

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"צ 5228/14

העותרת

בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם

בשטחים (ע.ר.).

על-ידי בא-כוחה עוה"ד חגי קלעי ו/או גלעד ברנע

דניאל פריש 8, תל-אביב

טלפון: 054-7808748, פקס: 02-6713735

HagaiKalai@Gmail.Com

(להלן: "העותרת")

נגד

המשיבים

1. רשות השידור

2. מנכ"ל רשות השידור

3. ועדת הערר מכוח סעיף 6 לתקנות רשות השידור

רשות השידור, כנפי נשרים 15, ירושלים 91162

4. שר התקשורת, גלעד ארדן

ע"י מחלקת הבג"צים

משרד המשפטים, רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

טלפון: 02-6466588, פקס: 02-6467011

(להלן: "המשיבים")

עתירה דחופה למתן צו על-תנאי

בקשה למתן צו על-תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו **צו על-תנאי** המופנה אל המשיבים והמורה להם להתייצב וליתן טעם, מדוע לא תבוטל החלטת (שניתנה לכאורה על ידי עו"ד תומר קרני מטעם) רשות השידור מיום 17.7.2014 ואשר אושררה בהחלטת מנכ"ל רשות השידור, יוני בן-מנחם, ביום 22.7.2014 שעל פיה נאסר שידורו של תשדיר מטעם העותרת שנוסחו "במהלך מבצע צוק איתן" נהרגו הילדים: מוחמד מלכה, בן שנתיים; סיראג' אל-עאל, בת 8; באסם כוורע, בן 10; אמאל אל בטש, בת שנתיים; סאהר אבו נאמוס, בן 4. רשימה חלקית. בצלם" (וכן מספר תשדירים בנוסח דומה, הכוללים את שמותיהם של ילדים נוספים), ואשר ערר עליה נדחה על ידי ועדת הערר של רשות השידור, בראשותו של יו"ר רשות השידור, אמיר גילת, ביום 24.7.2014.

בקשה לקיום דיון דחוף בעתירה

במקרה זה – חשיבות יתרה לדין והכרעה (היה ולא תושג הסכמה בדיון) בעתירה בהקדם האפשרי. התשדיר נשוא העתירה, מעצם טבעו, מתייחס למצב אירועים נתון, והינו תשדיר בעל משמעות רק אם ישודר במהירות האפשרית, שכאמור הוא קשור קשר הדוק לאירועים המתרחשים בימים אלו. אי שידורו בימים הקרובים עלול לעקר מתוכן את התשדיר. משכך, ולאחר שהעותרת מיצתה ההליכים כנדרש, בנסיבות העניין תהליך שארך קרוב לשבוע ימים עקב התנהלות המשיבים, מתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דיון דחוף בעתירה.

תוכן עניינים

3-4	1. תמצית העתירה
4	2. הצדדים
4	2.1 העותרת
4	2.2 המשיבים
4-5	3. רקע עובדתי ומיצוי הליכים
5-12	4. הטיעון המשפטי
7-8	4.1 חופש הביטוי
8-10	4.2 זכות הציבור לדעת
10-12	4.3 הגבלת תשדיר פרסומת
12-13	5. סוף דבר

ההדגשות בעתירה זו ובבקשה המצורפת לה אינן במקור, אלא אם צוין אחרת.

1. תמצית העתירה

”לכל איש יש שם
שנתן לו אלוהים
ונתנו לו אביו ואמו

לכל איש יש שם
שנתן לו הים
ונתן לו מותו”

(לכל איש יש שם / זלדה)

1. מוחמד מלכה, בן שנתיים; סיראג' אל-עאל, בת 8; באסם כוורע, בן 10; אמאל אל בטש, בת שנתיים; סאהר אבו נאמוס, בן 4. האם מותר להגיד את שמם וציון עובדת מותם

