

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

המערערים:

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 ו/או דנה אלכסנדר
ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או עודד פלר
ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או תמר פלדמן
ו/או אשרף אליאס ו/או נסרין עליאן ו/או קרן צפיר
ו/או ראוייה אבורביעה ו/או משכית בנדל
ו/או רגד ג'ראיסי ו/או מיכל פומרנץ ו/או אן סוצ'יו

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154

טל': 03-5608185 פקס: 03-5608165

-נגד-

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

הודעת ערעור

מוגש בזה ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (השופט אריאל ואגו) בה"פ
11-07-2007 מיום 27.10.2011 (שהומצא למערערים ביום 6.11.2011; להלן: "**פסק הדין**").

העתק פסק הדין מצורף ומסומן מע/1.

1/מע

ואלה נימוקי הערעור:

1. עניינו של ערעור זה הוא בהיקף ההגנה על חופש הביטוי הפוליטי של סטודנטים בתחומי
האוניברסיטה. המערערים 1-4 הם סטודנטים באוניברסיטת בן-גוריון, החברים בהתארגנות
פוליטית בשם "**סולידריות נגד הפשיזם**". במסגרת פעילותם ביקשו הסטודנטים להפיץ
בקמפוס עלונים וכרזות, ובהם דיוקנם של ראש הממשלה ושר החוץ לצד שמה של הקבוצה.
פרסומים אלה אושרו והופצו גם באוניברסיטה העברית. לאחר שקיבלו מהמשיבה אישור
להפצת העלונים ופנו לקבל את אישורה להפצת הכרזות חזרה בה המשיבה ואסרה את
הפצתם של העלונים ושל הכרזות גם יחד. הנימוק שניתן להחלטה היה חשש שהפרסומים
מהווים לשון הרע ושהכרזות עלולות להסית לאלימות נגד האישים המופיעים בהם. לנוכח
זאת הגישו המערערים את התובענה נשוא הערעור דכאן.

