

המבקשות: 1. מירי (מרים) בליאכר
2. עודד וייס
3. ברכה ברד
4. זכי שואהנה
5. האגודה לזכויות האזרח בישראל (ע"ר)
ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

- נ ג ד -

המשיבה: **אוניברסיטת תל אביב**
ע"י ב"כ עוה"ד גילי שפר (יופה) ו/או טל רגב ואח'
ממשרד עו"ד ונוטריונים בן ארי, פיש, סבן ושות'

סיכומים מטעם המבקשות

בהתאם להחלטות בית המשפט מיום 26.6.2018 (צו לסיכומים) ומיום 19.7.2018 (העברת התיק למותב זה) מתכבדות המבקשות להגיש את סיכומיהן.

15 בנובמבר 2018

אבנר פינצ'וק, עו"ד
ב"כ המבקשות

1. המבקשות 1-4 ביקשו לקיים פעילות פוליטית ובמסגרתה לארח בקמפוס את ארגון "שוברים שתיקה". המשיבה התנתה את קיום הפעילות בתגבור האבטחה ובמימון העלויות הכרוכות בכך. תגבור האבטחה והתשלום המיוחד נדרשו לא בשל מספר חריג של משתתפים, לא בשל ניסיון שלילי קודם עם המארגנים או טעם אחר הנעוץ בפעילות, אלא רק בשל חשש מפני בריונות של אחרים, שעלולים להתפרע, להכות ו"לפוצץ" את האירוע. כך הסביר מנהל יחידת הביטחון (ר' פס' 7 לבקשה) וכך גם הסביר סגן הרקטור:

"הדרישות הוצבו ע"י הגורם המקצועי באוניברסיטה שכן על פי הערכתו לאירוע זה נדרשת אבטחה החורגת מהאבטחה הרגילה בקמפוס, לאור הלך הרוח הציבורי, ההסתה נגד 'שוברים שתיקה' והפיגועים" (מכתב סגן הרקטור 10.2.2016 ת/5).

2. נראה שהמשיבה מתביישת בשיקול זה, ובכתב התשובה היא מסתירה אותו מאחורי טענות כלליות בדבר שיקול דעת מקצועי וסביר (ר' פס' 18-21 לכתב התשובה; ובפרט האופן הסלקטיבי שבו מצוטט מכתב סגן הרקטור – ת/5). אבל בסופו של דבר, אין המשיבה מתכחשת לסיבה שבעטיה נדרש תשלום דמי אבטחה:

"אירועים רבים שהם בגדר פעילות ציבורית באוניברסיטה אינם כרוכים בתשלום אבטחה עודפת... (פרוט' 11.3.2018, ע' 3 ש' 22) הסיטואציה שבה מועלית הדרישה להצבת מאבטחים היא בזמן שהמבקש ממלא את הטופס ואומר מה הוא מתכוון לעשות... וקצין הביטחון מסתכל אם האירוע הוא בעל פוטנציאל נפיץ או לא" (שם, ע' 6 ש' 9).

3. מדיניות המשיבה קובעת "תג מחיר" לחופש הביטוי – תשלום מכביד שגובהו נקבע לפי המידה שבה הביטוי רחוק מן הקונצנזוס ו"מרגיז" בריונים; מדיניות זו חורגת משורת הדין ומשורת ההיגיון, ומפלה בין סטודנטים על בסיס השקפה פוליטית ויכולת כלכלית. אפילו הייתה המשיבה גוף פרטי היה ראוי לפסול את התנהלותה זו, ולא כל שכן שיש לעשות זאת לאור כללי המשפט הציבורי שחלים עליה. המשיבה ממלאת תפקיד ציבורי, עיקר תקציבה מקורו בכספי הציבור, ויתרתו מתרומות שמתקבלות בשל מעמדה הציבורי והאתוס של חירות ביטוי ומחשבה. התנהלותה שערורייתית במיוחד לאור זאת שהיא גובה מהמבקשות ומכל סטודנט אגרה שנתית בגין שירותי אבטחה. הסטודנט משלם על שירותי האבטחה, אך נדרש לתשלום נוסף אם הוא רוצה לממש את חופש הביטוי ו"לעצבן" אחרים על דרך השמעת דעות חריגות. המשיבה מחלקת את "העוגה" של תקציב שירותי האבטחה תוך הפליה פסולה ופגיעה בחופש הביטוי, דווקא באותם מקרים שבהם ההגנה עליו חיונית במיוחד.

חופש הביטוי – מרכיב מרכזי בתכלית קיומה של האוניברסיטה

4. חופש הביטוי הוכר כזכות יסוד, ולימים עוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בע"מ נ' גרי, פ"ד תז 2407, 2415 (1962); ע"א 105/92 ראם מהנדסים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז (5) 189, 201 (1993)). חופש הביטוי הפוליטי זוכה להגנה מרבית, הן בשל חשיבותו למשטר הדמוקרטי, והן משום ש"הוא חשוף יותר מכל צורה אחרת של ביטוי להתנכלות" (בג"צ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית ב"ש, פ"ד נג (3) 289, 303 (1999); בג"צ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועמ"ש, פ"ד טב (4) 715 (2008)).

5. פעילות ציבורית ופוליטית היא מרכיב חשוב בתכלית קיומה של המשיבה. תכליתו של חינוך אקדמי היא פיתוח אישיותו של התלמיד כאדם "הנועד לתפוס בבוא הזמן את המקום היאה לו במדינה

ולמענה" (ע"א 319/65 אלבלדה נ' האוניברסיטה העברית, פ"ד כ(1) 204; ור' גם ה"פ (ח"י) 283/04 מסעב נ' אוניברסיטת חיפה, פסקה 17 (23.11.2005)). לכן, "הפעילות במוסד אקדמי איננה מוגבלת ללימודים, אלא כוללת גם פעילות ציבורית, ואף פוליטית... [ש] היא חלק מהותי ממטרות האוניברסיטה, לצד המטרה העיקרית של הקניית ידע. למוסדות ההשכלה הגבוהה חלק חשוב בעיצוב דמותה של החברה, והם אמורים לאפשר לסטודנטים הבאים בשעריהם להיחשף למגוון דעות והשקפות חברתיות ופוליטיות..." (ת"א (ת"א) 1332/08 תמוז נ' אוניברסיטת תל אביב, פסקה 11 (30.9.2009)).

