

# על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון

מאת

ענבל ברוש ואביגיל ולינסקי\*

א. מבוא. ב. השתלשלות העניינים והחלטת בית המשפט. ג. דוקטרינת הפורום הציבורי; 1. דוקטרינת הפורום הציבורי האמריקנית; 2. יישום הדוקטרינה בארה"ב בהקשר של מוסדות השכלה גבוהה ציבוריים (אוניברסיטאות ציבוריות); 3. דוקטרינת הפורום הציבורי במדינות נוספות. ד. החלטת דוקטרינת הפורום הציבורי במשפט הישראלי; 1. הזכות לחופש ביטוי; 2. מעמדה של הזכות לחופש הביטוי באוניברסיטאות בישראל; 3. דוקטרינת הפורום הציבורי במשפט הישראלי – פסק הדין בעניין שלמה כהן ופסיקה אחרת. ה. החלטת הדוקטרינה על עניין צורף; 1. האם פתיחת "אזורי ביטוי חופשי" (פורום ציבורי ייעודי) תהווה פתרון מספיק?; 2. תדמית, חשש מתביעות דיבה וזכות הקניין; (א) תוכן הביטוי; (ב) החשש מפני תביעות לשון הרע; (ג) זכות הקניין; (ד) תדמית. ו. סוגיות נוספות שיישום הדוקטרינה בישראל מעורר. סיכום.

## א. מבוא

בחודש יולי 2011 הגישו ארבעה סטודנטים מאוניברסיטת בן-גוריון והאגודה לזכויות האזרח המרצת פתיחה לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע נגד אוניברסיטת בן-גוריון עקב החלטתה לאסור חלוקת עלונים ופרסום כרזות על ידי אותם סטודנטים בשטח הקמפוס.<sup>1</sup> בכרזות ובעלונים הופיעו תמונותיהם של ראש הממשלה נתניהו ושר החוץ ליברמן על רקע של צבע אדום, איקס שחור וצללית יד המסמנת את סמל הניצחון "V". בתחתית העלונים והכרזות הופיע הכיתוב "סולידריות נגד הפשיזם".<sup>2</sup>

לטענת הסטודנטים, ההחלטה שלא להתיר את פרסום הכרזות והחלוקה של העלונים, פוגעת פגיעה בלתי מידתית, ולכן שלא כדין, בזכותם לחופש ביטוי פוליטי בתחומי הקמפוס. לפיכך ביקשו התובעים לבטל את החלטת האוניברסיטה. השופט אריאל ואגו מבית המשפט המחוזי בבאר-שבע דחה את בקשתם וקבע כי יש להעדיף את חששה של האוניברסיטה מפני תביעות לשון הרע ומפני פגיעה בתדמית האוניברסיטה, ולהגן על הזכות הקניינית שלה. בפסיקתו הרחיב בית המשפט את מתחם הסבירות שבו פועלים גופים דומהותיים, כגון האוניברסיטה, לעומת גופים ציבוריים אחרים.

לטענתנו, בית המשפט הרחיב יתר על המידה את מתחם שיקול הדעת של האוניברסיטה להביא בחשבון את האינטרסים הפרטיים שלה כגון שמירה על תדמיתה והסרת החשש שתצטרך להיות אחראית ללשון הרע מפי הסטודנטים. למעשה, באמצעות הקביעה כי האוניברסיטה היא גוף דומהותי, החליש בית המשפט את ההגנה הניתנת לחופש הביטוי של הסטודנטים בשקלו לעומתם את כל האינטרסים שהעלתה האוניברסיטה.

בהארה זו נטען כי היה ראוי לבחון את המקרה בעזרת דוקטרינת הפורום הציבורי, כפי שפותחה בבתי המשפט בארה"ב (להבדיל, מהפיתוח הבלתי שיטתי שלה בפסיקה הישראלית). יישומה של הדוקטרינה היה מאפשר להכיר בלגיטימיות של

\* ההארה נכתבה בהיותן של הכותבות סטודנטיות לתואר ראשון במשפטים באוניברסיטת חיפה, ובמסגרת חברותן במערכת תשע"ב של כתב העת "הארץ דיין".

1 ה"פ (מחוזי ב"ש) 20078-07-11 צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון (פורסם בנוב, 27.10.2011).  
2 שם, בעמ' 3 לפסק הדין. לתמונות, ראו: <http://www.haaretz.co.il/hasite/images/>; <http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1236564>; <http://www.haaretz.co.il/news/education/1.1236564.printed/P231210/a.0.2312.210.1.9.jpg>

אינטרסים מסוימים של האוניברסיטה להגביל את חופש הביטוי בתחומיה, בלי לצעוד בדרכו של בית המשפט. כך, למשל, הדוקטרינה הייתה מאפשרת להבחין בין מתחמים שונים בתוך האוניברסיטה (למשל, כיתות להבדיל ממדשאות), וכן בין שיקולי שונים של האוניברסיטה (למשל, קיום פעילות לימודים סדירה להבדיל מפגיעה בתדמית).

סדר הדיון בהארה יהיה כדלקמן: תחילה, בפרק ב, נציג בקצרה את החלטת בית המשפט המחוזי ואת הנמקתו; לאחר מכן, בפרק ג, נציג את דוקטרינת הפורום הציבורי כפי שהתפתחה בפסיקה בארה"ב; ולבסוף בפרק ד נראה כי החלטה על המקרה הנדון בהארה זו מביאה לידי תוצאה שלפיה אין האוניברסיטה רשאית להגביל את הביטויים בענייננו. אגב כך תיבחן קליטתה הבלתי עקיבה של דוקטרינת הפורום הציבורי במשפט הישראלי, ונדון בהשלכות אפשריות של ייבוא הדוקטרינה במלואה ויישומה דרך קבע בפסיקה הישראלית.

## ב. השתלשלות העניינים והחלטת בית המשפט

בדיון בבית המשפט המחוזי טענה האוניברסיטה כי החלטתה שלא להתיר את הפרסום מוצדקת בשל החשש שמדובר בלשון הרע על אישים בכירים. לנוכח חשש זה, מתן היתר לפרסום סותר את חובתה למנוע ביוזי והשפלה של אישי ציבור בשטחיה ועלול אף לעלות כדי שיתוף של האוניברסיטה בהפרת החוק, שיתוף החושף את האוניברסיטה לסיכון משפטי.<sup>3</sup> האוניברסיטה הוסיפה וטענה כי גם אם אין מדובר בלשון הרע, הרי כבעלת המקרקעין ביכולתה למנוע פרסום שנוי במחלוקת, שאף עשוי להתפרש כהסתה לאלימות או לפגוע ברגשות הציבור. לבסוף טענה האוניברסיטה לחשש כי ייגרם לה נזק תדמיתי אם הציבור שייחשף לפרסומים בתחומה יסיק כי האוניברסיטה פורשת את חסותה על תוכן הפרסומים המדוברים ונותנת להם את הסכמתה, ולפיכך זכאית היא, מכוח חופש הביטוי שלה, לאסור את הביטוי, שכן ביטויים של הסטודנטים משויך לה משום שנעשה בשטחה ובאישורה.<sup>4</sup>

מנגד טענו הסטודנטים העותרים כי בהחלטת דיקן הסטודנטים יש משום פגיעה חמורה בחופש הביטוי שלהם, כמו גם בשיח הציבורי. עוד טענו כי ההחלטה פוגעת בחופש ההתארגנות של תאים פוליטיים בקמפוס. מסיבות אלו, קראו לבית המשפט לבטל את ההחלטה.

השופט ואגו קבע בפסק דינו מ'27 באוקטובר 2011 כי אילו היה מדובר ברשות ציבורית "טהורה", לא היה ניתן לאסור פרסום מסוג זה, ובייחוד כאשר אין מדובר בתוכן קיצוני בעל פוטנציאל פוגעני ומוציא דיבה.<sup>5</sup> עם זאת, קבע השופט כי בעניין זה מדובר בגוף דו-מהותי שחלה עליו "דואליות נורמטיבית" ויש בו מן המאפיינים של גוף פרטי, ולפיכך מתחם הסבירות הוא רחב יותר משל רשות ציבורית "רגילה", ובהתאמה יש להתחשב באינטרסים המצומצמים יותר שלו, בהיבט הקנייני ואף התדמיתי. לפיכך דחה השופט ואגו את עתירת הסטודנטים וקבע כי האוניברסיטה לא חרגה בהחלטתה ממתחם הסבירות.

על החלטת השופט ואגו הוגש ערעור לבית המשפט העליון, אשר בסופו של דבר התקבל בהסכמה, ללא נימוקים.<sup>6</sup> בנימוקי הערעור טענו המערערים כי פסק הדין נותן משקל מופרז לזכות הקניין לעומת חופש הביטוי באוניברסיטה, ומרחיב יתר על המידה את מתחם הסבירות שגוף דו-מהותי פועל בו עד כדי מצב שבו ביקורת שיפוטית תחול רק במקרים הנדירים של זדון או שיקולים זרים. כמו כן נטען כי האוניברסיטה, מעצם טבעה, היא מקום להשמעת דעות, לפלורליזם, לניהול שיח והתכנסויות ציבוריות, וכי במתן הבמה לביטויים מגוונים אין כדי להטיל אחריות משפטית על האוניברסיטה עצמה. לבסוף

3 עניין צורף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 6.

