



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5239/11

בג"ץ 5392/11

בג"ץ 5549/11

בג"ץ 2072/12

לפני:

כבוד הנשיא (בדימי) א' גרוניס
כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

1. אורי אבנרי : העותרים בבג"ץ 5239/11
2. גוש שלום

1. עו"ד עדי ברקאי : העותרים בבג"ץ 5392/11
2. עו"ד איריס ירון אונגר
3. ענת יריב
4. ד"ר עדיה ברקאי
5. דנה שני
6. מרים ביאלר

1. התנועה הערבית להתחדשות – תע"ל : העותרים בבג"ץ 5549/11
2. ח"כ ד"ר אחמד טיבי

1. קואליציית נשים לשלום : העותרים בבג"ץ 2072/12
2. ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל
3. מרכז ירושלים לסיוע משפטי ולזכויות אדם
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. הוועד הציבורי נגד עינויים
6. המוקד להגנת הפרט
7. המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל
8. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
9. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

המשיבים בבג"ץ 5239/11 :
 1. הכנסת
 2. יושב ראש הכנסת

המשיבים בבג"ץ 5392/11 :
 1. הכנסת
 2. יושב ראש הכנסת
 3. שר האוצר
 4. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבה בבג"ץ 5549/11 :
 הכנסת

המשיבים בבג"ץ 2072/12 :
 1. הכנסת
 2. שר האוצר
 3. שר המשפטים

תשובות לצו על תנאי

המבקש להצטרף לעתירות: הפורום המשפטי למען ישראל

בשם העותרים בבג"ץ 5239/11 : עו"ד גבי לסקי; עו"ד נרי רמתי

בשם העותרים בבג"ץ 5392/11 : עו"ד עדי ברקאי; עו"ד איריס ירון-אונגר

בשם העותרים בבג"ץ 5549/11 : עו"ד אוסאמה סעדי; עו"ד עאמר יאסין

בשם העותרים בבג"ץ 2072/12 : עו"ד חסן ג'בארין; עו"ד סאוסן זהר; עו"ד דן יקיר

בשם המשיבים בבג"ץ

5239/11, המשיבים 1-2 בבג"ץ

5392/11, המשיבה בבג"ץ

5549/11 והמשיבה 1 בבג"ץ

2072/12 :

עו"ד אייל ינון; עו"ד ד"ר גור בליי

בשם המשיבים 3-4 בבג"ץ

5392/11 והמשיבים 2-3

בבג"ץ 2072/12 :

עו"ד יוכי גנסיין; עו"ד אורי קידר; עו"ד אבישי קראוס

עו"ד אבי הר-זהב; עו"ד יפעה סגל; עו"ד תומר מאיר ישראל

בשם המבקש להצטרף לעתירות:

פסק-דין

מבוא

1. החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: החוק למניעת חרם, או החוק) מטיל אחריות נזיקית וקובע הגבלות מנהליות שונות כנגד מי שמפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כמשמעו בחוק. האם החוק פוגע בזכות לחופש הביטוי ובזכויות חוקתיות נוספות? האם פגיעה זו, ככל שקיימת, עומדת במבחני "פיסקאות ההגבלה" המצויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק? אלו השאלות העיקריות העומדות במוקד העתירות שבפנינו.

אפתח בהצגת נתוני-בסיס רלבנטיים.

הרקע

2. בתאריך 11.7.2011 התקבל בכנסת החוק למניעת חרם. מאחר שהחוק תמציתי אביא תחילה את לשונו במלואה:

"הגדרה

1. בחוק זה, "חרם על מדינת ישראל" – הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית.

חרם – עוולה אזרחית

2. (א) המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, ועל פי תוכנה של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת החרם, והמפרסם מודע לאפשרות כאמור, עושה עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליו.

(ב) לענין סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] לא יראו מי שגרם להפרת חוזה מחייב כדין על ידי קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל כמי שפעל מתוך צידוק מספיק.

(ג) מצא בית המשפט כי נעשתה עוולה לפי חוק זה בזדון, רשאי הוא לחייב את עושה העוולה בתשלום פיצויים שאינם תלויים בנזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה); בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, בנסיבות ביצוע העוולה, חומרתה והיקפה.

הוראות בדבר הגבלת השתתפות במכרז

3. שר האוצר, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות לענין הגבלת השתתפותו במכרז של מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או של מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור, לרבות התחייבות שלא לרכוש מוצרים או שירותים המיוצרים או מסופקים במדינת ישראל, במוסד ממוסדותיה או באזור הנמצא בשליטתה; בסעיף זה, "מכרז" – מכרז שיש לערוך לפי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.

הוראות בדבר מניעת הטבות

4. (א) שר האוצר, בהתייעצות עם שר המשפטים, רשאי להחליט לגבי מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או לגבי מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור כי –

(1) לא יראו בו מוסד ציבורי לענין סעיף 46 לפקודת מס הכנסה;

(2) הוא לא יהיה זכאי לקבל כספים מהמועצה להסדר ההימורים בספורט לפי סעיף 9 לחוק להסדר ההימורים בספורט, התשכ"ז-1967; הפעלת הסמכות לפי פסקה זו טעונה את הסכמת שר התרבות והספורט;

(3) הוא לא ייחשב כמוסד ציבור לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, לענין קבלת תמיכה לפי סעיף תקציב; הפעלת הסמכות לפי פסקה זו טעונה את הסכמת השר שקבעה הממשלה כממונה על אותו סעיף תקציב, כאמור בפסקה (2) להגדרה "ממונה על סעיף תקציב" שבחוק האמור;

(4) הוא לא יהיה זכאי לערבות לפי חוק ערבויות מטעם המדינה, התשי"ח-1958;

(5) הוא לא יהיה זכאי להטבות לפי חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, או לפי חוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984; הפעלת הסמכות לפי פסקה זו טעונה את הסכמת שר התעשייה המסחר והתעסוקה.

(ב) בהפעלת סמכותו לפי סעיף קטן (א), יפעל שר האוצר בהתאם לתקנות שיתקין לענין זה בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; ואולם לא הותקנו תקנות כאמור, אין בכך כדי לפגוע בסמכות לפי סעיף קטן (א).

ביצוע

5. שר המשפטים ממונה על ביצוע חוק זה.

תחולה

6. תחילתו של סעיף 4 תשעים ימים מיום פרסומו של חוק זה."

(לשם הנוחות – האחריות הנזיקית המוטלת מכוח סעיף 2 לחוק תיקרא להלן: עוולת החרם, וההוראות הקבועות בסעיפים 3 ו-4 לחוק תיקראנה להלן: ההגבלות המנהליות. שלושת הסעיפים הנ"ל ייקראו להלן ביחד בשם כולל: עיצומי החוק).

3. תהליך חקיקת החוק היה מורכב ולכן אציג בקצרה מיד בסמוך את שלביו ואת מה שנלווה להם:

(א) בתאריך 05.07.2010 הונחה על שולחן הכנסת השמונה עשרה הצעת חוק איסור הטלת חרם, התש"ע-2010 (נוסח ההצעה צורף כ-מ/ש/1 לתגובת הכנסת). את ההצעה יזמו 25 חברי הכנסת מסיעות הבית השונות, מן הקואליציה ומן האופוזיציה. ההצעה אושרה בקריאה טרומית בתאריך 14.07.2010, והועברה להכנה לקריאה ראשונה בוועדת חוקה, חוק ומשפט (להלן: הוועדה, או ועדת החוקה).

(ב) דיון ראשון בהצעת החוק התקיים בוועדה בתאריך 15.02.2011 (פרוטוקול הדיון צורף כ-מ/ש/2 לתגובת הכנסת). בפתח הדברים הציג את הצעת החוק אחד מיוזמיה, חה"כ זאב אלקין, אשר הסביר כי בנוסחה המקורי היתה הצעת החוק רחבה יותר, אולם בעקבות החלטת ועדת השרים לחקיקה בענין זה, צומצמה פריסתה של הצעת החוק על-ידי הסרת סעיפים בהצעה, שעסקו: בקריאות לחרם מצד מי שאינו אזרח או תושב ישראל, בחרם שהוטל על ידי ישות מדינית זרה, ובהחלה רטרואקטיבית של ההסדר החקיקתי. חה"כ אלקין הבהיר כי הצעת החוק נועדה לספק מענה למצב האבסורדי שנוצר, לדבריו, בגדרו מדינות ידידותיות לישראל אוסרות השתתפות חרם על המדינה ומטילות עיצומים על גורמים המבקשים להשתתף בחרם על ישראל, כאשר אין כל סנקציה מקבילה בדין המקומי. בהתאם לכך, לדבריו: "החוק הזה בא להגן על מדינת ישראל, לפחות בצורה מינימלית. אזרחי ישראל שפועל כנגדנו צריך לדעת שהוא יישא בתוצאות" (שם, בעמ' 3 לפרוטוקול הדיון).

בהמשך אותו דיון הביעו חלק מחברי הוועדה את התנגדותם להצעת החוק. בין היתר טענו כי מדובר בהצעת-חוק אנטי דמוקרטית, המגבילה את חופש הביטוי, כי חרם הינו כלי אזרחי לגיטימי להבעת מחאה וכי החוק יפגע בסופו של דבר במדינת ישראל. היועץ המשפטי של משרד החוץ, עו"ד אהוד קינן, ציין כי לדעתו הצעת החוק לא תועיל למאבק נגד החרמת ישראל ואף עלולה לפגוע במאמץ זה (שם, בעמ' 21-22 לפרוטוקול הנ"ל). גם נציג התאחדות התעשיינים, מר נתנאל היימן, הביע הסתייגות מהצעת החוק וטען כי ראוי להתאימה לחקיקה הקיימת בארה"ב בנושא (שם, בעמ' 22-23 לפרוטוקול הנ"ל). בדומה לכך פרופ' מרדכי קרמניצר, שהופיע בפני הוועדה,

ציין כי "אם ההצעה הזאת היתה הצעה שבנויה לפי המודלים הקיימים בעולם לא היתה לי אף מילה להגיד עליה במישור החוקתי" (שם, בעמ' 28 לפרוטוקול הנ"ל). פרופ' קרמניצר הוסיף עם זאת כי הצעת החוק – בנוסח, כפי שהועלה – פוגעת בזכויות יסוד, ובכלל זה בזכות לחופש הביטוי (שם, בעמ' 29-30 לפרוטוקול הנ"ל).

נציגי משרד המשפטים הבהירו בדיון כי גם לאחר הסרת סעיפים מסוימים מהצעת החוק, כנזכר לעיל – האיסורים הקבועים בהצעת החוק עדיין רחבים מדי ויש לצמצמם (שם, בעמ' 17-19 לפרוטוקול הנ"ל). במענה לכך, הבהירה היועצת המשפטית לוועדה, עו"ד סיגל קוגוט, כי ייעשו שינויים בנוסח הצעת החוק כדי לחדד את הגדרת המונח "חרם" בחוק, ובכלל זה גם את היסוד ההתנהגותי הנכלל במסגרתו (שם, בעמ' 32 לפרוטוקול הנ"ל). בתום הדיון אישרה הוועדה, ברוב קולות, את הצעת החוק לקריאה ראשונה.

(ג) בתאריך 28.02.2011, עוד טרם שהצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה, אישרה הוועדה בקשה לרביזיה (דיון מחדש) בהצעת החוק. בעקבות כך, הוצג בפני הוועדה נוסח מתוקן של הצעת החוק, שהתקבל כתוצאה מדיונים בין חה"כ אלקין לבין הייעוץ המשפטי של הוועדה ומשרד המשפטים (פרוטוקול הדיון צורף כ-מ/ש/3 לתגובת הכנסת). בהתאם להערות הייעוץ המשפטי של הכנסת – בהצעת החוק המתוקנת צומצמה הגדרת המונח: "חרם על מדינת ישראל" (סעיף 1 להצעת החוק המקורית) והושמט האיסור הפלילי על קריאה לחרם כנגד מדינת ישראל (סעיף 2 להצעת החוק המקורית), אם כי הוסכם שענין אחרון זה יישקל שוב במסגרת הכנת הצעת החוק לקריאה השניה והשלישית (ראו: דברי ההסבר להצעת החוק שפורסמה מטעם חברי הכנסת המציעים ומטעם ועדת החוקה – בהצעות חוק הכנסת תשע"א 373, עמ' 112, מתאריך 02.03.2011). לבסוף, לבקשת יו"ר הוועדה, חה"כ דוד רותם, נוסף להצעת החוק סעיף הקובע כי שר האוצר, באישור ועדת החוקה, יוכל לקבוע הוראות המגבילות השתתפות במכרזים מצד גופים המשתתפים בחרם כנגד מדינת ישראל (שם, בעמ' 3-4 לפרוטוקול הדיון הנ"ל).

בסיום הדיון אושרה הצעת החוק המתוקנת לקריאה ראשונה – ברוב של שמונה תומכים מול ארבעה מתנגדים, והיא אף אושרה בקריאה הראשונה במליאת הכנסת בתאריך 07.03.2011, ברוב של 32 תומכים, 12 מתנגדים וללא נמנעים, והוחזרה לוועדת החוקה לשם הכנתה לקריאה שנייה שלישית.

(ד) בתאריך 27.06.2011 דנה ועדת החוקה בהצעת החוק במסגרת הכנתה לקריאה השנייה והשלישית (פרוטוקול הדיון צורף כ-מ/ש/5 לתגובת הכנסת). לקראת הדיון האמור הונח בפני חברי הכנסת נוסח מתוקן של הצעת החוק, שגובש ביחד עם אנשי משרד המשפטים, לאחר אישורה של הצעת החוק בקריאה הראשונה. נוסח זה כלל שורה של הוראות נוספות הנוגעות למניעת הטבות כספיות מטעם המדינה ממי שקורא לאחר כנגד מדינת ישראל (כהגדרתו בהצעה), או כנגד מי שמתחייב להשתתף בחרם כאמור (נוסח הצעת החוק המעודכנת צורף כ-מ/ש/6 לתגובת הכנסת).

בדיון הבהיר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי), עו"ד רז נזרי, כי הצעת החוק, כפי שהונחה בפני הוועדה היא במתווה ש"היועץ המשפטי לממשלה הסכים ללכת עליו" (פרוטוקול הדיון מתאריך 27.06.2011, בעמ' 15). עם זאת עו"ד נזרי הדגיש כי עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שהמתווה החקיקתי המוצע "הוא מתווה מאד-מאד גבולי" וכי הוא "מעורר קשיים לא מבוטלים", ולכן, לשיטתו, כל שינוי נוסף בנוסח הצעת החוק "מסכן את המבנה הרעוע הזה ממילא" (שם, שם). בכלל זה, עמד עו"ד נזרי על החשיבות בהותרת הדרישה ליסוד נפשי של "זדון" כתנאי להטלת פיצויים לדוגמא (סעיף 2(ג) להצעת החוק) וכן בהותרת התנאים השונים הקבועים בהצעת החוק ביחס לשלילת הטבות המוענקות על-ידי המדינה (שם, בעמ' 21-26 לפרוטוקול הדיון הנ"ל). נציגת משרד המשפטים, עו"ד רוני נויבאור, הדגישה אף היא כי נוכח חריגותם של "פיצויים עונשיים" במשפט האזרחי – יש להתנותם בהתקיימות יסוד של "זדון" מצד המעוול, וכך להגבילם למצבים שבהם בית המשפט מבקש לבטא סלידה של ממש מהתנהגות המעוול (שם, בעמ' 70-71 לפרוטוקול הדיון הנ"ל).

נציגת הלשכה המשפטית במשרד החוץ, עו"ד קרן דוזורץ, הדגישה כי משרד החוץ שותף לרצון להילחם בתופעת החרמות, אולם המשרד סבור כי הצעת החוק עלולה לגרום לתוצאה הפוכה (שם, בעמ' 58 לפרוטוקול הדיון הנ"ל). היועץ המשפטי של משרד האוצר, עו"ד יואל בריס, הדגיש כי: "הממשלה קיבלה החלטה לתמוך בהצעת החוק", ולכן דבריו "הם במסגרת הזאת", אולם בהמשך הוא גרס כי קיימת בעייתיות בסעיף 3 להצעת החוק, שכן הוא מבקש להכניס ערכים פוליטיים לתוך ההליך. הוא הוסיף וציין כי עלול להיות לכך מחיר סמוי שלא ניתן להעריכו מבחינה תקציבית. הוא אף הביע את חששו מהעברת ההכרעה בנושאים המשיקים לתחום הפוליטי – לידי עובדי ציבור (שם, בעמ' 72-73 לפרוטוקול הדיון הנ"ל). יצויין כי, כמפורט בהמשך, הערתו זו של עו"ד בריס קיבלה מענה במסגרת החוק בנוסחו הסופי, בגדרו נקבע כי הפעלת סמכותו של שר האוצר על פי סעיף 4 לחוק תיעשה באמצעות תקנות שיחייבו אישור של ועדת החוקה (ואלה טרם הותקנו עד היום).

נציגת הלשכה המשפטית של משרד התעשיה, המסחר והתעסוקה, עו"ד דבורה מילשטיין, הבהירה כי המגבלות הקבועות בחוק על השתתפות במכרז אינן פוגעות במחויבויות הבינלאומיות של ישראל, שכן ממילא על-פי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992 (להלן: חוק חובת המכרזים) – התקנות שיצאו מכוח החוק תהיינה כפופות לאמנות הבינלאומיות שישראל צד להן (שם, בעמ' 72 לפרוטוקול הדיון הנ"ל).

במהלך הדיון האמור, חברי כנסת רבים הביעו את התנגדותם להצעת החוק, ובכלל זה היו גם מי שטענו כי אף בגרסה המתוקנת, הצעת החוק רחבה מדי ופוגעת בחופש הביטוי וכי היא עלולה להאיץ תהליכי דה-לגיטימציה של ישראל.

מאידך, פרופ' גרשון (ג'ראלד) שטיינברג מאוניברסיטת בר-אילן, החוקר את תופעת החרם כנגד ישראל טען בפני הועדה כי "מי שחושב שהחרם, תהליך ה-BDS (Boycott, Divestment and Sanctions), זה משהו צר, משהו שולי, משהו שלא פוגע בהמשך הקיום של מדינת ישראל – לא מביין את התופעה". הוא הוסיף, כי לדעתו כל מי שמתנגד להצעת החוק צריך להציע פתרון אלטרנטיבי למאבק בחרמות שניזומים נגד ישראל (שם בעמ' 63 לפרוטוקול הדיון הנ"ל).

היועצת המשפטית לוועדה, עו"ד סיגל קוגוט, הבהירה כי לדעתה קיימת הבחנה בין הטלת הגבלות על מי שקורא לחרם על מדינת ישראל, שניתן להצדיקה, לבין ההגבלות המוטלות על מי שקורא לחרם על אדם בגין זיקתו "לאזור הנמצא בשליטתה", שהן בעייתיות, לשיטתה, ומהוות את "הקושי המרכזי החוקתי שיש בעוולה הזאת" (שם, בעמ' 61 לפרוטוקול הדיון הנ"ל).

לבקשתו של חה"כ פלסנר, שסבר כי הוספת הסעיף הנוגע למניעת הטבות המוענקות על-ידי המדינה ממי שקורא לחרם מהווה "חריגה מגדר הנושא" לפי סעיף 120(א) לתקנון הכנסת (כיום, סעיף 85 לתקנון) – הופסק הדיון בוועדה והדבר הועבר להכרעת ועדת הכנסת. לאחר שוועדת הכנסת קבעה כי אין מדובר ב"נושא חדש" – חודש הדיון בוועדת החוקה, ובסופו הוסרו כל ההסתייגויות להצעת החוק, והיא אושרה לקריאה שניה ושלישית ברוב של שמונה תומכים מול חמישה מתנגדים (הפרוטוקול מדיון ההמשך בוועדה צורף כ-מ/ש7 לתגובת הכנסת).

ה) בתאריך 10.07.2011, טרם שנדונה הצעת החוק במליאת הכנסת, פנה חה"כ פלסנר ליועץ המשפטי לכנסת בבקשה כי יחווה דעתו בענין חוקתיותה של הצעת החוק. בתשובתו לחה"כ פלסנר מאותו יום הבהיר היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד אייל ינון, את

הבעייתיות שהוא מוצא בהחלת עוולה אזרחית על מי שקורא לחרם כנגד אדם בשל זיקתו ל"אזור הנמצא בשליטתה" של מדינת ישראל, וכתב, בין היתר, כך:

3. עוולה זו [שבחוק], ביחד עם ההגדרה הרחבה של המונח "חרם על מדינת ישראל" [...] יוצרת עילת תביעה נזיקית לתשלום פיצויים בגין קריאות לחרם שמטרתן להשפיע על הויכוח הפוליטי בנוגע לעתיד יהודה ושומרון, ויכוח המצוי בליבת המחלוקת הפוליטית במדינת ישראל כבר למעלה מארבעים שנה.

4. זאת ועוד, הותרת הסעיף על כנו בנוסח הזה תביא לכך שקריאה לחרם ביחס לסוגיה אחת ולעמדה פוליטית אחת תהווה עוולה נזיקית ועילה לסנקציות מנהליות נוספות, בעוד שקריאה לחרם מטעמים אידיאולוגיים, חברתיים או דתיים אחרים תמשיך להיות כלי לגיטימי, גם אם שנוי במחלוקת ציבורית, במסגרת הויכוח הציבורי. כך למשל, קריאות לחרם המופנות כלפי אמנים שלא שירתו בצה"ל, כלפי אוניברסיטאות שאינן משמיעות את ההמנון בטקסי סיום של בוגרים, כלפי גופים אשר אינם שומרים על כשרות, ולאחרונה, חרם צרכנים כלפי יצרנים ורשתות שיווק המוכרים מוצרים במחירים הנתפסים כגבוהים מדי, לא יהוו עילה לסנקציות כלשהן, ואילו קריאות לחרם בהקשר לויכוח על עתיד שטחי יהודה ושומרון ייחשבו למעשה פסול המצדיק תשלום פיצויים.

[...]

5. בנסיבות אלה אנו סבורים כי ההגדרה של "חרם על מדינת ישראל" בנוסח רחב זה, בצירוף עם העוולה הנזיקית, הינן בבחינת פגיעה בליבת חופש הביטוי הפוליטי במדינת ישראל, המביאה מרכיבים אלה בהצעת החוק אל סף האי-חוקתיות ויתכן אף מעבר אליו.
(ההדגשות במקור – ח"מ; מכתב היועץ המשפטי לכנסת צורף כ-מ/8 לתגובת הכנסת).

(1) למחרת, בתאריך 11.07.2011, נדונה הצעת החוק במליאת הכנסת בקריאה שניה ובקריאה שלישית. במהלך הדיון במליאה, חה"כ אלקין הבהיר את ההגיון העומד ביסוד הרחבת החוק גם לקריאות לחרם המתייחסות לאזור יהודה ושומרון (להלן: האזור) בהסבירו כך:

"כל מי שיבדוק את החקיקה – בנושא החרמות ובנושא האפליה במדינות השונות יגלה דבר מאוד מאוד פשוט – שגם בצרפת וגם בגרמניה וגם במדינות אחרות ישנם סוגי אפליה וסוגי חרמות שאסורים וישנם שמתירים. בדרך כלל ישנה רשימה בסיסית של מאפיינים של כל בן-אדם שבחקיקה אסור להפלות ואסור להחרים על פיהם: דת, גזע, לאום, מין. [...] בעיני, האזרחות של אדם ומקום מגוריו הם חלק מהתכונות הבסיסיות ביותר.

אפשר להיאבק במאבק פוליטי, אבל להחרים בן אדם רק על זה שהוא אזרח מדינת ישראל, במיוחד כשזה מסב לו נזק, אסור. ואם לא אסור, אז לפחות מי שעושה את זה צריך להיות מוכן לזה שהוא יצטרך לשאת בגובה הנזק. [...] אין הבדל בין תושב אריאל לתושב תל-אביב. אתם רוצים חרם ככלי במאבק פוליטי? תחרימו. תחרימו אותי, תחרימו מצביעי ליכוד, מה שאתם רוצים, אבל להחרים אדם רק בגלל מקום מגוריו? [...] המאבק על גבולות המדינה צריך להתנהל פה, ולא על חשבון חברות ולא על חשבון אנשים שגרים שם בשליחות ממשלת ישראל. יש מי שאוהב את זה, יש מי שלא אוהב את זה, אבל [זה] המקום להכרעת המאבק – לא בדרך חרמות”.

(שם, בעמ' 168-169 לפרוטוקול הדיון במליאה; ההדגשות שלי – ח"מ).

שר האוצר דאז, חה"כ יובל שטייניץ, הבהיר אף הוא כי הוא תומך בהצעת החוק בשל התנגדותו העקרונית לחרמות על ציבורים מובחנים, וזאת בשל אופיו הכוחני של כלי זה והצהיר כדלקמן:

“חרם על ציבור מסוים כזה או אחר, הוא בעיקרון איננו ביטוי נאות של חופש הביטוי, חופש הוויכוח וחופש הדיבור, כי החרם הוא כוחני. זה ניסיון כוחני לפגוע ולהכריע ציבור שחושב אחרת, ומכיוון שכך יש היגיון בכך שמדינה תגן על עצמה וגם על ציבורים אידיאולוגיים או אתניים בתוכה מסוג כזה של חרמות. [החרם] היא תופעה מגונה, כוחנית, שאיננה עולה [...] בקנה אחד עם הרעיון הדמוקרטי שבו מתווכחים, מכריעים בהכרעת הרוב ולא מכריעים בכוח ציבור שחושב אחרת. לא בכוח, לא בחרם ולא בנידוי”.

(שם, בעמ' 99 לפרוטוקול הדיון במליאה).

חברי כנסת רבים הביעו עם זאת את התנגדותם להצעת החוק, במידה רבה מאותם נימוקים שהושמעו כבר במהלך דיוני ועדת החוקה שהוזכרו לעיל.

(ז) בסיום הדיון אושרה הצעת החוק בקריאה שנייה ובקריאה שלישית ברוב של 47 תומכים, 38 מתנגדים וללא נמנעים. במהלך הדיון, התקבלה הסתייגות שהוגשה מטעמו של משרד האוצר ועל פיה הפעלת סמכות שר האוצר מכח סעיף 4 לחוק תיעשה באמצעות תקנות, שיחייבו קבלת אישור של ועדת החוקה, אף כי נקבע שגם אם לא יותקנו תקנות כאמור – לא יהיה בכך כדי לפגוע בסמכות, המוקנית לשר האוצר לפי סעיף זה.

4. כנגד החוק, לאחר שהתקבל, הוגשו ארבע העתירות שלפנינו. שלוש מן העתירות מבקשות את ביטול החוק כולו, ואחת (בג"ץ 5392/11) את ביטול סעיפים 2-3 שבו בלבד.

בתאריך 05.12.2012 התקיים דיון בעתירות הנ"ל בפני מותב של שלושה שופטים. לאחר הדיון הוצא בתאריך 09.12.2012 צו-על-תנאי, לפיו על המשיבים ליתן טעם מדוע לא יבוטל החוק, או למצער סעיפים 2-3 שבו. בהחלטה האמורה נקבע עוד כי הדיון בתשובות לצו-על-תנאי ייערך בפני הרכב מורחב, וזה התקיים בפנינו בתאריך 16.02.2014.

5. להלן אציג את הצדדים השונים לעתירות, ולאחר מכן אפרוס את הטענות של העותרים, ואת תגובותיהם של המשיבים. אציין כבר כעת, כי מכיוון שרוב הטענות של העותרים ושל המשיבים חוזרות על עצמן בארבע העתירות, בשינויי נוסח ומבנה, אתאר בהמשך, לצורך הבהירות, את רוב טענותיהם של כלל העותרים ואת רוב טענותיהם של כלל המשיבים במאוחד.

הצדדים לעתירות

6. העותר 1 בבג"ץ 5239/11 (להלן: עתירת אבנרי) הינו אחד ממייסדיה של העותרת 2 בעתירה זו, עמותה הפועלת, בין השאר, לקידום פתרון של שלום בין מדינת ישראל לבין הפלסטינים; העותרים בבג"ץ 5392/11 (להלן: עתירת ברקאי) הינם אזרחי המדינה ותושביה, הרואים עצמם כמי שעלולים להיות נתבעים לפי סעיף 2 לחוק ומבקשים כי יותר להם לקרוא לחרם על ההתנחלויות ועל מוצרים שמיוצרים שם (אך לא על מדינת ישראל ככזו); העותר 2 בבג"ץ 5549/11, חה"כ ד"ר אחמד טיבי, הינו חבר הכנסת מטעם העותרת 1 בעתירה זו, שהיא מפלגה והיתה סיעה בכנסת ה-19 (להלן: עתירת תע"ל); העותרים בבג"ץ 2072/12 (להלן: עתירת קואליציית נשים) הינם ארגונים שונים, העוסקים, בין היתר, במימוש זכויות האדם והשוויון בין האזרחים בישראל.

העותרת 2 בעתירת אבנרי והעותרת 1 בעתירת קואליציית הנשים פרסמו בדרכים שונות, עובר להגשת העתירות, רשימות של מוצרים שמקורם בישובים היהודיים באזור וקראו להחרמתם, ואולם, לדבריהם, בעקבות קבלת החוק הם חדלו מכך מחשש שיופעלו כנגדם עיצומי החוק.

7. המשיבים בעתירות הנ"ל הם: הכנסת ויו"ר הכנסת (לעיל ולהלן: הכנסת), שר האוצר, שר המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה (להלן ביחד: הממשלה), והפורום המשפטי למען ארץ ישראל (להלן: הפורום המשפטי), אשר נשמע בהליך לפי בקשתו. טענות הצדדים

8. הטענה המצויה בפי העותרים, ואשר עליה מושתתות העתירות, הינה כי החוק למניעת חרם – איננו עומד במבחנים החוקתיים, אשר נקבעו בחוקי היסוד הערכיים: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. אולם טרם שאפנה לפירוט טענות הצדדים באשר למבחנים החוקתיים, אציג שתי טענות מקדמיות אותן העלו המשיבים, ואת התייחסויות העותרים אליהן.

(א) מוקד העתירה: לטענת המשיבים – טיעוני העותרים בעתירות השונות מתמקדים בכך שהחוק מגביל את חופש הביטוי הפוליטי בכל הנוגע למדיניות ממשלת ישראל ביחס לשטחי האזור, ובכך שהחוק מונע אפשרות לקרוא להטלת חרם מחמת זיקתו של אדם, או גורם לשטחי האזור. משכך, הרי שלטענת המשיבים – העתירות אינן מכוונות ואין בכוחן להביא, אלא למחיקת התיבה: "אזור הנמצא בשליטתה" שבהגדרת המונח: "חרם על מדינת ישראל", המצויה בסעיף 1 לחוק, ולא לחוקתיות החוק בכללותו.

מנגד, בדיון שנערך בפנינו, לאחר שהעותרים נשאלו אם עתירותיהם אכן נוגעות באופן ממוקד רק בתיבה: "אזור הנמצא בשליטתה" שבסעיף 1 לחוק – השיבו חלק מן העותרים כי עתירותיהם מופנות כנגד החוק בכללותו.

(ב) העדר בשלות: המשיבים סבורים כי דין העתירות להידחות מחמת העדר בשלות, חוסר קונקרטיזם וכוללניות. לגישת המשיבים, החוק למניעת חרם טרם יושם על ידי בתי המשפט, ועל כן לא קיים בשלב זה צורך בהכרעה בשאלה החוקתית בדבר פסילת החוק. בכל הנוגע לאחריות הנזיקית המוטלת מכוח החוק – מוענק שיקול דעת רחב לבית המשפט המברר הן באשר לפרשנות יסודותיה של העוולה, והן באשר לתנאים השונים לפסיקת הפיצויים. משכך, הבחינה החוקתית של החוק, עוד טרם שנדרש לה בית המשפט המברר במסגרת קונקרטית – עדיין לא הגיעה לפירקה. גם באשר להגבלות המנהליות המוטלות מכוח החוק – לשר האוצר נתון מרחב רב בניסוח ההוראות שיביאו להטלת ההגבלות הנ"ל, מה גם שבמועד הדיון בעתירה (ולמיטב הבנתי – עד היום) עוד לא נקבעו הגדרים בהם יפעיל השר את הסמכות האמורה המוקנית לו, ואף אחד מן העותרים לא הניח תשתית ברורה המעידה על פגיעה בו

בעקבות ההגבלות המנהליות. נוכח האמור כאן, ועל אף ה"אפקט המצנן" שהחוק עלול לגרום – המשיבים סבורים כי העתירות לא בשלו עדיין, ודי בכך כדי לדחותן על הסף.

העותרים טענו מנגד כי שאלת פסילת החוק למניעת חרם ראויה לדיון. לטענת העותרים בעתירת אבנרי, הם נהגו, מאז שנת 1995, לפרסם רשימות של מוצרים המיוצרים באזור וקראו להחרמתם, ובעקבות חקיקת החוק הם נאלצו לחדול מפעילותם זו. מכאן כי לחוק למניעת חרם היה "אפקט מצנן" כלפיהם, ועל כן, כאמור, העתירה בדבר פסילתו של החוק – "בשלה" להכרעה. העותרים בעתירת קואליציית נשים הצטרפו לנימוק זה. עוד הוסיפו העותרים כולם כי גדרי החוק למניעת חרם ברורים דיים ועל כן אין סיבה עקרונית לדחות את הדיון בפסילתו של החוק – עד לאחר יישומו בפועל.

הטענות במישור של מבחני החוקתיות

9. כאמור, לגופם של דברים, העותרים טוענים כי החוק למניעת חרם איננו חוקתי. לשיטתם החוק פוגע בזכויות חוקתיות שונות (ביניהן: חופש הביטוי, הזכות לשוויון, הזכות לחופש עיסוק), וזאת מבלי לעמוד בתנאים הקבועים לצורך זה ב"פיסקאות ההגבלה" המצויות בחוקי היסוד הערכיים הנ"ל. העותרים אף מציינים כי טענה זו עולה מהעמדה אותה הציג היועץ המשפטי לכנסת (במכתבו מתאריך 10.7.2011, שנזכר בפיסקה 3(ה) שלעיל). מנגד, המשיבים סבורים כי החוק עומד במבחנים החוקתיים.

אפרט עתה לפיכך את טענות הצדדים לפי השלבים השונים במודל הבחינה החוקתית.

(א) פגיעה בזכות חוקתית

10. ראשית, העותרים טוענים כי החוק למניעת חרם פוגע בזכות לחופש ביטוי. פגיעה בחופש הביטוי, ובכללו בחופש הביטוי הפוליטי הוכרה בפסיקה כפגיעה בכבוד האדם. לטענת העותרים, החרם מהווה כלי דמוקרטי לגיטימי, כמו הפגנה, או תהלוכה, והוא מאפשר לאזרחים להביע התנגדות למדיניות של גוף פרטי, או ציבורי. כך למשל, ציבורים שונים מטילים חרמות מגוונים ממניעים: צרכניים, דתיים, מצפוניים ואחרים. מכאן כי פגיעה באפשרות לקרוא לחרם על מדינת ישראל כמשמעו בחוק, באמצעות הטלת סנקציות על מי שעושה כן – פוגעת בחופש הביטוי.

החוק אף פוגע, לגישת העותרים, בזכות לחופש העיסוק. סעיפים 3 ו-4 לחוק מאפשרים למנוע ממי שקורא לחרם, או התחייב להשתתף בחרם על מדינת ישראל, ליטול חלק במכרז (ציבורי), כמשמעו בחוק חובת מכרזים, וכן הם מתירים למנוע הימנו הטבות כלכליות שונות – ובכך, לטענת העותרים, יש משום הגבלה של חופש העיסוק.

יתרה מזו, בשנים האחרונות, ישנן, לגישתם, מדינות וחברות המסתייגות ממדיניות הממשלה באזור, ומסרבות לבצע עסקאות עם חברות הפועלות משם. אשר על כן, חברות, אשר מעוניינות לפרוץ לשווקים בחו"ל, או להתמיד בפעילותן בחו"ל עשויות להידרש להתחייב כי הן אינן מייצרות, או רוכשות מוצרים מן האזור ואינן פועלות בו, ויש להתיר להן נטילת התחייבויות מעין אלה, שאם לא כן עסקיהן וחופש העיסוק שלהן יפגעו.

העותרים מוסיפים וטוענים כי החוק אף פוגע בזכות לשוויון. גם הזכות לשוויון הוכרה בפסיקה כנגזרת מן הזכות לכבוד האדם. לטענת העותרים, החוק למניעת חרם – איננו יוצא כנגד חרמות באשר הם, אלא מתמקד רק באלו הקוראים להחרים את מדינת ישראל ומוסדותיה, או בפעילויות הנעשות ב-"אזור הנמצא בשליטתה". לגישת העותרים, אין מקום להבחין בין חרם לחרם – וכמו שחרמות הנובעים ממניעים צרכניים, דתיים, מצפוניים ואחרים מתקבלים בהבנה, כך ראוי שהדין ינהג גם בעניינם של אלה הקוראים להטיל חרם על מדינת ישראל, כמשמעו בחוק. לטענתם, בהוראות החוק יש אף כדי לפגוע רק בחלקים מסוימים בחברה וזאת בשל עמדתם הפוליטית. עוד מציינים העותרים בהקשר זה, כי בעובדה שהאיחוד האירופי מטיל סנקציות כלכליות על פעילות באזור, וישראל ממשיכה בכל זאת לקיים קשרי מסחר, תרבות ואקדמיה עם מדינות האיחוד – יש משום התנהלות בלתי שוויונית מצד המדינה כלפי אזרחים ותושבים של ישראל המעוניינים מיוזמתם לקרוא לחרם על מוצרים המיוצרים באזור, בהשוואה לאלה הנדרשים לכך ע"י גורמי ממשל זרים וההיענות לתביעותיהם, במגבלות מסוימות, איננה אסורה.

11. לעומת העותרים – בקרב המשיבים, הדעות חלוקות בענין קיומה של פגיעה בזכות לחופש ביטוי בגדר החוק. באי-כוח הכנסת הביעו דעה כי החוק אמנם פוגע בחופש הביטוי, אולם פגיעה זו היא מידתית לשיטתם (כפי שיפורט להלן). מנגד, נציגי פרקליטות המדינה סבורים, כפי שהבהירה באת-כחם בדיון שנערך בפנינו, כי על אף שביחס לאחריות הנזיקית העלולה להיות מוטלת מכח החוק אכן מתקיימת פגיעה מסוימת בחופש הביטוי, הרי שבנוגע להגבלות המנהליות – אין פגיעה שכזו. הטעם לכך נעוץ בעובדה שלשיטת הממשלה – לאזרח, או לגוף כלשהו אין זכות קנויה

ליהנות מהטבות שונות אותן מעניקה המדינה, וברי כי זכותה של המדינה קיימת לה שלא להעביר תקציבים, אשר עלולים להיות מנוצלים לצורך פעולות התנגדות למדיניות הממשלה, או לשם פגיעה בצדדים שלישיים רק משום זיקתם למדינה, למוסד ממוסדותיה, או לאזור שבשליטתה. גם באשר לסמכות להגביל השתתפות במכרזים – הממשלה סבורה, כי על אף שיש לשמור על עיקרון שוויון ההשתתפות במכרז, עיקרון זה יסודו בחובה להבטיח חלוקה שווה והוגנת ב"עוגת" תקציבי הרשות. מכאן, כי גם מגבלות אלו יש לבחון באותו האופן בו בודקים את הגבלת ההטבות המנויות בסעיף 4 לחוק. הממשלה מוסיפה עוד כי בחירתה של המדינה שלא להקצות משאבים לגורם פלוני – איננה מובילה בהכרח לפגיעה בחופש הביטוי, או בחופש העיסוק שלו, שכן לא נפגעת חירותו לפעול בדרך בה בחר (אלא רק באפשרותו לקבל מימון ציבורי המיועד לצרכים נתונים, אשר לרשות עניין לקדמם).

בהקשר זה של פגיעה בחופש הביטוי, המשיבים מוסיפים כי למעשה גם השימוש באמצעי החרם והקריאה לו – מגבילים את חופש הביטוי, וזאת לאור הרציונלים העומדים בבסיסו. אחת ממטרותיה של הזכות לחופש ביטוי היא לקדם "שוק דעות חופשי". קריאה לחרם ולקייחת חלק בחרם – מכניסים, לשיטת המשיבים, שיקולים ואילוצים כלכליים לתוך אותו "שוק דעות", ומונעים ממנו להפוך ל"שוק דעות חופשי".

בכל הנוגע לטענות העותרים בדבר פגיעה בזכות לשוויון – המשיבים סבורים כי העובדה שהמחוקק ראה להסדיר סוגיה מסוימת בחקיקה, נוכח סברתו כי הדבר דורש מענה חקיקתי הולם (זאת תוך השארת סוגיות אחרות ללא הסדרה מקבילה) – איננה מקימה עילה חוקתית לפסילת החוק מכוח פגיעה בשוויון. לטענתם, יסודה של הזכות לשוויון, כפי שזו הוכרה בפסיקה, הוא בפגיעה הנגרמת ל"אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ומכלול אנושיותו". לטענתם אין לראות בעובדה שלא הוסדרו בחקיקה גם סוגיות דומות, או קרובות לחרמות שנשללו בחוק – משום פגיעה שכזו.

(ב) האם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונועד לתכלית ראויה

12. לטענת העותרים מטרתו העיקרית של החוק היא למנוע חרם על האזור, להשתיק ביטויי מחאה כנגד מדיניות הממשלה, ובכך להלך אימים רק על צד מסוים של המפה הפוליטית. עוד טענו העותרים כי החוק מקדם תכלית ענישתית, המבקשת להטיל סנקציות בגין התבטאויות פוליטיות, וזאת על בסיס תוכנן. לגישת העותרים, תכלית זו

של החוק איננה ראויה, משום שהיא מגבילה את הכלים הדמוקרטיים העומדים בפני המיעוט להביע את התנגדותו הלגיטימית כלפי ההתנחלויות ומדיניות הממשלה.

המשיבים סבורים מאידך גיסא כי תכלית החוק היא להגן על המדינה (או על מוסדות וגורמים ישראליים) מפני הטלת חרם שעלול לפגוע בהם, אך בשל זיקתם למדינה, למוסד ממוסדותיה, או לאזור הנמצא בשליטתה. תכלית זו הינה תכלית ראויה, לשיטתם, שכן היא מבטאת את חובתה של המדינה להגן על הפרטים ועל המוסדות הקשורים אליה, ולמנוע הפליה של אזרחי ישראל על בסיס לא לגיטימי (כמו למשל – מקום מגורים). בנוסף, תכלית נוספת של החוק היא למנוע פגיעה במעמדה של ישראל בעולם, או פגיעה ביחסיה עם מדינות אחרות וביחסי החוץ שלה – מטרה, אשר גם היא, לטענת המשיבים, מהווה תכלית ראויה.

הפורום המשפטי ביקש להוסיף בענין זה כי היקף תופעת החרמות והקריאות לחרמות נגד ישראל והתנהלותה, והפוטנציאל השלילי הגלום בה – הינו משמעותי ביותר, ומטעם זה, חקיקתו של החוק היתה הכרחית כדי למנוע פגיעה ממשית במדינה ובאזרחיה. לענין זה הפנה הפורום המשפטי לפרסומים רבים וקשים של תנועת ה-BDS בעולם הקוראת ל- Boycott (חרם), ל- Divestment (המנעות מהשקעות) ול- Sanctions (עיצומים) נגד ישראל וגם לשלילת קיומה של המדינה. בינתיים עד לכתיבת פסק דין זה יצאו אף ספרים ומאמרים רבים העוסקים בתופעה זו במגזרים השונים בהם היא משפיעה ובסיכונים לגבי מדינת ישראל מוסדותיה ואזרחיה. ראו: The Case Against Academic Boycotts of Israel (edited by Cary Nelson and Gabriel Noah Brahm (2015) (להלן: The Case Against Academic Boycotts); בן דרור ימיני, תעשיית השקרים, במיוחד בעמ' 271-290 שם (2014). אמנון רובינשטיין ויצחק פשה, סדקים באקדמיה – חופש אקדמי, עצמאות האוניברסיטה, מעמד הסטודנט והזכות להשכלה גבוהה, במיוחד בעמ' 117-132 שם (התשע"ד-2014) (להלן: רובינשטיין ופשה, סדקים באקדמיה); Marc A. Greendorfer, *The BDS Movement: That Which We Call A Foreign Boycott, By Any Other Name, Is Still Illegal* (January 2015) (unpublished manuscript) (להלן: Greendorfer).

(ג) תנאי המידתיות

13. העותרים גורסים כי החוק גם איננו עומד בדרישות המידתיות ושלושת מבחני המשנה שלו, הכל כפי שיפורט להלן.

(1) מבחן הקשר הרציונלי

14. העותרים גורסים כי החוק איננו עונה על תכליתו המוצהרת, ואיננו מקדם אותה. לטענתם, החוק למניעת חרם כלל לא מועיל למאבק נגד החרם הבינלאומי שעומד ביסוד כוונת יוזמיו של החוק ולמעשה הוא עלול דווקא להגביר את תופעת החרמות על ישראל, שכן תדמיתה של ישראל כמדינה דמוקרטית תיפגע. עוד מוסיפים העותרים, כי הם סבורים שהחוק גם לא יפחית את מספר האנשים הקוראים להחרים את ישראל, שכן מניעתם של אלה הם אידיאולוגיים ולכן לא סביר כי קיומו של החוק יגרום להם להימנע מלקרוא לחרם.

המשיבים גורסים מאידך גיסא כי מתקיים קשר רציונלי בין עיצומי החוק לבין התכלית אותה מבקש החוק להגשים. לטענתם, הן עוולת החרם והן ההגבלות המנהליות עשויות מחד גיסא לרפא את הנזקים הכלכליים, ככל שאלה יגרמו מהקריאה לחרם ומאידך גיסא הן מציגות בחירה מתבקשת בפני הקוראים לחרם – בין פעילות זו שלהם אגב מימוש חופש הדיבור שלהם במלואו (תוך מודעות לכך שהיא צפויה לגרום נזק לצדדים שלישיים), לבין רצונם ליהנות מהטבות ממשלתיות שונות.

(2) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

15. העותרים סבורים כי קיימים כלים, אשר יכולים להבטיח את קיומה של תכלית החוק, גם מבלי להפעיל את האמצעים המנויים בחוק, זאת, למשל, באמצעות הקמה של מנגנון שיפצה את אלו שנפגעים מן החרם – מקופת המדינה. עוד טוענים העותרים בהקשר זה כי ניתן להשתמש בחוקים הקיימים כדי להשיג את התכליות שהיה ברצון יוזמי החוק לקדם. לדוגמא: אדם שנפגע מהחרם יכול כבר היום, לגישתם, לתבוע ישירות את מי שפוגע בעסקיו – מכח פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין). גם בנוגע למכרזים, ניתן לקבוע, לשיטתם, תנאים ספציפיים במכרזים פרטניים, שיאסרו על השתתפות בחרמות נגד מדינת ישראל ולפיכך אין צורך להשתמש בחקיקה ראשית לצורך זה.

המשיבים טוענים לעומתם, כי החוק עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לגישתם, עוולת החרם – לא מאפשרת ברגיל לאדם להיפרע מהקורא לחרם ביותר מאשר הנזק הממשי שנגרם לו (למעט ביחס לפיצויים שמכח סעיף 2(ג) לחוק, המסויגים באמצעות דרישת "הזדון" – הכל כפי שיובהר להלן). גם בנוגע להגבלות המנהליות

מדובר רק במניעת הטבות (שאינן בגדר זכות מוקנית) ממי שקראו לחרם על מדינת ישראל, ועל כן דומה שזוהי פגיעה סבירה בנסיבות, לגבי אלה שבחרו לנהוג כך.

(3) מבחן המידתיות ב"מובן הצר"

16. לגישתם של העותרים, האינטרס כי אזרחים ותושבים ישראלים לא יקראו להחרמת ישראל וכן להחרמה של מוצרים תוצרת האזור – איננו עולה על הפגיעה בזכויות היסוד של אלו המאמינים כי מפעל ההתנחלויות באזור הוא מכשול לשלום ולעתידה של מדינת ישראל. עוד מדגישים העותרים באופן ספציפי באשר לסעיף 2(ג) לחוק, כי לפי הסעיף הנ"ל ניתן לפסוק פיצויים עונשיים כנגד הקורא לחרם אף ללא הוכחת נזק, וזאת בניגוד לעקרונות המקובלים, עליהם מושתתים דיני הנזיקין.

המשיבים טוענים מנגד כי החוק עומד במבחן המידתיות במובן הצר, זאת נוכח "היבטים מצמצמים", אשר קיימים בחוק, ומגבילים את הפגיעה שעלולה להיגרם מכוחו לזכויות חוקתיות. המשיבים מתייחסים בהקשר זה להיבטים הבאים:

(א) החוק איננו מונע התבטאות פוליטית ישירה בסוגיות פוליטיות שבמחלוקת, אלא עניינו אך ורק בקריאה להטלת חרם (כלכלי, תרבותי, או אקדמי) על מדינת ישראל, כמשמעו של ביטוי זה בחוק, שהוא בלבד אסור.

(ב) הקריאה לחרם, אשר לגביה חל החוק, צריכה להיות פומבית ומודעת, כדי שתוטל אחריות עקרונית בגינה.

(ג) הסנקציה הפלילית, שנכללה בהצעת החוק בנוסחה המקורי – הושמטה מהחוק.

(ד) בתביעה לפי עוולת החרם, יחולו העקרונות של דיני הנזיקין הכלליים, ובכללם הסייג של "זוטי דברים", וכן הדרישה להוכחת נזק וקשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק, כתנאי לקבלת סעד.

(ה) לגבי עוולת החרם – הטלת פיצויים ללא הוכחת נזק מותנית ביסוד נפשי של "זדון". לפיכך, לגישת המשיבים, השימוש בסעיף זה יעשה רק במקרים חריגים. לטענת המשיבים על טיבה של דרישת ה"זדון" שבחוק – יעמדו בתי המשפט המברורים, שיידרשו לפסיקת פיצויים לפי סעיף קטן זה.

(ו) ביחס להגבלות המנהליות – החוק קובע הליך מנהלי מורכב, המערב מספר גורמים רלבנטיים היכולים לפקח על אופן הפעלת שיקול הדעת, וכל אלה כפופים לעקרונות המשפט המנהלי.

17. העותרים מוסיפים כי החוק לוקה, להבנתם, גם בכשל לוגי. הטעם לכך הוא שהחוק קובע, הלכה למעשה, כי הקריאה לחרם – חמורה לשיטתם מן החרם עצמו, שכן בעוד שהחוק מטיל סנקציות שונות על מי שקורא לחרם, עצם בחירתו של אדם לנקוט בחרם (כלפי מוצרים המיוצרים לדוגמה באזור) – איננה נחשבת כיום, לדעתם, בעיני החוק, לעולה נזיקית, והיא אף לא גוררת אחריה, לגרסתם, עיצומים עונשיים, או מנהליים.

המשיבים כפרו בטענה ביחס לכשל הלוגי, אך הוסיפו וטענו כי גם אם צודקים העותרים בגישתם – אין בכך משום עילה חוקתית, אשר מובילה לפסילת החוק. הממשלה טענה עוד, בדיון שנערך לפנינו, כי פעמים הקריאה לחרם אכן עלולה להיות חמורה יותר מהחרם עצמו, וזאת נוכח ההשפעה האפשרית של הקריאה לחרם, אשר חורגת מהחלטתו האינדיבידואלית של אדם מסוים.

18. הפורום המשפטי התייחס להפרדה שעלתה בחלק מטענות מקצת העותרים (אשר אף הממשלה והכנסת התייחסו אליה) על פיה – כחלופה לפסילת החוק בכללותו – יש לבחון רק את מחיקת התיבה: "אזור הנמצא בשליטתה", המצויה בסעיף 1 לחוק. לגישת הפורום המשפטי, גם אם תימחק התיבה: "אזור הנמצא בשליטתה" שבסעיף 1 לחוק המגדיר: "חרם על מדינת ישראל" מהו – הפסילה עלולה להוביל לחרמות נגד ציבור שלם ודי בכך כדי לפגוע בתכלית החוק. מעבר לכך, אפילו תמחק תיבה זו מהחוק, עדיין ניתן יהיה להכשיר כל חרם שהוא, אשר יקרא כנגד גוף בישראל, או ציבור בישראל (למשל תושבי ההתנחלויות, שכן יש להם זיקה למדינת ישראל).

19. טענות נלוות נוספות שהעלו הצדדים ידונו בהמשך בפרק הבא, ככל שיהיה בהן צורך. ואולם טרם שאנו מגיעים לשם, ראוי לציין כי במכלול הוגשה גם בקשה לצו-ביניים (בעתירת תע"ל), וזו נדחתה בתאריך 27.07.2011 (לגבי השיקולים בהענקת צו ביניים כנגד חוק בעתירות חוקתיות – עיינו: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר פ"ד נא(4) 367, 380-382 (1997) (להלן: ענין לשכת מנהלי ההשקעות)).

עתה אעבור לליבון הדברים.

20. אפתח בהערה מתבקשת. בכירור שאערוך להלן – לא תבחן תבונת החוק (שאפילו חלק מנציגי הממשלה ערערו עליה, כמפורט בפיסקה 3 שלעיל), אלא חוקיותו בלבד. בהקשר זה הנחה אותנו הנשיא א' ברק בענין מנהלי ההשקעות (שם, בעמ' 386) כך:

”בית המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי [...] קביעת המדיניות נתונה למחוקק, והגשמתה נתונה לממשלה, להם ניתן מרחב של תימרון חקיקתי.”
(ההדגשות שלי – ח"מ).

בשים לב לאמת המידה הנ"ל – הרי שלאחר עיון בחומר הרב שהוגש לנו ושמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים, הגעתי למסקנה כי החוק מסוגל לצלוח ברובו, אם כי לא בנקל, את דרישות "פיסקת ההגבלה", למעט סעיף 2(ג) שבו, שדינו להתבטל, וכך אציע לחברי שנקבע.

הנמקותי למסקנות האמורות יובאו בהרחבה מיד בסמוך. הילוך הדיון יתנתב כדלהלן: תחילה אבחן אם מתקיימת בענייננו פגיעה בזכות חוקתית ואראה שהחוק אמנם פוגע בזכות לחופש ביטוי ובזכויות חוקתיות נוספות. לאחר מכן אבדוק אם סעיפי החוק השונים עומדים במבחנים הקבועים ב"פיסקת ההגבלה", וזאת, בין השאר, תוך הפניה למשפט משווה. לבסוף, אתמוך את התוצאה אליה הגעתי גם באמצעות תיאוריות נוספות שפותחו במשפט החוקתי במאטריה של פסילת חוקים.

אפרט עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

פגיעה בזכות חוקתית

21. העולה מלשון החוק, שהובאה בפיסקה 2 שלעיל, הוא כי מי שמפרסם ביודעין קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל, כמשמעו בחוק – עלול להיחשב כמי שמבצע עוולה אזרחית. מעבר לכך, השתתפותו של אדם כזה במכרזים וכן של מי שהתחייב

ליטול חלק בחרם כאמור – עלולה להיות מוגבלת, וייתכן שתימנענה ממנו הטבות כספיות שונות (מענקים ממשלתיים, פטורים ממס, ערבויות מדינה וכו').

הנה כי כן, רוב העיצומים המוטלים מכוח החוק חלים כבר בשלב הדיבור. קשה איפוא לחלוק על כך כי החוק למניעת חרם אכן פוגע בחופש הביטוי (כנטען על ידי העותרים והוסכם באופן חלקי גם על ידי המשיבים), הקשור "בקשר עניני הדוק לכבוד האדם" (כדברי חברתי, השופטת מ' נאור (כתוארה אז) ב-בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 763 (2008) (להלן: ענין המפקד הלאומי); עיינו גם: אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 712-708 (2014) (להלן: ברק, כבוד האדם) ובפסיקה המאוזכרת שם). יחד עם זאת אין מדובר פה בפגיעה במרכיב הגרעיני של חופש הביטוי, אף שמדובר בהתבטאות פוליטית, שכן ההגבלה היא מצומצמת יחסית וחלה רק על קריאה לחרם נגד מדינת ישראל, כמשמעה בחוק, או על מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור, שזו כבר פעולה משפטית החורגת מן הדיבור.

פה יש לעשות אתנחתא מסוימת ולהבהיר כי דיני קריאה לחרם (ולהשתתפות בחרם) עברו גלגולים רבים במרוצת ההיסטוריה המדינית והמשפטית. בעולם העתיק – הן במשפט העברי והן ביוון היה קיים מוסד של נידוי ומכוחו הוחרמו (ולעתים הוגלו) מי שפעלו בניגוד לכללי הקהילה, או שהיה חשש שיערערו את המשטר בחברה (ראו: ערך חרם (נידוי, שמתא) ביהדות – האנציקלופדיה העברית כרך יח, בעמ' 51-59; ערך: אוסטרקאיזם באנציקלופדיה העברית כרך ב' בעמ' 29-30; The Case Against Academic Boycotts, בעמ' 4-5). עם זאת כבר בשחר הימים ההם – רבים החלו לחוש כי מוסד החרם הוא בעייתי ומזיק לדמוקרטיה, והפילוסוף היווני הנודע פלוטרכוס (חי בערך בשנים 45-120 לספירה) הביא, בהקשר זה, ביצירתו המונומנטלית חיי-אישים, את סיפורו של אריסטידס (שחי ביוון בתחילת המאה החמישית לפני הספירה והיה מדינאי אתונאי מפורסם, שאפלטון קרא לו: "האיש היחיד באתונה שראוי להעריצו"). אריסטידס כונה "הצודק", נוכח מידותיו הטרומיות, אך חרף זאת החברה האתונאית הצביעה באסיפת עם על נידויו והגלייתו. כאשר נשאל איש מההמון מדוע נעשה הדבר, הוא השיב כי "נמאס" לו לשמוע שוב ושוב על "צדיקותו" של אריסטידס (סופו של הסיפור היה שהחברה האתונאית הכירה בדיעבד בטעותה והחזירה את אריסטידס לקהילתו ולמעמדו – ראו: ערך אריסטידס באנציקלופדיה העברית, כרך ה, בעמ' 872-871; The Case Against Academic Boycotts, בעמ' 4-5).

מאז, המחשבה הדתית והמדינית החלה להסתייג מחרמות במשך מאות בשנים (עיינו, למשל, במקורותינו: בבלי, מסכת מועד קטן יז', ע"א). עם זאת, במהלך ההיסטוריה החדשה נעשה מעת לעת שימוש בחרמות, למשל במאבק לעצמאות ארה"ב, כאשר במסגרת "מסיבת התה של בוסטון" (בתאריך 16.12.1773) נזרק לים מטען תה שיובא לארה"ב ואחר כך הוחרמו סחורות בריטיות שונות ע"י האמריקאים שביקשו לעצמם חופש ושחרור מאנגליה. ואולם מוסד החרם חודש "רשמית" וקיבל את שמו "המודרני" רק במאה ה-19 בעקבות מרד האיכרים האירי נגד קפטן Charles Boycott, שהתחולל בשנת 1873. קפטן Boycott, לאחר פרישתו מהצבא, פתח במסע לנישול האיכרים באירלנד מהקרקעות אותן עיבדו נוכח סירובם להסכים להעלאת דמי האריסות שנדרשו מהם. תגובת האיכרים ותומכיהם התבטאה בהטלת חרם, שקרא לניתוק קשרים עם Boycott ועם בעלי האחוזות ותוצרתם – והשיג את מטרתו. מאז נקרא החרם בלע"ז Boycott – לימים שוב צפו ועלו השגות והרהורים על "מוסד החרם", והחלו להיעשות הבחנות מהבחנות שונות בין "חרמות מותרים", שאורגנו במאה ה-20 (חרם האוטובוסים של מונטגומרי בארה"ב, החרם ההודי על סחורות בריטיות, שאורגן ע"י גנדי, ועוד), לבין כאלה שהם "אסורים", והדין שולל אותם. עיינו עוד: GARY MINDA, BOYCOTT IN AMERICA HOW IMAGINATION AND IDEOLOGY SHAPE THE LEGAL MIND (1999), שם המחבר מעיר כך (בעמ' 197):

"Group boycotts may appear to some as acts of political terrorism".

אמירה זו באה אף שבארה"ב חרמות כנגד תופעות של גזענות, או במסגרת סכסוכי עבודה נחשבים כמותרים. ראו: NAACP v. Alabama ex rel. Flowers, 377 U.S. 288 (1964); וכן NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886 (1982) (להלן: *Claiborne*). עיינו גם: יניב מנו "חרם צרכנים, כלי הנשק האתי של הצרכנים" המשפט טו 729 (2010); נילי כהן "משפט ומשחק – 'הסוחר מונציה' ו'התקלה'" הפרקליט נא 407, 433-434 (התשע"ב).

22. נוכח הקביעה שיש כאן פגיעה בחופש הביטוי, שהוא בבחינת "זכות-בת" של כבוד האדם (על פי המינוח שטבע פרופ' ברק בספרו כבוד האדם הנ"ל), הרי שהעיצומים שבחוק החרם מגלמים פגיעה בזכות חוקתית מוגנת. עם זאת, זכות חוקתית זו, כשאר הזכויות החוקתיות בישראל, איננה מוחלטת, אלא יחסית וניתן להגבילה, אם הפגיעה עומדת בדרישות "פיסקת ההגבלה" הכלולות בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

(ראו: אהרון ברק מידתיות במשפט 53 (2010) (להלן: ברק, מידתיות במשפט); בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (20.6.2006) (להלן: ענין שינוי); בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19 (15.01.2013)).

אבחן איפוא בהמשך אם החוק למניעת החרם עומד בדרישות של "פיסקת ההגבלה", ואולם טרם שאגיע לשם אציין כי ידועות לנו דוגמאות רבות לאיסורים שנקבעו בחקיקה והוכרו כתקפים, למרות שהם פוגעים בחופש הביטוי כזוה. אציין מקצתם כאן: איסור לשון הרע (מכת חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 – מדובר בעבירה פלילית ובעוולה אזרחית); הסתה לגזענות (ראו: סעיף 144 ב לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)); הסתה לטרור (ראו: פקודה למניעת טרור, התש"ח-1948. עיינו: דפנה ברק-ארז ודודי זכריה "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות" עיוני משפט ל"ה (2012) (להלן: ברק-ארז וזכריה)); המרדה (ראו: סעיף 134 לחוק העונשין. עיינו: מרדכי קרמינצר וליאת לבנון מורג "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות" משפט וממשל ז 305 (2004). א' דורפמן "האיסורים הפליליים המוטלים על חופש הביטוי בראי המודל הכלכלי של אי-ודאות" משפט וממשל ח 313 (2005). ברק, כבוד האדם, בעמ' 737-738); שידול לזנות (ראו: סעיפים 205 ב ו-205 ג לחוק העונשין); פרסומים הנוגעים לצנעת חייו האישיים של אדם (ראו: סעיף 2(11) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ולאחרונה: ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (24.04.2014)); הגבלות בתעמולה בחירות (ראו: חוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959, ולאחרונה: בג"ץ 979/15 מפלגת ישראל ביתנו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-20 (25.02.2015), יוער כי פסק דין זה נתון לדיון נוסף); עבירות כלפי שירותים ציבוריים המזכירים במפורש איום, או הפחדה בחרם (ראו: סעיף 161 לחוק העונשין); וכך: זילות בית משפט (ראו: סעיף 255 לחוק העונשין) והעלבת עובד ציבור (ראו: סעיף 288 לחוק העונשין). עיינו גם: ראם שגב (בהנחיית פרופ' קרמינצר) חופש הביטוי נגד רשויות המדינה 31-35 (2001)).

יצוין כי חלק מההוראות הנ"ל באות בגדר סעיף שמירת הדינים, הקבוע בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפרשנותו של סעיף זה עיינו: אהרון ברק שמירת דינים (מאמר שצפוי להתפרסם בספר ביניש); דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (15.01.2015) (להלן: ענין דיראני). יתר על כן בפסיקתו של בית משפט זה אושרו הגבלות שהושתו בעקבות אמירות (שבארה"ב היו נכללות במסגרת "חופש הביטוי"), מהן נדף ניחוח גזעני, וזאת מבלי שהיתה להגבלה אפילו הסמכה מפורשת בחוק. עיינו: בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (12.10.2008).

הנה כי כן "חופש הביטוי" המופשט – איננו חזות הכל. על רקע האמור – בפסיקה שלנו אמנם צוטטו בהסכמה דבריו של השופט האמריקאי ברנן (Brennan J.), שלפיהם הוויכוח בענינים ציבוריים מותר לו להיות "ללא מעצורים, ללא איסתניסיות ופתוח לרווחה" (ראו: דברי השופט מ' שמגר (כתארו אז) ב-ע"א 723/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ פ"ד לא(2) 281, 296 (1997); עיינו גם: בג"ץ 399/85 כהנא נ' רשות השידור פ"ד מא(3) 280, 255 (1987) (להלן: ענין כהנא)), ואולם כאשר נמצא כי הפגיעה בזכות האמורה עומדת בכל תנאי "פיסקת ההגבלה" (לרבות דרישת המידתיות) ובהתרת הביטוי יש מאידך גיסא "כדי לערער על מושכלות יסוד בדרך העלולה לפגוע בחוסן החברתי והלאומי" (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 278, 249 (2003)) – נאמר כי ההגבלה תוכר (השוו: פסקה 19 בפסק-דינו של הנשיא ברק בענין שינוי).

23. זה המקום להעיר כי אפילו בפסיקת בית המשפט העליון של ארה"ב, שם מכח התיקון הראשון לחוקה האמריקאית ההגנה על חופש הביטוי היא רחבה ביותר – נוצרו חריגים:

ראשית מוסכם שם על הכל כי ההגנה איננה מתפרסת על מי שצועק לשווא: "אש" באולם תיאטרון הומה אדם וגורם בכך לפניקה מיותרת, כדברי השופט הולמס בפרשת *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919):

"The most stringent protection of free speech would not protect a man falsely shouting fire in a theater and causing a panic".

דברים אלו צוטטו רבות בעבר ולאחרונה הובאו על ידי חברי, השופט נ' הנדל ב-רע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' מיכאל בן חורין (26.12.2011). יודגש כי במידה מסוימת חריג זה הינו מדומה משהו, שהרי לגבי הטענה שצעקת השווא: "אש" בתיאטרון עלולה לגרום לנזקים (ולפיכך אין היא מוגנת) – יש קונצנזוס, בו בזמן שלגבי צידוק הקריאה לחרם על המדינה קיימת אצלנו מחלוקת פוליטית. עם זאת בצד חריג מוסכם זה גם בארה"ב, שהיא הליברלית ביותר במתחם האמור פותחו חריגים נוספים וגישות חדשות, שכן הדברים מתחייבים משינויי העיתים והצרכים. על אלה אעמוד בפסקה 24(א) שלהלן וכן בהמשך הדרך.

24. **הבדיקה החוקתית שתעשה בפסק דיני – תתמקד איפוא כאמור – בהיבטים המשפטיים של הוראות החוק הרלבנטיות והיא תעזר גם במשפט המשווה.** עם זאת בתשתית הבדיקה יש להניח מספר נחוני יסוד נוספים:

(א) מסתבר כי בעת שההתבטאות איננה עוסקת רק בניסיון לשכנע את הציבור ביחס לעובדות, אמונות ותפיסות עולם, אלא קוראת גם לפעולה – אנו עוברים לתחום שהוא מעבר לחופש הביטוי גרידא והענין כרוך, בין השאר, בחוקיות, או במוסריות של הפעולה שמדובר בה (החרם), בהקשר הכללי ובשיקולים נוספים, שמאזנים אינטרסים שונים שבאים בחשבון. לפיכך קריאה ליטול חלק בפעילות פלילית, או להשתתף בהגבל עסקי, או להפר חוזה היא לרוב אסורה (בכפיפות לחריגים). לכן אין גם בנמצא דין כללי באשר להתייחסות לחרם וכפי שהגדיר זאת השופט סטיבנס (Stevens J.) בבית המשפט העליון בארה"ב בפרשת Claiborne – חרם הוא מושג שיש לו אופי של מעין "זיקית" והוא מפגין חליפות:

"Elements of criminality and elements of majesty"
(שם, בעמ' 888).

מכאן שאפילו בארה"ב, שבה יש לחופש הביטוי בכורה ביחס לשאר זכויות היסוד – פעמים קריאה לחרם מותרת ונחשבת כנכללת במסגרת "חופש הביטוי" (עיינו: פרשת Claiborne) ופעמים היא מוגבלת, או אסורה, על אף "חופש הביטוי" (ראו עוד: International Longshoremen's Association, AFL-CIO, v. Allied International, Inc., Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1 (2010); 456 U.S. 212 (1982) (להלן: פרשת Holder); שתי הפרשות האחרונות, קרובות יותר למאטריה שבפנינו).

מכאן שבו בזמן שכמעט כל הבעת דעה מותרת במדינה דמוקרטית, והוא הדין בעקרון אף ביחס להפגנה (בכפוף לסייגים מסוימים של בטחון הציבור), הרי שקריאה לחרם היא תלוית-הקשר וכרוכה, בין היתר, ב"חוקיות" החרם בו מדובר. כך למשל – חרם צרכנים למטרות צרכניות אפשרי בדרך כלל (עם זאת "חרם מודעות" הפוגע בחופש העיתונות נחשב בדרך כלל כאסור, מעבר לכך שיש בו לעתים משום הגבל עסקי), ואילו חרם למטרות פוליטיות פסול לרוב. עיינו: Gordon M. Orloff, *The Political Boycott: An Unprivileged Form of Expression*, 1983 DUKE L. J. 1076 (1983) (להלן: Orloff, *The Political Boycott*). עיינו גם: ע"א 115/75 "התאחדות סוכני נסיעות ותיירות בישראל" נ' "קופל-טורס" בע"מ כט(2) 799 (1975).

נוכח העובדה שדינו של החרם בארה"ב מותנה בסוגו ובנסיבותיו – הבדיקה החוקתית בסוגיה זו נעשית שם "מלמטה למעלה" ונערכת במסלול הישומי (as applied review) ולא במסלול המופשט (facial review). להבחנות אלו ולנפקותן – עיינו: רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית וישומית, או מופשטת" עיוני משפט לז(1) 45 (פברואר 2014), שנכתב בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012) (להלן: ענין בוגרי התיכון); וכך: ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות: בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מ"ג (2013) (להלן: צ'צ'קו, על בשלות וחוקתיות); (לדיון נרחב בדוקטרינת הבשלות בהקשר שלפנינו – עיינו בפסקה 60 שלהלן).

(ב) בסוגיות מושא העתירות, החוק מעיד על עצמו – **ואפילו בשמו** – כי הוא מיועד למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם. הנה כי כן יש להניח כעובדה בסיסית בהקשר זה כי הכנסת בחרה להוסיף למאבק שמנהלת המדינה כנגד המבקשים להחרים אותה ואת תושביה – גם חקיקה.

(ג) מסתבר כי הן המחוקק והן העותרים (למעט העותרים בעתירת ברקאי) וכן תנועת ה-BDS (Boycott Divestment and Sanctions Movement), הפועלת נגד ישראל – אינם עושים אבחנה בין מדינת ישראל ומוסדותיה לבין אזורים הנמצאים בשליטת המדינה. בקריאה לחרם שכזה – הנמענים נדרשים להימנע מכל קשר כלכלי, תרבותי, או אקדמי עם אדם, או גורם אחר רק מחמת זיקתם למדינת ישראל, או מוסדותיה, או לאזורים הנמצאים בשליטתה – **ולא בשל התנהלותם**.

בנושא זה הפנינו, כאמור, שאלות לצדדים בעת הדיון. אחדים מבין באי-כוח העותרים השיבו כי אפילו ההתנחלויות (שהן כיום במוקד הקריאות לחרם) לא היו בנמצא, מותר היה עדיין, לדעתם, לקרוא לחרם על מדינת ישראל, כמשמעו בחוק, זאת כל עוד ישראל נוהגת, לשיטתם, בהפליה לרעה כלפי המיעוט הערבי, או שאין היא משנה את אופיה (כמדינה יהודית). נאמנים לגישה זו הודיעו חלק מבאי-כוח העותרים כי לתפיסתם ניתן היה בשעתו (עוד לפני שנחתמו הסכמי השלום עם מצרים וירדן ונערך "הסכם-פריז" עם הנציגות הפלסטינית) לקרוא להשתתפות ב"חרם הערבי" הכלכלי שהוטל על ישראל – חרם שגרם בזמנו לנזקי עתק למדינה ולתושביה, כאשר חברות בינלאומיות רבות סירבו לסחור עם ישראל, או לנהל בה עסקים. דין דומה אמור לחול לפיכך, על פי גישה זו, הן על המצב הנוכחי, שבגדרו ניתן על פי השקפת העותרים, לעודד הצטרפות לחרמות על ישראל והן על המצב העתידי, אפילו יושגו

הסדרי דו-קיום בינינו לבין שכנינו, זאת כל עוד לא יבוטלו, לשיטתם, כל שאר ה"עילות" המצדיקות, לדעתם, את הקריאה לחרם.

זה המקום להזכיר כי מדינת ישראל נחלצה מ"החרם הערבי" הנ"ל, בין השאר, הודות לחקיקה אמריקאית ואירופאית פרטנית, שאסרה על השתתפות בחרם, או כניעה לו – חקיקה שהיא עדיין בתוקף שם (לפירוט החיקוקים האמורים – עיינו בסקירות שהוכנו על ידי מרכז המחקר והמידע של הכנסת והוגשו לוועדת החוקה שלה: <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02861.pdf>). כן ראו: Greendorfer - לגבי המצב הנוכחי בארה"ב. החקיקה בארה"ב שאסרה שיתוף פעולה עם החרם הערבי – לא נמצאה כפוגעת בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית – עיינו: Briggs & Stratton Corporation v. Baldrige, 782 F.2d 915 (7th Cir. 1984); The Trane Company v. Baldrige, 552 F. Supp 1378 (W. Dist. Wisc. 1983). לגבי המצב באירופה עיינו פסקאות 49 ואילך שלהלן).

25. עולה מן האמור לעיל כי קריאה להשתתפות בחרם נגד מדינת ישראל, כמשמעו בחוק, המאורגן ע"י גורמים שונים בארה"ב, באירופה, או בישראל – היא בבחינת עידוד להשתתפות בפעולה בלתי חוקית, או להתנהלות שיש בה יסודות אסורים של: הפליה, התערבות שאיננה מותרת ביחסים חוזיים, או אפילו הגבל עסקי (הכל בהתאמה להוראות הדין הרלבנטי), שיתכן וניתן להטיל אחריות עקרונית בגינם גם מכוח הדין הקיים. עם זאת הכנסת סברה שיש מקום ליתן מסגרת נורמטיבית מוגדרת והדוקה יותר להתנהלות הפסולה האמורה ולכן בגדר סעיף 2 לחוק נקבעו שלושה עקרונות:

(א) פרסום קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל, כמשמעו בחוק, מהווה, בהתקיים תנאי סעיף 2(א) לחוק – עוולה נזיקית (סעיף 2(א) לחוק).

(ב) לענין סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין – לא יראו מי שגרם להפרת חוזה מחייב כדין על ידי קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל – כמי שפעל מתוך צידוק מספיק (סעיף 2(ב) לחוק).

(ג) מי שעשה עוולה לפי החוק – בזדון – רשאי בית המשפט לחייבו בתשלום פיצויים שאינם תלויים בנזק (להלן: פיצויים לדוגמא), זאת מכוח סעיף 2(ג) לחוק.

מעבר לכך, בגדרי סעיפים 3-4 לחוק, נקבע עוד כי: לשר האוצר מוקנית הסמכות, בכפוף לתנאים המובאים שם, להגביל השתתפות במכרז (לפי חוק חובת

המכרזים), או למנוע הטבות כלכליות, המפורטות בסעיף 4 לחוק – ממי שמפרסם קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל, כמשמעו בחוק, או ממי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור.

עתה עלי לבחון אם ההוראות האמורות עומדות בתנאי "פיסקת ההגבלה".
 אקדים מוקדם למאוחר ואבהיר, כי לדעתי, סעיפים 2(א), 2(ב), 3 ו-4 לחוק הנ"ל צולחים את "פיסקת ההגבלה" החוקתית, ואילו סעיף 2(ג) לחוק – כושל במבחנים הנדרשים.

אפרט עכשיו את הדברים לפי סדרם ואולם טרם שאכנס לטרקלין אעיר כי משעה שהבעתי את הדעה שיש כאן פגיעה בחופש הביטוי – אין מקום לדון בנפרד בפגיעה בחופש העיסוק ובזכויות חוקתיות נוספות, אשר לטענת העותרים הופרו, שכן פגיעות אלו כולן נגזרות פה מן הפגיעה בחופש הביטוי וככל שימצא כי פגיעה זו עומדת בתנאי "פיסקת ההגבלה", הרי שאותו הדין חל לגבי שאר הפגיעות. עיינו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 674-675 (2006) מפי הנשיא א' ברק בעקבות בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 206 (1998).

