

האגודה לזכויות האזרח בישראל

העותרת:

ע"י ב"כ עו"ד דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עודד פלר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

1. ראש עיריית חיפה, ד"ר עינת קליש רותם

המשיבות:

באמצעות השירות המשפטי, עיריית חיפה
רח' ביאליק 3, חיפה 3311210
טל': 04-8357077; פקס: 04-8357014

2. מוזיאוני חיפה בע"מ

באמצעות ב"כ עוה"ד אמיר שאשא ו/או ליאור צמח ו/או
אילנה פרידמן-שאשא ו/או יעל עזרא ו/או קרן לזרי-
אברמטו
מרח' פקדון 1, ת"ד 502, חיפה 31000
טל': 04-8530540; פקס: 04-8530555

עיקרי טיעון מטעם העותרת

בית המשפט הנכבד יתבקש לראות בטיעון המשפטי שבעתירה את עיקרי הטיעון מטעם העותרת. להלן יובאו בקצירת האומר מספר התייחסויות לנושאים שעלו בכתבי התשובה.

1. תאגיד עירוני הוא גוף דו מהותי – מצד אחד הוא כפוף לדיני התאגידים שבמשפט הפרטי ומצד שני לאור בעל השליטה שלו ותפקידיו הוא נושא אופי ציבורי.

אסף הראל **גופים דו-מהותיים** (2008) 100-101

2. תאגיד עירוני שהוא מוסד תרבות הוא גוף תלת מהותי. בנוסף לשני הנדבכים שהוזכרו לעיל מהמשפט הפרטי ומהמשפט הציבורי, מוסד תרבות נועד מעצם טיבו ובריאתו לממש את חופש הביטוי. בנוסף לחופש הביטוי הפרטי של האמן היוצר או המבצע, יש למוסד תרבות חופש ביטוי אמנותי מוסדי. כגורם הפועל בתחום התרבות והנמצא בבעלות ציבורית הוא נושא בתפקיד ציבורי במסגרת מימוש חופש הביטוי התרבותי של החברה. במסגרת תפקיד זה המוסד אחראי, בין היתר, למימוש הזכות לתרבות של היחידים (המוכרת בהכרזה האוניברסלית לזכויות אדם ובאמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות). התערבות של נבחרי ציבור או של עובדי ציבור של הרשות המקומית בתוכן האמנותי שמועלה במוסד התרבות היא פגיעה בחופש הביטוי של המוסד.

3. זכו המוזיאונים בסעיף חקוק יוצא דופן, שספק אם יש כדוגמתו בדין הישראלי לגבי מוסד תרבות אחר, ושמבטיח את עצמאות הפעולה שלהם. דומה כי רק המוסדות להשכלה גבוהה זכו לאוטונומיה סטטוטורית דומה (סעיף 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958). בדומה לסעיף 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, גם כותרתו של סעיף 4 לחוק המוזיאונים היא "חופש פעולה" והוא קובע כדלקמן:

"הנהלת מוזיאון מוכר [מוזיאוני חיפה בע"מ היא מוזיאון מוכר על פי [הרשימה שמתפרסמת באתר משרד התרבות](#), ד' י'] היא בת חורין לכלכל כטוב בעיניה את ענייני המוזיאון במסגרת תקנונו ותקציבו, ובכפוף להוראות חוק זה והתקנות לפיו."

תקנה 5 לתקנות המוזיאונים, התשמ"ה-1984, שכותרתה "הצגה נאותה של מוצגים", מוסיפה וקובעת כדלקמן:

"הנהלת מוזיאון תדאג להציג את המוצגים בתצוגה בצורה שבה יפיק מהם הציבור את מרב התועלת בהתחשב במטרת התצוגה; בענין זה תפעל הנהלת המוזיאון על פי הנחיותיו של האוצר ומומחים אחרים לנושא אותה תצוגה."

להרחבה ראו אילן סבן "הקצאת משאבי ביטוי, פגיעה ברגשות והשפעה על תרבות בחברה שסועה העוברת שינוי: תיאטרון עירוני בעיר מתחרדת" **עיוני משפט** לג 473 (2010) ה"ש 22 ו-50.

4. משמע הזכות החוקתית לחופש הביטוי מחייבת מתן עצמאות למוסד התרבות באופן כללי וביתר שאת לגבי התוכן האמנותי המועלה במסגרתו. מי שאחראי על התוכן האמנותי הוא הסמכות האמנותית העליונה במוסד – המנהל המוזיקלי של תזמורת, המנהל האמנותי של תיאטרון או של להקת מחול, האוצר הראשי של מוזיאון ועוד. בפעילותו האמנותית הוא משתף פעולה עם המנכ"ל, שתפקידו לדאוג, בין היתר, לכך שהפעילות לא תחרוג מהמסגרת התקציבית וכי ייעשה שימוש מושכל בכוח האדם של המוסד.

5. מעל כל אלה עומד הגוף המנהל של מוסד התרבות – ובמקרה שלנו, כיוון שמדובר בחברה לתועלת הציבור, מועצת המנהלים של החברה. למועצת המנהלים אחריות משפטית וציבורית כוללת לפעולתו התקינה של מוסד התרבות. עליה מוטל, בין היתר, לאשר את תקציב המוסד, למנות את המנכ"ל ואת המנהל האמנותי. אין זה מתפקידה להתערב בניהול השוטף של המוסד או בתוכן האמנותי. במקרים חריגים, בהם מתעוררת רגישות ציבורית מיוחדת, מוטל על מועצת המנהלים לקיים דיון בנושא ולהמליץ המלצותיה למנכ"ל או להגיע להחלטות מחייבות בעניין.

6. במועצת המנהלים של מוזיאוני חיפה בע"מ יש רוב מוחלט לחברי מועצת העירייה ולעובדי העירייה, וחברי מועצת המנהלים הם הכשירים והמוסמכים לשקול את מכלול השיקולים של האינטרס הציבורי במובנו הרחב. מועצת המנהלים רשאית להיוועץ בראש העירייה או להיענות

לבקשה של ראש העירייה או של גורם אחר בעירייה להציג בפני מועצת המנהלים את עמדתה בסוגיה ציבורית חשובה ורגישה, אך לעולם ההחלטה תישאר מסורה בידי מועצת המנהלים.

7. השופט זמיר הדגיש כי –

"על-פי הדין, רשות מוסמכת רשאית בדרך-כלל לשמוע עצה מגוף אחר, אם זה גוף במסגרת הממשלה ובין גוף מחוץ לממשלה, אם ביוזמת הרשות ואם ביוזמת הגוף. זוהי סמכות עזר מובהקת של רשות מינהלית. יתרה מזאת: בדרך-כלל התייעצות, אם היא נעשית באופן ראוי, היא הליך מועיל. אכן, ההתייעצות כפופה למגבלות, כמו כל הליך מינהלי. בעיקר, ההתייעצות חייבת להיעשות על יסוד שיקולים ענייניים בלבד, בהתאם לעניין הנדון, ונוסף לכך אסור שעצה תתקבל כתכתיב, או תפטור את הרשות המוסמכת מן החובה להפעיל את שיקול-הדעת שהחוק הקנה לה. ראו י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב) [9], בעמ' 863-833.

בהתאם לכך, המחלקה לתאטרון במינהל התרבות יכולה לבקש ולשמוע עצה מגורם חיצוני בעניין התמיכה בתאטרונים. גם ועדת התמיכות יכולה לבקש ולשמוע עצה, לא רק מן המחלקה לתאטרון במינהל התרבות, אלא גם מגורם חיצוני, כמו המדור לתאטרון במועצה לתרבות ואמנות. השוו בג"ץ 308/76 שרף נ' שר האוצר ואח' [3], בעמ' 391. העובדה שהמדור לתאטרון אינו יחידה ממשלתית, אלא חלק ממועצה ציבורית, מחוץ למסגרת הממשלה, אין בה כדי למנוע בעד המחלקה לתאטרון או בעד ועדת התמיכות מלשמוע ולשקול את עצתו. רשות מינהלית רשאית בדרך-כלל להסתייע גם בגוף פרטי לצורך מילוי תפקידה. השוו בג"ץ 3424/91 הארגון הארצי להגנת הדייר ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח' [4]; בג"ץ 2303/96, 3709 פיליפוביץ ואח' נ' רשם החברות ואח' [5], בעמ' 426-425.

