

בעניין:

אוניברסיטת תל אביב

באמצעות המזכירות האקדמית קריית האוניברסיטה
ת"ד 39040, רמת אביב, תל אביב 6139001
טל': 03-6408770, פקס: 03-6408875
Email: hagitca@tauex.tau.ac.il

הקובלת

- נ ג ד -

1. יוסף טאהא ת.ז. 205911852

2. טארק טאהא ת.ז. 316318930

ע"י ב"כ עוה"ד סוהיר אסעד ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד
בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או מאיסאנה מוראני
מעדאלה- המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת"ד 8921 חיפה 31090; טל': 04-9501610; טל' נייד: 050-9242401;
פקס: 04-9503140;
Email: soheir@adalah.org

הנקבלים

טעונות מקדמיות מטעם הנקבלים

1. בהתאם להחלטת בית הדין הנכבד מיום 18 במרץ 2018, יפורטו להלן הטענות המקדמיות של הנקבלים. יצוין כי, הטיעונים בדבר קיומן של טענות מקדמיות יוצאות מנקודת ההנחה כאילו העובדות הנטענות בכתב הקובלנה הינן נכונות והנקבלים ביצעו לכאורה את המעשים המיוחסים להם, וזאת לצורך טיעונים אלה בלבד ומבלי שהדבר יפגע בזכויות של הנקבלים או יהווה הודאה כלשהי בנכונותם של העובדות שבקובלנה.
2. תחילה נעמוד על זכותם של הסטודנטים להליך שימוע טרם הגשת הקובלנה לבית הדין המשמעתי באוניברסיטה. האוניברסיטה הינה גוף דו-מהותי, אשר פועל הן בתחום המשפט הפרטי והן בתחום המשפט הציבורי, ובתור שכזה חלים עליו כללי המשפט המנהלי. מכוח תחולה זו, היה ראוי לקיים הליך שימוע במסגרתו הנקבלים יוכלו להשמיע את טיעוניהם. קיומו של הליך שימוע הינו תנאי

הכרחי לקיומו של הליך הוגן ותקין. מה גם שקיומו של הליך שימוע כאמור היה יכול ליתר את הדיון בבית הדין המשמעתי.¹

3. שנית, הנקבלים יטענו כי גם אם נניח לצורך הדיון וכפי שהוסבר לעיל שהעובדות בכתב הקובלנה הן נכונות, הרי עובדות אלה אינן מהוות עבירה משמעטית וזאת כפי שיוסבר להלן.

4. הנקבלים יטענו כי האירוע המתואר בקובלנה הינו אירוע של מחאה פוליטית אשר נופל בגדר הזכות לחופש הביטוי שהאוניברסיטה, מכוח תחולת המשפט הציבורי עליה, מחויבת לכבדה ולהגן עליה. טענה זו מקבלת חיזוק גם מהניסוח הרחב של הוראות תקנון המשמעת והעמימות של חלק מהוראותיו אשר על פי הפסיקה יש צורך לפרשן באופן מצמצם במקרה שהן מתנגשות עם זכויות יסוד ובמיוחד עם הזכות לחופש הביטוי. הנקבלים יטענו גם כי הזכות לחופש הביטוי מתפרשת גם על אירועים שבשוליהם היו מעשים אשר כללו הפרעה מינורית. שכן, לצורך הגבלת חופש הביטוי נדרש שהפגיעה באינטרס הציבורי שעומד מנגד תעמוד ברף הגבוהה של המבחן ההסתברותי של "הוודאות הקרובה".

5. בשורה ארוכה של פסקי דין הוכרה תחולתם של דיני המשפט הציבורי על מוסדות להשכלה גבוהה. וזה בהתבסס על כך שאוניברסיטאות - כמוסדות להשכלה גבוהה- הינן גופים דו מהותיים, בעלי דואליות נורמטיבית. בפסקי דין אלה נקבע כי כללי המשפט הציבורי בכלל והמשפט החוקתי בפרט חלים גם על גופים דו מהותיים.²

6. בפסק דין **איתי** קבע ביהמ"ש כי המשפט הציבורי חל על האוניברסיטה, דבר המטיל עליה את החובה לכבד את זכויות הסטודנטים ובכללן הזכות לחופש הביטוי המעוגנת אף בחוק זכויות הסטודנט:³

