

**האגודה לזכויות האזרח בישראל**

המערערת :

ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עודד פלר  
ו/או שרון אברהם-ויס ו/או גיל גן-מור  
ו/או עביר גיבראן דכוור ו/או משכית בנדלו/או טל חסין  
ו/או אן סוצ'יו ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רוני פלי  
ו/או סנא אבן ברי ו/או ספיר סלוצקר עמראן  
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**  
באמצעות השירות המשפטי, עיריית חיפה  
רח' ביאליק 3, חיפה 3311210  
טל': 04-8357077 ; פקס : 04-8357014

המשיבות :

**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

**הודעת ערעור**

מוגש בזה ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בחיפה (הנשיא רון שפירא, סגן הנשיא  
אברהם אליקים והשופטת בטינה טאובר) בעת"מ 19-01-67938 מיום 10.2.2019.

פסה"ד מצ"ב.

## ואלה נימוקי הערעור:

### מבוא

עניינו של ערעור זה הוא בשאלה חוקתית ממדרגה ראשונה – האם נבחר ציבור מוסמך להתערב בתוכן של יצירות האמנות המועלות במוסדות תרבות, וביתר פירוט – האם ראש רשות מקומית מוסמך להנחות את מוסדות התרבות העירוניים וכן את מוסדות התרבות בכל תחום השיפוט של הרשות איך להימנע מפגיעה ברגשות הציבור בפועלם. לפסק הדין של בית המשפט קמא שקבע כך עשויות להיות השפעות מרחיקות לכת על מידת ההגנה על חופש הביטוי האמנותי בישראל.

### הרקע העובדתי

1. ביום 22.7.2018 נפתח במוזיאון חיפה לאמנות אשכול תערוכות תחת הכותרת **"Shop It!"**. המועד לנעילת התערוכות נקבע ליום 17.2.2019. מדברי ההסבר בדף התערוכה באתר המוזיאון:

"התשוקה לקניות, 'ישופינג', מתורגמת בימינו לבילוי זמן פופולרי. חלק ניכר מן האנושות המאושרת, המצוידת בכרטיסי האשראי, מתייצבת בחגיגות לפולחן הצריכה. המטרה היא למצוא משמעות ולגלות זהות חדשה: 'אני צורך משמע אני קיים'; אני חלק בלתי נפרד מקבוצה של אנשים מאושרים – צרכנים של סחורות והזדמנויות. אשכול התערוכות החדש יעסוק בתגובתה של האמנות למנגנוני הצרכנות בחיינו כמו גם בתגובת נגד 'צריכת הראווה'."

2. אשכול התערוכות כלל למעלה מ-150 יצירות אמנות במסגרת שתיים עשרה תערוכות, כשאות התערוכות היא "סחורה מקודשת". מדברי ההסבר שבדף התערוכה באתר המוזיאון:

"תערוכה זו מתמקדת בתגובותיהם של אמנים עכשוויים לנושאים של דת ואמונה במציאות הגלובלית העכשווית, הנתונה לשליטתה של תרבות הצריכה. בעשורים האחרונים חלה ברחבי העולם, במגוון תרבויות ומקומות, התעוררות דתית מפתיעה. התיאורטיקן בוריס גרויס טוען כי בעולם שדחה מעליו את האידיאולוגיות החילונית הגדולות, החזרה לדת מספקת תשובה לצורך במשמעות. הדתות העכשוויות ממצבות את עצמן כתשובה לתחלואי העולם המודרני ולריקנות בעידן של אינדיווידואליזם מוקצן וקפיטליזם דורסני. הצלחתן טמונה ביכולתן לשלב פולחן דתי עם שימוש באמצעים דיגיטליים, המעניקים יכולת תפוצה בלתי מוגבלת..."

דמותו של ישו הצלוב מככבת כאלמנט חתרני ביצירותיהם של יאני לינון, מגנוס יואן וניק סטרן, המבקשים לעורר מחשבה באשר לשיתוף הפעולה בין מערכות דתיות וצרכניות. בהקשר המקומי, אריאן ליטמן חותרת תחת סמלים דתיים וממלכתיים ומשתמשת באסטרטגיות שיווקיות במטרה לבקר את מסחורה של ארץ הקודש. וניה הימן וצמד האמנים פול ומריאנלה נוקטים בגישה הומוריסטית ומערבבים בין איקונים וריטואלים דתיים לבין מאפייניה של תרבות הצריכה."



3. אחת היצירות שהוצגו בתערוכה "סחורה מקודשת" היא יצירתו של האמן הפיני יאני לינון "מקישו" (2015). ביצירה נראית דמותו של הליצן רונלד מק'דונלד, אחד מהסמלים המסחריים של רשת מק'דונלדס, כשהוא צלוב על צלב עץ גדול מימדים. עבודה נוספת שהוצגה בתערוכה היא יצירתם של צמד האמנים הארגנטינים פול ומריאנלה, מתוך הסדרה "ברבי: דת הפלסטיק" (2018), בה נראה ישו בדמותו של קן, בן זוגה של ברבי. עבודה שלישית היתה יצירתו של האמן האמריקאי ניק סטרן, מתוך הסדרה "אתה לא בנקסי" (2012), הכוללת מחווה צילומית לגרפיטי האיקוני של אמן הרחוב הנודע בנקסי. בצילום של סטרן, המשחזר בפרטי פרטים את הרישום של בנקסי, נראה דוגמן בדמותו של ישו בתנוחת צליבה כשהוא מדמם, כשבשתי ידיו הפרושות לצדדים הוא מחזיק שקיות קניות.

ניתן לצפות בצילומי העבודות:

בועז כהן "מק ישו – יצירת האמנות שמסעירה את המגזר הנוצרי", אתר כלבו 10.1.2019.

4. למעלה מחמישה חודשים לאחר פתיחת התערוכה החלה מחאה של תושבים נוצרים בחיפה נגד הצגת היצירות שכוללות את דמותו של ישו. ביום 10.1.2019 פנתה שרת התרבות והספורט, ח"כ מירי רגב, למר נסים טל, מנכ"ל מוזיאוני חיפה בע"מ (המשיבה 2), ודרשה להסיר את העבודה "מקישו". במכתבה ציינה השרה, ש"הצגה מגחיכה של ישו הצלוב, הסמל הדתי החשוב ביותר לנוצרים בעולם, לא יכולה לחסות תחת חופש הביטוי. זילותם של סמלים מקודשים לדתות ולמאמינים רבים בעולם כאקט מחאה אמנותי אינה לגיטימית ואינה יכולה לשמש כיצירה במוסד תרבות, הנתמך בכספי המדינה. כידוע לך, ישנם כללים, המוסדרים בחוק יסודות התקציב, שעל פיהם עלולה להיפגע התמיכה במוסד תרבות."

