

הקצאת משאבי ביטוי, פגיעה ברגשות והשפעה על תרבות בחברה שסועה העוברת שינוי: תיאטרון עירוני בעיר מתחרדת

מאת
אילן סבן*

תקציר

המאמר בוחר במקרה שהתרחש לאחרונה כנקודת מוצא לדיון בשאלות מורכבות של חופש ביטוי ושל הקצאה שלטונית לתרבות. מדובר בהתרחשות שעניינה התיאטרון העירוני של צפת – עיר שעוברת תהליך התחרדות. ועדת הרפרטואר של התיאטרון לא קיבלה על עצמה אמת-מידה שהנהלת התיאטרון הפצה בה לדחייה-על-הסף של הצגות, והיא פסילת כל הצגה שמכילה מרכיב של עירום חלקי. בתגובה החליטה הנהלת התיאטרון לאכוף את תפיסתה באמצעות שינוי הייצוג בוועדה המקצה. היא הדיחה את ועדת הרפרטואר הקיימת, ומינתה תחתיה ועדה חדשה שהרכבה דתי ודתי-חרדי ברובו. הבחירה בניתוח מפורט של מקרה זה נובעת מהיותו תבנית לסכסוכים שילוו את החברה הישראלית יותר ויותר. מדובר בשינויים דמוגרפיים סביב שסע ה"דתיות" וסביב השסע הלאומי-התרבותי-הלשוני, תוך שינוי לעיתים ביחסי העוצמה הפוליטיים בערים מעורבות. כיצד מוסד תרבות עירוני צריך להתנהג אל מול שינויים כאלה? הניתוח במאמר נפרס לשאלות-משנה רבות, שהמאמר מנסה לתת להן תשובה ערכית מנקודת-ראותו של הליברליזם הרב-תרבותי ותשובה משפטית לאור ערכיה של המדינה כיהודית ודמוקרטית. ואלה השאלות: מהו ההבדל בין "הגבלת ביטוי" לבין "אי-הקצאה של גישה לפעולת ביטוי"? כיצד הבדל זה משפיע על "פגיעה ברגשות"? מתי אי-הקצאת גישה לביטוי תהא שקולה להגבלת ביטוי, ומכל מקום, מתי היא תהא פגומה מבחינה מוסרית ומבחינה משפטית (דוקטרינת "הפורום הציבורי")? המאמר מנסה להתקדם בעיקר בשאלה: כיצד יש להסדיר זירות ביטוי ותרבות חשובות כאשר מתחדד סביבן מפגש עימותי בין קהילה חילונית לבין קהילות דתיות לא-ליברליות, במיוחד כאשר אלה האחרונות נהפכות לרוב מקומי או זוכות בהגמוניה מוניציפלית.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המאמר עבר גלגולים, ואיתם הצטברו התודות. תודתי העמוקה נתונה לחברי הסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים בחיפה, וכן לזיו בורר, יואב המר, אלון הראל, תמי הראל בן-שחר, אמיר טבנקין, מני מאונטר, ברק מדינה, אמיר מלצר, דורון מנשה, דני סטטמן, גידי ספיר, ערן פיש, ניצן רווח וגילה שטופלר. תודתי העמוקה נתונה גם למורן קליינפלד, רינת דמרי, לירון דר ויואב מר ממערכת כתב-העת עיוני משפט על הערותיהם החשובות הרבות, וכך גם לקוראת האנונימית של כתב-העת עיוני משפט.

לבסוף, המאמר מנסה להפליג אל מעבר למקרה הנבחן, ולהשמיע הערות ראשוניות ביחס לשאלות של הקצאה לתרבות בהקשרה של החברה הישראלית בכללותה.

- א. הסוגיה
- ב. המקרה של תיאטרון צפת
- ג. תיאטרון עירוני בעיר שסועה ומשתנה – התמודדות עם הטענות המלוות את השינוי בהתנהלות התיאטרון
 1. הטענה כי חסימת הגישה להצגות שיש בהן עירום חלקי אינה בגדר התערבות בתוכני הביטוי, אלא בהיבטיו הצורניים
 2. אי-הקצאת גישה לבמתו של תיאטרון עירוני בטענה לפגיעה קשה ברגשות: קשירת הפגיעה לאופיו של התיאטרון כתיאטרון "עירוני" ולמשמעות המיוחסת להקצאת גישה לבמתו
 3. הטענה בדבר ההבחנה המשמעותית בין "הגבלה" לבין "אי-הקצאה", ודיון בטענת-הנגד בדבר עמעומה של הבחנה זו בהקשרים שבהם מתגבשת "חובת הקצאה": סוגיית "הפורום הציבורי"
 4. הטענה בדבר "שינוי פניה של העיר": תיאטרון בעיר שסועה העוברת שינוי – מסגרת ניתוח תיאורטית
- ד. מעבר מהמקומי אל הארצי: תחילת דיון
- ה. סיכום

א. הסוגיה

הדפוס השגור של דיילמות בתחום חופש הביטוי נוגע בשימוש שהמדינה עושה בכוחה המגביל כלפי ביטויים של פרטים בחברה.¹ אלא שהמדינה מתערבת במרחב חופש הביטוי באופן מרכזי אחר, והוא השימוש בכוחה המקצה לשם השפעה על "שוק הרעיונות". היא עושה כן באמצעות הקצאתם של מגוון משאבים שיש לה שליטה או השפעה עליהם: משאבים חומריים, סימבוליים או פוליטיים. זהו כוחה להקצות תקני כוח-אדם או תקציבים; כוחה ליצור סמלים ודימויים (ולהעניק להם לעיתים משמעות ייחודית של "סמלים ממלכתיים", "חינוך ממלכתי" וכדומה); כוחה לאפשר או למנוע גישה לפורומים של ביטוי שהיא מפעילה; כוח פעולתה כ"דוברת" של רעיונותיה שלה או כ"מתייגת" של תוכני ביטוי של אחרים על-דרך ציונם לשבח, הכרה בהם או גינוים; ולבסוף, כוחה להשפיע על כל אלה באמצעות מינוים של בני-אדם מסוימים לאותן משרות הכרעה הכוללות את הסמכות של

1 ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953) (להלן: בג"ץ קול העם).

הקצאת הטובין האחרים. והנה, חסר דיון בנורמות החלות על מהלכיה של המדינה בבואה להשפיע על שוק הרעיונות באמצעות כוחות ההקצאה שבידיה.² מאמר זה מבקש למלא מעט מהחסר. אחרוג כאן מניתוח מסודר של הסוגיה לטובת ניתוח המתחיל ממקרה קונקרטי שהתרחש לאחרונה בעניינו של תיאטרון צפת (פרק ב),

2 במאמר זה איני עוסק ישירות בשאלה כיצד המדינה אמורה להסדיר את פעולתם של גורמים פריטיים שיש להם השפעה עמוקה על התרבות (בישראל אלה הם בוודאי ערוצים 2 ו-10 ותחנות הרדיו האזורי בתחום כלי התקשורת, וכמובן האינטרנט וכן מוסדות ההשכלה הגבוהה). זהו דיון חשוב מאוד, אך לא אוכל לקיימו כאן. המאמר מתמקד באופן שבו המדינה על רשויותיה השונות – ובענייננו הרשות המקומית – מסדירה את הקצאת משאביה שלה להשפעה על שוק הרעיונות והדימויים בחברה.

הספרות המשפטית והתיאורטית בישראל אומנם מגלה אי-יפה אי-שם עיסוק בשאלת המאמר, אלא שעיסוק זה דל יחסית לחשיבותו של הכוח המקצה. יש לכך כמה חריגים חשובים. ראו, למשל, את הכתיבה האקדמית הבאה, מן העת האחרונה: שרה חניסקי "גוֹטְר" שקט, מדברים! – התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל 363 (מיכאל בירנהק עורך, 2006); גיא פסח "משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם", שם, בעמ' 299; מיכאל בירנהק "החופש לגלוש בספריות ציבוריות" משפט וממשל ו 421 (2003). הספרות המשפטית ההשוואתית עשירה, ואתיחס למקצתה בהמשך. פסקי-הדין בהקשר זה בישראל אינם מעטים. להלן כמה מן המרכזיים שביניהם: בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז 1023 (1962) (שלילת תעודת כתב צבאי מעיתונאי של השבועון העולם הזה); בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש כפר-שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962) (להלן: בג"ץ פרץ) (הקצאת חצרים בבעלות רשות מקומית לצורכי דת של זרם דתי יהודי אחד, אך לא לאלה של אחר); בג"ץ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו-גוש קרית יערים, אגודה רשומה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821 (1971) (מיאון להקצות כספים ל"מוזיקה כנסייתית"); בג"ץ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365 (1981) (עתירה להתערבות בתכניה של תוכנית-הרגל של רשות השידור הממלכתית – "עמוד האש"); בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (1987) (להלן: בג"ץ כהנא) (חובת ההקצאה של רשות השידור לכל הרשימות המפלגתיות בכנסת במסגרת תפקידה כ"במה"); בג"ץ 6218/93 שלמה כהן נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529 (1995) (להלן: בג"ץ שלמה כהן) (אי-הקצאת גישה בכתב-העת של לשכת עורכי-הדין לעמדות שונות, ובכלל זה לעמדותיה של האופוזיציה בלשכת עורכי-הדין); בג"ץ 2205/97 מאסלה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נא(1) 233 (1997) (תקיפת הענקתו של פרס ישראל לעיתונות לעיתונאי שמואל שניצר); בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני תרות, פ"ד נג(5) 337 (1999) (הקצאת כספים ל"חינוך תורני" תוך קביעת אמות-מידה המדירות את התנועות הלא-אורתודוקסיות); בג"ץ 8404/00 האגודה לזכות הציבור לדעת נ' שר התקשורת, פ"ד נה(3) 547 (2001), וכן בג"ץ 4500/07 יחימוביץ' נ' מועצת הרשות השנייה לרדיו ולטלוויזיה (טרם פורסם, 21.11.2007) (שני פסקי-הדין נוגעים במינוי אנשים לתפקידי ניהול או לתפקידי בקרה ביחס לכלי תקשורת אלקטרוניים מרכזיים); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 20.8.2008) (הגבלת פרסומות פוליטיות בכלי תקשורת אלקטרוניים מרכזיים); בג"ץ 2467/05 גורנברג נ' הממונה על ארכיון צה"ל ומערכת הביטחון (טרם פורסם, 13.1.2010) (הליכי חשיפתם של חומרי הארכיון המצויים בארכיון צה"ל). למקצת פסקי-הדין הללו אדרש בהמשך.

ומשם אתקדם לדיון תיאורטי וכללי יותר שעניינו זירה מקומית – רשות מקומית שסועה שעוברת שינוי חד – בתוך חברה שסועה (פרק ג). אסיים בהתייחסות לזירה הכלל-חברתית של ישראל (פרק ד).

יסודות ההתרחשות של המקרה של התיאטרון העירוני של צפת ניתנים לתמצות באופן הבא: ועדת הרפרטואר של התיאטרון לא קיבלה על עצמה אמת-מידה שהנהלת התיאטרון חפצה בה לדחייה-על-הסף של הצגות, והיא פסילת כל הצגה שמכילה מרכיב של עידום חלקי. בתגובה החליטה הנהלת התיאטרון לאכוף את תפיסתה באמצעות שינוי הייצוג בוועדה המקצה. היא הדיחה את ועדת הרפרטואר הקיימת, ומינתה תחתיה ועדה חדשה שהרכבה דתי ודתי-חרדי ברובו. אין מדובר בהתרחשות דרמטית. היא לא הניעה אלימות, וייתכן שהרעש הציבורי המקומי שהיא עוררה כבר גווע, אולם היא מעלה אל פני השטח קשת של שאלות מורכבות ביחס להסדרת ביטוי במציאות רבת-תרבותית המפגישה קהילות ליברליות וקהילות שמרניות, אשר חלקן לא-ליברליות במובהק וחלקן אף אנטי-ליברליות במובהק, וזאת בנוסבות שבהן מתחולל שינוי משמעותי ביחסי העוצמה בין הקהילות הללו. שינוי זה הוא התחזקותן הדמוגרפית והפוליטית של הקהילות הלא-ליברליות. שאלות מורכבות אלה לא יגוועו, הן רק יתעצמו.

מתוך קשת השאלות העולות מן המקרה של תיאטרון צפת בחרתי לדון בשתיים שהן המרכזיות ביותר בעיניי. השאלה הראשונה היא בעלת אופי כללי: עד כמה הטעמים המצדיקים הגבלת ביטוי על-ידי המדינה זהים לטעמים המצדיקים אי-הקצאה שלה לביטוי, והאם יש מצבים שבהם זהות טעמים כזו קיימת בכל-זאת? הטעמים העיקריים להגבלת ביטוי במשפט הישראלי הם "הסיכון לסדר הציבורי" שהביטוי מציב וכן "פוגענות עמוקה ברגשות הציבור". דרגת הסיכון הנדרשת לסדר הציבורי משורטטת ברוב המקרים על-ידי מבחן "הוודאות הקרובה"³; ודרגת הפגיעה ברגשות המצדיקה הגבלת ביטוי היא זו אשר "עולה על 'מת הסיבולת' בחברה דמוקרטית" או "מזעזעות את אמות הספים של הסובלנות ההדדית".⁴ שתי שאלות-משנה מתעוררות כאן: (א) האם המבחנים הללו, המספקים הגנה של ממש מפני הגבלת ביטוי, הם גם תנאי הכרחי ליכולתה של המדינה לנקוט מדיניות הקצאה פרייוריט (סלקטיבית) כלפי ביטויים שונים? (ב) האם סיטואציה של הקצאה מדינתית לביטוי מגבשת, מבחינה פסיכולוגית וסוציולוגית, עוצמה מוגברת של "פגיעה ברגשות" בהשוואה להחלטה של רשות להימנע מלהגביל ביטוי פוגעני?

השאלה השנייה, והגדולה יותר, מבקשת להבין את הנורמות החלות על הקצאות של רשות שלטונית במציאות רבת-תרבותית עמוקה, ואת הנורמות החלות בשעה שמתחולל שינוי ביחסי העוצמה בין קהילותיה התרבותיות של המדינה. אני מקווה להתקדם במתן תשובה לשאלה זו באמצעות עיסוק בצפת ובתיאטרון העירוני שלה. צפת (ברומה לישראל)

3 פסק-הדין המנחה הוא בג"ץ קול העם, לעיל ה"ש 1.

4 פסק-דין חשוב המשרטט את מבחן האיזון הנזכר הנוהג בהקשרה של פגיעה קשה ברגשות הציבור הוא בג"ץ UNIVERSAL CITY STUDIOS INC. 806/88 נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, ס' 11 לפסק-דינו של השופט ברק (1989) (להלן: בג"ץ UNIVERSAL CITY STUDIOS INC.) (עתירה נגד איסור הקרנתו של הסרט "הפיתוי האחרון של ישו"). ראו פסיקה רלוונטית נוספת להלן בה"ש 19.

מגלה מציאות רבת-תרבותיות עבה, משמע, היא מפגישה בין קהילות אשר לא רק שונות זו מזו בזהותן או באינטרסים שלהן, אלא גם אוהזות בהשקפות-עולם ערכיות אשר מתנגשות זו בזו באופן ממש.⁵ יתר על כן, התבוננות על צפת ועל השינויים שהיא עוברת היא מבט מבעד לצוהר שממנו נשקף עתידם הלא-מאוד-רחוק של אזורים נרחבים של ההווה הישראלית. רבת-תרבותיות עבה ושינוי ביחסי הכוח המלווים אותה מעוררים את שאלות-המשנה הבאות: (א) האם רשות שלטונית אמורה לגלות ניטרליות מקיפה בין עמדות ליברליות לבין עמדות לא-ליברליות בכל הנוגע במדיניותה המקצה המשפיעה על ביטוי? (ב) כיצד שינוי ביחסי הכוח הדמוגרפיים בין הקהילות התרבותיות הללו אמור להשפיע על זכויותיהם של הפרטים המרכיבים את הקהילות הללו? למשל, האם בני קהילת ה"מיעוט" החילוני או הלא-דתי בצפת זכאים לזכויות השמורות בחברה ליברלית רבת-תרבותית לקהילות של מיעוט תרבותי? ואם לא – האם נתונות לתושבים שאינם דתיים הגנות מכיוון אחר?

בחלק המסיים את הדיון אבקש לחרוג מהמקרה של צפת אל שאלת ההקצאה המדינית הראויה בהקשרו של שוק הרעיונות בכללה של ישראל השסועה. הריגה זו חשובה משום שהיא תאפשר טיפול בהבדל שבין מצב דברים מקומי לבין מצב דברים במדינה בכללותה. כמו-כן, הפלגה אל מעבר לצפת תפגיש אותנו עם השסע המכונן של ישראל – השסע הלאומי – ותאפשר לומר דברים קצרים גם ביחס אליו.