6. המשיבה אמנם מתהדרת במחויבות לחופש הביטוי, אך בהמשך מסתבר, שהיא מתייחסת לפעילות הפוליטית כאל עניין פרטי של הסטודנטים - עניין של חסד ולא של חובה. "המבקשים" היא אומרת, "זכו בכך שהועמד לרשותם אולם מתאים ללא עלות. עבור שימוש בכל אולם אחר... היו נדרשים לשאת בתשלום" (פס" 12 לתגובת המשיבה). "ברחבי הארץ פזורים אין ספור אולמות, בתי תרבות, אשכולות פיס ומרכזי כינוס, המצויים בבעלות רשויות מקומיות והם ציבוריים לחלוטין, הגם שאינם עומדים לרשות הציבור או לרשות תושבי הרשות ללא עלות" (שס, פס" 43-44).

המחלוקת בענייננו "מצויה כל כולה בתחום המשפט הציבורי"

7. המשיבה ממלאת תפקיד ציבורי ראשון במעלה, ועל כן היא ממומנת בעיקר מתקציב המדינה ואף פטורה מתשלומי חובה שונים (בגצ 4725/07 משען בע"מ נ' שר הפנים (7.8.2008) פס" 12); היא משלימה את תקציבה בעיקר מתרומות שהיא מגייסת בזכות המוניטין של גוף ציבורי שמקדם ערכי יסוד דמוקרטיים ושמשכיר את מנהיגי המחר. כל אלה עושים את המשיבה גוף דו-מהותי, שכפוף גם לכללי המשפט הציבורי (ע"א (ב"ש) 1038/00 פנר נ' אוניברסיטת בן גוריון, פ"מ תשס"א (1) 310 (2001); בג"צ 7793/05 אונ' בר-אילן נ' בה"ד הארצי לעבודה (31.1.2011); רענן הר-זהב, ברק מדינה דיני השכלה גבוהה, 269, 277 (2000)).

8. המשיבה מנועה מלהתכחש למעמדה זה – היא מציגה עצמה בבתי המשפט כ"גוף דו מהותי הנתמך מכספי ציבור", וטוענת על יסוד זה, כי פגיעה בתקציבה "יהווה פגיעה בכלל הציבור אותו היא משרתת." (ענע (ארצי) 39122-04-14 אונ' תל-אביב נ' ד"ר לוי-אייזנברג (8.7.2014) ענע (ארצי) 40539-11-13 אונ' תל-אביב נ' פרופ' חודר (2.1.2014)).

9. "אף אם לא נקבע כי המשיבה היא גוף דו-מהותי, הרי שאין ספק כי יש לה מאפיינים או סממנים ציבוריים", שבעטיים היא "מחויבת לעמוד באמות מידה מוגברות של התנהלות נאותה בקיום הוראת החוק ובהקפדה על מילוי חובת תום הלב" כלפי הסטודנטים (בג"צ 4485/08 אלישע נ' אונ' תל אביב (5.10.2009)). "לא יתכן חולק כי על מוסדות להשכלה גבוהה, ובפרט כשמדובר באספקטים של פעילותם שאינם בליבת העשייה האקדמית, חלות גם נורמות מן המשפט הציבורי" (ע"א 8077/08 אוניברסיטת חיפה נ' בן הרוש (30.12.2012) פס" כ"ט).

10. אכן, מעמדה של המשיבה כגוף דו-מהותי אינו גורר אחריו תחולה אוטומטית של כל כללי המשפט הציבורי על כל פעולותיה. יחד עם זאת, האוניברסיטאות כפופות לכללי המשפט הציבורי בתחומי פעילות מסוימים ובראש וראשונה בכל הנוגע לכיבוד זכויות היסוד של הסטודנטים. וכמו במקרים דומים בעבר – גם המחלוקת בענייננו "מצויה כל כולה בתחום המשפט הציבורי" (עניין תמוז נ' אוניברסיטת תל אביב (פס" 5 לעיל) פסקה 21).

11. "ההיבט הציבורי בפעילותם של המוסדות להשכלה גבוהה בא לידי ביטוי בעיקר ב...מישור החובות המוטלות עליהם כלפי הסטודנטים התלויים בשירותיהם", ובכלל זה "איסור הפליה וחובה לכבד את חופש הביטוי וההתארגנות של סטודנטים" (עניין [אונ' בר-אילן](#) (ר' פס' 7 ע"ל) 27 ו-25 בהתאמה; ור' גם עניין [חסעב](#) (פס' 5 לע"ל), פס' 17). **מדיניות "תג מחיר" לפעילות ציבורית "נפיצה" מפרה חובות אלו.**

המשיבה אינה מוסמכת להגביל את חופש הביטוי באמצעות התניית מימושו בתשלום

12. המחוקק ראה חשיבות מיוחדת בהגנה על חופש הביטוי של סטודנטים, ולכן גם עיגן אותה בחוק. [סעיף 6](#) לחוק זכויות הסטודנט, התשס"ז-2007 קובע את החובה לכבד את זכותם של הסטודנטים לחופש ביטוי, ואת זכותו של כל סטודנט להתארגן ולהפגין "בכל תחום ונושא".

13. אמנם, לפי הסיפא של סעיף 6, מימוש זכותו של הסטודנט להפגין יהיה "לפי הכללים הקבועים בעניין זה בתקנון המוסד". אלא שמטרתו של סייג זה הייתה לאפשר לאוניברסיטאות להסדיר בכללים את ההיבטים הטכניים של הפעילות הציבורית. כפי שהובהר במהלך הדיון שקיימה ועדת החינוך של הכנסת על הצעת חוק זכויות הסטודנט: "יש עניין של קצין ביטחון שצריך לתת אישור, יש עניין כמה זה רחוק ממקום מסוים. כמה אנשים יכולים להיות בהפגנה, כמה זמן...". בהמשך הדיון נדחתה הצעה להכפיף את חופש המחאה לשגרת הלימודים (פרוטוקול ועדת החינוך, 13.3.2007, עמ' 20).

14. כפי שמסביר פרופ' ברק מדינה: "לכאורה, הסיפא מותירה שיקול דעת רחב למוסדות להגביל את הזכות להפגין אך בפסיקה נקבע כי עקב ייחודם של המוסדות להשכלה גבוהה כמסגרת להחלפת דעות ועקב החשיבות הרבה במיוחד של מסגרת זו לחברה כולה, שיקול הדעת של האוניברסיטאות לפגוע בזכות להפגין הוא מוגבל" (ברק מדינה, דיני זכויות האדם בישראל, 575 (2016)).

15. כאשר מדובר במעשה הפוגע בזכויות חוקתיות, נדרשת הקפדה יתרה בקיומה של סמכות חוקית, ואין להסתפק בהוראה כללית וגורפת. הפגיעה יכולה להיעשות רק בחוק או על פי מקור הסמכה מפורש וברור בחקיקה ראשית, שמתיר את הפגיעה בזכות (בג"צ 6824/07 [מנאע נ' רשות המסים](#) (20.12.10) פס' 14; ע"א 1600/08 [מקסימדיה בע"מ נ' עיריית תל-אביב](#) (18.8.2011)). **מקור הסמכה כזה אינו בנמצא בענייננו.**

16. בשונה מהסמכות לקבוע סידורי ביטחון הולמים, שאין חולק על נחיצותם במקרים מסוימים, אין לראות בחוק זכויות הסטודנט הסמכה ובוודאי לא הסמכה מפורשת להטיל את עלויות סידורי הביטחון הנדרשים לפעילות ציבורית על הסטודנטים המבקשים לקיימה. קל וחומר שאין הסמכה להטיל נטל מיוחד על מי שמבטאים דעות "מקוממות" ולהפלותם בשל כך לעומת מי שמארגנים פעילות ציבורית הקרובה ללב הקונצנזוס.

17. ההחלטה לגבות תשלום אינה מעוגנת ב"תקנון המוסד" כמצוות סעיף 6 לחוק; המשיבה מסתמכת על הוראה פנימית - "פעילות ציבורית באוניברסיטה" (מוצג 6/ת) - ובפרט על סעיף 13.2 (פס' 29, 34 ו-79 לתשובה), שלפיו, אישור לפעילות ציבורית יכול "תנאים ו/או סייגים לקיום הפעילות, לרבות שינויים במועדה ובמקום קיומה המבוקש, התנאת קיומה בהסדרי ביטחון הולמים, הצבת סדרנים וכיו"ב". מדובר בניסוח עמום וכללי - לא קביעה מפורשת, שמתירה להתנות קיום פעילות ציבורית בתשלום עבור אבטחה, ולהפלות בהקשר זה בין הסטודנטים לפי מידת הקונטרברסליות של עמדותיהם.

18. גם לו הייתה המשיבה קובעת בתקנון הוראה מסמיכה מפורשת, הייתה הוראה זו בלתי חוקית ובטלה. "יש ליתן פרשנות מצמצמת ודווקנית כל אימת שהוראת חיקוק, לא כל שכן תקנון פנימי של מוסד בעל אופי ציבורי, מגבילה במישרין או במשתמע זכות... יסוד, ויש לפרש באופן מרחיב, לפי הנסיבות, את ההוראות הללו ככל שהן מעגנות ומגנות על זכויות היסוד" (ה"פ 9 (ב"ש) 2085/07 [דויטש נ' אונ' בן-גוריון](#), עמ' 8 (16.4.2008)). בהמשך לכך פסל בית המשפט הוראה בתקנון הפעילות הציבורית של אונ' בן גוריון, שאסרה לקיים בקמפוס פעילות פוליטית תחת כיפת השמיים, בהיותה סותרת את הוראות החוק (שם, עמ' 5). בהתאם לזאת יש גם לפסול הוראת תקנון שתתנה קיום פעילות ציבורית בתשלום עבור אבטחה, ולא כל שכן – בנסיבות שבהן מדובר בפעילות "נפיצה" ובקביעת "תג מחיר" לדעות "מקוממות".

הטענה בדבר הוראה של הרגולטור

19. המשיבה הגישה במהלך הדיון את החלטת המועצה להשכלה גבוהה (החלטה 765/12 "פעילות ציבורית בקמפוסים), כעדות לכך ש"הרגולטור שלי חושב שזה סביר"; "הרגולטור... שמעביר את הכסף... הוא שאומר: 'צריך להטיל את זה על המבקש' " (פרוטוקול מיום 11.3.2018, ע' 4 ו-8).

20. ראשית, אין בהחלטת המלי"ג התייחסות למדיניות "תג מחיר" – דהיינו דרישת תשלום בגין אבטחה מוגברת בשל חשש מבריונים שעוינים את הפעילות הציבורית או הדוברים בה. מדיניות זו פוגעת בזכויות היסוד ועל כן היא טעונה הוראה מפורשת.