5. ביום 11.1.2019 פנתה האגודה לזכויות האזרח למשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-מינהלי), דינה זילבר, במחאה נגד התערבותה של שרת התרבות. בפנייתה ציינה האגודה, בין היתר:

"נראה שבמקרה זה ביצעה שרת התרבות קפיצת מדרגה מדאיגה מכמה בחינות. בעוד שבעבר פנתה השרה לראשי עיריות שהם נבחרו ציבור בדרישה למנוע אירועי תרבות שתוכנם לא נשא חן בעיניה, הפעם הפנייה היא למוסד התרבות עצמו, הסמוך על שולחנו של משרד התרבות מבחינה תקציבית. למרות שהובהר לשרה הבהר היטב, כי המנגנון להפחתת תקציב לפי חוק יסודות התקציב לא יכול לשמש כלי לדרישה למנוע הצגתה של יצירת אמנות היא בכל זאת עושה בו שימוש. ולא רק שלמרבות המזל הסמכות להפחתת תקציב על פי החוק לא מסורה לשרת התרבות אלא לשר האוצר, אלא שהאיום בהפחתת תקציב מחוסר כל עילה. גם העילות העמומות ביותר שבחוק יסודות התקציב אינן כוללות פגיעה ברגשות דתיים.

פנייה מעין זו של שרת התרבות, אף שהיא משוללת סמכות או עילה בדין, פוגעת בחופש היצירה ובחופש הביטוי האמנותי של מוסדות תרבות."

6. באותו יום לפנות בוקר הושלך בקבוק תבערה לעבר המוזיאון. בשעות הבוקר התכנסו כמה עשרות נוצרים (ולפי דיווחים אחרים כמה מאות) להפגין ברחבת המוזיאון נגד הצגת היצירה ומפגינים ריססו צלבים בכניסה למוזיאון. שניים מהמפגינים ושניים מהשוטרים נזקקו לטיפול רפואי. המשטרה פיזרה

את המפגינים באמצעות גז מדמיע. זאת לאחר שלפי אחד הדיווחים חלק מהמפגינים ניסו לפרוץ למוזיאון כדי להסיר את העבודות השנויות במחלוקת. שלושה מפגינים נעצרו. בפגישה שנערכה בין מנכ"ל מוזיאוני חיפה לבין ראשי העדות הנוצריות בחיפה גובשה הסכמה, לפיה המוזיאון הציב שלט בכניסה לתערוכה, המזהיר מפני אפשרות לפגיעה ברגשות – "בתערוכה זו ישנן יצירות בינלאומיות שעוסקות בתרבות הצריכה כדת. אין לייחס ליצירות כוונות פגיעה ברגשות הציבור. נכבד גם החלטה להימנע מביקור באולם זה". כמו כן הוצב פרגוד שחור בכניסה לאולם התערוכה.

7. ראשי הכנסיות פירסמו הודעות גינוי להצגת היצירות ודרישה להסיר אותן. בתגובה הודיעה ראש עיריית חיפה (המשיבה 1), כי היא מסרבת לדרישה.

8. ביום 13.1.2019 הגישו הכנסייה היוונית אורתודוקסית בחיפה והכנסייה היוונית קתולית בחיפה לבית המשפט המחוזי בחיפה בקשה לצו זמני נגד מוזיאוני חיפה ונגד עיריית חיפה (ה"פ (חי) 19-01-32347). בית המשפט התבקש להוציא צו זמני, האוסר על העירייה ועל מוזיאון חיפה לאמנות להציג את כל היצירות שפוגעות בסמלי הדת הנוצרית, ובהן שלוש היצירות שתוארו בפיסקה 3 לעיל. במקביל קראו ראשי הכנסיות בחיפה לראש העירייה להתערב: "אנו מקווים כי היא תבין את זכותנו הלגיטימית ותתאמץ למצוא את הפתרון הנכון המספק את הרחוב הנוצרי ובכך יבוא סוף למשבר הזה. התערוכה במוזיאון חיפה לאמנות כוללת יצירות שבבירור ובצורה ישירה פוגעות בישוע המשיח, הבתולה מריה והצלב הקדוש, החשובים לנו ופוגעות בנו כנוצרים מקוריים ומושרשים בארץ".

9. התפתחות נוספת היתה הודעת דוא"ל ששלח האמן הפיני למוזיאון חיפה לאמנות בדרישה להסיר את יצירתו מן התערוכה. בהודעתו למוזיאון הבהיר האמן, כי כבר בחודש ספטמבר ביקש להסיר את היצירה "במחאה על כך שישראל מפרה זכויות אדם". לדבריו, "ישראל מנצלת תערוכות אמנות ותרבות באופן כללי ככלי תעמולה להצדיק את הכיבוש, את הקולוניאליזם מצד המתנחלים ואת משטר האפרטהייד על העם הפלסטיני. על כן איני רוצה להיות חלק מהתערוכה הזו ולכן ביקשתי מהמוזיאון להוריד את היצירה".

10. ביום 14.1.2019 נפגשו ראש העירייה ונחשון צוק, סגן ומ"מ ראש העירייה (וחבר סיעתה של ראש העירייה), עם שישה ראשי כנסיות בחיפה בניסיון להגיע להסדר מוסכם. בסיום הפגישה ציינה ראש העירייה בחשבון הטוויטר שלה: "סיימנו פגישה חיובית עם כהני הדת הנוצרים בחיפה בנושא המוצגים בתערוכה במוזיאון העירוני. הבנו את עומק הפגיעה שהם חווים, והם מבינים את חשיבות השמירה על הדמוקרטיה. כולנו נעשה הכל כדי למנוע אלימות ופגיעה ברגשות. הועלו מספר רעיונות לפתרון שייבדקו החל ממחר בבוקר".

