

בעניין:

1. קואליציית נשים לשלום
2. ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל
3. מרכז ירושלים לסיוע משפטי לזכויות אדם
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל
5. הוועד הציבורי נגד עינויים
6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
7. המרכז הרפורמי לדת ולמדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל
8. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם
9. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין /או סאוסן זהר ואח'
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, חיפה 31090
טלפון: 04-9501610 (נייד: 052-6399147); פקס: 04-9503140

וכן ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר /או דנה אלכסנדר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב נחלת בנימין 75, ת"א 65154
טלפון: 03-5608185; פקס: 03-5608165

העותרים

נגד

1. שר האוצר
2. שר המשפטים

ע"י ב"כ פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

3. הכנסת

ע"י הלשכה המשפטית, הכנסת, ירושלים

המשיבים

עיקרי טיעון מטעם העותרים

העותרים מתכבדים בזאת להגיש את עיקרי הטיעון מטעמם, כדלקמן:

1. עיקרי טיעון אלה מתמקדים בסוגיית חוסר הבשלות שהועלתה ע"י המשיבים. הפירוט בעתירה הינו מספק ומפורט דיו כדי להוות תשובה לטיעוני המשיבים בדבר חוקתיות החוק. עם זאת, נבקש להקדים ולהעיר הערות כלליות אודות טיעוני המשיבים.

2. טענת המשיבים כאילו העתירה מתייחסת רק למרכיב הנוגע ל"אזור הנמצא בשליטתה" שבהגדרת ה"חרם" בחוק תמוהה. עתירה זו תוקפת את אי חוקתיותו של החוק הנדון על כל סעיפיו ורואה בו חוק בלתי חוקתי על מכלול סעיפיו (void in toto).

3. עמדת המשיבים לא צולחת את משוכת "התכלית הראויה" שבפסקת ההגבלה שכן היא מנוגדת לצידוקים הבסיסיים ולתפקיד המרכזי של החירות הפוליטית לביטוי. מבחינת המשיבים עצם העובדה שקריאה לחרם עלולה לגרום נזק למדיניות הממשלה או לאינטרסים של חלק מהציבור, מצדיקה כשלעצמה הטלת מגבלות על הקריאה לחרם. אולם, החירות להתבטאות פוליטית – שמהווה את הגרעין הקשה של חופש הביטוי – הינה זכות המצריכה הגנה מיוחדת משום ההנחה הגלומה בה שביטוי פוליטי גורם נזק. לו חירות פוליטית זו היתה מנוטרלת מבחינת הנזק, לא היה כל צורך להעניק לה מעמד מיוחד. הצידוקים לחופש הביטוי כחירות פוליטית מתבססים על זכותם של אזרחים לא רק למתוח ביקורת חריפה ביותר נגד מדיניות הממשלה, אלא גם לאפשר להם באמצעות מימוש החירויות הפוליטיות, להפיל ממשלות בשל דרכן הפוליטית. לכן הגבלת התבטאויות בשם ההגנה על מדיניות ממשלתית אינה לתכלית ראויה.

4. אין תימה איפוא שהמשיבים נכשלו להביא ולו פסק דין אחד המצדיק את ההגבלות על התבטאויות פוליטיות מסוג הקריאה לחרם (היינו, שהמניע שלה פוליטי והיא מתמקדת בסוגיה ציבורית חשובה מאוד) למען ההגנה על מדיניות ממשלתית. הסקירה המקיפה של פסיקת בית משפט נכבד זה שהובאה בעתירה מאשרת את חשיבותו של הביטוי במתיחת ביקורת קיצונית ביותר נגד מדיניות הממשלה וקובעת כי אין להגביל את חופש ההתבטאות אך ורק משום שהוא גורם נזק מכל סוג שהוא.

5. בכל מקרה, אם אכן לטענת המשיבים תכליתו של החוק הינה גם להגן על זכויות יסוד של נפגעי החרם האזרחים, ומבלי לדון בצדקתו של נימוק זה, הרי חוק החרם אינו מבצע את האיזון האופקי הנדרש, כי הוא קובע שעצם ההתבטאות (הקריאה לחרם) עלולה לגרור סנקציות אזרחיות ומנהליות. כפי שפורט בעתירה, ההתנגשות בין חופש הביטוי לזכויות חוקתיות אחרות של הפרט מצאה את איזונה האופקי בחקיקה ראשית כמו חוק לשון הרע, התשכ"ה-1965 והאיסור הפלילי נגד הסתה לגזענות בחוק העונשין, התשל"ז-1977. למותר לציין כי חוקים אלה מאשרים שלא כל התבטאות כשלעצמה, אף אם היא גורמת נזק, תהווה לשון הרע או תגיע לדרגת גזענות אסורה.

6. ניסיון המשיבים להיאחז בשני סעיפים בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (הכוונה לסעיף 13 וסעיף 161) כמקרים רלוונטיים הינו מופרך. סעיפים אלה מתייחסים להתנהגות פיזית שאינה התבטאות ואשר פוגעת ישירות באינטרס חברתי מוגן. אמנם סעיף 161 משתמש במילה "חרם" אך דווקא כל סעיפיו הקטנים 1-4 לא רק שאינם דנים בהתבטאויות גרידא, אלא הם מוציאים ממתחם הפליליות את עצם הקריאה לחרם ומתמקדים אך ורק במעשים פיזיים (מפריע..מכריח..מפתה עובד ציבורי להתפטר..מחבל..). הגוררים תוצאה ספציפית ישירה.

7. הכישלון של המשיבים לדלג מעל משוכת "התכלית הראויה" מסביר גם מדוע תשובתם מתקרבת במידה מסוימת לתפיסה טוטאלית בעייתית ביותר שלפיה: מותר לממשל להגביל ביטוי המתנגד למדיניותו כי האזרחים מנועים מלנקוט סוג של התבטאויות פוליטיות המכוונות נגד מדיניות הממשלה. רציונל זה מסביר את הבלבול הקיצוני אצל המשיבים בין המונחים השונים והלא זהים: "האינטרס של המדינה" לעומת "מדיניות הממשלה". מבחינתם, הם היינו הך ולא כך הדבר.

8. הכנסת מבססת את ההצדקה לחוק החרם שבפנינו באמצעות הפניה למשפט משווה (סעיפים 78-84 לתצהיר התשובה של הכנסת). אולם כל המקרים הנ"ל אינם רלוונטיים לענייננו שכן הם נוגעים לאיסור על קריאה לחרם של אזרחי המדינה נגד מדינה אחרת. עיון בחוקי המדינות הנ"ל מראה, כי אין במדינות אלו חוקים הבאים לאסור על קריאה לחרם של האזרחים שנועד לבטא התנגדות נגד מדיניות הממשלה במדינה בה הם מתגוררים. ובכל מקרה, חוקים אלו מצויים במחלוקת ציבורית גדולה.

9. לפיכך נקודת המוצא השגויה של המשיבים מובילה אותם ליישום בעייתי וקיצוני ביותר של מבחן המידתיות. המשיבים מסתפקים בכך שהחוק לא מטיל סנקציה פלילית על קריאה לחרם כדי לגרוס שהוא מידתי, ובכך שהחוק מתיר מתיחת ביקורת על המדיניות אך מוציא את "הקריאה לחרם". אך כשתשובתם של המשיבים מנסה להצדיק את הסנקציות האזרחיות והמנהליות בגין הקריאה לחרם, היא מבססת עצמה על אפשרות גרימת נזק למדיניות הממשלה או למי שתומך במדיניותה. למעשה, המשיבים אדישים לכוח של המדינה לאפשר הטלת סנקציות אזרחיות ומנהליות שחומרתן לא פחותה מהסנקציה הפלילית. בכך הם מתעלמים מכך שהזכות החוקתית היא חירות המופנית נגד מנגנוני המדינה ככלל, כולל המסלול האזרחי והמנהלי.

עילת חוסר בשלות

10. שתי הערות מקדמיות אודות דוקטרינת "חוסר הבשלות": ראשית, דוקטרינה זו הינה בעייתית מבחינת שלטון החוק. היא דוחה את הביקורת השיפוטית החוקתית על בסיס הנימוק לפיו, במקרים מסוימים ניתן להשאיר את החוק על כנו עד שישושם גם אם על פניו הוא מעורר קשיים חוקתיים כבדי משקל. שנית, דוקטרינה זו אינה מתיישבת עם המסורת החוקתית של בית המשפט העליון. אימוצה בבג"ץ **בוגרי התיכון האורתודוקסי** עורר ביקורת אקדמאית (ראו פוסט של פרופ' ברק מדינה "ביקורת שיפוטית על חקיקה: פסקי-הדין בעניין חוק טל וחוק הנכבה" שפורסם ביום 27.2.12 בבלוג המרצים למשפטים באתר הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית¹).

¹ ניתן לעיין בבלוג של פרופ' מדינה בלינק הבא: http://hebrewu-law.blogspot.co.il/2012/02/blog-post_27.html

11. לצורך הדיון בעתירה זו נצמצם את הבחינה לסוגיה אחת ויחידה והיא תחולת דוקטרינת חוסר הבשלות על חקיקה, המגבילה את חופש הביטוי והיוצרת אפקט מצנן. זהו המצב לגבי חוק החרם.

12. בית המשפט העליון האמריקאי הגדיר בעניין **Dombrowski** את הנסיבות שניתן להגדירן כאלו הגורמות ל"אפקט מצנן" כדלקמן: מדובר בפגיעה במימוש זכויות חוקתיות הנובעות מעצם קיומו של החוק וללא קשר לשאלה כלפי מי ובאיזה היקף הוא מיושם בפועל; חוק המרתיע פרט מפני שימוש לגיטימי ומותר בזכות יסוד חוקתית או מטיל שלא לצורך נטל על הפרט שמקשה את מימוש הזכות גם אם איננו מונע אותו לחלוטין; תחולת החוק היא על ציבור גדול שלא בהכרח יפנה לבית המשפט אלא יסתפק בצנזורה עצמית.

13. ההיגיון בקביעת החריג בהתייחס לאפקט מצנן נקבע בפס"ד **Dombrowski** הן בשל מעמדו של חופש הביטוי בחוקה האמריקאית והן על מנת לאפשר שוק רעיונות שהוא הבסיס במשטר דמוקרטי. לפי פסה"ד, האפקט המצנן מתקיים מרגע כניסתו של החוק לתוקף.

Dombrowski v. Pfister, 380 U.S. 479, 486 (1965).

14. בטרם נקבעה ההלכה האמריקאית בעניין החלת חריג האפקט המצנן, קבע בית המשפט בעניין **Abbott** שני מבחנים להחלת הדוקטרינה. לפי המבחן הראשון, יש לבחון את מידת ההתאמה של הסוגיה לביקורת שיפוטית: האם הבעיה המשפטית מגובשת דיה ויכולה להתברר ללא צורך בעובדות קונקרטיות, כאשר הדגש הוא על העיקרון המשפטי ולא העובדתי (מבחן ה- Hardship). לפי המבחן השני, יש לבחון את מאזן הנוחות בין הצדדים, השלכות הנורמות על אינטרסים שונים עוד בטרם יישום החוק ומה תיהנה ההשלכות של דחיית הביקורת השיפוטית עד שיישום. נקבע, כי הדרישה תתקיים כאשר השפעת המעשה השלטוני על הפרט היא ישירה ומיידית. היינו, האם המעשה השלטוני מחייב את הפרט באופן מיידית לשנות את התנהגותו (מבחן ה- Fitness).

Abbott Laboratories v. Gardner, 387 U.S. 136, 149 (1967).

15. בשלב יותר מאוחר וכפרשנות למאזן הנוחות לעיל, נקבע מפורשות בעניין **Salerno** כי החריג לתחולת דוקטרינת הבשלות הינו מקרים הנוגעים להגבלת חופש הביטוי והיוצרים אפקט מצנן.

United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987).

16. לאחר פס"ד **Salerno** הגיע לבית המשפט עניין **Dombrowski** שצוי ן לעיל, בו נקבע באופן חד משמעי החריג לתחולת דוקטרינת חוסר הבשלות. בפס"ד זה הוכר קיומו של אפקט מצנן הנגרם מאקט שלטוני והמשפיע על מימוש הזכות האמורה כמספק לעניין מבחן הנוחות. נקבע שם, כי חופש הביטוי נפגע אם הוא אינו זוכה להגנה טרום-אפקטיבית. אותו מקרה התייחס לעתירה של ארגוני זכויות האדם שביקשו להגביל העמדה לדין של פעילים מכח Communist Control Law ונטען כי החוק גורף ועמום ועלול להיות מיושם בחוסר תום לב. בית המשפט קבע, כי במקרה בו חופש הביטוי נפגע אין מקום לדוקטרינת חוסר הבשלות ויש לבחון את חוקתיות חוק "על פניו":

"Because of the sensitive nature of constitutionally protected expression, we have not required that all of those subject to overbroad regulations risk prosecution to test their rights. For free expression - of transcendent value to all society, and not merely to those exercising their rights - might be the loser."

17. האפקט המצנן הוכר כמוציא את תחולתה של דוקטרינת חוסר הבשלות גם בפסיקה הישראלית. בעניין **המועצה המוסלמית ביפו** קבע השופט עמית:

"כללו של דבר, שבית המשפט אינו מכריע לצורך צדק צופה פני עתיד בטרם בשלה העת להכרעה. בפסיקה הודגש כי אין המדובר בדוקטרינה שייעשה בה שימוש בכל עת - בין היתר נוכח החשש ל"אפקט מצנן" עקב עצם קיומה של הנורמה הנתקפת או מקום בו המתנה ל"בשלות" של העתירה תגבה מחיר כבד מהעותר - וכל מקרה ייבחן לגופו בהתאם לנסיבות הקונקרטיות ולשיקול דעתו של בית המשפט (פסק דינו של השופט ע' פוגלמן בעניין איגוד הנאמנים; וראו, לדוגמה, בג"צ 4797/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה (22.5.2012))."

בג"ץ 7872/10 **המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל** (פסק דין מיום 7.6.12) פסקה 14 לפסק דינו של השופט עמית) (ההדגשות הוספו).

18. גם בעניין **בוגרי התיכון האורתודוקסי** קבעה השופטת נאור: "כדי להסיר ספק: גם אני סבורה כי ייתכנו מקרים בהם גם בהעדר תשתית קונקרטית דחיית הדיון בעתירה עד לגיבושה של תשתית עובדתית ספציפית תסב לעותרים נזק רב, ותהיה הצדקה להכרעה גם בשאלה שטרם הגיעה לבשלות... כאמור, לא בכל עת בו מוגשת עתירה שאינה בשלה, בשל העדר תשתית עובדתית קונקרטית יש לדחותה על הסף. כל מקרה ונסיבותיו." (פסקה 30). השופט פוגלמן ציטט בהסכמה קביעה זו בעניין **איגוד הנאמנים** לעיל).

19. הסתמכותם של המשיבים על פסה"ד בעניין **בוגרי התיכון האורתודוקסי** אינה רלבנטית. עם כל הבעייתיות של פס"ד זה יש לאבחן בינו לבין המקרה שבפנינו. מונחים עיקריים בחוק שנדון בפסק דין זה והידוע בציבור כחוק הנכבה היו עמומים ביותר והמדינה טענה

כי לא ניתן להגדיר אותם ברורות (למשל, המושג העמום "אבל"), ולכן קשה לצפות מראש את תרחישי יישומו. בנוסף, המדינה הצהירה בפני בג"ץ, כי חוק הנכבה לא יחול על בתי הספר (העותרים) שמציינים את הנכבה כאירוע טראגי; המדינה הוסיפה גם שהחוק לא אמור לייצר אפקט מצנן כלפי מי מהעותרים על אף עמדתם כלפי הנכבה והביקורת הנוקבת שלהם כלפי הגדרת המדינה כמדינה יהודית דמוקרטית, שכן החוק לא יחול עליהם. לעומת זאת, המשיבים לא מעלים כאן טיעונים דומים לגבי חוק החרם והם לא מטילים ספק בהגדרה הברורה של "קריאה לחרם". על אף שחלק מהעותרים דכאן מציינים שהחוק מייצר אפקט מצנן כלפיהם, המשיבים לא טוענים שקריאתם לחרם אינה נופלת בגדר החוק. המשיבים אינם טוענים כי החוק אינו ברור דיו, וכי קיימים תרחישים או תסריטים שלפיהם ייתכן שהחוק לא יחול על אף הקריאה לחרם.

20. דווקא המשיבים הם אלה שמסבירים שהחוק הוא כה ברור במילותיו, בכוונתו ובמטרתו ועל כן הוא לדידם לתכלית ראויה ומידתית. לכן, נסיבותיהם של העותרים כפי שתוארו בעתירה יחד עם תשובת המשיבים מספקים תשתית עובדתית רלבנטית ביותר לקיומו של דיון לגופו של עניין.

21. כאמור, עצם חקיקת החוק בהיותו פוגע בחופש הביטוי הפוליטי כבר בשלב הזה, מייצר אפקט מצנן כלפי כל מי שקורא לחרם או מבקש לקרוא לחרם. הסנקציות האזרחיות והמנהליות הינן מרתיעות ביותר עד כדי קיומו של חשש רציני שהאזרחים יפעילו צנזורה עצמית בעקבות חקיקתו של החוק.

22. המשיבים לא הצליחו לשכנע, כי יש להחיל את דוקטרינת העדר הבשלות במקרה של פגיעה בחופש הביטוי כמו במקרה דנן. המדינה אמנם הסתמכה על פסיקתו של בית המשפט הנכבד במספר מקרים, בהם עתירות נדחו בשל חוסר בשלות, אך כל הפסיקות שהובאו על ידם אינן נוגעות לסוגיית חופש הביטוי הפוליטי, רובן אינו נוגע לחוקתיותם של חוקים ובכל מקרה הן ניתנות לאבחון מהמקרה שלנו. נפרט: בעניין **לובל**, העתירה אמנם נדחתה עקב חוסר בשלות אך לא דובר על מקרה של פגיעה בחופש הביטוי ויצירת אפקט מצנן, כי אם על סנקציה פלילית למפונים אשר שהו בשטח המפונה. כמו כן דובר על הפעלת שיקול דעת מטעם המדינה כאשר במקרה שלנו מדובר על יצירת עוולה אזרחית חדשה ששיקול הדעת להפעלתה ניתן לאנשים פרטיים. בעניין **איגוד הנאמנים** נדונה חוקתיות חוק בתחום ניירות הערך. בעניין **פילורה** לא דובר בתקיפה חוקתיות של חוק אלא על זכאות לביטוח בריאות של עובדים זרים לפי צו. ובעניין **אחיעזר**, לא דובר בעתירה נגד חוקתיות חוק אלא בעתירה שתקפה את נוהל לשכות פרטיות להבאה, תווך וטיפול בעובדים זרים.

23. טענת המשיבים בעניין תחולת הדוקטרינה לא מתיישבת עם פסיקת בית משפט נכבד זה שדנה בחוקתיותם של חוקים כשאין מחלוקת רצינית אודות התרחישים האפשריים של יישומם, כמו המקרה דנן. כך, למשל, בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל**

כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995). במקרים נוספים בחן בית המשפט הנכבד שאלות חוקתיות עקרוניות שהעלו חוקים חדשים. בעניין **עדאלה נ' שר הבטחון** העביר בית המשפט הנכבד ביקורת שיפוטית על חוק, ששלל את זכותם של פלסטינים בשטחים הכבושים לתבוע בגין נזקים שנגרמו להם מגורמי הצבא, ואף ביטל את החוק מבלי להמתין לבדיקת התרחישים האפשריים בדבר שלילת הזכות להגיש תביעות נזיקין (בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הבטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006)); בעניין **האגודה לזכויות האזרח** בחן בית המשפט לגופו של עניין את הפגיעות החוקתיות שעלו מחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – נתוני תקשורת), התשס"ח-2007 המאפשר לרשויות החקירה לקבל נתוני תקשורת מחברות התקשורת (בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל** (פסק דין מיום 28.5.12)); בעניין **הפרטת בתי הסוהר** בחן בית המשפט הנכבד חוקתיות החוק עוד בטרם תיגרם פגיעה מוחשית וקבע מפיה של הנשיאה ביניש כי "הפגיעה בכבוד נבעה מ"הוראות התיקון כשלעצמן וללא תלות באופן בו ייושמו בפועל." (בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (פס"ד מיום 19.11.09) פסקה 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

24. בכל מקרה, אין בידי המשיבים לשכנע מהו היתרון בדחיית הביקורת החוקתית עד יישומו של החוק לאור האפקט המצנן שהחוק יוצר כבר עתה, ואין הם מסבירים מהו החיסרון שבעריכת ביקורת שיפוטית על החוק ללא דיחוי.

לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להפוך את הצו על תנאי למוחלט.

דן יקיר, עו"ד

סאוסן זהר, עורכת-דין

חסן ג'בארין, עו"ד

13 בפברואר 2014