשקל שניתן למשתנה האמור הינו סביר ומתון ואינו מצדיק את התערבותנו. גם אין לדעתי מקום לקבל את הטענה בדבר פגיעה בחופש הביטוי שעה שאין המדובר בענייננו בהגבלת תוכן אומנותי ומשלא נמצא כי סעיפי התיקון פוגעים בשוויון.

סוף דבר, אם דעתי הייתה נשמעת, הצו על תנאי שניתן היה מבוטל והעתירה הייתה נדחית.

ש ו פ ט

הוחלט בדעת רוב של המשנה לנשיאה, השופט ח' מלצר, בהסכמת הנשיאה א' חיות, כנגד דעתו החולקת של השופט ד' מין – כאמור בפיסקה 86 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה.

ניתן היום, י"ט באייר התש"ף (13.05.2020).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה