

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בעניין :

1. רן צורף

2. נגה רותם

3. נעמי מרק

4. סבסטיאן בן דניאל

5. האגודה לזכויות האזרח

ע"י ב"כ עוה"ד אבנר פינצ'וק ו/או דן יקיר ואח'

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154

טל': 03-5608185, פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

אוניברסיטת בן גוריון בנגב

ע"י ב"כ עוה"ד בעז בן צור ו/או חגי הלוי

מרח' ברקוביץ' 4 (מגדל המוזיאון), תל אביב

טל: 03-6075001; פקס: 03-6075029

המערערים

המשיבה

סיכומים מטעם המשיבה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד, מיום 16.2.2013, מתכבדת המשיבה להגיש סיכומים מטעמה.

על יסוד האמור בסיכומים אלו, מתבקש בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות את הערעור, להותיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' השופט אריאל ואגו), מיום 27.10.2011, על כנו, ולהשית על המערערים את הוצאות הערעור בצירוף שכר טרחת עורך דין.

חגי הלוי, עו"ד

בעז בן צור, עו"ד

באי כוח המשיבה

א. פתח דבר

1. המערערים תוקפים החלטה מיידית וראויה של אוניברסיטת בן גוריון - החלטה המצויה בליבת מתחם הסבירות ושיקול הדעת הרחב המוקנה לה, תוך התעלמות מן האוטונומיה המוקנית לאוניברסיטה ומהיותה, לכל היותר, גוף דו מהותי בעל סממנים מובהקים ודומיננטיים של המשפט הפרטי.
2. המסד העובדתי פשוט בתכלית ואינו שנוי במחלוקת. המדובר במספר סטודנטים המשתייכים להתארגנות פוליטית בשם "סולידריות נגד הפשיזם" (להלן: "קבוצת הסטודנטים"), אשר ביקשו במהלך שנת 2011 להקים דוכן הסברה בשטח האוניברסיטה, בו יחולקו עלונים לקהל הסטודנטים וכן לתלות כרזות ברחבי הקמפוס. בהתאם לנוהלי ותקנון האוניברסיטה ולסמכותה מכוח חוק זכויות הסטודנט, תשס"ז - 2007 הועברו פעולות אלו לאישורו של דיקן הסטודנטים. דיקן הסטודנטים אישר את התארגנות הקבוצה. הדיקן אישר הצבת דוכן הסברה ואף אישר תליית כרזות וחלוקת עלונים ובהם ביקורת פוליטית בוטה. אולם, דיקן הסטודנטים וועדת הערעורים סרבו לאשר עלון וכרזה ספציפיים בעיצוב מתריס, אשר כלל, בין היתר, רקע אדום בוהק עם כיתוב שחור, עליו מתנוססות תמונת ראש הממשלה מר בנימין נתניהו או תמונתו של שר החוץ דאז מר אביגדור ליברמן, כשמאחוריהם משורטט X גדול ושחור ומתחתם שם ההתארגנות - **סולידריות נגד הפשיזם** [מוצג מש/1]. האוניברסיטה סברה שהעיצוב הספציפי הוא בעל תוכן דיבתי קשה ומעורר סלידה, המזהה את ראש הממשלה ושר החוץ עם משטר אפל וגזעני - עיצוב שאף מעורר חשש להסתה לאלימות.
3. בית המשפט קמא בהחלטה מנומקת כדבעי קבע שאין מקום להתערב בהחלטת האוניברסיטה המצויה במתחם הסבירות ושיקול הדעת הנתון לה.
4. התזה המשפטית העומדת ביסוד הערעור לוקה בשני כשלים מרכזיים ומהותיים:
 - א. המערערים מבקשים להחיל על האוניברסיטה את דיני חופש הביטוי שנוצרו במשפט הציבורי, משל מדובר ברשות מנהלית ושלטונית לכל דבר וענין. המערערים מתעלמים מהמאפיינים הדומיננטיים של האוניברסיטה כגוף הפועל במשפט הפרטי בעל אוטונומיה רחבה לנהל את עניינה בקניינה ובחצריה.
 - ב. המערערת טוענת לפגיעה קשה בחופש הביטוי תוך התעלמות מהמידתיות שבהחלטת האוניברסיטה. האוניברסיטה אפשרה את ההתארגנות ואת הצבת דוכן ההסברה. האוניברסיטה אף אפשרה חלוקת עלונים ותליית כרזות בוטות. החלטתה השלילית של האוניברסיטה התמקדה אך ורק בעיצוב ספציפי וקיצוני של כרזה - עיצוב פרובוקטיבי המזהה את ראש הממשלה עם משטרים אפלים.
5. נעמוד על כשלים אלו כסדרם.

