

מבוסס על סיפור אמיתי

סקירת הסוגיות המשפטיות העולות מהדיון הציבורי
בהחלטת קרן רבינוביץ לממן את הסרט התיעודי "Jaffa – סיפורו של מותג"

עבודת סמינריון לקורס: חופש העיתונות וחופש המידע / מרצה: ד"ר אביעד הכהן

מגישה: ראומה גומא

ת.ז.: 027977164

מסלול משולב, שנה ג'

תוכן העניינים

3	1. הקדמה: הרקע העובדתי
2	2. הדיון הציבורי והסוגיות המשפטיות העולות ממנו
4	2.א. הקשר בין מימון ציבורי לחופש הביטוי
5	2.ב. הדיון (או אי הדיון) הציבורי בתוכן הסרט והרלוונטיות שלו להיבטים המשפטיים של הפרשה
6	2.ג. תפקידו של הסרט "הספציאליסט" בטענות המתנגדים להחלטת הקרן ודרישת ההגנה על "האמת ההיסטורית" העולה מהדברים
3	3. הפרק המשפטי
	3.א. "היחסים המסוכנים" בין מימון ציבורי לחופש ביטוי בעשייה הקולנועית: קרן רבינוביץ כמקרה מבחן
8	3.א.1. האישיות המשפטית של קרן רבינוביץ, מאפייניה והנורמות החלות עליה: עמותה, "מוסד ציבורי" לפי חוק יסודות התקציב, גוף דו מהותי
12	3.א.2. התייחסות החוק המסדיר העברת כספים לתעשיית הקולנוע לחופש הביטוי.
15	3.א.3. נוהל בחירת סרטים למימון, בעיות במודל הקיים והצעות לצמצום הקשר בין תוכנו של סרט להחלטה על סיוע בהפקתו.
19	3.ב. דיון בעתירה (שלא הוגשה) בעניין מימון ציבורי לסרט "Jaffa – סיפורו של מותג"
23	3.ג. "מבוסס על סיפור אמיתי" – הדרישה למנוע הקרנת סרט בעילת ההגנה המשפטית על "האמת ההיסטורית"
26	4. סיכום
28	5. ביבליוגרפיה
31	6. נספח

לקראת חגיגות השישים למדינת ישראל, חברו חברת נגה תקשורת (בעלת ערוץ 8), סינמטק ירושלים והקרן החדשה לקולנוע וטלוויזיה לפרויקט תיעודי בשם "עבר-הווה": הם קראו ליוצרי קולנוע להגיש הצעות לסרט תעודה שיופק ויוקרן לרגל שישים שנה למדינת ישראל ויתבסס על חומרי ארכיון. ההצעה שתיבחר תמומן ע"י הגופים הנ"ל. עקב חילוקי דעות בין שלושת השותפים בפרויקט, בקשר להצעה שעלתה לשלב הגמר, פרשה הקרן החדשה מהפרויקט ובמקומה נכנסה "קרן יהושע רבינוביץ לאומנויות – פרויקט הקולנוע".

ההצעה שהגיעה לקו הגמר היא "Jaffa – סיפורו של מותג". מגיש ההצעה: איל סיוון¹. הוועדה המקצועית של הקרן רבינוביץ המליצה לאשר את ההצעה ונדרש עוד אישור הנהלת הקרן כדי לאשר סופית. רגע לפני הדיון המכריע יצאה לתקשורת כוונתה של הקרן לתמוך ולממן סרט זה. תחת הכותרת "מעצמות להתאבדות"² פרסם העיתונאי בן דרור ימיני, עורך מדור הדעות של עיתון מעריב, בעמוד הראשון של העיתון, מאמר חריף נגד כוונת הקרן לתמוך בסרטו של סיוון וקרא למחאה ציבורית נגד החלטה זו. מאמר זה הצית ויכוח ציבורי סוער.

העובדה שהדיון הציבורי התמקד דווקא בהחלטת הקרן ולא עסק בגופים הנוספים השותפים בפרויקט ובבחירה (נגה תקשורת וסינמטק ירושלים), נובעת מכך שהכספים אותם מעניקה קרן רבינוביץ ליוצרי הקולנוע הם כספי מדינה. פעילות קרן רבינוביץ ממומנת ע"י משרד התרבות, באמצעות מועצת הקולנוע, מתקציב חוק הקולנוע, וזאת בניגוד לשותפים הנוספים בפרויקט, שהם גופים פרטיים והם מעניקים ליוצרים כסף פרטי ולא כסף ציבורי.

הויכוח הציבורי³ כלל מאמרים, עצומות, ראיונות טלוויזיוניים ודיונים בפורומים ציבוריים שונים; ועדת החינוך של הכנסת הקדישה לנושא מושב מיוחד⁴.

בסופו של דבר הנהלת הקרן החליטה לדחות את נמלצת הוועדה המקצועית ולא לבחור בהצעתו של סיוון כסרט שיזכה למימון במסגרת הפרויקט "עבר – הווה". לא היה זה מופרך לטעון כי החלטה זו התקבלה עקב הלחץ הציבורי שהופעל על הקרן שלא לתמוך בהצעה.

"אירוע אייל סיוון" עומד במרכז של עבודת סמינריון זו, המוגשת במסגרת הקורס "חופש העיתונות וחופש המידע". בחרתי להתבונן בדיון הציבורי שהתנהל סביב האירוע ולסקור את השאלות המשפטיות הנגזרות ממנו, היות שהוא מהווה בעיני דוגמא מרתקת למלחמה אותה נדרשת לנהל, מתחת לפני השטח, הזכות לחופש ביטוי ויש בו כדי להמחיש עד כמה סוגיית חופש הביטוי רלוונטית לאותן שאלות יסוד העוסקות במשמעותה של הציונות, זהות לאומית ודמוקרטיה.

מסגרת והיקף העבודה מחייבים אותי להתמקד רק בשאלות המשפטיות העולות מהדיון הציבורי, ובכלים המשפטיים איתם ראוי לבחון שאלות אלו. באופן מודע אמנע מלהיכנס לדיון בהיבטים האידיאולוגיים, תרבותיים, פוליטיים, היסטוריים וקולנועיים העולים מהאירוע, אשר בהם, אם נודה לאמת, טמון המפתח להבנתו.

2. הדיון הציבורי והסוגיות המשפטיות העולות ממנו

¹ ראה נספח, עמ' 1

² ב.ד. ימיני "מעצמות להתאבדות" NRG 25.4.2007

³ ראה לדוג': ר' לוי "מרקתיזם" NRG 30.4.2007, א' לורד "נגד הרוח" מקור ראשון 16.6.2007, א' שטרן "קרן רבינוביץ: נגן על ההחלטה" NRG 23.4.2007, ל' אברבך "לתפארת מדינת ישראל?" NRG 18.4.2007, י' גת "מדובר בספציאליסט" NRG 29.4.2007, ב.ד. ימיני "בולשביזם שמאלני" NRG 30.4.2007, א' אלוני "גול(ה) פוליטי" NRG 11.5.2007, ג' פינטו "של מי התפוז הזה" הארץ 16.5.2007, א' סיוון "הרשיעו אותי במשפט שדה" YNET 27.4.2007, ל' אברבך "סרט רע" NRG 24.1.2007, א' שטרן "מג'אדלה: לא אתערב בבחירתו של סיוון" NRG 25.4.2007

⁴ ראה נספח, עמ' 16

בחינה של הדיון הציבורי בהחלטת קרן רבינוביץ לתמוך בסרטו של איל סיוון מעלה, כי ביסודו עומדות מחלוקות בין השקפות עולם ועמדות פוליטיות. טיעוני הצדדים אינם טיעונים משפטיים ולכאורה אין לערב בין הדיון הציבורי לזה המשפטי. ויותר מכך, ניתן לטעון שהשינוי בהחלטת הקרן והתהליך שהביא לשינוי זה, מבטא דמוקרטיה במיטבה. הטענה תהיה שבחברה דמוקרטית בריאה, הדיון הציבורי הפתוח הוא הכלי המרכזי והראוי לגיבוש עמדות חברתיות, החלטות מנהליות ומדיניות ציבורית, כמו גם לשינוי של אלה. את הפניה אל הערכאות ואל ההיבטים המשפטיים של סוגיות ציבוריות יש לשמור לאותם מקרים בהם המצב הקיים פוגע, או השיח הציבורי מוביל לפגיעה, בעקרונות היסוד של השיטה ובמינהל התקין. לעניינו, ולצורך הדיון, אבקש לאתר מתוך השיח הציבורי הסוער סביב הפרשה, יהיה אידיאולוגי ורגשי ככל שיהיה, את השאלות המשפטיות הקשורות לחופש הביטוי העולות בין הדברים. אתגר זה מעניין במיוחד ב Test Case שלפנינו, היות שסרטו של אייל סיוון (הנוכחי והקודמים לו), מאתגר את המתדיינים ומאלץ אותם לבחון בכנות את זהותם הלאומית והדמוקרטית ואת ההשלכות של אלה על משמעותו של המושג חופש ביטוי עבורם, אותו מושג החופף מעל לכל הסוגיה. המסקנות לגבי מצב "עקרונות היסוד של השיטה" והמינהל התקין, יעלו מעצמם מהדיון.

אבקש להתמקד בשלוש סוגיות מרכזיות הקשורות לחופש הביטוי, העולות מהדיון. סוגיות אלה יעמדו במרכז החלק המשפטי של העבודה:

2.א הקשר בין מימון ציבורי לחופש הביטוי

המתדיינים, משני הצדדים, טוענים נגד הקרן שהיא מקדמת, בעזרת הכספים שהיא מחלקת, את האג'נדה הפוליטית של האנשים העומדים בראש הקרן. טענות אלה הם חלק מסוגיה רחבה יותר: ישנה סכנה בכך, שבאמצעות המימון הציבורי ליצירה הקולנועית, שולט הממסד בתוכן היצירה ובחופש הביטוי של היוצרים ומקדם מסרים המתאימים להשקפת עולמו. נושא זה עמד במרכזו של הדיון שהתקיים בוועדת החינוך והתרבות בכנסת⁵, בעקבות החלטת הקרן לממן את סרטו של סיוון. לדברי ח"כ אליהו גבאי: "אנחנו צריכים להזדעזע מהטעות שהיתה, וצריך למצוא את הדרכים לתקן זאת. אם זה לא ילך, אז אנחנו נעשה זאת בחוק. אנחנו עשינו חוק כדי לעודד את היצירה הקולנועית במדינת ישראל, ואני אהיה זה שאוביל חוק כדי להגביל את חלוקת הכספים לאנטי ציוניים, לאנטי יהודים, ולאנטי מדינת ישראל. המצב הזה לא ימשיך כך. אלה שמקציבים את הכספים האלה ויושבים שם בדירקטוריון, צריכים לדעת כיצד לתקן את הנזק הזה שנגרם, ולדאוג לכך שמצב כזה לא יקרה שוב". מנגד, טען באותו דיון הבמאי רם לוי, זוכה פרס ישראל לקולנוע: "במקצוע שלנו חופש הביטוי קשור במימון. זה לא שאיש שיושב וכותב, או אדם שמצייר. מישוה שרוצה לעשות סרט צריך מימון בשביל זה, ולשם כך קמו הקרנות... סרטים מעצם טיבם, הם דברים שהרבה פעמים מביעים עמדות מחאה, וזו המשמעות שלהם, וזה הכוח שלהם. אם ישנו ניסיון לסתום את הפה באמצעות היעדר מימון, זה דבר שהוא לא ייאמן בחברה דמוקרטית. לכן אני מסכים עם חברת הכנסת גלאון, עצם הדיון כאן הוא בושה". אין ספק שדבריו של ח"כ גבאי והאיום שלו לחוקק חוק "כדי להגביל את חלוקת הכספים לאנטי ציוניים, לאנטי יהודים, ולאנטי מדינת ישראל" ממחישה את הבעייתיות בקשר שבין מימון ציבורי לחופש הביטוי. תשובה רצינית ומעמיקה לשאלה האם לקרנות הקולנוע אג'נדה פוליטית אותה הן מקדמות באמצעות החלטה לאיזה סרטים להעניק מימון, מחייבת סקירה וניתוח של הסרטים שקיבלו מימון ציבורי. סקירה מקיפה זו היא מחוץ למסגרת העבודה. עם זאת, הדברים שהובאו לעיל ממחישים שיש פה בעיה עקרונית.

אבקש לבחון בהמשך את התייחסות החוק ונוהלי העברת הכספים ליצירה הקולנועית לסוגיית חופש הביטוי, צמתים בעייתיים בהליך זה והצעות לצמצום השפעת העמדה הפוליטית של מקבלי ההחלטות על הבחירה לאיזה סרטים להעניק מימון.

2.2 הדיון (או אי הדיון) הציבורי בתוכן הסרט והרלוונטיות שלו להיבטים המשפטיים של הפרשה

חשוב לשים לב לכך שרוב התומכים בהחלטת הקרן, כמו גם המתנגדים לה, נמנעו מדיון אמיתי בתוכן ההצעה ובשאלות המהותיות שהיא מעלה. המתנגדים מצהירים שהסרט הוא אנטי ישראלי ואנטי ציוני עם סממנים של אנטישמיות ולכן, למרות עקרון חופש הביטוי, מימון ציבורי לסרט כזה יהיה "עוד ציון דרך בסופה של מדינת ישראל"⁶, אך רוב המתנגדים אינם טוענים טיעונים המתעמתים עם תוכנה של ההצעה, עם שאלות כגון: מהי אנטי ציונות, האם הסיפור שהסרט מספר עונה על הגדרה זו, מדוע תוכן הסרט מאיים על קיומה של מדינת ישראל⁷ עד כדי כך שיש לאסור מימון ציבורי לסרט זה, והאם קביעה זו תעמוד במבחן הנורמות הציבוריות להם מחויבת הקרן.

מפתיע לגלות שגם רוב התומכים בהחלטת הקרן אינם מתייחסים לתוכן הסרט, אלא הם מוחים בעיקר על הניסיון הפוליטי והתקשורתי להשפיע על החלטות הקרן. לדוג', ההתייחסות היחידה לתוכן הסרט בעצומה עליה חתמו הקולנוענים התומכים באייל סיוון היא זו: "הניסיון לתייג סרט זה כ"אנטי ישראלי" הוא ניסיון למנוע דיון פתוח, רחב ומעמיק בהווה הישראלית... לא כולנו מסכימים עם עמדותיו של סיוון, הן הקולנועיות והן הפוליטיות, ואפשר להתווכח איתן, אבל אסור ומסוכן לשלול ממנו את הזכות ליצור ולהתבטא"⁸.

התחמקות הצדדים מדיון בשאלות בהם עוסק הסרט, מונעת מהם לטעון טיעונים מרכזיים שיכולים לשמש אותם, הן בדיון הציבורי, אך יותר מזה, בשדה המשפטי. העילות המרכזיות לצמצום חופש הביטוי, כמו גם התביעה מגופים ציבוריים להגן על חופש זה, דורשות התייחסות לתוכנו של הביטוי.

הבמאי אודי אלוני, שחתם על עצומת היוצרים, תוך הסתייגות מתוכנה, עמד במאמרו על בעייתיות זו: "לדעתי יש לבוא בחשבון עם העצומה ועם צורות מחאה דומות לה, המייצרות אשליה שישראל היא מדינה דמוקרטית. אשליה, המקבלת על עצמה שיש בישראל איזה ידע אובייקטיבי מקצועי המשוחרר ממערכות הכוח הפוליטיות.

מתוך ידיעה שידע וכוח הם בלתי נפרדים במחוזותינו, יהיה יותר הגון שנציג את עצמנו כקבוצת לחץ לגיטימית כמו ש"ס או הקיבוצים, שזכותה להתקיים כמיעוט אידיאולוגי המאמין באמונות שאבד עליהן הקלח, למשל אמונה שכל בני האדם שווים... הניצחון שלנו בקשר לאייל סיוון יכול לשרת את הנצחת האפליה האמיתית של חוסר משאבים צודק, אפליה בה הפלסטיני לא יכול לספר, בעזרת כספי מדינה, את הנרטיב שלו והוא זקוק לנו שנקבל את הכסף לספר את סיפורו... לכן השאלה המרכזית שעלינו לשאול היא האם עצומה זאת מנציחה את המשחק הדמוקרטי אצל בני הגזע השליט בלבד או מרחיבה אותה למאבק האזרחי המכיל את כולם... אני מסכים עם רוב מה שסיוון אומר אבל זכות הדיבור המוענקת לו מהיותו זכר יהודי אינה זקוקה להגנתי..."⁹.

הדרישה להעניק מימון ציבורי לסרט כגון זה של אייל סיוון, המביא סיפור אחר מהסיפור הציוני המקובל, בטענה של הגנה על חופש הביטוי, יכולה להתבסס על חובת השוויון בחלוקת משאבים, המוטלת על גופים ציבוריים, אך טענה זו מחייבת התייחסות לתוכנו של הסרט.

⁶ ראה הערה מס' 2

⁷ שם

⁸ ראה נספח, עמ' 40

⁹ א' אלוני "גול(ה) פוליטי" NRG 11.5.2007

גם הצד השני יוצא נפסד מהתחמקות מהדיון בתוכן הסרט. העילות לצמצום ההגנה על חופש הביטוי שניתן היה לבחון את הרלוונטיות שלהם לעניינו, כגון טענת ההסתה, מחייבות בחינה של תוכן הביטוי.

ג.2 תפקידו של הסרט "הספציאליסט" בטענות המתנגדים להחלטת הקרן ודרישת ההגנה על "האמת ההיסטורית" העולה מהדברים

כמעט כל המתנגדים לתמיכת הקרן בסרטו של סיוון " Jaffa – סיפורו של מותג" מזכירים את סרטו הקודם של סיוון "הספציאליסט" ואת האמצעים הקולנועיים הפסולים, לדעתם, בהם נקט בסרט זה. לא במקרה קשרו המתנגדים בין שני הסרטים. הן הסרט Jaffa והן הסרט "הספציאליסט" עוסקים באירועים מכוננים בזהות ובהיסטוריה הישראלית, תוך שהם מציגים, באמצעות הסרט, סיפור אחר, המבקר את הקונסנזוס ומציג נרטיב שונה מהנרטיב המקובל. תוכן הסרט "הספציאליסט":

"... בהשראת ספרה של חנה ארנדט "אייכמן בירושלים - דיווח על הבנאליות של הרשע". הסרט מורכב כולו אך ורק מ 350 שעות של חומר מצולם שלא נראה עד כה, אשר צולם על ידי הבמאי האמריקאי ליאו הורוביץ, בשנת 1961, במהלך משפטו הדרמטי של פושע המלחמה הנאצי אדולף אייכמן בירושלים. זוהי דרמת בית משפט, המציירת את דיוקנו של ביורוקרט אדוק, הרוחש כבוד עצום לחוק ולהיררכיה, פקיד גבוה וקצין נאצי, האחראי לחיסולם של כמה מיליוני בני אדם. פושע של העידן המודרני. הפער בין פשעיו המפלצתיים של אייכמן לבין אישיותו הבינונית של הנאשם, מדהים מיד במפגש הראשון עימו, פער ההולך וגדל במהלך הצפייה בשלוש עשרה המערכות המרכיבות סרט זה. זוהי חשיפה ראשונה של הסרט בישראל, כאשר בימים אלה עומד לצאת לאור לראשונה גם תרגומו העברי של הספר מעורר המחלוקת, אשר בהשראתו נוצר הסרט"¹⁰. ב 2005 מפרסם גואל פינטו, בזמנו הכתב לענייני קולנוע של עיתון "הארץ", כי היועץ המשפטי לממשלה קיבל מכתב מהיועצת המשפטית של האוניברסיטה העברית בירושלים. הנדון: "זיוף קטעי סרטים ממשפט אייכמן". במכתב נאמר: "הריני להביא לידיעתך אירוע חמור ביותר אשר לדעתנו מהווה אף עבירה פלילית ומצדיק גם טיפול מטעם רשויות המדינה".

היא מסבירה כי "מנהל הארכיון (הכוונה לארכיון הסרטים היהודי ע"ש ספילברג, ג"פ) הביא לידיעתנו כי בשנת 1999 הופק סרט בשם "הספציאליסט" המתיימר להיות סרט דוקומנטרי של משפט אייכמן... לתדהמתו התברר כי חלקים רבים מסרטי המשפט אשר שולבו בסרט זויפו". הלל שטייסטר, מנהל הארכיון טען כי "תוך כדי צפייה ועבודה השוואתית הלכה ונתבררה העובדה כי הסרט "הספציאליסט" הינו רובו ככולו תרמית נלוזה, החל בעבודת עריכה קיצונית וכלה בדיאלוגים מלאכותיים שמעולם לא התרחשו"¹¹. פינטו מביא במאמרו רשימה של דוגמאות מהסרט, בהם, באמצעות עריכה של חומרי הארכיון מהמשפט, בנה הבמאי סצנות ודיאלוגים שלא היו במציאות, דברים הוצאו מהקשרם, נשתלו תשובות בפי דוברים שלא הם אמרו אותם וכו'. לדבריו, ערך סיוון את הדברים באופן כזה כדי להביע בעזרתם עמדה עקרונית: אייכמן היה רק פקיד מדינה אפור ונחמד. "עמדה זו כלפי אייכמן היתה מנוגדת להלך הרוח הציבורי ולעמדת התביעה במשפט, שמטרתה היתה להוכיח שאייכמן היה "נותן פקודות" ולא "מקבל פקודות" כפי שטען. כמובן שבאירוע עמוס משמעויות פוליטיות כמו משפט אייכמן מדינת ישראל לא יכלה להסתפק באדם בעל תפקיד משני, ונדרשה דמות מרכזית. לכן ניסו להוכיח שהנאשם היה שותף להגיית רעיון הפתרון הסופי, שהוא נתן את הוראות הביצוע ושהוא פעל להגשמתו "מתוך להיטות רצון ותאוה" כדברי התביעה"¹².

¹⁰ מתוך ידיעון סינמטק ת"א. ראה: http://www.third-ear.com/p_prod.aspx?id=21984

¹¹ ג' פינטו "הנדון: זיוף קטעי סרטים ממשפט אייכמן" הארץ 14.2.2005

¹² א' סיוון, "אייכמן: מי המזייף - ההיסטוריה או הזיכרון? מכונת קריאה [אתר האינטרנט של הוצאת בבל,

להרחבה ודיון בעמדה אותה מבקש הסרט להציג, ראה מאמרו המרתק והחשוב (אם יורשה לי), של אייל סיוון עצמו "מי המזייף - ההיסטוריה או הזיכרון?" וכן ספרה של חנה ארנדט "אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנליות של הרוע"¹³.

מעבר לדיון המהותי על תפיסת השואה בסרט, אותו הוא מכנה "מסה פוליטית על ציות לחוק ועל מושג האחריות", מתייחס סיוון לשאלת העריכה של הסרט, שהביאה את המקטרגים להאשים אותו כי הוא זייף קטעי סרטים ממשפט אייכמן, כפי שזועקת הכותרת של פינטו. אני מבקשת להתעכב על דבריו של סיוון בנוגע לסוגיה זו, בה אבקש להתמקד בהמשך, כחלק מהדיון בשאלות העוסקות בחופש הביטוי העולות מהאירוע העומד במרכזה של עבודה זו. בתשובתו לטענות הזיוף, אומר סיוון:

"חלק מהטענות המוצגות ע"י הארכיון הן נכונות עובדתיות, אך אינן מבטאות אלא בורות מוחלטת על מהות בימויו של סרט, ולמעשה, על מהותה של עבודת ההיסטוריון בכלל ועל הקולנוע המבוסס על עדויות ויזואליות בפרט... כמו כל היסטוריה, גם הסרט שלי מבוסס כמובן על סינון ועריכה, על מגמה להדגיש את מה שראיתי לנכון להדגיש... אפשר לטעון שבחרתי קטעים מסוימים. זה כמובן מחויב המציאות, לסרט באורך של 128 דקות, שמתבסס על חומר ארכיוני של 350 שעות, חומר שפונה לאפיקים רבים. אבל זו כמובן טענה בלתי עניינית, וגם אנשי ארכיון שפילברג יודעים זאת. האם הסרט היחיד "האמיתי" שניתן לעשות מחומרים אלו הוא סרט בין 350 שעות?... הפולמוס שעוררו פקיד הארכיון ואנשי המחלקה המשפטית של האוניברסיטה העברית צריך להדליק נורה אדומה אצל החוקרים, ההיסטוריונים ואנשי הקולנוע התייעודיים המאמינים בחופש המחקר והיצירה. זו סכנה העומדת לפתחו של כל חוקר או קולנוען רציני כשמחלקה משפטית או ארכיון כלשהוא יקבעו כיצד יש להציג את ההיסטוריה או מהו סרט דוקומנטרי"¹⁴.

במכתב התשובה של היועמ"ש ליועצת המשפטית של האוניברסיטה העברית, הוא עונה:

"מבלי למעט מחשיבות וחומרת הדברים המועלים בפנייתך... ובהתחשב במדיניות התביעה בנושא עבירות שעניין חופש ביטוי, עמדת היועץ המשפטי לממשלה הינה שהליכים פליליים אינם דרך הטיפול ההולמת במקרה זה. במכתב התשובה מוסבר כי פסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים הרחיבה את תחום חופש הביטוי על ביטוי ויצירה העוסקים באירועים היסטוריים "שאינם משקפים את האמת"¹⁵.

היועץ המשפטי לממשלה חושף בתשובתו את העמדה המהותית המסתתרת מאחורי האשמת הזיוף, בכך שהוא קובע שהפסיקה "הרחיבה את תחום חופש הביטוי על ביטוי ויצירה העוסקים באירועים היסטוריים "שאינם משקפים את האמת".

כלומר, האשמת סיוון בעבירה של זיוף, שהייתי קוראת לה "עבירה טכנית", היא "סיפור כיסוי" לעמדה מהותית יותר המורכבת משתי טענות עיקריות:

- א) ישנה אמת היסטורית אחת
 - ב) יצירה אמנותית / סרט קולנוע המספר סיפור כמציאות אמיתית, למרות שאינה אמת, לא זכאי ליהנות מהגנת הזכות לחופש ביטוי.
- לעניות דעתי, עמדה זו היא העומדת גם בבסיס דברי המתנגדים להחלטת קרן רבינוביץ לתמוך בסרט Jaffa, אשר הביאו את פרשת "הספציאליסט" כדי לבסס את התנגדותם.
- הטענה העולה מדבריהם היא כי אין לתת לסרטו של סיוון מימון, היות שהוא מספר סיפור שאינו נכון מבחינה היסטורית.

8.2.2007 [http://readingmachine.co.il/home/articles/1107884370]

¹³ שם + חנה ארנדט, אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנליות של הרוע, הוצאת בבל, ת"א 2000.

¹⁴ להרחבה בנושא ראה: "גבולות הז'אנר הדוקומנטרי" – הפורום ה 16 לאחריות חברתית, הרשות השנייה. doc.%20%2014.4.05תקשורתית20%לאחריות20פורום/http://www.rashut2.org.il/editor/uploadfiles

¹⁵ ראה הערה מס' 11

כאמור טענה זו עולה מהדברים ולא מוצגת באופן ישיר וכך נמנע דיון ענייני בתוכנה. לא מפתיע שגם הדיון הציבורי בפרשת "הספציאליסט" מתמקד בנושא העריכה המניפולטיבית של חומרי הארכיון ונמנע בדבר"כ מדיון ברעיון העומד מאחורי הבחירות של הבמאי ובשאלות אותן הוא מבקש להציג לצופה דרך הסרט. כנראה שבדרך זו שומר הקולקטיב על אותן "פרות קדושות" ועל אותם סיפורים מכוננים של זהותו ונמנע מלפרק אותם כדי לבחון מחדש את משמעותם.

כך או כך, אין מנוס מלהעלות, כבר בשלב זה, את טענת הנגד הבסיסית והמתבקשת לעמדה זו והיא ש"אין אמת היסטורית אחת אלא כל היסטוריון והאמת שלו"¹⁶ וכי הניסיון למנוע הצגת סרט בטענה שהוא מציג אי אמת היסטורית היא טענה לא רלוונטית בעידן הפוסט מודרני, בו האמת היא האמת של המתבונן ונקודת מבטו, היא נובעת ממניעים מסוכנים, ובכל מקרה, כפי שנראה בהמשך, היא לא תעמוד במבחן בית המשפט.

3. הפרק המשפטי

3.א. "היחסים המסוכנים" בין מימון ציבורי לחופש ביטוי בעשייה הקולנועית: קרן רבינוביץ כמקרה מבחן

3.א.1. האישיות המשפטית של קרן רבינוביץ, מאפייניה והנורמות החלו עליה: עמותה, "מוסד ציבורי" לפי חוק יסודות התקציב, גוף דו מהותי

קרן יהושע רבינוביץ לאמנויות, הינה עמותה פרטית, הרשומה ברשם העמותות. החוק מגדיר עמותה כ"התאגדות שהיא למטרה חוקית ושאינה מכוונת לחלוקת רווחים בין חבריה"¹⁷. לפי החוק, עמותה היא גוף פרטי וחלים עליה דיני המשפט הפרטי, אך אם נבחן את פעילות הקרן, ונפעל לפי העיקרון המנחה בפסיקה, של "העדפת המהות (אופיו של הגוף) על פני הפורמאליסטיקה (צורת התאגדותו)"¹⁸, אין ספק שניתן יהיה למקם את הקרן באותו "אזור דמדומים, שבו המשפט הפרטי והמשפט הציבורי משמשים בערבוביה, לעתים זה לצד זה ולעתים זה בתוך זה. באזור זה קיימת דואליות נורמטיבית, כלומר דו-קיום של המשפט הפרטי והמשפט הציבורי"¹⁹. על פי הפרקטיקה הנהוגה בפסיקה, תאגיד פרטי עשוי להיות מסווג כ"גוף דו מהותי" אם ניתן לזהות בפעילותו היבטים ציבוריים לפי שלוש קטגוריות חלופיות²⁰:

1. הפעלת סמכות שלטונית ע"פ דין.
2. זיקה פונקציונלית לשלטון – תאגיד פרטי המבצע פעילות "בעלות אופי ציבורי", הזהה לפעילויות המבוצעות דרך קבע על ידי רשויות השלטון, כגון: ביצוע תפקיד חיוני לציבור, הענקת שירות לציבור, פעילות שלא למטרת רווח, מונופול, ריכוז כוח ותמיכה מכספי ציבור.
3. זיקה מוסדית לשלטון – תאגיד פרטי שיש זיקה בינו לרשויות השלטון, כגון: זיקת בעלות שמקורה בהיות התאגיד בבעלות ציבורית, זיקה רעיונית שמקורה בזהות רעיונית בין התאגיד לרשויות ציבוריות, זיקה פיקוחית שמקורה בהיות התאגיד נתון לפיקוח רשויות ציבוריות וזיקה מימונית שמקורה במימון התאגיד על ידי רשויות ציבוריות.

¹⁶ בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות

¹⁷ חוק העמותות תש"ם - 1980, סע' 1

¹⁸ עא 93 / 3414 שמחה און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ מט (3)

¹⁹ שם

²⁰ א' הראל, גופים דו מהותיים – בין קניין הפרט לקניין הציבור, עבודת דוקטורט, אונ' בר אילן, תשס"ו, עמ' 7

תהליך הסיווג אינו ניתן להגדרה מדויקת. בפרקטיקה המקובלת, בתי המשפט מנתחים את מהותו הכוללת של הגוף על מאפייניו, תפקידיו, מעמדו בציבור, זיקתו לשלטון ושיקולי מדיניות. בפועל כל הפרמטרים משמשים גורם חשוב לניתוח התמונה הכוללת.

לקרן רבינוביץ מאפיינים רבים המאפשרים לסווגה כ"גוף דו מהותי":

א. מטרות הקרן²¹:

1. עידוד הקולנוע הישראלי וקידומו, בכל רחבי הארץ, על פי אמות מידה ענייניות ושוויוניות, תוך הקפדה על חרות היצירה והביטוי, במגמה לפתח צביון תרבותי מקורי ישראלי ולתת ביטוי למרקם התרבותי והחברתי של החברה בישראל על כל מרכיביה וגווניה, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה.
2. עידוד הסרט הישראלי במגמה לקרב את כלל הציבור בישראל ובמיוחד את בני הנוער והצעירים אל היצירה הקולנועית הישראלית המקורית.
3. עידוד יוצרי קולנוע עצמאיים וותיקים, בעלי מוניטין ומנוסים לצד קידום יוצרים צעירים, חדשים ומבטיחים והכוונתם.
4. עידוד היצירה בקרב יוצרים עולים חדשים מוכשרים על מנת לאפשר להם להביא לידי ביטוי את יכולתם הקולנועית ולסייע להם בקשיי הקליטה התרבותית והכלכלית בתחום הקולנוע בישראל.
5. עידוד יצירה והפקה של סרטים ישראליים תוך שמירה על נאותות הפקה ועל זכויות היוצרים.
6. תמיכה וסיוע בהפקת סרטים ישראליים ובמימון לרבות סרטים עלילתיים באורך מלא, דרמות, סרטי תעודה, סרטים ניסיוניים וסרטי גמר של סטודנטים לקולנוע וכן סיוע בהשלמות לסרטים ותמיכה בפיתוח פרויקטים ותסריטים בכל התחומים, בזמן כתיבתם, עד הבאתם לגרסה סופית הראויה להפקה, ובהפקת סרטים ישראליים ייעודיים בתחום הסרטים העלילתיים, בתחום הדרמות ובתחום סרטי התעודה.
7. סיוע לסרטים של יוצרים ישראליים, בין השאר, על פי אמות מידה של איכות, ניסיון קולנועי, כשרון בתחום הקולנוע וביטוי אישי במגמה לתרום ליצירת קולנוע ישראלי מעמיק, רלוונטי, ייחודי ומשמעותי, העונה על מטרות פרויקט קולנוע.

ב. תקציב הקרן

קרן רבינוביץ עונה להגדרת "מוסד ציבורי", לפי סעי' 3א בחוק יסודות התקציב: תמיכות במוסדות ציבור²² :

(א) בסעיף זה -

"מוסד ציבורי" - גוף שאינו מוסד ממוסדות המדינה, הפועל למטרה של חינוך, תרבות, דת, מדע, אמנות, רווחה, בריאות, ספורט או מטרה דומה; "סעיף תקציב" - סעיף בחוק תקציב שנתי הקובע את ההוצאות של משרד ממשלתי.

חוק הקולנוע²³, בו עוגנה בחקיקה חובת המדינה לתקצב את היצירה הקולנועית בישראל, קובע כי תקציב הקולנוע ייכלל בתקציב משרד החינוך והתרבות, ומסמיך את השר הממונה לקבוע קריטריונים לחלוקת התקציב למוסדות ציבור העוסקים בקולנוע:

סעי' 11. תקציב קולנוע

²¹ ראה נספח, עמ' 41

²² חוק יסודות התקציב, תשמ"ה, 1985

²³ חוק הקולנוע, התשנ"ט – 1999

תקציב שנתי לתמיכה בקולנוע (להלן - תקציב הקולנוע) ייקבע בתכנית נפרדת, במסגרת ההקצאה לתחום פעולה - תרבות, בסעיף תקציב משרד החינוך והתרבות והספורט בחוק התקציב השנתי (להלן - תחום תרבות); (א) לעניין זה, "תכנית", "תחום פעולה" ו"סעיף תקציב" - כהגדרתם בחוק תקציב שנתי, כמשמעו בחוק יסודות התקציב.

סעי' 12: מתן תמיכות

מתן תמיכות מתוך תקציב הקולנוע ייעשה על פי מבחנים לתמיכה במוסדות ציבור, כאמור בסעיף 3(2), שקבע השר לאחר התייעצות עם המועצה (מועצת הקולנוע - ר.ג.), ובלבד ש 60% לפחות מתקציב הקולנוע יופנה להפקת סרטים ישראליים, ושיעור נוסף ממנו ייוחד לשיווק סרטים ישראליים בשוק הסרטים הבין-לאומי.

סעי' 3 הנ"ל מפרט את מטרות מועצת הקולנוע, הכוללות המלצות לשר בעניין גיבוש הקריטריונים:

3. תפקידי המועצה

אלה תפקידי המועצה:

- (1) לייעץ לשר בכל נושא הנוגע למדיניות בתחום הקולנוע ובכל ענין הנוגע לביצוע חוק זה;
 - (2) לייעץ לשר לענין קביעת מבחנים לתמיכה במוסדות ציבור כאמור בסעיף 3א לחוק יסודות התקציב, לשם קידום המטרות המפורטות להלן, ובהתחשב, בין השאר, בסוגי מוסדות הציבור ובמגמות ובתמורות המתרחשות מעת לעת בתחום הקולנוע;
 - (א) קידום ועידוד יצירה, הפקה והפצה של סרטים ישראליים, לרבות דרמות וסרטי תעודה;
 - (ב) עידוד שיתוף פעולה בין-לאומי בתחום הקולנוע;
 - (ג) קידום הסרט הישראלי;
 - (ד) הענקת פרסים לסרטים, לאנשי מקצוע וליוצרים צעירים בתחום הקולנוע;
 - (ה) עידוד פסטיבלים לקולנוע;
 - (ו) תמיכה בשימור הסרט הישראלי.
- (3) להמליץ בכל ענין הנוגע למתן תמיכות לפי המבחנים שנקבעו לפי סעיף 12.

בהתאם לדרישת חוק הקולנוע, גיבשה השרה (לימור לבנת), בשיתוף מועצת הקולנוע, "מבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד החינוך והתרבות והספורט (להלן - המשרד) לתמיכה במוסדות ציבור בתחום הקולנוע"²⁴. בהמשך אתייחס לקריטריונים עצמם. לענייננו בשלב זה, מספיקה העובדה כי קרן רבינוביץ הינה "מוסד ציבור בתחום הקולנוע", העומד בקריטריונים לקבלת תמיכה, ואכן, מימון פעילות הקרן מגיע ממשרד התרבות, ע"פ הקריטריונים, מכוח חוק הקולנוע.

ע"פ דו"ח תקציב משרד התרבות, בין 2003-2005 קיבלה הקרן מתקציב המדינה, בין 14.5 מיליון ש"ל ל 15.5 מיליון ש"ל מדי שנה²⁵.

²⁴ למסמך המלא של הקריטריונים לחלוקת כספי תמיכות למוסדות ציבור בתחום הקולנוע, ראה: <http://www.most.gov.il/NR/rdonlyres/A1786D7D-FF05-4786-AF65-EC49087EA205/0/cinema.pdf>

²⁵ ראה נספח, עמ' 47

ג. פיקוח ע"י הרשויות

מעבר לעובדה שקרן רבינוביץ הינה עמותה הנתונה לפיקוחו רשם העמותות, ומתוקף היותה ממומנת מכספי ציבור עליה להוציא מדי שנה אישור על ניהול תקין²⁶, נתונה הקרן לפיקוח ובקרה מצד מועצת הקולנוע. מדי שנה בוחנת המועצה את פעילות הקרן ומחליטה, לפי עמידת הקרן בקריטריונים, על המשך התמיכה. לדוגמא, סעי' 7 ברשימת "התנאים המדידים א'", בפרק "התנאים המדידים" שבמבחני התמיכה לתחום ג' – סיוע בהפקת סרטי תעודה²⁷, נאמר "במסגרת המלצתה לתמיכה במוסד, תחוה המועצה את דעתה ותעניק משקל להערכתה את אופן ניהול המוסד ופעולתו, לרבות הערכה של אופן ניצול התקציב, כמות הפעולות, היקף הסיוע הניתן לסרטים, תוצאות פעילות המוסד בשנה האחרונה ומידת חשיפתם של הסרטים שסייע להם לקהל הצופים הישראלי".

אין ספק שמאפיינים אלה של הקרן מצדיקים את סיווגה כ"גוף דו מהותי": הקרן פועלת שלא למטרות רווח (עמותה - מלכ"ר), היא מעניקה שירות לציבור, ממומנת מכספי ציבור, מתקיימת "זיקה פיקוחית" שמקורה בהיות התאגיד נתון לפיקוח רשויות ציבוריות.

לפי הזהות בין מטרות הקרן, מטרות חוק הקולנוע והקריטריונים לחלוקת תמיכות, ניתן גם לטעון שמתקיימת זיקה רעיונית בין התאגיד לרשויות השלטון, וכן המחמירים יטענו שהיקף המימון שמקבלת הקרן (הממקם אותה כ"מוסד ציבורי" השני בגודלו מבין כל מוסדות הציבור בתחום הקולנוע המקבלים מימון ציבורי), מעניקים לה ריכוז כוח משמעותי במיוחד בתחום בו היא פועלת.

סיווגה של הקרן כגוף דו מהותי, מחיל עליה "הן כללי המשפט הפרטי והן נורמות המשפט הציבורי, תוך התחשבות באופייה המיוחד"²⁸. הראל²⁹ מציע כי "גוף דו מהותי יוכפף אך ורק לנורמות הציבוריות שיגשימו את היבטיו הציבוריים".

לענייננו, נדרש לנורמות ציבוריות מובהקות כגון חובת השוויון והשקיפות, החלים על גופים ציבוריים, וזאת מעבר לעוצמת מחויבותו של גוף ציבורי לזכויות היסוד: "חובתו של השלטון לקיים זכויות אדם אינה זהה בתוכנה לחובתו של הפרט לקיים זכויות אדם. ברור כי חובתו של השלטון חמורה היא יותר, וההגנה על זכויות היסוד כלפיו היא מקיפה יותר"³⁰.

בהקשר זה, מן הראוי שנתייחס לזכות העומדת במרכז הדיון: הזכות לחופש ביטוי. על מעמדה של זכות זו, שאינה מצוינת במפורש בזכויות היסוד, אומר השופט חשין³¹:

"הזכות לחופש הביטוי לא הוכרה מפורשות לא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא בכל חוק-יסוד אחר, ואולם יש אומרים כי מושג כבוד האדם שבחוק-היסוד כונן את חופש הביטוי אף-הוא, כי אחת משלוותיו של כבוד האדם היא חירות הביטוי והיצירה. אליבא דאסכולה זו, "כבוד האדם" הוא כמעין השופע והמתגבר, ומשמש הוא מעין-מבוע לזכויות-יסוד העשויות להשתמע והמשתמעות ממנו. אחת מזכויות אלו היא הזכות לחופש הביטוי. יש אומרים כך ויש אומרים לא-כי; כבוד האדם הוא כבוד האדם, ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין כבוד האדם כולל את חופש הביטוי. כך בייחוד בהקשר חוק-יסוד זה ובעקבה אחר גלגוליו עד שהיה לחוק. ובין שני קצוות אלה תימצאנה וריאציות, כרצון איש ואיש... ענייננו עתה, ובלא שנכריע בדבר, נסכים כי כבוד האדם שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אחד מיובליו הוא חופש הביטוי. נניח אפוא - בלא להכריע - כי מאז חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עלה חופש הדיבור במעלות ההיררכיה המשפטית, וכי יושב הוא כהיום הזה על כס מלכות של זכות שנקבעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".

²⁶ נוהל להגשת בקשות לתמיכה מתקציב המדינה במוסדות ציבור ולדיון בהן, י"פ תשנ"ב, 2569, סעי' 2(ה)

²⁷ ראה הערה 23, סעי' 6 – תחומי הפעילות הנתמכים

²⁸ ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 492.

²⁹ ראה הערה 19, עמ' 19

³⁰ ראה הערה 27

³¹ בג"צ 94 / 6126 גיורא סנש נ' רשות השידור נג (3) 817, עמוד 865-866

אם כן, הזכות לחופש ביטוי נהנית, גם אם היא לא מופיעה במפורש בחוק יסוד כבוד האדם, ממעמד של זכות-על שנקבעה בחוק יסוד, ככזאת, חלה חובה חמורה יותר על השלטון להגן על זכות זו.

2.א.3 התייחסות החוק המסדיר העברת כספים לתעשיית הקולנוע לחופש ביטוי

במרכזו של חלק זה עומדת הטענה כי באמצעות המימון הציבורי לתעשיית הקולנוע, שאינה יכולה להתקיים בלי מימון זה, שולט השלטון ב"שוק הדעות" ומעניק מימון רק ליצירות המבטאות תפיסות עולם אותם הוא מבקש לקדם וכך הוא מקיים צנזורה סמויה על העמדות אותן הוא מבקש להשתיק. נושא זה רלוונטי לכל תחומי האומנות המתקיימים באמצעות מימון ציבורי, ולא רק לקולנוע. הסקירה תתמקד בעשייה הקולנועית, ובקרן רבינוביץ, כדוגמא אופיינית לדרך בה עובר כסף ציבורי לידיים פרטיות לשם הפקת סרט.