העתק מהעלון ומהכרזות מצורף ומסומן מע/2

2/מע

2. בית המשפט קמא קבע, ש"המסר המבוטא בכרזות – עצירה ומניעה של מגמות פשיסטיות, כפי תפיסת העולם של מפרסמי החומר". יחד עם זאת התרשם בית המשפט הנכבד, שדיוקנם של אישי הציבור המופיע בפרסומים "מכוון את הצופה ואת המעיין לייחס לאישי הציבור הללו השקפות המזוהות עם התנועה הפשיסטית והאידיאולוגיה שלה", וקבע "לצורך הדיון... שהמבקשים חפצים להעביר מסר של זיהוי" מעין זה (עמ' 1 ו-2 לפסק הדין בהתאמה). בהמשך לכך, קבע בית המשפט קמא, "שאינ מדובר במקרה קיצון, שבו כל בר דעת, אף מבלי להיזקק להכרעה שיפוטית, יאמר, שמדובר באמירה בלתי חוקית בעליל. מאידך גיסא, גם ברור, שבמסגרת השיח הציבורי בישראל, מי שמזוהה עם הפשיזם יכול שיהיה נתון לביקורת קשה ואף לתיעוב וסלידה מצד רבים." (עמ' 3 לפסק הדין).
3. בית המשפט קמא ציין אמנם, כי ברגיל נדרשת רמת ודאות קרובה לפגיעה קשה וממשית בערך מוגן כתנאי להגבלת חופש הביטוי. ברם המשיבה היא גוף דו-מהותי, שרשאי לשקול את "האינטרסים היותר מצומצמים שלו, בהיבט הקנייני ואף התדמיתי" (עמ' 5 לפסק הדין), ובענייננו – חשש לנזק תדמיתי בשל זיהוי המשיבה עם המסרים שבכרזות, וחשש כי הפרסומים מהווים לשון הרע ויחשפו את המשיבה לסיכון משפטי. כיוון שכך, קבע בית משפט קמא, כי כל עוד לא נטען שההחלטה מקורה בזדון או בשיקול זר, הרי שלא נחצה גבולו של "מתחם הסבירות" ואין מקום להתערבות בית המשפט.
4. בצדק התעלם בית משפט קמא הנכבד מהטענה, שהפרסומים עלולים לגרום לאלימות, שכן טענה זו נטענה בעלמא ללא תשתית עובדתית של ממש. יתר על כן, הטענה כאילו הפרסום עלול להסית לאלימות בתחומי הקמפוס הועלתה רק במהלך ההתדיינות, שעה שקודם לכן העלתה המשיבה חשש להסתה לאלימות נגד האישים שמופיעים בכרזות.
5. פסק הדין נסמך על פרשנות מצמצמת של חופש הביטוי באוניברסיטאות ונותן משקל מופרז לזכות הקניין. כל זאת, בניגוד להלכות המסדירות את חובותיהם של מוסדות להשכלה גבוהה בפעולתם בתחום המשפט הציבורי. הלכה למעשה, יש בפסק הדין כדי להטיל אפקט מצנן וצנזורה מחמירה על חופש הביטוי של המערערים ושל סטודנטים אחרים, ואף להפקירם לשיקול דעת רחב במיוחד, לשרירות לב, לשיקולים זרים ולחוסר תום לב.
6. טעה בית המשפט קמא, שעה שקבע שבעניינים כגון דא רשאית המשיבה לשקול שיקולים מתחום המשפט הפרטי, ולמעשה – לשקול כל שיקול שתראה לנכון כל עוד אין שיקולים זרים וזדון בפעולתה.
7. טעה בית המשפט קמא, שעה שתחם את תחולת המשפט הציבורי על המשיבה תוך התמקדות באופייה כגוף דו-מהותי ובהתעלם מטיב הפעילות שבה מדובר. ההיבט הציבורי של פעילות המשיבה כולל את החובות המוטלות עליה כלפי הסטודנטים ובכלל זה איסור אפליה והחובה לכבד את חופש הביטוי וההתארגנות של הסטודנטים (בג"צ 7793/05 [אוניברסיטת בר-אילן נ' בית](#)

[הדיון הארצי לעבודה](#), (2011) פסקאות 27 ו-25 בהתאמה). כיוון שכך חלים על פעילות המשיבה בענייננו כללי המשפט הציבורי.

8. טעה בית המשפט קמא שעה שהתחשב באופיו של גוף דו-מהותי מבלי שהתחשב במאפיינים הציבוריים הייחודיים והדומיננטיים של המשיבה, המצדיקים תחולה רחבה של כללי המשפט הציבורי על פעילותה.

9. טעה בית המשפט קמא, בהתעלמו מתחולתו הרחבה של המשפט הציבורי על גוף דו-מהותי, שעה שגוף זה פוגע בזכות יסוד. יתר על כן, בענייננו מדובר על חובה סטטוטורית של המשיבה, עפ"י חוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, לכבד את חופש הביטוי של הסטודנטים, והיא מהווה מקור נורמטיבי עצמאי ונפרד מהחובות החלות עליה בהיותה גוף דו מהותי.

10. טעה בית המשפט קמא, באופן שהחיל את הכלל, לפיו אין להטיל על המשיבה כבלים של המשפט הציבורי שיכבידו עליה ללא הצדקה לפעול באופן יעיל למילוי תפקידיה ולהשגת מטרותיה. לא רק שביטול החלטת המשיבה אינו צפוי להכביד עליה כלל, ולחלופין אינו מכביד עליה "ללא הצדקה", אלא שקיום וכיבוד חופש הביטוי של המערערים הם חלק בלתי נפרד מתפקידיה וממטרותיה של מוסד אקדמי כדוגמת המשיבה, וממילא אין בהיתר להפיץ את הפרסומים שבענייננו כדי להכביד על תפקידיה ומטרותיה האחרים של המשיבה.