ב. אבחנת היסוד בין אוניברסיטה לרשות מנהלית

6. נקודת המוצא של המערערים בערעורם שגויה מעיקרה. המערערים מניחים כהנחת יסוד שחובתה של

- האוניברסיטה בנוגע לחופש הביטוי בין כותלי הקמפוס "אינה נופלת בהיקפה מחובתה של רשות ציבורית". ולא היא. כמפורט להלן, האוניברסיטה אינה רשות ציבורית ואפילו הגדרתה כגוף דו מהותי לוקה בעמימות.
7. הלכה היא: "אין דינה של אוניברסיטה כדין של רשויות המנהל לכל דבר וענין" (ענין אוניברסיטת בר אילן [1] פסקה 25). האוניברסיטה הוחרגה מחוקים החלים על גופים ציבוריים, דוגמת חוק הביקורת הפנימית, תשנ"ב-1992. בהתאם לחוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח - 1958, נהנים המוסדות האוניברסיטאיים מאוטונומיה ומחופש אקדמי רחב ביותר "והנם בני חורין לכלכל את עניניהם האקדמיים והמנהליים במסגרת תקציבם, כטוב בעיניהם" (ענין אוניברסיטת בר אילן [1] פסקה 25).
8. לשון אחר: לאוניברסיטה סממנים מובהקים מן המשפט הפרטי והיא שונה במהותה מרשות מנהלית. אכן, לאור הדומיננטיות של המאפיינים הפרטיים של האוניברסיטה, בית משפט נכבד זה אף טרם קבע מסמרות בשאלת היקף סיווגה של האוניברסיטה כגוף דו מהותי שלעיתים חלה עליו דואליות נורמטיבית ונורמות מן המשפט הציבורי (על העדר הלכה בענין זה, ראו: ענין בר אילן [1], פסקאות: 25-27; ענין הטכניון [2] פסקה 22; ענין עוז [3], פסק דינה של כב' השופטת חיות פסקה 17; הראל [4] עמ' 79, הי"ש 124).
9. אולם, גם אם נצא מהנחה שהאוניברסיטה היא בבחינת גוף דו מהותי, ברי שאין להחיל על האוניברסיטה את כללי המשפט הציבורי בטהרתם, כמות שהם, במנותק מרכיבי המשפט הפרטי הדומיננטיים המאפיינים אותה. הלכה היא שיש לנהוג בזהירות במלאכה זו של החלת נורמות מן המשפט הציבורי על גופים פרטיים דו מהותיים, שכן החלה גורפת של נורמות ציבוריות כמות שהן על מוסדות אלו "מאיימת על האוטונומיה של הפרטי" (ענין און [5] עמ' 196; ענין מיקרו דף [6] בעמ' 463-464; ענין מוסעב [7], ענין יתח [8] פסקה 19; הראל [4] בעמ' 249).
10. לא זו אף זו; מתחם הביקורת וההתערבות השיפוטית בהחלטה של גוף דו מהותי צר ומצומצם יותר ממתחם הביקורת השיפוטית על החלטתו של גוף מנהלי (ראו למשל: ענין תמוז [9] פסקה 24; ענין מוסעב [7] פסקה 13). הנה כי כן, ניסיונם של המערערים לטשטש את האבחנה בין רשות ציבורית לבין האוניברסיטה עומד בסתירה גלויה לפסיקה מושרשת וענפה המצביעה על אבחנה מהותית בין השתיים, הן לענין היקף התחולה של המשפט הציבורי והן לענין המתחם הצר של התערבות וביקורת שיפוטית.
- ג. **מתחם ההתערבות לענין חופש הביטוי בקמפוס האוניברסיטה**
11. המערערים מוסיפים וטוענים, כי בכל הנוגע לחופש הביטוי בתחומי האוניברסיטה יש להחיל על החלטותיה את נוסחת האיזון לפגיעה בחופש הביטוי שהוחלה על רשויות ציבוריות, ובכלל זה את מבחן הוודאות הקרובה להתרחשותה של פגיעה קשה באינטרס מוגן. לשיטת המערערים, נושא חופש הביטוי בקמפוס הוא נושא ציבורי טהור ומשכך דין האוניברסיטה כדין רשות ציבורית לענין הגבלת חופש הביטוי. תזה זו שגויה מיסודה. בהחלה גורפת זו של נורמות ומבחנים שנוצרו עבור רשויות ציבוריות חוטאת המערערת לאפיונה "הפרטיים" של האוניברסיטה ולאוטונומיה הרחבה המוקנית לה בניהול עניניה.