- ברצועת עזה, או שמא עצם אזכור עובדות אלו הוא בבחינת מסר פוליטי שנוי במחלוקת שאסור שידורו בתשדיר פרסומת בשידור הציבורי. זוהי השאלה העומדת בליבת עתירה זו.
2. על רקע הלחימה הקשה המתקיימת בימים אלו, הגובה מחיר כבד הן מהאוכלוסיה האזרחית הישראלית ומכוחות צה"ל ובמיוחד מהאוכלוסיה האזרחית הפלסטינית, ביקשה העותרת להציף לציבור בישראל את הפגיעות הנגרמות לבני אדם שלא השתתפו בלחימה. זאת, שכן המשיבה 1 נמנעת באופן שיטתי מאזכור שמותיהם, ולא פעם אף נמנעת מאזכור עצם מותם, של ההרוגים הפלסטינים שלא השתתפו בלחימה. זאת, על אף מספרם הגדול, בהם ילדים רבים: על סמך המידע הראשוני שברשות העותרת, עד לבוקר ה-26 ביולי 2014 בין ההרוגים הפלסטינים בעזה מאה שבעים ושבעה ילדים (עד גיל 15, כולל).
3. על פי ההלכה הפסוקה, ומבחן המרכיב הדומיננטי שנקבע במסגרתה, רשאית המשיבה למנוע שידור תשדיר רק אם יש בו כדי הבעת עמדה פוליטית או אידיאולוגית שנויה במחלוקת. **אין למשיבים מס' 1-3 הסמכות למנוע פרסומו של תשדיר אשר כל תוכנו מידע אינפורמטיבי, המוגש לציבור הרחב וממילא אף אם יש בידם סמכות כאמור – הרי שבנסיבות העניין הופעלה הסמכות שלא כדין ויש להתערב ולהורות למשיבה מס' 1 לשדר התשדיר ללא כל עיכוב נוסף.**
4. טענות המשיבים, כי עיתוי הפרסום או זהות הגוף המפרסם "צובעים" את התשדיר, והופכים את העובדות היבשות שבתשדיר לעמדה פוליטית, ומשכך מותר למנוע את שידורו, עומדות בניגוד להלכה הפסוקה. העותרת לא טענה (במסגרת התשדיר) כי האחריות למות הילדים על מי מהצדדים, לא הפנתה "אצבע מאשימה", ולא טענה כי יש בדברים כדי לעודד מדיניות זו או אחרת. למעשה, עמדת המשיבים כי עצם ציון שמות ילדים שנהרגו מצביע על אחריות של מדינת ישראל לדבר (כמפורט בסעיף 6 להחלטת ועדת הערר) חושפת את תפישתם שלהם בלבד, וודאי אינה היסק הכרחי מתוכן התשדיר ששודר או הקשרו.
5. יתר טענות המשיבים נוגדות לא רק את ההלכה הפסוקה אלא אף את ההיגיון הבריא. כך, הטענה כי ניתן למנוע את פרסום התשדיר מאחר שאינו מונה את שמות ההרוגים הישראלים אבסורדית היא, לא רק מהטעם העובדתי שאין, ויש לקוות שגם לא יהיו, ילדים ישראלים שנהרגו בזמן המבצע, אלא גם מהטעם שכל מטרתו של התשדיר היא הצפת שמות נפגעים אשר לא אוזכרו בשידורים הרגילים. ודאי שאם היו עושים המשיבים עבודתם נאמנה ומביאים את שמותיהם של כל קרבנות הלחימה לא היה כל צורך בתשדיר; למצער, לו אפילו היו מציינים את שמותיהם של חלק מהילדים ההרוגים. במילים אחרות, התשדיר הוא המאזן את הסיקור החלקי והלא מאוזן המתקיים על ידי המשיבה 1.
6. אף הטענה כאילו יש בדברים פוטנציאל לעורר דיון ביקורתי בישראל אודות המבצע אינה ראויה להישמע. לציבור הזכות (ואף חובה) לדעת את המציאות לאשורה, ויש לאפשר לו לקיים דיון ער ובריא אודות ההשלכות של הדברים כפי שהם. זכות זו, אשר מצאה ביטוי בפסיקתו של בית המשפט הנכבד, היא זכות ראשונה במעלה. מנגד, לא הציגו המשיבים כל טעם של ממש למניעת פרסום המידע, למעט ציון בעלמא כי הפרסום עלול "לעורר מחלוקת" או למצער לשקף ביקורת על התנהלותם של אמצעי התקשורת.
7. בניגוד לעמדת המשיבים, החוסן הלאומי תלוי הוא ביכולת להתבונן נכוחה במחירים הכבדים המשולמים משני צידי הגבול, וביכולת לקבל החלטות אמיצות על רקע הבנה מלאה של משמעותן. התפישה של המשיבים, שעל פיה יש להסתיר מידע מהציבור בישראל, על מנת

למנוע מהציבור יכולת לקיים דיון מושכל במדיניות הרצויה מעידה על פשיטת רגל מוסרית ועל התפרקות המשיבה מאחריותה ומחובותיה.

8. זאת ועוד, בימים אלו ממש משדרת המשיבה 1 שידורים של ארגונים דוגמת "המטה לחוסן לאומי", הקוראים להמשך המבצע עד ל"ניצחון" בו, תהיה משמעותו של מושג זה כאשר תהיה, ושל צעירי חב"ד, הקוראים להנחת תפילין לשם הצלחת המבצע. במילים אחרות, בזמן שבידם האחת נמנעים המשיבים ממילוי חובתם ליידוע הציבור אודות המתרחש, ואף מונעים כל שימוש בזמן אוויר בתשלום על מנת להביא לידי הציבור מידע (ללא כל פרשנות של המידע), בידם השניה פועלים הם להצגה מגמתית של המידע בשידורים הרשמיים, ואף מאפשרים שימוש בשידורים בתשלום על מנת לקדם מסרים פוליטיים במישרין, ונותנים במה לתשדירים שאין בהם ולו בדל של עובדות וכל כולם תעמולה.

2. הצדדים

2.1. העותרת

9. **העותרת – בצלם** - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים (ע.ר.), פועלת מזה כעשרים וחמש שנים למען הגנה על זכויות האדם בשטחים. בין היתר, מדווחת העותרת לאורך השנים אודות הרוגים בשטחים – פלסטינים וישראלים: שמותיהם, גילם ונסיבות מותם.

2.2. המשיבים

10. **המשיבה 1 – רשות השידור**, היא הגוף לו מסורה הסמכות להגביל פרסומת בשידור הציבורי, מכוח כללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993 (להלן: **תקנות רשות השידור**).
11. **המשיב 2** – הוא המוסמך מטעם המשיבה 1 לקבל החלטה בדבר מניעת שידורה של פרסומת בשידור הציבורי.
12. **המשיבה 3** – היא המוסמכת מטעם המשיבה 1 לקבל החלטה בערר על החלטת המשיב 2 בדבר מניעת שידורה של פרסומת בשידור הציבורי.
13. **המשיב 4** – הוא השר הממונה על רשות השידור על פי הוראות חוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, והוא הנושא באחריות לפעולותיה ומחדליה.

3. רקע עובדתי ומיצוי הליכים

14. הלחימה הקשה המתחוללת בשבועות האחרונים הביאה, לצד מותם של חיילי צה"ל ושל פלסטינים שלקחו חלק בלחימה, גם לפגיעה באלפי פלסטינים שלא השתתפו בלחימה, בהם מאות הרוגים, בכללם מאה שבעים ושבעה ילדים עד גיל 15 (כולל); המידע עדכני לבוקר ה-26.7.14.

רשימת הילדים הפלסטינים (עד גיל 15) שנהרגו, ככל שזהותם ידועה לעותרת, מצורפת מסומנת

נספח א.

15. אמצעי התקשורת בישראל, ובכללם המשיבה 1, משדרים בימים אלו במתכונת "גל פתוח",

מרבית שעות היממה. מידי יום אבלה המדינה על מותם של לוחמי צה"ל. שעה שעה מדווחת התקשורת בישראל על הפגיעות הקשות שנגרמות לאוכלוסייה אזרחית בישראל מירי הרקטות מרצועת עזה, לרבות פגיעות פיזיות, רגשיות וכלכליות.

16. בכל אותן שעות ארוכות, נמנעים ערוצי הטלוויזיה והרדיו מהתייחסות ממשית לנפגעים הפלסטינים הרבים. לכל היותר, מוזכרים המוני נשים, קשישים וטף אלו כמספר סטטיסטי, ואף זאת, בחטף ומבלי לתת ביטוי לסבל האנושי הנוראי של אנשים אלו, שמרביתם כלל לא השתתפו בלחימה.