11. בתגובה לפניית האגודה לזכויות האזרח קיבלה האגודה ביום 15.1.2019 ממשרד המשפטים העתק ממכתבה של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה מאותו היום לשרת התרבות. המשנה ליועץ המשפטי הבהירה לשרה, כי פנייתה למוזיאון בדרישה להסרת היצירה נעשתה בחוסר סמכות והיא מהווה פגיעה בחופש הביטוי. בין היתר ציינה גבי זילבר:

"2. מהמצוטט לעיל ממכתבך, משתמע כי ניתן לשלול תמיכה בגין מיצג כאמור, לפי הוראות חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: חוק יסודות התקציב). כפי

שהובהר כבר לא אחת בעבר, במצב המשפטי הקיים, לא ניתן למנוע מימון בתחום התרבות מחמת תוכן היצירות המוצגות במוסדות התרבות הנתמכים או להתערב בתכנים המוצגים במוסד תרבות בשל העובדה שהוא נתמך. הפחתת תמיכה בשל תוכן היצירות המוצגות אפשרית רק במסגרת ההסדר הקבוע בסעיף 33 לחוק יסודות התקציב, ובהתאם למנגנון המפורט בו. כידוע, סעיף 33 האמור קובע הסדר להפחתת תמיכה שהוחלט לתיתה למוסד ציבור רק בגין פעילות שיש בה אחת מהעילות המנויות בסעיף. פגיעה ברגשות דתיים אינה נמנית על העילות אותן בחר המחוקק לכלול בסעיף ולכן אין הוא יכול להיות מופעל בענייננו ואזכורו בפנייתך מייצר אפקט מצנן בלא כל עיגון לכך בדין. יתרה מכך, גם הסמכות להפעלת סעיף 33 האמור – שכאמור אינו רלבנטי לענייננו – נתונה בידיו של שר האוצר בלבד.

3. הפחתת התמיכה במוסדות תרבות בשל יצירות אומנות המוצגות בהם או דרישה להפסיק להציג יצירות המעוררות מחלוקת, עולה כדי פגיעה בחופש הביטוי, אשר לו משקל ייחודי בתחום התרבות. תרבות, על כל סוגיה וגווינה, היא התגלמותו של חופש הביטוי האומנותי, שהוכר על-ידי בית המשפט העליון כשייך ללב ליבה של הזכות לחופש הביטוי וכצורת ביטוי הדורשת הגנה מיוחדת...

6. בכל תערוכה יכול שיהיה מי שיחשוב שיצירה זו או אחרת מטרידה או פוגעת ברגשותיו, אך צנזור של יצירות אומנות בשל היותן מתריסות, פוגעות ברגשות או קשות לעיכול גורם לפגיעה של ממש בחופש הביטוי, ואף לאפקט מצנן על היוצרים ומוסדות התרבות. זאת, דווקא בתחום התרבות והאומנות בו קיימת חשיבות מיוחדת לשימורו של מרחב חופשי המאפשר שיח פלורליסטי, הצגה של דעות רבות ומגוונות וחשיפה למכלול אומנותי רחב ולא מצונזר.

7. למותר לציין כי שרת התרבות, ככל אדם, זכאית להתבטא באופן ציבורי ולהביע עמדותיה כחלק בלתי נפרד מהשיח הציבורי. עם זאת, נדרשת זהירות ותשומת לב באבחנה בין הבעת עמדה אישית או ציבורית כנבחרת ציבור שהינה ודאי לגיטימית לבין יצירת מצג מטעה לפיו פניות המבקשות להסיר יצירות אומנות או לקשור בין הצגתן לבין התמיכה המדינתית שיקבלו המוסדות בהם הן מוצגות, נאמרות לכאורה מכוח תפקידה וסמכותה. זאת, באופן שנושא בחובו מצג מטעה אודות אפשרות השפעה על התקצוב לו זכאים המוסדות השונים, או להפעלת סמכויות מיניסטריאליות כלשהן כלפיהם, בה בשעה שאין אפשרות חוקית להפעלת סמכויות כאמור.

8. כפי שכבר הובהר לא אחת בעבר, פניות מסוג זה למוסדות תרבות – המתייחסות לתוכן יצירות האומנות והיוצרות את הרושם המטעה כי התמיכה במוסדות הרלוונטיים עלולה להיפגע או הינה "על תנאי" – נעדרות בסיס משפטי ויש להימנע מהן."

12. ביום 16.1.2019 פירסמה ראש עיריית חיפה בדף הפייסבוק הרשמי שלה את ההודעה הבאה :

"בסיכום עם ראשי הכנסיות, והיות וחווה ההשאלה של הפסל מקי'שו מסתיים בימים אלה, היצירה תוסר ותוחזר בהקדם. שאר הפריטים יהיו תלויים בחדר סגור.

ללא כל קשר, אנו מאמינים בחופש הביטוי כחלק מאבני היסוד של הדמוקרטיה. צר לנו על עוגמת הנפש שחוותה הקהילה הנוצרית בחיפה, ועל הפגיעה הפיזית והאלימות שהתרחשו בעקבותיה.

אנו מודים לראשי הכנסיות וכוהני הדת הנוצרית בחיפה על ההדברות והרצון לגשר, המאמץ להגיע פתרון, ולמנוע אלימות."

להודעתה זו צורף צילום של הנספח לחוזה ההשאלה בין מוזיאון חיפה לאמנות לבין גלריה צטרברג בהלסינקי בשמו של האמן, לפיו השאלת היצירה למוזיאון תסתיים בינואר 2019.

13. ואכן היצירה מקיישו הוסרה מן התערוכה ובמקום הפרגוד השחור שכיסה את הכניסה לאולם התערוכה הותקנה דלת זמנית, כדי שהיצירות יוצגו בחדר סגור כפי שהצהירה ראש העירייה.

14. למחרת, ביום 17.1.2019, פנתה האגודה לזכויות האזרח לראש עיריית חיפה במחאה נגד התערבותה ביצירות שיוצגו במוזיאון ובאופן הצגתן. בין היתר ציינה האגודה:

"כפי שהדגשנו בפנייתנו למשנה ליועץ המשפטי לממשלה במחאה נגד דרישה דומה של שרת התרבות מן המוזיאון (שהעתק ממנה נשלח אף אליך), המדובר בפגיעה חמורה בחופש הביטוי האמנותי ובפעולה בחוסר סמכות. גב' דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הדגישה במכתבה לשרת התרבות, כי "...דרישה להפסיק להציג יצירות המעוררות מחלוקת, עולה כדי פגיעה בחופש הביטוי, אשר לו משקל ייחודי בתחום התרבות. תרבות, על כל סוגיה וגווניה, היא התגלמותו של חופש הביטוי האומנותי, שהוכר על-ידי בית המשפט העליון כשייך ללב ליבה של הזכות לחופש הביטוי וכזורת ביטוי הדורשת הגנה מיוחדת." (העתק מכתבה של המשנה ליועמ"ש נשלח אף אליך).

לצד משרד התרבות לרשויות המקומיות תפקיד חשוב בטיפול האמנות ובתמיכה במוסדות תרבות. יחד עם זאת לראש רשות מקומית אין כל סמכות להחליט איזו הצגה תעלה על בימת התיאטרון העירוני, איזו יצירה תשמיע התזמורת הסימפונית העירונית או אלו יצירות יוצגו על קירות המוזיאון העירוני או יוסרו מהם...

