איתמר ס' שארמה, גורו ניו אייג' וקואצ'ר, הנו המנכ"ל של חברת "Oשר" המתמחה בעריכת סדנאות בחברות מסחריות לשיפור עצמי ולקידום שיתוף פעולה בין עובדים. במקביל לעבודתו, שארמה הוא פעיל נמרץ בתנועת "שלום ברגע זה" המקדמת שלום בין ישראל לפלסטינים על בסיס פשרה טריטוריאלית.

לאחרונה, כחלק ממסע הפרסום החדש של חברת "Oשר", שודר תשדיר פרסומת בו משולבות 3 סצינות: 1. זירות של פיגועים כפי שצולמו ושודרו במסגרת משדרי חדשות באינתיפאדה השניה; 2. תיעוד של סדנאות פיוס שנערכו בין ישראלים לפלסטינים בהתנדבות על ידי חברת Oשר ; 3. צילומים מבוימים של שיתוף פעולה ביטחוני בין שוטרים פלסטינים לחיילים ישראליים. הקריינות שמלווה תשדיר זה מסבירה ש"עם סדנאות שיתוף הפעולה של Oשר אפילו השלום בהישג יד".

ערב רב של תלונות שונות הגיעו לפתחה של הרשות השניה לטלויזיה ולרדיו בעקבות התשדיר וזו החליטה לפסול את הפרסומת לשידור.

בנוסף, עמיחי ציון, תושב ההתנחלות קדומים זיהה את עצמו כאחד המשתתפים בסדנה שבפרסומת ומעוניין להסיר את התשדיר בטענה כי הוא פוגע בו. לטענתו, הוא הסכים להצטלם במסגרת הסדנה אולם היה סבור כי מדובר בצילום לצרכים פנימיים בלבד.

חוו דעתכם על סיכויי המאבק המשפטי של Oשר לשידור הפרסומת מול הרשות השניה ומול מר ציון!

לידיעתכם, הסעיפים 86 ו-46 לחוק הרשות השניה לטלויזיה ולרדיו קובעים כי:

86. בעל זכיון לא ישדר תשדיר פרסומת

(1) בנושאים האסורים לשידור לפי סעיף 46(א);

(2) מטעם גוף או ארגון שמטרותיו, כולן או מקצתן, קשורות בנושאים כאמור בפסקה (1) או בסכסוכי עבודה

46. (א) בעל זכיון לא ישדר שידורים שיש בהם –

(1) עבירה פלילית או עוולה אזרחית לפי כל דין;

(2) הסתה לגזענות, לאפליה או לפגיעה ממשית באדם או בקבוצת בני-אדם, על רקע השתייכותם לדת, גזע, לאום, מין, עדה, אורח-חיים או מוצא;

(3) תעמולה מפלגתית למעט תעמולת בחירות המותרת על פי דין;

(4) הפרת איסור שקבעה המועצה בכללים לפי הוראה אחרת של חוק זה.

סעיף 5 לכללי הרשות השניה קובע כי:

 לא ישדר בעל זיכיון תשדיר פרסומת שיש בו העברת מסר בנושא פוליטי, חברתי, ציבורי או כלכלי השנוי במחלוקת בציבור.

**משפט חוקתי- אירועון מס' 3 (950 מילים ללא הערות שוליים וכותרת)**

**התנגשות התשדיר עם החוק והתקנון**

תטען הרשות השנייה כי הפרסומות נוגדת את סעיף 46(א)(3) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו[[1]](#footnote-1) הקובע כי אין לקיים תעמולה מפלגתית בפרסומות. כמו כן, תטען הרשות כי הפרסומת נוגדת את סעיף 5 לכללי הרשות - התשדיר מעביר את המסר כי יש צורך בדיאלוג עם הפלסטינים לצורך השגת שלום ומניעת פיגועים. לדעת הרשות מדובר במסר פוליטי-מפלגתי בנושא השנוי במחלוקת בציבור.

כנגד תטען חברת Oשר, שהפרסומת הינה מסחרית לחלוטין - מטרת הפרסומת למשוך אנשים לסדנאות להפקת רווח כלכלי. כמו כן הפרסומת חוסה תחת חופש הביטוי. לטענת החברה, חופש הביטוי נגזר מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ומוגדר כזכות יסוד בישראל[[2]](#footnote-2). לחופש הביטוי שלושה ראציונליים מרכזיים ע"פ דיין אורבך[[3]](#footnote-3): גילוי האמת, סיוע להתפתחותו של הפרט וכן חיוניות לשיח הדמוקרטי התקין. החברה תטען כי אמנם מדובר בפרסומת מסחרית, אך האלמנטים הפוליטיים בפרסומת משרתים את הראציונל של השיח הדמוקרטי. כמו כן, הפרסומת הינה הגשמת הזכות למימוש עצמי של החברה. על כן, הפרסומת נמצאת בליבת חופש הביטוי וזכאית להגנה חוקתית. כל הפגיעה בזכות זו צריכה לעמוד בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

מבחינת ההיקף חופש הביטוי, העמדה בפסיקה הישראלית היא כי חופש הביטוי משתרע על כל צורות הביטוי: בפסד כהנא[[4]](#footnote-4) נקבע כי חופש הביטוי מגן גם על דעות "מרגיזות". בפ"ד אלבה[[5]](#footnote-5) נקבע כי חופש הביטוי מגן גם על ביטויים גזעניים שנאמרו בתמימות. קל וחומר במקרה של הביטוי הפוליטי שהוא ב"גרעין חופש הביטוי"[[6]](#footnote-6). לעומת זאת, ישנן חילוקי דעות בפסיקה בנוגע למידת ההגנה לה זכאי חופש הביטוי המסחרי: השופטת דורנר בפסד קידום גורסת כי הביטוי המסחרי זכאי לאותה ההגנה לה זכאים יתר הביטויים הנכללים במסגרת חופש הביטוי[[7]](#footnote-7). דעת דומה ניתן למצוא במאמרה של זילברשץ[[8]](#footnote-8). השופט חשין סבור כי במקרה של הביטוי המסחרי יש להקל את מבחני הפסילה זאת כיוון שאיננו חיוני לראציונאלים[[9]](#footnote-9).

מנגד, תטען הרשות כי תכלית החוק והסעיפים האוסרים על פרסומות פוליטיות הינה אינטרס ציבורי חשוב - שמירה על השיוויון בהצגת עמדות פוליטיות. האפשרות שבעלי ההון ירכשו זמן שידור וישדרו תכנים פוליטיים נוגדת את עיקרון השיוויון ופוגעת בתכלית הדמוקרטיה. על כן, סעיף 5 עולה בקנה אחד עם "דוקטרינת ההגינות" שדוגלת במתן במה שווה לכל הדעות הפוליטיות[[10]](#footnote-10). הרשות תטען כי חופש הביטוי איננו זכות מנויה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו וזאת כחלק מפשרה פוליטית[[11]](#footnote-11) . מכאן שיש לצמצם את מידת ההגנה עליה. תטען הרשות כי יש ליישם את מבחן הוודאות הקרובה, שאומץ בפסיקה הישראלית בפס"ד קול העם ומכיל חמישה מבחני משנה[[12]](#footnote-12): 1. תוכן הביטוי 2. הנסיבות 3. כוונה 4. עיתוי 5. חומרת הפגיעה. בבחינת פרמטרים אלו נראה כי שידור פרסומת, המכילה תכנים פוליטיים יפגע בוודאות ובאופן חמור בשיוויון בהצגת עמדות פוליטיות ובדוקטרינת ההגינות. על כן יש לתת העדפה לאינטרס הציבורי. במידה ויוגדר כי חופש הביטוי הינה זכות חוקתית, אזי תטען הרשות כי סעיף 5 וכן שיקול הדעת בהפעלתו עומדים בתנאי פסקת ההגבלה: המחוקק הסמיך את הרשות בסעיף 5(10) לחוק הרשות לקבוע כללים בכל הקשור לשידורם של תשדירי פרסומת. כמו כן, הפגיעה היא לתכלית ראויה (שיוויון) והינה מידתית - קיים קשר מהותי בין הפגיעה לבין התכלית של השיוויון, על מנת ליישם באופן אפקטיבי את דוקטרינת ההגינות אין בנמצא אמצעי שפגיעתו נמוכה וכן היחס בין עצמת הפגיעה בחברת Oשר לתועלת הציבורית הינו ראוי.

תטען הרשות כי במקרה זה ישנה גם פגיעה ברגשות הציבור בהצגת זירות פיגועים לצורך שיווק מסחרי ועשיית רווח. במפגש בין חופש הביטוי לעקרון שאינו חוקתי יש לבצע איזון אנכי. על מנת לפגוע בחופש הביטוי יש להוכיח בפגיעה קרובה לוודאית ברגשות הציבור[[13]](#footnote-13). לדעת הרשות במקרה זה הפגיעה ברגשות הציבור הינה וודאית (לראיה תלונות הציבור על הפרסומת) וכן הפגיעה ברגשות ובכבודן של המשפחות ששכלו את קרוביהן בפיגועי טרור ויראו את הפרסומות הינה חמורה. מנגד תטען חברת Oשר כי זירות פיגועים מוצגות חדשות לבקרים בכל אמצעי המדיה, גם כאשר אין עניין לציבור. על כן, אין במקרה זה פגיעה חמורה ברגשות.

**התנגשות התשדיר עם דרישתו של עמיחי**

עמיחי יטען כי הצגתו בניגוד לרצונו בטלוויזיה פוגעת בזכותו לפרטיות ובשמו הטוב. שידור הפרסומת יפגע באופן וודאי בפרטיותו, כיוון שיחשוף לעולם את השקפותיו הפוליטיות, אותן לא ביקש לחשוף. השתתפותו בסדנא הייתה לצורכי הדיאלוג בלבד וכן חשב כי בתצלום יעשה שימוש שאיננו מסחרי. עמיחי יטען כי חשיפת דעותיו הפוליטיות ועצם השתתפותו בסדנאות עם פלסטינים יביאו בסבירות גבוהה להשפלתו בקהילה בה הוא חי.

זכותו של עמיחי לפרטיות הינה זכות יסוד מנויה העומדת מכוח סעיף 7 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו[[14]](#footnote-14) וכן מכוח חוק ההגנה על הפרטיות[[15]](#footnote-15). זכותו לשם טוב נגזרת מהזכות לכבוד[[16]](#footnote-16) עומדת גם מכוח חוק איסור לשון הרע והוכרזה כזכות יסוד בפס"ד אבנרי16.

עמיחי יטען כי חופש הביטוי איננה זכות מנויה ועל כן מעמדה החוקתי מצומצם. ימשיך ויטען כי במקרה זה מדובר בחופש הביטוי המסחרי, על כן הוא איננו חוסה תחת הראציונאלים של גרעין חופש העיסוק כדעת השופט חשין בפסד קידום 12 (כאמור). יטען עמיחי כי לאור זאת קיימת התנגשות בין ערך חוקתי - זכותו לפרטיות, מול ערך במעמד נמוך ממנו. במקרה זה יגבר הערך החוקתי אלא אם קיימת וודאות קרובה לפגיעה חמורה בערך במעמד הנמוך. במקרה זה, הפגיעה בחברת Oשר תהיה מצומצמת כיוון שניתן יהיה להשיג את המטרה של חופש הביטוי המסחרי מבלי להציג את תמונותיו.