12. ודוק; לא ניתן ליצור הפרדה דיכוטומית בפעילות האוניברסיטה, כאילו בהחלטותיה קיים רובד ציבורי טהור. זו הפרדה מלאכותית, שכן מדובר ביצור כלאיים שמאפייניו הפרטיים הדומיננטיים מחלחלים ומצויים בכל רובד של פעילותו.

13. כך מתעלמים המערערים מהצורך החיוני של האוניברסיטה, כמוסד אקדמי אוטונומי, לפקח על חופש הביטוי שבין כתליו, שכן פריצתו המוחלטת עלולה לשבש את מהלך הלימודים ולפגוע במטרותיה של האוניברסיטה. אכן, גם חוק זכויות הסטודנט, עליו משליכה המערערת את יהבה, מכיר בחיוניות סמכות הפיקוח והבקרה של האוניברסיטה על חופש הביטוי שבתחומי האוניברסיטה. כך, סעיף 5 לחוק, קובע: כי אין בהוראת הסעיף המקנה חופש הביטוי לסטודנטים כדי להגביל את סמכותה של האוניברסיטה "להסדיר את אופן הבעת הדעות לצורך שמירה על מהלך הלימודים התקיין", וסעיף 6 לחוק מגביל את חופש ההפגנה והתארגנות של הסטודנטים לכללים הקבועים בענין זה בתקנון האוניברסיטה.

14. הנה כי כן, המחוקק עיגן בחוק זכויות הסטודנט את זכותם של הסטודנטים לחופש ביטוי אך קבע שובר בצידו של חופש זה: לאוניברסיטה ניתנה זכות לפקח ולהסדיר את אופן הביטוי במסגרת האוטונומיה שלה. התפיסה העומדת ביסוד הערעור המבקשת להחיל את מבחני חופש הביטוי החלים על רשויות ציבוריות מתעלמת לחלוטין מזכותה ומסמכותה של האוניברסיטה לבקר את דרכי הביטוי בין כתליה - סמכות שהוכרה על ידי המחוקק ונובעת מאוטונומיית האוניברסיטאות.

15. בדין קבע, איפוא, בית המשפט קמא שאין להחיל על האוניברסיטה את נוסחת האיזון ואת מבחני ההסתברות של ודאות קרובה החלים על רשות ציבורית המבקשת לסייג את חופש הביטוי. בית המשפט קבע, כי יש לבחון בפריזמת **הסבירות** את החלטת האוניברסיטה להסדרת חופש הביטוי בתחומה ואין להגביל את שיקול הדעת של האוניברסיטה למבחן הסתברותי נוקשה של ודאות קרובה להתרחשותה של פגיעה קשה באינטרס מוגן (כך גם נקבע בענין מוסעב [7]; הראל [4] עמ' 281).