שתי שאלות המאמר – הנורמות החלות על הקצאה שמועלית נגדה טענה של פגיעה ברגשות, והנורמות החלות על סיטואציות מורכבות של רבת-תרבותיות ("מורכבות" מחמת המפגש עם מיעוטים לא-ליברליים ומחמת הדינמיקה שמתרחשת ביחסי הכוח באותו מפגש) – ייבחנו בשני שדות נורמטיביים: השדה המוסרי, שדה התיאוריה הפוליטית-המוסרית, שזווית הניתוח המאמצת בו היא זו של הליברליזם; ושדה המשפט המקומי – המטרייה הנורמטיבית של ערכי-היסוד של ישראל כ"מדינה יהודית דמוקרטית", והוראות דין קונקרטיות שלה.

ב. המקרה של תיאטרון צפת

להלן עיקרי סיפור הדברים כפי שדווח בעיתון הארץ על-ידי אלי אשכנזי.

"חזה חשוף בתיאטרון צפת? לא מקובל"

הדחת בוחרי ההצגות בצפת: צנזורה על עירום או התחשבות בדתיים?

...בבחודשים האחרונים מתחולל בצפת מאבק תרבותי עז בין המיעוט החילוני בעיר לבין נציגי המתנ"סים. בתיאטרון צפת 370 מנויים, כ-300 מהם חילונים. הרקע הוא החלטתו של יהודה עוז, יו"ר הנהלת המתנ"סים בצפת, לפזר את צוות המתנדבים שמסייע בבחירת ההצגות למנויי התיאטרון ('ועדת הרפרטואר').

5 ראו את הבחנתה החשובה של תמיר בין "רבת-תרבותיות עבה" לבין "רבת-תרבותיות רזה" או מתונה: יעל תמיר "שני מושגים של רבת-תרבותיות" רבת-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 79 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998) (הספר להלן: רבת-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית).

במכתבו של עוז לשלוש המתנדבות המרכזיות בוועדת הרפרטואר, הופיע טיעון מנצח: במשך כמה שניות נראה חזה חשוף של שחקנית תיאטרון 'בית לסין', יעל שרוני, בהצגה 'אונור'. 'הצוות והרכוז ידעו כי בהצגה יהיה עירום על הבמה בניגוד למדיניות שהוכרזה אחרי ההצגה 'מקווה', נימק עוז את החלטתו.

שלוש המתנדבות המודחות – אירית פסטרנק, מיכל הלוי ודבורה המאירי – מכחישות את טענותיו של עוז. לדבריהן, אחרי ההצגה 'מקווה', שעוסקת באלימות בחברה החרדית ובה מוצגת צללית של שחקנית עירומה, לא נאמר להן דבר והן לא חשו כי ההצגה גרמה לפגיעה ברגשות מנויי התיאטרון בעיר. אלא שהמתנדבות לא מכחישות כי לא פעם השיקול המוסרי והרגישות כלפי הקהל המקומי עמדו לנגד עיניהן: כך, לדוגמה, לא הובאה לעיר ההצגה 'הנאהבים והנעיימים' שעסקה ביחסי הומואים.

...בחברה למתנ"סים אומרים כי השינוי בוועדת הרפרטואר, הוא חלק ממגמה לייצג את הפרופיל החברתי המשתנה של תושבי העיר... אך בצפת בטוחים שפזוור ועדת הרפרטואר מעיד על הידרדרותה של העיר. 'שכונות שלמות מתחרדות, יש מצוקה קשה, עוני ודלות', אומרת פסטרנק. 'בתי מלון, מבני עירייה ובתי ספר הופכים לישיבות'... חדוה קופר, תושבת מושב ביריה הסמוך לצפת, מגדירה את חובבי התיאטרון בצפת כ'קהל רעב', משום שאין לו פשוט שום דבר אחר כאן'. 12 שנה היא מנויה לתיאטרון בעיר, 'בתקווה לקצת תרבות. יש כאן דלות תרבותית וההצגות הן חיי התרבות היחידים כאן. עכשיו אני חוששת שהכל ייעלם'...

הביטוי המופיע בעניינו של תיאטרון צפת הוא מהסוג הזוכה בהגנתה המרבית של דוקטרינת חופש הביטוי בישראל – ביטוי פוליטי או ביטוי אומנותי. על-פי הדיווח העיתונאי נראה כי הנמקה כפולה מופיעה ביסוד החלפתה של ועדת הרפרטואר ואכיפת אמת-המידה של איסור כל מוטיב של עירום. הטענה הראשונה היא שהעלאת הצגות המכילות עירום פוגעת בפגיעה עמוקה ברגשותיהם של חלקים מהציבור בצפת. הטענה השנייה היא כי היה מקום לרענן את הרכבה של ועדת הרפרטואר כך שתשקף באופן נכון יותר את השינוי הסוציו-דמוגרפי המשמעותי שהתרחש בעיר צפת ועודנו מתרחש. על טענות אלה אבקש להוסיף שלוש טענות אפשריות נוספות. טענה שלישית (אם להמשיך במספור) היא כי בהחלטתה של הנהלת התיאטרון אין משום הגבלה של חופש הביטוי האומנותי, אלא הכרעה לא להקצות גישה לאותו ביטוי, וכי אין מוטלת על התיאטרון חובה להקצות גישה למחזה כזה או אחר. טענה רביעית היא כי אין מדובר בהתערבות בתוכני הביטוי, אלא בהתערבות המוגבלת להיבטים צורניים של מחזה – העירום. טענה אפשרית חמישית, הסמוכה לטענה השנייה, היא כי זכותם של תושבי העיר, דתיים כחילונים, היא ש"פניהם" – קרי, זהותם וערכיהם – ישתקפו ב"תיאטרון העיר", וכי בעת מתח או

6 ראו אלי אשכנזי "חזה חשוף בתיאטרון צפת? לא מקובל" הארץ 12.2.2007 www.haaretz.com/hasite/spages/824821.html איני מתחייב לשלמותם של הפרטים הנמסרים בדיווח. חשיבות הכתבה היא בתבנית הדברים המתגלה בה ובשאלות שהיא מעוררת.

התנגשות בין ערכיהן של הקהילות השונות יש לחתור למכנים משותפים ולהסכמות בסיסיות. העדר עירום בהצגות המועלות בתיאטרון העיר היא הסכמה בסיסית ראויה כזו, כך עשוי להיטען.

ג. תיאטרון עירוני בעיר שסועה ומשתנה – התמודדות עם הטענות המלוות את השינוי בהתנהלות התיאטרון

1. הטענה כי חסימת הגישה להצגות שיש בהן עירום חלקי אינה בגדר התערבות בתוכני הביטוי, אלא בהיבטיו הצורניים

קשה לקבל את הטענה כי התערבות בשימוש בעירום חלקי בגדרה של הצגת תיאטרון עניינה המאפיינים הצורניים של המחזה, להבדיל מתכנון או מהשקפת-העולם הטמונה בו.⁷ ראשית, מבחינת הנהלה שמרנית של תיאטרון, ומכל מקום ברמת התוצאה, עירום מהווה קירוב טוב (proxy) להשקפות-עולם ליברליות-חילוניות, שהרי רק הצגות חילוניות נפגעות מהגבלה כזו בישראל. שנית, "דיאטה" מעין זו – שלילת עירום – פוגעת ביכולתם של אנשי תיאטרון ושל הציבור המעוניין באומנותם לעסוק בתכנים שמשמעותיים בעבורם ובעבור אחרים: אינטימיות, מיניות, העדפות מיניות, מגדר (ותפקידים חברתיים הנלווים לו), דרכי מגע חברתי ובינ-אישי, וכן תוכני מחשבות והתנהלות חיים של בני-אדם בחברה הישראלית או בחברות אחרות. אין זה רציני לטעון, לפיכך, כי הגבלת עירום משולה להתערבות בעוצמת הקול (שימוש ברמקולים) או לתיחום רצועת-הזמן המוקצית לפעילות הביטוי (איסור הפגנה באשמורת הבוקר, למשל) וכדומה. מה שננקט כאן הוא התערבות בתכנים: הגבלת מגוון הפעולות האנושיות שניתן לחשוף וללבן בתיאטרון, והפעלת לחץ המצמצם את מנעד הרגשות שמחזה עשוי לבקש לעורר בקרב צופיו.⁸

7. ההבחנה בין הגבלה שלטונית המוטלת על ביטוי בשל החשש מפני תוכנו או מפני המשמעות האקספרסיבית הטמונה בו לבין הגבלה שטעמה הוא התנגדות לנזק או לקשיים שאינם טמונים במשמעות האקספרסיבית של הביטוי היא הבחנה מרכזית מאוד בדוקטרינת חופש הביטוי בארצות-הברית. ראו, בין היתר: LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 785–820 (2d ed. 1988); LARRY ALEXANDER, IS THERE A RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION? 82–102 (2005). להבחנה זו יש משקל רב גם בדוקטרינת חופש הביטוי בישראל. ראו, בין היתר, בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994) (להלן: פסק-דין דיין).

8. השוו לטענה דומה בבג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד (5) 661, 675–679 (1997) (הסרט "אימפריית החושים"). השוו גם לפסק-דין אמריקני מרכזי: Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971) (שם נדחתה טענת קליפורניה כי איסור ההסתובבות במסדרונות בית-המשפט במקטורן שעליו הכיתוב "Fuck the Draft" הוא רק בשל הוולגריות של הסיסמה, וכי זו על-כן הגבלה של צורה, להבדיל מהגבלת תוכן של ביטוי. אחד מטעמיו של בית-המשפט העליון האמריקני לדחיית הטענה היה ההתנגדות להבחנה פשטנית בין תוכן לבין צורה. בית-המשפט אומר בצדק כי ביטויים פוליטיים ואומנותיים רבים מבקשים להטעין את עצמם – גם באמצעות צורה וסגנון – בכוח רגשי מגייס

אולם מה משמעותה הערכית והמשפטית של העובדה שמדובר באימתן גישה לבמת התיאטרון העירוני, להבדיל מהתערבות שלטונית "פשוטה" – כזו שהייתה מטילה צנזורה על המחזה ואוסרת את הצגתו גם מעל בימה פרטית? זו הסוגיה המרכזית שבה אתעמק, והיא מתפצלת לכמה טענות-משנה.

2. אי-הקצאת גישה לבמתו של תיאטרון עירוני בטענה לפגיעה קשה ברגשות: קשירת הפגיעה לאופיו של התיאטרון כתיאטרון "עירוני" ולמשמעות המיוחדת להקצאת גישה לבמתו

פגיעה ברגשות היא הטעם המרכזי הראשון שהחברה למתנ"סים המנהלת את תיאטרון צפת משמיעה בענייננו. אתחיל דווקא מפגיעה רגשית שאינה מתחוללת כאן. אין כאן סיטואציה של "קהל שבוי" – מצב שבו נפרץ מעטה הגנה המגונן על אדם מפני חודרנות-יתר של ביטוי. אין כאן פגיעה ברגשות החוברת לפגיעה בפרטיותו של אדם, משום שהסיטואציה כאן שונה במובהק ממצבים דוגמת משמרת-מחאה אשר צמודה למגוריו של אדם מסוים וכופה עליו (ועל שכניו) את מחאתה,⁹ והיא גם שונה במובהק ממצבים אחרים של היחשפות כפויה למסר או לדימוי פוגע, כמו במקרה של שילוט-חוצות.¹⁰ כאשר אדם קונה כרטיס להצגת תיאטרון, וקיימת התרעה מספקת על היבט רגיש המצוי בה, סביר להחזיקו כמי שבחר להיחשף לכך.

האם די בכך לפוגג טיעון רציני של פגיעה ברגשות? לא, משום שבהקשרים מסוימים לב הפגיעה ברגשות אינו ההיחשפות לביטוי, אלא המודעות לעצם השמעתו והפרשנות הניתנת לכך. כך, למשל, ביטוי גזעני הוא פוגעני לא רק משום תכניו והמתח והאיום הנלווים ליחסיו של המתבטא הפוגע עם מושאי פגיעתו, אלא משום הפרשנות הניתנת להתנהגותו של גורם שלישי – המדינה; קרי, הפרשנות הניתנת על-ידי המיעוט להימנעותה של המדינה מלהגביל את הביטוי הפוגע. יש חברות שבהן הימנעות זו מתפרשת כתמיכה – או לפחות כדו-ערפיות – של המדינה כלפי העמדות הגזעניות, ופרשנות זו מעצימה תחושות מוקדמות של פגיעות והשפלה.¹¹ גנו טען טענה דומה, מכיוון אחר, כאשר ניתח את הדוגמה של נגינת וגנר על-ידי התזמורת הפילהרמונית של ישראל. הפגיעה העיקרית שם אינה גלומה בשמיעה הפיזית של יצירת וגנר מנוגנת על-ידי התזמורת הפילהרמונית – שמיעה שאכן ניתן להימנע ממנה; הפגיעה נעוצה בכאב המתגבש (בקרוב חלקים מאיתנו) בעטייה

(emotive power) שיוכל לעורר קשב ולהוליד תהליך רגשי וקוגניטיבי בכיוון שהמתבטאים חפצים בו).

9 פסק-דין דיין, לעיל ה"ש 7.

10 השוו בר"ם 10823/07 נור סטאר בע"מ נ' עמותת "פעולה ירוקה" (טרם פורסם, 30.12.2007).
ראו גם: Moshe Cohen-Eliya & Yoav Hammer, *Advertisements, Stereotypes and Freedom of Expression*, 35(2) J. Soc. Phil. 165 (2004).

11 Ilan Saban, *Offensiveness Analyzed: Lessons for Comparative Analysis of Free Speech Doctrines*, 2 J. INT'L & COMP. L. CHI. KENT. 62 (2002).

של הפרשנות הניתנת להחלטה לנגן את וגנר. זו נתפסת כמעניקה לזוג הכשר על-ידי תזמורתה הייצוגית של ישראל.¹²

תומכיה של הנהלת תיאטרון צפת יטענו להיקש. הם יצביעו על פגיעה ברגשות המתגבשת משני כיוונים סמוכים הנובעים מהלך-מחשבה או רגש רווחים בחלקים של הציבור הדתי, שלפיהם "כל ישראל ערבין זה לזה", ועל-כן "אם לא נמנע דבר מסוים, ניתפס כשותפים לו, ובוודאי כאחראים לאי-מניעתו, בעיקר אם בידינו הכוח למונעו ואיננו עושים בו שימוש".¹³ יתר על כן, "תיאטרון צפת הוא התיאטרון שנושא את שם עירו, משמע, מייצג גם אותנו (קל וחומר כאשר אנו עתה הרוב המספרי בעיר), ולפיכך אנו מושפעים מהחלטותיו וגם נסערים מהן".¹⁴ אלא שניתוחו של גנז לפרשת וגנר מכיל בציודו תשובה מרסנת-היקש. הנכונות להתחשב ברגשותיהם של ניצולי השואה מושתתת על חריגותה יוצאת-הדופן של השואה, בוודאי בהקשרה של החברה הישראלית (ולהבדיל, של זו הגרמנית). חריגות זו מקנה להסדרת הביטוי בעניינה של השואה הגנה ממשית מפני "מדרון חלקלק".¹⁵

12 חיים גנז מריכרד ואגנר עד זכות השיבה – ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות פרק 1 (2006).

13 לדיון בטיעון זה ובהתנגדויות לו ראו הניאל סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת, והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5 (2004). לטיעון נוסף, הקושר בין מוסדות ייצוגיים לבין זהות, ולטיעון המבהיר את האופן שבו נוצר מתח בקרב קהילה תרבותית שצריכה לייצג ב"מוסדותיה" תכנים של קבוצה אחרת שהיא מתנגדת להם, ראו: Martin H. Redish & Kirk J. Kaludis, *The Right of Expressive Access in First Amendment Theory: Redistributive Values and the Democratic Dilemma*, 93 Nw. U. L. Rev. 1083, 1114 (1999).

14 רביצקי טיפל בסטואציה הזו. הוא סייע לנו להבין כי מאבק זה בין תת-קהילות של קהילת הרוב היהודית בישראל, להבדיל מן הגולה, מתחדד דווקא משום שזו ישראל – המדינה היהודית האחת, זו שלסמליה, לערכיה ולהתנהלותה יש משמעות לאומית ודתית מיוחדת (צפת ממוקמת כידוע בישראל, ויותר מכך – מיוחסת לה קדושה). ראו אביעזר רביצקי דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות? (נייר-עמדה 4, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1997) www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Documents/PP_4/niyar4_METUKAN.pdf.