11. טעה בית המשפט קמא, משאיזן בין חופש הביטוי לזכות הקניין תוך התעלמות מהיותו של הקמפוס "מקום המיועד מטבעו להתכנסויות ציבוריות", שבו נסוגה זכות הקניין בפני חופש הביטוי. קמפוס האוניברסיטה משמש, כדבר שבשגרה, להתכנסויות מסוגים שונים, לפרסומים של תכנים מגוונים, להפגנות ולהופעות. במרחב זה אין זכות הקניין של האוניברסיטה עדיפה.

12. טעה בית המשפט קמא, משלא ייחס משקל ראוי ל"מעמד העל" של חופש הביטוי ומשהעדיף את האינטרסים הפרטיים של המשיבה, הגם שאלו התמצו בחששות ובתחושות ביחס לפרסום "שאינו תרחיש קיצון במישור פרסום פוגעני ומוציא דיבה" כדבריו (עמ' 5 לפסק הדין). שגה בית המשפט כאשר ביכר את האינטרסים של המשיבה, המבוססים על חששות מתוצאותיו האפשרויות של הפרסום, שאינן חד משמעיות, משום שמקום בו קיים ספק באשר "לכשרותו" של ביטוי עדיף לטעות לטובת חופש הביטוי.

13. בית המשפט קמא התעלם מהסכנה המיוחדת הנשקפת לחופש הביטוי הפוליטי מצידו של הממסד, שמטבעו רואה בו גורם מאיים שיש להגביל, ולא שקל את אמת המידה המקלה שבה נוקט הדין כלפי ביקורת חריפה - ואף בוטה ומשתלחת שלא כבענייננו - של האזרח כלפי נבחרי ציבור. ביקורת החיונית לצורך שמירה על המקצועיות והמסוריות של נבחרי הציבור.

14. טעה בית המשפט קמא, משנמנע לחייב את המשיבה בהפעלת מבחן הודאות הקרובה לפגיעה חמורה בערך מוגן אחר, כתנאי להגבלת חופש הביטוי של המערערים. לחלופין היה על בית

המשפט הנכבד לחייב את המשיבה במבחן הסתברות אחר ולא להסתפק בקביעה שהמשיבה לא פעלה מתוך זדון או שיקולים זרים.

15. טעה בית המשפט קמא, שעה שקבע, כי אין בהוראות חוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007, המעגנות את חופש הביטוי של הסטודנטים, כדי להגביל את סמכותה של האוניברסיטה להגביל את חופש הביטוי בנהליה (עמ' 3 לפסק הדין). ההגנה על זכויות יסוד חוקתיות מחייבת פרשנות מרחיבה של החובה לקיים את חופש הביטוי, ופרשנות מצמצמת של הסייגים שיש לחובה זו בחוק, ולא כל שכן בהוראות התקנון של המשיבה.

16. טעה בית המשפט קמא, שעה שקבע שיש בהפצת הכרזות והעלוניו כדי לפגוע בתדמית המשיבה, וכי המשיבה רשאית להגביל את חופש הביטוי של המערערים בשל חשש לפגיעה בתדמית כאמור (עמ' 6 לפסק הדין). טעה בית המשפט קמא שעה שלא החיל על המשיבה את הדין החל בעניין זה על לוחות מודעות של גופים ציבוריים, דוגמת העירייה, בהתאם להילכת אינדור (בג"צ 6226/01 [מאיר אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים](#), פ"ד נז(2) 157 (2003)). לוחות המודעות המיועדים לשימוש הסטודנטים הם במה לפלורליזם רעיוני, ואין סכנה שהציבור ייחס את המסרים העולים מן הפרסומים הללו למשיבה. בהתאם לאותו הרציונל, שהוא בכל הכבוד שגוי, יטען הטוען, כי המשיבה מוסמכת אף להטיל מגבלות על החופש האקדמי של מרצים בשורותיה.