17. כפי שיפורט בהמשך הדברים, לציבור זכות לדעת מהן התוצאות של פעולות הצבא ברצועה, ובכלל זה זכותו לדעת אודות הנפגעים האזרחיים הרבים. זכות זו יוצרת חובה לכלל ערוצי התקשורת להביא את המידע לידיעת הציבור, חובה החלה ביתר שאת על המשיבה 1, היא גוף השידור הציבורי בישראל. ההתעלמות הכמעט מוחלטת מהקורבנות האזרחיים של הלחימה פוגעת בזכות הטבעית של הציבור לדעת, ומונעת מהציבור לגבש דעתו על בסיס המידע המלא על המתרחש. פעולה זו מנוגדת גם לחובותיה של המשיבה 1 לפעול כגוף שידור ציבורי בלתי מוטה המחוייב לדווח באופן מלא והוגן וגם לעקרון הפלורליזם.

18. על רקע זה, ונוכח הימנעותה השיטתית של המשיבה 1 מאזכור הנפגעים האזרחים הפלסטינים בשידוריה, פנתה העותרת עוד ביום 16.7.2014 למשיבים בבקשה לשדר תשדיר פרסומת ביו הלשון: "במהלך מבצע "צוק איתן" נהרגו הילדים: מוחמד מלכה, בן שנתיים; סיראג' אל-עאל, בת 8; באסם כוורע, בן 10; אמאל אל בטש, בת שנתיים; סאהר אבו נאמוס, בן 4. רשימה חלקית. בצלם" (וכן מספר תשדירים בנוסח דומה, הכוללים את שמותיהם של ילדים נוספים). ביום 17.7.2014 נאסר שידור התשדיר בהחלטתו (לכאורה) של עו"ד תומר קרני, ובשמה של המשיבה 2.

תשובת עו"ד תומר קרני לבקשת העותרת ביום 17.7.2014, מצורף ומסומן **נספח ב**.

19. עוד באותו היום פנתה העותרת בערר דחוף על פי סעיף 6 לתקנות רשות השידור. חלף דיון בערר, שלח ביום 22.7.2014 מנכ"ל רשות השידור, מר יוני בן-מנחם, הודעה לעותרת שעל פיה בחן פעם נוספת את התשדיר והחליט לאסור על שידורו.

ערר העותרת מיום 17.7.2014 מצורף מסומן **נספח ג**; תשובת מר יוני בן-מנחם מיום 22.7.2014 לערר העותרת העותרת, מצורף ומסומן **נספח ד**.

20. נוכח הודעה זו, שבה ועותרת והגישה ערר פעם נוספת על ההחלטה, בדרישה כי זו תבורר על ידי ועדת הערר כקבוע וכמתחייב על פי דין.

ערר העותרת מיום 22.7.2014 מצורף מסומן **נספח ה**.

21. ביום 23.7.2014 נודע לעותרת מהתקשורת כי הערר נדחה. פניותיה למשיבה 1 בבקשה לקבלת תשובה לערר לא נענו בטענה כי טרם התברר הדיון בו. רק ביום 24.7.2014 נשלחה לעותרת תשובת ועדת הערר בראשות יו"ר רשות השידור, מר אמיר גילת, הדוחה את הערר.

פרסום תשובת רשות השידור בתקשורת מצורף ומסומן **נספח ו**; תשובת מר אמיר גילת לערר העותרת העותרת ביום 24.7.2014, מצורף ומסומן **נספח ז**.

22. על רקע זה מוגשת העתירה הנוכחית.

4. הטיעון המשפטי

23. ההליך הנוכחי הוא הליך נוסף בשורה ארוכה של הליכים שהתקיימו בפני בית המשפט הנכבד, שעניינם היקף הסמכות ואופן הפעלת שיקול הדעת של המשיבים בבואם למנוע שידור תשדיר מסחרי. משכך, לא תשוב העותרת ותפרט את שכבר הוכרע בפסיקה. זאת, שכן לב טענת העותרת הוא כי על פי מבחן הרכיב הדומיננטי שנקבע בפסיקה, הרכיב הדומיננטי של התשדיר שביקשה לשדר הוא פרסום עובדות בלבד. משכך, על פי ההלכה הפסוקה, אין למשיבים הסמכות למנוע את פרסום התשדיר.
24. ברקע לדברים, וכפי שיפורט להלן, משקף הדין החל על המשיבים איזון בין זכויות ואינטרסים מתחרים. שלושה יסודות מתחרים מוצאים ביטויים במערכת הדינים החלה על התקשורת, השידור הציבורי בפרט, וההגבלה על רכישת זמן אוויר על ידי גורמים פרטיים וגורמי מגזר שלישי.
25. הראשון בשלושה הוא חופש הביטוי, ובפרט חופש הביטוי הפוליטי. על דרך הכלל, עקרון זה הוא המאפשר לכל אדם לעשות שימוש במשאביו על מנת לקדם את עמדותיו הפוליטיות כפי שיחפוץ.
26. יחד עם זאת, נוכח היות גלי האתר משאב ציבורי מוגבל, ועל מנת לשמור על שיוויון בין עמדות המגובות בתמיכה כלכלית ענפה לעמדות שאינן, נקבע כי דרך המלך ליישומו של חופש הביטוי הפוליטי היא במסגרת השידור התקשורתי עצמו, בין אם זה מתקיים על ידי גוף מסחרי ובין אם זה מתקיים על ידי גוף ציבורי. "דוקטרינת ההגינות", היא המחייבת את גוף התקשורת לפעול באופן מאוזן תוך מתן במה לכלל הקולות המתעוררים בהקשר נדון.
27. לצד זאת, כפופים כלי התקשורת לזכות הציבור לדעת, העומדת על רגליה שלה. זכות זו נוגעת ברובד הבסיסי יותר של השידור הציבורי, והיא מחייבת את כלי התקשורת בשיקוף מדויק ומהימן של העובדות כפי שהן ידועות ובכפוף לרמת בדיקה נאותה. וברי, כי זכות הציבור לדעת היא נדבך הכרחי על מנת לאפשר מגוון דעות ודיון דמוקרטי ער. קרי, לצד מעמדה העצמאי, היא אף הכרחית לקיומו של חופש ביטוי אפקטיבי, ובהקשרנו, אף היא חלק בלתי נגזר מדוקטרינת ההגינות. קרי, אף שלא ניתן לשקף את מלוא העובדות ובמלוא הפירוט, על תהליך עיבוד העובדות טרם מסירתן צריכה לחול דוקטרינת ההגינות ביתר שאת שכן זוהי התשתית הבסיסית ליכולתו של הציבור לקיים דיון דמוקרטי. גם במקרה זה, דרך המלך היא כי התקשורת עצמה היא שתוודא כי כלל המידע הרלבנטי מועבר לידי הציבור.
28. שלושת יסודות אלו הם אף שהובילו את הפסיקה בבואה לעצב את הדין החל על השידור החדשותי והתקשורתי בכלל, ועל השידור הציבורי בפרט. במסגרת זאת, נקבע מערך כפול. ראשית, נקבעה חובה פוזיטיבית על גופי התקשורת בשיקוף מהימן של העובדות הרלבנטיות ולמתן במה למגוון הקולות בשיח הציבורי. בהמשך לכך, נקבע כי במסגרת דוקטרינת ההגינות, חובה על השידור התקשורתי לתת במה למגוון קולות בצורה הוגנת ושיוויונית. כ"בן חורג" להסדר זה, ונוכח ההכרה בכך שלא פעם חרף קיומה של דוקטרינת ההגינות, ישנו מידע משמעותי שאינו מוצא דרכו לציבור, ונוכח הקושי לבקש סעד ממשי מכוח דוקטרינת ההגינות, התיר בית המשפט מסלול צר של פרסום תשדיר שאינו מסחרי בתשלום. על מנת לשמור על עקרון השיוויון ולמנוע שכנוע והשפעה בתשדירים ממומנים, קבע בית המשפט את