15 כך מבהיר גנז: "בדרך-כלל מסוכן מאד להשתמש בפגיעה ברגשות כבסיס להטלת מגבלות על חופש הביטוי. כיון שכל כך הרבה אנשים נפגעים מכל כך הרבה התבטאויות, נכונות לראות בהיפגעות סיבה להטלת מגבלות על חופש הביטוי פירושה נכונות לסירוס כמעט גמור של הזכות הזו. המקרים היחידים שבהם יכולה פגיעה ברגשות להיות סיבה להטלת מגבלות על חופש הביטוי הם מקרים שבהם מלבד העובדה שמדובר בפגיעה חמורה ברגשות, מדובר גם בפגיעה שאין סכנת גלישה מהטלת איסור עליה להטלת איסורים על התבטאויות רבות נוספות. מקרים כאלה הם נדירים ביותר. פגיעה ברגשות פליטי שואה היא מקרה נדיר כזה. סיבה אחת לכך היא שהרקע לפגיעותם, השואה, הוא מובחן ומקובל על הכל (בישראל לפחות) כעניין מיוחד במינו, מובחן מכל סוג אחר של רוע. הסכנה שהגבול בין היפגעות על רקע התנסות במוראות השואה לבין היפגעות שבסיסיהן אחרים יהיה לא ברור, היא

אין זה המקרה בענייננו. אכן, מרבית הפסיקה הישראלית בנויה על זהירות גדולה ומוצדקת מפני טיעון "מתן ההכשר" ומפני טיעון "הפגיעה ברגשות".¹⁶ מדינה ליברלית מתעקשת לבסס שתי הבחנות או שני פערים: פער בין "הרע" לבין "האסור", ופער מקביל בין "המותר" לבין "הטוב". החירות שהליברליזם שומר עליה מותנית באותן הבחנות, כלומר, מותנית בקיומה של הבנה כפולה שלפיה: (א) היות דבר "רע" אינו תנאי מספיק להגדרתו כ"אסור", שכן תנאי לאיסור ולפגיעה בחירות הוא התגבשותו של "עקרון הנזק";¹⁷ (ב) כתולדת-המשך – היות דבר "מותר" אינו מעיד על היותו "טוב". הדבר המותר הרי עשוי להיות רע או לא-ראוי, אך כזה שלא חצה את גבול "עקרון הנזק" ולכן לא קמה הצדקה לאוסרו. ההבחנות הללו, הפערים האלה, לא יישמרו אם ניתן כוח רב בידי טיעון ההכשר. אם נכפיף את התנהלותנו לחשש מפני ההכשר, תהא זו נבואה המגשימה את עצמה. הגבלת ביטוי משום החשש שנספק הכשר לביטוי "רע" אם "נתיר" את השמעתו פירושה הזנה מתמשכת של ההבנה החברתית הלא-ליברלית שלפיה "רע" חייב "להיאסר", ו"מותר" הוא רק מה ש"טוב" או לפחות לא "רע" בעיני החברה. אשר על-כך, חברה ליברלית תשאף לכיוון ההפוך: היא תפעל – ככל שניתן – נגד ההיסקים הנזכרים, והיא תעשה כן באמצעות חינוך, ולעיתים גם באמצעות הצמדה של גינוי מוסרי מילולי לתכניו של ביטוי שהיא אינה אוסרת משפטית.¹⁸

על בסיס הלך-מחשבה זה התגבשה ברוקטרינת חופש הביטוי (בישראל ובחלקים רחבים של המשפט ההשוואתי) התביעה כי פגיעה ברגשות תהיה עילה להגבלת ביטוי רק

סכנה לא גדולה משום כך. פליטי השואה הם גם קבוצה סגורה, קבוצה (צריך לקוות) שלא יצטרפו אליה אחרים בעתיד.

גנז, לעיל ה"ש 12, בעמ' 48 (בהשמטת הפניות). לשם המחשת טענת ה"חריגות", משווה גנז בין סוגיית וגנר וניצולי השואה לבין הסרט "ג'נין, ג'נין". שם, בעמ' 51, ה"ש 21.

16 יש לכך ביטוי בהיר בפסיקה. ראו, בין היתר, ע"א 4531/91 נאסר נ' רשמת העמותות, פ"ד מח(3) 294, ס' 9 לפסק-דינו של הנשיא שמגר (1994), שבו נפסלה החלטת הרשמת לא לאשר לעמותה את השם "עמותה ישראלית-פלסטינית לזכויות האדם" מהטעם שהשם "עלול להטעות" ו"לפגוע ברגשות".

"האם מפכ"ל המשטרה, בהתירו קיום הפגנה בנושא זה או אחר, מביע בכך את עמדתה של המדינה בעניינים שההפגנה באה להטיף להם? האם רשות השידור, בהקצותה זמן שידור לדובר זה או אחר, מביעה בכך את הסכמתה של המדינה לביטוי? האם המועצה לביקורת סרטים, באשרה הקרנתו של סרט בישראל, נותנת בכך הסכמתה של המדינה לתכניו ולמסריו? האם שיטת המשפט שלנו גורסת כי רשות מינהלית העושה שימוש בסמכותה (או נמנעת מעשות שימוש בה) בהקשר של חופש הביטוי מביעה עמדה ערכית באשר לתוכן הביטוי...? אין לומר שהרשמת מאשרת את שמה של העמותה ובכך מביעה את עמדתה של המדינה כלפי שם זה."

ראו גם פסק-דין אינדור 2, להלן ה"ש 28.

17 ג'ן סטיוארט מיל על החירות פרק ד, במיוחד בעמ' 140-142 (אריה סימון מתרגם, 1946).

18 המחשה בולטת למהלך מעין זה של "היתר תוך גינוי" מופיעה, למשל, בפסיקה הבאה: בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987) (המחזה "אפרים הולך לצבא"); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003) (להלן: בג"ץ בכרי) (הסרט "ג'נין, ג'נין").

במקרה הקיצוני מאוד שבו הפגיעה "מזעזעת את אמות-הסיפים של הסובלנות ההדרתית" בחברה דמוקרטית.¹⁹ סף גבוה זה מגבש מרחב משמעותי של סובלנות כלפי מה שנתפס כ"רע" או כ"לא-ראוי" אך עדיין אין הצדקה להגבלתו.

מה כל זה אומר לענייננו? האם אותם קטעים של עירום חלקי שהופיעו במחזות שהועלו בתיאטרון צפת חוצים את הסף הגבוה של "זעזוע אמות-הסיפים"? אילו היה זה מקרה שגור של הגבלת ביטוי על רקע טענה של פגיעה ברגשות, לא היינו מתלבטים בטרם נשיב בשלילה.²⁰ אלא שכאן עלינו להתלבט בשתי סוגיות נלוות מיוחדות: ראשית, עד כמה מבחן זה של דוקטרינת חופש הביטוי ("זעזוע אמות-הסיפים") חל מלכתחילה בענייננו, שהרי כאן מדובר בהפעלת כוחה המקצה של רשות, להבדיל מכוחה המגביל, המטיל איסור? שנית, גם אם המבחן האמור חל בענייננו, האם הפגיעה ברגשות המלווה את הצגת קטעי העירום החלקי אינה מתעצמת מאוד משום שבמקרה זה הרשות מקצה את משאביה – את התיאטרון העירוני שלה – לביטוי פוגעני? לשאלות אלה אתייחס כעת.

3. הטענה בדבר ההבחנה המשמעותית בין "הגבלה" לבין "אי-הקצאה", ודיון בטענת-הנגד בדבר עמעומה של הבחנה זו בהקשרים שבהם מתגבשת "חובת הקצאה": סוגיית "הפורום הציבורי"

אנסה לענות על השאלות שעניינן ביטוי, "כוח שלטוני מקצה" ופגיעה ברגשות תוך הסתייעות בהשוואה לסיטואציה אחרת. פרשת תיאטרון צפת שונה בהיבט חשוב מהניסיון להגביל את "מצעד הגאווה" בירושלים בשל הפגיעה ברגשות דתיים. גם אם רישוי הפגנה מחדיר יסוד הקצאתי להסדרת חופש ההפגנה, העיקר מתבלט: הימנעות המשטרה מלתת רישיון להפגנה או לתהלוכה ברחובותיה המרכזיים של ירושלים, אילו כך נהגה, הייתה מהווה פגיעה ברורה בחופש ההפגנה.²¹ בענייננו, לעומת זאת, מדובר בהחלטה של רשויות התיאטרון עצמן לא להקצות ביטוי להצגות המכילות עירום. משמע, אין זו התערבות "פשוטה" של סמכות חיצונית כזו או אחרת – דוגמת ראש העיר, המשטרה, המועצה לביקורת מחזות או גורם שלטוני אחר – בתוכנית האומנותית של תיאטרון, אלא קביעה של התיאטרון עצמו, באמצעות הנהלתו, באיזה סוג של הצגות אין הוא מעוניין.²²

19 ראו, בין היתר, בג"ץ UNIVERSAL CITY STUDIOS INC., לעיל ה"ש 4; בג"ץ 7128/96 תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(2) 509 (1997); דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289 (2003) ("נשות הכותל"); בג"ץ בכרי, לעיל ה"ש 18.

20 ראו לעיל ה"ש 16 ו-18. ראו גם את דחיית העתירה נגד "מצעד הגאווה" בירושלים, שבה השמיעו חלקים מהציבור הדתי טיעונים דומים לאלה המושמעים כאן: בג"ץ 8988/06 משי-זהב נ' מפקד מחוז ירושלים (טרם פורסם, 27.12.2006).

21 שם. אך השוו עם ע"ם 3829/04 טויטו נ' עיריית ירושלים, פ"ד נט(4) 769 (2004) (כירכ הלחם – מאהל-מחאה מתמשך שמוקם סמוך לקריית הממשלה).

22 חשוב להבחין כי התערבות חיצונית פורצת לעיתים מעטה של הגנה נוספת – פורמלית או לא-פורמלית – מעבר לחופש הביטוי ה"רגיל": הגנה של "חופש אקדמי" או חופש מקצועי, המגוננת חלקית על מוסד דוגמת מוזיאון מוכר, ומתוך אנלוגיה אולי גם על תיאטרון עירוני. ראו ס' 4 לחוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983: "הנהלת מוזיאון מוכר היא בת חורין

יתר על כן, מכיוון שבחירת רפרטואר ההצגות היא לכאורה עניין מובהק של הקצאה ובחירה בין חלופות, ומכיוון שלא קל לראות מדוע תיאטרון כפוי להקצות את בימתו להצגה א, להבדיל מהצגה ב, בחירתו בהצגה א – זו שיש בה עירום – צפויה להיתפס על-ידי ציבורים שונים כמתן הכשר לאותה הצגה ולתוכני האינטימיות או המתירנות המינית המשתקפים בה, ומשום כך הפגיעה ברגשות צפויה להתעצם. אם לנסח את הדברים באופן עקרוני יותר, הטענה היא שהחלטות המתקבלות במצבים הנתפסים כ"מצבי ברירה" – מצבים שאינם כפופים לחובה – הן החלטות המגלות העדפה; והעדפה משמעה מתן הכשר, ולו חלקי, למועדף. אשר על-כן, החלטות אלה פוגעניות יותר מבחינת מתנגדי הביטוי שזכה בהקצאה.²³

אלא שקו טיעון זה מתייחס באופן גורף לכל פעולת הקצאה כאל "פעולת ברירה". אין זה מצב הדברים. כוחה המקצה של רשות מנהלית כפוף לחובותיו המסועפות של המשפט המנהלי, וחובות אלה מתעצמות כאשר חופש הביטוי או שוק הרעיונות מעורבים.²⁴ בפרק הקרוב אפתח טיעונים תיאורטיים שעניינם חובותיהן של רשויות שלטוניות בהקשרה של הקצאה לביטוי ולגיוונו. אומר עם זאת כבר עתה כי חלק חשוב מחובות אלה מתנתבות

לכלכל כטוב בעיניה את ענייני המוזיאון במסגרת תקנונו ותקציבו, ובכפוף להוראות חוק זה והתקנות לפיו" (ההדגשה הוספה). והנה, לכאורה, המקרה של תיאטרון צפת הוא כזה שבו לא המעורבות החיצונית מובילה להגבלה, אלא החלטה של הנהלת התיאטרון עצמה. בכך גלום שוני לא-זניח בין מצב הדברים כאן לבין התערבותו של ראש עיריית ניו-יורק לשעבר, רודולף ג'וליאני, בהקצאה הכספית למוזיאון ברוקלין לאומניות ולמדע בשל תערוכה שנויה במחלוקת שהתקיימה בו: *The Brooklyn Institute of Arts and Sciences v. The City of New York*, 64 F. Supp. 2d 184 (E.D.N.Y. 1999).

Saban, לעיל ה"ש 11, בעמ' 77-81.

24 השוו לדבריו הבאים של השופט ברק, בהקשר סמוך, אשר כמו אומרים כי בהקצאת רשיון הפגנה אין משום פעולת ברירה: הרשות השלטונית מציינת לחובה המוטלת עליה לכבד את חופש הביטוי, ועל-כן אין כאן הכשר, וממילא גם אין כאן מקום להיפגע רגשית מפעולת מתן הרשיון. ראו בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, ס' 9 לפסק-הדין (1991) (להלן: פסק-דין אינדור 1) (מפגיני ימין המבקשים להציג מיצג בתקופת האינתיפדה הראשונה ברמות בובה גדולה של יאסר ערפאת בצירוף הדגל האמריקני): "מפנייה זו [של הקונסול האמריקני] בלבד לא הייתי למד על קיומה של וודאות קרובה לפגיעה קשה ביחסי החוץ של מדינת ישראל [עקב המיצג]. הערכת זו ניוזנה, בין השאר, מההכרה, כי קברניטיה של ארצות-הברית מודעים למהותה של דמוקרטיה ולמרכזיותו של חופש הביטוי בה. הם מבינים יפה כי מדינה דמוקרטית כישאל שומרת בקפדנות על חופש-הביטוי, וכי הרשויות המבצעות – בין של השלטון המרכזי ובין של השלטון המקומי – אינן מוסמכות, גם אילו רצו בכך, להגביל חופש זה, גם אם יש בו פגיעה מסוימת בדגל האמריקאי." (ההדגשה הוספה).

לדין בהבחנה בין כוחה המגביל של המדינה לבין כוחה המקצה, ולדין בקשיי ההבחנה (תוך הכרה בחשיבותה), ראו משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי-הספר החרדיים" משפט וממשל יא 367 (2008) (שם הוא דן בדרכים לניתוב החינוך החרדי ללימוד "תוכנית-הליבה"). לדין בהקשר האמריקני ראו ALEXANDER, לעיל ה"ש 7, בעיקר פרק 5.

לדוקטרינת-משנה ידועה של חופש הביטוי – דוקטרינת "הפורום הציבורי". זו מנסה לברר אם פורום ביטוי מסוים צריך להיות כפוף לחובה להקצות גישה אליו למכלול הביטויים המתדפקים בשעריו, קרי, אם הוא צריך לתפקד כ"במה" ציבורית. התשובה הניתנת לשאלה זו קושרת בפועל בין שאלה סוציולוגית-תיאורית, המתייחסת לאופן שבו פורום הביטוי שאנו בוחנים מתנהג, לבין שאלה נורמטיבית, המתייחסת לאופן שבו פורום ביטוי זה צריך להתנהג בהינתן נסיבות שונות האופפות אותו. שילוב דברים זה משתקף בפסק-הדין המנחה בעניין "הפורום הציבורי" – בג"ץ שלמה כהן – שם מאומצים חלקים מהדוקטרינה האמריקנית בהקשר זה. הציטוט הראשון להלן לקוח מדבריה של השופטת שטרסברג-כהן, ואילו זה שלאחריו הוא של הנשיא שמגר:²⁵

"...הקטיגוריות המהוות פורום ציבורי שהן: אתרים שבאורח מסורתי משמשים לניהול ויכוחים ולהתקהלות כדוגמת פארקים וכיכרות וכן משאבים ציבוריים ובכלל זה ערוצי תקשורת אשר השלטון הועידם לשמש את הציבור הרחב כזירה להבעת דעות ולהעברת מסרים... באלה האחרונים אין למדינה הכוח להגביל את חופש הביטוי על-פי תוכן הביטוי. לעומתם עומדים משאבים ציבוריים אשר אינם בגדר 'פורום ציבורי' מסורתי ואף לא נועדו על-פי טיבם ומהותם לשמש כבמה להחלפת דעות. באלה ניתן להטיל הגבלות על חופש הביטוי, ובלבד שתהיינה סבירות".²⁶

"...אמצעים מסוימים, אשר מקיימים בצורה מובהקת קריטריונים של בלעדיות, אפקטיביות וציבוריות – יובילו להכרה בזכות הגישה [כלומר, לסיווג כ"פורום ציבורי"]".²⁷

חשיבות הסיווג כ"פורום ציבורי" נעוצה בשניים. ראשית, פורום ציבורי מתפקד בעיקרם של דברים כ"במה"; הוא מאפשר למגוון קולות להישמע, מבלי שבעלי הבמה נהפכים למזוהים עם הקולות המושמעים, ועל-כן טיעון הפגיעה ברגשות נחלש.²⁸ שנית,

25 בג"ץ שלמה כהן, לעיל ה"ש 2. אומנם יש בו, בפסק-הדין, מחלוקת לגופו של מקרה, אך יש

בו הסכמה בסיסית ביחס למשתנים המאבחנים מהו פורום ציבורי.