4 שם, שם.

5 שם, שם.

6 ע"א 9505/11 צורף נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב (פורסם בנבו, 25.4.2013).

ענבל ברוש ואביגיל ויולנסקי, "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון", **הארץ דין** ז' 61 (תשע"ב)

נטען כי יש בהחלטה "אפקט מצנן" העשוי למנוע מסטודנטים להביע את אשר על לבם וכי יש בדחיית העתירה משום מתן לגיטימציה לרשויות האוניברסיטה לפסול פרסומים בכל מקרה של ספק קל שבקלים.<sup>7</sup>

הארה זו תדון כאמור בהרחבה בנימוק נוסף, שלא עלה בכתבי הטענות שהוגשו בערעור -- והוא בחינת חופש הביטוי באוניברסיטה לאור דוקטרינת הפורום הציבורי.

## ג. דוקטרינת הפורום הציבורי

פסק הדין שניתן בבית המשפט המחוזי מעורר שאלות משפטיות רבות ובהן היחס שבין חופש הביטוי לחשש מפני לשון הרע, אחריות האוניברסיטה להתבטאויות בתחומה, ה"אפקט מצנן" של החלטת האוניברסיטה על התבטאויות של סטודנטים והתארגנותם הפוליטית בקמפוס והיקף מתחם הסבירות שגוף דומהותי פועל בו. בהארה זו נימנע מלרדת לעומקן של סוגיות אלה, שכן ברצוננו להתמקד בסוגיה אחת: נבקש להציע את השימוש בדוקטרינה שכמעט לא נעשה בה שימוש מושכל במשפט הישראלי – דוקטרינת הפורום הציבורי.

תחילה נסקור את התפתחות הדוקטרינה בארה"ב ואת הרקע להתפתחותה. אחר כך נציג כמה פסקי דין שבהם יושמה הדוקטרינה באוניברסיטאות בארה"ב, ולסיום נטען כי הדוקטרינה מספקת פתרון ראוי לשאלה שעלתה בפסק הדין שנדון כאן ונציג גם את חסרונותיה האפשריים.

### 1. דוקטרינת הפורום הציבורי האמריקנית

התיקון הראשון לחוקת ארה"ב קובע כי הקונגרס לא יחוקק כל חוק המגביל את חופש הביטוי של האזרחים במדינה. למרות הוראת האיסור הברורה והחד-משמעית, הגיע בית המשפט העליון בארה"ב לכלל מסקנה כי היקף חופש הביטוי המוגן רגיש למרחב ולזמן. בית המשפט העליון הקפיד לשמור על זכות הפרט לחופש ביטוי, אך נדרש ליישב התנגשות בין זכות זו לבין אינטרס המדינה לנהל את קרקעותיה ולבצע את תפקידיה הציבוריים. יישוב ההתנגשות הוא שהביא לפיתוח דוקטרינת הפורום הציבורי על ידי בית המשפט העליון של ארה"ב.

פסק הדין אשר היווה את הבסיס להתפתחותה של דוקטרינת הפורום הציבורי בארה"ב הוא עניין *Hague v. CIO*,<sup>8</sup> שבו נקבע כי הרחובות והפארקים הם אמנם בחזקת המדינה ובבעלותה, אך מאז ומתמיד הם מוחזקים לטובת הציבור, המשתמש בשטחים אלו כדי להתאסף, לדון בבעיות ציבוריות ולהתבטא. במרוצת הזמן הפכו פעולות אלו בשטחים הציבוריים לחלק מהפריבילגיות של האזרחים, מהזכויות ומהחופש שלהם.

במסגרת הדוקטרינה הוכרו והתפתחו שלוש קטגוריות של פורומים:<sup>9</sup> פורום ציבורי מסורתי, פורום ציבורי ייעודי ופורום לא ציבורי. אם השטח הוא פורום ציבורי (בין מסורתי ובין ייעודי), יכולת המדינה לווסת את הביטוי של הציבור בו כפופה לביקורת שיפוטית קפדנית ביותר.<sup>10</sup> להבדיל, בפורום לא ציבורי, לבעל השטח, קרי המדינה, יש חופש רב להסדיר את הפעולות בקרקע. בפורומים שאינם ציבוריים, בית המשפט מוכן להניח כי למדינה יש אינטרס חשוב לקדם, ולפיכך אינו ממהר להגדיר ביטוי של אזרחים במרחב זה כביטוי שזכאי להגנה חוקתית קפדנית.

7 ראו נימוקי הערעור בע"א 9505/11 צורף נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב (פורסם בנבו).

8 *Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939).

9 *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983).

10 Robert C. Post, *Between governance and management: the history and theory of the public forum*, 34 UCLA L. REV. 1713, 1715 (1986-1987).

ענבל ברוש ואביגיל וולנסקי, "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון", **הארץ דין** ז' 61 (תשע"ב)

נעבור אפוא לבחינת שלושת סוגי הפורומים ונבדוק אילו סוגי שטחים כלולים בכל אחד מהם. הקטגוריה הראשונה היא פורום ציבורי מסורתי. בקטגוריה זו מצויים מתחמים, אשר לפי מסורת ארוכת שנים הם פתוחים לציבור לצורך התאספות, הבעת דעות והתבטאות (כפי שהיה בפסק הדין בעניין *Hague*). דוגמה למתחמים מעין אלה היא רחובות ציבוריים וגינות ציבוריות. סיווג של פורום כפורום ציבורי מסורתי משמעותו כי תינתן ההגנה הרחבה ביותר על חופש הביטוי בו.

הקטגוריה השנייה היא הפורום הציבורי הייעודי. בקטגוריה זו מצויים מתחמים שאמנם אין בעניינם מסורת ארוכה, אך המדינה ייעדה אותם לשמש "במה ציבורית" הפתוחה לציבור להתאספות ולהתבטאות. לורנס אלכסנדר הציג, כדוגמה לפורום ציבורי ייעודי, את המקרה של חדרי פגישה אוניברסיטאים המיועדים לסטודנטים.<sup>11</sup>

פורום ציבורי ייעודי יהיה פתוח לביטויים ציבוריים לפי הייעוד שקבעה המדינה. קטגוריה זו היא קטגוריית ביניים בין פורום ציבורי מסורתי ובין פורום לא ציבורי. למעשה, זהו פורום ציבורי מוגבל.<sup>12</sup> לפיכך רק לקבוצה מסוימת של אנשים מותר להתבטא באותם מתחמים ייעודיים, או שיותר להביע בהם רק סוגי ביטויים הנקבעים על פי אופי המתחם הייעודי ומטרתו (לדוגמה, מתחם המיועד לביטויים פוליטיים). פורום ציבורי מסורתי אינו מוגבל רק לסוגי הביטוי או הקבוצות התואמים את אופיו של הפורום.<sup>13</sup> לעומתו, בפורום הייעודי המדינה יכולה לקבוע את ייעודו של הפורום ולהגביל את סוגי הביטוי בו (למשל, רק ביטוי מסחרי, פוליטי או אמנותי). אין המדינה רשאית, כמובן, לצדד רק בהשמעת עמדה אחת בלבד באותו עניין).<sup>14</sup>

כדי לסווג פורום לקטגוריה של פורום ציבורי ייעודי, בית המשפט יחפש כוונה ברורה של המדינה ליצור פורום מסוג זה.<sup>15</sup> לזיהוי הכוונה יש חשיבות רבה משום שאזורים שאינם יכולים להיות מסווגים כפורומים ציבוריים קלסיים, ולא נאמר דבר על היותם פורומים ציבוריים ייעודיים, צפויים בדרך כלל להיחשב לפורומים לא ציבוריים.

כדי להגן על חופש הביטוי בפורום ציבורי, הדוקטרינה קובעת שני תנאים להגבלת חופש הביטוי בפורום: ראשית, אין להתערב כלל בתוכן הביטוי, ואפשר להגבילו רק בעניינים של אופן הביטוי, מקומו וזמנו (time, place and manner of the speech). שנית, הגבלת חופש הביטוי צריכה להיות לתכלית ראויה של המדינה.<sup>16</sup> כאשר המדינה נדרשת לווסת פעילות ביטוי, היא רשאית להביא בחשבון את אופי המתחם ותחום הפעילות הרגיל בו.<sup>17</sup> עם זאת יודגש שכאשר המדינה מגבילה ביטוי בפורום ציבורי (מסורתי או ייעודי) מכוח דוקטרינת "זמן, מקום ואופן" שתכליתה לנהל מרחבי ביטוי, עליה לוודא כי מוצעת חלופה אפקטיבית לביטוי זה בפורום ציבורי (מסורתי או ייעודי) אחר, שנגישותו ויכולת ההשפעה שלו על השיח מוחשיות.<sup>18</sup>

Laurence B. Alexander, *Public Forum Doctrine in Higher Education: Student Rights and Institutional Prerogatives*, ELECTRONIC 11 THESES, TREATISES AND DISSERTATIONS. Paper 165., 43 (2007) available at <http://diginole.lib.fsu.edu/etd/165>

12 שם, בעמ' 43, 45.

