שם:עומרי שגב

מספר-זהות:300338902

משפט חוקתי-עבודה מס'2

מעמד חופש-הביטוי כזכות שאינה מנויה:

שנהב יטען שבפסיקות שונות, בין אם באו לפני 1992[[1]](#footnote-1) או אחרי ניתן מעמד על-משפטי לזכות זו ואף מעמד חוקתי[[2]](#footnote-2) שכן מהי הזכות לכבוד ללא הזכות לביטוי[[3]](#footnote-3)?! בנוסף יטען כי העמדתו לדין והרצון להשתיקו גורמות להשפלתו וכפועל יוצא פוגעים בכבודו עפ"י חוק-היסוד[[4]](#footnote-4).בנוסף יטען כי הסנקציות פוגעות בשלושת הרציונאלים העומדים מאחורי הזכות לחופש הביטוי[[5]](#footnote-5):

* **אינטרס חברתי של חקר האמת**-לציבור יש עניין בדיון המשמעותי שמביא שנהב.
* **אינטרס פרטי לביטוי**- לשנהב יש זכות לביטוי והגשמה עצמית ע"י פרסום דעותיו ברבים.
* **אינטרס לשמירה על הדמוקרטיה**-במאמרו שנהב מציג דעות חשובות שיש לתת עליהן את הדעת.

מנגד, תטען האוניברסיטה, כי יש המתנגדים בפסיקות[[6]](#footnote-6) ובספרות להכללת זכות זו לתוך חוק-היסוד בדרך הפרשנות, בין היתר, כיוון שזה בא בסתירה לכוונת המחוקק שבחר לא לציין את זכות זו במפורש[[7]](#footnote-7).לטענתם,לא כל פגיעה בחופש-הביטוי יש בה משום השפלה וככזאת אין לראותה כפוגעת בחוק-היסוד[[8]](#footnote-8).

מעמד האוניברסיטה ומחויבותה לחופש-הביטוי:

שנהב יאמר שכיום האוניברסיטות בישראל הן גופים דו-מהותיים אשר חלים עליהן גם עקרונות המשפט-הציבורי. מעבר לחשיבותו של העקרון בדבר החופש-האקדמי (בו נדון בהמשך)אין דין האוניברסיטה כדין גוף פרטי וגם אם היה כזה הרי שאושיות המשפט-הציבורי חלים גם עליו[[9]](#footnote-9). מנגד, תבקש האוניברסיטה מבית-המשפט ליתן חשיבות יתרה להיותה גוף-ציבורי ולהמנע מלהכנס לכסאה[[10]](#footnote-10). לאור פסיקות קודמות, נראה שעמדת שנהב תתקבל[[11]](#footnote-11).

בנוסף תטען האוניברסיטה כי בדרך ההיקש מסעיף 4 בחוק רשות-השידור,עליה להיות ערבה למהימנות המאמרים המתפרסמים בשמה.מכיוון שהיסטוריונים בעלי שם הצביעו על ליקויים עובדתיים רבים במאמר,על האוניברסיטה למנוע מלפרסמו.

טרם אגש לבחינת האיזון בין הערכים המתנגשים, אציג את היקף( (coverageהזכות לחופש-הביטוי:

* האם אמירות ששוללות את מעמדה של מדינת ישראל נכללות במסגרת חופש-הביטוי?

שלילתה של מדינת-ישראל כמדינת העם היהודי נכללה ע"י מספר גופים כאמרה אנטישמית[[12]](#footnote-12).על-אף העובדה שטרם התקבלה פסיקה בעניין זה במשפט הישראלי, כאשר ניגשים אנו למשפט-המשווה אנו נוכחים לדעת כי אמרות מסוג זה מוגדרות כאנטישמיות ואינן נכללות בהיקף שמוענק לזכות זו[[13]](#footnote-13).

תוכל האוניברסיטה לטעון, שאם במדינות אחרות ניתן לביטוים אנטישמים מעמד מיוחד זה,מבחינת קל-וחומר שעל בית-המשפט הישראלי לנהוג כך בעצמו.

יטען שנהב שאין לקבל את עמדת האוניברסיטה להגדרה מרחיבה זו של אנטישמיות שכן בית-המשפט כלל בזכות זו ואף הגן על סוגים דומים של אמרות כנגד המדינה[[14]](#footnote-14) ואף על אמירות גזעניות[[15]](#footnote-15).

* האם אמירות שקריות(לכאורה) ולשון-הרע נכללות בחופש-הביטוי?