ההחלטה להסיר את היצירה היא לא רק מתן וטו לאלימות אלא התערבות בוטה בחופש האמנותי של המוזיאון. בכך את מצטרפת למרבה הצער לשרת התרבות, מירי רגב, שבמהלך כל כהונתה לא הפסיקה במאמציה להחניק את חופש הביטוי ולסרס את חופש היצירה של אמנים בסוגיות שנויות במחלוקת.

לפיכך הינך מתבקשת להודיע ללא דיחוי למוזיאון חיפה לאמנות כי הוא חופשי להמשיך להציג את כל היצירות בתערוכה עד למועד נעילתה."

15. ביום 20.1.2019 הגישו שתי הכנסיות בקשה למחיקת הבקשה לצו זמני "לנוכח הבנות שהגיעו אליהן המבקשים עם עיריית חיפה מחוץ לכתלי בית המשפט, ואשר ייתרו את הצורך להכריע בבקשה...". בו ביום מחק בית המשפט המחוזי את הבקשה למתן צו זמני.

16. במכתב מיום 24.1.2019 השיבה היועצת המשפטית של עיריית חיפה, עו"ד ימית קליין, כי השאלה אם ראש העירייה פעלה בסמכות אינה רלבנטית. השאלה הרלבנטית היחידה היא האיוון בין חופש הביטוי לבין פגיעה קשה בשלום הציבור ובסדר הציבורי:

3". לגופם של דברים בנסיבות המקרה דנן, נמצא האיזון העקרוני הראוי בין חופש הביטוי מחד גיסא אל מול ודאות קרובה לפגיעה ממשית וקרובה לוודאי בשלום והסדר הציבורי, מאידך גיסא.

במסגרת איזון זה, בראיה תוצאתית עובדתית ומשפטית רחבה נשקלו, בין היתר, שיקולים ענייניים, סבירים, שונים ומגוונים לרבות מגבלות חוזיות וזכויות מוסריות קנייניות הקשורות להתקשרות בין המוזיאון מול הגלריה בהלסינקי."

### מהלך הדיון בעתירה בביהמ"ש קמא

17. המערערת הגישה עתירה מינהלית נגד המשיבים ביום 27.1.2019, וביקשה שני סעדים נגד ראש עיריית חיפה – האחד להודיע למוזיאוני חיפה שאין מניעה להציג את היצירה "מקישו" ואין חובה להציג את שאר היצירות מאחורי פרגוד; והשני להימנע מלהתערב בתוכן היצירות שמועלות במוסדות תרבות הנמצאים בבעלות עיריית חיפה או שמקבלים תמיכה מעיריית חיפה. כן התבקש צו ביניים, שאוסר על מוזיאון חיפה לאמנות להחזיר את היצירה מקישו (שכבר הוסרה בעת הגשת העתירה) לגלריה בהלסינקי, שמייצגת את האמן ושעמה נחתם חוזה ההשאלה.

18. מנכ"ל מוזיאוני חיפה נמנע בעקביות במהלך ההתדיינות מלשפוך אור על הליך קבלת ההחלטות או מלהביע עמדה כלשהי לגבי הסרת היצירה "מקישו". יחד עם זאת הוא עשה ככל שביכולתו כדי לסכל את האפשרות לקבלת סעד אפקטיבי – בתגובה לבקשה לצו ביניים הודיע המנכ"ל, כי הליצן אמנם נמצא בחזקתו של המוזיאון, אך הצלב הושלך; בתצהיר התשובה הוא טען, כי הצלב נבנה בארץ באישור ובפיקוח האמן בתהליך ארוך שעלויותיו גבוהות, וכי כיוון שהאמן מתנגד להצגת היצירה לא ניתן יהיה לייצרו מחדש.

19. העובדות, עליהן הצהיר מנכ"ל המוזיאון בתצהיר התשובה, התגלו כמופרכות בתכתובת בין הח"מ לבין המשנה למנכ"ל הגלריה בהלסינקי, שהוגשה לבית משפט קמא, אך כיוון שהמערערת סבורה, שככלל אין לחייב מוסד תרבות להעלות או להציג יצירה בניגוד לרצונו, ויתרה המערערת על הסעד הראשון.

20. ראש עיריית חיפה נמנעה בעקביות מלהתייצב בפני בית המשפט קמא או למסור את עמדתה. בתחילה עורכות הדין מטעם השירות המשפטי של העירייה הגישו הודעות בשם עיריית חיפה, שכלל לא היתה צד לעתירה ומבלי לבקש לצרפה כבעלת דין (המערערת הגישה את העתירה נגד ראש העירייה, שקיבלה את ההחלטה בדבר הסרת היצירה וכן על פי הלכותיו של בית משפט נכבד זה, לפיהן הליך מינהלי יש להגיש נגד הרשות המוסמכת או נושא התפקיד שקיבל את ההחלטה ולא נגד הרשות הציבורית כולה (ראו דבריו של השופט מזוז בבג"ץ 5263/16 נשר - מפעלי מלט ישראלים בע"מ נ' המשרד להגנת הסביבה (פס"ד מיום 23.7.2018), פסקה 15; ובבג"ץ 5781/18 י.ש.ל.ב קליניק בע"מ נ' משרד הבריאות (פס"ד מיום 5.8.2018), פסקה 3)).

21. עיריית חיפה מסרה גירסה מתפתחת תוך הקפדה על מדיניות העמימות:



(1) כזכור, במכתב התשובה למערערת לא הכחישה היועצת המשפטית של עיריית חיפה שראש העירייה היא היא שקיבלה את ההחלטה להסיר את היצירה מקירות המוזיאון, אלא הסתפקה בטענה שהשאלה אם ראש העירייה פעלה בסמכות אינה רלבנטית;

(2) התצהיר שתומך בכתב התשובה מטעם המשיבה 1 לא ניתן על ידי ראש העירייה, אלא על ידי נעמה לזימי, בתוארה כיו"ר הדירקטוריון של מוזיאוני חיפה בע"מ (דהיינו אורגן של המשיבה 2). זאת בנוסף להיותה חברת מועצת העירייה מטעם סיעתה של ראש העירייה. בכתב התשובה המפורט הוקדשה לשאלה פסקה קצרה אחת ויחידה - בפסקה 37 לכתב התשובה נאמר, "כי ההחלטה נתקבלה על ידי הגורמים המוסמכים לנושא לאחר מספר ישיבות מקצועיות בהן נטל חלק מנכ"ל החברה למוזיאונים מר נסים טל, יו"ר הדירקטוריון של החברה, הגברת נעמה לזימי וגורמים מקצועיים רבים נוספים." לא נאמר מי הם הגורמים המוסמכים, אף לא נאמר מי היו הגורמים המקצועיים, ובעיקר לא נאמר שראש העירייה לא היתה שותפה להחלטה;