13 שם, בעמ' 42; Post, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1753, 1760.

14 שם, 1753; Alexander, לעיל ה"ש 11, בעמ' 43, 157.

15 *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Education Fund*, 473 U.S. 788, 802 (1985).

16 *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981).

17 בפסק הדין בעניין *Grayned v. Rockford* קבע בית המשפט העליון כי אופי המתחם ודפוס פעילותו הרגיל מעצבים את פרשנות תנאי הזמן, המקום והאופן הסבירים של הביטוי המותר. בית המשפט יבחן אם אופן הביטוי עולה בקנה אחד עם הפעילות הרגילה במקום מסוים ובזמן מסוים. כך, למעשה, הכפיף בית המשפט את המבחנים הקיימים למבחן נוסף שבוחר את אופי המקום. לדוגמה, בית המשפט לא יסתפק בבחינת גודלו של המקום, כדי לקבוע אם הוא יכול להכיל סוג מסוים של התבטאות, אלא יבחן גם את אופי המקום והוא עשוי להסיק ממנו כי משעה מסוימת ואילך אין להתיר התבטאויות, כיוון שאז מתקיימת הפעילות הרגילה במתחם. ראו *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 116 (1972).

18 Alexander, לעיל ה"ש 11, בעמ' 42, 239-240; Thomas J. Davis, *Assessing Constitutional Challenges to University Free Speech Zones*; 240-239, 42 *Under Public Forum Doctrine*, 79 IND. L.J. 267, 285-289 (2004) **באוסטרליה, בגרמניה, בדנמרק ובארזה"ב** 5 (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2008) <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02199.pdf> (להלן – מחקר הכנסת).

ענבל ברוש ואביגיל ויולנסקי, "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון", הארת דין ז' 61 (תשע"ב)

נבקש להדגיש כי עם סיווגו של מתחם לפורום ציבורי מסורתי או ייעודי, המדינה לא תהיה אחראית עוד לביטויים המבוטאים בו, ולפיכך לא תוכל להיתבע בגין תוכן הביטוי, שכן אין זה מתפקידה לפקח עליו. תפקיד המדינה הוא רק לשמור על הסדר בעת הבעת הביטוי.<sup>19</sup> במילים אחרות, ביטוי בפורום ציבורי אינו מערב את המדינה בין כדוברת ובין כרגולטור האחראי לבחון את הדברים הנאמרים, ולפיכך היא אינה נושאת באחריות משפטית לתוכן הביטוי.

## 2. יישום הדוקטרינה בארה"ב בהקשר של מוסדות השכלה גבוהה ציבוריים (אוניברסיטאות ציבוריות)

דוקטרינת הפורום הציבורי הוחלה על אוניברסיטאות ציבוריות רק מאמצע שנות השישים ואילך.<sup>20</sup> בתי המשפט הכירו באופי המיוחד של האוניברסיטאות ולכן החילו על שטחים מסוימים בהן את דוקטרינת הפורום הציבורי. כך בית המשפט העליון של ארה"ב, בראשות השופט קנדי, קידם את התפיסה שהאוניברסיטאות היו מאז ומתמיד במה לכל המבקש להתבטא.<sup>21</sup> בתי משפט אמריקניים אף ציינו במפורש כי אין גוף אחר שצריך להיות פתוח יותר לביטוי חופשי של רעיונות מקמפוס של אוניברסיטה.<sup>22</sup>

בבואו ליישם את כללי הפורום הציבורי (המסורתי או הייעודי), בית המשפט מביא אפוא בחשבון את הפונקציה שאוניברסיטאות ממלאות בחברה דמוקרטית ככמה לשיח ביקורתי. התרבות המשפטית האמריקנית שנוצרה בעקבות גישה זו מצפה מאוניברסיטה המכבדת את עצמה כי תגדיר בשטחה ולו מרחב מרכזי אחד שישימש פורום ציבורי. במרחב זה האוניברסיטה רשאית להגביל ביטוי על יסוד דוקטרינת "זמן, מקום ואופן", אך עליה להקפיד שהכללים שהיא מתקינה לא יפגעו בחופש הביטוי יתר על המידה.

ברוח זו נטו בתי המשפט לסווג את השטחים הפתוחים באוניברסיטה כפורומים ציבוריים. כך, בית המשפט העליון קבע כי מספיק שמתקנים באוניברסיטה נשארו פתוחים לשימוש קבוצות סטודנטים, כדי שאותם מתקנים ייחשבו לפורום ציבורי שאפשרה האוניברסיטה.<sup>23</sup> בתי המשפט אף הרחיקו לכת ואמרו כי מקום שבו אנשים יכולים ליהנות מהאוויר או מחברת חבריהם או שכניהם הוא מקום הדומה יותר לפורום ציבורי (כגון פארקים ציבוריים) משהוא דומה לפורום לא ציבורי, ולפיכך סיווגו שטחים פתוחים באוניברסיטה כפורום ציבורי ייעודי.<sup>24</sup> מאידך גיסא, יש לזכור כי בתי המשפט היו מוכנים לקבוע כי אם בשטח מסוים יש שימוש ספציפי (sufficiently specialized use), בית המשפט לא ייכפה להכיר בו כפורום ציבורי, אפילו מדובר במקומות שבדרך כלל מוכרים כפורום ציבורי מסורתי.<sup>25</sup>

יש להבחין בין סוגי אזורים באוניברסיטה, ואין דין ביטוי בכיתות במהלך שיעור כדין ביטוי באזורים החיצוניים של האוניברסיטה. מובן אפוא שחדרי הכיתות במהלך שיעור אינם פורום ציבורי של שוק רעיונות.<sup>26</sup> לעומתם, רחובות ציבוריים ומדרכות החוצות את האוניברסיטה, ואזורים פתוחים המזכירים פארקים, יהיו לרוב פורומים ציבוריים. והאפשרות להגביל בהן את חופש הביטוי תצומצם בהתאם.

זאת ועוד, בית המשפט קבע כי אוניברסיטה שאפשרה במה פתוחה לביטויים של סטודנטים במתחם מסוים, צריכה לנמק כל סטייה מאותה נורמה. כלומר, גם במקומות שבהם לא הייתה האוניברסיטה חייבת לאפשר במה חופשית לציבור (כלומר

19 כך, גם האוניברסיטה לא תהיה אחראית מבחינה משפטית לתוכן הביטוי ותפקידה יוגבל לשמירה על הסדר.  
20 מחקר הכנסת, לעיל ה"ש 18, 3-4; ראו גם Alexander, לעיל ה"ש 11, בפרק 5 לסקירה של פסקי דין המתייחסים למוסדות להשכלה גבוהה.  
21 Rosenberger v. Rector & Visitors of Univ. of Va., 515 U.S. 819, 835-836 (1995)  
22 Auburn Alliance for Peace & Justice v. Martin, 684 F. Supp. 1072, 1076 (M.D. Ala., 1988)  
23 פרשת Widmar, לעיל ה"ש 16.  
24 Hays County Guardian v. Supple 969 F.2d 111 (5th Cir., 1992)  
25 Lederman v. United States, 291 F.3d 36, 41-44 (D.C. Cir., 2002); United States v. Kokinda 497 U.S. 720 (1990)  
26 Davis, לעיל ה"ש 18, בעמ' 271.