מבחן המרכיב הדומיננטי – קרי, על המרכיב הדומיננטי של התשדיר להיות עובדתי בלבד, ולא ניתן לעשות שימוש בזמן אוויר בתשלום על מנת לשכנע את הציבור בעמדה זו או אחרת או לפרש את המידע בעבור הציבור. בית המשפט דחה את העמדה כי למשיבים סמכות גורפת למנוע כל פרסום שהמידע שבו עלול לעורר מחלוקת ציבורית או שקשור על פי טבעו לדיון ציבורי המתקיים באותה העת, ואכן, אושרו על ידי בית משפט זה שורה ארוכה של פרסומים על רקע אירועים לאומיים שנויים במחלוקת (ורבים עוד יותר אושרו על ידי המשיבה 1 ומעולם לא להגיעו לפתחו של בית המשפט).

29. העתירה הנוכחית אינה מבקשת מבית המשפט לשנות את האיזון הראוי שנקבע בין הזכויות והאינטרסים המורכבים הנוגעים לשידור הציבורי. להיפך, היא מבקשת מבית המשפט שיוורה למשיבים ליישם את האיזון שנקבע בהלכה הפסוקה. כפי שהוסבר, כל שעסקינן בהליך הנוכחי הוא בתשדיר הכולל מידע עובדתי בלבד, ללא כל פרשנות וללא כל ניסיון שכנוע, משכך, על פי ההלכות שיצאו מבית משפט נכבד זה, אין המשיבים רשאים למנוע את שידורו.
30. נעמוד אם כן, בתמצית, על המסגרת הנורמטיבית, בפרט ככל שהיא נוגעת להקשרנו, ונראה כי התשדיר עומד בכללים שנקבעו בהלכה הפסוקה.

4.1. חופש הביטוי

31. חופש הביטוי, עקרון ראשון במעלה הוא בשיטתנו המשפטית (ראו לדוגמא ע"א 751/10 פלוני נ' דייין (פורסם בנבו, 8.2.2012) (להלן: פרשת דייין)). חופש הביטוי הוא המאפשר לפרט לבצע בפומבי את האוטונומיה שלו, הוא הייסוד לקיומה של דמוקרטיה אמיתית ושל דיאלוג ציבורי, והוא המאפשר בירור מחלוקות ופתרון.
32. אין מחלוקת כי נוכח מעמדו הרם של חופש הביטוי הוכר הוא כזכות יסוד הקנויה לפרט במרבית חוקות העולם, ובישראל הוכר מעמדו הרם של חופש הביטוי כזכות נגזרת של הזכות לכבוד האדם והזכות לחירות (ראו פרשת דייין, פסקה 66 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) ריבלין וההפניות שם).
33. זאת ועוד, לזכות לחופש ביטוי היבט חיובי. הוא המחייב גוף תקשורת ובמות ציבוריות לאפשר, באופן סביר והוגן, ביטויים שונים (ראו לדוגמא בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד נד(3) 496, 515 (2000); עע"מ 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה המקומית משגב (פורסם בנבו, מיום 4.4.2005); גיא פסח "משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם" שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 299, 333, 353-354 (מיכאל בירנהק עורך, 2006)). כך, נפסק בהלכה הפסוקה כי אף גוף תקשורת בבעלות מסחרית משמש כגוף דו-מהותי וחלות עליו לעניין זה חובות מתחום המשפט הציבורי, ובראשן מתן במה למגוון עמדות (ע"א (ת"א) 35563-02-12 האגודה לשמירת הפרט נ' מקור ראשון המאוחד בע"מ (פורסם בנבו, 12.1.2014), אהרן ברק "על העיתונות הפרטית" עלי משפט ב 293 (2002)). בדומה, נפסק כי גוף פרטי אינו יכול למנוע את זכותם של קבוצות שונות לביטוי משיקולים מסחריים, או נוכח השפעה של בעלי עניין בו (ת"צ (י-ם) 23955-08-12 קולך – פורום נשים דתיות נ' רדיו קול ברמה; בג"ץ 39/12 עמותת תנועת ירושלים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.5.2014) (העתירה נמחקה נוכח הסכמת המשיבים לדרישות העותרים); וכן ראו בג"ץ 4500/07 ח"כ יחימוביץ' נ' מועצת הרשות

השניה לרדיו ולטלוויזיה (פורסם בנבו, 21.11.2007) שם נדון בהרחבה היחס שבין השיקולים הציבוריים והמסחריים שעל גופי חדשות מסחריים לשקול; בג"ץ 4051/13 **אגודת העיתונאים בתל אביב נ' רשות השידור** (פורסם בנבו, 29.1.2014); בג"ץ 3273/14 **אגודת העיתונאים נ' רשות השידור** (טרם ניתן פסק דין).

