

המבקשים:

1. רן צורף
 2. נגה רותם
 3. נעמי מרק
 4. סבסטיאן בן דניאל
 5. האגודה לזכויות האזרח בישראל
- ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ו/או דן יקיר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב נחלת בנימין 75 תל אביב 65154
טלפון: 03-5608185, פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

המשיבה:

אוניברסיטת בן-גוריון בנגב
ע"י ב"כ עוה"ד בעז בן צור ו/או חגי הלוי ו/או יפעת נפתלי
בעז בן צור ושות' משרד עורכי דין
רחוב ברקוביץ 4 (מגדל המוזיאון), תל אביב
טלפון: 03-6075001 פקס: 03-6075029

תגובה מטעם המבקשים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 28.8.11, מוגשת תגובת המבקשים לתשובת המשיבה.

תשובת המשיבה באה ללמדנו דווקא על החשיבות שבהפעלת ביקורת שיפוטית על הצנזורה שהיא מטילה על המבקשים. המשיבה מצמצמת עד מאוד את חופש הביטוי ומרחיבה את המבחנים להגבלתו, והכול – מבלי שתסביר כיצד היא מפעילה את שיקול דעתה ומהם הקריטריונים שבעזרתם היא קובעת את הגבול שבין ביטוי מוגן לאסור. במצב דברים זה נתונה חירות הביטוי - של המבקשים ושל הסטודנטים האחרים – לשרירות לב, לשיקולים זרים ולחוסר תום לב.

1. המשיבה מקלה ראש במחויבותה לכללי המשפט הציבורי כיוון שלדבריה "מדובר במוסד אוטונומי פרטי" (פסקה 41 לתשובה, המפנה לבג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449 (1987)). אלא שעניין מיקרו דף דן בהחלת נורמות ציבוריות על גוף דו-מהותי, שעה שהוא פועל בתחום המשפט הפרטי ובעניינו פעלה המשיבה דווקא בתחום המשפט הציבורי. תחולת המשפט הציבורי נגזרת לא רק מאופיו של הגוף אלא גם מטיב הפעולה הנבחנת (ע"א 467/04 יתח נ' מפעל הפיס פסקה 19 (2005)). פגיעה בזכות יסוד כבענייננו מחייבת תחולה רחבה יותר של המשפט הציבורי על גוף דו-מהותי (ר' עא 294/91 חברת קדישא גחש"א נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 486 (1992)); בנוסף, התנהלות המשיבה שנדונה כאן שייכת ל"היבט הציבורי בפעילותם של המוסדות להשכלה גבוהה... [שכולל את] החובות המוטלות עליהם כלפי הסטודנטים התלויים בשירותיהם". ובין חובות אלה מונה בית המשפט העליון גם "איסור הפליה וחובה לכבד את חופש הביטוי וההתארגנות של סטודנטים" (ר' בג"צ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה, (2011) פסקאות 27 ו-25 בהתאמה).

2. מכאן שהחובה לכבד את חופש הביטוי של הסטודנטים אינה בבחינת "הכבדה" על "מילוי תפקידיו והשגת מטרותיו" של מוסד אקדמי (ר' פסקה 40 לתשובה, המפנה לע"א 3414/93 [און נ' מפעל בורסת היהלומים בע"מ](#), פ"ד מט(3) 196 (1995); ר' גם פסקה 89 לתשובה) אלא חלק מאותם תפקידים ומטרות, והמחלוקת בענייננו "מצויה כל כולה בתחום המשפט הציבורי" (ת"א (ת"א) 1332/08 [תמוז נ' אוניברסיטת תל-אביב](#), (2009), פסקה 21).

3. שוב ושוב חוזרת המשיבה ומדברת על "מתחם הסבירות" ודומה שנשתכח ממנה, כי אפילו מעשה המגשים תכלית ראויה תוך שימוש "באמצעים הפוגעים בזכויות אדם מעבר למידה הדרושה, הוא בלתי סביר" (בג"צ 4330/93 [גאנס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין](#), פ"ד נ(4) 221, 230 (1996)). נמלטה מעיניה ההלכה, שלפיה "כדי שהמשטר ימשיך ויישאר דמוקרטי, חיוני הוא, כי אמת המידה של הוודאות הקרובה תופעל בצורה מבוקרת וקפדנית." ועל כן לא די בבחינת המבחן שנבחר על ידה, ככל שבכלל היא בחרה במבחן כלשהו, ו"בית המשפט ימשיך ויבדוק, אם המבחן הופעל הלכה למעשה כדין, במסגרת מיתחם הסבירות" (בג"צ 399/85 [כהנא נ' רשות השידור](#), פ"ד מא(3) 255, 296, 308 (1987)).

4. המשיבה מבקשת להחיל על ענייננו את התוצאה השיפוטית בעניין [דוח'אן](#) (ר' פסקה 43 לתשובה). אלא שבאותו עניין בחן בית המשפט בקפידה את שיקול דעתה של האוניברסיטה ואת הבסיס העובדתי שעליו נסמכה (ה"פ (חי') 283/04 [מוסעב דוח'אן נ' אוניברסיטת חיפה](#) (2005)). בענייננו אין בכתב התשובה דבר שיאפשר לבית המשפט הנכבד לבצע בחינה כזו. **מהתשובה עולה כי המשיבה אינה פועלת מתוך שיקול דעת סביר אלא מתוך תחושות בטן וחששות בעלמא, שחלקן "נולדו" רק לאחר הגשת הבקשה. בין אם האמינה המשיבה בטענות אלו ובין אם לאו – התנהלותה סוללת את הדרך לשרירות ולשיקולים זרים.**

5. במאמציה להדוף ביקורת שיפוטית על פעולותיה, מפנה המשיבה להערת שוליים בכתביו של אהרן ברק, כדי ללמד שבארה"ב "קיימת פסיקה וספרות משפטית ענפה שאפשרה למוסדות אקדמיים להגביל ביטויים פוגעניים וגזעניים בקמפוס" (פסקה 44 לתשובה). הטענה אינה מדויקת וההקשר אינו ברור: הדיון האמריקאי שאליו מפנה המשיבה אינו מתמקד ב"ביטויים פוגעניים" אלא ב-HATE SPEECH, השקול להסתה לאלימות על רקע גזעני. ואפילו בהקשר זה נקטה "הספרות" יותר מ"הפסיקה" בגישה המגבילה ביטוי.

6. גם אם נניח, כי "תחום התפרשותו של חופש הביטוי אינו אחיד" (ר' פסקה 71 לתשובה ומנגד דברים סותרים בפסקה 55), עדיין הביטוי הפוליטי שייך לליבת חירות הביטוי (ר' פסקה 12 לבקשה). אכן, חופש הביטוי אינו מוחלט (כאמור בפסקה 53 לתשובה), ואולם המשיבה אינו מציעה מתווה ברור לגבולותיו במקרה הנדון או במקרים אחרים. כל שאנו יודעים היא שהמשיבה התירה ביטויים מסוימים ואסרה אחרים. **הסיבות לאישור או לאיסור נותרו עמומות.**

7. המשיבה טוענת (בפסקאות 49 ו-72 בהתאמה), כי "הפרסום הנדון עשוי להתפרש כהסתה לאלימות" ועל כן "בנסיבות דנא, הסכנה לשלום הציבור, אף אם איננה קרובה לוודאית, מהווה שיקול נוסף בבחינת מתחם הסבירות של החלטת האוניברסיטה". הסכנה, שנשקפת כביכול לשלום הציבור, לא נכללה בשיקולי המשיבה ולא נטענה בעת שנתקבלה החלטה בעניינם של המבקשים. דומה שאחרי הגשת הבקשה הבינה המשיבה עד כמה מופרך הוא הטיועון בדבר "סכנה" לאלימות נגד הפוליטיקאים שבפרסום, ועל כן הגתה, מיוזמתה או על פי עצה משפטית, את "הסכנה" לאלימות בקמפוס.

