

סמדר בן-נתן, משרד עורכות-דין

SMADAR BEN-NATAN, LAW OFFICES

רח' הוברמן 10, תל-אביב-יפו 64075
טל: 03-5619666, 03-5320076 tel: פקס: 03-6868596
Email: office@bennatan-law.co.il

SMADAR BEN-NATAN, ADV.
GALIT LUBETZKY, ADV.
MICHAL POMERANZ, ADV.
ADI LERNER, ADV.
RACHEL HEFETZ, ADV.

סמדר בן-נתן, עו"ד
גלית לובצקי, עו"ד
מיכל פומרנץ, עו"ד
עדי לרנר, עו"ד
רחלי חפץ, עו"ד

1.7.15

שלום רב,

הנדון: חוות דעת אודות שלילת תמיכה ציבורית מיצירות אמנות

בהמשך לפנייתך אלי מצ"ב חוות דעתנו אודות שאלת שלילת מימון ציבורי מטעמים פוליטיים.

1. מאז מינויה של חברת הכנסת מירי רגב לשרת התרבות פורסמו מספר התבטאויות ופעולות של השרה בנוגע לשלילת תמיכות והסטת תקציבים מיצירות אמנות בשל תכנן הפוליטי.

2. חלוקת תקציבי משרד התרבות, בדומה לתקציביו של כל משרד ממשלתי וגוף ציבורי אחר, כפופים לכללי המינהל הציבורי התקין כמו גם לחקיקה הרלוונטית. בענייננו, היות ומדובר בנושאים הקשורים בחופש הביטוי שמעמדו הבכיר בשיטת המשפט הישראלי מקנה לו הגנה מיוחדת, נדרשת הקפדה יתרה על הליך תקין ועל הקפדה שלא מדובר בהשתקה פוליטית. פסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים קבעה שזכות זו הינה זכות חוקתית מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וניתן להגבילה רק בתנאים הקבועים בו (כך למשל, ביחס לחופש הביטוי בקולנוע, בג"צ 4804/94 סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים).

מפאת חשיבות חופש הביטוי, לא ניתן להגביל אותו על בסיס עמדה פוליטית אלא רק על בסיס ודאות קרובה לפגיעה ממשית באינטרסים חשובים כדוגמת בטחון המדינה, שלום הציבור וכיוצא בכך. פגיעה ב"רגשות הציבור" מהווה אינטרס בהקשר זה רק אם הפגיעה חריפה ברמה כזו שעלולה להביא לפגיעה בסדר הציבורי (בגצ 14/86 יצחק לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות (5.2.87), בגצ 243/82 אמנון זכרוני נ' רשות השידור (24.3.83), בגצ 399/85 ח"כ מאיר כהנא ואח' נ' הועד המנהל של רשות השידור. פ"ד מא(3), 255). "מבין סוגי הביטויים השונים, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי - שהוא תנאי הכרחי לקיומו של הליך דמוקרטי - היא רחבה במיוחד" (בגצ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 157, 164 (2003)).

3. הטענה שנשמעה ביחס לשלילת תמיכות היא שהעדר תמיכה אין משמעה צנזורה ולכן אינה פוגעת בחופש של יוצר להתבטא, להבדיל מאיסור הקרנת סרט או העלאת יצירה וצנזורה פורמלית. לכך ניתן לענות בכמה מישורים.

3.1 מעת שהמדינה מחלקת תמיכות עליה לעשות כן בשוויוניות ועל פי קריטריונים ברורים וקבועים מראש. שלילת מימון על יסוד דעה פוליטית פוגעת בהקצאה השוויונית של תמיכות ומנוגדת לקריטריונים שנקבעו לצורך כך.