34. למרבה הצער, בין העקרונות שהתוותה הפסיקה, לבין מציאות החיים התקשורתית פער משמעותי. בכל ערוצי התקשורת המסחריים, בכתובים, באינטרנט ובטלביזיה, מתקיימת יום יום התערבות פוליטית בתכנים המשודרים (וראו, לפרקטיקת ההתערבות של בעלי אינטרסים פוליטיים וכלכליים בחופש העיתונות של עיתונאים ע"ע 2-223/נג **פלסטין פוסט בע"מ נ' ג'ואנה יחיאל** (פורסם בנבו, 17.10.1994)). מציאות זו מובנית מאליה – אף שגופי תקשורת מסחריים משמשים כגוף ציבורי במידה רבה, וחלות עליהם חובות מתחום המשפט הציבורי ומתחום האתיקה, יש בהם גם מימד מסחרי, שיעודו מקסום רווחים בעידן ה"רייטינג". קיומה של המשיבה 1 מגלם את עקרון השיוויון המהותי, והוא המבטיח כי לעני ולמודר תהיה בפועל גישה לאמצעי תקשורת והוא יוכל ליטול חלק בהליך הדמוקרטי. בשונה מאמצעי התקשורת המסחריים, למשיבה 1 אין כל שיקול של מקסום רווחים לבעלי המניות, וכל תכליתה היא ליצור שידור ציבורי מאוזן וראוי. תכלית זו אף מצאה ביטוי במפורש בחוק רשות השידור.

35. ודוק, בבואה לקבוע את המידע והדעות שיובאו לידיעת הציבור על המשיבה 1 להתחשב אף ביחסי הכוחות התקשורתיים הכלליים, ובשאלה מיהם אלו אשר אינם נשמעים ביתר ערוצי התקשורת. מי הם אלו שקולם אינו מושך "רייטינג", ומהו המידע שאינו נעים לשמיעה לקהל הרחב, אך חשוב שיגיע לידיעתו.

36. חרף מעמדה הנורמטיבי המיוחד של המשיבה 1, והחובות הנגזרות ממעמד זה, בחרה היא להימנע ממסירת מידע בנוגע להיקף הנפגעים הפלסטינים במהלך הלחימה, לציבור הרחב.

37. התנהלותה זו של המשיבה מדגישה את הצורך בקיומו של מרחב מוגבל לפרסום באמצעות תשדירים של מידע בעל חשיבות ציבורית. העותרת אינה יודעת מה הטעמים שהביאו את המשיבה 1 לבחור שלא למסור לציבור מידע ממשי בעניין היקף הנפגעים האזרחיים ברצועת עזה, אך יש בהתעלמות השיטתית של המשיבה 1 ממותם של לפחות מאה שבעים ושבעה ילדים פלסטינים בעזה כדי לאפשר לעותרת לנסות ולהביא לידיעת הציבור את שלא נמסר לן על ידי ערוצי התקשורת הממלכתיים. העותרת אינה מבקשת בהליך הנוכחי מהמשיבים לפעול על פי חובתם מכוח דוקטרינת ההגינות להשמיע מגוון עמדות. היא אף אינה מבקשת מהם לפעול על פי חובתם הבסיסית יותר מכוח זכות הציבור לדעת ולחשוף לציבור את כלל המידע הרלבנטי. כל שהיא מבקשת הוא בכוחות עצמה לחשוף בפני הציבור מידע רלבנטי, ללא כל פרשנות או ניסיון שכנוע, שאינו מוצא ביטוי בשידור הציבורי הכללי. זהו בדיוק ההיקף של חופש הביטוי שהותר בהלכה הפסוקה במסגרת תשדירי פרסומת.

4.2. זכות [חובת] הציבור לדעת

38. כאמור, בהליך הנוכחי אין עסקינן כלל בהשמעת מגוון עמדות. כל שהעותרת מבקשת הוא שהנתונים העובדתיים ימסרו לציבור. עמדת המשיבה מטרידה במיוחד שכן כל שנטען, באופן

כללי ונטול כל פשר, הוא שנוכח העיתוי והלחימה המתקיימת, יכול התשדיר לעורר מחלוקת פוליטית. מהי בדיוק אותה מחלוקת, אין המשיבה מבארת.

39. למען הסר ספק, נדגיש כי העותרת דוחה מכל וכל את עמדת המשיבים בנוגע להיות התשדירים אותם ביקשה לשדר "שנויים במחלוקת". זאת, בהיותם של התשדירים עובדתיים גרידא. מאחר והמשיבים בהחלטותיהם השונות סתמו ולא פרשו מה בדיוק הינה אותה "מחלוקת", אין באפשרותה של העותרת להתמודד באופן מפורט עם טענה כללית זו של המשיבים.

40. כך או כך, עמדה זו של המשיבים, שעל פיה ניתן למנוע מהציבור מידע עובדתי על מנת למנוע דיון ציבורי ומחלוקת פוליטיות, כבר נדחתה מפורשות על ידי בית המשפט הנכבד. כך, ציינה השופטת חיות בע"מ 9135/03 **המועצה להשכלה גבוהה נ' עיתון הארץ**, פ"ד ס(4) 217 (2006) כי הזכות לקבלת מידע ולשקיפות: "מאפשרת לאזרחים להתחקות על פעולות אלה [פעולות הרשות – ח.ק. ו-ג.ב.] ועל השיקולים שעמדו בבסיסן ולבקרן, ככל שהדבר דרוש, והיא תורמת תרומה מכרעת ל'היגיינה הציבורית' ולשיפור איכותה של פעולת הרשות בודעה כי פעולותיה ותהליך קבלת החלטותיה חשופים ושקופים לעין הציבור" (שם, 223).

