



בג"צ 5228/14 - בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים נ' רשות השידור

מנהלי - הסמכות המינהלית - מידתיות וסבירות

var MareMakom = "בגצ 5228/14 - בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים נ' רשות השידור, תק-על 2014(3), 6969(13/08/2014)";

בג"ץ 5228/14 - בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים נ' רשות השידור ואח'עליו
בג"ץ 5228/14

בצלם - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים
נ ג ד

1. רשות השידור
 2. מנכ"ל רשות השידור
 3. ועדת הערר מכוח סעיף 6 לתקנות רשות השידור
 4. שר התקשורת
- בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק
[13.08.2014]
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם
עתירה למתן צו על תנאי
בשם העותר - עו"ד חגי קלעי; עו"ד גלעד ברנע
בשם המשיבים 1-3 - עו"ד מוטי ארד; עו"ד מירב אליהו
בשם היועמ"ש - עו"ד שוש שמואלי
תאריך הישיבה: ד' באב התשע"ד (31.7.14)

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. האם שידורו של תשדיר פרסומת מטעם ארגון "בצלם", המונה רשימות חלקיות של שמות ילדים פלסטינים אשר נהרגו במסגרת מבצע "צוק איתן", הוא פרסומת אסורה לפי כלל 7(2) לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), תשנ"ג-1993, שעניינו - בין השאר - "תשדיר בעניין במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור..."? זו השאלה הניצבת לפתחנו בעתירה זו.
הרקע



ב. "בצלם" - מרכז המידע הישראלי לזכויות האדם בשטחים (להלן בצלם). פנה ביום 16.7.14 אל חברת שפ"מ-אפיקים בע"מ, שבאמצעותה מבצעת רשות השידור את הפרסומות בשידורי קול ישראל - בבקשה לאשר תשדיר מטעמו. הנה נוסח התשדיר:

"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".

בדומה, כללו תשדירים שנתבקשו רשימות נוספות של ילדים.

ג. ביום 17.7.14 נשלחה אל "בצלם" תשובתו של עו"ד תומר קרני, סגן היועצת המשפטית של רשות השידור, בה נאמר כי הוא סבור שהתשדיר פסול לשידור שכן הוא נופל לגדרי האיסור הקבוע בכלל (2)7 הנזכר. בהחלטת עו"ד קרני נאמר: "אמנם התשדיר כולל עובדות (בהנחה שהפרטים נכונים), עם זאת, ברור שמדובר כאן בחלק מקמפיין פוליטי. הרי דיווח על שמות הרוגים מקומו במהדורות החדשות, שם הוא כפוף לכללים הידועים לגבי דיווח וסיקור עיתונאי, ולא במסגרת הודעה הממומנת על ידי צד שלישי. ברור גם, שמטרת התשדיר אינה רק דיווח עיתונאי, אלא העברת מסר פוליטי מסוים. מצב המלחמה יש בו כדי להדגיש עוד את הדברים. לאור האמור, אני סבור שהתשדיר נופל בגדר האיסור לפי סעיף (2)7 לכללי הפרסומות, תשדיר השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית".

ד. בעקבות החלטה זו פנה "בצלם" ביום 17.7.14 בערר לפי כלל 6 לכללי רשות השידור. יצוין, כי פרוצדורלית - לפי כללים 3-5 - המחליט הוא המנהל הכללי והערר מוגש לוועדת ערר (כלל 6). בערר נטען, כי אכן ראוי היה ששמות ההרוגים יפורסמו במסגרת מהדורות החדשות, אולם גופי התקשורת השונים בישראל וביניהם קול ישראל "מקפידים באופן גורף ובלתי סביר שלא לציין הרוגים פלסטינים בשמותיהם", ולפיכך נדרש "בצלם" לרכישת תשדירי פרסומת בתשלום "על מנת להשמיע לציבור עובדות אלו".

ה. תחת דיון בערר דחה ביום 22.7.14 מר יוני בן מנחם, מנכ"ל רשות השידור, במכתב שכותרתו "ערר על מניעת שידור בקול ישראל ופסילה שלא כדין של שידור שמות ילדים פלסטינים הרוגים" את הערר, בסמכות בלתי ברורה (אלא אם כן רואים זאת כעיון חוזר בהחלטת עו"ד קרני) בנימוק, כי "על אף שהפרסומת כוללת עובדות, הקשר הדברים שנוי במחלוקת פוליטית ולכן לדעתי לא ניתן לשדר את הפרסומת המבוקשת". צוין כי ההחלטה מבוססת על סעיף (2)7, וכי ל"בצלם" הזכות לערור על ההחלטה לוועדת הערר שבראשות ד"ר אמיר גילת יו"ר הוועד המנהל של הרשות. עוד באותו יום הוגש ערר נוסף.



ו. ביום 23.7.14 ערכה ועדת הערר דיון טלפוני דחוף בהשתתפות חברי הועדה: היו"ר אמיר גילת, גאולה אבידן ויעקב בורובסקי ועמם מנכ"ל רשות השידור ועו"ד קרני; הוחלט לדחות את הערר, תוך שנקבע כי לא נפל פגם בהחלטת המנכ"ל, וזאת מן הנימוקים הבאים: עסקינן בתשדיר פוליטי שנועד לעקוף את מהדורות החדשות; הקראת השמות הניטרלית לכאורה נצבעת באור פוליטי בשל היות "בצלם" פוליטי באופיו; קיימת סבירות גבוהה כי התשדיר יעורר מחלוקת פוליטית בעת מלחמה; התשדיר תומך במשתמע בעמדת ארגון החמאס כי ישראל אחראית למותם של אזרחים ברצועת עזה; העדר אזכור הנפגעים מהצד הישראלי, כמו גם האמירה "רשימה חלקית", מצביע על חוסר-אובייקטיביות ולחלופין על מחאה פוליטית; שידור התשדיר יהווה פתח לדרישות מצד גורמים נוספים לשימוש בפלטפורמה של שידורי הפרסומת; אין מקום לשימוש בפרסומת לשם יצירת מעקף למהדורות החדשות.

נוכח החלטת ועדת הערר, פנה "בצלם" ביום 28.7.14 בעתירה הנוכחית, שמשאלתה לבטל את החלטת רשות השידור האוסרת על שידור התשדיר.

טענות הצדדים

ז. בעתירה נטען כי הרכיב הדומיננטי בתשדיר שנפסל הוא עובדתי, ולפיכך עומד התשדיר במבחן הנדרש על פי הפסיקה, ואין למשיבים 1-3 סמכות למנוע את שידורו, כן חולק "בצלם" על הגדרת התשדיר כ"שנוי במחלוקת", וזאת בשל היותו - לשיטתו - אינפורמטיבי גרידא. נטען כי משרשות השידור אינה מקיימת את חובתה ליצור שידור ציבורי מאוזן, מבקש "בצלם" לחשוף את הציבור למידע רלבנטי, באמצעות תשדירי הפרסומת. עוד נטען, כי פסילת התשדיר מפרה את זכותו של הציבור לדעת ולקבל מידע חיוני לצורך גיבוש דעותיו ועמדותיו. כן נאמר, כי ההחלטה לפסול את התשדיר מהווה אפליה פסולה, שכן לאחרונה שודרו תשדירים מסוג דומה - מטעם "המטה לחוסן לאומי" ובו תמיכה בלחימה, ומטעם "צעירי חב"ד" בקריאה להנחת תפילין. במישור המשפטי נטען כי חופש הביטוי, וזכות הציבור לדעת מצדיקים - על פי הפסיקה - את התשדיר; אין עסקינן ביישום מגוון דעות לפי "דוקטרינת ההגנות", אלא בחשיפת מידע ללא נסיון שכנוע, ועל כן אין חריגה מגדרי הפסיקה. נטען, כי עצם העובדה שחשיפת המידע עלולה לעורר מחלוקת אינה עילה להסתרתו, ומכל מקום מדובר בהנגשת מידע שאינו נגיש לציבור במרבית אמצעי התקשורת.

ח. העתירה נקבעה, בהחלטת השופט זילברטל מ-28.7.14, לדיון ביום 31.7.14, ותגובות המשיבים נתבקשו עד 30.7.14. ט. בתשובתם המקדמית של המשיבים 1-3 (30.7.14) טענו, כי הזכות לחופש הביטוי אינה מקנה זכות לימינושה דווקא בדרך של פרסום פוליטי בתשלום, וכי דרך המלך - על פי הפסיקה - להשמעת ביטויים פוליטיים היא במסגרת השידורים עצמם, ולא תשדירי הפרסומת. עוד נטען, כי ביום 23.7.14 הועלה התשדיר על ידי הארגון לסרטיי האינטרנט YouTube וזכה לכ-300,000 צפיות ולכ-900 שיתופים, ולפיכך אין ניתן לטעון לפגיעה בחופש הביטוי של "בצלם". נטען כי התשדיר הוא פוליטי במובהק, ולפיכך הוא אסור לשידור על פי הוראות הדין והפסיקה; זאת ועוד, משהתשדיר מבקש לזעזע את הציבור ולהביא לשינוי בדעת הקהל הישראלית ביחס למבצע, נאמר כי אין הוא עומד במבחן הרכיב הדומיננטי שאינו פוליטי, קרי, הדרישה שהעיקר בתשדיר יהא מסירת מידע ולא נסיון שכנוע. לגבי טענת האפליה אל מול תשדירים אחרים (של חב"ד והמטה לחוסן לאומי) ששודרו, נאמר כי בעיון מחודש בהם הוחלט שלא ישודרו עוד.



י. העתירה הוגשה במקורה נגד שר התקשורת האחראי על רשות השידור. נתבקשה מטעם המדינה (30.7.14) מחיקת השר, בהיעדר סמכויות לעניין תוכן השידורים (השר נמחק בהחלטתו בתום הדיון ב-31.7.14). בהחלטה מ-30.7.14 נקבע, כי המדינה תתיצב בכובע היועץ המשפטי לממשלה.

יא. בדיון טענו נציגי "בצלם" כי התשדיר נועד לאזן וליתן דיווח מלא ושלם יותר, ביחוד על ילדים שנפגעים אשר אינם מעורבים, כשיקול מוסרי. המטרה, כך נאמר, היא האנשת הסיפור, ול"בצלם" אין אג'נדה אלא עניינה זכויות אדם וקול הצריך להישמע; התשדירים עומדים במבחני הפסיקה, מה גם שתשדירים אחרים שודרו כאמור. עוד נטען, כי הבאת עובדות בלבד להבדיל משכנוע פוליטי, על פי הפסיקה, מותרת בתשדירים, וכי הדגש מטעם העותרים הוא על חופש הביטוי וזכויות האדם.

יב. מטעם רשות השידור נטען, כי משנקבעה חוקתיותם של הכללים בשעתו, פרשנות סעיף 7(2) היא של אדם סביר המקשיב לשידור, וכאן ניכר כי היתה המטרה לזעזע פוליטית; ועוד גם עובדות עשויות ליצור פוליטיקה - כך שלפי דרך העותרים אפשר להעלות על הדעת שערב שחרור מחבלים יתבקש לשדר תשדיר בדבר הילדים בישראל שנהרגו בטרור, או בהקשר אחר תיקרא רשימת כפרים ערביים שנהרסו ב-1948; הכללים, כך נאמר, אוסרים תשדירים בקונוטציה כזאת. עוד נטען, כי המידע על הילדים ההרוגים במבצע זוכה בכל מקרה לחשיפה עצומה באתרי התקשורת וברשתות החברתיות. הוסף, כי התשדירים הקודמים שלגביהם נטענה אפליה (של חב"ד והמטה לחוסן לאומי) שודרו בטעות - אך בתשובה לשאלתנו נאמר כי אין נוהל בדיקה לכגון דא. עוד נטען, כי גם מקור הנתונים שמביא "בצלם" אינו ברור.

יג. מטעם הפרקליטות נתבקשה שהות להתיעצות עם היועץ המשפטי לממשלה אישית.

יד. בהסכמה נקבע כי הדיון ייראה כאילו הוצא צו על תנאי.

תגובת היועץ המשפטי לממשלה



טו. בעמדת היועץ המשפטי לממשלה (4.8.14) נאמר, כי אין עילה להתערבות בהחלטה לפסול את התשדיר. נטען כי אין להתיר כניסתם של ביטויים פוליטיים אל תשדירי פרסומת, וזאת כיוון שלא ניתן להבטיח במסגרתם שידור מאוזן כמתחייב מ"דוקטרינת ההוגנות", והחשש הוא כי בעל המאה יהפוך לבעל הדעה. עוד נאמר, כי התשדיר המבוקש גם איננו עומד במבחן "הרכיב הדומיננטי", נוכח המסר הפוליטי הטעון העולה מן העובדות ה"יבשות"; ראוי, כך נטען, לפרש בצמצום מירבי את מבחן הרכיב הדומיננטי, אולי אף יותר משפורש בעבר (פסקה 27), ופרשנות זו נשענת על העמדה המצמצמת שהוצגה בבג"ץ 7192/08 המטה להצלת העם והארץ נ' הרשות השנייה (2009) (להלן עניין המטה להצלת העם והארץ); אין לקבוע, אבחנות "דקות מדק" באשר למידעים שונים, ויש להותיר את מבחן "הרכיב הדומיננטי" למקרים מובהקים של מידע מניפולטיבי מעשי, ולא תשדיר שבא להעביר מסר לגבי עמדה שנויה במחלוקת (פסקה 28).

טז. בתגובת "בצלם" לעמדת היועץ המשפטי (מיום 6.8.14) נאמר, כי בעצם מבקשים היועץ המשפטי והמשיבים לשנות את הלכת בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008) (להלן פרשת המפקד הלאומי) שבו נקבעה חוקתיותם של כללי רשות השידור (תשדירים פרסומת והודעות ברדיו); זאת שכן נאמר שם מפי השופט (כתארה אז) נאור בדעת הרוב (פסקה 59 בעמ' 795), בעקבות פרשה קודמת (בג"ץ 10182/03 ח.ל. חינוך לשלום נ' רשות השידור, פ"ד נט(3) 409 (2004)) כי "מידתיות הכללים מקבלת משנה תוקף לאור פרשנות הכללים בפרשת חינוך לשלום, המתירה לשדר פרסומת פוליטית ובלבד שתתמקד במסר עובדתי בלבד". נאמר, כי בג"ץ 7144/01 גוש שלום נ' רשות השידור, פ"ד נו(2) 887 (2002) שבו אומץ מבחן הפרשנות שבידי השומע להעניק לתשדיר, נדחה בעקבות הלכות חינוך לשלום והמפקד הלאומי. כנטען, המבחן הוא איפוא של הרכיב הדומיננטי, ואין מקום לומר כי בשל היות התשדיר מנוגד לעמדת הממשלה יש לפסלו, והוא הדין גם באשר לטענה ש"בצלם" הוא גוף פוליטי; יש בכך ניסיון לסווג מפרסמים לפי עמדותיהם האידיאולוגיות. עוד נאמר, כי אין מקום למבחן "המידע האינפורמטיבי המעשי" שהציע היועץ המשפטי, הפוגע בזכות לחופש ביטוי, שכן "הזכות להעביר מסר פוליטי בתשדיר מסחרי מעוגנת בזכות החוקתית לחופש הביטוי" (פסקה 18); "אין מקום לפרש את כללי רשות השידור כמאפשרים למנוע הנגשת מידע לציבור רק מהטעם שפרסום המידע עלול להוביל לדיון ציבורי או לביקורת על פעולות הממשלה". המבחן שמציע היועץ המשפטי, כך נטען מעורר קשיים חוקתיים, יש בו הפליה, והוא פוגע הוא בזכות לשויון ובחופש הביטוי. נטען גם לגבי סטנדרט כפול לתשדירים שונים (מימין לעומת שמאל), בעקבות התשדירים הנזכרים ששודרו. סוף דבר, נטען כי המשיבים והיועץ המשפטי באים להפוך או לשנות את הלכת המפקד הלאומי, ויש בעמדתם כדי למנוע חשיפתן של עובדות "שעלולות לייצר מחלוקת בציבור, מאחר שאין נוחות לממשלה ומעוררות ספק באשר להצדקת פעולתה" (פסקה 36). נאמר, כי ככל שיש כוונה להפוך את הלכות המפקד הלאומי וחינוך לשלום מתבקשת הרחבת הרכב; המבחן לדעת העותרים הוא ההשפעה - קרי, אם הרשות עומדת לפסול תשדיר בשל מחלוקת, עליה הנטל להוכיח כי המידע קיבל ביטוי הוגן בשידור הציבורי. נאמר עוד, כי התשדיר דנא עומד במבחן הרכיב הדומיננטי, שעניינו עובדות - וגם אין חובה לאיזון בתשדירים (בתשובה לטענת המשיבים כי התשדיר עוסק רק בהרוגים הפלסטינאים). נטען, כי "בצלם" נכון גם לציין את כלל ההרוגים הפלסטינאים ולא רק מספר חלקי, וכן כי התשדיר יפורסם ללא נקיבת שם "בצלם". נתבקשו הוצאות לטובת "בצלם" בשל התרומה לשיפור נהלי רשות השידור.