הדרישה מ"מוסדות ציבור – תחום קולנוע" להקפיד על "מתן ביטוי למגוון התרבותי של החברה בישראל, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה" מופיעה כחוט השני לאורך כל "פירמידת הנורמות" המסדירה את העברת כספי מדינה ליוצר הקולנוע.

ע"פ חוק הקולנוע, מטרת מועצת הקולנוע היא לפעול "לשם עידוד הקולנוע הישראלי ותמיכה בו תוך הבטחת חופש היצירה ומתן ביטוי למגוון התרבותי של החברה בישראל, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה"³². נוסח זה הוא גם הנוסח המופיע במבחני התמיכה במוסדות ציבור בתחום הקולנוע של מועצת הקולנוע³³: בחלק הכללי של המסמך נאמר -

(3) מטרת התמיכה

(א) מטרת התמיכה היא לסייע במוסדות ציבור על פי אמות מידה ענייניות ושוויוניות לשם עידוד הקולנוע

הישראלי והתמיכה בו, הכוונתו הארגונית ופיקוח על הגשמת הפוטנציאל התרבותי והעסקי שבו, תוך הקפדה על חירות היצירה והביטוי החיוניים לקיומה של אמנות בכלל ואמנות הקולנוע בפרט, פיתוח צביון תרבותי מקורי ישראלי ומתן ביטוי למגוון התרבותי של החברה בישראל, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה".

קרן רבינוביץ אימצה נוסח זה והוא מופיע כסעיף ראשון בפרק "מטרות ועקרונות פעולה" במסמך "כללים ונוהל"³⁴: עידוד הקולנוע הישראלי וקידומו, בכל רחבי הארץ, על פי אמות מידה ענייניות ושוויוניות, תוך הקפדה על חרות היצירה והביטוי, במגמה לפתח צביון תרבותי מקורי ישראלי ולתת ביטוי למרקם התרבותי והחברתי של החברה בישראל על כל מרכיביה וגווניה, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה.

הקרן אינה מפרטת את התכנים שהיא תסייע בהפקתם, וכן אין היא מפרטת את התכנים שיפסלו מלכתחילה.

³² חוק הקולנוע תשנ"ט 1999, סע' 2(ב)

³³ ראה הערה 23

³⁴ ראה נספח, עמ' 41

מעניין לציין שהקרן החדשה לקולנוע וטלוויזיה כן מפרטת בתקנון הקרן את אותם תכנים שלא יזכו לתמיכת הקרן. אלה כוללים: "סרטים בהם יש מסר השולל את קיומה של מדינת ישראל, את אופייה הדמוקרטי או הכוללים מסרים לפעילות בלתי חוקית"³⁵. נראה שלא במקרה בחרה הקרן בנוסח זה, התואם את הסייגים לרישום עמותה המופיעים בחוק העמותות³⁶. (יתכן שבעצם הוספת סייג זה נמצא רמז להבדלים בתפיסת העולם של שתי הקרנות ולסיבה מדוע החליטה הקרן החדשה לצאת מפריקט "עבר-הווה" במסגרתו נבחר הסרט של סיוון).

בסעיף נוסף, החוזר בכל תחומי התמיכה, יש כבר התייחסות מרומזת לבעיות פוטנציאליות בחלוקת הכסף, הנובעות מפערים בתפיסות עולם:

(2) המוסד המבקש תמיכה יעמוד גם בתנאי סף אלה:

(ג) המוסד ערוך לסיוע ולליווי הפקות מכל רחבי הארץ, אין לו זיקה לקבוצה חברתית או אידיאולוגית

מסוימת, ואינו מגביל את הפונים אליו לשידור באמצעי שידור (פלטפורמות) או בגופי שידור מסוימים.

העניין המעורר אי נחת באשר לכנות כוונותיו של המחוקק "לתת ביטוי למרקם התרבותי והחברתי של החברה בישראל על כל מרכיביה וגווניה, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה" היא אותה קטגוריה של "תחום ד' - סרטים ישראלים יעודים" המופיע במסמך הקריטריונים. מבחני התמיכה במוסדות ציבור בתחום הקולנוע מחולקות ל – 6 תחומים: סרטים עלילתיים באורך מלא, דרמה, סרטי תעודה, סרטים ניסיוניים, סרטי גמר של סטודנטים וסרטים ישראלים יעודים. להבדיל משאר הקטגוריות שיחודם הוא בז'אנר הקולנועי שלהם, הרי שקטגוריית "סרטים ישראלים יעודים" מוגדרת ע"פ תוכן הסרטים³⁷:

(1) התמיכה בתחום זה תינתן למוסד –

(א) שיסייע בהפקות של סרטים ישראלים יעודים, ובכלל זה, בסרטים הנותנים ביטוי מיוחד לתרבות ערבית,

תרבות דתית, תרבות עדתית פרטיקולרית, או לכל מסגרת תרבותית או חברתית אחרת של החברה

הישראלית, בשים לב לעבודת היוצר ותוכן היצירה

ממוסדות ציבור בתחום הקולנוע המסייעים בהפקת סרטים מסוג זה, נדרש:

(2) מוסד המבקש תמיכה יעמוד גם בתנאי סף אלה...

(ב) המוסד מקיים מנגנון מקיף ומסודר לבחינת תסריטים (לקטורים) או כל שיטה מסודרת אחרת,

כשהמנגנון מתחלף ומתחדש והוא מורכב מאנשי ציבור ומאנשי מקצוע, והוא נפרד ומובחן ממנגנונים

אחרים, אם ישנם, באותו מוסד; מנגנון זה ייועד לתחום הייעודי, יביא לידי ביטוי, בין השאר, באמצעות

הרכב אנשי הציבור, את מגוון הדעות, המסורות והתרבויות של מרכיבי החברה הישראלית, ויכלול גם

לקטורים המייצגים את קבוצות האוכלוסייה הרלוונטיות.

הצורך בקטגוריה זו של "סרטים ישראלים יעודים", הנותנת "ביטוי מיוחד לתרבות הערבית, דתית או לכל מסגרת תרבותית וחברתית אחרת של החברה הישראלית", והדורשת מאותם מוסדות המסייעים להפקות

³⁵ ראה, <http://www.nfct.org.il/info.htm>, פרק: זכאות להגשת בקשות

³⁶ חוק העמותות, תש"ם – 1980, ס"ע 3

³⁷ ראה הערה 23, ס"ע 6 (ד) תחום ד' – סיוע בהפקת סרטים ישראלים יעודיים

מעין אלה, להקים מנגנון לקטורים הכולל אנשי ציבור המייצגים את מגוון הדעות... וכו' – כל אלה מעוררים תמיהה. האם לא לכך התכוון המחוקק כשדיבר על מתן "במה למרקם התרבותי של ישראל..." בשאר הקטגוריות? האם לא היינו מצפים שהמנגנון הנדרש פה, יפעל גם בשאר הקטגוריות? מתעורר החשד כי מטרת סעי' זה היא לפטור את שאר הקטגוריות מהחובה העולה מאותם ניסוחים יפים הדורשים מהם לתת במה לדעות השונות הרווחות בחברה הישראלית... שהובאו לעיל. יטען מי שיטען שמדובר באפליה מתקנת; מעניין יהיה בהקשר זה לבחון את חלוקת התקציב בין הקטגוריות השונות. לפי סעי' (5) עקרונות לקביעת גובה התמיכה:

(ב) 85% מן התקציב השנתי לתמיכה בתחום הקולנוע יופנה להפקת סרטים ישראליים, והוא יחולק:

- (1) 67% להפקת סרטים עלילתיים באורך מלא**
- (2) 10% להפקת דרמה**
- (3) 16% להפקת סרטי תעודה**
- (4) 5% להפקת סרטים ישראליים ייעודיים מכל הסוגים**
- (5) 2% להפקת סרטים ניסיוניים וסרטי גמר של סטודנטים, מתוכם 0.8% להפקת סרטים ניסיוניים ו 1.2% להפקת סרטי גמר לסטודנטים.**

התייחסות לתוכן הסרטים טמונה גם בדרישת החוק והתקנות ממוסדות הציבור בתחום הקולנוע לנהוג בשוויון. לפי מבחני התמיכה:

"מטרת התמיכה היא לסייע למוסדות ציבור על פי אמות מידה ענייניות ושוויוניות לשם עידוד הקולנוע הישראלי והתמיכה בו"
וכי על מוסדות הציבור **"לפעול לפי עקרונות של סבירות ושוויון"**.

במטרות קרן רבינוביץ נמצא חיבור של 2 העקרונות: השוויון והשמירה על חופש הביטוי:
"עידוד הקולנוע הישראלי וקידומו, בכל רחבי הארץ, על פי אמות מידה ענייניות ושוויוניות, תוך הקפדה על חרות היצירה והביטוי..."

סיכום: החוק דורש ממוסדות ציבור בתחום הקולנוע המסייעים בהפקת סרטים (קרנות הקולנוע) ומקבלים לשם כך מימון מהמדינה לשמור על חירות היצירה וחופש הביטוי של היוצר. במילים אחרות, מדויקות יותר, החוק דורש מהקרנות להימנע מפגיעה בחופש הביטוי של היוצר. אין הוא מחייב את הקרנות בפעולת עשה לקידום תוכן זה או אחר, אלא באופן עקיף, דרך הדרישה לשמור על שוויון בחלוקת התקציב. יוצאת דופן קטגורית "מוסדות המסייעים בהפקת סרטים ישראליים יעודיים".

3.א.3 נוהל בחירת סרטים למימון, בעיות במודל הקיים ופוטנציאל הצנזורה הסמויה, והצעות לצמצום הקשר בין תוכנו של הסרט להחלטה על סיוע בהקפתו.

תקנות משרד התרבות, המופיעות במסמך מבחני התמיכה, מפרטים 2 מנגנונים אפשריים לבחירת הסרטים שיזכו למימון:

(ב) המוסד מקיים מנגנון מקיף ומסודר לבחינת תסריטים (לקטורים), שפועל לפי אחד משני האופנים האלה:

- (1) באמצעות ועדת לקטורים, אחת או יותר, מתחלפת ומתחדשת, המורכבת מאנשי ציבור ומאנשי מקצוע, אשר תביא לידי ביטוי, בין השאר, באמצעות הרכב אנשי הציבור, את מגוון הדעות, המסורות והתרבויות של החברה הישראלית (להלן – שיטת הלקטורים)
- (2) באמצעות לקטורים, אשר הם אנשי מקצוע, שישמשו, כל אחד מהם, כמנהל אמוני האחראי אישית על הסרטים הזוכים לסיוע; הלקטורים יועסקו על ידי המוסד בשכר ובמשרה מלאה, יתחלפו כל תקופת זמן קצובה ויביאו לידי ביטוי את מגוון הדעות, המסורות והתרבויות של מרכיבי החברה הישראלית (להלן – שיטת המנהלים האמנותיים).

נוהל בחירת הפרויקטים למימון בקרן רבינוביץ³⁸:

- א. התסריטים שיזכו בתמיכת פרויקט קולנוע ייבחרו בארבעה שלבים, כמפורט להלן:
- (1) שני לקטורים שייבחרו ע"י פרויקט קולנוע, בצירוף לפחות חבר אחד מהוועדה המקצועית המייעצת יקראו כל הצעה המוגשת לקרן. הלקטורים וחברי הוועדה המקצועית המייעצת יבחרו את התסריטים העולים לשלב השני, מתוך כלל התסריטים שהוגשו לפרויקט קולנוע.
- (2) מגישי התסריטים העולים לשלב השני יוזמנו לפגישה בפני הוועדה המקצועית המייעצת של פרויקט קולנוע. בפגישה זו יהיו נוכחים המפיק/ה, הבמאי/ת והתסריטאי/ת של הפרויקט המוגש. לקראת הפגישה רשאים המגישים לשלוח לפרויקט קולנוע כל חומר שלהערכתם יסייע לוועדה לקבל החלטה.
- (3) בתום השלב השני תמליץ הוועדה המקצועית המייעצת בפני הנהלת פרויקט קולנוע על התסריטים או הסרטים המומלצים לתמיכה.
- (3) הנהלת פרויקט קולנוע תאשר את התסריטים או הסרטים המועמדים לקבל תמיכה, בהליך רגיל, ובמקרים מיוחדים בהליך מזורז, על פי המלצת הוועדה המקצועית המייעצת של פרויקט קולנוע.

(הקרן למעשה שילבה בין שיטת הלקטורים לשיטת המנהלים האומנותיים)

סעיפים נוספים מתוך מסמך כללים ונוהל של פעילות הקרן, החשובים לעניינו:

- ד. כללי:
1. פרויקט קולנוע ישלח תשובה למגישי הבקשות לתמיכה לאחר סיום הליכי הטיפול בבקשות. אין הנהלת פרויקט קולנוע חייבת לנמק את החלטתה.
2. פרויקט קולנוע שומר לעצמו את הזכות שלא לבחור בתסריט כלשהו מקרב התסריטים שהוגשו.

³⁸ נספח, עמ' 41

בחירת התסריטים היא על פי שיקול דעתה הבלעדי של הנהלת פרויקט קולנוע.

3. פרויקט קולנוע לא יתמוך בתסריטים או בסרטים בתחומים הנתמכים על ידי קרן ציבורית נתמכת אחרת. יחד עם זאת ניתן להגיש בקשות לפרויקט קולנוע במקביל לבקשות המוגשות לקרנות אחרות. פרויקט קולנוע שומר לעצמו, אך ורק במקרים חריגים ויוצאים מן הכלל, ע"פ שיקול דעתו, זכות לקבל כמועמדים לתמיכה, בכל אחד מהתחומים והמסלולים, תסריטים או סרטים וכן זכות לתמוך בתסריטים או סרטים גם אם אינם עומדים באמות המידה המפורטים בכלליו ובנהליו.
- הנהלת פרויקט קולנוע אינה חייבת לנמק את שיקוליה בנוגע לפעולותיה במסגרת זו.

בחינת הנוהל לבחירת הפרויקטים למימון, כפי שאלה מנוסחים בתקנון הקרן, מעלה את החשש כי בנהלים ופרוצדורה עצמה קיים פוטנציאל לפגיעה עקיפה בחופש הביטוי, שתבוא לידי ביטוי בבחירת פרויקט כזה או אחר, בחירה שעלולה להיעשות מתוך צנזורה סמויה. לדוג':

(1) ההחלטה הסופית באיזה סרטים לתמוך מתקבלת ע"י הנהלת הקרן שהיא הנהלה קבועה, ואינה מחויבת לעמוד בדרישת תקנות מועצת הקולנוע בנוגע ללקטורים או יועצים אמנותיים, הצריכים לייצג את "מגוון הדעות, המסורות והתרבויות של מרכיבי החברה הישראלית" ויש להחליפם מדי תקופה. בדרך זו בנתה הקרן מנגנון המשאיר בידה את זכות ההחלטה והופך את דרישת התקנות שנועדו להבטיח חופש ביטוי וייצוג למגוון הדעות וכו' להמלצה בלבד.

(2) העובדה שהקרן אינה מחויבת לנמק את החלטותיה מעוררת חשד כי יתכן מצב שהקרן תדחה פרויקט משיקולים בעייתיים.

(3) קטגורית הסרטים היעודים

זה המקום להעלות את השאלה העקרונית עד כמה צריכה המדינה להתערב – ולו בדרך של תמיכות – בעשייה הקולנועית והאם תלות זו אינה פוגעת בחופש הביטוי.

על חשיבותה של היצירה הקולנועית הדקומנטרית בכלל ובחברה דמוקרטית בפרט אין צורך להכביר מילים. אין ספק שבעולם אידיאלי נכון היה למצוא מקורות מימון חיצוניים לתעשיית הקולנוע ובכך לנתק את הקשר בין הכסף הציבורי לקולנוע, כדי למנוע פגיעה בחופש הביטוי וצנזורה עקיפה. אלא שכפי שצין רם לוי בדיון בכנסת³⁹, עלות הפקתו של סרט היא גבוהה ביותר וללא סיוע מהמדינה לא תיתכן עשייה קולנועית משמעותית. יש לבחון אם כן דרכים לצמצום אותה צנזורה סמויה שעלול מחלק כספי הציבור להפעיל בבואו להחליט לאיזה סרט לתת תמיכה.

להלן הצעות למספר כיוונים שיכולים להוות פתרון, גם אם חלקי, לסוגיה זו:

(1) שקיפות הדיונים בקרן

החלת חובת השקיפות על דיוני הקרן, הכוללת חשיפת נימוקי הקרן בעניין בחירה או דחייה של פרויקט זה או אחר, תהווה אמצעי הרתעה מהפעלת אותם שיקולים לא ראויים המהווים פגיעה בחופש הביטוי. הדרישה מהקרן לשקיפות מתבססת על היותה גוף דו מהותי עליו חלים נורמות מהמשפט הציבורי.

³⁹ נספח, עמ' 17

א. חובת כתיבת פרוטוקול לדיוני הקרן: הדרישה המפורשת בחוק לכתיבת פרוטוקול נוגעת רק לפרוטוקול האסיפה הכללית של הקרן מעצם היותה עמותה⁴⁰. אלא שהתנהלות הקרן כוללת ישיבות עבודה רבות בהם מתקבלות ההחלטות באיזה פרויקטים לתמוך. את הרציונל לדרישה לכתיבת פרוטוקול לישיבות אלה מנסח בהמש"ש, בהתייחסו, לדוג', לחובת כתיבת פרוטוקולים בדיוני לשכת עו"ד, שהינה גוף ציבורי, מעצם היותו סטטוטורי: "אכן, היחס הנמתח בין היותו של הדיון פומבי לבין הצורך לערוך פרוטוקול הינו יחס הפוך, לאמור: פומביות דיון ממעטת מהצורך לערוך פרוטוקול מלא, ואילו ישיבה סגורה מגבירה את הצורך לערוך פרוטוקול מלא.... אינטרסים אלה הם, בעיקרם: זכותו של ציבור עורכי-הדין לדעת כיצד פועלים מנהיגיו ומה הם השיקולים המדריכים אותם בהחלטותיהם; זכותם של חברי הוועד כי ציבור עורכי-הדין ידע את דרכיהם וכיצד ממלאים הם את חובתם כאנשי-ציבור נבחרים; זכותם של אלה ושל אלה לגילוי האמת, גילוי שיאפשר ביקורת ציבורית ומשפטית..."⁴¹.

ב. הפרוטוקולים מאפשרים לממש את חובת השקיפות החלה על הרשות הציבורית: "רוח החוק המחייב שקיפות מעשי הרשות"⁴² - "העיקרון שואב כוחו מטיבו ומאיכותו של הסדר החברתי הראוי, והוא, פתיחותו של השלטון ודרכי פעילותו הראויות - בגלוי ולא במיסתרים. שלטון ראוי פועל לאור השמש, בגלוי, וכך חושף הוא עצמו לביקורת מתמדת וממילא אף לתיקון דרכי פעולה מעוותות"⁴³. ובעניין הדומה לענייננו, בחירת הזוכים בפרס ישראל, ומתוך אותו רציונל, אמר השופט גובראן: "מן הראוי לשקול אם לא הגיעה השעה לחשוף את שמות המועמדים קודם לקבלת ההחלטה. אם יתאפשר לציבור לפנות לוועדה מראש וכמובן יתאפשר למועמד שהועדה שוקלת להניק לו את הפרס להגיב על המיוחס לו, עשוי הדבר לשפר את מנגנון קבלת ההחלטה. גם אמון הציבור בהחלטה יגבר"⁴⁴. על פי רציונל זה, פעולותיו של גוף דו מהותי המשמש נאמן הציבור חייבות להיות "נצפות", בדיוק כשם שפעולותיהן של רשויות ציבוריות נצפות. פומביות זו מאפשרת לציבור לבקר את פעילות הגוף הדו מהותי באמצעים פוליטיים, חברתיים ומשפטיים⁴⁵.

ג. הדרישה לחשיפת דיוני הקרן יכול שתתבסס גם על חוק חופש המידע: "זכותו של הציבור לחופש המידע המוחזק בידי רשויות הציבור תפקיד ראשון במעלה נודע לה בתרבות השלטון. קבלת מידע על אודות דרכיו ואורחותיו של השלטון חיונית היא ליכולתו של הציבור לפקח על פעילותן של רשויות השלטון, וידעתן של רשויות השלטון כי חשופות הן לביקורת תביא מצדה ליתר סדר ומשטר ותרתייע אותן מעשיית מעשים החורגים מן המותר והראוי. לכך נקשרת אף הזכות לחופש הביטוי. יתר-על-כן, שקיפות פעילותו של השלטון - והיא מעיקרי היסוד של המשטר הדמוקרטי - נבנית, בין השאר על עקרון חופש המידע, והשקיפות מצדה מעלה תרומה שיקשה להגזים בערכה לדמוקרטיזציה של השלטון"⁴⁶.

(2) סיוע כספי / שווה כסף שאינו תלוי בתוכן היצירה.

⁴⁰ חוק העמותות, תש"מ - 1980, ס' 23

⁴¹ בג"צ 954 / 97 עו"ד ד"ר שלמה כהן נ' ראש לשכת עורכי-הדין נב (3) 486, עמוד 526

⁴² עתמ 1159 / 02 רון שפיגל נ' הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים [פדאור (לא פורסם) 02 (9) 215], עמוד 6

⁴³ בג"צ 6741 / 99 ארנן יקותיאל נ' שר הפנים נה (3) 673, עמוד 698

⁴⁴ בג"צ 2769/04 ח"כ שאול יהלום נ' שרת החינוך, התרבות והספורט ואח'

⁴⁵ א' הראל, גופים דו מהותיים - בין קניין הפרט לקניין הציבור, עבודת דוקטורט, אונ' בר אילן, תשס"ו, עמ' 291.

⁴⁶ עתמ 8282 / 02 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד מבקר המדינה נח (1) 465, עמוד 465

עלות הפקת סרט נעה בין מאות אלפי דולרים למיליוני דולרים. יש לבחון האם ניתן לפרק את עלויות ההפקה ולהעניק סיוע ציבורי להפקת הסרט בדרך שאינה תלויה בתוכנו, כלומר אינה כרוכה במנגנון מיון, הכולל התייחסות לתוכן הסרט.

א. צמצום עלויות מימון, ע"י הנחות במס ויצירת מסגרת למתן הלוואות בתנאים נוחים במיוחד לצורך הפקת סרטים. דרך זו לעידוד פעילות בתחום מסוים מקובלת בחקיקה ומגובה ע"י הפסיקה: "לא אחת רואות רשויות ציבוריות לעודד מיגזר מסוים באוכלוסיה על-ידי מתן הקלות, הנחות, פטורים או סבסידה, כשקיימים שיקולים ציבוריים ראויים למתן טובות הנאה אלה"⁴⁷.

ב. השתתפות המדינה באחזקת ציוד צילום וחדרי עריכה, וסבסוד השימוש בהם ליוצרים: כ 50% מתקציב הפקת סרט נובע מעלויות השכרת ציוד צילום וחדרי עריכה. יש לבחון אפשרות שהמדינה תהיה שותפה ו/או תקים מרכז ציבורי לקולנוע, הכולל חדרי עריכה וציוד ותסבסד את השימוש בהם ליוצרים. ניתן להשוות תפיסה זו / פעילותו של מרכז מסוג זה, מבחינה משפטית וכספית, לאוניברסיטה ציבורית המסובסדת ע"י המדינה, ומעניקה לסטודנטים את כלי העבודה לשם לימוד ומחקר: ספריות, מעבדות וכד'. ע"פ אותו עקרון יפעל המרכז ויסבסד ליוצרי הקולנוע חדרי עריכה וציוד. כדי להבטיח שהשימוש באותו רכוש ציבורי, נועד למטרות "ציבוריות", כלומר להפקת סרטים המיועדים להקרנה בפני הציבור, ניתן לדרוש מהמבקשים להשתמש באותם שירותים להציג תקציב הפקה לשם הוכחת נאותות הפקה (המוכיחות בין השאר שמדובר בהפקה משמעותית ולא בסרט משפחתי / לצרכים פרטיים בלבד), בעמידה בהגדרת "סרט ישראלי" כפי שדורש חוק הקולנוע, הוכחת מקצועיותם של אותם בעלי מקצוע שיעשו שימוש באותם אמצעי יצירה ציבוריים. כלומר התנאים להשתתפות המדינה בסבסוד עלויות ההפקה הנ"ל יהיו תנאים מקצועיים/כספיים/טכניים אך לא תוכניים.

3) ביטול קטגוריית סרטים יעודים בתקנות מועצת הקולנוע ואימוץ העקרונות על פי הם מוגדרת ופועלת קטגוריה זו בשאר הקטגוריות. יצירת תקנות המחייבות את כל קרנות הקולנוע לממש את עקרון השוויון, מבחינת התכנים. מהלך זה אפשר להשוות עם עמדת היועץ המשפטי לממשלה בעניין תמיכות ממשלתיות לתרבות יהודית. לדבריו "הפרדת התמיכה בפעילויות תרבות יהודית לתקנות תקציביות שונות לפי אידיאולוגיה פוגעת בעיקרון השוויון ולכן יש לאחד את התקנות למסגרת אחת מתוכה יתמכו כל מוסדות הציבור העוסקים בתרבות יהודית על גוניהם באופן שוויוני"⁴⁸. אם זאת, יש להדגיש שיש להמשיך ולשמור על הקריטריונים של איכות ומקצועיות בבחירת הפרויקטים למימון ואין לעשות הנחות מקצועיות, הנובעות מרצון ל"אפליה מתקנת" כלפי "תכני פריפריה".

לסיכום, אציין כי לאחרונה נשמעה הטענה כי הדרך בה נדרשים היוצרים להגיש לקרנות פרויקטים למימון והדרך בה נעשה המיון באיזה סרט לתמוך, מצמצמים את תוכן וסוג הסרטים הזוכים למימון וכי אותו מנגנון מצמיח "סרטי קרנות" להם מאפיינים מזוהים ודומים מידי. ניתוח זה הוא בעיקרו קולנועי, ונוגע בצמיחתו של הקולנוע הישראלי ומאפייניו ומתרחק מהשאלות המשפטיות ולכן לא התעמקתי בו. להרחבה, ראה מאמרו של יהושע סימון "מגמה מסוימת בקולנוע הישראלי – האסתטיקה של סרטי קרנות, תנועה בינלאומית של מיינסטרים פריפריאלי"⁴⁹ ותגובות מנהלי קרנות הקולנוע לטענות⁵⁰.

⁴⁷ בגצ 88 / 528 אליעזר אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל מג (4) 297, עמוד 298

⁴⁸ בג"צ 1447/03 פנים – תהחדשות יהודית בישראל ואח' נ' שרת החינוך ואח'

⁴⁹ מערבון, גיליון מס' 1, נוב' 2005, עמ' 6.

⁵⁰ מערבון, גיליון מס' 2, חורף 2007, עמ' 41

א. התערבות בהמ"ש בהחלטת הקרן
השאלה הראשונה בה ידון בהמ"ש היא האם מתקיימים התנאים המצדיקים את התערבותו בהחלטות הקרן. לפי דעתי, לאחר שהגדרנו את הקרן כגוף דו מהותי, ניתן לראות ב"מוסדות" אלה ובתקנון שהם פועלים על פיו, כמקבילים לוועדות ציבוריות למתן פרסי ישראל ולהשליך מהם לענייננו.
בהמ"ש⁵¹ מוצא הקבלה בין פעילותן של הוועדות הנ"ל לבין אותו "חוזה למתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה" אליו מתייחס לסעי' 33 בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, שבהתאם להוראת סעי' 61(ב) לחוק מתאים להחיל עליו – על דרך האנלוגיה ובשינויים המחויבים, את הסדרו של סעי' 33 לחוק האמור, הקובע:

חוזה למתן ציונים

33. חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר פרס וכיוצא באלה על פי הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי, אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית המשפט.
פרופ' גבריאלה שליו מציינת כי סעי' 33 "מבטא את הרתיעה מפני התערבות משפטית בסכסוכים שמעצם טיבם אינם ניתנים להכרעה באמות מידה משפטיות"⁵².
"תקנון פרסי ישראלי איננו בגדר "חוזה למתן ציונים" גרידא. סעי' זה נועד לחול על התקשרויות חוזיות בתחום המשפט הפרטי. תקנון פרסי ישראל, על אף שלא עוגן בחקיקה, אינו בגדר חוזה או פעולה משפטית אחרת מתחום המשפט הפרטי. מנקודת מבטו של המשפט המנהלי ניתן להשקיף על התקנון כעל מסכת הנחיות פנימיות של שר החינוך... אם זאת, נראה כי מנגנון ההכרעה שנקבע בתקנון, לבחירת מקבלי פרס ישראלי מזכיר מאוד במהותו גוף שלישי שמונה בגדר חוזה למתן ציונים והוטל עליו לקבוע על פי הכרעתו או הערכתו הבלבדית בדבר הענקתם של ציון, תואר או פרס... באשר לעקרון האי שפיטות, עליו מורה סעי' 33 לחוק החוזים, הוא עשוי על גופים במסגרת חוזה בתחום המשפט הפרטי, אך לעיקרון זה לא יכולה להיות תחולה ישירה על ועדות השופטים הללו, המהוות חלק ממפעל ממלכתי שכלל פעילותו כפופה לתחולת כללי המשפט הציבורי"⁵³.

"נקודת המוצא היא, כי אין זה מדרכו של בית-המשפט להתערב בשיקוליהם של ועדות וגופים העוסקים במתן פרסים וציונים. כך במשפט הפרטי (ראו סעיפים 33 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973) וכך גם במשפט הציבורי, כשהחלטה על מתן הפרס היא של גוף מקצועי אשר בידו הנתונים והידע לקבל את ההחלטה"⁵⁴. עם זאת "פעולה שעושה רשות ציבורית במסגרת הסמכות הפונקציונלית הנתונה לה בדין, צריכה לעמוד במבחנים שמטיל המשפט המנהלי על שיקול הדעת של הרשות. כך, למשל, שיקול-דעת שהופעל תוך לקיחה בחשבון של שיקולים זרים או שיקול-דעת שהביא לתוצאה בלתי סבירה במידה המצדיקה התערבות יגרום אחריו את התערבות בית המשפט הגבוה לצדק"⁵⁵, כלומר "בית המשפט מוסמך לבטל החלטה מנהלית הלוכה בפגם של חוסר סבירות, אך לצורך זה אין די בחילוקי דעות לגיטימיים בין הרשות המוסמכת לבין העותר, אלא צריך שחוסר הסבירות יהיה ברור ומוחלט או, כפי שנאמר לעתים, שיהיה זה חוסר סבירות קיצוני"⁵⁶ או אפליה פסולה⁵⁷.

⁵¹ בג"צ 2769/04 ח"כ שאול יהלום נ' שרת החינוך, התרבות והספורט ואח'

⁵² ג' שליו, חוזים, מהדורה שניה, עמ' 410

⁵³ ראה הערה 50

⁵⁴ בגצ 97 / 2205 ח"כ אדיסו מאסלה נ' שר החינוך והתרבות נא (1) 233, עמוד 233

⁵⁵ בג"צ 5394/92 אורי הופרט נ' "ידם ושם" מח(3) 353

⁵⁶ בגצ 99 / 2259 יצחק דוידסקו נ' שר התחבורה [פדאור (לא פורסם) 00 (3) 637], עמוד 2

אם כן, בהמ"ש יתערב בהחלטת הקרן, רק אם יוכיח העותר כי ההחלטה אינה עומדת במבחנים שמטיל המשפט המנהלי על שיקול הדעת של הרשות, כגון חוסר סבירות קיצוני, חריגה מסמכות, פגיעה בכללי הצדק, או אפליה פסולה.

ב. מי הוא העותר במקרה שלפנינו?

אם נתייחס למצב הדברים הנוכחי בפרשה, העתירה תהיה בשם מפיק הסרט, שיבקש מבהמ"ש להורות לקרן לבטל את החלטתה האחרונה ולקבל את המלצת הוועדה המקצועית להעניק לסרט את המימון. אין ספק שנקודת מוצא זו עבור מפיקי הסרט היא בעייתית. עליהם להוכיח כי עמדתה של הקרן, שהיא בבחינת מחדל, כלומר אי עשייה - אי מימון הסרט, היא מעשה פסול מבחינה משפטית וכי הקרן חייבת לממן את הסרט. משימה זו דורשת טיעונים משפטיים כבדי משקל המוכיחים שהחלטת הקרן לא לממן את הסרט של סיון אלא לממן סרט אחר היא החלטה פסולה וכי עליה לשנות את החלטתה. נדרש מהעותר להוכיח כי החלטת הקרן שלא לתמוך בסרט פוגעת באופן קיצוני בכללי המנהל הציבורי.

ג. הדרכים העומדות לרשות העותר לתקוף את החלטת הקרן בפני בהמ"ש : ראשית יש לציין שעל פניו לא נראה שמתקיימים התנאים המצדיקים את התערבות בהמ"ש בהחלטות הקרן. ההחלטה אינה לוקה בחוסר סבירות קיצונית וקשה יהיה לטעון כי התקיימה פגיעה מהותית בכללי הצדק. באשר לטענות בדבר חריגה מסמכות, בחינת הניהול התקין ודרכי קבלת ההחלטות בקרן – במקצת העניינים הנוגעים לסוגיה זו עסקנו במהלך העבודה. לא אפתח סוגיה זו היות שאני מבקשת להתמקד, לצורך הדיון, באותם עניינים להם יש קשר ישיר לנושא של חופש הביטוי. לדעתי, השאלה המרכזית היא האם יכול העותר לטעון כי אי בחירת הקרן בסרט נגועה באפליה. ביסוס העתירה על טענת האפליה מעמידה במרכז הדיון את תוכנו של הסרט : על תוכן הסרט ניתן ללמוד מ"הצהרת הכוונות"⁵⁷ של יוצר הסרט, כפי שזו הוגשה לקרן רבינוביץ. מהדברים עולה שדרך סיפורו של מותג התפוז Jaffa, התפקיד שמילא והשינויים שחלו בו במהלך השנים, מציג הבמאי השקפת עולם שמאלנית רדיקלית ומספר את סיפור הקמתה של מדינת ישראל באופן הקורא תיגר על הגרסה הציונית המקובלת ומבקר באופן חריף את עמדתה ומהלכיה של המדינה כלפי תושביה ושכניה הערבים. כמובן שעל העותר להראות כי הקרן לא מממנת, באופן עקבי, סרטים המייצגים אג'נדה זו וכן כי ניתן לטעון שהיא מייצגת השקפה "הרווחת בקרב החברה בישראל".

הטענה תהיה כי הסרט "Jaffa – סיפורו של מותג" מספר סיפור המייצג השקפת עולם ועמדה פוליטית לגיטימית של קבוצה מקרב אזרחי המדינה (רבים מערביי ישראל לדוג') וכי להשקפת עולם זו אין ייצוג

בסרטים הממומנים ע"י הקרן, וזאת בניגוד למחויבותה לתת "לתת ביטוי למגוון התרבותי של החברה בישראל, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה". העותר יטען כי גם אם במסמכים הרשמיים של הקרן היא מצהירה שהיא נותנת ביטוי למגוון ההשקפות הרווחות בחברה הישראלית, הרי שבפועל אין הדבר כך וכי לפנינו דוגמא מובהקת לדברי השופט צור בפס"ד

⁵⁷ בג"צ 2196 הקאמרה הישראלית – ירושלים נ' שר המדע התרבות והספורט (לא פורסם) 04 (3) 470

⁵⁸ ראה נספח, עמ' 1

הבית הפתוח⁵⁹ : "על קיומה של הפליה ניתן ללמוד גם מראיות נסיבתיות, שכן ההפליה לעולם אינה נעשית באופן גלוי ומתוך "הצהרת כוונות". הפליה יכולה לעטות צורות רבות ובדר"כ כלל הינה מוסווית ונסתרת".

חובת הקרן לנהוג בשוויון בחלוקת משאבים מופיעה במפורש בתקנון הקרן : "עידוד הקולנוע הישראלי וקידומו, בכל רחבי הארץ, על פי אמות מידה ענייניות ושוויוניות, תוך הקפדה על חרות היצירה והביטוי..." עקרון השוויוניות בחלוקת משאבים, המופיע בתקנון הקרן, נובע מהיותה גוף דו מהותי וממחויבותה לנורמות המשפט הציבורי : "מן החובה הכללית לנהוג בשוויון נגזרת החובה לנהוג בשוויון בחלוקת תקציבי תמיכה שמעניקה רשות ציבורית"⁶⁰. "עיקרון נוסף שחשיבותו הוכרה בפסיקת בית משפט זה הינו עיקרון הפלורליזם... חברה דמוקרטית אף אינה יכולה להסתפק במתן אפשרות קיום לזרמים שונים, ועליה לתת תמיכה כספית שוויונית לכל הזרמים"⁶¹.

דברי בהמ"ש בפס"ד פסטיבל למוזיקה אבו גוש⁶² ממקדים את הדיון בתקצוב המדינה לתרבות ואמנות וקובעים שמעבר לאיסור על אפליה, הימנעות מתקצוב ממשלתי לאמנות במטרה למנוע ביטוי כזה או אחר שאינו נוח לשלטון, הוא בבחינת חריגה מסמכות : "האפליה, לעניין הקצבת תמיכה כספית מאוצר המדינה, בין תרבות או אמנות הדת של הרוב לבין תרבות או אמנות דת המיעוט, לא זו בלבד שמעוררת אסוציאציות וזיכרונות עגומים עד מאד מן הזמנים שבהם היתה, ומן המקומות שבהם עודנה, הדת היהודית היא המופלית לרעה - אלא מנוגדת היא כל כולה למידות היהדות היאות למדינת ישראל... במדינה כשלנו אין הממשלה יכולה להמיר את חופש הביטוי האמנותי בכסף, ואין היא רשאית לתלות ולהתנות ולקשור זה בזה. כשהיא מתנה מתן תמיכה בדרכי ביטוי רצויות לה, או כשהיא מסרבת מתן תמיכה בשל דרכי ביטוי בלתי-רצויות לה, או אף כשהיא דוחה מתן תמיכה בסולם העדיפויות מחמת פגם שהיא מוצאת בדרכי הביטוי האמנותי - לא זו בלבד שהיא משתמשת לרעה בשיקול-הדעת שהוענק לה, אלא היא חורגת מסמכותה החוקית".

אם כן, טענת העותר תהיה כי הימנעות קרן רבינוביץ מלתמוך בסרטו היא חלק ממדיניות הקרן להימנע ממתן מימון להפקת סרטים המבטאים את תפיסת העולם וההשקפה הפוליטית הבאים לידי ביטוי בסרט, וכי הימנעות זו, המהווה "צנזורה ממשלתית"⁶³, היא בבחינת אפליה אסורה העומדת בניגוד לעקרון השוויון לו מחויבת הקרן. מעבר לכך יטען העותר כי התנית המימון בתוכן היצירה ודרך הביטוי היא בבחינת שימוש לרעה בשיקול דעת וחריגה מסמכות.

ד. בנקודה זו אין מנוס מלהתייחס לטענת המתנגדים למימון סרטו של סיוון, ולשאול : האם תוכנו של הסרט שולל מהיוצר את הזכות לקבל מימון ציבורי לסרטו וכמובן את האפשרות לטעון את טענת האפליה? ראשית נציין את המובן מאליו, כי אין מחלוקת בין הצדדים באשר לזכותו המשפטית של סיוון לתת ביטוי לעמדתו ולהביאה בפני הקהל הרחב. כבר קבע בהמ"ש כי "חופש הביטוי הינו החופש להביע דעות חורגות אשר הרוב סולד מהם"⁶⁴, "זהו החופש לא רק לשבח את השלטון, זהו גם החופש לבקר את השלטון"⁶⁵. מדברי המתנגדים למימון הסרט עולה שהם רואים בו ובהשקפת העולם שהוא מציג כמאיימים על קיומה של המדינה, על בטחונה ועל הסדר הציבורי. בית המשפט, בבואו לקבוע את נוסחת האיזון בין ערכים אלה, "עמד בפסיקתו על שתי שאלות עיקריות : ראשית, מה מידת הפגיעה בביטחון המצדיקה פגיעה בחופש הביטוי ; שנית, מהי

⁵⁹ עת"מ (י-ם) 219/06 הבית הפתוח נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, מופיע באתר נבו)

⁶⁰ עת"מ 07 חופש – עמותה לחופש מדת ואח' נ' עיריית חולון (טרם פורסם) (נבו)

⁶¹ בג"צ 11020/05 התנועה להתחדשות יהודית נ' שרת החינוך

⁶² בג"צ 175/71 פסטיבל למוזיקה אבו גוש קרית יערים, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות פ"ד כ"ה (2) 821

⁶³ שם

⁶⁴ בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421

⁶⁵ בג"צ 351/72 עמוס קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כ"ו (2) 811

מידת ההסתברות כי פגיעה בביטחון המדינה תתרחש אם חופש הביטוי לא יוגבל. הגישה המנחה את הפסיקה הינה, כי "השאלה היא תמיד, אם גודל הנזק, כשהוא מקוּוֹז על-ידי הסיכוי שהוא לא יתרחש, מצדיק את הפגיעה בזכות האזרח לשם מניעת הכנה..." (ע"ב 2/84, 3 [10] הנ"ל, בעמ' 311). נפסק, כי בהתנגשות בין ביטחון המדינה, שלום הציבור והסדר הציבורי מזה לבין חופש הביטוי מזה, "...חופש הביטוי נסוג רק מקום שהפגיעה בסדר הציבורי היא קשה, רצינית וחמורה" (בג"צ 14/86 [19], בעמ' 435). מכאן, שרק פגיעה קשה וממשית בסדר הציבורי יש בה כדי להצדיק הגבלה על חופש הביטוי. כמו כן נפסק, כי ההסתברות המצדיקה הגבלה על חופש הביטוי היא זו של "הקרוב לוודאי"⁶⁶.

"לעניין זה אין נפקא מנה כי הביטוי הפוגע מתייחס למיתוס לאומי. חברה דמוקרטית אינה שומרת על מיתוסים באמצעות פגיעה בחופש הביטוי ובחופש היצירה. המיתוס חייב לנבוע מאותה החלפה חופשית של דעות והשקפות. אסור לו שיהיה פרי הגבלות שלטוניות על חופש הביטוי וחופש היצירה"⁶⁷. גם המתנגדים למימון הסרט יתקשו להוכיח כי עצם הצגתו תגרום, ברמת הסתברות "קרובה לוודאי", לפגיעה קשה ומידית בקיומה של המדינה ובביטחונה.

התביעה מהמדינה להשתתף במימון הסרט, למרות תוכנו, מקרבת אותנו אל הדיון במהותה של היצירה ובמסרים הגלומים בה. המתנגדים, המבקשים להגן על הסיפור הצינוני המקובל ורואים כל חריגה ממנו כמסכן את הבסיס הרעיוני לקיומה של המדינה ולכן גם את יציבותה, יטענו כי "לכל מדינה זהותה הקולקטיבית, ההיסטוריה הלאומית שלה ושאיפותיה החברתיות. שמירה על כל אלה היא מערכי היסוד של המדינה. דמוקרטיה אינה הפקרות. אין הדמוקרטיה חייבת לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה"⁶⁸.

כנגד טענה זו ניתן להעמיד, לעניות דעתי, את פסיקת בהמ"ש בעניין הרשימה המתקדמת לשלום. מפלגה זו נפסלה ע"י ועדת הבחירות המרכזית מלרוץ לכנסת מן הטעם "שברשימה זו קיימים יסודות ומגמות חתרניים, ושנאשים מרכזיים ברשימה פועלים בדרך של הזדהות עם אויבי המדינה"⁶⁹. קיימת קרבה אידיאולוגית מסוימת בין מצע המפלגה ובין ההשקפה הפוליטית העולה מסרטו של סיוון; לענייננו ישנו דמיון נוסף בכך שאחת ההשלכות של אישור מפלגה היא קבלת מימון ציבורי לתעמולת בחירות. אם כי עניין זה הוא שולי לכאורה, ביחס לעובדה שהצלחה בבחירות משמעותה כי חברי המפלגה הופכים להיות חלק מהפרלמנט הישראלי ובכך מעניק להם השלטון את הבמה האפקטיבית ביותר להשמיע את עמדותיהם ולהשפיע באופן אקטיבי על המציאות הישראלית.