8. גם אם נניח לטובת המשיבה - שבסמכותה להגביל את חופש הביטוי, במבחן שונה ממבחן הוודאות הקרובה – לא נדע מהו המבחן שבו בחרה, וכיצד יישמה אותו על נסיבות העניין שלפנינו. במקום להסביר זאת חוזרת המשיבה עוד ועוד על משפטים סתומים, רוויים במונחים דוגמת "עשוי" "עלול" ו"לכאורה" (ר' למשל פסי 93-94 לתשובה). אימוץ עמדת המשיבה, כפי שזו עולה מהתשובה, יאפשר לה להגביל את חופש הביטוי ככל העולה על רוחה, ולהתעלם מעקרונות המשפט החוקתי והמנהלי.

9. האמור לעיל חל גם על הטענה כאילו יש בפרסום כדי לפגוע ברגשות הסטודנטים. מדובר בטענה סתומה שהמשיבה אפילו לא מנסה לתמוך אותה בעובדות, או ליישמה בהתאם להלכה הפסוקה, שלפיה, ככלל אין להגביל ביטוי פוליטי בשל פגיעה ברגשות (ר' פסקה 31 לבקשה). מעבר לזאת, בין שדעתנו נוחה מכך ובין אם לאו – בהכירנו את תרבות השיח הפוליטי בישראל יקשה עלינו להבין ללב, ולתום הלב, של המשיבה. פרסומים שאינם מרומזים ורב-משמעיים כבענייננו, ושמוטחים כלפי פוליטיקאים ועל ידם, אינם מסבים לרגשותיו של מאן דהוא פגיעה כלשהי, ולא כל שכן פגיעה ש"מזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית... בדרך העלולה לפגוע בחוסן החברתי והלאומי" (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח (1) 249 279 (2003)).

10. בניסיון להשחיר את הפרסום נשוא הבקשה מפליגה המשיבה בהרצאה היסטורית על התפתחות הפאשיזם האיטלקי ומגיעה עד לתוככי הרייך השלישי. באותה מידה ניתן היה לטעון כאילו פרסום, שקושר בין אדם לבין "שמאל" או "קומוניזם", מייחס לו אהדה לגולאג ולזוועות הסטליניזם. מוסוליני אכן מזוהה עם הפאשיזם, אבל אין לו מונופול על "מערכת של אידיאולוגיות ופרקטיקות המבקשות להציב את האומה, המוגדרת במונחים ביולוגיים, תרבותיים, ו/או היסטוריים, מעל לכל יתר מוקדי ההזדהות." (הגדרת ה"פאשיזם" לפי: קווין פסמור פאשיזם – מבוא (2006) 40).

11. טענת המשיבה (שהועלתה לראשונה בכתב התשובה; בפסקה 8), בדבר הקונוטציות שמעוררת אצלה הכרזה שבענייננו – טענה זו כאילו הוצאה מעניין תמוז, שבו נקבע, כי טענות בדיעבד של האוניברסיטה על כך שהדימויים הם בעלי "גרפיקה נאצית ואלמנטים נוצריים" מחלישה את טענותיה ו-"נשמעות כניסיון מאולץ להצדיק החלטה שהתקבלה ממניעים שונים לגמרי." (ת"א (ת"א) 1332/08 תמוז נ' אוניברסיטת תל-אביב, (2009), פסקה 13).

12. מגמת ההקצנה וההשחרה של המשיבה הביאה אותה עד ל"נאצי" של פרשת בן גביר (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר (2006)). אלא שגם פרשנות יצירתית להלכת בן גביר חייבת להיעצר בהלכת פריג', שם נדחתה תביעת דיבה של אדם, שהשווה לפקידי הבירוקרטיה הנאצית: "לא ניתן ולא רצוי להפוך את המושגים מתקופה זו לחסינים מפני שימוש בשיח הציבורי... מדוע? נגעים שתרמו להיתכנותן של זוועות האתמול, דוגמת הגזענות, הפיכת הדמוקרטיה כלי בידיו של מי שדוגל בחיסולה, שנאת מיעוטים, כל אלה לא פסו וחלפו מן העולם. הסכנה שישבו וירימו ראשם בעינה עומדת. הגבלת השימוש במונחים מאותם ימים חשוכים לא תאפשר דיון ציבורי רחב בתופעות שונות של חיינו בהווה, היא לא תאפשר למידה מלקחי העבר ותשלול אמצעי חשוב לדיון ציבורי בסוגיות חשובות ולגיבוש תפישות ודעות." (רע"א 2572/04 רפאל פריג' נ' "ככל הזמן" (2008) פסקה 23).