(3) במהלך הדיון ביקשה גב' לזימי את רשות הדיבור ומסרה, כי דירקטוריון מוזיאוני חיפה טרם התכנס מאז מונו חבריו לאחר הבחירות לרשויות המקומיות. עוד ציינה, כי בפגישה בה התקבלו ההחלטות השתתפו נחשון צוק, סגן ומ"מ ראש העירייה מסיעתה של ראש העירייה, הרב דב חיון, חבר מועצה מטעם סיעת מרצ ומחזיק תיק התרבות, נעמה לזימי, חברת המועצה מסיעתה של ראש העירייה ויו"ר דירקטוריון מוזיאוני חיפה, נסים טל, מנכ"ל מוזיאוני חיפה, וכן עו"ד עופרה שלו-יפתחאל מהשירות המשפטי של העירייה ועו"ד יעל עזרא מטעם מוזיאוני חיפה (כל אחת מהן גם ייצגה את כל אחת מהמשיבות בעתירה). כל הפורום קיבל ההחלטה על הסרת היצירה, ראש העירייה לא השתתפה בישיבה, והצגת היצירות הנוספות בחדר סגור לא נדונה כלל בישיבה, שכן זו החלטה שהתקבלה עוד קודם לכן.

22. בית המשפט קמא הזמין את היועץ המשפטי לממשלה להתייצב לדיון ולמסור את עמדתו. נציג פרקליטות מחוז חיפה (אזרחי) הגיש לבית המשפט הודעה, לפיה כיוון שלא הונחה תשתית עובדתית מלאה, אין היועמ"ש יכול להחליט בשלב זה האם להתייצב בהליך. יחד עם זאת הפרקליט הפנה למכתבה של המשנה ליועמ"ש לשרת התרבות, "שהוצא על דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, ואשר משקף את השיקולים שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון באשר לחשיבות השמירה על חופש הביטוי האמנותי אל מול הפגיעה ברגשות הציבור".

23. הנשיא רון שפירא החליט להעביר את העתירה לדיון בפני הרכב שלושה והדיון התקיים ביום 4.2.2019. במהלך הדיון בעתירה הודיע הח"מ, כי אם ראש העירייה תצהיר, כי להבא תימנע מלהתערב בתוכן האמנותי של מוסדות תרבות עירוניים תבוא בכך המערערת על סיפוקה. השופטים שאלו שוב ושוב את ב"כ ראש העירייה האם היא מוכנה להצהיר כמבוקש, אך זו הדפה את השאלות וטענה, כי לא ניתן להצהיר כך, שכן כל מקרה צריך להיבחן לפי נסיבותיו. בסיום הדיון הורה בית המשפט לראש העירייה להגיש בתוך שלושה ימים הודעה מעדכנת לגבי השאלה.

24. ביום 7.2.20189 הודיעה ראש העירייה לבית המשפט, כי "ראש עיריית חיפה ד"ר עינת רותם קליש, לא התערבה ואינה מתכוונת להתערב בעתיד בתוכן האמנותי של יצירות המועלות אצל המשיב 2".

25. המערערת ביקשה מבית המשפט רשות להגיב על הצהרת ראש העירייה (בין היתר ביקשה המערערת להדגיש, כי בכך באה העתירה על סיפוקה), אך בית המשפט דחה את הבקשה בקובעו שהדיון יסתיים ובית המשפט ייתן את פסק דינו.

### פסק הדין של בית משפט קמא

26. בית המשפט קמא נתן את פסק דינו ביום 10.2.2019.
27. מבחינה עובדתית קבע בית המשפט קמא, כי לא ניתן לקבוע אם ראש העירייה התערבה בהחלטה, כיוון שזו שאלה שלא הובהרה. כן נקבע (ללא כל בסיס בחומר הראיות), כי הסרת היצירה "מקיישו" נעשתה על רקע התנגדות האמן להצגת היצירה.
28. מבחינה משפטית קבע בית המשפט, כי מצד אחד מוזיאון נהנה ככלל משיקול דעת עצמאי, בפרט בכל הנוגע לתוכן האמנותי המוצג במסגרתו, ומצד שני יש לקחת בחשבון שמדובר בחברה בבעלות מלאה של עיריית חיפה, וכן להתחשב בסיטואציות מיוחדות שעשויות להצדיק התערבות של ראש רשות מקומית בקונפליקטים ציבוריים שמתעוררים בשטח אחריותו לצורך השמירה על הסדר הציבורי.
29. עוד נקבע, כי גם לו היה מוכח שראש העירייה התערבה ללא סמכות בהחלטה, יש להפעיל את דוקטרינת הבטלות היחסית.
30. בית המשפט קבע שההחלטה משקפת איזון ראוי בין חופש הביטוי לבין הפגיעה ברגשות, וכשהוא מתעלם כליל מהסרת היצירה מקיישו הוא הוסיף וקבע: "ראוי להדגיש כי הפשרה שהושגה בענייננו, מאפשרת למי שמעוניין לצפות ביצירות, לצפות בהן, בלא כל פגיעה אמנותית, שעה שהתברר שהיצירות כלל אינן מכוסות בפרגוד, אלא מוצגות באולם שדלת הכניסה הרחבה שלו פתוחה למחצה, ובאופן שמאפשר לקהל שאינו מעוניין לצפות ביצירות ליהנות מן הביקור במוזיאון מבלי לצפות בעל כורחו ביצירות הפוגעות ברגשותיו, ואילו קהל המעוניין לצפות ביצירות רשאי לגשת לאותו חלל בו הן מוצגות ולהתרשם מהן ללא כל הפרעה ומבלי שתיווצר תחושה לפיה אותו חלק של תערוכה מוסתר מהציבור." (פיסקה 34).
31. בית המשפט קמא ציין בפסק הדין שהמערערת פנתה למשנה ליועץ המשפטי לממשלה, דינה זילבר, אך נמנע מלהזכיר ולו ברמז את המכתב של המשנה ליועמ"ש לשרת התרבות, שנשלח בעקבות פניית המערערת (ברי שבית המשפט לא כפוף לעמדת היועמ"ש, אבל היה עליו למצער להתמודד עם העמדה ולסתור אותה או לאבחן בינה לבין ענייננו).
32. בסיפא של פסק הדין סיכם בית המשפט את קביעותיו כך (פיסקה 39):
- "א. חופש הביטוי החל על הצגת תערוכה מסוג זה צריך להביא בחשבון את הזכות של כל המבקר במוזיאון לבחור, באופן חופשי, לצפות או להימנע מצפייה בתערוכה או בחלקים ממנה.