בפסק דין ארוך קבע בית המשפט העליון כי "אמנם נתונה לוועדת הבחירות הסמכות לשלול אישור מרשימה, המבקשת להשתתף בבחירות, אשר מצעה שולל את קיומה של המדינה. עם זאת, אין אני מסתפק באותה "נטיה רעה" של הרשימה - אם להשתמש בלשונו של הנשיא אגרנט בבג"צ 73/53, 87 [26] - אלא מבקש אני, כי תתקיים אפשרות סבירה כי מצעה של הרשימה יתגשם הלכה למעשה... כלום אין סכנה, כי הגבול לא יישמר, וכי תו של גזענות והסתה יוטבע על דעות של יריב פוליטי אך משום שהן אינן מקובלות? האין לומר, כי בהעדר סכנה של אפשרות סבירה למימוש הדעות מבחנה של הדמוקרטיה הוא דווקא בסובלנות לדעות, תהיינה בזויות כאשר תהיינה? חופש הביטוי אינו החופש להביע דעה מקובלת, אלא החופש להביע דעה סוטה"⁷⁰.

⁶⁶ בגצ 88 / 680 מאיר שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, מר יצחק שני מב (4) 617, עמוד 630

⁶⁷ בגצ 94 / 6126 גיורא סנש נ' רשות השידור נג (3) 817, עמוד 819

⁶⁸ ראה הערה 66

⁶⁹ עב 84 / 2 משה ניימן נ' יור ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה לט (2) 225, עמוד 323

⁷⁰ שם

בהמ"ש מתייחס בפסק הדין לסוגיה, לה השלכות גם לעניינו, האם נכון להסדיר בחקיקה את שלילת השתתפותה בבחירות של רשימה בשל תוכן מצעה, במקום להשאיר זאת לפרשנות שיפוטית. השופט ברק: "הבעיה העיקרית היא תוכנה של אותה חקיקה. בעיניי עדיף המצב הקיים על פני חקיקה בלתי מאוזנת, אשר פגיעתה בדמוקרטיה עלולה לעלות על התועלת הצומחת ממנה לתהליך הדמוקרטי. אין לכחד, כי הדמוקרטיה, המבקשת לשלול את זכות הבחירה של רשימות השוללות את הדמוקרטיה, נתקלת בקושי פילוסופי-מדיני. הקושי נעוץ בפאראדוקס - אם שלילת השתתפותן בבחירות של רשימות אנטי-דמוקרטיות היא מעשה העולה בקנה אחד עם הדמוקרטיה עצמה, או שמא נוקטת הדמוקרטיה עצמה צעד אנטי-דמוקרטי... הדעות בעניין זה חלוקות הן בקרב הפילוסופים ואנשי מדע המדינה. יש הגורסים, כי מהותה של הדמוקרטיה שהיא נותנת חופש ביטוי מלא, בכל הנסיבות ולכל הדעות, לרבות אלה העשויות להביא לשלילתה של הדמוקרטיה עצמה. אחרים סבורים כי זכותה של הדמוקרטיה, על-פי הגיונה הפנימי שלה, לשלול את ההשתתפות בהליך הדמוקרטי של רשימות השוללות את הדמוקרטיה עצמה, אך גם בעלי השקפות אחרונות אלה אינם מאוחדים באשר לפתרון שיש לנקוט... עם כל מעלותיה תפיסה זו אין לכחד, כי רבים חסרונותיה, שכן שוללת היא זכות יסוד פוליטית אך בשל תוכנה, בלא לבחון כלל את סיכויי הגשמתה. האין לומר, כי מבחנם האמיתי של רעיונות החירות, הצדק והשוויון ושאר עקרונות היסוד המהווים את "האני מאמין" של משטרנו החוקתי הוא בכוחם הפנימי, באמת הפנימית שבהם, ולא בכוח הכפייה שבהם? האין לגרוס, כי חולשתן של הגזענות וההסתה בשקר הטמון בהן, הנחשף לעיני כל דווקא באותה תחרות חופשית של דעות ורעיונות, המייחדת את הדמוקרטיה?"

ג.3 "מבוסס על סיפור אמיתי" – הדרישה למנוע הקרנת סרט בעילת ההגנה המשפטית על "האמת ההיסטורית"

שתי סוגיות לפנינו: א. בהמ"ש כ"שופט ההיסטוריה", הקובע מהי האמת ההיסטורית ב. האם טענת סילוף ההיסטוריה יכולה להיות עילה לפגיעה בחופש הביטוי של היוצר ולמניעת הקרנתו של סרט?

הקדמה: המחלוקת סביב תכנים של סרטים מתקיימת קודם כל במישור הציבורי. עם זאת, בישראל יש למחלוקת גם היבטים משפטיים מובהקים. החוק הראשון והעיקרי שמסדיר את הפיקוח על הקרנת סרטים בישראל הוא פקודת סרטי הראינוע⁷¹. על פי פקודה זו, הקרנתו של סרט בישראל מותנית באישורו להקרנה על ידי המועצה, שהוקמה לפי הפקודה. היבט נוסף של הפיקוח על הקרנת סרטים בישראל מתייחס לרגולציה של שידורי טלוויזיה. ראשית, רשות השידור, הפועל לפי חוק רשות השידור⁷², קובעת את לוח המשדרים שלה ומקבלת במסגרת זו החלטות שמבחינה אפקטיבית מצמצמות את חשיפתו של הציבור לתכנים שמנהליה סבורים כי הם אינם ראויים. ההחלטות המתקבלות על ידי רשות השידור אינן מחייבות מסגרות אחרות, אך היתה להן משמעות רבה בתקופה שבה היה בישראל ערוץ טלוויזיה יחיד. גם ערוצי הטלוויזיה המסחריים כפופים לרגולציה של מועצת הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו⁷³. ההחלטות על התכנים בערוצים המסחריים מתקבלות קודם כל על ידי מנהליהן, אך הן כפופות לביקורתה של מועצת הרשות השנייה. גם כאן, החלטה לא לשדר סרט מסוים במסגרת הטלוויזיה המסחרית אינה מונעת הקרנתו בישראל, אך בפועל היא עשויה להגביל באופן אקטיבי את הדרכים בהם יגיע אל הקהל הרחב.

⁷¹ פקודת סרטי הראינוע, חא"י, כרך 3(ע) 128

⁷² חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965

⁷³ חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990

א. בהמ"ש כשופט ההיסטוריה: הדוגמאות הבולטות ביותר לפסקי דין שבהם נדרש מילא בהמ"ש תפקיד של שופט ההיסטוריה היו "משפטי השואה" המרכזיים – משפט קסטנר⁷⁴, אייכמן⁷⁵ ודמייניוק⁷⁶. בנוסף, פסקי דין בהם נדרש בהמ"ש להכרעות היסטוריות הם אלה שניתנים בתביעות לשון הרע כשנטענות נגדן טענות הגנה של "אמת דיברתי"⁷⁷. אמת זו נוגעת בהיסטוריה ציבורית כאשר התביעה מתייחסת לעניינם של אישי ציבור או הנושא הנידון הוא ציבורי⁷⁸. בתביעה שהגיש אריק שרון נגד עיתון הארץ בעקבות כתבה שייחסה לו את הטעייתו של ראש הממשלה בגין במלחמת לבנון⁷⁹, הדגיש בהמ"ש העליון כי פסק דינו מבוסס רק על הכרעה בנושא הגנת תום הלב, מבלי להידרש כלל לשאלה העובדתית שהיתה שנויה במחלוקת בין הצדדים. השופט מצא: "קביעת 'האמת ההיסטורית' – ככל שיש קיום למושג זה – הינה עניין להיסטוריונים ולא לבית המשפט, וככל שישכיל בית המשפט להימנע מלעסוק בה כן ייטב". השופט לנדוי בפס"ד עין גל קבע: "אילו בסילוף עובדות היסטוריות בלבד היה המדובר, לא היה די בזה כדי להצדיק את פסילת הסרט, כי מחבריו היו יכולים לטעון שאין אמת היסטורית אחת אלא כל היסטוריון והאמת שלו"⁸⁰.

ב. האם טענת סילוף ההיסטוריה יכולה להוות עילה למניעת הקרנתו של סרט?

המחלוקות סביב סיפור ההיסטוריה בעשייה הקולנועית מחריפות בכל הנוגע לסרטים המוגדרים תיעודים, בשל היומרה של סרטים אלה להציג "עובדות" ו"אמת". אך גם בסרטים דוקומנטריים, כמו בכל יצירה היסטורית, יש כידוע יסוד פרשני ברור. כמו כן, ההבחנה הקלאסית בין הקולנוע הדוקומנטרי לקולנוע העלילתי נשחקה מאוד: סרטים עלילתיים משלבים בתוכם חומרים דוקומנטריים או קטעים הנחזים כדוקומנטריים אף שהם מבוים, ואילו בסרטים המוגדרים דוקומנטריים, מתחזק המרכיב הפרשני ואף הספקולטיבי לגבי התרחשות האירועים הנידונים בהם. במאמר "על שקרים קולנועיים ואמיתות היסטוריות: בין 'קול העם' לקול העם"⁸¹ סוקרת פרופ' דפנה ברק – ארז את התפתחותו של הדיון המשפטי בפסילת סרטים שהציגו נרטיב היסטורי בעייתי מבחינת דעת הקהל בישראל:

ההחלטות לא להתיר הצגה של סרטים על יסוד התרשמותה השלילית של המועצה לביקורת סרטים ומחזות מתוכנם המסולף נידונו בישראל משנות השישים⁸². ברק – ארז מראה במאמרה כי על פי רוב נפסלו החלטות אלה ע"י בהמ"ש העליון. זה מחזיק בהשקפה העקרונית המתנגדת להגבלת ביטויים, אפילו הם מקוממים ומטעים, בשם העיקרון של חופש הביטוי והחשש מפני הגבלתו על ידי השלטון, ברוח פסק דינו המנחה של השופט אגרנט בעניין קול העם⁸³.

עמדתו של בהמ"ש בעקבות פס"ד הנ"ל היא כי "כידוע, הרבה פנים והרבה פרשנים יש לאמת ההיסטורית... תהיה האמת היסטורית אשר תהיה, בית המשפט אינו צנזור על רשות השידור, לפסול תכניות אשר לדעת עותר

⁷⁴ ע"פ 232/55 מ"י נ' גרינוולד, פ"ד יב(3) 2017

⁷⁵ ע"פ 336/61 אייכמן נ' מ"י פ"ד טו 2033

⁷⁶ ע"פ 347/88 דמייניוק נ' מ"י פ"ד מז(4) 221

⁷⁷ לדוג': ע"א 8606/00 סבוראי נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (טרם פורסם) בעניין השאלה מי הסגיר את מפקד הלח",

ע"א 456/01 תאודור כץ נ' עמותת אלכסנדרוני (טרם פורסם), בעניין עבודת המוסמך של כץ בה הוא טען כי חטיבת

אלכסנדרוני קיימה טבח בכפר טנטורה

⁷⁸ ד' ברק-ארז "והגדת לבנך: היסטוריה זיכרון בבית המשפט" עיוני משפט כו(2), (נובמבר 2002), עמ' 773

⁷⁹ ע"א 323/98 שרון נ' בנדימן, פ"ד נון(3) 245

⁸⁰ בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות [37], בעמ' 277

⁸¹ ד' ברק-ארז, על שקרים קולנועיים ואמיתות היסטוריות: בין "קול העם" לקול העם, שקט מדברים! התרבות המשפטית של

חופש הביטוי בישראל, עורך: מיכאל בירנהק, הפקולטה למשפטים - או"ת"א (תשס"ו – 2006) עמ' 141

⁸² בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה לישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407

⁸³ בג"ץ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים פ"ד ז 871

זה או אחר או לדעת בהמ"ש אינן משקפות את האמת לאמיתה. כך מחייב חופש הביטוי⁸⁴, "גם היותו של ביטוי שקרי אינה, כשלעצמה, עילה להסרת הגנתו"⁸⁵, "אין זה מעניינה של המועצה, אם מחזה משקף את המציאות או מסלף אותה"⁸⁶, "חברה דמוקרטית שוחרת חופש אינה מתנה את הגנתה לדיבור וליצירה בכך שהם השקפות אמת... ובכלל - מאימתי פוסלת אי-אמת סרט או מחזה להצגה במדינה שבה מובטח לאזרח חופש הביטוי... הטעם המונח ביסוד גישה זו אינו שאין לדעת מהי האמת, וכי השקר של אתמול עשוי להיות האמת של המחר... ביסוד גישה זו מונחת התפיסה כי האמת עדיפה על השקר. בבסיס תפיסה זו שוררת הגישה כי עלינו לשאוף לחשיפת האמת ולהכשלת השקר. המייחד עמדה זו היא הפילוסופיה של החירות עצמה. על-פיה, מבחנה של האמת הוא בכוחה הפנימי לשכנע. הדרך להתמודד עם השקר אינה בהשתקתו אלא בהסברת האמת ובחינוך לה. כישלון של השקר הוא בחשיפתו ולא בדיכוי... המלחמה בשקר אינה בהגבלת החירות של דובר השקר, אלא בהגברת החירות של דובר האמת..."⁸⁷.

עמדה זו של בהמ"ש, שאינה מקבלת את טענת הסילוף כעילה לפסילתם של סרטים, חייבה את המבקשים לפסול הקרנתו של סרט למצוא עילות אחרות שיעמדו במבחן בהמ"ש בבואם להגן על הפגיעה בחופש הביטוי, שאכן אינה זכות מוחלטת. בפס"ד עין גל⁸⁸ שעסק בפסילת הסרט "המאבק על הקרקע - או פלשתיין בישראל" טענה המועצה לביקורת סרטים ומחזות כי בתוכנו של הסרט יש משום הסתה מסוכנת, אם כי עיקרו של הדיון עסק בשאלת סילוף העובדות ההיסטוריות המובאות בסרט. בפס"ד הנ"ל אמנם קיבל בהמ"ש את עמדת המועצה, אך בהמשך נקבע כי טענת ההסתה, שתיאורתית מהווה עילה להגבלתם של ביטויים, תעמוד רק כאשר יוכח כי קיים חשש ממשי להסתה, וגבול זה אינו נחצה בדרכי, גם כאשר הסרט חוטא לאמת. נמצא שיישום ראוי של דיני ההסתה אינו יכול להביא בדרכי לדיכוי פסילת סרטים, אפילו הם מקוממים⁸⁹. עילה נוספת שבה התמקדה הפסיקה בהמשך היתה העילה של פגיעה ברגשות הציבור: יתכן אמנם שהאמת תינצל בשוק הרעיונות, אך אין להתעלם מן הפגיעה הרגשית הכרוכה בהפצת שקר. עילת הפגיעה ברגשות היא לכאורה עילה שונה ונפרדת לפסילתם של ביטויים, ויש לה קיום עצמאי, בנפרד מן הדיון בשאלת אמיתות של הביטוי. אף על פי כן, יש לעילת הפגיעה ברגשות קשר הדוק לדיון שהתקיים עד כה בפסילת סרטים מטעמי סילוף. במשך השנים גבר השימוש בעילת הפגיעה ברגשות כתחליף לעילה של אי אמת - גם אם השלטון אינו מופקד על האמת ואינו יכול לפסול ביטוי שנתפס על ידיו כשקרי, הוא יכול עדין לחסום אותו ביטוי בשל הפגיעה ברגשות הציבור. נראה כי שימוש זה בטענת הפגיעה ברגשות הינו במידה רבה מסווה לעילת אי האמת שנפסלה בפסיקתו של בהמ"ש. הרי אם מדובר בביטוי שאמיתותו אינה שנויה במחלוקת יהיה קשה לבקש את פסילתו. אם כן, במקרים רבים טענת הפגיעה ברגשות מבוססת על הנחה בדבר אי אמיתות הביטוי, אך שזו אינה הטענה שעומדת בחזית הדברים. בהמ"ש לא עמד במפורש על קשר פנימי זה בין שתי העילות, אך החל הסתייג מעילת הפגיעה ברגשות ולצמצם את תחומי תחולתה כאשר זו החלה לשמש, דה פקטו, לשם פסילת ביטויים שמתנגדיהם ראו בהם ביטויים שקריים⁹⁰. בפרשת גינין גינין⁹¹ עמדה במרכז הדיון המשפטי הטענה של פגיעה ברגשות הציבור, אם כי בנימוקי המועצה לפסילת הסרט הובאו שלושת הטיעונים שהזכרנו לעיל: סילוף הסתה ופגיעה ברגשות. 2 הטענות הראשונות

⁸⁴ בג"צ 2137/98 אליאנס נ' יו"ר הוועד המנהל של רשות השידור, תק-על 98(2) 1120
⁸⁵ בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נח(1) 249
⁸⁶ בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421
⁸⁷ בג"צ 6126 / 94 גיורא סנש נ' רשות השידור נג (3) 817, עמוד 841-840

⁸⁸ בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות

⁸⁹ בעניין הפסיקה העוסקת בהסתה כעילה למניעת הקרנתו של סרט ראה מאמרה של ברק, הערה 81, עמ' 150-158.
⁹⁰ בעניין הפסיקה העוסקת בפגיעה ברגשות כעילה למניעת הקרנתו של סרט ראה מאמרה של ברק, הערה 81, עמ' 158-168

⁹¹ בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נח(1) 249

לא זכו להתייחסות מרחיבה מהשופטים : בעניין הסילוף עמדתם של השופטים היתה אחידה שביטוי שקרי אינו עילה להסרת ההגנה עליו וטענת ההסתה, שלא הוכחה כראוי, נפסלה על סמך התקדימים. כאשר לטענת הפגיעה ברגשות, אמרה השופטת פרוקצ'יה כי "מסריו של הסרט ג'נין ג'נין כרוכים בפגיעה של ממש ברגשות חוגים רחבים של הציבור בישראל". עם זאת, בסופו של דבר, גם היא תמכה בדחיית העתירה מאחר ש"אף שמדובר בפגיעה עמוקה וממשית, אין היא מגעת כדי הסף הגבוה הנדרש לצורך הסגרתו של חופש הביטוי מפניה...אין הפגיעה מזעזעת את אמות הספים של הסבולת האנושית ברמה הקיצונית והחריגה שיש בה כדי לאיים באופן ממשי על הסדר הציבורי בדרך העשויה להצדיק הגבלת חופש הביטוי והיצירה". לנוכח הדברים שואלת פרופ' ברק ארז האם יש כאב שכן שיכול להרעיד את אמות הסיפים של בהמ"ש? כלומר האם במקרה הזה לא מוכח שאכן הפגיעה ברגשות הציבור היתה חמורה דיה כדי להצדיק פסילתו של סרט? האם אין פה פער גדול מדי בין מידת הפגיעה ברגשות הציבור לבין מידת הפגיעה כפי שהיא הוצגה ע"י בהמ"ש? לדברי ברק ארז, פס"ד, שטען שהפגיעה ברגשות אינה מצדיקה את פסילת הסרט הוא בעייתי ובהמ"ש היה צריך להכיר בפגיעה הקשה שפוגע הסרט ברגשות הציבור, ואם זאת לקבוע, שהיות שהמחלוקת על הסרט נסבה למעשה סביב שקריותו של הסרט, נמנע בהמ"ש מיצירת תקדים של פסילת ביטוי הנתפס ע"י השלטון כשקרי וחשוב היה להדוף כל דריסת רגל של השלטון בקביעת האמת.

סיכום

"פרשת איל סיוון" לא הגיעה לבהמ"ש, אלא נידונה והגיע אל סיומה במסגרת הדיון הציבורי בלבד. למרות שבאופן אישי אני מצער על דחיית הפרויקט ואני סבורה שסרטיו של איל סיוון הם חשובים הן מבחינה קולנועית והן מבחינת הדיון הציבורי שהם מעוררים, אין מנוס מלהסכים שהפניה אל הערכאות צריכה להיות אופציה אחרונה בלבד וכי יש משהו מעודד בידיעה שלמאבק ציבורי עדין יש כוח לשנות מציאות, גם בלי לפנות לערכאות.

אלה התומכים בסרטו של איל סיוון צריכים לעשות פוסט-מורטם ולבחון את הדרך בה הם בחרו לנהל את המאבק הציבורי ואת השאלות שהם הניחו על שולחן הדיונים הציבורי ; האם נכונה הבחירה להלחם על הזכות לחופש ביטוי, ולהימנע מדיון על תוכנו של הביטוי, נשוא עניין.

באשר להיבטים המשפטיים : מגוון הנושאים בהם עוסקת העבודה מעידים עד כמה מסועפת הצומת המשפטית בה ממוקמת פרשה זו. אני מקווה שלא נפלתי למלכודת "תפסת מרובה לא תפסת" והצלחתי להמחיש עד כמה מורכב התפר עליו יושבת הזכות לחופש ביטוי, בין אמונות היסוד והזהות של החברה והפרט, ובין משמעותן והביטוי שהן מקבלות בתוך מערכת החוק והמשפט.

העתירה להוצאת צו על תנאי נגד רשות השידור למנוע שידורו של סרט על חטיבה 14 במלחמת יום הכיפורים, שהוגשה בתחילתו של שבוע זה ונדחתה ע"י בהמ"ש, ממחישה יותר מכל את הרלוונטיות של הסוגיות אותם סקרתי במהלך העבודה.

ביבליוגרפיה

חקיקה

1. חוק העמותות תש"ם – 1980
2. חוק הקולנוע, תשנ"ט – 1999
3. חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990

4. חוק יסודות התקציב, תשמ"ה – 1985
5. חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965
6. פקודת סרטי הראינוע, חא"י, כרך 3 (ע) 128
7. מבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד החינוך, התרבות והספורט. י"פ 5229,
- ו' בתשרי התשמ"ד (2.10.2003) עמ' 34
8. נוהל להגשת בקשות לתמיכה מתקציב המדינה במוסדות ציבור ולדיון בהן, י"פ תשנ"ב, 2569, סע' 2(ח)
9. נוהלי הגשה לקרן החדשה לקולנוע וטלוויזיה - <http://www.nfct.org.il/info.htm>

פסיקה

10. בג"צ 243/62 אולפני הסרטה לישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407
11. בג"צ 5394/92 אורי הופרט נ' "ידם ושם" מח(3) 353
12. ע"פ 336/61 אייכמן נ' מ"י פ"ד טו 2033
13. בג"צ 2137/98 אליאנס נ' יו"ר הוועד המנהל של רשות השידור, תק-על 98(2) 1120
14. בג"צ 88 / 528 אליעזר אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל מג (4) 297, עמוד 298
15. בג"צ 99 / 6741 ארנן יקותיאל נ' שר הפנים נה (3) 673, עמוד 698
16. בג"צ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נח(1) 249
17. בג"צ 94 / 6126 גיורא סנש נ' רשות השידור נג (3) 817, עמוד 865-866
18. ע"פ 347/88 דמייניוק נ' מ"י פד מז(4) 221
19. עת"מ (י-ם) 219/06 הבית הפתוח נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, מופיע באתר נבו)
20. עתמ 02 / 8282 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד מבקר המדינה נח (1) 465, עמוד 465
21. בג"צ 2196 הקאמרטה הישראלית – ירושלים נ' שר המדע התרבות והספורט (לא פורסם) 04 (3) 470
22. בג"צ 11020/05 התנועה להתחדשות יהודית נ' שרת החינוך
23. ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 492.
24. עת"מ 07 חופש – עמותה לחופש מדת ואח' נ' עיריית חולון (טרם פורסם) (נבו)
25. בגצ 97 / 2205 ח"כ אדיסו מאסלה נ' שר החינוך והתרבות נא (1) 233, עמוד 233
26. בג"צ 2769/04 ח"כ שאול יהלום נ' שרת החינוך, התרבות והספורט ואח'
27. בגצ 99 / 2259 יצחק דוידסקו נ' שר התחבורה [פדאור (לא פורסם) 00 (3) 637], עמוד 2
28. בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421
29. בגצ 88 / 680 מאיר שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, מר יצחק שני מב (4) 617, עמוד 630
30. ע"פ 232/55 מ"י נ' גרינוולד, פ"ד יב(3) 2017
31. עב 84 / 2 משה ניימן נ' יור ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה לט (2) 225, עמוד 323
32. ע"א 8606/00 סבוראי נ' מעריב הוצאת מודיעין בע"מ (טרם פורסם)
33. בגצ 97 / 954 עו"ד ד"ר שלמה כהן נ' ראש לשכת עורכי-הדין נב (3) 486, עמוד 526
34. בג"ץ 807/78 עין גל נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות
35. בג"צ 351/72 עמוס קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כ"ו(2) 811
36. בג"צ 1447/03 פנים – להתחדשות יהודית בישראל ואח' נ' שרת החינוך ואח'

37. בג"צ 175/71 פסטיבל למוזיקה אבו גוש קרית יערים, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות פ"ד כ"ה(2) 821
38. בג"צ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים פ"ד ז 871
39. עתמ 02 / 1159 רון שפיגל נ' הממונה על חופש המידע במשרד המשפטים [פדאור (לא פורסם) 02 (9) 215], עמוד 6
40. עא 93 / 3414 שמחה און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ מט (3)
41. ע"א 323/98 שרון נ' בנזימן, פ"ד נו(3) 245
42. ע"א 456/01 תאודור כץ נ' עמותת אלכסנדרוני (טרם פורסם),

מאמרים

כתבי עת

43. ד' ברק-ארז "והגדת לבנך: היסטוריה וזיכרון בבית המשפט" עיוני משפט כו(2), (נובמבר 2002), עמ' 773
44. ד' ברק-ארז, על שקרים קולנועיים ואמיתות היסטוריות: בין "קול העם" לקול העם, שקט מדברים! **התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל**, עורך: מיכאל בירנהק, הפקולטה למשפטים - אוני' ת"א (תשס"ו – 2006) עמ' 141
45. י' סימון "מגמה מסוימת בקולנוע הישראלי. האסתטיקה של סרטי קרנות, תנועה בינלאומית של מיינסטרים פריפריאלי" **מערבון**, גיליון מס' 1, נוב' 2005, עמ' 6
46. ד' פישר, כ' שחורי, ג' עיני "תגובות ל"האסתטיקה של סרטי קרנות" **מערבון**, גיליון מס' 2, חורף 2007, עמ' 41

עיתונות יומית / אינטרנט

47. ל' אברבך "לתפארת מדינת ישראל?" **NRG** 4.2007
48. ל' אברבך "סרט רע" **NRG** 24.1.2007
49. א' אלוני "גול(ה) פוליטי" **NRG** 11.5.2007
50. י' גת "מדובר בספציאליסט" **NRG** 29.4.2007
51. ב.ד. ימיני "מעצמות להתאבדות" **NRG** 25.4.2007
52. ב.ד. ימיני "בולשביזם שמאלני" **NRG** 30.4.2007
53. ר' לוי "מרקטיזם" **NRG** 30.4.2007
54. א' לורד "נגד הרוח" **מקור ראשון** 16.6.2007
55. א' סיוון "הרשיעו אותי במשפט שדה" **YNET** 27.4.2007
56. א' סיוון, "אייכמן: מי המזייף - ההיסטוריה או הזיכרון? **מכונת קריאה** [אתר האינטרנט של הוצאת בבל, <http://readingmachine.co.il/home/articles/1107884370>] 8.2.2007
57. ג' פינטו "הנדון: זיוף קטעי סרטים ממשפט איכמן" **הארץ** 14.2.2005
58. ג' פינטו "של מי התפוז הזה" **הארץ** 16.5.2007
59. א' שטרן "קרן רבינוביץ: נגן על ההחלטה" **NRG** 23.4.2007
60. א' שטרן "מג'אדלה: לא אתערב בבחירתו של סיוון" **NRG** 25.4.2007
61. "גבולות הז'אנר הדוקומנטרי" – הפורום ה 16 לאחריות חברתית, הרשות השנייה.

מקור התמליל הדיון :

<http://www.rashut2.org.il/editor/uploadfiles> פורום 20% לאחריות 20% תקשורתית

doc.%20%2014.4.05

ספרים

62. חנה ארנדט, **אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנליות של הרוע**, הוצאת בבל, ת"א 2000.

63. א"י הראל, **גופים דו מהותיים – בין קניין הפרט לקניין הציבור**, עבודת דוקטורט, אוניברסיטת בר אילן,

תשס"ו, עמ' 7

64. ג' שליו, **חוזים**, הוצאת דין, התשנ"ה, עמ' 410

נספח

עמוד

1 א' סיוון "Jaffa – סיפורו של מותג – הצעה לסרט דוקומנטרי" 1

2 ועדת החינוך, התרבות והספורט של הכנסת "הצעה לסדר היום (דיון מהיר) 17

בימוי סרט 60 שנה למדינה, על ידי אייל סיוון, של חבר הכנסת אליהו גבאי"

29.5.2007

- 3 פורום היוצרים הדוקומנטרים, "עצומה למען קולנוע חופשי, ללא התערבות פוליטית" 40
- 4 קרן רבינוביץ – פרויקט קולנוע: כללים ונוהל 41
- 5 טבלת מוסדות הציבור בתחום הקולנוע הנהנים מתקציב משרד התרבות, כולל סכומי התמיכות, בין השנים 2003-2005 47