הכרעה



יז. נפתח ונאמר כי באנו לכלל דעה שאין להיעתר לעתירה, שכן התשדיר המבוקש - לו האזנו בתשומת לב - בא בגדר "פרסומת אסורה" לפי כלל 7(2) לכללים, בהיותו "בענין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור". על פי הפסיקה כפי שיפורט בתמצית להלן, יש מקום לצמצום מירבי של פעפוע נושאים פוליטיים אל עולם תשדירי הפרסומת, שהם כלי מסחרי ונועד למטרות מסחריות, קרי, סיוע כלכלי לתקציב רשות השידור; בית משפט זה כבר נדרש לכך בעבר, והמגמה העולה מן הפסיקה מפרידה ככל הניתן בין פרסומת מסחרית לפרסומת לעניינים פוליטיים, שמטבעם - זה אופי הפוליטיקה - הם שנויים במחלוקת; וגם אם מציגים בהם פן הנראה תמים ועובדתי בלבד, גלום בו ככלל מסר, והמסר הוא רוחו של התשדיר, רוצה לומר, אל כתבו של התשדיר יש לצרף את רוחו, כדי להבין אם שנוי הוא במחלוקת אם לאו. אכן, גם אם הפסיקה לא נעלה הרמטית את הדלת בפני תשדירי פרסומת שיש בהם מידע בעל אופי פוליטי שאין בו משום שכנוע, צומצמה גישה זו במידה רבה, עד כי אם יש חרך בדלת הוא צר עד מאוד; כפי שיפורט, רצף הפסיקה מצביע על מגמת צמצום, ולטעמנו היא מגמה ראויה עד מאוד, מכל בחינה. יתר על כן גם לשיטה שאינה נועלת כליל את הדלת לתשדירי מידע להבדיל משכנוע פוליטי, התשדיר בו עסקינן הוא - כפשוטו - ככל שמאזינים ומשקיפים אליו במהות ובמסר שעולה ממנו, ולא במלותיו "היבשות" בלבד, בודאי שנוי במחלוקת, בהיותו על פניו מכון שכנוע, ועל כן נכנס לגדרי כלל 7(2). לטעמנו אין צורך במבחן חדש; הפרשנות להלכת חינוך לשלום שנקבעה בפסק הדין בענין המטה להגנת העם והארץ, אשר ניתן ב-2009 אגב, (בהקשר של "תשדיר מימין", אל מול "התשדיר משמאל" דהאידינא) היא המלה האחרונה עד כה בפסיקה בתחום זה, שאגב - אינה זוכה להתייחסות בתגובת העותר למעט אזכור שניתן שם אישור לתשדיר עובדתי מסוים - ודי בה לענייננו. גם איננו סוברים כי הלכת גוש שלום שייכת לחביון ההיסטוריה לאחר שבאו פסקי הדין בעניין חינוך לשלום והמפקד הלאומי, ולכך נשוב בהמשך. פרסומת אינה חלק משוק הדעות, שמקומו שמור בשידורים עצמם, והגבול בין מידע לשכנוע הוא "דק על דק עד אין נבדק" במרבית המקרים.

יח. זה המקום לומר בקול צלול, ראשית כי כבני אנוש אנו מצרים מאוד על מותם בעזה של חפים מפשע, לא כל שכן ילדים. נזדמן לי לכתוב בעבר (ראו רשימתי "משפט ציבורי בימי משבר, בימי לחימה" דברים מ-2002 בתוך ספרי נתיבי ממשל ומשפט (תשס"ג - 2003) 22) בעקבות מבצע "חומת מגן" והטענות בדבר טבח בג'נין: "לחימה שהאויב עושה בה שימוש באזרחים, בצורות שונות, היא לחימה קשה במיוחד. אולם צה"ל, שניהל קרב קשה ושילם בדם חייליו, לא טבח בפלשתינים. האומרים זאת מעלילים עלילות דם, כמיטב המסורת. אכן, צריכה להיות אמפתיה לפלשתינים על אבדותיהם. אדם אנושי חש בצער הזולת. מחיר כבד הם משלמים על הנהגתם כמות שהיא. חבל מאוד גם על קרבנותיהם. מי שמוריד דמעה יום יום על חללי בת עמו, שדמם נשפך, מי שאינו יכול שלא להשתתף בכאב ובצער הכלל בעמו שלו, צריך לחוש גם בכאב הזולת ... אך הכתובת המהותית, המוסרית, הציבורית והמשפטית האשמה בפשעים היא יאסר ערפאת, ששלח אנשים לטבוח באזרחים במדינת ישראל, בלי רחם, בקור רוח מקפיא. חשוב לומר את הדברים בקול צלול."



ישראל, מדינה יהודית ודמוקרטית הנאבקת באויב אכזר ושוה נפש לדם אזרחים, ישראלים ופלסטינאים, לוחמת כיום על הגנתה העצמית והגנת אזרחיה ויישוביה ובטחונם, וכמסתבר בלחימת "צוק איתן" - על הגנתם ובטחונם של חלקים גדולים מן המדינה. אך בתוך זאת ישראל ערה, וחייבת להיות ערה, גם למצוקת חפים מפשע בצד האחר - ובהם ילדים; זאת, הן במישור התכנון המבצעי, במידתיות הפעילות הצבאית ככל הניתן, והן במישור הסיוע ההומניטרי. הדרכת הכוחות בעניין זה היא חובתם מקדם - כשלעצמי כיועץ משפטי לממשלה עסקתי בכך לא מעט - של יועציהם המשפטיים, האזרחיים והצבאיים, של הממשלה וצה"ל. ואכן, מצוקתם של אזרחים שארגוני הטרור עושים בהם ובבתיהם שימוש למטרות הלחימה ועל כן נפגעים בלחימה שכנגד, אינה זרה לישראל והיא אינה יכולה שלא להידרש אליה; גם אם יש מן האזרחים שאינם תמימים והנותנים יד למחבלים, הדעת נותנת כי רבים אחרים עושים כן בכפיה ובמורא, או שאין להם דבר עם הלחימה, ראו דבריו של מ"מ הנשיא ח' כהן בבג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הבטחון, פ"ד לה (3) 113, 132, וכן ראו בבג"ץ 5290/14 קוואסמה נ' המפקד הצבאי (11.8.14), פסקה 25 לפסק דינו של השופט דנציגר.

יט. בגדרי המשפט העברי אוסיף: כתב הרב שלמה גורן (משיב מלחמה א' (תשמ"ג)), בפרק "מוסר הלחימה לאור ההלכה" ג', "יד" ברם על אף מצות הלחימה המפורשת בתורה מצויים אנו לחוס גם על האויב שלא להרוג אפילו בשעת מלחמה, אלא בזמן שקיים הכרח להגנה עצמית לצורך כיבוש ולנצחון ולא לפגוע באוכלוסיה בלתי לוחמת ובודאי שאסור לפגוע בנשים וילדים שאינם משתתפים במלחמה". כן ראו דברי הרב שאול ישראלי, "פעולות תגמול לאור ההלכה" (בעקבות פעולות קיביה בתשי"ד), בצומת התורה והמדינה ג' (תשנ"א - 1992), 253, הן בכל צדדי השאלה. הנה מדברי הרב אשר וייס בשיעורו זה לא כבר בעניין "הפגיעה בחפים מפשע בשעת המלחמה" (מסעי, תשע"ד), בו נדרש לסוגיה זו על רקע הימים. שלשיתו גם אם "מעיקר הדין אין להימנע מהריגת הרוצחים אף אם חפים מפשע נהרגים עמהם הרי שבדאי יש להשתדל במניעת הריגתם של אלה שלא פשעו ולא חטאו, אך כשאי אפשר גם הם נהרגים עם אלה שמצוה להרגם..". (עמ' ז'-ח'), ראו גם יוסף אחיטוב "מלחמות ישראל וקדושת החיים", בתוך י' גורני וא' רביצקי, (עורכים), קדושת החיים וחירוף הנפש, קובץ מאמרים לזכרו של אמיר יקותיאל (תשנ"ג - 1992), 255, 259-260.

כ. למיטב ההתרשמות, גם ניתן ביטוי לא מועט כלל לסבל האוכלוסיה האזרחית ולנעשה בעזה - בתקשורת הישראלית לגווניה, באתרי האינטרנט וכנמסר גם ברשתות החברתיות גם אם יש הסבור, בגדרי חופש הדעות והביטוי, כי נחוץ כיסוי תקשורתי רחב יותר. אין איש מסתיר את ההריסות ומותם של אזרחים; פירוט מספרי ההרוגים ברצועת עזה, גם אם בלי שמותיהם בדרך כלל, מובא בתקשורת באופן שוטף, מפי גורמים רפואיים רשמיים בעזה, ככל שהתרשמותנו מגעת, ובית משפט זה בתוך עמו הוא יושב וגם הוא מאזין וצופה.

כא. נאחז את השור בקרניו, קרי - האם קריאת שמות הילדים ההרוגים בתשדיר נכנסת לגדרי "ענין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור", שהוא פרסומת אסורה לפי כלל (2)7.