- ב. הגורם המוסמך לקבוע את תכני התערוכה במוזאון הוא הגורם המקצועי בתחום האומנות (אוצר המוזאון) ועליו לפעול משיקולים אומנותיים. עם זאת גם על הגורם המקצועי להביא בחשבון את החובה לפעול למניעת פגיעה ברגשות הציבור. זאת בדרך של יצירת האפשרות לכל מבקר במוזאון לבחור, לפי שיקול דעתו העצמאית, שלא לצפות ולא להיחשף לחלק כזה או אחר של התערוכה המוצגת במוזאון.
- ג. לראש העיר, כמו גם לכל גורם שאינו חלק מגורמי המקצוע של המוזאון, אין סמכות להתערב בתכני התערוכות המוצגות במוזאון. החלטה זו שמורה, כאמור, לגורמי המקצוע בהנהלת המוזאון והתערוכות המוצגות במסגרתו.
- ד. לראש העיר הסמכות, ואף החובה, לפעול למניעת פגיעה ברגשות אוכלוסיית העיר שהיא נבחרה להנהיג ולמניעת אלימות. לשם כך עליה לפעול באמצעות גורמי אכיפת החוק (משטרה וכיוצ"ב). בד בבד מוסמכת ראש העיר לפעול בדרך של עידוד ההידברות בין קבוצות אוכלוסייה ועדות שונות. בנוסף מוסמכת ראש העיר להנחות את כל גורמי הרשות המקומית, לרבות גורמי אומנות ותרבות הפועלים מטעם העירייה ובתחום שיפוטה, להביא במסגרת שיקוליהם העצמאיים את החובה למנוע פגיעה ברגשות ולאפשר, כאמור לעיל, בחירה חופשית באפשרות לצפות, או להימנע מחשיפה, לתכנים אומנותיים כאלו או אחרים."

## הטיעון המשפטי

33. המערערת הרימה את נטל הראייה לעניין מעורבותה העמוקה של ראש העירייה בהחלטה להסיר את היצירה מקיישו, וראש העירייה התחמקה שוב ושוב מלסתור זאת. המערערת הצביעה על ההודעות בטוויטר הרשמי של ראש העירייה ובעמוד הפייסבוק הרשמי שלה ועל ההודעה של שתי הכנסיות לבית המשפט על ההבנות, אליהן הן הגיעו עם עיריית חיפה. ומה השיבו על כך מטעם ראש העירייה? בתחילה ששאלת הסמכות לא רלבנטית ובהמשך שההחלטה התקבלה על ידי הגורמים המוסמכים. כנראה לא בכדי התבקשה נעמה לזימי להצהיר על העובדות בתוקף תפקידה כיו"ר הדירקטוריון של חברת מוזיאוני חיפה. מבחינתה הסובייקטיבית של גב' לזימי ההחלטה התקבלה בישיבה בהשתתפותה ועם מ"מ ראש העירייה, חבר מועצת העירייה המחזיק בתיק התרבות, מנכ"ל מוזיאוני חיפה ועורכות הדין מטעם שני הצדדים (מדוע נדרשו עורכות הדין להשתתף בישיבה?) – כיוון שהיא עצמה, ככל הנראה, לא היתה מעורבת בכל המגעים שקדמו לישיבה זו. ראש העירייה נמנעה מלמסור גירסה ולפרוס את מלוא העובדות הנוגעות לעניין, ואף ממלא מקומה לא התבקש לעשות כן. לפיכך שגה בית משפט קמא כשקבע שהעובדות לגבי מעורבותה של ראש העירייה לא הובהרו. היה עליו לקבוע שהעובדות שהובאו על ידי המערערת לא נסתרו.

34. הקביעות המשפטיות שנכללו בפסק הדין – הן לגבי סמכותה של ראש עירייה להתערב בתוכן האמנותי והן לגבי הקביעה שאף אם פעלה בחוסר סמכות יש להפעיל את הדוקטרינה של בטלות יחסית - לא נטענו כלל על ידי מי מהצדדים. מובן שבית המשפט אינו כפוף לטענות הצדדים ואינו כבול להן, אבל ראוי היה לתת לבעלי הדין הזדמנות להגיב לקביעות אלה, שלא עלו כלל במהלך הדיון הארוך בעתירה.

35. לכאורה קיימת תמימות דעים בין בית המשפט קמא לבין ראש עיריית חיפה לגבי הקביעה, שהחלטה מושא העתירה התקבלה תוך איזון נכון בין חופש הביטוי לבין הפגיעה ברגשות. אך אפילו בנקודה זו נראה שלא כך הדבר. נקודת המוצא השגויה של בית המשפט קמא היתה, כי הסרת היצירה מקישו נעשתה "על רקע התנגדות האמן הפיני להצגת היצירה" (פיסקה 29 לפסק הדין) – אך אין לכך תימוכין בחומר הראיות. הטענה היחידה שנשמעה מפי המשיבות בעניין זה היתה, כי בשל התנגדות האמן אין לקבל את עתירת המערערת ולהציג מחדש את היצירה. לא היתה מחלוקת כלשהי על כך שהמניע להסרת היצירה היה אך ורק המחאה נגד הצגתה. בשל טעות זו גם נתפס בית המשפט קמא לכלל טעות בקובעו בפיסקה 34 כך :

"ראוי להדגיש כי הפשרה שהושגה בענייננו, מאפשרת למי שמעוניין לצפות ביצירות, לצפות בהן, בלא כל פגיעה אמנותית, שעה שהתברר שהיצירות כלל אינן מכוסות בפרגוד, אלא מוצגות באולם שדלת הכניסה הרחבה שלו פתוחה למחצה, ובאופן שמאפשר לקהל שאינו מעוניין לצפות ביצירות ליהנות מן הביקור במוזאון מבלי לצפות בעל כורחו ביצירות הפוגעות ברגשותיו, ואילו קהל המעוניין לצפות ביצירות רשאי לגשת לאותו חלל בו הן מוצגות ולהתרשם מהן ללא כל הפרעה ומבלי שתיווצר תחושה לפיה אותו חלק של תערוכה מוסתר מהציבור."

זאת תוך התעלמות מהסרת היצירה באופן שפגע פגיעה חמורה בזכותו של הקהל שהיה מעוניין לצפות בה.

36. 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** (מהדורה שנייה, 2019) 112

37. 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 נבחר ציבור או של עובדי ציבור של הרשות המקומית בתוכן האמנותי שמועלה במוסד התרבות היא פגיעה בחופש הביטוי של המוסד.

38. 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, התשמ"ג-1983 היא "חופש פעולה", והוא קובע כדלקמן:

"הנהלת מוזיאון מוכר [מוזיאוני חיפה בע"מ היא מוזיאון מוכר, 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.

39. משמע הזכות החוקתית לחופש הביטוי מחייבת מתן עצמאות למוסד התרבות בכלל 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.

40. 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.

41. 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 עמדתם בסוגיה ציבורית חשובה ורגישה, אך לעולם ההחלטה תישאר מסורה בידי מועצת המנהלים.

42. כתב התשובה כמו גם דבריה של נעמה לזימי בבית המשפט מנסים לצייר תמונה מעורפלת של קבלת החלטה קולקטיבית של גורמים שונים בעירייה ובחברת מוזיאוני חיפה. אף אם ראש העירייה לא נכחה בגופה בישיבה, אין ספק שרוחה ושלוחיה נכחו גם נכחו בה. אף לו כך היה הדבר אין תוקף להחלטה.

האורגנים היחידים שהיו בעלי הסמכות לקבל את ההחלטה הם מנכ"ל מוזיאוני חיפה בע"מ ומועצת המנהלים של החברה. אין חולק שמועצת המנהלים של מוזיאוני חיפה בע"מ לא התכנסה כלל. יו"ר מועצת מנהלים של חברה אחראי לתפקוד מועצת המנהלים ולזימון הישיבות, אך אין לו סמכות כלשהי לקבל החלטה כמו זו שבענייננו. 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, אלא לכל היותר בישיבה בה השתתף. משתיקתו ניתן להסיק, כי ההחלטה נכפתה עליו הר כגיגית.

43. אף לו היתה ההחלטה מאוזנת, מידתית, צודקת, חכמה ונבונה, לא היה לה תוקף כיוון שהתקבלה בחוסר סמכות. כיום אין עוד חולק שחופש הביטוי מעוגן בזכות לכבוד שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זה היה הבסיס לביטול סעיף חוק בפרשת חוק החרם: בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת** (2015), פסקאות 21-22 לפסה"ד של השופט מלצר, פסקה 3 לפסה"ד של השופט דנציגר, פסקה 5 לפסה"ד של השופט עמית והאסמכתאות בדברי כל אחד מהשופטים שם.

44. התנאי הראשוני והבסיסי לפגיעה בזכות שמעוגנת בחוק היסוד הוא שהיא תהיה מעוגנת בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק. תנאי זה לא התקיים בענייננו. שגה בית משפט קמא בקובעו שלראש העירייה הסמכות והחובה לפעול למניעת פגיעה ברגשות ולמניעת אלימות מכוח סמכות ערטילאית להבטיח את הסדר הציבורי. פגיעה בחופש הביטוי אינה יכולה להיות מעוגנת בתפיסות כלליות ומופשטות של חוק וסדר שאינן מעוגנות בסמכות קונקרטית כלשהי. שגויה אף הקביעה, כי גם לו פעלה ראש העירייה בחוסר סמכות ניתן היה להכשיר את פועלה באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית. דוקטרינה זו לא חלה מעיקרא במקרה של פגיעה בזכות יסוד חוקתית. אם תאמר כן פסקת ההגבלה תרוקן מתוכן. כדברי פרופ' דפנה ברק-ארז:

"בשנים האחרונות סבר בית המשפט, שיחסיותה של הבטלות מקנה לו גם שיקול דעת למחול על הפרה של זכויות, בנסיבות שבהן – על פי שיקול דעתו – לא נגרם עיוות דין. זו כבר אינה תפיסה המבטאת יחסיות. זהו פירוח במעמד הזכויות. זכות הטיעון הופכת להיות זכות יחסית – זכות התלויה בתוכן הטיעון. טענתי היא, שהבטלות היא יחסית, אך תוקפן של הזכויות כלפי הרשות הוא מוחלט (בכפפות לאיזונים המתבקשים בין הזכויות לבין עצמן). אכיפת הזכות כלפי הרשות אינה צריכה להיות מותנית בשאלה, האם נגרם עיוות דין. הפגיעה בזכות היא עצמה עיוות דין ופגיעה בשלטון החוק. כך לגבי זכויות פרוצדורליות, כדוגמת זכות הטיעון, ולא כל שכן כך לגבי מקרים של חריגה מסמכות במובן הפונקציונלי. בדרישה לחוקיות המנהל לא יכול להיות מקום לגמישות. לבית המשפט יש שיקול דעת, אך גם שיקול דעת זה צריך להיות כפוף לדין".

דפנה ברק-ארז "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי" **משפטים** כד 519, 544 (1994)

45. ההחלטה להסיר את היצירה אף היתה פסולה לגופה בכך שהיא לא ביטאה את האיזון הנכון בין חופש הביטוי לבין פגיעה ברגשות.

46. פסיקת בית המשפט העליון בשלושים השנים האחרונות הכירה בכך שפגיעה ברגשות בכלל ופגיעה ברגשות דתיים בפרט היא עילה להגבלת חופש הביטוי. יחד עם זאת נקבע רף גבוה במיוחד של פגיעה מעבר לרף הסיבולת בחברה דמוקרטית. כדברי פרופ' ברק מדינה בספרו **זכויות האדם בישראל** (2017): "התפיסה הנוהגת בישראל מכירה בכך שהגנה על אנשים מפני פגיעה בהם על יד אמירות או מעשים שאינם עולים בקנה אחד עם אמונותיהם עשויה להיות תכלית ראויה להגבלת ביטוי, אך הגבלת הביטוי תותר רק במקרים מצומצמים, מכוח הדוקטרינה בדבר רמת הסיבולת הנדרשת בחברה דמוקרטית, כלומר: הדרישה מהציבור לנהוג בסובלנות" (עמ' 512). "הגישה בפסיקה... עיקרה קביעה של סף סיבולת גבוה במיוחד, כך שאם הביטוי לא נועד לבזות אנשים מחמת אמונתם הדתית, על פי רוב לא תוכר החוקיות של הגבלת הביטוי" (עמ' 517).

47. בבג"ץ 14/86 **לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות** (1987) הדגיש השופט ברק בפסקה 23 לפסק דינו:

"רק במקרים יוצאי דופן ניתן לבסס מימצא, כי הצגתו של מחזה בתיאטרון - המיועד מטבע הדברים לקהל מצומצם ולעתים נבחר, הבא מיוזמתו שלו לחזות במחזה - תגרור אחריה ודאות קרובה של פגיעה בסדר הציבורי. לרוב אין לבסס יותר מאשר חשש גרידא. כאמור, בחברה דמוקרטית אין די בחשש שכזה כדי לפגוע בחופש הביטוי."