3.2 בהינתן מאפייני שוק הקולנוע הישראלי והסתמכותו על קרנות לצורך גיוס הון ראשוני להפקה, מדיניות שמונעת תמיכה בהפקות מסוג מסוים עלולה בהחלט לעלות כדי השתקה וצנזורה בפועל לא רק של ביטוי קונקרטי אלא גם של תפיסות עולם, עמדות וערכים. להגנה על חופש הביטוי יש פן חיובי ופן שלילי. השלילי משמעותו לא לפגוע בחופש הביטוי. החיובי, משמעו שיש **לאפשר אותו** מבחינה מעשית, ולכן על הרשות מוטלת החובה להקדיש לכך תקציבים. כך נקבע בבג"צ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (22.3.05): "הטלת מעמסה כספית על המבקשים לממש את זכותם לחופש ביטוי עשויה לפגוע בעיקר באלה אשר מבקשים לבטא רעיונות המעוררים התנגדות רבה. זאת משום שיש להניח שהוצאות האבטחה בנסיבות מעין אלה יהיו גבוהות יותר מהרגיל. ההגנה על חופש הביטוי חשובה דווקא בנסיבות אשר כאלה (ראו בגז 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255). מדובר אפוא בפגיעה קשה, על בסיס יכולת כלכלית או על בסיס תוכן הביטוי ומידת ההתנגדות שהוא מעורר, בחופש הביטוי ובזכות ההפגנה והתהלוחה. תוצאתה של פגיעה זו, מעבר לפגיעה הישירה בזכויותיהם החוקתיות של המבקשים להפגין, הינה שנפגע הדין הציבורי. מידלדל שוק הדעות והרעיונות. נפגע האופי הדמוקרטי של המשטר."

3.3 יש הבדל בין העדר תמיכה מראש לשלילת תמיכה בדיעבד, לאחר שיוצר הסתמך על תקציב פוטנציאלי ופעל בהתאם לו. שלילת מימון של יצירה מקורית שהוחלט כבר להעניק לה מימון ציבורי **פוגעת אקטיבית** בחופש הביטוי ולכן נדרשת לעמוד בקריטריונים החוקתיים שצוינו, גם כמו בקריטריונים המינהליים שיפורטו בהמשך.

4. יש מקום להבהיר את המרחק בין פרסומים בכלי התקשורת לפיהם השרה "תבחן מחדש" הענקת תמיכה או תקצוב לגורמים שונים (פסטיבל ירושלים, תאטרון אל מידאן וכיוצא בכך דוגמאות שהצגת בפני), לבין שלילת תקציב בפועל. מקריאה מדוקדקת בפרסומים שהעברת עולה שהשרה ערה לכך שאין באפשרותה לשלול תמיכה לאלתר בהתאם להחלטה עצמאית שלה וכי בכל הנוגע לתקציבים הנוגעים לגופים נתמכים **קונקרטיים**, התייחסה לכך ש"תנחה" או "תורה לבדוק" ולא שללה בפועל תקציב או תמיכה באופן מידי.

5. בד בבד, אין להתעלם מכך שלהתבטאויות מהסוג שהביא לצורך בחוות דעת זו יש אפקט מצנן והשפעה משתיקה שמנותקת מהמצב המשפטי עצמו. קיים חשש שהתבטאויות נוספות ברוח הנ"ל ירחיקו יוצרים מעיסוק בנושאים פוליטיים או רדיקלים, ויביאו לכך שהם ימנעו מלפעול למען הרחבת גבולות השיח, אתגור הזרם המרכזי או מתן קול לקבוצות מושטקות. במציאות כזו מן הראוי שאיגוד היוצרים יבהירו לשרה כי הם מתנגדים לפגיעה בחופש הביטוי בכל המובנים שפורטו לעיל על בסיס עמדה פוליטית וכי לא ניתן לקבל החלטות אד-הוקיות בהתאם להלך הרוח של השר הממונה ללא ביסוס מקצועי כדיון. כמו כן מן הראוי להבהיר לחברי האיגוד כי ככל שתהיה פגיעה בחופש הביטוי והיצירה הרי שישנם כלים משפטיים להלחם בכך, והאיגוד יתן לכך גיבוי.