16. אכן, גם הדין האמריקאי, שחופש הביטוי הוא נשמת אפו, מכיר במגבלות האינהרנטיות של חופש הביטוי בתוככי הקמפוס ובסמכותה של האוניברסיטה לבקר ולפקח על חופש הביטוי בתחומה:

"Undisputed is a university's right to exclude even First Amendment activities that violate reasonable campus rules," Widmar, 454 U.S. at 27 [10].

(ודוק: פסיקה זו עוסקת באוניברסיטאות ציבוריות. בכל הנוגע לאוניברסיטה פרטית, האוטונומיה לענין חופש הביטוי של האוניברסיטה רחבה יותר - הראל [4] עמ' 78 ה"ש 121).

17. סמכותה, חובתה ואחריותה של האוניברסיטה לוודא שפעילות והתבטאויות בין כתליה לא יפגעו בקיום חובותיה כמוסד חינוכי אינן מתמצות בקביעת כללים פרוצדוראליים הנוגעים לגודל או צורת הפרסום, אלא נוגעות גם לתוכנו והשלכותיו. כך, באמצעות פיקוח מהותי וקביעת כללים והנחיות, מוודאת האוניברסיטה

כי מחד גיסא יכובד עקרון חופש הביטוי, ומאידך גיסא לא תתקיים בקניינה של האוניברסיטה ותחת חסותה פעילות אשר עלולה להוות לשון הרע, הסתה, קריאה לאלימות, או פעילות העלולה לפגוע בתדמית האוניברסיטה או אף לחשיפתה לתביעות משעה שיכול כי תזוהה היא עם תכנים פוגעניים.

18. קווים אלו הנחו את האוניברסיטה בהתקנת "התקנות לפעילות ציבורית ופוליטית באוניברסיטת בן גוריון", שלפיהן נבחן הפרסום העומד לאישור [העתק התקנות **מוצג מש/2**]. יצוין, כי במסגרת תקנות אלו ניתן אף להגיש ערר על החלטת דיקן הסטודנטים בפני ועדת ערעורים, כפי שהיה בענייננו. בדרך זו, של פיקוח כפול כאשר מתעוררת מחלוקת אודות החלטת הדיקן, מוודאת האוניברסיטה כי יבוצע הליך איזון ראוי בין רצונות וזכויות הסטודנטים לבין כללים וחובות במסגרתם האוניברסיטה פועלת.

ד. מידתיות החלטת האוניברסיטה

19. המערערים טוענים, כי בהחלטת האוניברסיטה גלומה פגיעה קשה ובלתי מידתית בחופש הביטוי בדרך של צנזורה מוקדמת וסתירת פיות. טיעון זה מנותק מהמצע העובדתי בענייננו. כך, אין חולק שהאוניברסיטה אשרה את ההתארגנות ואת פעילותה של קבוצת הסטודנטים. האוניברסיטה אשרה את הצבת דוכן ההסברה. האוניברסיטה אף אשרה לקבוצת הסטודנטים חלוקת עלונים והדבקת כרזות בעלי תוכן פוליטי בוטה (**מוצג מש/3**). החלטתה השלילית של האוניברסיטה התמקדה בעיצוב ספציפי פרובוקטיבי ומתריס אשר כלל, בין היתר, רקע אדום בוהק עם כיתוב שחור, עליו מתנוססות תמונת ראש הממשלה מר בנימין נתניהו או תמונתו של שר החוץ דאז מר אביגדור ליברמן, כשמאחוריהם משורטט X גדול בצבע שחור ומתחתם שם ההתארגנות - סולידריות נגד הפשיזם (מוצג מש/1). נמצא, כי החלטת האוניברסיטה **מידתית ומאוזנת**. היא אפשרה את פעילות ההסברה של קבוצת הסטודנטים, והתמקדה בעיצוב ספציפי פוגעני אשר לגישתה של האוניברסיטה זיהה את ראשי המדינה עם מנהיגי משטרים אפלים וגזעניים.

