

## חופש הביטוי, חופש המימון ועקרון אי-ההנצחה

מאת

אדם שנער\*

חלק קטן אך חשוב מן העיסוק בחופש הביטוי נוגע לשאלת משאבי ביטוי, כלומר החובה השלטונית (ככל שיש כזאת) לסייע ביצירת במה לביטוי. המקרה הפרדיגמטי שבו סוגיה זו מתעוררת הוא מימון ציבורי של פעילויות תרבות ואמנות. ככלל, הגישה הנוהגת בפסיקה היא שלא לקבוע כי קיימת זכות פוזיטיבית לתמיכה שלטונית בביטוי פרטי, וכאשר המדינה מקצה כספים לפעילויות תרבות ואמנות, הפסיקה גורסת כי על המדינה לפעול באופן שוויוני וניטרלי כלפי מבקשי המימון.

המאמר יבקר את הדוקטרינה הקיימת, המבוססת על שוויון ועקרון הניטרליות, באמצעות דיון ביקורתי ברעיון "חופש המימון" המקודם בימים אלה על ידי גורמים בממשלה. הרעיון שביסוד חופש המימון הוא שאומנם אין למדינה בדרך כלל סמכות לצנזר דוברים, אך אין היא חייבת לממן ביטויים הנוגדים את המדיניות והערכים שאותם היא מבקשת לקדם. לכאורה, עקרון השוויון נותן מענה לעמדה זו, אולם כפי שאראה, כוחו בפועל מוגבל. הטיעון המרכזי במאמר הוא שישנם מקרים שבהם עקרון השוויון לא יספיק, ועל הממשלה עשויה להיות מוטלת חובה חוקתית לממן ביטויים המקדמים רעיונות, ערכים ודעות הסותרים את אלו שהממשלה מעוניינת לקדם. טיעון זה מבוסס על עקרון אי-ההנצחה, ולפיו לממשלה אסור להשתמש בכוחה הפוליטי כדי למנוע את הפיכתו של מיעוט פוליטי לרוב פוליטי. אי-מימון דעות, ביטויים ורעיונות הנוגדים את עמדת הממשלה עלול לעלות, במקרים מסוימים, כדי ניסיון פסול של הממשלה להנציח את כוחה. כשם שממשלה אינה יכולה לקבוע שתכהן פרק זמן ארוך מתקופת כהונתה, אטען כי אסור לה להנציח את כוחה באמצעים דומים, למשל במימון ביטוי. לפיכך הקושי ברעיון "חופש המימון" אינו רק בכך שעל הממשלה לתמוך בביטויים מכל הסוגים והגוונים על פי שיקולים שוויוניים, אלא שבמקרים מסוימים עשויה לקום כלפיה חובה לתמוך בביטויים אופוזיציוניים. חובה זו מצריכה בחינה של תוכן הביטוי, מהלך שבית המשפט לרוב נרתע ממנו. אלא שבחינה של תוכן הביטוי כדי לוודא את קיום חובת אי-ההנצחה היא בלתי נמנעת.

מבוא. א. הסדרת משאבי ביטוי – מימון ציבורי של ביטוי פרטי; 1. ישראל; 2. ארצות הברית. ב. עקרון אי-ההנצחה; 1. הקושי ברין הקיים; 2. מדינה וממשלה; 3. עקרון אי-ההנצחה. סיכום.

\* מרצה בכיר, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי נתונה לאליאב ליבליך, שעזר לי רבות בליבון הרעיון שבבסיס מאמר זה, ובלעדיו המאמר לא היה נכתב. כן אני מודה לנעה ניצן על עזרה מסורה במחקר ולליאת דאשט ולמערכת משפטים על אתר על הערות מעמיקות ומועילות.

## מבוא

ספרו החדש והמצויין של ברק מדינה<sup>1</sup> הוא הזדמנות טובה לא רק להבין את התפתחות ההגנה על זכויות אדם בישראל אלא גם להרהר על אודות עתידה של הגנה זו. נהוג לחשוב, לפחות בקרב ישראלים רבים, כי ישראל היא מדינה דמוקרטית ליברלית. אמת, סממנים רבים מצביעים על היותה כזו, בין היתר ההגנה המשפטית הרחבה שלה זוכה חופש הביטוי. כפי שטוען מדינה, היקף ההגנה על חופש הביטוי הוא נייר לקמוס להיותה של מדינה דמוקרטית ליברלית.<sup>2</sup> ואכן, בית המשפט העליון, החל מפרשת קול העם<sup>3</sup> (עם הפסקה של כמה עשרות שנים באמצע) והמשך בפסקי הדין בעניין כהנא<sup>4</sup> ושניצר,<sup>5</sup> פיתח וביצר מערכת של כללים משפטיים אשר בהקשרים רבים מכירים בהגבלה על חופש הביטוי רק בהתקיים "ודאות קרובה" לפגיעה בביטחון המדינה ובשלום הציבור.<sup>6</sup> נוסחת איזון זו נבלעה אל תוך פסקת ההגבלה משעה שחופש הביטוי הוכר כזכות חוקתית<sup>7</sup> והוכפף, בין היתר, למבחני המידתיות.<sup>8</sup>

לפי פסיקתו של בית המשפט העליון, חופש הביטוי חל על כל ביטוי.<sup>9</sup> אין בישראל, בשונה מארצות הברית למשל, קטגוריה של ביטוי לא מוגן (unprotected speech). אין הדבר אומר כמובן שכל ביטוי יזכה להגנה חוקתית, שכן היקף ההגנה אינו שקול להיקף הכיסוי,<sup>10</sup> אולם כל ביטוי זכאי לכאורה להגנה חוקתית, אלא אם אינטרסים ציבוריים כבדי משקל גוברים עליו. על רקע כללים אלה הגן בית המשפט, בין היתר, על חופש הביטוי הפוליטי,<sup>11</sup> על חופש הביטוי האמנותי<sup>12</sup> ועל חופש הביטוי המסחרי.<sup>13</sup>

- 1 ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל (2016).
- 2 Barak Medina, *The Unintended Consequences of Prohibiting Advocacy of Hatred and Regulating Campaign-Finance: The Weakening Status of Freedom of Speech in Israel* 2 (forthcoming), <https://ssrn.com/abstract=3039940>.
- 3 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).
- 4 בג"ץ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255 (1987).
- 5 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב (4) 617 (1989).
- 6 לאחר מכן הוכרה גם הגבלה על חופש הביטוי כאשר יש פגיעה קשה, רצינית וחמורה ברגשות הציבור. ראו בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג (3) 817, 836–837 (1999).
- 7 ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ (4) 136, 152–153 (1996); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב (4) 715, פס' 24–27 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (2008).
- 8 יש הסבורים כי מבחנים אלה מגינים במידה פחותה על חופש הביטוי בפרט ועל זכויות אדם בכלל. ראו Moshe Cohen-Eliya & Gila Stopler, *Probability Thresholds as Deontological Constraints in Global Constitutionalism*, 49 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75, 77–78 (2010).
- 9 עניין כהנא, לעיל ה"ש 4, בעמ' 283.
- 10 ראו למשל שם, בעמ' 283; בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202, פס' 105 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).
- 11 עניין קול העם, לעיל ה"ש 3.
- 12 בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח (1) 249 (2003); בג"ץ 4804/94 חברת סטישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ (5) 661 (1997).

לצד ההגנה החוקתית על חופש הביטוי קיימים בישראל כמה מנגנונים שמשפיעים על היקף ההגנה על חופש הביטוי. למשל: במישור הפלילי חוק העונשין מפליל ביטויים המסיתים לגזענות ולאלמות;<sup>14</sup> חוק מאבק בטרור מפליל ביטויים המעודדים טרור.<sup>15</sup> במישור החוקתי חוק-יסוד: הכנסת (וגם חוק המפלגות באשר לרישומן של מפלגות) מאפשר פסילה של מועמדים ורשימות אשר שוללים את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מסיתים לגזענות או תומכים במאבק מזוין של מדינה או של ארגון טרור נגד ישראל.<sup>16</sup> במישור המנהלי חוק יסודות התקציב, לצד חוקים אחרים,<sup>17</sup> מאפשר שליטת תקציבים ציבוריים בשל הסתה לאלמות או גזענות, שליטת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, הסתה לאלמות, לגזענות ולטרור, תמיכה במאבק מזוין של מדינה או של ארגון טרור נגד ישראל וציון יום הקמת המדינה או יום העצמאות כיום אבל.<sup>18</sup> מטרתו של מאמר זה אינה לבחון את חוקתיותם של הסדרים אלה, מה גם שבשארל קיימות ספרות ופסיקה ענפות העוסקות בהגנה על חופש הביטוי, על מכלול היבטיו.<sup>19</sup> לעומת זאת יש מעט מאוד ספרות ופסיקה העוסקות בשאלות המתעוררות כאשר המדינה אינה מגבילה ביטוי ישירות אך מתקצבת פעילות אקספרסיבית, ועצם אקט התקצוב עלול להוביל להעדפה של ביטוי מסוים על פני ביטוי אחר.<sup>20</sup> כפי שמדינה מכנה זאת בספרו, הסוגיה המתעוררת היא של "משאבי ביטוי".<sup>21</sup> מלבד חופש הביטוי העומד לרשותם של כל אחת ואחד, ביטוי מצריך במה. זו מצריכה, פעמים רבות, תמיכה שלטונית כלכלית.<sup>22</sup> הדוגמה הפרדיגמטית היא חופש ההפגנה. כעניין שבשגרה המשטרה נדרשת לאבטח הפגנות רבות, אם מחשש לאלמות נגד המפגינים ואם כדי להסדיר את התנועה ברחובות הסמוכים. פעולות אלה מצריכות הקצאת משאבים כלכליים כדי לממש את חופש

- 13 בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994); ע"א 3322/16 איי די איי חברה לביטוח בע"מ נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל (פורסם בנבו, 30.4.2017).
- 14 ס' 144ב, 27144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
- 15 ס' 24 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.
- 16 ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992; א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).
- 17 ראו ס' 4 לחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011.
- 18 ס' 3ב לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.
- 19 לסקירת הספרות והפסיקה ראו, כמובן, מדינה, לעיל ה"ש 1, פרק 3 והפניות שם.
- 20 לחריגים חשובים ראו אילן סבן "הקצאת משאבי ביטוי, פגיעה ברגשות והשפעה על תרבות בחברה שסועה העוברת שינוי: תיאטרון עירוני בעיר מתחרדת" עיוני משפט לג 473 (2010); גיא פסח "משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם" משפט חברה ותרבות – שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 299 (מיכאל בירנהק עורך, 2006). עם זאת פסח אינו דן במימון ציבורי של ביטוי. הדגש במאמרו הוא ההחלטה להפוך משאב ביטוי לזכות קניינית כלכלית במקום למקמה בנחלת הכלל. גם מדינה מתייחסת באריכות למשאבי ביטוי, אולם חלק קטן יחסית מוקדש לשאלת מימון ציבורי של ביטוי הנמצא במוקד מאמר זה.
- 21 מדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558. ראו גם פסח וסבן, שם.
- 22 מדינה, לעיל ה"ש 1.

ההפגנה.<sup>23</sup> במקרים אלו מימושו של חופש הביטוי תלוי בהוצאה כספית מטעם השלטון כדי לאפשר את קיומו.<sup>24</sup> אין בכך כמובן כל חדש. גם לזכויות הנחשבות "שליליות" יש היבטים חיוביים.<sup>25</sup>

הקשר בין תקצוב ממשלתי לבין חופש הביטוי מעורר את השאלות הסבוכות ביותר בתחום חופש הביטוי, ולא בכדי. גם אם נאמר שיש לאדם זכות לחופש ביטוי, אין נובע מכך שקיימת זכות שהביטוי שהוא מבקש להשמיע מזכה במימון ממשלתי. ואכן, ההבחנה בין ההיבט השלילי של חופש הביטוי (החובה שלא להתערב ולצנזר) לבין ההיבט החיובי של חופש הביטוי (החובה לממן ולתמוך) משמשת בשנים האחרונות את הממשלה כדי להצדיק מדיניות של תמיכה סלקטיבית בביטוי, בעיקר קידומם של ביטויים העולים בקנה אחד עם המדיניות שהממשלה מבקשת לקדם או שנועדו לבצר את שלטונה, ומנגד ניסיון לשלול מימון מגופים ומביטויים אשר מבטאים, לדעת הממשלה, פגיעה במדיניות ובערכים שבהם היא תומכת. על רקע זה מגיעים בין היתר הניסיונות לשלול או להפחית מימון מתיאטרון אל-מידאן בחיפה, אשר הציג את ההצגה "הזמן המקביל", שמתארת את חוויותיו של וליד דקה, אסיר ביטחוני המרצה מאסר עולם בגין פיקוד על חוליית מחבלים שחטפה ורצחה את החייל משה תמם;<sup>26</sup> הניסיון לשלול או להפחית תמיכה מסינמטק תל אביב בשל החלטתו לערוך פסטיבל סרטי "נכבה";<sup>27</sup> הניסיון לבחון מחדש את תקצוב סינמטק ירושלים בשל הקרנה של סרטים של "בצלם";<sup>28</sup> מבחני תמיכה המתמרצים גופי תרבות להופיע בהתנחלויות, ומנגד מפחיתים מימון לגופים אשר מסרבים לעשות כן;<sup>29</sup> הניסיונות לשלול בחקיקה פטור ממס בעבור תרומות לגופים אשר מפרסמים פרסומים המאשימים את ישראל בביצוע פשעי מלחמה ואשר משתתפים בקריאה לחרם על ישראל.<sup>30</sup>

- 23 בדומה לזה, רשות שלטונית חייבת להעמיד לרשות הציבור שטחים ציבוריים שבתחום אחריותה כדי לאפשר פעילויות ציבוריות שונות. ראו ע"מ 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה האזורית משגב (פורסם בנבו, 4.4.2005).
- 24 בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, פס' 14–17 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).
- 25 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה** ז 65, 93–96 (1999); STEPHEN HOLMES & CASS R.; SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES 35–48 (2000).
- 26 נעה שפיגל "ניצחון לתיאטרון אל-מידאן: המחוזי חייב את עיריית חיפה להחזיר לו את התמיכה" **הארץ** <https://goo.gl/4D5S6e> (4.11.2015).
- 27 נירית אנדרמן "מירי רגב חזרה בה מהחלטתה לבקש לקנוס את סינמטק תל אביב בגלל פסטיבל סרטי הנכבה" **הארץ** <https://goo.gl/6Sn7FC> (8.12.2015).
- 28 איתי שטרן "משרד התרבות קורא לבחון את תקצוב סינמטק ירושלים כי הוקרנו בו סרטים של 'בצלם'" **הארץ** <https://goo.gl/VNydyQ> (24.8.2017).
- 29 יאיר אשכנזי "העליון ביקש ממשרד התרבות לשקול מחדש קנסות על הימנעות מהופעות בהתנחלויות" **הארץ** <https://goo.gl/VyvMtd> (31.7.2017). ראו מבחנים לחלוקת כספי תמיכות של משרד התרבות והספורט למוסדות ציבור שהם להקות מחול, י"פ 7276, עמ' 7462 (10.5.2016).
- 30 יהונתן ליס "השרים אישרו: תרומה לעמותות הפועלות נגד ישראל בעולם" לא תזכה לפטור ממס" **הארץ** <https://goo.gl/XaxzFW> (1.3.2017).

נוכח מציאות זו קמה ועלתה בשנים האחרונות טענה חדשה בישראל, אשר הומשגה בצורה הברורה ביותר בפי שרת התרבות מירי רגב, תחת השם "חופש המימון".<sup>31</sup> על פי טיעון זה, המדינה אינה רשאית לצנזר ביטוי על בסיס תוכנו, אולם היא רשאית לתמוך בביטויים העולים בקנה אחד עם המדיניות שאותה היא מבקשת לקדם, והדבר בא לידי ביטוי בתקצוב דיפרנציאלי. לפי תומכי טיעון זה, שלילת מימון או הפחתתו אינן פוגעות בחופש הביטוי, שכן במקרים אלה השלטון אינו מונע מאיש להתבטא. למשל, אין מניעה להעלות מחזה או הופעת מחול, לצלם סרט או לצייר ציור. המדינה לא תתערב בחופש זה. אולם אין לאדם זכות קנויה לסיוע מן השלטון להוציא מהכוח אל הפועל את רעיונותיו ודעותיו. כך, אין חובה לממן מחזה, סרט או ציור אם הממשלה סבורה שאומנות זו פוגעת בערכים שאותם היא מעוניינת לקדם. זהו, בתמצית, עקרון חופש המימון.

לעקרון חופש המימון יש כוח שכנועי רב. הוא מתיישב עם האינטואיציה שלנו באשר להבחנה בין זכות שלילית לזכות חיובית ובין הפרטי לציבורי; יש לו הצדקה דמוקרטית מסוימת; אף יש לו עיגון מסוים במשפט החוקתי האמריקאי.<sup>32</sup> ואולם, דוקטרינת חופש המימון במובנה החזק נדחתה בפסיקתו של בית המשפט העליון בישראל. הדוקטרינה נדחתה לא מטעמים של חופש הביטוי אלא בעיקר מטעמים של שוויון. תמיכות ממשלתיות צריכות להיעשות על פי תבחינים שוויוניים.<sup>33</sup> מתן תמיכה לאחד ולא לאחר, כאשר אין שוני רלוונטי ביניהם, היא הפליה פסולה. הטיעון בדבר איסור הפליה הוא קל יותר מבחינה אנליטית בעבור בית המשפט. הוא אינו מעורר את השאלות הסבוכות של חופש הביטוי אשר היו מובילות, אולי, לקביעה כי חופש הביטוי כולל זכות פוזיטיבית לקבל תמיכה שלטונית.

במאמר זה אני מבקש להציג טיעון חדש המצדיק את דחייתה של דוקטרינת חופש המימון. ההנמקות הקיימות כיום בספרות ובפסיקה אשר מתמקדות בעקרון השוויון ובניטרליות בה המדינה מחויבת כאשר היא מעניקה מימון ציבורי, מספקות אך מענה חלקי לאתגר שאותו מציבה דוקטרינת חופש המימון. נניח למשל שהממשלה הייתה מחליטה לממן רק תחום פעילות אחד, אשר עולה בקנה אחד עם מדיניותה הכללית, למשל חינוך המורשת היהודית. במסגרת אותו תחום, נניח שהממשלה הייתה קובעת תבחינים שוויוניים וניטרליים לפי הדרישות שפורטו בפסיקה. האם נאמר במקרה כזה שאין פגיעה חוקתית?

31 יאיר אשכנזי "הקריטריונים של מירי רגב לתמיכה: אסור לפגוע בדגל או לציין את הנכבה" הארץ (2.9.2015). <https://goo.gl/K3FpHL>. לדבריה של רגב, "אני עושה הבחנה ברורה בין חופש הביטוי לחופש המימון. חופש הביטוי הוא ערך עליון במדינת ישראל ועם זאת, למדינה הזכות שלא לממן גורמים אשר חותרים תחת היותה מדינה יהודית ודמוקרטית".

32 ראו למשל National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569 (1998).

33 ס' 3א(ד) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; אמנון דה-הרטוך "תמיכת המדינה במוסדות ציבור – לבלוב הכספים הייחודיים" משפטים כט 75, 82-83 (1998); בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705 (1989); בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 360, 337 (1999).

לטעמי התשובה היא בשלילה.<sup>34</sup> מטרת מאמר זה היא להסביר מדוע, וזאת באמצעות פיתוחו של עקרון שאותו אני מכנה "עקרון אי-ההנצחה".<sup>35</sup> הטיעון שלי אינו כופר בחשיבותו של עקרון השוויון ואינו מבקש להחליפו. ברצוני להוסיף נדבך תאורטי כדי לחזק את הפסיקה הקיימת ולהראות שחובתה של הממשלה אינה מתמצה אך בגישה ניטרלית כלפי דעות שונות בשוק הדעות, ומשכך עליה לתמוך בפעולות ביטוי בשוויוניות, אלא שאפשר שתקום לממשלה חובה פוזיטיבית לתמוך דווקא בערכים, ברעיונות ובדעות החותרים תחת המדיניות שהממשלה מבקשת לקדם. חובה פוזיטיבית זו קמה ועולה כאשר הממשלה מבקשת להשתמש בכוחה ההקצאתי כדי לבצר את שליטתה הנוכחית, ובכך למנוע מהמיעוט הפוליטי להפוך לרוב הפוליטי.

המשך המאמר יהיה כדלקמן: חלק א יפרט על אודות המסגרת המשפטית הקיימת בישראל להסדרתם של משאבי ביטוי בכל הקשור לתמיכת המדינה בפעולות ביטוי שונות. הדיון בישראל ישווה לאותה דוקטרינה בארצות הברית. הבחירה בארצות הברית במקרה זה אינה נובעת מהקרבה החוקתית בין שתי המדינות אלא ראשית מפני שארצות הברית התמודדה עם סוגיית משאבי הביטוי במידה המקיפה ביותר מבין המדינות המוכרות לי; שנית, מפני שההצדקה של חופש המימון נשענת בין היתר על הניסיון האמריקאי.<sup>36</sup> חלק ב יפתח בדיון קצר על אודות החסרונות של הדוקטרינה הקיימת. ההסתמכות הכמעט בלעדית על עקרון השוויון עלולה להביא לפסיקה שטחית ברובד התאורטי והתעלמות מהצדקות "עבות" יותר המעוגנות בזכות לחופש ביטוי ובמבנה המשטר הדמוקרטי. במענה לחסרונות אלה יציג המאמר, בחלק ב, את עקרון אי-ההנצחה, כדי להוסיף על ההצדקות הקיימות.

בקליפת אגוז, עקרון אי-ההנצחה נשען על ההבחנה בין ממשלה למדינה, אשר פעמים רבות אין מבחינים ביניהן בבירור. הממשלה אינה המדינה, ובמובן מסוים היא אינה מייצגת את המדינה, אלא היא מניפסטציה אחת, חשובה מאוד כמובן, של המדינה. במדינה דמוקרטית ממשלה אינה רשאית לפעול כדי להנציח את כוחה. כדי שדמוקרטיה תתקיים ותישמר, יש חובה על הרוב הפוליטי לקיים תנאים המאפשרים התמודדות בין רוב למיעוט.

34 אפרשות אחת, שאותה אינני מפתח כאן, היא לטעון שבשל חשיבותה של תרבות בחברה יש לממשלה חובה לתמוך בפעילויות תרבות. לפי גישה זו, החלטה שלא לתמוך בתרבות כלל היא לא חוקתית, שכן יש למדינה חובה לפתח חיים נאותים עבור אזרחיה ותושביה, משום שרק כאשר אנשים פועלים בתנאים של גיוון הם יכולים לפתח את אישיותם, לבחון בביקורתיות את אמונותיהם ולממש את מה שהם תופסים כחיים הטובים. לגישה זו, ראו מנחם מאוטנר "תמיכת המדינה באמוניות בלא להתערב בתכנון" **ICON-S-IL Blog** (23.6.2017) <https://goo.gl/aMZUcf>; סבן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 490. רמז לגישה זו ניתן למצוא גם בבג"ץ 175/71 פסטיבל למוזיקה אבו-גוש קרית יערים, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821, 828 (1971).

35 בהקשר זה ראו Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 GEO. L.J. 491 (1997); JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980). כפי שאראה, הדוקטרינה קיימת כיום בארצות הברית, אולם לא בהקשר של חופש הביטוי.

36 ראו למשל דבריו של חבר הכנסת דוד ביטן: "נאמנות למדינה היא ערך בסיסי ואין בו כל חידוש. הדבר נעשה גם במדינות דמוקרטיות אחרות כמו ארצות הברית. בתקופה הזו שבה אנחנו נלחמים בהסתה, היא יכולה גם לבוא לידי ביטוי בפעולות תרבות". מורן אזולאי, "החוק החדש של רגב: אין נאמנות – אין תקציב לתרבות" **YNET** (26.1.2016) <https://goo.gl/9vFLkv>.

מכאן נובע כי רוב פוליטי אינו רשאי לבצר את כוחו בכל מחיר ובכך למנוע ממינוע להפוך לרוב. דרך אחת להנציח את שלטונו של הרוב היא באמצעות תמיכה חד-צדדית ברעיונות, בדעות ובערכים העולים בקנה אחד עם אלה של הרוב, תוך כדי שלילת מימון של רעיונות המזוהים עם עמדותיו של המיעוט הפוליטי או הפחתתו.<sup>37</sup> פועל יוצא של טיעון זה הוא שבאופן פרדוקסלי, ראוי לקבוע כי במקרים מסוימים קמה לממשלה חובה חוקתית לתמוך דווקא במסרים ובגופים המתנגדים למדיניות שהיא מבקשת לקדם.

## א. הסדרת משאבי ביטוי – מימון ציבורי של ביטוי פרטי

### 1. ישראל

כיצד מוסדרת הקצאת משאבי ביטוי בישראל בכל האמור למימון ציבורי של ביטוי? במאמר זה אין בכוונתי להתייחס למכלול התמיכה שהמדינה מעניקה לביטוי, למשל באמצעות אבטחת הפגנות, הקצאת תדר ברדיו או הגנה משפטית על זכויות יוצרים. מאמר זה מצומצם לתחום של מימון ציבורי של ביטוי פרטי, בראש ובראשונה ביטוי אומנותי או תרבותי, אשר בהקשר שלו עולה הטענה בדבר חופש המימון. טענתי בחלק זה היא שכאשר נבחנת חוקתיותה של הקצאה כספית שלטונית לתמיכה בביטוי פרטי, היא מתבצעת באמצעות עקרון השוויון, תוך כדי ייחוס משקל זניח, עד כמעט לא קיים, לחופש הביטוי.

נקודת המוצא היא שמדינה ליברלית שואפת להפריד בין תפיסת הזכות לבין תפיסת הטוב.<sup>38</sup> זכויות האדם מאפשרות לפרט לבחור את החיים הטובים לו; הן מאפשרות לו לפעול למימוש תפיסת הטוב שאותה הוא בוחר. המדינה אינה רשאית להעניק מעמד פריבילגי לסוג מסוים של "חיים טובים"; היא אינה רשאית לכפות את תפיסת הטוב שלה על אזרחיה, ועליה להיות ניטרלית כלפי תפיסות טוב שונות, שכן אי אפשר לפתח סביבה פלורליסטית וחופשית מקום שבו השלטון קובע מה ראוי לאזרחים לראות ולדעת.<sup>39</sup> כפייה של "חיים טובים" חותרת תחת החופש של כל אחד ואחת מאיתנו לבחור ולפעול, והיא מפירה, בלשונו של דבורקין, את חובתה של המדינה להתייחס אלינו בכבוד ובדאגה שווה (equal concern and respect).<sup>40</sup> מנגד, ממשלה נבחרת בדיוק מהטעם שהיא תוכל לקדם את

37 באופן דומה, הפסיקה מבחינה בין "שלילה" לבין "הגבלה" ומתייחסת בחומרה רבה יותר לאקט של שלילה. אף שאני מסכים כי המשמעות של שלילה חמורה יותר מזו של הפחתה, במסגרת מאמר זה לא אבחין ביניהן, שכן לשתיהן פוטנציאל להפר את עקרון אי-ההנחה. לפסיקה המבחינה בין שלילה להגבלה, ראו בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נו(1) 235, 259–261 (2002); בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות במכוניות אוטומטיות נ' משרד הבריאות, פס" 9 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 3.7.2013). ראו גם מדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 791–793.