17. שגה בית המשפט קמא כאשר התעלם מהאיזונים העדינים שנקבעו בדיני לשון הרע במטרה להגן על חופש הביטוי. לכאורה, בהתאם לפסק הדין, די בכך שנדמה למשיבה, שפרסום מהווה לשון הרע כדי שהחלטה לפסול אותו תהיה סבירה – אפילו מבלי להתייחס לשאלה האם עומדת למפרסם הגנה.

18. קיים ספק גדול אם נוכח הנסיבות יש בפרסום הנדון משום לשון הרע, ומנגד, אין ספק שלפחות על פניו הפרסום חוסה בהגנות שבחוק.

19. הויכוח בעניינים ציבוריים השנויים במחלוקת מותר לו להיות 'uninhibited, robust and wide-open' (ללא מעצורים, ללא איסטיניסיות ופתוח לרווחה). הדבר דרוש כדי לא לחסום בירור חופשי של פלוגתות מדיניות ואחרות שלציבור עניין בהם.

20. המשיבה מספקת "במה" בלבד לשוק הרעיונות בקמפוס וחובתה המשפטית לאפשר ביטוי מעל במה זו, ולכן פטורה מאחריות משפטית לתוכן הביטוי. בפרט נציין, כי חוק לשון הרע מטיל את האחריות לפרסום אך על המפרסם, המדפיס והמפיץ של הפרסום (סעיף 11 לחוק לשון הרע).

21. יתר על כן, בנסיבות כמו אלו שלפנינו, שיקולי המדיניות המשפטית, שעומדים בבסיס חובתה של המשיבה לקיים את חופש הביטוי בתחומה, הם שמבססים גם את חסינותה מפני תביעות דיבה – בכלל, ולמצער שעה ש"ש אין מדובר במקרה קיצון, שבו כל בר דעת, אף מבלי להיזקק להכרעה שיפוטית, יאמר, שמדובר באמירה בלתי חוקית בעליל." (עמ' 3 לפסק הדין). אדרבא,

דווקא פסיקתו של בית המשפט קמא עלולה, בכל הכבוד, ליצור יש מאין אחריות של המשיבה לכל פרסום שמופץ בתחומה. ברובם המכריע של המקרים קשה לדעת מראש האומנם יש בפרסום משום לשון הרע שאין לה הגנה בחוק. מטעם זה נפסקה ההלכה שבמקרה של ספק יש לשלול ככל האפשר צנזורה מוקדמת. פסק הדין אינו הולך בדרך זו והוא פותח את הפתח לתוצאות קשות: הוא מאפשר לאוניברסיטאות לפסול כל פרסום בכל מקרה של ספק, ולו קל; הוא מתמרץ אותן לקיים צנזורה מחמירה; הוא עלול להרתיע אותן אפילו מביצוע בדיקה מוקדמת של פרסומים במטרה לאתר "אמירה בלתי חוקית בעליל"; הוא מעודד כל אדם, שיבקש למנוע פרסום כזה או אחר בתחומי הקמפוס, לאיים על האוניברסיטה בתביעת לשון הרע, ואפילו ברור לו ולכל בר דעת כי אין לתביעה מעין זו ידיים ורגליים; כל אלה מאיימים להטיל אפקט מצנן חמור על חופש הביטוי באוניברסיטאות ובמרחב הציבורי כולו.

22. לחלופין, גם אם קיים סיכון כלשהו להסתבכות בתביעה משפטית טורדנית, אשר בכל הכבוד אינו מתקיים, הסיכון הוא חלק מהחובה לכבד את חופש הביטוי. לפיכך, שגה בית משפט קמא במתן תמריץ לצנזורה והטלת אפקט מצנן על חופש הביטוי, משום שאליבא דהכרעתו די בכך שיהיה איום או חשש קל שבקלים להסתבכות בתביעת סרק כדי שהאוניברסיטה תהיה רשאית להטיל צנזורה על ביטוי פוליטי. מיותר לציין שקביעה זו חלה על מגוון אינסופי של ביטויים שנויים במחלוקת המופנים כלפי נבחר ציבור.

23. טעה בית המשפט קמא, משלא דחה במפורש את טענת המשיבה, שלפיה היא רשאית להגביל את חופש הביטוי של המערערים מחשש לפגיעה ברגשות הציבור. הלכה היא שבכדי לשלול את חופש הביטוי הפוליטי על הפגיעה ברגשות להיות מובהקת במיוחד ולעלות בעליל על רמת הסיבולת של החברה בישראל, שכן השיח הפוליטי הישראלי מאופיין ברמת סיבולת גבוהה להתבטאויות קשות ואף מעליבות. ממילא, בענייננו אין בפרסומים כדי לפגוע ברגשותיו של איש.

24. בכל הכבוד, בית משפט קמא הרחיק לכת כאשר קישר בין "פאשיזם" לבין הדמויות שבפרסומים. ההקשר "הפאשיסטי" היחיד בכרזות, הוא שמה של "סולידריות – לעצירת הפאשיזם". יש מרחק רב בין לומר על מישהו "פאשיסט" לבין הצבעה על קשר בינו לבין "מספר הצעות חוק... הממחישות את הצעידה אל עבר הפשיזם", כפי שנכתב בעלוני (מע/2).

25. לחלופין שגה בית המשפט שהסיק כי השימוש במושג "פאשיזם" מעיד על לשון הרע. אין זה אפשרי או רצוי להפוך את מושגים אלו לחסינים מפני שימוש בשיח הציבורי ולבטח אין לפסול כל פרסום המקשר בין תופעה פוליטית לסכנת הפאשיזם, שכן הדבר יאיין את הדיון הציבורי בסוגיות חשובות וישלול אפשרויות ללמידה מן העבר (רע"א 2572/04 [רפאל פריג'ני "כל הזמן"](#) (2008) פסקה 23).

26. טעה בית המשפט קמא בקובעו כי החלטת המשיבה נופלת בגדרי מתחם הסבירות (ר' עמ' 6 לפסק הדין). בית המשפט הנכבד, הילך בדרך שהתוותה האוניברסיטה והסתפק בעצם העלאת החשש לפגיעה ברגשות או להסתבכות בהתדיינות משפטית. פסק הדין, בדומה למשיבה עצמה, אינו תוחם את שיקול הדעת "הסביר" בעניין זה. לדידו, די בכך שקיים חשש, קלוש ככל שיהיה, כדי שהגבלת חופש הביטוי בעטיו תהיה סבירה. בית משפט קמא קובע, כי כל עוד לא נחצו גבולות "המתחם הוירטואלי" אין מקום להתערבות, אולם הוא אינו מצייר גבולות אלו ונמנע מלדון בשאלת הסבירות עצמה. לכן, שגה בית משפט קמא בקובעו כי העדרו של שיקול זר מלמדנו כי ההחלטה מצויה במתחם הסבירות. הלכה למעשה, בית המשפט מצמצם את הביקורת השיפוטית לבחינת קיומם של שיקולים זרים או זדון.

27. החלת הנורמות בדרך שעשה בית משפט קמא, מצמצמת עד מאוד את חופש הביטוי ומרחיבה את המבחנים להגבלתו, והכול – מבלי שהוא מחייב את המשיבה לסטנדרטים כלשהם להפעלת שיקול דעתה ואינו מתווה את הקריטריונים שבעזרתם היא קובעת את הגבול שבין ביטוי מוגן לאסור. במצב דברים זה נתונה חירות הביטוי - של המערערים ושל הסטודנטים האחרים – לשיקול דעת כמעט בלתי מוגבל, לשרירות לב, לשיקולים זרים ולחוסר תום לב.

28. חופש הביטוי שמתיר בית משפט קמא 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 (1984)) אך לא מעבר לכך. אם נלך בדרכה של המשיבה, שאומצה על ידי בית משפט קמא, וננסה לגזור כללים ברורים מתשובתה ניוותר עם מערכת של צנזורה עמוקה וגסה, שהקריטריון הקובע בה הם חששות בעלמא ותחושות בטן. 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)).