20. המערערים לא הצליחו להצביע על טעם המחייב דווקא את פרסום תמונותיהם של שר החוץ וראש הממשלה. המערערים לא השכילו לנמק מדוע מחאתם על מדיניות הממשלה מחייבת שימוש בגרפיקה המעוררת אסוציאציות מעוררות סלידה ושימוש במונחי ודימויי נאצה. בנסיבות אלו, כאשר הכרזות והעלונים אושרו לחלוקה, וכל שהתבקשו הסטודנטים היה להסיר את התמונות הפוגעניות, ניתן לקבוע כי הפגיעה בחופש הביטוי הינה מידתית ונועדה לתכלית ראויה. החלטתה המידתית של האוניברסיטה אשר אפשרה את פעילותה ההסברתית של קבוצת הסטודנטים והתמקדה בעיצוב ספציפי ופוגעני הותירה "חופש נשימה ראוי לחופש הביטוי ולא פגעה באופן מהותי בחופש זה" (אהרן ברק מבחר כתבים [11]).

21. המידתיות של החלטת האוניברסיטה ומתן האפשרות לפעילותה ההסברתית של קבוצת הסטודנטים אף מעידה על תום הלב של האוניברסיטה והעדר שיקולים זרים בהחלטתה הממוקדת והמידתית.

ה. החלטת האוניברסיטה איזנה כראוי בין הערכים המתנגשים

22. החלטתה של האוניברסיטה לשלול את העיצוב הספציפי של הכרזה, איזנה כראוי בין הפגיעה המידתית בחופש הביטוי לבין הפגיעה בערכים בזכויות ואינטרסים מוגנים אחרים. חופש הביטוי, כמו כל זכות, אינו זכות מוחלטת יש לאזנו אל מול פגיעה בזכויות ובאינטרסים אחרים (בג"ץ קול העם [12], בעמ' 879). כאמור, סמכותה של האוניברסיטה להגביל את חופש הביטוי ולאזנו אף עוגנה בהוראת סעיפים 5 ו-6 לחוק זכויות הסטודנט. כפי שקבע בית המשפט קמא, לאור אופיה הפרטי האוטונומי של האוניברסיטה אין להחיל עליה את נוסחת האיזון ואת מבחני הוודאות הקרובה לפגיעה הקשה החלים על רשות מנהלית המבקשת להגביל את חופש הביטוי, אלא יש לבחון האם החלטת האוניברסיטה מצויה בתוך מתחם הסבירות על רקע שיקול הדעת הרחב שהוקנה לה. ואכן, ההחלטה מצויה עמוק במתחם הסבירות. היא איזנה באופן סביר בין הפגיעה המידתית בחופש הביטוי לבין האפשרות לפגיעה בזכויות ואינטרסים מוגנים אחרים שבית המשפט קמא סקר אותם.

23. הפגיעה בזכות לשם הטוב - המערערים מקלים ראש בעוצמת פגיעתה של הכרזה בשם הטוב של ראשי המדינה. לשיטתם, המונח "פשיזם" אינו מונח דיבתי, והכרזה מוחה כנגד חקיקה אנטי דמוקרטית. לגישתם, מדובר בהבעת דעה מוגנת על איש ציבור החוסה תחת הגנות חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה - 1965.

24. ראשית, המערערים חוטאים להלכה לפיה העובדה שאמירה פוגענית נאמרת בגדרו של שיח ציבורי וכלפי אנשים המעורבים בענייני ציבור, אין פירושה, כי ניתן היתר בלתי מוגבל ללשון משתלחת, לביזוי, ניאוף והשפלה של הזולת, גם בהיותו איש ציבור (ענין בן גביר [13], בפסקה 25 לפסק דינה של כב' השי' פרוקציה). שמו של איש הציבור אינו הפקר. הוא זכאי להגנה על שמו הטוב. בהיכנסו לפעילות ציבורית, אין איש הציבור משיל מעליו את כבודו, ואין הוא חושף עצמו לכל דבר דיבה.