48. בג"ץ 806/88 **Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות** (1989) רלבנטי במיוחד לעניינינו, שכן הוא עסק בהחלטת הצנזורה לפסול את הקרנתו בישראל של סרטו של מרטין סקורסזה "הפיתוי האחרון של ישו" בטענה שיש בסרט כדי לפגוע באופן משמעותי ברגשותיו הדתיים ובאמונתו של הציבור הנוצרי בישראל. בג"ץ ביטל את ההחלטה והדגיש, כי כדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי על הפגיעה להיות קשה, רצינית וחמורה כלפי קהל שבו שפגע בעל כורחו.

כן ראו:

בג"ץ 953/89 **אינדור נ' ראש עיריית ירושלים** (1991), פסקה 7 לפסה"ד של השופט ברק;

בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה** (1997), פסקה 68 לפסה"ד של הנשיא ברק;

בג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור** (1999), פסקה 20 לפסה"ד של הנשיא ברק;

בג"ץ 1514/01 **גור אריה נ' הרשות השנייה** (2001), פסקה 6 לפסה"ד של הנשיא ברק;

בג"ץ 316/03 **בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים** (2003), פסקה 13 לפסה"ד של השופטת פרוקצ'יה;

בג"ץ 8988/06 **משי זהב נ' מפקד מחוז ירושלים** (2006), פסקה 13 לפסה"ד של הנשיאה ביניש;

בג"ץ 5277/07 **מרזל נ' מפקד משטרת מחוז ירושלים** (2007), פסקה 2 לפסה"ד של הנשיאה ביניש; וכן פסה"ד של השופטת פרוקצ'יה.

49. בפרשת **טטיאנה סוסצקין** (ע"פ 697/98 **סוסצקין נ' מדינת ישראל**) (1998) אישר ביהמ"ש העליון את הרשעתה של המערערת בעבירה של פגיעה ברגשי דת. במוקד האישום עמדו כרוזים אשר הכינה המערערת ובהם מצוירת דמות חזיר. על הדמות מופיע באנגלית ובערבית השם "מוחמד", עוטה כפייה, ודורך על ספר פתוח, שעליו נרשם "קוראן". בכתב-האישום נטען, כי המערערת הדביקה מספר כרוזים על דלתות חנויות פלסטיניות בחברון. נוכח מסקנתו, כי קיים ספק אם המערערת הפיצה בפועל את

הכרוזים, הרשיעה ביהמ"ש בעבירה של ניסיון לפגיעה ברגשי דת, עפ"י סעיפים 173 ו-25 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. השופט אור הדגיש בפסה"ד את אופייה הבעייתי של העבירה ואת הצורך להשגיח שאכיפתה לא תפגע באופן לא מוצדק בחופש הביטוי.

50. מצד אחד עניין **סוסצקין** היה הליך פלילי, בו הנאשם נמצא בסכנה לפגיעה בחירות ומכאן הצורך במבחנים מחמירים במיוחד. מצד שני ידועה האבחנה בין מניעה מוקדמת של ביטוי לענישה מאוחרת, כשהמניעה המוקדמת כבענייננו היא פגיעה חמורה יותר בחופש הביטוי, ולכן היא מצדיקה מבחנים נוקשים. העותרת אינה חולקת על האותנטיות של הפגיעה הקשה, שחש חלק מן הציבור הנוצרי בחיפה בפרט ובישראל בכלל. יחד עם זאת ענייננו שונה בתכלית השינוי מעניין **סוסצקין**. בעוד שהמערערת דשם ביקשה לתלות כרוזים ברחבי העיר, בענייננו לא מדובר ביצירות אמנות המוצגות בכיכר העיר או על גבי תחנות אוטובוסים. לא מדובר בקהל שבוי שנאלץ להיחשף ליצירות בעל כורחו במרחב הציבורי. ככלל אין להתחשב ברגשותיו של ציבור, שהפגיעה בו נגרמת רק מעצם המחשבה שיצירת אמנות מוצגת מאחורי כתלים סגורים של מוזיאון.

51. גם תוכן של היצירות שונה בתכלית השינוי. בעוד שמהכרוזים שביקשה לתלות סוסצקין היה ברור שמטרתם היא לבזות את קודשי הדת המוסלמית אין דבר רחוק מזה בענייננו. אמנם העותרת לא רואה עצמה כפרשן המוסמך של יצירות אמנות ואף אין זה מתפקידו של בית המשפט. יחד עם זאת ניתן להיעזר בדברי ההסבר שפירסמו אוצרות התערוכה ושצוטטו לעיל.

## סוף דבר

52. בשנת 1970 השיב שר החינוך והתרבות, יגאל אלון, לסגן ראש עיריית תל-אביב-יפו מטעם המפד"ל, ד"ר חיים בסוק, כך:

ירושלים, ט' באדר תשי"ל  
15 בפברואר 1970

מר בסוק הנכבד,

אני מאשר בתודה את קבלת מכתבך מיום 3.2.70.

קראתי בעיון. השאלות שאתה מעורר הן עקרוניות וחורגות מן המקרה הספציפי ששמו "מלכת האמבטיה".

אני מסכים אתך, כי פורנוגרפיה ופסולת גרידא אינן הדלות להיות מה שהן גם כאשר מעטפים אותן באיצטלא של אמנות ותרבות. השאלה היא: מי יקבע מהי פסולת? הממשלה? העיריות? הסוכנות היהודית?

אני גם מסכים עמך, כי תיאטרון הזוכה בתמיכה ציבורית חייב להיות ראוי לכך אך אני מתנגד לשימוש בשוט התקציבי להכתבה צנזורלית, החורגת מזו שאושרה בחוק והמופעלת, הלכה למעשה, ע"י משרד הפנים.

הדימוקרטיה, כשיטת מימשל, נוטלת על עצמה – מדעת – סיכונים רבים.



החופש הרפרטוארי הוא אחד מהם. תיאורטית, אני מתאר לעצמי מצב, שבו גוף אמנותי – הנתמך ע"י הממשלה – יהפך למכשיר הלוחם במדיניותה בשאלה זו או אחרת. במקרה כזה הממשלה - וכמוה כל גוף ציבורי ויחיד – רשאית בהחלט להוסיף ולעמוד על דעתה ולהלחם עליה, אך חלילה לה להפעיל את השוט התקציבי לסכירת הפיות או להכתבת הטעם, גם כאשר אין זה לטעמה.

לצערי, איני רואה דרך אחרת לגבור על חולשתה זו של הדימוקרטיה, חולשה שהיא גם מקור כוחה.

בברכה

יגאל אלון

לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, ולקבוע שאין לראש רשות מקומית סמכות כלשהי להתערב בתוכן האמנותי של מוסדות תרבות עירוניים, מוסדות תרבות נתמכים או כל מוסד תרבות אחר בתחום שיפוטה של הרשות המקומית.

26 במרץ 2019

---

דן יקיר, עו"ד  
ב"כ המערערות