



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"מ 4058/16

לפני :

כבוד המשנה לנשיאה (בדימי') א' רובינשטיין
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל

המערערת :

עיריית גבעת שמואל

נ ג ד

המשיבים :

1. מכון אריק לפיוס סובלנות ושלוש ע"ש אריה
צבי פרנקנטל הי"ד
2. מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים בעת"מ 42673-09-15,
שניתן ביום 11.4.2016 על-ידי ס' הנשיא ו' מרוז.

תאריך הישיבה :

ג' בטבת התשע"ז (1.1.2017)

בשם המערערת :

עו"ד שחר בן עמי ; עו"ד איילתה אלה
עו"ד גלעד שר ; עו"ד חן לניר
עו"ד עמי אביעד

בשם המשיב 1 :

בשם המשיבה 2 :

פסק דין

השופט י' דנציגר:

האם לעירייה יש סמכות לייחד שטחי פרסום בעיר למודעות הנושאות תוכן
מסחרי בלבד? האם רשאת העירייה להסיר משטחי פרסום כאמור מודעות הנושאות
תוכן פוליטי? - בכך עוסק הערעור דנן.

1. מכון אריק לפיוס ושלום ע"ש אריק צבי פרנקנטל הי"ד (להלן: המכון), פרסם בשלטי חוצות בעיר גבעת שמואל מודעות בתשלום שמטרתן לעורר שיח ציבורי ביחס לסכסוך הישראלי-פלסטיני. הפרסום בוצע באמצעות חברת מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ (להלן: חברת מקסימדיה), אשר זכתה במכרז לפרסום ברחבי העיר גבעת שמואל. במודעות נכתב, בין היתר, כי "למען הצבא כנראה שצריך את הסכסוך".

2. עיריית גבעת שמואל הסירה את המודעות משלטי החוצות. הנמקתה הייתה כי אין לפרסם מודעות מעין אלה, הנושאות מטען פוליטי, בשטחי פרסום שנועדו לפרסום מסחרי. נימוק נוסף היה שיש להסיר את המודעות כי הן פוגעות ברגשות הציבור. המכון חלק על נימוקי העירייה והגיש עתירה מנהלית נגד החלטתה.

3. בדיון לפני בית המשפט לעניינים מינהליים הוסכם כי המחלוקת תחומה, בראש ובראשונה, לשאלה האם העירייה כלל מוסמכת לייחד פרסום בשלטי חוצות לעניינים מסחריים בלבד. בחינתה של שאלה זו דרשה לפרש סעיפים שונים בפקודת העיריות [נוסח חדש], (להלן: פקודת העיריות), ובחוק העזר לגבעת שמואל (מודעות ושלטים) התשס"ג-2003, (להלן: חוק העזר). בית המשפט ניתח את המצב המשפטי וקבע, כי סמכות העירייה להסיר או למנוע פרסום כלשהו, מוגבלת למצב שבו תוכן הפרסום מהווה לכאורה עבירה פלילית או פוגע ברגשות הציבור. במקרה הנדון, אין מחלוקת כי הפרסום אינו מהווה לכאורה עבירה פלילית, ולצד זאת העירייה לא הוכיחה שפרסומי המכון פוגעים ברגשות הציבור. בית המשפט לעניינים מינהליים הוסיף, כי המונחים המופיעים בחוק העזר אינם מבחינים בין פרסומים "פוליטיים" ל"מסחריים", וממילא הדין אינו מגביל פרסומים מסוגים שונים לאזורי פרסום מסוימים. לצד זאת, קבע בית המשפט, כי אין הצדקה להבחין בין פרסומים לפי סוגיהם, גם היות שהבחנה כזו עלולה להגביל את חופש הביטוי ללא עיגון בחוק. בנסיבות אלה קיבל בית המשפט את העתירה, תוך חיוב העירייה בהוצאות שכ"ט עו"ד.

טענות הצדדים

4. לפי גישת העירייה, פקודת העיריות וחוק העזר מסמיכים אותה - כסמכות שברשות - להחליט כי בשלטי חוצות המצויים בשטחים מסוימים בעיר יפורסמו פרסומים מסחריים בלבד. לדידה, ייחוד של שטחי פרסום מסוימים לתכנים מסחריים אינו גורע מיכולתם של תושבים ואזרחים לפרסם תכנים אחרים ברחבי העיר, ולכן כלל אינו פוגע בחופש הביטוי. לחילופין נטען כי מדובר בפגיעה העומדת בכללי הדין.

במישור העובדתי, העירייה מדגישה, כי אף שהיא אוסרת לפרסם מודעות הכוללות תוכן פוליטי בשטחי הפרסום המסחריים, כל המעוניין לעשות כן רשאי לפרסם בשטחי הפרסום הכלליים, הקיימים בפיקוחה ובאחריותה. בהקשר זה מבהירה העירייה, כי קיים יחס מספרי שווה בין שטחי הפרסום המסחריים והכלליים, וכי פיזורם בעיר שווה. בנוסף, ככל שניתן להבין, בשני המקרים מדובר בשטחים פחות או יותר דומים במהותם (כגון לוחות מודעות, שלטי חוצות וכו'). יצוין כי לטענת העירייה, ההצדקה להגביל את סוגי הפרסום בשטחים המסחריים נובעת מכך שהפרסום בהם מסור לחברות פרטיות אשר זכו במכרזים, ולכן קשה יותר לפקח עליו. נטען כי קיים חשש שמא חברות הפרסום הפרטיות תהפוכנה גורם מכריע בשאלה אילו תכנים פוליטיים יפורסמו בעיר, בלי שניתן יהיה לפקח על ההחלטות שהן תקבלנה. מכאן, סבורה העירייה, יש טעם להגביל מראש את יכולתן של החברות הפרטיות "לשלוט" בתוכן, בייחוד כשמדובר בתוכן פוליטי. העירייה מוסיפה וטוענת, כטענה חלופית, כי במקרה הנדון ממילא הייתה הצדקה להסיר את הפרסומים גם בשל פגיעה ברגשות הציבור. לבסוף נטען, כי פסק הדין לא התייחס להשפעתו האפשרית על תוקף המכרז שבו זכתה חברת מקסימדיה, בו צוין כי הגורם הזוכה לא יפרסם פרסומים שאינם מסחריים.

5. לפי גישת המכון, החלטת העירייה לייחד שטחים לפרסומים מסחריים בלבד פוגעת בחופש הביטוי הפוליטי שלו, ללא שקיימת לכך הוראה מפורשת מסמיכה בדין. המכון מדגיש, כי הוראות החוק הקיימות בפקודת העיריות ובחוק העזר תכליתן לאפשר לעירייה לפקח על הפרסום בעיר בעיקר במובן הצורני-אסתטי, דהיינו באלמנטים כגון גודל השילוט, צורתו, החומרים מהם הוא ייבנה, וכיוצ"ב (סעיף 4(א) לחוק העזר). לעומת זאת, סמכות העירייה להתערב בתוכן, מוגבלת רק למקרים בהם הפרסום מהווה לכאורה עבירה פלילית או שהוא פוגע ברגשות הציבור (סעיף 4(ב) לחוק העזר). המכון שולל את החשש שהעלתה העירייה לפיו חברות פרטיות תוכלנה לשלוט "בתכנים" הפוליטיים שיוצגו בעיר, כאשר נטען כי חשש זה הוא תיאורטי, מה גם שהחברות הפרטיות פועלות על פי רישיון ובפיקוח העירייה. המכון מוסיף, כי אין בעובדת קיומם של שטחי הפרסום הכלליים בעיר כדי להפחית מהפגיעה שנגרמת לו. מוסבר, כי שטחי הפרסום הכלליים פרוצים ופתוחים וכל עובר אורח יכול להשחית או להסיר את הפרסום מהלוחות בהם, וזאת בניגוד לשטחים המסחריים, אשר מתוחזקים ושומרים והפרסום בהם קבוע ובתשלום. כראיה, טוען המכון, הוא מוכן לשלם מכיסו סכומי כסף נכבדים לשם פרסום דווקא בשטחים המסחריים. בשולי הדברים מוסיף המכון, כי אין ממש גם בטענת העירייה לעניין הפגיעה ברגשות הציבור, כמו גם בטענה כי לפסק הדין עלולה להיות השלכה לגבי תוקף המכרז שנכרת בין העירייה לבין חברת מקסימדיה.

6. להשלמת התמונה יצוין כי חברת מקסימדיה הודיעה כי היא אינה נוקטת עמדה במחלוקת שבין המכון לבין העירייה, והיא מסכימה לכל הכרעה שתתקבל בעניין.

דיון והכרעה

7. המגבלה על חופש הביטוי בענייננו היא מגבלה יחסית ולא מוחלטת. היא מונעת מהמכון מלהביע את עמדותיו הפוליטיות באופן מסוים בלבד ולא באופן קטגורי. מדובר אפוא בהטלת מגבלה על דרך המימוש של הזכות, להבדיל מהטלת מגבלה על תוכנה והיקפה (ראו והשוו: בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (20.8.2008), (להלן: עניין המפקד הלאומי); אהרן ברק כבוד האדם - הזכות החוקתית ובנותיה, פרק עשרים וחמישה: זכות-הבת לחופש הביטוי 707-753, 728 (2014), (להלן: ברק)).

8. אף על פי כן, ובניגוד לטענת העירייה, גם הטלת מגבלה "רק" על אופן המימוש של הזכות היא בבחינת "פגיעה" בזכות (ברק, שם, בעמ' 730) - וככזו היא טעונה סמכות ועליה להגשים תכלית ראויה.

9. באשר לשאלת הסמכות; עלינו לבחון את הוראות פקודת העיריות וחוק העזר. סעיף 246 לפקודת העיריות קובע את סמכות הפיקוח הכללית המסורה לעירייה ביחס להצגת מודעות, כדלקמן:

מודעות 246. העיריה תפקח על הצגת מודעות, שלטים וטבלות במקומות עסק או על גבי לוחות או במקומות אחרים, או תאסור הצגתם.

10. סעיף זה הוא כאמור, סעיף כללי ולא מפורש. ההסדרה הספציפית של נושא הרישוי והשילוט במרחב העיר גבעת שמואל מופיעה בחוק העזר העירוני. בענייננו, רלבנטיים בייחוד סעיפים 2(א) ו-4 לחוק העזר, אשר קובעים כך:

רישיון ואגרה 2. (א) לא יציג, לא יתקין ולא יפרסם אדם שילוט, ולא ירשה לאחר לפרסם שילוט ולא יגרום לפרסום שילוט, אלא לפי רישיון שניתן כדין מאת ראש המועצה ובהתאם לתנאי הרישיון...

רישוי 4. (א) ראש המועצה רשאי לתת רישיון לשילוט, לסרב לתתו, לבטלו, לשנותו, לכלול בו תנאים, להוסיף עליהם ולשנותם, ובין השאר, לקבוע הוראות בדבר מקום הצבתו, גודלו, צבעו, תוכנו וצורתו של השילוט, החומרים שמהם ייעשה, מועדי הצגתו, ותנאים בדבר מניעת רעש ומטרדים ושמירת הניקיון סמוך לשילוט.

(ב) לא יינתן רישיון לשילוט אם פרסומו או הצגתו מהווים לכאורה עבירה פלילית או אם, לדעת ראש המועצה, מהווה השילוט פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו...

11. הוראות פקודת העיריות וחוק העזר העירוני עלולות להטעות מעט את הקורא. זאת שכן התמקדות בלשונן - ובפרט בלשון סעיף 4(א) לחוק העזר - עשויה לתמוך לכאורה בעמדה שלפיה לראש העירייה מסורה סמכות רחבה להתערב גם בתוכן ובלשון המודעות המפורסמות ברחבי העיר ("ראש המועצה רשאי... לקבוע הוראות בדבר... מקום הצבתו... תוכנו וצורתו של השילוט"). ברי כי גם ההוראה לפיה ראש העירייה רשאי להתנות את מתן הרישיון בתנאים, תומכת בסברה זו.

12. בפועל, בית משפט זה קבע לא אחת כי הסמכות הנתונה לראש העירייה להטיל מגבלות על תוכן של מודעות במרחב העירוני מכוח הוראות החוק האמורות היא מצומצמת בהרבה, ושמורה מטבעה למקרים המוסדרים בסעיף 4(ב) לחוק העזר. הנשיא א' ברק התייחס לסמכות הכללית הנתונה לראש העירייה מכוח חוק העזר כאל סמכות המתבטאת בעיקר בהקשרים העוסקים "בגודל המודעה, בצורתה, באופן הדבקה ובמשך הזמן שתהא מודבקה. מכיוון שלוח המודעות הופך, מעצם קיומו, ל'במה' עירונית, יש לאפשר למועצה לדאוג לצורתו האסתטית הכללית", בהדגישו כי אכן, לעירייה יש סמכות מכוח סעיף 4(א) לחוק העזר העירוני להטיל מגבלות על פרסום מודעות בתחומה, לרבות קביעת אמות מידה בדבר צורת וזמן הפרסום, ואולם סמכות זו נועדה מטבעה להבטיח את שמירת הסדר והאסתטיקה של פני העיר ואת בטיחות העוברים והשבים פן יפגעו מהשילוט (ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 200 (1993), (להלן: עניין ראם), ולפסיקה דומה ראו: ע"א 1600/08 מקסימדיה פרסום חוצות בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו, פסקה 14 (18.8.2011); בג"ץ 6597/00 מרקעי תקשורת בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו (8.10.2000); בג"ץ 570/82 נעמה – פרסום בשילוט בע"מ נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד לז(3) 772, 776-778 (1983); בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 297 (1999);

ע"מ 128/17 התנועה למלחמה באנטישמיות נ' עיריית ערד, פסקה 9 (15.1.2017); אריאל בנדור "חופש הביטוי מעל לוחות-המודעות" משפטים יז 171, 186 (התשמ"ז).

13. זאת ועוד, קיימים תקדימים המתייחסים למקרים הדומים בנסיבותיהם למקרה שלפנינו, בהם נקבע כי אין לראות בסמכות הכללית הנתונה לראש העירייה ככזו המאפשרת לו להטיל מגבלות רחבות על תוכן של מודעות, בייחוד כשמדובר בביטויים בעלי גוון פוליטי. כך, נפסק בעבר, כי אסור לעירייה להורות על מגבלה שלפיה מודעות בלוחות הכלליים המצויים במרחב העיר תפורסמנה כולן או רובן בשפה העברית בלבד (עניין ראם, שט). בדומה נפסק, כי אין עירייה רשאית לסרב לפרסום מודעה פוליטית שבה נכתב "יוסף שריד - שמש של ערפאת", כאשר נקבע כי לפרש בצמצום כל הוראה ה"מסמיכה" לכאורה את ראש העירייה לסרב לפרסום מודעות על בסיס תוכן. באותו עניין אף הודגש כי הגבלה על תוכן, ראוי שתשמר לאותם מצבים חריגים, המוסדרים בסעיף 4(ב) לחוק העזר בענייננו ומקביליו בחוקי עזר אחרים, שבהם מדובר בפגיעה קשה וכבדה במיוחד ברגשות הציבור, או שמדובר במקרים שבהם הפרסום יהווה בבירור עבירה פלילית (בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים (2.2.2003), (להלן: עניין אינדור)). בפסיקה דומה קבע השופט ע' פוגלמן - אז ככובעו כשופט בבית המשפט המחוזי - כי אין עירייה רשאית לסרב לפרסום מודעות פוליטיות מטעם תנועת "יש גבול" נגד "הכיבוש" שכן "אין כל אחיזה, בין בחוק העזר ובין בחקיקה הראשית, להגבלה כוללת של חופש הביטוי הפוליטי" וגם "הטענה כי לרשות העותר עומדים אמצעי פרסום אלטרנטיביים לא מרפאת את הפגיעה בזכותו" (עת"ם (מינהליים תל-אביב יפו) 1282/02 הס נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פסקה 10 (9.7.2002), (להלן: עניין הס)).

14. טוענת העירייה כי אין להקיש מההלכות המצוטטות לעיל למקרה דנן, שכן אותן הלכות ניתנו במקרים שעסקו במגבלות קטגוריות-מוחלטות שהוטלו על ביטויים פוליטיים, ואילו בענייננו כלל אין הגבלה מוחלטת או התערבות בתוכן המודעות, אלא מדובר רק בקביעת כללים לגבי אופן הצגתן במרחב.

השאלה הראשונה שאותה יש לשאול, היא האם ניתן לפרש את הסמכות הנתונה לראש העירייה בסעיף 4(א) לחוק העזר העירוני (ודוק: סמכות שנועדה מטבעה להקנות לעירייה כלים להסדיר את הפרסום בעיר במישור הטכני-האסתטי) – כסמכות שיש בכוחה להכיל גם החלטה על ייחוד שטחי פרסום מיוחדים לתכנים מסחריים. לשון אחר: האם תיתכן טענה שלפיה ייחוד שטחי פרסום לתוכן מסחרי הוא פעולה שניתן להגדירה "טכנית" או "אסתטית", ולכן מניעת פרסום של תוכן מסוים בשטחים אלו היא בסמכות?

דעתי היא שהתשובה לשאלה זו היא שלילית, כלומר שלא ניתן לפרש את הסמכות הנתונה לעירייה בסעיף 4(א) לחוק העזר באופן הזה. ראשית, בענייננו העירייה כלל לא טענה כך. לפי גישתה, המוטיבציה להחלטתה כלל לא קשורה לשיקולים טכניים או אסתטיים ולשמירה על פני העיר. לעומת זאת, החלטתה נובעת מחששה פן חברות פרטיות תשתלטנה על "התוכן" הפוליטי, ותוכלנה לקבוע אלו פרסומים פוליטיים יפורסמו בגבולות העיר. רוצה לומר: אף לשיטת העירייה, החלטתה כלל לא נמצאת בגבולות הסמכות הנתונה לה בסעיף 4(א) לחוק העזר. שנית, אף לגופו של עניין, מתקשה אני לומר כי קביעה באשר למודעות המחייבת את בחינת תוכנו, יכולה מעצם טבעה להיחשב כקביעה המצויה במישור הטכני-אסתטי. ודוק, השאלה הנתונה לפתחו של ראש העירייה בבואו להפעיל את סמכותו מכוח סעיף 4(א) לחוק העזר העירוני, אינה מה מפרסמים אלא רק איך מפרסמים. במובן זה, כל פעולה המחייבת התבוננות בתוכן, מוציאה את ראש העירייה מגדרי סמכותו לפי סעיף זה. ייתכן כי קביעה כאמור תימצא בגבולות מישור סמכות אחר הנתון לראש העירייה, כגון מישור הסמכות הקבוע בסעיף 4(ב) לחוק העזר אשר עוסק בפרסומים פוליטיים או שפוגעים ברגשות הציבור (על כך - להלן), אך ברי כי אין היא מצויה בגדר סמכותו מכוח סעיף 4(א) כאמור.

ניתן להציג את הדברים גם באופן הבא: כאשר מדובר בהפעלת סמכות ראש העירייה מכוח סעיף 4(א) לחוק העזר העירוני בענייננו (ומקביליו בחוקי עזר אחרים), ראש העירייה צריך להיות "עיוור" לשאלה מה מפורסם. עליו להיוותר אדיש לתוכן הפרסום ולא להפעיל כל שיקול דעת בעניין.

15. המסקנה היא שסעיף 4(א) לחוק העזר העירוני לא יכול להיות מקור סמכות להחלטת העירייה בענייננו להגביל פרסום - אף אם "רק" באופן מימושו - לפי בחינת תוכנו.

16. האם יש בנמצא מקור סמכות אחר? - מקור סמכות אפשרי הוא סעיף 4(ב) לחוק העזר. לית מאן דפליג שסעיף זה מסמיך את ראש העירייה להגביל את חופש הביטוי על בסיס תוכנו. הסעיף קובע מפורשות, כי "לא יינתן רישיון לשילוט אם פרסומו או הצגתו מהווים לכאורה עבירה פלילית או אם, לדעת ראש המועצה, מהווה השילוט פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו...", וברי כי מדובר בהסמכה מפורשת. עם זאת, לעומת סעיף 4(א) תכלית ההסמכה בסעיף זה שונה. כאן, השיקולים העומדים בבסיס הקניית הסמכות כלל אינם קשורים לשיפור ושימור פני העיר או לבטיחות התושבים.

הטלת המגבלה על חופש הביטוי דרך סעיף זה יונקת את חיותה מהיות הביטוי "פוגעני" או "פלילי" (אך ודוק: "לא הפלילות של הביטוי היא הקובעת את חוקתיותו של הביטוי אלא חוקתיותו של הביטוי היא הקובעת את חוקתיות האיסור הפלילי" – ברק, עמ' 737 – כלומר, סעיף 4(ב) אינו מניח כי הביטוי הפלילי אסור מטבעו, אלא רק קובע איזון אפריורי המלמד כי פעולת ראש העירייה להסירו היא ראויה והולמת את הדין). להבדיל מהסמכות הנתונה לראש העירייה בסעיף 4(א) לחוק העזר, הרי שסמכותו לפי סעיף 4(ב) מכריחה אותו "לפקוח את עיניו" ולשפוט גם את תוכן הפרסום. למותר לציין כי אין משמעות הדבר כי הסמכות לפי סעיף 4(ב) תופעל על נקל, כאשר הרף הנדרש להפעלתה מחייב שהביטוי יוביל בוודאות קרובה ל"פגיעה קשה וכבדה במיוחד" ברגשות הציבור או שהוא "יהווה בבירור עבירה פלילית" (דברי השופטת ד' דורנר בעניין אינדור, פסקאות 4-5); ואולם פשיטא כי מצב הדברים לפי סעיף זה הוא שונה.

מכל מקום, סעיף 4(ב) לחוק העזר אינו חל בענייננו, אף לא בדוחק, ולכן לא יהא בו כדי "להושיע" את העירייה. ראשית, מובן, כי אין בסעיף זה כדי להקנות סמכות להגבלה הכוללת אותה ערכה העירייה על פרסומים פוליטיים באשר הם. הסעיף אינו מסמיך את העירייה לקבוע כלל גורף לפיו פרסומים פוליטיים לא יפורסמו בשטחים מסוימים. כל קביעתו היא שאילו פרסום מסוים וספציפי יימצא כפלילי או כפוגעני, ראש העירייה יהא מוסמך לסרב להנפיק לו רישיון. כמובן, שהפעלת הסמכות תהא כפופה אף היא לביקורת שיפוטית במקרה שכזה (ראו בעניין הס, פסקה 10). מכל מקום, וזהו העיקר, בענייננו לא נטען כי הפרסום מהווה לכאורה עבירה פלילית. העירייה טוענת אמנם כי יש עילה להסרתו בשל היותו פוגע ברגשות הציבור, ואולם טענה זו רחוקה מלהיות נכונה. כידוע, הרף להטלת מגבלה על חופש הביטוי בשל פגיעה ברגשות הציבור, בפרט בהקשר הפוליטי, הוא גבוה ביותר. מדובר על התערבות במקרים בהם הפגיעה "מזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית" (בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 839 (1999); ברק, בעמ' 740; ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 513 (2016)). מקרים אלו עוסקים בביטויים המצויים, לעניות דעתי, בספרה אחרת לגמרי מהביטוי הניצב במוקד ענייננו, שאף אם יש בחברה אנשים שיסלדו ממנו, קשה עד מאוד להגדירו כביטוי בלתי ניתן להכלה בחברה דמוקרטית. מסיבה זו, איני חושב שיש תחולה לסעיף 4(ב) לחוק העזר העירוני בנסיבות ענייננו.

17. הנה כי כן, גם סעיף 4(ב) לחוק העזר העירוני לא יכול להוות מקור סמכות להחלטת העירייה בענייננו להגביל את הפרסום.

18. האם, בכל זאת, קיים מקור סמכות לפעולת העירייה? – טענה אפשרית נוספת היא שהסעיף "המסמך" את ראש העירייה לקבוע מגבלות על אופן המימוש של הזכות לחופש הביטוי הוא בכלל סעיף 2(א) לחוק העזר העירוני, המקנה לראש העירייה את הסמכות לקבוע את "תנאי הרישיון" שהוא מנפיק למפרסמים. שאלת הסמכות בהקשר זה מתחדדת, לנוכח העובדה כי בענייננו אין חולק שתנאי הרישיון קובעים איסור מפורש על התרת פרסומים פוליטיים בשטחי הפרסום. מכל מקום, גם התשובה לשאלה זו שלילית: לא ניתן לראות בתנאים שנקבעו ברישיון משום מקור סמכות לפעולת העירייה. כמאמר השופטת ד' ברק-ארז בספרה משפט מנהלי כרך א 149 (2010): "קביעת תנאים ברישיון יכולה להיחשב סמכות עזר שנלווית לסמכות להחליט על הענקת הרישיון או שלילתו" ואולם "התנאים ברישיון חייבים להיות חוקיים, ולא כרוכים כשלעצמם בפגיעה בזכויות אדם (המחייבת, כאמור, הסדרה מפורשת)". בענייננו, כאמור, המקור למגבלה על הזכות לחופש הביטוי של המכון אינו נובע מהוראות חוק העזר העירוני. הוא אף לא נובע מהוראות פקודת העיריות, לנוכח הפרשנות שניתנה לה בפסיקה. בנסיבות אלה, לא ניתן להשלים עם קביעת המגבלה רק בתנאי הרישיון, כאשר מדובר בפגיעה (הגם אם יחסית בלבד) בזכויות אדם. למעלה מן הצורך אציין כי ניתן לתמוה אם מלכתחילה ניתן וראוי לכלול תנאים ברישיון אשר מצריכים הפעלת שיקול דעת לעניין ביטויים מצד חברות פרטיות (ודוק: דווקא הכללת התנאי בענייננו היא שמחייבת את החברות הפרטיות להפעיל שיקול דעת בעניין הפרסום, בין היתר לגבי השאלה האם תוכנו "מסחרי" או "פוליטי", שאלה שלא תמיד המענה לה כה פשוט).

19. נמצאנו אפוא למדים, שגם התנאים הקבועים ברישיון לא יכולים להוות מקור סמכות להחלטת העירייה בענייננו להגביל את הפרסום.

20. בשולי הדברים יוער, כי חיזוק למסקנה שלא קיימת סמכות ספציפית לפעולת העירייה בנדון, ניתן למצוא גם מהתבוננות בסעיפים אחרים הקיימים בחוק העזר. בהקשר הזה, חוק העזר אינו מבחין, ככלל, בין ביטויים "מסחריים" לבין ביטויים "פוליטיים". כך, למשל, סעיף 1 לחוק העזר קובע כי "פרסום" יכול שיהא "למטרה כלשהי, בין מסחרית ובין אחרת". זאת ועוד, כאשר מחוקק המשנה חפץ להוסיף בחוק העזר הוראה ספציפית המייחדת פרסום מסוים לפי תוכנו, הוא עשה כן באופן ברור ומפורש. כך, בסעיף 8(א) לחוק העזר, נקבע כי הצגת מודעות בעלות אופי פוליטי על גבי דירת מגורים אינה טעונה רישיון, וזאת במטרה להקל על פרסומים אלו בשל חשיבותם.

21. ובכן, בהיעדר מקור סמכות לפעולת העירייה במקרה הנדון, בין אם מכוח פקודת העיריות ובין אם מכוח חוק העזר העירוני, המסקנה הבלתי נמנעת היא כי פעולת העירייה בוצעה בניגוד לדין. מכאן, שלא נפל פגם בהכרעת בית המשפט לעניינים מינהליים, ומכאן שיש לדחות את הערעור שלפנינו. כך אציע לחבריי לקבוע.

22. בשולי הדברים, מצאתי לנכון להוסיף ולהעיר כמה הערות נוספות.

הערה ראשונה היא, שאף לו הייתי מניח, לצורך הדיון בלבד, כי קיים מקור סמכות המסמיך את העירייה לייחד שטחי פרסום לתוכן מסחרי בלבד, ספק אם היה בהנמקה שאותה הציגה העירייה במקרה הנדון די כדי להצדיק הפעלה של סמכות כזו. ודוק, הטעם המרכזי אותו הציגה העירייה להחלטתה למנוע פרסומים הנושאים תוכן פוליטי בשטחי הפרסום "המסחריים" היא שהפרסום בהם מסור לחברות פרטיות אשר זכו במכרזים מטעם העירייה, ולכן קשה יותר לפקח עליו. העירייה חוששת כי חברות הפרסום הפרטיות תהפוכנה גורם מכריע בשאלה אלה תכנים פוליטיים יפורסמו בעיר ואלה לא. חשש זה הוא חשש תיאורטי, וההיתכנות להתממשותו אינה ידועה (להבדיל מחשש העומד ברף ההסתברות של "וודאות קרובה" ואף של "אפשרות סבירה"). מכל מקום, מובן מאליו כי חברות פרטיות אשר מקבלות רישיון מהעירייה אינן יכולות להפעיל שיקול דעת בעניין תוכן הפרסום, או להחליט לצנזר פרסומים מסוימים בשל השקפה פוליטית שאינה תואמת את השקפתן. הדברים הם בבחינת פשיטא, ובלי שאביע עמדה נחרצת, נדמה כי פעולה בסתירה אליהם אף עלולה להעמיד את חברות הפרסום הפרטיות בסיכון מפני סנקציות על פי הדין (לרבות ביטול הרישיון ואף תביעות נזק). עוד מובן, כי עצם מתן הרישיון לחברות פרטיות אין משמעו כי העירייה חדלה מלפקח על הפרסום בעיר. מסיבות אלה, לא התרשמתי כי ההצדקה אותה הציגה העירייה לפעולתה היא ממשית וחזקה.

אגב אורחא יוער, כי השאלה מה היה הדין אילו הייתה בענייננו הסמכה מפורשת בחוק העזר לראש העירייה לייחד שטחים מסוימים לפרסומים מסחריים, אינה פשוטה אף לגופה, ובהיותה תיאורטית במקרה זה אף אין בכוונתי להביע בה עמדה. לכאורה, שאלה זו הייתה דורשת דיון בסוגיה האם ניתן לחוקק סעיף כאמור בחוק העזר על יסוד סעיף 246 לפקודת העיריות (היא "ההוראה המסמיכה"). כמו כן, גם בהינתן סמכות, היה מקום לכאורה לבחון את הפעלת הסמכות בכפוף לאמות המידה החוקתיות הקבועות בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והדברים נאמרים כאן פעם נוספת לעניין הטעמים וההצדקות ("התכלית הראויה"). כמובן, שבמצב דברים זה, היה נכון

לקיים גם את הדיון בשאלות האם וכיצד יש להקיש מהלכות שונות אשר הכירו בסמכותם של גורמים מסוימים לצמצם את חופש הביטוי הפוליטי במרחב המסחרי (בראש ובראשונה הכוונה כאן, לעניין המפקד הלאומי); והאם החלופה שמציעה העירייה לפרסומים פוליטיים, בדמות לוחות פרסום "כלליים" בלבד ולא לוחות פרסום "מסחריים", היא חלופה אפקטיבית דיה, באופן שמשפיע על היקף ההתערבות בהסדר האפשרי.

הערה שנייה היא לעניין תוקף המכרז שנערך בין העירייה לבין חברת מקסימדיה. העירייה טענה כי בית המשפט לעניינים מינהליים לא התייחס להשפעתו האפשרית של פסק דינו על תוקפו של מכרז זה. כשלעצמי, איני מתרשם כי יש בטענה זו כדי לשנות מהכרעתי. פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים, כמו פסק דין זה, ניתן לאחר שהמכרז פורסם. העתירה המנהלית שהגיש המכון לא תקפה את המכרז, וגם אילו יבקש גורם כלשהו לתקוף את המכרז כעת, ספק רב אם לתקיפה כזו יש סיכוי. למען הסרת הספק, ייאמר המובן מאליו, כי אין בפסק דיננו זה כדי "להפקיע" את תוקף המכרז או את תוקף הרישיון שהונפק לחברת מקסימדיה, כשסוגיות אלה כלל לא נדונו על ידנו. העירייה וחברת מקסימדיה תמשכנה אפוא לפעול על פי תנאי הרישיון, בהתאמות הנדרשות מכוח פסק דין זה.