26 שם, בעמ' 572-573, דבריה של שופטת הרוב שטרסברג-כהן.

27 שם, בעמ' 549 (ההדגשה הוספה), דבריו של הנשיא שמגר, שהוא שופט המיעוט לעניין התוצאה, אך לא לעניין הטענה המצוטטת.

28 מבטא זאת בבחירות השופט ריבלין בבג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נד(2) 157, ס' 4 לפסק-דינו (2003) (לעיל: פסק-דין אינדור (2) (שם) "הבמה הציבורית" הנידונה היא לוח-מודעות עירוני):

"...נראה לי, כי אין חשש ממשי שמודעות המתפרסמות על לוחות מודעות יתפסו על-ידי הציבור כזכות לחסותה של העירייה. לוחות המודעות הם במה לערב-רב של מודעות וידיעות – מסחריות, פוליטיות, אישיות וכדומה. לוחות אלה משמשים אנשי ציבור ואנשים פרטיים מכל גונוי הקשת כאמצעי להציע את מרכולתם ולהציג את עמדותיהם בעניינים שונים. אינני רואה סכנה אמיתית שהציבור יראה בעירייה – שאמנם מתחזקת את לוחות המודעות, ולעיתים אף נועצת בהם מודעות משלה – כפטרון של מכלול המודעות והידיעות המתפרסמות בתחומה."

ואולי חשוב יותר, מכיוון שפורום ציבורי כפוף לחובה לספק גישה למתבטאים שונים, אי-הקצאת גישה אליו תיתפס כשקולה להגבלה של ביטוי, ותצריך לפיכך את ההצדקות שהן תנאי מוקדם להגבלת ביטוי. אשר על-כן אנו שבים אל הצורך בהתגבשותה של פגיעה בעוצמה גבוהה במיוחד, אשר "מזעזעת את אמות-הסיפים", כתנאי הכרחי למניעת גישה מביטוי מסוים ל"פורום ציבורי". במילים אחרות, בהסדרת המתקל בין חופש הביטוי לבין הפגיעה ברגשות בהקשרו של "פורום ציבורי", אין משמעות של ממש להבדל בין "כוחה המגביל" לבין "כוחה המקצה" של המדינה. זו נקודה מהותית.

אך מהו תיאטרון צפת? האם הוא "פורום ציבורי"? אם כן, באיזה מובן? ואם לא, או אם רק במובן חלקי, היש מקור אחר לחובה להקצות גישה להצגה אומנותית שהטעם היחיד לדחייתה הוא שיש בה מרכיב של עירום חלקי?

תיאטרון צפת אינו גורם שלטוני (קרי, גורם הממלא תפקיד ציבורי על-פי דין). הוא מופעל במסגרתו של מתנ"ס צפת, שהוא "גוף דרמהוטי" המזוהה ככזה על-פי משתנים שונים.²⁹ יתר על כן, העובדה שלתיאטרון יש מונופול על היצירה התיאטרלית הזוכה להופיע בעיר צפת מחזקת אף היא את הטענות לסיווגו של תיאטרון צפת כגוף דרמהוטי.³⁰ על גוף כזה חלה "דואליות נורמטיבית", משמע, חלים עליו בוזמנית עיקרים

29 מתנ"ס צפת, או בשמו הרשמי "החברה למרכזים קהילתיים בצפת בע"מ", הוא חברה בבעלות הסוכנות היהודית. החברה פועלת מכוח הסכם בין הסוכנות היהודית, עיריית צפת והחברה למתנ"סים. האחרונה – "החברה למתנ"סים – מרכזים קהילתיים לישראל בע"מ (חל"צ)" – היא חברה ממשלתית הממומנת מכספי משרד החינוך והתרבות, והיא "גוף המטה" של רוב המתנ"סים העירוניים, ומי שמעניקה להם חלק מתקציבם. הנהלת המתנ"ס, כמו שאר המתנ"סים הכפופים לחברה למתנ"סים, מורכבת מנציגים של הציבור, הרשות המקומית והחברה למתנ"סים. www.matnasim.org.il/Matnasphone/itemmatnas.asp?id=102; www.matnasim.org.il/?CategoryID=33; www.matnas-zefat.co.il. סיווגו של המתנ"ס כגוף דרמהוטי מסתמך על תפקידו הציבורי, הבנייתו ואופן מימונו. לעמדה התומכת בסיווג זה ראו דפנה ברק-ארו "זכויות אדם בעידן של הפרטה" עבודה, חברה ומשפט ח 209, 219 (2001). לדיון מפורט בזיהוין ובשרטוטן של החובות החלות על גופים דרמהוטיים ראו אסף הראל גופים דרמהוטיים: גופים פרטיים במשפט המינהלי (2008).

30 ראו את הדברים שצוטטו בכתבה הנזכרת לעיל בה"ש 6, שלפיה "חובבי התיאטרון בצפת [הם] כ'קהל רעב', משום שאין לו פשוט שום דבר אחר כאן". במילים אחרות, אילו היה מקום אחר בצפת שיכול לארח הצגות תיאטרון באופן ממשי – קרי, על תפאורתן ועל התפוסה האפשרית שעשויה להופכן לרווחיות ברמה סבירה – כפיאז היה תיאטרון צפת מפסיק להיות "מונופול", ומצב דברים זה היה עשוי להשפיע על מעמדו המשפטי של תיאטרון צפת ועל החובות שהוא כפוף להן. השוו, עם זאת, לדעת המיעוט של השופט אוקון בע"א (י-ם) 3060/02 שטרן נ' פלסטין פוסט בע"מ, תק-מח 2003 (4) 71 (2003) (עדי יהודה), המסרבת להתנות קבלת טענת הפליה (או טענת התנהגות טרום-חוזית שלא בתום-לב) בקיומו של מונופולין.

של המשפט הציבורי ושל המשפט הפרטי, ואם יש לו השפעה ממשית על שוק הרעיונות, אנו נוטים לסווגו כ"פורום ציבורי".³¹

טיעון-הנגד הצפוי של הנהלת התיאטרון הוא שתיאטרון אינו פורום ציבורי – לא מהפרספקטיבה של מסורת הפעולה בו ולא מבחינת האופן שבו הדברים צריכים להתנהל בגדרו. אכן, ראוי להסכים כי תיאטרון אינו כיכר העיר. תיאטרון צפת מקצה את אולמו ובימתו, אך גם את שמו, להצגות המופיעות בו. יש משמעות של ממש לכך שהוא מפעיל את מנגנון הסינון או הבחירה שלו ומזמין הצגה מסוימת להופיע בו. הוא מביע בכך עמדה ביחס לאותה הצגה, ומעניק לה מידה ממשית של "הכשר". אלא שבכך לא שלמה התמונה. שאלה מהותית נוגעת בעצם פעולת הזיהוי בין עמדות המחזה לבין עמדתה של הנהלת התיאטרון או בין עמדתו של התיאטרון לבין עמדתם של פרנסי העיר או של ציבור תושבי העיר שאת שמה הוא נושא. בחברה ליברלית יקשה עלינו לומר כי הכרעה של תיאטרון לארח מחזה פירושה אימוץ עמדתו הערכית של המחזה המתארח (מבחינת ימין/שמאל, ניאורליברליזם/מדינת-רווחה, הומניזם/תפיסה דתית וכדומה). ה"דוברות" הטמונה באקט האירוח או הסינון מתמקדת לכאורה ב"ערכו האומנותי" של המחזה. הדבר דומה לבחירה של אוצר מוזיאון בפריטים לתערוכה שהוא אוצר.³² יש להניח כי גם שיקולים כלכליים מתערבים כאן, ועד גבול מסוים הם לגיטימיים, שהרי תיאטרון צריך לקיים את עצמו כלכלית, ולו חלקית, ולכן שאלה ביחס למידת הפופולריות הצפויה של המחזה אינה בגדר שיקול זר בדרך-כלל.³³ אולם אם זו תמונה ממצה למדי של השיקולים שאותם נמצא כרלונטיים לעיצוב רפרטואר התיאטרון, האם לא מתגבשות עילות ביקורת של "שיקול זר", "הפליה" או לפחות חריגה מ"מתחם הסבירות או המידתיות" כאשר תיאטרון עירוני מתנתק כליל מסוגיית הערך האומנותי של המחזה, ופוסל אותו אך משום שמופיעה בו פיסה של עירום נשי או גברי? ככלות הכל, לעירום החלקי, כאשר הוא מופיע בהצגה, יש

31 השוו לאהרון ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" משפטים כז 223 (1996). כן ראו את דיונו המיישם של בירנהק בסוגיית הגוף הדרימהוטי והפורום הציבורי בהקשרן של ספריות ציבוריות למיניהן – בירנהק, לעיל ה"ש 2, בעמ' 431-435. לטענות דומות ראו את עמדתו של נציג היועץ המשפטי לממשלה בה"פ (חיפה) 110/06 עמותת המצפה לישראל נ' מרכז הקונגרסים הבינ"ל-חיפה בע"מ (טרם פורסם, 5.2.2007). (דיונה של קהילת עדי יהוה נגד החברה המפעילה את מרכז הקונגרסים של חיפה ונגד עיריית חיפה; חוות-הדעת מקושרת לפסק-הדין באתר נבו). לדיון בדואליות הנורמטיבית ובגופים הדרימהוטיים ראו גם את פסק-הדין המרכזי בעניינם של גופים אלה: ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים, פ"ד מט(3) 196 (1995).

32 השוו לחינסקי, לעיל ה"ש 2.

33 לדיון מקיף בשיקולי ההקצאה התקציבית של משרד החינוך והתרבות לתיאטראות – שיקולים אשר רלוונטיים גם לשרטוט קשת השיקולים הראויים לתיאטרון עצמו בפעולתו – ראו בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 258 (1997) (להלן: פסק-דין תיאטרון ארצי לנוער). השוו לאמות-המידה הכלליות שנקבעו בעניינה של הקרן הלאומית לאומנויות בארצות-הברית, שהיו מקובלות על בית-המשפט העליון שם: National Endowment for the Arts v. Finley, 524 U.S. 569, 585 (1998) (להלן: פסק-דין Finley).

אומנם חשיבות לגביה, אך הוא רחוק מלמצות את ערכה; אין מדובר במופע עירום, אלא ביצירת אומנות שאחד ממרכיביה הוא העירום. לפיכך יש חריגה ממתחם הסבירות, העדר חריף של מידתיות וכן שיקול זר והפליה בחסימתה של יצירה כזו על הסף. לשון אחר, יצירת חובה במישור של זכות הגישה (קרי, החובה להקצות גישה לביטוי), וכן התגבשותה של חובה המסייגת את השיקולים שתיאטרון רשאי לשקול, אינן מותנות בסיווגו של התיאטרון כ"פורום ציבורי" טהור או מלא. חובות נוספות של המשפט המנהלי (מידתיות, סבירות, איסור הפליה) חוברות כאן לפסילת ההכרעה לחסום הצגות איכותיות שכל חטאן הוא קיומו של עירום חלקי בהן.³⁴

טענה זו טעונה עוד מלאכת הנמקה, ולפיכך אשוב אליה בהמשך. מכל מקום, הנה תישמע מייד התשובה-שאלה הבאה בשם החברה למתנ"סים: האם פירוש הדבר שתיאטרון צפת אינו יכול לחסום הצגה – אומנותית לעילא – גם אם יש בה הרבה מאוד עירום? ואם הוא יכול לעשות זאת, מדוע רגישויותיו של הציבור החילוני (הרבה עירום, אקטים מיניים וכדומה) ראויה להתחשבות בענייני הקצאה אך רגישותו של הציבור השמרני אינה ראויה לכך? ובכיוון שונה במעט, במה ההחלטה הנוכחית שונה מהחלטתה של ועדת הרפרטואר הקודמת של תיאטרון צפת, היא עצמה, לפסול מחזה שעוסק בנטייה מינית הומוסקסואלית? אלה שאלות רציניות. השאלה האחרונה (לפחות היא) מלמדת אותנו משהו על "הפוליטיקה של הפגיעה ברגשות", על מיעוטים חלשים יותר וחלשים פחות, ועל "מדרונות חלקלקים" שאנו יוצרים במו"דינו. אלא שחברות ועדת הרפרטואר הקודמת יכולות וצריכות להשיב על שאלה זו את שתי התשובות הבאות. ראשית, אכן קרוב לוודאי נפלה שגגה בהחלטה ביחס להצגה "הנאהבים והנעימים", אשר נדחתה אך משום שעסקה ביחסים הומוסקסואליים; אלא שטעות זו אינה מכשירה שגיאות מודעות עוקבות. המבחן הדומיננטי לבחירה בהצגה חייב להיות ערכה האומנותי – אם בהצגה מסוימת טמון "ערך אומנותי ממשי", אי-אפשר למנוע ממנה על הסף גישה אך בשל עירום שקיים בה.³⁵ שנית, חברות ועדת הרפרטואר שהוחלפה צפויות לטעון כי בעוד שהן

34 יתר על כן (אם כי הדבר רלוונטי פחות לענייננו כאן), גם אם נוצר כאן רק פורום ציבורי חלקי/מסויג, עקרון איסור ההפליה מגביל את השיקולים לדחיית מועמדת להקצאה הדומה באופן מהותי לאלה שזכו בהקצאה. ראו בג"ץ שלמה כהן, לעיל ה"ש 2, והשוו: Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va., 515 U.S. 819 (1995) בפסק-דין Finley, לעיל ה"ש 33, בעמ' 586.

35 השוו לפסק-דין Finley, שם, בעמ' 575. פסק-הדין משמיע את אחת מהוראות הדין שהסדירה את פעילותה של הקרן הלאומית לאומנויות בארצות-הברית, וזאת בטרם שופרה בחקיקה מתקנת (שהיא זו אשר עמדה לדיון בפסק-הדין). והנה, הוראת דין זו, בגרסה הנוקשה יותר, הבעייתית יותר, הותירה עדיין בגדרה את הסייג בדבר "הערך הפודרה" של היצירה (ההדגשה הוספה):

"...No NEA funds 'may be used to promote, disseminate, or produce materials which in the judgment of [the NEA] may be considered obscene, including but not limited to, depictions of sadomasochism, homoeroticism, the sexual exploitation of children, or individuals engaged in sex acts and which, when taken as a whole, do not have serious literary, artistic, political, or scientific value.'"

התחשבו ברגישותיותו של ציבור המנויים של התיאטרון (אשר להעדפותיו יש השלכה ברורה על מידת הביקוש להצגה, ומתוך כך גם על מצבו הפיננסי של התיאטרון), שיקוליה של הנהלת התיאטרון הנוכחית פונים לרגישותיותו של הציבור הדתי בעיר, ובעיקר של זה החרדי, כולל רגשותיהם של אלה שאין כל סיכוי שיכואו בקהל צופיו של התיאטרון. אלא שלתשובה השנייה שהושמעה צפויה להינתן תשובת-נגד שלפיה טענתן של חברות ועדת הרפרטואר הקודמת היא מעגלית. בחירת ההצגות על-ידי ועדת הרפרטואר הקודמת, כך ייטען, עונה על טעמו של קהל צופים מסוים, והנה הנהלת החברה למתנ"סים מבקשת לשנות דווקא זאת. היא מבקשת לשנות את הפרופיל של מנויי התיאטרון, בין היתר לנוכח השינויים החברתיים-הדמוגרפיים הפוקדים את צפת, ושינוי נתיב בחירתן ותוכןן של ההצגות העולות על במת התיאטרון הוא דרך לגיטימית להשיג זאת.

תשובה אפשרית זו של הנהלת התיאטרון בעייתית יותר מכפי שנדמה. בעייתיות זו מזדקרת כאשר עוברים לדון בשאלה הגדולה יותר המלווה את המאמר – זו שעניינה הנורמות שאמורות לחול על רשות בהקשרה של חברה דמוקרטית שסועה, ובאופן קונקרטי, על רשות מקומית הפועלת בסביבה רבת-תרבותית "עבה" העוברת שינוי מהותי.