בדיקת הוראות החוק במשקפי "פיסקת ההגבלה"

26. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מורה, כידוע, במה שמכונה "פיסקת ההגבלה" כדלקמן:

"פגיעה בזכויות
 אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק
 ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית
 ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק
 כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

אבחן איפוא את הוראות החוק לנוכח תנאי "פיסקת ההגבלה".

27. התנאי הראשון הקבוע ב"פיסקת ההגבלה" דורש שהפגיעה בזכות החוקתית "שלפי חוק היסוד" – תיעשה באמצעות חוק (או לפי חוק מכח הסמכה מפורשת בו). במקרה שלפנינו תנאי זה מתקיים, שהרי העיצומים, שנקבעו בסעיפים 2-4 לחוק מניעת החרם, מוסדרים בדבר חקיקה של הכנסת.

28. התנאי השני הקבוע ב"פיסקת ההגבלה" דורש שהחוק יהלום את ערכיה של מדינת ישראל. פיסקה זו פורשה כמפנה בראש ובראשונה לערכיה של ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית", אותם יש לכבד ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל, הכל כאמור בסעיפים 1 ו-1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מעבר לכך אפשרית במסגרת זו אף התחשבות בערכי בסיס נוספים של מדינת ישראל.

באשר להתקיימות תנאי זה יש מתח בין עמדות העותרים לבין עמדות המשיבים. העותרים גורסים כי החוק פוגע בחופש הביטוי וגורע מאופיה הדמוקרטי של המדינה. המשיבים, המצדיקים את החוק, טוענים מאידך גיסא כי החוק בא בגדר הצורך של המדינה להתגונן מפני הקמים עליה לכלותה, או מפני אלה המבקשים לשנות את אופיה והוא בגדר אמצעי ש"דמוקרטיה מתגוננת" צריכה לכלול ב"ארגז הכלים" שלה. מעבר לכך, החוק בא למנוע הפליה נגד אזרחי מדינת ישראל, בין אם בשל זהותם הלאומית ובין בשל מגוריהם באזורים המצויים בשליטת המדינה. המחלוקת האמורה תבורר להלן, ובגדרה אשתדל ליתן תשובות לקושיה האמורה.

29. הדוקטרינה של "דמוקרטיה מתגוננת" הוכרה – בדעת רוב – עוד בפרשת ע"ב 1/65 ידדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365 (1965), אף שבאותו הזמן לא היה לגישה זו עיגון סטטוטורי מפורש (עיינו גם: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב 588-591, 604-618 (מהדורה שישית, 2005). את הדוקטרינה האמורה יש ליישם על פי תנאיה של כל מדינה ותושביה – ראו: Jan-Werner Muller, *A "Practical Dilemma Which Philosophy Alone Cannot Resolve"? Rethinking Militant Democracy: An Introduction*, 19 INT'L J CRIT.DEM.THEORY (2012) (להלן: Muller, *Militant Democracy*). עיינו גם: (SVETLANA TYULKINA, *MILITANT DEMOCRACY* (2015). בהתאם – הוחלה אצלנו תפיסה זו על דרך של הכרה בהיותה של ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית", ונתון קונסטטוציוני בסיסי זה קיבל גושפנקא וביטוי הן בחוקי היסוד שנחקקו ב-1992 ואילך והן במרחב הנורמטיבי התת-חוקתי (לפירוט כל הוראות הדין הרלבנטיות – עיינו: חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" 347 רובינשטיין 349-351 (2014)). בהקשר זה יש להביא בחשבון כי המחוקק גילה דעתו בחוק למניעת חרם שהוראות החוק באות למנוע פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, ומכאן שעל פני הדברים ומכח חזקת החוקתיות של החוק נראה – שהחוק נכלל במסגרת הדוקטרינה של "מדינה מתגוננת" (מה גם שחלק מהעותרים הצהירו כאמור כי עד שלא ישונה אופיה של המדינה – הקריאה לחרם אכן לגיטימית בעיניהם). לנפקות הדוקטרינה של

"דמוקרטיה מתגוננת" עיינו: חוות עוד דעתי בענין דיראני, וכך: G.H. Fox & G. Nolte, *Intolerant Democracies*, 36 HARV. INT. L. J. (1995); ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור, שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327, 357 (2006) (להלן: מדינה, ארבעים שנה להלכת ירדור) שם אוזכרה ההשקפה (אף שהמחבר מבקר אותה) ולפיה:

"מכח העיקרון בדבר "דמוקרטיה מתגוננת" ניתן להצדיק מגבלות שלטוניות על גורמים המבקשים לפגוע באינטרסים חשובים המוכרים כזכויות יסוד [פה של צדדים שלישיים; תוספת שלי – ח"מ], אף אם גורמים אלו דבקים בהקשר זה באמצעים בלתי אלימים". (והקריאה לחרם ספק אם היא באה בגדר אלה – כפי שאבהיר בהמשך; הערה שלי – ח"מ).

30. זאת ועוד – הקריאה לחרם נראית כחורגת מחופש הביטוי הטהור. כך, למשל, כתב השופט א' ברק בפסק הדין בענין כהנא, בהתייחסו למטרותיו של חופש הביטוי:

"הצידוק לחופש הביטוי הוא מורכב ומשולב. זהו החופש של היחיד להגשים את עצמו ולגבש לעצמו השקפת עולם ודעה על-ידי מתן דרור לרוחו, היוצרת והקולטת, המרשימה והמתרשמת; זהו החופש של היחיד ושל הכלל להוציא את האמת לאור בדרך של התמודדות חופשית ובלתי פוסקת בין האמת לבין השקר; זהו החופש של החברה להחליף, ברוח טובלנית, ללא מורא ופחד ומתוך כיבוד האוטונומיה של כל יחיד, דעות והשקפות, ולשכנע זה את זה כדי לייצב, לעגן ולפתח את המשטר הדמוקרטי" (שם, בעמ' 272). (ההדגשות שלי – ח"מ).

חופש הביטוי, נועד איפוא, בין השאר, להפרות את השיח הציבורי ולהציג גם עמדות שאינן מקובלות, כל זאת, כדי שההחלטות הפוליטיות בחברה, תתקבלנה באופן חופשי ומושכל, באמצעות שכנוע, בסובלנות ותוך כיבוד האוטונומיה של האחר.

מכאן, כי הקריאות לחרם כנגד מדינת ישראל, כמשמעו בחוק – אינן עונות לתכליתו הקלאסית של חופש הביטוי. בניגוד לעמדת העותרים לפיה הקריאות לחרם מקדמות "שיח פוליטי פתוח ומפרה", למעשה הקריאות הללו אינן מעוניינות בהכרעות פוליטיות על בסיס רצון חופשי, אלא מבקשות לכפות עמדות, וזאת באמצעות אמצעים כלכליים ואחרים (גם במישור החוזי – השפעה באמצעות כפייה כלכלית, הוכרה בחוק ובפסיקה, ככזו המנוגדת לרצון החופשי וממילא מקימה זכות לביטול החוזה (ראו: סעיף 17 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973; ע"א 8/88 שאול רחמים בע"מ נ'

אקספונמדיה בע"מ, פ"ד מג(4) 95, 100-101 (1989); ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד (ישראל) בע"מ, פ"ד מח(5) 705, 706 (1994); והשוו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 956 (1992), הכוללים בגדר כפיה: "גם איומים ב'חרם' או ב'רשימה שחורה', שמשמעותם כי ספקים יחדלו להתקשר עם אדם או שלקוחות יימנעו מלהתקשר עימו או שמעבידים אחרים יסרכו להעסיקו", ומסכמים: "אף בענין זה הדעת נותנת שהאיום, אם לא נעשה כדי להגן על אינטרס מוצדק, יוכל להוות כפיה".

דרך זו של קריאה לחרם: כלכלי, אקדמי, תרבותי – איננה משרתת איפוא את הדמוקרטיה, אלא פוגעת בה. אבהיר:

(א) העותרים טוענים, כי החוק למניעת חרם פוגע בזכותם לקיים שיח פוליטי, אך בהקשר זה, ראוי לשרטט את ההבחנה הקיימת בין חופש הביטוי כאמצעי שכנוע, אשר מהווה אבן יסוד למדינה הדמוקרטית לבין חופש הביטוי כאמצעי כפייה, אשר חותר תחת ערכיה של המדינה הדמוקרטית. בעוד שכדי לקדם את חופש המחשבות והדעות – מדינה דמוקרטית תבקש לעודד שוק חופשי של דעות באמצעות חופש הביטוי, הרי שכאשר שימוש בחירות זו (על דרך של קריאה לחרם) מהווה כלי לפגיעה בזכות הפרט להכריע על פי דעותיו ואמונתו – ניתן לצמצם במקצת את ההגנה על חופש הביטוי. ראו: Orloff, *The Political Boycott* (שם, בעמ' 1076-1077):

"A political boycott is a coercive mode of expression that, regardless of its goals, deprives its victims of their freedom to speak and to associate as they please... A political boycott uses economic coercion to force its victims to speak or act politically in a way that furthers the goals, not necessarily of the speaker, but of the boycotter".

ובתרגום לעברית:

"חרם פוליטי הוא צורת התבטאות בעלת אופי 'כופה' אשר שוללת מקורבנותיה את חופש הביטוי וההתאגדות על פי רצונם, וזאת ללא תלות במטרות שעומדות ביסוד החרם... במסגרת החרם הפוליטי נעשה שימוש בכפייה כלכלית כדי לאלץ את קורבנות החרם להתבטא או להתנהג באופן שאיננו מקדם בהכרח את מטרותיהם שלהם, כי אם את מטרותיו של הקורא-לחרם".

בכך הקריאה לחרם נכנסת למסגרת הקטגוריה המכונה בספרות החוקתית: הפרדוקס הדמוקרטי, אשר בגדרו מותר להגביל את זכויותיו של מי שמבקש ליהנות מהדמוקרטיה כדי לפגוע בה. עיינו: פסק דינו של הנשיא א' ברק ב-א"ב 11280/02

ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 נ' ח"כ טיבי, פ"ד נז(4) 1, 14-18 (2003). בקריאה
לחרם ובהשתתפות בו יש איפוא לעתים כאמור משום "טרור פוליטי".

ניתן להשוות תפיסה זו להוראת סעיף 122 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב],
תשכ"ט-1969, הקובעת כדלקמן:

"122. ואלה דינם מאסר חמש שנים או קנס 20,000
לירות:

(1) הנותן או המציע שוחד על מנת להשפיע על בוחר
להצביע או להימנע מהצביע, בכלל או בעד רשימת
מועמדים מסויימת;

...

(3) המאיים על בוחר בגרימת נזק, לו או לאדם אחר, אם
הבוחר יצביע או יימנע מהצביע, בכלל או בעד רשימת
מועמדים מסויימת;

...

(6) המשדל אדם להצביע או להימנע מלהצביע, בכלל
או בעד רשימת מועמדים מסויימת, בדרך של השבעה,
קללה, נידוי, חרם, נדר, התרת נדר, הבטחה להעניק
ברכה, או מתן קמיע; לענין זה, "קמיע" – לרבות כל
חפץ שבעיני חלק מהציבור יש ביכולתו להיטיב או
להרע עמו".
(ההדגשות שלי – ח"מ).

השופט מ' חשין, בהסבירו את תכליתה של הוראה זו, התבטא כך:

"תכלית החוק היא שהבוחרים יכריעו בדעתם בעבור מי
יצביעו ובעבור מי לא יצביעו לאחר שישקלו בדעתם
באורח חופשי ומושכל מיהו הראוי לדעתם כי יבחרו בו...
תכלית החוק היא למנוע תופעה בלתי ראויה זו, שאנשים
יצביעו או יימנעו מהצביע בעבור מפלגה או בעבור
מועמד לראשות-הממשלה בהיותם מושפעים על-ידי
שיקולים שאינם ממין הענין, או שיקולים בלתי ראויים
אחרים" (תב"מ 11/01 פינס-9 נ' סיעת ש"ס, פ"ד נה(3)
168 (2001); ההדגשות שלי – ח"מ).

(ב) הדברים הנ"ל מקבלים נופך מיוחד בהקשר להחרמת האקדמיה הישראלית.
קריאה שכזו להחרמת הקהילה האקדמית בישראל, או של מרצים ישראלים חותרת תחת
החופש האקדמי עצמו ומונעת מחקר והוראה, שמטרתם, בין השאר, חיפוש אחר
האמת. זוהי למעשה החרמה של האינטלקטואליות עצמה, שכן חרם משתיק את השית.
לפיכך החוק האוסר פעילות שכזו – הולם את ערכיה של מדינת ישראל, המבטיחים, בין
היתר, חופש אקדמי מלא ומקדמים מחקר ומצוינות, שהם ביסוד יתרונותיה האיכותיים
של ישראל. עיינו: רובינשטיין ופשה, סדקים באקדמיה, בעמ' 117-119.

31. בכל הטיעונים הנ"ל די כדי להצביע על כך שהחוק עומד גם בתנאי השני של "פיסקת ההגבלה", ענין שיש לו גם "השראה" על התנאי השלישי, שאדון בו מיד להלן.

32. התנאי השלישי הקבוע ב"פיסקת ההגבלה" דורש שהחוק, בגדרו נעשית הפגיעה בזכות החוקתית המוגנת, יהיה לתכלית ראויה. דומה שהחוק שבפנינו עומד אף בהתניה זו, שיש בה בהקשר שלנו כאמור חפיפה מסוימת לתנאי השני (ולכן ככל שהדברים משותפים – לא אחזור אליהם פה שוב).

כפי שהובהר בפיסקאות 28-30 שלעיל יש לחוק (שוב – מבלי להיכנס לעצם התבונה שבחקיקתו) מספר מטרות שניתן להסביר אותן על רקע ערכיה של המדינה והוא אף בא להשיג מספר תכליות ספציפיות, שיכולות להיחשב לגיטימיות:

(א) הוא בא למנוע פגיעה באמצעות חרם במדינת ישראל, במשמעות ביטויים אלה בחוק.

(ב) הוא מתחם את המותר והאסור במסגרת חופש הביטוי, דהיינו: מותר להביע כל דעה פוליטית ולנסות לשכנע; מותר להפגין; אסור – לקרוא לחרם (שיתכן ויש בו גם: אלמנטים פליליים (הגבלים עסקיים, פגיעה פסולה בשוויון, או ב-'איסורי חרם' per-se), או עוולתיים (גרם הפרת חוזה; איסורי הפליה), או שהוא עומד בניגוד לערכי היסוד של המדינה (או השיטה המשפטית שלה)). פרופ' Ulrich K. Preub במאמרו: (Association), מציע אבחנה נוספת, ועל פיה הבעת מחאה פוליטית-אישית מותרת, ואולם קריאה לפעילות קבוצתית אסורה, יש בה אלמנטים של קשר פסול (ראו: Ulrich K. Preub, Associative Rights (The Right to The Freedoms of Petition, Assembly, and Association) in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 948, 963 (Michael Rosenfeld And Andreas Sajo eds., 2012). באבחנה זו יש אף משום תשובה לטענת העותרים בדבר הכשל הלוגי בחוק.

(ג) הוא מקדם ערכים של שוויון ואיסור הפליה.

ארשה לעצמי להרחיב כאן מעט רק בהקשר לאיסורי ההפליה, המגלמים את הזכות לשוויון, ככל שהם כרוכים בשאלות שבפנינו וביחסם לסוגיית החרם.

33. החוק למניעת חרם מגדיר כאמור כחרם על מדינת ישראל: "כל הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו

למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית" (ההדגשות שלי – ח"מ). ההגדרה הנ"ל איננה מדברת בחרם על התנהלותו של המוחרם, אלא חלה רק בהקשר לזיקתו של המוחרם למדינת ישראל, למוסדותיה ולאזורים המצויים תחת שליטתה.

אני סבור כי חוק, אשר נועד למנוע חרם מהסוג הנ"ל, ניתן לומר עליו כי הוא מקדם תכלית ראויה, במובנה ובנפקותה המשפטית, באשר הוא נותן, בין היתר, ביטוי לזכות לשוויון, שהוכרה גם היא בפסיקה כזכות יסוד (עיינו: ברק, כבוד האדם, בעמ' 705-691). אבהיר:

(א) חרם נושא מאפיינים דומים להפליה פסולה. כך, גם החרם וגם ההפליה, מובילים לצמצום קשרים כלכליים ואחרים עם בני אדם, על בסיס אינטרס שעלול להיחשב כבלתי לגיטימי. במקרה של החוק למניעת חרם, הבסיס לחרם הינו: זיקה למדינת ישראל. בסיס דומה – זיקה לארץ מוצא – מוכר בחוק הישראלי כעילה מוצדקת להטלת אחריות נזיקית במסגרת עוולת ההפליה. בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000 (להלן: חוק איסור הפליה), העוסק בעוולה נזיקית המתייחסת להפליה נאמר, בסעיפים 3 ו-5 שבו, כך:

3. (א) מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות.

...

5. (א) מעשה או מחדל בניגוד לסעיפים 3 ו-4 הם עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליהם, בכפוף להוראות חוק זה". (ההדגשות שלי – ח"מ).

חוק איסור הפליה קובע איפוא כי הפליה על בסיס ארץ מוצא היא הפליה אסורה, וספק שמפלה על יסוד נתון זה חשוף לתביעה נזיקית. יצוין עוד, כי לפי החוק האמור, גם השקפה, או השתייכות פוליטית של אדם – איננה מהווה בסיס לגיטימי להבחנה באספקת שירות או מוצר, כלומר, במידה מסוימת חוק איסור הפליה מגדיר אפילו באופן רחב יותר מאשר החוק למניעת חרם את בסיס ההפליה.

(ב) כאן יש לציין עוד כי העובדה שאדם מתנגד פוליטית למדיניות של מדינה כלשהי – אין בה כשלעצמה הצדקה להפליה על בסיס ארץ מוצא. הפליה המבוססת על

הצדקה זו פוגעת בפרט על בסיס מעשים והתנהגויות, אשר אינם תלויים בו: "מדובר בעונש קולקטיבי", אשר משתמש בפרט כאמצעי להשגת הרתעת האחר, על לא עוול בכפו (והשוו: סעיף 140 לחוק העונשין). התנהלות שכזו איננה ראויה, בדיוק כמו שקריאה להחרמת מוצרים שיוצרו על ידי מיעוטים מסוימים, למשל – איננה ראויה.

34. לא למותר לציין כי חוק איסור הפליה איננו ייחודי לישראל והוא קיים בנוסחים דומים במדינות רבות נוספות בעולם, הכוללים בתוכם גם איסור הפליה על בסיס זיקה לארץ מוצא. למעשה, בחלק מן המדינות הללו – היקף התחולה של איסור ההפליה האמור אף רחב יותר מאשר בישראל. כך, למשל, בצרפת החוק הפלילי כולל גם איסור על כל הפליה שבעטיה נגרמת הפרעה לפעילות הכלכלית הרגילה (Penal Code, Article 225-2). באנגליה ובגרמניה – החוק מגדיר כהפליה ישירה כל התייחסות לרעה של א' כלפי ב', הנובעת מהיסוד המפלה (סעיף 13 ל-Equality Act 2010, וסעיף 3 ל-General Act on Equal Treatment בהתאמה).

מכל האמור לעיל עולה, כי החוק למניעת חרם, בדומה לחוק איסור הפליה, מקדם גם תכלית ראויה של שוויון בכך שהוא נועד, בין השאר, למנוע הפליה פסולה – תכלית המעוגנת בחקיקה נוספת בישראל וכן בחקיקה של מדינות רבות אחרות.

35. משהראינו כי החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונועד לתכלית ראויה – נותר לנו עדיין לבחון אם ההגבלה אותה הוא מטיל על חופש הביטוי נעשית ב"מידה שאינה עולה על הנדרש", שהוא התנאי הרביעי ב"פיסקת ההגבלה". בכך אדון עתה.

"במידה שאינה עולה על הנדרש" – מבחני המידתיות

36. התנאי הרביעי והאחרון לבחינת חוקתיות הפגיעה בזכות יסוד הינו שהפגיעה נעשית ב"מידה שאינה עולה על הנדרש". את מידתיותו של החוק יש לבחון לאור שלושת מבחני המשנה של המידתיות, כפי שהללו נקבעו בפסיקה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, ומבחן המידתיות ב"מובן הצר" – המכונה לעתים "מבחן היחסיות", שיש בו מעין בדיקה של "עלות" מול "תועלת" (עיינו: ענין המפקד הלאומי, בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (11.2.2010); פסק דיני ב-בג"ץ 6784/06 רס"ן שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות (12.1.2011) (להלן: ענין שליטנר); ברק, מידתיות במשפט, פרקים 9-12).

באלה אעסוק להלן.

תת-המבחן בדבר הקשר הרציונלי

37. על פי תת המבחן של הקשר הרציונלי נדרש קשר סיבתי אפשרי בין התכלית הראויה, לבין האמצעי שנבחר בחוק לקדם תכלית זו (עיינו: ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 373-383; ביחס לדרך הישום של מבחן משנה זה עיינו בדעת הרוב ב-בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005)). במקרה שלנו, על אף שחלק מהעותרים טענו כי החוק איננו מועיל למניעת המאבק כנגד החרם (ומכאן שלכאורה אין הוא פוגע למעשה, על פי גישתם זו, בחופש הביטוי) – עלה מתוך כלל טענותיהם כי גם הם מודים בכך שמתקיים בפועל קשר סיבתי בין החוק לבין הכוונה למנוע קריאות לחרם, שכן קשר זה (שהעותרים יוצאים כנגדו) הניע את העתירות. ואכן, חלק מהעותרים ציינו בפנינו כי הם הושפעו מ"האפקט המצנן" שנגרם מהחוק ונאלצו לחדול בשל כך מפרסום רשימות של מוצרים המיוצרים על ידי גורמים ישראלים באזור – לשם החרמתם. ברי איפוא, שהחוק, ולו לשיטת יוזמיו, מקדם את מטרתו, לפחות באופן חלקי, בכך שהוא פועל ומסייע למניעת נזק, אשר לשיטתי, רק אם הוא נגרם – מושלמת בגדרו העוולה המוסדרת בחוק, בדרך המאפשרת להיפרע מהקורא-לחרם ולכן אין היא פסולה, שהרי הברירה בידי המעוול (בשונה מאותה הוראה שבסעיף 2(ג) לחוק שרואה בקריאה לחרם כעוולה המצדיקה פיצוי אף ללא הוכחת נזק – אותה, לדעתי, יש לבטל).

מכאן, שהחוק עומד במבחן המשנה הראשון של המידתיות. מה גם שאחת ממטרות דיני הנזיקין היא גם ליצור הרתעה (עיינו: עמוס הרמן מבוא לדיני נזיקין 4-7 (2006) (להלן: הרמן); אריאל פורת נזיקין כרך א, פרק ו' (הרתעה אופטימלית), בעמ' 25-53 (2013) (להלן: פורת)).

תת-המבחן בדבר האמצעי שפגיעתו פחותה

38. על פי מבחן המשנה השני למידתיות, יש לבחון האם המחוקק בחר באמצעי שפגיעתו בזכויות האדם היא פחותה יחסית, בהשוואה לאפשרויות האחרות שעמדו בפניו. הדרישה איננה שהבחירה תהיה באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפחות פוגעני, אלא די בכך שהאמצעי יהיה בגדרו של "מתחם המידתיות" (בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, סא(2) 202, 234-235, פסקה 68 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006); ענין המפקד הלאומי, בעמ' 784, פסקה 51 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (כתארה אז)),

ושפגיעתו תהיה מתונה יחסית, גם אם היא איננה בגדר הפגיעה הפחותה ביותר האפשרית (בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגון העצמאים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 115 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2.9.2010)).

כאמור, התכליות אותן החוק מקדם הן שמירה על המדינה וערכיה, שוויון וחירות הפרט. מכאן, שכדי להימנע מלפגוע בחופש הביטוי עד כמה שניתן – ההגבלה צריכה להיעשות רק באותה המידה הנדרשת על מנת לשלול את הנזקים העלולים להיגרם מהחרם ופוגעים בתכליות הנ"ל. אסור לפיכך לחוק ליצור "אפקט מצנן" מוגזם לחופש הביטוי הפוליטי ככזה, דהיינו ככל שאין הדבר נדרש כדי למנוע את הפגיעה בתכליות האמורות. האם האמצעים שנכללו בחוק עונים לדרישה זו? לצורך מתן מענה לשאלה האמורה, עלינו לנתח תחילה את עקרונותיה של עוולת החרם, כמו שאלו עולים מן החוק ובכל סעיף קטן שבו בנפרד, ולבחון ביחס לכל אמצעי המובא בסעיף 2 שבחוק אם הוא עומד במבחן הפגיעה הפחותה. לאחר מכן עלינו לבחון גם האם ההגבלות המנהליות המוטלות מכוח החוק עומדות אף הן במבחן משנה זה. לכך אפנה מיד.

סעיף 2(א) לחוק

39. במסגרת הוראה זו כרוכים מספר יסודות שיש לבחנם:

(א) תחולת פקודת הנזיקין על עוולת החרם:

סעיף 2(א) לחוק למניעת חרם קובע כאמור כדלקמן:

"המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל... עושה עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליו".

נוסח דומה לניסוח המופיע בסעיף קטן זה מצוי בחוק איסור הפליה, שאף הוא מחיל את פקודת הנזיקין על העוולה, מושא החוק שם, ובו נכתב כך:

"5(א). מעשה או מחדל בניגוד לסעיפים 3 ו-4 הם עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש], יחולו עליהם, בכפוף להוראות חוק זה".

ההבדל המשמעותי בין החוקים הנ"ל הוא שבחוק איסור הפליה נכתב: "יחולו עליהם" כלומר על המעשה והמחדל, בעוד שבחוק למניעת חרם נכתב: "יחול עליו",

כלומר על המעוול. דעתי היא כי לא רצוי שנאחז בדקדוקים שבין התחולה על המעוול לבין התחולה על העוולה כדי להשפיע על פירושו המהותי של החוק. שני טעמים לדבר:

(1) הדבר נוגד את המהלך הפרשני המצמצם שאני מציע לחוק, שהינו מקובל בפרשנות חוקתית המעדיפה לרוב פרשנות מצמצמת על פני פסילה של הוראות החוק ואשר עליו אעמוד בפסקה 56 שלהלן.

(2) גישה זו איננה מתיישבת עם דברי השופט מ' חשין ב-דנ"א 5712/01 יוסף ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ, פ"ד נז(6) 385, 408 (2003) (להלן: ענין ברזני), שם הוא קבע, בפסקה 30, כדלקמן:

"גם לא מצאתי ממש בטענת המועצה לצרכנות בהשוותה את ה'כדין עוולה' בענייננו לנוסחאות קרובות ושאינן זהות בחוקים אחרים. כך למשל הוראת סעיף 11 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999, שלפיה 'הפרת הוראה מהוראות פרקים א' ו-ב' היא עוולה בניזיקין, ופקודת הנזיקין [נוסח חדש]... תחול עליה...'. פעם יבוא נוסח זה, פעם יבוא נוסח זה, ולא נתלה הררים בשערה. הוא הדין בחוקים אחרים שגם הם עושים שימוש בנוסחים שונים. ראו למשל: סעיף 28 לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981; סעיף 5(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, תשס"א-2000; סעיף 15 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981 ועוד. תכלית החוק בענייננו עולה, לדעתי, זכה וברורה, והשוואת לחוקים אחרים לא תצלחנה".
(ההדגשות שלי – מ')

(ב) קשר סיבתי ונזק: אם תתקבל גישתי הנ"ל, ואכן נחיל את כללי פקודת הנזיקין על עולות החרם, דומה כי מכאן אף נובע, שחלק מיסודות העוולה – הקבועה בסעיף 2(א) לחוק – יכללו דרישות לנזק ולקשר סיבתי בין מעשה העוולה לנזק, כתנאי לקבלת סעד. מסקנה זו עולה מתוך פסק דינו של השופט מ' חשין בענין ברזני. השופט חשין מתייחס שם לסעיפים 2(א) ו-31(א) לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן), הקובעים עוולה נזיקית של איסור הטעיית צרכן, אך לא מציינים במפורש דרישות של נזק, או של קשר סיבתי, בהתנסחם כך:

2. (א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת, לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה:

- (1) הטיב, המהות, הכמות והסוג של נכס או שירות;
 (2) המידה, המשקל, הצורה והמרכיבים של נכס;

 31. (א) דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש]."

על כך העיר השופט חשין כי אין בכך שדרישות הקשר הסיבתי והנזק לא מופיעות במפורש בסעיפים הנ"ל כדי לאיין דרישות אלו, וכך הוא התבטא שם:

"35... דוקטרינה אחת היא דוקטרינת הקשר הסיבתי, ולפיה – כהוראת סעיף 64 לפקודת הנזיקין – חייב שיתקיים קשר סיבתי בין מעשהו או מחדלו של אדם – מעשה או מחדל שהם עוולה – לבין נזק שנגרם לנפגע, ואשר בגינו תובע הוא פיצוי. וכלשון סעיף 64 רישה לפקודת הנזיקין: '...רואים אדם כמי שגרם לנזק בְּאֶשְׁמוֹ, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק...'.
 36. כך הוא אף באשר לדוקטרינת הפיצוי. כהוראתה של פקודת הנזיקין – בסעיף 76 בה – וכך ידענו מאז-ומקדם: אין אדם זכאי לפיצוי אלא בגין נזק שנשא בו מפאת מעשה עוולה. נפגע לא יזכה בפיצוי אלא כדי אותו נזק שנשא בו; לא עוד אלא שנפגע יזכה בפיצוי (כהוראת סעיף 76(1) לפקודת הנזיקין) '...רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע'. הילכת-היסוד בדין הנזיקין היא השבת מצבו של ניזוק לקדמתו, וכנדרש מכאן, אדם שלא נשא בנזק ממילא לא יזכה בפיצוי... המחוקק יכול ורשאי כמובן לחרוג מעקרונות-יסוד זה ולקבוע – מטעמים מטעמים שונים – כי נפגע יזכה בפיצוי גם אם לא הוכיח שנשא בנזק... ואולם אין אלה אלא החריגים לכלל" (שם, בעמ' 401).

תפיסה זו מתיישבת עם עקרון הנזק של הפילוסוף ג'ון סטיוארט מיל (ראו: J. FEINBERG, HARM TO OTHERS; JOHN STEWART MILL, ON LIBERTY (1859); וכן: OXFORD UNIVERSITY PRESS – 1984); וגם עם עקרונות של צדק מתקן – עיינו: פורת, בעמ' 55-56; הרמן, בעמ' 7-9) והיא תורמת אף לאבחנה שאני מציע לעשות בין תקפות סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק לבין בטלות סעיף 2(ג) לחוק.

נוכח האמור לעיל, הנני סבור כי פרשנות סבירה של החוק מובילה למסקנה שהעוולה שנוצרה בו, בסעיף 2(א) לחוק, דורשת, כתנאי לקבל סעד, נזק וקשר סיבתי, ואין די ב"קשר סיבתי פוטנציאלי" בלבד. "דרישת האפשרות הסבירה" להראות שהקריאה לחרם עלולה להביא למימוש, הכלולה בסעיף האמור היא, איפוא, לשיטתי,

דרישה נוספת על הקשר הסיבתי הרגיל המתחייב, והיא מקשה על התגבשותה של העוולה, ולא מקלה עליה.

יתר על כן – מכלל אי-דרישת הנזק בסעיף 2(ג) לחוק (שאותו יש לבטל לדעתי) – אתה עשוי ללמוד הן לגבי דרישת הנזק בסעיף 2(א) לחוק.

יודגש, כי מעת אשר קבענו שנוולת החרם דורשת נזק כחלק מיסודות העוולה, כדי שהמוחרם יוכל להיפרע מהקורא-לחרם, ברור הוא שהעוולה אף עומדת במבחן "הוודאות הקרובה" (אשר נקבע ב-בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(2) 871 (1953) (להלן: ענין קול העם)). באשר ליחס שבין "מבחן הוודאות הקרובה" לדרישת המידתיות עיינו: ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 643-650; בג"ץ מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 141 מפי השופטת ד' דורנר (1995); מדינה, ארבעים שנה להלכת ירדור, בעמ' 377-380; ברק מדינה ואילן סבן "להרחיב את המרווח" – על היקף זכותו של חבר כנסת לתמוך בהתנגדות לכיבוש בעקבות בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה" משפטים לו 219, 231-232 (2007). לפי מבחן "הוודאות הקרובה", כאשר חופש הביטוי מתנגש עם אינטרס נוסף, נוכל לבכר את אותו אינטרס נוסף, רק במידה שישנה הסתברות גבוהה כי הפגיעה באינטרס אכן תתרחש. מכאן עולה כי בענייננו, בו עוולת החרם מצמיחה זכות לקבלת סעד רק לאחר התגבשות הנזק – אין עוד טעם לבחון את ההסתברות להתרחשות הפגיעה באינטרס המוגן, שכן הטלת האחריות מותנית בפגיעה שגרמה לנזק.

(ג) חוג התובעים: משהגעתי למסקנה כי עקרונות פקודת הניזוקין חלים על עוולת החרם, ממילא מובן הדבר שרק הניזוק הישיר מן העוולה רשאי לתבוע בגינה, וזאת על פי האמור בסעיף 3 לפקודת הניזוקין:

"3. הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראות הפקודה – כל הנפגע או הניזוק על ידי עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה".

(ד) יסוד נפשי: הסעיף דורש כי פרסום הקריאה לחרם יעשה "ביודעין". דרישה זו יש לפרש שוב כבאה לצמצם, דהיינו שבין יסודות העוולה, אשר לגביהם נדרשת מודעות – יש להוכיח ש"על פי תוכנה של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת חרם" (סעיף 2(א) לחוק למניעת חרם).

40. העולה מן המקובץ מלמד כי היקף ההגבלה על הקריאה לחרם מכוח סעיף 2(א) לחוק למניעת חרם הוא מצומצם, רק ניזוק ישיר, אשר יוכיח קשר סיבתי בין הקריאה לבין הנזק שנגרם לו ומודעות של המזיק בדבר אפשרות סבירה לקרות הנזק בעטיו של החרם, יוכל לזכות בסעד (וראו גם: סעיפים 10, 64, ו-76 לפקודת הנזיקין). הנה כי כן דומה שמדובר בנטל הוכחה שלא בנקל יוכל תובע לעמוד בו. זאת ועוד, הסעיף מסתפק בקביעת עוולה אזרחית ואין החוק כולל הטלת סנקציה פלילית על הקורא לחרם (זאת בניגוד, למשל, לחקיקה הצרפתית הקרובה, כפי שיתבאר בפיסקאות 49-51 שלהלן). אשר על כן, דעתי היא כי המחוקק הפעיל באופן סביר את סמכותו במסגרת "מתחם המידתיות" כדי לנסות ולמנוע את תופעת הקריאה לחרם, שעלולה לגרום לנזק.

סעיף 2(ב) לחוק

41. כדי לבאר את טיבו של סעיף 2(ב) לחוק למניעת חרם אביא תחילה את סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין העוסק בעוולת גרם הפרת חוזה:

"62. (א) מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממוין".

כלומר, כדי שתתגבש עוולת גרם הפרת חוזה על הנזיק להוכיח 5 יסודות (ראו: ע"א 123/50 באורנפוריט נ' דרזנר, פ"ד ה(1) 1559 (1950)): (א) קיומו של חוזה מחייב; (ב) הפרה של החוזה (אשר היא למעשה שמגבשת עקרונית את הנזק); (ג) גרימה – הכוללת קשר סיבתי בין פעולת הגרימה להפרה; (ד) "ביודעין" – מודעות לחוזה ולקשר הסיבתי שבין הגרימה להפרה; (ה) בלא צידוק מספיק. בנוסף הסעיף קובע כי: "האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממוין".

על אף שנכתב רבות על טיבם של חמשת היסודות הללו ועל דרישת הנזק (ראו: נילי כהן גרם הפרת חוזה (1986)), די במה שהובא עד כה לצורך המשך הדיון.

עתה נעבור לפרש את סעיף 2(ב) לחוק מניעת חרם, הקובע כדלקמן:

"לענין סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] לא יראו מי שגרם להפרת חוזה מחייב כדין על ידי קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל כמי שפעל מתוך צידוק מספיק".

משמעותו של סעיף 2(ב) לחוק למניעת חרם הינה שבמידה ואדם קרא לחרם וגרם לנזק ממון, הניזוק יוכל לתבוע את הקורא לחרם, וזאת בלא שתעמוד למזיק הגנת הצידוק המספיק. עם זאת, הניזוק יידרש עדיין להוכיח את היסודות הנוספים של העוולה כדי לזכות בפיצוי. אם כך, אדם שמעוניין לזכות בפיצויים לפי סעיף 2(ב) לחוק יידרש להוכיח מלבד היסוד של קריאה לחרם, גם את האלמנטים הבאים: גרימה, כהגדרתה בסעיף 62(א) לפקודת הנזיקין, הפרה, קשר סיבתי בין הקריאה לחרם לבין ההפרה, יסוד נפשי של מודעות ונזק ממון. מכאן, שככל שקבענו כי סעיף 2(א) לחוק הינו חוקתי, יוכשר ממילא גם סעיף 2(ב) לחוק. על כן, הנני סבור, כי גם סעיף 2(ב) לחוק עומד במבחן המשנה השני.

סעיף 2(ג) לחוק

42. סעיף 2(ג) לחוק למניעת חרם קובע כדלקמן:

2(ג). מצא בית המשפט כי נעשתה עוולה לפי חוק זה בזדון, רשאי הוא לחייב את עושה העוולה בתשלום פיצויים שאינם תלויים בנזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה); בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, בנסיבות ביצוע העולה, חומרתה והיקפה.”

הפיצויים הקבועים בסעיף הנזכר אינם תלויים בנזק, וככאלה הם אינם מגשימים את הכלל הרגיל הקיים בדיני הנזיקין של “השבת המצב לקדמותו”. משכך נכון לסווגם כ”פיצויים עונשיים”, המהווים מעין יצור היברידי, שיסודותיו מושבתים הן על תכליות מן העולם האזרחי והן על תכליות מן העולם הפלילי (ראו: אליקים רובינשטיין “פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט” 99, 105-99 (2013) (להלן: רובינשטיין, פיצויים עונשיים)). חברי השופט תיאודור אור 99, 105-99 (2013) (להלן: רובינשטיין, פיצויים עונשיים)). חברי השופט א’ רובינשטיין התייחס לרציונל העומד בבסיס הענקת הפיצויים העונשיים גם בפסק דינו ב-ע”א 9656/03 עזבון מרציאנו נ’ זינגר (11.4.2005) (להלן: ענין עזבון מרציאנו):

“הרציונל מאחורי הפיצויים העונשיים אינו “ריפוי” או “תיקון”, כדרך המסורתית של דיני הנזיקין, אלא עונש והרתעה. רציונל זה אינו פשוט ואינו מובן מאליו במשפט האזרחי, אך יוצדק במקרים חמורים במיוחד או של פגיעה קשה בזכויות חוקתיות, ויש בו כדי לחזק הרתעה יעילה בשעה שאין המשפט הפלילי חל”. (שם, בפיסקה לד).

43. פיצויים עונשיים אינם ניתנים על דרך הכלל. בתי המשפט נרתעים מלהעניק לניזוקים פיצויים שכאלו, המושגים על המזיק במקרים חריגים בלבד (ראו: ענין עזבון מרציאנו; ע"א 140/00 עזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004); ע"א 2570/07 לם נ' הסתדרות מדיצינית הדסה (29.1.2009); ע"א 4576/08 בן-צבי נ' היס (7.7.2011); ע"א 9225/01 זיימן נ' קומרן (13.12.2006) והשוו: רובינשטיין, פיצויים עונשיים, בעמ' 117). גם כאשר בחר המחוקק לקבוע פיצויים שאינם תלויים בנוק, הוא עשה זאת ככלל תוך תיחום שיעור הפיצוי, ולא "מבלי גבול" כמו במקרה שלפנינו (ראו למשל: סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, סעיף 4 לחוק הזכות לעבודה בישיבה, התשס"ז-2007, סעיף 11 לחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), התשע"ב-2012).

הנה כי כן – החלת משטר של פיצויים עונשיים בענין עוולת החרם, שאינם מתוחמים, חורגת לדעתי מן המידתיות הראויה. מקום בו נדרש לבצע איזון עדין כדי לפגוע באופן מינימלי בזכות היסוד של חופש הביטוי, ולהימנע ככל הניתן, מעבר לנדרש, מליצור "אפקט מצנן" לביטויים פוליטיים ולדיון חברתי ער – אין להשתמש בכלים חריגים למשפט האזרחי, ולסטות מדרישת הנזק הקלאסית, שהיא בד"כ תנאי לחיוב אזרחי ואחת ההצדקות העיקריות – בתורת המשפט – לאישור התערבות המדינה בחיי הפרט (עיינו: MILL, ON LIBERTY; פרשת Holder). השתת פיצויים עונשיים, תקרב איפוא, מעבר למתחייב, את עוולת החרם לתחום הפלילי ותרתיע, באופן העולה על הנדרש, את המבקשים להתבטא (ככל שאין בכוחה של דרך זו לגרום לנזק שיוכח – לחברה, או לפרט).

נוכח האמור לעיל – דעתי היא כי סעיף 2(ג) לחוק למניעת חרם איננו עומד במבחן המשנה השני של האמצעי שפגיעתו פחותה ודינו להתבטל.

סעיפים 3 ו-4 לחוק

44. אביא תחילה שוב את לשון סעיפים 3 ו-4 לחוק:

"הוראות בדבר הגבלת השתתפות במכרז
3. שר האוצר, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות לענין הגבלת השתתפותו במכרז של מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או של מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור, לרבות התחייבות

שלא לרכוש מוצרים או שירותים המיוצרים או מסופקים במדינת ישראל, במוסד ממוסדותיה או באזור הנמצא בשליטתה; בסעיף זה, "מכרז" – מכרז שיש לערוך לפי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992.

הוראות בדבר מניעת הטבות

4. (א) שר האוצר, בהתייעצות עם שר המשפטים, רשאי להחליט לגבי מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או לגבי מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור כי –

(1) לא יראו בו מוסד ציבורי לענין סעיף 46 לפקודת מס הכנסה;

(2) הוא לא יהיה זכאי לקבל כספים מהמועצה להסדר ההימורים בספורט לפי סעיף 9 לחוק להסדר ההימורים בספורט, התשכ"ז-1967; הפעלת הסמכות לפי פסקה זו טעונה את הסכמת שר התרבות והספורט;

(3) הוא לא ייחשב כמוסד ציבור לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, לענין קבלת תמיכה לפי סעיף תקציב; הפעלת הסמכות לפי פסקה זו טעונה את הסכמת השר שקבעה הממשלה כממונה על אותו סעיף תקציב, כאמור בפסקה (2) להגדרה "ממונה על סעיף תקציב" שבחוק האמור;

(4) הוא לא יהיה זכאי לערבות לפי חוק ערבויות מטעם המדינה, התשי"ח-1958;

(5) הוא לא יהיה זכאי להטבות לפי חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, או לפי חוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984; הפעלת הסמכות לפי פסקה זו טעונה את הסכמת שר התעשייה המסחר והתעסוקה.

(ב) בהפעלת סמכותו לפי סעיף קטן (א), יפעל שר האוצר בהתאם לתקנות שיתקין לענין זה בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; ואולם לא הותקנו תקנות כאמור, אין בכך כדי לפגוע בסמכות לפי סעיף קטן (א).

העולה מלשון החוק הינו שההגבלות המנהליות המוטלות מכוחו, מותנות בקיום הליך, המערב גורמי פיקוח מטעם הממשלה ומטעם הכנסת. הנה כי כן, כדי ששר האוצר יוכל לקבוע הוראות בדבר הגבלת השתתפותו במכרז של מי שקורא לחרם, כהגדרתו בחוק, או שהתחייב להשתתף בו, עליו לקבל תחילה את הסכמתם של שר המשפטים ואת אישורה של ועדת החוקה של הכנסת. גם מניעת ההטבות ממי שקורא לחרם, או שהתחייב להשתתף בו, תעשה בהתייעצות עם שר המשפטים, והתקנת תקנות בענין דורשת את הסכמתו של שר המשפטים ואת אישורה של ועדת החוקה של הכנסת. דומה כי בהליכים הנ"ל, הנדרשים כדי לאשר את הטלת ההגבלות, יש כדי להפחית את הפגיעה שעלולה להיגרם לחופש הביטוי, ולו בכך שההגבלות לא יוטלו בשרירות.

אך מעבר להגבלה הליכית זו, הנני סבור כי הפגיעה הנגרמת ממניעת השתתפות במכרז, ועוד יותר – הפגיעה ממניעת הטבות אותן מעניקה המדינה הינה באופן מובנה פגיעה במדרג שני, שכן שיקול הדעת המסור למדינה בבחירתה עם מי להתקשר ביחסים עסקיים, או במתן תמיכות כספיות הינו בעקרון רחב. כך, באשר לתמיכות כספיות, אשר מעניקה המדינה, נפסק לא פעם, כי אין לאדם, או לגוף, זכות קנויה לקבל מענקים מהמדינה. וראו בהקשר זה בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 385 (1999), שם נכתב כדלקמן:

"המדינה רשאית להעניק או שלא להעניק מענקי תמיכה; המדינה מוסמכת לזכות – או שלא לזכות – פעילויות אלה ואחרות במענקי תמיכה, ובזכותה פעילות פלונית במענק תמיכה – באלו סכומי כסף תזכה".

עיינו, בין היתר גם: בג"ץ 5264/05 ישיבת "שבי שומרון" נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (16.11.2005).

עוד יש להעיר, כי ביחס להשתתפות במכרז, סעיף 3ב לחוק חובת המכרזים קובע כדלקמן:

"הממשלה רשאית להורות בצו, באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, כי המדינה או תאגיד ממשלתי לא יתקשרו בחוזה לביצוע עסקה כאמור בסעיף 2 עם מדינת חוץ מסוימת או עם ספק חוץ מסוים מטעמים שבמדיניות חוץ".

אם הממשלה יכולה להורות על כך בצו (באישור ועדת החוץ והביטחון של הכנסת), נראה על דרך של קל וחומר כי גם הכנסת רשאית לעגן בחקיקה (כמו בחוק שלפנינו), אפשרות למנוע מגופים מסוימים מלהשתתף במכרזים – מטעמים אשר אף הם קשורים באופיים לטעמים שבמדיניות חוץ, או בהגנה על המדינה (שלילת חרם נגד מדינת ישראל, כמשמעו בחוק).

45. ניתן אף ללמוד, על דרך ההיקש, על כוחה של המדינה למנוע הטבות ממי שעושה בהן שימוש כנגדה, מפסק הדין בענין בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו – שעל מפעלים חינוכיים נ' רות יוסף, הממונה על הישובים היהודיים ביהודה ושומרון, פ"ד סא(2) 93 (2006), שם נקבע, כי אין לאפשר למועצות המקומיות והאזוריות באזור לעשות שימוש במענקים שהוענקו להם מהמדינה לצורך מימון פעילות מחאה כנגד תכנית ההתנתקות. בענין זה כתב המשנה לנשיא מ' חשין כך (שם, בעמ' 185-186):

"לא נקבל כי הרשות המקומית תעשה שימוש בכספי תמיכה שהעניקה לה המדינה כדי ללחום בתוכנית שיזמה המדינה. לא יותר לו לאדם להכות את היד שהושיטה לו עזרה.

אני מסכים לדעת השופטת דורנר ולדעת חברי השופט רובינשטיין, כי אין זה ראוי - ולא נקבל - כי כספים שהמדינה העניקה לרשות מקומית כתמיכה בפעילותה המוניציפאלית היומיומית, ישמשו למימון מאבקה של הרשות בהחלטתה של המדינה. רשות מקומית הנאבקת בתוכנית מדינה והמממנת מאבק זה בכספי תמיכה שהעניקה לה המדינה לצרכים אחרים, עושה מעשה אשר לא-ייעשה. מעשה זה של הרשות אינו עולה בקנה אחד לא עם עקרון ההגינות אף לא עם כללי מינהל תקין. הלכה זו נלמדת מעצמה ודומה כי אין צורך להאריך בה". (ההדגשות שלי - ח"מ).

ואכן איסור על "כפיות טובה" הוא בבחינת "conventional wisdom" בעולם כולו - הן מוסרית, הן משפטית ויש לו ביטויים מקובלים בתרבויות שונות (בארה"ב: "Do not bite the hand that feeds you"; במקורותינו: "עושה מעשה זמרי ומבקש שכר כפנחס" - בבלי, מסכת סוטה, כ"ב ע"ב; מסכת סנהדרין, פ"ב ע"א).

זאת ועוד - אחרת. להגבלות המינהליות כנגד הקוראים לחרם יש מעין הגיון פנימי משלהם, שהרי מי שקוראים להחרמה, כיצד יכולים הם לבקש עזרה מהגורמים אותם יש להחרים לשיטתם? בפן זה החוק מפעיל כנגד הקוראים לחרם את הסטנדרט שהם עצמם מציעים.

כאן יש להדגיש כי הפגיעה הנגרמת בעקבות ההגבלות המנהליות עומדת אף ב"מבחן הוודאות הקרובה". אבהיר את הדברים להלן.

46. מבחן "הוודאות הקרובה" קובע בהקשר שלנו כי כדי לאפשר פגיעה בחופש הביטוי יש להצביע על פגיעה בוודאות קרובה באינטרס המוגן. כך למשל, בענין קול העם נקבע כי יש להוכיח בוודאות קרובה, שמתן חופש ביטוי, יוביל בנסיבות לפגיעה ב"וודאות קרובה" בביטחון הציבור.

בענייננו, האינטרס המוגן איננו ביטחון הציבור. כפי שהוסבר, אחר התכליות העומדות ביסוד ההגבלות המנהליות הינה האינטרס למנוע מימון מגופים, או אנשים הקוראים לחרם כנגד מדינת ישראל, כמשמעו בחוק, באופן המפלה את אזרחי המדינה, בעזרת אמצעי כוחני, אשר למעשה פוגע בשוק החופשי של הדעות ומבקש לכפות על

הנפגעים מהחרם את עמדותיהם של המחרימים. בנוסף, ההגבלות המנהליות מבקשות למנוע מצב בו אדם, או גוף יפגעו ב"יד שהם מבקשים כי תאכיל אותם" ויתנהלו מראש באופן כפוי טובה, תוך שהם מבקשים לנצל את ההטבות שתתקבלנה בידיהם כך שיתאפשר להם להרחיב את פעילותם כנגד מי שהעניק להם אותן הטבות (השוו: פרשת Holder ועיינו: ברק-ארז וזכריה, בעמ' 574-575).

הנה כי כן במקרה בו יוענקו הטבות ומענקים שונים למי שקורא לחרם על מדינת ישראל – האינטרס האמור, ייפגע באופן ודאי. זאת בין אם הקריאה תוביל לנזק ממשי ובין אם לאו. הטעם לכך הוא שכאמור, עצם הענקת ההטבות לקורא לחרם יש בה משום העברת משאבים של המדינה לטובת גופים המבקשים לפגוע בה ומקדמים הפליה בין אזרחיה. זוהי קטגוריה נפרדת המוכרת גם במשפט המשווה ומתירה לרשויות להגדיר מראש מצבים של "כפיות טובה צפויה" ולשלול בגינה את הענקת ההטבות מלכתחילה. ראו: (1987) 483 U.S. 203 *South Dakota v. Dole*; *Regan v. Taxation* (1983) 461 U.S. 540 *with Representation*; (1991) 500 U.S. 173 *Rust v. Sullivan* (להלן: פרשת Rust) שם נפסק כי:

"[L]egislature's decision not to subsidize the exercise of a fundamental right does not infringe the right".

בפסק הדין Agency for International Development et al. v. Alliance for Open Society International, Inc., et al. 570 U.S. 1 (2013), צומצמה מעט בארה"ב, בדעת רוב, ההלכה הנ"ל, שכן נקבע בה כי אין לחייב גוף המקבל מימון ממשלתי למלחמה באיידס בחו"ל להתחייב פוזיטיבית – על פי מדיניות הממשל – שלא לתמוך במיסוד הזנות, או לממן גופים שלא יצהירו במפורש שהם מתנגדים לזנות. עם זאת פסק הדין הנ"ל שונה מענייננו כי אצלנו אין מבקשים מהקוראים לחרם לתמוך במדיניות הממשלה המנהלת מאבק נגד החרם, אלא רק שלא לעודד את החרם ומקרים שכאלה באים בגדר הכלל שלא שונה ואשר בוטא בפרשת Rust. השוו אצלנו לבג"ץ 7245/10 עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (04.06.2013) וכך במשפט העברי לגבי כפיות טובה: בבלי, מסכת עבודה זרה, ה', ע"א-ע"ב. עיינו גם: נילי כהן "על הורים, על ילדים ועל כפיות טובה – העיסקה של המלך ליר: ממלכה תמורת אהבה" המשפט יד 381 (2011); נילי כהן "חוק, מוסר ו'אין חוטא נשכר'" ספר אור 259 (2013).

נוכח כל האמור לעיל, מתברר כי הפגיעה הנגרמת בעקבות ההגבלות המנהליות עומדת אף היא במבחן המשנה השני של האמצעי שפגיעתו פחותה.

מבחן המשנה של מידתיות ב"מובן הצר"

47. גם לאחר שקבענו כי החוק משרת תכליות מותרות, ומצוי במסגרת "מתחם המידתיות" כדי להשיג תכליות אלו – נותר עדיין לבחון את מידתיותו של החוק "במובן הצר", הוא מבחן המשנה השלישי של ה"יחסיות". פרופ' ברק מסביר כי ההשוואה כאן איננה בין היתרון שבהגשמת המטרה לבין הנזק שבפגיעה בזכות. אלא ש"ההשוואה מצטמצמת לתוספת היתרון ולתוספת הנזק הנגרמות בעקבות החוק. ההשוואה עוסקת בתוספת השולית". בהקשר זה הוא מוסיף: "עלינו להתחשב בקיומה העקרוני של חלופה מידתית. אם אכן קיימת עקרונית חלופה מידתית, כי אז ההשוואה בין תוספת התועלת לתוספת הנזק נעשית בהשוואה לחלופה המידתית. אף שזו לא אומצה בחוק הפוגע, המחוקק יוכל לאמצה בתיקון לחוק הפוגע". ראו: ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 432 (ההדגשה שלי – ח"מ); עיינו גם פסק דיני בענין שליטנר.

בשלב זה עלינו לבחון איפוא את האיזון בין הפגיעה הנגרמת לחופש הביטוי בעקבות החוק, לבין הערכים המצויים ביסוד החוק, ובסופו של דבר להכריע, האם ניתן לומר כי החוק למניעת חרם איננו חורג מהאיזון הנכון בין הערכים והאינטרסים הנ"ל וממילא עומד במבחן המשנה של ה"יחסיות". בענין זה הנני סבור, כי החוק עומד, אף כי לא בנקל, גם במבחן המשנה השלישי של המידתיות, כפי שאנמק מיד בסמוך.

48. החוק למניעת חרם חל כאמור על מי שקורא להטיל חרם לגבי מי שיש לו זיקה למדינת ישראל, או לאזור הנמצא בשליטתה. בכך הקורא לחרם עלול לגרום לנזק לפרט ואף לפגוע בחירותו. הטלת אחריות נזיקית על מי שבקריאתו עלול לגרום נזק לזולת איננה חריגה בנוף המשפט הישראלי. סעיף 12 לפקודת הנזיקין קובע, למשל, כדלקמן:

"12. לענין פקודה זו, המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשר אותם, יהא חב עליהם".

גם בסעיף הנ"ל ישנה פגיעה מסוימת בחופש הביטוי בכך שהמפתה אחר (אפילו בדיבור בלבד) לבצע עוולה – חשוף לתביעה נזיקית, עיינו: ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ (20.6.2014); ע"א 10717/05 פלוריסט דה קוואקל ב.ו.ו. נ' ברוך חג'ג' (3.9.2013); Paul S Davis, *Aid, Abet*, ;

Counsel or Procrue, in TORT LAW: CHALLENGING ORTHODOXY 413 (Chamberlain, Neyerer & Pitel eds., 2013).

הנה כי כן, במכלול השיקולים, המחוקק של החוק שלפנינו ראה כי האינטרס במניעת נזק – מצדיק הטלת אחריות נזיקית על המעוול, אפילו תוך פגיעה מסוימת בחופש הביטוי. יש כאן מעין השלמה לעקרון שהתקבל אצלנו זה מכבר ועל פיו מי שמעוול בדיבורו באופן שמעודד הפליה על בסיס שאיננו לגיטימי – החקיקה מכירה באפשרות להגביל את חופש הביטוי שלו. כך למשל, בחוק איסור הפליה, ישנה הוראה (בסעיף 4) הפוגעת במידת-מה בחופש הביטוי, וזאת כדי להגן על זכותו של הפרט לשוויון:

4. מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפרסם מודעה שיש בה משום הפליה אסורה לפי סעיף 3.
(ההדגשה שלי – ח"מ).

עם זאת, הפגיעה בחופש הביטוי שנגרמת בעקבות החוק למניעת חרם שונה במקצת מן הפגיעה בעקבות העוולות המנויות לעיל, זאת משום שהחוק עלול לגרום ל"אפקט מצנן" לחופש הביטוי הפוליטי, אשר יש לו חשיבות מיוחדת במרחב הציבורי (ראו למשל: בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 12 (1994)). על כן נותר עדיין לבחון, אם גם פגיעה מסוג זה עומדת בכל זאת במבחן המשנה השלישי של המידתיות. בנקודה זו, שהיא טעונה, "ארחיק" לחו"ל כדי להביא משם אסמכתאות מפסקי-דין שדנו שם בנושאים קרובים והגיעו למסקנה שפגיעה כזו מידתית היא.

49. בית הדין האירופי לזכויות האדם בשטרסבורג התייחס לפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי בהקשר בו אנו עוסקים, וזה היה סיפור המעשה שם:

ז'אן קלוד פרנארד וויליאם, ראש עיריית ססלין בצרפת, קרא במהלך ישיבת מועצת העיר להחרמת מוצרים מישראל (בעיקר מיצי פרי הדר) עקב מדיניותה כלפי הפלסטינים. קריאה זו פורסמה גם באתר האינטרנט של העירייה. בעקבות קריאה זו הוגשה קובלנה פלילית כנגד ראש העיר – לתובע הציבורי, אשר החליט להגיש אישום פלילי כנגד ראש העיר בגין קריאה להפליה על בסיס לאומי, גזעי ודת, שמהווה הפרה

של סעיפים 23-24 לחוק חופש העיתונות הצרפתי (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse), אשר קובעים כדלקמן :

"Article 23: Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet.

Cette disposition sera également applicable lorsque la provocation n'aura été suivie que d'une tentative de crime prévue par l'article 2 du code pénal.

Article 24: ...Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement".

ובתרגום לאנגלית :

[Article 23: Will be punished as accomplices to an action qualified as a crime or a misdemeanor, those who, either by speech, calls or threats spoken in public places or public assemblies, or by writing, printed, drawings, engravings paintings, emblems, images or all other written support (format), spoken format, or visual image sold or distributed offered for sale or exposed in (public) places or public assemblies, either through billboards or via posters exposed for public access (viewing), or by any method of communication to the public by electronic means, which would have directly provoked the perpetrator (instigator) (single) or perpetrators (instigators)(plural), if the provocation was followed by the effect (or followed by a reaction). This clause will be equally applicable in situations where the provocation would have been followed just by an attempted crime as provided by section 2 of the penal code.

Article 24: ... Those who, by one of the methods outlined in article 23, did provoke to discrimination, to hatred or to violence towards a person or towards a group of people by reason of their origin or of their

membership (part of) or of their non-membership to a determined ethnic group, a nation, a race or a religion. Will be punished by a one year prison sentence and of a 45 000 euro fine, or to either of these sentences alone].

ראש העיר זוכה על ידי ה-Lille Criminal Court בצרפת, אך בית המשפט לערעורים קבע כי קריאתו של ראש העיר היתה נגועה בפסול של הפליה על רקע לאומי, גזעי ודתי ועל כן ביטל את החלטת הזיכוי האמורה, הרשיעו וקנס אותו ב-1,000 יורו. מאוחר יותר, ההחלטה אושרה גם על ידי ה-Cour de Cassation הצרפתית.

50. כנגד פסק הדין הנ"ל ראש העיר עתר לבית הדין האירופי לזכויות אדם, אשר דחה את עתירתו של ראש העיר (ראו: Willem v. France (application no. 10883/05), 10.12.2009).

השופטים בבית הדין האירופאי לזכויות האדם, שבאו: מדנמרק, צרפת, גרמניה, ליכטנשטיין, מונקו, מקדוניה והרפובליקה הצ'כית – פסקו, ברוב דעות של 6 מול 1 (השופט הצ'כי), כי ראש העיר לא הורשע בשל דעותיו הפוליטיות, אלא משום שקרא להפליה, כנגד היצרנים הישראלים ומוצריהם. בית המשפט האירופי לזכויות האדם גם מצא כי החוק הצרפתי עומד בתנאי סעיף ההגבלה האירופאי, שדומה במהותו ל"פיסקת ההגבלה" הישראלית. בית המשפט האירופאי לזכויות האדם קבע עוד כי לפי החוק הצרפתי – ראש העיר לא היה רשאי לחתור תחת הרשויות הצרפתיות המוסמכות ע"י הכרזת "אמברגו" כנגד מוצרים של מדינה זרה וכן העיר שהעונש שהוטל עליו היה מתון באופן יחסי.

בית הדין האירופי לזכויות האדם קבע עוד כי החלטת בתי המשפט הצרפתיים שהרשיעו את ראש העיר – איננה עומדת בסתירה לזכות לחופש ביטוי, המעוגנת בסעיף 10 לאמנה האירופית לזכויות אדם. לפי בית הדין האירופאי לזכויות האדם – הקנס שהוטל על ראש העיר ניתן על פי חוק, ונועד לתכלית ראויה – הגנה על זכויותיהם של יצרנים ישראלים. בית הדין ביסס את פסק דינו (שם בפסקה 20), בין היתר, על פסיקה נוספת שניתנה על ידי בית המשפט הצרפתי לחוקה, בגדרה נקבע כי הצהרה שניתנה על ידי חברה צרפתית שביקשה להתקשר בחוזה עם חברה אחרת מאיחוד אמירויות ערב, לפיה לא תסחור עם ישראל או תעביר לה סחורה – איננה חוקית לפי סעיפים 1-225 ו-225-2 לחוק הפלילי הצרפתי (Penal Code). עיינו גם: פסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בפרשת Leroy v. France, Application no. 36109/03 מתאריך 2.10.2008.

51. ענין דומה נוסף, שנידון בצרפת ונפסק אף הוא ברוח זו, עוסק בהרשעתה של Saquina Arnaud-Khimoun בבית המשפט הפלילי בבורדו נוכח העובדה שסימנה מוצרים ישראליים בחנויות והכלילה אותם תחת הכותרת: "להחרים את ישראל". בית המשפט קבע ש-Khimoun הפריעה לפעילות הכלכלית החופשית על ידי הפליה על בסיס השתייכות לאומית. בעקבות ההכרעה המרשיעה של בית המשפט לערעורים בבורדו – הוגש ערעור לבית המשפט הצרפתי לחוקה (No B 10-88.315), וזה אישר, בחודש מאי 2012, את פסק דינו של בית המשפט לערעורים.

ראו הרחבה בנושא זה גם אצל דובינשטיין ופשה, סדקים באקדמיה בעמ' 118-119, שם אף ניתנת מעין תשובה לטענת העותרים שיש שוני בין פסקי הדין הנ"ל לבין החוק שבפנינו, שהרי בפסקי הדין האירופאיים – העיצום שם הושת על מי שקורא לחרם על מדינת חוץ ואילו אצלנו האיסור הוא על מי שקורא לחרם על מדינתו הוא. המחברים המלומדים, עומדים בספרם הנ"ל על חריגות התופעה של הקריאה לחרם כלפי מדינתו של המחרים עצמו וגורסים שזו הסיבה שאין תקדים ישיר בנושא, וכך הם אומרים:

"לא מצאנו דוגמה מקבילה בארצות הברית (לקולות שהושמעו אצלנו להחרמת האקדמיה הישראלית; תוספת שלי – ח"ח) לקריאה אקדמית לחרם נגד ארצות הברית – גם לא בימים הסוערים של מלחמת וייטנאם. ואף לא לאחר שארבעה סטודנטים נהרגו ע"י המשמר הלאומי באוניברסיטה Kent State" (שם, בעמ' 118).

52. בשים לב לכך שנגעתי כאן במשפט המשווה – מוצא אני לנכון להוסיף כי במשפט האמריקאי, שבו כאמור חופש הביטוי הוא רחב ביותר, בפרשת Claiborne הקריאה לחרם לא נשללה נוכח העובדה שהמוחרמים עצמם נהגו באופן מפלה כלפי אפרו-אמריקאים, והחרם נועד למגר את תופעת ההפליה הנ"ל – וזאת באמצעות פגיעה ממוקדת במחרימים. לעומת זאת, בעניננו, המוחרמים רק מקיימים זיקה למדינת ישראל, שלטענת הקוראים לחרם היא זו שנוהגת באופן שאיננו לגיטימי. הנה כי כן, מקרה שכזה, ככל שהוא מביא לנזק – לא ייכלל, כנראה, אפילו בארה"ב בגדר חופש הביטוי (עיינו: ההנמקה בפרשת Holder וכן מאמרם של דפנה ברק-ארוז ודודי זכריה הנ"ל).

53. העולה מן המקובץ מלמד כי בהתאם לקביעותיהם של פסקי הדין האירופאים הנ"ל ולגישה העולה מפסק הדין בפרשת Holder האמריקאית – גם החוק, מושא העתירות, על אף הפגיעה המסוימת הקיימת בו בחופש הביטוי, מצוי ב"מרחב התימרון החקיקתי", המכונה לעתים גם "מתחם מידתיות" (ראו: ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 505-508). בתוך כך, השאלה שעומדת לפתחנו איננה – האם ההסדר שנבחר הוא הטוב

ביותר, אלא – האם ההסדר שנבחר הוא חוקתי, קרי, האם הוא נכנס בגדר "מרחב התימרון", שבתוכו מותר למחוקק לפעול (ראו: פסק דיני בענין שליטנר).

אני סבור כאמור כי במקרה זה ההסדר שנחקק במסגרת החוק למניעת חרם ניצב בתוך "מרחב התימרון החקיקתי", אף אם יאמר מי שיאמר כי הוא מצוי בקצה הגבול של אותו מרחב.

החוק פה איננו מטיל איסור פלילי על ביטויים פוליטיים ככאלה, וגם העוולה אותה מקים החוק נוגעת רק לקריאה להטלת חרם, אך איננה מטילה אחריות נזיקית על מי שמביע את העמדות הפוליטיות שעומדות בבסיס הקריאה לחרם (כל עוד אין בהן קריאה לחרם). יתר על כן, גם הפגיעה שנגרמת לקורא-לחרם הינה מוגבלת כאמור: כדי שתגבש עילת תביעה לקבלת סעד לפי העוולה נדרשים יסודות רבים: הוכחת נזק, קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק, ומודעות בדבר אפשרות סבירה לקרות הנזק. בנוסף גם במידה והוטלה על הקורא לחרם אחריות נזיקית, הפיצוי שמושת עליו – לא יעלה על הנזק לו גרם הקורא-לחרם בפועל (וזאת בכפוף, כמובן, לקביעתי בנוגע לאי חוקתיותו של סעיף 2(ג) לחוק). גם ההגבלות המנהליות המוטלות על הקורא לחרם הינן מידתיות, זאת נוכח ההליך הנדרש לאישורן של ההגבלות ובהתחשב במיוחד בדברים שצינתי בפיסקאות 44-45 שלעיל, ביחס לשיקול הדעת הרחב המוקנה לממשל בהקשר למתן הטבות ומענקים.

54. הקביעה הנ"ל יכולה להיעזר בעוד מספר דוקטרינות, המביאות כולן לאותה תוצאה, מה שמלמד שעל פי תורת המשפט (וביחוד בתחום המשפט הציבורי) – המסקנה נכונה (עיינו: חוות דעתי ב-ע"א 4244/12 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' ניצב אפרים ברכה (19.2.2014)). לדוקטרינות אלו אתיחס בקצרה להלן.

גישות תומכות נוספות למסקנה המוצעת

55. המסקנה אליה הגעתי מתחייבת גם מתיאוריות נוספות שפותחו במשפט החוקתי במאטריה של פסילת חוקים. אלה יסקרו בסמוך.

עדיפה פרשנות של דבר החקיקה המכניסה אותו לגבולות החוקתיות – על פני פסילתו

56. הפרופוזיציה הנ"ל נותנת תוקף לגישה הגורסת שפסילת חוק היא בבחינת אמצעי אחרון, שיש לפנות אליו רק כאשר כלו כל הקיצין, כדברי השופט א' ריבלין (כתארו אז) ב-בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 286 (2004) (להלן: ענין גניס). בהקשר זה פותחה אצלנו התפיסה של העדפת הנתיב הפרשני, אשר לגביה התבטאה השופטת ד' ביניש (כתארה אז) בענין גניס כך:

"הכל מסכימים כי כאשר תוקפו של חוק מועלה לדיון ומתעורר ספק בדבר חוקתיותו, שומה על בית המשפט לבחון תחילה אם אפשרית פרשנות סבירה, אשר תימנע את הצורך להכריע בחוקתיותו ותאפשר קיומו של החוק בהתאמה לעקרונות היסוד של החוקה והשיטה".
(שם בעמ' 290-291; עיינו גם באסמכתאות הנזכרות באותה פסקה לביסוס הפרופוזיציה האמורה; ראו גם: בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל (7.8.2012) (להלן: ענין פרידמן)).

בדרך זו נהג גם ההרכב המורחב ב-בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (28.5.2012) (להלן: ענין האגודה לזכויות האזרח) ומכאן שהנתיב של הפרשנות המצמצמת, אותה הצעתי להוראות סעיף 2(א) ו-3(ב) וסעיפים 3-4 לחוק – עדיפה על פני פסילת ההוראות האמורות.

זה המקום להעיר עוד שלוש הערות נוספות:

(א) אכן קיימות אי-בהירויות מסוימות בהוראות סעיף 2 לחוק, ואולם ניתן לצמצם אותן כאמור על דרך של פרשנות, מה גם שעמימות – איננה עילה לפסילת חוק, ובכלל יש להקפיד בביקורת שיפוטית על השוני בעילות פוסלות, המבחינות בין המשפט החוקתי (שם העילות מצומצמות בהרבה) לבין המשפט המנהלי (שם מטבע הדברים העילות רחבות יותר). ראו: ענין האגודה לזכויות האזרח.

(ב) החשש שהועלה, שניתן יהיה כביכול להגביל מראש באמצעות צו מניעה את הקריאה לחרם מכח עוולת החרם – איננו מבוסס, שכן בנושא קרוב נפסק שמניעה מוקדמת בנושאים של חופש ביטוי תעשה בצמצום רב (עיינו: ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, מג(3) 840 (1989), והשוו גם: אביגדור קלגסבלד "עבירה פלילית ומניעה מוקדמת" פלילים ב 93 (1991)).

(ג) הפסילה המוצעת על ידי לסעיף 2(ג) לחוק מלמדת שיש גבולות גם לפרשנות – ובאין פתרון במישור זה אכן דין ההוראה להיפסל.

יש פה מקום לכיבוד המחוקק על דרך של: **Deference**

57. פרופ' ברק בספרו: מידתיות במשפט (שם, בעמ' 488-491) ביקש לשלול את דוקטרינת ה-Deference, המקובלת במדינות רבות בעולם (הן באירופה והן בארה"ב) ומהווה סייג מסוים לביקורת שיפוטית על חוקים. כפועל יוצא מכך הוא כינה גם את מושג ה-Deference כהנסגת-דעת.

השופט א' ריבלין, שקרא לאימוץ דוקטרינה זו במקרים המתאימים – ראה לפרש ולכנות את הביטוי Deference בצורה שונה – ככיבוד (הרשות המחוקקת), עיינו: בג"ץ 466/07 חה"כ זהבה גלאון נ' היועמ"ש (11.01.2012), שם בפסקאות 20-24 לפסק דינו. עמדה דומה הביע אף חברי, השופט א' רובינשטיין, בענין פרידמן.

בנקודה זו אבקש להעיר כי לדעתי ניתן לשבח את דוקטרינת ה-Deference במסגרת מבחני המידתיות (לגבי חלופות אפשריות לחקיקה – אלה תיבדקנה בגדר מבחן המשנה השני, וה"יחסיות הכוללת" תיבחן בגדר מבחן המשנה השלישי – ראו: ALAN D.P BRADY, PROPORTIONALITY AND DEFERENCE UNDER THE UK HUMAN RIGHTS ACT: AN INSTITUTIONALLY SENSITIVE APPROACH 30-34 (2012).

אם נחיל גישה זו על ענייננו – התוצאה המוצעת על ידי פה מתחייבת.

תיאוריית "מתחם ההתחשבות" (ה-**Margin of Appreciation**), מצדיקה אף היא את התוצאה המוצעת

58. תיאוריית "מתחם ההתחשבות" פותחה במשפט האירופאי ותחילתה בפסק הדין של בית המשפט האירופי לזכויות האדם בפרשת HANDYSIDE V. THE UNITED KINGDOM, App. No. 5493/72, 1 EHRR 737 (1979). נפסק שם כי "מתחם ההתחשבות" מקנה למחוקק המדינתי ולרשויות של המדינה (הנכללת באיחוד האירופי), לרבות בתי המשפט שלה – עדיפות בפירוש ובהחלת החוק הלאומי, זאת בשל העקרונות הקונסטיטוציוניים והנסיבות, הרלבנטיים לאותה מדינה. להתפתחות הדוקטרינה של "מתחם ההתחשבות" ברבות השנים עיינו: JOHN WADHAM, HELEN MOUNFIELD, CAOILFJIONN GALLAGHER AND ELIZABETH PROCHASKA WITH ANNA EDMUNDSON BLACKSTONE'S GUIDE TO THE HUMAN RIGHTS ACT 1998, 40-42 (5th ed., 2009).

פרופ' אהרון ברק בספרו: מידתיות במשפט מסביר את ההבחנה בין "מתחם המידתיות" לבין "מתחם ההתחשבות" כך:

"הדוקטרינה של מתחם המידתיות משקיפה על חוקתיות הגבלתה של זכות מנקודת מבט לאומית. היא קובעת את מערכת הנתונים העובדתיים והנורמטיביים שקיומם מתיר פגיעה בזכות חוקתית. לעומתה, הדוקטרינה של מתחם ההתחשבות משקיפה על חוקתיות הגבלתה של זכות מנקודת המבט של השופט הבינלאומי. היא קובעת את מערכת הנתונים העובדתיים והנורמטיביים שקיומם מתיר לשופט הבינלאומי לתת משקל נכבד להכרעה העובדתית והנורמטיבית של האורגנים הלאומיים" (שם, בעמ' 511).

על רקע הדמיון והשוני בין שתי הדוקטרינות, בוחן פרופ' א' ברק את מקומו של "מתחם ההתחשבות" במשפט הלאומי (המקומי) וקובע כי עיון בדוקטרינה זו חשוב באשר הוא מסביר לשופט המקומי את הפסיקה הבינלאומית והזרה – ולמשפט השוואתי יש, כידוע, מקום בפרשנות חוקתית (עיינו: ברק, מידתיות במשפט, בעמ' 94-91). מסקנתו היא כי דוקטרינת ה-Margin of Appreciation:

"מאפשרת לשופט הלאומי, המודע למתחם ההתחשבות, להבין באופן עמוק יותר את תפקידו שלו בגדרי מתחם המידתיות. בכך מסתיימת חשיבותה של הדוקטרינה... עבור השופט הלאומי (ראו: Rivers "Proportionality and Variable Intensity of Review" 65 CAMBRIDGE L.J (2006) 174-175). במסגרת המשפט הלאומי תחול אך הדוקטרינה של מתחם המידתיות. ביסוד פסיקתו של השופט הלאומי מונח האיזון בין טובת הכלל לבין זכויות הפרט בשיטתו שלו. אמת, הוא יעשה ככל שביכולתו שלא להכיר באיזון הנופל מזה המוכר על פי המשפט הבינלאומי. עם זאת, הוא ישאף לאיזון אופטימלי המשקף את ערכיה וצרכיה של החברה שבה הוא חי" (שם, בעמ' 512).

יחד עם זאת, יש הסבורים כי גם את תיאוריית "מתחם ההתחשבות" ניתן לשבץ במסגרת "מבחני המידתיות" וכי "מתחם ההתחשבות" חל אף במישור היחסים שבין השופט הלאומי למשפט הבינלאומי (עיינו: ANDREW LEGG, THE MARGIN OF PAOLA ; APPRECIATION IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW 194-196 (2012) BILANCIA, THE DYNAMICS OF THE EU INTEGRATION AND THE IMPACT ON THE (NATIONAL CONSTITUTIONAL LAW 147 (2012)).