סוף דבר

23. עיריית גבעת שמואל החליטה להסיר פרסומים בעלי תוכן פוליטי משטחי פרסום מסוימים, בטענה שאותם שטחי פרסום יוחדו ויועדו אך ורק לפרסומים בעלי תוכן מסחרי. העירייה לא הצביעה על מקור סמכות לפעולה זו, הפוגעת ביכולתו של המכון לממש את זכותו לחופש הביטוי. בהיעדר מקור סמכות, החלטת העירייה אינה כדין. כך קבע בית המשפט לעניינים מינהליים, וכך אציע לחבריי שנקבע אף אנו.

24. פועל יוצא הוא, לו תישמע דעתי, כי יידחה הערעור שהגישה העירייה, תוך חיוב בהוצאות ההליך לטובת המכון, על הצד הנמוך, בסך 15,000 ש"ח.

אחר דברים אלו

25. אחר דברים אלו עיינתי בהערותיהם של חברי שנכתבו - למעלה מן הצורך - בעניין חופש הביטוי הפוליטי והפגיעה ברגשות הציבור. משדברים חשובים ועקרוניים נאמרו, אבקש להוסיף אף אני הערה קצרה. חופש הביטוי זוכה כיום למעמד איתן

בחברה הישראלית, מעמד בכורה שניצב לצד הזכויות החשובות ביותר. מעמדו הנישא הוא פרי עמל קשה מאוד שהושקע לאורך השנים על-ידי אזרחיה של המדינה וכלל גופיה ומוסדותיה. עם זאת, לא לעולם חוסן. בזמנים אלו, אנו עדים לניסיונות חוזרים ונשנים לאתגר את מעמדו, וההקשרים הם יצירתיים ומגוונים: החל מחופש הביטוי בתחומי העיתונות והאומנות, עובר בחופש הביטוי באקדמיה, וכלה בחופש הביטוי במגרש הפוליטי. כל מקרה ראוי, כמובן, לבחינה משלו. עם זאת, חשוב לעמוד על כך, שבחלק ניכר מהמקרים - כמו במקרה דנן - הניסיון לכרסם בחופש הביטוי בא דווקא מצד השלטון. הדבר מטריד כשלעצמו, ובמיוחד כאשר הוא מופנה נגד קבוצות מיעוט או קבוצות שוליים בחברה, המבקשות לבקר את השלטון ואת מוסדותיו. כאן ראוייה אמירה ברורה, כי ביקורת על המדינה ומוסדותיה היא חלק אינהרנטי והכרחי לשם קיומה של חברה דמוקרטית. השתקתה משולה לפגיעה בעמודי התווך של החברה הדמוקרטית. לפיכך, בייחוד בהקשרים אלו, יש לשמור מכל משמר על זכותו של האזרח הקטן להתבטא נגד השלטון. כך ייעשה תמיד - וכך נעשה גם במקרה דנן.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

א. לאחר העיון החלטתי להצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי השופט דנציגר, אך יש בינינו גוונים שאותם אבאר. את העובדות תיאר חברי באופן ממצה כידו הטובה, ואזכיר רק כי עסקינן בכרזה (שתתואר להלן) אשר המערערת - עיריית גבעת שמואל - סירבה לאפשר פרסומה בלוחות מודעות מסחריות בעיר, בהסתמכה על הוראות חוק העזר לגבעת שמואל (מודעות ושלטים), תשס"ג-2003, וכן על המכרז שבו זכתה המשיבה 2 לעניין הפרסום המסחרי. אומר תחילה על מה אין מחלוקת לעת הזאת, קרי, על שאלות חופש הביטוי כשלעצמן, שיכלו להפוך תיק זה למעניין במובן המשפטי-ציבורי. הטעם הוא, ולכך אשוב, שהמערערת נכונה כי כרזות מעין זו השנויה במחלוקת יפורסמו על לוחות המודיעין העירוניים הכלליים, וממילא נחלש במידה רבה, וכמובן מעשי מתאיין גם אם לא ערכית, הרכיב של "פגיעה ברגשות הציבור" כחלק מהנמקת המערערת. לכך נשוב. המחלוקת היא איפוא על פרשנות חוק העזר וחוזת המכרז, והיא שאלה משפטית שאינה מורכבת. אמנם, בא כוחה המלומד של העירייה הבחין בין לוחות המודעות הכלליים בהן אין פונים לעירייה, בניגוד לשלטים המסחריים העלולים להתפרש כמאוסרים על-ידי הרשות. ואולם, כשלעצמי איני סבור כי הבדל זה מגיע לכלל הטיית הכף לטובת הערעור.

לנוחות הקורא הנה צילום הכרזה:



ב. כעולה מן הכרזה, בתוככי דגל ישראל נרשם "הסכסוך", ולמטה, על רקע טנק שעליו חיילים, נאמר "למען הצבא כנראה שצריך את הסכסוך". בית המשפט קמא סבר כי הפרסום אינו מובן, ואילו יו"ר המשיבה 1, כשלעצמו אב שכול שבנו החייל נרצח למרבה הצער בטרור – אמר בבית המשפט קמא (עמ' 2 לפרוטוקול) כי אין הכרזה מציעה עמדה אלא מעוררת מחשבה, "אולי בעקבות הסכסוך אנחנו צריכים צבא עם כל האמצעים, ואם לא היה סכסוך היינו חיים בצורה מסודרת ואנושית... הסכסוך בסופו של דבר הוא זה שמאחד את העם... האם אני אפגע בצה"ל? הרי צה"ל יקר לי". אני מכבד את יו"ר המשיבה 1, אך אודה כשלעצמי חשתי למקרא הפרסום כי המסר הישיר שבו עשוי להיות, כי המדינה מתמידה בסכסוך עם שכנינו ואינה שוחרת שלום כיון שהוא נחוץ לה כדי להחזיק צבא, ואולי הדבר נוח להנהגת הצבא, לשם תקציבים וכוח אדם וכיוצא באלה. אני רואה כיצד אפשר לפרש את הדברים באופן חיובי לצה"ל ושאינו פוגע בו; אינני מהאו"מ, וזו היתה תחושתי, ורגשותי נפגעו ולא כל שכן של הורים שכולים מסוימים, שכביכול אומרים כאן כי הקרבן היה לשווא ו"ל; אלא

שפגיעה כזו דומה שלא היתה במסה קריטית שתאפשר לפי הפסיקה לפגוע בחופש הביטוי, בגדרי הסיבולת האפשרית. ואולם – כאמור – לא זו השאלה שלפנינו. מדוע? כי בא כוח המערערת הצהיר בפנינו – הגם שבסיכומי המערערת נאמר, דומה כי כטענה חלופית, כי הכרזה הוסרה בשל פגיעה ברגשות תושבים ובהם הורים שכולים, שהתלוננו – שבשלטי מודעות "כלליים", בעיר אין מניעה לשיטת המערערת כי המשיבה 1 תציג את הכרזה. ישנה איפוא אי בהירות, שלא לומר סתירה, בעמדת המערערת באשר לפגיעה ברגשות הציבור, בחינת פסיחה על שתי הסעיפים, "הן ולא ורפיא בידיה" (כן ולא ורופף הדבר בידו) (בבלי שבת קי"ג, ע"א). אם כן, הויכוח לאשורו איננו על חופש הביטוי, כפי שניתן היה לסבור מעיקרא, אלא על פרשנות חוק העזר וחוקה המכרז, וזהו, כמובן עניין אחר לחלוטין. נשארנו בצריך עיון מה יהיה המצב המשפטי אם יוצבו במתחם הכללי או המסחרי כרזות גזענות מובהקות, למשל, ואני רוצה לקוות כי תימצא הדרך להסרתן, אך לא זה התיק שלפנינו.