אך יש לחזור ולהבהיר שכך הדבר רק אם מדובר בהתייעצות, שאינה כובלת את הרשות המוסמכת, ואינה פוטרת אותה מן החובה לשקול את העצה לגוף העניין ובאופן רציני, ולהחליט לפי שיקול-דעתה."

בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות (1997), פיסקה 14.

8. תפקידו של יועץ משפטי בשירות הציבורי הוא לאפשר לנבחר הציבור ולעובד הציבור לממש את מדיניותם ולמלא את תפקידם במסגרת הדין. תפקיד ראשון במעלה של היועץ המשפטי הוא לשמש שומר סף ולהקפיד על שלטון החוק ועל ההגנה על זכויות האדם.

יצחק זמיר "היועץ המשפטי לממשלה: משרת הציבור ולא משרת הממשלה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 452 (1993);

מרים נאור "הפרקליט בשירות המדינה" משפטים כד 417 (1995);

דינה זילבר "'המון דברים יפים ראו עיניי': מחלקת הבג"צים כאתר של חינוך משפטי" מעשי משפט ט 153, 155-163 והאסמכתאות שם (2017).

9. אף יועץ משפטי של רשות מקומית בכלל אלה. באחד המקרים הנדירים, בהם הזדמן לחתום מטה לייצג משיב בבג"ץ (הבית הפתוח לגאווה וסובלנות בעתירה שהוגשה נגד המשטרה ונגד עיריית ירושלים נגד קיומו של מצעד הגאווה בעיר), נתגלעה מחלוקת בין העירייה לבין היועץ המשפטי שלה. בדיון בבג"ץ התייצב נציג היועץ המשפטי של העירייה, מסר לשופטים כי העמדה של הנהלת העיר היא, שיש לקבל את העתירה ולאסור על קיומו של מצעד הגאווה, אך לעמדתו של היועץ המשפטי שיש לקבל את העתירה ולאפשר את קיומו של המצעד. הח"מ טען בדיון

כי מן הראוי לקבוע הלכה, לפיה בדומה למעמדו של היועץ המשפטי לממשלה גם עמדתו של היועץ המשפטי של רשות מקומית לגבי פרשנות הדין מחייבת את העירייה ומוסדותיה כל עוד בית המשפט לא קבע אחרת. ואכן הנשיאה ביניש קבעה באותו עניין כך:

"בסיום הדברים יוער כי עיריית ירושלים וראש עיריית ירושלים צוינו כמשיבים בעתירה שהוגשה בבג"ץ 5277/07. בעניין זה יצוין כי ספק בעניינו אם עיריית ירושלים והעומד בראשה הם אמנם משיבים נכונים לעתירה, בהתחשב בכך שהסמכות לאשר או לשלול את קיומו של המצעד הינה בידי המשטרה. עם זאת, נציין כי מהתגובות שהוגשו לבית-משפט זה עולה כי בעתירה האמורה התעוררה מחלוקת בין עמדת ראש העיר לבין עמדת היועץ המשפטי של העירייה. ראש העיר הביע התנגדותו לקיום המצעד בעיר בטענה כי יהיה בכך לפגוע "במרקם העדין הקיים בין האוכלוסיות בבירה". מנגד, עמדת היועץ המשפטי לעירייה היתה כי בהתאם לאמות-המידה שהותוו בפסק-הדין בבג"ץ 8988/06 הנ"ל, דין העתירה להידחות. בהקשר זה נציין את אשר נקבע כבר בפסיקתו של בית-משפט זה, ולפיו נציגו של היועץ המשפטי לממשלה - ובהם היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה והרשויות המקומיות - פועלים בשמו, וחוות-דעתם בדבר המצב המשפטי הקיים מחייבת את הרשויות כל עוד בית-המשפט לא פסק אחרת באותו עניין (ראו: דברי השופט ד' דורנר בבג"ץ 4247/97 סיעת מרץ במועצת עיריית ירושלים ואח' נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד פ"ד (5) 241, 277 והאסמכתאות המובאות שם)..."

בג"ץ 5277/07 **מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים** (2007), פסקה 8 לפסה"ד של הנשיאה ביניש.

10. על דברים אלה הוסיף השופט רונישטיין (כתארו אז):

"מג. רשות מקומית חייבת בקבלת יעוץ משפטי (סעיף 2 לחוק הרשויות המקומיות (יעוץ משפטי) תשל"ו-1975), והיא מחויבת למנות עורך דין שיהיה יועצה המשפטי (סעיף 3(א)). ... היועץ המשפטי אינו יועץ פרטי של ראש הרשות, אלא של הרשות המקומית. משרתו אינה משרת אמון, ועל כן אינה קשורה בזהותו של ראש הרשות; "עליו לגלות עצמאות מקצועית, שכן אין עליו, בעניין תוכן חוות דעתו המשפטית, מרות אחרת זולת מרות החוק" (בג"ץ 3180/94 דורון נ' ניצן, פ"ד מח(4), 733, 737 (המשנה לנשיא -כתארו אז- ברק)); ראו גם עת"מ (ב"ש) 204/02 הנזכרת.

מד. חוות הדעת של היועץ המשפטי לעיריה בשאלה משפטית קובעת מבחינת גורמי העיריה, ובכלל זאת העומד בראשה, את המצב המשפטי המצוי (עת"מ 219/06 הבית הפתוח נ' עיריית ירושלים [פורסם בנבו]), כמובן בכפוף לחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה בהקשרים הנצרכים, ולפסיקת בתי המשפט...

ושוב – צר היה מאוד להיווכח, כי ראש העיריה בנידון דידן אינו שועה לחוות דעת יועצתו המשפטית, וכי מערכת היחסים ביניהם מאופיינת בהתנגחות ובחוסר אמון שאינם מאפשרים עבודה תקינה:

"תפקידו של היועץ המשפטי הוא מן התפקידים המרכזיים ברשות המקומית. בהתאם לחוק הייעוץ המשפטי חייבת הרשות המקומית בקבלת יעוץ משפטי. על היועץ המשפטי ליתן יעוץ משפטי לרשות ... היועץ המשפטי הוא אחד משומרי הסף ברשות המקומית, ועליו לפעול על מנת להבטיח שהרשות המקומית, נבחריה ועובדיה ימלאו את תפקידם על פי הוראות החוק וכללי המינהל התקין" (חוזר מנכ"ל משרד הפנים 5/2009).

עע"ם 6145/12 **עיריית נצרת עילית נ' הרטמן** (2013)

11. משפונה אזרח או גוף לעירייה או לראש העירייה וטוען כי פעולתה נעשתה בחוסר סמכות, תשובתה של היועצת המשפטית של העירייה אינה יכולה להיות "השאלה העומדת לבחינה אינה נוגעת כלל ועיקר לסמכותה של ראש עיריית חיפה ליתן הוראה למוזיאון להסיר את היצירה..." (נספח ע/7). בפני היועצת המשפטית עומדות שלוש חלופות אפשריות: להכחיש כי נתקבלה על ידה החלטה שכזו, להצביע על מקור הסמכות לפעולתה של ראש העירייה או להודיע שפעלה בחוסר סמכות ולנתח את התוצאות של פעולה שכזו.

12. למרבית הצער לא כך אירע בענייננו – לא מבחינת פעולתו התקינה של התאגיד ולא מבחינת הייעוץ המשפטי של העירייה.

13. נחזור ונזכיר את השתלשלות העניינים:

- (1) ביום 10.1.2019 פנתה שרת התרבות למנכ"ל מוזיאוני חיפה ודרשה את הסרת היצירה;
- (2) ביום 11.1.2019 פנתה העותרת למשנה ליועמ"ש בדרישה למנוע את התערבותה של שרת התרבות בתוכן האמנותי של היצירות שמוצגות במוזיאון;
- (3) באותו יום התקיימה הפגנה מול המוזיאון נגד הצגת היצירה "מק'ישו", בעקבותיה המנכ"ל נפגש עם ראשי הכנסיות בחיפה והגיע איתם להבנה, כי יוצב שלט אזהרה בכניסה לתערוכה (ע/9) וכי יוצב וילון בכניסה לחלל התצוגה;
- (4) ראשי הכנסיות בירושלים לא הסתפקו בהבנה שהושגה ודרשו ביום 12.1.2019 את הסרת היצירה;
- (5) שתיים מן הכנסיות הגישו ביום 13.1.2019 בקשה לביהמ"ש המחוזי בחיפה למתן צו מניעה זמני בין היתר נגד הצגת היצירה;
- (6) ביום 14.1.2019 ראש העירייה, שעד לאותו הזמן לא הסכימה לדון עם ראשי הכנסיות על הסרת היצירה, שינתה מטעמה, ונפגשה איתם ביחד עם סגנה נחשון צוק. בסיום הפגישה היא הודיעה בחשבון הטוויטר שלה שהסתיימה הפגישה ברוח חיובית, שהועלו מספר רעיונות לפתרון ושהם ייבדקו החל מלמחרת בבוקר (ע/8).
- (7) ביום 15.1.2019 נשלחו לראש העירייה ולעותרת העתק ממכתבה של המשנה ליועמ"ש לשרת התרבות;
- (8) ביום 16.1.2019 בשעה 21:08 פירסמה ראש העירייה פוסט בדף הפייסבוק שלה, לפיו "בסיכום עם ראשי הכנסיות, והיות וחווה ההשאלה של הפסל מק'ישו מסתיים בימים אלה,

היצירה תוסר ותוחזר בהקדם. שאר הפריטים יהיו תלויים בחדר סגור". היה זה לאחר שהיצירה כבר הוסרה מן התערוכה ;

(9) ביום שישי, 17.1.2019, פנתה העותרת לראש העירייה במחאה נגד החלטתה וטענה, בין היתר, שהיא פעלה בחוסר סמכות ;

(10) ביום 20.1.2019 ביקשו הכנסיות שהגישו את הבקשה לצו זמני למחוק את הבקשה "לנוכח הבנות שהגיעו אליהן המבקשים עם עיריית חיפה מחוץ לכתלי בית המשפט, ואשר ייתרו את הצורך להכריע בבקשה..." (6/ע) ;

(11) ביום חמישי, 24.1.2019, השיבה יועמ"ש עיריית חיפה לעותרת, כי שאלת הסמכות איננה רלבנטית וכי ההחלטה שהתקבלה מאזנת בין הפגיעה בחופש הביטוי לבין הפגיעה ברגשות ;

(12) ביום ראשון, 27.1.2019, בשעות הערב הוגשה עתירה זו.

14. לראש העירייה וליועמ"ש העירייה ניתנה ההזדמנות להסביר מדוע לעמדתן ההחלטה חוקית, אך הן לא ניצלו אותה. מצד אחד לא באה כל הכחשה לכך שהיה מדובר בהחלטתה של ראש העירייה, ומצד שני הן לא הצביעו על מקור סמכות כלשהו שמתיר לראש העירייה להתערב בתוכן האמנותי של היצירות המוצגות במוזיאון.

15. בכתב התשובה הובאה לראשונה גירסה שונה, אבל למרות שמדובר בלב הטיעון של העתירה, הוקדשה לה פסקה אחת בלבד, שאף היא, כמו גם מכתבה של יועמ"ש העירייה, מגלה טפח ומכסה טפחיים, מערפלת וממסכת את המצג העובדתי עד כי הקורא מוצא עצמו מגשש באפילה.

16. כפי שהדגיש בג"ץ לא אחת, "כבר הביט בית'משפט זה לא פעם בחשדנות על נימוק שהובא בראשונה בבית'משפט זה להסברת פעולה או מחדל שלטוני, נימוק השונה מזה שניתן קודם לכן לאזרח הנוגע בדבר".

בג"ץ 267/70 שרעף נ' ראש עיריית בת-ים, פ"ד כד (2) 784, 787 (1970) ;
כן ראו :

בג"ץ 197/81 פרידמן נ' ראש עיריית אילת, פ"ד לו (2) 425, פסקה 5 (1982) ;

בג"ץ 809/86 ינוביץ נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מא (4) 309, 319 (1987) ;

ע"א 700/89 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז (1) 667, 678 (1993).

17. בפסקה 37 לכתב התשובה נאמר, "כי ההחלטה נתקבלה על ידי הגורמים המוסמכים לנושא לאחר מספר ישיבות מקצועיות בהן נטל חלק מנכ"ל החברה למוזאונים מר ניסים טל, יו"ר הדירקטוריון של החברה, הגברת נעמה לזימי וגורמים מקצועיים רבים נוספים." מי הם הגורמים המוסמכים לא נאמר, אף לא נאמר שראש העירייה לא היתה שותפה להחלטה. מי הם

הגורמים המקצועיים לא נאמר, אך ברור מהקשר הדברים שמדובר בבעלי תפקיד בעירייה, בין אם מדובר בנבחרי ציבור ובין אם מדובר בעובדי ציבור.

18. כתב התשובה מנסה לצייר תמונה מעורפלת של קבלת החלטה קולקטיבית של גורמים שונים בעירייה ובחברת מוזיאוני חיפה. אף אם כך הדבר – וספק גדול שכך היה – אין תוקף להחלטה. האורגנים היחידים שהיו בעלי הסמכות לקבל את ההחלטה הם מנכ"ל מוזיאוני חיפה בע"מ ומועצת המנהלים של החברה. אף צד לא טען שמועצת המנהלים של מוזיאוני חיפה בע"מ התכנסה ולו פעם אחת במהלך האירועים נשוא העתירה. יו"ר מועצת מנהלים של חברה אחראי לתפקוד מועצת המנהלים ולזימון הישיבות, אך אין לו סמכות כלשהי לקבל החלטה כה דרמטית כמו בענייננו. אף לא נשמעה הטענה כאילו המנכ"ל קיבל את ההחלטה. המנכ"ל עצמו בחר להתעטף בשתיקה ולא תרם דבר לגבי השתלשלות העניינים העובדתית, ואף העירייה איננה טוענת שההחלטה התקבלה על ידו.

19. עיריית חיפה איננה משיבה בעתירה והמשיבות היחידות הן ראש עיריית חיפה ומוזיאוני חיפה בע"מ. הבחירה בראש עיריית חיפה לא הייתה מקרית - המדובר בהחלטה שהתקבלה באופן אישי על ידי ראש העירייה כעולה מהציוץ בחשבון הטוויטר שלה ומהודעתה בעמוד הפייסבוק הרשמי שלה. ראש העירייה היא אורגן משפטי עצמאי על פי פקודת העיריות, וכמצוות בג"ץ המשיב לעתירה צריך להיות בעל הסמכות שנתן את ההחלטה ולא הרשות הציבורית או הגוף השלטוני אליהם הוא משתייך.

20. כך שנה השופט מזוז לאחרונה במספר הזדמנויות :

15" בשולי הדברים אעיר כי המשיב בעתירה אינו המשיב הנכון. העתירה שבפנינו מופנית נגד "המשרד להגנת הסביבה". עתירה מינהלית אינה יכולה להיות מכוונת נגד משרד ממשלתי, בתור שכוה. בשיטה המשפטית שלנו, המושפעת מהשיטה האנגלית, ובשונה מהשיטה הקונטיננטלית, החוק אינו מעניק סמכויות למשרד ממשלתי אלא לשר ולנושאי משרה אחרים במשרד המשמשים "רשות מוסמכת" (public officer) להפעלת הסמכות (הנס קלינגהופר "הוראות פנימיות לרשות המוסמכת - מה תוקפן?" הד המשפט 3 38 (1956); נילי גרבלסקי "מתן הוראות לרשות מוסמכת" עיוני משפט א 181 (תשל"א-תשל"ב); וכן ראו סעיף 5 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000). המשיב לעתירה צריך אפוא להיות הרשות המוסמכת הרלבנטית, היינו הרשות שהוסמכה בחוק להפעיל את הסמכות מושא העתירה, ואשר נגד החלטתה או אי החלטתה מכוונת העתירה; בענייננו - השר להגנת הסביבה ולא המשרד להגנת הסביבה."

בג"ץ 5263/16 נשר - מפעלי מלט ישראליים בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה (פס"ד מיום 23.7.2018);

3" ... בשולי הדברים אעיר, כי המשיב הנכון בעתירה אינו "משרד הבריאות", שאינו הרשות המוסמכת לענין זה, אלא מנכ"ל משרד הבריאות, שהוא כאמור בעל הסמכות לענין מושא העתירה (ראו הערתי לאחרונה בבג"ץ 5263/16 נשר - מפעלי מלט ישראליים בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה, בפסקה 15 (23.7.2018)).

בג"ץ 5781/18 י.ש.ל.ב קליניק בע"מ נ' משרד הבריאות (פס"ד מיום 5.8.2018).

21. אם עיריית חיפה סברה שהיא צד דרוש לדיון בעתירה פתוחה היתה בפניה הדרך לבקש להצטרף כמשיבה. תחת זאת לקחה לעצמה עיריית חיפה חירות להכתיר עצמה בכותרת כתבי בי הדין מטעמה משיבה, להתייבב בדיון ללא נטילת רשות ולטעון. העותרת התריעה על כך בבקשתה מיום 31.1.2019, אך עיריית חיפה לא טרחה להסביר את דרך הילוכה או ליטול רשות מתאימה.

22. במקביל ראש עיריית חיפה מצאה בעירייה עיר מקלט וניצלה את התנהלותה הדיונית כדי להתחמק מלהתייבב בפני בית המשפט הנכבד ולמסור את גירסתה להשתלשלות העובדתית. מובן שהתחמקות זו יש לזקוף לחובתה.

23. ראש העירייה שמרה על זכות השתיקה ואף העירייה עצמה מקמצת בעובדות. ניסיון החיים מלמד שככל שמשיב מרבה להעלות טענות סף אות הוא שטיעונו לגופו של עניין חלשים. אף מקרה זה אינו שונה מהכלל. כתב התשובה מצטיין בהשתלחויות בעותרת מצד אחד ובשלל טענות סף מן הגורן ומן היקב מצד שני. לעובדות הקדישה העירייה חמש פסקאות בלבד (פיסקאות 35-39) וגם בהן מתעקשת העירייה שלא למסור משנה סדורה וברורה של השתלשלות העניינים ותהליך קבלת ההחלטות.

24. הטיעון כאילו היתה קיימת מגבלה חוזית להמשיך את הצגת היצירה בשל תנאי חוזה ההשאלה הוא מופרך: לא רק שלא בא זכרו בכתב התשובה של מוזיאוני חיפה בע"מ, אלא שאין הוא אמת. כפי שעולה מנספח ע/10 חוזה ההשאלה הוארך בהסכמת הגלריה עד למועד נעילת התערוכה.

25. לגישתה של עיריית חיפה בפיסקה 40 לכתב התשובה, חופש הביטוי האמנותי מוקנה אך ורק לאמן – ולא היא. כפי שהודגש לעיל, גם למוסד תרבות עומד חופש הביטוי האמנותי המוסדי. בנוסף אליהם חופש הביטוי שייך גם לשוחרר האמנות שמעוניין ליהנות מהיצירה. העותרת משמשת פה לשתי קבוצות: האחת היא קבוצת שוחרי האמנות, שמעוניינת לבקר במוזיאון ולצפות בתערוכה במלואה וללא מגבלות; והשנייה היא קבוצת שוחרי חופש הביטוי, שאף אם אין להם עניין באמנות, יש גם להם עניין בהתנגדות לצנזורה אמנותית – ומטבע הדברים יש חפיפה לא מבוטלת בין שתי הקבוצות. השוו לדבריה של השופטת פרוקציה:

"13. בענייננו בעלות העניין במישרין בהחלטות המשיב 1 לגבי פסילת קטעי התשדירים הן רשימות רע"מ ובל"ד, ולמותר לומר כי עומדת להן זכות פנייה לבית-משפט זה בבקשת סעד אם לדעתן נפגעו זכויותיהן מכוח אותן החלטות. בעתירתה לסעד ביחס לאותן החלטות אין העותרת באה בנעליהן של אותן רשימות. לאמיתו של דבר, היא מבקשת להגן בעתירתה לא רק על זכויות המפלגות לחופש ביטוי פוליטי במסגרת שידורי התעמולה, אלא גם לתת ביטוי לאינטרס ציבורי אשר נועד להבטיח, בצד ההגנה על חופש הביטוי של המועמד בבחירות, גם את זכויות הבוחר. זכויות הבוחר בהקשר זה הן זכויות לחופש ביטוי לקלוט בשמע ובמראה את השיח הפוליטי על כל גווניו בלא מגבלות החורגות מן המותר על-פי הדין, שהרי חופש הביטוי אינו רק חופש של המועמד בבחירות להביע דעות, אלא גם החופש הנתון לבוחר לדעת, "לראות ולשמע" (בג"ץ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע [15], בעמ' 763; בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות [16], בעמ' 433). בהקשר שלפנינו חופש הביטוי שהעותרת טוענת לו הוא החופש הנתון לבוחר לקבל את המסרים של תשדירי הבחירות של המועמדים לבחירה בלא התערבות בתוכנם, אלא אם הדבר מתחייב על-פי עקרונות הדין וההלכה הפסוקה. פן זה של חופש הביטוי בהליך הבחירות נותן בידי העותרת זכות עמידה להביא להכרעה את

עניינו של הבוחר מקום שעל-פי הטענה חופש זה הוגבל שלא כדין. הדבר נגזר מהפגיעה הנטענת בבחור ולאור המעמד החוקתי שניתן לזכות לבחור ולהיבחר בהליך דמוקרטי ולחופש הביטוי על ריבוי משמעויותיו, המשמש בריח תיכון בהליך זה...

העותרת טוענת, בעיקרם של דברים, לפגיעה באינטרס ציבורי חוקתי חשוב הנוגע להגבלת חופש התעמולה של מפלגות המתמודדות בבחירות. היא מייצגת בטענה זו אינטרס החורג מעניינן של שתי המפלגות שמדובר בהן. היא מייצגת את עניינו של ציבור הבוחרים שחבריה נמנים עליו. יש אפוא להכיר בזכות עמידתה במשפט ולברר את עתירתה לגופה."

בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז (2) 62, 71-73 (2003).

26. העותרת התייחסה בהרחבה בעתירתה לשאלת האיזון בין חופש הביטוי לבין הפגיעה ברגשות ולפיכך אין צורך לחזור על הדברים. יוער, כי הסתמכותה של העירייה על בג"ץ **עמוס קינן** תמוהה – אמנם הוא עסק במחזה על ישו שנתפס כפוגעני ואמנם העתירה באותו מקרה נדחתה, אך מדובר בפס"ד משנת 1972, וברי כי ההלכות החשובות שנקבעו מאז תחילת שנות ה-80 ועד לימינו, ושנסקרו בעתירה, משמעותם שלהלכת **עמוס קינן** אינה תקפה בימינו.

27. אף הטענה כאילו בענייננו מדובר באיזון אופקי ולא אנכי וכי יד הפגיעה ברגשות על העליונה אין לה על מה שתסמוך. כפי שהודגש בעתירה, חופש הביטוי הוא זכות חוקתית, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אם אין משעות הדבר שחופש הביטוי הוא זכות גוברת הרי למצער מדובר באיזון אופקי.

4 בפברואר 2019

דן יקיר, עו"ד
ב"כ העותרת