נוכח הפסיקה של בית הדין האירופאי לזכויות אדם, שהובאה לעיל, דומה כי ההוראות שנקבעו פה ע"י המחוקק הישראלי בסעיפים 2(א) ו-1(ב) לחוק – מצויות בגדר "מתחם המידתיות" הישראלי, במיוחד בשים לב ל"מתחם ההתחשבות". השווו לפסק דיני ב-רע"ב 5493/06 עמנואל פלד נ' שירות בתי הסוהר (12.10.2010).

יתר על כן פסיקה נוגדת שלנו עלולה לערער את "מתחם ההתחשבות" שבית הדין האירופאי לזכויות האדם הכיר בו (לגבי צרפת) בהקשר לחרם על מדינת ישראל.

טענת ההפליה בהקשר לחקיקת החוק למניעת החרם (בהשוואה לחרמות אחרים שלא נחקק חוק לאיסורם) – דינה להידחות

59. העותרים טוענים כי הכנסת בחרה לחוקק רק חוק כנגד קריאה לחרם על מדינת ישראל, כמשמעו בחוק ונמנעה מלאסור בחקיקה חרמות אחרים (כמו: חרמות צרכניים, חרמות דתיים וכו'), ובכך יש משום הפליה, האמורה להביא לפסילת החוק.

טענה זו אין בה ממש, שכן ככלל אין להעלות טענת הפליה כנגד המחוקק, שבחר להסדיר נושא מסוים ונמנע מלעשות כן בהקשר לסיטואציה דומה אחרת.

עילה מינהלית שכזו – איננה עומדת כנגד המחוקק, וזאת אף אם נתעלם מסוגיות של "לקונה", "הסדר שלילי" וחוסר חקיקתי בהקשרים החוקתיים. עיינו: ענין האגודה לזכויות האזרח.

דוקטרינת חוסר הבשלות החוקתית, בישום לענייננו, מחייבת כי מעבר לפסילת סעיף 2(ג) לחוק – טענות התובעים-בכח והנתבעים-בכח, בהקשר לחוק יבחנו במסלול הישומי

60. בענין בוגרי התיכון עוגנה במשפט החוקתי הישראלי דוקטרינת חוסר הבשלות החוקתית, וזו עוד פותחה לאחרונה ב-בג"ץ 2311/11 אורי טבח נ' הכנסת (17.09.2014), (להלן: ענין ועדות הקבלה). עיינו גם: צ'צקו, בשלות וחוקתיות. דוקטרינה זו "מאפשרת לבית המשפט להחליט שההכרעה בשאלה החוקתית המונחת לפניו תתקבל בשלב מאוחר יותר, אם בכלל" (ראו: בג"ץ לובל נ' ממשלת ישראל, בפסקה 6 לפסקה דינה של השופטת מ' נאור (כתוארה אז) (18.1.2006) (להלן: ענין לובל)), וזאת "עקב היעדרה של מערכת עובדות קונקרטית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית" (ענין לובל, בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת מ' נאור (כתוארה אז)). ראו גם: בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (5.2.2012); בג"ץ 5440/11 דויד חננאל (חן) נ' שר המשפטים

(11.3.2012); בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית יפו נ' ראש ממשלת ישראל (7.6.2012); ענין ועדות הקבלה.

דונן פוליאק, במאמרו הנזכר בפסקה 6(א) שלעיל, ביקש להראות כי ראוי להפעיל דוקטרינה זו באופן יחסי, כך שיוספו לה שני מתווים נוספים, אשר עדיפים, לדעתו, על המתווה הקיים: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית בבג"ץ וביקורת שיפוטית חוקתית יישומית בערכאה הדיונית. המודל המוצע על ידו משקף לדעתו איזון זהיר יותר בין המסלול היישומי (as applied review) לבין המסלול המופשט (facial review), סוגיה הזוכה לאחרונה לדיון נרחב גם בארה"ב (ראו: Richard H. Fallon, Jr., *Fact and Fiction About Facial Challenges*, 99 CALIF. L. REV 915 (2011)).

גישה קרובה אומצה למעשה אף בהלכה שנפסקה בענין ועדות הקבלה.

בעיני נראה כי ישום דוקטרינת חוסר הבשלות החוקתית לענייננו מחייבת כי מעבר לפסילת סעיף 2(ג) לחוק – טענות התובעים-בכח והנתבעים-בכח בהקשר לחוק יבחנו במסלול הישומי אגב תביעות שתוגשנה, ככל שתוגשנה, בהקשר לסעיפים 2(א), ו-3(ב) לחוק ותתבררנה בפני בית המשפט הדיוני, או לחלופין כשתבואנה עתירות פרטניות בהקשר לסעיפים 3 ו-4 לחוק, כנגד החלטה קונקרטית של שר האוצר. בכך נלך בשיטה האמריקאית המקובלת שבמסגרתה מתעוררים ונדונים עניינים חוקתיים לרוב על דרך של "התקפת עקיפין" ו"מלמטה למעלה". גישה זו אף מקובלת באירופה הקונטיננטלית, כפי שעולה מהשתלשלות פרשת ראש העיר בצרפת, שהתחילה מבית המשפט הפלילי המקומי והגיעה עד לבית הדין האירופאי לזכויות האדם. התפתחות זו יפה במיוחד בענייננו, שכן, כפי שהבהרתי, גישת המשפט לחרם רואה בחרם "מושג זיקית", שפעמים הוא מותר ופעמים הוא אסור ומתפיסה זו נגזר כאמור גם דין הקריאה לחרם, שאף הוא תלוי-הקשר.

סוף דבר

61. נוכח כל האמור לעיל – ראוי לדעתי לפסול רק את סעיף 2(ג) לחוק ולהשאיר בתוקפן את שאר הוראותיו. אין בתוצאה זו כדי לגרוע מהאפשרות לעורר סוגיות חוקתיות שלא הוכרעו כאן גם "בשלב הישומי" (בעת שתתבררנה תביעות על פי החוק), ואולם דומה שעדיף לצעוד בנושא זה בנתיב האמריקאי והאירופאי, שמכוחם משפטים

בגין "קריאות לחרם" מתחילים בערכאות הדיוניות (ושם מתבררות הטענות המשפטיות לנוכח העובדות הקונקרטיות), ואחר כך הענין עולה במעלה המערכת המשפטית.

62. טרם חתימה מוצא אני להוסיף כי עיינתי, כמובן, בחוות הדעת של חברתי הנשיאה, חברי הנשיא (בדימ') ושל שאר חברי, והנני מצטרף, כמובן, לכל הנימוקים שהועלו ע"י אלה שצידדו בעמדתי והוסיפו לה, כיד כשרונם, טעמים נוספים ומבוררים. מכבד אני מאד אף את גישת החולקים עלי, ואולם בחרתי שלא לפתוח בסיבוב של תגובות ותגובות-שכנגד כדי שלא להאריך עוד, מה גם שעיקרי הדברים פתוחים עתה בפני הכל, והנה עכשיו אחרי שאנו שפטנו – הקורא יקרא וישפוט במחוזות הביקורת.

63. במשפט מסכם אומר – מעבר לתוצאה אליה הגעתי – כי, ככלל, עדיפה הגישה ההיסטורית שראתה לסייג חרמות על מופעיהם השונים, מבית ומחוץ, למעט חריגים מצומצמים (שהקריאה לחרם נגד מדינת ישראל, כמשמעו בחוק, איננה כלולה בהם). חרם לרוב רע הוא לכל מדינה (ובתוך כך למדינה היהודית) ורע הוא גם לדמוקרטיה ולחברה.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

קיבלתי לידי את חוות דעתו המקיפה של חברי השופט ח' מלצר. קראתי והגעתי למסקנה כי דעתי שונה. לטעמי, החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: החוק או חוק החרם) פוגע פגיעה של ממש בזכות לחופש ביטוי. פגיעה זו, כך לטעמי, אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חרף מסקנתי זו, אני סבור כי ניתן להפחית את מידת פגיעתו של החוק באופן ניכר בדרך של פרשנות, באופן שיאפשר לחוק לצלוח את מבחני החוקתיות. לפיכך, לו תישמע דעתי נורה על פרשנות החוק באופן שייקבע – כפי שארחיב בהמשך – כי רק חרם על "מוסד" או "אזור" שהוא חרם על מדינת ישראל ונובע משייכותם של אלו למדינה ייכנס לגדרו של חוק החרם, ואילו חרם על "מוסד" או "אזור" שאינו חלק מחרם על מדינת ישראל לא ייתפס בהגדרה שבחוק.

1. חברי השופט מלצר סקר בחוות דעתו בפירוט את הסדרי החוק, את הרקע לחקיקתו ואת טענות הצדדים, ולא אחזור על הדברים. באמתחת העותרים טענות חוקתיות. הם מבקשים כי נורה על ביטולו של חוק החרם בהיותו סותר, לשיטתם, את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת חוק-יסוד: חופש העיסוק. בחינת טענות אלה צריך שתעשה בשלושה שלבים. בשלב הראשון תיבחן השאלה האם נפגעה זכות חוקתית. באם נפגעה זכות כאמור, יש לעבור לשלב השני של הבחינה החוקתית, בו תיבחן חוקתיות הפגיעה באמצעות מבחני פסקת ההגבלה. בשלב השלישי, אליו יש להידרש רק באם ייקבע כי החוק אינו חוקתי, יש לקבוע את תוצאות אי החוקתיות [בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 757 (2008) (להלן: עניין המפקד הלאומי); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 544-549 (2005) (להלן: עניין המועצה האזורית חוף עזה)].

חוק החרם ופגיעתו בחופש הביטוי הפוליטי

2. חברי השופט מלצר סבור, ולמסקנה זו מצטרף גם אני, כי חוק החרם פוגע בזכות לחופש ביטוי ועל כן הוא עומד בניגוד לזכות החוקתית לכבוד האדם. אולם, חברי סבור כי "אין מדובר פה בפגיעה במרכיב הגרעיני של חופש הביטוי, אף שמדובר בהתבטאות פוליטית" (בפסקה 20 לחוות דעתו). לכך איני יכול להסכים.

3. חופש הביטוי הוא זכות אדם חוקתית. ההגנה הקפדנית עליו היא חלק בלתי נפרד מהמסורת החוקתית הישראלית. חופש הביטוי זכה במשפטנו להגנה מפליגה עוד טרם חקיקת חוקי היסוד. כבר באותה עת הובהר כי חופש הביטוי הוא "זכות עילאית" וכי הוא "מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות" [השופט ש' אגרנט בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז(2) 871, 878 (1953) (להלן: עניין קול העם)]. עוד נפסק כי מדובר ב"ציפור נפשה של הדמוקרטיה" [ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435 (1968)]. לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלה חופש הביטוי למדרגה של זכות אדם חוקתית. בשורה של פסקי דין של בית משפט זה נקבע כי היבטים מסוימים של חופש הביטוי – לרבות חופש הביטוי הפוליטי – הם חלק מהזכות החוקתית לכבוד [ראו למשל: ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558, 565-566 (2004); בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, 215-218 (2006) (להלן: עניין מטה הרוב); ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136,

156-157 (1996); רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פסקה 10 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) א' ריבלין (12.11.2006) (להלן: עניין בן גביר); עניין המפקד הלאומי, פסקאות 22-26 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור, בעמ' 760-763; אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה ב 708-712 (2014) (להלן: ברק, כבוד האדם)].

4. חשיבותו של חופש הביטוי נלמדת מתכליותיו. בפסיקה הענפה אשר עסקה בחופש הביטוי הציב בית משפט זה שלוש תכליות עיקריות העומדות בבסיס הזכות [ראו, למשל: אילנה דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ 377, 384-379 (1996); אהרן ברק "המסורת של חופש הביטוי בישראל ובעיותיה" מבחר כתבים א 531, 535-536 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000)].

התכלית הראשונה היא גילוי האמת. ביסוד תכלית זו הגישה לפיה "אור השמש הוא המטהר הטוב ביותר". רק שוק חופשי, תוסס ו"משוכלל" של רעיונות ודעות יאפשר לאמת לגבור על השקר. ג'ון מילטון ביטא הצדקה זו באמרתו הנודעת לפיה: "תנו לה לאמת להתכתש עם השקר בתנאים פתוחים וחופשיים; כלום אפשר לה לאמת שתצא וידה על התחתונה?" [John Milton, Areopagitica; A speech for the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England (1644). בתרגומה של השופטת ד' דורנר בבג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 270 (2003) (להלן: עניין בכרי); עניין קול העם, עמ' 877].

התכלית השנייה של חופש הביטוי עוסקת באוטונומיה ובהגשמתו העצמית של הפרט. "בלא לאפשר חופש להשמיע או לשמוע, לכתוב או לקרוא, להתבטא או לשתוק, נפגמת אישיותו של האדם, אשר התפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית מבוססת על יכולתו לגבש באופן חופשי את השקפת עולמו" [בג"ץ 399/85 חבר הכנסת הרב כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 274 (1987) (להלן: עניין כהנא)]. כן ראו: ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פסקה 62 לפסק דינו של השופט נ' סולברג (24.4.2014)]. חופש הביטוי מאפשר לפרט, כלשון השופט אגרנט, "לטפח ולפתח, עד גבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו על כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; בקיצור – להגיד את אשר בלבו, כדי שהחיים ייראו כדאיים בעיניו" [עניין קול העם, עמ' 878].

התכלית השלישית עוסקת בדמוקרטיה. "העקרון של חופש הביטוי הוא עקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי" [השופט אגרנט בעניין קול העם, עמ' 876].

כן ראו: בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238 (1984) (להלן: עניין קלופפר-נוה). חופש הביטוי הוא תנאי לזרימתו החופשית של מידע הרלוונטי לחיינו המשותפים. אכן, "אין להעלות על הדעת, שניתן לקיים בחירות במשטר דמוקרטי בלי לאפשר, עובר לקיומן, החלפת דעות ושכנוע הדדי" [הנשיא מ' שמגר בעניין קלופפר-נוה, עמ' 239]. "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה" [השופט מ' לנדוי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד טז 2407, 2415-2416 (1962)]. החלפת דעות ורעיונות בשוק החופשי של הביטויים היא תנאי לאפשרות החלפתו של השלטון. היא חיונית כדי למנוע עריצות של הרוב. היא מאפשרת השתתפות בהליך הדמוקרטי, ועל כן היא עומדת ביסוד הקהילה הפוליטית. הזכות לחופש ביטוי מבטיחה את הלגיטימיות של שיטת המשטר. בנוסף, חופש הביטוי נותן פתח לשחרור "הקיטור החברתי", אשר עלול להצטבר ולהתפרץ בדרכים לא רצויות אם לא יינתן לו פתח שחרור לגיטימי [ראו: עניין בכרי, עמ' 262].

5. תכליות אלה של חופש הביטוי מעצבות את היקף פרישתו ואת עוצמת ההגנה עליו. חופש הביטוי פורש כנפיו על קשת רחבה של ביטויים. הוא חל על ביטויים מסחריים וביטויים אומנותיים. הוא מקיף ביטויים פוליטיים וביטויים חדשותיים. הוא פורש כנפיו גם על ביטויים שקריים, סרי טעם, פורנוגרפיים ואף גזעניים. אולם, לצד פרישתו הרחבה של חופש הביטוי, עוצמת ההגנה עליו משתנה בהתאם לביטוי הנדון. "לא הרי פגיעה שהיא בגרעינה של הזכות כהרי פגיעה בשוליה" [עניין המפקד הלאומי, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור, בעמ' 760-761]. כך, ככלל, להגנה ביטוי מסחרי יזכה להגנה פחותה מביטוי אומנותי. ביטוי גזעני יזכה, ככלל, להגנה פחותה במיוחד. בראש מדרג הביטויים מצוי הביטוי הפוליטי. "חופש הביטוי הפוליטי הוא בגרעין הזכות לחופש הביטוי" [עניין המפקד הלאומי, פסקה 23 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור, בעמ' 761]. כן ראו: בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003) (להלן: עניין אינדור); עניין כהנא, עמ' 293]. ההגנה על הביטוי הפוליטי, יותר מכל ביטוי אחר, מבטיחה החלפה חופשית של דעות ועמדות הרלוונטיות לחיינו המשותפים. חופש הביטוי הפוליטי מאפשר לפרט להגשים עצמו במסגרת קהילתו. הוא מאפשר לפרט לקדם את עמדותיו ומטרותיו. הוא תנאי לחבירה ולהתאגדות פוליטית. חופש הביטוי הפוליטי אף "חשוף יותר מכל צורה אחרת של ביטוי להתנכלות מצד השלטון", ועל כן להגנה עליו נודעת חשיבות מיוחדת [השופט י' זמיר בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289, 303 (1999)].

חוק החרם אוסר – באופנים המנויים בו – על "קריאה פומבית להטלת חרם" ועל "התחייבות" להשתתף בחרם. ככלל, לחרם עשויות להיות מטרות שונות. חרם עשוי להיות מונע, למשל, משיקולים מסחריים, צרכניים או פוליטיים. החרם בו עוסק חוק החרם הוא חרם פוליטי-אידאולוגי. חרם מסוג זה נועד "לשקף את העמדה האתית של מטילי החרם" ו"להביע מורת רוח אידאולוגית" [נילי כהן "משפט ומשחק – הסוחר מונציה" ו'התקלה' הפרקליט נא 407, 433 (תשע"ב) (להלן: נילי כהן, משפט ומשחק)]. באמצעות החרם נמנע המחרימים מלתמוך ולעודד פעולות אשר, לטעמו, אינן ראויות לתמיכתן. החרם מעיד, במובנים מסוימים, על "רצינותו" של הביטוי, שכן הוא מגלם נכונות לבצע מעשה או להימנע מביצוע מעשה. בנוסף, לחרם מאפיינים שאינם הצהרתיים גרידא. חרם נועד להוביל שינוי. הוא מקדם תוצאה מעשית. "כלי העבודה" של החרם הם לחץ כלכלי או חברתי. חרם הוא כלי לא-אליים לשינוי פוליטי. הוא מכוון לשינוי הפעילות המוחרמת, להפחתתה או להוקעתה.

הקריאה לחרם הפוליטי והחרם הפוליטי גופו עולים בקנה אחד עם שלוש התכליות המרכזיות של חופש הביטוי. כך, הקריאה לחרם מוסיפה את העמדה האידאולוגית שבבסיס החרם אל שוק הרעיונות. היא מאפשרת לעמדה המחרימה להתמודד על מקומה, לנסות להשפיע על עמדות אחרות, ולהצליח או להיכשל בניסיון. עמדה על כך Theresa J. Lee במאמרה: Democratizing the Economic Sphere: A Case for the Political Boycott, 115 W. Va. L. Rev. 531 (2012) (להלן: Lee, Political Boycott):

"Free trade in ideas' means free trade in the opportunity to persuade to action, not merely to describe facts. The boycott is precisely a means to persuade others to action, including those being targeted and those inspired to join. This "free trade" in persuasion is why the boycott finds a natural home under the marketplace of ideas theory...

In addition, even when a boycott does not necessarily achieve its ultimate end, it remains a vehicle for forcing the dissemination of an idea. Boycotts make the perhaps otherwise latent dissent visible to a greater number of participants in the marketplace of ideas, highlighting not only

their position but also the very existence of the debate" [Ibid, p. 549].

בהקשר הדמוקרטי, החרם הפוליטי הוא כלי להשגת מטרות פוליטיות בדרכי שלום. "אכן, חרם ציבורי הוא כלי במשחק הדמוקרטי: הוא מבקש לחולל שינוי בדרך לא אלימה, והוא יכול להיות אפקטיבי כמו סנקציה משפטית" [נילי כהן, משפט ומשחק, עמ' 433. כן ראו: Lee, Political Boycott, p. 553-556]. החרם הפוליטי הוא גם כלי להגשמה עצמית. הוא מאפשר לפרט לבטא את עמדותיו הפוליטיות, להשפיע על עתידו ולהחליט, כראות עיניו, מהם הערכים שיקודמו באמצעות משאביו [ראו: Lee, Political Boycott, p. 556-558. לדיון נוסף בחרם הפוליטי ראו: Notes, Political Boycott, p. 556-558]. [Activity and the First Amendment, 91 Harv. L. Rev. 659 (1977-1978);

7. חברי השופט מלצר סבור כי "הקריאות לחרם כנגד מדינת ישראל, כמשמעו בחוק – אינן עונות לתכליתו הקלאסית של חופש הביטוי" (בפסקה 30 לחוות דעתו). עמדה זו מקורה בהבחנה אותה מתח חברי בין ביטוי שמטרתו "לשכנע" לבין ביטוי "כאמצעי כפייה". לשיטתו, קריאה לחרם היא ביטוי כופה, ועל כן ההגנה עליו צריך שתהיה פחותה מההגנה המוקנית לביטויים פוליטיים אחרים. איני שותף לעמדה זו. כאמור, אני סבור כי הקריאה לחרם מתיישבת עם תכליותיו של חופש הביטוי. אכן, קריאה לחרם, כהטלת חרם, מכילה מאפיינים כופים. קריאה לחרם מבקשת, בין היתר, להשפיע על מושא החרם לשנות את מדיניותו או התנהגותו באמצעות השתת פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית. אולם, אין זו תכליתו הבלעדית של החרם. חרם מבטא סלידה מההתנהגות המוחרמת. הוא מעיד על חוסר רצון לתמוך ולכלכל התנהגויות אשר לדעת המחרימים אינן ראויות. מאפיינים אלו של החרם מצדיקים הגנה עליו כביטוי. נכון הוא, אין להתעלם גם מן האלמנטים הכופים שבחרם. חרם עשוי לרדד את השיח הפוליטי. הוא עלול להדביק "תג מחיר" למעשים – פוליטיים או אחרים – אשר אינם עולים בקנה אחד עם השקפותיו של המחרימים. מכך עלול להיווצר "אפקט מצנן" אשר יגרע את הביטויים המוחרמים משוק הדעות והרעיונות. אולם, כאמור, אין זה מאפייין בלעדי של החרם. לצד האפקט המצנן, החרם הפוליטי הוא גם בעל פוטנציאל להעשיר את שוק הדעות. יתרה מכך, אף אם חרם פוגע בעמדות המוחרמות, אין בכך כדי להצדיק באופן אוטומטי את הפגיעה בו כביטוי. ה"פגיעה" בעמדה המוחרמת כתוצאה מהחרם מושתת על ידי בני החברה במסגרת פעילותם החופשית בשוק הדעות. האיסור על החרם אינו חלק מההתמודדות החופשית בשוק הדעות, אלא מדובר בהשפעה על "כללי המשחק" לטובת אחת העמדות. יפים בעניין זה הסבריה של Lee, Political Boycott :

"Claims that boycotts fail to satisfy the values of the marketplace of ideas because they coerce others into not speaking, thus depriving the market of those ideas, must fail. Such claims give the boycott too much credit. Boycotts are only one voice among many; they are a costly form of speech for the speaker and within the market, they can be combated with further speech. As the Court has often made clear, just because one voice is louder does not mean that other voices are being silenced, and even if the danger of drowning out arises, the way to combat it has never been to temper the louder voice..." [Ibid, p. 549].

ובהמשך:

"While a successful boycott may appear to drown out another position, the remedy is not to silence the boycott but instead for those on the other side to endeavor to make themselves 'louder'" [Ibid, p. 550].

8. פסק דינו של בית המשפט העליון של ארצות הברית בעניין NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886, (1982) (להלן: עניין Claiborne) מדגים עמדה זו. בשנת 1996 הכריזו תושבים אפרו-אמריקאים ממחוז Claiborne חרם על סוחרים לבנים הפועלים במחוז. מטרת החרם הייתה להשפיע על הממשל לפעול למניעת אפליה גזעית ולקידום אינטגרציה. החרם גרם לפגיעה כלכלית בסוחרים הלבנים. חלק מהם הגישו תביעה כנגד מארגני החרם והתומכים בו. הסוחרים זכו בתביעתם, ו-92 מהמחרימים חויבו בתשלום נזקי הסוחרים בסך כולל של כ-1.25 מיליון דולר. לאחר מספר גלגולים הגיע המקרה לפתחו של בית המשפט העליון של ארצות הברית. בית המשפט העליון הפך את התוצאה על פיה. הוא קבע כי החרמה, ארגון חרם ותמיכה בו הן פעולות החוסות תחת הזכות לחופש ביטוי, המוגנת בתיקון הראשון לחוקה. בתוך כך נקבע, כי העובדה שמטרתו של החרם היא להשפיע על אחרים לשנות את עמדותיהם או את התנהגותם, ואף לכפות עליהם לעשות כן, אינה משנה את אופיו כביטוי מוגן. אומר השופט Stevens:

"Petitioners admittedly sought to persuade others to join the boycott through social pressure and the 'threat' of social ostracism. Speech does not lose its protected character, however, simply because it may embarrass others or coerce them into action" [Ibid, p. 909-910].

"The claim that the expressions were intended to exercise a coercive impact on respondent does not remove them from the reach of the First Amendment. Petitioners plainly intended to influence respondent's conduct by their activities; this is not fundamentally different from the function of a newspaper... Petitioners were engaged openly and vigorously in making the public aware of respondent's real estate practices. Those practices were offensive to them, as the views and practices of petitioners are no doubt offensive to others. But so long as the means are peaceful, the communication need not meet standards of acceptability" [Ibid, p. 911].

ראו בנוסף: Barbara Ellen Cohen, *The Scope of First Amendment Protection for Political Boycotts: Means and Ends in First Amendment Analysis: NAACP v. Claiborne Hardware Co*, 1984 WIS. L. REV. 1273 (1984)

9. חוק החרם אינו מכוון לכל חרם פוליטי שהוא. הוא עוסק בקריאות לחרם מסוג מסוים בלבד – "חרם על מדינת ישראל". ביטוי זה הוגדר בחוק כ"הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית" (סעיף 1 לחוק החרם). על פי פשוטה של הגדרה זו, היא "תופסת" חרמות מכמה סוגים. ה"סוג" האחד, המובן מאליו, הוא חרם כולל על מדינת ישראל ככזו. "סוג" נוסף של חרם הנתפס, לכאורה, בהגדרה שבחוק הוא חרם על שטחי יהודה ושומרון (להלן: האזור) בלבד, אף כאשר לא נלווית אליו החרמה של המדינה כולה. חרם כזה ייחשב, כך נראה, ככזה הפוגע באדם או בגורם אחר רק בשל זיקתו ל"אזור הנמצא בשליטתה" של מדינת ישראל. גורל האזור וההתנחלויות המצויות בו נתונה בישראל במחלוקת פוליטית וציבורית נוקבת. ציבורים רבים מגדירים את השתייכותם הפוליטית, במידה רבה, דרך עמדתם במחלוקת זו. נראה כי לא תהא זאת הפרזה להעריך כי "סוגיית השטחים" היא אחת הסוגיות השנויות ביותר במחלוקת פוליטית בישראל. אכן, סוגיה זו תופסת מקום מרכזי בשיח הציבורי הישראלי מזה שנות דור [השוו: קלמן נוימן הוויכוח על גבולות המדינה – סוגיה של דת ומדינה? 9 (2013); יעל הדר, נעמי הימין רייש ואנה קופלמן יוניות ונציות בחברה הישראלית:

עמדות בסוגיות הביטחון (2008); מגמות בחברה הישראלית כרך ב' 1165, 1224 (אפרים יער וזאב שביט עורכים, 2003); מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה ושלטון החוק 282-283 (2001); תמיר מגל, נטע אורן, דניאל בר-טל ועירן הלפרין "עמדת הציבור היהודי בסוגיית 'השטחים הכבושים': נתונים והשלכות" השפעת הכיבוש על החברה הישראלית 130, 178 (דניאל בר-טל ויצחק שניל עורכים, 2013); אלישע אפרת "בחזרה לחלוקת הארץ" כיוונים חדשים 23, 78, 81 (2010); חיים גנז "הזכות ההיסטורית על הארץ: עד היכן?" תכלת 24, 103, 118 (2006). [וכפי שהיטיבה לתאר זאת השופטת ד' ביניש (כתוארה אז) בבג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראש, פ"ד נז(1) 726 (2002):

"חילוקי הדעות המדיניים בחברה הישראלית נוגעים בקצות העצבים הרגישים ביותר של החברה ושל רבים מיחידה. החברה בישראל מאופיינת במחלוקות אידאולוגיות עמוקות, ובהן גם מחלוקות המבססות עצמן על טעמים מצפוניים ועל טעמים שבאמונה דתית" (שם, בעמ' 735).

באותו מקרה עסק בית משפט זה בשאלת חוקיות ההחלטה של שר הביטחון שלא להעניק לעותרים פטור מחובת שירות מילואים באזור [לעניין זה השוו: Haim Ganz, *Right and Left: Ideological Disobedience in Israel*, 36 ISRAEL L. REV. 19 (2002)].

קריאה לחרם במטרה להביע מורת רוח ממדיניות הממשלה באשר לאזור, להימנע מתמיכה במדיניות זו או לשכנע אחרים להתנגד למדיניות זו היא ביטוי פוליטי החוסה בבירור תחת חופש הביטוי הפוליטי, וזכאי למלוא ההגנה המוקנית במשטרנו החוקתי להתבטאויות פוליטיות.

חוקתיות הפגיעה

10. גם ביטויים החוסים תחת חופש הביטוי הפוליטי ניתנים להגבלה על ידי המחוקק. דברי חקיקה שונים מגבילים באופנים כאלו ואחרים השמעה של ביטויים פוליטיים. רבים מדברי חקיקה אלו נסקרו בחוות דעתו של חברי השופט מלצר (בפסקה 21 לחוות דעתו). הדברים ברורים. חרף חשיבותו, חופש הביטוי, כזכויות חוקתיות אחרות, איננו מוחלט. זכויות ואינטרסים אחרים עשויים להצדיק הגבלה שלו. על מנת שפגיעה בחופש הביטוי תהא חוקתית עליה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כידוע, פסקת ההגבלה כוללת ארבעה תנאים מצטברים: הפגיעה בזכות החוקתית צריכה להיעשות בחוק או לפי חוק; עליה להלוּם

את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; תכליתה צריך שתהא ראויה; ועליה לפגוע בזכות במידה שאינה עולה על הנדרש. התנאי האחרון כולל שלושה מבחני משנה, והם: מבחן הקשר הרציונאלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות "במובן הצר".

11. יישומן של אמות מידה אלה משתנה בהתאם לטיבה של הזכות הנפגעת. במקרה דנן מדובר בחופש הביטוי הפוליטי. עמדתי לעיל על חשיבותה של זכות זו. כדי להצדיק פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי נדרשת בחינה קפדנית והדוקה. עמדה על כך השופטת ד' דורנר בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997) (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות):

"באשר למבחן בדבר התאמת האמצעי לתכלית, מידת הוודאות שתידרש להתאמת האמצעי וליעילותו מושפעת ממידת החשיבות של הזכות והטעמים שביסודה. כשמדובר בזכות כבדת משקל, עשויה להידרש "ודאות קרובה", ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו. לעומת זאת, כשמדובר בזכות קלת משקל יותר, ייתכן כי ניתן יהיה להסתפק ב"אפשרות סבירה" לקידומה של התכלית.

באשר למבחן בדבר בחירת האמצעי הפוגע בזכות במידה המועטה הנדרשת, שכאמור אינו מבחן מוחלט, תושפע בחירת האמצעי מן הזכות הנפגעת. כשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת. הדין עשוי להיות שונה מקום שבו עומדת על הפרק זכות שחשיבותה פחותה, שלשם שמירתה לא תידרש המדינה לנקוט אמצעים העלולים לגרום להכבדה מיוחדת.

באשר למבחן שבמסגרתו נערך איזון בין התועלת שבתכלית לבין הנזק שבאמצעי להשגתה, הוא יופעל – כמקובל בפסיקה שבה דנתי לעיל, העוסקת בהחלטות של רשויות מינהליות – בהתחשב במהות הזכות שעל הפרק, הטעמים שביסודה והערכים והאינטרסים הנפגעים במקרה הספציפי" [שם, עמ' 422-423].

12. כבר עתה אציין כי לטעמי חוק החרם פוגע בזכות החוקתית לחופש ביטוי פגיעה שאינה מידתית. מסקנתי זו מייטרת את הצורך לדון ביתר תנאיה של פסקת ההגבלה. בקצרה אעיר כי תמים דעים אני עם חברי השופט מלצר כי חוק החרם הולם את ערכיה של מדינת ישראל וכי הוא נועד לתכלית ראויה. על התכליות הראויות העומדות לטעמי בבסיס החוק ארחיב במסגרת הדיון במבחן המשנה השלישי של

המידתיות, עת אבחן האם התועלת מהגשמת התכליות שקולה כנגד הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. מובן גם כי הפגיעה בזכות לחופש הביטוי במסגרתו של חוק החרם היא "בחוק" או "לפי חוק".

מידתיות – קשר רציונאלי

13. לטעמי, חוק החרם צולח את מבחן המשנה הראשון של המידתיות, הוא מבחן הקשר הרציונאלי. מבחן זה בוחן האם האמצעים שבחוק מקדמים את התכליות אותן נועד החוק להגשים [ראו, למשל: אהרן ברק מידתיות במשפט 376-373 (2010) (להלן: ברק, מידתיות במשפט)]. תכלית החוק, עליה ארחיב בהמשך, היא מניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם. תכלית זו מקודמת בבירור על ידי החוק, אשר הסדריו נועדו להצר את צעדיהם של אלו הקוראים לחרם על מדינת ישראל ולתמרצם להימנע מלעשות כן. בנקודה זו יש לציין כי חלק מן העותרים הפנו להתבטאויות שונות של גורמים כאלו ואחרים במהלך הדיונים שהתקיימו בכנסת עובר להשלמת תהליך חקיקת החוק. מהתבטאויות אלה עולה כי לדעת גורמים אלו החוק לא יקדם את תכליתו. דוגמה להתבטאות שכזו היא עמדת נציג משרד החוץ בדיון שנערך בוועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: ועדת החוקה) ביום 15.2.2011, ולפיה: "הצעת החוק הזאת לא מועילה במאבק נגד החרם הבין-לאומי ועלולה אפילו לפגוע בו". דוגמה נוספת היא עמדת נציג הלשכה המשפטית של משרד החוץ בוועדת החוקה מיום 27.6.2011, לפיה: "הצעת החוק הזאת, אם תעבור, עשויה לגרום לתוצאה הפוכה מהמטרה שלה ולהגביר את תופעת החרמות". איני סבור כי ניתן ללמוד מדברים אלו על העדרו של קשר רציונאלי בין הסדרי החוק לבין תכליתו. ראשית, תכליתו של חוק החרם אינה מצומצמת למניעת פגיעה במדינת ישראל עקב חרם בינלאומי, אלא החוק נועד לחול גם, ואולי בעיקר, על חרמות "מבית". יתרה מכך, לצד עמדה של זו נציגי משרד החוץ נשמעו גם עמדות מקצועיות אחרות. למעשה, כפי שציין חברי השופט מלצר, העובדה שחלק מהעותרים דיווחו כי הם עצמם הושפעו בפועל מהחוק וחדלו, לאחר חקיקתו, מלקרוא להחרמת מוצרים המיוצרים באזור מעידה על קיומו של קשר רציונאלי בין הסדרי החוק לבין התכלית של מניעת חרמות.

מידתיות – אמצעי שפגיעתו פחותה

14. אני סבור כי חוק החרם, על מכלול הסדריו, צולח גם את מבחן המשנה השני של המידתיות, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (המכונה גם "מבחן הצורך"). מבחן משנה זה בוחן האם האמצעי החקיקתי שנבחר פוגע בזכות החוקתית באופן הפחות

ביותר מבין האמצעים האפשריים המגשימים את התכלית הראויה של החוק. עמד על מבחן זה הנשיא א' ברק בעניין לשכת מנהלי ההשקעות:

"האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. "על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם" [שם, עמ' 385].

למבחן משנה זה שני יסודות. האחד, בוחן האם קיימת חלופה היפותטית שיש בכוחה להגשים את "אותה רמה" של התכלית שבבסיס החוק. "אם חלופה כזו אינה קיימת, ממילא יש צורך בחוק, ומבחן הצורך מתקיים" [ברק, מידתיות במשפט, עמ' 399]. השני, בוחן האם החלופה ההיפותטית שזוהתה פוגעת בזכות החוקתית באופן פחות מהחוק הנבחן [ברק, מידתיות במשפט, עמ' 405]. בהקשר זה נפסק כי "האמצעי שנבחר צריך להיות כזה שפגיעתו בזכות האדם היא מתונה, אך לאו דווקא הפחותה ביותר האפשרית במסגרת קשת האפשרויות הקיימות" [השופט א' פרוקצ'יה בבג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 115 (2.9.2010)]. כן ראו: בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280 (2002); עניין לשכת מנהלי ההשקעות, עמ' 420].

15. נראה כי חוק החרם עומד באמות מידה אלה. העותרים לא הצביעו על אמצעים חלופיים אשר בכוחם להשיג את אותה מידה של הגנה על התכלית – מניעת פגיעה במדינה באמצעות חרם – תוך פגיעה פחותה בחופש הביטוי הפוליטי. כך, חלק מן העותרים הציעו, כאמצעי שפגיעתו פחותה, את האפשרות שהמדינה תפצה מקופתה את מי שנפגע כתוצאה מחרם שהוטל על המדינה. לטעמי, אמצעי מוצע זה אינו יכול להוביל לאותה מידה של הגנה על התכלית. אמצעי מוצע זה, בניגוד להסדרים שבחוק, אינו צפוי להרתיע את מי שקוראים לחרם להמשיך ולעשות כן. לפיכך, לא צפוי להילוות אליו האפקט המצנן המצוי בחוק החרם. למעשה, קיים במקרה דנן קשר הדוק בין פגיעתו של החוק בזכויות לבין תועלתו. פגיעת החוק בקוראים לחרם, המתבטאת בסנקציות האזרחיות והמנהליות, היא האמצעי בו בחר המחוקק להגשמת מטרת החוק. הפחתת הפגיעה בקוראים לחרם תביא מניה וביה להפחתת האפקט המצנן, ועל כן להפחתת האפקטיביות של החוק בהגשמת המטרה. בנוסף, פיצויים של גורמים פרטיים שנפגעו כתוצאה מהחרם לא יוביל להגשמת מלוא תכליתו של החוק. החוק אינו מכוון

אך למניעת פגיעה באזרחים ובגופים פרטיים. תופעת החרם פוגעת גם בציבור בכללותו. השתת עלויות החרם על הקופה הציבורית, כפי שמציעים העותרים, אמנם תצמצם את הפגיעה בגורמים פרטיים אך לא תפחית את הפגיעה הציבורית. למעשה, הפגיעה הציבורית, בתורה, תתורגם גם לפגיעה בכיסם של אזרחי המדינה. מושכלות יסוד הן כי "הפגיעה בקופת הציבור... הינה פגיעה בציבור כולו" [דנ"א 3993/07 פקיד שומה ירושלים 3 נ' איקאפוד בע"מ, פסקה 10 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (14.7.2011)]. יפים לעניין זה גם דברי חברי השופט (כתארו אז) א' רובינשטיין בע"מ 7335/10 קצין התגמולים - משרד הבטחון נ' לופו (29.12.2013), בעניין חשיבותה של הקופה הציבורית:

"מושכלות יסוד הן, כי הקופה הציבורית אינה 'בור ללא תחתית', וכי פריסתה וחלוקתה של העוגה התקציבית, היא כשמיכה קצרה מכיסוי המצע כולו, נוכח המשימות והאתגרים שבפני המדינה בתחומי החינוך, הביטחון, הרווחה ועוד" [שם, פסקה כ"ז].

טענה נוספת של העותרים היא כי די במנגנונים החקיקתיים הקיימים כדי להביא להגשמת תכלית החוק, וזאת מבלי לפגוע בזכויות חוקתיות. טענה זו אינה משכנעת. אף אם המנגנונים החקיקתיים הקיימים מאפשרים התמודדות מסוימת עם תופעת החרמות, אין הם יכולים להגשים את התכלית האמורה במידה דומה. העובדה שהעותרים סבורים כי המנגנונים הקיימים פוגעים בקוראים לחרם באופן פחות מדגימה קושי זה, ומלמדת כי אף לשיטת העותרים האפקט המצנן יציר החקיקה הקיימת אינו משתווה לאפקט המצנן יציר חוק החרם.

16. חברי השופט מלצר סבור כי סעיף 2(ג) לחוק החרם אינו עומד באמת המידה של האמצעי שפגיעתו פחותה. גם אני כחברי סבור כי סעיף זה פוגע פגיעה בלתי מוצדקת בחופש הביטוי הפוליטי ודינו להתבטל. אולם, לטעמי, הטעם לכך הוא העדר מידתיות "במובן הצר", ולא אי עמידה במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. יש להדגיש, המסקנה לפיה אין בנמצא אמצעי חלופי המשיג את אותה "מידה" של התכלית שבבסיס החוק תוך פגיעה פחותה בחופש הביטוי הפוליטי אין משמעה כי החוק חוקתי. אולם, "אם יש אמצעים שפגיעתם בזכות פחותה אך השגת המטרה החקיקתית עלולה להיפגע... אין מבחן הצורך יכול להגן על הזכות הנפגעת" [ברק, מידתיות במשפט, עמ' 415]. במצב זה עובר מרכז הכובד של הבחינה החוקתית למבחן המשנה השלישי. יפים בעניין זה דבריו של ברק, בספרו מידתיות במשפט:

”ראוי לשופט לומר האמת. והאמת היא כי לא פעם מוכרעת השאלה אם החוק הפוגע הוא חוקתי בקביעה כי קיים אמצעי שפגיעתו פחותה, אך בחינה נוספת מגלה כי אמצעי זה אינו משיג את המטרה המלאה, או שלשם השגתה המלאה של המטרה יש לשנות את סדר העדיפויות הלאומיות או לפגוע בזכויות אחרות. במקרה זה יש לקבוע כי יש צורך בחוק, וכי האמצעי שפגיעתו פחותה אינו מגשים את מטרת החוק. במצב דברים זה ההכרעה בדבר חוקתיות החוק תתקבל במסגרת מבחן המשנה השלישי” [שם, עמ’ 416-417].

ליישומו של מבחן משנה זה נפנה כעת.

מידתיות – מידתיות “במובן הצר”

17. מבחן המשנה השלישי, המידתיות “במובן הצר”, הוא מבחן של איזון. “זהו המבחן החשוב ביותר מבין שלושת מבחני-המשנה” [ברק, מידתיות במשפט, עמ’ 419]. הוא בוחן קיומו של יחס מידתי בין התועלת החברתית הגלומה בהגשמת תכלית החוק לבין הנזק אשר עלול להיגרם לזכות המוגנת, בענייננו – לחופש הביטוי הפוליטי, כתוצאה מיישום החוק. הוא מתמקד בתוספת השולית – השלילית והחיובית – של החוק הנבחן. ענייניו של מבחן משנה זה ב”השוואה בין מצב המטרה הראויה לפני חקיקת החוק ואחריו, לבין מצבה של זכות האדם לפני חקיקת החוק ולאחריו” [ברק, מידתיות במשפט, עמ’ 433]. עריכת השוואה זו טעונה בחינה של מידת הפגיעה בזכות החוקתית מחד גיסא ושל התועלת החברתית מהגשמת התכלית החקיקתית, מאידך גיסא. לאחר הצבת הפגיעה והתועלת על כפות המאזניים יש לאזן ביניהן, ולבחון ידה של מי תהיה על העליונה. טכניקת האיזון משתנה, כאמור, בהתאם לאופי הזכות הנפגעת. בענייננו מדובר בזכות “כבוד משקל” – חופש הביטוי הפוליטי. מידתיות הפגיעה בזכות זו יכול שתיבחן בהתאם למבחנים שהותוו בפסיקת בית משפט זה בענייני חופש הביטוי. מדובר, כידוע, ב”נוסחת קול העם”, הדורשת, לשם הצדקת הפגיעה בחופש הביטוי, קיומה של “ודאות קרובה” לפגיעה ממשית באינטרס ציבורי חשוב [עניין קול העם, עמ’ 887-893. כן ראו: עניין בכרי, עמ’ 263; ברק, מידתיות במשפט, עמ’ 631].

מידתיות “במובן הצר” – כף הפגיעה בזכות

18. חוק החרם פוגע בחופש הביטוי הפוליטי באופן ברור וישיר. הוא קובע סנקציות – אזרחית ומנהלית – בשל התבטאות פוליטית. אכן, הזכות לחופש ביטוי כוללת גם את הזכות שלא להיפגע עקב מימושה [השוו: עניין מטה הרוב, עמ’ 219-

218]. במקרה דנן מדובר בפגיעה חמורה במיוחד, שכן היא מבוססת על תוכנו של הביטוי [השוו לכלל האצבע האמריקאי, לפיו "[An] Act would be content based if it required 'enforcement authorities' to 'examine the content of the message that is conveyed to determine whether' a violation has occurred" (השופט Roberts ב-2014) 2518, 2531 S. Ct. 134 McCullen v. Coakley]. חוק החרם אינו אוסר על קריאות לחרם מכל סוג. הוא אינו אוסר, למשל, על קריאה לחרם על אדם מחמת זיקתו לכל עמדה פוליטית, תהא אשר תהא העמדה. הוא אף אינו אוסר על קריאות לחרם על אדם בשל מקום מגוריו, יהא אשר יהא המקום. פועלו מוגבל לקריאה לחרם על אדם בשל זיקתו למדינת ישראל או האזור. במציאות הפוליטית הישראלית, קריאות לחרם על מדינת ישראל, ובעיקר קריאות לחרם על האזור, נשמעות מצד אחד בלבד של המפה הפוליטית. הגבלה מבוססת תוכן על חופש הביטוי, ובעיקר על חופש הביטוי הפוליטי, היא חשודה במיוחד. יש בה משום הפרה של הניטרליות אשר צריך שתהא מנת חלקה של המדינה בעת שהיא פועלת כ"רגולטור" של שוק הדעות. התערבות זו ב"כללי המשחק" מסכנת את שוק הדעות ואת זרימת המידע החופשית. היא פוגעת בהליך הדמוקרטי. היא חותרת תחת ההגנה אשר מקנה חופש הביטוי מפני עריצות הרוב. בהפרה זו של הניטרליות המדינתית טמונה גם אפליה. יש בה משום העדפה של עמדה אחת על פני רעותה. העדפה זו פוגעת ביכולתם של המחזיקים בעמדה הפוליטית "המושקת" מלהתמודד בתנאים שווים על מקומה של עמדתם בדעת הקהל הציבורית [השוו לעניין אינדור, בו נפסלה החלטת עיריית ירושלים שלא לאפשר פרסום מודעה עקב תוכנה].

19. עקרון זה, השולל הגבלה של חופש הביטוי בהתבסס על תוכנו של הביטוי (Content-Based Restrictions) תוך יצירה של אפליה מחמת עמדה (Viewpoint Discrimination) הוא עקרון יסודי במשפט החוקתי האמריקני. לעקרון זה שתי תכליות עיקריות. הראשונה, מניעת פעולה שלטונית המונעת משיקולים זרים או מהצדקות פסולות. השנייה, מניעת סילוף (Skewing) של שוק הדעות [ראו: Cass R. Sunstein, Half-Truths of the First Amendment, 1993 U. Chi. Legal. F. 25, 26-27 (1993) (להלן: Sunstein)]. ראו התייחסות לתכליות אלה ברשימתו של 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, 192-193 (מיכאל בירנהק עורך, 2006) (להלן: רייכמן). כן ראו: Elena Kagan, The Changing Faces of First Amendment Neutrality: R.A.V. v. St. Paul, Rust v. Sullivan, and the Problem of Content-Based Underinclusion, 1992 Sup. Ct. Rev. 29 (1992). [מסביר Sunstein:]

"The notion that the First Amendment bans skewing effects on public deliberation is connected with the idea that government may not distort the deliberative process by erasing one side of a debate. Above all, government may not distort the deliberative process by insulating itself from criticism. The very freedom of the democratic process depends on forbidding that form of self-insulation" [Ibid, p. 27].

ואכן, בשורה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית כי איסור על השמעת ביטויים בהתבסס על תוכנם אינו עולה בקנה אחד עם התיקון הראשון לחוקה. כך, למשל, בעניין R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992) עמד לבחינה חיקוק אשר אסר על הצבת סמלים, לרבות צלב בוער או צלב קרס, על קרקע פרטית או ציבורית באופן המעורר כעס או טינה, וזאת על בסיס גזע, צבע, אמונה, דת או מגדר (arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender). בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע כי דבר חקיקה זה אינו עולה בקנה אחד עם הזכות החוקתית לחופש ביטוי. נקבע, כי הביטויים האסורים על פי החיקוק הם רק ביטויים מסוג "fighting words", קרי ביטויים הנוטים, כשלעצמם, להסית לאלימות או לגרום נזק. לפיכך, ייתכן כי הממשל רשאי היה לאסור באופן גורף על השמעת ביטויים שכאלה. אולם, הממשל לא רשאי היה לקבוע כי רק ביטויים מסוימים מסוג זה יאסרו בעוד שאחרים יותרו. במקרה זה נאסרו אמנם ביטויים המעוררים כעס או טינה על בסיס גזע, אך לא נאסרו, למשל, ביטויים הגורמים לכעס או טינה על בסיס עמדה פוליטית או נטייה מינית. מסביר השופט Scalia:

"[T]he ordinance applies only to 'fighting words' that insult, or provoke violence, 'on the basis of race, color, creed, religion or gender.' Displays containing abusive invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topics. Those who wish to use 'fighting words' in connection with other ideas -- to express hostility, for example, on the basis of political affiliation, union membership, or homosexuality -- are not covered. The First Amendment does not permit St. Paul to impose special prohibitions on those speakers who express views on disfavored subjects..." [Ibid, p.391].

בית המשפט העליון הוסיף וקבע כי הפסול שבחוק טמון, בין היתר, בכך שהוא שולל את השימוש בביטויים מסוימים – ביטויים מסוג "fighting words" – רק מצד אחד של מתרס הוויכוח הפוליטי. באופן זה מקבל צד אחד היתר להיאבק "באופן חופשי" בעוד הצד השני נאלץ לפעול "באופן ספורטיבי" בהתאם ל"חוקי המרקוז מקווינסברי". אומר השופט Scalia:

"In its practical operation, moreover, the ordinance goes even beyond mere content discrimination, to actual viewpoint discrimination. Displays containing some words -- odious racial epithets, for example -- would be prohibited to proponents of all views. But 'fighting words' that do not themselves invoke race, color, creed, religion, or gender -- aspersions upon a person's mother, for example -- would seemingly be usable ad libitum in the placards of those arguing in favor of racial, color, etc., tolerance and equality, but could not be used by those speakers' opponents. One could hold up a sign saying, for example, that all 'anti-Catholic bigots' are misbegotten; but not that all 'papists' are, for that would insult and provoke violence 'on the basis of religion.' St. Paul has no such authority to license one side of a debate to fight freestyle, while requiring the other to follow Marquis of Queensberry rules" [Ibid, p. 391-392].

דברים אלו יפים גם לענייננו. חוק החרם אינו אוסר על כל סוגי החרמות. הוא אוסר רק על חרמות מסוג מסוים, המבטאים עמדה פוליטית מסוימת. בכך יוצר חוק החרם אפליה על בסיס עמדה. אפליה זו מעניקה יתרון לצד אחד של המתרס הפוליטי, וכופה רק על אחד הצדדים לפעול במגרש הפוליטי בהתאם לכללי "המרקוז מקווינסברי". השפעה זו היא חמורה במיוחד שעה שהעמדה המוגנת על ידי החוק היא, למעשה, עמדתו של השלטון. יפים לעניין זה דברי השופט Kennedy (אשר נותר בפרשה זו במיעוט לעניין התוצאה) ב Hill v. Colorado, 530 U.S. 703 (2000), ולפיהם:

"Laws punishing speech which protests the lawfulness or morality of the government's own policy are the essence of the tyrannical power the First Amendment guards against" [Ibid, p. 787].

20. חברי השופט מלצר סבור כי הסנקציה המנהלית – מניעת השתתפות במכרז והגבלה על קבלת הטבות – פוגעת בחופש הביטוי ב"פגיעה במדרג שני" בלבד. אכן, כפי שמציין חברי, למדינה שיקול דעת רחב בבואה להחליט עם מי להתקשר ולאילו גופים להעניק תמיכה. לגופים פרטיים אין זכות קנויה לקבל תמיכה מהמדינה [ראו: בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 384 (1999) (להלן: עניין התנועה המסורתית)]; בג"ץ 5264/05 ישיבת "שבי שומרון" נ' שרת החינוך (16.11.2005) (להלן: עניין שבי שומרון); בג"ץ 11020/05 פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פסקה 10 (16.7.2006) (להלן: עניין פנים להתחדשות יהודית). אולם, משבחרה המדינה להעניק תמיכה לסוג מסוים של פעילויות, עליה לעשות כן בהתאם לכללי המשפט המנהלי. בתוך כך עליה להפעיל "שיקולים ענייניים, שבבסיסם שיקולים הנוגעים למהותה של הפעילות הנתמכת, להבדיל מן הגוף הזוכה לתמיכה" [בג"ץ 11585/05 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' המשרד לקליטת עליה, פסקה 11 (19.5.2009) (להלן: עניין התנועה ליהדות מתקדמת)]. עליה לחלק את כספי התמיכה "בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים" [סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985]. הרשות אינה רשאית להבחין בין גופים הנכללים באותה "קבוצת שוויון" עניינית באופן מפלה, ואין היא רשאית לבצע הבחנות הפוגעות בזכויות יסוד מוגנות. עמד על עקרונות אלה השופט י' עמית בעע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (14.9.2010) (להלן: עניין הבית הפתוח):

"ככלל, אין לשום גוף זכות קנויה לקבלת תמיכה מהמדינה.... אך משהחליטה הרשות לתמוך ולקבוע מבחני תמיכה למוסדות, עומדים מבחני התמיכה לבחינה אם יש בהם כדי להפר את עקרון השוויון.... כך לגבי תמיכות בכלל וכך לגבי כל הטבה שהיא" [שם, פסקה 34].

עוד ציין השופט עמית בעניין הבית הפתוח כי בעת חלוקת כספי תמיכה או סובסידיות נדרשות רשויות המנהל "להפעיל סמכויותיהן באופן המגן על ערכים המוגנים בחוקי היסוד" [שם, פסקה 35].

21. עקרונות אלו שזורים כחוט השני בשורה של פסקי דין אשר עסקו במבחנים למתן תמיכות [ראו, למשל: בג"ץ 59/88 ח"כ צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב(4) 705, 707-706 (1989)]; בג"ץ 2196/00 הקאמרטת הישראלית, ירושלים נ' שר המדע, התרבות והספורט, פ"ד נח(4) 807, 814-816 (2004); בג"ץ 3354/12 זנלכל בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 15 (18.8.2014); בג"ץ 2021/11 ועקנין נ' שר האוצר, פסקה 16

(6.6.2013). כך, למשך, בעניין התנועה ליהדות מתקדמת נדון תוקפם של כללים לחלוקת מענקי תמיכה למכוני גיור פרטיים. כללים אלו קבעו כי רק מוסדות גיור אורתודוקסיים יהיו זכאים לתמיכה. בית משפט זה קבע כי המדינה לא חייבת הייתה לתמוך במוסדות גיור פרטיים. אולם, משבחרה המדינה לתמוך במוסדות שכאלו היה עליה לחלק את כספי התמיכה על בסיס שיקולים ענייניים וללא יצירת הבחנות הפוגעות בזכויות יסוד. לפיכך, נקבע כי המדינה לא הייתה רשאית להפלות את מוסדות הגיור הפרטיים של התנועה ליהדות מתקדמת על בסיס השקפתם הדתית. הבחנה זו, כך נקבע, פוגעת בזכותם של מוסדות הגיור הרפורמיים לחופש דת. אומרת הנשיאה ד' ביניש:

”נראה כי לא יכולה להיות מחלוקת של ממש כי הלכה למעשה המדינה אינה מוצאת לנכון לתמוך בעותרת בשל כך שתפיסתה הדתית שונה מזו אותה מוצאת המדינה לקדם. זהו על-פניו שיקול זר לצורך מתן תמיכות. מעבר לכך, בעשותה כן מעניקה המדינה יתרון לתפיסה דתית מסוימת על-פני רעותה, תוך פגיעה שאין לה מקום ב'שוק החופשי' הראוי לשימור של תפיסות דתיות שונות. מכאן מתחייבת המסקנה כי מבחני התמיכה עומדים בסתירה לחובתה של המדינה בשמירה על חופש הדת של העותרת ומפלים אותה על בסיס שוני בתפיסתה הדתית” [שם, פסקה 16].

דברים אלו יפים גם לענייננו. כפי שאין המדינה רשאית להפלות בין גופים על בסיס אמונתם הדתית, כך אין היא רשאית להפלותם על בסיס התבטאויותיהם הפוליטיות. הפליה מהסוג הראשון, כמו גם הפליה מהסוג השני, מהווה פגיעה בזכות חוקתית. זו וגם זו פוגעת ב"שוק החופשי" של הדעות. חובת המדינה לשמור על ניטראליות בעת הפעלת סמכות רגולטורית אינה מאפשרת לה להבחין, ללא הצדקה עניינית הקשורה לטיבה של הפעילות הנתמכת, בין גופים המבקשים להיתמך בשל האופן בו הם מממשים זכותם החוקתית לחופש ביטוי. יש להדגיש, המדינה רשאית לתמוך בפעילות כזו, אך לא באחרת. היא רשאית לקדם את מדיניותה, בין היתר באמצעות העברת כספים למטרות השנויות במחלוקת בציבור. אולם, משבחרה המדינה לתמוך בפעילות, תהא שנויה במחלוקת ככל שתהא, אין היא רשאית להבחין בין גופים העוסקים בפעילות זו על בסיס שיקולים שאינם רלוונטיים לתכלית התמיכה ואשר יש בהם כדי לפגוע בזכויות חוקתיות. כך, למשל, המדינה רשאית להעביר כספים לקידום מוסדות תורניים, נושא שיתכן שהינו שנוי במחלוקת בציבור [ראו: עניין שבי שומרון]; עניין התנועה המסורתית]. אולם, המדינה אינה רשאית להבחין בין מוסדות הפועלים בנושא זה ללא הצדקה עניינית הקשורה לתכלית התמיכה. היא אינה רשאית, לדוגמה, להבחין בין שני מוסדות הזהים בכל, לרבות במעלותיהם התורניות, מלבד העובדה

שאחד מן המוסדות מבטא בפומבי את עמדותיה הפוליטיות של מפלגת השלטון או את אלה של מפלגה החברה בקואליציה, והאחר אינו עושה כן.

22. דוגמה להבחנה זו ניתן למצוא בפסק הדין Agency for International Development. v. Alliance for Open Society International, Inc., 133 S. Ct. 2321 (2013). באותה פרשה דן בית המשפט העליון של ארצות הברית בחוק שמכוחו הועברה תמיכה כלכלית נרחבת לארגונים פרטיים הפועלים לבלימת התפשטות נגיף ה-HIV ומחלת ה-AIDS בעולם. החוק קבע כי על מנת לזכות בתמיכה נדרש הארגון הנתמך לאמץ מדיניות המתנגדת באופן מפורש לזנות. בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע כי מגבלה זו עומדת בניגוד לזכות החוקתית לחופש ביטוי. נקבע, כי, ככלל, העובדה שפעילות אינה זוכה למימון אינה פוגעת בזכויותיו של מי שלא זכה לתמיכה. אולם, על מנת שמגבלה המתייחסת לעמדתו של הנתמך תיחשב לתקפה, עליה להיות רלוונטית לתכנית התמיכה, ועליה להיות קשורה לפעילות הנתמכת עצמה. מגבלה ה"יוצאת" מהתכנית באופן ה"ממנף" את המענק בכדי להתערב בשוק הרעיונות עשויה שלא לעמוד במבחני החוקתיות. אומר השופט Roberts:

"[T]he relevant distinction that has emerged from our cases is between conditions that define the limits of the government spending program--those that specify the activities Congress wants to subsidize--and conditions that seek to leverage funding to regulate speech outside the contours of the program itself" [Ibid, p. 2328].

בית המשפט הוסיף וקבע כי המגבלה הנדונה, ולפיה קבלת המענק מותנית באימוץ העמדה הממשלתית בנוגע לזנות, אינה עומדת במבחני החוקתיות. מגבלה זו, כך נקבע, אינה רלוונטית להגדרת טיבה של הפעילות הנתמכת – במקרה זה, מאבק ב-AIDS/HIV, והיא נועדה להשפיע על הנתמך באופן שאינו קשור למאבק זה. מסביר השופט Roberts:

"By demanding that funding recipients adopt--as their own--the Government's view on an issue of public concern, the condition by its very nature affects 'protected conduct outside the scope of the federally funded program'... A recipient cannot avow the belief dictated by the Policy Requirement when spending Leadership Act

funds, and then turn around and assert a contrary belief, or claim neutrality, when participating in activities on its own time and dime. By requiring recipients to profess a specific belief, the Policy Requirement goes beyond defining the limits of the federally funded program to defining the recipient" [Ibid, p.2330].

דברים אלו מתיישבים עם עמדתו של בית משפט זה בפסקי הדין שהוזכרו לעיל. הם מלמדים, לטעמי, כי גם הסנקציה המנהלית שבחוק פוגעת פגיעה ממשית בחופש הביטוי הפוליטי. חוק החרם מסמיך בסעיף 4 את שר האוצר לקבוע כי מי שפרסם קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל או שהתחייב להשתתף בחרם על מדינת ישראל לא יזכה להטבות ממשלתיות שונות. החוק אינו מגביל עצמו לאותן פעילויות ותמיכות הרלוונטיות לתופעת החרמות או לקידום מעמדה הבינלאומי של ישראל. ההרשאה הכללית הנתונה בו למנוע תמיכה מכל גוף הקורא להטלת חרם על מדינת ישראל, ובעיקר מכל גוף הקורא להטלת חרם על אדם בשל זיקתו לאזור, מתירה אפריורית התחשבות בעמדותיו הפוליטיות של הגוף הנתמך, זאת במנותק מתכלית התמיכה הקונקרטית. ניתן להדגים קושי זה באמצעות סעיף 4(א)(2) לחוק החרם. סעיף זה מסמיך את שר האוצר לקבוע, בהסכמת שר התרבות והספורט, כי מי שקרא לחרם על מדינת ישראל לא יהיה זכאי לקבל כספים המוענקים לפי סעיף 9 לחוק להסדר ההימורים בספורט, התשכ"ז-1967 (להלן: החוק להסדר ההימורים בספורט). סעיף 9(א) לחוק להסדר ההימורים בספורט קובע כי הכספים שיחולקו מכוחו ישמשו "לקידום ולפיתוחם של תרבות הגוף, החינוך הגופני והספורט בישראל". סעיפי המשנה של סעיף 9(ב) לחוק זה פורטים תכלית זו לפרטים, וקובעים כי כספי התמיכה ישמשו, בין היתר, לתמיכה ב"תשתיות יסוד בספורט"; ב"אגודות ספורט ובמועדוני ספורט"; ב"ספורט נשים ובספורט באזורי עדיפות לאומית"; ולתמיכה ב"ספורט העממי-חובבני". עמדתו הפוליטית המוצהרת של הגוף הנתמך היא שיקול החורג מאמות המידה שלעיל. העובדה כי גוף מסוים קורא, למשל, להחרים מוצרים המיוצרים באזור אינה רלוונטית למידת תרומתו "לקידום ולפיתוחם של תרבות הגוף, החינוך הגופני והספורט בישראל". זהו שיקול הנוגע לגוף הנתמך, ולא למהותה של הפעילות הנתמכת. שקילתו של שיקול זה, בהקשר לחוק להסדר ההימורים בספורט, פוגעת בחופש הביטוי של הגוף הנתמך וכופה עליו להימנע ממימוש זכויותיו החוקתיות בהקשרים שאינם קשורים לפעילות הנתמכת. שקילתו של שיקול זה אף עלולה לגרום, כאמור לעיל, להפלייתם של אלו הקוראים להטלת חרם על מדינת ישראל או על האזור ביחס לאלו הדוגלים בעמדות פוליטיות אחרות, אף אם הם בחרו לבטא עמדות אלה

בדרך של קריאה להטלת חרם. ניתן להשוות מצב זה, לשם הדוגמה, לשלילת הטבות מגופים הנושאים סממנים דתיים כאלה, אך לא אחרים.

23. בהקשר זה ראוי למתוח הבחנה בין קריאות לחרם על מדינת ישראל לבין קריאות לחרם על האזור. שאלת השליטה הישראלית באזור נתונה במחלוקת פוליטית נוקבת [ראו פסקה 9 לעיל והאסמכתאות המובאות שם]. קריאה להחרמת האזור מצויה "בתוך" השיח הפוליטי הישראלי, ואין היא משולה לקריאה להחרמת המדינה כולה. על כן, ניתן לסבור כי בעוד שהשיקול של מניעת החרמת האזור הוא בלתי רלוונטי לתכליותיהן של חלק מהתמיכות הנזכרות בחוק החרם, השיקול של מניעת החרמה של מדינת ישראל יכול שיחשב רלוונטי לתמיכות אלה. רלוונטיות זו מקורה בעקרון הכללי המאפשר למדינה הדמוקרטית להתגונן מפני אלו המבקשים להרע לה. אכן, בית משפט זה הכיר בעבר בסמכותן של רשויות המנהל לשקול שיקולים ציבוריים-כלליים, גם כאשר שיקולים אלו אינם קשורים באופן ישיר לסמכות המופעלת. כך, למשל, בבג"ץ 612/81 שבנו' שר האוצר, פ"ד לו(4) 296, 301 (1982) נקבע כי מנהל אגף המכס והבלו רשאי לשקול שיקולי בטיחות בדרכים, בהיותם "שיקולים ציבוריים כלליים". בעע"מ 8840/09 באואר נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה ועדת המשנה לעררים, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (11.09.2014), נקבע כי ועדות התכנון רשאיות לשקול, כ"שיקול כללי", שיקולים הקשורים לפגיעה ברגשות דת. כן נקבע כי רשויות התכנון רשאיות לשקול שיקולים כלליים "של הגנה על שלטון החוק והרתעה מעבריינות" [עע"מ 9057/09 איגנר נ' השמורה בע"מ, חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (20.10.2010)], וכי בבואו להכריז על תופעה מסוימת כעל "אסון טבע" רשאי שר החקלאות לשקול, כשיקול כללי, את הנטל הכספי על קופת המדינה [בג"ץ 3627/92 ארגון מגדלי הפירות בישראל בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(3) 387, 391 (1993)]. במקרה דנן לא מתעורר קושי ניכר במישור הסמכות, שכן השיקול של מניעת חרמות חקוק עלי חוק החרם. אולם, באנלוגיה לפסקי הדין שלעיל, ניתן לסבור כי השיקול של מניעת חרם על מדינת ישראל הוא בגדר שיקול כללי המצדיק מניעת תמיכה מדינתית מאלו היוצאים באופן חזיתי כנגד המדינה. שיקול כללי זה אינו זר לתכליתה של אף הוראה המסמיכה את רשויות המנהל להעניק תמיכה, שכן הוא נובע מהעיקרון הכללי המאפשר למדינה להימנע מלתמוך ישירות באלו היוצאים כנגדה.

24. חברי השופט מלצר סבור כי הסנקציה המנהלית שבחוק החרם עולה בקנה אחד עם "כוחה של המדינה למנוע הטבות ממי שעושה בה[ן] שימוש כנגדה" (בפסקה 44 לחוות דעתו). חברי אינו מבחין בעניין זה בין חרם על המדינה לבין חרם על האזור. הוא מבסס עמדתו זו על בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו – שעל מפעלים חינוכיים נ' רות

יוסף, הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון, פ"ד סא (2) 93 (2006) (להלן: עניין שלום עכשיו), בו נדונה השאלה האם רשאת הייתה רשות מקומית ביהודה ושומרון לעשות שימוש בתקציבה כדי להתנגד ליישומה של תכנית ההתנתקות מחבל עזה. באותה פרשה נחלקו דעות השופטים. המשנה לנשיא מ' חשין, אשר נותר בדעת מיעוט בעניין זה, סבר כי רשויות מקומיות, בהיותן גופים סטטוטוריים, לא היו מוסמכות לפעול כנגד תכנית ההתנתקות, זאת מאחר שתכנית זו, לשיטתו, לא השפיעה באופן ישיר על רווחתם המוניציפלית של תושבי הרשויות המקומיות. השופט חשין הוסיף וקבע כי אף לו היו הרשויות המקומיות מוסמכות לעשות כן, הן לא היו רשאיות להיעזר בעניינים אלו בכספי תמיכה מדינתיים. השופט חשין קבע כי השימוש של הרשות המקומית בכספי תמיכה בכדי לצאת כנגד מדיניות הממשלה "אינו עולה בקנה אחד לא עם עקרון ההגינות אף לא עם כללי מינהל תקין". בכך אימץ השופט חשין את עמדתה של השופטת ד' דורנר בבג"ץ 2838/95 גרינברג נ' המועצה המקומית קצרון, פ"ד נג(1) 1, 23 (1997) (ראו עניין שלום עכשיו, פסקה 39 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין, בעמ' 186), בו ציינה השופטת דורנר כי "אכן, אפשרות מחאה נגד מדיניות הממשלה היא חיונית במדינה דמוקרטית, אך אין היא בתחום סמכויותיהן של הרשויות המקומיות". יוצא, כי עמדת השופט חשין בעניין שלום עכשיו התבססה על היותן של הרשויות מושא פסק הדין גופים סטטוטוריים הכפופים לעקרון חוקיות המנהל. זהו הקונטקסט הכללי של פסק דין זה, אשר נסוב רובו ככולו סביב שאלת הסמכות. דבריה של השופטת (כתארה אז) ד' ביניש בעניין שלום עכשיו מבהירים הקשר זה:

"בעיניי יש להבחין בין האינטרס המובהק של התושבים בכל הנוגע להמשך מגוריהם וחייהם בתחום הרשות המקומית לבין האינטרס של הרשות המקומית לעניין זה. ההחלטה על פירוק הרשות המקומית, עשויה להיות בעלת חשיבות מכרעת בחיי תושביה. הללו רשאים, כמובן, לנקוט בכל אמצעי דמוקרטי העומד לרשותם במסגרת החוק לשם מאבק בהחלטת הממשלה בנוגע לרשות המקומית. אולם, הרשות המקומית עצמה הוקמה למען הגשמת התכליות הטמונות בסמכויות המוקנות לה על פי דין ועל כן המשך קיומה כרשות מקומית אינו מהווה, לשיטתי, מטרה העומדת בפני עצמה" [שם, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת (כתארה אז) ד' ביניש, בעמ' 200].

הנמקה שכזו אינה רלוונטית ביחס לגופים פרטיים, שהם – ולא רשויות המנהל – הנמענים של חוק החרם. ביחס לגופים פרטיים חל עקרון החוקיות במהופך [השוו: רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לחוות דעתי (6.3.2012)]. פרטי החברה, בניגוד לרשויות מקומיות, אינם חלק מהשלטון. יציאתם כנגד מדיניותו אינה פוגעת בכללי המנהל הציבורי התקין. היא איננה מעוררת את הקושי הטמון בפעולתה

של זרוע כנגד הגוף לו היא שייכת. בנוסף, בשונה מרשויות מקומיות, פרטי החברה נהנים ממלוא היקפה של הזכות החוקתית לחופש ביטוי. בעוד שתפקיד הרשויות הוא להבטיח, במסגרת תחומי סמכותן, את חופש הביטוי של פרטי החברה [סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו], פרטי החברה הם נשאי הזכות, ולא מגוונניה. לפיכך, אף אם ניתן להשלים עם מגבלה מסוימת על העברת תמיכות למי שקורא לחרם על מדינת ישראל, לא ניתן לבסס מגבלה שכזו על ההנמקה שבבסיס פסק הדין בעניין שלום עכשיו. אין משמעות הדבר כי אין זה ראוי להכיר בעקרון כללי המצדיק, במקרים מסוימים, הימנעות מתמיכה באלו הקוראים לפעולה כנגד הגוף התומך, במקרה זה – המדינה. כאשר מדובר בחרם על מדינת ישראל, ניתן לגזור הצדקה שכזו מעקרון הדמוקרטיה המתגוננת, בו אדון להלן. אולם, הואיל וחוק החרם מכוון עצמו לגופים פרטיים, ומאחר שיש בחוק פגיעה של ממש בזכות לחופש הביטוי הפוליטי, נדרשת פגיעה זו לעמוד במבחני פסקת ההגבלה ולהיות מוצדקת באינטרס של ממש למניעת וודאות קרובה לפגיעה ממשית באינטרס ציבורי חשוב.

25. ניתן להוסיף ולציין כי הסנקציות הנזיקית והמנהלית שבחוק, המצרות את צעדיהם של אלו הקוראים לחרם על מדינת ישראל, ובעיקר של אלו הקוראים לחרם על האזור, אינן עולות בקנה אחד עם עקרון הפלורליזם. עקרון זה, אשר הוכר בפסיקתו של בית משפט זה כביטוי לעקרון השוויון [עניין התנועה ליהדות מתקדמת, פסקה 17], תומך במתן פתחון פה לכל קשת הדעות והעמדות שבחברה. הפלורליזם קשור בקשר הדוק לחופש הביטוי. ללא חופש ביטוי לא ייכון פלורליזם. ללא מתן אפשרות לביטוי עמדות שונות, לרבות עמדות קצה אשר אינן מצויות בלב הקונצנזוס, ייפגע הפלורליזם וייפגע ההליך הדמוקרטי. יפים בעניין זה דברי השופט י' זמיר בעניין התנועה המסורתית:

”בחברה דמוקרטית זכות היא לקבוצות שונות בציבור, לרבות קבוצות מיעוט דחיות, לבטא את עצמן בתחום התרבות, הדת והמסורת, כל קבוצה בדרכה. איש באמונתו יחיה. לא זו בלבד. יתרון הוא גם לחברה, שיש בה מגוון של תפיסות, אורחות חיים ומוסדות. המגוון מעשיר. הוא מבטא מציאות חיים; הוא תורם לשיפור החיים; הוא נותן משמעות מעשית לחופש. החופש הוא בחירה. ללא אפשרות של בחירה בין דרכים שונות, החופש של אדם לבחור את דרכו הוא רק מליצה. זה עיקרו של הפלורליזם, שהוא מרכיב חיוני ומרכזי של חברה דמוקרטית לא רק במישור הפוליטי, אלא גם במישור התרבותי, לרבות במישור הדתי: מגוון של דרכים ואפשרות לבחור ביניהן” [שם, עמ' 375-376].

כן ראו את דברי השופטת ע' ארבל בעניין פנים להתחדשות יהודית:

"ההנחה היא שמרכיב בסיסי וחיוני בחיי דמוקרטיה תקינים הוא הפלורליזם, שכן המגוון הוא המבטא את הדמוקרטיה הלכה למעשה. מדינה דמוקרטית מכבדת את כל הזרמים, התפיסות והשונויות שבה, נותנת להם מרחב קיום ופעולה, ואף תומכת בהם באופן שוויוני. חברה דמוקרטית אף אינה יכולה להסתפק במתן אפשרות קיום לזרמים שונים, ועליה לתת תמיכה כספית שוויונית לכל הזרמים. אין פירושו של דבר כי המדינה מחויבת לתמוך בפעילות כזו או אחרת, אך משהחליטה המדינה לתמוך בפעילות מסוימת, אין היא יכולה להפלות קבוצה מסוימת המקיימת את אותה פעילות רק בגלל השתייכותה לזרם מסוים" [שם, פסקה 9].

26. בנוסף אעיר כי, לטעמי, לא ניתן לגזור גזירה שווה לענייננו מסעיף 3ב לחוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992, אליו הפנה חברי השופט מלצר. סעיף זה מסמיך את הממשלה למנוע מגופים ממשלתיים להתקשר עם "מדינת חוץ" או "ספק חוץ", וזאת "מטעמים שבמדיניות חוץ". בשונה מהוראה זו, חוק החרם אינו מתוחם לטעמים שבמדיניות חוץ. הוא חל גם, ואולי אף בעיקר, ביחס לתושבי המדינה ואזרחיה. פועלו הוא במניעת חרם על מדינת ישראל, אך גם במניעת חרם על האזור. מובן כי ביחס לאזרחי המדינה ותושביה, השותפים לקהילה הפוליטית הישראלית והנהנים ממלוא היקפה של הזכות החוקתית לחופש ביטוי, נדרשת הצדקה כבדת משקל באופן ניכר יותר מזו הנדרשת בכדי להגביל באופן קטגורי את אפשרותם של גורמי חוץ מסוימים מלהשתתף במכרזים [לעניין התחשבות בהיותו של אדם זר השוו, למשל: בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 75 (2004). כן השוו ליחס השונה לו זכאי אויב הנמצא במשמורת של המדינה לעומת אויב הפועל ממדינה זרה: דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (15.01.2015)].