21. מעבר לכך, המועצה אינה רגולטור רגיל, וגם לו הייתה כזו, עמדתה מנוגדת לדין. המלי"ג היא מקרה מובהק של "שבי רגולטורי" – רגולטור שנוטה "להזהות עם מפוקחים ולנסות לרצותם עקב קרבה... [ו] קשר ארוך-שנים" (שרון ידין רגולציה – המשפט בעידן החוזים הרגולטוריים, עמ' 157-156). כפי שמציינים הר-זהב ומדינה, חברי המלי"ג ממלאים תפקיד כפול של מומחים מזה ושל נציגי המוסדות המאוסדרים מזה. "כאשר הגוף בעל סמכויות ההסדרה והפיקוח מורכב מגורמים העוסקים בענף אותו מבקשים להסדיר... תידרש התערבות שיפוטית, המבוססת על עקרונות כלליים מתחום המשפט המינהלי" (הר זהב ומדינה, 51-53 ו-47). עוד הם מציינים, שלאחר שהיא מעניקה הכרה אקדמית למוסדות "נמנעת המועצה מלהחיל פיקוח משמעותי על פעילותם... כתוצאה מכך ניכרת בשנים האחרונות מגמה של נכונות גוברת של בתי-המשפט לקיים פיקוח על פעילותם של מוסדות להשכלה גבוהה". וזאת, במיוחד בעניינים שבהם "למועצה אין יתרון של מומחיות על-פני בתי-המשפט" (שם, 267-266).

22. החלטת המלי"ג מתיימרת לפרש את הוראת חוק זכויות הסטודנט (ר' שורה 4 להחלטה), ופרשנות של הרגולטור לדבר חקיקה אינה נהנית מ"מעמד בכורה" (השוו: רע"א 9778/16 [זליגמן נ' הפניקס בע"מ](#) (31.5.2018)). מי שאמון על פרשנותם של דברי חקיקה הוא בית המשפט ולא המאסדר (רע"א 3527/96 [אקסלברד נ' מנהל מס רכוש](#), פ"ד נב(5) 385, 407 (1998). במיוחד כשמדובר בתחום שבו אין למלי"ג ניסיון או מומחיות, והוא רחוק מליבת הנושאים שהופקדו בידיה. והעיקר: "אין בכוחה של עמדת הרגולטור כדי למרק" הפרה של הוראות הדין ופגיעה קשה בחופש הביטוי (והשוו: ת"צ (ת"א) 38194-07-10 [ספיר נ' פלאפון בע"מ](#) (3.6.2012) 99' 4).

פגיעה בלתי סבירה ולא מידתית בחופש הביטוי ובזכות לשויון

23. הפגיעה שמסבה המשיבה לחופש הביטוי ולזכות לשויון היא קשה וחורגת מכל קנה מידה של סבירות והגינות. למסקנה המתבקשת הזו הגיעה האוניברסיטה העברית, בעקבות המלצות וועדה בראשות השופטת דליה דורנר. וכך אומרת הוועדה: "אין מקום להשית על מארגני פעילות ציבורית לשאת במימון הוצאות האבטחה של האירוע, שעיקרן מניעת פגיעה במשתתפים על-ידי קהל עוין. הדבר עלול לגרום לחוסר שוויון באפשרות לממש את חופש הביטוי של קבוצות שונות בקרב ציבור הסטודנטים, ויש בו חוסר צדק כלפי מי שנתון לאיומים". (ד"ר ח ועדת דורנר – ת/10, פס' 20).
24. דרישת התשלום יוצרת הפלייה על בסיס יכולת כלכלית: "בעל המאה הוא בעל הדעה"... "קביעת 'תג מחיר' למימושה של זכות משמעותה פגיעה בזכותם של אלה שאינם יכולים לעמוד במחירה" (בג"צ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, (12.12.06) פס' 16; עניין המפקד הלאומי (ר' פס' 4 לעיל) ש' נאור פס' 44).
25. התניית פעילות ציבורית בתשלום עבור אבטחה יוצרת גם הפלייה על בסיס השקפה פוליטית, ומאפשרת חופש ביטוי רק לסטודנטים ולתאים המשמיעים דעות שבלב הקונצנזוס בישראל. זוהי פגיעה קשה בחופש הביטוי של סטודנטים המבטאים דעות מיעוט - דווקא מי שעל חופש הביטוי שלהם יש להגן יותר מכל: "עיקר מבחנו של חופש הביטוי - על דעות חריגות, מקוממות ומכעיסות, המושמעות על רקע מאורעות מסעירים ובסגנון בוטה" (בג"צ 2888/97 נביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נא(5) 193, 201 (1997)). "ההגנה על חופש הביטוי וההפגנה נועדה, בין היתר, ליתן במה לדעות המעוררות מחלוקת וכן לאפשר הזדמנות ביטוי לקבוצות מיעוט המבקשות להעלות את עניינן לסדר היום הציבורי אף כאשר הרוב מתנגד לדעותיהן. ההגנה על חופש הביטוי מגנה בראש ובראשונה על המיעוט מפני הרוב" (בג"צ 5277/07 מרזל נ' מפקד מחוז ירושלים, פס' 7 (20.6.07)).
26. המשיבה אומרת בהיתממות, שהיא "אינה מממנת את אבטחתן של פעילויות ציבוריות מכל מין וסוג, וזאת ללא תלות בדעות המבוטאות" (פס' 87 לתשובה). אבל "השאלה היא מבחן התוצאה ולא הכוונה" (עעמ 7335/10 קצין התגמולים נ' לופר (29.12.2013) פס' 17). ובמבחן התוצאה – המשיבה גובה תשלום רק באירוע "נפיץ" עם מסר פוליטי ש"מרגיז" את רוב. "תהא כוונתו של אדם טהורה וזכה ככל-שתהא, אם התוצאה המתקבלת ממעשהו תוצאת-הפליה היא, ייפסל מעשהו כלא-היה" (בג"צ 2671/98 שדולת הנשים נ' שר העבודה, פ"ד נב(3) 630, 654; בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988)). ההכרעה אם תוצאת המעשה מהווה הפליה אם לא – נעשית על-פי מבחן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי (בג"צ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 759 (1990)). מטעם זה, גם נפסל "הקריטריון של שירות צבאי כקריטריון לחלוקת מעונות" באוניברסיטת חיפה, כיוון ש"התוצאה בפועל... היא הפלייתם של ערביי ישראל" (הפ (חי') 217/05 נעאמנה חנין נ' אונ' חיפה, תשס"ד (2) 652 (17.8.2006)).
27. לצד הפגיעה בשוויון נפגע חופש הביטוי. השתת עלויות האבטחה על תאי הסטודנטים, יוצרת "מחירון" לחופש הביטוי: ככל שהמסר שמבקשים לבטא רחוק מלב הקונצנזוס, "תג המחיר" יהיה גבוה יותר. הלכה למעשה, באמצעות דרישת התשלום עבור קיום פעילות שמטרתה לבטא מסר קונטרוברסלי, המשיבה הפכה עצמה, גם אם ללא כוונת מכוון, לצנזור שפוסל ביטויים פוליטיים בהתאם לתוכנם:

"הטלת מעמסה כספית על המבקשים לממש את זכותם לחופש ביטוי עשויה לפגוע בעיקר באלה אשר מבקשים לבטא רעיונות המעוררים התנגדות רבה. זאת משום שיש להניח שהוצאות האבטחה בנסיבות מעין אלה יהיו גבוהות יותר מהרגיל. ההגנה על חופש הביטוי חשובה דווקא בנסיבות אשר כאלה... מדובר אפוא בפגיעה קשה, על בסיס יכולת כלכלית או על בסיס תוכן הביטוי ומידת ההתנגדות שהוא מעורר, בחופש הביטוי". (עניין [מטה הרוב](#) (ר' פס' 24 לעיל) פסקה 16).

28. מעבר לפגיעה הישירה בזכויותיהם החוקתיות של הסטודנטים מארגני הפעילות הציבורית, גם "נפגע הדיון הציבורי. מידלדל שוק הדעות והרעיונות. נפגע האופי הדמוקרטי של המשטר" (שם, שם). גם בכך חוטאת המשיבה ליעודה: "...**חופש ביטוי מלא**, המאפשר פלורליזם מחשבתי וחילופי דעות, הינו חיוני לשגשוג מדעי ואקדמי" (עניין [תמוז נ' אוניברסיטת תל אביב](#) (פס' 5 לעיל) פס' 30).
29. זאת ועוד. בעוד שדרישת התשלום מהווה "סנקציה" על דעות החורגות מן הזרם המרכזי, יש בה גם "**פרס**" **לאלימות ולבריונות**, שנועדו להשתיק דעות כאלו: "ההתחשבות בעיונות הקהל, כמוה כהענקת המפתח לשימוש בזכות ההפגנה והתהלכה בידי המתנגדים לה. דבר זה יש למנוע. **אין לתת וטו לאספסוף ופרס לאלימות**" (בג"צ 153/83 **לוי נ' מפקד המחוז הדרומי**, פ"ד לח(2) 393, 404 (1984)); ור' גם בג"צ 4712/96 **סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד נ(2), 822, 833 (1996)).
30. דרישת התשלום בענייננו אינה סבירה גם כיוון שהיא מעודדת ומתמרצת בריונים פורעי חוק להמשיך לאיים ולהשתיק. תחת זאת, על המשיבה לנקוט ביד קשה נגד מי שיפר את הסדר, ובמקרי קיצון אף לפנות למשטרה כדי להשיב את הסדר על כנו, **כפי שהיא עושה** לעיתים בכיכר אנטין (ר' פרוטוקול 11.3.2018, ע' 2 ש' 5). רק כך אפשר להגן על חופש הביטוי של המבקשים, ובמבט צופה פני עתיד – להרתיע בריונות ולהגן על מסורת של חירות הביטוי בין כתלי הקמפוס. כפי שתיארה זו וועדת דורנר:
- "רכישת המיומנות להביע בפומבי עמדה בסוגיות חברתיות ולאומיות... וחזוק החוסן הנפשי להיחשף לעמדות שונות ואף מקוממות, הם בעלי חשיבות רבה להכשרת הסטודנטים כאזרחים פעילים בחברה דמוקרטית. **שלילת הזכות להפגין וכניעה ללחצים של המתנגדים לביטוי מסוים עלולות להוביל לתוצאה ההפוכה, של פגיעה במרקם החיים המשותפים במדינה וחזוק מגמות אנטי-דמוקרטיות, הן בקרב מי ש... הושתקו והן בקרב המשתיקים**" (ת/10 עמ' 3).
31. אכן, אין בעובדה, שהאוניברסיטה העברית הנהיגה מדיניות נבונה והגונה יותר, כדי לחייב המשיבה. אבל היא מציבה אמת מידה של סבירות, והנמקותיה מחזקות את הטעמים כבדי המשקל דלעיל. לכל הפחות יכלה המשיבה לברר עם אחותה הירושלמית כיצד עלה וכמה עלה יישום המלצות וועדת דורנר.
32. מעבר לפגיעה הקונקרטית במבקשות ובסטודנטים שיארגנו בעתיד פעילות פוליטית "נפיצה", המשיבה מעבירה מסר בלתי חינוכי בעליל, שרק יעודד איומים, אלימות ו"נפיצות", ועקב כך גם יגדל הצורך לתגבר אבטחה עוד ועוד ולהשקיע בכך משאבים יקרים. זה לא סביר! זה לא יעיל! זה לא מוסרי!
33. בנסיבות מעין אלו פוסלים בתי המשפט החלטות והוראות תקנון של אוניברסיטאות, שחורגות מהוראות הדין ומהחובה לקיים ולהגן את זכויות היסוד. ככלל "ניכרת מגמה של הרחבת הפיקוח השיפוטי על פעילותם של גופים המאוגדים בתחום המשפט הפרטי... מכוח ההכרה בקיומם של