41. עיקרון זה אף מצא ביטוי מפורשות בפסיקה בנוגע למדיניות ישראל ביחס לרצועת עזה. כך, בע"מ 3300/11 **מדינת ישראל נ' גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע** (פורסם בנבו, 5.9.2012) (להלן: פרשת **גישה**) נדונה שאלת חובת הפרסום של מידע אודות ההגבלות על הכנסת המזון שנאכפות במסגרת המצור על עזה, שהחל לאחר עליית חמא"ס לשלטון. כבוד השופט ג'ובראן קבע באותה הפרשה כי: "הסוגיה ה'רגישה' בענייננו היא מדיניות ישראל ביחס לרצועת עזה. סוגיה זו עומדת בלב דיון פוליטי וציבורי רחב, ולא פעם אף מעוררת שאלות משפטיות. ברי, כי קביעה על פיה עצם הזיקה שישנה בין המסמכים למדיניות החוץ של ישראל או למדיניות הביטחון שלה מצדיקה את אי גילוי המידע תוביל לפגיעה קשה בשיח הציבורי. לציבור בישראל יש זכות לבסס את עמדותיו ביחס למדיניותה של ישראל על בסיס המדיניות בפועל, ולא על שמועות וקטעי דיווחים בתקשורת. במילים אחרות, עצם העובדה כי ישנה אפשרות שחשיפת המידע תעורר מחלוקת בציבור אינה עילה להסתרתו. [...] הסתרת המסמכים העוסקים במדיניות ישראל ביחס לרצועת עזה מונעת, מניה וביה, יכולת של תושבי רצועת עזה כמו גם של גופים ציבוריים בישראל לפקח על פעולת הרשות המבצעת ולהבטיח כי היא עומדת בהתחייבויות שנטלה על עצמה" (שם, פסקה 12 לפסק דינו). באותה הפרשה ציינה השופטת חיות כי: "גם אם הזכות לדעת, ככל זכות אדם אחרת, איננה זכות מוחלטת ואיננה ניצבת לבדה בראש סולם הזכויות, אין בעיניי ספק כי מדובר בזכות הניצבת בדיוטה גבוהה ביותר במדרג הזכויות. מדובר באחת "מאבני היסוד של חברה חופשית. היא נוגעת לעצם קיומו של המשטר הדמוקרטי, היא מזינה את חירות הביטוי וניזונה ממנה, והיא משקפת את התפיסה המשפטית שלפיה הרשות כנאמן הציבור מחויבת לדאוג לציבור ולא לעצמה במילוי תפקידיה (פרשת המל"ג, 232, כן השוו: ע"א 6576/01 **החברה לייזום מיסודה של סי.פי.אם בע"מ נ' לירן**, פ"ד נו(5) 817, 821-822 (2002)" (שם, פסקה 5 לפסק דינה). בדומה, אף נפסק כי יש להרחיב את חובת מסירת המידע לציבור מקום בו עסקינן במחלוקת אודות הבעלות בקרקעות ביהודה ושומרון. כך, בעת"מ (י-ם) 32725-05-12 **רגבים ע"ר נ' ראש המינהל האזרחי** (פורסם בנבו, 27.6.2013) נדונה שאלת החובה לספק לארגון הפועל לקידום עניינם של

מתנחלים לבקש גישה לנסחי טאבו ביהודה ושומרון, אף אם אין הוא צד לעסקה. כבוד השופט מרזל דחה את הטענה כי נוכח המאפיינים המיוחדים של המשטר הצבאי ביהודה ושומרון, והחשש מפני מחלוקת פוליטית, יש הצדקה לשלילה גורפת של הזכות לחופש מידע.

42. והנה כי כן, במקרה שלפנינו לא רק שהמשיבה 1 מונעת סיקור מאוזן ובחינה של העמדות השונות אודות משמעותה של הלחימה בדרום, אלא שהיא אף מונעת מהציבור מידע הכרחי הנדרש על מנת שיוכל לגבש דעה עצמאית אודות המתרחש. זאת, כאמור, בניגוד להלכה הפסוקה, שדחתה מפורשות את האפשרות של רשות לשקול את קיומה של מחלוקת כטעם לאי פרסום. זאת ועוד, המשיבים אינם מסתפקים באי פרסום המידע מטעם, אלא אף מונעים את פרסום המידע על ידי העותרת, על חשבונה, על מנת לנסות ולתקן את הסיקור הלא מאוזן מטעם המשיבים.

4.3. הגבלת תשדיר פרסומת

43. כאמור, בבסיס דיונונו הזכות לחופש ביטוי והזכות לחופש מידע, שתיהן זכויות חוקתיות מהמעלה הראשונה. יחד עם זאת, למשיב 2 הסמכות מכוח סעיף 27(2) לתקנות רשות השידור למנוע פירסומו של תשדיר אם הוא כולל: "תעמולה מפלגתית, או תשדיר בענין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור, לרבות בדרך של קריאה לשינוי חקיקה בנושאים אלה". תכליתה של סמכות זו נדונה בהרחבה בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) (להלן: פרשת המפקד הלאומי). שם, נקבע כי תכלית הסעיף היא קיומה של דוקטרינת ההגינות והבטחת שידורים מאוזנים והוגנים. עוד נקבע כי יש בהגבלה זו כדי למנוע השפעה של כוחות מסחריים על סדר היום הפוליטי. אף שפרשה זו עסקה רק בעצם חוקתיותם של התקנות, ולא בפרשנותם, נדונה בה בהרחבה דוקטרינת ההגינות. השופטת, כתוארה אז, נאור, ציינה כי: "תכליתה של דוקטרינת ההגינות היא להבטיח "שוק רעיונות" חופשי המשקף באופן ראוי ושלם את מגוון הדעות בנושא העומד לדיון" (שם, פסקה 40 לפסק דינה). ויובהר, ליבה של דוקטרינת ההגינות הוא ביצירת הגינות בין מפלגות פוליטיות, ומניעת שימוש בתשדירי פרסומת כדרך עוקפת לקידום תעמולה. כבר עתה יוזכר כי במקרה הנוכחי אין עסקינן בתשדיר מפלגתי. העותרת אינה גוף מפלגתי ואינה מזוהה עם גוף מפלגתי, אינה פועלת מטעם גוף מפלגתי ואינה קוראת לתמיכה בגוף מפלגתי.