כב. בפסק הדין בבג"ץ חינוך לשלום שניתן לפני כעשור (2004) דובר, בחוות דעתה של השופטת חיות, בעקבות בג"ץ 1893/92 רשף נ' רשות השידור, פ"ד מו(4) 816, 820 (בחוות דעתו של השופט - כתארו אז - ברק) (1992) במבחן "הרכיב הדומיננטי" בתשדיר, קרי, האם עיקרו מידע ללא נקיטת עמדה - או מרכיב של שכנוע (ראו עמ' 418-419). הנושא נדון בפרשת המפקד הלאומי ובפסק הדין העיקרי, מפי השופטת (כתארה אז) נאור בדעת הרוב, צוין, בין השאר, והדברים הובאו בהרחבה בבג"ץ 7192/08 המטה להצלת העם והארץ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו ורשות השידור (2009). פסקה כ"ט וראו גם פסקאות ההמשך שם), כי " ... האמצעי שננקט בכללים בכדי להגשים תכלית זו (של דוקטרינת ההגנות בשידור - א"ר) הוא איסור מלא של העברת מסרים פוליטיים במסגרת תשדירי הפרסומת". בפסק הדין המפקד הלאומי נקבעה חוקתיותם של הכללים בהם עסקין, והוצבע - מפי שופטים שונים, לרבות במיעוט - על היחס המסויג לתחולתו של חופש הביטוי הפוליטי על תשדירי הפרסומת; נאמר - אדרבה - כי שידור הפרסומת הפוליטית עלול לפגוע הן בשיון ("בעל המאה ישדר"), הן בדוקטרינת ההגנות (שאיננו עוסקים בה ספציפית בתיק דנא) והן בתכלית הפרסומת, שהיא רכיב מסחרי (ראו, למשל, פסקה 3 (עמ' 797) לחוות דעתו של השופט לוי, פסקה 3 (עמ' 842) לחוות דעתה של השופטת חיות, ופסקה 43 (עמ' 869) לחוות דעתה של השופטת פרוקצ'יה).

כג. בפרשת המטה להצלת העם והארץ היו תשדירים הקשורים בזכר גוש קטיף ודובר בהם על "גירוש גוש קטיף" ונאמר (פסקה כ"ה לחוות דעתי), כי "אין ענייננו בפרסומת מסחרית כל עיקר - היא טבולה בתוכן פוליטי, שהוא הרכיב הדומיננטי בה ... ענייננו בנושא ההינתקות מגוש קטיף, שאין מחלוקת כי היא שנויה במחלוקת בציבור, מחלוקת לגיטימית, מחלוקת כואבת, מחלוקת שטרם תמה ... הואיל וכך, נשגב מבינתנו, כיצד שקלו הרשויות מעיקרא להתיר את התשדירים: האם חשבו על התמורה הכספית, האם עשו כן כדי שלא לבוא במחלוקת עם גופים פוליטיים ומפני דרכי שלום? פרסומת מסחרית ומחלוקת פוליטית הן על פיהן - על פי הוראות הדין - תרתי דסתרי ...". בפסק הדין נסקרה הפסיקה שקדמה בהרחבה, המעיין יעיין.

כד. איננו סבורים כי יש לקרוא לתוך אמירתה הנזכרת של השופטת נאור בפסקה 59 (עמ' 795) בעניין המפקד הלאומי, כפי שמבקש "בצלם", מסקנה גורפת של פרשנות "סופית" באשר ל"הכשר פרסומת פוליטית". פסק הדין המפקד הלאומי עסק בחוקתיות הכללים, והתייחסות זו היתה חלק מן ההנמקה לכך; הדברים לא "אימצו" פרסומת פוליטית, אלא נדרשו למבחן "הרכיב הדומיננטי" שבפרשות רשף וחינוך לשלום, והובחן בין עובדות לנסיון שכנוע בהקשרים אלה, בגדרי חופש הביטוי. ואולם, שלא כטענת "בצלם", בפרשת המפקד הלאומי הסתייגו - כאמור - מפרסומת פוליטית שופטים אחדים. כה. בסופו של יום עסקין במבחן של "סבירות ושל שכל ישר" (בג"ץ 524/83 האגודה למען החייל בישראל נ' המנהל הכללי של רשות השידור, פ"ד לז(4) 85, 89, מפי השופט (כתארו אז) ש' לוי); וראו גם עניין גוש שלום נ' רשות השידור בעמ' 893, שם ציינה השופטת שטרסברג כהן בנושא קרוב לענייננו, והוא בקשת העותרים לפרסם הודעות המזהירות חיילי צה"ל מפשעי מלחמה - "הקונוטציה של התשדירים היא אידיאולוגית-פוליטית ולא אינפורמטיבית גרידא, כטענת העותרים. הסבירות והשכל הישר, יש לקוות, לא נטשונו גם כיום, ואין שמץ אמירה בפסקי הדין של המפקד הלאומי וחינוך לשלום הסותרת זאת. אכן, כאמור, לא ננעלה הרמטית הדלת לתשדיר של מידע להבדיל משכנוע, אך ההבדלים ביניהם דקים ומורים אותנו, בגדרי אותה סבירות ושכל ישר, לעבר צמצום מירבי.



כו. אביא מפסק הדין בעניין המטה להצלת העם והארץ את פסקה ל"ה, המסכמת את הגישה שנקט בית המשפט, ושאמורה להנחותנו גם בנידון דידן:

"לטעמי, העולה מפסק הדין המפקד הלאומי בדעת הרוב, שבכל הענוה אף דעתי כמותה, הוא כפי שאמרנו מעלה - צמצומו של 'המרחב הפוליטי' בתשדירי הפרסומת עד למינימום, תוך הגישה שפרסומת בתשלום אינה במעגלי חופש הביטוי כשלעצמה. אוסיף, כי לדעתי נוכח הלכת המפקד הלאומי יש לפרש בצמצום גם את הלכת פסק הדין בעניין ח.ל. חינוך לשלום. אכן, אין בכך כדי לפגוע במהות בחופש הביטוי, ולא ב"אח גדול" של אורוול ("1984") עסקינן. חופש הביטוי, היקר לכל חפץ דמוקרטיה ושוק דעות חופשי, במקומו מונח, שמור ומטופח ככל הניתן, אף ברוח נביאי ישראל, אותם ציטטה העותרת ונביאים אחרים, מוכיחים בשער אמיצי לב כנגד השררה, ואין זה המקום להכביר מלים; אך מגרש הפרסומות, שאינו מגרש שיווני, ודבר זה יש להטעים הטעמה יתרה, ובעל המאה יהא בעל הדעה הנקלטת שתשודר שוב ושוב - אינו מקומו הטבעי. כשלעצמי הייתי נינוח אילולא ניתנה בפרסומת דריסת רגל כל עיקר לנושאים פוליטיים, כפי שניסחו זאת חלק מחבריי באשר הובא מעלה, וכל המוסיף גורע; זאת - שהרי הללו שניים במחלוקת מטבעם, ככלל, אך גם לשיטה המאפשרת פרסומת שהיא מידע, לא בכך עסקינן כאן. לדידי מכל מקום - במבט צופה פני עתיד - על הרשויות, נוכח פסק הדין המפקד הלאומי, לפרש בצמצום כל דריסת רגל לנושאים פוליטיים בפרסומות המסחריות, על-ידי בדיקה בשבע עיניים באשר לה... כאמור, וכך היה ויש לנהוג בשכמותם מימין ומשמאל, מרכז, דתיים, חרדים, חילונים, ערבים או כל גוף או צד; שאם לא כן אין לדבר סוף, וברי לכל לאילו פרסומות 'מסחריות' עלולים אנו להגיע. השאלה בבסיס אינה, איפוא, מינוח זה או אחר אלא עצם הפרסום".

לכך הסכימו חברי להרכב השופטים ג'ובראן ודנציגר.

כז. ולענייננו שלנו, דעת לנבון נקל, כי קריאתה של רשימת הילדים ההרוגים, עם שנכמר עליהם הלב מאוד, היא למטרה פוליטית ולא למידע גרידא. מטרתה, שאין צורך בחכמת הנסתר כדי לעמוד עליה. היא להביא את הציבור לגרום לממשלה להפסיק את לחימת צה"ל בעזה, בשל האבידות לאוכלוסיה האזרחית שם ובמיוחד ילדים. הניתן לומר כי דבר זה - קרי, המשך הלחימה - אינו שנוי במחלוקת פוליטית? גם במבחן הרכיב הדומיננטי, שכאמור יש לפרשו בצמצום, כדי למנוע את חלחולו של השטף הפוליטי אל הפרסומת - רכיב זה בענייננו, ובחינת פשיטא, הוא השכנוע הציבורי-פוליטי, והאמירה כאילו במידע גרידא עסקינן אינה יכולה להתקבל על הדעת, בכל הכבוד. יפים לכאן דברי השופט שטרסברג-כהן בעניין גוש שלום שהבאנו מעלה; ההקשר ברור כשמש בצהרי היום. נחזור ונאמר: עניינים פוליטיים מעין אלה, אין מקומם בפרסומת, על רשות השידור להתרחק מהם בהקשר התשדירים ת"ק פרסה על ת"ק פרסה. אין כאן איפוא צורך במבחן חדש, אלא הקביעה בעניין המטה להצלת העם והארץ די בה, וכל המצמצם הרי זה משובח. עובדות המקרה דנא מיושמות איפוא בבירור להלכה הקיימת. מקומו של הנושא שהעלה "בצלם" בשידורים הרגילים המציפים אותנו בעידן זה, ואין סיבה להניח כי קולות חולקים על הממשלה ודרכה לא יישמעו כראוי, והם אכן נשמעים.



כח. בטרם חתימה עלינו להידרש לטענת העותרים, שיש בה ממש גם לדעת הרשות, כי הרשות שידרה שני תשדירים בעלי אופי "שכנועי", של המטה לחוסן לאומי ושל חב"ד. בא כוח הרשות הודיע, כאמור, כי המדובר בטעות והם לא ישודרו עוד. מבלי להיכנס לדקדקנות בתוכנם של אלה, וכל אחד מאתנו וטעמו, השאלה הנשאלת היא הכיצד הרשות, שפסקי הדין של בית המשפט מחייבים אותה, ויועציה המשפטיים לא יישמו את שנאמר בפרשת המטה להצלת העם היהודי והארץ וקודמיה, כי יש לבדוק בשבע עיניים את התשדירים ותוכנם. הכיצד תיעשה הבדיקה "בשבע עיניים" בהעדר נוהל בדיקה פשוט, ברשות שהנושא מסור מטעמה - אם הבינונו אל נכון - לחברה מסחרית? העדר נוהל בדיקה מביא לתקלות כמו שאירע כאן. שוב, איננו יודעים אם המניע את הרשות והבאים מכוחה בקבלת תשדירים הוא כלכלי או אחר, אך מחויבת היא לקיים את הכללים שמכוחם היא פועלת ולא לשיעורין. מתבקש כי תוך 60 יום ייקבע נוהל בדיקה. בהקשר זה נציין, כי באחרונה ממש התקבל בכנסת חוק השידור הציבורי, התשע"ד - 2014 (ספר החוקים 2471, ט"ו באב התשע"ד, 11.8.14) ופרק י"ב בו עוסק בפרסומות והודעות. סעיף 70 עניינו תשדירי פרסומת והודעות תמורת תשלום, שתאגיד הציבור הציבורי רשאי לשדרם ברדיו (ס"ק (א)), ועל המועצה בהתייעצות עם המנהל הכללי לקבוע כללים, בין השאר (ס"ק (ב)(1)) באשר ל"איסורים ומגבלות על תשדירי פרסומת והודעות". לפי סעיף 75 תקבע המועצה כללים "בדבר איסורים ומגבלות", בין השאר על שידורי פרסומת, הכל כמנוי שם. סעיף 76 קובע מינויה של ועדת משנה לפיקוח, בין השאר, בנושא תשדירי פרסומת. ניתן לקוות שדברינו כאן יישמעו גם במסגרת הכללים החדשים והפיקוח שקבע החוק.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