"החובה שלא לפגוע בחופש הביטוי ולאפשר את קיומו היא בוודאי חלק מאותם כללי המשפט הציבורי המחייבים כל מוסד להשכלה גבוהה, בהיותו גוף "דו-מהותי" ולאור ההוראה המפורשת שבסעיף 5 לחוק **זכויות הסטודנט**, המעגנת את הזכות לחופש הביטוי ביחסי המוסד עם תלמידיו. חופש הביטוי הוא מערכי היסוד של כל מדינה דמוקרטית, והוכר בישראל כזכות "על חוקתית", שהיא "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה, ואשר ניצבת בראש החירויות שעליהן מושתת המשטר הדמוקרטי. זכות זו מוגנת **בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**."

¹ ת"א (מחוזי ת"א) 1332/08 איתי נ' אוניברסיטת תל-אביב (פורסם בנבו, 2009.9.30).

² ה"פ (מחוזי י-ם) 1/94 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' האוניברסיטה העברית בירושלים, פמ"ד תשנ"ד (2) 508 (1994).

³ ה"פ (מחוזי ב"ש) 2085/07 דויטשר עמית נ' אוניברסיטת בן גוריון (פורסם בנבו).

ע"א (מחוזי ב"ש) 1038/00 פנר נ' אוניברסיטת בן גוריון, פ"מ תשס"א (1) 310 (2001).

³ עניין **איתי**, לעיל הי"ש 1.

7. מהתיאור שבכתב הקובלנה וכפי שעולה מדברי ב"כ הקובלת, עו"ד ירון זהבי, בדיון מיום ה- 28 למרץ 2018, אין מחלוקת על כך שהמעשה שמיוחס לכאורה לנקבלים נועד להבעת עמדה פוליטית בעניין הנורמליזציה של אנשי ציבור מצריים עם ישראל. עובדה זו הודגשה על ידי הסטודנטים בראיונות לאחר האירוע ובכללן הריאיון לתוכנית "לנדון את קירשנבאום" (מצורף לקובלנה במסגרת "עדי הקבילה") אשר השתתף בו הנקבל מס' 1 והדגיש כי הסטודנטים התכוונו להביע עמדה פוליטית ולעורר שיח ציבורי. הבנה זו של האירוע מתחזקת לאור כך שגם השאלות שנשאלו בראיון נסבו סביב תוכן העמדה הפוליטית של הסטודנטים ולא סביב האקט עצמו.

8. לסטודנטים לא הייתה כל כוונה להקמת שאון ומהומה והפרעה לשם ההפרעה כפי שעולה מסעיפי התקנון המיוחסים לנקבלים. שכן, הקריאות והאקט המחאתי לא התרחשו בהרצאה אקדמאית שהינה חלק מסדר היום האקדמאי, אלא מדובר בכנס אקדמאי אשר מעלה שאלות פוליטיות וציבוריות ובאורח בעל מעמד ציבורי אשר השתתפותו בכנס מעלה שאלות פוליטיות שנויות במחלוקת שהסטודנטים ביקשו להביע עמדה לגביהן.

9. צורת המחאה אף היא מצביעה על כך. שכן, אירוע המחאה היה מינורי ונמשך כדקה בלבד, אשר במהלכה עמדו הסטודנטים והסטודנטיות, קראו סיסמאות וצעדו לדלת האולם ויצאו ממנו מבלי שהתבקשו לעשות כן על ידי מי מהמארגנים.

10. צורת המחאה אשר בחרו בה הסטודנטים הינה צורת מחאה הנפוצה באוניברסיטאות בעולם, ובכללן אוניברסיטאות בארה"ב ובאירופה, והיא משמשת ככלי מחאתי בידי סטודנטים כאשר מגיע אורח בעל מעמד ציבורי שמעשיו או עמדותיו שנויים במחלוקת ומעוררים שיח ציבורי.