ג. נוכח המסר הדואלי, עלינו להסיר מדיוננו המשפטי במקרה ספציפי זה, להבדיל מאחרים, את נושא הפגיעה ברגשות הציבור, לא מפני שאין בו לכאורה ממש, אלא שאין הרשות יכולה לומר בחינת – להבדיל – דברי חכמים על שתי הגרסאות של מצוות שבת בעשרת הדברות, שהאחת מתחילה "זכור" (בספר שמות) והאחרת "שמור" (בספר דברים) – "שמור וזכור בדיבור אחד נאמרו" (פסיקתא זוטרית, ואתחנן). אם הדברים שבכרזה יכולים לשיטת המערערת להתפרסם על לוח מודעות עירוני כללי נושא הפגיעה ברגשות אינו איפוא על הפרק לעת הזאת.

ד. עד כה הדברים במהותם ומכאן למסגרת הנורמטיבית – פרשנות חוק העזר והמכרז. סעיף 4 לחוק העזר קובע:

4. (א) ראש המועצה רשאי לתת רישיון לשילוט, לסרב לתתו, לבטלו, לשנותו, לכלול בו תנאים, להוסיף עליהם ולשנותם, ובין השאר, לקבוע הוראות בדבר מקום הצבתו, גודלו, צבעו, תוכנו וצורתו של השילוט, החומרים שמהם ייעשה, מועדי הצגתו, ותנאים בדבר מניעת רעש ומטרדים ושמירת הנקיון סמוך לשילוט.

(ב) לא יינתן רישיון לשילוט אם פרסומו או הצגתו מהווים לכאורה עבירה פלילית או אם, לדעת ראש המועצה, המהווה השילוט פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו או אם השילוט מפרסם עסק או משרד או מוסד שאין לו רישיון כחוק או שהפעלתו נוגדת את חוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, והתקנות שהותקנו לפיו או דין אחר.

איני חולק על פרשנותו של חברי לסעיף 4(א) בנסיבות ענייננו, ואבקש להתמקד בסעיף 4(ב). חוששני, כי משגילתה העיריה דעתה כאמור כי ניתן להציב את הכרזה בשלטים הכלליים, קשה להלום טענה עתה – והדברים נאמרים בנתון להערוטיי מעלה – כי ניתן להשתמש בעת ובעונה אחת בעילת ה"פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו". הדברים יפים גם באשר לסעיף 7.2 להסכם עם המשיבה 2 האוסר, בין השאר, "פרסום שיש בו כדי לפגוע ברגשות הציבור".

ה. שובת לב יכלה לכאורה להיות ההשוואה בין המצב בענייננו לבין פסק הדין בבג"ץ 7192/08 המטה להצלת העם והארץ נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו ורשות השידור (2009), שבו נאמר בפסק דיני, בהקשר לתשדירי פרסומת בשידורים, בפסקה ל"ה:

"חופש הביטוי, היקר לכל חפץ דמוקרטיה ושוק דעות חופשי, במקומו מונח, שמור ומטופח ככל הניתן, אף ברוח נביאי ישראל, אותם ציטטה העותרת ונביאים אחרים, מוכיחים בשער אמיצי לב כנגד השררה, ואין זה המקום להכביר מלים; אך מגרש הפרסומות, שאינו מגרש שיווני, ודבר זה יש להטעים הטעמה יתרה, ובעל המאה יהא בעל הדעה הנקלטת שתשודר שוב ושוב – אינו מקומו הטבעי. כשלעצמי הייתי נינוח אילולא ניתנה בפרסומת דריסת רגל כל עיקר לנושאים פוליטיים, כפי שניסחו זאת חלק מחבריי באשר הובא מעלה, וכל המוסיף גורע; זאת – שהרי הללו שנויים במחלוקת מטבעם, ככלל, אך גם לשיטה המאפשרת פרסומת שהיא מידע, לא בכך עסקינן כאן."

ואולם, הפרשה ההיא עסקה בפרשנות של כללי רשות השידור (תשדיר פרסומת והודעת ברדיו), תשנ"ג-1993, שאסר על פרסומת שיש בה, בין השאר, "... תשדיר בעניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידאולוגית בציבור"; וכלל 5 לכללי הרשות השניה לטלוויזיה ולרדיו (אתיקה בפרסומת בשידורי רדיו), תשנ"ט-1999, שאסר על "תשדיר פרסומת שיש בו העברת מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי, השנוי במחלוקת בציבור". הצעתי שם כי "לדידי מכל מקום – במבט צופה פני עתיד – על הרשויות, לפרש בצמצום כל דריסת רגל לנושאים פוליטיים בפרסומות המסחריות, על-ידי בדיקה בשבע עיניים באשר לה". ראו גם דברי בבג"ץ 5228/14 בצלם – מרכז המידע הישראלי לזכויות אדם בשטחים נ' רשות השידור, פסקה י"ט (2014); שם, ציינתי כי "פרסומת אינה חלק משוק הדעות, שמקומו שמור בשידורים עצמם...". דעתי לא נשתנתה. אך הרגשות הציבוריים זהים בלוח כללי או בלוח פרסום, ועל כן ככל שהעיריה בחרה להתעמת רק עם הפרסום בתשלום, חוששני כי לא תוכל דרכה לצלוח.

ו. אחר הדברים האלה באה לפנינו חוות דעתו של חברנו השופט הנדל, שבחר למעלה מן הצורך – כלשונו – להידרש לנושא חופש הביטוי ורגשות הציבור. בהקשר דנא, אם גם בלא הכרעה. סברתי למעלה כי נושא זה אינו עולה לדיון של ממש בענייננו (ראו פסקאות א' ו-ג' לחוות דעתי), אך משהועלה על-ידי השופט הנדל מתבקשת התיחסות קצרה. אין צורך לשוב ולהידרש לחשיבותו של חופש הביטוי. בדברי ביום פרישתי מבית המשפט העליון (י"ט סיון תשע"ז-13.8.17) אמרתי "בעבודתנו עלתה לא אחת שאלת מעמדו של חופש הביטוי. מי יכול לחלוק על כך כעיקרון של ציפור נפש בדמוקרטיה; אך כבוד האדם, שחופש הביטוי נכלל בו, כולל יסודות כמו השם הטוב, שאין רכיב כבוד גדול הימנו; נותרתי לעתים במיעוט בכך, אך ביקשתי כי יישמע גם הקול שכבוד הבריות בוקע מתוכו, והמגן על השם הטוב". והנה בנידון דידן השאלה אינה של שם טוב אלא של פגיעה ברגשות הציבור. חברי הזכיר את הפסיקה בבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817. באותו עניין נותר השופט (כתארו אז) מ' חשין במיעוט אל מול דעת הרוב של הנשיא ברק (כותב חוות הדעת העיקרית) והשופט (כתארו אז) מצא בעניין מחזה שעסק בחנה סנש, צנחנית מלחמת העולם השנייה שהוצאה להורג בהונגריה, ושבנו נתלה בה, כי הסגירה ר"ל שני חברים לשליחות, אמירה – אשר – כפי שנכתב בחוות דעתו של השופט חשין (פסקה 6), לא היה בה אמת. המחלוקת בפסק הדין ניטשה, בחוות דעת מרחיבות דעת, על גבולות חופש הביטוי ושאלת הפגיעה ברגשות הציבור ובשם הטוב. כבר נזדמן לי לומר בעבר, כי אילו ישבתי לדין באותו עניין הייתי תומך בדעת המיעוט של השופט חשין, שסברה כי היה מקום להתערבות בית משפט זה, בשל השם הטוב; ראו גם חוות דעתי בהרחבה בדנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין - אורבך (2014), שם אף נדרשתי לעמדת חברי השופט הנדל באותו תיק (פסקה ס"ו).