ענבל ברוש ואביגיל וולנסקי, "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון", **הארץ** דין ז' 61 (תשע"ב)

המתחם לא סווג על ידי בית המשפט כפורום ציבורי מסורתי, הרי משניתנה במה כזאת, על האוניברסיטה לתת נימוק משכנע להדרתה של קבוצה כלשהי מאותה במה.<sup>27</sup>

הגבלת הביטוי בפורומים ציבוריים צריכה לעמוד בתנאים שצוינו לעיל. כלומר כאשר האוניברסיטה מגבילה ביטויים בפורומים הציבוריים שבשטחה, היא רשאית לכלול תנאי זמן, מקום ואופן הביטוי, ולהישאר ניטרלית מבחינת תוכן הביטוי. כך, למשל, האוניברסיטה רשאית לקבוע הגבלות בעניין היקף הביטוי, מועדו ומשכו וכן היא רשאית להטיל חובת הודעה מראש, אך היא אינה רשאית להגביל את תוכן הביטוי. זאת ועוד, כאשר בית המשפט מחליט להגביל את הדובר, עליו לבחון אם יש חלופות להגבלה שהוטלה, בהתחשב בקהל היעד ובתרומת המיקום הרצוי למשמעות הביטוי. הגבלה אינה טובה אם היא חוסמת בפני הדובר את הגישה לקהל היעד שרצה לפנות אליו, אף אם היא מאפשרת פנייה לקהל יעד אחר. חלופה טובה להגבלה שהוטלה אינה מפלה בין דוברים (לא טכנית ולא מהותית).<sup>28</sup>

עם זאת קבע בית המשפט כי התנהגות המפריעה במידה ניכרת ללימודים, או המביאה לידי אי-סדר מהותי, או פוגעת בזכויות של אחרים, לא תהיה חסינה מפני תקיפה משפטית בזכות חופש הביטוי בלבד.<sup>29</sup>

אין מוטלת על האוניברסיטאות חובה חוקתית להקצות פורומים ציבוריים, עם זאת, וכפי שצוין למעלה, בית המשפט יפרש בהרחבה את הדוקטרינה ויסווג מתחמים רבים בשטחי האוניברסיטה כפורומים ציבוריים (בתנאי שקבעה האוניברסיטה ייעוד מפורש. לדוגמה, אפשרה לקבוצת סטודנטים שימוש מסוים במתחם). זאת ועוד, הקהילה שהאוניברסיטה פועלת בקרבה מצפה שהאוניברסיטה תקצה פורום ציבורי ייעודי, אם אין פורום ציבורי מסורתי בשטחה. על כן יש לאוניברסיטאות אינטרס להסדיר בעצמן פורומים ציבוריים בטרם יגיע העניין לבתי המשפט. כך תהיה לאוניברסיטאות האפשרות להפנות סטודנטים המעוניינים להתבטא, למתחמים הנוחים להן. ואכן הקצו האוניברסיטאות בארה"ב, ביוזמתן, אזורי ביטוי, המאפשרים חופש ביטוי באוניברסיטאות בלי לפגוע בפעילות הסדירה של האוניברסיטה.<sup>30</sup>

ניתן גם לצפות שאוניברסיטאות ישאפו לאפשר חופש ביטוי לסטודנטים ולמרציהם כדי לזכות בפרסום חיובי על כך שלרוב יתרום לתדמיתן. אוניברסיטה המאפשרת חופש ביטוי יכולה להיתפס כמוסד שאינו מציע רק לימודים אקדמיים אלא תורם לציבור כולו בעודדו התבטאות של סטודנטים בשטחו.

מעניין לציין כי בארה"ב, אוניברסיטה ציבורית נתפסת כגוף מדינתית לכל דבר ועניין ולכן כפופה לביקורת שיפוטית מכוח תחולה ישירה של המשפט הציבורי, ואילו בישראל, כפי שעולה מן הפסיקה, לרבות מפסק דינו של השופט ואגון, אוניברסיטאות הן גופים דו-מהותיים, ולפיכך כפופות לביקורת שיפוטית מצומצמת.<sup>31</sup>

### 3. דוקטרינת הפורום הציבורי במדינות נוספות

ברבות ממדינות המערב מקובל חופש ביטוי נרחב באוניברסיטאות.<sup>32</sup> כך, לדוגמה, באוסטרליה חופש הביטוי במוסדות אקדמיים איננו מעוגן בחוק, ואף איננו נגזר מזכויות חוקתיות, ובכל זאת נהוגה בה מסורת רבת שנים של חופש ביטוי

27 פרשת *Widmar*, לעיל ה"ש 16; פרשת *Rosenberger*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 829-830.

28 *Davis*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 285-289.

29 *Tinker v. Des Moines Indep. Community Sch. Dist.*, 393 U.S. 503 (1969); *Tinker v. Des Moines Indep. Community Sch. Dist.*, 258 F. Supp. 971, 973 (S.D. Iowa, 1966).

30 מחקר הכנסת, לעיל ה"ש 18, בעמ' 6.

31 פרשת **צורף**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 6-7.

32 מחקר הכנסת, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1-3.

ענבל ברוש ואביגיל ויולנסקי, "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון", **הארץ דין** ז' 61 (תשע"ב)

בקמפוסים.<sup>33</sup> בדנמרק, הפגנה הנערכת בשטח הפתוח של האוניברסיטה נחשבת להפגנה במקום ציבורי לכל דבר ועניין. הפגנה באוניברסיטה טעונה אישור מהמשטרה בלבד, והנהלת המוסד איננה יכולה להתערב בעניין או למנוע את קיומה. פעילות פוליטית שאיננה הפגנה מותרת גם ביתר שטחי האוניברסיטה.<sup>34</sup> גם בגרמניה השטחים הפתוחים נמנים עם השטחים הציבוריים והזכות מעוגנת בחוק יסוד.

ממצאים אלו מביאים אותנו לכלל מסקנה כי הנורמות שיש להחיל על המוסדות להשכלה גבוהה בהקשר של חופש הביטוי צריכות להיות נורמות מתחום המשפט הציבורי. מדובר בשטחים ובאזורים הקרובים במהותם לפורום ציבורי, ועל כן ההגבלות שיחולו על שטחים אלו יהיו מצומצמות.

#### ד. החלת דוקטרינת הפורום הציבורי במשפט הישראלי

כפי שראינו לעיל, סוגיית היקף חופש הביטוי של הסטודנטים באוניברסיטאות הוסדרה בארה"ב באמצעות דוקטרינת הפורום הציבורי. לדעתנו, דוקטרינה זאת מתאימה ליישום גם במשפט הישראלי. בפרק הבא אף נבחן כיצד הייתה דוקטרינה זו משפיעה על ההכרעה בעניין צורף לו הוחלה על ידי המשפט.

כפי שנראה, יישומה של הדוקטרינה כפי שהיא פותחה בארה"ב, היה מאפשר פסק דין מאוזן יותר, המכיר בלגיטימיות של אינטרסים מסוימים של האוניברסיטה להגביל את חופש הביטוי בתחומה, בלי לצמצם את חופש הביטוי של סטודנטים בשל כל אינטרס של האוניברסיטה כגוף דרמהותי.

#### 1. הזכות לחופש ביטוי

חופש הביטוי מוזכר בהכרזת העצמאות והוא מוכר כזכות יסוד במשפט הישראלי. בפסק הדין המכונן בעניין **קול העם** קבע השופט אגרנט את מבחן הודאות הקרובה ופסק לפיו כי חופש הביטוי ייסוג רק כאשר תתקיים ודאות קרובה לפגיעה קשה וממשית בערך מוגן אחר.<sup>35</sup> הזכות לחופש הביטוי אינה נמנית במפורש עם הזכויות הנזכרות בחוקי היסוד החדשים,<sup>36</sup> אך הפסיקה הכירה בהיבטים של חופש הביטוי, כגון הביטוי הפוליטי, כחוסים בצלה של הזכות לכבוד המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>37</sup>

בדומה לזכויות היסוד האחרות, חופש הביטוי איננו חירות מוחלטת, ובמקרי התנגשות בזכויות ובאינטרסים אחרים, יש לאזן ביניהם. הנטייה המוקבלת בפסיקה, גם אם האינטרס האחר גובר, היא שלא לשלול לחלוטין את חופש הביטוי אלא לאפשרו במגבלות מסוימות.<sup>38</sup>

33 שם, בעמ' 2. יתרה מזו, לעתים הקמפוסים מהווים מוקדים לרדיקליזם, ובעבר מנהלי המוסדות אף הגנו על הסטודנטים מפני המדינה כשהאחרונה ניסתה להתערב בחופש הביטוי בקמפוס.

34 שם, בעמ' 3.

35 בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים**, פ"ד ז' 871, 892–893 (1953).

36 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק.

37 בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715, בפס' 24–27 לחוות דעתה של השופטת נאור כתוארה אז (2008).

38 כגון דוקטרינת "זמן, מקום ואופן", בבג"ץ 2481/93 **דיין נ' ניצב יהודה וילק, מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח(2) 456, 481–482 (1994).