11. אין ספק שהאקט של הסטודנטים נופל במסגרת חופש הביטוי גם אם בשוליו היה מעשה שיתכן והוביל להפרעה מינורית. שהרי חופש הביטוי מכסה מעשים אלה משום שמימושו על פי רוב אינו פועל בחלל סטרילי. כך עולה מרוח הפסיקה:

"חופש הביטוי וחופש ההפגנה אין משמעותם אך החופש לבטא דברים הערבים לאוזן. חופש התהלוכה איננו רק החופש של ילדים וזרי פרחים בידיהם לצעוד ברחובה של עיר, אלא זה חופש הצעידה של אנשים, אשר דעותיהם אינן מקובלות, ועצם הצעידה מרגיזה ומעוררת כעס"⁴

עוד נקבע, כי דווקא אותן אמירות המעוררות תחושות שליליות הן אלה שחשופות לפגיעה, ולכן זקוקות, ביתר שאת, להגנה של חופש הביטוי כפי שקבע ביהמ"ש בפסק דין **בן גביר** :

"יש לשוב ולשנן, לשוב ולזכור, כי עיקר תכליתו של חופש הביטוי להבטיח הגנה דווקא לביטויים קיצוניים, המעוררים מחלוקת ואף סלידה.

4 בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 411 (1948).

דברי-נועם, הערבים לאזון, הנעימים לצפייה והקלים לעיכול, אינם זקוקים להגנה של חופש הביטוי.⁵

12. משעניינו באירועים של מחאה פוליטית, עולה הצורך להגן על חופש הביטוי והמחאה גם כאשר מנגד עומדים אינטרסים אחרים של האוניברסיטה שעל אף חשיבותם אין בהם כדי לגבור במערך האיזונים על חופש הביטוי. במקרים כאלה השימוש בכלי הדין המשמעותי אינו ראוי שכן נקבע בשורה של פסקי דין, ובכללם פסקי דין העוסקים בחופש הביטוי במוסדות להשכלה גבוהה, כי יש לפרש את הוראות החקיקה או התקנונים הפנימיים של מוסדות באופן המבטיח הגנה מקסימלית על חופש הביטוי.

13. צורך זה מתחזק נוכח הניסוח הרחב של הוראות תקנון המשמעת והעמימות של חלק מהוראותיו כגון "התנהגות שאינה הולמת מעמד של תלמיד" המופיעה בסעיף 29.10 לתקנון. הצורך במתן פרשנות מצמצמת לסעיפי חוק שהוראותיהם מתנגשות עם זכויות יסוד ובמיוחד חופש הביטוי הודגשה רבות בפסיקה. כך נקבע בפסק דין העוסק בהגבלת הזכות לחופש ביטוי לסטודנטים באמצעות תקנון פנימי של האוניברסיטה כי:

"הפרשנות הראויה והנכונה של סעיפי חוק כלשהו, וכמובן של הוראות חוק זכויות הסטודנט בכלל זה, תיקבע באופן התואם ככל הניתן והמיישם את העקרונות הכלליים המעגנים את ההגנה על חופש הביטוי, ובכלל זה חירות האסיפה וההפגנה בעניינים פוליטיים. יש ליתן פרשנות מצמצמת ודווקנית כל אימת שהוראת חוק, לא כל שכן תקנון פנימי של מוסד בעל אופי ציבורי, מגבילה במישרין או במשתמע זכות המוכרת כחלק מזכויות היסוד, ויש לפרש באופן מרחיב, לפי הנסיבות, את ההוראות הללו ככל שהן מעגנות ומגנות על זכויות היסוד והחירויות הבסיסיות של האזרח."⁶

14. בעניין זה ניתן לעשות היקש מתחום המשפט הפלילי. כך למשל, בפרשת **אונגרפלד**, נקבע, כי בעבירות ביטוי (כמו העלבת עובד ציבור, הסתה, המרדה, תמיכה בארגוני טרור וכו') חובה לקיים איזון בין חופש הביטוי לבין האינטרס הציבורי וזאת לפי מבחן הסתברותי כחלק מהיסודות העובדתיים של העבירה. כלומר, לא כל ביטוי מקיים את יסודות העבירה. בהתאם לנפסק בפרשת **אונגרפלד**, לא כל דברי העלבה מקיימים את היסודות העובדתיים של העבירה. מכאן כי כתב האישום חייב לגלות שדברי ההעלבה הגיעו לדרגה כה גבוהה של השפלה ברבים וזאת לפי מאזן הסתברותי. פסק דין תקדימי זה קובע כי בעבירות ביטוי, נדרש כי הביטוי יפגע באינטרס הציבורי הנגדי וברמה של ודאות קרובה:

5 רע"א 10520/03 **בן גביר נ' דרקנר** (פורסם במאגרים, 12.11.2006).
6 ה"פ (מחוזי ב"ש) 2085/07 **עמית נ' אוניבאסיטת בן גוריון** (פורסם בנבו, 16.04.2008).