27. הנה כי כן, חוק החרם אוסר על השמעת ביטויים בהתבסס על תכנם. הוא עושה כן באמצעות פגיעה ex post במי שהתבטא באופן האסור בו, בדרך של הטלת סנקציה נזיקית ו"מנהלית". לצד פגיעה זו גלומה בחוק גם פגיעה מסוג ex ante. היא מתבטאת באפקט המצנן והמרתיע אשר יוצרות הוראות החוק. אכן, פגיעה בחופש הביטוי עשויה להיעשות בדרך של הגבלתו מלכתחילה. כך קורה, למשל, כאשר מוטלת צנזורה [השוו, למשל: בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1997); עניין בכרי], כאשר נאסר קיומה של הפגנה [למשל: בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393 (1984)], כאשר נאסר על תליית מודעות [למשל: עניין אינדור, עמ' 164] או כאשר נאסרת השמעת ביטויים בדרך אחרת

[השוו, למשל: בג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי – מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (28.06.2006); עניין המפקד הלאומי; עניין המטה להצלת העם והארץ]. נהוג לומר כי להגבלה מלכתחילה של ביטויים יש השפעה "מקפאה" על חופש הביטוי. אולם, חופש הביטוי עשוי להיפגע גם באופן עקיף, בדרך של הכבדה בדיעבד על המתבטא או של יצירת הרתעה מפני התבטאות. הרתעה זו עלולה לגרום לאלו אשר אלמלא ההכבדה היו מתבטאים באופן מסוים להימנע מלעשות כן, מחשש שיפגעו. בדרך זו נפגעים המתבטאים הפוטנציאליים, נפגע שוק הרעיונות ונפגעת הדמוקרטיה. על ההבחנה שבין הגבלה מלכתחילה של חופש הביטוי לבין הכבדה בדיעבד על המתבטא עמד השופט (כתארו אז) א' ברק בבג"ץ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989):

"ההגבלות על חופש הביטוי לובשות צורות שונות... ההגבלות החריפות ביותר הן אלה המונעות מראש את הביטוי. איסור מראש מונע את עצם הפרסום. הנזק הנגרם לחופש הביטוי הוא מיידי. ההגנה הניתנת לערכים האחרים הראויים להגנה היא המלאה ביותר. הגבלה פחות חריפה היא האחריות הפלילית או האזרחית של המתבטא. בשיטה זו, הביטוי רואה את אור העולם 'מראש', אך המתבטא נושא באחריות 'בדיעבד'. אם האיסור מראש 'מקפא' את הביטוי, הרי האחריות בדיעבד 'מצננת' אותו..." [שם, עמ' 35].

פגיעתו של האפקט המצנן בחופש הביטוי הוכרה בפסיקתו של בית משפט זה. כך למשל, נפסק כי לקביעת היקף האחריות לפי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון הרע) ולתחולתן של ההגנות המוקנות בו עשויה להיות השפעה מסוג אפקט מצנן על חופש הביטוי, השפעה אשר צריך שתשפיע על פרשנותן של הוראות החוק [ראו, למשל בעניין ההגנות שבחוק: רע"א 3614/97 עו"ד אבי יצחק נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד נג(1) 26, 71-72 (1998); רע"א 1104/07 עו"ד חיר נ' עו"ד גיל, פ"ד סג(2) 511, 517-518 (2009); דנ"א 2121/12 פלוני נ' ד"ר דיין אורבך, פסקאות 38, 50, 55, 78 ו-83 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (18.9.2014) (להלן: עניין דיין); עניין בן גביר, פסקה 33 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) א' ריבלין (במיעוט). בעניין פרשנות סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע ראו: ע"א 8345/08 עו"ד בן נתן נ' בכרי, פסקאות 45-54 לחוות דעתי ופסקה 8 לחוות דעתו של השופט י' עמית (27.7.2011). בעניין קביעת שיעור הפיצויים ראו: ע"א 89/04 ד"ר נודלמן נ' שרנסקי, פסקה 61 (4.8.2008); ע"א 5845/05 חטר-ישי נ' גילת, חוות דעתו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (במיעוט בעניין שיעור הפיצויים) (20.9.2007)]. כן נפסק, בדעת מיעוט, כי בדונה בהרשעת חבר כנסת בדין משמעתי בשל התבטאויותיו נדרשת ועדת

האתיקה של הכנסת להתחשב באפקט המצנן אשר עשוי להיות לפסיקה [בג"ץ 6706/14 ח"כ זועבי נ' ועדת האתיקה של הכנסת, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט ס' גובראן (10.2.2015) (להלן: עניין זועבי)]. בדנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (11.7.2011) (להלן: עניין אונגרפלד) נקבע, בדעת מיעוט, כי אפשרות יצירתו של אפקט מצנן הוא שיקול רלוונטי לפרשנותה של עבירת העלבת עובד ציבור שבסעיף 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. יפים בעניין זה דבריו של המשנה לנשיאה א' ריבלין, אשר עמד על הסכנה הכרוכה בצינון ביטויים פוליטיים באמצעות הטלת סנקציות על המתבטא (במקרה של אונגרפלד, סנקציה פלילית):

"דברי ביקורת המופנים נגד מדיניות של השלטון, אף אם הם מוטחים בפניו של עובד הציבור, נמצאים בליבת חופש הביטוי. מידת תרומתם לדמוקרטיה, להעשרת שוק הרעיונות, לגילוי האמת ולקידום עיקרון ההגשמה העצמית של בני אדם – היא רבה ומרכזית. היא גם חשובה לעצם ההגנה על תפקודו התקין והראוי של הגוף השלטוני. אפקט מצנן ביחס לביקורת המושמעת כלפי השלטון יהא הרסני לשיטה הדמוקרטית" [שם, פסקה 29 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין].

28. דוקטרינת האפקט המצנן קנתה שבת גם במשפט האמריקני. בשורה של פסקי דין הכיר בית המשפט העליון של ארצות הברית באפשרות הפגיעה בחופש הביטוי באמצעות יצירת אפקט מצנן [לסקירה ראו, למשל: Frederick Schauer, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the "Chilling Effect", 58 B.U. L. Rev. Notes, The Chilling Effect in Constitutional Law, (1978) 685 (להלן: Schauer); 69 Colum. L. Rev. 808 (1969); Monica Youn, The Chilling Effect and the Problem of Private Action, 66 Vand. L. Rev. 1473 (2013); Leslie Kendrick, Speech, Intent, and the Chilling Effect, 54 Wm. & Mary L. Rev. 1633 (2013)].

29. לטעמי, שני ה"פנים" של חוק החרם – הפן הנזיקי והפן המנהלי – עלולים ליצור אפקט מצנן של ממש. באשר לסנקציות הנזיקיות, נדמה כי הדברים ברורים מאליהם. הטלת אחריות נזיקית בשל התבטאות "מייקרת" את מחיר ההתבטאות בעיני המתבטא הפוטנציאלי. היא מוסיפה למערך השיקולים הרלוונטי שיקול נוסף – החבות הנזיקית. עלות אפשרית נוספת זו עלולה לגרום להפחתת המוטיבציה להתבטא והיא אף עלולה לגרום, אצל מתבטאים פוטנציאליים מסוימים, להימנעות כליל מלהתבטא באופן

ה"אסור". למעשה, השפעה מרתיעה זו היא אחת מהתכליות של דיני הנזיקין. על טיבה של השפעה זו עמד ישראל גלעד בספרו דיני נזיקין - גבולות האחריות (2012) :

"להטלת אחריות בנזיקין על מזיק נלווית לרוב, מטבע הדברים, גם תוצאה הרתעתית. הרתעה, לענייננו, היא שינוי בדפוסי ההתנהגות של מי שמושפע מן האחריות הנזיקית.

הרתעה פועלת בראש ובראשונה על קבוצת המזיקים בכוח, דהיינו מי שעוסקים בפעילות שתצמיח או העלולה להצמיח אחריות בעתיד. הטלת האחריות בנזיקין ואבדן הרווחה הכרוך בכך הם בבחינת הודעה לכל מי שעתיד לעסוק בפעילות שכזו שיהיה עליו לשאת בנטל הנזקים שתגרום התנהגות עוולתית במהלך פעילות זו. הודעה זו גורמת להעלאת מחירה של הפעילות, שכן עתה מיתוסף למחירה גם מחיר הנשיאה בנזק שתגרום ושבשלו תוטל אחריות. ייקורה של הפעילות עשוי להביא לכל אלה: להפסקתה של הפעילות אם ועד כמה שעליית מחירה הופכת אותה לבלתי כדאי מבחינת מזיק בכוח; לשינויה כדי שסכום האחריות יפחת; לניסיונות להתגונן מפני הסיכון באמצעות ביטוח או דרכים אחרות" [שם, עמ' 45-46].

קיומו של אפקט מצנן במקרה דנן אינו ספקולטיבי כלל ועיקר. יצירתו של אפקט מצנן היא האמצעי העיקרי בו בחר המחוקק להגשמת תכליות החוק. אף המדינה עמדה על כך בתגובתה לעתירה. היא ציינה, בקשר למבחן הקשר הרציונאלי, כי "ברור כי יצירת עילה נזיקית והטלת סנקציות מינהליות על גורמים הקוראים לחרם על אנשים בשל זיקתם למדינת ישראל או לאזור המצוי בשליטה של מדינת ישראל, תרטיע גורמים אלה מלפעול לשם הטלת חרם כאמור ותפחית משכיחותה של התופעה".

30. חברי השופט מלצר הציע לצמצם אפקט מצנן זה באמצעות מהלך פרשני מצמצם, התוחם במידת מה את גבולות העוולה הנזיקית שבסעיף 2(א) לחוק. בתוך כך הציע חברי כי התגבשות "עוולת החרם" תותנה בקיומו של נזק; קיומו של קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק; קיומה של מודעות לאפשרות הסבירה כי תוכן הקריאה ונסיבות פרסומה יביאו להטלת חרם; וייחוד האפשרות לתבוע רק לניזוק הישיר מהעוולה. סבורני כי פרשנות זו, מצמצמת ככל שתהיה, אינה מפחיתה באופן ניכר את האפקט המצנן שבחוק. ההוראות ה"מצמצמות" שלעיל, כפי שציין גם חברי, הן חלק מדיני הנזיקין הכלליים. הן חלות, כדרך כלל, על מרבית העוולות הנזיקיות. הואיל ודיני הנזיקין נתפסים כמקדמים הרתעה וככאלו המסוגלים להכווין התנהגויות אנושיות, אני סבור כי אין בהחלת המגבלות הנזיקיות ה"רגילות" על עוולת החרם כדי להפחית במידה ניכרת את האפקט המצנן שבחוק.

יחד עם זאת, אבקש להעיר כי מסכים אני לפרשנות שהציע חברי השופט מלצר, לפיה הדרישה שבחוק לקיומה של "אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת חרם" [סעיף 2(א)] מצטרפת לדרישת הקשר הסיבתי הרגיל. היא מוסיפה לה דרישה נוספת לקיומו של "קשר סיבתי פוטנציאלי" (general causation), הבוחן "אם ההתרשלות עלולה היתה לגרום לנזק מהסוג שבו נפגע התובע" [דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל-חיפה נ' מלול, פסקה 128 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור (29.8.2010)]. הקשר הסיבתי הפוטנציאלי אינו מחליף את דרישת הקשר הסיבתי הסטנדרטי. עמדה על כך השופטת (כתארה אז) מ' נאור, בהקשר לתביעת רשלנות בשל חשיפה לחומרים רעילים [ע"א 1639/01 קיבוץ מעיין צבי נ' קרישוב (2.6.2004)]:

"עמדנו על הכלל המסורתי, לפיו מחייבים אדם רק בגין הנזק אשר נגרם על ידו: בהתאם, כאשר מתעוררת שאלת הקשר הסיבתי העובדתי הפוטנציאלי, על התובע להוכיח לא רק קשר סיבתי עובדתי פוטנציאלי (החשיפה מסוגלת לגרום למחלה), אלא גם קשר סיבתי עובדתי ספציפי (החשיפה הקשורה לנתבע גרמה למחלה בגוף התובע)" [שם, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור. ההדגשות במקור – י.ד.].

31. טעם נוסף בגינו אין די, לטעמי, במהלך הפרשני המצמצם שהציע חברי השופט מלצר הוא האפקט המצנן הנוצר כתוצאה מעצם קיומה של עוולת החרם. קיומה של עוולה נזיקית בשל קריאה לחרם, יהא היקפה מצומצם ככל שיהיה, חושף את הקוראים לחרם לאפשרות כי ייתבעו לדין. אפשרות זו יוצרת מעצם טיבה חוסר ודאות. אכן ההליך המשפטי איננו מעבדה סטרילית – "all litigation, and indeed the entire" – "legal process, is surrounded by uncertainty" (Schauer, p. 687). אדם הקורא לחרם עשוי להתקשות להעריך את תוצאתו של ההליך האפשרי שעלול להיפתח כנגדו. אי ודאות זו מייקרת את ההתבטאות. היא טומנת בחובה אפשרות תיאורטית להטלת אחריות מקום בו אין הצדקה לכך. היא חושפת את המתבטא לאפשרות שיושתו עליו העלויות המכבידות – כלכלית ונפשית – של ההליך המשפטי. חשיפה זו יוצרת כשלעצמה נטל על המתבטאים הפוטנציאליים, באופן היוצר אפקט מצנן. יפים לעניין זה דבריו של השופט ס' גובראן (במיעוט) בבג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (23.2.2012):

"יצוין בהקשר זה כי במקרים רבים, אף אם חוק זה או אחר אינו נאכף כלל, או נאכף במקרים נדירים במיוחד, עדיין יכולים להיווצר שלל השלכות משפטיות ממשיות. כך לדוגמא, יכול חוק ליצר אפקט מצנן (chilling)

effect) מפני ביצוע פעולה מסוימת ולפגוע בעקיפין בזכויות אדם... " [שם, פסקה 16 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן].

כן ראו את דבריו הרלוונטיים של השופט Scalia ב- Virginia v. Hicks, 539 U.S. 11 (2003), אשר עסק בחוקתיותה של מדיניות אשר אסרה על כניסת אנשים לכמה רחובות. אומר השופט Scalia:

"Many persons, rather than undertake the considerable burden (and sometimes risk) of vindicating their rights through case-by-case litigation, will choose simply to abstain from protected speech... harming not only themselves but society as a whole, which is deprived of an uninhibited marketplace of ideas" [Ibid, p. 119].

דוגמה רלוונטית לענייננו ניתן למצוא ב- Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940). בפרשה ותיקה זו דן בית המשפט העליון של ארצות הברית בחוק של מדינת אלבמה, אשר אסר על הפגנה מחוץ לבית עסק במטרה להשפיע על אנשים שלא לצורך ממוצרי העסק או לבוא עימו בקשר עסקי (פעולות המכונות Picketing או Loitering). בכך דומה החוק אשר נדון בעניין Thornhill לחוק הנדון על ידנו כעת, שכן אף שם דובר בביטוי – הפגנה – המבקש לשכנע אדם שלא לבוא בקשר עסקי עם גוף אחר, בדומה לקריאה לחרם. בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע כי החוק איננו חוקתי, זאת בשל פגיעתו בחופש הביטוי הפוליטי. בית המשפט הסביר כי הפגיעה בחופש הביטוי מקורה בעצם קיומו של החוק, שכן עצם האפשרות להטלת סנקציות על ביטוי עלולה להרתיע מפני השמעתו, זאת בדומה לאופן פעולתה של צנזורה. אומר השופט Murphy:

"The existence of such a statute... results in a continuous and pervasive restraint on all freedom of discussion that might reasonably be regarded as within its purview. It is not any less effective or, if the restraint is not permissible, less pernicious than the restraint on freedom of discussion imposed by the threat of censorship" [Ibid, p. 98].

לאפקט מצנן אשר נוצר כתוצאה מהטלת חבות נזיקית ראו בנוסף, למשל: Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323, 340 (1974); N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 279 (1964).

32. דברים אלו יפים לשלושת סוגי הסנקציות הנזיקיות שבסעיף 2 לחוק החרם. מסכים אני לדברי חברי השופט מלצר לפיהם "ככל שנקבע כי סעיף 2(א) לחוק הינו חוקתי, יוכשר ממילא גם סעיף 2(ב)" (בפסקה 40 לחוות דעתו). על כן, המסקנה בדבר פגיעתו של סעיף 2(א) לחוק בחופש הביטוי, אף בפרשנותו ה"מצמצמת", רלוונטית גם לסעיף 2(ב). כמו כן, מובן כי האפקט המצנן יציר החוק הוא משמעותי במיוחד כאשר מדובר בפיצויים לדוגמה ללא הוכחת נזק. בנקודה זו מסכים אני למסקנה אליה הגיע חברי, ולפיה סעיף 2(ג) לחוק אינו עומד במבחני המידתיות. מסכים אני אף לנימוקיו של חברי, אשר הטעים כי פיצויים ללא הוכחת נזק הם כלי "חריג", הסוטה מעקרונות בסיסיים של משפט אזרחי ומכיל מאפיינים של קנס עונשי. מטעמים אלו אף אני סבור כי דינו של סעיף 2(ג) להתבטל.

גם הסנקציות המנהליות עלולות ליצור אפקט מצנן על חופש הביטוי. אפקט זה מקורו בחששם האפשרי של גופים הזכאים לתמיכה להתבטא באופן האסור לפי החוק מחשש שיימנעו מהם תמיכות. תחולתה הרחבה של הסנקציה המנהלית מקימה סכנה של ממש לפגיעה רחבת היקף בעמדה פוליטית.

33. עמדנו על פגיעתו של החוק בחופש הביטוי. הגיע העת לאמוד את תועלותיו.

מידתיות "במובן הצר" – כף התועלת החברתית

34. בבסיס חוק החרם כמה תכליות חשובות. תכליתו האחת והברורה, כפי שמעיד שמו, היא "מניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם". פן אחד של תכלית זו נעוץ ברצון להגן על אזרחי המדינה ותושביה מפני פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית. נראה, כי בראש ובראשונה מכוון החוק למאבק בתנועת ה-BDS, עליה עמד חברי השופט מלצר בהרחבה. ואכן, נזקיה של תופעת החרם אינם מבוטלים כלל ועיקר [ראו למשל: Lior A. Brinn, The Israeli Anti-Boycott Law: Balancing the Need for National Legitimacy Against the Rights of Dissenting Individuals, 38 Brooklyn J. Int'l L. 345, 352 (2012); Marc A. Greendorfer, The BDS Movement: That Which We Call A Foreign Boycott, By Any Other Name, Is Still Illegal (2015) (Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2531130>) (להלן: Greendorfer)]. הפחתת נזקיה של תופעה זו היא תכלית ראויה וחשובה.

35. יחד עם זאת, ראוי לציין כי חוק החרם הוא חוק ישראלי פנימי. הסנקציות המנויות בו נועדו, מטבע הדברים, להשפיע בעיקר על קריאות לחרם ה"נעשות"

בישראל. מסקנה זו יפה, בעיקר, לסנקציה הנזיקית שבחוק. כידוע, כללי ברירת הדין בנזיקין קובעים כי דין הנזיקין החל הוא דין מקום ביצוע העוולה – *Lex loci delicti* [ע"א 1432/03 ינון יצור ושיווק מוצרי מזון בע"מ נ' קרעאן, פ"ד נט(1) 345, 372-374 (2004) (להלן: עניין ינון)]; דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (25.10.2011)]. על כן, ככלל, דיני הנזיקין של מדינת ישראל – ובכללם חוק החרם – יחולו על "עוולות חרם" המבוצעות בישראל. אמנם, לכלל זה מספר חריגים. כך, בעניין ינון נקבע כי "כאשר המקום שבו בוצעה העוולה הוא נתון מקרי, הנעדר זיקה אמיתית למאורע", ניתן יהיה להחיל דין נזיקי שאינו דין מקום ביצוע העוולה [עניין ינון, עמ' 374]. בנוסף, אין להוציא מכלל אפשרות התפתחותם של חריגים נוספים, אשר יאפשרו, בנסיבות מסוימות, החלה של הדין הישראלי על עוולות המשפיעות על מדינת ישראל [השוו ל"דוקטרינת האפקט" העשויה לאפשר, בנסיבות מסוימות, החלה של הדין הישראלי על מעשים המתרחשים מחוץ לגבולות המדינה, אם עשייתם משפיעה באופן שלילי על המדינה. לתחולת דוקטרינה זו בדיני ההגבלים העסקיים ראו, למשל: Michal Gal, Extra-territorial Application of Antitrust – The Case of a Small Economy (Israel), New York University Law and Economics Working Papers No. 09-03 (2009)]. הואיל ויש להניח שפועלו "הנזיקי" של החוק יתמקד יותר בהשפעה על השיח הפוליטי הישראלי הפנימי, ופחות בהשפעה על קריאות בינלאומיות להחרמת ישראל או להחרמת האזור, יהיה בכך כדי להפחית במידה מסוימת ממידת התרומה הפוטנציאלית שתהא לחוק במאבק בחרמות בינלאומיים ובתנועת ה-BDS. בנוסף, טיעוני הצדדים לפנינו מלמדים כי "סוג" החרם הרלוונטי לשיח הישראלי הפנימי הוא, בעיקר, חרם על האזור ולא חרם על מדינת ישראל כולה. התוצאה היא שקריאה לחרם על האזור תהא, כך נראה, אסורה כאשר היא נעשית בישראל וכזו שספק אם ניתן למנעה באמצעות החוק כאשר היא נעשית מחוצה לה. זוהי תוצאה בעייתית, לפיה פעולות מחאה המותרות ברמה הבינלאומית יאסרו בתככי המדינה, וכלי מחאה המוכר בשיח הבינלאומי יאסרו דווקא על אלו המבקשים לקדם את עמדתם הפוליטית "מבפנים", במסגרת קהילתנו הפוליטית ולא מחוצה לה.

36. פן נוסף של התכלית בדבר מניעת פגיעה במדינת ישראל קשור לעקרון הדמוקרטיה המתגוננת. חלק מהקוראים לחרם על מדינת ישראל מבטאים בקריאותיהם שלילה של המדינה ככזו. מתבטאים אלה אינם פועלים בתוך השיח הפוליטי הישראלי, אלא מבקשים לשלול אותו. יש המוצאים בתנועת ה-BDS מאפיינים שכאלה. עמד על כך Greendorfer :

"The BDS Movement is not a grass roots movement, nor is it a peace movement. In charitable terms, the BDS Movement is simply the latest iteration of the longstanding Arab League mandate to eliminate the only non-Arab state from the Middle East. In less charitable terms, the BDS Movement is the non-violent propaganda arm of the modern Islamist terror movement" [Ibid, p. 35].

אין מדובר במאפיינים בלעדיים לתנועת ה-BDS. Greendorfer סבור כי חלק מהשחקנים הגלובאליים הקוראים לחרם על מדינת ישראל שותפים להשקפות אלה. "While the names change, the objectives of many such groups remain the same: the demonization, marginalization and destruction of Israel" [שם], עמ' 29].

התגוננות מפני אלו היוצאים כנגד המדינה היא תכלית ראויה וחשובה. בנוסף, עצם הקריאה לחרם על מדינת ישראל, ללא קשר למטרותיו ומאפייניו של הקורא, היא תופעה חמורה שאל למדינה להשלים עימה. אני סבור כי למדינה עשוי להיות אינטרס מוצדק להגביל קריאות אלה. אינטרס זה יכול שישען על עקרון הדמוקרטיה המתגוננת. עקרון זה מאפשר להגביל זכויות יסוד – לרבות את חופש הביטוי הפוליטי ואף את הזכות לבחור ולהיבחר – כדי להגן על יסודותיה של המדינה הדמוקרטית [ראו למשל: ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (6) 365, 390 (1965); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז (4) 1, 66 (2003) (להלן: עניין טיבי); בג"ץ 6339/05 מטר נ' מפקד כוחות צהל בחבל עזה, פסקה 10 (1.8.2005). השוו גם לעניין זועבי, שם נקבע כי קריאתה של חברת כנסת להטלת מצור על מדינת ישראל מצדיקה הטלת עונש משמעתי של הרחקה משיבוות מליאת הכנסת וועדותיה. כן ראו: ברק מדינה ואילן סבן "להרחיב את המרווח? על היקף זכותו של חבר כנסת לתמוך בהתנגדות לכיבוש – בעקבות בג"צ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה" משפטים לז 219, 229 (תשס"ז) (להלן: מדינה וסבן, להרחיב את המרווח)]. עמד על עקרון זה השופט (כתארו אז) א' ברק בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225 (1985):

"מחד גיסא, אין שוללים זכות יסוד לביטוי פוליטי אך בשל תוכנה של הדעה הפוליטית. נהפוך הוא: כוחה של הדמוקרטיה בכך שהיא מאפשרת ביטוי גם לדעות הצורמות את אוזניה. מאידך גיסא, מאפשרים לדמוקרטיה לשמור על נפשה. אין הדמוקרטיה חייבת

לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה" [שם, עמ' 315].

37. אולם, התכלית בדבר הדמוקרטיה המתגוננת אינה חלה באותו אופן ובאותה עוצמה ביחס לביטויים השונים הבאים בגדרו של חוק החרם. הגם שניתן להסכין להחלת עקרון זה על קריאות לחרם כולל על מדינת ישראל ככזו, קשה ליישב את עקרון הדמוקרטיה המתגוננת עם קריאות לחרם על האזור בלבד. חרם על האזור אינו מכוון לשלילת זכות קיומה של המדינה, אלא מבטא התנגדות לאחד מ"מופעי מדיניותה". מדיניות ישראל ביחס לאזור איננה אחד ממרכיביה הגרעיניים של המדינה, כאופייה היהודי או כמשטרה הדמוקרטית, והתנגדות למדיניות זו אינה שקולה להתנגדות לעצם זכות קיומה של המדינה. ניתן ללמוד בעניין זה מפסק הדין בעניין טיבי, בו לא אושרה החלטת ועדת הבחירות לפסול את חבר הכנסת טיבי מלהתמודד בבחירות. בתוך כך נקבע כי התבטאויות של חבר הכנסת טיבי שהיה בהן משום התנגדות בלתי אלימה "לכיבוש" אינן מצדיקות את פסילתו. כותב הנשיא א' ברק:

"חבר-הכנסת טיבי אינו מכחיש כי הוא מתנגד לכיבוש ורואה בחזונו את סיומו. בה בעת הוא מצהיר במפורש ובאופן שאינו משתמע לשני פנים כי ההתנגדות שהוא תומך בה אינה מאבק מזוין אלא התנגדות עממית לא מיליטנטית. זו התנגדות שאינה כוללת שימוש בנשק. אכן, חומר הראיות שבפנינו אינו מגלה התבטאות או מעשה שיש בהם משום תמיכה במאבק המזוין נגד מדינת ישראל... מטעמים אלה אין לאשר את החלטתה של ועדת הבחירות בדבר אי-השתתפותו בבחירות של חבר-הכנסת טיבי" [שם, עמ' 49-50].

ככלל, סבורני כי יש לנקוט משנה זהירות בעת גיוס עקרון "הדמוקרטיה המתגוננת" כהצדקה לפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. "הדמוקרטיה המתגוננת" משרטטת קווי גבול נוקשים בין עמדות לגיטימיות לשאינן. בין עמדות המהוות חלק מהשיח הפוליטי ובין כאלה אשר ראוי שיוותרו מחוצה לו. שרטוט קווי גבול אלו אינו משימה פשוטה. "אם יימתח הקו רחוק מדי – לא תחזיק הדמוקרטיה מעמד ותקרוס למגינת לב חסידיה, ואילו אם יימתח קרוב מדי – תיפגע ציפור נפשה ומוקיריה לא יכירוה. לקביעת מיקומו של קו הגבול תורם תרומה מכרעת חוסנה של המדינה, המשמשת בית לדמוקרטיה. ככל שזו חזקה יותר – כך ניתן להרחיק את קו הגבול וההפך" [השופט י' קדמי בע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית,

פ"ד נג(3) 38, 48 (1999)]. הגבלת הקריאות לחרם כנגד מדינת ישראל כולה פוגעת בחופש הביטוי. אולם, קריאות אלה מצויות ב"שטח אפור", העשוי להצדיק את הגבלתן בשם כוחה של המדינה להתגונן מפני אלו המנסים לפגוע בה. אולם, קריאות לחרם כנגד האזור מצויות בבירור בתוך גבולות השיח הדמוקרטי הלגיטימי. אין להסכים לגיוס עקרון הדמוקרטיה המתגוננת כדי לפגוע בהתבטאויות פוליטיות בלתי אלימות אשר יוצאות כנגד מדיניות זו או אחרת של המדינה.

38. תכלית נוספת וראויה העומדת בבסיס חוק החרם היא מניעת אפליה. קריאה לחרם איננה בגדר הבעת דעה גרידא. קריאה לחרם היא קריאה לביצוע פעולה (או, למעשה, להימנעות מביצוע פעולה) – הטלת חרם. פעולת החרם פוגעת במושאי החרם. פגיעה זו עשויה שלא להיות ראויה להגנתו של חופש הביטוי. כך, פשיטא כי קריאה לחרם בדרך של מניעת אספקת מוצרים או שירותים ציבוריים על בסיס גזעי וממניעים גזעניים תחשב לפסולה. והוא הדין בהחרמה על בסיס "דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, גיל, מעמד אישי או הורות" [סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן: חוק איסור אפליה)]. כן ראו סעיף 4 לחוק זה וכן את סעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]]. אכן, החרמת אדם רק בשל זיקתו למדינת ישראל היא פעולה מפלה. מדובר במתן יחס שונה לאדם – החרמתו – בשל השתייכותו לקבוצה עמה הוא נמנה. בנוסף, החרם בו עוסק החוק הוא בעיקרו חרם "שניוני". הוא אינו מכוון לפגיעה במדינה – למשל על ידי הימנעות מסחר עימה – אלא לפגיעה במי שלו "זיקה" למדינה. פגיעה שכזו, מחמת זיקה או השתייכות, אינה מתייחסת למאפייניו הייחודיים של המוחרם או למעשיו. פגיעה שכזו היא חמורה במיוחד משום שזיקתו של אדם למדינה (חרף האפשרות, התיאורטית, להגר) עשויה להיתפס כמאפיין שאיננו פרי בחירה (Immutable). בכך דומה הבחנה על בסיס זיקה למדינה להבחנה הפסולה על בסיס "ארץ המוצא", הנכללת ברשימת ההבחנות האסורות בחוק איסור אפליה.

39. המדינה ביקשה לשכנע כי הגיון זה חל גם ביחס לקריאה לחרם על האזור. היא טענה כי קריאה לחרם על אדם בשל זיקתו לאזור מהווה, למעשה, אפליה על בסיס מקום מגורים. לשיטתה, אפליה שכזו היא פסולה, בין היתר משום שמקום המגורים הוא "חלק אינהרנטי בזהותו" של אדם. בעניין זה ראוי לציין כי מקום המגורים נחשב לכזה הנתון "יותר" לבחירתו של אדם מאשר זיקתו למדינתו. בנוסף, וזה העיקר, חוק החרם אינו אוסר על אפליה על בסיס מקום מגורים ואף לא על החרמת אדם בשל מקום מגוריו [להצעות חוק ברוח זו ראו: הצעת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה (תיקון מס')]

22) (איסור הפליה מחמת מקום מגורים), התשע"ה–2014, ה"ח 577; הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים (תיקון מס' 3) (איסור הפליה מחמת מקום מגורים), התשע"ג–2012, ה"ח 499]. חוק החרם אוסר אך על קריאה לחרם מחמת מגורים באזור. לפיכך, אין מדובר בחקיקת איסור אפליה "קלאסית", אלא במעורבות מדינתית בזירת הוויכוח הפוליטי. הניסיון לעטות מעורבות זו במחלצות של מניעת אפליה דינו להיכשל. חקיקת מניעת אפליה צריך שתהא, מעצם טיבה ככזו, ניטרלית. אין להסכין לחיקוק האוסר על אפליה מחמת נטייה מינית כזו אך לא אחרת, או לחיקוק האוסר על אפלייתו של גזע כזה אך מתיר אפלייתו של גזע אחר [חריג מסוים לכך מצוי בעקרון ההעדפה המתקנת, אך עקרון זה נתפס – ובצדק – כמקדם שוויון. ראו בעניין זה, למשל: בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31, 38-40 (2003); בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 516-521 (1994)]. חוק החרם אינו מבטא ניטרליות שכזו. על כן, איני סבור כי ניתן "לגייס" לימינו את מלוא כובד משקלו של האינטרס בדבר מניעת אפליה.

מסקנה זו אינה חלה ביחס לחרם המכוון למדינה בכללותה. אמנם, חוק החרם אינו אוסר על החרמת אדם בשל זיקתו לכל מדינה שהיא, אלא רק בשל זיקתו למדינת ישראל. אולם, למדינה אינטרס מוצדק למנוע אפליה של אזרחיה ותושביה, שעל רווחתם היא אמונה. המדינה אינה נדרשת לשמור בין אזרחיה ותושביה לבין אזרחי ותושבי מדינות אחרות. היא נדרשת עם זאת ליתן יחס שווה וענייני לתושביהם של אזורים שונים במדינה או של שטחים הנתונים בשליטתה.

מידתיות "במובן הצר" – איזון אחרון

40. ראינו כי חוק החרם פוגע בזכות לחופש ביטוי. מדובר בפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, המצוי ב"ליבה" של הזכות החוקתית לחופש ביטוי, ומהווה חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם. פגיעה זו מקורה במכלול הסדריו של החוק. הסנקציה הנזיקתית והסנקציה המנהלית פוגעות בדיעבד במי שקרא להטלת חרם על מדינת ישראל או על האזור. מדובר בפגיעה חמורה, שכן היא מושתתת רק על אלו המבטאים דעות פוליטיות מסוג מסוים דווקא. חוק החרם פוגע בחופש הביטוי גם בדרך של הרתעת מתבטאים פוטנציאליים מלהתבטא באופן פוליטי. פגיעות אלה בחופש הביטוי הפוליטי הן חמורות במיוחד שעה שמדובר בקריאה לחרם על האזור. "סוגיית השטחים" מצויה במחלוקת ציבורית נוקבת. העמדה הנפגעת על ידי החוק היא עמדה ביקורתית ביחס למדיניות השלטון. שינוי כללי המשחק באופן הפוגע בעמדה זו אינו מתיישב עם חובתה של המדינה לשמור על ניטרליות בעת הסדרת "שוק הדעות". על מנת להצדיק

פגיעות אלה בזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי, נדרשת התועלת החברתית שבחוק לעלות על נזקיו. איזון זה צריך שיעשה בהתאם לנוסחת הוודאות הקרובה לפגיעה ממשית באינטרס הציבורי. ואכן, החוק מקדם כמה אינטרסים ציבוריים חשובים. חוק החרם צפוי להפחית את תופעת החרם על מדינת ישראל. תופעה זו פוגעת בפגיעה כלכלית, תרבותית ואקדמית באזרחי המדינה ותושביה; היא מאתגרת את עקרונות היסוד של המדינה; והיא פוגעת בשוויון בין מושאי החרם לאלו שאינם חשופים לחרם. התועלת החברתית שבחוק משתנה בהתאם לאופי החרם בו מדובר. מניעת חרם על מדינת ישראל עולה בקנה אחד עם זכותה של המדינה להתגונן מפני אלו המבקשים לפגוע בה. לא כך הדבר באשר לחרם המכוון כלפי האזור. חרם מסוג זה עוסק בסוגיה פוליטית ישראלית פנימית (הגם שגופים שונים בעולם מביעים גם הם עמדתם בסוגיה זו). חרם מסוג זה אינו יכול להיחשב כיציאה כנגד המדינה ככזו. הוא מצוי בבירור בגבולות השיח הפוליטי הלגיטימי.

נראה כי פגיעתו של החוק בחופש הביטוי היא חמורה במיוחד, אלא שסבורני כי יש באופן הפרשנות המוצע על-ידי כפי שיבואר להלן, כדי למנוע את התוצאה החמורה של בטלות החוק לנוכח אי-חוקתיותו. אכן, החוק עונה על מספר תכליות חשובות, אך איני סבור כי הוא נחוץ כדי למנוע פגיעה ממשית שקיימת ודאות קרובה להתממשותה, ודאי שכך באשר לפועלו של החוק כלפי קריאות לחרם על האזור. הסנקציות המוטלות על המתבטאים בדרך זו מביאות לפגיעה חמורה בחופש הביטוי הפוליטי. הפחתת היקפן של קריאות אלה מניבה תועלת חברתית פחותה באופן ניכר מן התועלת הגלומה בהטלת מגבלה על החרמת ישראל כולה.

תוצאת אי החוקתיות

41. שקלתי האם אין זה ראוי להעביר על החוק "עפרון כחול", באופן אשר יאפשר לו לצלוח את מבחני החוקתיות. כוונתי היא לשרטוט אל מחוץ לחוק של התיבה "או אזור הנמצא בשליטתה" שבהגדרת "חרם על מדינת ישראל". באופן זה תמותן עיקר הפגיעה שבחוק, הטמונה בהתערבות בשיח הפוליטי באמצעות איסור על קריאה לחרם על האזור. ביטול תיבה זו יביא להוצאת חרמות מסוג זה אל "מחוץ" לחוק החרם. אכן, "בית המשפט אינו חייב להורות על ביטול החוק כולו. הוא רשאי להורות על הפרדתו של החוק, כך שיבוטלו אותן הוראות מן החוק הלוקות בפגם החוקתי, תוך הותרת יתר ההוראות בתוקפן" [הנשיא א' ברק בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 350 (2006)]. כן ראו: בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 267-268 (2004) (להלן: עניין

גניס); אהרון ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 736 (1994) (להלן: ברק, פרשנות חוקתית). אולם, אין להשתמש בעקרון "העפרון הכחול" כאשר כתוצאה מכך ייפגע האיזון הפנימי שבחוק וישובשו תכליותיו [בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 638 (2009)]; ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 737].

42. בסופו של יום הגעתי למסקנה כי אין לבחור בדרך זו. הטעם לכך הוא כי, לטעמי, ניתן להשיג מטרה דומה בדרך של פרשנות, וזאת מבלי שנורה על ביטול הוראה מהוראות החוק. לטעמי הפתרון הפרשני הינו פתרון מידתי המצמצם את מידת ההתערבות השיפוטית בדבר חקיקה של הכנסת, ונותן משקל ראוי לעקרון חלוקת הסמכויות שבין הרשויות. הכנסת היא הרשות המחוקקת. אולם, בית המשפט הוא הפרשן המוסמך של כל דבר חקיקה. אכן, "לאחר השלמתו של מעשה חקיקה, יצא החוק מחצרה של הרשות המחוקקת. חי הוא כמו לעצמו, ופירושו – במובנו הרחב של המושג – ניתן הוא, בסופו של תהליך, לבתי המשפט, ולהם בלבד" [השופט מ' חשין ברע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 501 (1994)]. כן ראו: בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' שלמה הלל - יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985); אהרון ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 57-58 (1993) (להלן: ברק, פרשנות החקיקה). גישה זו באה לידי ביטוי בסיפור התלמודי הנודע אודות "תנורו של עכנאי" (בבא מציעא, נט, ב). שם, על פי אחת הפרשנויות, "הודה" האל-המחוקק, באומרו "נצחוני בני, נצחוני", כי הגם שהוא סבור שפרשנות מסוימת - זו של רבי אליעזר - היא הנכונה, אין ההכרעה נתונה בידי אלא מסורה לחכמים. כך, לאחר יצירת הנורמה מאבד יוצרה את הכוח לפרשה. הפרשן המוסמך אף רשאי להכריז כי אין הוא כבול לפרשנות מאוחרת שהציג המחוקק – "לא בשמים היא".

ואכן, בשורה של פסקי דין קבע בית משפט זה כי פרשנות היא הפתרון המועדף ליישוב קשיים חוקתיים. בדרך זו תיושב הסתירה הלכאורית בין החוק הנבחן לבין הנורמה החוקתית, מבלי שיופעל "נשק יום הדין" של הכרזת הבטלות, מלאה או חלקית [ראו, למשל: בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים לפי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996, פסקה 5 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (18.9.2014)]; בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה 5 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (17.9.2014); רע"א 7204/06 ארליך נ' עו"ד ברטל, פסקה 40 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר (22.8.2012); בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל, פסקה 5 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (7.8.2012)]. ביסוד גישה זו

עומדת התפיסה כי כל דבר חקיקה נועד לקדם – מלבד המטרות הקונקרטיות אותן ביקש המחוקק להשיג – גם את ערכי היסוד של משטרנו. ערכי יסוד אלה כוללים את עקרונות הדמוקרטיה ואת ההגנה על זכויות האדם וקידומן. פועלה המעשי של גישה זו מתבטא בחזקה שלפיה "תכליתו של דבר חקיקה היא להגשים את עקרונותיה של השיטה ולקדם זכויות אדם בה" [(השופט (כתארו אז) א' ברק בבג"ץ 693/91 ד"ר אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 763 (1993)], וכן בחזקה "לפיה יש לייחס למחוקק מודעות לתוכנם ולהשלכותיהם של חוקי היסוד על כל חוק הנחקק לאחריהם" [הנשיאה ד' ביניש בע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 351 (2008) (להלן: עניין פלוני)].

43. אחת מהטכניקות העיקריות המסייעות בידי בית המשפט להסיר, בדרך של פרשנות, סתירות לכאורה בין הוראת חוק "רגיל" לבין הוראת חוק יסוד היא פרשנות מצמצמת. בדרך זו מצומצם פועלו הנורמטיבי של החוק, כך שמתוך מרחב האפשרויות הלשוניות מתוחם אותו מתחם משמעויות אשר אינו מצוי בסתירה לחוקי היסוד [ראו, למשל: אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25, 30-32 (1983); עניין גניס, עמ' 278; בג"ץ 4562/92 ח"כ זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 808 (1996); בג"ץ 4790/14 יהדות התורה - אגודת ישראל - דגל התורה נ' השר לשירותי דת, פסקה 26 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (19.10.2014); בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (28.05.2012); ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 737]. יפים בעניין זה דברי השופט ברק בעניין זנדברג:

"אכן, אל לו לשופט לשבת 'בחיבוק ידיים' ולצפות בכישלון תכלית החקיקה. עליו לפרש את החוק על-פי תכליתו. לעתים תוביל פרשנות זו לתוצאה כי ללשון החוק ניתן פירוש מרחיב. לעתים - וזהו המקרה שלפנינו - מביאה פרשנות זו למסקנה כי ללשון החוק יש ליתן פרשנות צרה... נמצא כי כאשר לשון החוק היא רחבה, רשאי ומוסמך השופט ליתן לה מובן צר יותר, המשתרע אך על חלק מהאופציות הטמונות בלשון, ובלבד שבכך הוא מגשים את תכליתה של החקיקה" [שם, עמ' 811].

כן ראו את דברי הנשיא א' ברק בעניין גניס:

"האם רשאי הפרשן לצמצם את לשונו הרחבה של הטקסט כדי להגשים את תכליתו של הטקסט? כאשר הטקסט קובע הסדר משפטי החל על 'כל אדם', לעניין 'כל חפץ' ב'כל הנסיבות', האם רשאי הפרשן – המבקש

להגשים את התכלית המונחת ביסוד הטקסט – לפרש את הטקסט באופן שהוא לא יחול על קטגוריה מסוימת של בני-אדם (לא 'כל' אדם) ולא יחול על קטגוריה מסוימת של חפצים (לא 'כל' חפץ) ולא יחול על קטגוריה מסוימת של נסיבות (לא 'כל' הנסיבות)? התשובה הניתנת לשאלה זו בישראל ובמשפט המשווה היא חיובית" [שם, עמ' 277].

44. ולענייננו. סעיף 1 לחוק החרם, המשרטט את היקף פרישתו, הוא פתח הכניסה אל החוק. רק קריאות לחרם הכשירות להיחשב "חרם על מדינת ישראל" כהגדרתו בסעיף זה יאפשרו להחיל על הקורא את הסנקציה הנזיקית או המנהלית שבחוק. קביעת מידותיו של פתח הכניסה שבסעיף 1 לחוק היא מלאכה פרשנית. היא נעשית באמצעות כלי העבודה של הפרשן. בראש ובראשונה, יש להתייחס ללשון החוק, שהיא נקודת ההתחלה של כל מסע פרשני. אך לשון החוק אינה בהכרח נקודת הסיום. פרשנות החוק צריך שתביא בחשבון את תכליתו של החוק. בתוך כך יש להידרש, כאמור, לתכליתו הספציפית של החוק אך גם, כמפורט לעיל, לעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית ולתכלית הכללית בדבר ההגנה על זכויות האדם.

45. אני סבור כי ראוי לפרש בצמצום את מידותיו של אותו "שער כניסה" נורמטיבי שבסעיף 1 לחוק. פרשנות זו צריך שתאפשר רק ל"סוג" מסוים של חרם לחצות את סף שער הכניסה – חרם כולל על מדינת ישראל ככזו. מנגד, יש לקבוע כי "סוגים" אחרים של קריאות לחרם – ובעיקר קריאות לחרם על האזור בלבד – לא יחצו את המפתח, ולא ייחשבו ל"חרם על מדינת ישראל".

הוראת סעיף 1 לחוק החרם מורה כדלקמן:

"בחוק זה, 'חרם על מדינת ישראל' – הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית".

הנה כי כן, כדי להיכנס לגדרו של החוק נדרש החרם להיות "מחמת זיקתו" למדינת ישראל, למוסד ממוסדותיה או לאזור הנמצא בשליטתה. היחס שבין "מדינת ישראל" לבין המוסדות והאזורים הנזכרים בהגדרה שבסעיף 1 הוא יחס של שייכות.

בכדי שחרם על אדם בשל זיקתו למוסד ייכנס לגדרו של החוק, על המוסד להיות "ממוסדותיה" של המדינה. על מנת שחרם על אדם מחמת זיקתו לאזור ייכנס להגדרה זו, על האזור להיות "בשליטתה" של המדינה. לטעמי, שייכות זו של "המוסד" או "האזור" אל מדינת ישראל איננה יכולה להיות טכנית בלבד. דרישה זו יש לטעון במשמעות נורמטיבית. דרישת השייכות צריך שתקשור באופן ענייני בין החרם "על מדינת ישראל" לבין החרמת המוסד או האזור. פועלה הוא בהרחבת היקפה של השייכות, כך שהיא תתפרש גם על היחס שבין החרם על המדינה לבין החרם על המוסד או על האזור. לפיכך, לא כל החרמה של מוסד או של אזור ה"שייכים" באופן פיזי למדינה תיכנס להגדרה שבחוק. רק החרמה של מוסד או של אזור בשל החרמתה של המדינה כולה צריך שתיכנס להגדרה זו.

למעשה, מדובר בפרשנות מתבקשת. ברי כי חוק החרם לא נועד לחול, למשל, על קריאה להחרים מוסד ציבורי בשל מאפייניו הנבדלים של המוסד. טלו, למשל, קריאה להטלת חרם על אדם בשל זיקתו למוסד ציבורי, מן הטעם שאותו מוסד עוסק בניסויים בבעלי חיים. או, למשל, קריאה להחרים אדם בשל זיקתו למוסד ציבורי מן הטעם שהמוסד מקדם מדיניות הפוגעת באיכות הסביבה. או קריאה להחרים אדם בשל זיקתו ליישוב בישראל (שהוא "אזור הנמצא בשליטה" של המדינה) בשל מדיניות הקבלה הנוהגת בו [השוו: עניין סבח]. לכאורה, על-פי לשונו של החוק, עשויים לבוא חרמות אלו בגדרו של החוק ולהיות אסורים על-פיו. הטעם לכך הוא שמדובר בקריאות להחרמת אדם רק בשל זיקתו למוסד ממוסדות המדינה או לאזור הנמצא בשליטתה. אולם, ברי כי לא לכך "התכוון המשורר". מטרת חוק החרם, כפי שמעיד שמו, היא מניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם. החוק נועד להתמודד עם תופעת החרמות כנגד המדינה. הוא לא נועד, למשל, לפגוע באלו הקוראים להחרים מוסד בשל פגיעתו בערכי טבע, רק מן הטעם שמוסד זה, בדרך מקרה, "שייך" למדינת ישראל ואיננו גוף פרטי. העובדה שהמוסד שבדוגמה הוא מוסד ציבורי עשויה להעיד, אמנם, כי המדיניות אליה מופנה החרם היא מדיניות ציבורית. אולם, אין זה ראוי לפרש את החוק כיוצא כנגד קריאות לחרם המכוונות כנגד כל מדיניות ציבורית שהיא, זאת כאשר אין בחרם מרכיב דומיננטי של יציאה כנגד המדינה ככזו. כפי שצינו באי כוח המדינה בדיון שנערך לפנינו, חוק החרם לא נועד לפגוע, למשל, בקריאות להחרמת "גבינת קוטג'". סבורני כי מסקנה זו צריך שתעמוד בעינה אף אם היה מתברר שחלק מיצרניות גבינת ה"קוטג'" המוחרמות הינן בבעלות המדינה.

46. יוצא, כי התיבות העוסקות ב"מוסד" וב"אזור" לא נועדו להפנות את החוק כלפי סוגים "חדשים" של חרמות. הן נועדו לעבות את ההסדר העוסק בחרם הטיפוסי

עימו נועד החוק להתמודד – חרם על מדינת ישראל. מטרתן היא ליצור הסדר הדוק, אשר לא יאפשר לקריאות להחרמת המדינה לחמוק מתחולת החוק רק מן הטעם שהן מופנות גם כנגד מוסדות ואזורים. בכדי להגשים תכלית זו, ובה בעת שלא להרחיב את החוק למחוזות לא לו, יש לפרש את קשר השייכות שבין ה"מוסד" וה"אזור" לבין מדינת ישראל כקשר ענייני, המשתרע גם על טיבו של החרם. כך, רק חרם על "מוסד" או "אזור" שהוא חלק מחרם על מדינת ישראל ונובע משייכותם של אלו למדינת ישראל ייכנס לגדרו של חוק החרם. מנגד, חרם על מוסד או על אזור שאינו חלק מחרם על מדינת ישראל לא ייתפס בהגדרה שבחוק.

נפקותה המעשית של הבחנה זו היא החלתו של חוק החרם רק על קריאות לחרם על מדינת ישראל כולה וככזו. בהתאם, קריאה לחרם על מוסד ממוסדות המדינה שאינה מלווה בקריאה לחרם כולל על המדינה לא תיכנס לגדרו של החוק. בדומה, גם קריאות להחרמת שטחים המצויים בשליטת המדינה, לרבות להחרמת האזור, אשר אינן מלוות בקריאה להחרמת מדינת ישראל לא תיכנסנה להגדרת החוק. תוצאה זו יפה גם לפירושו של הביטוי "התחייבות שלא לרכוש מוצרים או שירותים המיוצרים או מסופקים במדינת ישראל, במוסד ממוסדותיה או באזור הנמצא בשליטתה" שבסעיף 3 לחוק.

פרשנות זו מתיישבת עם לשון החוק. היא "נשענת" על זיקת השייכות שבין מדינת ישראל למוסדותיה או לאזורים שבשליטתה. היא עולה בקנה אחד עם מובנו המילולי הרגיל, "בלשון בני אדם", של הדיבר "חרם על מדינת ישראל" [ראו: ברק, פרשנות החקיקה, עמ' 117-118, 587-589]. ביטוי זה הוא מרכז הכובד הלשוני של החוק. הוא מקרין על מכלול ההסדרים שבחוק, לרבות על הגדרת הביטוי עצמו – "חרם על מדינת ישראל" – שבסעיף 1 לחוק. הוא מלמד כי עיקרו של החוק הוא במניעת חרם על מדינת ישראל, ולא חרם על מוסדותיה או על אזורים המצויים בשליטתה. פרשנות זו אינה מייטרת את ההתייחסות למוסדות ולאזורים. ללא התייחסות זו עלולות היו חלק מהקריאות להחרמת אדם בשל זיקתו למוסד ישראלי או לאזור המצוי בשליטת המדינה כחלק מקריאה להחרמת המדינה כולה לחמוק מלפיתת החוק. זאת, למשל, כאשר האדם המדובר הוא בעל זיקה למוסד בלבד או לאזור הנשלט בלבד, אך הוא נעדר זיקה ישירה למדינה.

פרשנות זו מתיישבת גם עם תכליתו של החוק. התכלית העיקרית של החוק, כפי שמעיד שמו, היא מניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם. תכלית זו משוררת היטב באמצעות החלת חוק החרם על קריאות להחרמת מדינת ישראל. היא אינה

מוגשמת במלואה כאשר מדובר בחרם על האזור. קריאות לחרם על מדינת ישראל יוצאות כנגד המדינה ככזו. כנגד חרמות מסוג זה, רשאית המדינה להתגונן. חרם על מדינת ישראל ככזו מפלה את תושבי המדינה על בסיס זיקתם למדינה. אפליה שכזו רשאית המדינה לאסור. אולם, חרם על האזור אינו יוצא כנגד המדינה ככזו, אלא יוצא כנגד אחד ממופעי מדיניותה. איסור על החרמת האזור אינו יכול להיות מוצדק ברצון למנוע אפליה, שכן אין מדובר באיסור גורף על החרמה או על אפליה מחמת מקום מגורים. והעיקר – גורלו של האזור מצוי במחלוקת פוליטית וציבורית נוקבת. "תכליתו האובייקטיבית" של חוק החרם והחזקה בדבר ההתאמה לחוקי היסוד אינן סובלות פרשנות ה"מורידה" את החוק לזירת הוויכוח הפוליטי באופן המגביל את ארסנל הביטויים הזמין לצד אחד בלבד בוויכוח. תכלית זו אינה מתיישבת עם פגיעה בלתי עניינית באפשרותם של המחזיקים באחת העמדות הפוליטיות לזכות בהטבות ממשלתיות או לגשת למכרזים, על בסיס שיקולים שאינם נוגעים למהות הפעילות הנתמכת ותוך הכבדה של זכויותיהם החוקתיות של הגופים הנתמכים. תכלית זו אף אינה עולה בקנה אחד עם יצירת אפקט מצנן אשר ירתיע מפני השמעת עמדה אחת מבין העמדות הפוליטיות המתחרות.

47. בנוסף, כידוע, תכלית החוק נלמדת הן מן התכלית האובייקטיבית האמורה לעיל – בדבר המטרות והערכים שנועד דבר חקיקה להגשים בחברה דמוקרטית – והן מן התכלית הסובייקטיבית – בדבר המטרות שביקש המחוקק להגשים באמצעות דבר החקיקה. כך, התכלית הסובייקטיבית נלמדת מלשון החוק, מההיסטוריה החקיקתית שלו ומהרקע ההיסטורי, החברתי והמשפטי בעת חקיקתו [ראו למשל: ברק, פרשנות החקיקה, 201-202; ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פסקה 49 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (14.5.2012)]; בג"ץ 10771/07 גוריצמן נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקאות 56-59 לפסק דיני (1.2.2010)]. במקרה דנן, ההיסטוריה הפרלמנטרית של החוק מלמדת כי התוצאה הפרשנית המוצעת עומדת, כך נראה, בניגוד לעמדתם של חלק מחברי הכנסת אשר היו מעורבים בחקיקתו ומתיישבת עם עמדתם של אחרים [ראו למשל: פרוטוקול ישיבה מס' 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 4-5; 25-27 (15.2.2011); פרוטוקול ישיבה מס' 416 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 49; 61 (27.6.2011)]; פרוטוקול ישיבה מס' 259 של הכנסת ה-18, 167 (11.7.2011)]. ואולם, ההיסטוריה החקיקתית מהווה אך מקור אחד ממנו על הפרשן ללמוד על תכלית החקיקה. יפים לענייננו דבריו של הנשיא א' ברק:

"איננו מתעניינים בשיפוטם של חברי הגוף המחוקק, אלא במעשה החקיקה שלהם... הנתונים על תכלית החקיקה העולים מתוך ההיסטוריה הפרלמנטרית אינם "מחייבים"; אין הם סוף פסוק לכל עיון ובחינה; אין הם גוברים על תכלית העולה מלשון החקיקה או ממקורות אחרים... משקלו של מקור זה נקבע על-פי חשיבותו ועל-פי מידת אמינותו ביחס למקורות אחרים" [ברק, פרשנות החקיקה, בעמ' 372. ההדגשה הוספה – י.ד.].

במקרה דנן, סבורני כי המשקל שיש ליתן למקור פרשנות זה איננו גבוה. זאת, בין השאר מן הטעם שבדיוני הוועדה והמליאה נשמעו כאמור השקפות שונות באשר לתכליותיו של החוק, וכבר עמד על טעם זה הנשיא א' ברק בהמשך דבריו:

"קשה מאוד להפריד בין דעות "אישיות" של חברים בגוף המחוקק באשר לדצוי לבין דעות "מוסדיות" באשר למצוי. בעיקר נכונים דברים אלה לעניין תגובות ספונטניות הניתנות בבית הנבחרים ללא מחקר מעמיק וללא עיון חוזר. אך גם תגובות "מבוקרות" הינן לעתים ביטוי להשקפה סובייקטיבית של המגיב... על הפרשן להיות מסוגל להבחין בין המוץ לבין התבן, בין דעות אישיות של חברי הגוף המחוקק באשר למשמעות החוק לבין דעות אובייקטיביות באשר לתכליתו. המשקל שיינתן לתוצאות הבחינה ישתנה על-פי מידת האמינות שניתן לייחס למקורות הבחינה [שם, בעמ' 380; 383-384. ההדגשות הוספו – י.ד.].

הנה כי כן, ראוי לטעמי לפרש את החוק כך שיחול רק על קריאות להחרמת מדינת ישראל כולה, אך לא על קריאות להחרמת האזור בלבד. אף שתוצאה פרשנית זו עומדת בניגוד לעמדתם המפורשת של חלק מיוזמי החוק, אין עמדתם הסובייקטיבית של חברי הכנסת אשר היו שותפים להליך החקיקה מחייבת את בית המשפט. אכן, פרשנות עוסקת ב"אנליזה" של החוק, ולא ב"פסיכואנליזה" של המחוקק [עניין סבח, פסקה 26 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס; בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1, 17 (1981)]. כאמור, עמדתו של חבר כנסת כזה או אחר, ואף עמדתם של מציעי החוק ויוזמיו, אינה משקפת בהכרח את עמדתו של "המחוקק", שהינו גוף המורכב מחברים רבים המייצגים את מגוון הדעות הפוליטיות של אזרחי המדינה. לפיכך, ידועה הגישה לפיה "אין לנו לחפש בהיסטוריה החקיקתית את עמדתו של חבר-כנסת זה או אחר באשר לבעיה הספציפית המטרידה אותנו. פתרונה של בעיה זו מוטל עלינו, ועלינו בלבד" [השופט (כתארו אז) א' ברק בבג"ץ 428/86 עו"ד ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 593 (1986)]. לצד המקורות הפרשניים שמציעה ההיסטוריה הפרלמנטרית של החוק מצויים מקורות פרשניים נוספים כדוגמת לשונו של החוק, הסביבה הנורמטיבית בה הוא מצוי ועקרונות וזכויות היסוד הפורשים "מטרייה

נורמטיבית" מעליו. עמד על כך השופט (כתארו אז) א' ברק בבג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990):

"בין המקורות אשר מותר לפנות אליהם לשם חיפוש ומציאת תכלית החקיקה נמנית גם ההיסטוריה החקיקתית בכלל וההיסטוריה הפרלמנטרית בפרט. עם זאת, אין לראות חזות הכול בהיסטוריה החקיקתית, ומשקלה הכולל בקביעת התכלית ובפרשנות החוק אינו ניכר. אכן, המידע המתקבל ממנה על תכלית החקיקה צריך להשתלב במידע בדבר תכלית החקיקה הבאה מלשון החקיקה וממקורות אמינים אחרים, כגון מבנה החוק, מערך החקיקה והחזקות השונות בדבר תכלית החוק והגיונם של דברים. זאת ועוד: השופט מבקש לדעת מההיסטוריה החקיקתית נתונים על תכלית החקיקה. אין הוא מבקש לדעת ממנה את דבר התפיסות הפרשניות של חברי הכנסת וכיצד הם הבינו או פירשו מושג או ביטוי או כיצד הם היו פותרים את הבעיה המשפטית הניצבת לפני השופט..." [שם, עמ' 544].

סבורני כי במקרה דנן אין מנוס מקביעה כי, חרף אמירות שונות שנשמעו כחלק מהליך החקיקה, לשון החוק ותכליותיו, לרבות תכליתו האובייקטיבית, אינן מאפשרות להחיל את החוק על חרמות המכוונים כלפי האזור בלבד.

48. לקראת סיום, לא נותר אלא לדון בכמה עניינים, העולים מחוות דעתו של חברי השופט מלצר.

עוללות

49. בשלות – חברי השופט מלצר סבור כי העתירות – למעט החלק הנוגע לסעיף 2(ג) לחוק – אינן בשלות להכרעה. חברי סבור כי טענות העותרים ראוי שתיבחנה "במסלול היישומי", אגב תביעות או עתירות אשר יופנו כנגד יישומו הקונקרטי של החוק (בפסקה 59 לחוות דעתו). אכן, דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה נקלטה במשפט החוקתי הישראלי [ראו, למשל: בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פסקאות 26-33 לחוות דעתה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור (5.1.2012) (להלן: בוגרי התיכון הערבי); בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, חוות דעתה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור (18.1.2006); ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות: בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419 (2012)]. דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה מאפשרת לבית המשפט לדחות עתירה

המכוונת כנגד דבר חקיקה, מן הטעם שהוא טרם יושם די צרכו בפועל, כך שאין בנמצא "תשתית עובדתית" המאפשרת להעריך כראוי את פגיעתו ואת תועלתו. אולם, כאשר השאלה החוקתית המתעוררת היא משפטית בייסודה, אין הצדקה "להמתין" לביסוס תשתית עובדתית, שכן תשתית זו עשויה שלא להיות רלוונטית להכרעה הסופית. כך המקרה, למשל, כאשר "בית המשפט משתכנע שכל יישום עתידי שלה יוביל לפגיעה בזכות חוקתית או כאשר הנזק העתידי מן החקיקה הוא ודאי" [עניין סבא, פסקה 15 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס]. אף כאשר איסופה של תשתית עובדתית עשוי לתרום להכרעה במחלוקת, קיימים מספר חריגים המצדיקים הידרשות לעתירה לגופה, חרף עובדה זו. אחד מאותם חריגים הוא כאשר החוק הנבחן עלול לגרום לאפקט מצנן. באמצעות האפקט המצנן פוגע החוק בזכות הנפגעת, כתוצאה מעצם קיומו. בנוסף, האפקט המצנן עלול ליצור מעגל שוטה, ולפיו בית המשפט אינו דן בחוקתיות החוק בשל העדר יישום בפועל, אך החוק לא מיושם בשל קיומו של אפקט מצנן, המרתיע לעיתים באופן בלתי חוקתי, מלפעול בניגוד להוראות החוק. עמד על כך הנשיא א' גרוניס בעניין סבא:

"החריג המוכר ביותר לדיון בחוקתיותו של חוק אף טרם יושם הוא החשש מפני קיומו של 'אפקט מצנן'... הכוונה היא למצבים בהם הותרת החקיקה על כנה עשויה להרתיע אנשים ולגרום להם להימנע מהתנהגות חוקית כשלעצמה, בשל החשש מפני אכיפת החוק כלפיהם. במקרים כאלה, עצם קיומה של הסמכות בחוק עשוי לפגוע בזכויות חוקתיות, ולפיכך, ביקורתו של בית המשפט נדרשת אף טרם יושם החוק. האפקט המצנן נזכר בפסיקה האמריקאית כחריג המצדיק בחינת עניין אף אם טרם הבשיל. על פי רוב, הוחל חריג זה בעתירות המתייחסות לפגיעה בחופש הביטוי..." [שם, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס].

50. דוגמה ליישום חריג האפקט המצנן ניתן למצוא ב- Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010). באותה פרשה דן בית המשפט העליון של ארצות הברית בחקיקה פדראלית אשר אסרה על תאגידים לתמוך כלכלית בקמפיין למען או כנגד מועמדים בבחירות. בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע כי אין להגביל באופן גורף תאגידים מלהוציא כספים בדרך זו, שכן הגבלה שכזו עומדת בניגוד לזכות החוקתית לחופש ביטוי. אחת מטענות המשיבים בפרשה זו הייתה כי ראוי לדון בטענות החוקתיות שהעלתה Citizens United ב"מסלול היישומי" (as applied). בית המשפט דחה טענה זו. נקבע, בין היתר, כי דחיית הדיון בטענות תגרום לאפקט מצנן על חופש הביטוי. בית המשפט הסביר כי עד שייערך דיון פרטני

בהוראות החוק עלול לעבור זמן רב. בינתיים עלול חופש הביטוי להיפגע בשל האפקט המצנן, אשר אף עלול לגרום לעותרים פוטנציאלים שלא לפנות ולאתגר את החוק. אפקט זה הוא בעייתי במיוחד כאשר מדובר בביטוי פוליטי, וכאשר המגבלה הנדונה היא על השמעת ביטויים העוסקים בבחירות. אומר השופט Kennedy:

"[S]ubstantial time would be required to bring clarity to the application of the statutory provision on these points in order to avoid any chilling effect caused by some improper interpretation... Here, Citizens United decided to litigate its case to the end. Today, Citizens United finally learns, two years after the fact, whether it could have spoken during the 2008 Presidential primary--long after the opportunity to persuade primary voters has passed" [Ibid, p. 333-334].

דברים אלו מתאימים גם לענייננו. כמפורט לעיל, חוק החרם עלול ליצור אפקט מצנן של ממש על חופש הביטוי הפוליטי. פגיעה זו בחופש הביטוי מושתת בין אם הסנקציות שבחוק ייושמו בפועל ובין אם לאו. דחיית העתירה מחמת העדר בשלות והמתנה ליישום החוק בפועל תאפשר לפגיעה מתמשכת זו להמשיך ולהתרחש. למעשה, האפקט המצנן אף עלול לגרום להתארכות פרק הזמן שיחלוף עד לבחינת החוק "ממקרה למקרה" או עד שייאספו די נתונים כדי להצדיק את בחינתו במסגרת עתירה שתוגש לבית משפט זה. האפקט המצנן מרתיע מתבטאים פוטנציאלים מלקרוא לחרם כהגדרתו בחוק, באופן המפחית את מספרם של מי שעשויים להביא את החוק לפתחם של בתי המשפט. על כן, לטעמי, חוק החרם פוגע בחופש הביטוי מעצם חקיקתו עלי ספר. לפיכך, יש להידרש לבחינתו החוקתית כבר עתה, ולא להמתין, כפי שמציע חברי, לבחינת החוק "בעקיפין" או "מלמטה למעלה".

51. משפט משווה – חברי השופט מלצר התייחס בחוות דעתו למספר דברי חקיקה במדינות שונות בעולם העוסקים, באופן כזה או אחר, בקריאות להטלת חרם. אכן, במדינות שונות קיימים הסדרים המגבילים באופנים כאלו ואחרים אפשרות להטלת חרמות. כך, למשל, ה-Export Administration Act, 50 USCS Appx (1977) האמריקאי (להלן: EAA) מסמיך את הנשיא לקבוע הנחיות אשר יאסרו על הצטרפות לחרם על מדינה ידידותית לארצות הברית, עליו הכריזה מדינה זרה. איני סבור כי חקיקה זו רלוונטית לענייננו. תכליתו של ה-EAA, כפי שציינה המדינה בתשובתה לעתירה, היא שמירה על מדיניות החוץ של ארצות הברית. ה-EAA אף אינו עוסק באופן ישיר בחרמות "פרטיים", והוא אינו עוסק ישירות, כך נראה, בחרם הקשור

למדיניות ספציפית של המדינה הידידותית, כגון, למשל, מדיניות ישראל ביחס לאזור. לעומת ההסדר שב-EAA, חוק החרם – ובעיקר ההסדר הנוגע לאזור – אינו עוסק באופן בלעדי ביחסי החוץ של ישראל אלא מטיל מגבלות על השיח הפוליטי הישראלי הפנימי. עוד הפנה חברי ל"חקיקת איסור אפליה" הנהוגה במדינות שונות בעולם, לרבות בצרפת ובגרמניה. אף חיקוקים אלה אינם רלוונטיים, לטעמי, למקרה שלפנינו. אף אם קיימת הצדקה לאיסור קריאות לחרם שיש בהן היבטים מפלים מסוימים, כעולה מהוראות המשפט המשווה הנ"ל ואף מחקיקת איסור האפליה הישראלית, אין הצדקה לעשות כן רק ביחס לסוג מסוים של עמדות פוליטיות.

52. הערה על הסתייעות במשפט האמריקאי – בחוות דעתי הפנתי מספר פעמים לדוקטרינות ולפסקי דין מהמשפט האמריקאי. ראוי לציין בהקשר זה כי בין שיטתנו המשפטית לזו האמריקאית קיימים הבדלים ניכרים בכל הקשור להיקף ההגנה על חופש הביטוי. ככלל, ההגנה המוקנית לחופש הביטוי בארצות הברית היא רחבה יותר. נוסחאות האיזון החוקתיות המיושמות בארצות הברית במקרים של פגיעה בחופש הביטוי שונות מאלה המיושמות בדיננו, זאת במיוחד כאשר מדובר במגבלות מבוססות תוכן על חופש הביטוי [ראו למשל: *United States v. Alvarez*, 132 S. Ct. 2537, 2543-2544 (2012); *United States v. Stevens*, 130 S. Ct. 1577, 1584 (2010); *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 131 S. Ct. 2729, 2733 (2011); רייכמן, בעמ' 193-192; אהרן ברק "החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי" מבחר כתבים א, 385, 388-391 (תש"ס)]. לנוכח הבדלים אלו, ברי כי אין ליישם את הכללים האמריקאים כמות שהם. אולם, העקרונות ודרכי הניתוח שהוצגו רלוונטיים לענייננו. הם מאפשרים לנו לעמוד על האתגרים שאיתם התמודדה שיטת המשפט האמריקאית בקשר לחופש הביטוי, ויש בהם כדי לשפוך אור על נקודות הקושי הרלוונטיות. כך, למשל, הפניה לדין האמריקאי מאירה את הסיכונים הכרוכים בהתערבות מדינתית מבוססת תוכן בשוק הביטויים. היא מפנה זרקור לחלק מהשיקולים הרלוונטיים להגנה (או להעדר הגנה) על ביטויים בעלי אופי כופה. היא מציעה נקודת איזון בין חופש הביטוי לבין כוחה של המדינה לבחור למי להעניק תמיכה, ושופכת אור על שיקולים שונים הרלוונטיים ליישום דוקטרינת הבשלות. הכרעות בית המשפט העליון של ארצות הברית בסוגיות אלה ראויות, לטעמי, לבחינה וללימוד, אף אם נחליט שלא להיעזר בהן בסופו של יום. בכל מקרה ההכרעה הסופית היא הכרעה "תוצרת הארץ". מקורה בכללים משפטיים ישראליים ובמסורת החוקתית הישראלית. כללים ישראליים אלו – ורק אלו – הם העומדים בבסיס הכרעתי דלעיל.

53. אמון הציבור – חוק החרם נוגע באחת הסוגיות הפוליטיות הסוערות והטעונות ביותר בציבוריות הישראלית. התוצאה אליה הגעתי מקורה בשיקולים משפטיים. היא נובעת מחשיבותו העליונה של חופש הביטוי הפוליטי. אולם, חרף היותה מסקנה משפטית, להכרעתנו בעתירה תהא משמעות פוליטית. הותרת החוק על כנו, וככתובו, תתקבל בכרחה על ידי חלק מהציבור, בעוד שפסילתו או צמצומו תזכה לברכות של חלק אחר בציבור. כל תוצאה עלולה להשפיע לרעה על אמון חלק מהציבור בשפיטה. בכך איננו יכולים לשלוט. אולם, "הרצון להבטיח את אמון הציבור במערכת המשפט אין משמעו שעל השופט לפסוק בניגוד למצפונו. על השופטים לדעת להתעלם מרוחות שעה חולפות, אשר לעיתים נושבות לצד כזה ולעיתים לצד אחר – לעיתים מברכות ולעיתים מקלסות" [ע"פ 8080/12 מדינת ישראל נ' אולמרט, פסקה 12 לחוות דעתי (6.7.2014)]. בעניין זה ניתן להפנות לדבריו הרלוונטיים של השופט מ' לנדוי בבג"ץ 390/79 דויקאט נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1)1 (1979):

"הפעם יש לנו מקורות כשרים לפסיקתנו ואין לנו צורך, ואף אסור לנו בשבתנו לדין, לערב בה את השקפותינו האישיות כאזרחי המדינה. אבל עדין רב החשש שביט-המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על-ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל-ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" [שם, עמ' 4].

54. סוף דבר – לו תישמע דעתי נורה על פרשנות החוק כאמור בפסקות 45-47 לחוות דעתי על-מנת להמנע מן התוצאה החמורה של בטלות החוק מחמת אי חוקתיותו.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

השיח החוקתי בתיק זה

1. העתירה החוקתית לובשת צורות שונות. לעיתים עניינה בקביעת גבול הנורמה המשפטית. פעמים שהיא מחדדת את חשיבותו של ערך משפטי מסוים, אשר מקומו

אולי הוזנח. ויש שהעתירה מתמודדת עם קונפליקט שנוצר בשל התנגשות בין שתי זכויות יסוד בעלות מעמד רם. קונפליקט כזה אף עשוי להעמיד על מסלול ההתנגשות החוקתי, זה מול זה, את היחיד מול הרבים, הפרט מול הכלל. זהו המצב במקרה שבפנינו: הוא מציב משני צדי המתרס את חופש הביטוי הפוליטי של הפרט – מחד גיסא, ואת רצונה של החברה הישראלית להתגונן מפני פעולות קשות שפוגעות בה חדשות לבקרים – מאידך גיסא.

2. חופש הביטוי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה. בעיניי הוא מרכיב מהותי ומעשי, אשר מבדיל בין חברה דמוקרטית לחברה שאיננה כזו. לא בכדי הפך חופש הביטוי, כבר בתחילת דרכה של המדינה, לעיקרון חוקתי יסודי בשיטתנו (בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871, 878 (1953)). להלן: עניין קול העם). פסק דין חשוב זה ניתן כידוע זמן רב – כארבעים שנים – קודם שנחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההכרה השיפוטית בחשיבותו יוצאת הדופן של חופש הביטוי – באה לעולם עשרות שנים לפני התפתחות השיח החוקתי המודרני, זה אשר מאפיין כיום את החברה הישראלית ומדינות רבות נוספות.

אכן, חופש הביטוי איננו זכות אבסולוטית. יש לאזנו ולשקללו למול זכויות ואינטרסים אחרים, שחשיבותם עומדת בפני עצמה, גם אם לא בהכרח באותה מידה ועוצמה. לכך אתייחס בהמשך. ועדיין, כפי שציינתי בפסק הדין בדיון הנוסף בעניין אילנה דיין:

"מעמדו הרם של חופש הביטוי במדינת ישראל איננו ניתן לערעור. כבר בעניין קול העם צוין כי חופש הביטוי הוא 'זכות עילאית', אשר 'מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות' (בג"ץ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז(1) 871, 878 (1953)). זוהי דוגמא ראשונה של הכרה בזכות חוקתית 'יש מאין', כיאה לימי בראשית".
(דנ"א 2121/12 פלרני נ' דיין, פסקה 3 לחוות דעתי (18.9.2014); שם, פסקה 6).

וכפי שכתב חברי, המשנה לנשיאה א' ריבלין, בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף:

"החירות הזו, שיש שניה לה אך אין קודמת לה נועדה, בראש ובראשונה, לאפשר לו לאדם ליתן ביטוי לאישיותו. חירות הביטוי מאפשרת לכל אדם לתת ביטוי לתחושותיו ולתכונותיו האישיות, להביע את אשר על ליבו, וכך לפתח ולטפח את אישיותו [...]. במובן זה חירות הביטוי היא חלק מן האוטונומיה של האדם, חלק

מזכותו להגדרה עצמית וחלק מיכולתו לתת ביטוי לסגולותיו; זוהי הזכות להגשמה עצמית" (ע"א 751/10 פלוני נ' ד"ן (8.2.2012)).