מנגד לטענות עמיחי, עומד חופש הביטוי של חברת Oשר. תטען החברה כי גם ביטוי שיש בו לשון הרע חוסה תחת חופש הביטוי[[17]](#footnote-17). כמו כן, לביטוי המסחרי ניתנת הגנה זהה ליתר האספקטים של חופש הביטוי9,8. חברת Oשר תדגיש את הלכת אבנרי שבה נקבע בפירוש כי הזכות לשם טוב נסוגה מפני חופש הביטוי[[18]](#footnote-18). מנגד יטען עמיחי כי באבנרי היה מדובר בדמות ציבורית ובעניין לציבור, בשונה ממקרה זה. תמשיך ותטען החברה כי חופש הביטוי הינו במעמד של זכות חוקתית ועל כן במקרה זה קיימת התנגשות בין שתי זכויות במעמד חוקתי שווה (פרטיות מול ביטוי). בהתנגשות זו יש להפעיל איזון אופקי בדומה לאיזון שהופעל ע"י השופט ברק בפרשת דיין - כל אחת מהזכויות תיסוג על מנת לאפשר קיומן במקביל: ניתן לטשטש את פניו של עמיחי, שידור הפרסומת בשעות מאוחרות או בשבתות (בהן הקהילה של עמיחי לא תצפה בהן), הצגת עמיחי רק לזמן קצר מאוד וכו'.

1. חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו התש"ן-1990 [↑](#footnote-ref-1)
2. בג"צ 2481/93 דיין נ' וילד פ"ד מח(2) 456, ע"מ 468 פסקה 12; עע"א 4463/94 גולן נ' שב"ס פ"ד נ(4)136 ע"מ 152 פסקה 14 [↑](#footnote-ref-2)
3. אילנה דיין - אורבך, המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי, עיוני משפט כ 377 (תשנ"ז) [↑](#footnote-ref-3)
4. דנ"פ 1789/98 מד"י נ' כהנא פ"ד נ"ד(5) 145. (להלן: מ"י נ' כהנא) [↑](#footnote-ref-4)
5. ע"פ 2831/95 אלבה נ' מד"י, פ"ד נ(5), 221, 295-298 (להלן פ"ד: אלבה) [↑](#footnote-ref-5)
6. [בג"ץ 2194/06](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%202194/06) מפלגת שינוי - מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית [↑](#footnote-ref-6)
7. בג"צ 606/93 קידום נ' רשות השידור פ"ד מח(2) 1, ע"מ 12 פסקה 10 [↑](#footnote-ref-7)
8. יפה זילברשץ, על חופש הביטוי המסחרי, משפט וממשל ג 509 (תשנ"ו), ע"מ 538 [↑](#footnote-ref-8)
9. בג"צ 606/93 קידום נ' רשות השידור פ"ד מח(2) 1, ע"מ 28 פסקה 19 [↑](#footnote-ref-9)
10. בג"צ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, ע"מ 303 פסקה 40, בג"צ 10203/03 המפקד הלאומי נ' היועמ"ש, פסקה 40 לפס"ד השופטת נאור [↑](#footnote-ref-10)
11. עע"א 4463/94 גולן נ' שב"ס פ"ד נ(4)136 ע"מ 187 פסקה 8 [↑](#footnote-ref-11)
12. בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז, 873, 876-877 [↑](#footnote-ref-12)
13. בגצ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור פ"ד מא(3) 255, ע"מ 288 פסקה 29 [↑](#footnote-ref-13)
14. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391, תשנ"ב, 150 (להלן: חו"י: כבוה"א) [↑](#footnote-ref-14)
15. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א 1981 [↑](#footnote-ref-15)
16. ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פד מג(3) 840, ע"מ 857 פסקה 16 [↑](#footnote-ref-16)
17. ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פד מג(3) 840, ע"מ 858 פסקה 18 [↑](#footnote-ref-17)
18. ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3), 840, ע"מ 864 פסקה 25 [↑](#footnote-ref-18)