ז. משאמרנו את אלה, אזכיר כי ציינתי למעלה (פסקה ב') שהגם שרגשותי נפגעו מן הכרזה בה עסקינן ולא כל שכן רגשות הורים שכולים, "אלא שפגיעה בזו דומה שלא היתה במסה קריטית שתאפשר לפי הפסיקה לפגוע בחופש הביטוי, בגדרי הסיבולת האפשרית" (ראו בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים פ"ד נח(1) 249 (11.11.03) ודנג"ץ 10480/03 בוטידן נ' בכרי (30.8.04)). לא אכחד, כי באותה פרשה – הסרט "ג'נין, ג'נין" שפגע בחיילי צה"ל תוך שימוש בשקרים בעליל, הייתי, כיועץ משפטי לממשלה, יחד עם חבריי פרקליטת המדינה (ולימים השופטת) ע' ארבל ועו"ד ד' זילבר, אז ממחלקת הבג"צים של הפרקליטות, מגישי העתירה לדיון נוסף; זאת - כלפי פסק דין (עניין בכרי) שקיבל עתירה נגד המועצה לביקורת סרטים ומחזות אשר פסלה את הקרנתו הפומבית של הסרט. סברנו כי יש לשוב ולדון ב"שאלת היחס בין חופש הביטוי האמנותי השקרי - בעליל לבין הפגיעה הקשה והמצטברת בשם הטוב

של חיילי צה"ל, ברגשות הציבור, המשפחות השכולות והלוחמים... זאת, משהכיר פסק הדין בפגיעה קשה ברגשות הציבור כשלעצמה. ואולם, דעתנו לא נתקבלה, והמשנה לנשיא מצא, שהשתדל לכוון לפשרה אך זו לא צלחה, סבר (בעניין בוטידן) כי אין הפגיעה ברמה ה"מזעזעת את אמות הסיפים" לעניין פסילתו. ראו גם רע"פ 10462/03 הדאר נ' מדינת ישראל פ"ד ס(2) 70 (2005) פסקה י"א (7) לחוות דעתי להבחנה בין פגיעה ברגשות שהמרכיב הדומיננטי בהם "ציבורי" לעומת "אישי" (עמ' 93); עוד ראו בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' המשטרה פ"ד סב(1) 200 (2006) בעמ' 233-232. הפסיקה הציבה, איפוא, רף סיבולת גבוה בתחום חופש הביטוי הציבורי, והיא בעינה.

ח. חברי השופט הנדל מטעים את חשיבותם של חופש הביטוי הפוליטי, הגישה לשוק הדעות ומתן קול לעמדות מיעוט. הוא דבק בעמדת הרוב בפרשת סנש, כי מניעת פגיעה ברגשות תגבר לעומת חופש הביטוי "רק במקרים חריגים בהם עוצמת הפגיעה עולה על הנסבל בחברה דמוקרטית". הקושי הוא, כמובן, כיצד מודדים עוצמת פגיעה זו באופן אובייקטיבי. כאן מסכים אני עם חברי, כי הערכת הדברים צריכה לכלול סגנון וצורה, מקום שיש רגליים לכוונה נחרצת לפגוע ברגשות או לאי נמנעות הפגיעה; מכאן אומר, שלטעמי מקרים של אכזריות ורשעות מובהקת אינם צריכים לחסות מניה וביה תחת חופש הביטוי, וכאן "כבוד האדם הבסיסי" ייטול מקומו. שאלות אלה מתחדדות מעבר ללוחות המודעות העירוניים, אל העולם הוירטואלי הפותח אינספור אפשרויות לאכזריות ולרשעות, בפוטנציאל הרסני, והשאלה היא היכן הגבול; דעתי בע"א 4447/07 מור נ' ברק (2010) פ"ד סג(3) 664, בנושא היכולת להתחקות אחר משמיצים, נותרה במיעוט, וכשלעצמי הייתי שמח אילו נתן המחוקק ידו להבהרה ולשינוי להגנה על השם הטוב. ברי כי לא תהא בכך פגיעה בליבת חופש הביטוי, ואף לא בשוליו ובעיקרון כי הוא חל גם על דעות מקוממות; מקוממות – כן, אכזריות – לא. כאמור, גם לדעת חברי הדיון בכך הוא מעל לצורך ועל כן אסתפק באלה.

ט. ולבסוף: בית המשפט קמא עצמו דן בשאלות שבערעור מעבר לצורך, כיון שלפי הצהרת המערערת כבר היה הערעור תיאורטי, לאחר שהנושא הסתיים מעשית. ואולם, העותרת שינתה דעתה בחינת "שבשבת", ועמדה על הכרעה בערעור. נוכח זאת לא הייתי מחייב בהוצאות.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה (בדימ')

1. אני מסכים עם חוות דעתו של חברי השופט י' דנציגר, ומטעמיו – לרבות בסוגיית ההוצאות.

2. בהתאם להלכת המפקד הלאומי, הזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי משתרעת גם על במות ציבוריות מסחריות – דוגמת שטחי הפרסום העומדים במוקד ערעור זה (בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 17-19 ו-27 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, פס' 5 לחוות דעתו של השופט א' א' לוי, פתח חוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש ופס' 1 לחוות דעתה של השופטת א' חיות (20.8.2008)). לפיכך, יש לפרש את דברי החקיקה המסמיכים את המערערת לאסדר את השילוט והפרסום בתחומיה, בצורה מצמצמת.

3. כפועל יוצא, אני מסכים עם חבריי כי סעיף 4(א) לחוק העזר לגבעת שמואל (מודעות ושלטים), התשס"ג-2003 (להלן: חוק העזר), מתיר לראש העירייה לבחון שיקולים אסתטיים וצורניים בלבד – אך אינו מסמיך אותו להימנע ממתן רישיון לשילוט בגין שיקולים הקשורים באופיו ותוכנו.

4. אשר לטענה כי הפרסום מושא הליך זה פוגע "בתקנת הציבור או ברגשותיו", ועל כן בא בגדרי הסמכות המוקנית לראש העירייה בסעיף 4(ב) לחוק העזר, מן הראוי לשוב ולהזכיר כי –

"חופש הביטוי הפוליטי איננו עומד למבחן מעשי כאשר עסקינן בהבעת דעות שמצויות בלב-לבו של הקונצנזוס. הקושי מתעורר כאשר אדם חפץ להביע דעות אשר מצויות במרחק מה – ואפילו במרחק רב – מלב ההסכמה החברתית המקובלת. אלו הן דעות שעלולות להיתפש על ידי הרוב כקיצוניות, מקוממות ואף פוגעניות. 'דמוקרטיה חזקה ואמיתית חייבת לוודא, שההתמודדות עם דעות כאלה לא תהיה בדרך של איסור מגבוה על הפצתן אלא בדרך של הוויכוח הגלוי והחופשי, אשר במסגרתו כל פרט בחברה יכול לגבש לעצמו את עמדתו העצמית'" (בג"ץ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 310 (27.07.1987), השופט ג' בך) " (בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 2 לחוות דעתי (15.4.2015)).

אשר על כן, גם אם מן הבחינה העובדתית השילוט דנן פוגע במידה מסוימת ברגשות הציבור, משום שהוא "מעלה ביקורת על צה"ל לרבות חייליו וחלליו ועל התנהלות מדינת ישראל בעניין זה", כפי שטוענת המערערת (פסקה 58 להודעת הערעור), אין בכך כדי להביאו בגדרי סעיף 4(ב) לחוק העזר. ככלל, ביקורת על המדינה ומוסדותיה, כשלעצמה – ואפילו תהיה מקוממת – אינה "מזעזעת את אמות הספים של הסובלנות ההדדית" (בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 839 (1999) (להלן: עניין סנש)), באופן העשוי להצדיק את הדרתה משוק הדעות. אדרבה, עוד בימי בראשית של מדינת ישראל – בפרשת קול העם – השמיע בית משפט זה את קולו, ויצר יש מאין – כדי למנוע מצב של אין מהיש – את הזכות לחופש הביטוי, תוך שהוא מזכיר כי:

"במשטר אוטוקרטי נחשב המושל כאדם עליון וכמי שיודע, איפוא, מה טוב ומה רע בשביל נתיניו. על כן אסור לבקר בגלוי את מעשיו המדיניים של המושל, ומי שחפץ להפנות את תשומת לבו לטעות זו או אחרת שטעה, חייב לעשות כן בדרך של פניה ישירה אליו ותוך הוכחת יחס של יראת כבוד כלפיו [...] במדינה של משטר דמוקרטי – הוא משטר 'רצון העם' – רואים את 'המושלים' כמורשים וכנציגים של העם שבחרם. אשר על כן רשאי הוא בכל עת להעביר את מעשיהם המדיניים תחת שבטו, אם כדי לגרום לתיקונם של מעשים אלה ולעשיית סידורים חדשים במדינה, ואם כדי להביא לפיטורם המידי של 'המושלים' או להחלפתם באחרים כבוא מועד הבחירות" (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871, 876 (1953)).