הסוגיה הדורשת הכרעה היא האם נכון להתערב בעמדת המשיבים לפיה אין לשדר תשדיר מטעם העותר, שכולל הקראת שמות של ילדים פלסטיניים אשר נהרגו במהלך מבצע "צוק איתן". השאלה המשפטית המונחת לפתחנו היא האם תשדיר כזה אסור בהיותו "תשדיר בעניין השנוי במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור" (כלל 7(2) לכללי רשות השידור (תשדירי פרסומת והודעות ברדיו), התשנ"ג-1993).

כמובן, בית המשפט איננו שש להביע עמדה ב"מחלוקת פוליטית או אידיאולוגית בציבור". הדבר נכון ביתר שאת בכל הקשור למבצע צבאי ולשאלות המתעוררות באופן טבעי בציבור בעקבותיו. ברם יש הבדל ברור בין הבעת עמדה על ידי בית המשפט במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית, שאיננה נדרשת לטעמי בעתירה זו, ובין הקביעה המתבקשת במסגרת ביקורת בג"ץ האם תשדיר מסוים עוסק במחלוקת פוליטית או אידיאולוגית ולכן אין להתיר את פרסומו. הבעת עמדה במחלוקת לחוד, והכרה בקיומה של מחלוקת לחוד.



אכן, הסוגיות הנידונות בתקופה זו בבמה הציבורית בעקבות המבצע בעזה הן חשובות ומורכבות. אך עולמו ואולמו של בית המשפט מצויים כעת - וטוב שכך - מחוץ לזירת ויכוח זו. דווקא משום שבית המשפט מחויב לעיתים - אגב תפקידו - להכריע בסוגיות כאובות ואנושיות, נדרש להשקפתי ריסון בהתייחסות של בית המשפט לנושאים כאלה שאין צורך להכריע בהם בעתירה שלפניו.

פרסום התשדיר איננו עניין רגיל של חופש הביטוי. יוזכר כי תשדירי הרשות שייכים למרחב הציבורי. הקניין הקולקטיבי תומך בגישה לפיה אין להכניס מחלוקת לתוך מרחב זה. אין עסקינן למשל בעיתון פרטי או בהפגנה. ההסתייגות ממחלוקת פוליטית או אידיאולוגית ביחס לתשדירי הרשות עמדה בביקורת החוקתית של בית משפט זה (בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008)), והעותר איננו תוקף זאת. טענת העותר היא כי הואיל ומדובר בהעברת מידע - שמות וגילאים - אין להלביש על התשדיר את שמלת המחלוקת. כדי לדחות טענה זו, מעבר לפסיקה שהובאה על ידי חברי השופט א' רובינשטיין, ניתן להתייחס למבחן ההקשר. למילים ולעובדות יש כוח. בחירת עובדות מסוימות בלבד מתוך כל הפסיפס לא נעשתה בצורה אקראית. מטרתה הייתה להעביר מסר ולתקשר עם הציבור. פן נוסף של ההקשר, שבעיניי מקל על ההכרעה כאן, הוא עיתוי הפרסום - זמן לחימה. אין בכך כדי לקבוע כי העיתוי מהווה כשלעצמו תנאי. ברם הוא מעצים לא רק את מטרת התשדיר אלא גם את משמעותו האובייקטיבית. נדמה כי קביעה אחרת, כביכול עסקינן בהעברת מידע גרידא, תחטא בעצימת עיניים ואוזניים. כמובן, זכותו של העותר להציג עובדות ועמדות על פי השקפתו. אך הסוגיה כאן הינה האם רשות השידור היא "פורום נאות" לכך על פי הדין.

סוף דבר, אני מסכים עם חברי כי דין העתירה להידחות וכי טוב יעשו הגורמים הרלבנטיים בכך שיקבעו נוהל (וראו סעיף 75-76 לחוק השידור הציבורי, התשע"ד-2014, אשר נחקק בימים אלו). גם אם נוהל זה יהיה כללי, הדבר עדיף על פני החלטה מתגלגלת ממקרה למקרה.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי, השופט א' רובינשטיין, ולהערותיו של חברי, השופט נ' הנדל, ככל שהן ברמה העקרונית בלבד, הגם שאיני סבור כי בחלקן הן מתייחסות למקרה דנא.

אף אני סבור כי יש לדחות את העתירה, הן בשל תוכנו של התשדיר המבוקש והן בשל עיתוי הדברים, בעוד הדי לחימה בעזה טרם נדמו.

כמו חברי, נראה לי כי יש מקום לקביעת נהלים ברורים בסוגיה זו, ויפה שעה אחת קודם.

ש ו פ ט

ניתנה היום י"ז אב התשע"ד (13.8.14).