ענבל ברוש ואביגיל וולנסקי, "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון", **הארץ דין** ז' 61 (תשע"ב)

## 2. מעמדה של הזכות לחופש הביטוי באוניברסיטאות בישראל

מלבד ההגנה הרחבה על חופש הביטוי בחוקי היסוד ובפסיקה, בשנת 2007 חוקקה הכנסת את חוק זכויות הסטודנט, התשס"ז–2007, שנועד לקבוע עקרונות לזכויות הסטודנטים<sup>39</sup> במגוון תחומים ובהם חופש הביטוי<sup>40</sup> וחופש ההתארגנות.<sup>41</sup>

דומה שהמטרה הייתה להבטיח פירוש רחב לזכויות אלו ודרכים למימושו,<sup>42</sup> אולם, הסדרת הנהלים נותרה לסמכותו של המוסד להשכלה גבוהה כחלק מסמכותו להסדיר את מהלך הלימודים התקין (בין היתר באמצעות תקנון, תקנות ונהלים פנימיים). מלבד קושי זה החוק בנוסחו הנוכחי מסדיר את חופש הביטוי הנוגע אך ורק באשר לתוכנו של חומר הלימוד ולערכים המובעים בו, ואינו מסדיר זכות כללית להבעת דעות בקמפוס.<sup>43</sup>

מחקר של הכנסת<sup>44</sup> מצא כי האוניברסיטאות לא התאימו את תקנוניהן להוראות החוק לאחר כניסתו לתוקף בשלהי 2007.<sup>45</sup> בכמה עתירות שהוגשו לאחר כניסת החוק לתוקפו נפסלו החלטות האוניברסיטה לשלול את חופש הביטוי וההפגנה, בין היתר עקב אי-קיום הוראות החוק.<sup>46</sup> כאמור, הדיון בנושא בבית המשפט העליון טרם מוצה, וגם קבלת הערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בעניין צורף לא הסירה את העמימות סביב גבולות חופש הביטוי בקמפוס.

## 3. דוקטרינת הפורום הציבורי במשפט הישראלי – פסק הדין בעניין שלמה כהן ופסיקה אחרת

מקומה של דוקטרינת הפורום הציבורי לא נפקד מן הפסיקה הישראלית. בפסק דינו בעניין שלמה כהן משנת 1995 ביקש נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר,<sup>47</sup> לשלב במשפט הישראלי את דוקטרינת הפורום הציבורי ואף נתן לה כינוי עברי: "עקרון הבמה הציבורית".<sup>48</sup> הנשיא שמגר צדק כאשר ציין כי ראוי להפריד בדיני חופש הביטוי בין סוגים שונים של פורומים – ציבוריים לעומת פרטיים. כמו כן צדק הנשיא שמגר כאשר ציין כי קיים מדרג בין ה"פורומים הציבוריים" ובטעם שנתן להבחנה בין ה"פרטי לציבורי": "הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור".<sup>49</sup>

39 ראו דברי ההסבר להצעת חוק זכויות הסטודנט, התשס"ז–2007, ה"ח הכנסת 148, 148.

40 ס' 5 לחוק זכויות הסטודנט.

41 ס' 6 לחוק זכויות הסטודנט.

42 ראו למשל פרוטוקול ישיבה מס' 199 של ועדת החינוך, התרבות והספורט, הכנסת ה-17 (21.5.2007) <http://knesset.gov.il/protocols/data/rf/chinuch/2007-05-21.rtf>

43 בימים אלו מונחת על שולחן הכנסת הצעה לתיקון כמה סעיפים בחוק המקורי, בין היתר מוצע להרחיב את האמור בסעיף 5 לחוק ולנסחו כך: "לכל סטודנט החופש להביע את דעותיו בכל תחום ונושא לרבות את עמדותיו והשקפותיו לגבי תוכנו של חומר הלימוד והערכים המובעים בו". כן מוצע להרחיב את חופש ההתארגנות ולכלול בו גם התארגנות פוליטית או מפלגתית. ראו הצעת חוק זכויות הסטודנט (תיקון) (חופש הביטוי וההתארגנות של סטודנטים), התשס"ח–2008, ה"ח הכנסת 249.

44 יובל וורגן, **יישום חוק זכויות הסטודנט: חופש הביטוי וחופש ההתארגנות** (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2008). <https://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02046.pdf>

45 כך, לדוגמה, "תקנות לפעילות ציבורית ופוליטית באוניברסיטת בן-גוריון" מופיעות כפי שאושרו בישיבת הוועד הפועל מס' 163 ב-29.12.1992.

46 ה"פ (מחוזי ב"ש) 2085/07 **דויטשטר נ' אוניברסיטת בן גוריון** (פורסם בנבו, 16.4.2008) שם קבע בית המשפט כי הנהל האוסר הפגנות בשטחים הפתוחים בקמפוס הוא נוהל פסול. ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 1332/08 **תמוז נ' אוניברסיטת תל-אביב** (פורסם בנבו, 30.9.2009) שם הורה בית המשפט להשיב על כנה תערוכה שהוסרה עקב תוכנה.

47 בג"ץ 6218/93 **ד"ר שלמה כהן נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט (2) 529 (1995). ד"ר שלמה כהן, חבר הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין אז, ביקש לפרסם בבטאון הלשכה מאמר ביקורת על תפקוד הלשכה וראשיה. עורכי הבטאון אישרו את בקשתו, ואילו הוועד המרכזי דחה אותה בטענה שבהחלטותיו הקודמות נקבע כי לא יתפרסמו בבטאון טורים אישיים (אלא מאמרים מקצועיים בלבד) ומאמרו של כהן נועד לניגוח קבוצה מתחרה על ראשות הלשכה. כהן בתגובה עתר לבג"ץ. השופטים בדן ושטרסברג-כהן דחו ברוב קולות את העתירה, כנגד דעתו החולקת של הנשיא שמגר.

48 שם, בעמ' 547–549.

49 שם, בעמ' 548. הדברים הם ציטוט מבג"ץ 262/62 **פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו**, פ"ד טז 2101, 2115 (1962).



ענבל ברוש ואביגיל ויולנסקי, "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון", **הארץ דין** ז' 61 (תשע"ב)

עם זאת, יישומה של הדוקטרינה היה בעייתי. לדעתנו, שגה שמגר כאשר הניח כי בטאון לשכת עורכי הדין הוא, לדבריו, "פורום ציבורי מובהק"<sup>50</sup> והניח כי מדובר בבמה ציבורית כשם שרשות השידור ולוחות המודעות של רשויות מקומיות הן במות ציבוריות, אף שאין מדובר במקומות מוחשיים ושני הראשונים כפופים לשיקולי עריכה ותוכן ולכן אינם עונים על הגדרתו של הפורום הציבורי הקלסי.<sup>51</sup>

יובהר כי כבר בפסק הדין עצמו גרסה השופטת שטרסברג-כהן כי הבטאון (למרות אופיו הציבורי הנובע מהיותו פרסום רשמי של לשכת עורכי הדין) איננו במה (פורום) ציבורית מובהקת. לדידה לא כל כלי תקשורת משמש פורום ציבורי, שכן הפורום הציבורי המסורתי הוא אתר ציבורי המיועד לשמש זירה להחלפת דעות, ואילו התפקיד השלטוני מצומצם ל"שיטור והסדרה". השופטת שטרסברג-כהן ציינה פארקים וכיכרות כדוגמאות ל"אתרים שבאורח מסורתי משמשים לניהול ויכוחים ולהתקלות". לעומתם, ישנם משאבים ציבוריים שאינם נופלים להגדרה של פורום ציבורי מסורתי ובהם ניתן להטיל הגבלות על חופש הביטוי, כל עוד הן סבירות.<sup>52</sup>

לדעתנו, הניתוח של השופטת שטרסברג-כהן את דוקטרינת הפורום האמריקנית נכון יותר וקרוב למהותה האמיתית של הדוקטרינה.

לאחר פסק הדין חזרה הספרות על הטענה כי יישום הדוקטרינה על ידי הנשיא שמגר בפסק הדין לא היה מדויק, כיוון שבטאון הלשכה הוא בטאון מקצועי ואיננו פורום ציבורי קלסי.<sup>53</sup> הספרות הוסיפה מאפיינים המאששים את טענתה. כך, לדוגמה, ההנחה שבבסיס הדוקטרינה האמריקנית היא שלא ייתכן פורום ציבורי קלסי שהכניסה אליו מוגבלת לציבור מסוים (כגון עורכי דין), או כפי שפורט, לא ייתכן שגוף תקשורת, המחויב לשיקולים נוספים ואינו מהווה מקום מוחשי, ייחשב לפורום ציבורי קלסי.

ייתכן שהיישום הבעייתי, שאינו מדויק, הביא לידי כך שהפסיקה הישראלית לא המשיכה לפתח את דוקטרינת הפורום הציבורי. עם זאת, ואף שיישומה של הדוקטרינה בעניין **שלמה כהן** היה בעייתי, יש בפסק הדין משום אסמכתה לקליטת הדוקטרינה במשפט הישראלי, והוא פותח פתח לשימוש בה בעניינינו. יתרונה העיקרי של הדוקטרינה בעניינינו הוא שהיא מאפשרת להבחין בין אינטרסים שונים של האוניברסיטה, וכן בין מתחמים שונים בתוך האוניברסיטה. יש בה כדי לספק הנחיה לבית המשפט כיצד להבחין בין האינטרסים השונים בלי להידרש לאיזון כולל. כמו כן, היא גם מאפשרת להכיר באינטרסים מסוימים שיש לאוניברסיטה מטבעה ומתוקף תכליתה בלי להכיר בלגיטימיות של הגבלת חופש הביטוי בשל כל אחד מהאינטרסים הפרטיים שיש לה כגוף דו-מהותי.

## ה. החלת הדוקטרינה על עניין צורף

בעניין **צורף דובר**, כאמור, בסטודנטים שרצו לחלק עלונים ברחבי האוניברסיטה ולתלות כרזות על לוחות המודעות. לפי דוקטרינת הפורום הציבורי, נפתח בבחינת השאלה, אם יש באוניברסיטה פורומים ציבוריים, ואם כן – היכן הם נמצאים, ולאחר מכן נבחן את השאלה אם הגבלת הביטוי על ידי האוניברסיטה בפורומים הציבוריים עולה בקנה אחד עם תנאי הדוקטרינה.

50 עניין **שלמה כהן**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 547.

51 שם, שם.

52 שם, בעמ' 572-573.

53 אמנון רייכמן "קול אמריקה בעברית? פנייתו של בית המשפט הישראלי אל הדין האמריקני בסוגיית חופש הביטוי" **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 185, 220 (מיכאל בירנהק עורך, 2006).

האם מסדרונות האוניברסיטה, חללים רחבים שבין הכיתות, המדרכות, המדשאות והשטחים הפתוחים שבין הבניינים עונים על ההגדרה הקלסית של הפורום הציבורי?

זכור יש להבדיל בין האזורים הפתוחים במוסד להשכלה גבוהה, לבין כיתות המוסד להשכלה גבוהה שאינן מהוות פורום ציבורי קלסי. אנו נניח שגם המסדרונות בין חדרי הסגל האקדמי והמנהלי של האוניברסיטה אינם פורום שכזה. נותרנו אפוא עם השאלה באשר להתאמתם של השטחים הפתוחים, הכוללים בתוכם מדרכות ומעברים בין הבניינים, להגדרה זו. כאמור, הפסיקה בארה"ב נוטה לסווג את השטחים הפתוחים באוניברסיטה כפורום ציבורי. נדגיש לעניין זה כי בישראל אין חובה להציג כרטיס סטודנט או אישור מיוחד בכניסה למתקני האוניברסיטה, ושעריה פתוחים לפני כל אזרח ותייר. השטחים הפתוחים לרוב משמשים למעבר, אך גם למנוחה באוויר הפתוח. בחלק מהאוניברסיטאות אף נהוג להציב בהם דוכנים המציעים את מרכולתם, ומוכרי עיתונים ומחלקי עלוני פרסום פוסעים בהם. למעשה, ניתן לומר כי אין הבדל רב ביניהם לבין קרן רחוב, כיכר או פארק קטן סמוך.

על האמור יש להוסיף גם את אופייה המיוחד של האוניברסיטה, שיש בו כדי להשפיע על שאלת הסיווג של שטחים בהם פורום ציבורי. פלורליזם וריבוי דעות הם ערכים עליונים שהאוניברסיטה חורגת על דגלה. כך גם קיום חופש ביטוי וכיבודו הוא חלק בלתי נפרד מתפקידיה של האוניברסיטה, כפי שצוין בנימוקי הערעור על החלטת בית המשפט המחוזי בעניין **צורף**.<sup>54</sup> לא בכדי נקבע בפסיקה ש"האוניברסיטה מתירה לא פעם פעילות ציבורית בעלת מסר פוליטי בתחומה, ואף מעמידה את בנייניה ושטחיה למטרות אלו. פעילות מעין זו הינה חלק חשוב ממטרות האוניברסיטה, לאפשר חשיפה חופשית של מגוון דעות והשקפות חברתיות ופוליטיות בכל התחומים".<sup>55</sup> אופייה הייחודי של האוניברסיטה בהקשר זה מצריך אפוא פירוש רחב לחופש הביטוי ומגוון הדעות שניתן להשמיע בין כתליה.

העולה מן המקובץ הוא שאין דין ביטוי בכיתות כדין ביטוי באזורי החיצוניים של המוסד. כפי שהצענו לעיל, המדרכות, המדשאות והשטחים הפתוחים שבין הבניינים ייחשבו לפורום ציבורי, ויש לשקול את מעמד מסדרונות האוניברסיטה ויתר החללים הסגורים שבין הכיתות.

יוער כי בית המשפט המחוזי לא הבחין בין האזורים השונים באוניברסיטה, ולטעמנו השימוש בדוקטרינת הפורום הציבורי היה בה כדי להעמידו על ההבדל ביניהם בכל הנוגע לחופש הביטוי. מתוך הבנתנו את עובדות המקרה, לא תוכנן לתלות את הכרזות בכיתות עצמן אלא על לוחות המודעות, וספק אם חלוקת העלונים הייתה צפויה להתרחש בתוככי כיתות. האוניברסיטה, בהחלטתה הגורפת לשלול את חלוקת העלונים, לא הבחינה בין המתחמים השונים באופיים ובמהותם שבשטחה. לדעתנו, היה ראוי לאפשר את החלוקה באזור ה"סחר החופשי" של האוניברסיטה, המלא ממילא בשלל דוכנים המציעים הצטרפות לגופים, מלגות, תוכן פרסומי ושיווקי, והדומה דמיון רב לשטח הציבורי ה"טהור".

משהגענו למסקנה כי מדובר בפורום ציבורי טהור, או למצער בפורום ציבורי ייעודי שאותו הגדירה האוניברסיטה כשטח שבו מתבצעות פעולות הכוללות חלוקת עלוני פרסום, האם ניתן בכל זאת להגביל את חופש הביטוי? כאמור, בפורום ציבורי אין להגביל את תוכן הביטוי, אך ניתן להגביל את הזמן, המיקום והאופן או להטיל הגבלה לצורך תכלית ראויה של המדינה. זאת ועוד, לאוניברסיטה שמורה הזכות להגביל את הביטוי, אך עליה לספק חלופה רלוונטית, שאינה מפלה ושיינתן לסטודנטים להתבטא בה, תוך שמירה על ניטרליות כלפי תוכן ההתבטאות.

הגבלה מותרת נוספת של הביטוי אפשרית כאשר ההתנהגות או הביטוי מפריעים במידה ניכרת למהלך הלימודים. עם זאת, לטעמנו, ספק רב אם אופן הביטוי (תליית כרזות, חלוקת עלונים), ואף תוכנו, היו משפיעים ולו במקצת על סדר היום

54 ראו בפס' 10 לנימוקי הערעור בעניין **צורף**, לעיל ה"ש 7, וכן בפס' 7 לסיכומי המערער בע"א 9505/11 **צורף נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב** (פורסם בנבו, 28.4.2013).

55 עניין **תמוז**, לעיל ה"ש 46, בפס' 31. א.

ענבל ברוש ואביגיל ויולנסקי, "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון", **הארץ דין** ז' 61 (תשע"ב)

הלימודי. יתר על כן, פעמים רבות מתנהלות הפגנות ועצרות בשטחים פתוחים באוניברסיטאות רבות, והלימודים ממשיכים כסדרם. גם אם תועלה טענה בדבר עלויות השכנת הסדר והביטחון, ניתן להסדירן בקלות יחסית.<sup>56</sup>

## **1. האם פתיחת "אזורי ביטוי חופשי" (פורום ציבורי ייעודי) תהווה פתרון מספיק?**

בארה"ב נהוג לייחד אזור מסוים באוניברסיטה לנאומים בכל נושא, ולהקצות לוח מודעות הזמין לכול, והמאפשר לסטודנטים להתבטא כרצונם כמעט ללא הגבלה. לדעתנו, לו היו מוקצים לוח ואזור שכזה באוניברסיטה, היה ניתן להגן על האינטרסים הקניינים והאחרים שלה ובד בבד לאפשר לסטודנטים להתבטא ולקיים שיח ושיג. פתרון זה היה פוטר מן הצורך התמידי להשיג אישורים מתאימים מראש, ומאפשר לסטודנטים לבטא את אשר על לבם כמעט מיד.

לצערנו, ניתן לומר כי במקרה זה שללה אוניברסיטת בן-גוריון כליל את הפרסומים ולא הציעה חלופה למיקום או לאופן הבעת המחאה.

חשוב, עם זאת, לציין כי משפטנים רבים מבקרים את הפרקטיקה של הקצאת "אזורי הביטוי החופשיים" באוניברסיטאות מסוימות, בטענה כי על חופש הביטוי להיות רחב יותר במוסדות ציבוריים להשכלה גבוהה. נטען שאותם אזורים נקבעים, לרוב, במקום מרוחק מההתנהלות היומיומית של הסטודנטים או מההתרחשויות שבגינן מפגינים (לדוגמה, כאשר מגיעה אישיות ציבורית או פוליטית להרצות באוניברסיטה, אזור הביטוי החופשי נמצא מרוחק משם). למעשה, ריחוק זה פוגע פגיעה של ממש במטרת הביטוי, שכן רבים אינם נחשפים כלל לאותו ביטוי. למיקום אזורי הפורום הציבורי יש אפוא חשיבות רבה. קיומו של הפורום הציבורי הייעודי עלול לשמש אמתלה למניעת ביטוי בפורום ציבורי מסורתי אחר, שכן הפורום הציבורי הייעודי נחשב לחלופה ראויה, אף שבפועל, אותו פורום ציבורי ייעודי הוא מרוחק ומצומצם. מיקום מרוחק מאדם ונטול גישה יפגע בעצם הבעת הדעה בפומבי ולכן יפגע במהות הדוקטרינה. כך גם בהגבלת גודל האזור, אם יתאפשר, למשל, רק לסטודנט אחד להתבטא בכל רגע נתון באותו אזור. לכן, יש להקפיד על הקצאת מקום נגיש, לא מרוחק, מרווח, נראה לעין ובולט. שאלת מיקום הפורום הציבורי והיקפו עלולה לעלות גם בהקשר ציבורי שאינו אוניברסיטאי.

ביקורת דומה הופנתה גם כלפי הדרישה לקבל אישור מראש, שהאוניברסיטה רשאית לחייב בה את הסטודנטים על פי הדוקטרינה. לטענת המבקרים, הדרישה לקבל אישור מראש לכל מחאה והתבטאות אינה מאפשרת לסטודנטים להגיב מיד ובספונטניות על האירוע, ולכן פוגעת באפקטיביות של המחאה.<sup>57</sup>

## **2. תדמית, חשש מתביעות דיבה וזכות הקניין**

להבדיל מהשיקולים שהועלו לעיל, הנוגעים למיקום, לזמן ולאופן, ואשר אותם האוניברסיטה רשאית להביא במניין שיקוליה, דוקטרינת הפורום הציבורי מבהירה שהשיקולים שציינה אוניברסיטת בן-גוריון בהגבילה את חופש הביטוי בעניין צורף אינם לגיטימיים.

### **(א) תוכן הביטוי**

בדרך כלל אין אוניברסיטת בן-גוריון אוסרת פרסומים בעלי אופי פוליטי בשטחה. כפי שראינו לעיל, לפי הפסיקה בארה"ב, גם במקרים שבהם אין האוניברסיטה חייבת לאפשר במה חופשית לציבור, משאפשר ביטויים פוליטיים ואחרים

56 עולה השאלה אם האוניברסיטה עצמה צריכה לשאת בעלויות או שמא דווקא המשטרה כנהוג בהפגנות. לדעתנו האוניברסיטה ממילא גובה מדי שנה סכום קצוב מכל סטודנט בעבור סידורי הביטחון והשירותים הניתנים מטעמה, וניתן להביא בחשבון את העלויות הנוספות בקביעת סכום זה.

57 מחקר הכנסת, לעיל ה"ש 18, בעמ' 6-7; (13.9.2002) FIRST AMENDMENT CENTER (David L. Hudson JR., *Free-speech zones*, <http://www.firstamendmentcenter.org/free-speech-zones>

ענבל ברוש ואביגיל וולינסקי, "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בר-גוריון", **הארץ** דין ז 61 (תשע"ב)

בגדרה, עליה לתת נימוק משכנע להדרתה של קבוצה מסוימת מאותה במה. אסורה גם הגבלה שיסודה בתוכן הביטוי, להבדיל משאלות של מקום, זמן ואופן. משמעות החלת הדוקטרינה תהיה כי דברים הנאמרים בפורום הציבורי, לא יהיו כפופים לחסדי האוניברסיטה ולא יהיו תלויים בהסכמתה. כיוון שהביטויים לא יקושרו לאוניברסיטה עצמה, לא תהיה לה אפשרות להגביל את תוכן הביטוי, אלא אם כן יש חשש ממשי שהביטוי יגרור אירוע אלים.

בעניין **כהנא** הדגיש השופט ברק את תפקידו החשוב של חופש הביטוי: "חופש הביטוי מבטיח החלפה של דעות בין בני הציבור ובכך מאפשר להם לגבש עמדתם בנושאים העומדים על סדר היום הלאומי. בכך ניתן לעצב את השלטון, לפקח עליו ולהחליפו".<sup>58</sup> ניתן להסיק מדברים אלו, שחופש הביטוי ראוי אף להגנה מוגברת כאשר הביטוי עצמו עוסק בביקורת על השלטון כחלק בלתי נפרד מההליך הדמוקרטי. ואם אכן הפרשנות המוצעת נאותה, הדבר מחזק את ההגנה שאותו עלון היה צריך לקבל מתוקף הזכות לחופש הביטוי. כאמור, הביקורת שהועלתה בעלון עסקה בהליכי חקיקה ובתפקודם של שר החוץ (ליברמן) וראש הממשלה (נתניהו).

#### **(ב) החשש מפני תביעות לשון הרע**

יטען הטוען כי במקרה הנדון יש לאוניברסיטה אינטרס לגיטימי להגביל את חופש הביטוי בשל החשש מפני החשיפה לתביעות לשון הרע. לדעתנו אין בטענה זו ממש. משהוכר פורום כפורום ציבורי, ומשחויבה האוניברסיטה לאפשר את חופש הביטוי בפורום הציבורי, אין עוד לייחס את הביטויים הנאמרים בו לאוניברסיטה. אין חשש ממשי מפני תביעות לשון הרע בשל ביטויים הנאמרים בפורום הציבורי.

#### **(ג) זכות הקניין**

בעניין **צורף** קבע השופט ואגו את עליונות זכות הקניין של האוניברסיטה והאינטרסים הגלומים בה (כגון הזכות לשם טוב). לדעתנו ספק אם קביעה זו עולה בקנה אחד עם העובדה שהמדינה (קרי, הציבור) היא הבעלים של חלק מהקרקע במתחם האוניברסיטה וכך גם המימון לבניית מבני האוניברסיטה.

זכות הקניין במקומות ציבוריים נתונה למעשה לציבור הרחב,<sup>59</sup> ולפי הרציונל של דוקטרינת הפורום הציבורי, המדינה מחזיקה בהם בנאמנות למענו. אין מקום אפוא ליתן משקל של ממש לזכות הקניין באיזון בינה לבין חופש הביטוי.

#### **(ד) תדמית**

שיקול נוסף שהעלתה האוניברסיטה בבית המשפט הוא כאמור החשש מפני פגיעה בתדמית האוניברסיטה. גם לשיקול זה אין לייחס כל משקל לפי דוקטרינת הפורום הציבורי. ראשית יש לשים לב כי שיקול זה נוגע לתוכן הביטוי, להבדיל משיקולי זמן, מקום ואופן.

שנית, פגיעה בתדמית מותנית במידה רבה בקיום האפשרות למנוע את הביטוי. לכשתתרחש התפיסה כי האוניברסיטה אינה יכולה להגביל ביטויים, הנאמרים בפורום ציבורי, רק בשל תוכנם, ממילא לא ייוחסו הביטויים למדיניות האוניברסיטה וכמעט לא תהיה להם השפעה על תדמיתה.

לבסוף, יש לשים לב כי קשה לכמת ולהוכיח פגיעה בתדמית. זאת ועוד, גם קשה לצפות ולחזות את ההשפעות האפשריות של התרת ביטוי או מניעתו. כך, למשל, ייתכן שהגבלת חופש הביטוי תפגע בתדמית האוניברסיטה פגיעה חמורה יותר

58 בג"ץ 399/85 **חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא(3) 255, 274 (1987).

59 עניין **שלמה כהן**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 548 בפס' 17 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז) שמגר.

מהתרת הפרסום של כרזות וחלוקת עלונים. ניתן גם לומר כי פגיעה בתדמית בעיני קהל מסוים עשויה להיחשב לשיפור תדמיתה של האוניברסיטה בעיני קהל אחר. בשולי הדברים נציין כי מדובר בפגיעה זניחה יחסית שספק רב אם עליה לגבור על חופש הביטוי, בייחוד לנוכח הקשיים שתוארו לעיל.

## 1. סוגיות נוספות שישום הדוקטרינה בישראל מעורר

יישום הדוקטרינה הוא כמובן תלוי הקשר. בהקשר האוניברסיטאי, הדוקטרינה תעניק זכות ביטוי רחבה יותר לסטודנטים. הדברים שייאמרו בגדרי הפורום הציבורי לא יהיו כפופים לחסדי האוניברסיטה ולא יהיו תלויים בהסכמתה. הואיל והביטויים לא יקושרו לאוניברסיטה עצמה, לא תהיה לה סיבה (וגם לא כוח משפטי) להגביל את תוכן הביטוי, אלא אם כן יהיה חשש ממשי שהביטוי יגרור אירוע אליים. בסופו של דבר, הביקורת על שיקול הדעת של האוניברסיטה אם לאסור או להתיר את הביטוי, ובאילו תנאים להתירו, תיעשה על ידי בית המשפט ככל שתוגשנה עתירות בנדון.