4. הטענה בדבר "שינוי פניה של העיר": תיאטרון בעיר שסועה העוברת שינוי – מסגרת ניתוח תיאורטית

הגענו אם כן אל השאלה המורכבת ביותר שמעוררת התנהלותה החדשה של הנהלת תיאטרון צפת: כיצד צריך לפעול תיאטרון עירוני בעיר שסועה כאשר זו משנה את פניה? שאלה זו נגזרת מהשאלה הגדולה שעניינה הנורמות החלות בחברה דמוקרטית שסועה על התערבות שלטונית – בכלים של הקצאה – בשוק הרעיונות והדימויים, ומשאלת-ביניים ממוקדת יותר המתעניינת בנורמות החלות בזירת השלטון המקומי, להבדיל מהזירה הכלל-חברתית.

ישובים שסועים העוברים שינוי אינם מעטים, ומספרם צפוי לגדול: לצפת מצטרפות הערים ירושלים, בית-שמש, טבריה, נצרת-עילית (שנהפכה לעיר מעורבת יהודית-ערבית), באר-שבע (שנהפכת גם היא בהדרגה לעיר מעורבת יהודית-ערבית), כרמיאל וכן היישוב פקיעין (בעקבות הצטרפותם של תושבים יהודים ליישוב ערבי-דרוזי); ולאלה מצטרפים ערים ויישובים מעורבים אחרים טעוני מתח, אף שלא עברו שינוי דמוגרפי דרמטי, דוגמת עכו, מע'אר ושפרעם (שני האחרונים הם יישובים ערביים מעורבים – דרוזים, מוסלמים ונוצרים) ועוד.

מענה לשאלת הנורמות החלות על הקצאה שלטונית המשפיעה על שוק הרעיונות מחייב תיאוריה פוליטית-מוסרית. המסגרת התיאורטית המאומצת כאן היא זו של הליברליזם. הליברליזם מפתח מתווה מסועף של שיקולים, ושרטוטם של אלה להלן נסמך בעיקרו על כתיבתו של Kymlicka.³⁶

ליברליזם מבוסס על ערך "האוטונומיה אנושית". ערך זה מנביע שני תנאים מוקדמים לניהולם של "חיים טובים" – תנאים המצויים במתח מסוים בינם לבין עצמם. תנאי מוקדם

WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 36
80–88 (1995)

ראשון הוא שנהיה חופשיים לנהל את חיינו בהתאם לאמונותינו ולבחירותינו שלנו (from the inside). כדי לקיים זאת, צריכים להיות לנו המשאבים והחירויות הנדרשים למימוש אותן אמונות ובחירות ללא חשש מהפליה או מעונש. מכאן הערך החשוב של פרטיות, ומכאן ההתנגדות לאכיפת מוסר (אכיפת ההימנעות מ"רע" גם אם לא גיבש את "עקרון הנזק"). מכאן גם חשיבותה של ההשתייכות התרבותית, שלגבי רוב-רובנו היא מוקד מרכזי מאוד של זהותנו העצמית, ואשר מזינה לחיינו תכנים ומשמעות המשפיעים עמוקות על חלק גדול מאוד מהבחירות (המרכזיות והיומיומיות) שאנו מקבלים במהלך חיינו. חשיבות זו של הזהות התרבותית מצדיקה הענקת זכויות קיבוציות לקהילות תרבותיות מסוימות. זאת, משום המודעות לשבריריותן של תרבויות מיעוט לנוכח לחצי השחיקה של החברה הרחבה, ומשום ההכרה בכאב ובאובדן שיחושו בני-האדם המשתייכים לאותן תרבויות אם אלה אכן יאבדו להם או לצאצאיהם. נוסף על כך, שמירת החירות לפעול על-פי בחירותינו האישיות מצדיקה את דוקטרינת "הדמוקרטיה המתגוננת" ואת רעיון ה"חוקתיות": אלה הסייגים המושטים על כוחם של אחרים – גם אם הם רוב פוטנציאלי ואפילו רוב ממשי – מפני שלילת החירות.

תנאי מוקדם שני ל"חיים הטובים" הוא שמירת היכולת לבצע הערכה-מחדש של אמונותינו ובחירותינו. מכיוון שאנו עשויים לטעות ביחס לערכם של מעשינו בהווה, ומכיוון שאיננו רוצים לנהל את חיינו על בסיס אמונות כוזבות, יש חשיבות עמוקה לכך שנוכל אנו עצמנו לבחון, לבקר ולהעמיד בספק את תפיסותינו ביחס לטוב ולרע לאורם של מידע נוסף ונסיגות-חיים חדשים, שלנו ושל אחרים, ולראות אם הן ראויות לנאמנות נמשכת מצידנו (rational revisability). לשם כך נדרשים תנאים של גיוון, יכולת לבחון את המגוון האפשרי באופן אינטליגנטי, ויכולת מעשית לאמץ ללא פחד תפיסות חדשות ולזנוח אחרות. זו הדאגה המסורתית של הליברליזם לחינוך, לחופש ההתאגדות ולחופש הביטוי. התווים הבולטים של תנאי מוקדם זה הם אפשרו של גיוון (פלורליזם בתפיסות המושמעות) וכן יצירתה של "זכות יציאה", קרי, כינונה של אפשרות ממשית לאדם לצאת מתרבותו לתרבות אחרת, לעבור מקהילתו לקהילה אחרת, ולאמץ עמדה או אורח חיים שונים מאלה שהיו לו קודם.³⁷

ודוקו, הליברליזם מעוניין בשני התנאים המוקדמים הללו יחדיו: לא רק היכולת החופשית לחתור למימוש תפיסת הטוב, אלא גם הבטחת התנאים המאפשרים רוויזיה בתפיסת הטוב. ברוב המקרים מדובר ברוויזיות "קטנות" ו"גדולות" שאנו כבני-אדם מנהיגים בחיינו; לעיתים נדירות מדובר גם ברוויזיה דרמטית. מכל מקום, הליברליזם אינו כופה רוויזיה כזו או אחרת; הוא אך מבקש להופכה לאפשרית. על-דרך הדוגמה, הליברליזם מעוניין ברוזמנית בחופש מהמרת דת כפויה ובחופש להמרת דת מרצון. שני התנאים המוקדמים הללו מסגירים כי לליברליזם יש גרעין, לא-זניח בהיקפו, של עמדות ביחס לטוב ולרע, וכי תנאים אלה, יחד עם אותו גרעין, מובילים לאימוץ ברוזמני של שני סוגים של סובלנות: הליברליזם ייזהר בטרם יסוג עמדה או מעשה כ"רע"

37 הספרות העוסקת בזכות היציאה היא עשירה. ראו, בין היתר, מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 385-396 (2008); וכן נויה רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג 99 (2003).

(סובלנות אגנוסטית); ובמקביל, כפי שצוין לעיל, הוא יהיה סובלן על-דרך יצירת מרחק ממשי בין "הרע" שהוא מזהה לבין הפיכתו ל"אסור" (סובלנות עוינת).³⁸ לאן כל אלה – שני התנאים המוקדמים ושני סוגי הסובלנות – יובילו שאלות של חופש ביטוי ושאלות של הסדרת מעורבותה של המדינה ב"שוק הרעיונות" בחברה? חברה ליברלית מצמצמת מאוד את הצידיקים להטלת איסור/הגבלה של ביטוי על בסיס השקפת-העולם הטמונה בו (אלא אם כן השמעתו של הביטוי, בנסיבות כאלה ואחרות, מגבשת את "עקרון הנזק"). זו "הניטרליות לתוכן" (content neutrality) שאנו פוגשים תכופות ביחס להפעלת כוחה המגביל של המדינה כלפי ביטוי. עם זאת, מותר לחברה ליברלית, ולעיתים היא אף חייבת, לבטא את אהדתה לעמדות מסוימות ואת גינויה לאחרות. גינוי אינו מתמצה רק בסימונן של התנהגויות מזיקות כ"אסורות" – איסור השמור ל"רע" משהו גיבש גם את "עקרון הנזק". מדינה ליברלית עשויה לגנות את מה ש"רע" בעיניה גם באמצעות כוחה המקצה. היא רשאית, למשל, לחנך לחיוב הטמון ברעיונות מסוימים ולשלילה של רעיונות אחרים. במילים אחרות, את הסובלנות העוינת שלה לעמדות מסוימות היא רשאית (ולעיתים חייבת) לבטא באמצעות כוחה המקצה, בעיקר באותם כלים שבהם היא מביעה את "דוברותה", כלומר, מצהירה או מגלה בצורה אחרת כלשהי את עמדותיה בשאלות של טוב ורע.

אלא שלשימוש האפשרי בכוח המקצה "לחנך" בכיוון מסוים יש סייגים חשובים הנובעים מכך שהתמונה הנזכרת חלקית עדיין. מרכיבי הליברליזם שזיהינו לעיל מורים, ברוזמנית, כי על המדינה לפתח תנאים שיקנו לבני החברה יכולת לבחון מחדש תפיסות נוכחיות, קרי, תנאים לחשיבה ביקורתית; הם מלמדים על הערך של "שוק רעיונות" מגוון וערני; והם מספקים הצדקה להגנה תרבותית על מיעוטים (תרבותיים) מסוימים שהם פגיעים. יתר על כן, קיימת הנחה נוספת, בעלת תקפות, שיש לה השלכות על הסדרת מעורבותה של המדינה בכלי התקשורת, והיא ששוק הרעיונות לא יתגוון אם המדינה לא תסייע בגיוונו. במילים אחרות, מקום שיתקיים רק שוק תקשורת מסחרי ותיעדר רגולציה מדינתית משמעותית, יצומצם שוק הרעיונות באמצעות הכוחות הכלכליים המשפיעים על כלי התקשורת;³⁹ ובאשר לכלי תקשורת ממלכתיים המצויים בשליטת הרוב, הללו עלולים להיות מנוצלים – בהעדר הכוונה ליברלית – ל"דוברותה הבלעדית" של קהילת הרוב. מכלול השיקולים הנזכרים מובילים לדעתי להסדרה הבאה של מעורבות המדינה בשוק הרעיונות.

באשר לכוחה המגביל של המדינה, זה אכן צריך להיות שמור למקרים חריגים שבהם פעולות ביטוי מגבשות את "עקרון הנזק".

באשר לכוחה המקצה של המדינה, כאן צריך להיווצר מבנה בעל "דואליות כפולה". מימד ראשון של דואליות הוא זה הבא: הצורך בהגנה תרבותית על מיעוטים מסוימים אמור

38 אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" המשפט ז 195 (2002).

39 ראו, בין היתר, יואב המר "השתתפות אזרחים והבטחת מגוון בשיח הציבורי באמצעי התקשורת של מדינה דמוקרטית" (צפוי להתפרסם במשפט וממשל ג); וכן משה צוקרמן חרושת הישראליות – מיתוסים ואידיאולוגיה בחברה מסוכסכת 35-45 (2001).

להוביל להתקיימותם של כלי השפעה תרבותית (חינוך, כלי תקשורת, מוסדות תרבות, שירותי דת) בעלי אופי פנים-קהילתי, אך זאת לצד כלי השפעה תרבותית כלל-חברתיים, בין-קהילתיים. נוכחות מקבילה זו של אמצעי השפעה תרבותיים מסייעת לכאורה לאדם לשמור על תרבותו, לבטא את עמדותיו, וברזומנית להיחשף לעמדות שמאתגרות את אלה שלו.⁴⁰ אלא שבכך אין די. דואליות זו, הפרדה זו, בין פנים-קהילתי לבין חוצה-קהילתי (כלל-חברתי) מועדת בפועל לבעיה של "בועתיות". מטעמים של הברדלי שפה, הסתגרות כפויה, קהות-חושים או צדקנות אידיאולוגית ("אמונה בצדקת הדרך"), בניה של כל קהילה עלולים להילכד בקורים קהילתיים "חד-תרבותיים". לשון אחר, עצם הקיום הכפול, הברזומני, של המסגרות התרבותיות הנזכרות אינו מבטיח הזנה הרדית ביניהן, אלא אם כן כל אחת מהן מכילה מימד שני של דואליות, מימד פנימי: כזה היוצר בהן נוכחות ברזומנית של שתי פונקציות – פונקציית "במה" לצד פונקציית "דוברות". קל יחסית לראות זאת בכלי ההשפעה התרבותית הכלל-חברתיים. כך, למשל, בני קהילת הרוב בישראל אינם דוברי ערבית, ולרוב הם גם אינם דתיים; על-כך, אם לא ייחשפו לעמדות מיעוט בתוך המסגרות התרבותיות שהם חשופים אליהן – קרי, אם לעמדות החולקות על עמדותיה של קהילת הרוב לא תהיה גישה לאותן מסגרות תרבותיות המצויות בשליטת הרוב – ה"בועה" שקהילת הרוב לכודה בה תהא שלמה, נטולת פרצות. הפרצות יבעו רק אם תופעל אופציה של "במה", ואם זו תפתח את שעריה גם לעמדות חוץ-קהילתיות. במקביל, ובאופן דומה, קשה לייצר אפשרות לשינוי, אפשרות לרוויזיה פנימית, וקשה לייצר את האפשרות הדרמטית יותר של "זכות יציאה" מקהילות מסתגרות, במיוחד אם הן פטריארכליות וסמכותניות, אם אין מייצרים בתוכן פונקציה מסוימת של במה. בהעדרם של "פתחי השינוי" הללו, הקטנים והגדולים, נפגעת זכותו של "המיעוט שבתוך המיעוט". יתר על כן, בהקשרן של קהילות מיעוט גדולות שאינן ליברליות מתחדד גם החשש להמשך אופייה הדמוקרטי של המדינה בכללותה. צרכים אלה עומדים ביסוד הקריאה ל"תוכנית-הליכה" – תוכנית שמימושה בחברה הישראלית כה מוגבל.⁴¹

אנו מזהים כאן, אם כן, התגבשות של "חובות הקצאה" מסוימות – חובות למתן גישה לעמדות מגוונות, כך שיווצר/ישתקף מגוון רעיוני.

לעיתים חובת ההקצאה, הדרישה ליצירת במה, נובעת מסובלנות אנגוסטית, מניטרליות. למשל, לממלכתיות הישראלית לא אמורה להיות עמדה ביחס לעדיפותו של זרם יהודי אחד על אחר, ועל-כך, אם רשות מקומית מקצה מבנה לשירותי דת בעבור המשתייכים לזרם אחד, יש להקצות במקביל משאב דומה גם למשתייכים לזרם האחר.⁴²

40 לתחילת פיתוחו של טיעון זה ראו, בין היתר, אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241, 288-285 (2002) Yoav Hammer, *Multiculturalism and the Mass Media*, 1 L. & ETHICS HUM. RTS. 169 (2007).

41 ראו, בין היתר, כהן-אליה, לעיל ה"ש 24; תמי הראל בן-שחר "אוטונומיה חינוכית, תוכנית-הליכה ומימון ציבורי של החינוך – על חוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008" משפט וממשל יב(1-2) 281 (2009).

42 בג"ץ פרץ, לעיל ה"ש 2.

אך מה קורה במצבים של סובלנות עוינת? אכן, הליברליזם מבהיר כי דאגתו לגיוון רעיוני וליצירת תנאים לבחינה-מחדש של תפיסות עומדת בצידה של יכולת לפעול על בסיס התפיסות הקיימות, בגבולות כאלה ואחרים. משמע, אותם כלי השפעה תרבותית שהם כלל-חברתיים אמורים לא רק לתת ביטוי מקיף לגיוון הערכי והתרבותי הקיים בחברה, אלא גם לאפשר בו-זמנית לקהילת הרוב לבטא, בדרך של דוברות, את העדפתה לעמדות כאלה ואחרות בנקודות מחלוקת מרכזיות שבהן הליברליזם אינו אגנוסטי. במילים אחרות, הליברליזם באותן נקודות מחלוקת ערכיות אינו ניטרלי, והוא רשאי – ולעיתים חייב – לבטא זאת. לעיתים הכוח המקצה מאפשר לליברליזם לבטא הן את סובלנותו והן את עוינותו – למשל, על-ידי הפעלת כלי השפעה תרבותית בפונקציה כפולה: של "במה" לצד "דוברות".⁴³ אך לעיתים אפשרות זו צרה או קשה יותר, כגון בעיצוב של סמלים ממלכתיים, בחינוך של ילדים קטנים וכדומה.

