

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 דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק ואח'
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

סיכומי תשובה מטעם המערערים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 19.3.2013 מתכבדים המערערים להגיש את סיכומי התשובה.

1. המשיבה יוצאת נגד שני "כשלים מרכזיים" של המערערים: האחד, שהם מבקשים להחיל עליה "את דיני חופש הביטוי שנוצרו במשפט הציבורי" ובפרט את מבחן הוודאות הקרובה, והאחר, שהם מתעלמים "מהמידתיות שבהחלטת האוניברסיטה" או מסבירותה. להלן נראה, שמבחן "הסבירות" של המשיבה נעדר כל מימד אובייקטיבי או משפטי והוא מתמצה בהתרשמות סובייקטיבית ואסוציאטיבית ובהסתייגות מ"עיצוב ספציפי וקיצוני... פרובוקטיבי ומתריס... אשר לגישתה של האוניברסיטה זיהה את ראשי המדינה עם מנהיגי משטרים אפלים" (פס' 4 ו-19 לסיכומים).
2. זוהי בדיוק הסיבה שבעטייה נקבע מבחן הוודאות הקרובה כאמת המידה לפגיעה בחופש הביטוי. עוד בפרשת קול העם הסביר הנשיא אגרנט את הבחירה במבחן האמור, בכך ש"קביעת קנה המידה הערטיאלי של 'נטיה רעה' בלבד, מן ההכרח שתפתח פתח רחב לכניסת דעותיו הפרטיות של האדם שבידו מוקנה הכוח הנ"ל ויהיו שאיפותיו של זה נשגבות כאשר יהיו – לשטח ההערכה של הסכנה הצפויה". בית משפט שיאשר הגבלת ביטויים "מחמת נטייתם הרעה המדומה... יהפוך את דעותיו שלו לכללי השיפוט ויאשר או יבטל את השקפותיהם של אחרים במידה שהן מתאימות או נוגדות להשקפותיו הוא" [שם, 886].
3. דומה שקיימת הסכמה, שלפיה על המשיבה חלים גם דיני המשפט הציבורי, אך שיש להחילם בזהירות ובהתאם לנסיבות ולשיקולים הרלבנטיים לסוגיה ולזכות שבהן מדובר. כך, למשל, הזכות לייצוג בידי עו"ד והזכות לחופש ביטוי נגזרות שתיהן מזכויות יסוד חוקתיות, אבל חירות הביטוי קיבלה בנוסף לכך עיגון מפורש ומצווה בחוק זכויות הסטודנט. מימושה מהווה חלק בלתי נפרד מתפקידי המשיבה ומטרותיה, ושייכת ל"היבט הציבורי בפעילותם של המוסדות להשכלה גבוהה" (ר' פס' 9-6 לסיכומי המערערים). חשוב מכך, הרציונאל להחלתו של מבחן הוודאות הקרובה – שבלעדיו יחתך גורלו של הביטוי בהתאם לדעותיו הפרטיות של בעל הכוח – אינו מותנה בזהותו.
4. אכן המחוקק הסמיך את המשיבה להסדיר בתקנון את אופן מימוש הזכות, כפי שהסמיך, למשל, את המשטרה להטיל מגבלות של זמן ומקום על הפגנות. אך בניגוד לטענות המשיבה (פס' 13, 14 ו-17) אין בכך כדי להעניק לאוניברסיטה את הכוח לקבוע כל הגבלה העולה על דעתה. אף אין בכך כדי לשלול את תחולתו של המבחן המחמיר על החלטה להגביל ביטוי, ובפרט כאשר הטעם להחלטה נעוץ בתוכנו. זאת ועוד, הטעמים לפסילת הכרזה בענייננו אינם קבועים בתקנון כמצוות סעיף 6 לחוק זכויות הסטודנט.
5. בצדק התעלם בית משפט קמא הנכבד מהטענה, שהפרסומים עלולים לגרום לאלימות, שנטענה בעלמא ללא תשתית עובדתית של ממש. אין בעובדה שהקמפוס ידע הפגנות סוערות כדי להצביע על נסיבות קונקרטריות המצדיקות את פסילת הכרזה בשל תוכנה. יתר על כן, הטענה כאילו הפרסום עלול להסית לאלימות בתחומי הקמפוס הועלתה רק במהלך ההתדיינות, שעה שקודם לכן נימקה המשיבה את

החלטתה בחשש להסתה לאלימות נגד האישים שמופיעים בכרזות. עתה חוזרת המשיבה לנימוק המקורי ומנסה למלא את החסר הראייתי באמירה חוזרת ונשנית, שהכרזה "הזכירה" לדיקן "כרזות הקשורות בתודעת הציבור לרצח ראש הממשלה" (פס' 29, 30 ו-34 לסיכומי המשיבה).

6. בניגוד למשיבה, המערערים אינם מבקשים "לנהל" כאן משפט דיבה תיאורטי סביב הכרזה. גם בית משפט קמא לא עשה זאת. אמת המידה ששימשה את המשיבה בהקשר זה "טובה" לפסילת מגוון של ביטויים, ובין היתר: "בגין ידע ששרון רימה אותו במלחמת לבנון" (ראו ע"א 323/98 שרון נ' בנימין, פ"ד נו(3) 245 (2002)); "לשחרר את מדינת ישראל מהתאגיד הנבזה העריץ הזה... אני חושב שהם... גוזלים את כספי הצרכן הדלי" (ראו ע"א (ים) 35178-09-12 מורגנשטרן נ' תאגיד איסוף מכלי משקה (11.2.2013)); הקרנת הסרט "שיטת השקשוקה" חרף האזהרה הפומבית שלפיה "היכן שהוא לא יוקרן... כל מי שיסייע בדבר... יהיה חשוף לתביעה בגין הוצאת לשון הרע, אם באמת הסרט הזה הוא דיבתי כפי שאנחנו סבורים, כי לא ראינו אותו". אכן, באופן תיאורטי עלולה לצוץ תביעה בריונית ומשתיקה נגד ביטויים כגון אלה, אך אין בכך כדי להצדיק את פסילתם.

7. אמת המידה שמציעה המשיבה להטלת הגבלות על תוכן הביטוי היא זו של "סבירות". גם לו היינו מקבלים את עמדתה זו, נתקשה לקבל את האופן שבו היא "מיישמת" את מבחן הסבירות. שלא כנטען (בפס' 4, 19 ו-20), העובדה שהמשיבה נמנעה מלהגביל מגוון גדול של ביטויים אחרים אינה הופכת לסבירה את החלטתה נשוא הדיון דכאן. שהרי מבחנו של חופש הביטוי הוא דווקא "כאשר מועלות אמונות, דעות והשקפות, אשר מקוממות בתוכן ואשר סולדים מהן" (ד"נ 3/87 המועצה לביקורת סרטים ומחזות נ' לאור, פ"ד מא(2) 162 (1987)). החלטת המשיבה גם אינה נעשית סבירה יותר בשל התיאורים הרפטיביים, השליליים והמקצינים של הכרזה נשוא הדיון ("חריגה וקשה", "קיצונית" "עיצוב פרובוקטיבי ומתריס" "משטרים אפלים וגזעניים" - ראו בפס' 4, 19, 20, 29, 30, 34 לסיכומי המשיבה).

8. סיכומי המשיבה מדגישים את הסובייקטיביות של שיקול הדעת שהפעילה: "לגישתה" הכרזה מזהה את ראש הממשלה עם המשטר הנאצי. היא "הזכירה" לדיקן הסטודנטים את "מותו של ראש הממשלה". לדעת המשיבה מחאה נגד חקיקה אנטי-דמוקרטית "אינה מחייבת שימוש בעיצוב מקומם... על רקע אדום עם ההיגד 'פשיזם' " וכן הלאה וכן הלאה. אבל "הערכת הסבירות היא עניין נורמטיבי... משמעותה שקילת כל השיקולים הרלוואנטיים ומתן משקל ראוי לשיקולים אלה". (בגץ 5016/96 ליאור חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1, 88 (1997)) המשיבה אינה פועלת מתוך שיקול דעת סביר אלא מתוך תחושות בטן.

9. בניסיון לחזק את טענתה בדבר "סבירות" החלטתה, מפנה המשיבה (בפס' 16 לסיכומיה) לפסיקה אמריקאית שבה נאמר, כי אוניברסיטה רשאית להגביל פעולות ביטוי אשר "violate reasonable

"campus rules". אבל האופן שבו מוצגים הדברים עלול להטעות. הפסיקה שאליה מפנה המשיבה שומטת את הקרקע תחת טענותיה כולן ולא רק מטענתה בדבר "סבירות" כביכול.

10. בעניין *Widmar* נדונה החלטת האוניברסיטה, שלא לאפשר לתא סטודנטים דתי לפעול בתחומה בשל העיקרון החוקתי של ההפרדה בין דת למדינה. בית המשפט העליון ביטל את ההחלטה בהיותה הגבלה של ביטוי בשל תכנון, ובהעדר "הצדקה משכנעת": מתן "גישה שווה" לקבוצות דתיות שונות אינה הופכת את האוניברסיטה למזוהה עם דת כזו או אחרת וממילא אנו מפרה את עיקרון ההפרדה. אגב אורחא, ציין בית המשפט, כי אין בהחלטתו כדי לחתור תחת סמכות האוניברסיטה לקבוע בכללים הגבלות של זמן ומקום וכיו"ב הגבלות שאינן קשורות בתוכן הביטוי, ושחופש הביטוי בקמפוס אינו כולל "הפרה של כללי קמפוס סבירים". וכאן מפנה בית המשפט לפסק הדין בעניין *Healy v. James, 408 U.S. 169 (1972)*.

11. בעניין *Healy* נדונה החלטתו של קולג' למנוע התארגנות של תא סטודנטים: לאחר שימוע בן יומיים הגיע נשיא הקולג' למסקנה שהתא קשור ל-SDS - ארגון סטודנטים מדינתי שהיה מעורב בהפגנות אלימות נגד מלחמת ויאטנם. בית המשפט העליון עיין בפרוטוקולים ובמסמכים הרבים שעמדו ביסוד ההחלטה וביטל אותה. זאת, על סמך נימוקים שיפיים לענייננו:

11.1. אין באינטרס הלגיטימי של הקולג' בשמירה על הסדר כדי להפחית מעוצמת ההגנה שתינתן לחופש הביטוי בתחומו. אדרבא, בקמפוס יש חשיבות יתרה ל"שוק הדעות".

11.2. נטל השכנוע מונח על כתפי הקולג' שמגביל את חופש הביטוי. גישת המשיבה בענייננו הפוכה: "המערערים לא הצליחו להצביע על טעם המחייב דווקא את פרסום הכרזה." (פס' 20 לסיכומיה).

11.3. ה"פילוסופיה" של SDS ושל תא הסטודנטים, שעל פי הנטען מצדדת בפעולה אלימה ובהפרעות סדר, אין בה כשלעצמה כדי להוות טעם לשלילת ההכרה מתא הסטודנטים; בהעדר ראיות לכך, שהסטודנטים מבטאים את "הפילוסופיה" שלהם באופן שמסית ומביא לאלימות החלטת נשיא הקולג' נשענת אך רק על הסתייגותו האישית מהשקפת עולמם.

11.4. מותר לפסול פעילות של תא ככל שחבריו מסרבים לציית ל – "reasonable regulations with respect to the time, the place, and the manner in which student groups conduct their speech-related". אבל הקולג' לא הוכיח שקיימים כללים כאלה ושהסטודנטים מתכוונים להפר אותם. בענייננו הטעמים לפסילת הכרזה אינם מעוגנים בתקנון (ר' בפס' 4 לעיל), נסמכים על ספקולציות ולא על תשתית ראייתית ועל הסתייגותם של ראשי האוניברסיטה מתוכן הכרזה.