6. מבחינת ההליך המינהלי, הענקת תקציבים ותמיכות נעשית בכפוף להוראות חוק וכללים קונקרטיים כדוגמת חוק הקולנוע הישראלי, התשנ"ט-1999 או חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן-1990. בהתאם לחוק הקולנוע, ממונה מועצת קולנוע שמטרתה לפעול "לשם עידוד הקולנוע הישראלי ותמיכה בו תוך הבטחת חופש היצירה ומתן ביטוי למגוון התרבותי של החברה בישראל, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה" (סעיף 2(ב)).
7. כעולה מנוסח הסעיף, חלוקת התקציבים חייבת להעשות בהתאם לשיקולים מקצועיים וענייניים ולא על בסיס תפיסה פוליטית או מפלגתית. התערבות בשיקול דעת הגופים המקצועיים שהוקמו מכוח חוק הקולנוע והתערבות בשיקול דעתם ממניעים פוליטיים ותוך קידום מטרות פוליטיות היא פסולה ותיחשב שיקולים זרים. כך עולה בבג"צ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, נד (3) 496 (22.08.00): "על טיב האנשים הראויים לכהן כחברי המליאה ניתן ללמוד ממטרות חוק רשות השידור ומהרכב הגופים שהוסמכו לייעץ בעת תהליך המינוי. נוסחת המסגרת לעניין זה היא כי על המכהנים במליאה להיות אנשים בעלי רקע תרבותי הולם – סופרים, אמנים, אנשי תרבות, לשון והוראה – שיש להם זיקה לנושאי השידור".
8. נוסח הסעיף מאפשר מעורבות של השרה בקביעת הקריטריונים לתמיכה. שינוי בקריטריונים קיימים צריך להיות מבוסס על תשתית עובדתית מספקת ולהיעשות בשקיפות ותוך היוועצות מהותית עם הגופים הרלוונטיים, לרבות ארגוני היוצרים. מדיניות ומבחנים כאמור לא יכולים לכלול קריטריונים שיהיו מנוגדים לחופש הביטוי או יגבילו אותו בצורה בלתי סבירה. הם חייבים להיות מקצועיים, שוויוניים ומאפשרים מגוון נרחב של דעות, בהתאם לעקרונות הכלליים הנוגעים לחופש הביטוי בשיטת המשפט הישראלית. מובן ששינוי בקריטריונים גם לא יכול להיות רטרואקטיבי ולחול על כספים שכבר ניתנו החלטות באשר לחלוקתן בהתאם לקריטריונים הקיימים.
9. האמור לעיל נוגע לשינוי מדיניות ומבחנים, ולא להחלטה קונקרטית של תמיכה ביצירה כזו או אחרת. **בהחלטות כאלה אין לשרה תפקיד שכן מדובר בהחלטות מקצועיות.** כך קובע סעיף 12 לחוק הקולנוע: "מתן תמיכות מתוך תקציב הקולנוע ייעשה על פי מבחנים לתמיכה במוסדות ציבור, כאמור בסעיף 3(2), שקבע השר לאחר התייעצות עם המועצה, ובלבד ש-60% לפחות מתקציב הקולנוע יופנה להפקת סרטים ישראליים, ושיעור נוסף ממנו ייוחד לשיווק סרטים ישראליים בשוק הסרטים הבין-לאומי".
10. הפסיקה בעניין פעילות המוסדות האחראים לחלוקת תקציבי תרבות מתייחסת אך ורק לקביעת הקריטריונים ולא להחלטות בעניין יצירה פרטנית. התמיכה הקונקרטית נעשית באופן אוטונומי על ידי קרנות הקולנוע, שמקבלות את תקציבן מהמועצה, לשרה אין סמכות להתערב בהחלטותיהן והתערבות כזו תהיה פסולה.
11. חוק הקולנוע קובע שקביעת מדיניות בתחום הקולנוע, קביעת מבחני תמיכה ושאר המלצות הנוגעות לתמיכות ייעשו תוך היוועצות עם מועצת הקולנוע, אשר נועצת לצורך כך עם ארגוני היוצרים. בהמשך לשאלת ההנהלה בעניין זה, מובהר שקבלת החלטה ללא התייעצות כזוהוה פגם של חריגה מסמכות המאפשר עתירה לערכאות בבקשה לביטול ההחלטה. אף שהשרה לא חייבת לקבל את המלצות המועצה או לפעול בהתאם לעמדתה, היות ומדובר בגוף מקצועי בעל מומחיות היא אינה יכולה להתעלם

מהמלצותיו וקביעותיו אלא מטעמים טובים ומבוססים. ודוק: המועצה לא חייבת להציג עמדה אחידה בהכרח, וככל שיש מגוון דעות רשאית השרה לאמץ מי מהן.