אנו שבים עתה אל השאלה לאן שיקולים מורכבים אלה מובילים בעניינינו של מקרה-הבחון כאן – המקרה של תיאטרון צפת. התשובה עוברת דרך שלוש שאלות-משנה: (א) איך הליברליזם אמור להגיב על שינויים ביחסי הכוח בין קבוצות תרבותיות, ובפרט על היפוך של יחסי רוב-מיעוט ביניהן? (ב) האם אמור להיות הבדל בתגובתו של הליברליזם כאשר מדובר בהיפוך מסוג שלגביו הוא אינו אגנוסטי כלל – זה המתרחש ביחסים שבין קהילה ליברלית לבין קהילה לא-ליברלית? (ג) איך הליברליזם אמור להגיב על התרחשות כזו כאשר היא מתרחשת רק בזירה מקומית, להבדיל מזו הארצית?

מועצת העיר משתנה, הכוח הפוליטי משתנה. אם מועצת העיר תחליט להקדיש תקציב גדול יותר מבעבר לצרכיה של הקהילה הדתית – בתי-כנסת, בתי-מדרש, ישיבות, פעילות תורנית, מקוואות וכדומה – נתקשה לגבש טענה חזקה נגד החלטה זו. הקצאה כזו שייכת לכאורה לאותן "הכרעות תלויות-העדפות" – קרי, להכרעות רגילות שאמורות להיות כפופות לעקרון הכרעת הרוב – להבדיל מ"הכרעות מיוחדות" (אלה המשפיעות באופן משמעותי על זכויות אדם).⁴⁴ זאת, אלא אם כן אחזנו מלכתחילה בתפיסה נוקשה של הפרדת דת ומדינה, או אם יש בידינו הוכחות שחלק מההקצאות הללו פוגעות בעוצמה בציוויים ליברליים, דוגמת שמירת הזכויות של "המיעוט בתוך המיעוט". אלא שניתן וראוי לערן ולסייג תשובה זו לנוכח אותה מסגרת תיאורטית שנפרשה לעיל, ומשום שהנהלת החברה למתנ"סים נקטה כאן מהלך החורג באופן ממשי מהסתפקות בשינוי בהיקף ההקצאה.

נקודה זו התבהרה היטב במקרה הסמוך לענייננו. מדובר בפסק-דין חשוב שניתן לפני שנים מספר על-ידי השופט צור בבית-המשפט המחוזי בירושלים.⁴⁵ השופט הורתה

43 ראו את הפסיקה הנזכרת לעיל בה"ש 18.

44 זו ההבחנה המוכרת מתחומי הדיון ב"חוקתיות". לעיון בהיר בה ראו, בין היתר, יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'מהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 153-154 (1997).

45 עת"מ (י-ם) 219/06 הבית הפתוח בירושלים לגאווה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (טרם פורסם, 28.5.2006) (להלן: פסק-דין הבית הפתוח). על פסק-הדין הוגש ערעור. בית-המשפט העליון קיבל את הערעור לעניין התוצאה במישור הסעד הכספי, אך לא לעניין הכרעתו העקרונית. ראו ע"מ 5905/06 עיריית ירושלים נ' הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות (טרם פורסם, 17.12.2007).

לעיריית ירושלים להקצות מימון גם לעמותת "הבית הפתוח" – עמותה של לסביות והומואים שפועלת לקידום זכויותיהם ואשר פועלת גם במישור התרבותי והחינוכי. השאלה שעלתה לדיון ולהכרעה בפסק־דין הבית הפתוח אכן חשפה מהלך שאינו מתמצה בשינוי היקף התקצוב של תחומי התרבות השונים. בפרשת הבית הפתוח הכריעה העירייה למעשה – וזו ההכרעה שנדחתה על־ידי בית־המשפט – כי היא רשאית לא לתת כל תמיכה לעמותה שעניינה פעילות תרבותית של לסביות והומוסקסואלים, וזאת אך משום שמטרותיה מעוררות התנגדות בעיני הרוב הפוליטי שהתגבש במועצת עיריית ירושלים. ניתן להעריך כי גם אילולא הייתה כאן החלטה לא לתת כל תמיכה, אלא רק להפלות בשיעור התמיכה, הייתה החלטה זו נפסלת. אין בסמכותה של רשות שלטונית להפלות בין מי שמצויים באותה "קבוצת שוויון", כמינוחו של השופט זמיר בפסק־דין תיאטרון ארצי לנוער.⁴⁶ משמע, אין בסמכותה של העירייה להפלות בין עמותת תרבות חילונית א, שעושה פעילות שהוגדרה כראויה לתמיכה, לבין עמותה ב – חילונית או דתית – שעושה פעילות דומה.

אך כיצד מזוהה דמיון ("פעילות דומה"), כיצד מזוהה פעילות ש"ראויה לתמיכה", מיהו המזהה, ועד כמה התשובה תלויה בזהותו הקונקרטי או הקהילתית של המזהה? שהרי יקשו המקשים: נניח שתנועת־נוער כהניסטית תדרוש תקצוב בדומה לתנועות־נוער אחרות – הנקצה? אצל הרתיים, כך תמשיך הטענה, "הבית הפתוח" מעורר התנגדות רגשית וערכית בעוצמה דומה. טענת היקש זו ראויה לדחייה, גם משפטית וגם מוסרית. בשאלות של הקצאה כספית – כל רשות שלטונית, ארצית כמו־גם מקומית, כפופה משפטית ל"ערכי־היסוד של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית", ומבחינה מוסרית היא כפופה לערכי הליברליזם. והנה, ערכים אלה – במקרה זה הן המשפטיים והן המוסריים – מסמנים באופן שונה לחלוטין תנועה המטיפה לגזענות ותנועה המבקשת להיות בית למי שנטייתם המינית שונה מזו של קהילת הרוב. נגד האחת מופעל בנסיבות מיוחדות הדין הפלילי, ומקל וחומר ניתן להימנע מתמרוצה באמצעות הקצאה.⁴⁷ נטייה מינית, לעומת זאת, מצויה במיקום חברתי וערכי שונה לחלוטין במדינה היהודית והדמוקרטית: היא מושא הגנתם של דינים האוסרים הפליה באופן החלטי.

46 לעיל ה"ש 33.

47 בכך עמדתי שונה מעמדתו של בית־המשפט הפדרלי בארצות־הברית בפרשת *Esperanza* ביחס לדילמה דומה: *Esperanza Peace & Justice Center v. City of San Antonio*, 316 F. Supp. 2d 433, 467 (W.D. Tex. 2001) (ההדגשה השנייה הוספה):

"...The City then offers the hypothetical of neo-Nazi art, arguing that if it must fund *Esperanza*, we start down the slippery slope that leads to City-funded display in public forums of art 'glorifying Hitler... advocating that the Holocaust was fictitious, and [showing] Holocaust victims befouled with swastikas.' As plaintiffs point out, nothing in the arts-funding criteria requires the City to 'display' any artwork. In addition, it is highly doubtful that such art would meet the City's standards of artistic excellence and audience development. *But if it did, the City could not deny funding merely because constituents disapproved of the organization's views.*"

נרחיב מעט: רשות מקומית, אפילו רוב תושביה דתיים, היא גורם שלטוני הפועל כנאמן של הציבור כולו. היא זוכה אומנם במידה של אוטונומיה, בסמכויות שלטוניות לא־זניחות אל מול תושביה ואל מול השלטון המרכזי – ביטוי להיותה נציגתנו, כמי שנבחרה על־ידינו בבחירות דמוקרטיות. אולם חשוב להבחין כי הרשות המקומית בהרכבה החדש אינה שלוחתה של "האוטונומיה התרבותית הפנים־קהילתית" של קהילת המיעוט שנהפכה לרוב במישור המקומי; ההכרעות המתקבלות בה משפיעות על חיי כלל תושביה של אותה רשות – דתיים ולא־דתיים, יהודים ולא־יהודים. כגוף שלטוני היא כפופה משפטית לערכי־היסוד של מדינת־ישראל, וכפופה להבנתם של אלה על־ידי פרשניו המוסמכים של הדין, ובראשם בית־המשפט העליון.⁴⁸ במקביל, רשות שלטונית כזו כפופה מוסרית לערכי הליברליזם. והנה, הן הליברליזם והן ערכיה של ישראל יסווגו כהפליה פסולה שלילת תקצוב מעמותה מחמת הנטייה המינית של חבריה או בשל שאיפתה להגן על חברה ולקדם את ענייניהם. בניסוח אחר, היפוך הכוח השלטוני בתחומיה המוניציפליים של רשות מסוימת אינו משנה את האופן שבו הליברליזם מסווג פעילות ביטוי מסוימת בגדרה: או שהוא נותר אגנוסטי (ניטרלי) לגבי אותה פעילות, כמקודם, או שהוא נותר סובלני אך עוין כלפיה, כמקודם. בהתאם לכך, אם במצב הדברים שבטרם היפוכם של יחסי הכוח הייתה הרשות כפופה לחובת הקצאה כלפי פעילות ביטוי מסוימת, עצם שינוי הכוח אינו מאיין את החובה הנורמטיבית להמשיך להקצות (להבדיל משאלת היקף ההקצאה). אלא שעדיין לא התרנו די את פקעת המורכבות שהמקרה שלפנינו מגבש. אילו באה הנהלת תיאטרון צפת ואמרה כי בניין התיאטרון, מבחינה פיזית, הוא "אולם הקונגרסים" היחיד בעיר, המקום היחיד המאפשר התקבצות מכובדת של בני־אדם רבים לאירוע תרבותי (לסוגיו השונים), וכי היא מבקשת להקצותו באופן מגוון יותר – למשל, גם לערבי דת – היינו מתקשים לא לקבל זאת, בכפוף לבדיקה שתפורט בהמשך. יש לשים לב כי טיעון

48 פסק־דין מרכזי המתווה סמכויות של שלטון מקומי בהקשר תרבותי־דתי הוא בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית־שמש, פ"ד נה(5) 595 (2004) (להלן: פסק־דין סולודקין). זהו פסק־דין חשוב, אולם אני מוצא הבדלים לא־זניחים בינו לבין ענייננו: ראשית, הוא עוסק בכוחה המגביל של הרשות (חוק־עזר האוסר פעולת מכירה), להבדיל מכוחה המקצה; ושנית, ואולי חשוב יותר, הוא עוסק במכירת בשר חזיר בתחומה של רשות מקומית, ולפיכך הוא עוסק בחופש העיסוק והחופש מדת, להבדיל מהשפעה על ביטוי ועל שוק הרעיונות. אולם צד הדמיון בין המקרים משמעותי בכל־זאת: שני המקרים נוגעים בגבולותיה של הסובלנות ההרדית בין קהילות החלוקות ביניהן עמוקות. פסק־דין סולודקין מתייחס לעיר מעורבת כאל אגד של שכונות – לעיתים הומוגניות, לעיתים מעורבות. הוא מורה כי שכונה מעורבת זכאית לכך שתהא חנות לממכר בשר חזיר בתחומה, או לפחות שתהא חנות כזו בשכונה הסמוכה לה. פסק־דין אחר של בית־המשפט העליון שחשוב להכירו עוסק בהתנהגותו של גוף דר־מהותי המנהל קבורה יהודית: ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחשא ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999). ההכרעה שם נגעה ברישום תאריך לועזי על מצבה, ועמדתם של שופטי הרוב חייבה את חברה קדישא לאפשר זאת. אני תופס את עמדתם של שופטי הרוב כנובעת מכך שחברה קדישא מנהלת זירה משותפת של "חיים" בעבור דתיים ולא־דתיים כאחד, ומכך שזירה זו נושאת עימה שותפות המשכית הכרחית, מכוח העובדה שגם מי שאינם דתיים הביאו לקבורה את סביהם והוריהם, ויבקשו להיטמן בצד אבותיהם בבוא יומם.

זה, בדבר היות מבנה התיאטרון מונופול דה־פקטו, וזה לזה שהושמע לעיל מהכיוון הנגדי בשם המבקשים לכפות על הנהלתו השמרנית של התיאטרון את החובות הנלוות ל"פורום ציבורי". במילים אחרות, חובת הגיוון שגוף מונופוליסטי כפוף לה היא טענה העשויה להישמע מכיוונים שונים של הקשת הפוליטית או התרבותית. אכן, אם הטיעון העובדתי נכון (אין בית־כנסת גדול דיו, או זקוקים למבנה שאינו יכול להיות בית־כנסת, וכדומה), אזי הטענה לפתיחת השימוש בבניין התיאטרון גם לסוגי ביטוי אחרים שזקוקים לו כמשאב חומרי, ובכלל זה לביטוי תרבותי־דתי, היא טענה לגיטימית.⁴⁹ יתר על כן, אילו הושמעה תביעה להקצאת ימים לתיאטרון דתי (משמע, למחזות של מחזאים ובמאים דתיים) או לתיאטרון חרדי, ככל שהיה מתגבש כזה, גם זו לכאורה הייתה לגיטימית. אולם המהלך שנקטה הנהלת תיאטרון צפת היה שונה. היא לא בחרה בהגבלת ההקצאה של האולם לטובת תפקודו בימים מסוימים לצרכים שאינם העלאת הצגות תיאטרון או לטובת גיוון ההצגות העולות על במתו מבחינת השקפת־עולמן. המהלך שנקט הוא לחץ להגבלת התכנים התיאטראליים של הצגותיהם של המחזאים הלא־דתיים, על־ידי אי־הקצאת התיאטרון להצגות המכילות עירום חלקי.

על־פי המסגרת התיאורטית שהצגתי, אי־הקצאה זו אינה קבילה, שהרי שינוי יחסי הכוח בין קהילות העיר לא שינה את סיווגו של מחזה אומנותי עם עירום חלקי מ"טוב" ל"רע" – לא מנקודת־ראות ליברלית ולא מנקודת־ראות משפטית (ערכי־היסוד של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית). יתר על כן, אם הערך שהליברליזם מייחס לגיוון רעיוני הצדיק את התגבשותה של חובת הקצאה, אזי חובה זו בוודאי לא התפוגגה. באופן דומה, אם חובת השוויון גיבשה חובת הקצאה – שכן עירייה הדואגת לתרבות תושביה תקצה גם לצורכיהם התרבותיים של תושביה החילונים, ולא רק הדתיים – אזי היפוך יחסי הכוח אינו משנה זאת. לא זו אף זו (ובמענה לאחת מאותן טענות אפשריות של החברה למתנ"סים), כשם שאי־אפשר לפנות בהווה לדתיים־אורתודוקסיים ברחבי המדינה ולומר להם כי "המדינה מוכנה להקצות תקציבים לשיעורי דת, ובלבד שתמצאו מכנה משותף עם הרפורמים והקונסרבטיבים, כך שגם אלה וגם אלה ירגישו השתייכות לאירוע הדתי שלכם", כך אי־אפשר להגיד לחילונים או לאחרים "שנו את מחזותיכם כדי שאנחנו הדתיים או החרדים נוכל לצפות בהם, כדי שיהיו 'שייכים' גם לנו". מחזה אינו סמל ממלכתי; הוא אינו אקט של "דוברות" מדינתית או דוברות עירונית. הוא בעיקרו אקט של ביטוי המתרחש לצד ביטויים אחרים (מחזות אחרים) בתוך ה"במה", ומצב דברים זה שולל זהות ערכית בין בעלי הבמה לבין משתמשיה. יתר על כן, מחזה הוא מעשה של דיאלוג בין יוצרי המחזה ושחקניו לבין קהלם, ולכן התביעה של מי שאינם שותפים לאותו קהל להרגיש "השתייכות" לתוכני ההצגה היא בעצם דרישה מאותו קהל, מאותה קהילה

49 זאת, כאמור לעיל, אם אין מדובר במדינה המקפידה על הפרדה חדה בין דת ומדינה, או אם לא מתגבשת עילה לאי־הקצאה מטעמים מיוחדים אחרים. השוו רות גביוון "דת ומדינה: הפרדה והפרטה" משפט וממשל ב 55 (1994).