מאפיינים ציבוריים בפעילותם" (הר-זהב ומדינה, 269); בתי המשפט אינם מהססים לבחון בקפידה הוראות בתקנונים האוניברסיטאיים ולהורות על הכנסת שינויים מפורטים: לעיל כבר הזכרנו את עניין [דויטשער נ' אונ' בן-גוריון](#) (פס' 18 לעיל). בעניין [אונ' חיפה נ' בן הרוש](#) (ר' פס' 9 לעיל), התערב בית המשפט בתקנון המשמעת של אוניברסיטת חיפה; בעניין [אונ' בר-אילן](#) (ר' פס' 7 לעיל) הוא לא היסס להכתיב הוראות מפורטות לעניין זכות העיון של מרצה בפרוטוקול ועדת המינויים; בית המשפט גם הכתיב לאוניברסיטת חיפה נוסח מתקן להוראת תקנון, וקבע סייגים ומגבלות לסמכות הדייקן להשעות את הפעילות הציבורית בקמפוס (ע"א 1775/14 [מינסקי נ' אונ' חיפה](#) (החלטה מיום 13.1.2016)). ובהיקש לענינו: הוראת תקנון שתאפשר גביית תשלום עבור אבטחה חייבת להיות מסויגת לנסיבות דוגמת אלו שלפנינו.

זכויות חיוביות וזכויות שליליות

34. הלכה למעשה המשיבה מסתמכת על **אבחנה בין זכות "שלילית"**, שבצידה חובה "פסיבית" שלא להפריע או למנוע, לבין **"זכות חיובית"** שבצידה חובה לפעול. לשיטתה, דיי בכך שהיא ממלא אחר הפן "השלילי" של חירות הביטוי, ואין לחייבה לדאוג לפן "החיובי" הכרוך באבטחת הפעילות. כפי שנראה מייד, המשיבה אינה נושאת בעלויות האבטחה – הסטודנטים הם שמממנים אותן באמצעות תשלום של אגרה שנתית גבוהה. אך **גם בהתעלם מכך אין לקבל את האבחנה** שמציעה המשיבה.

35. בתי המשפט כבר פסקו בעבר כי "הבטחת שוויון עולה כסף. לרוב הדרישה לתשלום הימחיר באה כלפי השלטון... אך **מקום שזכויות האדם, כמו השוויון, חלות ביחסים בין פרטים, הם אלה שצריכים לשאת במחיר הנדרש**... זהו מחיר שכדאי וצריך לשלמו כדי להבטיח את היותנו חברה שומרת זכויות אדם ומכבדת שוויון" (דנג"ץ 4191/97 [רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה](#), פ"ד נד(5) 330, 355). מטעם זה, למשל, בעל עסק מנוע מלהפלות לקוחות או עובדים בני קבוצה מסוימת, גם אם נוכחותם בבית העסק תרתיע לקוחות מקבוצת הרוב ועקב כך תגרום לירידה ברווחים (שם, 348-351).

36. אין כל ייחוד בזכות החיובית לעניין מרכיבי המידתיות. כפי שמסביר פרופ' אהרן ברק: "קביעת הפגיעה בזכות החוקתית החיובית אינה שונה מקביעת החובה בזכות החוקתית השלילית" (אהרן ברק, [מידתיות במשפט](#), ע' 523 (2010); ר' עוד: בג"צ 10662/04 [חסן נ' המוסד לביטוח לאומי](#), (28.2.2012), הנשיאה ביניש, פס' 29). האבחנה שמציעה המשיבה היא שגויה, באשר גם הפן "השלילי" של חירות הביטוי כרוך לא פעם בעלויות, שהמשיבה חייבת לשאת בהם ואף נושאת בהן בפועל. כפי שמסביר המלומד אסף הראל:

"יש להניח, לדוגמה, שמוסד להשכלה גבוהה – כגוף המבצע תפקיד שרוך בו אינטרס ציבורי רב מעלה תוך שימוש בעמדת כוח – יחויב לכבד ערכי יסוד דמוקרטיים שאותם הוא מבקש להנחיל לסטודנטים. ברוח זו, אין להתיר לו לרמוס את חופש הביטוי... כל אימת שהוא מתנגש עם אינטרסים של תאגידים נותני חסות לאותו מוסד (העשויים להכניס רווחים כספיים למוסד)... אין מנוס, אפוא, מהטלת חובה על אוניברסיטה להימנע מפגיעה שאינה מידתית בחופש הביטוי במוסד. רק כך יימנע ניצול לרעה של המשאב החיצוני המוחזק על ידיה בנאמנות על ידי הציבור." (אסף הראל [גופים דו-מהותיים](#) (2008) 466-7).

37. כך, למשל, אונ' תל-אביב חוייבה לאפשר קיום תערוכה בשטחה, חרף החשש שהדבר יביא לאובדן מלגות שמעניקה שגרירות סין לסטודנטים באוניברסיטה, ולמימון שהיא נותנת ל"מכון קונפוציוס"

באוניברסיטה (עניין [תמח נ' אוניברסיטת תל אביב](#) (פס' 5 לעיל) פס' 15). בית המשפט העליון קיבל ערעור וביטל את החלטת אוניברסיטת בן גוריון לאסור על הפצת פמפלט פוליטי; זאת למרות שהיה חשש שלאוניברסיטה ייגרמו נזקים כתוצאה מכך שהעלון הפרובוקטיבי יזוהה איתה ויפגע בתדמיתה או יגרור "...תביעת לשון הרע, דבר שיצריך השקעת משאבים וטרחה בהתגוננות" (ע"א 9505/11 [צורף נ' אונ' בן גוריון בנגב](#) (25.4.13); ה"פ 9 (ב"ש) [צורף נ' אונ' בן גוריון](#) (27.10.2011)). אוניברסיטת חיפה חויבה לאפשר ייצוג משפטי בהליכי משמעת מסויימים, חרף טענתה "בדבר העלויות העלולות להאמיר כתוצאה ממתן אפשרות לייצוג באמצעות עורכי דין" (עניין [אונ' חיפה נ' בן הרוש](#) (ר' פס' 9 לעיל) פס' 1).