הדבר נכון במיוחד בכל הנוגע לחופש ביטוי פוליטי, לאמור: חרותו של הפרט לבטא בקול ברור וצלול את דעותיו ואת השקפותיו על היבטים שונים של ניהול המדינה. למעשה, הרציונלים העיקריים שעומדים מאחורי ההכרה בחופש הביטוי – חלים ביתר שאת בכל הנוגע לחופש הביטוי הפוליטי. יפים לעניין זה דברי השופט אגרנט בפסק דין קול העם:

"העקרון של חופש הביטוי הוא עקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי. במשטר אוטוקרטי נחשב המושל כאדם עליון וכמי שיודע, איפוא, מה טוב ומה רע בשביל נתיניו. על כן אסור לבקר בגלוי את מעשיו המדיניים של המושל, ומי שחפץ להפנות את תשומת לבו לטעות זו או אחרת שטעה, חייב לעשות כן בדרך של פניה ישירה אליו ותוך הוכחת יחס של יראת כבוד כלפיו. ואולם, בין אם שגה המושל ובין אם לא - אסור לכל אדם למתוח עליו דברי ביקורת בפרהסיה, הואיל ואלה עלולים לפגוע במרותו [...]. במדינה של משטר דמוקרטי - הוא משטר 'רצון העם' - רואים את 'המושלים' כמורשים וכנציגים של העם שבחרם. אשר על כן רשאי הוא בכל עת להעביר את מעשיהם המדיניים תחת שבטו, אם כדי לגרום לתיקונם של מעשים אלה ולעשיית סידורים חדשים במדינה, ואם כדי להביא לפיטורם המידי של 'המושלים' או להחלפתם באחרים בבוא מועד הבחירות" (עמ' 876).

ויודגש: חופש הביטוי הפוליטי איננו עומד למבחן מעשי כאשר עסקינן בהבעת דעות שמצויות בלב-לבו של הקונצנזוס. הקושי מתעורר כאשר אדם חפץ להביע דעות אשר מצויות במרחק מה – ואפילו במרחק רב – מלב ההסכמה החברתית המקובלת. אלו הן דעות שעלולות להיתפש על ידי הרוב כקיצוניות, מקוממות ואף פוגעניות. "דמוקרטיה חזקה ואמיתית חייבת לוודא, שההתמודדות עם דעות כאלה לא תהיה בדרך של איסור מגבוה על הפצתן אלא בדרך של הוויכוח הגלוי והחופשי, אשר במסגרתו כל פרט בחברה יכול לגבש לעצמו את עמדתו העצמית" (בג"ץ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 310 (27.07.1987), השופט ג' (ב). הנה כי כן, פסק דין קול העם עומד זקוף כאשר מדובר בקול היחיד מול העם בנושא פוליטי.

חשיבותו הרבה של חופש הביטוי הפוליטי נעוצה במספר טעמים.

ראשון, הטיעון לפיו חופש הביטוי מסייע להחלפת הדעה מקבל משנה חשיבות בארנה הפוליטית. באחרונה נקבעים ההסדרים הנורמטיביים המשמעותיים והמשפיעים ביותר על חייה של הקהילה הפוליטית.

שני, חופש הביטוי מסייע להגשמת הרכיב הדמוקרטי של הכרעת הרוב. לפי תפיסות שונות, ערכו של הליך בחירות עולה ככל שהציבור בוחר באופן מושכל, מתוך עמדה מבוססת הנטועה בהכרת העובדות והטענות השונות של המתמודדים בבחירות. ניתן אף לומר כי מרכזיותו של חופש ביטוי פוליטי נובעת דווקא מכך שאין תשובה נכונה לסוגיות הפוליטיות. בתחום זה אין בירור עובדתי או שאיפה להגיע לאמת הצרופה. הפוליטיקה עוסקת בשאלות שניתן וראוי לחלוק עליהן. בחברה דמוקרטית התקווה היא כי הרוב צודק. אך שיעור של 51% אינו מקנה ערובה לכך שעמדת הרוב בהכרח פיקחית יותר מעמדת אחרו המיעוט. לפיכך ה"תן וקח" הרעיוני, השיח בין דעות שונות – לרבות אלה שמקום מגוריהן מצוי בקצה המעגל – הכרחי עד מאוד. חשיבותו של חופש הביטוי היא לא רק במועד הבחירות עצמן, אלא בכל עת, שכן הדיון הציבורי משפיע באופן תמידי על קבלת החלטותיהם של ראשי הרשויות.

בנימוק השני טמון גם הטעם השלישי לחיוניות הרבה של חופש הביטוי הפוליטי. הלה מהווה אמצעי לפיקוח מתמיד על אופן פעולתם והחלטותיהם של אנשי הרשויות השונות.

רביעי, לפי גישות מסוימות קיים ערך עצמאי בהשתתפותם של פרטים בהליך הפוליטי. העניין נובע מהכרה בכבודם ובתפקידם כיצורים חברתיים ובעלי ערכים. נימוק זה עומד על רגליו הוא, וחורג מן ההשפעה על ההחלטות המתקבלות בפועל (ראו ראם שגב חופש הביטוי – הצדקות וסייגים, 148-124 (2008)).

במישור הכללי, חופש הביטוי הפוליטי מוגן לא רק בשל היותנו מדינה דמוקרטית, אלא אף בשל היותנו מדינה יהודית. כך משחר קיומנו. מוסבר כי אברהם אבינו נקרא "עברי" בשל כך שבסוגיית משטר האלילים הוא עמד בדעתו נגדו: "ויגד לאברם העברי... רבי יהודה אומר: כל העולם כולו מעבר אחד, והוא מעבר אחד" (בראשית רבה, מח, ח). החג הראשון של העם היהודי, ולמעשה החג המכונן, הוא חג הפסח. הוא מעמיד את חירות הפרט מול משטר העבדות של פרעה במצרים. נקודות אלה מחדדות את מרכזיותו של חופש הביטוי הפוליטי כסוגיה מובנית של חופש היחיד מול המשטר הקיים, המגביל את בחירתו. הנקודה אינה רק "שוק הדעות", אלא חופש הביטוי של פלוני מול הגורם הפוליטי השולט. כוחו של היחיד להחליט את החלטותיו

ולהביע את עמדותיו, מבלי שהחברה – ולו חברה דמוקרטית – תחליט בשבילו בשם הציבור.

הדברים הובאו תחילה משום שהעתירות שלפנינו מעוררות את הצורך לבדוק את גבולותיו של חופש הביטוי. העתירות מתמקדות כולן בשאלת חוקתיותו של חוק החרם, תוך מתן דגשים שונים. נדמה כי ההכרעה בענייננו עשויה ליפול גם על פי המשקל שיש להעניק לחופש הביטוי הפוליטי.

3. כפי שעולה מהצעת החוק, מטרתו היא "למנוע נזקים הנגרמים בשל תופעת החרמות המוטלים על גורמים שונים מחמת זיקתם למדינת ישראל. החרמות עלולים לפגוע בפעילות העסקית, התרבותית או האקדמית של מושא החרם, ולגרום לו נזקים כבדים" (ה"ח הכנסת 373 (2.3.2011)).

ניכר כי יוזמי החוק נתנו דעתם על חשיבותו של חופש הביטוי הפוליטי. כך, למשל, החוק בנוסחו הסופי איננו כולל סנקציה פלילית כנגד הקורא לחרם. דוגמא נוספת היא שהחוק אינו מופנה כלפי כל קורא, אלא רק כלפי "המפרסם בודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל" (להלן, לשם הקיצור: הקורא או הקריאה לחרם). חברי השופט ח' מלצר אף היטיב להציג היבטים ערכיים נוספים שטמונים בחוק, למשל הרצון למנוע אפליה על בסיס זיקה לארץ מוצא (פסקה 32 לחוות דעתו). ועדיין, העניין צריך להיבדק במלואו במשקפיה של הביקורת השיפוטית החוקתית.

ההכרעה בתיק זה איננה קלה. היא מעוררת שאלות משפטיות, לבר-משפטיות וחברתיות. כשופטים, תפקידנו בראש ובראשונה לבדוק את החוק כפי שהוא. לאמור: ההתנגשות - אותה יש לאמוד ולגביה יש להכריע – מתעוררת בצורה קונקרטי, ועוסקת בהיבטים פרטניים של זכויות מסוימות. היא נסובה סביב טקסט משפטי מסוים. טקסט זה, בענייננו: חוק החרם – הוא שעומד ביסוד ההכרעה.

החוק מורכב ממספר סעיפים. תחילה מוצגת הגדרת החרם, שהיא אבן הפינה ליתר סעיפי החוק (סעיף 1). לאחריה מופיעות מספר סנקציות, אשר עלולות לחול על מי שקורא לחרם בתנאים שנקבעו. ניתן לחלק את הסנקציות לשלושה תחומים: עוולה (סעיף 2), מניעת השתתפות במכרז (סעיף 3), ושליטת הטבות (סעיף 4). אתיחס לכל מרכיב בנפרד, על פי סדר הדברים.

4. זו לשונו של סעיף 1 לחוק:

”בחוק זה, 'חרם על מדינת ישראל' – הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית”.

יושם אל לב שההגדרה כוללת שלושה מרכיבים: הימנעות מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי; זיקה למדינת ישראל, למוסד ממוסדותיה או לאזור הנמצא בשליטתה; פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית.

סעיף ההגדרה מתמקד, כאמור, ב"חרם". אך לא ניתן ללמוד ממנו כשלעצמו מהי הפעולה של היחיד, אשר כתוצאה ממנה תוטלנה שלוש הסנקציות. התשובה לכך מצויה בסעיפים הרלבנטיים, 2-4. המשותף לכולם הוא שהסנקציה המסוימת – חובת תשלום פיצויים, מניעת השתתפות במכרז או שלילת הטבות - תחול על מי שמפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם. להשלמת התמונה יוער כי סעיפים 3-4 מתייחסים גם למי שהתחייב להשתתף בחרם. הדגש הוא על ההתחייבות ולא על ההשתתפות. כך או כך, המשמעות היא שעל מנת להיכנס לגדרי הסנקציות – די בעצם הקריאה להשתתפות בחרם, ואף מבלי להשתתף בחרם בפועל. אין צורך להשתתף בחרם כדי ליפול ברשת הסנקציות. הבחינה הקונקרטית של החוק מלמדת כי הוא יוצא נגד חופש הביטוי, אשר מצוי בטווח של חופש ביטוי פוליטי – למשל המדינה כמדינה או אפילו שטחים ממנה. צא ולמד מכאן שהחוק מכוון להגביל את חופש הביטוי הפוליטי. אמנם כאשר מגיעים אנו לקריאה למעשה אין המדובר בדרגה הגבוהה ביותר של חופש הביטוי, שהוא הבעה טהורה של דעה, עמדה או פרסום עובדות. החוק אינו חל על ביטוי של הפרט, לפיו הוא, באופן אישי, מטיל חרם על ישראל, כהגדרתו בחוק. הביטוי הוא הקריאה לחרם על ידי האחר. אך עדיין – מדובר ב"קריאה", השייכת בצורה מובהקת לחופש הביטוי (לנקודה זו ראו חוות דעתו של חברי השופט י' דנציגר, בפסקה 6, לרבות ההפניה למאמרה של Theresa J. Lee ושל פרופ' נילי כהן). מעבר לכך, אין המדובר בקריאה לביצוע עבירה פלילית או עוולה אזרחית. כאמור, החרם עצמו לא נאסר בחוק החרם. לכן, גם אם ישנם ביטויים "טהורים" יותר לחופש הביטוי הפוליטי, עדיין מצויים אנו בתחומיו, על כל המשתמע מכך מבחינת ההכרה במשקל הראוי לפגיעה. רוצה לומר, יש משמעות לסוג הפגיעה ולחשיבותה במדינה דמוקרטית.

הזכות לחופש ביטוי עומדת, כאמור, במדרג גבוה ביותר. הבעתי בעבר את עמדתי כי בבוא בית המשפט לערוך ביקורת חוקתית – חשוב לתת את הדעת על מיקומה של הזכות הרלבנטית בתוך מדרג הזכויות. נדמה שאף אם אין זו השעה לקבוע היררכיה מובנית של זכויות, ואף אם אין הדבר רצוי בשיטה חוקתית יחסית ומידתית, נכון יהיה גם על פי מצוות המחוקק בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לתת את הדעת לסוג הזכות שנפגע, תוך קביעת כללים. כך הוא המצב גם בארצות הברית, שם נהוג להבחין בין שלוש דרגות של זכויות לשם קביעת עוצמת הביקורת השיפוטית הנדרשת. בתמצית ניתן לתאר כי מבחן הקשר הרציונלי (Rational Basis Test) מופעל כלפי החלטה שלטונית שבוצעה בשירותיות; הפליה על בסיס גיל או מין תזכה לביקורת שיפוטית בדרגה בינונית (Intermediate Scrutiny); והפליה על בסיס גזע – הנתפשת כאפליה מדרגה חמורה במיוחד – תטופל בביקורת שיפוטית קפדנית (Strict Scrutiny) (ראו: בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 4 לחוות דעתי (11.1.2012)).

גישה זו היא מתבקשת. בפרפראזה על דברי הסופר ג'ורג' אורוול בספרו חוות החיות, ניתן לומר כי "לא כל הזכויות שוות; יש זכויות שוות יותר". הדברים מקבלים משנה חוקף בבוא בית המשפט להעביר את החוק במסגרת של מבחן המידתיות, הן במובן הרחב והן במובן הצר. ברי כי אין המשמעות שלנוכח חשיבותו של חופש הביטוי, אפילו זה הפוליטי – בתחרות למול זכויות אחרות ידו תמיד תהא על העליונה. אולם מעמדו של חופש הביטוי משפיע על הניתוח החוקתי במקרה הקונקרטי.

הפניה לפסיקה האמריקאית עשויה לחדד את הנקודה. שיטה זו מכירה במגבלה על חופש הביטוי במקרים מסוימים. ברם רשימת המקרים היא מוגבלת ביותר, ומתמקדת בעיקר במצב בו חופש הביטוי של אחד גורם נזק לאחר. פסק הדין המנחה בעניין זה הוא Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969), שם נקבע אימתי ביטוי מסוים חוצה את הגבול שמפריד בין ביטוי מוגן לבין עבירה פלילית. נפסק שהמבחן הוא כפול: הסתה ישירה (direct incitement), וסבירות לפעולה מיידית בלתי-חוקתית (likelihood of imminent lawless action). יש להוכיח קשר סיבתי בין הביטוי העומד למבחן לבין הנזק או הפעולה הבלתי-חוקתית הצפויים.

ישנם כמובן חוקים בישראל שמגבילים את חופש הביטוי, כגון חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, סעיף 12 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] או סעיף 122 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969. ההגבלה באותם חוקים נועדה למנוע פגיעה בעלת עוצמה מסוימת. למשל, הגבלה על חופש הביטוי שגורם לביזוי או

השפלה של אחר. כאן מדובר על ביטוי שעלול לפגוע בפרנסה, בעיסוק, בעבודה ובמחקר האקדמי. אך ברקע, ולא רק, יודגש שוב כי די בקריאה הפומבית להטלת חרם כדי להיכנס בגדרי הסנקציות, וזאת אפילו אם הקורא איננו משתתף בחרם. הדברים הובאו לא כדי לשלול על הסף חלוקה כזו, אלא להראות שהחוק, כפי שנוסח, נועד בעיקרו להגביל את חופש הביטוי. יש בכך, לדעתי, כדי להציב פרספקטיבה אחרת של חוק החרם, על פי לשונו. כשם שהדין נגזר מהעובדות, כך הביקורת החוקתית נגזרת מהטקסט המשפטי, על היש והאין שבו.

עוולה אזרחית - סעיף 2

5. הסעיף, שכותרתו "עוולה אזרחית", קובע כדלקמן:

"(א) המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, ועל פי תוכנה של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת החרם, והמפרסם מודע לאפשרות כאמור, עושה עולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליו.

(ב) לעניין סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] לא יראו מי שגרם להפרת חוזה מחייב כדין על ידי קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל כמי שפעל מתוך צידוק מספיק.

(ג) מצא בית המשפט כי נעשתה עוולה לפי חוק זה בזדון, רשאי הוא לחייב את עושה העוולה בתשלום פיצויים שאינם תלויים בנזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה); בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, בנסיבות ביצוע העולה, חומרתה והיקפה".

למעשה, סעיף 2 כולל שלושה רכיבים שונים: יצירת עוולה חדשה שעניינה קריאה להטלת חרם (סעיף קטן א); קביעה באשר למרכיב מסוים בעוולת גרם הפרת חוזה (סעיף קטן ב); ומתן אפשרות לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק (סעיף קטן ג). אקדים ואומר כי דעתי היא שסעיף 2 כולו איננו עומד בביקורת החוקתית – ולפיכך דינו להתבטל. לשם הבנת העמדה אבהיר כי מוכן אני להניח שהחוק עובר את שלוש המבחנים המקדימים: על פי חוק, ולתכלית ראויה שהולמת את ערכי מדינת ישראל. כמו כן אניח שהחוק עובר את שני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות – קשר רציונלי ואמצעי אחר שפגיעתו פחותה. אף על פי כן, סבורני כי סעיף 2 כולו איננו עומד במבחן המשנה השלישי של המידתיות: מידתיות במוכן הצר. אפנה תחילה לבחינתם של סעיפים קטנים א ו-ג, אשר נדמה כי הקשר ביניהם הוא הדוק במידה רבה יותר.

6. המעמד הרם של חופש הביטוי הפוליטי דורש כי ייבחן החידוש של החוק שפוגע בזכות זו, על פרטיו. בראייה זו, במבט ראשון עולה כי סעיף 2 לחוק מקל על התובע שדורש פיצויים בשני מובנים.

ראשית, ניתן לחייב בפיצויים ללא הוכחת נזק – סעיף קטן ג. נכון שאפשרות זו מותנית בכך שהעוולה נעשתה בזדון. ברם נראה כי אין מדובר במשוכה גבוהה דיה. המונח "זדון" לא התפרש בחוק. ככל הנראה הייתה כוונתו של המחוקק להוציא מקרים של רשלנות או מקרים בהם יש מודעות לאפשרות לחרם מבלי שתהיה כוונה לגרימתו (השוו לדרישת הזדון המופיעה בסעיף 131 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, אשר פורשה כדרישה לפעולה מכוונת. ראו למשל ע"א 774/80 בדווי ארטלאן נ' דעד פאהום, פ"ד לה (3) 584 (1981); רע"א 4740/02 אברהים חליל אלעמד נ' מוחמד זכי אלבודרי (23.06.2005)). לחלופין, יתכן כי הדרישה היא למניע שלילי במיוחד – רצון לגרימת נזק (malice), בדומה לדרישת הזדון בפקודת הנזיקין (ראו ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 1160-1162 (2012) (להלן: גלעד); יצחק אנגלרד "דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית" 130, 150 (גד טדסקי עורך, מהדורה שנייה, 1976)). אולם באופן מעשי, פעולה של קריאה לחרם מצביעה לרוב – מטיבה ומטבעה – על כוונת המפרסם לכך שקריאתו תביא לחרם בפועל, אשר עונה גם על דרישת המניע השלילי. זאת, גם אם כאמצעי להגשמת מטרה אחרת, ולא מתוך תכלית סופית של פגיעה במוחרמים. מכאן שמתעוררת במלוא עוזה השאלה – עד כמה קשה יהא להוכיח את אלמנט הזדון. כנראה, ומבלי לקבוע מסמרות, שהתשובה תהיה שאין מדובר במשימה קשה במיוחד.

שנית, לכאורה ניתן יהא לחייב בנזיקין אף בלא שיוכחו חלק מרכיבי העוולה הקלאסיים – קשר סיבתי וגרימת נזק – כפי שעולה מלשון סעיף 2(ג) ולכאורה אף מלשון סעיף 2(א). החבות לפי הסעיף האחרון תקום כאשר לנוכח תוכן הקריאה ונסיבות הפרסום – "יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת החרם, והמפרסם מודע לאפשרות כאמור". דהיינו, אין דרישה להוכחה של קשר סיבתי בין הקריאה לחרם לבין הנזק, על פי מאזן ההסתברויות, אלא הוכחה של אפשרות סבירה. שאלה ראויה היא האם יצירת הקלה כזו בתביעה אזרחית, תוך כרסום ופגיעה בחופש הביטוי הפוליטי – היא מידתית. יש בה כדי להגביל יתר על המידה את חופש הביטוי הפוליטי. חופש זה דורש הגנה חוקתית. המחוקק בחר בסנקציה של עוולה אזרחית תוך זניחת המסלול של עבירה פלילית. טוב שכך נהג. ברם, ניתן לסבור כי ההקלה הדו-ראשית בכל הנוגע לעוולה הנזיקית – הופכת את העוולה למעין צעד ענישתי.

עניין זה מטריד אותי, אך הפתרון אשר הוצע על ידי חברי, השופט מלצר, מקובל עלי בתור פרשנות לגיטימית. וכך עמדתו: יש לבטל את סעיף 2(ג) שעניינו פיצויים לדוגמה, ויש לפרש את רכיבי העוולה שבסעיף 2(א) כעולים בקנה אחד עם רכיבי העוולה שקבועים בפקודת הנזיקין. קרי, לשם הוכחת העוולה שנקבעה בחוק החרם – יידרש התובע להוכיח קיומו של נזק, וכן קשר סיבתי בין הקריאה לבין הנזק שנגרם. לתפיסתי, שאלה היא האם הפרשנות המוצעת היא בהכרח הפרשנות לה התכוון המחוקק מבחינה סובייקטיבית. עם זאת, הפרשנות שהציע חברי לגבי סעיף 2(א) אפשרית לפי לשון החוק (ויש לכך אף תמיכה מסוימת בהצעת החוק). כידוע, כלל הוא כי יש להעדיף פרשנות שמונעת את ביטולו של חוק על פני פרשנות שמביאה לביטולו. לפי הגישה המוצעת, הדיבור – "[על פי] הנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת החרם, והמפרסם מודע לאפשרות כאמור" – הוא תנאי נוסף. לאמור, סעיף זה מוסיף משוכה נוספת להוכחת העוולה. אולם "המפרסם בידעין קריאה פומבית להטלת חרם... עושה עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין יחולו עליו". משמע, מבחני הקשר הסיבתי והוכחת הנזק נגזרים מפקודת הנזיקין. פרשנות זו מביאה לביטול סעיף 2(ג), לעניין הטלת פיצויים לדוגמא, ואילו סעיף 2(א) – חרם כעוולה נזיקית – נותר על כנו, תוך דרישה להוכחת קשר סיבתי ונזק כמקובל בדיני הנזיקין.

ואולם אין זה סוף פסוק. לשון אחר, פרשנות הסעיף שהוצעה מקובלת עלי, אך אינני סבור כי סעיף 2(א) צולח את המבחן החוקתי גם כך. כאמור, מיקוד הדיון יהיה במבחן המידתיות השלישי – מידתיות במובן הצר, נזק מול תועלת.

סעיף 2(א) – מבחן המידתיות במובן הצר

7. מספר נדבכים למסקנתי שסעיף זה אינו עובר את מבחן המידתיות במובן הצר. ראשון, מבחן הוודאות הקרובה. כפי שהסביר חברי השופט מלצר, פגיעה בחופש הביטוי לשם הגנה על אינטרס המתנגש עמו חייבת לעמוד באמת המידה של ודאות קרובה. לפי מבחן זה, על הקריאה הנדונה לפגוע באינטרס המוגן בסבירות גבוהה (ראו עניין קול העם, עמודים 887-889). אלא שלטענתו, אין קושי בהיבט זה במקרה הנוכחי. הסיבה לכך, כי משנקבע שיש להוכיח קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין הנזק, הרי שאין המדובר בוודאות קרובה לנזק אלא בוודאות. טיעון זה מפולפל ותופס את ההיגיון. ברם, אינני בטוח כי הוא מדויק. הטעם לדבר, שמבחן הקשר הסיבתי העובדתי בודק את הזיקה בין הביטוי לתוצאה בדיעבד (ex post). הוא אינו בוחן את הסבירות

שהייתה קיימת מלכתחילה לזיקה כזו. מנגד, מבחן הוודאות הקרובה הוא מבחן מהותי החל בעת הקריאה לחרם (ex ante). הוא נועד לסנן מתחום האחריות ביטויים שאין למנעם. הבחינה המעין-ראייתית תכליתה לכוון התנהגות או דיבור ב"זמן אמת". המידע שנאסף לאחר מכן אינו אלא חכמה שלאחר דיבור.

טול, לדוגמא, קריאה לחרם בפורום סגור ומצומצם של סטודנטים. היא עלולה "לזלוג" החוצה ולגרום בפועל לחרם של חברה מסחרית גדולה. ודאות קרובה נעדרה בשעת דיבור, אך קשר סיבתי עשוי להתקיים. אכן, מבחן הקשר הסיבתי המשפטי נועד להתמודד עם קושי זה. במסגרתו נבחן מצב הדברים בעת הקריאה עצמה. כך גם מבחן "האפשרות הסבירה" שנקבע בסעיף 2(א) לחוק. אולם מבחנים אלה אינם של "וודאות קרובה", אלא מבחנים מקלים יותר. נמצאנו למדים כי הדרישה המהותית לוודאות קרובה אינה חייבת להתקיים בכדי שתקום "עוולת הקריאה לחרם". מודע אני לכך כי אף הסתייגותי זו אינה נקייה מספקות, ואף היא מפולפלת. לכן, אבסס את מסקנתי לפיה רב הנזק החוקתי על התועלת שבהשאת סעיף 2(א) על כנו, גם מבלי שיוענק משקל לנימוק זה, אם כי לדעתי הוא בעל משקל.

הנדבך השני הוא שעסקינן ביצירת עוולה חדשה. ההנחה היא כי המחוקק, בקבעו את החוק בכלל ואת סעיף 2(א) – עוולה נזיקית של קריאה לחרם – בפרט, רצה לחדש. הואיל והחידוש פוגע, כאמור, בחופש הביטוי הפוליטי, מתבקשת בדיקה חוקתית עניינית וזהירה. עליה להעניק את המשקל הראוי לפגיעה מצד אחד, ולתכלית הראויה של מניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם מן הצד השני. אין להכחיש את החידוש שבחוק. כפי שנכתב בהצעת החוק:

"הצעת החוק נועדה לקבוע עוולה נזיקית חדשה, שתחול גם במקרים שאינם באים בגדר העוולות האמורות [של גרם הפרת חוזה ורשלנות] ותאפשר לאדם או לגורם אחר שניזוק כתוצאה מחרם שהוטל עליו מחמת זיקתו למדינה לתבוע את נזקו".

צא ולמד, המחוקק לא רצה לחזור על הקיים אלא לפרוץ דרך חדשה.

8. נדבך שלישי, ובמטרה לאתר את החידוש בדרך זו, עניינו הייחוד של סעיף 2(א) לעומת סעיפים 3 ו-4. הראשון מעניק כלי ליחיד לתבוע את היחיד, בגין קריאתו לחרם, בדיני הנזיקין. האחרונים עניינם סנקציות מנהליות מטעם המדינה. להבחנה זו יש בעיניי משמעות מרובה. הענקת כלי כזה ליחיד אינה יוצרת איזון מידתי בין התכלית – הראויה – לפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. הסיבה לכך נסובה סביב הקלות היחסית

שבהגשת תביעה וניהולה. נניח שאדם קורא לחרם, כפי שמוגדר בסעיף. בשלושת החודשים שלאחר מכן יש ירידה ברווחי המפעלים והחנויות באזור המוחרם. די בכך כדי להכשיר את הגשת התביעה הנזיקית נגד הקורא, שעל פני הדברים תעבור את מבחני הסף. הרי יש קריאה לחרם ויש נזק. התובע יכול לנסות ולהוכיח את סוגיית הקשר הסיבתי ביחס להפסד כולו: בהנחה שיש ירידה של עשרים אחוזים, ניתן לטעון כי כולה נובעת מהקריאה. לחלופין, ניתן לטעון כי רק חלק מן הירידה נובע מן הקריאה – למשל חמישה אחוזים. בדוגמא האחרונה יהא התובע רשאי לטעון כי הגם שחל מיתון במשק בתקופה הרלבנטית, לולא הקריאה היה מפסיד רק חמישה עשר אחוזים. תביעה כזו יכולה להיות מוגשת על ידי כל מפעל, עסק וחנויות באזור. אפילו מפעל מרוויח רשאי יהיה לטעון שלולא הקריאה לחרם הרווח היה גדול יותר ובכך נגרם לו נזק.

מוכן אני להניח כי יהיו תביעות שבהן הנזק יוכח באמצעות המבחנים הרגילים בדיני הנזיקין. ברם, תביעות רבות תהפוכנה למכשיר – לכלי של הגשת תביעה, כדי ליצור מציאות חדשה וקשה לאנשים ולגופים שונים. הנזק שבמציאות זו ייגרם אף אם התביעה לא תצלח. ניתן אף להניח שעורכי דין שונים ירתמו לעניין, גם כחלק ממאבק אידיאולוגי. תביעות אלה תהפוכנה לכלי ניגוח פוליטי, מעל גבי הבמה של הערכאות הדיוניות השונות. התוצאה הקשה תהיה אפקט מצנן שישפיע על חופש הביטוי, ובמיוחד כאשר מדובר בנתבע היחיד. יהיה עליו לכלכל (תרתי משמע) את צעדיו בטרם יקרא לחרם, וזאת בהקשר של חופש ביטוי פוליטי. כדברי חברי השופט דנציגר, "קיומו של אפקט מצנן במקרה דנן אינו ספקולטיבי כלל ועיקר. יצירתו של אפקט מצנן היא האמצעי העיקרי בו בחר המחוקק להגשמת תכליות החוק..." (פסקה 29 לחוות דעתו). וראו הסיכום הבהיר והמקיף בחוות דעתו, וכן דבריו של חברי הנשיא (בדימ') גרוניס בבג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה 16 לפסק דינו (17.9.2014).

בנקודה זו מובלט השוני בין העוולה הנזיקית – סעיף 2, לבין הסנקציה המנהלית – סעיפים 3 ו-4. הפעלת האחרונה נעשית על ידי המדינה, אשר היא זו שאמונה על הגנת האינטרס הציבורי של הכלל כולו ושל קבוצות מסוימות. בתור שכזו, עליה לפעול על פי אמות המידה של המשפט הציבורי והמנהלי. למשל, אכיפה בררנית, קביעת קריטריונים ונהלים פנימיים, פעולה באופן סביר ולפי כללי הצדק הטבעי ועוד. משטר דומה אינו חל על היחיד. נקודה זו באה לידי ביטוי במשפט הישראלי ואף במשפט המשווה.

במשפט הישראלי ניתן להצביע על ההסדר הקבוע בסעיף 4 לחוק איסור לשון

הרע:

”לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד [...] אין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה. ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו”.

יחיד אינו יכול לתבוע יחיד אחר בגין פרסום לשון הרע על ציבור שהוא חלק ממנו. הוא אף לא יכול להגיש קובלנה פלילית. הסדר זה אינו נובע מכך שקבוצות אינן זקוקות להגנה על שמן הטוב, או מתוך הנחה שיחיד הקבוצה אינם ניזוקים כלל מן הפרסום המבוזה ומשפיל את הקבוצה. לשם הגנה על אלה נקבע האיסור הפלילי. מדוע אפוא לא יוכל כל אחד מן החברים לפנות לערכאות בגין הפרסום?

מספר טעמים לדבר. בין היתר, במקרים אלה עולה חשש לגרימתו של אפקט מצנן שיפגע בחופש הביטוי. מפאת חשש זה נשללה יכולתם של יחידים “להציף” את המפרסם בתביעות אזרחיות. זאת, אף כשמדובר בביטוי במדרגה נמוכה – “ביטוי שקרי ציבורי” המבוזה או משפיל ציבור שלם (ראו ע”א 8345/08 עופר בן נתן נ’ מוחמד בכרי, פסקה 8 לפסק דינו של השופט י’ עמית (27.07.2011)). האיזון הראוי בין הערכים המתנגשים מעניק למדינה את הכוח לנקוט בהליכים. ההנחה היא שכוחה יופעל באופן הולם ומאוזן מלכתחילה, שימנע את האפקט המצנן ואת הפגיעה בחופש הביטוי. טעם נוסף הוא התפיסה לפיה ההגנה על ציבור מסוים – או הציבור כולו – היא אינטרס שלטוני ולא פרטי. מן הראוי שזה יוגן בידי הרשויות, ולא “יופרט” ויוענק ליחידים (שם; חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנון לשון הרע – הדין הרצוי והמצוי 250 (2005). להלן: לשון הרע).

ובחזרה לנידון דידן. קריאה לחרם שונה מ”פרסום שקרי ציבורי”. שם – יתכן שמדובר בעובדה שקרית; כאן – מדובר בביטוי הקרוב לדעה. שם – יתכן שמדובר בפרסום שאיננו בעל ערך ציבורי; כאן – מדובר בביטוי פוליטי. נלמד כי אם ב”קל” נזהר המחוקק, ב”חמור” עלינו להיזהר שבעתיים. לא למותר להזכיר כי בדיונים שנסובו סביב תיקון חוק איסור לשון הרע נדונה גם הסוגיה של לשון הרע על ציבור. האפשרות לקבוע עוולה אזרחית כמעט שלא עלתה על הפרק. מנגד, נמצאו תומכים לדעה שאף קביעת העבירה הפלילית מרחיקת לכת. מצב דומה ניתן למצוא בכל רחבי העולם (ראו לשון הרע, בעמודים 248-249). הגנה על אינטרס הציבור – כן. אך בד בבד, הפקדתה בידי הרשות, ולא בידיהם של פרטים. והכל לנוכח הזהירות הנדרשת בעת הגבלת חופש

הביטוי. אומר זאת בצורה אחרת. הגנה כנגד לשון הרע היא "אמת דיברתי" (סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע). הגנה כזו אינה יכולה להיות מענה כנגד ביטוי פוליטי, שכן כפי שהובהר לעיל – עסקינן בעמדה ולא בעובדה.

אשר למשפט המשווה. חבריי, השופט מלצר והשופט דנציגר, פרשו יריעה משווה רחבה, של חקיקה ופסיקה. לטעמי הפנייה אל המשפט המשווה חשובה במיוחד בתיק זה. הסיבה לכך, כי הרקע לחוק כולל פעולות בעד ונגד חרם, גם נגד מדינת ישראל. אין זה מפתיע כי בהצעת החוק הפנה המחוקק ל- Export Administration Act of 1979 (להלן: EAA) שנחקק בארצות הברית. ואולם, להשקפתי גם אם נקבל את תקפות ההיקשים של המשפט המשווה לענייננו, הם משתלבים ותומכים בעמדתו. העיון המשווה מעלה כי הסנקציות בשיטות אחרות אינן בין היחיד ליחיד, בדמות תביעה נזיקית, אלא נתונות בידי המדינה, לדוגמא סנקציות מנהליות. טול לדוגמא את ארצות הברית. שני דברי החקיקה המרכזיים שעליהם הצביעו המשיבים הם ה-EAA ותיקון ה-Ribicoff ל- Tax Reform Act of 1976 (להלן: TRA). דברי חקיקה אלה נחקקו על רקע החרם הערבי שנערך על מדינת ישראל, ונועדו לסייע בהגנה על האינטרסים של מדינת ישראל ושל ארצות הברית. בשני החוקים ניתן למצוא סנקציות המופנות כלפי מי שמתתף בחרם על מדינה שארצות הברית אינה מחרימה. כך, במסגרת התיקון ל-TRA נשללות הטבות מס שונות מן המשתתף בחרם (26 USC § 908). בנוסף לכך, סנקציות מנהליות יכולות להיות מוטלות עליו מכוחו של סעיף 11(c) ל-EAA. החוק אינו כולל סעיף המאפשר לאזרח הרואה עצמו נפגע מהחרם להגיש תביעה אזרחית. חוקים נוספים המופיעים בסקירה שהוגשה לוועדת החוקה אף הם אינם קובעים קריאה או השתתפות בחרם כעוולה אזרחית (ראו: <http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02861.pdf>).

על פי הצעת חוק החרם, הוא אינו דבר החקיקה היחיד החל על קריאה לחרם. על פי עמדה זו, ניתן להגיש תביעה בעילות של רשלנות או גרם הפרת חוזה. אף אם נניח שהדבר נכון, באופן מלא או חלקי בהתאם לנסיבות, בכל מקרה מדובר במקרים חריגים. ודאי שלא בהיקף ובנסיבות שבהם נוסחו הנוכחי של סעיף 2 לחוק מאפשר לתבוע. כך בישראל וכך במדינות אחרות. נשקיף שוב על המצב בארצות הברית. ניסיונות לתבוע בגין קריאה לחרם כשלו על רקע חשיבות חופש הביטוי, גם בעילות נזיקיות קיימות. חברי השופט דנציגר התייחס בהרחבה לפסק הדין בעניין Claiborne, שבו נדחתה תביעת נזיקין דומה. כזכור, בעניין זה החרמו תושבים קבוצת סוחרים במטרה להשפיע על מדיניות הרשות. כתוצאה מן החרם נגרמו לסוחרים אלה נזקים כלכליים. כפי שנקבע, "Speech does not lose its protected character, however, simply because it may embarrass others or coerce them into action". ואף אם

ניתן להציג נסיבות או דוגמא שבהן תביעה כזו תתקבל – וכנראה זוהי עמדת חברי השופט מלצר – אין לקבל את הטענה במופעה הגורף. הפסיקה של בית המשפט העליון הכירה בהתנגשות שבין התכלית של התנגדות לחרם והזכות לחופש הביטוי, וביכרה את האחרונה על פני הראשונה. ובחזרה לשיטתנו. נוסחו של הסעיף רחב – רחב מדי. מבחן המידתיות כמוכן הצר אינו נצלח. כך, כמדומה, בעולם כולו. כך במדינת ישראל.

ודוק, אינני קובע כי חייבים לצעוד במסלול של הדין האמריקאי בסוגיית הביקורת החוקתית של סעיף 2. בארצות הברית המסקנה נובעת מכוחו של התיקון הראשון לחוקה. ואילו אנו, בשיטתנו החוקתית, בוחנים את החוק על פי המבחנים החוקתיים של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אם כי, כמוכן, מעמדו של חופש הביטוי הפוליטי מוכר על ידי בית משפט זה, וניתן להעניק משקל לסוגיה זו, לגישה האמריקאית. בפריזמה זו – גם בהיבט העקרוני וגם בהיבט המעשי – סבורני כי רב הנזק על התועלת שבחוק. הסעיף אינו עובר את מבחן המידתיות כמוכן הצר.

9. נדבך רביעי, ומעשי באופיו. נוצר, בעיניי, קושי מבחינת שיקולי מדיניות שיפוטית. סעיף 2 לחוק דורש מבית המשפט להתמודד עם מרכיבים נוספים, זאת כערכאה ראשונה ומבררת ולא כערכאה המפעילה ביקורת מינהלית ובוחנת את מתחם הסבירות. למשל, על בית המשפט לשקול את תוכנה של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה (סעיף 2(א)), וכן את נסיבות ביצוע העוולה, חומרתה והיקפה (סעיף 2(ג)). הניסיון מלמד כי בבוא בית המשפט לכמת נזקים שונים – עליו להיכנס לעובי הקורה ולערוך אומדנות למיניהן. למשל, על מנת לקבוע את גורלה של התובענה הפרטנית שמונחת בפניו הוא יאלץ להעריך, להשוות ולהבחין בין מקרים שונים, קריאות שונות לחרם, בהיקפים שונים ובצורות שונות. בכך שונה מלאכת השיפוט מהערכות לגבי סבל, או אפילו לשון הרע, כאשר ברקע יש סוגיות עובדתיות ולא חילוקי דעות בשדה הפוליטי. קיים חשש שהחוק החדש יחייב – או לפחות עלול לגרור – את בתי המשפט המבררים תביעות נזיקין – בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי – להתעמק ולהכריע בנושאים פוליטיים מובהקים. מוטב, לטעמי, שמלאכה כזו לא תיעשה בין כותליהם.

פן נוסף של נדבך זה הוא הבעייתיות הטמונה בחוק בהיבט של דיני הנזיקין. החוק מאפשר למספר רב של תובעים לתבוע בגין נזק כלכלי טהור. שאלות הקשורות להוכחת הקשר הסיבתי הנדרש לא זכו להבהרה. נדמה כי סעיף 2 סובל מעמימות מובנית. גם אם הדבר אינו מביא לביטולו, עדיין יש באי הבהירות משקל בביקורת החוקתית של חופש הביטוי הפוליטי בהליך האזרחי. תוזכר בהקשר זה הדוקטרינה של

”ביטול מחמת עמימות” (Void for vagueness) בשיטה האמריקאית ביחס לעבירות פליליות. בכל זאת, יש לכך משקל בביקורת החוקתית על ההליך האזרחי. כמובן, לו הייתי סבור שהסעיף צולח את הביקורת החוקתית – שיקולי המדיניות השיפוטית, וליתר דיוק שיקולי המדיניות של מלאכת השפיטה, לא היו מטים את הכף כשלעצמם, ככל הנראה. אך משנראה לי כי זה איננו המצב, יש תועלת בהצגת הקושי האמור. נתונים אלה מעצימים את האפשרות לפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. ככל שהפגיעה היא בזכות יסודית יותר, וככל שהשלכותיה חמורות יותר, נדרש דיוק רב יותר בתחמתה. הניסוח של סעיף 2 אינו עונה על דרישה זו.

הנדבך החמישי הוא עצם הקביעה שעסקינן בעוולה. נושא זה מתקשר לחידוש שבחיקת סעיף 2. בהצעת החוק נאמר:

”כדי למנוע נזקים כאמור, מוצע לקבוע כי פרסום בידעין של קריאה פומבית להטלת חרם על גורם כלשהו בשל זיקתו למדינת ישראל ייחשב עוולה נזיקת שהוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] חלות עליה, כלומר ניתן יהיה לקבל פיצוי עקב הנזק שגרמה העוולה... כבר היום רשאי אדם שניזוק כתוצאה מחרם כאמור לתבוע בנזיקין, בנסיבות המתאימות, בעוולה של גרם הפרת חוזה או בעוולת הרשלנות.”

מבלי לטעת בכך מסמרות, לא השתכנעתי שניתן היום להגיש תביעה על יסוד עוולת הרשלנות, מלבד, אולי, מקרים חריגים. מרכיב מרכזי בעוולה זו הוא קיומה של חובה. האם, ברגיל, חלה על היחיד חובה שלא לקרוא לחרם? אין הדבר דומה לקורא למעשה אסור כמו גזענות (השוו לרע"פ 2533/10 מדינת ישראל נ' מיכאל בן חורין, פסקאות 5-7 (26.12.2011)). אף אין דמיון לשידול לביצוע עוולה נזיקת, לפי סעיף 12 לפקודת הנזיקין. במקרים האחרונים אדם קורא לביצוע מעשה המהווה, כשלעצמו, עבירה או עוולה. הקריאה לחרם, לפחות בחלק מן המצבים, היא זכות בסיסית-מצפונית של אדם. יש מי שמצפוננו אינו מניח לו לרכוש מכוניות מתוצרת מדינה מסוימת. אחרים מזדעזעים מעצם המחשבה על רכישה בחנויות מסוימות, המוכרות מוצרים שאינם כשרים יחד עם מוצרים כשרים. אין הם חפצים לחזק את ידיהם של "עוברי עבירה", לפי שיטתם. אדם אדם ובחירתו, אדם אדם ומצפוננו. בחירות אלה ניצבות בלב חירותו להגשים את ערכיו באורח חייו. קריאה לחרם היא, לעיתים, קריאה לאדם לנהוג לפי צו מצפוננו. המצפון עשוי להיות המצפן של חופש הביטוי, לרבות חופש הביטוי הפוליטי. אכן, שיקולי מדיניות שונים עשויים להצדיק איסורים על עריכת חרמות, ובמעגל הרחב יותר על קריאה להם. אינני בא להתיר כל רסן. המשקל המונח על כל אחת מכפות המאזניים הוא שיכריע.

10. בבחינת המכלול, דעתי היא, על סמך כל הנימוקים שעלו, כי הבדיקה הפרטנית של לשון סעיף 2(א) לחוק החרם, מובילה למסקנה שהנזק שנגרם בשל הפגיעה בזכות לחופש ביטוי פוליטי גובר על התועלת שצומחת מן ההגנה על תכליתו של חוק החרם. יודגש שוב כי חופש ביטוי פוליטי אינו יוצר חסינות כוללת. יתכנו הקשרים שבהם תוכן הקריאה יצדיק את הגבלתה באמצעים הולמים. בכך שונה סעיף 2(א), הקובע עוולה אזרחית, מסעיפים 3-4 על הסנקציות המנהליות הקבועות בהם. סעיפים אלה משתלבים באיזון הנדרש במסגרת מבחן המידתיות במובן הצר. בכך ארחיב בהמשך.

סעיף 2(ב) – מבחן המידתיות במובן הצר

11. סעיף 2(ב) קובע כי הקורא לחרם, כהגדרתו בחוק, אינו פועל מתוך צידוק מספיק לעניין העוולה של גרם הפרת חוזה. האם קביעה זו עומדת במבחן המידתיות במובן הצר? בהמשך לאמור לעיל, סבורני כי סעיף זה בחוק החרם צולח את המבחנים האחרים שבפסקת ההגבלה ומכאן הבדיקה של המידתיות במובן הצר.

העוולה של גרם הפרת חוזה קבועה בסעיף 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

זוהי לשונו:

“מי שביודעין וכלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון”.

הרציונל ברור – הגנה על קיומם של חוזים. לצד זאת, מדובר בעוולה רחבה ביותר. אין לשלול את האפשרות כי הבעה או פעולה מסחרית עלולות לגרום להפרת חוזה. לכן הגביל המחוקק את האחריות הנזיקית באמצעות שתי מסננות אחריות מרכזיות: האחת, דרישה ליסוד נפשי של ידיעה סובייקטיבית שההתנהגות תגרום להפרת חוזה. השנייה, הדרישה להעדר צידוק מספיק (השוו לגלעד, בעמוד 1168, ה"ש 53). ישנה אפוא הכרה במורכבות – הגנה על חוזים לצד “צידוק מספיק”. פשרו של צידוק זה לא הובהר במפורש בחוק. עיון במשפט הישראלי, במשפט המשווה ובספרות מלמד כי מדובר במושג שסתום, אשר בגדרו יש להתחשב בשיקולי צדק ובאינטרסים שונים (ראו ע"א 406/59 לינדסטי נ' שיבר, פ"ד יד(3) 2422, 2427 (1960); Crofter Hand Woven Harris Tweed Co Ltd v Veitch [1942] AC 435 at 495-496, [1942] 1 All ER 142 at 175, HL, per Lord Porter). לא בכדי הובעה הדעה כי “יסוד זה הוא הקשה

ביותר לתחימה" וכי "הוא מחייב את בית המשפט להפעיל שיקול דעת מורכב" (נילי כהן "גרם הפרת חוזה" דיני הנזיקין – העוולות השונות 207 (גד טדסקי עורך, 1986), להלן: כהן).

12. על אף מורכבות סעיפי החוק והסוגיה, מסקנתי היא שקריאה לחרם מסיבות פוליטיות זוכה להגנה חוקתית. הטעמים שהוטעמו בעניינו של סעיף 2(א) תקפים גם ביחס לעוולה הקיימת של גרם הפרת חוזה. על כן אין מנוס מתוצאה דומה. אבהיר את עמדתי.

הדגש בדיון יהיה על רכיב הצידוק. זוהי ליבת התיקון בחוק החרם. כלשון החוק, "לעניין סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] לא יראו מי שגרם להפרת חוזה מחייב כדין על ידי קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל כמי שפעל מתוך צידוק מספיק". משמע, השיקול של חופש ביטוי פוליטי באמצעות קריאה לחרם, כהגדרתו בחוק, אינו מקנה למי שגרם להפרת חוזה צידוק שהיה מוציא את מעשיו מתחת למטריית האחריות בנזיקין.

מספר סוגים של צידוק הכרנו בפסיקה, בארץ ומחוצה לה. סוג אחד עוסק בגרימת הפרה רצויה, או על פי זכות שבדין. דוגמא אחת היא מקרה של עריכת עסקאות סותרות. הרוכש הראשון העומד על זכותו גורם בצדק להפרת החוזה עם הרוכש השני, שכן זכותו עדיפה (ראו כהן, עמוד 219). דוגמא שניה היא "הגנת הצורך" – כגון גרימה לאדם להפר חוזה עבודה, לשם הצלת חיי הזולת (ראו כהן, עמודים 212-218). סוג אחר של צידוקים עשוי לעמוד לגורם ההפרה גם כשההפרה עצמה אינה נתפסת כמוצדקת או רצויה. יתכן שצידוק יעמוד למי שפעל בתום לב (ראו ע"א 3668/98 בטט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג (3) 180, 189-190 (1999); כהן, בעמודים 233-235). במקרים אחרים אינטרס ציבורי יכול להוביל לפטור מאחריות נזיקית. בע"א 643/88 יוסף עציון נ' נפתלי שטיין, פ"ד מה (3) 554, 561-560 (1991), נקבע כי קיימת לעורך דין הגנת הצידוק בגין עצתו ללקוח, הגורמת להפרת חוזה. הסיבה לכך היא הרצון למנוע אפקט מצנן, שיפגע ביכולתו של עורך דין להגן כראוי על האינטרסים של לקוחו. דוגמא נוספת מצויה בסעיף 62 לפקודת הנזיקין בעצמו, הקובע כי לעניין גרם הפרת חוזה "שביתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה". ניתן לראות בכך מעין צידוק, אשר נועד להגן על יכולתם של עובדים לממש את חירות השביתה (ראו רות בן-ישראל "אחריות בשל נזקים שנגרמו עקב שביתה" עיוני משפט

יד 149, 169-170 (1989)). האם ההגנה על חופש הביטוי הפוליטי חוסה אף היא תחת כנפיו של הצידוק?

בארצות הברית נדונה, בהקשרים של חרם פוליטי, העוולה של Tortious Interference with contractual relations, הקבועה בסעיף 766 ל Restatement of Torts (second) (להלן: ה-Restatement). עוולה זו, הכוללת בתוכה אף גרימת הפרת חוזה, מכילה יסוד של "Improperly". יסוד זה פורש, בין היתר, ככולל פעולה ללא צידוק ("Justification" – ראו סעיף 767 ל-Restatement). בעוד שחרם מטעמים כלכליים עשוי להיתפס ברשתה של עוולה זו, נקבע שחרם פוליטי חוסה תחת הזכות החוקתית לחופש הביטוי. בית המשפט במדינת קליפורניה, Environmental Planning & Information Council v. Superior Court, 36 Cal. 3d 188 (1984) (להלן: עניין EPIC), התייחס לסוגיה זו והגיע למסקנה הבאה:

"Most of the cases in which claims of tortious interference have been considered have involved either pure commercial relationships or union-management relationships. There is a paucity of authority in the application of common law principles to a situation such as this, in which a group organized for political purposes allegedly undertakes a consumer boycott to achieve its ends. What authority does exist in this arena strongly suggests, even apart from constitutional doctrine, that such action will not give rise to liability" (עמוד 194).

דהיינו, רוב המקרים של התערבות עוולתית בחוזה קשורים ביחסים כלכליים טהורים או יחסי עבודה. לעומת זאת, הפסיקה תומכת במסקנה שאף בלא דוקטרינות חוקתיות, אין בחרם על רקע פוליטי כדי ליצור חבות. למסקנה זו הגיע בית המשפט, בין היתר, לאחר שסקר את הפסיקה בנושא, לרבות פסק הדין בעניין Claiborne. לא למותר להביא את דבריו של השופט Stevens, בדעת הרוב בעניין זה, אשר זכו להתייחסות ויפים גם הם לענייננו:

"While States have broad power to regulate economic activity, we do not find a comparable right to prohibit peaceful political activity such as that found in the boycott in this case. This Court has recognized that expression on public issues 'has always rested on the highest rung of the hierarchy of First Amendment values.' Carey v. Brown, 447 U.S. 455, 467. '[Speech] concerning public affairs is more than self-expression; it is the essence of self-government.' Garrison v.

Louisiana, 379 U.S. 64, 74-75. 'There is a profound national commitment' to the principle that 'debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open.' *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270" (עמוד 913).

חופש ביטוי פוליטי בנושא ציבורי זוכה להגנה הרבה ביותר. אגב, תושם אל לב ההפניה לפסק דין *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270, שעקרונותיו אומצו אל שיטתנו בדיני לשון הרע. ראו (ע"א 323/98 שרון נ' בנזימן, פ"ד נו(3) 245, 266 (2002)). בחזרה למתח שבין גרם הפרת חוזה וחופש ביטוי פוליטי. בעניין EPIC נקבע כי במקרה טיפוסי של גרימת הפרת חוזה משיקולים מסחריים, על בית המשפט לאזן את האינטרסים של הצדדים והציבור. לעומת זאת, מצב בו מעשי המפר מהווים "activities constitute a 'politically motivated boycott designed to force governmental and economic change,' "precluded by the First Amendment itself from gauging the degree of constitutional protection by the content or subject matter of the speech: "[There] is an 'equality of status' in the field of ideas" (שם, בעמוד 197). לאמור, כאשר מדובר במעשים שעניינם חרם פוליטי, במטרה להביא לשינוי מדיניות הרשות, הדין יגן על חופש הביטוי הפוליטי. יש שוויון של מעמד בשדה הרעיונות. על פי גישה זו, בית המשפט לא יכריע, כביכול, בשיטה של "מתן ציון" לדעה פוליטית אחת, לעומת דעה פוליטית אחרת. כזכור, המבחן האמיתי של חופש ביטוי פוליטי אינו שהוא בקונצנזוס, או אף בסמוך לו – אלא כאשר הוא במרחק רב ממנו, ולא כמטחוי קשת.

קביעה זו נכונה גם בנסיבות של קריאה לחרם כהגדרתה בחוק החרם, וכך גם כאשר הקריאה נועדה לגרום להפרתם של חוזים מחייבים. למשל, בפסק הדין *Cincinnati Arts Association v. Jones et al.*, 120 Ohio Misc. 2d 26; 2002-Ohio-5428. בעניין זה קראו הנתבעים לחרם בעקבות הריגתו של אדם על ידי המשטרה. במסגרת החרם קראו לאמנים לבטל את הופעותיהם בעיירה המדוברת. בית המשפט קבע כי קריאה זו זוכה להגנה חוקתית, ודחה את התביעה הנזיקית שהגישו יוזמי ההופעות לאחר שאלו בוטלו.

13. התוצאה אליה הגיעו בתי המשפט בארצות הברית אינה מפתיעה. האיזון שערכנו במסגרת בחינת סעיף 2(א) לחוק החרם תקף גם בעת בחינת חוקתיותו של סעיף 2(ב). באופן מעשי, קריאות רבות לחרם כרוכות ביחסים חוזיים קיימים – קריאות

לאמנים לבטל את הופעותיהם, קריאות הקשורות להפסקת יחסים מסחריים קיימים וכדומה.

נאמן לשיטתי לעיל, הביקורת החוקתית איננה לאורו של התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית. עסקינן במבחן המידתיות הקבוע בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בכלל, ובשלב זה במבחן המידתיות במובנה הצר בפרט. בראייה זו, אין זה מידתי להפקיד את הכוח לנקוט בסנקציה בגין הבעת עמדה פוליטית בידי של יחיד. אפנה לנימוקים שהובאו לעיל, ביחס לניתוח החוקתי של העוולה הנזיקית הקבועה בסעיף 2(א), לרבות הסיכון שבאפקט מצנן הנובע מהגשת תביעה של היחיד כנגד היחיד. כאמור, אין "מסננת" יעילה המונעת הגשה של תביעות נזיקין רבות ופוליטיות בערכאות הדיוניות. דחיית תביעה על ידי בית המשפט בדיעבד לא תמנע את השפעת האפקט הכולל על חופש הביטוי. מלכתחילה, אין זה ראוי כי ויכוחים פוליטיים יתנהלו בבתי המשפט. בוודאי שאף אין זה רצוי, מבחינת מדיניות שיפוטית, לאפשר לוויכוחים מעין אלה להיגרר להכרעות שיפוטיות. שוב יודגש כי מדובר, בין היתר, בנושאים שעומדים בלב הוויכוח הפוליטי. זאת להבדיל מהפקדת עניין רגיש זה בידי הרשות. זו אוכפת את ההגנה על האינטרס של הקבוצה המוחרמת תוך הפעלת מסננות מלכתחילה, כפי שיובהר בהמשך. בכך יכול להיווצר איזון מידתי בין התכלית והאמצעי שנקט כדי להגן עליה. בנוסף לכך, הביקורת השיפוטית יכולה להתבצע מראש, תוך בחינת התקנות או הקריטריונים שקבעה הרשות.

על עמדה זו ניתן להקשות. טענה אפשרית היא שלא ניתן לטעת מסמרות ולקבוע שקריאה לחרם על רקע פוליטי – תהא לעולם תריס בפני גרימת הפרת חוזה. "צידוק" הוא מושג שסתום רחב. בגדרו נבחנים שיקולי צדק, אינטרסים אישיים ואינטרסים ציבוריים. מתחם שיקול הדעת השיפוטי הוא רחב וגמיש. זאת ועוד, סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין מכיל רכיבים נוספים – "ביודעין" ו"קשר סיבתי". כל אחד מן היסודות כולל בתוכו קשת רחבה של מצבים. באשר ליודעין, במקרה אחד פלוני משוחח עם אלמוני ומבקש ממנו להפר חוזה ספציפי. במקרה שני מישו קורא באופן כללי להפר חוזים בענף מסוים, תוך ידיעה שיש אנשים העלולים להישמע לקריאה. הקשר הסיבתי אף הוא עלול להיות סבוך וקשה להתרה. האם די בכך שהנתבע העלה טענות משכנעות בעת הבעת עמדה פוליטית? האם יש צורך בשידול? האם יש הבדל בין מקרה בו הקורא לחרם יוזם את הקריאה, למקרה שבו המפר שואל לדעתו? (ראו והשוו לע"א 123/50 א. ל. באורנפרוינד נ' דרזנר, פ"ד ה' 1559, 1573 (1951); כהן, בעמודים 233-236).

משאלות אלה נלמד כי אף ללא התנאי של צידוק יתכן שהמבחנים של קשר סיבתי ("גרם") ויסוד נפשי ("יודעין"), כל אחד בנפרד יוצר מכוחו הוא משוכות קשות להוכחת עוולת גרם הפרת חוזה על ידי קריאה לחרם. קיימת השפעה הדדית בין שלושת המונחים. יש צורך לפרש את המונחים "יודעין", "גרימה" ו"צידוק" על רקע יחסי הגומלין ביניהם. מעבר לכך, הניסיון המשפטי הישראלי מלמד כי תובעים לא הרבו להשתמש בסעיף זה מכוח הבעת עמדה פוליטית. זאת בניגוד לשיקולים מסחריים. ושוב נזכיר את הנפסק בארצות הברית בעניין EPIC, לפיו הפסיקה בתחום זה תומכת בחזקה בתזה שאף ללא פנייה לשיקולים חוקתיים ספק הוא אם קריאה לחרם פוליטי על פי אופיו תביא לחבות נזיקית (עניין EPIC, בעמוד 194).

כמובן, שיקולים אלה אינם עיקר. הם מהווים סוג של כלי עזר להבין את מהות העניין. אין לשכוח כי לפי לשון סעיף 2(ב), חוק החרם נכנס לגוב האריות של התנאים להוכחת העוולה של גרם הפרת חוזה. העמדה שנקטה היא חד צדדית – חופש ביטוי פוליטי בדמות קריאה לחרם לעולם אינו צידוק. גם אם נניח שבנסיבות מסוימות הצידוק לא יקום לגורם ההפרה, נראה כי תוצאה גורפת זו אינה מידתית. והרי, עסקינן בבחינה מידתית במובן הצר של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההנחה היא כי הסעיף הוא למטרה ראויה. ברם, תכלית ראויה אינה מבטיחה שהדין מידתי במובן הצר. יוזכר שעסקינן בתביעה שמגיש יחיד כנגד יחיד. מצב זה מעצים את הצורך לשמור על כללי הנזיקין המקובלים, ולא לסטות מהם בצורה כה חריפה. זאת במיוחד כאשר מן העבר השני של כפות המאזניים עומד הצורך לשמור על חופש הביטוי הפוליטי. סעיף 2 על תתי סעיפיו מופנה כנגד הקורא לחרם ולא כנגד המחרים. קריאה להשתתפות בחרם ממקדת את הדיון בתחום של חופש הביטוי. חופש הביטוי הפוליטי ניצב במרכז הבמה. על פי חוק החרם, האיסור אינו במעשה אלא בקריאה. הכלל הוא שקל יותר להגביל חופש ביטוי פוליטי כאשר הוא נועד לקדם תכלית שאסורה על פי דין. ובעיקר העיקרים של סעיף 2 – נדמה כי פרטי הסעיף אינם מידתיים בשל עקרון חופש הביטוי הפוליטי, בצורה הקונקרטית שמופיעה בו: מתן כלי של היחיד לתבוע את היחיד המפרסם את דעתו בסוגיה פוליטית.

סופו של סעיף: אין מקום להבחין, מבחינת הרמוניה פרשנית, בין תתי סעיפיו של סעיף 2 לחוק החרם. גם אם ניתן למצוא הבדל ביניהם, בענייננו הוא בא בגדר של אבחנה ללא נפקות חוקתית. בכך מצטרף אני לחבריי, השופט מלצר והשופט דנציגר, אם כי כל אחד על פי שיטתו. מסקנתי היא שסעיף 2 – כפי שנוסח – איננו מידתי, ויש להורות על ביטולו באופן מלא. במאזן של המידתיות במובן הצר, חיוני לשמור על הערך של חופש הביטוי הפוליטי. כך במישור העקרוני ובמישור המעשי. במישור

העקרוני – תוצאה אחרת עלולה, באופן לא מכוון, שלא להעניק את הגיבוי הראוי לחופש הביטוי הפוליטי. כמובן, אני מודע לכך שחקיקת החוק מבטאת את עמדת הרוב בכנסת, לפיה הקריאה לחרם על מדינת ישראל ומוסדותיה האקדמיים, או חלק משטחיה – היא מעשה חמור שפוגע במדינה. עם זאת, המבחן האמיתי של חופש הביטוי הפוליטי הוא דווקא חופש הביטוי ה"בעייתי", ואף זה שעלול להרגיז. דמוקרטיה מתגוננת חייבת לשמור על אופייה גם באמצעות שמירה על חופש הביטוי. במישור המעשי – גישה כזו של אי-ביטול החוק עלולה לפתוח פתח. הרוב יקבע, על פי השקפתו, אימתי ייווצר אפקט מצנן – באמצעות הכלי של תביעה אזרחית כנגד עמדות פוליטיות. גישה כזו איננה ראויה בעיניי לדמוקרטיה. לכן הייתי מציע לחבריי כי דין סעיף 2 – להתבטל.

סעיף 3 – שלילת השתתפות במכרז

14. המשותף לסעיפים 3 ו-4 לחוק הוא הטלתן של סנקציות מנהליות. סעיף 3 עניינו מניעת השתתפות במכרז. סעיף 4 עניינו הוראות בדבר מניעת הטבות שונות, למשל מניעת הטבות מס. כשם שיש קשר בין הניתוח החוקתי של סעיפים 2(א) ו-2(ב), כך גם ביחס לסעיפים 3 ו-4. אפתח בבחינתו של סעיף 3. סעיף זה, שכותרתו "הוראות בדבר הגבלת השתתפות במכרז", קובע כך:

"שר האוצר, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי לקבוע הוראות לעניין הגבלת השתתפותו במכרז של מי שפרסם ביוזעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או של מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור, לרבות התחייבות שלא לרכוש מוצרים או שירותים המיוצרים או מסופקים במדינת ישראל, במוסד ממוסדותיה או באזור הנמצא בשליטתה; בסעיף זה, "מכרז" – מכרז שיש לערוך לפי חוק חובת המכרזים, התשנ"ב-1992."

נוצרה, אפוא, זיקה בין קריאה פומבית להטלת חרם או התחייבות להשתתף בחרם – לבין הגבלת השתתפות במכרז. סבורני כי בניגוד לסעיף 2, סעיף זה עובר את המשוכה החוקתית. הפגיעה נעשתה בחוק; והמטרה של מניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם – המופיעה בשם החוק – היא בבחינת תכלית ראויה, ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל.

באשר למידתיות במובן הצר, אני סבור כי יש קשר רציונלי בין האמצעי למטרה. כמו כן, לא נראה שיש אמצעי שישגיג את אותה מטרה תוך פגיעה פחותה. זאת

בהתחשב במטרה של מתן ביטוי מוחשי להשלכות של קריאה לחרם ושל התחייבות להשתתף בחרם.

15. באשר למבחן המשנה השלישי, אומר כך: ככלל, יש להבחין היטב בין סעיף 2 – שעניינו עוולה אזרחית, לבין סעיף 3 – שעניינו הגבלת השתתפות במכרז. במבט הרחב, סעיף זה שונה מסעיף 2 בשני מובנים מרכזיים: האחד, אופייה של הפגיעה במפרסם או במתחייב להשתתפות בחרם. השני, זהות הגורם היוזם את ההליך.

באשר למובן הראשון, שני הסעיפים יוצרים מגבלה על חופש הביטוי הפוליטי. ברם, לדעתי קל יותר להגביל את חופש הביטוי באמצעות הגבלת השתתפות במכרז ציבורי, מאשר באמצעות יצירת עוולה חדשה או כלל גורף בעוולה של גרם הפרת חוזה. המכרז מטבעו קובע תנאים להשתתפות. אין משמעות הדבר שניתן להטיל כל תנאי. ברם בענייננו נראה שיש היגיון מסוים בגישה לפיה הרוצה להשתתף במכרז מטעם המדינה – לא יוכל לצאת נגד המדינה ולזכות לחסינות מוחלטת.

באשר למובן השני, הבהרתי לעיל את הקשיים שבמתן היתר על פי דין ליחיד לפעול כנגד היחיד, על הרקע של ביטוי פוליטי. מאותם נימוקים, כאשר הגורם המגביל את הקורא לחרם הוא המדינה, ישנם מנגנונים ההופכים את הסנקציה למידתית יותר. כפי שצוין, המדינה כפופה לעקרונות המשפט המנהלי והציבורי, ובכלל זה לכללי הצדק הטבעי, להגינות ולסבירות. שני השיקולים – אופי הפגיעה וזהות הגורם היוזם – נפגשים בנקודה של עמידת ההליך בקריטריונים של פעולה מידתית. הנה כי כן, השילוב בין אופייה של הפגיעה – מכרז מול תביעה נזיקית, לבין זהות הגורם היוזם את ההליך – יחיד לעומת מדינה, מצביע על יתרוננו של סעיף 3 לחוק החרם על פני סעיף 2, בכל הקשור למידתיות במובן הצר.

כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, האיזון הטבוע בסעיפים 3 ו-4 בין הסנקציה והפעולה הגוררת אותה – עומד גם במבחן המשפט ההשוואתי. עתה רק אפנה לחוק במדינת ניו-יורק, המכיל סנקציה דומה בהקשרים של חרם. סעיף 9 ל- New-York, has participated or is participating or shall participate in an international boycott", כאשר השתתפות כזו אסורה. החוזה עם גופים העומדים בקריטריון זה נחשב כבטל (void). מן הצד האחד, הסעיף אינו עוסק במי שקורא לחרם, אלא במשתתף או במי שמתעתד להשתתף בו. מן הצד השני, הסעיף אינו רק אוסר השתתפות במכרז, אלא קובע מנגנון המביא לבטלות של חוזים שכבר נכרתו.

16. עם זאת, סבורני כי שני מרכיבים בסעיף 3 עלולים לעורר קושי חוקתי: הראשון – הצורך לקיים הליך הוגן (Due Process). השני – אי-קביעת הוראות או כללים עלולה להביא להעדר יחס רציונלי בין שלילת ההשתתפות לקריאה לחרם. אבהיר.

אפתח בסוגיית ההליך ההוגן. החוק מסמיך את שר האוצר לקבוע, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת חוקה, חוק ומשפט, הוראות מגבילות להשתתפות במכרז. בעניין זה יש לקחת בחשבון הן את הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי והן את הפגיעה בשוויון. על חשיבות חופש הביטוי הרחבתי לעיל. באשר לשוויון, המשמעות של ההוראה היא שאלמלא הקריאה לחרם – המציע עשוי היה לעמוד ביתר תנאי הסף של המכרז. במילים אחרות, הוא לא ישתתף רק בשל קריאתו לחרם. יוזכר כי המכרז הציבורי דוגל בעקרון השוויון. בשל כך חיוני לברר האם קיים מנגנון משפטי שמאפשר למציע כזה, שהצעתו נדחתה בשל אי-עמידה בתנאי סעיף 3 – לתקוף את הקביעה.

נראה שהתשובה לכך הינה חיובית. המפתח למסקנה זו מצוי בסעיף 5(1) לחוק בתי המשפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000. סעיף זה עוסק בסמכות בית המשפט המנהלי לדון בענינים שונים. סעיף זה מפנה לתוספת הראשונה לחוק, אשר סעיף 5 לה עוסק במכרזים. מכאן עולה, על פני הדברים, שמי שנשללה ממנו האפשרות להשתתף במכרז על רקע קריאה לחרם – עומדת לו הזכות לפנות בעניין לבית המשפט המנהלי, ובהתאם לסדרי הדין אף להגיש ערעור לבית משפט זה.

הקושי השני הוא ההוראות הפרטניות שתיקבענה לגבי הגבלת ההשתתפות במכרז. יש לוודא כי החלת הסעיף על מציע פלוני תיעשה בצורה רציונלית. יודגש: אין מדובר במבחן המשנה השני של המידתיות – קשר רציונלי. לטעמי, כפי שהוסבר, סעיף 3 צולח מבחן זה. אלא שכאן עסקינן ביישומו של מבחן המשנה השלישי – נזק מול תועלת. בהקשר זה יש לתמוה: האם יעלה על הדעת, למשל, שכל גורם אשר קורא לחרם – ייפסל אוטומטית מהשתתפות במכרז? אף ניתן ללמוד מלשון החוק כי לא זו הכוונה. אחרת, הכיצד ניתן להבין את הרבדים השונים של מנגנון קביעת ההוראות לשם קבלת ההחלטה הפרטנית – על המעורבות של שלושה גורמים שונים?

יודגש שוב כי שר האוצר הוא הגורם המחליט, בכפוף להסכמת שר המשפטים ואישור הכנסת. זהו הליך מנהלי סדור, אשר עשוי להצדיק את האמונה כי ההחלטה תתקבל בכובד ראש. ועדיין, נדמה שיהיה צורך להצביע על יחס רציונלי בין טיב המכרז לבין טיב הקריאה לחרם. אציג דוגמא, שאין בכוונתי לפסוק דרכה אלא אך להמחיש את המורכבות: בעל חברת הסעות קורא לחרם – כהגדרתו בחוק החרם – על שטחי יהודה

ושומרון. חרף פעילות זו הוא ניגש למכרז להסעות תלמידים באריאל. במקרה שני מדובר על מכרז להסעות תלמידים בתל אביב, והמזיע קורא שלא לספק שירותים לתושבי יהודה ושומרון. נדמה שבראיית היחס הרציונלי, קל יותר להצדיק את המקרה הראשון מאשר את המקרה השני. נראה שזהו הבדל אשר יש להתחשב בו. כאמור, לא באתי להכשיר את הגבלת ההשתתפות במכרז במקרה הראשון או לשלול אותה בשני. אך אני סבור שיש לצפות ליחס רציונלי מסוים בין טיב המכרז לטיב הקריאה לחרם. תוצאה אחרת עלולה להעצים את הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי באופן שלא ניתן להצדיקו. ודוק, אינני בא להגדיר "יחס רציונלי" מהו. אך ברי כי יהיה צורך לתת לכך ביטוי בהוראות שעל השר לקבוע.

למען הסר ספק, אבהיר את חובתו של השר לקבוע הוראות כתנאי להגבלת ההשתתפויות במכרזים. בסעיף 3 נאמר "שר האוצר... רשאי לקבוע הוראות...". ביחס לכך אתייחס לשתי נקודות. ראשית, במסגרת זו אין צורך להיכנס לשוני בין "הוראות", "קריטריונים" או "נוהל פנימי". בכל מצב יהיה צורך לקבוע אמות מידה, אשר יפורסמו ויאפשרו לגופים שונים לכלכל את צעדיהם בהתאם. החוק בעצמו מלמד על כך. נקבע מנגנון משולש של הסכמת שר המשפטים, אישור ועדת החוקה וקביעת הוראות. מכאן ניתן ללמוד כי החוק דורש שיקול דעת. שיקול דעת זה "מעובה" באמצעות הסכמת שר המשפטים ואישור ועדה, ולא רק התייעצות עם גורמים אלה, שעיסוקם בתחום המשפט. שנית, מלשון החוק ברי כי הרשות הנתונה מאפשרת לשר לקבוע הוראות או שלא לקבען. אין לו סמכות למנוע השתתפות במכרז מבלי לקבוע הוראות. הוה אומר, תנאי לשלילת השתתפות במכרז כאמור בסעיף 3 הוא התקנת הוראות בפרוצדורה הקבועה בסעיף. פרשנות זו מקבלת חיזוק מלשון סעיף 4, שבו נאמר במפורש שהשר רשאי להפעיל את סמכותו לפי סעיף זה גם ללא התקנת תקנות. הוראה דומה לגבי מתן הוראות אינה מופיעה בסעיף. כך או אחרת, יש צורך באמות מידה, שתתלווינה ותקדמנה לכל החלטה של השר.

יוצא שיש פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. אך גם אם המקרה גבולי, נראה שהחלטת המחוקק מצויה בד' אמותיו של המתחם החוקתי.

17. סיכומו של פרק זה: קיים מנגנון מנהלי מורכב לשם קביעת ההוראות להגבלת ההשתתפות במכרז. בנוסף, ישנו מנגנון של ביקורת שיפוטית. לכן אינני סבור שיש לפסול את סעיף 3. ביסוד עמדה זו יש התייחסות לאופי הסנקציה וזהות הגורם היוזם את ההליך. בנוסף, הדין המשווה תומך בהטלת סנקציות מסוג זה בעקבות השתתפות בחרם ופעולות שונות הקשורות לכך. עניין זה מורכב מה, ופועל לשני הכיוונים בכל

הקשור לקריאה לחרם. אתיחס לכך בהמשך. בכל מקרה, אין במסקנה בדבר אי-ביטול סעיף זה כדי למנוע ביקורת שיפוטית על אופן יישום הוראה זו. אדרבה. בהעדר הוראות בשלב זה, יתכן שהביקורת מתבקשת. אני סבור שיש לפרש את סעיף 3 לחוק באופן שההוראות שעל השר לקבוע לשקף – בצורה וברמת פירוט כאלה או אחרות – יחס רציונלי, כפי שהוסבר. יושם אל לב כי בעניין זה, בניגוד לעוולה האזרחית שבסעיף 2, סבורני כי ניתן לצעוד בנתיב של פרשנות חוקתית חלף בטלות – למשל הדרישה של יחס רציונלי. שוני זה נובע מכך שבסעיף 3 מדובר לכל היותר בחסר, ואילו בסעיף 2 – לשונו ברורה ואיננה מאפשרת פרשנות חלופית לדעת.

בכפוף לאמור הייתי מציע לחבריי לדחות את העתירות, ככל שהן נוגעות לסעיף 3.

סעיף 4 – מניעת הטבות

18. סעיף זה עניינו – "הוראות בדבר מניעת הטבות":

"(א) שר האוצר, בהתייעצות עם שר המשפטים, רשאי להחליט לגבי מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או לגבי מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור כי –

(1) לא יראו בו מוסד ציבורי לעניין סעיף 46 לפקודת מס הכנסה;

(2) הוא לא יהיה זכאי לקבל כספים מהמועצה להסדר ההימורים בספורט לפי סעיף 9 לחוק להסדר ההימורים בספורט, התשכ"ז-1967; הפעלת הסמכות לפי פסקה זו טעונה את הסכמת שר התרבות והספורט;

(3) הוא לא ייחשב כמוסד ציבור לפי סעיף 33 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, לעניין קבלת תמיכה לפי סעיף תקציב; הפעלת הסמכות לפי פסקה זו טעונה את הסכמת השר שקבעה הממשלה כממונה על אותו סעיף תקציב, כאמור בפסקה (2) להגדרה "ממונה על סעיף תקציב" שבחוק האמור;

(4) הוא לא יהיה זכאי לערבות לפי חוק ערבויות מטעם המדינה, התשי"ח-1958;

(5) הוא לא יהיה זכאי להטבות לפי חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959, או לפי חוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984; הפעלת הסמכות לפי פסקה זו טעונה את הסכמת שר התעשייה המסחר והתעסוקה.

(ב) בהפעלת סמכותו לפי סעיף קטן (א), יפעל שר האוצר בהתאם לתקנות שיתקין לעניין זה בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; ואולם לא הותקנו תקנות כאמור, אין בכך כדי לפגוע בסמכות לפי סעיף קטן (א).

לב העניין הוא שלילת חמש הטבות: מתן זיכוי מס בגין כספי תרומות; תקציבים מהמועצה להסדר ההימורים בספורט; קבלת תמיכות מתקציב המדינה; ערבויות מדינה; וקבלת הטבות מכוח חוק עידוד השקעות הון.