תרבותית, לוותר על זירה חשובה שבה היא מקיימת את ערכיה ואת דרך חייה. זו אינה דרישה ראויה.⁵⁰

ברמת הפשטה גבוהה יותר, מהי ההקצאה התרבותית שהמיעוט הלא־דתי בעיר צפת ראוי לה? שאלות של צדק מנתבות אותנו להתבונן, מצד אחד, על ציר הזמן. אנו מתבקשים לבחון אם מופיעה הפליה מן העבר שאולי תצדיק מהלכים של "צדק מתקן". והנה, קשה מאוד להניח הפליית־עבר של הקהילה הלא־דתית בצפת. אולם העבר רלוונטי לפחות מבחינה אחת נוספת: לכאורה, ציפיותיו (ואולי זכויותיו) של תושב חילוני חדש העובר להתגורר בבני־ברק אינן זהות לאלה של התושב החילוני הוותיק של צפת. אולם נושא זה סבוך, ואותר אותו בשלב זה ללא פיתוח נוסף. מכל מקום, מדיניות ציבורית שקולה תנסה לבחון לא רק את העבר, אלא גם את העתיד, ותשאל מה צפוי לקרות (בין היתר) לאינטרס של גיוון רעיוני לנוכח הכרעת מדיניות אחת לעומת אחרת.⁵¹ מצד נוסף, אנו נקראים להתבונן על התמונה הכוללת של המשאבים המסייעים לקהילה התרבותית הנבחנת – קהילת המיעוט הלא־דתי של צפת – לקדם את תרבותה או לפחות לשמר. אנו אמורים להתבונן על מערכת החינוך, הממשיכה לעמוד לרשותה; על כלי התקשורת ההמוניים המקומיים, הארציים והגלובליים (האינטרנט), אשר קשובים לה ולעיתים אף מבטאים אותה באורח דומיננטי; ועל מערך הדימויים והרעיונות הכולל שתושבי העיר חשופים אליו. זאת ועוד, עלינו להתבונן גם על ציר המרחב, ועל שאלת קיומן של חלופות תרבותיות ברמות הצגות תיאטרון בסביבה הרחוקה יותר (דוגמת חלופות באזור ראש־פינה וכרמיאל) – מה מידת נגישותן לתושבי צפת? זו שאלה שאין לי תשובה ברורה לה.

מאידך גיסא, ראוי כי שאיפה זו להתבוננות כוללת־מערכתית לא תחמיץ את העובדה שלבני־אדם יש עניין ואינטרס מובהק בשאלת המתחולל במישור המקומי־היישובי שלהם.⁵² ככלות הכול, הכוח השלטוני המוניציפלי אינו בטל בשישים, ורוב בני־אדם נטועים עדיין בסביבה פיזית, ולא רק וירטואלית. בנקודה זו, בהינתן המשמעות התרבותית

50 אאזכר נושא חשוב אחד נוסף, אשר לא אוכל להקדיש לו כאן תשומת־לב של ממש. בכל הנוגע בהסדרה של אומנות מתחייב איזון ראוי בין שיתוף עממי של הקהל או שיתוף פוליטי (נציגים נבחרים או נציגים הממונים על־ידי נציגים נבחרים) לבין ניהול מקצועי־אומנותי. ככלות הכול, תיאטרון הוא זירה תרבותית המחייבת מומחיות; הוא אומנות, אשר חלק חשוב מאוד בהערכתה צריך להיעשות על־ידי אומנים ואנשי־מקצוע בתחום התיאטרון. אכן, אם למתוח עוד את האנלוגיה – שהזכרה לעיל בה"ש 22 – בין מוזיאון לבין תיאטרון עירוני, יש הגנה לאנשי־המקצוע – לאוצר, ובאנלוגיה לוועדת הרפרטואר ולבמאי – אל מול הנהלת מוסדותיהם; זאת, מכוחו של מעין "חופש אקדמי". ראו ס' 5 לתקנות המוזיאונים, התשמ"ה-1984: "הנהלת מוזיאון תראג להציג את המוצגים בתצוגה בצורה שבה יפיק מהם הציבור את מרב התועלת בהתחשב במטרת התצוגה; בענין זה תפעל הנהלת המוזיאון על פי הנחיותיו של האוצר ומומחים אחרים לנושא אותה תצוגה." (ההדגשה הוספה).

51 למשל, התולדות הצפויות משינויים צפויים בתחומים חשובים דוגמת חינוך ותרבות. ראו את דיונו של ישי בלנק בתופעה של "הגירה לבנה" – יציאתם של ציבורים סוציו־פוליטיים חזקים מן העיר אל יישובים פרווריים: ישי בלנק "ממלכתיות מבוררת: שלטון מקומי, היפרדות ואי־שוויון בחינוך הציבורי" עיוני משפט כח 347, 385-386 (2004).

52 שם.

והדתית הגדולה של בתי-הכנסת ושירותי הדת בעבור הקהילות הדתיות, ובהינתן זמינותם בעיר צפת, מתחדד הברדל בעוצמת הצורך היחסי ("הערך השולי") הטמון בתיאטרון בעבור הקהילות השונות. האין זו טענה סבירה, לפיכך, שבעבור בני הקהילה החילונית התיאטרון הוא אחד המוסדות היחידים המאפשרים להם מפגש תרבותי קהילתי-מקומי בעיר צפת, והמאפשרים להם ליהנות מתרבותם על-פי טעמם, ולכן הוא חיוני יותר בעבורם? דומה כי יש להשיב על כך בחיוב.

מעבר לכל אלה מזדקרת לה שאלה טורדת מנוחה. שינוי יחסי הכוח הבין-קהילתיים בצפת אינו שינוי "סתם". מה עמדת הליברליזם (ובמישור המשפטי, מה עמדת "המדינה היהודית והדמוקרטית") ביחס להתבססותה של קהילת רוב לא-ליברלית? שאלה זו סבוכה. ראשית, דיבור גורף על קהילות לא-ליברליות מחטיא גוונים מהותיים שונים בקרב קבוצות שמרניות. שנית, ומכל מקום, שאלה זו מחדדת את ההבחנה בין המקומי לבין הארצי. אילו במישור החברתי הכולל התחוללה התרחשות דמוית זו שהתרחשה בצפת, ואפילו הייתה רק מתעוררת סכנה ממשית להתרחשות כזו, היו מתגבשים צידוקים לפעולת-נגד, כולל צידוקים (מסויגים) להתערבות מוקדמת, מכוח הדוקטרינה של "הדמוקרטיה המתגוננת".⁵³ לעומת זאת, כאשר מתחוללת התרחשות כזו במישור מקומי, של עיר או יישוב מסוים, שאלת התגבשותם של צידוקים מכוח "הדמוקרטיה המתגוננת" נתונה בספק. אדגים זאת מייד. שלישית, צריך עם זאת להיות מוסכם כי רב-תרבותיות עבה מעוררת בכל-זאת שאלות כבדות-משקל גם במישור המקומי. בחלקן נגענו בעת הדיון לעיל בפסק-דין הבית הפתוח. להלן ברצוני להרחיב ביחס לאחת מבין אותן שאלות.

בתי-המשפט נזהרים תכופות מלהתייחס להעדר הסימטרייה בין קהילה ליברלית לבין קהילה אנטי-ליברלית. אולי הדבר נובע מאינסטינקט של "הגנה עצמית" מפני תקיפה פוליטית, ואולי הוא נובע מכך שחובת הסובלנות מורה כביכול לא לדבר על כך או לא להעניק לכך משקל. ניתן להבין זהירות זו, אך ראוי להיזהר מהצדקתה בכל הנסיבות. הליברליזם אינו ניטרלי כלפי חלק מהפרקטיקות של הקהילה האנטי-ליברלית. כך, למשל, גם מיעוט מסתגר החרד לנפשות יחידיו אינו יכול לדרוש לשלוט באורח מקיף בעיצוב סביבת חייו, במנותק משאלות הנוגעות בזכויותיהם של מי שאינם משתייכים אליו אך חיים בסביבתו, או במנותק משאלות שעניינן זכויותיהם של אותם יחידים המשתייכים אליו.⁵⁴ ובאשר למי שאינם חרדים אך גרים בסביבה חרדית, מתעורר תכופות צורך בהתחשבות

53 הספרות התיאורטית בהקשר זה מקיפה. ראו, בין היתר: Gregory H. Fox & Georg Nolte, *Intolerant Democracies*, 36 HARV. INT'L L.J. 1 (1995); Nancy L. Rosenblum, *Banning Parties: Religious and Ethnic Partisanship in Multicultural Democracies*, 1 L. & ETHICS HUM. RTS. 17 (2007); וכן מאוטנר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 385-417.

54 ראו, למשל, את סוגיית "תוכנית-הליבה", שכבר הוזכרה, וכן את הדיון המתקיים בשאלת כפיית הפרדה בין נשים וגברים בחלק מקווי האוטובוס הציבוריים ("קווי מהרצין") (ראו, בין היתר, בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (טרם פורסם, 18.2.2010) – החלטת הרכב השופטים ליתן צו על-תנאי בעתירה). לדיון נרחב יותר בסוגיית "זכות היציאה", ובשאלה הנוספת שעניינה מידת ההגנה על יכולתם של יחידים לפעול לשינוי קהילתם השמרנית מבפנים, ראו, בין היתר, את המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 37, וכן: Yaacov Ben-Shemesh, *Law and Internal Cultural Conflicts*, 1 L. & ETHICS HUM. RTS. 271 (2007).

הרדית. ההסדרים ביחס לכביש בראילן ולרחובות הגובלים בו, שאותם עיצב בית-המשפט, מהווים דוגמה טובה לכך.⁵⁵ כך גם נגביל פרסומת מסחרית בחוצות העיר (ולא רק בשכונות דתיות) אם היא פוגענית במובהק בעבור החרדים, דוגמת דוגמניות ודוגמנים של בגדי-ים,⁵⁶ אך ניהור בעת המעבר מהסדרת הפרסומת המסחרית אל הסדרת החירות האישית. משמע, ניהור כאשר יוצע להגביל את חירותם של בני-האדם עצמם להתלבש כרצונם באותם רחובות ראשיים. באופן דומה נתנגד לדחיקתה כמצורעת של עמותה המבקשת להיאבק בהפליה שלטונית ובהדרה חברתית בשל נטייה מינית ("הבית הפתוח"); ובאופן דומה נסרב – כפי שמאמר זה אכן מציע – להקצאה מפלה המבקשת להרתיע מפני אופני ביטוי תיאטרליים חילוניים מסוימים בתוך אולמו הסגור של התיאטרון העירוני.

עוד חשוב לי להבהיר כי בכל אשר טענתי לעיל לא הנחתי סימטריה בין המיעוט המקומי החילוני בצפת לבין "מיעוט תרבותי", מהסוג ששיח הזכויות הליברלי הרב-תרבותי מדמיין בשרטטו את הזכויות הקיבוציות ("הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית").⁵⁷ זכויות אלה הן זכויות-יתר המסורות לקהילת מיעוט תרבותי ככלי מגן מפני המשכם של הדרה וקיפוח, וככל־ש של לחצי השחיקה התרבותית המופעלים על המיעוט מכיוונה של החברה הרחבה (מפאת השפה הנהוגה בשוק העבודה, שפתם של כלי התקשורת ההמוניים, עולם הדימויים שהפרהסיה הציבורית רוויה בהם וכדומה). והנה, צריך להיות ברור כי מיעוט מקומי שהוא חלק מרוב מדינתי, דוגמת המיעוט החילוני או הלא-דתי בצפת, אינו זכאי בדרך-כלל לסוג ההגנה שהזכויות הקיבוציות מספקות, ואם להיות זהיר בהתנסחות – הוא בוודאי אינו זכאי למלוא היקפה של אותה הגנה.⁵⁸ זאת, משום שעל-פירוב הוא אינו סובל באמת מעוצמת הקשיים ולחצי השחיקה שביסוד מתן הזכויות הקיבוציות. כך, למשל, הרוב היהודי בישראל אינו יכול להשתמש בנימוק של "שמירת ההמשכיות התרבותית" כהצדקה לוועדות הקבלה שהוא מייסד כדי להדיר ערכים המבקשים להצטרף ליישובים "קהילתיים".⁵⁹ המשכיות תרבותית זו שמורה לו היטב מכוח שליטתו הרובנית במדינת-ישראל.

55 בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997). ראו גם דני סטמן "פגיעה

ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, לעיל ה"ש 5, בעמ' 133.

56 ראו ס' 214א לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

57 ראו KYMLICKA, לעיל ה"ש 36, בעמ' 26-33 ובפרק 6.

58 השוו לעמדתו של השופט סובל בבית-המשפט המחוזי בירושלים, המשיב בשלילה על השאלה אם מוטלת חובה על רשויות המדינה להפעיל העדפה מתקנת במכרזים להקצאת קרקע בעיר בית-שמש לטובת הקהילה החילונית והקהילה הדתית-הלאומית, לנוכח התחרדותה הגוברת של העיר ולנוכח כוח התארגנותה הטוב יותר של הקהילה החרדית: עת"מ (י-ם) 1888/09 אדרי נ' שר הבינוי והשיכון (טרם פורסם, 27.12.2009).

59 השוו, בין היתר, לטענות המפורטות בעתירתו של קיבוץ הסוללים נגד מנהל מקרקעי ישראל ונגד משפחת דוירי (לא פורסם, כתב העתירה שמור עם המחבר). ראו את דחיית חלק מאותם טיעונים בהכרעתו של בית-המשפט – בג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי הצעיר נ' מינהל מקרקעי ישראל (טרם פורסם, 22.1.2007); וכן בדחיית הבקשה לדיון נוסף – דנג"ץ 1107/07 הסוללים קבוצת מכבי הצעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' מינהל

אך אם כך, מדוע אין די בהבדל זה – ההבדל העובר בין מיעוט תרבותי של ממש לבין מיעוט מקומי שהוא חלק מרוב דומיננטי-מדינתי – להכשיר את ההגבלות שחברת המתנ"סים מטילה כאן על המיעוט החילוני בצפת? אם המיעוט החילוני בצפת אינו ראוי לזכויות קיבוציות מקיפות במישור המקומי, מדוע תיאסר הקצאה בְּרִירֵנִית של תיאטרון העיר צפת נגד תכנים חילוניים מסוג מסוים? התשובה שאני מוצא לכך היא זו: תושביה הלא־דתיים של צפת טוענים טענת זכות לאו דווקא מכוחן של זכויות קיבוציות; הם מדברים בשמה של חובת הקצאה (חובת העירייה לספק במה) או בשמו של איסור הפליה (כשם שהתושבים הדתיים זכאים לשירותי דת, כך התושבים הלא־דתיים זכאים להקצאה לצרכים תרבותיים). חשוב מכך, בקשתם זו אינה פוגעת בזכויות של אחרים או בשוויונם של אחרים, כפי שעושה הדרת הערבים מהיישובים ה"קהילתיים" בשמה של הזכות לתרבות של התושבים היהודים. בקשתם פוגעת אומנם ברגשותיהם (להבדיל מזכויותיהם) של חלק מהתושבים הדתיים בצפת, אך הפגיעה אינה בעוצמה שדי בה לפטור מחובת הקצאה או מחובת אי־הפליה בהקשרו של ביטוי. אכן, אם מוטלת על הרשות חובה להקצות, אזי בדומה לסיטואציה של "פורום ציבורי", נסיגה מחובה זו מותנית בהתקיימותו של מבחן איזון מחמיר. מבחן כזה אינו מתקיים כאן.⁶⁰

ד. מעבר מהמקומי אל הארצי: תחילת דיון

יהא זה יומרני לעשות קפיצה מקיפה מן המקומי אל הכלל־חברתי. קפיצה כזו נוטלת תמונה שכבר עתה היא מורכבת מאוד ועושה אותה למסועפת ביותר. אסתפק בהשמעת כמה נקודות, המהוות הזמנה לדיון מעמיק יותר.

אמרתי קודם לכן כי במציאות שקיים בה ריבוי תרבויות עמוק, מבנה ההסדרה התרבותית אמור להיות דואלי באופן כפול: הוא צריך להכיל מוסדות מייצגים כלל־חברתיים ("מדרות שבט", סמלים ממלכתיים, שידור ממלכתי, חינוך ממלכתי ועוד) בצד נתיבים תרבותיים נפרדים עם מימד ממשי של ניהול עצמי לקהילות התרבותיות השונות; והוספתי כי הזירות

מקרקעי ישראל (טרם פורסם, 14.3.2007). ניצני הדברים ניטעו בכ"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

60 ראו דברים חשובים דומים בפסק־דין מהעת האחרונה: ע"ם 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה האזורית משגב (טרם פורסם, 4.4.2005):

"...מקובל עלינו כי על רשות מקומית לאפשר שימוש בשטחים הציבוריים שבמתחם השירותים שלה לשם קיום פעילויות ציבוריות שונות, לרבות פעילויות בעלות אופי פוליטי או מעין־פוליטי, וזאת כדי לכבד ולקיים את חופש הביטוי באותם מתקנים המיועדים לשימושו של הציבור הרחב. שטחיה הציבוריים של רשות מקומית מהווים במה אפקטיבית לשם השמעת דעות והחלפת רעיונות ועל כן שלילת נגישותם בפני הביטוי הפוליטי עלולה לפגוע קשות בעקרון חופש הביטוי... אשר על כן, פרשנותו של בית המשפט קמא את הלכת פרץ [בג"ץ פרץ, לעיל ה"ש 2], כאילו כל תכליתו היא מניעת הפליה בשימוש בנכסי הרשות המקומית הוא פירוש מצמצם. על הרשות המקומית לפתוח את מתקניה המיועדים לשימוש הקהל הרחב תוך מתן אפשרות להבעת דעות שונות, ובכלל זה לאפשר מתן במה לביטוי פוליטי, מבלי להגביל את הביטוי לו היא נותנת במה על פי תכנון."