"שילוב שני מרכיבים אלה הוא היוצר את האיזון הראוי בין הערך המוגן בעבירה לבין הערך הנוגד של חופש הביטוי, שעיקרו נמצא, לטעמי, בשניים: האחד – במתן תוכן למעשה ההעלבה המכוון רק למעשים קיצוניים של פגיעה קשה בליבת כבודו של עובד הציבור. לענין זה, אין די בפגיעה בעלת אופי נסבל או שולי בכבוד האדם, אלא נדרשת פגיעה עמוקה בליבת הכבוד של עובד הציבור במילוי תפקידו, היא זה מדברי ביקורת, מגידופים או מכל תוכן אחר של דבר ההעלבה, תהא הגדרתו אשר תהא. לצורך כך, אין לקבוע מראש תכנים כאלה או אחרים שיהיו "העלבה"; השני – בקביעת מבחן הסתברותי ברף גבוה, שעניינו בקיום "ודאות קרובה" כי מעשה ההעלבה יביא לפגיעה קשה בעובד במילוי תפקידו, ומכאן גם בשירות הציבורי במובנו הרחב."⁷

15. עוד נציין, כי הפסיקה העליונה התייחסה לקושי המיוחד שנוצר מהניסוח הרחב של עבירות ביטוי. כל למשל, בית המשפט קבע בעניין **בשארה**, בהקשר לעבירת תמיכה בארגון טרור השייכת אף היא לעבירות הביטוי, כדלקמן:

"[...] ככל שעניין לנו בעבירות הקשורות בחופש הביטוי, יש להישמר מפני פירוש המרחיב יתר על המידה את גדרן של עבירות אלה."⁸

בפסק הדין בפרשת **בשארה** נקבע עוד, כי עבירת תמיכה בארגון טרור נופלת בגדר עבירות ביטוי ולכן כדי ליתן לה פרשנות המתיישבת עם עקרונות היסוד, יש להצביע על מעשים פיזיים, וממשיים בדרגה הסתברותית גבוהה לפגיעה בביטחון המדינה. בדומה בפרשת **בן חורין**, שם אמר השופט הנדל:

"ההצדקה להטלת הגבלה על חופש הביטוי כפופה לאפשרות שהפרסום המדובר יביא לעשיית מעשה אלימות או טרור"⁹

16. לאור האמור לעיל, עומדים נקבלים על כך כי יש לבטל את הקובלנות משום שמדובר במקרה מובהק של מחאה פוליטית אשר הפגיעה שלו באינטרסים של האוניברסיטה העומדים מנגד הינה מנורית, אם בכלל. על כן, לאור קביעת הפסיקה בעניין הפרשנות המצמצמת שיש לתת לסעיפי התקנון המשמעותי בכדי להימנע מפגיעה בחופש הביטוי ולאור הדרישה של הפסיקה לקיים מבחן הסתברותי ברף גבוה במקרים אלה. צריך לבטל את הקובלנה נגד הנקבלים ולא להמשך בהליך המשמעותי נגדם שכן העובדות המתוארות בכתב הקובלנה אינן מהוות עבירה משמעותית.

17. לאור האמור לעיל, הנני מבקשת בשם מרשיי לבטל את כתב הקובלנה ואת ההליך המשמעותי נגדם.

⁷ דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, עמ' 90 (פורסם במאגרים, 11.07.2011); ראו גם: רע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' בן חורין** (פורסם במאגרים, 26.12.2011).

⁸ בג"ץ 11225/03 **ח"כ בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ס(4) 287, 311 (2006).

⁹ רע"פ 2533/10 **מדינת ישראל נ' בן חורין**, פס" 6 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם במאגרים, 26.12.2011).

סוהיר אסעד, עו"ד

ב"כ הנקבלים

חיפה, 7.5.2018