44. בבג"ץ 10182/03 ח.ל. חינוך לשלום בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד נט(3) 409 (2004) נדונה היקפה של דוקטרינת ההגינות ופרשנות סעיף 27(2) לתקנות רשות השידור. נקבע, כי יש להבחין תשדיר שיש בו משום פרסום דעה, לבין תשדיר שהוא בבחינת פרסום עובדה, אף אם יש לעובדה זו, נוכח הקשר בזמן או בשל זהות המפרסם, כדי לעורר דיון פוליטי. באותה הפרשה נקבע כי יש לאמץ את מבחן "המרכיב הדומיננטי", במסגרתו: "יש לבדוק אם עיקרו של התשדיר הוא במסירת מידע, ללא הדגשה או נקיטת עמדה בכל הנוגע לעניין גופו, או שמא כולל התשדיר מרכיב דומיננטי של שכנוע בדבר יתרונות העניין שבמוקד השידור. עוד נקבע כי תשדיר פרסומת עשוי להתייחס לנושא אשר במהותו שנוי במחלוקת ציבורית, אך התשדיר גופו, מבחינת נוסחו, תוכנו או צורתו, אינו שנוי במחלוקת, ועל-כן הוא מותר לשידור" (פסקה

8 לפסק דינה של השופטת חיות, וראו עוד בהקשר זה בג"ץ 7144/01 גוש שלום עמותה רשומה נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887 (2002).

45. שאלה דומה נדונה בבג"ץ 7192/08 המטה להצלת העם והארץ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (פורסם בנבו, 28.10.2009) (להלן: פרשת המטה להצלת העם והארץ). באותה פרשה נדון תשדיר שעניינו ההתנתקות מרצועת עזה. הרשות עצמה הסכימה לשידור התשדיר, ובלבד שחלף המילה "גירוש" יאמר בתשדיר "פינוי". בית המשפט קבע כי יש למנוע באותה הפרשה את התשדיר שכן עניינו הוא בסוגיה שנויה במחלוקת וכי יש בו הבעת עמדה ברורה. קרי, לא היה מדובר בתשדיר שעניינו פרסום מידע גרידא. ויצוין, על מנת להדגיש את השוני הרחב שבין התשדיר בפרשת המטה להצלת העם והארץ והפרשה הנוכחית, כי באותה הפרשה נוסח התשדיר שהתבקש פרסומו היה: "ביום צום תשעה באב והימים הסמוכים, מדליקים נר זיכרון לזכר גירוש גוש קטיף. נישא תפילה לבורא עולם להצלת ארץ הקודש ונתייחד עם המגורשים וצרתן של שדרות ושכנותיה. את נר הזיכרון ניתן לרכוש ברשתות השיווק ובמכולות ברחבי הארץ ולהדליקם בכל אתר ואתר. לפרטים וסיוע בהפצה התקשרו..." ונוסח זה היה מקובל על המשיבים, בתנאי שהמילה גירוש תוחלף במילה פינוי, והמילה מגורשים במילה מפונים. כן נדון באותה הפרשה תשדיר נוסף שנוסחו: "במלאת שלוש שנים לחורבן וגירוש מגוש קטיף מדליקים נר לגוש קטיף, זוכרים ומעודדים. תרמו 101 שקלים להקמת מוזיאון גוש קטיף בירושלים, ותקבלו לביתכם מארז מהודר של נרות זיכרון לגוש קטיף לכל המשפחה, כולל את הסרט החדש 'לעולם לא עוד'. תתקשרו עכשיו למטה להצלת העם והארץ טל...". והנה כי כן, המקרה הנוכחי אינו דומה כלל וכלל לאותם התשדירים. התשדירים בפרשת המטה להצלת העם והארץ עסקו במישרין בקריאה לפעולה פוליטית, והשתמשו במילים בעלות קונוטציה פוליטית ברורה. התשדיר הנוכחי הוא תשדיר "יבש", הוא מתאר עובדות כהוויתן, ואין בו כל פרשנות או ניסיון לשכנע לאמץ עמדה זו או אחרת על רקע עובדות אלו.

46. באחרונה, ניתן פסק דין בבג"ץ 2468/10 אפרת – העמותה לעידוד ילודה יהודית נ' רשות השידור (פורסם בנבו, 7.3.2011) במסגרתו, לאחר דיונים ארוכים בין הצדדים, הוסכם כי הרשות תאפשר לעמותה שידור של מידע אינפורמטיבי. הסכמה זו עוגנה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד.

47. בענייננו, עומד התשדיר במבחן המרכיב הדומיננטי, ואף במבחן המרחיב יותר שנקבע בפרשת המטה להצלת העם והארץ. התשדיר הוא אינפורמטיבי גרידא. אין בו אף לא רמיזה באשר לאופן שבו מתבקש השומע לפרש את הדברים. כל שנעשה הוא הנגשת מידע, אשר אינו נגיש לציבור הישראלי ברוב ערוצי התקשורת, והותרתו לשיפוט הציבור. אף שהקשרו של המידע נוגע לסוגיות המצויות במחלוקת ציבורית בישראל, אין התשדיר מטיל אחריות על מי מהצדדים, הוא אינו קובע האם ההרג היה מידתי או חוקי, הוא אינו מציע פתרונות, ואינו קורא לנקיטת צעדים. מדובר בעובדות שאינן שנויות במחלוקת עובדתית.

48. בהקשר זה, יש לדחות את ניסיון המשיבות לתלות את מניעת פרסום התשדיר בזהות הגוף המשדר. יש בכך משום פגיעה עמוקה בזכות לחופש ביטוי פוליטי, שכן תיוגו של אדם או גוף כ"חשודים מטבעם" וקביעת רף נפרד לבחינת ביטויים המוצאים על ידם נגועה בהפליה על רקע עמדה פוליטית ובפגיעה בכבוד האדם. מדובר בפגיעה בעקרונות היסוד של השיטה

הדמוקרטית, במסגרתה נבחנים מעשיו של אדם ולא עמדתו הכללית. הזכות לחופש מצפון ודעה היא זכות חוקתית מהמעלה הראשונה, והיא מצאה ביטויה, לצד היותה זכות נגזרת מהזכות לכבוד, בשורה ארוכה של דברים חקיקה. כך, אפליה על בסיס עמדה פוליטית אסורה על פי חוק שיוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, על פי חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התשכ"א-2000 (להלן: **חוק איסור הפליה**) ובדברי חקיקה רבים נוספים.