38 ראו JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 30–32, 446–451 (1971). ראו גם Michael J. Sandel, *Political Liberalism*, 107 HARV. L. REV. 1765, 1766 (1994).

39 עוד ב-1962 עמד על כך השופט לנדוי, כשכתב כי "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה". בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2408, 2416 (1962).

40 RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 180–183 (1978).

המדיניות שבוחריה מעוניינים לקדם. על פני הדברים, הדבר כולל תמיכה כלכלית במטרות, בערכים ובתוכניות העולים בקנה אחד עם העמדה המועדפת על הממשלה. שאם לא כן, מה הטעם בבחירות אם הממשלה אינה יכולה לקדם את מטרותיה, אשר בהן כרוך בין היתר תקצוב סלקטיבי? כיצד יש להכריע בין טיעונים אלה?

ניתן לחשוב על שתי תפיסות של ניטרליות, שתיהן "שוויוניות". לפי התפיסה הראשונה, על המדינה להימנע לחלוטין מכל מימון כלשהו, שכן עצם מימון פעולה אחת ולא אחרת כבר סוטה מעקרון הניטרליות המחייב אי-העדפה של תפיסת טוב אחת על פני אחרת. כך, למשל, אם המדינה תממן אופרה, אבל לא תממן כדוריד, יימצא שהמדינה מעדיפה אופרה על פני כדוריד, ובכך תפגע בתפיסת הטוב של אלה המעוניינים לשחק כדוריד. ניתן לכנות תפיסה זו "תפיסה שוקית באשר לביטוי", שכן במצב זה המדינה מסרבת לשחק תפקיד כלשהו בשוק הרעיונות התרבותי ומותירה אותו ליחסי הכוחות השוקיים. הבעיה היא שאותם יחסי כוחות שוקיים אינם בהכרח מגוונים, לא כל שכן שוויוניים. ללא הכוונה והתערבות יחסי כוחות שהם תוצאה של כללי הרקע של דיני החוזים והקניין יביאו לכך שרק מסרים מסוג מסוים יושמעו ויקבלו תהודה – המסרים של הצד החזק כלכלית, אשר יש באפשרותו לממן את ביטוייו.<sup>41</sup>

בישראל נהוגה תפיסה אחרת של ניטרליות, אשר ממעיטה בחומרת הסיכון שהשלטון ישתמש בכוחו כדי להשפיע על התכנים שיופצו לציבור.<sup>42</sup> לפי תפיסה זו, על המדינה להיות ניטרלית כלפי תפיסות הטוב של אזרחיה, אולם הדרך להגשים ניטרליות זו אינה באמצעות הימנעות מתמיכה אלא דווקא במתן תמיכה כספית כדי לייצר תנאים שיאפשרו לפרטים להשתתף בשיח הציבורי.<sup>43</sup> כשהממשלה תומכת בפעילות ביטוי באמצעות הקצאת כספים, היא משתתפת בשוק הדעות והרעיונות ומעצבת אותו. עשרות מיליוני שקלים מועברים כל שנה לאומנים ולמוסדות תרבות ואומנות, לטובת הצגות, סרטים, תערוכות ושלל פעולות תרבות.<sup>44</sup> חלק מהמימון ניתן למוסדות וחלק ממנו ניתן ליחידים. ברור כי השיקולים העיקריים להגבלת ביטוי (שלום הציבור, ביטחון המדינה, פגיעה ברגשות הציבור, הסתה לאלימות או גזענות) בדרך כלל אינם מתקיימים במקרה של הקצאת כספים לפעולות ביטוי. רוב רובם של אלה המבקשים תמיכה מהמדינה אינם כאלה שהשלטון היה רשאי להגבילם לו היו מתבטאים בעצמם.<sup>45</sup> התמיכה בתרבות ובאומנות מבוססת אפוא על הרצון להבטיח

41 על הרקע התאורטי לטיעון זה ראו Robert L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly* 470 (1923) *Non-Coercive State*, 38 POL. SCI. QTLY. כפי שטוען אילן סבן "שוק הרעיונות לא יתגוון אם המדינה לא תסייע בגיוונו" (סבן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 491).

42 מדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 583.

43 שם. יש להדגיש כי תמיכה יכולה להיעשות במישרין (מתן כסף) או בעקיפין (הנחות, פטור ממס והקלות רגולטוריות שונות). אין הבדל בין שני הסוגים, שכן בסופו של דבר פטור ממס מותר בידי הגוף את אותו סכום שהיה יכול להתקבל בתמיכה ישירה.

44 ראו משרדי המדע הטכנולוגיה והחלל, התרבות והספורט "הצעת תקציב לשנת הכספים 2017–2018" (אוקטובר 2016) <https://goo.gl/NBzUDp>.

45 חיווק לטיעון זה ניתן ללמוד גם מהעובדה שבכל המקרים שהגיעו לתקשורת בשנים האחרונות שבהם ניסה משרד התרבות למנוע מימון לא נעשה ניסיון כזה של העמדה לדין פלילי או צנזורה. אומנם יש הבדל בין השיקולים המנחים את המדינה במישור המנהלי (הקצאת כספים) לבין אלה המנחים אותה

שוק דעות ורעיונות שוקק, שהוא תנאי בסיסי ליכולתו של אדם לבחור את החיים הטובים לו. אותו שוק דעות חייב לספק מגוון רחב של רעיונות וערכים, הן כדי לעצב את אישיותו של האדם והן כדי שהאדם יבחן מחדש את אמונותיו. מכאן נובעת גם דרישת הניטרליות של המדינה, בהקפדה על תמיכה שוויונית ולא מפלה, שאם לא כן, רק דעות ורעיונות מסוג מסוים יקבלו מימון, ולא יתקיימו שוק דעות ואפשרות לשיח ציבורי אלא הגמוניה ומונוליתיות מחשבתית.<sup>46</sup>

כיצד אפוא מחולק המימון הציבורי לביטוי הפרטי? אילן סבן למשל טוען כי על המימון הציבורי להיות בעל מבנה דואלי: מחד תמיכה שלטונית בביטוי פנים-קהילתי המסייעת לאדם לשמור על תרבותו וקהילתו, בעיקר אם מדובר בקהילה או בתרבות מיעוט, ומאידך אי-אפשרות של המימון הציבורי לשרת רק מטרות קהילתיות. נודעת חשיבות לחשיפת פרטים דווקא לעמדות המאתגרות את תפיסותיהם, כדי שיוכלו לממש את האוטונומיה שלהם לטובת תפיסת הטוב שלהם, ובכלל זאת את זכות היציאה ממסגרות קהילתיות.<sup>47</sup> הדגש של סבן הוא על זכויות אדם ורב-תרבותיות ועל חובתה של המדינה לייצר "במה" כדי לאפשר הן פיתוח העדפות והאמנות והן רביזיה של אותן העדפות והאמנות. מכאן שאפשר להתווכח על אודות המינונים של ביטוי כזה או אחר, אבל ככלל אין לקשור בין תוכן הביטוי לבין תמיכה בו. במילים אחרות, המשמעות של ניטרליות היא בהענקת במה (לאו דווקא שווה) למכלול הדעות בחברה. בעקבות זאת מבחין סבן בין מתן במה לבין דוברות. על המדינה להעמיד במה לדעות שונות, אולם הרוב גם רשאי להשתמש בכוחו כדי לבטא את העדפתו.<sup>48</sup>

ואכן, החוק והפסיקה אימצו את המודל הניטרלי המעניק תמיכה המנותקת מתוכן הביטוי. למשל, בפסק הדין הראשון שעסק בנושא טען העותר, פסטיבל המוסיקה באברגוש, כי משרד החינוך והתרבות סירב לתמוך בפסטיבל משום שהמוסיקה המנוגנת היא "מוסיקה כנסייתית" (טענה שהמשיב לא הכחיש).<sup>49</sup> השופט חיים כהן קבע, בדעת מיעוט,<sup>50</sup> כי טיב היצירה אינו יכול לשמש קריטריון למתן תמיכה,<sup>51</sup> משום החשש מהתערבות פוליטית באומנות ובחופש הביטוי האומנותי. התערבות פוליטית, אליבא דהשופט כהן, היא "כל התערבות מטעם גוף פוליטי" שיש בה ניסיון לכפות על האומן

במישור הפלילי (העמדה לדין), אולם מהעובדה שלא נעשה ולו ניסיון אחד להעמיד לדין נראה כי אין מדובר בביטויים פליליים כשלעצמם.

46 עקרון דומה חל במימון ציבורי של מפלגות ותעמולת בחירות. החשש מפני אי-שוויון כלכלי הביא לרגולציה המצמצמת את המקום של מימון פרטי ומערכת של מימון ציבורי המבקשת לחשוף את הציבור למגוון דעות. ראו מדינה, לעיל ה"ש 1, בס' 3.116.

47 סבן, לעיל ה"ש 20, בעמ' 492.

48 שם, בעמ' 501.

49 עניין אברגוש, לעיל ה"ש 34, בעמ' 823.

50 שם. השופט כהן היה בדעת מיעוט לעניין התוצאה, ובדעת יחיד לעניין ההנמקה. השופט קיסטר סבר כי לא התקיימה הפליה מחמת דת, אולם קיבל על עצמו את עיקרי דיני השוויון בסוגיה, והשופט זוסמן סבר כי הרשות המנהלית רשאית לחלק תמיכות לפי שיקול דעתה הבלעדי. פסק הדין ניתן בשנת 1971, אך ההלכה כיום, שלאחר מכן עוגנה בחוק יסודות התקציב, היא כדעת המיעוט של השופט כהן.

51 שם, בעמ' 827.

"מעשה או מחדל, דעה או אמונה, שלא הוא בחר בהם מרצונו החפשי שלו".<sup>52</sup> זאת ועוד, השופט כהן שלל את תפיסת הניטרליות השוקית. הוא הכיר בכך שמוסדות מדע ואומנות נזקקים לתמיכה ממשלתית כדי לשרוד, אולם פועל יוצא של היות מדינה דמוקרטית הוא שעל המימון הממשלתי להינתן מבלי לפגוע בחופש הביטוי. כפי שכתב השופט כהן:

"הדמוקרטיה שלנו נבדלת מצורות שלטון אחרות בכך שהכוח והכסף אינם עונים על הכל ואינם קונים את הכל, אלא יש ערכים שאינם ניתנים לקניה ולהמרה, ועליהם מגן החוק אף מפני כוח וכספה ועצמתה של הממשלה. 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".<sup>53</sup>

מימון ציבורי צריך להינתן אפוא לפי קריטריונים שוויוניים, שאינם נוגעים במישרין לתוכן היצירה. למשל, היה השר רשאי לשקול אם מדובר במוסד שעוסק בתרבות ובאמנות, מהי מידת העניין הציבורי בפסטיבל, מיקומו הגאוגרפי של הפסטיבל, אם יש לפסטיבל מקורות הכנסה חלופיים וכיוצא באלה. כל אלה שיקולים רלוונטיים שאינם פוגעים בחופש הביטוי ונובעים מהצורך בסדר עדיפויות בעולם של משאבים מוגבלים.<sup>54</sup>

עד לפסק הדין בעניין אבר-גוש, מימון ציבורי ניתן לפי שיקול דעתה הבלעדי של הרשות הרלוונטית. בעקבות פסק דין זה ובעקבות פסק דין ישיבת תומכי תמימים, אשר בו נקבע כי תמיכות צריכות להינתן על בסיס קריטריונים ברורים, ענייניים ושוויוניים,<sup>55</sup> פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחיה שמבססת את חובת השוויון במתן תמיכות.<sup>56</sup> אולם היו אלה הימים שלפני המהפכה החוקתית. היה ניתן לפסול הפליה מנהלית, אבל הפליה המעוגנת בחוק הייתה חסינה מביקורת שיפוטית. מכיוון שאפשרות חלוקת כספים מרכזת בצידה כוח פוליטי ניכר, החלו חברי הכנסת, באמצעות חוקי התקציב, לחלק תמיכות למטרות המקורבות לאינטרסים הפוליטיים שלהם, ללא קריטריונים ברורים, וודאי שלא שוויוניים. כך נוצרו שני מסלולים: מסלול אחד, תמיכות המגיעות ממשרדי ממשלה שהיו כפופים לעקרון השוויון; מסלול שני, כספים "ייחודיים" שהגיעו לגופים ספציפיים שחברי הכנסת חפצו ביקרם באמצעות חקיקה ראשית.<sup>57</sup>

52 שם, בעמ' 828.

53 שם, בעמ' 828–829.

54 שם, בעמ' 829–830.

55 בג"ץ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273 (1984).

56 דה-הרטוך, לעיל ה"ש 33, בעמ' 83.

57 שם, בעמ' 83–84. ניסיון חלקי (ולא מוצלח) להתגבר על בעיה זו נעשה בפסק הדין בעניין צבן, לעיל ה"ש 33, שם קבע בג"ץ כי תמיכה ממשלתית צריכה להיעשות רק כאשר התמיכה נעשית לטובת מטרה שיש לציבור עניין בה. ראו גם דה-הרטוך, לעיל ה"ש 33, בעמ' 85–86.