25. שנית, לא ניתן לעמעם את אופיו הדיבתי הקשה של המונח "פשיזם" ולהתעלם מהקונוטציות המעוררות סלידה העולות מייחוסו לאנשי ציבור. השימוש במונח "פשיזם", הטעון במטען היסטורי אפל, מייחס לדמויות המוצגות בכרזות מעשים קשים מהם משתמעים אכזריות, חוסר אנושיות וזלזול בחיי אדם. ייחוס מעשים כאלה לאדם, ייתפס על ידי האדם הסביר כמשפיל ומבזה את אותו אדם, ועלול לעשותו מטרה לשנאה. באמירה זו יש, איפוא, ולו לכאורה, כדי לקשור בין הדמויות אשר הוצגו בכרזות לבין משטר בעל מאפיינים מעוררי חלחלה וסלידה. כפי שהובהר בפרשת בן גביר [13], העדר מידתיות בדברי הדיבה, שולל את הגנת תום הלב בהבעת דעה על איש ציבור (פסקאות 28-30 לפסק דינה של השי' פרוקציה). המערערים אינם יכולים לאחוז בהגנת תום לב נוכח השימוש המכוון שלהם באלמנטים בלתי מידתיים בעלון שנפסל. כך בעניננו, מחאה כנגד חקיקה שהיא אנטי דמוקרטית בעיני המערערים אינה מחייבת שימוש בעיצוב מקומם הכולל תמונות ראש הממשלה עם X שחור על רקע אדום עם ההיגד "פשיזם".

26. המערערים מאריכים מענייתם באשר לתחולה אפשרית של הגנות חוק איסור לשון הרע על פרסום זה ומטילים ספק בסיכויי התביעה הנזיקית אילו היתה מוגשת כנגד האוניברסיטה. לשיטתם, האוניברסיטה אינה בגדר מפרסם אלא בגדר "במה" בלבד, ומשכך היא אינה חשופה לאחריות נזיקית ואין בסיס לחשש האוניברסיטה מפני תביעה אפשרית. לשיטתם, שיקולי האוניברסיטה בדבר חשש מהגשת תביעת לשון הרע ופגיעה תדמיתית אינם שיקולים לגיטימיים וסבירים העומדים במבחני הגבלת חופש הביטוי.
27. ראשית, אין ממש בטענה כי הפרסום אינו מזוהה עם האוניברסיטה, שכן היא משמשת "במה" בלבד. בהתאם להוראות חוק זכויות הסטודנט והתקנון שהותקן מכוחו, על האוניברסיטה להסדיר ולאשר את הפרסומים בתחומה. משכך פרסום פוגעני המתפרסם בתחומה יכול שיזוהה עימה.
28. שנית הבחינה הדקדקנית של המערערים את סיכויי הצלחתה של תביעת לשון הרע כנגד האוניברסיטה, היא בחינה שגויה הנגזרת מהתזה (השגויה גם היא) של המערערים המבקשים להחיל על האוניברסיטה את המבחנים הנוקשים של ודאות קרובה, ולא היא. כפי שקבע בית המשפט קמא, אין להחיל על האוניברסיטה כגוף דואלי פרטי את המבחן הדווקני של ודאות קרובה שנוצר ביחס לפעילותה של רשות ציבורית. האוניברסיטה מוסמכת לשקול שיקולים מתחום המשפט הפרטי בבואה להסדיר את חופש הביטוי בין כתליה. כך, החשש של האוניברסיטה מעצם התמודדות עם תביעת לשון הרע והשיקול התדמיתי של זיהוי האוניברסיטה עם פרסום פוגעני ומעורר סלידה, הם בגדר שיקולים לגיטימיים וסבירים המצויים בתוך מתחם הסבירות הרחב המוקנה לאוניברסיטה כגוף בעל אוטונומיה פרטית המוסמך להסדיר את חופש הביטוי בין כתליו.
29. ויוסף, מדובר בכרזה חריגה וקשה. דיקן הסטודנטים ראה דמיון בין הכרזה לתמונה המפורסמת בה נראה ראש הממשלה המנוח יצחק רבין במדי אותו משטר גזעני (השילוב של ה-X השחור, על רקע אדום בצירוף ההיגד "פשיזם" אינו צירוף מקרי ותמים). גם בית המשפט קמא סבר שייחוס המונח פשיזם מעורר סלידה כלפי ראש הממשלה. אך סביר הוא שבמסגרת האוטונומיה ומתחם שיקול דעת הנתונים לה, תאסור האוניברסיטה פרסום עיצוב ספציפי זה בתחומה, על מנת למנוע ולו אפשרות של התדיינות משפטית אודות כרזה בוטה זו המעוררת תחושות קשות. זהו שיקול לגיטימי שמוסד כאמור רשאי לשקול.
30. אין ממש בטענה כאילו בית המשפט קמא בפסק דינו יצר פתח לפסילה סיטונית של פרסומים מותרים בהתאם לגחמותיה של האוניברסיטה. הכרזה שהונחה בפני בית המשפט חריגה בבטות שלה. היא הזכירה לגורמי האוניברסיטה כרזות הקשורות בתודעה הציבורית למותו של ראש ממשלה. האוניברסיטה נהגה באופן מידתי. היא אסרה עיצוב ספציפי זה והתירה לאותה קבוצת סטודנטים את כלל הפעילות, לרבות כרזות בעיצוב בוטה שונה (מש/3).