12. כך קבע כב' השופט חשין בפרשת היוצרים הדוקומנטרים שהזכרה לעיל: "דרך ההתייעצות יכולה שתהא שונה מעניין לעניין, לא כן משמעותה ומהותה של התייעצות. בשאלות אלו קבעה ההלכה עקרונות ברורים וחד־משמעיים, ... התייעצות חייבת שתהא התייעצות של אמת, התייעצות של אדם המבקש באמת ובתמים לשמוע לעצתו של הזולת כדי שידע מה דרך ילך בה; ההתייעצות חייבת שתהא התייעצות ממשית, התייעצות בלב פתוח ובנפש חפצה, התייעצות ברצון טוב ובנפש קולטת; במילה אחת: התייעצות, פשוטה כמשמעה, חייבת שתהא התייעצות בתום לב".

13. ככלל, היות והחלטות בדבר מדיניות וקביעת מבחנים אינם ענייני פיקוח נפש או שאלות הדורשות החלטה מיידית, היוועצות טלפונית לא תחשב כמילוי חובת ההיוועצות אלא נדרש הליך שיותר מרחב מספיק לגיבוש עמדה והצגתה כיאות.

14. הגבלות נוספת על הגוף המייעץ והשרה המחליטה הן שקילת שיקולים הזרים לתכלית ההחלטה (כדוגמת אינטרסים פוליטיים) וקבלת החלטה בהעדר תשתית עובדתית מהימנה ומקיפה בהתחשב בנסיבות העניין. לא מיותר לציין שאמנם השרה ממנה את רוב חברי המועצה ולכאורה השפעתה על אופי המועצה גדולה, אך מינוי חבר נעשה לאחר התייעצות עם ארגוני יוצרים וגופים ציבוריים מהתחום, וממילא, אלו ממונים לכהונה של 4 שנים והשרה לא יכולה להעביר חבר/ת מועצה בהתאם לשיקול דעתה אלא רק בהתאם לקבוע בחוק (למשל בשל היעדרות מפגישות המועצה, סעיף 7 לחוק הקולנוע).

15. באשר לקרנות הקולנוע, הרי שמדובר בגופים ציבוריים הנתמכים בכספי ציבור כך שגם עליהם חלה החובה לנמק את החלטותיהם ולפרסם את הדברים האמורים בישיבות ההנהלה. התמיכה בקרנות נעשית באמצעות משרד התרבות מתוך תקציב הקולנוע ובאמצעות מועצת הקולנוע כך שמדובר הן במוסד ציבורי (בהתאם לסעיף 3 לחוק יסודות התקציב) והן בגוף מבוקר (בהתאם לסעיף 9(8) לחוק מבקר המדינה). מכאן שהדברים האמורים לעיל נכונים לא רק בנוגע להחלטות השרה, אלא גם להחלטות של הקרנות השונות ככל שיושפעו מהלכי רוח פוליטיים ולא מהשיקולים המקצועיים שאמורים להנחות את החלטותיהם. על חובות אלה נוספת החובה להעניק זכות שימוע במקרה של כוונה לפגוע בתמיכה קיימת, לערוך פרוטוקולים בישיבות הקרנות, והחובה לנהוג בהן בשקיפות ובפומביות.

16. לסיכום, נוכח העובדה שאחת ממטרות האיגוד היא להגן ולשמור על חופש הביטוי, יש מקום להתנגד בחריפות לכל הגבלה של חופש הביטוי, ודאי מטעמים פוליטיים, בין על ידי הגבלת תוכן או על ידי הגבלת מימון, וכן להביא את הדבר לידיעת חברי האיגוד.

בברכה,

סמדר בן-נתן, עו"ד

גלית לובצקי, עו"ד