הללו כולן אמורות להכיל בתוכן פנימה מימד דואלי שני, פונקציה כפולה – לפעול, ככל שניתן, הן כ"דובר" והן כ"במה". פירוש הדבר, בין היתר, הוא שהמסגרות התרבותיות הכלל-חברתיות, הבין-קהילתיות, אמורות לשקף את הגיוון הקיים בחברה על-ידי השמעת מגוון העמדות הרווחות בה, אך זאת בצד יכולתה של קהילת הרוב לבטא את ההעדרה הנתונה לעמדה מסוימת (הליברלית או זו של המדינה היהודית והדמוקרטית) על עמדה נוגדת בנקודות מחלוקת מרכזיות.

אם להיות קונקרטי יותר ולהשתמש בדוגמה של השידורים האלקטרוניים הממלכתיים, מודל ההבניה הראוי של הקצאת הגישה אליהם אמור לדמות למודל הפעילות הפרלמנטרי. משמע, ברמת פעילותם כ"במה", השידורים הממלכתיים אמורים לשקף את מלוא מרחב העמדות הנוכחות בחיים הפוליטיים שלנו.⁶¹ אשר על-כך, אמת-המידה של המשקל הפוליטי היחסי העומד מאחורי עמדה א בהשוואה לעמדה ב היא בררת-המחדל הסבירה באשר למידת הנוכחות של עמדה א או עמדה ב בגדרה של ה"במה".⁶² במקביל אמורה להופיע בכלי התקשורת הללו גם פונקציה של "דוברות": זהו מישור ההכרעה הערכית – המישור שבו השידורים הממלכתיים נוקטים עמדה ביחס לוויכוח שהם משמיעים בגדר פעולתם כבמה. זהו החלק (בדומה לפרלמנט) שבו עקרון הרוב נכנס לפעולה. אכן, בהקשר זה, מסגרת-היסוד של "המדינה היהודית והדמוקרטית" – אם להתמקד עתה במישור המשפטי – מסמנת מתוך גינוי את הגזעני, השוביניסטי או המסוכן לדמוקרטיה, מצד אחד, או מביעה את אי-אהדתה לעמדות אנטי-ציוניות, מצד אחר.

מסגרת הניתוח שהוצגה זה עתה חושפת בעיה של ממש במציאות הישראלית בכל הנוגע בהתנהלותם של כלי התקשורת הממלכתיים בהקשר של תפקידם כבמה. אילו פעלו על-פי המודל הראוי – המעין-פרלמנטרי – כ-אז כל דיון וכל ויכוח על מלחמה ושלו, זהות המדינה, מדיניות כלכלית, חינוך, יחסי חוץ, רשויות מקומיות, איכות הסביבה וכדומה היו פתוחים להשתתפות כלל הקבוצות בחברה הישראלית, כפי שהם פתוחים – או אמורים להיות פתוחים – בכנסת. זה לא קורה. בשידורים הממלכתיים המדינה פועלת לא בדמות פרלמנט, אלא בדמות קואליציה ממשלתית – מעין ממשלת אחדות לאומית-שבטית.

61 דומה כי זו גם חובתם המשפטית. ראו ס' 4 לחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965, הקובע את עקרון האיזון בשידוריה של רשות השידור, שלפיו על הרשות להבטיח כי "בשידורים יינתן מקום לביטוי מתאים של השקפות ודעות שונות הרווחות בציבור". ראו גם ס' 47 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 (להלן: חוק הרשות השנייה), הקובע חובת איזון בשידוריה של הרשות השנייה. לעניין חובת האיזון ראו גם ס' 5(ב)(7) לחוק הרשות השנייה, הקובע כי במילוי תפקידיה תפעל הרשות השנייה "לשידור מידע מהימן, הוגן ומאוזן"; וכן ס' 5(ב)(6), הקובע כי אחד מתפקידיה הוא לפעול "למתן ביטוי מתאים למיגוון התרבותי של החברה הישראלית... ולהשקפות השונות הרווחות בציבור".

62 זו גישתו של השופט ברק בבג"ץ כהנא, לעיל ה"ש 2. השוו לפסקי-הדין שעסקו בהקצאת זמן שידור לתעמולת בחירות ובהקצאת מימון מפלגות: בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(3) 141 (1983).

במילים אחרות, במקום לקום כמוסד כלל-חברתי, השידור הממלכתי קם כמוסד קהילתי, כמוסד של קהילת הרוב.⁶³

נקודה אחרת, סמוכה, אשר עוורונונו ביחס אליה חריף עוד יותר מאשר ביחס לנקודה הקודמת, היא הדרתה המוחלטת של קהילה אחרת, הנתונה ארבעים ושלוש שנים תחת שליטתה הצבאית של החברה הישראלית, מהשתתפות ישירה בשיח הציבורי הישראלי – הפלסטינים.⁶⁴

נקודה סמויה נוספת: דווקא מנגנוני ההגנה המגוונים על "במות" שונות בתחום שוק הרעיונות מפני התערבות שלטונית – האוטונומיה היחסית של רשות השידור, החופש האומנותי של מוזיאונים ממלכתיים ועירוניים, החופש האקדמי של האוניברסיטות – כל

63 הדברים נחקרו וסוכמו בבהירות במחקר שהתפרסם בחודש יולי 2004, אם כי מחקר זה עסק בערוצים המסחריים – ערוץ 2 וערוץ 10: נחמה לאור, נועה אלפנט לפלר, אלי אברהם וענת פירסט "הנעדדים והנוכחים בזמן צפיית שיא – מגוון תרבותי בשידורי ערוצי הטלוויזיה המסחריים בישראל" (הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, יולי 2004). להלן תמצית מסקנותיו של תקציר הממצאים של המחקר, שניתן להורדה מאתר הרשות השנייה: www.rashut2.org.il/editor/uploadfiles/34%20final.pdf

א. ניתוח תוכן כמותי: הניתוח מצביע על פערים גדולים בין שיעורי ההשתתפות של דמויות מקבוצות שונות בתוכניות המשודרות בזמן צפיית-שיא, כאשר הערכים מהווים רק 3% (שם, בעמ' 3-7).

ב. איכות ההצגה: המחקר מצביע על עיסוק שולי ודל באיכות החיים של האוכלוסייה הערבית. ההתייחסות לאוכלוסייה הערבית בנושאים כגון כלכלה ומסחר, עוני ואבטלה, וכן בנושאים הקשורים להיבט הפוליטי, הוא דל ביותר. עוד עולה כי רוב הערכים מוצגים כשלייליים, כפרובוקטיביים וכבלתי-שקולים (שם, בעמ' 9-16).

ג. יחסי דוב-מיעוט: המחקר מעלה, לדוגמה, כי יותר מ-99% מהמנחים או מהכתבים המופיעים על המרקע במהדורות החדשות הם יהודים (שם, בעמ' 17-18). התקציר מוסיף (שם, בעמ' 31) כי:

"בעוד שכל קבוצות המיעוט סובלות מייצוג טלוויזיוני בעייתי, ולכן נפגמת הלגיטימציה שלהן, אצל האזרחים הערכים הבעיה חמורה במיוחד. בעיית ייצוג הקבוצה כפולה: ראשית, האזרחים הערכים אינם מופיעים על המרקע, למעט הסוגות החדשותיות למיניהן. זאת ועוד, כאשר קבוצה זו זוכה לשניות מרקע הן מוקדשות (כמעט לגמרי) להצגתה בצורה שלילית, לצד התעלמות מוחלטת מהבעיות הכלכליות ומאיכות החיים של חבריה, כפי שמתחייב מהיותם אזרחים. כלומר, הקבוצה ממוסגרת באירועי אי-סדר, וללא התייחסות למצוקות הרבות של האוכלוסייה, המחסור במשאבים והאבטלה."

ראו גם את דיונו של עמית שכטר בהתפתחותה של המדיניות הציבורית בתחום התקשורת בכל הנוגע במיעוט הערבי: Amit Schejter, 'The Stranger that Dwelleth with You Shall Be Unto You as One Born Among You' – Israeli Media Law and the Cultural Rights of the 'Palestinian Israeli' Minority, 1 M.E. J. CULTURE & COMM. 156 (2008).

64 ראו, בין היתר, בג"ץ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לז' (1) 757 (1983), ושימו לב לכך שאף לא אחד משופטי ההרכב עמד על זכותם של נשלטיה של ישראל להשתתף בשיח הציבורי של שולטיה. הדיון כולו התנהל מנקודת-הראות של זכותם של הישראלים (המעוניינים בכך) לשמוע את שיש לפלסטינים להשמיע.

אלה יוצרים חזות של ניטרליות, ענייניות, עצמאות וכדומה, אך חזות זו מסווה לטעמי את מצב הדברים לאשורו. בחברה השסועה (לפחות זו הישראלית) מנגנונים אלה והתולדות שלהם רק משעתקים את מצב הדברים שנטען לעיל – היוותרנו כחברה שסועה אשר מווסתת את הקצאתה כך שתיוותר פנים-קהילתית טהורה כמעט.⁶⁵ מצב דברים זה מרע לא רק עם המודרים, אלא גם עם קהילת הרוב המדירה. בהעדר די שיתוף של נקודות-מבט חיצוניות לזרם המרכזי, מופיעה רק "הפריה אנדרוגנית", על שלל בעיותיה.

בעיה מרכזית אחרונה שאזכר, המתגלה במצב הדברים הישראלי בהקשרם של מוסדות השפעה תרבותית, נוגעת בכך שהדואליות שאמורה להתגלות במוסדות אלה מופיעה רק באופן ברירני. היא מופיעה יותר בהקשרו של המיעוט הדתי בישראל (קיומו ארוך-השנים של זרם החינוך הממלכתי-הדתי, קיומה של מערכת החינוך החרדי במימון המדינה ובשליטת הקהילה החרדית, ועוד), אך היא נעדרת כמעט כליל בהקשרו של המיעוט הערבי-הפלסטיני. כלי הניהול העצמי התרבותי העומדים למיעוט זה בתחום החינוך ותקשורת-ההמונים האלקטרונית הם מעטים ביותר,⁶⁶ ובעיה זו מתעצמת מאוד לנוכח הבעיה המרכזית הראשונה שהוזכרה זה עתה: אי-מילוי החובה להקצות במה למיעוט זה בכלי התקשורת הממלכתיים ובמסגרות תרבות עירוניות למיניהן.⁶⁷

ה. סיכום

ניתוח הפרשה של תיאטרון צפת התיימר להיות יותר מאשר ניסיון להכריע בדילמה מעניינת. הצבעתי על תבנית המקרה ככזו שתייצר סכסוכים שילוו את החברה הישראלית יותר ויותר. מדובר בשינויים דמוגרפיים סביב שסע ה"דתיות" וסביב השסע הלאומי-התרבותי-הלשוני, תוך שינוי לעיתים ביחסי העוצמה הפוליטיים בערים מעורבות.⁶⁸

65 השוו שרה חנסקי "שתיקת הדגים: מקומי ואוניברסלי בשיח האמנות הישראלי" תיאוריה וביקורת 4, 105 (1993). השוו גם צוקרמן, לעיל ה"ש 39, בעמ' 239-241.

66 סבן, לעיל ה"ש 40, בעמ' 277-288.

67 ראו, לשם המחשה, את המקרה הבא, התלוי ועומד לפני בית-משפט השלום בעכו: תא"מ (עכו) 2977/07 אליאטר – עמותה לקידום חברתי ותרבותי נ' החברה למרכזים קהילתיים בעכו בע"מ (החברה למרכזים קהילתיים בעכו מפעילה את האודיטוריום של העיר; עמותה מקומית בעכו ביקשה לשכור את האולם להקרנת סרט; היא חתמה על החוזה מבלי שצוין בחוזה שם הסרט, וכאשר נודע לחברה העירונית כי הסרט הוא "גן עדן עכשיו", היא ביטלה את החוזה; העמותה הגישה תובענה אזרחית, ובה תבעה את החברה העירונית על הפרת חוזה וביקשה לפצותה; התיק ממתין להכרעה נכון לפברואר 2010).

68 כדי לא להוסיף ולסבך תמונה שהיא סבוכה ממילא, לא ערכתי השוואה בין המיעוט התרבותי הדתי בישראל לבין המיעוט התרבותי הערבי-הפלסטיני בכל הנוגע בתביעות במישור כוחה המקצה של המדינה. אסתפק להלן בנקודות לקוניות של השוואה.

א. מבחינה משפטית יכולתו של המיעוט הערבי-הפלסטיני לתבוע שותפות תרבותית מלאה מסתבכת כבר ברמה העקרונית כאשר היא מופנית כלפי המדינה ה"יהודית" והדמוקרטית. עם זאת, גם ביחס למיעוט הדתי, ובפרט החרדי, מתעורר קושי מעשי עצום בנוגע לשותפות מלאה במדינה ה"דמוקרטית" והיהודית.

דינמיקה זו מציבה שאלות שגרתיות פחות בפני דוקטרינת חופש הביטוי ובפני מעורבותו של השלטון בשוק הרעיונות באמצעות כוחו המקצה, להבדיל מכוחו המגביל. עסקתי בשאלות הבאות: מהו ההבדל בין הגבלת ביטוי לבין אי-הקצאה של גישה לפעולת ביטוי? כיצד הבדל זה משפיע על "פגיעה ברגשות"? מתי אי-הקצאה תהא שקולה להגבלה, ומכל מקום, מתי היא תהא פגומה מבחינה מוסרית ומבחינה משפטית? בעיקר ניסיתי להתקדם בשאלה: כיצד יש להסדיר זירות ביטוי חשובות במציאות הרבת-תרבותית העבה של החברה הישראלית, וכיצד הסדרתן של זירות אלה צריכה להגיב על שינויים ניכרים ביחסי העוצמה בין קהילות תרבותיות בעיר כזו או אחרת? באופן קונקרטי, מה צריך לקרות כאשר תהפוכת הכוח מתחוללת אל מול קהילה לא-ליברלית אשר נהפכת לרוב או עומדת ליהפך לרוב במישור המקומי?

הסוגיות השונות זכו בהמחשה ובנסיון הכרעה במישור המקרה של תיאטרון צפת והעיר צפת. לבסוף העזתי להפליג אל מעבר לכך, והשמעתי נקודות ראשוניות ביחס לחברה הישראלית בכללותה.

-
- ב. כלפי שני המיעוטים התרבותיים הללו מתעוררת טענה לזכויות קיבוציות מהסוג של "ניהול עצמי" – אוטונומיה תרבותית – אולם רק המיעוט הדתי היהודי זוכה כאמור בזכויות הללו. לקטגוריזציה של סוגיהן השונים של הזכויות הנובעות מהשונות הקבוצתית ראו סבן, לעיל ה"ש 40, בעמ' 249-256.
- ג. כלפי המיעוט הערבי-הפלסטיני התגבש חוב תובעני הרבה יותר להקצאה – כזה הנובע מקיפוח מסועף וארוך-שנים ומצרכים מוגברים של הגנה, בהעדר הגנה פוליטית טובה מכוח שותפות בשלטון. דנתי בחוסר הסימטרייה הזו בקצרה במקומות אחרים: אילן סבן "בית המשפט העליון והמיעוט הערבי-פלסטיני: תמונה (ותחזית) לא בשחור-לבן" משפט וממשל ח 23, 37-42 (2005); Saban, לעיל ה"ש 11.
- ד. במאמר האחרון (Saban, לעיל ה"ש 11) הצבעתי על אסימטרייה נוספת: ניסיתי להבהיר כי פגיעה ברגשות מתעצמת כפונקציה של הפרשנות הניתנת על-ידי הנפגע (או הקהילה הנפגעת) לפעולות שונות של המדינה, וכי פרשנות זו עצמה היא פונקציה של כמה משתנים, שאחד מהם הוא מידת פגיעותה ותחושת שבריריותה של קהילת המיעוט הנבחנת בחברה שבה היא חיה. הצבעתי על הגורמים לכך שתחושת שבריריותו של המיעוט הערבי-הפלסטיני בישראל היא חדה עד-מאוד. ראו שם, בעיקר בעמ' 81.
- לדיון חשוב בהבחנה בין מיעוטים תרבותיים שונים באותה חברה, ובאופן ספציפי בחברה הישראלית, ולהצבעה על הבדלים נוספים בין המיעוט הערבי-הפלסטיני לבין המיעוט הדתי, ראו: Gila Stopler, *Contextualizing Multiculturalism – A Three Dimensional Examination of Multicultural Claims*, 1 L. & ETHICS HUM. RTS. 309 (2007)