49. זאת ועוד, ודאי כי מכירת זמן אוויר לתשדירים מסחריים היא בבחינת שירות ציבורי כמובנו בחוק איסור הפליה. האם המשיבים טוענים כי בכוונת מכוון הם מפריים את הוראות החוק ומחילים נורמות שונות על פונים על בסיס השקפותיהם הפוליטיות? כידוע, די בקיומו של טעם מפלה בין הטעמים שבסיס ההחלטתה על מנת להקים עוולה אזרחית ולבסס קיומה של עבירה פלילית מכוח חוק איסור הפליה, אף אם היו טעמים נוספים להחלטה. ההפליה "צובעת" את כלל הטעמים בצבעיה העכורים. והנה כי כן, המשיבים מודים בפה מלא שהם נוקטים במדיניות סלקטיבית, המציבה רף בחינה אחר לגופים על רקע זהותם והשקפותיהם. לכך אין להסכין.

50. דברים אלו נכונים, בבחינת מקל וחומר, מקום בו מקיימים המשיבים אפליה בפועל בהפעלת סמכותם. כך, לדוגמא, לצד מניעת התשדיר המבוקש על ידי העותרת, מפרסמים המשיבים מזה ימים ארוכים תשדיר מטעם "המטה לחוסן לאומי" שעניינו תמיכה בלחימה המתקיימת בימים אלו. בדומה, מוגש בימים אלו ממש תשדיר מטעם "צעירי חב"ד" הקורא להנחת תפילין למען ניצחון במבצע.

51. והנה, כיצד זה שתשדיר מטעם גוף אחד, מזוהה ימין, הכולל פעולת שכנוע ממשית, זוכה לבמה, בעוד שתשדיר אחר, שאינו מביע כל עמדה, וכל כולו פרסום של מידע אינפורמטיבי בלבד, נדחה רק מהטעם שהוא עלול לעורר מחלוקת (ויודגש, בשונה מתשדיר המטה לחוסן לאומי, התשדיר שבמוקד העתירה אינו שנוי כלל במחלוקת, והמדינה עצמה אינה מכחישה את מותם של הילדים המוזכרים בתשדיר או של ילדים נוספים במהלך הלחימה).

5. סוף דבר

52. המציאות הקשה של ימים אלו מעוררת אתגרים מוסריים, פוליטיים וחברתיים. על מנת להתמודד עם אתגרים אלו, צריך הציבור להיות חשוף למידע אמיתי, מדויק, ובזמן אמת. זוהי חובתה של רשות השידור הציבורית, היא האמונה על מתן הכלים לציבור לגבש דעתו.

53. בחובה זו מועלת המשיבה 1, המבקשת למנוע מהציבור – אפילו באמצעות תשדירים בתשלום - ידיעה אודות אחד ההיבטים העובדתיים של הלחימה בעזה: מותם של ילדים פלסטינים רבים. המשיבה 1 מנמקת את מדיניותה, ללא הסתר, כמדיניות שנועדה למנוע דיון ציבורי בישראל. זאת, בניגוד לתפקידה של התקשורת כ"כלב השמירה של הדמוקרטיה". נדמה כי בסערת הימים, שכחו המשיבים כי חובתם הראשונה היא לציבור.

54. כל שמבקשת העותרת לעשות הוא לחשוף, על חשבונה, את הציבור בישראל לעובדות שאינן שנויות במחלוקת בדבר קיומם של נפגעים אזרחיים, בדגש על ילדים רבים, בקרב הציבור הפלסטיני בעזה. העותרת אינה מבקשת בתשדירים שנפסלו לשכנע כי יש לאמץ מסקנה זו או אחרת בעקבות מידע זה. היא אינה טוענת שמדיניותה של מפלגה זו או אחרת היא הראויה להתמודדות עם המצב בדרום. היא אינה מציגה לציבור עמדה כלשהי בתשדירים. כל שעושה העותרת הוא למסור לציבור מידע – ישמע הציבור את העובדות ויכריע.
55. על רקע זה, החלטת המשיבים פוגעת בצורה בלתי מידתית בזכות לחופש ביטוי ובזכות הציבור לדעת. כמו כן, נוכח שידורם בימים אלו ממש של תשדירים מטעם עמותות ימין מובהקות בעלות מסרים פוליטיים ישירים, נגועה מדיניות המשיבים באפליה אסורה על רקע עמדה פוליטית. בנסיבות אלו, החלטות המשיבים חורגות בצורה קיצונית ממתחם הסבירות, נוכח פגיעתם הבלתי מידתית בזכויות אדם מוגנות, ודינן בטלות.
56. בשני צידי הגבול נפגעים ילדים. האם שונה סבלן של הילדות הישראליות מראם ואתיר אלוואקילי, בנות האחת עשרה ושלוש עשרה, שנפצעו מירי הקסאמים לעבר ישראל ממצבם של ילדים פלסטינים בעזה הפצועים פצעים קשים? למרבה המזל, לא נהרגו ילדים ישראלים במסגרת סבב הלחימה האחרון ונקווה שחלילה לא יהרגו. אבל את אלו שחיהם הקצרים נגדעו, איש לא יוכל להשיב. ילדים פלסטינים רבים נהרגו בימים אלו. לילדים אלו, לכל הפחות, הזכות לשם. לסבלם, לסבל משפחותיהם, ראוי שיופנה המבט. מבט אנושי, מבט מפוכח, מבט המסוגל לראות את סבלו של אדם באשר הוא אדם.
57. מטעמים אלו מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה.

היום, 27 ביולי 2014

ב/ גלעד ברנע, עו"ד

חגי קלעי, עו"ד

בא-כוח העותרת