יש לדחות, אפוא, על הסף את הטענה כי פרסומים ביקורתיים לגבי התנהלות המדינה ומוסדותיה – לרבות צבא ההגנה לישראל – פוגעים "בתקנת הציבור או ברגשותיו", אך בשל עצם ביקורתם על השלטונות ומניעיהם. הפרשנות הרחבה שהמערערת מבקשת להעניק לסעיף 4(ב) לחוק העזר עלולה לרוקן מתוכן את חופש הביטוי הפוליטי, ולאפשר למערערת – ודומותיה – להשתיק כל ביקורת על התנהלות הרשויות בסוגיות השנויות במחלוקת, ולמצער, לצמצם באופן משמעותי את גישתה לשוק הדעות. עם זאת אין להשלים. ארשה לעצמי להוסיף כי סגירת הבמה הציבורית בפני עמדות מיעוט המכעיסות את הרוב פוגעת בתקנת הציבור בצורה משמעותית בהרבה מזו שפרסום כזה או אחר עלול לפגוע בה.

5. למעלה מן הצורך, ומעבר לאמור לעיל באשר לפרשנות חוק העזר, אבקש לבנות קומה נוספת. להשקפתי, חופש הביטוי הפוליטי אינו נעלה רק מכוח העיקרון של

כבוד האדם וחירותו – קרי, חשיבותן של זכויות הפרט המבקש להתבטא. זהו, כמובן, בסיס חשוב ורב עוצמה כשלעצמו, אך הוא אינו ממצה את העניין. כפי שציינתי בפרשת אילנה דיין (דנ"א 2121/12 פלוני נ' דיין, פסקה 6 לחוות דעתי (18.9.2014)), הראייה מופנית לא רק כלפי היחיד אלא כלפי הציבור –

"לחופש הביטוי העיתונאי יש מימד נוסף, אותו הייתי מגדיר כאוטונומיה של החברה. זהו לא רק אינטרס של הציבור, אלא גם צורך עליון שלו. מאפיין בולט של חופש הביטוי הוא שבמבט ראשון אפשר שלא להכיר בחשיבותו בהשוואה לזכויות אחרות. אולם במבט נוסף מתבררות שתי נקודות: ראשית, כוחו של חופש הביטוי נשאב מהמצב החלופי, דהיינו: מה היה קורה אלמלא ניתן חופש ביטוי ומה המחיר שהחברה הייתה משלמת בשל כך. שנית, חופש הביטוי הוא המסד שעליו מונחות זכויות רבות נוספות. בלא המסד, אף הבניין לא היה עומד יציב.

הוגה הדעות ואיש החינוך האמריקאי Alexander Meiklejohn כתב במחצית הראשונה של המאה ה-20 על הקשר בין חופש הביטוי לבין הדמוקרטיה. הודגש כי רעיון הדמוקרטיה הוא שלטון העם. על מנת ששיטה זו תצליח, יש צורך בכך שהציבור יהא מיועד. מכאן החשיבות של זרימה חופשית של מידע והתרת הכבלים מעל חופש הביטוי (ראו למשל: ALEXANDER MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO "SELF GOVERNMENT (1948)).

6. נוכח חשיבותו של חופש הביטוי, סבורני כי מן הראוי להשלים את התמונה ולהתייחס, על קצה המזלג, לסוגיות החורגות מן השאלה הפרשנית שנדרשת להכרעה בענייננו אך ניצבות ברקע. מבלי לקבוע מסמרות, נראה כי העניין מורכב, מורכב מאד. כאמור, הפסיקה הכירה בהגנה על רגשות הציבור כאינטרס שעשוי להצדיק את הגבלתו של חופש הביטוי – אך הזהירות נחוצה, ואין למהר ולסווג כל פרסום המעורר מורת רוח כפוגע ברגשות. האדם המודרני רגיש – רגיש מאד. הוא בוחן את מסריו המפורשים, המוסווים והסמויים של הפרסום. הוא קורא את הטקסט שלפניו תוך שימת דגש על הכתוב, הלא כתוב – ולא פחות חשוב, על הכותב. אין בכך פסול או קריאה לא נכונה. אך התוצאה היא שהבעת עמדה – כל עמדה – עשויה לשכנע את האחד, אך בה בעת גם להכעיס את האחר ולפגוע ברגשותיו. לכן, כפי שנקבע בעניין סנש, השיקול של מניעת פגיעה ברגשות יזכה בבכורה רק במקרים חריגים בהם עוצמת הפגיעה עולה על הנסבל בחברה דמוקרטית. אמנם, הרגש האנושי של הפרט מצוי כולו בתחום הסובייקטיבי הקשה למדידה, אך על בית המשפט לקבוע רף אובייקטיבי ונורמטיבי באשר לאיזון שבין חופש הביטוי להגנה על רגשותיו הסובייקטיביים של הציבור.

לשם כך, יש לתת את הדעת לא רק על תוכן הפרסום, אלא גם על סגנונו וצורתו – שכן דרך הצגת הדברים עלולה להפוך מסר לגיטימי כשלעצמו לכזה הפוגע בעוצמה רבה ברגשות הציבור. כך, למשל, סגנון פרסום המלמד שהדברים פורסמו, בעיקרו של דבר, מתוך כוונה נחרצת לפגוע ברגשות, או מוביל באופן כמעט בלתי נמנע לפגיעה ברגשות – עשוי להשליך על היקף ההגנה שתינתן לפרסום. בהתאם, הטלת ספק במניעיו של המחזיק בדעה האחרת, או הפועל בזירה הציבורית בניגוד לעמדת המפרסם, מעוררת שאלות עדינות. מצד אחד, ניתן לטעון כי גם הפרסום הפוליטי השערורייתי, הפרובוקטיבי והאכזרי פרסום הוא – אך מן הצד האחר, מה הטעם והתועלת בפרסום כזה? האם "דרך ארץ" ברמה הבסיסית ביותר שלה מצויה מחוץ למעגל השיקולים הרלוונטיים? כאמור, אין בכוונתי להכריע בעניין, אלא רק להצביע על כך שהעניין דורש הכרעה. ודוק, פרסומים מסוג זה עלולים לעורר קשיים נוספים – דוגמת הפגיעה בשמם הטוב של מושאיהם (ראו, למשל, רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר (7.12.2004)) – אך ענייננו כעת בבחינת מעמדם מנקודת המבט של האיזון בין חופש הביטוי והפגיעה ברגשות הציבור.

האמת תיאמר כי בחברה סובלנית ומכבדת יוצבו הגבולות מאליהם. ברם, אם אין זה המצב – או בצורה אופטימית יותר, עד שיהיה זה המצב – סוגיות אלה עומדות ותעמודנה לפתחו של בית המשפט.

כך או כך, במקרה שלפנינו אין צורך למצות את הבירור החוקתי – ודי בקביעה כי ההגנה החוקתית הבסיסית המוקנית לחופש ביטוי פוליטי מובילה לפרשנות מצמצמת של חוק העזר, באופן המלמד כי המערערת אינה מוסמכת למנוע את הפרסום העומד במוקד הליך זה.

7. משכך, מסקנתי היא, בדומה לחבריי, כי דין הערעור להידחות. אף בנושא ההוצאות דעתי כדעת חברי השופט דנציגר.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בתוצאת פסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, ב' בתמוז התשע"ז (26.6.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה (בדימ')