יטען שנהב, שבהיותו גורם מקצועי, דבריו-אמת, הם נאמרים בתום-לב ואם ידרש-יוכל להוכיח זאת. לדידו, עפ"י קביעת ביהמ"ש במסגרת חופש הביטוי אין בוחנים אם הביטוי הוא אמת או שקר וצמצום חופש-הביטוי היא מבחינת פתרון קל לבעיות שפתרונן נמצא במקום אחר[[16]](#footnote-16). אם אכן יתבררו אמירותיו כשקריות, תוכל האוניברסיטה לתבוע את תרופתה בשלב מאוחר יותר.

לאור פסיקות בית-המשפט נראה שאכן ניתן פירוש מרחיב זה לחופש-הביטוי, ולכן השלב הבא יהיה בחינת ההגנה(protection) כאשר זכות זו מתנגשת עם אחרות.

הגישה בישראל היא שהזכות לחופש-הביטוי אינה מוחלטת אלא יחסית[[17]](#footnote-17) וככזו יש לבחון את קיומה לאור המגבלות.שנהב יטען שמעבר לקיומה של זכותו הבסיסית לביטוי, זכות זו מקבלת משנה-תוקף לאור החופש-האקדמי שמוענק לו,לדידו יש בכך כדי להרחיב את זכותו לחופש-הביטוי.

חופש זה לטענתו פורש תחת כנפיו עקרונות שמצויות באושיות משטרינו כמו מגוון הדעות,מהותה של האוניברסיטה מצדיקה מתן משנה-תוקף לחירויות,כמו גם כישוריו האישיים כאיש-אקדמיה יש בהם כדי להרחיב זכות זו[[18]](#footnote-18).

מנגד תטען האוניברסיטה, שדבריו של שנהב מסכנים את שלום הציבור ובטחונו בכך שהם מפרים את הסדר הציבורי התקין,משלהבים, מסיתים ועלולים להוביל לפעילויות אלימות[[19]](#footnote-19). בנוסף הם גם פוגעים בשמה הטוב של האוניברסיטה. נראה שבית-המשפט לא ייחפז לאמץ את טענתם זו לאור פסיקתו בפרשת קול-העם ואבנרי. טענה חלופית תהיה שדבריו פוגעים ברגשות הציבור ובטעם הטוב היות ואינו משקף את הקונצנזוס המקובל בחברתנו[[20]](#footnote-20).

אגש לבחון מהו מבחן האיזון הנכון לעניינו.

נראה שעל-פי רוב תעדיף הפסיקה להתבסס על הקריטריונים הבאים[[21]](#footnote-21):

1. הסמכה מפורשת מהמחוקק.
2. הסתברות לפגיעה בוודאות קרובה או סבירה(תלוי בנסיבות).
3. פגיעה קשה וממשית.

אך אפשר שיעדיפו לגשת לקריטריונים הנגזרים מפסקת-ההגבלה בחוק-היסוד(מבחן זה בא לידי ביטוי בפסיקה המאוחרת מבין אלו המצויינים מעלה):

1. תכלית ראויה.
2. במידה שאינה עולה על הנדרש[[22]](#footnote-22).

לאור התפתחות הפסיקה והספרות[[23]](#footnote-23)-בהתנגשות בין זכות(גם שאינה מנויה)לאינטרס ישנה עדיפות להגעה לפשרה (איזון-אופקי)ע"ב מבחן-המשנה השני[[24]](#footnote-24) וכאשר נדרשת הכרעה(איזון-אנכי)ניתן לבצעה ע"ב מבחן-המשנה השלישי כאשר קיימת הסתברות בוודאות קרובה לפגיעה קשה באינטרס.

האם שינוי התקנון הוא לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו?

מכח ס'15 לחוק המל"ג[[25]](#footnote-25) קיימת סמכות אוטונומית למוסד-אקדמי לקבוע,בין היתר,את ענייניו המנהליים.

אם כך הדברים לעניין מאמריו של שנהב,מה סמכותה של האוניברסיטה לגבי דבריו שנאמרים על גלי-האתר בתכניתו?לדידו,על-אף שלא נקבעו מסמרות בדבר בפסיקה[[26]](#footnote-26)אין כל סמכות לאוניברסיטה לבקר על מעשיו אלה.

האם השינוי הוא לתכלית ראויה?

נראה שעל עניין זה אין חולקין שכן המטרה בשינוי היא שמה-הטוב של האוניברסיטה ושמירה על בטחון המדינה ורגשות הציבור. עפ"י רובינשטיין-קריאה לחרם אקדמי חותרת תחת החופש-האקדמי עצמו.

האם השינוי אינו במידה העולה על הנדרש?[[27]](#footnote-27)

1. קשר רציונלי-הקשר בין הגבלת חופש-הביטוי לבין השמירה על רגשות-הציבור, ברור לטענת האוניברסיטה שכן מעתה לא ישמעו שדברים הפוגעים. לדעת שנהב, מוטלת הנחתם על יסוד רעוע שכן, לדעת בית-המשפט[[28]](#footnote-28)דוקטרינות נפסדות (לכאורה בעניינו) רק נעזרות על-ידי דיכוין.
2. אמצעי שפגיעתו פחותה(איזון-אופקי) -שנהב יטען שהאמצעי קיצוני מדי משני טעמים: הראשון-מדובר באמצעי 'מונע'. הלכה-למעשה,קביעת התקנון מונעת מעתה השמעת מגוון רחב של דעות על-ידי הפחדה של העמדה לדין,זאת על-בסיס הנחה של "נטיה רעה מדומה"-אמצעי זה הוא חריף וחמור ביותר[[29]](#footnote-29).דיכוי כנ"ל מטיל אימה ופחד וגורם לצנזורה עצמית,תוצאה שלכל הדעות אינה רצויה. השני-קיימות חלופות רבות ורצויות ע"מ להביא לפשרה[[30]](#footnote-30) במשטר דמוקרטי כגון:הסברות,חינוך או לכל היותר נזיפה[[31]](#footnote-31).

מנגד יטען שהחופש-האקדמי נשמר שכן על-אף הנאמר,העמדה-לדין מבוצעת לאחר שהדברים נאמרו בפועל.חומרת הדברים שנאמרים לרבות הקריאה לחרם-אקדמי מצדיקים את שינוי התקנון[[32]](#footnote-32).

1. האמצעי המידתי(במובן הצר)-בעניינו,האינטרס יגבר על הזכות אם תוכח **פגיעה קשה בהסתברות גבוהה(איזון-אנכי)**.שנהב יטען שהקריטריונים המחמירים שנתנה הפסיקה לפגיעה בשלום-הציבור ובטחונו, על-אף שחמורים הם, לא קיימת סבירות אף **רחוקה** שיתקיימו, ועל-כן כך פסק בעבר בית-המשפט בפרשת קול-העם. לעניין הפגיעה ברגשות ובטוב-הטעם גם בנושא זה נתן בית-המשפט את דעתו והעדיף בצורה חד משמעית את חופש-הביטוי בפרשת קידום.חופש-הביטוי יקבל משקל מיוחד כאשר ישנה פגיעה בשמו-הטוב של גוף ציבורי[[33]](#footnote-33)

מנגד,תטען האוניברסיטה ששלום הציבור-ידו על העליונה בהתנגשות עם חופש-הביטוי[[34]](#footnote-34).שכאשר מבקש איש-סגל להביא לחרם אקדמי,קיימת ודאות קרובה שזה אכן יקרה ושכתוצאה מכך יגרם נזק חמור שיעלה על הפגיעה בחופש-הביטוי.לאור זאת כבר נקבע שנקיטת אמצעי כזה הוא לגיטימי[[35]](#footnote-35).לעניין הפגיעה ברגשות-אנשי האקדמיה והציבור הרחב אשר חשוף לדבריו החד-משמעיים והנוקבים ברדיו ובמאמריו מחה על כך בהמוניו,על-כן בית-המשפט צריך להניח מכך שהפגיעה ברגשות-הציבור היא ודאית וחמורה.

1. השנה בה חוקקו חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. [↑](#footnote-ref-1)
2. דוגמא לפסיקות אלו: ע"פ 2831/95 [אלבה נ' מדינת ישראל](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/פסיקה/אלבה%2095.doc) (להלן: פרשת אלבה), בג”צ 2481/93 [דיין נ' מפקד מחוז ירושלים](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/פסיקה/דיין%2093.doc) (להלן: פרשת דיין), בג"צ 4463/94 [**גולן נ' שירות בתי הסוהר**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/פסיקה/גולן%2094.doc)(להלן: פרשת גולן). [↑](#footnote-ref-2)
3. כפי שמובא מפרשת גולן. [↑](#footnote-ref-3)
4. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק-היסוד). [↑](#footnote-ref-4)
5. אילנה דיין-אורבך, [**המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/מאמרים/דיין%20אורבך%20המודל%20הדמוקרטי.pdf), עיוני משפט כ 377 (תשנ"ז). [↑](#footnote-ref-5)
6. לדוגמא: דברי השופט חשין שהיה בפרשת גולן בדעת יחיד ואף מדברי השופטת דורנר באותה פרשה בה סירבה לקבוע מסמרות בעניין זה. [↑](#footnote-ref-6)
7. הלל סומר, [**הזכויות הבלתי מנויות—על היקפה של המהפכה החוקתית**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/מאמרים/ה.סומר%20הזכויות%20הבלתי%20-מנויות.pdf). [↑](#footnote-ref-7)
8. כפי שנפסק בבג”צ 606/93 [**קידום נ' רשות השידור**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/פסיקה/קידום%2093.doc) (להלן: פרשת קידום) [↑](#footnote-ref-8)
9. ע"א 294/91 [**חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/פסיקה/חברה%20קדישא%2091.doc) **נ' קסטנבאום**. [↑](#footnote-ref-9)
10. על-פי דבריו של חשין בפרשת קידום. [↑](#footnote-ref-10)
11. פסיקות אשר מוזכרות במאמרו של אמנון רובינשטיין, חופש **הביטוי האקדמי**, משפט ועסקים יג 11 (2010) (להלן: מאמרו של רובינשטיין) [↑](#footnote-ref-11)
12. הסוכנות לזכויות יסוד של האיחוד האירופי (FRA) ומחלקת המדינה של ארה"ב כפי שמובא במאמרו של רובינשטיין. [↑](#footnote-ref-12)
13. מאמרו של רובינשטיין. [↑](#footnote-ref-13)
14. בג"צ 73/53 [**קול העם נ' שר הפנים**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/פסיקה/קול%20העם%2053.pdf). (להלן: פרשת קול-העם) [↑](#footnote-ref-14)
15. פרשת אלבה, בג”צ 399/85 [**כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/פסיקה/כהנא%20399-85.doc) (להלן: פרשת כהנא). [↑](#footnote-ref-15)
16. ע"א 214/89 [**אבנרי נ' שפירא**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/פסיקה/אבנרי%2089.doc) (להלן: פרשת אבנרי) [↑](#footnote-ref-16)
17. כפי שנאמר בפרשת כהנא. [↑](#footnote-ref-17)
18. עפ"י מאמרו של רובינשטיין. [↑](#footnote-ref-18)
19. הגדרה זו לבטחון הציבור מובאת בפרשת קול-העם. [↑](#footnote-ref-19)
20. הגדרה זו למושג "טוב טעם" מובא בפרשת קידום. [↑](#footnote-ref-20)
21. מבחנים אלו באו לידי ביטוי בפרשת קידום ובחלקם בפרשת קול העם, אבנרי, דיין וכהנא. [↑](#footnote-ref-21)
22. כפי שבא לידי ביטוי בפרשת אלבה. [↑](#footnote-ref-22)
23. גדעון ספיר, [**ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/מאמרים/גדעון%20ספיר%20ישן%20מול%20חדש.pdf)**.** [↑](#footnote-ref-23)
24. בג”צ 1715/97 [**לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**](http://hl2.biu.ac.il/upload/141000/Media/פסיקה/לשכת%20מנהלי%20השקעות%20בישראל%2097.doc)מבחני המשנה לעניין המידתיות בפסקת ההגבלה. [↑](#footnote-ref-24)
25. חוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958 [↑](#footnote-ref-25)
26. רובינשטיין במאמרו מביא לדוגמא את פרשת אלבה שבה לא הכריעו השופטים בסוגיה הנ"ל. [↑](#footnote-ref-26)
27. פרשת לשכת מנהלי השקעות. [↑](#footnote-ref-27)
28. בעניין קול העם. [↑](#footnote-ref-28)
29. עניין קול העם. [↑](#footnote-ref-29)
30. הגעה לפשרה עפ"י פרופ' ספיר תבוא במבחן-משנה זה, באם ימצא שאין ניתן לעשות זאת נעבור להכרעה עפ"י מבחן-המשנה השלישי [↑](#footnote-ref-30)
31. פרשת כהנא, מאמרו של רובינשטיין. [↑](#footnote-ref-31)
32. מאמרו של רובינשטיין [↑](#footnote-ref-32)
33. פרשת אבנרי. [↑](#footnote-ref-33)
34. פרשת כהנא. [↑](#footnote-ref-34)
35. דעתו של רובינשטיין במאמרו בנוגע לקריאה לחרם אקדמי. [↑](#footnote-ref-35)