הביקורת הציבורית על מסלול הכספים הייחודיים הובילה לחקיקתו של סעיף 3א לחוק יסודות התקציב ולעגיגונה החקיקתי של חובת השוויון בחלוקת כספי המדינה.<sup>58</sup> סעיף 3א(ד) לחוק יסודות התקציב קובע כי "הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים", וסעיף 3א(ה) קובע כי "הממונה על סעיף התקציב יקבע, בהתייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, מבחנים שוויוניים לחלוקת הסכום שנקבע באותו סעיף תקציב לצורך תמיכה במוסדות ציבור". באקט משלים פירש בית המשפט העליון את הוראותיו של חוק יסודות התקציב כעליונות על פני חוקי התקציב השנתיים, במובן זה שהוראה בחוק התקציב עלולה להתבטל אם היא נמצאה סותרת את הוראותיו של חוק יסודות התקציב.<sup>59</sup> מובן שסעיף 3א לא מנע קיומם של מבחני תמיכות "תפורים" או מבחנים שהיו ניטרליים לכאורה אך הפלו בפועל.<sup>60</sup> ומובן שהבעיות הרגילות בזיהוי קבוצת השוויון והצורך לקבוע אם ההבחנות מוצדקות נותרו בעינן.<sup>61</sup> אבל עקרון השוויון, ולא הזכות לחופש ביטוי, הפך לעקרון המנחה בחלוקת תמיכות ממשלתיות, בין היתר במוסדות תרבות ואומנות.<sup>62</sup>

מראשיתה אפוא נבחנה סוגיית התמיכה בביטוי דרך עילת השוויון, והמקום שניתן לחופש הביטוי היה זניח עד לא קיים. המחשה למעמדו הנחות של חופש הביטוי בסוגיית המימון הציבורי ניתן לראות בשלושה מקרים מהעת האחרונה. כולם מקרים שבהם הייתה הזדמנות לפתח את סוגיית חופש הביטוי בתחום המימון הציבורי, אך הדבר לא יצא לפועל. שני המקרים הראשונים הם פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם בית המשפט העדיף להסתמך על עילת הבשלות כעילת סף על פני דיון מהותי בחופש הביטוי. במקרה הראשון הותקפה ההוראה בסעיף 3ב לחוק יסודות התקציב המאפשרת לשר האוצר לשלול מימון מגוף מתקצב אם הגוף מציין את יום העצמאות או את יום הקמת המדינה כיום אבל.<sup>63</sup> במקרה השני הותקפה הוראה דומה בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם

58 דרך אחרת למימון היא באמצעות חלוקת כספים דרך גופים מתווכים אשר מקפידים על קריטריונים מקצועיים, ובכך מנוטרלת ההשפעה הפוליטית בנוגע לתכנים הממומנים. כך למשל מחולק תקציב האוניברסיטאות. רוב התקציב מגיע ממשד החינוך, אולם לא הוא אמון על חלוקתו אלא הו"ת שבמועצה להשכלה גבוהה, שהוא הגוף המקצועי האמון על השכלה גבוהה בישראל. לפי תפיסה זו, הממשלה אינה קובעת מה ראוי לחקור (אם כי היא יכולה לתמרץ אפיקי מחקר מסוימים). אם כי כמובן המדינה מתמרצת אפיקי מחקר מסוימים, ולכן גם כאן הניטרליות אינה מושלמת. השוו מאוטנר, לעיל ה"ש 34. ראו גם ס' 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958.

59 עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 33, בעמ' 355-358.

60 פסק דין התנועה המסורתית הוא דוגמה למקרה שנעשה בו שימוש בקריטריון גאוגרפי "ניטרלי" שבפועל הפלה זרמים לא-אורתודוקסיים.

61 ראו למשל בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142 (2010); עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1 (2010).

62 לפסקי דין נוספים העומדים על חשיבותו של עקרון השוויון כאשר מדובר במימון ציבורי, ראו בג"ץ 3792/95 תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 280, 274, 259 (1997); בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עליה, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.5.2009).

63 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012). לביקורת על פסק הדין ראו מדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 453.

(סעיף 4), המאפשרת בין היתר לשר האוצר לשלול הכרה כמוסד ציבורי לפי פקודת מס הכנסה, לשלול זכאות לכספים של מפעל הפיס או לשלול הכרה כמוסד ציבור לפי חוק יסודות התקציב ממי שפרסם קריאה פומבית להטלת חרם על ישראל או ממי שהתחייב להשתתף בחרם.<sup>64</sup> בשני מקרים אלה מקומו של חופש הביטוי היה שולי. במקרה הראשון הכריע בית המשפט על בסיס עילת הבשלות, שכן הסנקציות טרם ננקטו. במקרה השני נפסק כי הפגיעה בחופש הביטוי הינה קטנה ועומדת בתנאי המידתיות, אך בית המשפט קבע בסופו של דבר כי הסוגיה לא בשלה להכרעה, וכי יש להמתין למקרים קונקרטיים במסגרת ביקורת שיפוטית "יישומית".<sup>65</sup> טענות העותרים בדבר יצירתו של אפקט מצנן מעצם קיומן של הסנקציות לא זכו להתייחסות משכנעת.<sup>66</sup>

המקרה השלישי אינו פסק דין אלא עתירה שהגישה לאחרונה האגודה לזכויות האזרח נגד שרת התרבות, מירי רגב.<sup>67</sup> העתירה תוקפת שלושה מבחני תמיכה של משרד התרבות, למוסיקה, לתיאטרון ולמחול.<sup>68</sup> המבחנים מעניקים, בין היתר, בונוס לגופים המופיעים בהתנחלויות ומפחיתים מימון לגופים אשר מצהירים שלא יופיעו בהתנחלויות. לטענת האגודה, מלבד הפגמים המנהליים השונים יש במבחנים אלה משום פגיעה בחופש הביטוי האומנותי והפוליטי ופגיעה בזכות לשוויון. אולם עיון בעתירה מלמד כי החלק היחסי המוקדש לחופש הביטוי הוא קטן – שני עמודים בלבד מתוך 23 עמודים. בחלק הרלוונטי חוזרת העותרת על קביעתו של השופט כהן בפסק הדין בעניין אבר-גוש ומאזכרת את חובת הניטרליות.<sup>69</sup> אין דיון מעמיק בחופש הביטוי, ולא בכדי. מאז האמירות הנחרצות של השופט כהן ב-1971 בחר בית המשפט העליון להתמקד בזכות לשוויון ולניטרליות מצד המדינה, אך לא באופן שבו הזכות לחופש ביטוי ממומשת דרך התמיכה הפוזיטיבית של המדינה. עם זאת בל נשכח שגם השופט כהן, בהגנו על חופש הביטוי, ביסס זאת על אדניו של עקרון הניטרליות ואי-ההתערבות על בסיס תוכן. מטרתו הייתה להגן על חופש הביטוי האומנותי מהתערבות שלטונית אשר עלולה להשפיע על שוק הדעות, ובכך גם לפגוע באוטונומיה של היוצרים.

בחלק ב' אטען כי אף שההגנה שמעניק פסק הדין בעניין אבר-גוש חשובה מאוד, לא די בה. התמקדות בשוויון ובניטרליות בלבד אגב ייחוס משקל זניח לחופש הביטוי וביסוסו על חופש הביטוי האומנותי בלבד ולא על שיקולים דמוקרטיים, משענינה את דוקטרינת המימון הציבורי של ביטוי פרטי על אדנים חלקיים. אך בטרם אגיע לחלק ב', ראוי לבחון, בקצרה, את המצב המקביל בארצות הברית. בעשורים האחרונים פיתח בית המשפט העליון האמריקאי דוקטרינה מורכבת המנסה לתת מענה לאתגרים החוקתיים שבמימון ציבורי של

64 בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015).

65 שם, פס' 59–60 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר.

66 בפסק הדין בעניין בוגרי התיכון האורתודוקסי, לעיל ה"ש 63, לא זכתה הטענה להתייחסות כלל, אף שנטענה על ידי העותרים (פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה נאור). בפסק הדין בעניין אבנרי, לעיל ה"ש 64, זכתה הטענה להתייחסות בדעת המיעוט של השופט דנציגר, שבה דחה את עילת חוסר הבשלות (שם, פס' 49–50 לפסק דינו של השופט דנציגר).

67 בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט (פורסם בנבו, 29.9.16).

68 לנוסח העתירה ראו <https://goo.gl/dFm9V9>. למבחנים ראו לעיל ה"ש 29.

69 נוסח העתירה, לעיל ה"ש 68, ס' 80–81.

ביטוי פרטי. בישראל הטענה בדבר חופש המימון מוצדקת פעמים רבות באמצעות ההפניה לניסיון האמריקאי. כפי שאראה, טענה זו איננה משוללת יסוד, אולם היא מתעלמת מהניואנסים שפותחו שם. עם זאת, וכפי שאראה, גם הדוקטרינה בארצות הברית אינה נותנת מענה לחשש הדמוקרטי מפני שימוש לרעה בכוחו של הרוב באמצעות מימון ציבורי של ביטוי פרטי.

## 2. ארצות הברית

כאמור לעיל, אחת ההצדקות לעקרון חופש המימון נשענת על התמיכה שהעקרון זוכה לה, כך נטען, במשפט האמריקאי. אף כי יש דמיון מסוים בין חופש המימון לדוקטרינה המקבילה במשפט האמריקאי, חלק זה יטען כי בית המשפט העליון הפדרלי לא הביע תמיכה מלאה בעקרון זה, ואם יש בפסיקה האמריקאית משום תמיכה ברעיון חופש המימון, תמיכה זו אינה בהירה כל צורכה, וממילא אינה דומה לרעיון המקורם בישראל.

הפסיקה האמריקאית מבחינה בין רגולציה של ביטוי לבין מצבים שבהם הממשלה היא הדוברת. כאשר מדובר ברגולציה של ביטוי, על השלטון להיות ניטרלי כלפי עמדות שונות אלה מאלה, והוא אינו רשאי להעדיף ביטוי אחד על פני ביטוי אחר אך בשל העמדה שבבסיס הביטוי. זוהי דוקטרינה הידועה כ־"viewpoint neutrality"<sup>70</sup> אבל כאשר הממשלה היא הדוברת, אין באפשרותה להישאר ניטרלית, שכן היא מקדמת מדיניות ספציפית, ולכן בהכרח הביטוי שלה מבכר עמדה מסוימת על פני עמדות אחרות שהיא אינה מעוניינת לקדם. העדפה זו מותרת על בסיס הדוקטרינה הידועה כ־"government speech". השאלה היא כמובן מתי נאמר שמדובר ברגולציה של ביטוי, ומתי נאמר שהממשלה היא הדוברת, ובייחוד אם נוכל לומר שכאשר הממשלה מממנת את הביטוי, מדובר בביטוי של הממשלה. האם עובדת היות הביטוי ממומן משפיעה גם על זהות הדובר? האם הביטוי הופך לביטוי של הממשלה אך משום שהוא בא לעולם בעקבות המימון שהיא נותנת?

אלה שאלות מורכבות. כאמור, הרעיון הבסיסי הוא שכאשר הממשלה היא שמדברת, אין היא כפופה לדרישת הניטרליות.<sup>71</sup> שאלת המימון מסבכת את ההבחנה הלכאורה פשוטה, שכן אם הביטוי נוצר ממימון, מיהו הדובר? הפסיקה האמריקאית נתנה בעניין זה תשובות שונות, אשר חלקן מצאו את מקומן גם בפסיקה הישראלית. למשל, בפסק דין *Pico*<sup>72</sup> החליט המחוז הבית-ספרי להוציא כמה ספרים מספריות בתי הספר בנימוק שהספרים הם סרי טעם ואינם מוסריים. בית המשפט העליון פסל את ההחלטה, בקובעו שאם המניע להחלטה הוא הרצון לדכא רעיונות ולמנוע גישה של תלמידים לרעיונות אך משום שהמחוז אינו מצדד ברעיונות אלה, יש בכך פגיעה בחופש הביטוי. השופט בלקמון, שהצטרף לפסק הדין, סבר כי בהוצאת הספרים יש גם משום הפליה בין רעיונות, ועל המדינה לשמור על ניטרליות כלפי רעיונות. לעומת זאת דעת המיעוט פיתחה את מה

<sup>70</sup> Police Dep't of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92, 95-96 (1972).

<sup>71</sup> Adam Shinar, *Public Employee Speech and the Privatization of the First Amendment*, 46 CONN. L. REV. 1, 25 (2013).

<sup>72</sup> Board of Education, Island Trees Union Free School District No. 26 v. Pico, 457 U.S. 853 (1982).

שלימים יהפוך לרעיון "חופש המימון". על פי דעת המיעוט, כאשר המדינה פועלת בכובעה כמחנכת, היא רשאי לקבוע אילו ערכים להעביר לתלמידים גם אם ההחלטה מבוססת על טעמים אישיים, חברתיים, פוליטיים או מוסריים. לענייננו, ההבחנה החשובה של דעת המיעוט הייתה כזו: כאשר בית הספר מחליט להוציא ספר מהספרייה, הוא אינו מונע מאזרחים לקנותו ולקוראו, אלא רק קובע שהספר לא יוחזק בספרייה הבית-ספרית. וכאשר המדינה פועלת כמחנכת, אין זה מעורר את אותם קשיים מקום שבו המדינה פועלת כריבון. הדמיון לחופש המימון ברור. גם תומכי הטיעון של חופש המימון אינם רואים עצמם מצנזרים אלא אחראים לשימוש ראוי בכספי ציבור. כשם שבתי הספר אחראים לחינוך, כך הממשלה אחראית לשימוש מדיניותה, ותהא זו מדיניות פוליטית, חברתית, כלכלית או מוסרית. לכן מה שהשופט בלקמון ראה כהפליה אינה נתפסת כלל ככזו בדעת המיעוט בפסק הדין ובקרב תומכי חופש המימון.