13. הדברים שלעיל משליכים גם על הטענה, שלפיה נאסר הפרסום בהיותו לשון הרע. המבקשים כבר התייחסו לטענה זו בבקשה (בעיקר בפסי 40 ו-52-53). במסגרת תיק זה אין מקום וגם אין אפשרות לבחון את הפרסום בשלל המבחנים של חוק איסור לשון הרע. המעט שנדרש לענייננו הוא, שקיים ספק גדול האם לנוכח כל נסיבות העניין יש בפרסום שבענייננו משום לשון הרע, ומנגד, אין ספק שלפחות על פניו הפרסום חוסה בהגנות שבחוק.

14. אליבא דמשיבה, **די בכך שנדמה לה, שפרסום מהווה לשון הרע כדי לפסול אותו, מבלי להתייחס לשאלה האם עומדת למפרסם הגנה.** היא מתעלמת מכל האיזונים העדינים והרבים שנקבעו בידי לשון הרע במטרה להגן על חופש הביטוי. הלזו ייקרא "סבירות"? נזכור, כי תקנון המשיבה (נספח א' לכתב התשובה) קובע, כי לא תותר "פעילות המנוגדת לחוקי המדינה". בהתאם לדלות המשפטית והערכית, שגילתה בטענת "לשון הרע" שלה, תוכל המשיבה גם לפסול כרזה, ככל שיהיה לה חשש, שיש בפרסומה כדי להפר זכות יוצרים, הפרה שאף היא מנוגדת "לחוקי המדינה".

15. בהציעו להחיל על העיתונות הפרטית כללים מן המשפט הציבורי מסביר המלומד ברק כי: "האמרה הידועה כי כוח נוטה להשחית, וכוח מוחלט משחית לחלוטין נכונה לא רק בתחום הציבורי. היא עשויה להיות נכונה גם בתחום הפרטי. **כללי הנאמנות באים לרסן כוח, יהיה מיקומו אשר יהיה.** אכן, בידי העיתון הפרטי הופקד האינטרס הציבורי של זרימה חופשית של מידע. כוח זה מחייב לפי הרעיון שאני מעלה, פיקוח וריסון כדי למנוע שימוש לרעה בו." (אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" **מבחר כתבים** א (תש"ס) 531, 555). הנימוק שמעלה ברק בהקשר של העיתונות הפרטית יפה שבעתיים לכל מוסד אקדמי הנוקט בצנזורה, וכל שכן לשיקול הדעת הפגום והשערורייתי של המשיבה דכאן.

16. חופש הביטוי שמתירה המשיבה יגן רק על "ילדים וזרי פרחים בידיהם" הצועדים "ברחובה של עיר" (בג"צ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי**, פ"ד לח (2) 393 401 (1984)) אך לא מעבר לכך. אם נלך בדרכה וננסה לגזור כללים ברורים מתשובתה ניוותר עם מערכת של צנזורה עמוקה וגסה, שהקריטריון הקובע בה הם חששות בעלמא ותחושות בטן במקרה הטוב, ושרירות לב ושיקולים זרים במקרה הטוב פחות. קשה למצוא דוגמא מובהקת יותר **למדרון החלקלק של התערבות בחופש הביטוי.** בדיוק למקרים כגון זה שלפנינו מכוונת האזהרה שלפיה: "במשטר חוקתי המגן על חופש הביטוי יש להחמיר עם הליך של מניעה מוקדמת ה'מקפיא' את חופש הביטוי והנערך על-ידי גוף שאינו בית המשפט". (בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 682 (1997)).