פגיעה בתקציב האוניברסיטה?

38. המשיבה מזהירה מפני פגיעה בתקציבה: "האוניברסיטה אינה מגבילה... את **מספר הפעילויות** הציבוריות...". היא אומרת, ו"להטלת החובה לשאת **בעלויות הישירות** הכרוכות בקיומן... עלולות להיות **משמעויות כספיות נרחבות**" (פס' 14 לתשובה). ובקצרה: "**ככל שעולה תקציב הביטחון, כך יורד תקציב המעבדות**" (פרוטוקול 11.3.18 עמ' 3 ש' 29-30).

39. עד כמה "נרחבות" הן אותן "משמעויות כספיות"? מה "מספר הפעילויות"? מה היחס בין ה"עלויות העקיפות" שהמשיבה מממנת **בכל** אחת מהפעילויות שמתקיימות בה לבין ה"עלויות הישירות" של תגבור אבטחה של אותם "אומללים", שחורגים מהקונצנזוס ומקימים עליהם את זעם הבריונים?

40. הטענה התקציבית הועלתה על דרך הסתם, אפילו ללא מראית עין של ניסיון לבססה בעובדות – בנתונים, שמצויים בידענתה הבלעדית של המשיבה. לא דיי בכך כדי להצדיק עוול ופגיעות קשות כל כך בזכויות היסוד – לא במשפט הפרטי, ולא כל שכן בהתאם לכללי המשפט הציבורי.

41. אכן, שיקולים תקציביים עלולים לעיתים לרסן את הביקורת השיפוטית – לעיתים אפילו במקרה של הפליה פסולה, של חוסר סבירות וחוסר מידתיות. "ברם טענה כי שיקול תקציבי הוא שבבסיסה של הוראה... [מפלה] הינה טענה שבעובדה, ויש לבסס תשתית עובדתית עדכנית התומכת בה" (עמ' 7335/10 [קצין התגמולים נ' לופר](#) (29.12.2013) פס' כט). על המשיבה היה "לטרוח ולשכנע את בית המשפט בעובדות ובמספרים... לא נקבל טענה סתמית של פגיעה בתקציב, ועל הרשות ירבו הנטל להוכיח כי ייפגע התקציב; כי הפגיעה פגיעה משמעותית היא; כי אין בידיה אמצעים חלופיים מעשיים לצמצום הפגיעה בתקציב" (ע"א 1761/02 [רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ](#), פ"ד (4) 545, 591 (20.2.2006); ע"א 546/04 [עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית](#), פס' 48-50 (20.8.2009)).

42. המשיבה לא הציגה שום ביסוס עובדתי לטענות התקציביות, ולאזהרתה מפני "ירידה בתקציב המעבדות". ואגב, אם במעבדות עסקינן: אוניברסיטאות מתמודדות עם איום של פגיעה במעבדות המבצעות ניסויים בעלי חיים. היעלה על הדעת שהמשיבה תטיל על סטודנטים בחוגים שנזקקים לאותן המעבדות את העלויות הכרוכות באבטחתן?

43. יפים לענייננו דברים שנאמרו בעניין אחר: "בבחינת השיקול התקציבי אל מול הזכות לשוויון [ובענייננו גם אל מול חופש הביטוי] בעידן החוקתי ניתן לראשון משקל רב מדי בעיצוב מדיניות... דבר זה חורג ממתחם הסבירות" (עמ' 7335/10 [קצין התגמולים נ' לופר](#) (29.12.2013) פס' מ).

כמה עולה "תג מחיר" לחופש הביטוי

44. דיי בדברים שלעיל, כדי לסיים את הדיון ולפסול את מדיניות המשיבה. יחד עם זאת, מבלי שיהיה בכך משום הסכמה להעברת נטל השכנוע, המבקשות הציגו מספר עובדות שמפריכות את הטענה התקציבית ומעמידות אותן באור שערורייתי במיוחד.
45. ראשית, עיקר תקציב המשיבה מגיע מקופת המדינה והוא משתנה בהתאם לעלויות ובהתאם להצעת תקציב מפורטת שהמשיבה מגישה מדי שנה (הר-זהב ומדינה, 262). שנית, המשיבה מגלגלת את הוצאות האבטחה והשמירה על הסטודנטים, באמצעות אגרה שנתית בסך 500 ₪, וגובה מהם כ-15 מיליון ₪ בשנה עבור אבטחה (ר' פס' 45 להמדרצת הפתיחה, ופרוט' ועדת החינוך הנזכר שם). המשיבה נמנעה מלהתייחס לעובדה זו בכתב התשובה וגם במהלך הדיון בבית המשפט (פרוטוקול 11.3.2018 ע' 3 ש' 17).
46. **הסטודנט משלם עבור שירותי האבטחה, אבל כאשר הוא נזקק להגנה מפני בריונים בשל דעותיו – המשיבה מגישה לו חשבון נוסף.** לכאורה המשיבה מסתכנת בתביעה ייצוגית בשל הטעיה, אך "למזלה" נפסק, ש"גביית תשלומים מן הסטודנטים", ואפילו בגין שירותים נלווים, "היא חלק בלתי נפרד מפעילותה של האוניברסיטה כמוסד להשכלה גבוהה" ולפיכך אין היא "עוסק" כמשמעו בחוק הגנת הצרכן. (תא' ח"י) 1273-07 טובול נ' אונ' חיפה (1.7.2009)). כלומר, כפיפותה לכללי המשפט הציבורי מוציאה אותה מתחולתו של חוק הגנת הצרכן. יחד עם זאת, לעניין **חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, תשס"א-2000**, המשיבה היא "מי שעיסוקו בהספקת ... שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי" וחוטאת בהפליה אסורה בניגוד לדין.
47. מכל מקום, כפי שראינו לעיל, לחובת המשיבה עומדות עילות מן המשפט הציבורי, שחלות עליה בין בדרך של תחולה ישירה, ובין בדרך של תחולה עקיפה דרך דוקטרינת תום הלב ותקנת הציבור. וככל שהמשיבה מתעקשת להיחשב גוף פרטי – הרי שהיא מפרה חוזה בינה לבין הסטודנטים, ששילמו דמי אבטחה, ומפרה את חובת תום הלב בקיומו: "השאלה האמיתית אינה, אם עקרונות היסוד של המשפט הציבורי חלים בתחומי המשפט הפרטי... [אלא] כיצד מוזרמים עקרונות היסוד של המשפט הציבורי אל תחומי המשפט הפרטי" (נא 294/91 חברת קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 523 (1992)).
48. מכל מקום, נמצאנו למדים, שלא מדובר ב"יותר אבטחה - פחות מעבדות"; למשיבה יש תקציב אבטחה שממומן על ידי הסטודנטים. השאלה היא – **אילו שיקולים ערכיים מנחים אותה בחלוקת "העוגה" התקציבית.** האם ראוי לממן באמצעותו גם אבטחה מוגברת באותם מקרים מעטים של פעילות "נפיצה" או רק פעילויות סטודנטיאליט "רגילה" ולא "מרגיזה".
49. השערורייה של מדיניות "תג המחיר" גוברת למקרא **מכרז שירותי האבטחה** של המשיבה (מוצג ת/12; החלטה 17.7.18). מוצג זה מספק מקצת מהנתונים שהיה על המשיבה להציג בתמיכה לטענתה "התקציבית" ומעמיד את הטענה באור מגוחך.
50. מהטבלאות שבנספח א' למכרז (ת/12) עולה **שבכל שנה מזמינה האוניברסיטה כ-47,000 שעות למשימות שוטפות של אבטחה ושמירה** (בתקופת הלימודים כ-925 שעות בשבוע; בתקופת הפגרה כ-