יצוין כי להבדיל מחלוקת עלונים, אשר עמדה בבסיס פסק הדין בעניין צורף, לפני כל הפגנה בפורום ציבורי במדינה יש לקבל את אישור המשטרה להפגנה. אנחנו מציעות שחובה זו תחול גם על פורומים דו־מהותיים כגון האוניברסיטה, אך אנו מציעות להעניק לאוניברסיטה סמכות להטיל וטו ולאסור את ההפגנה במקרים חריגים, על אף אישור המשטרה. וכך, במקום שסמכות אישור ההתבטאות תהיה סמכות בלעדית וייחודית של האוניברסיטה, ללא פיקוח חיצוני כלשהו (פרט לתביעות שיכולים הסטודנטים להגיש), הסמכות לאשר את ההפגנה תהיה בידי המשטרה, ולאוניברסיטה תהיה סמכות להטיל וטו במקרים חריגים. סמכות זו תכלול את שקילת השיקולים הפרטיים של האוניברסיטה כגוף דו־מהותי. מובן שהפעלת סמכות זו תהיה כפופה לביקורת שיפוטית.

ברצוננו להעלות סוגיה נוספת הקשורה לאימוץ דוקטרינת הפורום האמריקנית בארץ: אם צורך ציבורי הכרחי או אינטרס ציבורי דוחק יכולים להוות סיבה ולאפשר התערבות והגבלות בקשר לתוכן הביטוי? אמנם אינטרסים ציבוריים יכולים להגביל את חופש הביטוי,<sup>60</sup> אך יש לבחון אם די בהטלת הגבלות של "זמן, מקום ואופן", או שמא אינטרס ציבורי יכול להביא להגבלה של תוכן הביטוי. לא נדון בסוגיה בהארה זו, שכן היא מחייבת עיסוק בשאלה אם מבחני הדין הכללי בישראל, אשר לפיהם התחשבות בתוכן הביטוי לצורך מניעתו משמעה פגיעה בחופש הביטוי הנדרשת לעמוד במבחני האיזון (האופקי או האנכי) /או במבחני פסקת ההגבלה, חלים על האוניברסיטה. שאלה זו מצריכה הארה משלה. מכל מקום נראה שיישום דוקטרינות הרגישות לתוכן הביטוי ראוי רק לאחר שמוצתה דוקטרינת הזמן, המקום והאופן.

שאלה מעניינת נוספת היא אם קיומו של פורום ציבורי במתחם פרטי הופך את המתחם לדו־מהותי בהגדרתו. לדוגמה, האם רחבה פתוחה לציבור כולו שניתן להפגין בה (מבחינה פיזית יכולה להכיל מספר רב של מפגינים) בכניסה לבניין של חברה פרטית הופכת את המתחם לדו־מהותי?<sup>61</sup> השאלה רלוונטית למרכזי קניות ולמכללות פרטיות, העלולים דווקא לסגור רחבות שכאלה כדי לחמוק מתחולת דוקטרינת הפורום הציבורי הייעודי.

פתרון אפשרי לבעיה טמון במודל התחולה העקיפה של השופט ברק.<sup>62</sup> על פי המודל, ניתן לחייב את בעלי הנכסים הפרטיים לאפשר חופש ביטוי מתוקף חובת תום הלב והשימוש בזכויותיהם בסבירות, בהתחשב בתכלית ובשימוש הטבעי באותו נכס פרטי ובאופי הביטוי ומהותו.

60 פנינה להב "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** ז' 375 (1997).

61 לא נעסוק כאן בהרחבה בשאלות אלו, אך לתפיסתנו מדובר בשאלות מעניינות הטעונות מענה אם דוקטרינת הפורום האמריקנית אכן תאומץ בישראל.

62 אהרן ברק **פרשנות במשפט**, כרך ג, **פרשנות חוקתית** 661–663 (1994).

ענבל ברוש ואביגיל וולנסקי, "על דוקטרינת הפורום הציבורי ופסק הדין בעניין צורף נ' אוניברסיטת בן-גוריון", **הארץ** דין ז 61 (תשע"ב)

זאת ועוד, אנו סבורות שניתן לקלוט את הדוקטרינה האמריקנית ולהתאימה לדין הישראלי באופן שלא תוכל המדינה, ולא יוכלו גורמים פרטיים, למנוע ביטוי מכול וכול. בארה"ב אפשר פיתוח הדוקטרינה את שלילת חופש הביטוי בפורום שאינו ציבורי.<sup>63</sup> לתפיסתנו, יש להימנע מכך בארץ כדי שלא לשלול את חופש הביטוי לחלוטין, אלא אם כן אכן מדובר באזורים אשר ביטוי בהם יביא לפגיעה של ממש ביכולת לממש את ייעודם. אם לא יתקבל מודל התחולה העקיפה, יש לבחון חלופות אחרות שיסייעו בהגנה על חופש הביטוי בפורומים שאינם ציבוריים, אשר מתבקש שתהיה בהם גישה לפעולות ביטוי. עם זאת, בשלב זה, ראוי שיוחלו מבחני הדוקטרינה רק על גופים דרמהוטיים וגופים ציבוריים, ובהמשך יהיה אפשר לבחון את התאמתה של הדוקטרינה לנכסים פרטיים הממלאים פונקציה ציבורית.

יצוין כי בארה"ב העמדה כלפי ביטוי מסחרי היא אחרת, וראוי שכך יהיה גם בישראל.<sup>64</sup> בהארה זו לא נוכל לדון בכל ההבדלים בין ביטוי מסחרי לביטוי שאינו מסחרי, ובהשלכותיהם, אך ראוי לתפיסתנו כי תהיה אפשרות להתבטא ביטוי מסחרי, אף אם אפשרות זו תהיה מצומצמת ומוגבלת יותר (ובאופנים שונים) מן האפשרות לבטא ביטויים שעליהם חשוב, כמדינה דמוקרטית, להגן. חלוקת העלונים על ידי התלמידים באוניברסיטת בן-גוריון נופלת, לדעתנו, לקטגוריה שעליה יש להגן בקפידה גם במרחבים המתאימים באוניברסיטה.

## סיכום

בחודש אוקטובר 2011 החליט בית המשפט המחוזי בבאר-שבע לתמוך בהחלטת אוניברסיטת בן-גוריון למנוע חלוקת עלונים ופרסום כרזות בשטח האוניברסיטה.<sup>65</sup> לדעתנו, היה מקום להחיל במקרה זה את דוקטרינת הפורום הציבורי, על פי המודל האמריקני, ובאמצעותה לאפשר לסטודנטים להתבטא בדרך של חלוקת העלונים.

בהארה זו סקרנו את דוקטרינת הפורום הציבורי שהתגבשה בארה"ב, והתמקדנו ביישומה באוניברסיטאות הציבוריות שם. לאחר מכן בחנו את יישומה הקודם של הדוקטרינה בישראל בפסק הדין בעניין **שלמה כהן**. לבסוף החלנו את הדוקטרינה על עובדות עניין **צורף**. כפי שטענו, לו הוחלה הדוקטרינה על עובדות עניין **צורף**, היה אפשר להבחין בין כמה אינטרסים נבדלים של האוניברסיטה בכל הנוגע להגבלת ביטויים. כך, למשל, הדוקטרינה הייתה מאפשרת להבחין בין מתחמים שונים בתוך האוניברסיטה וכן בין שיקולים שונים של האוניברסיטה. ההכרה הגורפת בכל האינטרסים של האוניברסיטה כגוף דרמהוטי, ובהם תדמיתה וזכות הקניין שלה, היא בעייתית ובלתי רצויה.

לפיכך אנו תומכות בהחלטת דוקטרינת הפורום הציבורי בארץ, בעיקר בהקשר האוניברסיטאי. החלטה תאפשר לשמור על אופייה המיוחד של האוניברסיטה כבמה וכמעוז של חופש הביטוי, של דיאלוג, שוק רעיונות ופלורליזם, ובה בעת לשמור על תדמיתה ועל האינטרסים הכלכליים שלה, וכמובן על פעילות הליבה של האוניברסיטה בתחומי ההוראה והמחקר. אנו חולקות על פסק הדין בעניין **צורף** בבית המשפט המחוזי, המגדיל את מתחם הסבירות ולמעשה מצמצם את הביקורת השיפוטית על החלטות האוניברסיטה ומייחדה למקרים קיצוניים בלבד. לפיכך אנו מברכות על התקבלות הערעור לבית המשפט העליון (אמנם ללא נימוקים). כאמור, החלטת דוקטרינה זו, או ניתוח משפטי דומה, יביאו, לדעתנו לתוצאה משפטית נכונה יותר. אנו מקוות שהארה זו תעודד יישום ראוי של הדוקטרינה במקרים אחרים בעתיד, שכן אנו סבורות ששימוש בדוקטרינה יסייע לשמור על האיזון הנכון בין חופש הביטוי של האזרחים ובין אינטרסים אחרים.

63 Thomas C. Dienes, *The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis*, 55 GEO. WASH. L. REV. 109 (1986-1987)

64 מחקר הכנסת, לעיל ה"ש 18; רייכמן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 192-193.

65 עניין **צורף**, לעיל ה"ש 1.