31. ולבסוף: אין ממש בניסיון המערערים ללמוד מפסק הדין בענין אינדור שעסק באחריותה של עיריית ירושלים לפרסומים כנגד איש ציבור בלוחות המודעות העירוניים. בענין אינדור עסק בית המשפט ברשות ציבורית כדוגמת עיריית ירושלים, שחלים עליה מבחני הוודאות הקרובה להתרחשותה של פגיעה קשה. לעירייה אין מאפיינים פרטיים ואוטונומיה כדוגמת האוניברסיטה.

32. הפגיעה בזכות הקניין - זכות יסוד נוספת המונחת על כף המאזניים היא זכות הקניין. זכות הקניין הוכרה כזכות יסוד בעלת עוצמה במשפט החוקתי. ברי, כי פרסום מסרים פוגעניים בין כתלי האוניברסיטה ובלוחות המודעות שבחצריה - בניגוד לעמדתה - מהווה פגיעה בזכות הקניין של האוניברסיטה.

33. לשיטת המערערים, מדובר בקניין הנושא אופי ציבורי, ומשכך מבקשים הם להחיל על האוניברסיטה כללים מן המשפט הציבורי, ולקבוע כי זכות הקניין של האוניברסיטה נסוגה מפני זכותם לפרסם את הכרזה האמורה. המערערים מגלים פנים שלא כהלכה בפסק הדין בענין און [5]. עיון בפרשת און ילמד כי אף אם מדובר בקניין מעין-ציבורי, אין להטיל עליו את כללי המשפט הציבורי במלואם. "יש להטיל על בעל הקניין המעין-ציבורי", לצד חובות מן המשפט הפרטי, גם מושכלות יסוד של המשפט הציבורי, אך לא את כללי המשפט הציבורי כולם, כל תו ותג." לשון אחר וכפי שקבע בית המשפט קמא: לא ניתן להתעלם מזכות הקניין של האוניברסיטה. לא ניתן להחיל על קמפוס האוניברסיטה את כללי המשפט הציבורי, לרבות מבחן הוודאות הקרובה ככתבו וכלשונו, שכן בסופו של יום מדובר בקניין של גוף אוטונומי. כך גם אין שחר להיאחזות המערערים במאמרו של השופט ברק [11] שדן ברעיון היולי וראשוני להגדיר את העיתונות הפרטית כגוף דו מהותי לענין חופש הביטוי. כפי שהשופט ברק עצמו מדגיש, גם אם אכן תוגדר העיתונות הפרטית כגוף דו מהותי לא יוחלו עליה מבחני חופש הביטוי החלים על רשות ציבורית, שכן יש להחיל מבחנים אלו בזהירות ובמידה, לאור הפגיעה בזכות הקניין של העיתונות הפרטית. זאת בדיוק קביעתו של בית המשפט קמא.