בשל הנימוקים שפורטו ביחס לסעיף 3, סבורני כי גם סעיף זה מדלג מעל למשוכות הראשונות של הביקורת החוקתית – "בחוק" ולתכלית ראויה ההולמת את ערכי המדינה. כך גם עובר הוא את מבחני הקשר הרציונלי והאמצעי שפגיעתו פחותה. במוקד נמצא מבחן המשנה השלישי, וכאן שוב יש להפנות את הזרקור לפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. סעיף 4 דומה לסעיף 3 במובנים חשובים. שניהם נבדלים מסעיף 2 באופי הסנקציה וזהות הגורם היוזם את ההליך. בעניין סעיף 4 אעיר שלוש הערות, שמטרתן להראות כי הקשיים בסעיף 4 רבים יותר, או לפחות שונים, מאשר הקשיים שמאפיינים את סעיף 3.

ההערה הראשונה עניינה אופי הסנקציה המוטלת. לטעמי קל יותר, מבחינה חוקתית, להגביל השתתפות במכרז מאשר למנוע הטבות הקבועות עלי חוק. מכרז, באופן אינהרנטי, מכיל תנאים שונים. התוצאה היא שכל מכרז יוצר קבוצת נמענים המוגדרת על פי תנאי המכרז. מנגד, ההטבות מופנות כלפי קבוצות ידועות, אשר התנהלותן מושפעת באופן קבוע מן ההטבות הקבועות בחוק. אמנם המדינה איננה חייבת להעניק הטבות, אך משאלו עוגנו בחוק – טמונה בכך החובה לחלקן בצורה שוויונית. אומר את הדברים בצורה שונה. המשותף לסעיף 3 ו-4 – מניעת הטבות והגבלת השתתפות במכרז – הוא הקצאת משאבים. אך זאת בשתי צורות שונות: המשתתף במכרז מעוניין להרוויח ממסגרת שנקבעה על ידי המדינה. לעומת זאת, ההטבות השונות של סעיף 4 נובעות מאופיים הציבורי של הגופים או מהאינטרס הציבורי בפעילותם. התנהלותם של האחרונים קשורה, בדרך כלל, באופן הדוק יותר להטבות הציבוריות המגיעות להם לפי הקריטריונים הקיימים בחוק. פגיעה כזו בציפיותם של גופים מעין אלה קשה יותר מפגיעתו של סעיף 3 בציפיותם, המסחרית והכללית, של גופים המעוניינים לזכות במכרז ציבורי.

ומדוע סבורני כי החוק עובר את משוכת המידתיות, על אף ההערה האמורה? לשיטתי, משקלם של הנימוקים שהובאו לגבי סעיף 3 מכריע את הכף: ההבדל בין תביעת הפיצויים האזרחית של היחיד לעומת שלילת הטבה על ידי הרשות. בכך יש צמצום של הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי ואיזון כפות מאזני המידתיות. יתר על כן, על אף שהסנקציות הקבועות בסעיף 4 חמורות יותר מאלה הקבועות בסעיף 3, יש להן

"יתרון" על האחרונות במישור אחר. ההטבות המדוברות נועדו לקדם מטרות שהמדינה רואה בחיוב, באמצעות הקלות או מימון של גופים הפועלים להגשמתן. אם הגוף פועל גם – או רק – לפגיעה במטרות הנתפסות כראויות, דווקא שלילת ההטבה יכולה לתרום להגשמתן. למשל, המטרה של שגשוג כלכלת המדינה. יחס רציונלי כזה אינו מתקיים בהכרח בין מתן הזדמנות להשתתף במכרז, לבין הגשמתן של מטרות שונות. הסנקציה המינהלית בהקשר זה "חיצונית" למכרז ואינה נובעת ממהותו. התוצאה הכוללת היא שאף אם סעיף 4 גבולי יותר מסעיף 3 מן הבחינה החוקתית של חופש הביטוי הפוליטי, הוא עומד במבחן המידתיות.

19. הערה שנייה. מתוך מגמה להגביל את שר האוצר נקבע שהוא יתקין תקנות. גישה זו ראויה. התקנות יוצקות תוכן לאופן הפעלת שיקול הדעת של השר. אף על פי כן, נוצר קושי כתוצאה מהסיפא של סעיף 4(ב) – גם אם לא הותקנו תקנות אין בכך כדי לפגוע בסמכות של שר האוצר ליישם את החוק. דרישתו של סעיף 4(ב) היא ששר האוצר יתקין תקנות בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת חוקה של הכנסת. דהיינו, המנגנון הפרוצדורלי הקיים גם לגבי סעיף 3, אם כי ביחס לתקנות ולא ביחס להוראות. הדרישה לקבוע תקנות עשויה להבהיר את אשר דרוש בהרה. מכאן אני סבור שטוב שיש דרישה לתקנות. אך נותרה הסיפא של סעיף 4(ב) הקובעת כאמור כי על אף הדרישה לתקנות – שר האוצר רשאי לשלול הטבות אף ללא התקנתן.

לדעת, האפשרות ששר האוצר יפעל ללא תקנות וללא הסכמת שר המשפטים וועדת חוקה – בעייתית כאשר על הפרק עומד הנושא הרגיש של חופש ביטוי פוליטי. זאת ועוד, לא יהיה זה מוגזם לומר כי הניסיון החקיקתי מלמד שיכולה לעבור תקופה, ואפילו ממושכת, עד לתיקון התקנות. כל עוד החוק מאפשר לשר להפעיל את סמכותו לפי סעיף 4 ללא תקנות – הקושי עומד בעינו. מהצד האחר, בית משפט זה לא נקט בגישה של התניית יישומו של חוק בהתקנת תקנות, אלא במצבים שבהם נלמד מלשון החוק ותכליתו כי לא ניתן ליישמו ללא התקנתן (ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 210-209 (מהדורה שנייה, 2010); בג"ץ 28/94 בצלאל צרפתי נ' שר הבריאות, פ"ד, מט (3) 804, 815, 825 (1995)). במקרה הנוכחי החוק קובע מפורשות שאין חובה להתקין תקנות. יהא זה מרחיק לכת לבטל את האפשרות ליישום החוק רק בשל זאת, כאשר פרט לכך הוא עובר את המשוכה החוקתית.

ומכאן מגיעים אנו להערה השלישית – פרוצדורת שלילת ההטבה על ידי שר האוצר. סעיף 3 מסמיך את השר לקבוע הוראות, ומתנה את שלילת ההשתתפות במכרז בקביעתן. ההוראות חייבות לקבל את הסכמת שר המשפטים ואישור ועדת החוקה.

בשונה מכך, סעיף 4 מקנה לשר האוצר סמכות לשלול הטבה בעצמו – ולא רק לקבוע הוראות. זאת ועוד, בהפעלת סמכותו עליו להתייעץ עם שר המשפטים. "להתייעץ" – ללא תנאי של מתן אישור או הסכמה. גם אם התייעצות זו היא מהותית ולא פורמאלית, שיקול הדעת הוא של שר האוצר לבדו. המנגנון נופל על כתפיו. הערה זו חשובה במיוחד במצב בו השר יפעל בטרם הותקנו התקנות, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה. אולם אף אם יפעל השר לאחר שיוקנו תקנות – הערה זו בעלת משקל. הסיבה לכך היא שגם אחרי התקנת התקנות הגורם המכריע בסוגיה משפטית איננו ממונה על תפקיד ביצועי בתחום המשפט. כך או כך, ברי כי משקל ההערה השלישית מועצם אם לא הותקנו תקנות.

ואם מסקנתי היא שהחוק מידתי – מה נפקות להערה השנייה והשלישית? תשובתי היא כי חשוב לעמוד על החיוניות שבהתקנת התקנות, ככל שניתן. אין זה ברור מדוע דווקא ביחס לסעיף 4, ה"פוגעני" יותר, ניתנה הסמכות הרחבה ביותר לשר האוצר. יתכן שהמחוקק חשב שדווקא פגיעתו של סעיף 3 רעה יותר, מן הסיבה שהובאה לעיל או מסיבות אחרות. מכל מקום, התקנת התקנות מתבקשת, אף אם איננה מתחייבת. לא זו אף זו, המחוקק לא קבע כיצד יפעיל שר האוצר את סמכותו בהעדר תקנות. אין יסוד לשוני לפרש את החוק כאילו יש צורך בנקיטת הפרוצדורה הקבועה בסעיף 3 – קביעת הוראות בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה. אולם מפרוצדורות אלה נלמד על מהות הדרישה – לכל הפחות קביעת הוראות או נהלים. על אמות המידה שייקבעו לעמוד במבחנים של רציונליות וסבירות (ראו והשוו לבג"ץ 4540/00 לבאד אבו עפאש נ' שר הבריאות, פסקאות 5-6 (14.05.2006)). ניתן לומר שדווקא מאחר שאין חובה על פי סעיף 4 לקבל אישור או הסכמה משר המשפטים או ועדת החוקה, הכללים שיקבעו חשובים יותר. לטעמי, יש מקום לשקול בכובד ראש את אי-הפעלת החוק עד להתקנת התקנות. אמנם החוק מאפשר את הפעלתו גם ללא תקנות, וכמובן יש לכבד את הוראת המחוקק, אך העניין נתון לשיקול דעתה של הרשות המבצעת. המשמעות היא שככל שלא יותקנו תקנות, על בית המשפט להפעיל את הביקורת החוקתית בצורה קפדנית. זאת, לא כדי ליצור תמריץ לקביעת התקנות במועד מוקדם יותר, אלא כתוצאה מן המצב בשטח בטרם ההתקנה. סמכותו של שר האוצר אמנם רחבה, ומופעלת באופן ראוי בהקשרים של מיסוי והטבות; אך כאן עוסקים אנו בהגבלת חופש הביטוי. אין להפריז במידת הזהירות שבה יש לנהוג בכך.

נקודה נוספת היא העניין של הסדרי דיון נאותים. ראוי כי העניין ייקבע בתקנות בצורה מפורשת. אף ניתן לשקול, בלי לקבוע מסמרות, שתחילה העניין יתברר בערכאה המבררת, כגון בית המשפט המחוזי או בית המשפט לעניינים מינהליים.

19. לסיכום, דעתי היא כי יש לדחות את העתירות ביחס לסעיפים 3 ו-4. עם זאת, סעיף 3 הוא גבולי וסעיף 4 גבולי אף יותר. הבהרתי את נימוקיי לכך. להשקפתי, כדי לעמוד במבחן המידתיות במובן הצר, יש להפעיל את המנגנונים לקביעת אמות המידה להפעלת הסעיפים, בהתאם לדרכי הפרשנות שהותוו.

כדי להציג את התמונה במלואה, יש להעזר במשפט המשווה. כך לגבי סעיפים 3 ו-4 וכך לגבי החוק כולו.

ועוד על המשפט המשווה

20. עסקינן בסוגיה משפטית שחוצה מדינות. סוגיה זו היא חופש הביטוי הפוליטי אל מול התגוננות המדינה מפני הטלת חרם עליה, על חלק ממנה או על מוסדותיה. כפי שיתברר, לחוק החרם "תוצרת הארץ" יש מאפיינים ייחודיים, המקרינים באופן ישיר וברור יותר על חופש הביטוי הפוליטי. ובכל זאת, ברי כי עיון במשפט המשווה יסייע למלאכת השיפוט בתיק זה. מעבר לכך שהפנייה למשפט המשווה זכתה למקום מכובד בשיטתנו, נראה כי הדבר מתבקש ביתר צידוק בסוגיה הנדונה. הטעם לדבר, שמדינת ישראל היא מושא לחרם במדינות מסוימות, ואילו במדינות אחרות חוקקו חוקים כדי להילחם כנגד התופעה. חבריי, וכך גם הצדדים השונים לעתירה, צללו במימי הדין של ארצות הברית. גם בדברי ההסבר של הצעת החוק המוקדמת זכה העניין להבלטה רבה (הצעת חוק איסור הטלת חרם, התש"ע-2010, הוגשה ליושב ראש הכנסת ביום 5.7.2010. דברי ההסבר מופיעים באתר הכנסת – knesset.gov.il/privatelaw/data/18/2505.rtf). בפתח דברי ההסבר נאמר כי "בארה"ב קיים חוק דומה המגן על ידידותיה מפני חרם של צד שלישי, כאשר הנחת היסוד היא שאזרח או תושב המדינה לא יקרא להטלת חרם על ארצו שלו או על בעלות בריתה... אם ארה"ב מגינה בחוק על ידידותיה, קל וחומר של ישראל קיימת החובה והזכות להגן בחוק עליה ועל אזרחיה" (חלק זה אינו מופיע בדברי ההסבר הרשמיים). יהא זה מועיל אפוא לבחון את דיני ארצות הברית באופן נקודתי. זאת, בשל האמור ואף בשל המסורת המרשימה של מדינה זו בהגנה על חופש הביטוי בכלל ועל חופש הביטוי הפוליטי בפרט.

כפי שהוצג, שני דברי החקיקה המרכזיים בארצות הברית העוסקים בהטלת חרם הם ה-Export Administration Act of 1979 (EAA) ותיקון ה-Ribicoff ל-Tax Reform Act of 1976 (TRA). נחזור על האמור בהם בקצרה. שני החוקים מתייחסים

להשתתפות בחרם (מלבד חרם שהוטל על ידי ארצות הברית), או לביצוע פעולות הקשורות להטלתו של חרם כזה, שטיבן יובהר בהמשך (ראו פסקה 8 לעיל). מכוחו של ה-EAA ניתן להטיל סנקציות פליליות של מאסר או קנס כספי, וכן סנקציות מנהליות שונות, כגון קנס מינהלי. מכוח התיקון ל-TRA ניתן לשלול הטבות מס מסוימות. חקיקה נוספת נחקקה במדינות השונות. דוגמא לכך ראינו לעיל במדינת ניו-יורק. כזכור, סעיף 9 ל-New-York, STF, קובע כי גופים אשר השתתפו, משתתפים או ישתתפו בחרם אסור – חוזיהם עם המדינה בטלים. במדינת קליפורניה מסדירים את הנושא כמה דברי חקיקה. לדוגמא, בסעיף 16649 ל-California Government Code ישנה התייחסות לחרם שיזמה הליגה הערבית על מדינת ישראל. נקבעו, בין היתר, סנקציות שונות על שימוש בכספי המדינה במסגרת התקשרות עם חברות המשתתפות בחרם זה. במדינת פלורידה נאסר, בין השאר, להעביר מידע שנתבקש לצורך הטלת חרם. הסנקציות האפשריות הן קנס כספי או מאסר (Florida, Statues, Title XXXIII).

(§542).

השוואה בין חוק החרם לדברי החקיקה מרחבי ארצות הברית מאירת עיניים. היא תעזור ללבן את המשותף להם ואת השוני ביניהם. כך יתחדדו האיזונים העדינים הקבועים בחוק, בין האינטרס המוגן והיקף ההגנה עליו, לבין מידת הפגיעה בחופש הביטוי של הציבור.

21. השוני הבולט ביותר הוא העדרה של עוולה אזרחית של קריאה לחרם מדברי החקיקה בארצות הברית. הם אינם מאפשרים לנפגע מחרם להגיש תביעה אזרחית. יודגש כי החקיקה מתייחסת גם למצבים בהם חברה אחת מסרבת להתקשר עם חברה אחרת בתוככי ארצות הברית (ראו למשל סעיף 8(a)(1)(A) ל-EAA: "Refusing... to do business with... any other person, pursuant to... a request from... the boycotting country"). מצבים בהם נגרם לאדם אחר נזק לא הוכרו בחוק כחריגים. לעומת שוני זה, מזדקר הדמיון – יכולתה של הרשות להטיל סנקציות הדומות לסנקציות המופיעות בסעיפים 3 ו-4. ישנה הכרה בזכותה של המדינה לפעול להגנת האינטרסים שלה, גם במחיר הגבלת צורות שונות של ביטוי עצמי. ובכל זאת, חשוב וראוי להדגיש את ההבדלים גם בהיבט זה.

הדגש בחוק החרם הישראלי הוא על הקריאה לחרם. בסעיפים 3 ו-4 נותרה הקריאה אסורה, כאשר לצידה נוספה החלופה של התחייבות להשתתף בחרם. אין זה ברור האם הכוונה רק להתחייבות בעלת תוקף משפטי, כגון התחייבות בחוזה. כן לא הובהר האם הדיבר "מי שהתחייב להשתתף בחרם" משמעו השתתפות בחרם בהווה, או

אף התחייבות עתידית להשתתף בחרם. כך או אחרת, נדמה כי החלופה של התחייבות להשתתף בחרם משותפת לחוק החרם ולבני דודיו שמעבר לים. כך, סעיף 999(a)(3)(A) ל-26 U.S. Code מגדיר: "For purposes of this section, a person participates in or cooperates with an international boycott if he agrees as a condition of doing business... with... a company... to refrain from doing business with... companies of that country [which is the object of the boycott]". לאמור, מי שמסכים להימנע מביצוע עסקים עם חברות ממדינה מסוימת, כתנאי לביצוע עסקים עם חברה אחרת, נחשב כמשתתף בחרם. למעשה, מדובר במי שהתחייב להשתתף בחרם. כך גם החלופה של "...has participated or is participating or shall participate in an international boycott", בסעיף 9 ל-New York, STF. אין זה מפתיע שהתחייבות להשתתף בחרם נפוצה בחיקוקי החרם השונים. מדובר בפעולה – משפטית – יותר מאשר בביטוי גרידא. נראה שלא במקרה קבע המחוקק את הדרישה ל"התחייבות", להבדיל מהצהרה כללית או הבעת רצון שאינה מחייבת.

החלופה של קריאה לחרם מעלה תמונה אחרת. אין איסור על קריאה לחרם. אמנם דברי החקיקה מתייחסים לפעולות בקשר לחרם, מעבר להשתתפות פעילה בו, אך אלה אינן מגיעות לרמה של "קריאה". לדוגמא, חלופות ה-EAA מגדירות את הפעולה האסורה כ"refusing" או "requiring another person to refuse" (סעיף 8). עולה כי מדובר גם על דרישה מצד שלישי, במסגרת עסקה, להשתתף בחרם. סעיף 16649 ל-Cal Gov. Code נותן דעתו על גוף אשר מביע "Compliance with the Arab League's economic boycott of Israel". כך גם בחוקים אחרים. עוד ניתן למצוא בחקיקה האמריקאית מגבלות שעניינן חופש הביטוי, או למצער תמיכה עקיפה בחרם מבלי להשתתף בו. כך, למשל, סעיפים 8(a)(1)(D-E) ל-EAA מטילים איסור על מסירת מידע על אנשים או גופים, כשהעברת המידע נועדה להביא להחרמתם. חלופה דומה ניתן למצוא במדינת פלורידה: "It is an unlawful trust and an unlawful restraint of trade for any person... to... furnish information with regard to... a person's... national origin... in order to comply with, further, or support a foreign boycott" (Florida, Statutes, Title XXXIII §542.34). ובכל זאת יש הבדל בין מסירת מידע לצורך חרם ובין קריאה לחרם. מסירת המידע שייכת למעגל החרם עצמו – בבחינת "סיוע" או "ביצוע בצוותא" של החרם. לעומת זאת, הקריאה נשארת בספירה של ה"שידול" – הפניית ביטוי כלפי האחר במטרה לשכנעו. על כן הגבלת האחרונה פוגעת בחופש הביטוי הפוליטי בצורה ישירה. עם זאת, ניתן לומר כי באיסור על מסירת המידע – מבלי להשתתף בחרם – יש בכדי לקרב בין הקצוות. בסופו של חשבון, ניתן

להשוות בין דברי החקיקה, גם מסיבות נוספות. למשל, בישראל לא נקבעה סנקציה פלילית, בניגוד לקבוע ברוב דברי החקיקה שהוזכרו לעיל.

ובחזרה לסעיפים 3 ו-4 לחוק החרם. ציינתי לעיל שבדיקת המשפט המשווה ביחס לסעיפים אלה מורכבת. בניגוד לסעיף 2, סעיפים 3 ו-4 מקיפים גם את מי שהתחייב להשתתף בחרם. מסלול זה, על הסנקציות שנקבעו בו, תואם את המשפט המשווה. הקושי הוא בחלופה הראשונה – קריאה לחרם. ציינתי לעיל את דעתי כי בעוד שסעיף 2 אינו עובר את המשוכה החוקתית, סעיפים 3 ו-4 מצליחים בכך. ארבעה טעמים לכך. ראשון, הנימוקים שהובאו לעיל בדבר זהות הגורם היוזם את ההליך ואופי הפגיעה (ראו פסקאות 15, 18 לעיל). שני, ואין זה עיקר, סעיפים אלה אמנם לא קובעים איסור השתתפות בחרם, אך הם קובעים איסור התחייבות לכך. שילוב זה סולל את הדרך להקלה מסוימת בניגוד לסעיף 2. כך גם במסגרת הבדיקה הנוכחית של המשפט המשווה. אין להתעלם מכך שישנן סנקציות בגין השתתפות בחרם ופעולות נוספות, מה שאין כן בשיטתנו, וטוב שכך. בראייה הכוללת, יש איזונים שונים בדין האמריקאי, המקרבים בין ארצות הברית וכאן.

טעם שלישי – יש מדינות אשר מתייחסות בצורה קרובה יותר לקריאה לחרם, למשל צרפת (ראו למשל בסקירה שהוגשה לוועדת החוקה, בפסקה 8 לעיל, בעמודים 12-13). אמנם מדובר בחקיקה האוסרת על אפליה על בסיס מוצא או שייכות לאומית ואינני סבור בהכרח כי הדברים חופפים זה את זה, אך יש לכך משקל. רביעי, יש משקל למצב בו מדינת ישראל היא מושא להטלת חרם במדינות שונות. יש לכך השפעה על המידתיות במובן הצר של סעיפים 3 ו-4, הפוגעים בחופש הביטוי הפוליטי במידה פחותה מזו של סעיף 2. המבחן הוא של תועלת מול נזק, ולא ניתן לעצום עין בפני הנזקים שנגרמים למדינה כתוצאה מחרמות אלה. הדברים נכונים גם כאשר החרם מוטל על ציבור מסוים, הפועל לפי דין, שהמדינה אמונה על הגנתו. יש בכל אלה כדי להצדיק את סעיפים 3 ו-4 אל מול הביקורת החוקתית, למרות שהם גבוליים – ובמיוחד סעיף 4. יוזכרו דבריו של פרופ' מרדכי קרמניצר בפני ועדת החוקה: "אם ההצעה הזאת היתה הצעה שבנויה לפי המודלים הקיימים בעולם לא הייתה לי אף מילה להגיד עליה במישור החוקתי" (בעמוד 28 לפרוטוקול הדיון מיום 15.02.2011). עמדה זו נופלת על אוזן קשבת. ואף אם ניתן לסבור כי האיזון הנערך מעבר לים שונה מזה שיש לערוך לפי השיטה הישראלית, בענייננו קיים מתחם חוקתי, שהחוק הישראלי עומד בו בכל הקשור לסעיפים 3 ו-4. הכל בהתאם להסתייגויות שצוינו לעיל.

בסיומו של דבר, סעיף 3 הוא גבולי. סעיף 4 מותח את הגבול. אולם שניהם נותרים – גם אם בקושי – בעברו החוקתי של המתרס. בשל כך אף הוספתי את דרישת היחס הרציונלי לגבי אופן יישום סעיפים אלה, וחידדתי את הצורך בביקורת הדוקה על יישום סמכות שר האוצר לפי סעיף 4. לדוגמא, נראה שעל הקריטריונים שייקבעו להתחשב, בין היתר, בטיב הקריאה, תוכנה, אופייה ועוצמתה.

מנגד, כל האמור מחזק את מסקנתי בכל הנוגע לסעיף 2 לחוק. בראייה הכוללת, סעיף זה חריג גם בנוף המשפט המשווה. דומה שלא בכדי. סכנתו מרובה מן המזור שהוא מביא בכניו.

22. ומן החקיקה לפסיקה. פסק הדין בעניין Claiborne נדון בהרחבה על ידי ועל ידי חברי. מטרתי בשלב זה אינה לחזור על הדברים, אלא להתמודד עם ההסתייגויות שנשמעו וההבחנות שהוצעו. חברי, השופט מלצר, חיווה דעתו כי שני תקדימים מרכזיים מכרסמים בהלכה זו – פסק דין בעניין Holder ופסק הדין בעניין Longshoremen's. אני אין דרכי עמו בכל הקשור לפרשנות ולהתפתחות המשפט האמריקאי. להבנתי, כך גם עולה מפסקי הדין בעצמם.

בפסק הדין בעניין Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1 (2010) ביקשו התובעים לסייע לקבוצות אשר הוכרו כארגוני טרור. לטענתם, הסיוע נועד רק למטרות חוקיות ולקידום השלום. בין היתר, דובר על לימוד של פרקטיקות משפטיות שונות. העתירה כוונה כנגד דבר חקיקה, האוסר על הושטת סיוע לארגוני טרור זרים. בית המשפט קבע, בדעת הרוב, כי דובר על סיוע לארגון טרור, אשר ניתן בצורה של "ביטוי". על כן, הביטוי אינו מוגן מכוח התיקון הראשון לחוקה. אין התייחסות בדעת הרוב להלכת Claiborne, והלכה זו לא נהפכה או כורסמה. גם בישראל ישנה עבירה פלילית על סיוע לפעילות טרור. סיוע באמצעות "ביטוי פוליטי" אינו מוגן. אולם לא ניתן להקיש מכך לעניין קריאה לחרם, בדרכי שלום. בעניין International Longshoremen's Association, AFL-CIO, v. Allied International, Inc., 456 U.S. 212 (1982) דובר על סוורים אשר סרכו לפרוק מטעני ספינות הקשורות לברית המועצות, על הרקע של פלישתה לאפגניסטן. בית המשפט קבע כי מדובר בחרם אסור לפי דיני העבודה (National Labor Relations Act). לא דובר על חופש ביטוי פוליטי, אלא על פעולה, שאינה עולה כדי חרם פוליטי, ובוודאי שאין היא קריאה לחרם. מעבר לכך, דובר על ההקשר של פעולה בניגוד לדיני העבודה, המסדירים את הנושא במישרין. לאמור, השיקולים הרלבנטיים נסובים סביב מעמדו המיוחד של

ה-labor union – ארגון עובדים במשפט האמריקאי. כוחו כה רב כלפי המעביד, עד כי נקבע שאין להרחיב את אותן פעולות המותרות לו כלפי צד שלישי, המצוי ביחסים עסקיים עם המעביד אך ללא זיקה לארגון העובדים. רוצה לומר כי ודאי לא ניתן להקיש ממקרה זה להחרמה בגדר השיח הציבורי הרגיל, ולחופש הביטוי הפוליטי הקשור בכך.

פסקי הדין שהובאו אינם מסתייגים אפוא, להבנתי, מהלכת Claiborne. לעומת זאת, במאמרו של המלומד Orloff, שאליו הפנה חברי השופט מלצר, אכן הובעה דעה שונה (ראו Gordon M. Orloff, *The Political Boycott: An Unprivileged Form of* (1983) 1076 DUKE L. J. (1983) *Expression*). אולם מדובר במאמר שניתן להגדירו כדעה יחידה, שנכתבה כשנה לאחר מתן פסק הדין בעניין Claiborne. המחבר כותב בצורה מפורשת שהוא מסתייג ממנו מבחינה עניינית. הסתייגויות אלה לא נקבעו להלכה. בשלושים השנים שחלפו מאז כתיבת המאמר בררו להם בתי המשפט בארצות הברית את הדרך של הגנה על חופש הביטוי הפוליטי. חברי הציע לקרוא בשני פסקי הדין דלעיל קריאת כיוון מסוימת לעתיד. לדעתי הדברים מובילים למסקנה שונה. אם כך ואם אחרת, קורפוס הפסיקה הנוכחי מסתייג בבירור מעמדה זו, כפי שיפורט כעת.

לאמיתו של דבר, הלכת Claiborne לא יצרה תקדים חדשני ומרעיש. לשם ההמחשה, נתבונן אל פסק הדין בעניין Missouri v. Nat'l Org. for Women, Inc., 620 F.2d 1301 (8th Cir. 1980). בעניין זה, שניתן לפני הלכת Claiborne, החרימו ארגוני נשים מדינות שלא קידמו חקיקה שוויונית. כתוצאה מכך נגרמו נזקים לבתי עסק במדינת מיזורי. תביעת הנזיקין שהגישו נדחתה, לנוכח התיקון הראשון לחוקה. המצב לאחר מתן הלכת Claiborne אינו שונה. ברקע הסכסוך בעניין Searle v. Johnson, 709 P.2d 328 (Utah 1985) קראו הנתבעים לתיירים להחרים את המחוז המדובר. מטרתם הייתה לעורר מודעות לתנאים הרעים ולסבלם של בעלי חיים במחוז. בית המשפט פטר את הנתבעים מאחריות נזיקית תוך התבססות על הלכת Claiborne. בפסקי דין אחרים הלכת Claiborne לא הוזכרה במפורש, אולם חופש הביטוי הפוליטי זכה להגנה מפני תביעות נזיקין (ראו למשל Hotel Saint George Assocs. v. A Fisherman's Best v. Rec.; Morgenstern, 819 F. Supp. 310 (S.D.N.Y. 1993); Fishing Alliance, 310 F.3d 183 (2002)).

23. פסיקה נוספת שזכתה לתשומת לב רבה היא של בית הדין האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג, בעניינו של ראש עיריית ססלין (Willem v. France (application)) (no. 10883/05), 10.12.2009. כזכור, בית הדין דחה את ערעורו של ראש העיר על

הרשעתו בהפליה על רקע לאומי, גזעי ודת. אתיחס בקצרה לשתי נקודות בעניין זה. האחת, מדובר בסנקציה שהוטלה על ידי המדינה. לא שמענו על פיצויים שנפסקו לזכות עשרות חברות, שמוצריהן העלו אבק על מדפי המרכולים בססלין. תוצאה זו אינה מנוגדת אפוא לפסילתו של סעיף 2, הקובע עוולה נזיקית.

השנייה, ייחודו של פסק דין זה. כפי שעולה מנימוקיו של בית הדין, ההרשעה הוצדקה על רקע השילוב שבין מיהות המורשע והנסיבות בהן יצאה הקריאה לחרם. בפסקה 32 לפסק הדין, מודגש כי "עובדת היותו של המבקש ראש עיר היא מרכזית במקרה זה" (התרגום כאן ולהלן הוא שלי). בפסקה 37 לפסק הדין מוטעם כי "כראש העיר, מוטלות על המבקש חובות ואחריות. בפרט, הוא נדרש לשמור על נייטרליות... בעניינים מוניציפליים, בהם הוא מייצג את הציבור". ועוד – בפסקה 36 יש התייחסות לנסיבות המיוחדות של ביצוע הקריאה: "יש להתחשב לא רק בהכרזה על חרם שנעשתה בעל פה, במועצת העיר, אלא גם בהודעה שפורסמה באתר האינטרנט של העירייה. הודעה זו החמירה את אופייה המפלה של הקריאה לחרם, וכך גם השימוש בביטויים קונטרוברסליים בגדרה". אם כן, השילוב הוא שהוביל לקביעה שההרשעה אינה פוגעת באופן שאינו מידתי בחופש הביטוי הפוליטי. הקריאה לחרם המוגדרת בחוק הישראלי אינה חלה רק על נסיבות מעין אלה, אלא מקיפה כל אדם או גוף, ללא דקדוק במעמדו האישי או בתפקידו הציבורי. מבלי לטעת מסמרות, נדמה שהשאלה כיצד יש להתייחס לקריאה של היחיד לחרם על המדינה שונה מהשאלה כיצד להתייחס לראש עיר שחילק כספי ציבור מבלי לעמוד בחובות המשפט המינהלי.

24. סוף דבר. הסיטואציה שבה עוסקים אנו איננה פשוטה. מדינת ישראל נגררה אליה בעל כורחה, גם בבמה העולמית. התוצאה אליה הגעתי – פסילת סעיף 2 והכשרת סעיפים 3 ו-4 תוך מספר הערות – נותנת, לגישתי, ביטוי מאוזן ומידתי לכל הערכים והאינטרסים המתנגשים. היא אינה זונחת את היהלום שבכתר חופש הביטוי – חופש הביטוי הפוליטי. בד בבד, היא מכירה באינטרס הלגיטימי של המדינה להגן על עצמה ועל קבוצות החברות בה. היא אינה מותירה את המדינה חשופה למעשיהם של אלה הקוראים לפגוע בה, או בציבור מסוים שהיא אמונה על הגנתו. היא אך משרטטת את הגבולות שבתוכם יכול המחוקק לפעול מבלי שפעולתו תוביל לתוצאה שאיננה מידתית. נסכם את הדברים כך: המדינה כן רשאית להתמודד עם תופעת החרמות, בדרך של סנקציות מנהליות מתאימות, ואילו היחיד, באמצעות עוולה נזיקית חדשה כנגד חופש הביטוי הפוליטי – לא. ודוק, מדובר בשינוי משולב. העניין אינו רק "המדינה מול היחיד", אלא סנקציה מנהלית השוללת הטבה לעומת חשיפה לתביעת נזיקין מסוג

חדש. זאת במיוחד כאשר הקריאה לחרם מהווה יסוד בעוולה זו, ואילו אין איסור על השתתפות בו.

ניתן לומר כי תוצאה זו יוצרת דמוקרטיה המתגוננת כנגד אלו הקמים עליה. אך היא שומרת על אופייה הדמוקרטי של החברה, ועל האידיאל של חופש הביטוי. זהו מרכיב חשוב המבחין בין מדינה דמוקרטית למדינה שאיננה כזו. המפגש בין המצוי והראוי, עשוי להפוך את הדרך למלאת חתחתים. דרך זו, על הכניסות האסורות שבה ועל אלה המותרות – אף עומדת בביקורת החוקתית. הייתי מציע אפוא לחבריי לבטל את סעיף 2 לחוק החרם על חלקיו השונים. לעומת זאת, סבורני כי אין מקום, במסגרת עתירות אלה, להורות על ביטול יתר סעיפי החוק.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

פתח דבר

א. תפילת ליל יום הכיפורים נפתחת בהצהרה הקרויה "כל נדרי", שעל שמה קרוי הערב כולו "ליל כל נדרי", ועניינה ביטול נדרים ובתוכם חרמות:

"כל נדרי ואסרי ושבועי וחרמי וקונמי וקנוסי וכינויי, דאנדרנא ודאשתבענא ודאחרמנא ודאסרנא על נפשנא... בכלהון איחרטנא בהון, כולהון יהון שרן, שביקין, שביתין, בטלין ומבוטלין, לא שרירין ולא קיימין, נדרנא לא נדרי...". ("כל הנדרים והאיסורים והשבועות והחרמות והקונמות והקנסות והכינויים שנדרנו ושנשבוענו ושהחרמנו ושאסרנו על נפשותינו... כולם אני מתחרט, כולם יהיו מותרים, נעזבים, מושבתים, בטלים ומבוטלים, לא שרירים ולא קיימים, נדרינו אינם נדרים..."). מה שביקשה הכנסת בחוק נשוא ענייננו לעשות הוא – בתמצית – מאבק בחרמות, מחלה ממארת שישראל היא מקרבנותיה. מוקד העתירה הוא החרם, ולא חרות הביטוי.

ב. מצטרף אני בהסכמה לחוות דעתו המקיפה והמלומדת של חברי השופט ח' מלצר. אבקש להוסיף דברים אחדים. עלי לפתוח במישור עקרוני; המדובר בנושא מרכזי בהיסטוריה המדינית והפוליטית של מדינת ישראל והאיזור. מומחיותו של בית המשפט בו היא מוגבלת. על כן עלינו לבדוק את נכונות ההתערבות החוקתית במשנה זהירות, בשבע עיניים. בית משפט זה החליט שלא להתערב בשעתו בפרשת ההתנתקות (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481), בהקשר ההחלטה על ההתנתקות עצמה, להבדיל משיעור הפיצויים למפונים; וזאת בראש וראשונה כיון שהמדובר היה בנושא מדיני, הגם שנפגעו באופן קשה זכויותיהם הבסיסיות – לא רק הממוניות – של הישראלים תושבי חבל עזה וצפון השומרון, שפנו ביד חזקה מבתייהם; נאמר בפסק-הדין (עמ' 575-596), כי המדובר במחלוקת "רחבת היקף, והיא משתרעת על מלוא הסיכונים והסיכויים הקשורים בפתרון הסכסוך הישראלי-פלסטיני. אין כל אפשרות לצפות שבית משפט זה – ויורשה לנו לומר: כל בית משפט אחר בעולם – יכריע בשאלות אלה. הסתברות מימושן של מטרות תכנית ההתנתקות מונחת בטבור העשייה המדינית, לאומית, בטחונית. בית המשפט אינו יכול לנקוט בעניין זה כל עמדה אלא במקרים קיצוניים וחריגים". בנידון דידן מדובר במצב עדין ורגיש בו נתונה מדינת ישראל, הנרדפת בחרמות על ידי גורמים כמו BDS (ראו עבודתו של אתר NGO MONITOR), שלא רק ההתישבות באיזור יהודה ושומרון לצנינים בעיניהם אלא קיומה של ישראל בכלל, כפי שהזכיר חברי השופט מלצר, ואל – לדעתי – לבית המשפט לנקוט דרך שבה עלול הוא להיראות בעיני חלק גדול מן הציבור, רחמנא ליצלן, בחינת כ"ונוסף גם הוא על ... (שמות א', י'), חלילה. חברי הטוב השופט דנציגר נדרש לסוגיית חובתו של בית המשפט, בהמשך לדבריו הבלתי נשכחים של מ"מ הנשיא (כתארו אז) לנדוי בפרשת דויקאט (בג"צ 390/79 עזת מחמד מוסטפה דויקאט ו-16 אח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) (1979)); ואכן, לא אחת יש להגן על זכויות אדם גם כשהגנה זו אינה פופולרית. ואולם דומני שהחוק בו עסקינן מייצג סוג של זעקה וחרדה לזכויות האדם של אזרחי מדינת ישראל ותושביה, לא רק של היושבים באיזור יהודה ושומרון, ולכך משקל רב נוכח המתרחש במדינות רבות כלפיהם, בחינת הקורא להחרים ואף להחריב, השכם להיאבק בו. זהו החוק, זו מטרתו, גם אם יתכנו דרכי מאבק נוספות או אחרות, ויש לבחנו במבט רחב המשקיף בעיניים נכוחות אל המציאות. מכבד אני את החרדה לחופש הביטוי, וכידוע חופש הביטוי רחב מאוד במדינת ישראל; אך כפי שנראה להלן, התמונה מורכבת, ואין מדובר במצב חד-כיווני.

ג. חברי השופט מלצר נדרש גם להיסטוריה (פסקה 23). אין מנוס מהזכרת העובדות העצובות, שנשכחו במקצת מן הלבבות בחלוף השנים, כי החרם הערבי נגד מדינת ישראל החל עוד בטרם הקמתה (החלטה מ-1946 של הליגה הערבית על הטלת חרם הישוב היהודי בארץ ישראל), ובמיוחד הורחב מאז 1951, והיה גורם קשה ביותר בלחץ מדינות ערב על ישראל לאורך שנים רבות. החרם נוהל ממשרד מרכזי בדמשק ופעל כלפי אלפי חברות בינלאומיות ואחרות, שבשל כך לא ניהלו עסקים בישראל. לימים הופעלה חקיקה במדינות שונות נגד החרם, ובמיוחד בארה"ב, ומדינת ישראל עצמה לחמה כנגד החרם בצורות שונות בכל כוחה.

יוסף, כי מייד לאחר מלחמת ששת הימים, ב-27.7.67, הוציא המפקד הצבאי צו בדבר ביטול חוקי החרם נגד ישראל (אזור הגדה המערבית) (מס 71), תשכ"ז-1967, שבו נקבע (סעיף 2) "כל חוקי החרם נגד ישראל בטלים" (ובסעיף 1 פורט מהם אותם חוקים); ראו א' זמיר וא' בנבנישתי 'אדמות היהודים' ביהודה, שומרון חבל עזה ומזרח ירושלים (1993), 140. בהסכמי השלום של ישראל ומצרים – הסכם קמפ דייוויד מ-19.9.78 וחווה השלום מ-26.3.79 – נכללה מחויבות ליחסים נורמליים בין שתי המדינות לרבות "שימת קץ לחרמות כלכליים ולמחסומים לתנועה חופשית של טובין ובני אדם" (הסכם קמפ דייוויד, וסעיף 3(3) לחווה השלום בין שתי המדינות החוזר על כך). הוא הדין לחווה השלום בין ישראל לירדן, סעיף 7(2)(א), הכולל התחייבות "לסלק את כל המחסומים המפלים כלפי יחסים כלכליים נורמליים, לסיים חרמות כלכליים המופנים האחד כנגד האחר, ולשתף פעולה בסיום חרמות כנגד כל אחד מהם על-ידי צדדים שלישיים". בעקבות כל אלה התפוגג החרם במידה רבה, אך לא בטל לחלוטין מן העולם; ראו א' קופמן ניתוח ההשלכות האפשריות של חרם כלכלי על ישראל (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, מוגש לוועדת הכספים, 31.12.14); ח' רגב וד"ר אביגיל אורן החרם הערבי (1995).

על החרם וחופש הביטוי

ד. כאן המקום לשוב ולהזכיר, כחברי השופט מלצר, כי הגם שחברנו השופט דנציגר מדגיש את ההבחנה בין קריאה להחרמת ישראל בכלל לקריאה להחרמת מוצרי ההתישבות היהודית, לא היו באי כוח העותרים מוכנים להצהיר כי אילו הוסר סעיף השטחים שבשליטת ישראל היו מוחקים את עתירתם. משמע, גם חרם על ישראל, בנוסח הישן, שמדינת ישראל – ומדינות אחרות, ובראשן ארה"ב – עמלו על המאבק בו, קריאה לשכמותו אף היא בגדר חופש הביטוי; אוי לאותו חופש ביטוי אם תושג

תוצאתו. הוא עלול להצטרף – מבלי להשוות – להכחשת השואה ולביטויים אנטישמיים וגזעניים, שבעיני אינם צריכים ליהנות מהגנת חופש הביטוי. איננו ארה"ב, איננו מחויבים לפרשנות מרחיקת הלכת של התיקון הראשון של חוקת ארה"ב, ואין מי שיוכל לטעון כי במדינת ישראל אין לאמיתו של דבר חופש ביטוי לעילא. על הכחשת השואה וצימודה לשלילת מדינת ישראל ראו ספרו המאלף של פרופ' אלחנן יקירה פוסט-ציונות, פוסט שואה, שלושה פרקים על הכחשה, השכחה ושלילת ישראל (2006) עמ' 40-53; וחיבורי על האנטישמיות (מרכז ההסברה, משרד החינוך והתרבות, 1990; מפורסם גם בספר משרד החוץ, 50 השנים הראשונות 930 (משה יגר, יוסף גוברין ואריה עודד, עורכים) (תשס"ב-2002)), שעסק במעקב ממשלת ישראל בנושא זה.

ה. על כן אין ההכרעה בתיק זה קשה מאוד בעיניי, ברוח הכרעתו של השופט מלצר כולה. בהקשר הרחב, אם עויני המדינה המעוניינים ברעתה, אינם מבחינים לצורך זה בין ישראל ה"קטנה" לשטחים המוחזקים על-ידיה, ולהבדיל גם העותרים לא היו נכונים לכך, כעולה מן הדיון בפנינו, מדוע נהיה אנו המבחינים – עם שברורה כוונתם הטובה של חבריי הדוגלים בחופש הביטוי. מי שנכוה ברותחין כמונו יכול לנשוף גם כלפי צוננים, לא כל שכן על רותחין.

ו. חופש הביטוי הוא דו כיווני, כפי שציין חברי השופט מלצר. אכן, הקריאה לחרם פוליטי על ישראל מוצגת בעתירות כמגשימה את חופש הביטוי הנתון לכל, ואם כן חקיקה כנגדה נטענת להיות פסולה, וחבריי השופטים דנציגר והנדל חרדים לחופש הביטוי, לרבות של הקוראים לחרם, ומכאן עמדותיהם (השוונות אמנם זו מזו); אך דווקא קריאה לחרם היא העלולה באופן מובהק להשתיק את השיח ולפגוע בחופש הביטוי, באופן שימנע מן המוחרמים ביטוי אמיתי לעמדותיהם, מחשש לפרנסתם ולקניינם, לאו מילתא זוטרתא. כך, כיון שבשונה מדרכי פעולה אחרות, חרם הוא אמצעי לכפות את עמדתו של המחרים על אלה שמתנגדים לעמדתו, וזאת בשונה משכנוע האחר בצדקתו. לכפייה זו עלולות להיות משמעויות קשות:

"The coercive power of a political boycott should not be underestimated. Merchants depend on sales for their livelihood; an effective boycott of their stores deprives them of their source of income. Although attempts to persuade individuals to act are usually protected by the first amendment, attempts to *coerce* individuals to act are not so immunized" (Gordon M. Orloff, *"The Political Boycott – an Unprivileged Form of Expression*, D.Law.Jour. 1076, 1092 (1983)) (להלן *Orloff*).

ז. אף המשפט האמריקני, שאין חולק כי הוא מבין שיטות המשפט המרחיבות ביותר בכל הנוגע לחופש הביטוי, על פי התיקון הראשון לחוקת ארה"ב, יסוד מוסד בהויה הציבורית האמריקנית, אינו מתיר חרם פוליטי באופן גורף. כך למשל, חלק מבתי המשפט האמריקנים מבחינים בין חרם פוליטי שנועד להגן על ערכים המוגנים בחוקה או בחוק, כמו למשל הפליה על רקע גזעי, לבין חרם פוליטי אחר, וההגנה על חופש הביטוי של הראשון תהא רבה יותר מאשר על זה האחרון (ראו למשל, Note, "Political Boycott and the First Amendment" 91 Harv. L. Rev. 659, 661 (1977-1978); Isaiah Madison "Mississippi's Secondary Boycott Statutes: Unconstitutional Deprivations of the Right to Engage in Peaceful Picketing and Boycotting" 18 Howard L.J. 583, 593-594 (1973-1975)) גם בעניין *Claiborne* אליו נדרש חברי השופט מלצר, אף שעל פני הדברים בית המשפט העליון של ארה"ב הרחיב באופן ניכר את ההגנה הניתנת לחרם פוליטי, מדובר היה בחרם שנעשה כמחאה על אפליה על רקע גזעי, במטרה לגרום למדינה ולמגזר העסקי להביא לשוויון זכויות לאוכלוסייה האפרו-אמריקאית. בית המשפט הדגיש, כי בעובדה זו יש כדי להצדיק את ההגנה הרחבה למחרימים:

"Petitioners sought to vindicate rights of equality and of freedom that lie at the heart of the Fourteenth Amendment itself. The right of the States to regulate economic activity could not justify a complete prohibition against a nonviolent, politically motivated boycott designed to force governmental and economic change and to effectuate rights guaranteed by the Constitution itself" (*NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886, 914, Justice Stevens (1982)).

ח. בנוסף, החוק הפדרלי האמריקאי בענייני עבודה אוסר על חרם משני (a) secondary boycott), בכך שהוא קובע, בין היתר, כי חל איסור על ארגון עובדים לנקוט בדרך פעולה שמטרתה לכפות על אדם לחדול מהתקשרויות עסקיות עם אדם אחר (Labor Management Relations Act of 1947, s. 8(b)(4)(B)). בעניין *Allied* נקבע, כי איסור זה כולל גם את האפשרות לחרם פוליטי על-ידי ארגון העובדים, ובאותו עניין – חרם במסגרת החברה האמריקנית בה פעל הארגון, כדי להביע את מחאתו כלפי מדיניות החוץ של ברית המועצות ופלישתה לאפגניסטן; לכן חויב הארגון בנזק שגרם לחברה בה פעל מעצם החרם הפוליטי בו נקט. מעניינים במיוחד הדברים

הבאים באשר ליחס שבין התיקון הראשון לחוקת ארה"ב, המעגן את חופש הביטוי כזכות חוקתית, לבין חרם פוליטי:

"It would seem even clearer that conduct (a political boycott – E.R) designed not to communicate but to coerce merits still less consideration under the First Amendment... There are many ways in which a union and its individual members may express their opposition to Russian foreign policy without infringing upon the rights of others" (*Int'l Longshoremen's Ass'n v. Allied Int'l*, 456 U.S. 212, 226-227, Justice Powell (1982)).

הדברים אמנם נאמרו בהקשר הקונקרטי של דיני העבודה, אולם כפי שאבהיר בהמשך, לדידי חל היגיון זהה בענייננו שלנו. ואזכיר עוד, כי בצדק ציין השופט מלצר שישנן בדין הישראלי הגבלות על חופש הביטוי, כגון בעניין לשון הרע.

מן הכלל אל הפרט

ט. חברי השופט מלצר עמד על כך שחוק החרם, בבואו להגן על מדינת ישראל מפני המבקשים להחרימה, עומד במבחניה של פסקת ההגבלה, בכך שנועד לתכלית ראויה, הולם את ערכיה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית ופוגע פגיעה מידתית בלבד בחופש הביטוי. כאמור, אני מצטרף לדבריו בהסכמה, אולם לטעמי, אף כי העותרים עומדים בלא היסוס כאמור על זכותם לקרוא להטלת חרם על מדינת ישראל עצמה, לא ניתן להתעלם מכך שמטרה נוספת של החוק, עליה עמדו העותרים בהרחבה, וכך גם חברי השופט דנציגר, היא הגנה על עסקים הפועלים ספציפית בשטחי יהודה ושומרון, באופן זה "חרם על מדינת ישראל" מוגדר בסעיף 1 לחוק ככזה הכולל גם חרם על "אזור הנמצא בשליטתה", ומתנגדי החוק מטעימים במיוחד נושא זה. כוונה מרכזית בחוק לא הייתה בשלב הנוכחי – איננו יודעים מה צופן העתיד – להגן על עסקים בתל אביב וגם לא על הנגב או הגליל, אלא על החרמת עסקים בהתישבות באזור יהודה ושומרון, שאכן סובלים כלכלית מאלה הקוראים להחרימם, מבית ומחוץ. ראו לעניין זה את חילופי הדברים בועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 15.2.11, בין יו"ר הועדה, חבר הכנסת דוד רותם, לבין חבר הכנסת דב חנין:

”היו”ר דוד רותם: אדוני היקר, דב חנין, החוק הזה בא להגן על ההתנחלות, שאתה קורא לה ’בלתי חוקית’, ואני קורא לה ’התיישבות’.
 דב חנין: אז תגידו את האמת.
 היו”ר דוד רותם: על ההתיישבות היהודית ביהודה, שומרון וחבל עזה” (ע’ 27 לפרוטוקול הדיון).

י. בכך, במובנים מסוימים, מבכר חוק זה את חופש הביטוי הנתון לקבוצה פוליטית מסוימת על פני חופש הביטוי הנתון לקבוצה פוליטית אחרת; למשל, הקורא – תיאורטית – להטיל חרם על מי שתומך בהחזרת שטחי יהודה ושומרון לידי הפלסטינים לשם השגת הסכם שלום, לא יהיה חשוף לסנקציה נזיקית מכוח חוק זה, בעוד שהקורא להטיל חרם על מי שבחר להתיישב בשטחי יהודה ושומרון, יהא חשוף לסנקציה נזיקית. אכן, יש בכך פגיעה לכאורית – היוצרת קושי חוקתי מסוים – בחופש הביטוי הנתון לאחרונים על פני זה הנתון לראשונים, אך גם אין כל מקום להגזים בעוצמת הפגיעה. לדידי, ככל שמדובר בסעיף 2(א) וסעיף 2(ב) לחוק, מדובר בפגיעה מידתית בהחלט, ובשונה מחברי השופטים דנציגר והנדל סבורני כי היא צולחת גם את מבחן המידתיות במובן הצר: החוק מגביל באופן מצומצם מאוד את הביטוי הפוליטי, במובן זה שהוראות החוק תוחמות את הסנקציה הנזיקית למי שקורא לחרם על פלוני “רק מחמת זיקתו למדינת ישראל... או אזור הנמצא בשליטתה” (הדגשה הוספה – א”ר). מכאן, על פני הדברים, הקורא להחרים מפעל הפועל בשטחי יהודה ושומרון, מטעמים אחרים שאינם רק מחמת הזיקה לאזור, לא יהיה בהכרח חשוף לסנקציה נזיקית מכוח החוק; כך, למשל – להלכה, והדוגמה תיאורטית – במקרה של קריאה להחרים מפעל הפועל באופן לא ראוי כלפי האוכלוסיה המקומית.

יא. מנגד, החוק יועיל בכך שיספק הגנה בנזיקין על מי שבחרו לפעול במקום שהמדינה רואה כמאפשר התיישבות יהודית בו מפני אלה הגורמים להם נזק, אך ורק מתוקף הימצאם שם. לא למותר לציין, כי התיישבות באזור יהודה ושומרון לאורך השנים לא הייתה נחלתן של ממשלות מצד אחד של המפה הפוליטית, אלא של כל ממשלות ישראל באופנים כאלה או אחרים; אלה גם אלה תמכו, תוך מתן תמריצים שונים, בהתיישבות בשטחי יהודה ושומרון ובשעתו גם בעזה, החל ממלחמת ששת הימים ועד ימינו; ונזכור כי לשיטת רבים מאוד מן הקוראים לחרם גם השכונות היהודיות במזרח ירושלים באות בכלל החרם. לכן נראה סביר בעיני מאוד כי מי שפעל כחוק ובהתאם למדיניות הממשלה יזכה להגנת המחוקק. בנוסף, בהמשך לדוגמאות שהובאו על-ידי חברי השופט מלצר ולמעלה כאן בחוות דעתי מן המשפט האמריקאי, אין מדובר לאמיתו בחרם שמטרתו להגן על זכות חוקית או חוקתית במשפט הישראלי, אלא לתקוף את המוחרמים אך ורק בשל המקום בו הם נמצאים; ויודגש, שוב, כי אין בחוק

מגבלה על החרמת אדם או גורם בשל דעותיו או מעשיו, קרי, מי שאינו חפץ לבוא לישראל או ליהודה ושומרון או לקנות ממוצריהם – כבודו ("כבודו") במקומו מונח; כל שמבקש החוק הוא להגביל את אלה הקוראים לחרם "רק מחמת" הזיקה למדינה או לאזור בשליטתה, הא ותו לא. בכך אין לטעמי אותה סתימת פיות שדיברו בה המלומדים מ' קרמניצר וע' פוקס (ראו ע' פוקס, ד' בלאנדר ומ' קרמניצר, חקיקה אנטאי דמוקרטית בכנסת ה-18 (2015) והחומר המובא בחוות דעתם בעמ' 66-71).

יב. בהמשך לכך, לשיטתי ההיגיון שבבסיס הדברים שנאמרו בעניין *Allied* חל גם בענייננו: הגורמים עליהם בא להגן החוק אינם "נענשים" בשל פעולותיהם או דעותיהם. הם נענשים כאמצעי בלבד, כדי להשפיע על מדיניותה של מדינת ישראל, בעיקר בסוגית השטחים, באמצעות קריאה לחרם עליהם, אמצעי כופה מעצם טבעו, בחינת "הקוזק הנגזל". כפי שצוין בעניין *Allied*, כאשר מבקש הפרט לכפות את דעתו על גורם אחר בצורה בוטה של קריאה להחרמו, בשונה משכנוע – ברי כי הגנת חופש הביטוי על עניינינו פחותה מעיקרה; ובפרפרזה על שנאמר שם, יש דרכים רבות בהן יכולים העותרים בענייננו להמשיך ולהביע את עמדותיהם הפוליטיות, ומי יחלוק על קיומה של קשת האפשרויות הרחבה מאוד הפתוחה בפניהם בישראל – אולם מבלי לפגוע בזכויותיהם של מי שכל חטאם בכך שבחרו לשבת ולפעול בשטח אשר המדינה אישרה התישבותם בו. אם בכל זאת יבחרו איפוא מי שיבחרו לקרוא להחרמת החברות הפועלות במדינת ישראל או באיזור הנתון לשליטתה, וזאת אך מחמת זיקתן למדינה או לאיזור, יהיו חשופות לתביעה נזיקית בגין הנזק שיגרמו. ההגבלה המסוימת על חופש הביטוי שלהם באה להגן על צדדים שלישיים הנפגעים לא בשל מעשיהם שלהם, אלא מחמת חרם פוליטי על מדיניות המדינה:

"In prohibiting or providing recovery for damages caused by secondary political boycotts the government is not seeking to ban certain ideas. It is attempting only to outlaw a mode of expression which by its nature injures third parties regardless of the ideas it happens to communicate" (*Orloff*, at p. 1084).

ואכן, מדוע איפוא ישלמו אישית מי שבחרו לשבת ולפעול באיזור את מחיר מדיניותן של ממשלות ישראל לדורותיהן על-ידי "יד חופשית" לקוראים להחרים?

יג. עוד טוענים העותרים, כי החוק מביא לאנומליה משפטית על-ידי יצירת עוולה נזיקית בקריאה לחרם, מקום שעצם הנקיטה בחרם מותרת על פי החוק. אין בידי להלום

טענה זו. לדידי, כמות שציין חברי השופט מלצר, הדברים דומים לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (להלן חוק איסור הפליה). חוק זה מבחין – בפועל – באופן מובהק בין פעילותו של הפרט במרחב הפרטי לבין פעילותו במרחב הציבורי. אדם יכול להחליט, מטעמיו שלו, כי אינו רוצה לרכוש במכולת פלונית כי נטייתו המינית של המוכר אינה לרוחו, או כי מוצאו האתני שונה משלו, או כי אינו שותף לאמונותיו הדתיות; אפשר לבקר זאת ולהסתייג מכך נמרצות, ועדיין זו הפררוגטיבה של אותו אדם. ואולם, המוכר אינו יכול לעשות כן. חלה עליו חובה למכור, ללא הפליה על רקע – בין השאר – נטייה מינית, מוצא אתני או דת, למשל, מכוח סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה (ראו לעניין זה גם פ' רדאי "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח משפטים כ"ג (תשנ"ד)). הסיבה לכך אינה – כמובן – כי המחוקק מבקש לעודד את הפעילויות המתוארות בחלק הראשון של הדוגמה, אלא כיון שחופש הפעולה של הפרט במרחב הפרטי רחב בהרבה מזה שבזירה הציבורית; מצב בו רשויות האכיפה והשפיטה יחלו להתחקות אחר כוונתו של פלוני או אלמוני שלא לרכוש במקום זה או אחר הוא מצב בעייתי במדינה דמוקרטית, שלא לדבר על הקושי המעשי, וכפי שציין בהקשר זה המלומד מ' כהן-אליה:

"תכליתה של ההבחנה הליברלית המקובלת בין ה'ציבורי' לבין ה'פרטי' היא לצמצם את התחומים שבהם מותר למדינה לעשות שימוש בכוחה הכופה במרחב הציבורי, הפוליטי, ולהותיר בידי האזרחים חירות רבה יותר בתחומים הפרטיים. הדרישה הליברלית שהמדינה תימנע מלהתערב בתחום הפרטי נועדה בעצם להגשים את זכותם של אנשים לפרטיות, שהצידוק המרכזי שמקובל להעניק לה הוא הצידוק של אוטונומיה. אדם שנהנה מפרטיות הוא אדם אוטונומי, מכיוון שהזכות לפרטיות מעניקה לו תחושת ביטחון מפני חדירה שלטונית לתחומים האינטימיים ביותר שבהם הוא מגבש את השקפתו הערכית ואת עמדותיו" (מ' כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים עלי משפט ג' 15, 28 (תשס"ג); ראו גם: ב' מדינה "איסור הפליה המגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" עלי משפט ג' 37, 44-46 (תשס"ג)).

לדידי, זהו ההבדל בין המחרים אישית לבין הקורא לחרם בענייננו; איננו יכולים, וגם בא כוח הכנסת עמד על כך בדיון בפנינו, למנוע מאדם להחרים גורם זה או אחר, יהיו סיבותיו אשר יהיו, ותהא דעתנו על כך אשר תהא. הסיבות לכך נמצאות הן במישור החוקתי – החופש הרחב המוקנה לפרט בעודו פועל במרחב הפרטי, והן במישור הראייתי – חוסר היכולת המעשית להתחקות אחר כוונתו של פלוני בבחרו

שלא לרכוש מוצר מידי של אלמוני. לכן, במעבר מנקיטה בחרם אל עבר הקריאה לחרם, מוציא עצמו הפרט במידה רבה מהספירה הפרטית אל עבר הספירה הציבורית. מכאן, לטעמי, אין זה בלתי סביר כל עיקר כי המחוקק ימצא להטיל עליו חובות גדולות יותר בשל כך, לרבות האיסור לקרוא על החרמת אדם או גורם אחר אך בשל המקום בו הוא מתגורר או פועל, דבר אשר כפי שציינו הן חברי השופט דנציגר והן חברי השופט מלצר, יש בו מן האפליה.

סעיפים 3 ו-4 לחוק

יד. נידרש עתה לסעיף 3, המגביל את השתתפותו של הקורא לחרם במכרז, בכפוף להוראות שיקבע שר האוצר, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת; ולסעיף 4 המגביל את מתן ההטבות על-ידי המדינה לקורא לחרם, בכפוף לתקנות שיתקין שר האוצר בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת ולהחלטות שר האוצר בהתאם. אציין כבר כאן כי איני רואה מקום להכריז על אי חוקתיותם.

ראשית, ובהערה מקדימה, ספק בעיני אם יש מקום לדון בחוקתיות סעיפים אלה בשלב זה; כידוע, לא על נקלה יורה בית משפט זה על ביטול חוק של הכנסת, המשקף מעצם טבעו את רצון העם (בג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996); בג"צ 3434/96 ד"ר מנחם הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פרופ' שבח וייט, פ"ד נ(3) 57, 67 (1996); בג"צ 8425/13 איתן מדיניות הגירה נ' ממשלת ישראל, פסקה 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2014)). בענייננו, כל עוד השר לא קבע הוראות, לא התקין תקנות ולא נתן החלטות, ופשיטא כי לא ברור טיבן של אלה וכיצד תוגבל ההשתתפות במכרז ואילו הטבות יישללו, אין מקום להתערבות חריגה של בית משפט זה באמצעות פסילת סעיף חוק. מדובר, למעשה, במעין "קל וחומר" של דוקטרינת הבשלות, שעל פיה, כידוע, על בית המשפט להימנע מפסילתו של דבר חקיקה, כאשר חוקתיות החוק שלובה באופן בו ייושם בפועל, בנסיבות קונקרטיות, אך אלה טרם התרחשו (בג"צ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פסקאות 11-23 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2014) (להלן עניין ועדות הקבלה); בג"צ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פסקה 31 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); ראו גם י' צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות – בעקבות בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר ובג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל" משפטים מג 419 (תשע"ג) (להלן צ'צ'קו)). בענייננו, לא רק שאין אנו נמצאים בנסיבות קונקרטיות של יישום החוק, אלא אין לעת הזאת אפשרות ממשית ליישם סעיפים אלה

(למעט האמור בסעיף 4(ב), ועל כך בהמשך); לבין החקיקה בין היישום נדרשות כאמור קביעת הוראות והתקנת תקנות, ומכאן לכאורה חוסר בשלות.

אכן, כפי שציין חברי השופט דנציגר, קיומו של אפקט מצנן הוכר כעילה העלולה להצדיק פסילתו של חוק, חרף היעדר בשלות (עניין ועדות הקבלה, פסקה 16; צ'צ'קו, בעמ' 446; וראו גם Notes, *The Chilling Effect in Constitutional Law*, 69 COLUM. L. REV. 808 (1969)). כפי שאציין בהמשך, לטעמי ניתן להידרש לטענה זו בכל הנוגע לסעיף 2(ג) לחוק. ואולם, סבורני כי עוצמת טענה זו מוחלשת בענייננו באשר לסעיפים 3-4 כאמור; ההוראות והתקנות אשר עלולות ליצור את האפקט טרם נקבעו, ולא ידוע אימתי ייקבעו, אם בכלל, ואם כאשר ייקבעו מה יהיה היקפן; הסברה שמאן שהוא יבחר להתבטא או שלא להתבטא באופן מסוים בהסתמך על הוראות ותקנות שאינן קיימות, לטעמי אינה מבוססת. מכאן, כי אין בידי להסכים לעמדתו של השופט דנציגר בסוגיה זו, לפיה "תחולתה הרחבה של הסנקציה המנהלית מקימה סכנה של ממש לפגיעה רחבת היקף בעמדה פוליטית" (פסקה 32 לחוות דעתו); סנקציה מעין זו למעשה טרם באה לאור העולם – פרט לסיפא של סעיף 4(ב), ועל כך מיד – וכאמור, אין לדעת מה יהיה טיבה ובאיזו מידה תפגע בחופש הביטוי של מאן שהוא. אוסיף ואלך צעד נוסף: כשלעצמי איני סבור כי הביטוי "אפקט מצנן" הוא חזות הכל. לטעמי ישנם ביטויים שה"צינון" יפה להם; אין חולק שקריאה לאלימות היא כזאת; אין חולק שקריאת "אש" באולם תיאטרון היא כזאת; על כן המבחן תלוי נסיבות, ולטעמי גם קריאה לגזענות – למשל – היא כזאת. כל אלה הם מסוג "המלים הלוחמות".

עם זאת, כפי שמדגיש חברי השופט הנדל, הסיפא של סעיף 4(ב) לחוק מאפשרת לשר לשלול את ההטבות המנויות בסעיף 4(א) אף ללא תקנות מתאימות. אצטרף להערתו של חברי במובן זה שאני מסכים כי יש מקום להחיש התקנת תקנות, כדי שדברים יהיו דבורים על אפניהם. ואולם, החוק כיום מתיר לשר לפעול כאמור, ומכאן הצורך בכל זאת לבחון האם סעיף 4 עומד במבחני החוקתיות. מעבר לצורך כאמור, נבחן גם את סעיף 3 במשקפיים חוקתיות.

יה. לגופם של דברים, סבורני כי סעיף 3 וסעיף 4 צולחים את מבחני פסקת ההגבלה. בבג"צ 10104/04 שלום עכשיו שעל מפעלים חינוכיים נ' גב' רות יוסף, הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון, פ"ד סא(2) 93 (2006) (להלן עניין שלום עכשיו), שעניינו שימוש בכספי הרשויות למאבק בתוכנית ההתנתקות, אליו נדרשו הן השופט מלצר והן השופט דנציגר, היה סיכום הדברים כלהלן (עמ' 201):

"(1) ברוב דעות של הנשיא ברק והשופטים גרוניס ורובינשטיין, נגד דעתם החולקת של המשנה לנשיא (בדימ') חשין והשופטת ביניש, כי כנסיבות העניין שלפנינו רשאית רשות מקומית להעביר כספים לגוף או לגופים אחרים כדי להיאבק ביישומה של תוכנית התנתקות;

(2) ברוב דעות של הנשיא ברק, המשנה לנשיא (בדימ') חשין והשופטים ביניש וגרוניס, בניגוד לדעתו החולקת של השופט רובינשטיין, כי בכל מקרה שבו מעבירה רשות מקומית כספים למאבק ביישומה של תוכנית התנתקות, רשאית המדינה לקזז מתמיכתה באותה רשות סכום כסף השווה לסכום הכסף שהרשות העבירה לגוף או לגופים אחרים לשם מאבק זה. השופט רובינשטיין, בדעת מיעוט, סבור כי כספים למאבק יוכלו לבוא רק מתשלומי הארנונה של תושבי הרשות, ואם כך יהיה, אין מקום לקיזוז".

בין היתר אמר המשנה לנשיא חשין (עמ' 186):

"... שלא נקבע כי הרשות המקומית תעשה שימוש בכספי תמיכה שהעניקה לה המדינה כדי ללחום בתוכנית שיזמה המדינה. לא יותר לו לאדם להכות את היד שהושיטה לו עזרה".

חברי השופט דנציגר סבור שאין להקיש מעניין שלום עכשיו לענייננו, שכן שם מדובר היה בגופים סטטוטוריים ואילו בענייננו ההגבלה חלה כלפי הכל, לרבות גופים פרטיים. דעתי – בכל הכבוד – שונה. סבורני כי האמור בעניין שלום עכשיו נכון מקל וחומר לענייננו – ברי, כי אם רשאית המדינה לשלול מכספיה של רשות ציבורית, המהווה רכיב אורגני של המדינה מעצם קיומה, מקום שזו משתמשת בכספים כדי לפעול נגד מדיניות הממשלה, רשאית המדינה גם לשלול הטבות מגופים פרטיים בעשותם כן, שהרי "אין לשום גוף עושה פעילות זכות קנויה בתמיכת המדינה" (בג"צ 11020/05 פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת ארבל (2006)); וראו גם בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 385 (1999); עע"מ 343/09 הבית הפתוח לגאווה וטובלנות נ' עיריית ירושלים, פסקה 34 (2010)).

אומר מפורשות: לטעמי, צריכה מדינה להיות שוטה שבעולם לאפשר הטבות מכספיה לגורמים פרטיים או להתקשר עם גורמים פרטיים, הקוראים להחרים יחידים או חברות אך מחמת זיקתם למדינה, מוסד ממוסדותיה או אזורים שבשליטתה; דומה הדבר לאדם הבא להכות אדם אחר, והאחרון מצייד אותו באלה כדי שיוכל להלום בו

בעוצמה יתרה. במלותיו של השופט – כתארו אז – ברק, "חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אזרח אינן במה לכיליון לאומי" ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 311 (1985); ובכל הכבוד הראוי שיש ליתן לפלורליזם ולחופש ביטוי, אינני סבור כי הדבר מחייב מענק כספים והטבות שונות, או מחייב את המדינה להתקשר במסגרת מכרז, עם אלה הפועלים כנגד מדיניותה של המדינה, ולמעשה נגד המדינה עצמה, כאילו תאמר ליורקים עליך, מה נעים גשם הנדבות; גם בשיגיון ראוייה מקצת הגיון (ראו לעניין זה גם ד' ברק-ארז וג' ספיר "חוק הכסע והעלבון" הארץ (18.7.2011)); או כדברי חברי השופט מלצר, בחינת "נושכי היד המאכילה" (פסקה 46). ודוק, הדברים נאמרים בשים לב לאופיה הייחודי כאמור של הקריאה לחרם – אמצעי כופה, העלול להיות בעל השלכות מרחיקות לכת ואף קיומיות – ואין בהם כדי להשליך על יכולתו של מאן דהו להביע ביקורת או מחאה ולנסות לשכנע בצדקתו, בשלל האמצעים העומדים לרשותו כחלק משיטת המשטר הדמוקרטי, מבלי שיחשוש כי המדינה תמנע ממנו הטבות או תימנע מהתקשרות עימו בגין הבעת ביקורת או מחאה מעין אלה. אם כן, כפי שסבורים חבריי השופט מלצר והשופט הנדל, ובשונה מדעתו של חברי השופט דנציגר, דעתי היא שככל שסעיף 3 וסעיף 4 פוגעים בחופש הביטוי של העותרים, הפגיעה כשלעצמה היא מידתית וצולחת במובהק את מבחני החוקתיות, ככל שיופעל באורח ראוי ושקוף; ואינני מוצא להרחיב באשר למבחנים הנוספים בהם יש הסכמה בין חבריי כי הם מתקיימים בענייננו, וכמובן איני חולק על כך.

סעיף 2(ג)

10. ואחר הדברים הללו, במה שונה דינו של סעיף 2(ג)? דומה שהוא בחינת צעד אחד יתר על המידה. המטרה המרכזית שבבסיס דיני הנזיקין היא השבת מצבו של הנפגע, במידת האפשר, למצב בו היה טרם ביצוע העוולה; זאת – באמצעות פיצויים על הנזק שנגרם לו כתוצאה ממעשיו של המעוול (י' אנגלרד, א' ברק ומ' חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 571-574 (ג' טדסקי עורך, מהדורה שניה, התשל"ז); י' גלעד דיני הנזיקין – גבולות האחריות, כךך א' 78-79 (תשע"ב-2002) (להלן גלעד). פיצויים ללא הוכחת נזק – או בשם האחר פיצויים סטוטוטוריים, ובאופן דומה גם פיצויים עונשיים – הם בגדר חריג לכך. מטרתם להביע את סלידתה של החברה ממעשיו של המעוול במקרים קשים, וזאת באמצעות הרתעת המעוול, ושכמותו, מביצוע המעשה העוולתי בעתיד, אף אם לא נגרם לאחר נזק, או למצער לא הוכח כי נגרם נזק או לא הוכח שיעורו (ע"א 140/00 אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי, פסקאות 73-79 (2004); ע"א 9656/03 מרציאנו נ' זינגר, פסקה ל"ד (2005);

ע"א 89/04 נודלמן נ' שרנסקי, פסקה 45 (2008); גלעד, 43-44; ת' קרמרמן "שומר פיו ולשונו – שומר מצרות נפשו: פיצויים ללא הוכחת נזק בחוק איסור לשון הרע" משפטים מג 899, 907-908 (תשע"ג). כך למשל, לאורך השנים קבע המחוקק את האפשרות להשתת פיצויים ללא הוכחת נזק על מי שהטריד מינית או התנכל לאחר (סעיף 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998); מי שהפלה באספקת שירות או מוצר אדם אחר על בסיס דת, גזע, נטיה מינית ועוד (סעיף 5(ב) לחוק איסור הפליה); ומי שפירסם דבר העלול להשפיל או לבזות אדם אחר על בסיס התנהגותו, מעשיו, דתו ועוד (סעיף 7א(ב) וסעיף 7א(ג) לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965). מדובר איפוא במעשים שלגביהם ישנה הסכמה רחבה כי אינם ראויים וכי יש להרתיע אחרים מביצועם, אף במחיר של סטייה כאמור מהעיקרון הבסיסי של דיני הנזיקין, והוא פיצוי הנפגע על הנזק שנגרם לו ועליו בלבד (ראו לעניין זה גם דברי ההסבר להצעת חוק למניעת הטרדה מינית (תיקון מספר 8) (הגדלת הפיצוי ללא הוכחת נזק), התשע"ג-2013; ודברי ההסבר להצעת חוק איסור לשון הרע (תיקון מספר 8) (פיצויים ללא הוכחת נזק), התשנ"ח-1998); לעניין פיצויים עונשיים ראו גם המקורות שהביא חברי השופט מלצר בפסקאות 41-42 לחוות דעתו.

יז. דומה כי שונים הדברים בכל הנוגע לסעיף 2(ג) נשוא ענייננו. כאמור, הסיבה העיקרית – אם גם לא היחידה כל עיקר – לשמה בא החוק בו עסקינן לאויר העולם היא הגנה על תושבי שטחי יהודה ושומרון מן הנזק הנגרם להם כתוצאה מפעילותם של הקוראים להחרימם, נושא שנוי במחלוקת בציבוריות הישראלית. לכך כאמור משמעות בהקשר הפיצויים ללא הוכחת נזק והפיצויים העונשיים (ראו גם א' רובינשטיין "פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט" 97 אור 102-105, (עורכים א' ברק, ר' סוקול וע' שחם; תשע"ג-2013). לשם השגת המטרה האמורה די בסעיף 2(א) וסעיף 2(ב) – סעיפים אלה פוגעים במידה שאינה עולה על הנדרש, כאמור, בחופש הביטוי של העותרים, במובן של הטלת חובה לפצות את הניזוקים בעבור הנזק שגרמו. סעיף 2(ג) מפר איזון עדין זה; הוא מגביל באופן ניכר את חופש הביטוי המוקנה לעותרים על-ידי יצירת אפקט מצנן ברמה מוגברת, גם לטעמו של מי שרואה כמוני ביתר מתינות את החשש מהאפקט המצנן, ומנגד הוא מגן על אלה אשר הקריאה להחרימם הופנתה אליהם אף כאשר לא נגרם להם נזק. לכאורה ישנו איפוא אמצעי אחר אשר ישרת את המטרה שבא להשיג החוק, ואשר פגיעתו בחופש הביטוי של העותרים תהא פחותה – ודי בכך כדי לקבוע כי סעיף 2(ג) אינו חוקתי.

לקראת חתימה

יח. אוסיף לחיבת המשפט העברי, כי עם שמושג החרם מצוי בו, כפררוגטיבה של הציבור, הוא מוטל לשם קיומם של חיים קהילתיים ולא לשם פילוגם; זאת כדי לגדור פרצות, במעשה שמן הדין אין חיוב או איסור לעשותו (ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך י"ז חרם (חרמי ציבור), שמ"ג): וכמות שכותב המלומד ג' ליבזון במאמרו "נידוי ומנודה" שנתון המשפט העברי ו-ז, 177-179:

"אנו מוצאים במקורות לא רק כפירה בנידויים של תלמידי חכמים או הכחשת עובדות הנוטלות מהמעשה טעם לשימוש בנידוי אלא אף התנצלות על השימוש בנידוי והסבר על ההכרח בהטלתו. כך מתנצל רבן גמליאל על נידויו של ר' אליעזר בן הורקנוס, לפי המסורת הבבלית על נידויו של ר"א בן הורקנוס: 'רבנונו של עולם גלוי וידוע לפניך שלא לכבודי עשיתי ולא לכבוד בית אבא עשיתי אלא לכבודך, שלא ירבו מחלוקת בישראל'. לפנינו איפוא ביטויים שונים של רגישות חכמים לנידוי חבריהם: כפירה בעצם הנידוי, התכחשות לעובדות המשמשות לבסיס הטלתו, התנצלות על השימוש בו. כולם מבטאים רתיעה והסתייגות מהשימוש בנידוי".