858 שעות בשבוע; את הנתון השבועי הכפלנו ב-20 שבועות פגרה + 32 שבועות לימודים (על מנת לאמת את הנתונים הללו, מצורפות שוב הטבלאות שבמוצג ת/12, בלויית תחשיב מתמטי מפורט).

51. בנוסף לשירותים השוטפים מזמינה המשיבה **2,000 שעות ל"משימות מזדמנות"**:

"במהלך השנה ובמיוחד במהלך תקופת הלימודים, עולה הצורך להקצאת שומרים רבים למשימות ביטחון מזדמנות ברחבי הקמפוס... היקף המשימות המזדמנות המשוער במהלך שנה"ל, עומד על כ- **2,000 שעות עבודה**... משימה דוגמת **יום הסטודנט, בחירות לאגודת הסטודנטים, אירועי-חבר הנאמנים, בחירות לוועד העובדים, הפגנות, ביקורי אח"מ בקמפוס, מסיבות סטודנטים ועוד**... " (עמ' 2 ו-4 ל-ת/12 "העדות ודגשים")

52. דרישת התשלום שבמוקד המחלוקת בתיק זה נועדה לכסות עלויות של "משימות מזדמנות" כאלו. 2000 השעות שהמשיבה מזמינה במכרז כוללות משימות רבות ומגוונות, דוגמת "חבר הנאמנים", "ביקורי אח"מים" "בחירות לוועד העובדים" ועוד. **רובן המכריע כלל אינו קשור להפגנה או לפעילות ציבורית "נפיצה" דוגמת זו שלפנינו.** אבל גם אם נניח שמדובר ברבע, דהיינו כ-500 שעות בשנה, הרי שמדובר **1% מסך כל שירותי השמירה** שהמשיבה מזמינה מידי שנה.

53. זאת ועוד, **עלות שעה אחת של מאבטח היא 50 ₪** (כזכור, המבקשות נדרשו לשלם 800 ₪ בגין 4 מאבטחים (פס' 6 ו-3 להמדרצה); כל מאבטח מגיע ל-4 שעות (עמ' 2 ו-4 ל-ת/12 תחת "העדות ודגשים"); מכאן שעלות שעה אחת היא 50 ₪). יוצא אפוא, שעלות 500 שעות שמירה בשנה היא 25,000 ₪ - סכום שאפשר להשיג **אם כל אחד מ-30,000 הסטודנטים יוסיף שקל אחד לאגרת הביטחון שהוא משלם.**

54. הנה כי כן. חלופה של הוספת שקל אחד (ואם קימצנו באומדנה – אז שיהיה 2 ₪) לאגרה השנתית היא מידתית וסבירה יותר. אמנם, אין זו בהכרח החלופה הסבירה והראויה ביותר. אבל כל חלופה שהיא תהיה סבירה ומידתית יותר מזו שנבחרה על ידי המשיבה כמענה לאיומים, לבריונות ולהשתקה.

"האוניברסיטה הינה מוסד להשכלה גבוהה, המבוסס על עקרון החופש האקדמי

והרואה בחופש הביטוי תנאי יסודי לקיומו. האוניברסיטה תבטיח ותטפח חופש ביטוי מלא

בפעילות האקדמית, התרבותית והחברתית בין כתליה במסגרת חוקי המדינה"

(הוראה 10-003 "פעילות ציבורית באוניברסיטה"; ת/6; ר' 99 פס 17 לעיל)

מדיניות "תג מחיר" של המשיבה רחוקה מרחק רב מההצהרה החגיגית והחשובה הנ"ל. היא חוטאת לתכלית קיומה, ליעודה הציבורי, לתפקידה כמגדלור של חירות מחשבה וביטוי. כל אלה חשובים דווקא עתה, שעה שחשרת עננים מעיבה על חופש הביטוי ועל החופש האקדמי. אסור לה למשיבה להיסחף בזרם ולהיכנע לאיומים משתיקים. אסור לה לכבות את האור.