דוקטרינת חופש המימון קיבלה חיזוק ניכר בפסק דין *Regan*.<sup>73</sup> במקרה שם התארגנה קבוצת אזרחים כחברה ללא כוונת רווח וביקשה פטור ממס כמקובל בעניינם של ארגונים שאינם עוסקים בפעילות פוליטית או בתעמולה. רשויות מס ההכנסה סירבו להעניק פטור, מהטעם שהקבוצה ניסתה לקדם שינויי חקיקה, ובכך הפכה לגוף לוביסטי שאינו זכאי לסבסוד מהמדינה. הקבוצה טענה בתביעתה שתי טענות: האחת, כי אי-מתן פטור שקול לפגיעה בחופש הביטוי שלה; השנייה, שקבוצות של וטרנים, אשר עוסקות גם בפעילות לוביסטית, מקבלות פטור ממס. בית המשפט העליון דחה את התביעה פה אחד. אשר לחופש הביטוי, נקבע כי אין חובה לממשל לספק כסף לחברה, ואין במניעת פטור ממס משום פגיעה ביכולתה של החברה להתבטא. כן נקבע שאין הפליה בכך שקבוצות וטרנים מקבלות פטור, אפילו אם הן עוסקות בפעילות פוליטית. זאת, משום שהקונגרס רשאי להבחין בין מטרות שלדעתו על כל האזרחים לסבסוד לעומת מטרות אחרות, וכן כי הפטור אינו מכוון לסוג אחד של ביטוי, אלא לכל ביטוי של ארגוני וטרנים, ובמובן הזה הוא ניטרלי כלפי תוכן הביטוי.

פסק הדין המוביל בסוגיה, ואשר קיבע סופית את עקרון חופש המימון (אם כי לא בשם הזה), הוא *Rust v. Sullivan*.<sup>74</sup> במקרה שם קבע חוק פדרלי כי כספים פדרליים שמיועדים לתוכניות לתכנון משפחה לא יועברו לתוכניות שבהן הפלה היא אחד מהשירותים הניתנים. מאוחר יותר הוספו תקנות אשר שללו מימון גם מגופים אשר נתנו ייעוץ בנוגע להפלה או הפניה לביצוע הפלה במקום אחר, וכן מגופים אשר מעודדים הפלות כאמצעי לתכנון משפחתי או מצדדים בהן, ובכלל זאת פעילות לוביסטית, הפצת מידע ויזום ליטיגציה. התובעים, מרפאות ורופאים, עתרו נגד התקנות בטענה כי אלה פוגעות בחופש הביטוי שלהם על בסיס העמדה שאותה הם מביעים (תמיכה או מתן מידע בנוגע להפלות). בית המשפט העליון, בדעת רוב, דחה את תביעתם. בית המשפט לא מצא באיסור משום הפליה על בסיס עמדה אלא רק בחירה לממן פעילות אחת על פני פעילות אחרת. בית המשפט חזר על ההלכה שנקבעה בפסק דין אחר, שלפיה:

<sup>73</sup> *Regan v. Taxation with Representation of Washington*, 461 U.S. 540 (1983).

<sup>74</sup> *Rust v. Sullivan* 500 U.S. 173 (1991).

“There is a basic difference between direct state interference with a protected activity and state encouragement of an alternative activity consonant with legislative policy”.<sup>75</sup>

והרי לנו תורת חופש המימון כולה: למדינה יש העדפה ערכית שלפיה היא נגד הפלות. היא אינה יכולה לאסור באופן מוחלט על הפלות, שכן איסור כזה נוגד את החוקה.<sup>76</sup> אולם היא רשאית להשתמש בכוחה ההקצאתי כדי לקדם מדיניות נגד הפלות וכדי לעודד נשים שלא לבצע הפלה. אין בכך משום פגיעה בחופש הביטוי של הרופאים ושל המרפאות, שכן לאלה אין זכות שהמדינה תממן את הביטוי שלהם, וכל עוד היא אינה אוסרת עליהם מלהתבטא או לבצע הפלות, אין בכך פסול. מנגד, לממשלה יש חובה לקדם את המדיניות שלשמה נבחרה, בין היתר מניעת הפלות, ולכן מוצדק כי תשתמש בכוח הכלכלי העומד לרשותה כדי לקדם מדיניות זו.

ואכן, יש היגיון מסוים בכלל זה. נניח למשל שהמדינה מקימה קרן לטובת מלחמה בעישון. האם בשם עקרון הניטרליות וחופש הביטוי חובה עליה כעת לממן גם גופים המעוניינים לקדם עישון? ברור שהתשובה שלילית, אולם מדוע? אליבא דבית המשפט העליון האמריקאי, מכיוון שהמדינה בוחרת לתקצב מטרה מותרת, אין היא חייבת לתקצב גם מטרת מנוגדת. בפסיקה מאוחרת יותר הבחין בית המשפט בין מצב שבו המדינה מקצה כספים כדי לקדם מדיניות שהיא מעוניינת בה (שאו היא רשאית “להפלות” בין דוברים) לבין מצב שבו המדינה עצמה אינה מדברת או מעבירה כספים לטובת מטרה שבה היא תומכת אלא מעבירה כספים רק כדי לעודד פלורליזם של דעות ועמדות, שאז אין היא יכולה להבחין בין עמדות ועליה להיות ניטרלית.<sup>77</sup> אבל כפי שהעירו מלומדים, הבעיה עם פסק דין *Rust* ודומיו היא לא שהמדינה בוחרת לקדם נושא מסוים, אלא שנוסף על זה היא מבקשת לבצע מניפולציה על התבטאותם של דוברים פרטיים, ובכך כופה את עמדתה על הציבור הרחב.<sup>78</sup> בתוך זמן קצר הבין בית המשפט העליון שהכלל שנקבע בעניין *Rust* רחב מדי והחל בניסיון לצמצמו. מהלך זה הוביל לבלבול ניכר. בפסק דין *Velazquez*<sup>79</sup> אסר הקונגרס על עורכי דין שעובדים עבור ה־*Legal Services Corporation*, גוף המעניק סיוע משפטי למעוטי יכולת שהוקם על ידי הקונגרס, לטעון בבית משפט טענות המאתגרות את חוקי הרווחה או תובעות לשנותן. הרציונל של הקונגרס היה כי מכיוון שהמדינה מממנת את הייצוג, היא רשאית לקבוע אילו טענות יטענו עורכי הדין. לכאורה, לפי פסק דין *Rust*, בית המשפט היה צריך לדחות את טענת הסיוע המשפטי, משום שכשם שהמדינה מממנת רופאים, ולכן יכולה לכוון את פעילותם לסיוע ולייעוץ בנושא הפלות, כך היא יכולה לכוון את טענותיהם של עורכי הדין מהסיוע המשפטי, שלהם היא משלמת לייצג נזקקים. אולם בית המשפט הבחין בין שני המקרים. במקרה של *Rust* לא היה הביטוי של הרופאים שייך להם אלא למדינה

<sup>75</sup> *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 475 (1977).

<sup>76</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 164–166 (1973).

<sup>77</sup> *Rosenberger v. Rector and Visitors of University of Virginia*, 515 U.S. 819, 839–840 (1995).

<sup>78</sup> Martin H. Redish & Daryl I. Kessler, *Government Subsidies and Free Expression*, 80 MINN. L. REV. 543, 576–577 (1996).

<sup>79</sup> *Legal Services Corp. v. Velazquez*, 531 U.S. 533 (2001).

שניסתה לקדם מדיניות נגד הפלות. לכן לא הייתה שם הפרה של חופש הביטוי, שכן ממילא אין להם חופש ביטוי במקרה הזה. לעומת זאת הביטוי של עורכי הדין היה ביטוי פרטי, כי עורכי דין דיברו בשם הלקוחות שלהם. ניסיון הקונגרס לצמצם את מרחב הטענות שלהם בקביעה כי רק טענות מסוימות (אלה התוקפות את חוקי הרווחה) אינן מותרות, כמוהו כהפרת עקרון הניטרליות. בית המשפט עמד על הפגיעה בעבודתו של עורך הדין שלא יוכל לייצג את לקוחו נאמנה אם לא יורשה לטעון טענות נוספות, אולם לא הסביר איך זה שחשש זה אינו מתעורר כאשר רופאים אינם מורשים להסביר למטופלותיהם על אודות האפשרות של ביצוע הפלה. עניין *Velazquez*, במקום להבהיר את המצב המשפטי, רק הביא לבלבול. דעת המיעוט בעניין *Velazquez* עמדה על נקודה זו וטענה כי מדובר בהחלטה חסרת תקדים, שכן זו הפעם הראשונה שהממשלה תוגבל בקידום המסרים שברצונה להעביר.

שני פסקי דין נוספים הקרובים לענייננו מסבכים את המצב אף יותר, שכן הם ממחישים את חוסר היכולת של בית המשפט העליון האמריקאי לגבש גישה אחידה להבחנה בין ביטוי פרטי לבין ביטוי של הממשלה. המקרה הראשון, *Finley*,<sup>80</sup> עסק בחלוקת כספים על ידי ה-National Endowment of the Arts, שהיא רשות פדרלית עצמאית התומכת באומנות. בעקבות חלוקת כספים לאומנות הומארוטית ותמונה שהציגה את הצלב בתוך שלולית שתן, שינה הקונגרס את החוק המסדיר את פעילות הרשות והעניק לה סמכות לשקול, מלבד מצוינות אומנותית, גם שיקולים של הגינות וכבוד לאמונות ולערכים שונים של הציבור האמריקאי. השאלה שעמדה במוקד הדיון היא כיצד לפרש את החוק המסמך – כשולל את סמכותה של המועצה לחלק כספים ליצירות העומדות בקריטריונים שבחוק המתוקן, או כמוסוף שיקולים שניתן לשקול, אך אלה אינם מחייבים לפסול יצירה. בית המשפט בחר באפשרות השנייה. בעקבות זאת נקבע שיש הבדל בין "לשקול" לבין "לפסול", ואין בקריטריונים החדשים משום רצון לפסול עמדה או דעה ספציפית. במילים אחרות, בית המשפט לא מצא הפרה של עקרון הניטרליות.

המקרה השני הוא פסק הדין *Open Alliance* משנת 2013.<sup>81</sup> פסק הדין מבטא את הגישה העדכנית ביותר, אך ההלכה היא כה לוליינית, עד שאין בצידה הדרכה ברורה. בתמצית: הקונגרס חוקק חוק שנועד להילחם במחלת האיידס. במסגרת החוק הקצה הקונגרס מיליארדי דולרים שיינתנו לארגונים לא ממשלתיים כדי שיסייעו במאבק. אחד מהתנאים לקבלת הכספים היה כי הכספים לא יינתנו לארגונים שאין להם מדיניות מפורשת המתנגדת לזנות או לסחר באנשים. חלק מהארגונים סירבו לאמץ את המדיניות הזו בטענה של פגיעה בחופש הביטוי שלהם, מחשש שלא יזכו לשיתוף פעולה ממשלתי במדיניות שבהן הם פועלים, ובכך תיפגע פעולתם, במיוחד פעילותם בקרב נשים בזנות. כן חששו שהדרישה תאלץ אותם לצנזר את פעילותם הממומנת ממקורות פרטיים, למשל כינוסים, דוחות ופרסומים אחרים. השאלה בפסק הדין הייתה אם הממשלה יכולה להתנות מימון בביטוי, שכן ברור שהממשלה אינה יכולה להורות לאנשים מה לומר כאשר אין עניין של מימון.

80 עניין *Finley*, לעיל ה"ש 32.

81 Agency for International Development v. Alliance for Open Society International, Inc., 570 U.S. 205 (2013).

בפסק דין מורכב קבעה דעת הרוב כי הממשלה אינה יכולה למנף מימון כדי להסדיר ביטוי המצוי מחוץ לתוכנית הממשלתית. לפי בית המשפט, הבעיה בהתניית המימון לא הייתה שהארגון לא יעודד מדיניות מסוימת, אלא שהיא דורשת ממנו לדחות בפועל עמדה שהארגון רוצה להיות ניטרלי בעניינה (במקרה הזה, עמדה כלפי זנות). כלומר לדרישת המימון מתלווה דרישה שהארגון יאמץ, כעמדה משלו, את עמדת הממשלה כלפי זנות.

יש אלגנטיות מסוימת בהלכה זו, אולם היא קורסת במהרה. בית המשפט קבע שאי אפשר "למנף" מימון כדי להסדיר ביטוי שנופל מחוץ לתוואי התוכנית הממשלתית, אבל לא ברור מה ייחשב לחלק מהתוכנית ומה לא. למשל: האם התוצאה הייתה שונה לו הייתה תכליתה של תכנית המימון להילחם בזנות ולא באיידס? בית המשפט סבר כי הקונגרס לא יוכל לשחק בתכלית בכל מקרה ומקרה, אבל לא הסביר מדוע. זאת ועוד, משהממשלה עצמה קבעה את התכלית הממשלתית, ותכלית זו היא כאמור קריטית כדי לקבוע מה ניתן לומר ומה לא, אנו נותנים לממשלה כוח עצום לקבוע את גבולות סמכותה שלה, ושוב מוצאים עצמנו עם הבעיות הרגילות מתחום חופש הביטוי, שכן ברגע שפעולה מסוימת נסמכת כמעט בלעדית על מימון, כל התניה שכזו עלולה לעלות כדי כפייה.<sup>82</sup>

לסיכום, הפסיקה האמריקאית מכירה בדוקטרינה של ביטוי ממשלתי, אשר דוחה מפניו דרישות של ניטרליות הקיימות בהסדרה ישירה של ביטוי. כאשר הממשלה או המדינה מדברות, הן רשאיות להתבטא באופן המבכר דעה אחת על פני רעותה. הבחנה זו קיימת גם בתחום המימון הציבורי של הביטוי הפרטי. אולם כפי שמדגימים פסקי הדין בעניין *Rust, Velazquez, Finley* ו-*Open Alliance*, בית המשפט לא השכיל לגבש כלל מנחה ברור המבחין מתי מימון ייחשב לכופה ביטוי, ולכן אסור, לבין מצבים שבהם מימון מחייב שינוי של הביטוי, אולם מותר. כמו בישראל, גם בארצות הברית עקרון הניטרליות הוא עקרון חשוב בחלוקת תקציבים. וכאשר גוף עומד בדרישות קריטריונים ענייניים ושוויוניים, אין מקום להפלותו. למשל: בחלוקת תקציבים לאומניות השיקול האומנותי הוא הקובע. השיקול של הגינות וכבוד לערכים שונים שהתווסף בפרשת *Finley* לא נפסל בבית המשפט רק משום שהוא פורש כשיקול ניטרלי שאינו מדיר עמדה מסוימת מהשיח הציבורי והאומנותי.

ניתן לראות אפוא כי ההישענות הישראלית על המשפט האמריקאי כמביע תמיכה בעקרון חופש המימון היא מוקשית. המשפט האמריקאי מביע תמיכה מסויגת בעקרון זה, וגם תמיכה זו אינה בהירה כל צורכה. טעות היא אפוא לסבור שהדיון מסתיים בהשוואה לדוקטרינה האמריקאית. בהמשך המאמר ברצוני להציע חשיבה מחודשת על עקרון חופש המימון. איני חולק על דרישות השוויון והניטרליות בחלוקת תמיכות, אולם לטעמי עקרונות "ניטרליים" אלה אינם מספיקים. נוסף על החובה לחלק כספים חלוקה שוויונית והוגנת, במנותק מתוכן הביטוי, לפעמים חשוב לחלק כספים דווקא לביטויים מסוימים. בחלק הבא אנסה לפתח כיוון זה, אך אומר כבר כעת שאין בידי נוסחה ברורה. מטרתה היא להצביע על עקרון שצריך לכוון את שיקול דעתה של הממשלה ושל בית המשפט בבואם להכריע

82 לבעיות אלה ואחרות, ראו Joseph Blocher, *New Problems for Subsidized Speech*, 56 WM. & MARY. L. REV. 1083 (2015).

בסוגיות הקשורות למימון ציבורי של ביטוי פרטי. זהו עקרון של תאוריה חוקתית ודמוקרטית שאינו מיתרגם בנקל לכללים פרטיקולריים.

## ב. עקרון אי־ההנצחה

### 1. הקושי בדין הקיים

הדגש בדין הקיים אינו על חופש הביטוי אלא על שוויון וניטרליות. למעט אמירות בודדות, בית המשפט מעדיף שלא לדון בשאלות מורכבות מתחום חופש הביטוי, ובראשן אם יש חובה פוזיטיבית לממן ביטוי פרטי. קל בהרבה להסתמך על איסור אי־הפליה, שמחייב מבחנים שוויוניים, ועל החובות החלות על הפעלת שיקול הדעת המנהלי, בראש ובראשונה עקרון החוקיות ואיסור על שקילת שיקולים זרים ועל משוא פנים.<sup>83</sup>

עקרונות המשפט המנהלי החלים כבר כיום על מימון ציבורי הולכים כברת דרך ארוכה במתן מענה לטיעון חופש המימון. אולם הבעיה בטיעונים אלה היא שהם אינם תופסים את גודל הקושי שבדוקטרינה זו. לשם המחשה הבה נניח כי הממשלה מחליטה לממן מחזות הקשורים לחיזוקה של מורשת ישראל והיהדות. היא קובעת לשם כך מבחנים, ואכן מדובר במבחנים שוויוניים, שמחלקים תמיכות לכל מי שמעלה מחזה העומד בקריטריונים המקצועיים והניטרליים. נניח שמחזאת מבקשת לקבל תמיכה למחזה שעניינו המורשת הפלסטית. משרד התרבות מסרב, באומרו שהתקציב מיועד לקידום מורשת יהודית. האם בית המשפט יתערב? ככל הנראה לא, שכן עקרון השוויון מופעל על תוכן המבחנים עצמם ולא על ההחלטה לקדם תחום תרבותי מסוים על פני אחרים.<sup>84</sup>

במקרה זה הטענות נגד חופש מימון אינן עושות עבודה מספקת, וכפי שטענתי, הן אינן תופסות חלק חשוב מהבעיה בטענה על אודות חופש המימון. כפי שאטען בחלק הבא, הבעיה האמיתית בטענת חופש המימון היא שהיא מבלבלת בין ממשלה למדינה, ובעשותה כן מונעת מהמיעוט הפוליטי להפוך לרוב פוליטי. חופש המימון בעייתי במיוחד כאשר הרוב הפוליטי (הקונטינגנטי) המתקיים בממשלה משתמש בכוחו ההקצאתי כדי להנציח את מעמדו ולבצרו, ובכך למנוע מהמיעוט להפוך לרוב. מתן מובן מלא לחופש הביטוי, לא רק

83 גם הכתיבה על אודות חופש המימון מתמקדת בעקרון החוקיות ובאיסור הפליה אגב ייחוס משקל קטן יחסית לחופש הביטוי. ראו לאחרונה, עמיר פוקס "אין דבר כזה 'חופש מימון'" הארץ (11.4.2017) <https://goo.gl/a39abJ>.

84 כך למשל טען השופט הנציגר בעניין אבנרי, לעיל ה"ש 64, פס' 21 לפסק דינו: "יש להדגיש, המדינה רשאית לתמוך בפעילות כזו, אך לא באחרת. היא רשאית לקדם את מדיניותה, בין היתר באמצעות העברת כספים למטרות השנויות במחלוקת בציבור. אולם, משבחרה המדינה לתמוך בפעילות, תהא שנויה במחלוקת ככל שתהא, אין היא רשאית להבחין בין גופים העוסקים בפעילות זו על בסיס שיקולים שאינם רלוונטיים לתכלית התמיכה ואשר יש בהם כדי לפגוע בזכויות חוקתיות. כך, למשל, המדינה רשאית להעביר כספים לקידום מוסדות תורניים, נושא שיתכן שהינו שנוי במחלוקת בציבור [...] אולם, המדינה אינה רשאית להבחין בין מוסדות הפועלים בנושא זה ללא הצדקה עניינית הקשורה לתכלית התמיכה. היא אינה רשאית, לדוגמה, להבחין בין שני מוסדות זהים בכל, לרבות במעלותיהם התורניות, מלבד העובדה שאחד מן המוסדות מבטא בפומבי את עמדותיה הפוליטיות של מפלגת השלטון או את אלה של מפלגה החברה בקואליציה, והאחר אינו עושה כן".

במובנו האומנותי אלא גם במובנו הדמוקרטי, עשוי לחייב אפוא דווקא תמיכה ברעיונות ובערכים של המיעוט הפוליטי אשר מתנגדים לשלטון. במקרים מסוימים אפוא אפשר שתקום חובה חוקתית אשר במבט ראשון נראית פרדוקסלית, ולפיה על השלטון לתמוך בגופים המבטאים רעיונות המבקרים את השלטון. חובה זו אינה נגזרת מעקרון הניטרליות, אלא מעקרון אי-ההנצחה, שיידון להלן.<sup>85</sup>

## 2. מדינה וממשלה

בשיח הפופולרי וגם בשיח המשפטי המילים "ממשלה" ו"מדינה" משמשות לעיתים קרובות תחליף זה לזה. למשל, כאשר מוגשת עתירה לבג"ץ נגד גופים ברשות המבצעת, מקובל כי הפרקליטות מייצגת את ה"מדינה", אף שרק הרשות המבצעת מעורבת (ולפיכך נכתב בפסקי הדין שהמדינה טוענת כך או אחרת). גם בספרות האמריקאית משמשות המילים state ו-government בערבוביה. הסיבה אינה נובעת מכשל. ברור לכול כי אין זהות בין ממשלה לבין מדינה; המדינה היא סך האורגנים הפועלים בה. אכן, הממשלה מייצגת את המדינה – למשל במשפט הבין-לאומי או בהליך הפלילי – אבל הממשלה היא לא המדינה אלא רק חלק ממנה.<sup>86</sup> בדרך כלל ההאחדה בין מדינה לממשלה אינה בעייתית, שכן ברור שאין זהות בין השתיים, אולם מטעמי נוחות אין מבחינים ביניהן.

עם זאת העניינים מסתבכים כאשר ההאחדה הרטורית ממונפת כדי לשרת מטרות פוליטיות החותרות תחת ההבחנה. סיבוך זה חל במלוא חריפותו כאשר נטענת טענת חופש המימון, שכן ביסודה עומד הרעיון שהממשלה, ורק היא, משמשת פה ל"עם" (voice of the people). הקושי הוא שמכיוון שההמשלה מזהה את עצמה עם ה"עם", היא מבבלבלת בינה לבין המדינה, שכן המדינה (ולא הממשלה) היא האורגן אשר בו משתקף העם, על גווניו השונים. מכוח ההאחדה של הממשלה עם העם הממשלה סבורה שהיא רשאית לקדם את מדיניותה ובתוך כך להשמיע את הטענה שלמעשה היא עושה זאת כמדינה. עם זאת פועל

85 כנגד עקרון השוויון והניטרליות ניתן לטעון גם טיעון מסוג אחר, החורג מגדר מאמר זה, טיעון המבוסס על קיומה של חובה פוזיטיבית לתמוך באומנות ובתרבות באשר היא. הבה נניח כי הממשלה מחליטה, משיקולי תקציב ענייניים, כי אין די כסף בתקציב המדינה לתמוך במחזות ובתיאטראות, ולכן מצהירה כי השנה לא תחלק תמיכות כלל בתחום התיאטרון. לממשלה יש סמכות לא לחלק תמיכות בתחום מסוים, ומשעה שאין חלוקה, קשה לומר כי הופר עקרון השוויון. במצב זה הטענות המקובלות נגד חופש המימון מסתיימות, שכן הן אינן, ככלל, מושתתות על חופש הביטוי. כדי לחייב את המדינה לתמוך בענף מסוים אנו זקוקים אפוא לטיעון מתחום חופש הביטוי אשר בליבו תעמוד החשיבות החברתית של אומנות ותרבות, וכי חשיבות זו מצמיחה חובה פוזיטיבית לתמיכה כלכלית. טיעון זה חורג מעקרון אי-ההנצחה, ולכן לא אדון בו, אולם יש להדגיש כי טיעון זה אינו סותר את עקרון אי-ההנצחה ואף יכול לחפוף אותו. למשל, היה והשוק ה"חופשי" משקף פערי כוחות ניכרים, ואלו היו נוטים לטובת עמדות הממשלה, היה ניתן לטעון כי על המדינה לתמוך באותו תחום, שכן אלמלא אותה תמיכה יפעל השוק החופשי להנצחת הסטטוס קוו. עם זאת פעולות אומנותיות רבות אינן קשורות במישרין לתמיכה במסרי הממשלה או להתנגדות להם, ולכן הטיעון בדבר חשיבותה של אומנות ככזו מצריך הצדקה רחבה מזו שעקרון אי-ההנצחה יכול לספק.

86 בהקשר זה ראו למשל, Montevideo Convention of Rights and Duties of States art. 1, Dec. 26, 1933, 165 L.N.T.S 19, הקובע את התנאים לקיומה של מדינה. תנאי אחד מבין הארבעה הוא כי תהיה ממשלה, ללמדך שקיומה של ממשלה אינו חופף את המדינה.

יוצא של חשיבות ההבחנה בין מדינה לממשלה היא הלגיטימציה המוגבלת שיש ליתן לממשלה. אכן, הממשלה מתכוננת מכוח הרוב בכנסת, ולכן מייצגת לכאורה את אותם בוחרים שהצביעו למפלגות שלאחר מכן הרכיבו את הממשלה. אולם הממשלה "מייצגת" גם את אלה שלא הצביעו בעבור אותן מפלגות.<sup>87</sup> המדינה, בין היתר באמצעות הממשלה, מפעילה כוח על כלל הסובייקטים בתחומה, בין על אלו שהצביעו עבור הממשלה ובין על אלה שלא. המדינה היא יחידה הגדולה מהממשלה; הממשלה אינה ה"עם". לכן דווקא הניסיונות להאחדה בין העם לבין עמדות הממשלה טומנים בחובם סכנה, שכן הם חותרים תחת הרעיון של פלורליזם מחשבתי; מטרתן להשליט מונוליתיות ולדכא רעיונות המנוגדים לעמדת הממשלה. אם הממשלה, או גוף בתוכה, מזהים את עצמם עם העם ("אני עושה מה שהעם רוצה", "אני משקף את רצונו של העם"), הרי שיש כאן קפיצה ובלבול בין ממשלה כמייצגת חלק מהציבור לבין מדינה הכוללת את כל ה"עם". ואם ממילא הממשלה תופסת את עצמה כמייצגת את מה ש"העם" רוצה, אז מה הטעם בדעות אופוזיציוניות או בביקורת? כיצד בכלל יכולה להתקיים ביקורת אם אין איש שמחזיק בה? שהרי, כאמור, הזהות בין העם לממשלה משמעה שלא תיתכן ביקורת מה"עם" היות שהממשלה מייצגת אותו. ההאחדה בין ממשלה לעם, אשר בה הממשלה מחליפה עצמה עם המדינה, בעייתית לא רק במישור הרטורי, כאשר היא מכוונת להשתקה של ביקורת, אלא גם במישור ההקצאתי. בפועל הממשלה היא המקצה כספים ומחליטה על אודות סדרי העדיפויות. חוק התקציב אומנם נחקק בכנסת, אבל כידוע, הממשלה ממלאת את התפקיד הדומיננטי בעיצובו, בתכנונו ובהעברתו, ובין היתר מטעם זה אין הוא נחשב לחוק "רגיל".<sup>88</sup> אבל משום שאין זהות בין הממשלה למדינה, הכספים שהיא מקצה אינם שלה או של הרוב הפוליטי שממנו היא מורכבת. הכספים שהממשלה מוציאה הם כספי הציבור כולו, והיא מחזיקה אותם בנאמנות; עליהם לשרת את כלל הציבור ולא רק את מטרותיה הבלעדיות.<sup>89</sup> התפיסה כי הממשלה מייצגת את העם עלולה להוביל אפוא את הממשלה לסבור שדי בהקצאה המשרתת את מטרותיה, שכן ממילא מטרותיה הן מטרות ה"עם".

### 3. עקרון אי-ההנצחה

פועל יוצא של יחסי הנאמנות שהמדינה חבה לאזרח הוא שעל הממשלה לדאוג לכלל המדינה ולכלל הציבור. בכך אין כל חדש. דרישת השוויון והניטרליות, שאותה הבאתי לעיל, מבוססת בדיוק על היגיון זה. הממשלה אינה יכולה לעשות בכספי הציבור כבשלה, אלא עליה לחלקם חלוקה שוויונית. ובהקשר של ביטוי, על מבחני התמיכה להיות ניטרליים ולהתבסס רק על שיקולים ענייניים. אולם אין די בכך. החשש מפני ההאחדה של הממשלה

87 יש מידה רבה של הפשטה בדברים אלה. ברור גם שהממשלה, אף על פי שהיא נהנית מלגיטימציה דמוקרטית בדמות בחירות, אינה "מייצגת" בהכרח גם את הרצונות של אלה שבחרו במפלגות שלאחר מכן הרכיבו ממשלה. לקשר המורכב בין בחירות לממשלה. ראו Shinar, לעיל ה"ש 71, בעמ' 44.

88 הוראותיו של חוק התקציב אינן נורמטיביות, במובן של הכוונת התנהגות, אלא הרשאה להוציא כספים. ראו למשל עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 33, בעמ' 356.

89 בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 13.8.2017).

עם המדינה מעלה נימוק נוסף, עמוק יותר, למימון של דעות ביקורתיות ואופוזיציוניות. נימוק זה נובע מעקרון אי-ההנצחה.

ההצדקה המוצעת להטלת חובה לתמוך, במקרים מסוימים, דווקא בדעות, ברעיונות, ובפעילויות אשר הממשלה מנסה להשתיק נובעת לא רק מהחובה לשמור על ניטרליות כשמדובר בתוכן אומנותי. ניסיונות השתקה של תכנים ביקורתיים פסולים, משום שהם מנסים להשתמש בכוחו של הרוב הקונטינגנטי – הממשלה הנוכחית – כדי למנוע מהמיעוט להפוך לרוב. במילים אחרות, אני מבקש לטעון שכאשר הממשלה מקצה כספים לטובת ביטוי פרטי, אפשר שתקום כלפיה חובה חוקתית לתמוך דווקא באותן פעילויות תרבות המבטאות מסרים, עקרונות, רעיונות וערכים אשר יוצאים חוצץ נגד המדיניות הממשלתית. עקרון זה מבוסס על עקרון אי-ההנצחה (anti-entrenchment). לפי המובן הרגיל של עקרון זה, מותר לממשלה לקדם את המדיניות שלשמה נבחרה, אך אסור לה לפעול כדי להנציח ולבצר את כוחה ובכך למנוע את החלפתה.

עקרון אי-ההנצחה הוא עקרון מוכר במשפט החוקתי.<sup>90</sup> אומנם בפסק דינו בעניין בנק המזרחי לא הכריע בית המשפט העליון בשאלה אם המשפט הישראלי אימץ עקרון זה,<sup>91</sup> אולם חוק יסוד: הכנסת, כפי שאתאר להלן, אימץ מובן אחד שלו בהקשר של בחירות. ואכן, ברגיל עקרון אי-ההנצחה מיושם ברשות המחוקקת ובדרך פעולתם של מחוקקים. במאמר זה ברצוני ליישמו בהקשר של הרשות המבצעת וחופש הביטוי. ההנחה היא שמחוקקים פועלים לפי השיטה הרובנית, כלומר משקפים את רצון בוחריהם. אבל למחוקקים יש פיתוי לפעול באופן אנטי-רובני, משתי סיבות: אחת, נבחר ציבור מעוניינים להיבחר מחדש. רצון זה עלול לגרום להם לפעול בדרכים הסותרות מרצונותיהם של אלה שבחרו בהם. זוהי בעיית הנציג הרגילה, שקיימת גם במערכת הפוליטית;<sup>92</sup> הסיבה השנייה היא שרוב פוליטי זמני (הן בחברה והן בבית המחוקקים) עלול לנסות בהווה לשריין את כוחו כאשר הוא סבור שבעתיד הוא לא ייהנה מרוב פוליטי. גם במצב זה הוא עלול לסטות מרצון הבוחרים.<sup>93</sup>

הפתרונות המוסדיים למצבים אלה הם בעיקרם שניים: אחד, הענקת סמכות לבית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה; השני, כללים משפטיים שמטרתם למתן את הסכנה שיש במחוקק המבקש להנציח את כוחו. אשר לביקורת שיפוטית – שעליה אומר מעט מאוד – החשש מפני כוחו של הרוב להנציח את מעמדו משמש אחת ההצדקות

Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Legislative Entrenchment: A Reappraisal*, 111 YALE L. J. 1665, 1665 (2002).

91 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 66 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995).

92 ראו באופן כללי DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION (1991).

93 לתיאור ולפיתוח של בעיות אלה, ראו Klarman, לעיל ה"ש 35, בעמ' 498. חשש מפני אובדן כוח עשוי להוביל גם לחיזוקן של רשויות אחרות, כאשר רוב בגוף אחד סבור שגוף אחר יוכל להגן על האינטרסים שלו לאחר אובדן כוחו בגוף הראשון. זהו הסבר אפשרי מדוע מחוקקים מעוניינים בביקורת שיפוטית על חקיקה. ראו Matthew C. Stephenson, "When the Devil Turns...": *The Political Foundations of Independent Judicial Review*, 32 J. LEG. STUD. 59, 62 (2003).

המקובלות לביקורת שיפוטית וטיעון נגד לכשל האנטי-רובני.<sup>94</sup> ג'ון הארט אילי פיתח תאוריה שלמה להצדקת ביקורת שיפוטית, שבמרכזה עמד הרצון להבטיח הליך דמוקרטי תקין והשתתפות פוליטית.<sup>95</sup> בניגוד לדבורקין, למשל, שהצדיק ביקורת שיפוטית כאמצעי להגנה על ערכים "מהותיים" של דמוקרטיה, ובראשם זכויות אדם, סבר אילי שביקורת שיפוטית אינה צריכה להתערב בהכרעות מהותיות אלא רק לוודא ש"כללי המשחק" של הדמוקרטיה נשמרים. במילים אחרות, אילי היה מוטרד מחסמים שהרוב מעמיד כדי למנוע מהמיעוט להשתתף ולהפוך לרוב. למשל, כללי בחירות אשר מנעו בפועל משחורים להצביע, כללים אשר מנעו ממיעוטים לייצג או להיות מיוצגים, חוקים מפלים אשר הדירו מיעוטים ממוסדות ציבור ומהחיים הפוליטיים – כל אלה פוגעים בדמוקרטיה הייצוגית. על כן תפקידה של הביקורת השיפוטית, לפי אילי, הוא לוודא שכללי המשחק נשמרים. כל עוד נשמרת הדמוקרטיה הייצוגית, בית המשפט אינו צריך להתערב בהכרעות המהותיות שאותה דמוקרטיה מייצרת.

ביקורת שיפוטית היא דרך אחת למנוע מהרוב להנציח את כוחו.<sup>96</sup> דרך שנייה היא באמצעות הסדרים ספציפיים המבקשים למנוע מהרוב לשריין את מעמדו. למשל, אחד הכללים האקסיומטיים של משטר פרלמנטרי הוא שפרלמנט אחד אינו יכול לחייב את הפרלמנט שבא אחריו. כל פרלמנט יכול לבטל, או לתקן, את החוקים של הפרלמנטים שקדמו לו, ושום פרלמנט אינו רשאי לכבול את קודמו, אלא בנורמה חוקתית.<sup>97</sup> הגבלה מקובלת נוספת עוסקת במשך הכהונה של פרלמנט. למשל, סעיף 8 לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי "תקופת כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה". החשש מפני הנצחת כוחו של הרוב בא לידי ביטוי במיוחד בסעיף 9א(א), הקובע כי "הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות..." דרישת הרוב של שמונים חברי כנסת היא קריטית, שכן היא מחייבת, בפועל, הסכמה של חלק מהמיעוט הפוליטי לדחיית הבחירות. דרישה זו נובעת מהחשש שהרוב הפוליטי ישתמש בכוחו כדי לשריין את מעמדו באמצעות דחיית הבחירות. לדעתי, עקרון אי-ההנצחה הוא עקרון חוקתי מבני הנגזר מתאוריה דמוקרטית ולא מחוקה כזו או אחרת. הרציונל שבבסיסו הוא זה שבבסיס הדמוקרטיה כולה. בדמוקרטיה אין ליתן לרוב פוליטי קונטינגנטי לחסן עצמו מפני שינויים. המנדט שמקבלת הכנסת או הממשלה הוא מוגבל, לא רק בחוק אלא גם בזמן. כדי שהשלטון יזכה ללגיטימציה, וכדי שעקרון ריבונות העם ימומש, חובה לקבוע מועדים קבועים לעריכת בחירות כדי שיהיה ניתן להחליף את השלטון לפי רצון העם (ולמצער לפי רובו). ואכן, שורה של הסדרים חוקתיים קבועים כל כמה זמן יש לערוך בחירות, ובמדינות רבות קיימת הגבלת כהונה של משרות בכירות מתוך מחשבה כי זמן רב מדי בשלטון עלול להביא לקונסולידציה של מערך כוח

94 לניסוח המפורסם ביותר של קושי זה ראו ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS 16-17 (1962).

95 ELY, לעיל ה"ש 35, בעמ' 73-104.

96 לדוגמאות, ראו Klarman, לעיל ה"ש 35, בעמ' 528-539.

97 יש החולקים על כלל זה. ראו Vermeule & Posner, לעיל ה"ש 90.

מסוים שיבקש לשמר ולהנציח את מעמדו. לטענתי, אין היגיון להגביל את עקרון אי-ההנצחה, אשר ברגיל מאפשר חילופי שלטון סדירים הנחוצים בדמוקרטיה, אך להקשרים של בחירות, ייצוג והגבלת כהונה. הבחינה צריכה להיות מהותית: כל אימת שהרוב מבקש להנציח ולבצר את שלטונו לזמן רב מתקופת כהונתו יש לשקול את הפעלתו של עקרון אי-ההנצחה. מובן שאין זה אומר שהרוב אינו רשאי לקדם את המדיניות שלשמה הוא נבחר. אך בתוך זאת יש לתת תשומת לב מיוחדת לניסיונות של הרוב הפוליטי (המגולם בממשלה ובכוחה ההקצאתי) להשתיק עמדות ביקורתיות, בין היתר באמצעות שלילת מימון מדינתי, הפחתתו או אי-הענקתו מלכתחילה. הדבר נכון במיוחד כאשר מדובר בתחומי האומנות והתרבות, אשר מימים ימימה משמשים זירה ביקורתית על התפיסות הנוהגות בחברה. חזוק נוסף לעמדה זו נובע מהמצב כיום, שבו תחומי אומנות רבים נסמכים על מימון מדינתי כדי להתקיים, שבלעדיו לא יוכלו לשרוד.

עקרון אי-ההנצחה ראוי שיוחל בהקשרים נוספים. בהקשר הנוכחי הוא קובע כי יש למנוע מהממשלה להשתמש בכוחה ההקצאתי כדי למנף את עמדותיה באופן שימנע מהמיעוט הפוליטי להתבטא ולהפוך לרוב, במיוחד כאשר עמדות המיעוט יוצאות חוצץ נגד עמדות הממשלה. אכן, דווקא בשל מעמדה המיוחד של הממשלה בשוק הדעות ובשל הסתמכותם של גופי תרבות רבים על מימון מדינתי, על הממשלה לתמוך בביטויים המכוונים לעידודה של חברה דמוקרטית המבוססת על שלטון עצמי, במיוחד כאשר המסרים מבקשים להתנגד לערכי הרוב הפוליטי והממשלה עצמה.<sup>98</sup>

ניתן לחשוב על עקרון אי-ההנצחה גם מהיבט כלכלי. נניח שהממשלה משתמשת בכוחה ההקצאתי ובמשאבים הכספיים העצומים העומדים לרשותה כדי לתמוך רק במדיניות שאותה היא מעוניינת לקדם. מכיוון שפעולות אומנות ותרבות נסמכות במידה רבה על תמיכה ממשלתית, ניתן לטעון שקניית המרחב הציבורי לטובת מערכת עמדות אחת (או עמדות שאינן מאתגרות את השלטון) מביאה למונופול על שוק הדעות. משעה שנוצר

98 כך, למשל, עקרון אי-ההנצחה יכול להסביר את הבלבול שהצגתי לעיל בפסיקה האמריקאית, שבא לידי ביטוי במתח שבין פסק דין *Rust* לפסק דין *Velazquez*. לכאורה, לא צריך להיות הבדל בין שני המקרים. בשניהם דובר על ניסיונות של הממשלה להגביל את הביטוי של בעלי מקצועות חופשיים (רופאים ועורכי דין, בהתאמה). בהבחינו בין שני פסקי הדין קבע בית המשפט כי במקרה של עורכי הדין מדובר בביטוי "פרטי" מטעם לקוחות, ולכן אסור לממשלה להגבילו, ואילו הרופאים היו ממומנים על ידי הממשלה. אבל הבחנה זו אינה מחזיקה מים, שכן התשלום לעורכי דין הגיע מהקופה הציבורית. מהו אפוא ההבדל בין שני המקרים? התשובה היא עקרון אי-ההנצחה (שלא קיבל ביטוי בפסק הדין). בפסק דין *Velazquez* ניסה הרוב הפוליטי למנוע מעורכי דין לעתור נגד חוקי הרווחה ובכך לשנות את חלוקת המשאבים בחברה. ממשלה אשר מונעת מעורכי דין לטעון טענות מסוימות, למעשה פועלת כדי להנציח את הסטטוס קוו. במילים אחרות, האיסור בעניין *Velazquez* היה של הרוב הפוליטי, ומטרתו הייתה למנוע מהמיעוט הפוליטי לנסות ולשנות את המצב המשפטי ולאתגר את מדיניות הממשלה עצמה. לעומת זאת מניעה מרופאים הממומנים על ידי המדינה לייצג באשר להפלות אינה מתנגשת עם אותו אינטרס, כלומר היא אינה משרתת את הנצחת הסטטוס קוו וכך גם אינה משפיעה על שלטון-עצמי דמוקרטי (אם כי הגבלה זו פסולה מסיבות אחרות הקשורות לחופש ביטוי של בעלי מקצוע). על חופש הביטוי של אנשי מקצוע ראו בכלליות Claudia E. Haupt, *Professional Speech*, 125 YALE L.J. (2016). ראו גם בהקשר זה את ההבחנה של Robert Post בין ספרת הניהול לבין ספרת השיח הציבורי Robert C. Post, *Subsidized Speech*, 106 YALE L.J. 151, 164–165 (1996).

מונופול, קיים קושי לפרק אותו, ואף יש לו נטייה טבעית להנציח את כוחו ומעמדו המונופוליסטי. עקרון אי-ההנצחה מבקש למתן את בעיית המונופול. חשוב מזאת, יש לו גם יתרון על פני עקרון הניטרליות, שכן ראינו כי הניטרליות צריכה להתקיים רק בתוך קבוצת הפעילות שמקבלת תמיכה ממשלתית, אך עדיין אינה מחייבת את הממשלה לתמוך בתוכן ביקורתי. חוזקו (אך גם חולשתו) של עקרון הניטרליות הוא בהתעלמותו משיקולים תוכניים. אולם דווקא בשל כך יכול להיווצר מצב שבו ביטוי ביקורתי לא יזכה למימון מבלי שתהיה הפרה של עקרון הניטרליות, כלומר ניתן לעצב את מבחני התמיכה מבלי להפר את עקרון הניטרליות, אך בהשתקם של תכנים ביקורתיים. עקרון אי-ההנצחה מחייב אותנו לשקול תמיכה בביטויים ביקורתיים בדיוק כאשר החשש מפני כוחה המונופוליסטי של הממשלה גובר. במקרים אלו כוחה של הניטרליות מוגבל, ויש לבחון גם את תוכן הביטוי.<sup>99</sup>

לסיכום נקודה זו, עקרון אי-ההנצחה מספק הסבר אחר מדוע יש לתמוך דווקא בפעילות ביקורתית. הסבר זה נטוע בתאוריה הדמוקרטית עצמה. הוא מוסיף על הדוקטרינה המקובלת בבית המשפט העליון, אשר מתמקדת בלעדית בעקרון השוויון והניטרליות. עקרון אי-ההנצחה מחבר את הזכות לחופש ביטוי עם תפיסה פוליטית של כוח ממשלתי, ולכן המוקד שלו אינו רק ביטוי כזה או אחר, אלא הוא מגלם את הרצון להפריד בין מי ששולט בביטוי באמצעות הכוח ההקצאתי לבין מי שמתבטא, כדי שמי ששולט בביטוי לא יפעל להנציח את כוחו.

שאלה אחרת היא כיצד יש ליישם את עקרון אי-ההנצחה, שכן כאמור לא בכל מקום שבו הממשלה מקדמת את המדיניות שלשמה נבחרה נאמר כי העקרון מופר, ושהפרתו מקימה חובה פוזיטיבית למימון, גם אם מדיניות זו תשרוד את הממשלה שקידמה אותה. ואכן, נראה לי כי ברוב רובם של המקרים יהיה קשה לומר מתי פעולה הקצאתית מוגבלת לקידום מדיניות, ומתי אותה פעולה גם פוגעת בעקרון אי-ההנצחה, במיוחד אם נסכים כי הקו המבחין עצמו מטושטש. בנוסף, נראה לי כי בחלק גדול מהמקרים יהיה ניתן להסתפק בעקרונות השוויון והניטרליות כדי להצביע על הקצאות בעייתיות. מובן שקביעה כי עקרון אי-ההנצחה מופר יצריך בדיקה מורכבת של הנסיבות, אשר ישתנו ממקרה למקרה, ובמובן זה אין הוא שונה מהותית מעקרונות יסוד אחרים במשפט הציבורי.

במסגרת מאמר ראשוני זה אינני מעוניין לקבוע מסמרות באשר ליישום עקרון אי-ההנצחה. עם זאת ברצוני לסמן כמה אפשרויות בדבר אופן הפעלתו העתידי ולהבחין בין כמה אפשרויות שונות להבנתו. אפשרות אחת (שאותה קידמתי במאמר זה) היא להבין את עקרון אי-ההנצחה כאיסור על פעולה המבצרת את שליטתה של הממשלה (פעולה אסורה), בשונה מפעולה המקדמת את מדיניותה (פעולה מותרת). כאשר הממשלה מנסה לבצר את שליטתה (אם באמצעות הקצאה סלקטיבית ואם באמצעות הוראה השוללת/מפחיתה מימון ממסר ביקורתי), אפשר שתקום אחת משתי דרישות: דרישה אחת תהיה לחדול מההקצאה

99 לשם השוואה, בארצות הברית הכלל המקובל הוא שהגבלות על ביטוי צריכות להיות ניטרליות באשר לתוכן הביטוי. עם זאת בשנים האחרונות נשמעת הטענה כי בהקשרים מסוימים (למשל ביטוי של אנשי מקצוע) יש לבחון גם את תוכן הביטוי, וכי התוכן רלוונטי לבחינה החוקתית. ראו למשל Claudia E. Haupt, *Professional Speech and the Content-Neutrality Trap*, 127 YALE L.J. FORUM 150 (2017).

המבצרת; דרישה שנייה, חלופית, תהיה הטלת חובה פוזיטיבית להקצאה סותרת, שתנטרל את כוחה המנציח של ההקצאה המבצרת. אם הממשלה מקצה כספים לטובת מחזות המעלים על נס את ההתיישבות בשטחים, ונמצא שמדובר בהקצאה מבצרת, תידרש הממשלה להפסיק הקצאה זו (או למתן את מידת נתינתה אופן נתינתה כדי שלא תעלה כדי הקצאה מבצרת), או להקצות כספים לטובת מחזות המבקרים את מפעל ההתנחלויות. בהנחה שנבחרת האפשרות השנייה, עולה מיד השאלה כמה להקצות לטובת המסר האופוזיציוני – האם נדרוש שוויון בהקצאות? דמיון בהקצאות? אלה שאלות סבוכות, שכן כאמור הממשלה רשאית לקדם ולהעדיף את מדיניותה. אין כמובן בנמצא תשובה אחת המתאימה לכל מקרה, אולם ברי כי יש להביא בחשבון את כל הנסיבות, ואלה ישננו ממקרה למקרה.

**אפשרות שנייה היא להתמקד ב"שוק החופשי" ולבחון אם המצב בו משקף מצב אסור בשוק הדעות.** אפשרות זו שונה מהאפשרות הראשונה, שכן היא אינה שואלת אם פעילותה של הממשלה הייתה אסורה, אלא אם יש לה חובה לתמוך במסרים אופוזיציוניים כדי שהחלפתה תתאפשר, אפילו אם היא עצמה אינה אחראית לשוק הדעות, שמשקף, ללא מעורבותה, את עמדותיה.<sup>100</sup> אכן, אם לממשלה אסור להנציח את עצמה, ייתכן שקיימת עליה חובה פוזיטיבית לעצב את שוק הדעות ולתמוך בדעות אופוזיציוניות המתנגדות למסרים שאותם היא מבקשת להנחיל. למשל, נניח שללא התערבות ממשלתית יחסי הכוחות הפוליטיים משועתקים בשוק. האם גם במצב זה קמה לממשלה חובה להקצות כספים כדי למתן את ההשפעה הרובנית של השוק? אלו התומכים באפשרות השנייה ישיבו בחיוב.

**האפשרות השלישית הולכת רחוק יותר.** לא זו בלבד שלממשלה קמה חובה לתת במה לביטויים אופוזיציוניים שאינם מקבלים במה מספקת בשוק החופשי, אלא שלפי תומכי האפשרות השלישית, אף יש לממשלה חובה לתת במה שתיצור שוק דעות שוויוני, ובכך להתגבר על פערי השוק הקיימים ללא התערבות ממשלתית. ההבדל בין האפשרות השנייה לאפשרות השלישית הוא שהאפשרות השנייה מחייבת תמיכה כלשהי, ואילו לפי האפשרות השלישית הממשלה צריכה לחתור לשוויון, אפילו אם לא היא האחראית להיווצרותו של אי-השוויון, והוא נובע מפערים כלכליים בין דעות הרוב לדעת המיעוט. ההבדל בין האפשרות הראשונה לשתי האחרונות הוא שהאחרונות מבקשות להתמודד עם מצב שבו המדינה מחליטה שלא לממן כלל בתחום תרבותי מסוים או שלא להתערב בו (להבדיל מפעילות מסוימת בתוך התחום), ואילו לפי האפשרות הראשונה, העקרון מצומצם רק למקרים שבהם הממשלה בוחרת לממן מסר מסוים.

כל אחת מאפשרויות אלה מנביעה מובן אחר של עקרון אי-ההנצחה, ולכל אחת קשיים משלה. המובן הראשון מצומצם יותר ומוגבל למצבים שבהם הממשלה ביצעה פעולה אסורה. פועל יוצא של אפשרות זו הוא גם הקלות היחסית של הפעלת העקרון ויישומו. לעומת זאת שתי האפשרויות האחרונות מורכבות יותר, שכן הן מצריכות קביעה כי שוק הדעות, אף ללא תמיכה ממשלתית, עשוי להפר את עקרון אי-ההנצחה. קביעה זו אפשרית

100 מובן שקשה עד בלתי אפשרי לתאר מצב בו לממשלה אין כל השפעה על שוק הדעות, וזאת משום שכל רגולציה ממשלתית מחלקת מחדש את יחסי הכוחות השוקיים, שבתורם משפיעים גם על שוק הדעות.

כמובן, אולם היא מצריכה ביסוס עובדתי שיהיה קשה (או בלתי אפשרי) להסכים עליו, ואז לגזור ממנו מסקנות אופרטיביות (למשל שיעור המימון הנדרש כדי לרפא את הפגיעה בעקרון אי-ההנצחה).

כאמור, מטרתו של מאמר זה אינה לפתח דוקטרינה מקיפה על אודות אופן ההפעלה של עקרון אי-ההנצחה, אלא לבסס את עצם קיומו כעקרון המגביל את השימוש בכוח ההקצאתי של הממשלה, ולא מכוח עקרונות הקיימים כיום בפסיקתו של בית המשפט העליון. את עקרון אי-ההנצחה יש להביא בחשבון בזמן גיבושה של ההחלטה המנהלית על אודות תמיכה ממשלתית; הוא עקרון שעל בית המשפט להביא בחשבון כאשר הוא מזהה ניסיון למנף את כוחה של הממשלה החורג מקידום מדיניות גרידא ופולש אל תוך שינוי תנאי השיח הציבורי כדי להדיר דעות ופעילויות אופוזיציוניות. על כן חשיבותו היא בעיקר במקרים שבהם מבחני התמיכה צולחים את מבחני הניטרליות.

## סיכום

בשנים האחרונות אנו עדים לניסיונות הולכים וגוברים של צנזורה ממשלתית על דעות ופעילויות אשר אינן תואמות את דעתה של הממשלה הנבחרת. בשונה מהעבר, צנזורה זו אינה ישירה. אין בה, בדרך כלל, איסור על השמעת דעות, העלאת מחזות, הסרטת סרטים וכיוצא בזה. זוהי צנזורה מסוג חדש, אשר רותמת את המשאבים הכלכליים שברשות הממשלה למניעת מימון מאותן פעולות אקספרסיביות אשר אינן עולות בקנה אחד עם ערכי הממשלה, מתוך הנחה (מבוססת) כי בהיעדר מימון ממשלתי לא יראו יצירות ביקורתיות רבות אור. "יעילותה" של הסנקציה היא בעצם קיומה. יוצרים או מוסדות יכוונו מראש את פעילויותיהם כדי שאלה לא יעוררו מחלוקת העלולה להביא להפחתת המימון או לשלילתו. מדיניות זו, אשר זכתה לשם "חופש המימון", נדחתה (חלקית) בספרות ובפסיקה מטעמים של ניטרליות ושוויון. אולם כפי שמאמר זה ביקש להראות, קיים טעם נוסף המצדיק את דחייתה. ממשלה המבקשת לשמר את כוחה באמצעות מניעה מהמיעוט הפוליטי להפוך לרוב, פועלת כדי להנציח את שלטונה, ובכך לחסום את הדרך לשינוי דמוקרטי. בכל המשטרים הדמוקרטיים קיימות מגבלות שונות על יכולתן של ממשלה ושל רשות מחוקקת להנציח את שלטונן, אולם מגבלות אלה מתרכזות בדרך כלל בדיני הבחירות. מאמר זה ביקש להרחיב את עקרון אי-ההנצחה גם לתחום הביטוי והכוח ההקצאתי של הממשלה, כדי לטעון שלא זו בלבד שהממשלה אינה רשאית למנוע תמיכה ממסרים אופוזיציוניים אלא שבנסיבות מסוימות גם חלה עליה חובה לתמוך במסרים המתנגדים למדיניות שאותה היא מבקשת לקדם.