יט. כאמור, מצטרף אני לעמדתו של חברי השופט מלצר, לפיו חוק החרם עומד במבחני החוקתיות, למעט סעיף 2(ג) אשר פוגע לכאורה באופן לא מידתי בחופש הביטוי, ומכאן דינו להיפסל. מכבד אני את השקפותיהם השונות של חברי השופטים דנציגר והנדל (שיש שוני ביניהם בתוצאה). אך בעיני האיזון שמצא חברי השופט מלצר ראוי יותר בנסיבותיה של מדינת ישראל. ובסיום: שורות אלה נכתבות ערב חג הפסח. בהגדה של פסח מדובר על אותה הבטחה משמי מרום לשרידות העם היהודי חרף משנאיו – "והיא שעמדה לאבותינו ולנו, שבכל דור ודור עומדים עלינו לכלותנו והקדוש ברוך הוא מצילנו מידם". אין דופי בכך שכנסת ישראל נותנת ביטוי בחוק למאבק בעומדים עלינו לכלותנו.

כ. לאחר שנכתבה חוות דעתי והופצה, בא לידי מאמרו של פרופ' לורנס ה' סאמרס (Summers), לשעבר נשיא אוניברסיטת הרווארד ושר האוצר של ארה"ב בממשל הנשיא קלינטון, שנשא גם בתפקידים כלכליים בכירים אחרים. כותרת המאמר היא "חופש אקדמי ואנטישמיות" ("Academic freedom and antisemitism" ISGAP Policy Paper Series No. 1, March 2015), ואביא כאן את תמציתו שכראש המאמר:

"In the broader context of rising antisemitism on college campuses, the response of universities to proponents of Israeli boycotts, divestiture, and

sanctions must unite the preservation of academic freedom with a clear and forceful condemnation of the vilification of Israel. During his tenure as president of Harvard, the author delivered a set of widely noticed remarks in which he described the calls for divestiture and boycott as "antisemitic in their effect if not their intent." Refusing to frame his critique in more generic terms, the author instead drew attention to the way in which divestment advocates focused solely on Israeli universities and scholars. The more recent intensification of pressure for boycotts, divestment, and sanctions against Israel, as evident in the American Studies Association boycott, likewise calls for a morally clear rejection of the demonization of Israel. Rather than resorting to overly broad language that criticizes boycotts in general, universities should specifically reject the singling out of Israel for persecution, and should take steps to dissociate themselves from any organizations or movements that do so. A zealous minority that utilizes the resources and prestige of the academy to pursue antisemitic objectives poses a genuine threat to academic freedom. Protecting academic freedom demands that this threat be addressed directly".

וכן סוף המאמר (בעמ' 10):

"If zealous minorities, no matter how well intentioned, are able to hijack the prestige and resources of the academy in pursuit of objectives that are parochial and bigoted, why should the broader society refrain from seeking to set the academy's agenda. The right to say, advocate, or propose anything must always be protected. But it must come with the right or even obligation of others to call out words and deeds that threaten the community and the values of moral concern and rational inquiry for which it stands".

אתרגם רק את שני המשפטים האחרונים: "הזכות לומר, לשכנע או להציע כל דבר צריכה תמיד להיות מוגנת, אך עליה לבוא עם הזכות או אף החובה של אחרים לסלק מלים ומעשים המאיימים על הקהילה ועל ערכי הדאגה המוסרית והחקר הרציונלי שלמענם היא (הזכות) קיימת". ובעברית פשוטה, גם לחופש הביטוי גבולות אל מול איומים.

דברים אלה צריך לדעתי שיהיו לנגד עינינו מקל וחומר לענייננו.

המשנה לנשיאה

השופט י' עמית:

1. חוסנה של מדינה נגזר, בין היתר, ממעמדה בקרב אומות העולם, מהלגיטימציה לקיומה ולפעולותיה, ומחוסנה הכלכלי. מדינת ישראל עומדת בשנים האחרונות בפני שלושת ה-D: דמוניזציה-דהומניזציה-דלגיטימציה (Demonization -Dehumanization-) של שלושת ה-D (Delegitimization ותנועת ה-BDS (Boycott, Divestment, Sanctions) היא ראש החץ של שלושת אלה (יש המציעים ראשי תיבות אחרים לתנועת ה-BDS: Bigoted, Dishonest and Shameful כהצעתם של Gabriel Noah & Asaf Romirowsky, *Anti-Semitic in Intent if not in Effect: Questions of Bigotry, Dishonesty and Shame*, in THE CASE AGAINST ACADEMIC BOYCOTTS OF ISRAEL 75, 80 (Cary Nelson & Gabriel Noah Brahm eds., 2015).

אלא שהמחוקק הישראלי סבר כי קצרה ידו להילחם בקוראים לחרם על ישראל בחו"ל, ומשכך, החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, תשע"א-2011 (להלן: החוק למניעת חרם או החוק) מופנה כלפי פנים, אל אזרחי המדינה ותושביה, הקוראים לחרם אקדמי-תרבותי-כלכלי על מדינתם שלהם.

האם עומד החוק ב"מבחן האש" של פסקאות ההגבלה בחוקי היסוד?

2. חברי, השופטים ח' מלצר, י' דנציגר ונ' הנדל הלכו כל אחד בדרכו, ואקדים ואומר כי בשורה התחתונה אני מצטרף לדעתו של השופט מלצר לפיה החוק עומד – אם כי בקושי רב – במבחן המידתיות, למעט ס"ק 2(ג) לחוק שעניינו פיצויים עונשיים.

אף אני סבור כי החוק פוגע בחופש הביטוי הפוליטי, הנמצא בליבת הזכות לחופש הביטוי. עם זאת, לדידי, בחינה מקרוב של הדברים מביאה למסקנה כי על אף שענייננו בחופש הביטוי הפוליטי, הרי שכאשר בקריאה פומבית לחרם עסקינן, אין מדובר ברמה הגבוהה של חופש הביטוי וגם הפגיעה קלה יותר מהנראה במבט ראשון. לאור תכליתו של החוק להגן על זכותם של אזרחי ישראל לכבוד ולקניין, זכויות

חוקתיות מהמעלה הראשונה גם הן, החוק עומד לטעמי במבחני פסקת ההגבלה, למעט ס"ק 2(ג) לחוק.

מאחר שחברי השופט מלצר פירט בהרחבה ובאופן מעמיק את יסודות החוק, הרקע לחקיקתו וטענות הצדדים, לא אתחיל מבראשית. וזו תהא דרך הילוכנו. אפתח בהערה מקדמית ובהערה לגבי המשפט המשווה, בהמשך אעמוד על הטעמים שבבסיס חופש הביטוי, על כך שהקריאה לחרם אף עומדת בסתירה לחלק מרציונלים אלה ולכך השלכה על עוצמת הפגיעה בחופש הביטוי, אעמוד על מבחן המשנה השלישי בהתחשב בתכליות החוק ובפגיעה השניונית במושאי החרם, אבחן את החוק באספקלריה של דיני הנזיקין ובהקשר של "האפקט המצנן", ואסיים בהתייחסות קצרה לסעיפים 3-4 לחוק ולפרשנות המוצעת על ידי חברי השופט דנציגר.

הערה מקדמית

3. החוק זימן לנו "נשף מסכות" הן מצד המחוקק והן מצד העותרים. אסביר.

החוק על פי לשונו ותכליתו המוצהרת בא להגן על מדינת ישראל מפני חרם תרבותי-אקדמי-כלכלי. אלא שדברי הכנסת והרקע לחקיקת החוק, מעידים כי מי שעמדו על עריסתו הונעו מתוך רצון להגן על מפעלים ומוסדות באזור מפני חרם פנימי וחיצוני, ועל כן נוספה בסעיף ההגדרות התיבה "או אזור הנמצא בשליטתה" (הצעת החוק הוגשה בשיאו של דיון ציבורי שהתעורר בעקבות קריאה להחרמת היכל התרבות באריאל – ראו עמיר פוקס דנה בלאנדר ומרדכי קרמניצר חקיקה אנטי-דמוקרטית בכנסת ה-18 59 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015)).

ואילו העותרים, העלו בעתירותיהם על ראש שמחתם את התיבה "או אזור הנמצא בשליטתה". העותרים הלינו לאורך ולרוחב העתירות על כך שהחוק פוגע בחופש הביטוי בנושא שעומד במרכז השיח הציבורי-הפוליטי בישראל. אלא שבמהלך הדיון בפנינו הוסרו המסכות ויצא המרצע מן השק. הנה כי כן, למעט העותרים בבג"ץ 5392/11 (עתירת ברקאי), נתברר כי העותרים האחרים אינם מבחינים בין מדינת ישראל לבין האזור. לדידם של העותרים, גם קריאה להצטרף לחרם הערבי שהוטל בשעתו על ישראל, היא קריאה הנמצאת בד' אמות חופש הביטוי שאין מקום להגבילה, כך שעמדתם לא הייתה משתנה גם אם המחוקק היה מסיר מהגדרת "חרם על ישראל" את התיבה "או אזור הנמצא בשליטתה". דהיינו, לא ההגנה על מוסדות, ארגונים ומפעלים

באזור מדירה שינה מעיני העותרים, אלא ההגבלה על עצם הזכות לקרוא לחרם על מדינת ישראל, מכל סיבה שהיא.

כוונתם הסובייקטיבית של המחוקקים וכוונתם של העותרים כבודם במקומו מונח. כפי שציין חברי השופט דנציגר בפסק דינו, שנינו ולמדנו כי בית המשפט עוסק באנליזה של החוק ולא בפסיכואנליזה של המחוקק. לכן, גם אם נתכוון המחוקק בראש ובראשונה להילחם בחרם כנגד מפעלים ומוסדות באזור, הרי שמתחת ידו יצא חוק שנועד במוצהר להילחם בחרם נגד המדינה, ובהתאם לכך עלינו לבחון את הוראות החוק עצמו.

על משפט משווה

4. בטרם אבחן את פגיעת החוק בזכות החוקתית לחופש הביטוי, אומר מילים מספר על השימוש במשפט המשווה בפרשנות חוקתית. הדיון המתנהל בעמודים אלו על אודות חופש הביטוי והפגיעה בו, מלא כרימון קליפורני בהפניות לחוקים ופסקי-דין זרים, ובעיקר למשפט האמריקאי. אכן, אין חולק כי הלמידה וההפריה משיטות משפט אחרות טובה ורצויה היא, "ראוי לו, לפרשן, לפתוח את לבו לתפיסות יסוד של שיטות משפט נאורות 'המעצבות את דמות העולם התרבותי כולו'" (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 236 (1994) (להלן: ברק, פרשנות חוקתית)). אולם, "השימוש במשפט המשווה בענייננו - כבכל עניין - יש לעשותו ברגישות ובזהירות, תוך בירור מעמיק אם הסדרי משפט הנוהגים במדינה זו או אחרת תואמים הם לחוק בישראל ולמציאות החיים שאנו מתמודדים עימה" (דברי המשנה לנשיא מ' חשין בבג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 419 (2006)). כפי שציין חברי השופט דנציגר, ההגנה המוקנית בארצות הברית לחופש הביטוי בכלל, ולחופש הביטוי הפוליטי בפרט, רחבה יותר מההגנה המוקנית לחופש הביטוי בישראל. לשוני זה סיבות רבות, ואעמוד על סיבה מרכזית אחת והיא מקור הזכות, הטקסט החוקתי עצמו.

הזכות לחופש הביטוי במשפט החוקתי של ארצות-הברית מעוגנת בתיקון הראשון לחוקה, וזו לשונו:

"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to

assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

הזכות לחופש הביטוי בחוקה האמריקאית כוללת אפוא בנשימה אחת את הזכות לחופש העיתונות, הזכות להתאסף, והזכות לעתור לסעד מהממשלה. הקשר חוקתי מיוחד זה הביא את בתי-המשפט בארצות הברית להדגיש, מתוך הטעמים העומדים ביסוד חופש הביטוי, את הטעם של ההגנה על המשטר הדמוקרטי (ראו, ERIC LAURENCE H. TRIBE, FREEDOM OF SPEECH, 48 (2nd edn., 2005); ראו גם AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 804 (2nd edn., 1988) (להלן: TRIBE)). מכאן המרכזיות של חופש הביטוי הפוליטי במשטר החוקתי האמריקאי, והדרישות החמורות שהציב המשפט בארצות הברית על-מנת להצדיק פגיעה בזכות זו. חופש הביטוי בארצות-הברית נקשר אפוא במישורין לחופש הביטוי הפוליטי.

ואילו הזכות לחופש הביטוי במשפט החוקתי הישראלי, היא זכות משתמעת ונגזרת מהזכות לכבוד בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בבחינת זכות-בת של הזכות לכבוד האדם. זאת מתוך התפישה לפיה "מהו כבוד האדם ללא החירות היסודית הנתונה לאדם, לשמוע את דברי זולתו ולהשמיע את דבריו שלו; לפתח את אישיותו, לגבש את השקפת עולמו ולהגשים את עצמו?!" (דברי השופט מצא בע"א 4463/94 אבי חנניה גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 153 (1996)). מקורו של חופש הביטוי הישראלי הוא כבוד האדם, וליבת חופש הביטוי הישראלי היא כבוד האדם (אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 730 (2014), להלן: ברק, כבוד האדם)), "הזכות נשוא ענייננו, חופש הביטוי הפוליטי, קשורה על פי תפיסתנו המשפטית 'בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם'" (השופט נאור (כתוארה אז) בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 763 (2008)).

מקור הזכות לחופש הביטוי, לצד סיבות רבות נוספות שאיני רואה להידרש להן, מביא לכך שהיחס לחופש הביטוי בכלל, וחופש הביטוי הפוליטי בפרט, בארצות-הברית ובמדינת ישראל אינו זהה, ונוסחאות האיזון הן שונות (ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 236).

במשפט האמריקני, הקביעה כי הביטוי מוגן, היא פעמים רבות גם סוף הדרך, אך לא כך במשפטנו, על האיזונים השונים בין חופש הביטוי לערכים מתנגשים אחרים. ראוי אפוא ללמוד ממדינות הים אשר מחזיקות בשיטות משפט ובערכים דמוקרטיים-

ליברליים הקרובות לשלנו, ישראל לא לבדד תשכון וככלל, אין לקבל את הגישה לפיה "משדותיהם של זרים לא נוכל להעשיר בסוגייתנו" (דברי השופט מצא בהקשר אחר ובסוגיה אחרת בבג"ץ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661, 676 (1994)). עם זאת, יש לזכור כי ההפניה לדין זר היא מקור נוסף, אחד מני מספר מקורות פרשנות "מעמדו של המשפט המשווה אינו שונה מספר טוב או מאמר טוב. משקלו נקבע על פי טיב שיקוליו" (ברק, כבוד האדם, בעמ' 195). ההעשרה מדין זר צריכה אפוא להיעשות בזהירות, בשים לב להבדלים הקיימים בין השיטה הזרה לשיטתנו.

סיכומם של דברים, שניתן להתבשרם ולקבל השראה מהמשפט האמריקאי בסוגיה של חופש הביטוי, אך אין מקום "לקלוט" את המשפט של ארצות הברית על קרבו ועל כרעיו בסוגיה שלפנינו. יש הטוענים כי החרם טבוע בדנ"א של אמריקה, כמי שאבותיהם היו עסוקים בהחרמות כבר במאבקי הולדת האומה (יניב מנו "חרם צרכנים, כלי הנשק האתי של הצרכנים" המשפט טו 729, 756 (2010) (להלן: מנו, חרם צרכנים)). עם זאת, ראוי לציין כי בעוד שהחרם הצרכני בארצות הברית הוא מוסד מפותח ומוגן, לא כך ההשתתפות בחרם הפוליטי, למרות ואולי דווקא בשל היחס המיוחד של ארצות הברית לחופש הביטוי. רשמנו בפנינו "הערת אזהרה" זו לא כדי להפחית חלילה בערכו ובחשיבותו של חופש הביטוי במשפט הישראלי, ועל כך אעמוד להלן. טעמי הזכות לחופש הביטוי

5. קשה להפריז בדברים על חשיבותו של חופש הביטוי בכלל, וחופש הביטוי הפוליטי בפרט. גם בטרם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בית-משפט זה הכיר בחשיבותה של "זכות עילאית" זו (כדבריו של השופט אגרנט בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז (1) 871, 878 (1953)(להלן: עניין קול העם)). עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הזכות לחופש הביטוי קיבלה מעמד חוקתי על-חוקי כזכות הנגזרת מכבודו של האדם:

"הפסיקה חזרה וקבעה כי חופש הביטוי מהווה חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד, באשר חירות הביטוי חיונית להגשמתו העצמית של האדם ומיצוי אישיותו. אוחזים אנו במסורת משפטית רבת שנים, הרואה בחופש הביטוי חירות חוקתית הנגזרת מערכיה היסודיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בין חירות הביטוי לבין הדמוקרטיה יש יחסי גומלין - הדמוקרטיה היא תנאי הכרחי לחופש הביטוי וחופש הביטוי מעניק תוכן לדמוקרטיה. לא בכדי כונתה חירות הביטוי 'זכות עילאית', 'ציפור נפשה של הדמוקרטיה'...ועוד כהנה וכהנה ביטויים ומטבעות לשון שנוצקו ושרי תהילה

ששוררו במהלך השנים לכבוד 'אותו נפיל הקרוי חופש הביטוי'... (פסק דיני בע"א 751/10 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין-אורבך, בפסקה 4 (8.2.2012) (להלן: עניין אילנה דיין)).

6. חברי עמדו על הטעמים המונחים ביסוד חופש הביטוי, ואזכיר אותם בתמצית שבתמצית: חופש הביטוי הוא תכלית כשלעצמה, הוא חלק מכבוד האדם וזכותו לאוטונומיה, הוא מאפשר לפרט להגשים את עצמו ולהביע את דעותיו; חופש הביטוי הוא אמצעי להשגת מטרות חברתיות ודמוקרטיות באשר רק שיח חופשי ופתוח מאפשר לציבור לגבש את עמדותיו; חופש הביטוי הוא אמצעי לקידום הידע ולגילוי האמת בתחרות של "שוק פתוח" של רעיונות ודעות, וההנחה היא שהדעה הטובה היא שתשרוד והאמת היא שתנצח את השקר (ראו, לדוגמה, עניין אילנה דיין פסק דינו של השופט פוגלמן בפסקה 17 והאסמכתאות שם).

זיקוק הדברים מעלה כי על שלושה רציונלים עיקריים עומד חופש הביטוי והם משולבים ושזורים זה בזה: הגשמתו העצמית של האדם; חשיפת האמת; והבטחת המשטר הדמוקרטי (ראו גם: עניין קול העם, עמ' 876-878; ברק, כבוד האדם, עמ' 712-719 והאסמכתאות שם). העוצמה המצטברת של שלושת הטעמים הללו מעניקה לחופש הביטוי מקום של כבוד בתודעה הדמוקרטית-ליברלית שלנו, ובמערכת המשפטית-חוקתית שלנו. ודוק: לא כל ביטוי מתכתב עם כל שלושת הטעמים הללו. יש ביטויים המקדמים "אמת" מדעית או אחרת שאינם קשורים למשטר הדמוקרטי. יש ביטויים המבטאים את ה"אני העצמי" של האדם ולא תורמים תרומה מיוחדת לשוק החפשי של דעות. אך אין בכך כדי להעלות או להוריד מערכם של ביטויים אלו או ממידת ההגנה החוקתית עליהם. עם זאת, עמידה על הרציונלים שבבסיס חופש הביטוי, מסייעת לנו להבין ביתר חדות על מה אנו מבקשים להגן במסגרת חופש הביטוי. ביטוי שאינו מתקשר לאף אחד מהטעמים הללו, או שיש לו קשר רופף לטעם זה או אחר, עשוי לזכות במשקל שונה בבואנו לבחון את המידתיות של הפגיעה בו. בנקודה זו אנו מגיעים לחוק שבפנינו.

החוק למניעת חרם והפגיעה בחופש הביטוי לאור הרציונלים שבבסיס חופש הביטוי

7. החוק למניעת חרם קובע כי "המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל" עושה עוולה אזרחית (סעיף 2 לחוק), וזכותו להשתתף במכרז ולזכות בהטבות או תמיכות מהמדינה עשויה להישלל (סעיפים 3-4 לחוק). לטענת העותרים,

החוק פוגע, בין היתר, בזכותם לחופש הביטוי מאחר שהחוק "מפקיע [...] את זכותו של חלק מסוים מהחברה הישראלית לומר את דברו כנגד חוקיות [...] הפעולות שננקטו ע"י ממשלת ישראל ו/או מדינת ישראל בשטחים שנכבשו[...]". (פסקה 10 לעתירתם של העותרים בבג"ץ 5549/11). העותרים מציינים כי הטלת חרם היא כלי דמוקרטי חשוב, וכי "יש הבחורים להחרים מתוך צו מצפון אישי אשר אינו מאפשר להם להשתמש במוצר מסוים [...] ויש הבחורים להחרים על מנת להפעיל לחץ על הגוף המוחרם כך שישנה את דרכו" (פסקה 18 לעתירתם של העותרים בבג"ץ 5239/11). נימוקים אלו אכן עולים בקנה אחד עם הטעמים שבבסיס חופש הביטוי. אולם, לדידי, הוראות החוק אינן חוסמות את דרכם של העותרים להגשים את זכותם לחופש הביטוי כנטען. אבהיר.

8. אפתח בשבחו של החרם. החרם נתפס ככלי להבעת מחאה בלתי אלימה, ככזה שיש ביכולתו לחולל שינויים במישורים שונים כמו המישור הפוליטי והצרכני, החרם עשוי לשמש קבוצות מוחלשות בחברה, והוא מגשים גם את הזכות להתארגן, כך שיש לראותו כאחד מהכלים במשחק הדמוקרטי.

כפי שציינו, אין חולק אפוא כי החוק פוגע בחופש הביטוי של העותרים. עם זאת, החוק לא חל על אדם המפרסם ביקורת על מדינת ישראל, על מדיניותה באזור, או על גופים או אנשים התומכים במדיניות זו. החוק לא חל על אדם המחרימ את מדינת ישראל או אזור בשליטתה. בניגוד לרושם שעלול להיווצר מקריאת העתירות, החוק לא מונע מאף אדם או גוף להביע את דעתו בשאלת המשך השליטה הישראלית באזור, ואינו מונע מאף אדם להחרים מחלבה פלונית ויקב אלמוני בשל זיקתו לישראל או לאזור. החוק איננו אוסר או מגביל בדרך כלשהי את הביטוי נגד מוסד או מפעל פלוני, ואפילו אינו מונע פעולה לחרם, ועל כן, יכול ראובן לשכנע את שמעון שלא לרכוש מוצרים של מפעל מסויים. החוק אוסר אך את הפרסום של קריאה פומבית. רשאי אדם להחרים ולהשתתף בחרם אך לא לקרוא בפומבי לחרם, כפי שרשאי אדם להחזיק בדעות גזעניות אך לא לפרסם על מנת להסית לגזענות, וכפי שרשאי אדם להזדהות עם מעשה טרור או אלימות אך לא לקרוא או לתמוך במעשים אלה (ראו סעיפים 144ב ו-144ד(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1997, להלן: חוק העונשין)). יש להבחין אפוא בין שימוש במילים כדי להביע דעה לבין שימוש במילים כפעולה. אמנם בקריאה לחרם עסקינן, קריאה שבמשפט האמריקני תסווג כביטוי, להבדיל מהשתתפות בחרם הנתפסת כהתנהגות, אך לטעמי, הקריאה לחרם בהיותה הנעה לפעולה, אינה ביטוי רגיל, אלא נמצאת במשרעת שבין ביטוי גרידא לבין התנהגות.

החוק חל אפוא רק על הקורא בפומבי לחרם. באספקלריה זו אבחן את השאלה האם הקריאה לחרם, במובחן מהשתתפות בחרם, עונה על טעמי חופש הביטוי שמנינו לעיל, ואם כן באיזו מידה?

9. הטעם של האוטונומיה, הגשמתו העצמית של האדם: בהשתתפות בחרם יש יסוד של הגשמה עצמית, ההשתתפות בחרם יכולה לגרום לשביעות רצון פנימית, בבחינת תכלית בפני עצמה (מנו, חרם צרכנים, עמ' 750-751)). אך הקריאה לחרם, כביטוי שמטרתו להניע פעולה ספציפית בקרב הזולת, היא ביטוי המוכוון כלפי חוץ. תכליתה של הקריאה לחרם היא בהנחלת שינוי התנהגותי בקרב אחרים: לגרום לחלק מהציבור להחרים ולגרום למושאי החרם לשנות את התנהגותם בגינה מוטל החרם. היבט זה של הקריאה לחרם אינו בליבת הרציונל של ההגשמה העצמית והאוטונומיה של האדם. כאמור, החוק אינו אוסר על אדם לציית ל"צו מצפוננו" ולהימנע מלרכוש מוצרים ממפעל באזור, כפי שאדם המתנגד לניסויים בבעלי חיים יכול להימנע משימוש במוצרים שיוצרו על בסיס ניסויים בבעלי חיים. אכן, אין חולק כי גם היכולת להניע אנשים אחרים ולגרום לשינוי בהתנהגותם היא חלק מהגשמת ה"אני העצמי" של האדם, אך הפגיעה ברציונל זה היא חלשה יותר, בהתחשב בכך שעומדות לרשותו דרכים רבות להביע את דעתו בשוק הרעיונות ואפשרויות אחרות של הסבר ושכנוע של הזולת בצדקת דרכו. אף יש הסבורים כי החרם, בוודאי חרם אקדמי-תרבותי, צריך להיות הכלי האחרון, אם בכלל, באשפתו של מי שמאמין בחופש הביטוי. אף לא ניתן לומר כי החוק פוגע בצו-המצפון של אדם. המצפון מאוים כאשר אדם נדרש ונכפה באופן אקטיבי לפעול בניגוד לעקרונות בהם הוא מאמין. הגבלת אדם מלקרוא לאחרים או מלמנוע מאחרים לפעול באופן שהוא תופס כפסול, אינה בגדר פגיעה במצפון (דניאל סטטמן וגירי ספיר דת ומדינה בישראל; עיון פילוסופי-משפטי 120 (2014)).

סיכומו של דבר, שהחוק אמנם פוגע בטעם של הגשמת האני העצמי, שבבסיס חופש הביטוי, אך הפגיעה אינה כה עוצמתית כפי שנטען על ידי העותרים.

10. הטעם של גילוי האמת והטעם של שמירה על הדמוקרטיה: הקריאה לחרם היא ביטוי שמטרתו להניע פעולה ספציפית (חרם) בקרב הזולת, להבדיל מביטוי שעניינו בשכנוע, בלימוד, או בהבעת דעה. בניגוד לטענת העותרים, זכותם של חלקים מהחברה לומר את דברם לא "הופקעה", והם רשאים להביע דעתם בקולי קולות, גם ובעיקר בנושאים שנויים במחלוקת כמו המשך שליטתה של המדינה באזור. החוק אינו סותר את האמירה כי "debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open" (כדברי השופט ברנן בעניין *New York Times v. Sullivan* 245, 270 (1964)).

(להלן: עניין Sullivan). על-כן, דומה כי החוק אינו פוגע פגיעה של ממש בטעם הראשון לחופש הביטוי, קרי "חשיפת האמת".

11. אלא שלטענת העותרים, הגבלת היכולת לקרוא בפומבי לחרם נוטלת כלי מרכזי מארגז הכלים הדמוקרטי של חופש הביטוי.

אין לכחד כי באמצעות חרם ניתן להפעיל לחץ על גופים כאלו ואחרים, ולגרור בטווח הקצר או הארוך לשינוי דרמטי. אולם, קשה לראות את הקריאה לחרם כמשרתת את הטעם של "גילוי האמת", ולכך השלכה גם על הטעם של השמירה על הדמוקרטיה, וכפי שיוסבר להלן, בין שני הטעמים יש קשר הדוק.

חופש הביטוי שומר על הדמוקרטיה בשתי דרכים מרכזיות. הדרך הראשונה קשורה באופן הדוק לעקרון גילוי האמת ולשוק החפשי של דעות. "רק בדרך של ליבון 'כל' ההשקפות והחלפה חפשית של 'כל' הדעות עשויה אותה 'אמת' להתבהר" (דברי השופט אגרנט בעניין קול העם, בעמ' 877 (ההדגשות במקור – י"ע)). ללא חופש הביטוי, לא נוכל לדעת מה טוב לנו, לא נוכל לשכנע אחרים בצדקת תפישותינו, ולא נוכל לקבל החלטות מושכלות ולהוביל את דרכנו. הדרך השנייה שבה חופש הביטוי שומר על הדמוקרטיה היא במתן במה בטוחה ומוסכמת להבאת חילוקי דעות ופריקת מתחים חברתיים (ראו: ברק, כבוד האדם, בעמ' 716). אכן, "בזכותו של חופש הביטוי מוצא הלחץ החברתי את ביטויו במשא ולא במעש" (בג"ץ 399/85 כהנא נ' דשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 276 (1987)). עיקר חופש הביטוי מוכוון לביטויים, ולא למעשים. עיקר חופש הביטוי מוכוון להבאת דעות בדרך של שיח, ולא בדרך של כפייה.

12. החרם הוא כלי יוצא דופן בארגז הכלים של חופש הביטוי. החרם נועד לכפות שינויים באופן פוגעני. במקום להתעמת ולהתאמת עם דעות סותרות, מטרתו של החרם היא אמנם לפעול כנגד מדיניות מסויימת אך החרם עושה זאת בדרך של השתקת הדעות האחרות, אם בדרך כלכלית ואם בדרך של נידוי תרבותי ואקדמי. במקום לכבד את דעות האחר ולתת להן את מקומן בשוק החפשי של הדעות, הקורא לחרם נוטל מבעל הדעה השונה את הלגיטימציה, ומוציא אותו אל מחוץ למחנה.

חברי, השופט דנציגר, סבור כי החרם הוא כלי דמוקרטי יעיל, והוא ציטט מהספרות המשפטית כדלהלן (פסקה 7 לחוות דעתו):

"While a successful boycott may appear to drown out another position, the remedy is not to silence the boycott but instead for those on the other side to endeavor to make themselves 'louder'" (Theresa J. Lee, *Democratizing the Economic Sphere: A Case for the Political Boycott*, 115 W. VA. L. REV. 531, 550 (2012)).

איני מסכים לאמירה זו, לא ביחס לטעם של שוק חפשי של דעות ולא ביחס לטעם של שמירת הדמוקרטיה. נראה כי בשוק הדעות שהמחברת המלומדת מתארת, ערך הדעות נקבע במשקל הדציבלים, ולא במשקל הטיעונים. המוכרים בדוכנים של השוק המתואר על ידי המחברת אינם משתדלים לשכנע את הלקוחות אלא מנסים להחריש ולהשתיק את בעלי הדוכנים האחרים. אלא שהדמוקרטיה אינה זירה לקרב צעקות, אלא פורום לשיח, שיתוף דעות, וקבלת דעות שונות משלנו בהבנה ובסובלנות.

בשוותנו נגד עינינו את הרציונל של שוק דעות לשם חשיפת האמת, רציונל בגינו אנו קושרים כתרים ומהללים ומקלסים את חופש הביטוי, יש משהו אורוליאני בטענת העותרים כי החוק מגביל את חופש הביטוי. חרם אקדמי-תרבותי מהווה סתימת פיות במובן הפשוט של המילה, מונופול של דוכן אחד ויחיד בשוק הדעות, אנטי-תזה מובהקת לחופש הביטוי ולרעיון של שוק דעות חפשי. החרם התרבותי-אקדמי על ישראל, נועד לשתיק ולהשתיק את הביטוי הפוליטי, לכפות דעה אחת ו"אמת" אחת (על "העובדות" שעל בסיסן מתנהלת תנועת ה-BDS ראו בן דרור ימיני תעשיית השקרים (2014) וכן Cary Nelson & The Case Against Academic Boycotts of Israel (Gabriel Noah Brahm eds., 2015)). באספקלריה זו, יש בחוק החרם דווקא כדי לקדם את חופש הביטוי ולהגן עליו מפני אלה שבאים לקצץ בכנפיו. וולטר היה נכון להילחם למען חופש הביטוי של יריבו, אך בוודאי שלא היה נכון להילחם עד טיפת דמו האחרונה למען זכותו של היריב לסתום את פיו-שלו. החרם האקדמי-תרבותי הוא בעיקרו סימבולי, אמצעי בוטה ששם לו למטרה את כל חברי המוסד האקדמי ואת המוסד עצמו ללא כל הבחנה, וככזה, עומד בסתירה חזיתית לחופש הביטוי האקדמי וראוי לגינוי וסלידה (לטיעון נרחב כנגד חרם אקדמי ראו Martha Nussbaum, *Against Academic Boycotts*, in THE CASE AGAINST ACADEMIC BOYCOTTS OF ISRAEL 39 ((Cary Nelson & Gabriel Noah Brahm eds., 2015)).

בהיבט זה, יש משום היתממות בהשוואת החרם הפוליטי לחרם הצרכני. חופש הביטוי הפוליטי נתפס כנעלה על חופש הביטוי המסחרי-צרכני. לכן, ודווקא בשל חשיבותו של הביטוי הפוליטי, לא דומה חרם צרכנים על מפעל שמוצריו מתבססים על

עבודת ילדים או ניצול הסביבה, חרם שבמהותו הוא כלכלי, לחרם שנועד להשתיק דעה פוליטית אחרת וכולל גם חרם תרבותי-אקדמי. הזכות העילאית של חופש הביטוי, היא- היא שמצדיקה הגבלה של קריאה לחרם שנועד לדכא ולהשתיק את הביטוי של האחר.

13. הנה כי כן, החרם הוא כלי כוחני בארגז הכלים הדמוקרטי, שהצדקתו במקרי קיצון אינה יונקת בהכרח את כוחה מהטעמים שבבסיס חופש הביטוי. בדומה, גם זכות השביתה היא כלי דמוקרטי אך הפסיקה דחתה שימוש כוחני בזכות זו. כך, בבג"ץ 525/84 חטיב נ' בית הדין הארצי לעבודה, ירושלים, פ"ד מ(1) 673 (1986) (להלן: עניין חטיב) בית-המשפט נדרש לשאלת השביתה הפוליטית ודחה את טענת העותרים כי מדובר בכלי דמוקרטי לגיטימי:

"השביתה הפוליטית – הבאה לכפות על רשויות השלטון מעשה או מחדל שלא היו מוכנים לו אלמלא השביתה – מעוררת בעיות חוקתיות וחברתיות רבות: במשטר דמוקרטי יש בה כדי לפתוח פתח להשלטת רצונם של השובתים על המוסדות הדמוקרטיים הנבחרים ולכוון הליכים על פי כוח הכפיה של גופים חוץ-שלטוניים ואף של קבוצות מיעוט בעלות יכולת כפיה הלכה למעשה. יתכן שיש מדינות, בהן הפסקת חשמל כללית, לרבות זה המוזרם לבתי-חולים ולבתי התינוקות, יכולה להביא את המחוקק לכל מעשה חקיקה הנדרש ממנו, אך אין ספק שיחד עם המפולת המוסרית נפגעת בכך, באופן מהותי ביותר, גם דרך הפעולה של הדמוקרטיה ככזאת" (שם, בעמ' 703).

על דרך ההיקש, כוחם של הדברים יפה גם לכפייה שמקורה בחרם כלכלי-

אקדמי-תרבותי.

סיכומו של דבר, שהחוק למניעת חרם פוגע בחופש הביטוי בעיקר בהיבט של האוטונומיה וההגשמה של "אני העצמי" של האדם, אם כי בעוצמה פחותה מהנראה במבט ראשון. עתה, אפנה לשלב השני של הבחינה החוקתית: בחינת עמידת החוק בתנאי פסקת ההגבלה.

פסקת ההגבלה

14. בבואנו לקבוע אם חוק הפוגע בזכויות חוקתיות עומד בתנאי פסקת ההגבלה, עלינו לבחון אם ההסדר שנקבע בחוק נמצא ב"מתחם המידתיות". מתחם זה משרטט את גבולות שיקול הדעת של המחוקק. אין בית-המשפט בוחן אם ההסדר הקבוע בחוק הוא ההסדר האופטימלי או ההסדר בו בית-המשפט היה בוחר אילו הוא היה המחוקק. מן

המפורסמות היא כי בית-המשפט אינו מחליף את שיקול דעתו של המחוקק בשיקול דעתו שלו ו"לא ישים עצמו בנעלי הרשות לברור את החלופה הראויה מבין החלופות האפשריות" (בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 113 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2.9.2010)). כוח הבחירה לחלופות האפשריות ב'מרחב ההגבלה' נתון למחוקק, ובית-המשפט יגלה איפוק שיפוטי – אם כי לא קיפאון שיפוטי - לגבי בחירת המחוקק (הנשיא ברק בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 389 (1997)).

מכאן שעלינו לפעול בריסון במסענו דרך שבילי פסקת ההגבלה. לא נבטל הוראה בחוק אך בשל כך שאין דעתנו נוחה הימנה, כל עוד החוק נמצא במתחם המידתיות. גם אם דמותו וסברו של החוק אינם נאים בעינינו, הרי שבית המשפט הגבוה לצדק אינו מנתח פלסטי המעלים קמטי עור או מסיר שומן עודף על-פי בקשה. אכן, טוב לחוק שיהיה יפה, מאוזן ואופטימאלי, אך חובתו היחידה של החוק היא לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. כפי שהדגיש חברי השופט מלצר בפסק דינו, עוסקים אנו בחוקיותו של החוק ולא בתבונתו של המחוקק, שמצא במסגרת החוק להשוות דינו של יקב באזור לדינו של יקב בשטח מדינת ישראל. "בית המשפט צריך לבחון את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק הוא טוב, יעיל, מוצדק. השאלה היא אם החוק חוקתי" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221, 438 (1995); וראו גם את דברי הנשיא גרוניס בבג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל, בפסקה 1 לפסק-דינו (22.9.2014)).

15. חבריי, השופטים מלצר, דנציגר והנדל, נתחו את החוק לאור מבחני המידתיות ואף אני סבור כי החוק הולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כי החוק נועד לתכלית ראויה, וכי קיים קשר רציונאלי בין החוק לבין תכליתו. בנקודה הנוגעת לתת-המבחן השלישי של המידתיות – מבחן המידתיות במובן הצר – אני מצטרף לפסק דינו של חברי, השופט מלצר.

מידתיות במובן הצר

16. כבואנו לבחון את מידתיות הפגיעה בזכות (במובן הצר) אנו מאזנים את התועלת הצומחת מהגשמת תכלית החוק מול הנזק הנובע מהפגיעה של החוק בזכות. בכף הזכות של המאזניים אנו מניחים את מידת התועלת וההסתברות להגשמתה, ובכף החובה של המאזניים את חשיבות הזכות, עוצמת הפגיעה והסתברותה (ראו: אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 438-445 (2010)).

17. לכף החובה אזכיר את נקודת המוצא לפיה החוק פוגע בזכות העילאית של חופש הביטוי. לכך יש להוסיף את האפקט המצנן של החוק, ועל כך אעמוד בהמשך. ברם, בבואנו לבחון את הפגיעה בחופש הביטוי, איננו בוחנים את הפגיעה באופן מופשט, אלא על-פי ההקשר הקונקרטי של נסיבותיה (ברק, מידתיות, בעמ' 440). עמדנו לעיל על כך שהקריאה לחרם על ישראל אינה "מתכתבת" עם עיקרי הטעמים שבבסיס חופש הביטוי, וכי הפגיעה באפשרות לקריאה פומבית לחרם – להבדיל מהשתתפות בחרם – כאחד הכלים במשטר דמוקרטי, אינה פגיעה עוצמתית.

18. לכף הזכות אפנה לדברי חבריי שעמדו על תכליות החוק למנוע פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, וכן להגן על אזרחי המדינה מפני פגיעה כלכלית, תרבותית ואקדמית. תכליות אלו מתייחסות לזכויות חוקתיות של אזרחי ישראל כמו הזכות לחופש ביטוי, הזכות לקניין, הזכות לחופש העיסוק, הזכות לשוויון והזכות לכבוד האדם, כאשר לגבי חלק מהזכויות אף קמה למדינה חובה להגן עליהן (סעיף 4 לחוק היסוד קובע כי "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו").

חרם אקדמי או תרבותי על ישראל, פוגע בחופש הביטוי של כל הפרטים הקשורים למוסדות מושא החרם. נפגעת האפשרות של מרצה במוסד אקדמי שעליו מוטל חרם להשתתף בשיח האקדמי, ונפגעת יכולתו של שחקן בתיאטרון שעליו מוטל חרם לבטא את "האני העצמי" שלו על דרך משחק על הבמה. חרם כלכלי על ישראל פוגע בקניינם של הפרטים והחברות המוחרמות, ובמשלח ידם וחופש העיסוק שלהם. הדברים ברורים ואיני רואה להכביר מילים בעניין זה.

19. קריאה פומבית להטיל חרם על אדם רק בשל זיקתו למדינת ישראל פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם, בשל השימוש בו כאמצעי להשגת מטרה פוליטית (השופט א' לוי בבג"ץ 10843/04 מוקד סיוע לעובדים זרים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(3) 117, 147 (2007)). תפישה זו, הרואה בהתייחסות אל אדם ספציפי כאמצעי, או אובייקט, להשגת מטרותיו של אחר, פגיעה קשה בכבודו של אותו אדם והיא זכתה בספרות הפילוסופית והמשפטית לכינוי "נוסחת האובייקט" (על נוסחת האובייקט, ראו: ברק, כבוד האדם, בעמ' 64, 254, 453).

עמדנו על כך שהחרם נועד להפעיל לחץ על מושא החרם על-מנת לגרום לו לשנות את דרכיו. החרמת יצרן בגדים בשל העסקה פוגענית של עובדים נועדה לגרום לאותו יצרן לשנות את דרכיו ולהתייחס לעובדיו כראוי. החרמת חברת אוטובוסים

הנוהגת בהפליה נגד שחורים נועדה לגרום לאותה חברה לשנות את דרכיה ולהתייחס לכלל לקוחותיהן כראוי. לא כך החרם על מדינת ישראל, שמטרתו להפעיל לחץ על מושאי החרם - אנשים בעל זיקה למדינת ישראל - על-מנת שאלו בתורם יפעילו לחץ על גורם שלישי (המדינה) בכדי שהמדינה תשנה את דרכיה. כאשר ראובן קורא לחרם על מרצה פלוני בשל הדעות הגזעניות שהוא מפיץ בקרב תלמידיו, קיימת זהות בין מטרת החרם למושא החרם. הקוראים לחרם על מדינת ישראל מכוונים חיציהם נגד מדינת ישראל ומדיניותה, אך הפרטים מושאי החרם הם שמשלמים את המחיר והם משמשים כאמצעי בלבד להשגת מטרתם של הקוראים לחרם. בכך יש פגיעה קשה בכבודם של מושאי החרם והם גם מופלים לרעה על לא עוול בכפם בהיותם קרובן לחרם שניוני.

חרם שניוני

20. חרם שניוני מסב נזק למי שאינו קשור במישרין לסיבה שמאחורי הקריאה לחרם, ולא תמיד יש באפשרותו להיענות לדרישותיהם של המחרמים הדורשים שינוי במדיניות פוליטית כללית (בתחום המסחרי-צרכני, נהוג להבחין בין חרם ראשוני-ישיר, למשל כאשר יצרן מסרב לספק מוצר למפיץ מסוים, לבין חרם שניוני כדוגמת סירוב של עוסק לרכוש מוצר מספק מסויים, כל עוד אותו ספק ממשיך לספק גם למתחרה עליו הוטל החרם – יצחק עמית "הצעת חוק איסור תחרות בלתי הוגנת" הפרקליט מג 223, 231 (1996) (להלן: עמית, איסור תחרות לא הוגנת)).

עמד על כך בית-המשפט העליון בארצות הברית בעניין *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982) (להלן: עניין Claiborne), הנזכר על ידי חברי השופט הנדל כפסק דין בו הוכרה הגנה חוקתית על חרם פוליטי מכוח חופש הביטוי, שם נאמר: "Secondary boycotts and picketing by labor unions may be prohibited, as part of 'Congress' striking of the delicate balance between union freedom of expression and the ability of neutral employers, employees, and consumers to remain free from coerced participation in industrial strife" (912 בעמ' 912). בית המשפט שם מפנה לעניין *International Longshoremen's Association v. Allied International, Inc.*, 456 U.S. 212, 222-223 (1982) (להלן: עניין Longshoremen), פסק-דין אליו הפנה חברי השופט הנדל. באותו מקרה, סוורים אמריקאים סרבו לפרוק סחורה מברית המועצות, כמחאה על פלישת ברית המועצות לאפגניסטאן. בית המשפט העליון קבע כי החרם היה חרם שניוני ופוליטי, ועל כן היה אסור על-פי חוק

דומני כי ניתן להצביע על שני הבדלים בין המקרים שנדונו בפסקי הדין בעניין Claiborne ובעניין Longshoremen, אשר מסבירים את התוצאה השונה שאליה הגיע בית-המשפט, ויש בהבדלים אלו נפקות לענייננו: ראשית, במקרה הראשון היה מדובר בחרם צרכני בגין התנהגות גזענית, חרם המכוון באופן ישיר כנגד המעסיק (אם כי חלק מהדרישות הופנו כלפי המדינה), בעוד שבפסק הדין בעניין Longshoremen, החרם היה שניוני טהור במונח זה שהנפגע לא היה ממשלת רוסיה אלא סוחרים צדדים שלישיים. שנית, בעניין Claiborne עילת התביעה הייתה עילה נזיקית מכוח המשפט המקובל (common-law tort), בעוד שהחרם השניוני בעניין Longshoremen נאסר על-בסיס הוראת חקיקה ראשית מפורשת המעוגנת בסעיף 8(b)(4) לחוק יחסי העבודה האמריקני (ה-NLRB), אשר קובע כי:

"8(b) Unfair labor practices by labor organization

It shall be an unfair labor practice for a labor organization or its agents:

(4)

(ii) to threaten, coerce, or restrain any person engaged in commerce or in an industry affecting commerce, where in either case an object thereof is

(B) forcing or requiring any person to cease using, selling, handling, transporting, or otherwise dealing in the products of any other producer, processor, or manufacturer, or to cease doing business with any other person, or forcing or requiring any other employer to recognize or bargain with a labor organization as the representative of his employees [...]"

סעיף זה נבחן לאור התיקון הראשון לחוקת ארצות הברית מספר פעמים, ונמצא כי הוא אינו פוגע בזכות לחופש הביטוי באופן בלתי-חוקתי. בעניין Longshoremen, השופט פאוול (Powell) אף קבע כי: "Application of 8(b)(4) to the ILA's activity in this case will not infringe upon the First Amendment rights of the ILA and its members. We have consistently rejected the claim that secondary picketing by labor unions in violation of 8(b)(4) is protected activity under the First Amendment. [...] It would seem even clearer that conduct designed not to communicate but to coerce merits still less consideration under the First Amendment" (ב'עמ' 226). הנפקות של הבחנות אלו לענייננו, בו נדון חוקתיותה של הוראה מפורשת בחקיקה ראשית אשר אוסרת על חרם שניוני, מובנת, לדעתי, מאליה (להשוואה בין עניין Claiborne לעניין Longshoremen, ולביקורת על החלטת

בית המשפט בעניין Claiborne, ראו Gordon M. Orloff, *The Political Boycott: An Unprivileged Form of Expression*, DUKE L. J. 1076, 1089 (1983).

ההקבלה שנעשתה בעניין Claiborne בין חרם שניוני לשביתה פוליטית, כמצוטט לעיל, אינה הקבלה מקרית. בשני המצבים הנפגע הישיר אינו צד לסכסוך, אלא גורם "הנקלע בתווך" בין צד המבקש להשתמש בכוח כלכלי על-מנת לגרום לשינוי פוליטי שלא בדרך המלך הדמוקרטית, לבין המדינה. היבט בעייתי זה של השביתה הפוליטית הוכר זה מכבר בפסיקה ונקבע כי מי שמשתמש בכוחו על-מנת להשפיע באופן כוחני ועקיף על מדיניות פוליטית אינו זכאי להגנת החוק (ראו: עניין חטיב; בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485 (1995); בג"ץ 1181/03 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה (28.4.2011) (להלן: עניין בר-אילן)). הדעה המקובלת היא, כי השביתה הפוליטית הטהורה אינה נהנית מההגנות של חופש השביתה נגד המעביד (להבחנות בין שביתה כלכלית לשביתה פוליטית ראו גם: רות בן-ישראל "השביתה בראי המשפט הציבורי: השביתה, השביתה הפוליטית וזכויות אדם" ספר ברנזון כרך ג 111 (2007); מיכל שקד "תאוריה של איסור השביתה הפוליטית" שנתון משפט העבודה ז 185 (1999); פרנסס רדאי "שביתות פוליטיות ושינוי יסודי במבנה הכלכלי של משפט העבודה" המשפט כרך ב 159 (1994). לסקירה השוואתית של חקיקה האוסרת שביתות פוליטיות, ראו: חיים ברנזון ואסף ברנזון "שביתת אהדה, מעמדה ומדתיותה" ספר ברנזון כרך ב 763 (2000)). עמד על כך השופט האמריקאי לרנד הנד: "The gravamen of a secondary boycott is that its sanctions bear, not upon the employer who alone is a party to the International Bhd. of) dispute, but upon some third party who has no concern in it" (Elec. Workers v. NLRB, 181F.2d 34, 37 (2d Cir. 1950)).

21. ניתן להקיש לענייננו מאי תחולת ההגנות הרגילות של זכות השביתה על שביתה פוליטית. קריאה לחרם שניוני היא ביטוי שנועד לכפות על הרשות קבלת החלטות באופן לבר-דמוקרטי, תוך פגיעה באופן שניוני בצדדי ג' מושאי החרם. לכן, קריאה לחרם מעין זה, אינה מסוג הביטויים עליהם נפילי ארץ בדמות חופש הביטוי יפרסו את אברותיהם במלואן.

בהציבנו נגד עיננו את הגשמת התכליות של מניעת פגיעה בחוסנה של מדינת ישראל והגנה על הזכויות החוקתיות של מושאי החרם, מול פגיעה לא עוצמתית באחד הטעמים של חופש הביטוי, המוגשם באמצעות כלי בלתי-אהוד של קריאה לחרם, יש ליתן לכך משקל במסגרת האיזון של מבחן המשנה השלישי של המידתיות.

22. החוק למניעת חרם ניצב על שלוש רגליים אופרטיביות: עוולה נזיקית – סעיף 2 לחוק; אי השתתפות במכרז – סעיף 3 לחוק; שלילת הטבות ותמיכות מהמדינה – סעיף 4 לחוק. על רקע האמור לעיל, אפנה תחילה לבחינת העוולה הנזיקית.

סעיף 2 לחוק - העוולה הנזיקית

23. בדומה לעוולה של איסור לשון הרע, העוולה הנזיקית על פי החוק למניעת חרם היא עוולה מגבילת ביטוי. העוולה מתייחדת בכך שהיא מעבירה את הזירה אל תחומי המשפט האזרחי, בבחינת "הפרטה" של הלחימה בקריאה לחרם. סעיף 2 לחוק יוצר עוולה נזיקית חדשה, ומשכך, ראוי לומר מילים על אודות העוולה באספקלריה של דיני הנזיקין, ואספקלריה זו תהא בעזרנו כבואנו לבחון אם הסעיף עומד במבחני המידתיות.

24. אחזור ואציב נגד עיני הקורא את נוסח העוולה:

חרם – עוולה אזרחית

2. (א) המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, ועל פי תוכנה של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת החרם, והמפרסם מודע לאפשרות כאמור, עושה עולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליו.

(ב) לעניין סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] לא יראו מי שגרם להפרת חוזה מחייב כדין על ידי קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל כמי שפעל מתוך צידוק מספיק.

(ג) מצא בית המשפט כי נעשתה עוולה לפי חוק זה בזדון, רשאי הוא לחייב את עושה העוולה בתשלום פיצויים שאינם תלויים בנזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה); בבואו לקבוע את גובה הפיצויים לדוגמה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, בנסיבות ביצוע העולה, חומרתה והיקפה.

הסעיף בנוסחו הנוכחי יוצר עמימות ואי בהירות המקשות על הערכת התפרסות העוולה ויישומה. התלבטתי אם אין בכך כדי להביא למסקנה כי יש לדחות את העתירה ככל שהיא מתייחסת לעוולה על פי דוקטרינת חוסר הבשלות, בהיותה מופשטת

ובהיעדר מערכת עובדות קונקרטית ברורה ושלמה לגביה ניתן לבחון ולנתח את יסודות העוולה. מכל מקום, חברי השופט מלצר עמד בהרחבה על הבעיות המרכזיות שהעוולה מעוררת, וברוב כשרונו הציע פרשנות המיישבת חלק נכבד מהקשיים וכן הציע להותיר בחינת הטענות במסלול היישומי לכשתעוררנה (פסקה 58 לפסק דינו). משכך, אעמוד בקצרה על עיקרי הדברים, ולסופה של דרך, אבחן אם יש בליקויים ובפגמים שיפורטו להלן, כדי להצדיק ביטולה של העוולה בכללותה, כפי שמוצע על ידי חברי השופט הנדל.

25. ככלל, רשימת העוולות בדיני הנזיקין נחשבת לרשימה סגורה, כאשר חיקוקים שונים יוצרים עוולות חדשות – עוולה של הגנת הצרכן, עוולה של פגיעה בפרטיות, עוולה של איסור לשון הרע וכיו"ב. לפנינו עוולה פרטיקולרית חדשה, ובמבט ראשון, דומה לקורא כי ענייננו בעוולה של התנהגות ולא בעוולת תוצאה. אלא שעיון מעמיק יותר מגלה כי לפנינו עוולה הבאה להגן על נזק כלכלי טהור, דהיינו, נזק המתבטא בהפסד ממון ללא כל נזק פיזי לגוף או לרכוש (לשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית הנוקטת בזהירות רבה בהטלת אחריות בגין גרימה רשלנית של נזק כלכלי טהור ראו אריאל פורת נזיקין כרך א 223-230 (2013) (להלן: פורת). במשפט הישראלי הנזק הכלכלי הטהור אינו חריג, נהפוך הוא, שלילת אחריות לנזק כלכלי טהור היא חריג – ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך ב 806 (2012) (להלן: גלעד, גבולות האחריות)). העוולה שלפנינו, על פי ניסוחה, ממחישה מספר בעיות אופייניות לעוולה של נזק כלכלי טהור כמו ריבוי תביעות, הרתעת-יתר, קשר סיבתי, מיהות הניזוק (ניזוק ישיר מול עקיף) ועוד (לשיקולי מדיניות ולסיווג לקטיגוריות שונות של מקרי נזק כלכלי טהור ראו תמר גדרון "בין רשלנות בנק (באנגליה) לרשלנות המדינה (בישראל): נזק כלכלי טהור בעוולת הרשלנות בראי הפסיקה החדשה, ניתוח והערכה במבט השוואתי" הפרקליט נ 95 (2008); תמר גדרון "חובת הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126 (1995). על נזקים כלכליים טהורים הנגרמים לתובע משני בגין פגיעה בנפגע העיקרי ראו רונן פרי ריקושטים כלכליים: נזקים כלכליים טהורים הנובעים מפגיעה רשלנית בגופו או ברכושו של צד שלישי או ברכוש שאין לו בעלים (2002)).

26. הרחבת חוג התובעים: על פי נוסח הסעיף כפשוטו, כל אזרח ישראלי רשאי להתעבר על ריב שאינו ריבו, ולתבוע את פלוני שקרא להחרים בנק פלוני שיש לו סניף באיו"ש. זאת, לאור ניסוח העוולה "...עושה עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליו", דהיינו, העוולה חלה לכאורה על המעוול-הנתבע ולא על הנפגע-התובע. למסקנה זו אנו עשויים להגיע בהשוואה לעוולות פרטיקולריות אחרות

מחוז לפקודת הנזיקין, דוגמת סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, הקובע כי "דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים... כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין" (וראו ניסוח דומה בסעיף 31ב לחוק הגנת הפרטיות - "הוזה עוולה לפי פקודת הנזיקין", וסעיף 11 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 (להלן: חוק עוולות מסחריות) "...היא עוולה בנזיקין ופקודת הנזיקין תחול עליה..."). יכול הטוען לטעון כי העובדה שלא השתמשו באותו נוסח בסעיף 2(א) לחוק, מלמדת כי החוק החיל את פקודת הנזיקין אך על המעוול-הנתבע, ולא על התובע, כך שיכול תובע להתעבר על ריב שאינו ריבו.

חברי השופט מלצר עמד על קושי זה בפסק דינו והגיע למסקנה כי אין לדקדק בניסוח, ואני מצטרף למסקנתו, המעוגנת בכוונת המחוקק ובדברי ההסבר לחוק, שם נאמר כי החוק נועד לאפשר תביעה למי שניזוק כתוצאה מחרם.

מכל מקום, גם על פי פרשנות זו, המעניקה זכות תביעה רק למי שניזוק בפועל מהקריאה לחרם, לפנינו עוולה המרחיבה את חוג התובעים הפוטנציאלי.

27. קשר סיבתי: אחד הקשיים האינהרנטיים לגבי נזק כלכלי טהור הוא נושא הקשר הסיבתי בין ההתנהגות העוולתית של המזיק לגרם הנזק הכלכלי הטהור. שיקולי מדיניות מצדיקים זהירות בפסיקת פיצוי בגין נזק כלכלי טהור, ואחד הפתרונות המוצעים בהקשר זה הוא שלא להסתפק ברמת ההוכחה הרגילה הנדרשת בדיני הנזיקין (פורת, בעמ' 230 ה"ש 443).

חברי, השופט מלצר, הגיע למסקנה כי ניתן להחיל את מבחן הוודאות הקרובה ולדעתו, על התובע אף רובץ נטל נוסף מעבר לנטל הרגיל. ברם, על פי נוסח העוולה, לכאורה לא צריך להוכיח בכלל קשר סיבתי בין הקריאה לחרם לבין הנזק בעקבות החרם, אלא די ב"אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת החרם". פשוטו של מקרא, שהתובע נדרש להוכיח, ברמה של הסתברות בלבד, פוטנציאל להטלת חרם, כאשר הקשר הסיבתי הנדרש הוא בין הקריאה לחרם לבין הטלת החרם, להבדיל מקשר סיבתי בין הקריאה לחרם לבין הנזק שנגרם בעקבות החרם (השוו לנוסח סעיף 144(א) לחוק העונשין שעניינו פרסום הסתה לאלימות או טרור, בו נקבע כי מי שמפרסם פרסום מסית "ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור...").

גם בנקודה זו אני נכון להצטרף לחברי השופט מלצר, ולקרוא אל תוך העוולה את דרישת הקשר הסיבתי לנזק, כפי שנעשה על ידי בית משפט זה בעוולה הצרכנית של הטעייה שנזכרת על ידי חברי (דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת

בע"מ, פ"ד נז(6) 385 (2003) (להלן: עניין ברזני)). אם סבר המחוקק, המודע להלכת ברזני, כי אין צורך בהוכחת קשר סיבתי לנזק, ניתן היה לצפות כי יאמר את הדברים במפורש (השוו לנוסח סעיף 144ב(ב) לחוק העונשין שעניינו פרסום הסתה לגזענות, שעל פיו "אין נפקא מינה אם הפרסום הביא לגזענות או לא..."). משהכרנו בצורך להוכחת נזק, כפי שיפורט בפסקה הבאה, מתייתרת לכאורה שאלת ההסתברות להתרחשות הנזק באשר הנזק כבר התגבש. ולא היא. התכלית של העוולה היא הרתעתית, וכעוולה מכוונת התנהגות על הפרט לכלכל מעשיו בזמן אמת, בעת הפרסום של הקריאה לחרם, שאז תוכנו של הביטוי נבחן על פי ההסתברות שהקריאה תביא להטלת החרם (ובהמשך לכך גם תגרום נזק). ודוק: המחוקק נקט במבחן האפשרות הסבירה להבדיל מהמבחן של אפשרות ממשית או וודאות קרובה. בהתחשב בכך שבסוג של ביטוי פוליטי עסקינן, לרף נמוך זה יש אפקט מצנן, ולא אכחד כי בשל כך הייתי קרוב לילך בדרכו של חברי השופט הנדל שסבר כי יש לפסול את העוולה בשלמותה. אלא שלאור המיוחדות של הקריאה הפומבית לחרם בארסנל הכלים והביטויים, ועל כך עמדנו לעיל, ולאור הפרשנות הממתנת שתוצע לעיל, הגעתי למסקנה כי העוולה עוברת, גם אם לא בנקל, את מבחן המידתיות השלישי (המחוקק נמנע מלקבוע בחוק סנקציה פלילית, שאז שאלת המבחן הראוי הייתה עולה במלוא חריפותה).

ברי כי אין זה מן הדברים הקלים להוכיח קשר סיבתי בעוולה של נזק ממוני טהור עם חוג תובעים רחב. כך, ייתכנו סיבות רבות לירידה מסוימת במכירות של מפעל באזור שקראו להחרמתו, ועל מנת להעריך את הנזק יש לבודד את רכיב הקריאה לחרם מבין כלל הסיבות. מנגד, עשויה להישמע מצד התובע הטענה, כי כאשר קיימת "סיבתיות עמומה" מבחינת מספר הסיבות האפשריות לנזק, הנטל על התובע להוכיח את משקלו של החרם במכלול הסיבות האפשריות (סיכויי טענה מעין זו אינם גבוהים, באשר הסיבתיות העמומה מוכרת כיום במסגרת שלוש דוקטרינות בלבד – אובדן סיכויי החלמה; נזק ראייתי מובנה; והטיה נשנית – גיא שני "אובדן סיכויי החלמה, נזק ראייתי והטיה נשנית: נקודות המפגש ואתרי ההתנצחות שבין המודלים לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה" 199 שלמה לוין 395 (2013)).

28. הנזק: שאלת הקשר הסיבתי מתקשרת לדרישת הנזק. יכול הטוען לטעון כי החלת הוראות פקודת הנזיקין על העוולה, אין משמעה בהכרח כי יש לקרוא אל תוך העוולה דרישה להוכחת נזק. יש עוולות בפקודת הנזיקין, כמו עוולת התקיפה, כליאת שווא (סעיפים 23 ו-26 לפקודה), בהן הנזק אינו יסוד מיסודות העוולה. כאשר המחוקק רצה לקבוע כי נזק הוא מיסודות העוולה הוא עשה כן במפורש. לדוגמה, בעוולת הרשלנות (סעיף 35 לפקודה) נאמר "...והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה";

ובעוולה של הסגת גבול במקרקעין ובעוולה של הסגת גבול במיטלטלין (סעיפים 29 ו-31 לפקודה) טרח המחוקק לומר "...אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במקרקעין/במיטלטלין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון".

גם כאן אני נכון לקבל את מסקנתו של חברי השופט מלצר, לפיה המחוקק לא יותר על דרישת הנזק, בהיקש לעוולה הצרכנית על פי הלכת ברזני. על דרך ההיקש אפנה גם להוראות חוק עוולות מסחריות, שם מפרט המחוקק שורה של עוולות פרטיקולריות (גניבת עין, תיאור כוזב, התערבות לא הוגנת, וגזל סוד מסחרי) תוך הפנייה לפקודת הנזיקין, ומאליו מובן כי יסוד הנזק הוא אחד מיסודות העוולות. לכך יש להוסיף את עמדת המשיבים ואת דברי ההסבר לחוק מהם עולה כי החוק נועד לפצות על נזק שנגרם למושאי החרם. לאור כל זאת, אני סבור כי ניתן בנקל לפרש את העוולה של קריאה לחרם ככוללת יסוד של נזק.

חברי תולה מסקנתו לגבי דרישת הנזק גם בכך שסעיף 2(ג) לחוק אינו דורש נזק מקום בו העוולה בוצעה בזדון, ומכך הוא מסיק כי נדרש נזק בס"ק (א). תיאורטית, פיצויים עונשיים יכולים להפסק גם בהיעדר נזק, מקום בו מבקש המחוקק להעניש ולגמול על התנהגות זדונית. אולם ברגיל, פיצויים עונשיים נפסקים בעוולות שיש נזק בצידן, והפיצוי העונשי הוא מעבר לנזק. ס"ק (ג) לחוק מאפשר לבית המשפט לחייב בפיצוי עונשי שאינו תלוי בנזק, אולם אין בהכרח להסיק מכך שהמחוקק יותר על דרישת הנזק. אדרבה, אחד השיקולים לפסיקת פיצויים עונשיים – לצד התנהגותו העוולתית הזדונית של המעוול – הוא הנזק שנגרם כתוצאה מעוולתו, ועל כך אעמוד בהמשך (אך ראו ישראל גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" משפטים לו 761, 811 (2006) (להלן: גלעד, הערות להסדרי הנזיקין), שם מבחין המחבר בין פיצוי על נזק ששיעורו אינו ידוע לבין "מצבים של פיצוי שאינו על נזק, כמו פיצויים עונשיים". מכאן עשוי להשתמע כי המחבר סבור שפיצויים עונשיים נפסקים גם בהיעדר כל נזק. אך דומה כי לא זו דעתו של המחבר, וראו גלעד, גבולות האחריות כרך א 221, שם מציין המחבר כדבר מובן מאליו כי "הפיצויים העונשיים" מוטלים ככלל במצבים של גרימת נזק בכוונה).

29. היסוד הנפשי – מה בין ס"ק 2(א) לס"ק 2(ג)? בס"ק (א) מתייחס המחוקק למי שמפרסם ביודעין קריאה לחרם כאשר המפרסם "מודע לאפשרות" שקיימת סבירות כי הקריאה תביא להטלת החרם, ואילו ס"ק (ג) מתייחס למי שביצע את העוולה בזדון.

כיצד נפרש את המונח "ביודעין"? בנושא זה הייתי נזהר מלהקיש מדיני העונשין לדיני הנזיקין. המונח "ביודעין" מרמז לידיעה סובייקטיבית לצד השכלי, בעוד שהמונח "זדון" מרמז לצד הרגשי לתוצאה. כך בתיאוריה, אך הלכה למעשה קשה שלא ליצוק למונח "ביודעין" תוכן של כוונה. כך, לדוגמה, עוולת התקיפה בסעיף 23 לפקודת הנזיקין, שהיא עוולה של אחריות חמורה, מוגדרת כלהלן: "תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם..." נסחי הקודיפיקציה החדשה של המשפט האזרחי בישראל בחרו להחליף את המונח "במתכוון" שבעוולת התקיפה, למונח "ביודעין", כפי שעולה מסעיף 388 בסימן ו בפרק ראשון לחלק המשנה הרביעי בהצעת חוק דיני ממונות התשע"א-2011 (להלן: הקודקס האזרחי):

"תקיפה היא שימוש ביוֹדעין בכוח כנגד גופו של אדם,
בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמתו, או איום
ממשי לשימוש בכוח כאמור".

גם בעוולה של גרם הפרת חוזה בסעיף 62(א) לפקודת הנזיקין, נוקט המחוקק באותו מונח "מי שביוֹדעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי", כאשר המונח "ביודעין" מתפרש למעשה ככוונה (נילי כהן גרם הפרת חוזה 143-145 (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הארי סאקר, תשמ"ו). המחברת גורסת כי דרישת היסוד הנפשי על פי העוולה אינה צרה מזו הנדרשת במשפט האנגלי, שם דובר תחילה על זדון, ולאחר מכן על כוונה או גרימה המלווה בכוונה ובידיעה). בדומה, סעיף 7א(א) לפקודת הנזיקין מעניק חסינות לעובד ציבור מפני אחריות בנזיקין למעט "מעשה כאמור שנעשה ביוֹדעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור". דהיינו, המחוקק מייחד את המונח "ביודעין" ליסוד נפשי של כוונה לגרום נזק, להבדיל משוויון נפש/אדישות/פזיזות/קלות דעת להתרחשות התוצאה.

אם מפרשים אנו את המונח "ביודעין" בס"ק (א) ככוונה לגרום נזק, עולה מאליה השאלה מה בין "ביודעין בס"ק (א) לבין "זדון" בס"ק (ג)? אציין כי יסוד הזדון נזכר כיום בשתי עוולות בפקודת הנזיקין – העוולה של שקר מפגיע בסעיף 58 שעניינה "פרסום הודעה כוזבת בזדון", ועוולת הנגישה בסעיף 60 שעניינה "פתיחתו או המשכתו של הליך נפל – למעשה, ובזדון". בקודקס האזרחי הושמטה עוולת הנגישה (וגם עוולת התרמית הדורשת יסוד של כוונה) והעוולה של שקר מפגיע איבדה ממילא מכוחה והומרה למעשה בעוולה של תיאור כוזב בסעיף 2 לחוק עוולות מסחריות, עוולה שאינה דורשת יסוד של זדון (גלעד, גבולות האחריות כרך ב' עמ' 1168 ה"ש 53).

המנוח "זדון" הוא עמום, ולא ברור אם משמעותו גרימת נזק מכוונת מתוך מניע פסול או כל גרימת נזק בכוונה ואף באדישות תחשב כזדון (גלעד, הערות להסדרי הנזיקין, עמ' 810), או שרק נזק שמקורו בשאיפה להרע לאחר הוא "זדון" לעומת "כוונה" לגרימת נזק שאינה מונעת להרע לאחר (שם, עמ' 1160-1161). אכן, המנוח "זדון" מרמז על אשם מוסרי גבוה יותר, על שאיפה להרע לאחר, ואני נכון אפוא להניח כי המחוקק ביקש להבחין בין "זדון" לבין "ביודעין", כאשר המונח האחרון מרמז על יסוד נפשי נמוך יותר. אלא שקשה להלום כי קריאה לחרם תיעשה ברשלנות או בפזיזות או באדישות ולא בכוונה. במצב הדברים הרגיל, מי שקורא לחרם עושה זאת בכוונת מכוון, כך שלא ברור מה בין "ביודעין" לבין "במזיד". קיים אפוא חשש כי כל קריאה לחרם תשתבץ מאליה בס"ק (ג) המאפשר חיוב בפיצוי עונשי, כך שהחריג יהפוך לכלל, ולכך נלווה אפקט מצנן "עודף" עליו אעמוד בהמשך. גם מטעם זה, אני מצטרף לחברי, השופט מלצר, כי יש מקום לבטל את ס"ק (ג), מה שיאפשר לפרש את המונח "ביודעין" בס"ק (א) במשמעות של כוונה לגרום נזק. דהיינו, על מנת להיכנס לגדר העוולה של קריאה לחרם על ישראל, יש צורך שהקריאה תיעשה מתוך "מניע" או "כוונה" או "רצון" או "מטרה" להשיג תוצאה. פרשנות זו מתיישבת עם התכלית ההרתעתית של העוולה, וכידוע, הרתעה היא אחת התכליות שבבסיס דיני הנזיקין.

30. עוולה פרטיקולארית ועוולת מסגרת: בעוולות הפרטיקולריות שבפקודת הנזיקין או מחוצה לה, אין כדי לגרוע מתחום התפרשותה של עוולת הרשלנות, באמצעותה ניתן להטיל אחריות גם בסיטואציה המוסדרת בעוולה פרטיקולרית הדורשת יסוד נפשי או עובדתי. דוגמה בולטת לכך היא 'עקיפת' דרישת הזדון בעוולת הנגישה, באמצעות השימוש בעוולת הרשלנות (ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט (1) 113 (1985)). הגענו לעיל למסקנה כי רצוי לפרש את העוולה בס"ק (א) כדורשת יסוד נפשי של כוונה או רצון להשיג תוצאה, בדומה לדרישה של "בזדון" שבס"ק (ג) לחוק. האם ניתן יהיה לעקוף יסוד נפשי זה באמצעות עוולת הרשלנות? ומה ההשלכות לכך שניתן יהיה להשתמש בעוולה החדשה כמקור לעוולת המסגרת של הפרת חובה חקוקה? אלו שאלות שהתשובות עליהן לא ברורות בשלב זה.

31. הגנות: האם יחולו ההגנות שבפקודת הנזיקין? לדוגמה, ההגנה של אשם תורם בסעיף 68 לפקודת הנזיקין או ההגנה של "התנהגות התובע" המעוגנת בסעיף 65 לפקודת הנזיקין:

65. נתבע שגרם לנזק באשמו, אלא שהתנהגותו של התובע היא שהביאה לידי האשם, רשאי בית המשפט לפטור אותו מחבותו לפצות את התובע או להקטין את הפיצויים ככל שבית המשפט יראה לצודק.

חוששני כי העלאת טענות מעין אלה על ידי נתבע על פי עוולת החרם, עלולה לגרור את בתי המשפט בעל כורחם לזירה הפוליטית, חשש עליו עמד בהרחבה חברי השופט הנדל. מנגד, כפי שהמחוקק שלל בס"ק 2(ב) את הגנת הצידוק לצורך סעיף 62(א) לפקודת הנזיקין, ניתן להגיע לתוצאה, על דרך ההיקש, השוללת תחולת הגנות אלה. לכן, לדוגמה, תידחה טענת נתבע כי יש לייחס לתובע אשם תורם, מאחר שבחר להקים את מפעלו באזור, או מאחר שבחר לכתוב באותיות קידוש לבנה על גבי המדבקה שעל המוצר כי מקור המוצר בישראל, וכיו"ב טענות.

32. טעמים: פקודת הנזיקין מעניקה הן פיצוי והן סעד של ציווי (סעיף 72 לפקודה). משמעות הדבר, שעל פי סעיף 2 לחוק, ניתן יהיה לבקש סעד מקדים בדמות צו מניעה שיאסור על פלוני לקרוא לחרם, מה שנתפס כ"צנזורה מוקדמת" וכפגיעה קשה עוד יותר בחופש הביטוי. חברי, השופט מלצר, התייחס לכך בחוות דעתו, ואני נכון להצטרף למסקנתו לפיה בית המשפט יימנע מליתן סעד מקדים של צו מניעה לאור ההלכות הנוגעות למניעה מוקדמת של ביטוי. אציין כי גם בחלוף למעלה מעשרים שנה לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא סטתה הפסיקה מההלכה שנקבעה בשעתו בע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989) (וראו פסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש ברע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' פרופסור אטינגר, פ"ד נט(3) 308, 319 אותיות ה-ו (2004)).

33. מעוולים במשותף: על מנת שקריאה לחרם תהיה אפקטיבית, יש צורך בפרסום הקריאה, וכלשונו של המחוקק בס"ק (א) "המפרסם בידעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל...". האם החלת הוראות פקודת הנזיקין עלולה להביא להטלת אחריות גם על אמצעי תקשורת המפרסם את הקריאה, בבחינת מעוולים במשותף? לטעמי, התשובה לכך שלילית, שאם רצה המחוקק להטיל אחריות גם על אמצעי התקשורת, היה עליו לומר זאת במפורש, כפי שעשה בסעיף 11 לחוק איסור לשון הרע התשכ"א-1961 (להלן: חוק איסור לשון הרע) המטיל אחריות על "...עורך אמצעי התקשורת ומי שהחליט בפועל על הפרסום, ובאחריות אזרחית ישא גם האחראי לאמצעי התקשורת".

34. אכיפה פרטית: סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע קובע כלהלן:

לשון הרע על ציבור
 4. לשון הרע על חבר בני אדם או על ציבור כלשהו שאינם תאגיד, דינה כדין לשון הרע על תאגיד, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה. ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה אלא על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו.

בחוק איסור לשון הרע בחר המחוקק להפקיע את כוח התביעה של היחיד במסלול האזרחי, ולהעבירו לידי המדינה הרשאית לנקוט במסלול הפלילי. כשלעצמי, הוטרדתי מנקודה מרכזית זו שהועלתה על ידי חברי השופט הנדל. בעוולה של קריאה לחרם יש משום "הפרטה" של דיני הנזיקין, בבחינת איש את רעהו תבעו בנושאים שלכאורה היו אמורים להיות מסורים למדינה, כפי שעולה משמו של החוק "החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם". זאת, בניגוד לדרך בה הלך המחוקק בסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע.