34. החשש מפני הסתה ואלימות - ההחלטה הממוקדת של האוניברסיטה היתה נעוצה גם בחשש שפרסום מודעה פוגענית זו עלול לגרום להסתה ואלימות. דיקן הסטודנטים ציין, כי עיצוב הכרזה הספציפית בה נראה ראש הממשלה על רקע אדום ו-X שחור לצד ההיגד "פשיזם" מזכיר את הכרזה בה נראה ראש ממשלת ישראל במדי קצין של אותו משטר גזעני. וכפי שאף צוין בתשובת האוניברסיטה לתובענה, שנה קודם לכן התעוררו מהומות באוניברסיטה על רקע פרשת משט הספינה "מרמרה". [התשובה לתובענה מוצג מש/4].

35. לטענת המערערים, חששות אלו הם בגדר חששות בלתי מבוססים והם אינם ממלאים את דרישת הוודאות הקרובה. שוב מנסים המערערים להחיל על האוניברסיטה מבחני הסתברות נוקשים שהושתו על רשות ציבורית ושאין להחילם על האוניברסיטה שהיא גוף אוטונומי פרטי. מכל מקום, המדובר בחשש סביר, הנשען על נתונים מוכחים.

בעניין:

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

המערערים

- נ ג ד -

אוניברסיטת בן גוריון בנגב

ע"י ב"כ עוה"ד בעז בן צור ו/או חגי הלוי
 מרח' ברקוביץ' 4 (מגדל המוזיאון), תל אביב
 טל: 03-6075001; פקס: 03-6075029

המשיבה**רשימת אסמכתאות מטעם המשיבה**

1. בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר אילן ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים ואח', (פורסם בנבו, 31.1.2011)
2. עע"מ 7151/04 הטכניון - מכון טכנולוגי לישראל נ' דץ, פ"ד נט(6) 433 (2005)
3. בג"ץ 844/06 אוניברסיטת חיפה נ' פרופ' אברהם עוז (פורסם בנבו, 14.5.2008)
4. אסף הראל, גופים זו מהותיים: גופיים פרטים במשפט המינהלי (2008)
5. ע"א 3414/93 שמחה און נ' מפעל בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט (3) 196
6. בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא (2) 449
7. בש"א (חי') 18870/04 מוסעאב דוח'אן נ' אוניברסיטת חיפה, (פורסם בנבו, 24.12.2004)
8. ע"א 467/04 חיים יתח נ' מפעל הפיס, (פורסם בנבו, 1.9.2005)
9. ת"א (ת"א) 1332/08 תמוז איתי נ' אוניברסיטת תל אביב, (פורסם בנבו, 30.9.2009)
10. **Widmar v. Vincent, 454 U.S. 263 (1981)**
11. אהרון ברק " המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" מבחר כתבים א (תש"ס 531).

12. בג"ץ 73/53 חברת קול העם נ' שר הפנים פ"ד ז (2), 871

13. רע"א 10520/03 איתמר בן גביר נ' אמנון דנקנר, (פורסם בנבו, 12.11.2006)

ע"א 9505/11

בבית המשפט העליון

בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

בעניין:

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

המעוררים

- נ ג ד -

אוניברסיטת בן גוריון בנגב

ע"י ב"כ עוה"ד בעז בן צור ו/או חגי הלוי
 מרח' ברקוביץ' 4 (מגדל המוזיאון), תל אביב
 טל': 03-6075001; פקס: 03-6075029

המשיבה**תיק מוצגים מטעם המשיבה**

מ/ש 1/ הכרזות השנויות במחלוקת

מ/ש 2/ תקנות לפעילות ציבורית ופוליטית באוניברסיטת בן גוריון

מ/ש 3/ כרזות המכילות התבטאויות בוטות אשר אושרו להפצה ברחבי הקמפוס

מ/ש 4/ תשובת האוניברסיטה לתובענה (לא כולל נספחים)