אלא שניתן להצביע על מספר הבחנות בין העוולה של לשון הרע על ציבור לבין העוולה של קריאה לחרם, ואעמוד עליהן בקצרה: סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע מעורר שאלה של פרשנות המונחים "ציבור" ו"חבר בני אדם" ושל זיהוי הקבוצה הנפגעת והפרטים הנפגעים בקבוצה; הכרה בתביעות של פרטים לגבי דברים שנאמרו על קבוצה תביא ל"אפקט מצנן" נרחב של חופש הביטוי בהתחשב בכך שבמרבית הפעמים אמירות כאלה ואחרות לגבי "ציבור" או "קבוצה" הן ביקורת או הבעת דעה על תופעה חברתית או על עניין ציבורי; בביטוי שקרי על ציבור הנזק "מדולל" ומתפזר בין כל חברי הקבוצה, כך שעוצמת הביטוי השקרי נחלשת בשל גודל הקבוצה; ועיקרו של דבר – כאשר בביטוי שקרי ציבורי עסקינן, לא היחיד צריך לריב את ריבו של הציבור ולכן אין מקום "להפרטתה" של זכות התביעה ולהעברתה לידי בודדים (ראו בפרשה הידועה לגבי הסרט ג'נין-ג'נין בע"א 8345/08 עופר בן-נתן נ' מחמד בכרי ((27.7.2011)).

לא כך לגבי הקריאה לחרם על ישראל, שעשויה להיות הן קריאה כללית והן קריאה פרטנית להחרמת מפעלים או מוסדות או מוצרים מסויימים בעלי זיקה לישראל. הנזק אינו רק של המדינה, ועמדנו על כך שהנזק הישיר הוא של הפרט, של המפעל שמכירותיו נפגעו, של איש האקדמיה שנשלל ממנו מענק מחקר או של להקת הבלט שהופעתה בוטלה עקב פרסום הקריאה לחרם. על דרך ההיקש ניתן להפנות לעוולה של

"התערבות לא הוגנת" הקבועה בסעיף 3 לחוק עוולות מסחריות ולפיה "לא ימנע ולא יכביד עוסק באופן לא הוגן, על גישה של לקוחות, עובדים או סוכנים אל העסק, הנכס או השירות של עוסק אחר". אחת הדרכים של התערבות בלתי הוגנת, היא הטלת חרם מצד עוסק כנגד עוסק אחר (עמית, איסור תחרות לא הוגנת בעמ' 231). בהיבט זה, קריאה לחרם כלכלי על מפעל פלוני שקולה למניעה או הכבדה בלתי הוגנת של הגישה לעסק, ומאחר שהעסק הוא שנפגע מהקריאה, ראוי להותיר בידו את זכות התביעה. בכך יש להצדיק את ההבחנה בין הוראת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, לבין הוראת סעיף 2 לחוק שבפנינו, המאפשרת לאדם או גוף פרטי להגיש תביעת נזיקין בגין קריאה לחרם.

35. סיכום ביניים: באספקלריה של דיני הנזיקין, העוולה הפרטיקולרית של קריאה לחרם מעלה שלל סוגיות הנובעות מהלשון העמומה בה נקט המחוקק בניסוח העוולה. אלא שעמימות ובעיות של פרשנות אינן מצדיקות פסילה חוקתית של חוק. עמד על כך חברי השופט מלצר, אשר בחוות דעתו לא המתין עד להגעתו של תשבי כדי לתרץ קושיות ובעיות, אלא הציע פתרונות פרשניים לחלק מהסוגיות שהועלו לעיל, תוך מתן פרשנות ממתנת ליסודות העוולה.

לאור זאת, בחרתי שלא להצטרף לדעתו של השופט הנדל לפיה יש לפסול את כל ההסדר של עוולת הקריאה לחרם. עם זאת, אני מצטרף לדעתו של חברי השופט מלצר, כי יש מקום לבטל את ס"ק 2(ג) לחוק, מהטעמים שיפורטו להלן.

סעיף 2(ג) לחוק – פיצויים לדוגמה

36. סעיף 2(ג) לחוק מאפשר לבית-המשפט לחייב מי שקורא לחרם על ישראל בזדון בתשלום "פיצויים שאינם תלויים בנזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה)". הכוונה היא לפיצויים עונשיים ולעניין זה יש להבחין בין שלושה סוגי פיצויים: פיצויים תרופתיים רגילים (ממוניים ולא ממוניים), פיצויים ללא הוכחת נזק, ופיצויים לדוגמה (=פיצויים עונשיים).

ניתן להצביע על שני טעמים עקרוניים המצדיקים פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק: היעדר יכולת להוכיח במדויק את גובה הנזק שנגרם עקב העוולה והרצון להרתיע מעוולים בכוח (ע"א 3559/02 מועדון מנויי טוטו זהב בע"מ נ' המועצה להסדר ההימורים בספורט, פ"ד נט(1) 873, 903 (2005) (להלן: עניין טוטו זהב)). המחוקק הישראלי מאפשר פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק מקום בו הנזק טבוע בעוולה או במעשה

הפוגע, וההסתברות להתקיימות שני התנאים דלעיל גבוהה, כגון: סעיף 7 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965; סעיף 10 (א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; ס' 6 (ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998; סעיף 13 (א) לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999; וסעיף 56 (א) לחוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007). שני התנאים מתקיימים ביחס לעוולה של "קריאה לחרם". בשל הקושי להוכיח את הקשר הסיבתי בין הקריאה לחרם לבין הנזק שנגרם למוחרם בעקבותיה, ובשל הקושי לכמת במדויק את הנזק, ניתן לטעון כי אם לא יתאפשר לבית-המשפט להטיל פיצויים ללא תלות בנזק בגין עוולה זו, החוק יאבד מכוחו ההרתעתי ולא יוכל להגשים את תכליתו.

אלא שהמחוקק לא קבע בחוק שבפנינו "פיצוי ללא הוכחת נזק", אלא השתמש בביטוי "פיצויים לדוגמה", ובכך נתכוון לפיצויים עונשיים. הנוסח בו השתמש המחוקק הוא בדיוק הנוסח הקבוע כיום בסעיף 461 להצעת חוק דיני ממונות שכותרתו "פיצויים לדוגמה" ובו נאמר כי "בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון". (לחיקוקים הקובעים פיצויים לדוגמה ראו: סעיף 33א(ב)(1) לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957; סעיף 26א(ב)(1) לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; סעיף 31א לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; סעיף 30א(י)(1) לחוק התקשורת (בזק ושידורים), תשמ"ב-1982; סעיף 3(א)(1) לחוק הגנה על עובדים (חשיפת עבירות ופגיעה בטוהר המידות או במינהל התקין), תשנ"ז-1997; סעיף 5(ב)(2) לחוק הודעה לעובד ולמועמד לעבודה (תנאי עבודה והליכי מיון וקבלה לעבודה), תשס"ב-2002; סעיף 4(ב)(1) לחוק הזכות לעבודה בישיבה, תשס"ז-2007; סעיף 11(א) לחוק שירותי תעופה (פיצוי וסיוע בשל ביטול טיסה או שינוי בתנאיה), תשע"ב-2012). אציין כי בכל החוקים האלה נקבעה תקרה לגובה הפיצוי. הפיצוי העונשי, בבחינת גמול למעוול, אינו בגדר המטרות העיקריות של דיני הנזיקין (גלעד, גבולות האחריות כרך א 224), והוא מהווה חריג לעקרון של השבת המצב לקדמותו שבבסיס דיני הנזיקין. הפיצויים העונשיים נועדו להשיג שתי תכליות: ענישה והרתעה (דברי השופט (כתוארו אז) ריבלין בע"א 140/00 עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, 564 (2004) (להלן: עניין אטינגר)). הפיצויים העונשיים אינם רווחים בשיטתנו המשפטית והם נתפסים כ"חריג שבחריגים" לפיצוי התרופתי הרגיל מקום בו מדובר במקרים מקוממים במיוחד (ראו, לדוגמה, ע"א 2570/07 לם נ' הסתדרות מדיצינית הדסה, בפסקה 5 והאסמכתאות שם (29.1.2009)); רע"א 9670/07 פלונית נ' פלוני, בפסקאות כ"ד ו-כ"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופסק דינו של השופט דניצגר (6.7.2009)). הפיצויים העונשיים באים לבטא גינוי וסלידה-רבתי של החברה מהעוולה, ולא בכדי, במקרים בהם פסקו בתי המשפט פיצויים עונשיים, היה מדובר

בעבירות אלימות או עבירות מין חמורות (דברי המשנה לנשיאה השופט ריבלין בע"א 4576/08 בן צבי נ' היט, בפסקה 45 (7.7.2011)).

בשל ההיבט העונשי שבפיצויים, נדרש אשם מוסרי בהתנהגותו של המעוול, אשם הבא לידי ביטוי ביסוד נפשי של זדון המשקף זילות כלפי זכותו של הנפגע. יש הסבורים כי הטלת פיצויים עונשיים מוצדקת רק בהינתן שלושה מצבים עיקריים והם: כאשר העוולה מבוצעת בכוונה/בזדון; כאשר הנזק נגרם בשל פעילות שאין כל תועלת חברתית בצדה; וכאשר תוצאותיה של העוולה הן נזק קטסטרופלי והעוולה מחפירה מבחינה תוצאתית (אור קרסין "הדוקטרינה של פיצויים עונשיים במשפט הישראלי – בחינה מחודשת" מחקרי משפט כט 571, 582-583, 640-644 (התשע"ד) (להלן: קרסין)). עוד על פיצויים לדוגמה ראו עמוס הרמן מבוא לדיני נזיקין 413 (2006). לקריאה לפסיקת פיצויים לדוגמה כמכשיר להחזרת כיבוד הדדי לפרטים בחברה, ראו: Avihay (2010) 105, 140 AM. J. JURIS. 55. *(Dorfman, What is the Point of the Tort Remedy?)*.

פיצויים לדוגמה הם כלי משפטי-נזיקי מקובל ומוכר גם בעולם המשפט המקובל (ראו: 20th edn. 1965) in CLERK & LINDSELL ON TORTS, A. Burrows, *Damages*, Michael A Jones ed. 2010); W.V.H ROGERS, WINFIELD & JOLOWICZ ON TORT, 948 (12th edn. 2006) Law Commission-ה להמלצת באנגליה להרחיב את השימוש בפיצויים לדוגמה, ראו Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, (1997) [247]. להמלצה דומה בישראל ולפיה יש להרחיב את הנסיבות בהן ייפסקו פיצויים עונשיים ראו קרסין לעיל).

37. עמדנו על כך שבנוסחו דהיום של החוק, למעשה כל קריאה לחרם נגד ישראל, כהגדרתו בחוק, תיפול ברשתו של סעיף 2(ג) לחוק ותעמיד את הנתבע בסיכון של פיצויים עונשיים, על המאפיינים המיוחדים של פיצוי זה. בשורה התחתונה, האופי העונשי של ס"ק (ג) מעמיד את הנתבע אפילו במצב גרוע יותר משל סנקציה פלילית. ראשית - בשל נטל ההוכחה הנמוך יותר בדין האזרחי. שנית - מאחר שבדין האזרחי אין את כל ההגנות העומדות לנאשם בדין פלילי. שלישית - מאחר שההליך הפלילי ננקט על ידי המדינה בעוד שתביעה אזרחית-נזיקית יכול ליזום כל אחד.

ואם לא די בכל אלה כדי להסביר מדוע דינו של ס"ק (ג) להיבטל, אוסיף את העדרה של תקרה לפיצויים לדוגמה (להבדיל מהחוקים שנזכרו לעיל בהם נקבעה תקרה לפיצוי לדוגמה), מה שמגביר עוד יותר את "אפקט המצנן" ועל כך אעמוד להלן.

38. יש והמחוקק קובע הסדרים הפוגעים בחופש הביטוי של הפרט, אך תכלית ההסדר יכולה להיות ראויה, כמו חוק האוסר פרסום לשון הרע (ראו, עניין Sullivan) או חוק המגביל פרסומים העלולים להסית לאלימות (ראו, Winters v. New York 333 U.S. 507 (1948); ראו גם, TRIBE בעמ' 863). הסדרים אלו פוגעים בחופש הביטוי של הפרט, אך אין בפגיעה זו בעייתיות חוקתית כל עוד הפגיעה באותו ביטוי היא פגיעה מידתית. אולם הסדר שנועד להגביל ביטויים מסוימים עשוי להיות בעל השפעה מרתיעה אשר תגלוש מעבר לתחום ההתנהגות שכלפיה הסנקציה מכוונת, ולהרתיע ביטויים אחרים מעבר לכוונה המקורית של המחוקק. לדוגמה, חוק הקובע סנקציה אזרחית או פלילית בגין פרסום לשון הרע עלול להרתיע אנשים מלהביע דעתם מחשש שהפרסום עלול להתפרש כלשון הרע.

דוקטרינת האפקט המצנן פותחה בארה"ב ביחס להגבלת זכויות חוקתיות (כמו חופש ההתאספות Law Students Research Council v. Wadmond, 401 U.S. 154 (1971)); חופש התנועה (Thompson v. Shapiro, 270 F. Supp. 331, 336 (D. Conn. 1967)); הליך הוגן (Colautti v. Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw, 486 U.S. 71 (1988)); פרטיות (Berger v. New York 388 U.S. 41 (1967); Franklin, 439 U.S. 379 (1979)); ובמיוחד בהקשר של הזכות לחופש הביטוי במסגרת התיקון הראשון לחוקה האמריקאית. "A chilling effect occurs when individuals seeking to engage in activity protected by the first amendment are deterred from doing so by governmental regulation not specifically directed at that protected activity" (Fredrick Schauer, *Fear, Risk, and the First Amendment*:) (1978) 58 B.U.L. REV. 685, 693 (Unraveling the Chilling Effect, להלן: Schauer)). כאמור, דוקטרינת האפקט המצנן מתייחסת להרתעה הלא-מכוונת, קרי, השפעה מרתיעה אשר גולשת מעבר לתחומו של הביטוי כלפיו המחוקק התכוון, ומאפשרת פסילת ההסדר כולו בשל ההרתעה הלא-מכוונת (ה"אפקט מצנן").

בעולם אידילי שאלת האפקט המצנן לא הייתה מתעוררת: המחוקק קובע הסדר אשר מגביל ביטויים מסוימים באופן מידתי, ומי שמתבטא באופן החורג מההסדר הקבוע בחוק חושף עצמו לסנקציה אזרחית או פלילית. אלא שבמציאות לא ניתן לוודא מראש אילו ביטויים נתפסים ברשתו של ההסדר הקבוע בחוק ואילו ביטויים הם מחוץ לגדרי ההסדר. יכול שההסדר מנוסח באופן עמום (vague), כך שהפרט המבקש לכלכל את מעשיו ואת מילותיו אינו יודע בוודאות אם הביטוי נכנס בגדר ההסדר. יכול

שהסדר יהיה ברור ונהיר, אבל רחב מדי (overbroad) כך שהוא חל גם על ביטויים שהמתוקק לא התכוון להם ואשר הפגיעה בהם תורגת מתחום המידתיות (ראו, Schauer, בעמ' 698; TRIBE, בעמ' 1030). באחד מהתיקים המוקדמים בדרכה של תורת האפקט המצנן, Walker v. City of Birmingham 388 U.S. 307, 342 (1967), נדון צו האוסר על תהלוכות ואספות התומכות בזכויות שחורים בעיר ברמינגהם, אלכמה. השופט ברנן ציין כי:

"We have molded both substantive rights and procedural remedies in the face of varied conflicting interests to conform to our overriding duty to insulate all individuals from the 'chilling effect' upon exercise of First Amendment freedoms generated by vagueness, overbreadth and unbridled discretion to limit their exercise."

כמעט אין לך הסדר חוקי שאינו מלווה בהילה של אפקט מצנן, מאחר שהמציאות אינה ברורה ונהירה אף-פעם (Schauer, בעמ' 700), ואי הוודאות היא אינהרנטית לפרשנות ההסדר הקבוע בחוק. על-כן, בכדי לפסול הסדר בשל האפקט המצנן הטבוע בו, על אפקט זה להיות משמעותי, ולא סגי בצינון של מה-בכך (ראו, TRIBE, בעמ' 1024). "Overbreadth [...] must not only be real, but substantial as well, (Broadrick v. Oklahoma) judged in relation to the statutes' plainly legitimate sweep" (413 U.S. 601, 615 (1973)).

39. לענייננו, ס"ק (ג) אכן "מצנן" את חופש הביטוי בדרך של הרתעת-יתר וענישה בגין פרסום קריאה ל"חרם על מדינת ישראל" כהגדרתו בחוק. עמדנו על אי הבהירות בניסוח העוולה, ובין היתר לגבי היסוד הנפשי של כוונה הנדרש על-פיה והאפשרות כי כל קריאה לחרם תילכד במצודתו של ס"ק (ג). העמימות לגבי היקף פריסתה של העוולה מעוררת כשלעצמה חשש לאפקט מצנן "עודף" של חופש הביטוי. חשש זה הוא עוצמתי במיוחד לגבי ס"ק (ג) המאפשר הטלת פיצויים לדוגמה, ללא כל קריטריונים וללא תקרה לגובה הפיצויים. השילוב של עמימות העוולה עם סנקציה שאין לה שיעור לא למעלה ולא למטה ולא לצדדים, יש בו כדי להכפיל ולשלש את ההילה של האפקט המצנן הנלווה לחוק, בבחינת הרתעת-יתר. מאחר שבדיני נזיקין עסקינן, ומאחר שתכלית עיקרית שבבסיס העוולה היא הרתעה, נזכיר כי תנאי מקדים להרתעה יעילה הוא מידע מירבי. מעוול שונא סיכון שאינו יודע מה "המחיר" שייגבה ממנו עקב ביצוע העוולה, אינו מסוגל לערוך חישוב עלות-תועלת ולכלכל בהתאם את צעדיו ואת מילותיו, כך שמופעלת נגדו הרתעה מוחלטת, ולמיצער הרתעת-יתר, ולהרתעת כזו יש "אפקט מצנן" עוצמתי במיוחד (ראו, John C. Coffee, Jr., *Paradigms Lost: The*

Blurring of the Criminal and Civil Law Models. And What Can Be Done About It,
 (101 YALE L.J. 1875, 1882 (1992)).

גם לכך יש ליתן משקל בבואנו להעביר את הסעיף בכור ההיתוך של מבחן המשנה השלישי של המידתיות. ייתכן כי קביעת פיצוי מוגדר ללא הוכחת נזק להבדיל מפיצוי לדוגמה, או פיצוי לדוגמה עם תקרה, כפי שנקבע בחוקים אחרים, יכולה הייתה להקהות את במידת-מה את מידת הפגיעה. אלא שבנוסחו הנוכחי, התועלת השולית מההסדר הקבוע בס"ק 2(ג) לחוק, קטנה מהפגיעה בחופש הביטוי נוכח חוסר הוודאות והעמימות של עוולת החרם בצירוף האפקט המצנן החמור הנובע גם מחוסר הוודאות לגבי היקף הפיצוי לדוגמה.

40. סיכום ביניים: בהתחשב בכך שהיסוד של כוונה הוא אינהרנטי לקריאה לחרם כך שקיים חשש שכל קריאה לחרם תיפול ברשתו של סעיף 2(ג) לחוק ותעמיד את הנתבע בסיכון של פיצויים עונשיים; בהתחשב בכך שפיצוי עונשי הוא בן חורג למטרות הרגילות של דיני הנזיקין והוא נפסק עד היום במקרים חריגים ומקוממים המעוררים גינוי וסלידה; בהתחשב בכך שקריאה לחרם נופלת בגדרי חופש הביטוי ומגשימה חלק מהרציונלים של חופש הביטוי כך שלא ניתן לומר כי בקריאה לחרם יש אפס תועלת חברתית; בהתחשב במרכזיותו של חופש הביטוי; בהתחשב בכך שפיצוי עונשי ללא תקרה עשוי להביא להרתעה מוחלטת, ולמיצער לאפקט מצנן רחב בבחינת הרתעת-יתר – בהתחשב בכך אלה, ס"ק 2(ג) לא עומד כלל במבחן המשנה השלישי של המידתיות. בשורה התחתונה אני מצטרף אפוא לפסק דינו של חברי השופט מלצר כי הפגיעה של ס"ק 2(ג) לחוק בחופש הביטוי עולה על הנדרש.

סעיפים 3 ו-4 לחוק – הגבלת ההשתתפות במכרז, הטבות מס ותמיכות

41. כל חברי תמימי דעים כי סעיפים 3 ו-4 לחוק עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ומצטרף אני לדעתם.

במבט ראשון, ניתן להתרשם ממידה של עזות מצח, שמא אף מידה של צביעות, בכך שמי שקורא לחרם על המדינה - ובכך פוגע בכלכלתה של המדינה או בפרנסתם ומשלח ידם של אחרים - מתדפק על דלתה של המדינה ומבקש ליהנות מהטבות ותמיכות של המדינה. אף יש מידה של אבסורד בהצעתם של העותרים כי הקופה הציבורית תשא בנזקים שנגרמו בעקבות החרם לגורמים פרטיים, דהיינו, שהמדינה תסבסד במישרין את הקריאה לחרם כנגדה. ובכלל, פגיעה בכלכלת המדינה ופגיעה

ברכוש של אזרח או תושב ישראל בהיותו כזה, נתפסת כמעשה חמור, ולא בכדי קובע סעיף 13 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 תחולה אקס-טריטוריאליה לגבי עבירות מעין אלה:

- עבירות נגד המדינה או העם היהודי
 13. (א) דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ
 נגד –
 (4) רכוש המדינה, כלכלתה או קשרי התחבורה
 והתקשורת שלה עם ארצות אחרות;
- (ב) דיני העונשין של ישראל יחולו גם על עבירות-חוץ
 נגד –
 (1) חיי אזרח ישראלי, תושב ישראל או עובד
 הציבור, גופו, בריאותו, חירותו או רכושו, באשר
 הוא כזה;

(ראו: חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ואדם, גבורות לאמנון רובינשטיין 347, 354 (תשע"ב)).

42. כפי שציין חברי, השופט מלצר, אין לאדם זכות קנויה לקבל הטבה או תמיכה מהמדינה, וכאשר המדינה מעניקה תמיכה או הטבה, עליה לבחון אם הגוף המקבל משרת את הציבור בכסף הציבורי המגיע אליו. כך, כאשר המדינה מעניקה לגוף הטבת מס על דרך הגדרתו "כמוסד ציבורי" לצרכי סעיף 46 לפקודת מס הכנסה, היא מכירה בכך שאותו גוף ממלא תפקיד ציבורי חשוב, שראוי כי הציבור ישתתף במימונו. קשה להלום כי הציבור ישתתף במימון גוף הקורא לפגיעה בציבור, וכאמור, הקריאה לחרם על אדם רק בשל זיקתו למדינת ישראל מהווה פגיעה חמורה בזכויותיו של אותו אדם, ואף פגיעה בשיטתנו הדמוקרטית. "ההכרה בגוף כ'מוסד ציבורי' מקטינה את הכנסות המדינה ממסים, ושקול הדבר להגדלת הוצאות המדינה בדרך של חלוקת כספים. ההכרה ב'מוסד ציבורי' ומכאן שגם ההכרה ב'מטרה ציבורית' צריכות להיעשות באופן סביר וענייני, תוך הקפדה על שוויון" (בג"ץ 637/89 חוקה למדינת ישראל נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 200 (1992); ראו גם בג"ץ 10893/08 עמותה לויפאסנה בישראל נ' שר האוצר, האוצר בפסקה 29 (23.8.2012)). חברי, השופט דנציגר, סבור כי המדינה אינה רשאית להפלות בין גופים על בסיס התבטאויותיהם הפוליטיות. לכך אני כמובן מסכים. אלא שהחוק אינו מתיימר לשלול הטבה או תמיכה בגין ביטוי פוליטי, ואף לא בגין חרם פוליטי, אלא בגין קריאה פומבית לחרם, קריאה שנועדה להניע אחרים לפגוע באחרים בשל זיקתם למדינה. לכן, יכול תיאטרון פלוני להחליט כי אינו מוכן להעלות את

הצגותיו בהיכל התרבות באחד היישובים באזור, מבלי לחשוש כי סעיף 4 לחוק יחול עליו.

כחלק מאותה "סבירות וענייניות", רשאית המדינה, ואף חייבת, להבחין בין גוף התורם לציבור לבין גוף השואף לפגוע בציבור או בקבוצה מסויימת בציבור. לדוגמה, בשנת 1970 רשות המיסים האמריקאית (ה-IRS) החליטה כי לא תעניק הנחות מס למוסדות חינוך אשר דוגלים במדינות מפלה נגד סטודנטים שחורים. בעקבות החלטה זו, הגדרת "מוסד לתועלת הציבור" (Charitable Organization) בתקנות המיסים תוקנה, כך שהיא חלה רק על מוסדות חינוך עם מדיניות לא מפלה. אוניברסיטת בוב ג'ונס, שהיא אוניברסיטה דתית אשר דגלה, מטעמים דתיים, במדיניות מפלה נגד שחורים, הפסיקה לקבל הנחות מס מסוימות בעקבות תיקון זה, ועתרה בטענה כי אין ל-IRS הסמכות לשנות את ההגדרה של מוסד לתועלת הציבור באופן זה, וכי התיקון פוגע בזכותו של המוסד לחופש הדת. בעניין *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574, 591 (1983) השופט ברגר קבע "The institution's purpose must not be so at odds with the common community conscience as to undermine any public benefit that might otherwise be conferred". הדבר נכון, וביתר שאת, כאשר העילה לפגיעה באותה קבוצה היא זיקתם של בני הקבוצה למדינה עצמה.

43. על אף האמור, איני סבור כי בשלה העת לקבוע כבר עתה כי ההוראות הקבועות בסעיפים 3 ו-4 לחוק הן בהכרח חוקתיות (ופשיטא שאין בהם כדי להקנות לשר הממונה "חסינות" מפני ביקורת שיפוטית בבואו להפעיל את סמכותו מכוח סעיפים אלה). לטעמי, לשם כך יהיה צורך לבחון את יישום הוראות החוק ואת הפעלת הסמכות על ידי שר האוצר בהתאם לתשתית עובדתית קונקרטיה, לכשיתעורר המקרה המתאים. דברים אלה משיבים אותי אל דוקטרינת חוסר הבשלות שהזכרתי בראשית דבריי בנוגע לסעיף 2 לחוק (פסקה 24 לעיל), ומחברים אותי לדבריו של השופט מלצר בסיפא לפסק דינו, ומכיוון שהדברים כבר הוזכרו על ידו לא אאריך בדברים.

44. סעיפים 3 ו-4 לחוק מקנים לשר האוצר סמכויות, וכד בכד קובעים מנגנון להפעלתן. כך, סעיף 3 קובע כי החלטתו של שר האוצר לעניין הגבלת השתתפותו של מי שקורא לחרם על מדינת ישראל במכרז, צריכה להיעשות "בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת"; ואילו סעיף 4(א) לחוק קובע כי החלטת שר האוצר בדבר מניעת הטבות צריכה להיעשות "בהתייעצות עם שר המשפטים", ובחלק מן המקרים גם בכפוף להסכמת השר הממונה (שר התרבות והספורט סעיף

4א(2); השר שקבעה הממשלה שהוא הממונה על התקציב הרלוונטי (סעיף 4א(3)); ושר התעשייה המסחר והתעסוקה (סעיף 4א(5)).

אף לא למותר להזכיר את סעיף 4(ב) לחוק, הקובע כי הפעלת סמכותו של שר האוצר לפי סעיף 4(א) צריכה להיעשות "בהתאם לתקנות שיתקין לעניין זה בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוק חוק ומשפט של הכנסת" (וזאת מבלי שנעלמה מעיניי ההוראה הקבועה בסעיף 4(ב) סיפא, ולפיה אין באי התקנת תקנות כדי לפגוע בסמכות לפי סעיף 4(א)).

45. הנה כי כן, הסמכויות המעוגנות בסעיפים 3 ו-4 לחוק נתונות אמנם לשר האוצר, אולם בטרם יפעילן עליו לקבל את הסכמתם של הגורמים הרלוונטיים ולהיוועץ בהם, ואף ראוי שיעשה כן לאחר התקנת תקנות. ממילא, אף אם הוראות סעיפים 3 ו-4 לחוק תיוותרנה על כנן, אין פירוש הדבר בהכרח כי הסמכויות הקבועות בהם תופעלנה בעתיד הקרוב, ואף ייתכן כי הן לא תופעלנה כלל.

נקודה זו עמדה לאחרונה בבסיס הכרעתו של בית משפט זה בבג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (5.1.2012) (להלן: עניין בוגרי התיכון), שם זכתה דוקטרינת חוסר הבשלות לעיגון מפורש. דומה כי בין נסיבותיה של אותה פרשה לבין העתירה דנן ישנם קווי דמיון מסוימים. בשתייהן מוצפת במלוא עוזה בעיית המתח השורר בין חופש הביטוי (הפוליטי) לבין סנקציות כלכליות העלולות לפגוע בו, ובשתייהן התעוררה סוגיית בשלות העתירה.

46. כזכור, במוקד פרשת בוגרי התיכון עמדה הוראה שנקבעה בחוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011. הוראה זו הקנתה לשר האוצר סמכות להפחית תקציב המועבר על ידי המדינה לגוף מתוקצב או נתמך, וזאת במספר מצבים, כגון כאשר אותו גוף הוציא הוצאה כספית הקשורה במהותה לציון יום הקמת המדינה כיום אבל. בדומה לסעיפים 3 ו-4 לחוק למניעת חרם, גם הוראת החוק המדוברת בחוק יסודות התקציב כללה מנגנון להפעלת הסמכות הקבועה בו (מנגנון אשר כלל את קבלת הסכמתו של השר הממונה, קיום שימוע לגוף הרלוונטי, קבלת חוות דעת של היועץ המשפטי למשרד האוצר, וקבלת המלצה של צוות מקצועי בנוגע להיקף ההוצאה הרלוונטית והשלכות ההפחתה).

בסיכומו של דבר, בית משפט זה דחה את העתירה מן הטעם שטרם בשלה העת להכריע בה, ובמילותיה של השופטת (כתוארה אז) נאור:

"הנה כי כן, דרך ארוכה יש לעבור על פי המנגנון שקובע החוק בטרם תיכנס לתוקפה הסנקציה הקבועה בו. איני מביעה כל עמדה בשלב זה לגבי המנגנון שנקבע בחוק, או לגבי חוקתיות החוק. אולם, בשלב זה בו טרם הופעל החוק וטרם הופעל המנגנון הקבוע בו אין לדעתי לעסוק בהשערות וספקולציות לגבי אופן יישומו של החוק. כפי שצינתי בעניין לובל על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה שלפני בית המשפט, זאת גם במקום בו מתעוררת שאלה חוקתית (ראו: עניין לובל, לעיל, בפסקה 6; כן ראו: בג"ץ 3248/09 טרי נ' שר המשפטים, בפסקה 3 (17.4.2009); בג"ץ 6972/07 לקסר נ' שר האוצר, בפסקה 26 (22.3.2009) (להלן: עניין לקסר)). בעניינינו, לא היו עדיין מקרים בהם התעוררה שאלת תחולתו של החוק, פרשנותו והשלכותיו אינה ידועה בשלב זה (עניין בוגרי התיכון, פסקה 29).

לטעמי, יישומה של דוקטרינת חוסר הבשלות במקרה דנן – כפי שיושמה בעניין בוגרי התיכון – מובילה לתוצאה דומה בנוגע לסעיפים 3 ו-4, ועל מנת להכריע בטענותיהם החוקתיות של העותרים, יש להמתין לעתירות המופנות כנגד החלטה קונקרטית של שר האוצר על בסיס תשתית עובדתית מתאימה. כפי שציננה השופטת נאור, "אין זה מן הנמנע כי חלוף הזמן ייתר דיון בעתירה שכן חששם של העותרים כלל לא יתממש... בין אם בשל בחירתו של שר האוצר שלא להשתמש בסמכותו על פי החוק, בין אם בשל הפעלת הסעיפים באופן שלא יפגע בעותרים ובין אם בשל טעם או סיבה אחרים. ואולם, במצב הדברים דהיום לא ברורה עדיין המשמעות האופרטיבית של החוק ולפיכך טרם בשלה לדעתי העת להידרש לגופן של הטענות" (שם, פסקה 32 לפסק דינה). כאמור, דברים אלה יפים לעניינינו.

47. ודוק: בכך שונים סעיפים 3 ו-4 לחוק מהעוולה הנזיקית המעוגנת בסעיף 2 לחוק. בעוד שיישומן של ההוראות הקבועות בסעיפים 3 ו-4 תלוי בבחירתו של שר האוצר להפעיל את סמכותו ולקבל את הסכמתם של השרים הרלוונטיים ולהיוועץ בהם (ואף להתקין תקנות), סעיף 2 לחוק מאפשר לכל אדם הרואה עצמו נפגע מקריאה לחרם להגיש תביעה נזיקית, אשר הגשתה אינה כפופה לכללי המשפט המינהלי או למנגנון ביקורת כלשהו, והיא תלויה היא כל כולה ברצונו של התובע. מכאן הפגיעה החמורה בחופש הביטוי הטמונה בהוראת סעיף 2(ג) לחוק, אשר עצם הותרתה על כנה היה בה משום יצירת אפקט מצנן של ממש, ועל כן דינה להתבטל (על דו-השלכיות בהערכת בשלותה של עתירה ועל ההכרה בצורך להמשיך בבירורה מקום בו עלול להיווצר אפקט

מצנן, ראו בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקאות 16-17 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (17.9.2014); על דוקטרינת הבשלות החלקית, היוצרת הבחנה בין טענות שונות המכוונות כנגד הוראות שונות, אשר חלקן עשויות להיות בשלות וחלקן לא, ראו שם, פסקאות 3-8 לפסק דינו של השופט הנדל ופסקה 3 לפסק דינה של השופטת נאור).

אני מצטרף אפוא לדבריו של חברי, השופט מלצר, כי לעת הזו יש להותיר את הדיון בשאלת חוקתיותם של סעיפים 3 ו-4 לחוק, ולהמתין שתוגשנה עתירות פרטניות המופנות כנגד החלטה קונקרטי של שר האוצר המבוססת על תשתית עובדתית קונקרטי.

“או אזור הנמצא בשליטתה” - פסק דינו של חברי השופט דנציגר

48. פתחנו את דברי ב"נשף המסכות" שזימן לנו החוק, ואשר במרכזו התיבה דלעיל כחלק מההגדרה של הביטוי "חרם על מדינת ישראל", שככל הנראה עמדה בראש מעייניהם של מציעי החוק ועמדה בחזית המתקפה של העותרים על החוק. לנוחות הקורא, נציב לפנינו הגדרה זו:

“חרם על מדינת ישראל” – הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית.

שלוש מילים אלה עוסקות בנושא שנמצא בלב המחלוקת הפוליטית במדינה, ולא בכדי עיקר חיציהם של העותרים התמקדו בטענה כי החוק מתערב בביטוי פוליטי בנושא כה טעון בציבוריות הישראלית. חברי, השופט דנציגר, הציע פרשנות יצירתית בניסיון לרבע את המעגל, בהציגו למעשה, אך לא להלכה, מעין “עפרון כחול” סביב תיבה זו, בכך שלשיתתו רק קריאה לחרם על מדינת ישראל ככזו, רק החרמה של מוסד או אזור הנובע משייכותם של אלו למדינה והוא חלק מחרם על המדינה כולה ככזו, נתפס ברשתה של ההגדרה. כתמיכה בפרשנות זו, מציג חברי קריאה להטלת חרם על אדם בשל זיקתו למוסד ציבורי שעוסק בניסויים בבעלי חיים, כקריאה שעשויה להיתפס ברשתו של החוק מאחר שלאותו מוסד יש זיקה למדינה. אלא שחשש זה אינו קיים לאור הדרישה כי הקריאה לחרם תהיה “רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה”. המילה רק משמעה כי הסיבה היחידה לחרם – אף לא די בכך שתהא הסיבה הדומיננטית לצד סיבות אחרות – היא הזיקה למדינה.

לכן, אם הסיבה לחרם נובעת מפגיעה באיכות הסביבה או ניסויים בבעלי חיים, היא לא תיתפס ברשתה של ההגדרה.

הפרשנות המוצעת על ידי חברי, יוצאת לטעמי מגדר פשוטו של מקרא. אכן, הדיבר "חרם על ישראל" מלמד כי עיקר החוק הוא מניעת חרם על ישראל, ברם, המחוקק קבע כי "המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על ישראל..." והגדיר מה בגדר חרם על ישראל ייחשב, בטכניקה חקיקתית מקובלת (השוו, למשל, להגדרת "תאונת דרכים" בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, כ"מאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי", כאשר בהמשך המחוקק מגדיר מה בגדר שימוש ברכב מנועי ייחשב). ועיקרו של דבר. חברי מסכים כי המדינה רשאית להתגונן כנגד חרמות כנגדה, אך מאחורי המדינה ניצבים גופים, מוסדות ואנשים. לשיטתו של חברי, קריאה פומבית להחרמת בנק פלוני מאחר שיש לו סניף באזור או קריאה להחרמת אוניברסיטה בישראל בשל ניסוי מדעי שערכה באזור, או מאחר שחברי הסגל שלה לא הביעו הזדהות מספקת עם אוניברסיטאות באזור – לא יתפסו בגדר העוולה. בתוצאה זו יש כדי לרוקן את העוולה מתוכן.

מטעם זה, ועל אף הנימוקים כבדי המשקל שהעלו חברי השופט דנציגר והשופט פוגלמן, מצאתי לסופה של דרך לבכר את דרכו של חברי השופט מלצר, חלף הביטול הלכה ולמעשה של המילים הטעונות "אזור הנמצא בשליטתה".

סיכום וסוף דבר

49. תכליתו של החוק ראויה, אך אין לחדד כי הוא גורם "נזק אגבי" (collateral damage) בכך שהוא מטיל מגבלה ומצנן את אחד מהכלים בארסנל הדמוקרטי, בנושא שנמצא בליבת המחלוקת הפוליטית בישראל.

בישורת האחרונה, מצאתי כי ניתן להעביר את החוק, גם אם לא בנקל, במסגרת המידתיות, בין היתר, בהתשב בטעמים הבאים:

(-) החוק אינו אוסר הבעת דעה הקשורה למדינה או לאזור, אינו אוסר השתתפות בחרם, אלא אוסר רק קריאה פומבית לחרם, פעולה הנמצאת במשרעת שבין ביטוי לבין התנהגות.

(-) קריאה לחרם היא אמנם אחד הכלים בארגז הדמוקרטי, אך היא כלי כפייתי, וככזה, לא חלה עליו הגנת חופש הביטוי במלוא עוצמתה.

(-) קריאה לחרם אינה עונה ואינה מתכתבת עם מרבית הטעמים שביסוד חופש הביטוי.

(-) קריאה לחרם פוגעת בזכויות חוקתיות של מושאי החרם השניוני, וגורמת להם נזק ישיר.

(-) הפרשנות המצמצמת שנתנו לעוולה הנזיקית בסעיף 2 לחוק, לרבות הדרישה להוכחת קשר סיבתי ונזק, ומנגד, פסילת ס"ק (ג) לחוק.

(-) ולבסוף, במבט על: בארצות הברית קיימת חקיקה המונעת או מגבילה חרם על ישראל. בתי המשפט באירופה, לרבות בית הדין לזכויות האדם, נכונים להכיר בכך שקריאה לחרם על ישראל מהווה עבירה פלילית, על אחת כמה וכמה שמדינת ישראל עצמה רשאית לקבוע כי קריאה של תושביה ואזרחיה לחרם נגד מדינתם-מכורתם, מהווה עוולה אזרחית.

ש ו פ ט

השופט ע' פוגלמן:

עיינתי בחוות הדעת המקיפות שכתבו חבריי, ודעתי היא כי הסעד החוקתי אותו יש להעניק הוא הכרזה על בטלותו של סעיף 2(ג) לחוק, כמו גם מחיקת התיבה "או אזור הנמצא בשליטתה" הנזכרת בסעיף 1 לחוק החרם (ברוח ההצעה הפרשנית של חברי השופט י' דנציגר); בנוסף, להשקפתי, שמירה על תקפו של החוק מחייבת לפרש אותו כך שיחול רק באותם מקרים שבהם הטעם היחיד לקריאה ל"הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר" היא זיקתו למדינת ישראל או מוסד ממוסדותיה. אלה הטעמים שביסוד מסקנתי זו.

1. החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: החוק או חוק החרם) קובע שלושה הסדרים הפוגעים, כל אחד לפי דרכו, בזכויות חוקתיות, ובעיקרן בזכות לחופש הביטוי: האחד – עוולה אזרחית אשר תחול על "המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל" (סעיף 2 לחוק); השני – הגבלת השתתפות במכרז "של מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או של מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור" (סעיף 3 לחוק); והשלישי – הוראות השוללות קבלת הטבות שונות מאוצר המדינה מ"מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או לגבי מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור" (סעיף 4 לחוק). השאלה שלפנינו היא האם הסדרים אלה צולחים את הביקורת החוקתית. נוכח הטעמים שעליהם עמד חברי השופט י' דנציגר (פסקה 49 לחוות דעתו), גם להשקפתי העתירות בשלות להכרעה.

2. כידוע, כל ביטוי מוגן במסגרת הזכות החוקתית לחופש הביטוי (ראו למשל בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 673 (1997); בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 260 (2003); ע"א 9462/04 מורדוב נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"ד ס(4) 13, 26 (2005)), אך הלכה מושרשת עמנו כי ביטויים פוליטיים נהנים מהגנה חוקתית רחבה במיוחד, שכן ביטויים אלה – המאפשרים את עצם קיומה של מחלוקת פוליטית – הם תנאי שאין בלתו לקיומה של דמוקרטיה (בג"ץ 869/92 זוילי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד מו(2) 692, 703 (1992); בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 157, 164 (2003); בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 761 (2008)). בין יתר הביטויים שנתפסים ברשתו של חוק החרם כלול גם ביטוי שעניינו קריאה לחרם על אזור יהודה והשומרון (להלן: האזור). קריאה לחרם על האזור היא ביטוי פוליטי מובהק. חברי, השופט י' דנציגר, עמד בהרחבה על כך שסוגיית התפיסה הלוחמתית של ישראל באזור נתונה במחלוקת פוליטית עזה מזה עשרות שנים בין חלקים שונים של החברה הישראלית. ואכן, שאלת עתידו של האזור ומעמד תושביו הוגדרה כ"שאלה הקרדינלית של הוויכוח הציבורי בישראל", אשר שיבשה את מערך הבריתות וההבנות הפנימיות שהיו קיימות בנושאי מדינה, חברה וכלכלה והביאה "לעיצוב מערכת מפלגתית, שהמשתנה העיקרי בה להגדרת הרצף שמאל-ימין, וליצירת בריתות פוליטיות הוא העמדה הערכית בשאלת עתיד השטחים המוחזקים" (מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 282-283 (מהדורה שנייה, 2001)).

3. מחלוקת זו כשלעצמה אינה מעוררת קושי חוקתי. הקושי החוקתי נעוץ בחוק (ראו והשוו לבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 543 (2005)). החוק פוגע בחופש הביטוי הפוליטי. החוק עשוי להשתיק את הביטוי הפוליטי העוסק באזור. עצם חקיקת החוק מציבה את המבקש להתבטא בפני דילמה: אם יבחר להתבטא כפי שהוא מבקש, הוא יהא חשוף לסנקציות הקבועות בחוק. אם יכבוש את דעותיו נוכח "האפקט המצנן", יפעל החוק את פועלו והביטוי יימנע. מהו היקף ההגנה הראוי במקרה זה? חברי, השופט ח' מלצר, סבור כי משום שהקריאות לחרם נגד מדינת ישראל כמשמעו בחוק "אינן מעוניינות בהכרעות פוליטיות על בסיס רצון חופשי, אלא מבקשות לכפות עמדות", "ניתן לצמצם במקצת את ההגנה על חופש הביטוי" (פסקה 29 ופסקה 29(א) לחוות דעתו; ההדגשה במקור. ראו גם אצל חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין בפסקה ו' לחוות דעתו). איני שותף לעמדה זו. אכן, החרם עשוי להפעיל לחץ. לחץ מסוג זה עשוי לגרום למוחרם לשנות מעמדתו. אך הפעלת לחץ אין משמעה כפייה. גם הפגנות חוזרות ונשנות מול משרדו של מאן דהוא עשויות להפעיל עליו לחץ לעשות דבר מה. האם היינו טוענים כי הפגנה היא "ביטוי כופה"? והלא המוחרם (וה"מופגן") רשאי לעמוד על איתנו ולסרב לשנות מדרכיו. איש לא מונע זאת ממנו. מכל מקום, כפי שציין חברי השופט י' דנציגר, הקריאה לחרם מתיישבת עם תכליותיו של חופש הביטוי (פסקה 7 לחוות דעתו). חופש הביטוי אינו נועד להגן רק על העמדות המקובלות בשיח. חשיבותו העיקרית היא דווקא בהגנה על היכולת להשמיע ולשמוע דעות חורגות מהמוסכמות החברתיות, הצורמות לאוזן הציבור הרחב (בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 838-839 (1999)). כפי שצינו באחת הפרשות: "יש לשוב ולשנן, לשוב ולזכור, כי עיקר תכליתו של חופש הביטוי להבטיח הגנה דווקא לביטויים קיצוניים, המעוררים מחלוקת ואף סלידה. דברי-נועם, הערבים לאוזן, הנעימים לצפייה והקלים לעיכול, אינם זקוקים להגנה של חופש הביטוי" (רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקר, פסקה 33 (12.11.2006); ע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ, פ"ד נח(3) 558, 573 (2004)). וכעוצמת האינטרס – כן עוצמת ההגנה (ראו והשוו לעע"ם 3782/12 מפקד מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי, פסקה 10 לחוות דעתי (24.3.2013)).

4. האם ההסדרים שבחוק החרם פוגעים בחופש הביטוי? חוק החרם אינו קובע איסור על קריאה להטיל חרם על האזור, במובן זה שקריאה זו תהווה עבירה פלילית. עם זאת, החוק קובע סנקציות כלכליות שניתן להשית על המשמיע קריאה מעין זו. הפגיעה בחופש הביטוי נעשית אפוא בדרך של הכבדה על האפשרות להתבטא, שהרי בגין קריאתו לחרם יכול אדם להיות אחראי בנזיקין; והוא אף מסתכן בכך שלא יוכל להשתתף במכרז או בכך שישללו ממנו הטבות שונות הניתנות על ידי המדינה. כל אחת

מהתגובות המעוגנות בחוק – מטילה נטל ניכר על מי שחפץ לממש את חירותו להתבטא. מי שיבחר להמשיך ולקרוא להטלת חרם על האזור, יסתכן בנזקים כלכליים ובאובדן אפשרויות תעסוקה בדרך של זכייה במכרזים שמוציאות הרשויות. השלכות אלו – השלכות משמעותיות הן:

”תוצאה שכזו יש לה אפקט של ‘סתימת פיות’ שאין לה מקום במשטר דמוקרטי, שהלוא מהו המסר המתקבל אם לא מסר של השתקה? עצם הידיעה כי הבעת דעה שאינה פופולרית עשויה לשאת כעבור זמן תוצאות במישור שיש לו היבט מקצועי, גם אם על דרך של הענקת פרס, אינה מתיישבת עם תרבות של חופש ביטוי במשטר דמוקרטי” (בג”ץ 2454/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ’ שרת החינוך, פסקה 10 (17.4.2008)).

5. לא רק התגובה הצפויה במקרה של קריאה לחרם (הן מצד פרט אחר שעשוי לתבוע את הקורא לחרם, הן מצד המדינה) מקימה פגיעה בחופש הביטוי. עצם העובדה שהמחוקק בחר ליצור הסדרים פרטיקולריים ביחס לביטויים האמורים מקימה פגיעה בחופש הביטוי. לדבר החקיקה נודע ערך דקלרטיבי. חוקים נועדו להכווין התנהגות. רוב האזרחים – שומרי החוק – יבחרו לפעול בדרך שתתיישב עם הוראותיו (השוו למשמעות שנודעה לביטול האיסור על קיום יחסים הומוסקסואליים בחוק העונשין, חרף הנחיה שנהגה קודם לכן שלא לאוכפו: יפעת ביטון “השפעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על מעמדם של זוגות חד מיניים” קריית המשפט ב 401, 403-404 (2002)).

6. חבריי הרחיבו בדברים על התכליות שנועדה להשיג הזכות לחופש הביטוי, ואין צריך לחזור. לעניינינו אבקש רק לחדד כי ההגבלות שהוטלו בחוק לקריאה לחרם על האזור פוגעות בכל אחת מתכליות אלו. אשר לתכלית שעניינה גילוי האמת: ההגבלות שבחוק מונעות דיון ציבורי ואינן מאפשרות תחרות הוגנת בין עמדות אידיאולוגיות שונות. המבקש להחרים לא יוכל להציג את “סחורתו” בשוק הרעיונות; ואחרים אינם יכולים להיחשף לעמדתו, להתחזק בעמדתם או לשנות את עמדותיהם בדרך של שיג ושיח. עמד על כך המלומד מיל:

”[...] הרעה המיוחדת בהשתקת ביטוייה של דעה היא שזהו עושק של המין האנושי: [...] של אלו החולקים על הדעה עוד יותר משל מחזיקיה. אם הדעה נכונה הרי מנעת מהם ההזדמנות להמיר שגגה באמת; אם מוטעית

היא, הריהם [המתנגדים לדעה – ע' פ' מפיסידים את מה שהוא אולי רווח גדול לא פחות – תפיסה ברורה יותר ורושם חי יותר של האמת, הנוצרים מתוך התנגשותה עם השגגה" (ג'ון סטיוארט מיל על החירות 22 (ברק בן-נתן עורך, אהרון אמיר מתרגם, 2006); ראו גם בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 273, 255 (1987)).

7. לצד זאת, הגבלתם של ביטויים פוליטיים, ובענייננו – בעקיפין – של פעולת ההחרמה של האזור, שהיא תגובה לא אלימה למדיניות פלונית, פוגעת גם בהליך הדמוקרטי. בצדק ציין חברי השופט י' דנציגר כי "החלפת דעות ורעיונות בשוק החופשי של הביטויים היא תנאי לאפשרות החלפתו של השלטון. היא חיונית כדי למנוע עריצות של הרוב" (פסקה 4 לחוות דעתו). זאת ועוד; אכן, החוק אינו אוסר על פעולת החרם עצמה. אדם רשאי להמשיך ולבטא את מחאתו הפוליטית. עם זאת, החוק פוגם באפשרותו של אדם להפיץ ולהשמיע את עמדותיו בפני אחרים (שאוּלי אך ישכנעו אותו כי עמדותיו שגויות); וכן באפשרותם של אחרים להגיב ולהחליט כיצד ברצונם לנהוג. החוק מצנן את הביטוי. חופש הביטוי הוא גם חלק חיוני ביכולת של הפרט – השומע והדובר כאחד – לממש את האוטונומיה שלו. זוהי יכולתו לספר את סיפור חייו, להביע את עמדותיו ולבטא את השקפת עולמו. אוטונומיה זו היא חלק מכבוד האדם העומד לכל אדם, ותנאי להתפתחותו הרוחנית והאינטלקטואלית (ראו והשוו בג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 121 (22.9.2014)).

8. נוכח כל אלה, מקובלת עליי מסקנתו של חברי השופט י' דנציגר – מטעמיו – כי בכל הנוגע לביטויים הנוגעים לאזור, הפגיעה בחופש הביטוי אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. חברי סבור כי ניתן לפתור קושי זה בדרך פרשנית. חברי מציע כי נקרא את החוק כך ש"רק חרם על 'מוסד' או 'אזור' שהוא חלק מחרם על מדינת ישראל ונובע משייכותם של אלו למדינת ישראל ייכנס לגדרו של חוק החרם. מנגד, חרם על מוסד או על אזור שאינו חלק מהחרם על מדינת ישראל לא ייתפס בהגדרה שבחוק" (פסקה 46 לחוות דעתו). אכן, ככלל, יש להעדיף פרשנות מקיימת של חוק על פני הכרזה על ביטולו. [...] עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט" (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996)). ברם, בהעדר עיגון לשוני מספק, הסעד המתאים להשקפתי הוא מחיקת התיבה "או אזור הנמצא בשליטתה" מחוק החרם, באופן שיפריד בין חלקו הפסול לבין חלקו התקף והבריא של אותו חוק (ראו והשוו לבג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 267-268 (2004)).

9. נותרנו אפוא עם שאלת חוקתיותה של קריאה לחרם על מדינת ישראל או מוסד ממוסדותיה. כלום יהא זה חוקתי כי קריאה זו תקים עוולה נזיקית ותאפשר מניעת השתתפות במכרז והגבלה על קבלת הטבות מטעם המדינה?

10. לטעמי, ניתן למצוא מתווה פרשני שיאפשר לשמור על תקפו של החוק (שמירה שעדיפה – כידוע – על פני הכרזה על בטלותו). טרם אעמוד על המתווה הפרשני המוצע כאן, אבקש לחדד דבר מה. חברי, השופט ח' מלצר, עמד על כך ש"חרם נושא מאפיינים דומים להפליה פסולה" (פסקה 32(א) לחוות דעתו). אני מסכים עם אמירה זו רק בחלקה. לא כל חרם נושא מאפיינים דומים להפליה פסולה. נמחיש בדוגמא: בחרם מסוג אחד, ראובן מבקש להחרים את שמעון מפני שהוא בן מיעוטים. בחרם מסוג אחר, ראובן מבקש להחרים את שמעון, שהוא בן מיעוטים, מפני ששמעון אינו משלם שכר ראוי לעובדיו. האם שני סוגי החרמות נושאים מאפיינים הדומים להפליה פסולה? התשובה לשאלה זו שלילית. החרם מן הסוג הראשון דומה לאותה הפליה "גנרית" הנמצאת ב"גרעין הקשה" של ההפליה, כזו הנובעת רק ממאפיין בזהותו של אדם (למשל דתו, גזעו או מינו). על הפליה שכזו נאמר כי היא "פוצעת אנושות בכבוד האדם" (בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 659-658 (1998); עע"ם 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פ"ד סד(2) 1, 41-42 (2010)). איסור על הפליה מסוג זה מעוגן בזירות שונות במשפט (ראו למשל סעיף 1א(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; סעיף 2(א) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; עוד ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 685-688 (2014)). להבדיל, החרם מן הסוג השני אינו מבטא הפליה פסולה. הוא מבטא עמדה ביקורתית ביחס להתנהלותו של שמעון, ולא ביחס לשמעון עצמו.

11. לטעמי, פרשנות שתאפשר לשמור על תקפו של חוק החרם תוביל למסקנה כי החוק חל רק על חרמות מן הסוג הראשון, קרי: חרמות המכוונים למדינת ישראל או מוסד ממוסדותיה ככאלה. אסביר. סעיף 1 לחוק החרם, הוא סעיף ה"הגדרה" לחוק (כאמור, בנוסחו לאחר הסעד החוקתי שאותו הצעתי), ייקרא כך:

1. בחוק זה, "חרם על מדינת ישראל" – הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, [או] מוסד ממוסדותיה, שיש בה כדי לפגוע בו

הגדרה

פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית.

12. מהו אפוא חרם לפי סעיף זה? חרם לפי סעיף זה הוא הימנעות מיצירתו של (או הפסקתו של) אחד מן הקשרים המנויים בחוק (קשר כלכלי, תרבותי או אקדמי) עם מאן דהוא מטעם אחד ויחיד: מחמת זיקתו למדינת ישראל או מוסד ממוסדותיה. הדגש לענייננו הוא במילה "רק" שבסעיף ההגדרות: "הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, [או] מוסד ממוסדותיה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית". מה משמעותה של המילה "רק" בלשון בני האדם? משמעה היא "כך, ואך ורק בשל כך". אם אדם אינו קונה סחורה "רק" בשל מחירה, משמעו של דבר כי לו היה מחירה שונה – היה קונה אותה; אם אדם אינו לובש פריט לבוש "רק" בשל צבעו, משמעו של דבר כי לו היה צבעו שונה – היה לובש אותו; וכך הלאה. בהוספת המילה "רק" הוצא מתחולת החוק מי שקרא להימנע במתכוון מן הקשרים המנויים בחוק מ"טעמים מעורבים": הן בשל הזיקה למדינת ישראל, הן בשל עניינים אחרים – למשל, מדיניות של ממשלת ישראל ביחס לסוגיה פלונית.

13. הבחנה זו היא חשובה. בעוד שבעוד שביטוי "מעורב" מבטא עמדה ביקורתית ביחס למדיניותה של מדינת ישראל (או של מוסד ממוסדותיה) בתחום מסוים, הביטוי האחר (שמקורו "רק" בזיקה לאחד מאלה) הוא ביקורתי ביחס לעצם הקיום של מדינת ישראל (או של מוסד ממוסדותיה). טלו דוגמא. פלוני קורא: "אל נא תקנו תוצרת כחול-לבן. מדיניות ישראל ביחס לאזור יהודה ושומרון היא פסולה". מה יעשה אותו פלוני אם תשנה ישראל את מדיניותה באזור? פלוני לא יקרא עוד שלא לרכוש תוצרת ישראלית. כלומר, פלוני אינו מבקש להחרים את מדינת ישראל ככזו. אם תבוטל ההחזקה הישראלית באזור – פלוני לא יקרא עוד להחרמתה. כאשר משמיע הקריאה אינו קורא לחרם מחמת הזיקה למדינת ישראל (או מוסד ממוסדותיה) פר-סה, אלא קורא להחרמתה, למשל, עקב מדיניות הרשויות ביחס לאזור, הרי שאין הוא קורא לחרם "רק" מחמת הזיקה למדינת ישראל או למוסד ממוסדותיה, אלא מבטא עמדה ביקורתית כלפי התנהלות המדינה. קריאתו אינה נופלת אפוא בגדריו של חוק החרם. להבדיל, אם פלוני קורא להחרמת גוף או אדם אך ורק מחמת הזיקה לישראל – למשל, אם פלוני יקרא להחרמת עסקים ישראלים מן הטעם שמדובר בעסקים ישראלים ומטעם זה בלבד, כך שלא יהא בשינוי נסיבות כלשהו, מדיני או אחר, כדי לשנות מעמדתו – תיכנס הקריאה, הדומה במהותה לקריאה מפלה, בגדרי חוק החרם. דומה שלכך כיוון גם חברי, השופט י' דנציגר, באומרו כי הנפקות המעשית של הפרשנות שהציע לחוק היא "החלתו של חוק החרם רק על קריאות לחרם על מדינת ישראל ככולה וככזו" (פסקה 46

לחוות דעתו; ההדגשה הוספה – ע' פ'). אוסיף כי עמדה זו עולה בקנה אחד עם האופן שבו הוצגה תכלית החוק בידי הכנסת. הכנסת הדגישה כי "מאבק בהפליה המכוונת נגד אזרח ישראלי כאשר הוא כזה, היא תכלית ראויה", והסבירה כי תכלית זו עולה בקנה אחד עם הוראות שונות בדבר איסור הפליה המצויות בחקיקה הישראלית.

14. ויודגש: חבריי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט י' עמית עמדו גם הם על חשיבותה של המילה "רק" בפרשנותו של החוק הנדון. ברם, דומה שישנו שוני בגישתנו הפרשנית. חבריי הציגו דוגמאות להחרמה מטעמים שאינם "הזיקה לאזור": חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין עמד על מקרה של "קריאה להחרים מפעל הפועל באופן לא ראוי כלפי האוכלוסיה המקומית" (בכווננו למפעל הפועל באזור; פסקה י' לחוות דעתו); חברי השופט י' עמית הדגים כי "אם הסיבה לחרם נובעת מפגיעה באיכות הסביבה או ניסויים בבעלי חיים, היא לא תיתפס ברשתה של ההגדרה" (פסקה 48 לחוות דעתו). הגם שמובן שגם דוגמאות אלו לא יבואו בגדרי של חוק החרם, לטעמי אין הן ממצות את המקרים שיש להוציאם מבין כתלי החוק. כאמור לעיל, להשקפתי, גם כאשר הקריאה לחרם היא קריאה ביקורתית "מעורבת" – אין לומר כי חל עליה חוק החרם.

15. משהגענו למסקנה הפרשנית שלפיה החוק "תופס" רק ביטויים הקרובים מאוד במהותם לביטויים מפלים, ובכפוף לסעד המוצע לגבי סעיף 1 לחוק, הרי שאין לומר כי חוק זה, שבגדרו מבקשת המדינה להתמודד עם ביטויים מסוג זה על דרך יצירת עוולה נזיקית (סעיף 2 לחוק) או באמצעות חלוקת משאביה (סעיפים 3-4 לחוק), אינו צולח את פסקת ההגבלה (וראו גם פסקאות 36-37, 46 לחוות דעתו של חברי השופט י' דנציגר, המציין כי ההגבלות הקבועות שם הן ביטוי לדוקטרינת ה"דמוקרטיה המתגוננת"). אבהיר כי מסקנתי זו נובעת גם מכך שאני מצטרף לדברי חברי השופט ח' מלצר לעניין תחולתה של פקודת הנזיקין על עוולת החרם ולפרשנות שהציע לסעיף 2 לחוק; ומכך שבשל הטעמים שעליהם עמד חברי, גם אני סבור כי אין מנוס מהכרזה על בטלותו של סעיף 2(ג) לחוק.

סיכומם של דברים: בכפוף לבטלותו של סעיף 2(ג) לחוק ולמחיקת התיבה "או אזור הנמצא בשליטתה", ובנתון לפרשנות שלפיה חוק החרם יחול רק כאשר הטעם היחיד לקריאה ל"הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר" היא זיקתו למדינת ישראל או מוסד ממוסדותיה – לא מצאתי עילה להכריז על בטלותו המלאה של החוק נושא דיוננו.

הנשיאה מ' נאור:

1. עמדתי היא כדעת חברי השופט ח' מלצר וחברינו שהצטרפו לדעתו. אחרי שנכתב כל אשר נכתב, אוסיף רק מעט משלי.

2. חופש הביטוי הפוליטי נהנה מהגנה מוגברת. על כך עמדו חבריי בהרחבה ולא אוסיף. ואכן, כל אדם יכול ליתן בישראל ביטוי להשקפותיו בעניין מה שמכנה החוק "אזור הנמצא בשליטתה" של המדינה. יכול כל אדם לקרוא בפומבי ליציאה ממה שבעיניו הוא "שטחים כבושים" וחברו יכול לקרוא להחלת המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל על כל אזור "יהודה והשומרון". אלה ואלה וגווני הביניים שבינם הם דעות שמותר להביען בלא חשש במדינה דמוקרטית.

3. הקריאה לחרם, אף שהיא נופלת גם כן בגדרי חופש הביטוי הפוליטי, היא סוג מיוחד של ביטוי. היטיב לתאר זאת בהליך שלפנינו חברינו השופט י' דנציגר, שקבע "קריאה לחרם איננה בגדר הבעת דעה גרידא. קריאה לחרם היא קריאה לביצוע פעולה (או, למעשה, להימנעות מביצוע פעולה) – הטלת חרם. פעולת החרם פוגעת במושאי החרם. פגיעה זו עשויה שלא להיות ראויה להגנתו של חופש הביטוי. כך, פשיטא כי קריאה לחרם בדרך של מניעת אספקת מוצרים או שירותים ציבוריים על בסיס גזעי וממניעים גזעניים תחשב לפסולה" (פסקה 38 לפסק דינו). לצד זאת, בנסיבות מסוימות, קריאה לחרם עשויה להיחשב כאמצעי מחאה בלתי אלים, הנועד לעודד אנשים לבצע פעולות אשר החוק אינו אוסר על ביצוען. כידוע, חופש הביטוי אינו כולל רק את האפשרות להשמיע דעה או למסור מידע, אלא מאפשר גם לנקוט בפעולות כגון הפגנות ושכיתות ומאפשר לאדם לרתום אחרים לפעולות אלה.

4. לאור האמור לעיל, בחוק החרם יש אכן פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי. עם זאת, גם בחופש הביטוי הפוליטי ניתן לפגוע בהתקיים תנאי פסקת ההגבלה, אשר לאורם נעשית הבחינה החוקתית. כפי שציין חברי השופט מלצר, בגדרי הבחינה החוקתית אין אנו נדרשים לבחינת תבונתו של החוק, אלא אך ורק לחוקתיותו. דומה שרבים מחבריי אינם חולקים על כך שהמדינה רשאית לנקוט אמצעים מידתיים כדי למנוע פגיעה בה על ידי קריאה לחרם. מדינת ישראל מוצאת עצמה במגננה מפני חרמות בזירה הבינלאומית וניסיונה להתגונן מפני הנזקים השונים העלולים להיגרם

כתוצאה מכך הינו לתכלית ראויה. המחלוקת היא בסופו של דבר בעניין מידתיות ההוראות שבחוק הנדון בעתירות שלפנינו. אל מחלוקת זו אחזור בהמשך הדברים. לדעתי אין מקום להתערבות בהחלטת המחוקק שלא להבחין בין קריאה לחרם על המדינה לבין קריאה לחרם בשל הזיקה לאזור הנמצא בשליטתה של המדינה. יש להזכיר כי האיסור לגבי האזור חל רק על קריאה לחרם מחמת הזיקה לאזור הנמצא בשליטת המדינה. דוגמה קלאסית לכך היא קריאה לחרם על תוצרת של מפעל תעשייתי אך ורק בשל הימצאותו בתחומי האזור. קריאה כזו עשויה להביא להפעלת הסנקציות שבחוק. לעומת זאת, אם, למשל, מפעל הנמצא באזור שבשליטת המדינה מפלה בין יהודים וערבים, ומטעם זה יש קריאה להחרים, אין הדבר גורר הפעלת הסנקציות שבחוק. הוא הדין, לדעתי, אם המפעל נמצא במאחז בלתי חוקי מסוג המאחזים שפוננו או שיש לפנות, על פי פסיקתו של בית משפט זה, בגין הקמתם על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים. להשקפתי, קריאה לחרם על מפעל כזה בשל הקמתו הלא חוקית של היישוב אינה גוררת את הסנקציות שבחוק. אין המדובר בקריאה לחרם בשל זיקה לאזור אלא בשל פעילות לא חוקית. אולם, קריאה לחרם אך ורק בשל כך שלמפעל זיקה לאזור הנמצא בשליטת המדינה – נופלת בגדרי "חרם על מדינת ישראל", כהגדרתו בחוק.

להשקפתי, אין מקום כאמור להתערב בקביעת המחוקק לא להפריד בין זיקה לאזור לזיקה למדינה. אחרי ככלות הכל, הקריאות להחרמת המדינה כרוכות ושלובות לא אחת בעניין הזיקה של המדינה לאזור המוחזק על ידה. על הזיקה ההדוקה בין חרם על המדינה לחרם על האזור המוחזק על ידה תעיד גם גישתם של מרבית העותרים שהבהירו, כי לא די להם בביטול הסנקציות על קריאה לחרם על מי שיש לו זיקה לאזור, והם עומדים על ביטול הסנקציות בגין הקריאה להחרמת המדינה. האנלוגיה

שעשה חברי המשנה לנשיאה א' דובינשטיין לסוגיית אי התערבותנו בשאלת ההינתקות מחבל עזה (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005)) יפה גם לדעתי לענייננו. העמדות של אזרחי המדינה בעניין זיקתה של המדינה לאזור, אינן רק עמדות של קצוות. יש בציבור קשת של דעות. יש האומרים, והעותרים כנראה ביניהם, שיש לצאת מהאזור; אחרים אומרים שיש להפוך את האזור לחלק בלתי נפרד מהמדינה; אחרים יאמרו כי היו רוצים להחזיק באזור אך לא ניתן לעשות כן; ויש אומרים שיש להמתין ולהוסיף להחזיק באזור כקלף מיקוח במסגרת הסדר מדיני. לדעתי עלינו למשוך ידינו ממחלוקת פוליטית זו בכל הנוגע לאזור, תוך הכרה בכך שבמסגרת מיתחם שיקול הדעת המסור למחוקק, אין מקום לכך שבית המשפט ימנע ממנו להגן מפני חרם לא רק על המדינה עצמה אלא גם על מפעלים ומוסדות שהוקמו בהסכמת המדינה ולעתים בעידודה באזור, כחלק ממדיניותן הכוללת של הממשלה ושל

ממשלות שכיחנו בעבר. גם תושבי האזור הפועלים כחוק זכאים שהמדינה תפעל לכך שלא יפגעו קניינם ופרנסתם.

5. בשאלת המידתיות אני רואה עין בעין עם חבריי שקבעו סעיפים 3 ו-4 לחוק קובעים הסדר מידתי, תוך הבהרה שניתן יהיה בעתיד לתקוף את ההסדרים שייקבעו, אם יקבעו, מכוח שני הסעיפים האמורים. אשר לסעיף 2(ג) לחוק, דעתי כדעת חבריי היא, כי סעיף זה לא צולח את מבחני המידתיות. התלבטתי לגבי יתר הוראות סעיף 2 לחוק וזאת בעיקר בשל השאלה שהעלה חברנו השופט נ' הנדל בעניין השארת האכיפה בידי פרטים, להבדיל מאשר בידי המדינה. אולם, הפרשנות שניתנה על ידי חברי השופט ח' מלצר לסעיף זה מצמצמת את היקפו למינימום ההכרחי, ומוטב לפרשו כפי שפירשו חברי השופט מלצר מאשר לבטלו.

6. דעתי כאמור כדעת השופט ח' מלצר וחברינו שהצטרפו אליו.

ה נ ש י א ה

הנשיא (בדימ') א' גרוניס:

1. קראתי את חוות הדעת השונות של חבריי. חוות הדעת יוצרות קשת רחבה של עמדות ביחס לחוקתיותו של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן – החוק). דעתי בסוגיות שעל הפרק תואמת את עמדתו של חברי השופט ח' מלצר, שנימק בהרחבה וביסודיות את עמדתו. על כן, אוסיף אך הערות קצרות.

2. טעם שלגישתי יש להדגישו, ואשר מצדיק פסילה של סעיף 2(ג) לחוק בלבד, נוגע לאפקט של חרם. ובכן, "החרם משתיק את השיח" (אמנון רובינשטיין ויצחק פשה סדקים באקדמיה 118 (2014)). החשש מפני "חרם על מדינת ישראל" (כמוגדר בסעיף 1 לחוק) עלול להביא לכך שהשיח בנושא גורלו של אזור יהודה ושומרון יצטמצם. הגם שקריאה לחרם, כולל כמובן קריאה פומבית, באה בגדר חופש הביטוי, הרי החשש מפני

פגיעתו של החרם עשוי, הוא עצמו, לפגוע בחופש הביטוי. מי שמחזיק בדעה שונה מדעתו של הקורא לחרם עלול לחשוש כי אם יביע דעתו במחלוקת הפוליטית ימצא עצמו בפני חרם או את עסקו מוחרם. כלומר, גישתם של חבריי שופטי המיעוט מובילה למצב פרדוקסלי: חופש הביטוי של הקורא לחרם עלול לפגוע בחופש הביטוי של המחזיק בדעה שונה. במלים אחרות, חופש הביטוי עלול להפוך כלי להשתקה של האחר. אף בשל טעם זה צולחים סעיפים 2(א) ו-2(ב) של החוק את המבחן החוקתי, אם כי בדוחק ובקושי, בשלב בו אנו מצויים, עוד טרם יישומו של החוק ובלא תשתית עובדתית קונקרטית.

3. יחד עם זאת, ובשל החשש לפגיעה בחופש הביטוי, אם וכאשר תוגש תביעת נזיקין על יסוד העילה שבסעיף 2(א) לחוק, או אם יוגש הליך אחר בהקשר ליישומו של החוק, יש לצפות שבית המשפט יפרש את החוק, על רקע העובדות שבמקרה הקונקרטי, באופן מצמצם ביותר. זאת, על מנת להקטין את הפגיעה האפשרית בחופש הביטוי של מי שנטען כלפיו כי קרא באופן פומבי לחרם על ישראל.

4. כאמור, אני מצרף דעתי לדעתו של חברי השופט ח' מלצר.

ה נ ש י א (בדימ')

השופט ט' גוברמן:

1. החוק שלפנינו, החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: החוק), מעלה מספר סוגיות משפטיות סבוכות. חבריי הרחיבו והעמיקו בנוגע לסוגיות אלה, לרבות התייחסויות שונות להיסטוריה של מוסד החרם בכלל ולהיסטוריה החקיקתית של דיני החרם בפרט; השוואות חוצות ים מפורטות; ואף ניתוח יסודות דיני הנזיקין. חבריי עשו זאת תוך ניתוח מופרד בין העוולה הנזיקית הקבועה בסעיף 2 לחוק, לבין הסנקציות המנהליות הקבועות בסעיפים 3 ו-4 לחוק. בסופו של יום, מספר גישות מוצגות בפסקי הדין של חבריי: הנשיא (בדימ') א' גרוניס; הנשיאה מ' נאור, והשופטים א' רובינשטיין; ח' מלצר; וי' עמית שותפים לעמדה כי ראוי לפסול רק את סעיף 2(ג) לחוק ולהשאיר בעינן את יתר הוראותיו, בעוד שלעת הזו יש להותיר את הדיון בשאלת חוקתיות סעיפים 3 ו-4 לחוק ליום שבו

תוגשנה עתירות פרטניות כנגדם; חברי השופט נ' הנדל סבור כי יש לפסול את סעיף 2 לחוק על כל סעיפיו, אך מצטרף הוא להכשרת סעיפים 3 ו-4 לחוק לעת עתה; חברי השופט י' דנציגר סבור כי יש לבטל את סעיף 2(ג) וכי ניתן להפחית את הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי באמצעות פרשנות לעניין הקריאה לחרם על אדם מחמת זיקתו לאזור הנמצא בשליטת המדינה. ולסיום, חברי השופט ע' פוגלמן מצטרף לרוח הפרשנות של השופט י' דנציגר, אך סבור הוא כי יש להשתמש בסעד ה"עפרון הכחול" לעניין זה, ובהתאם למחוק את תיבת המילים "אזור הנמצא בשליטתה" מסעיף 1 לחוק. אף לגישתו, יש לפסול את סעיף 2(ג) לחוק ולהותיר את סעיפים 3 ו-4 לחוק על כנם. כשלעצמי אציין, כי עמדתי היא כעמדת חבריי השופטים י' דנציגר וע' פוגלמן בכל הנוגע לקריאה לחרם נגד אדם או גורם אחר רק מחמת זיקתו לאזור הנמצא בשליטת המדינה, כפי שיפורט להלן.

2. בדומה לחבריי, גם דעתי היא כי דין סעיף 2(ג) לחוק להתבטל. יתר על כן, ברוח קביעותיהם של חבריי השופטים י' דנציגר וע' פוגלמן, אני סבור כי יש לערוך הבחנה בין קריאה לחרם על אדם מחמת זיקתו למדינת ישראל או מוסד ממוסדותיה, לבין קריאה לחרם על אדם מחמת זיקתו לאזור הנמצא בשליטת המדינה. לטעמי, יש לאמץ את גישתו הפרשנית של חברי השופט י' דנציגר בעניין הביטויים הנוגעים לזיקה ל"אזור הנמצא בשליטתה". כפי שציין חברי, היחס שבין "מדינת ישראל" לבין המוסדות והאזורים הנזכרים בהגדרה שבסעיף 1 לחוק הוא יחס של שייכות. דרישת השייכות צריכה לקשור באופן ענייני בין החרם על המדינה לבין החרמת המוסד או האזור. לכן, רק החרמה של מוסד או של אזור בשל החרמתה של המדינה כולה צריך שתכנס להגדרה זו. נפקותה המעשית של הבחנה זו היא החלתו של החוק רק על קריאות לחרם על מדינת ישראל כולה וככזו (וראו בהרחבה פסקאות 45-47 לחוות דעתו של חברי השופט י' דנציגר). חברי השופט ע' פוגלמן, לעומת זאת, בחר למחוק את תיבת המילים "אזור הנמצא בשליטתה" מלשון החוק, ולא ביכר בדרך הפרשנות.

3. אשר לסנקציות המנהליות הקבועות בסעיפים 3 ו-4 לחוק, כיתר חבריי, גם לעמדתי סעיפים אלו עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ובשלב זה – טרם הפעיל שר האוצר את סמכותו ליישם את הוראות החוק – אין מקום לבטלם.

4. על כן, לגישתי, יש לבטל את סעיף 2(ג) לחוק ולפרש את סעיף 1 ברוח הפרשנות שהציע חברי השופט י' דנציגר לעניין האזורים הנמצאים בשליטת המדינה.

שׁוֹפֵט

אי לכך הוחלט פה אחד לבטל את סעיף 2(ג) של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, ולדחות את העתירות ככל שמדובר בסעיפים 3 ו-4 לחוק. כמו כן הוחלט ברוב דעות של הנשיא (בדימ') א' גרוניס, הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטים ח' מלצר ו-י' עמית לדחות את העתירות באשר לסעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק, וזאת בניגוד לדעות החולקות של השופטים י' דנציגר ו-ס' ג'ובראן, לדעה הנפרדת של השופט נ' הנדל ולדעה הנפרדת של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, כ"ו בניסן התשע"ה (15.4.2015).

ה נ ש י א (בדימ') ה נ ש י א ה ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט