



## בית המשפט העליון

בג"ץ 5239/11, בג"ץ 5392/11, בג"ץ 5549/11, בג"ץ 2072/12

אורי אבנרי ואח' נ' הכנסת ואח'

בעניין חוקתיותו של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם

### תקציר פסק-דין

הרכב מורחב של תשעה משופטי בית המשפט העליון נתן היום (15.4.2015) פסק דין בעתירות שביקשו לתקוף את חוקתיותו של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: חוק החרם, או החוק).

החוק, שהתקבל בכנסת בתאריך 11.7.2011, מטיל אחריות נזיקית על מי שמפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, דהיינו: קורא ל"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" (להלן: קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל). כן מתיר החוק לשר האוצר לקבוע הוראות לעניין הגבלת השתתפות במכרז להתקשרות עם המדינה, של מי שקורא להטלת חרם כאמור ולמניעתן של הטבות שונות המוענקות על-ידי המדינה, ממנו.

העותרים ביקשו לתקוף את חוקתיותו של החוק בטענה כי הוא פוגע בזכויות חוקתיות שונות (שהעיקריות בהן: חופש הביטוי הפוליטי, הזכות לשוויון, והזכות לחופש עיסוק), וזאת מבלי לעמוד בתנאים הקבועים לצורך זה ב"פיסקאות ההגבלה" המצויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוק יסוד: חופש העיסוק. לטענתם, החוק מטיל סנקציות אזרחיות ומנהליות לא מידתיות, אשר עומדות אף בניגוד לעקרונות מקובלים במשפט, בגין התבטאויות פוליטיות, וזאת במטרה להשתיק ביטויי מחאה כנגד מדיניות הממשלה באזורים הנתונים לשליטתה (להלן: האזור) – ובכך הוא מגביל, באופן לא חוקתי, את הכלים הדמוקרטיים העומדים בפני המיעוט, להביע את התנגדותו כלפי מדיניות הממשלה.

המשיבים טענו כי תכלית החוק הינה להגן על המדינה, מוסדותיה וגורמים שונים בה, מפני הטלת חרם שעלול לפגוע בהם, אך בשל זיקתם למדינה, למוסד ממוסדותיה, או לאזור הנמצא בשליטתה. תכלית זו היא ראויה, שכן היא מבטאת את חובתה של המדינה להגן על הפרטים ועל המוסדות והגורמים הקשורים אליה, ולמנוע הפליה של אזרחי ישראל על בסיס לא לגיטימי. בנוסף, נטען כי החוק נועד למנוע פגיעה במעמדה של ישראל בעולם, או פגיעה ביחסיה עם מדינות אחרות וביחסי החוץ שלה – ואף תכלית זו ראויה היא. עוד נטען כי עיצומי החוק צולחים את "מבחני המידתיות" החוקתיים, וזאת לנוכח "היבטים מצמצמים", אשר קיימים בחוק ומגבילים את הפגיעה בזכויות חוקתיות, שעלולה להיגרם מכוחו.

בפסק-הדין הוחלט, פה אחד, לדחות את העתירות ככל שמדובר בסעיפים 3 ו-4 לחוק, שעניינם בעיצומים המנהליים שרשאי שר האוצר להטיל מכוחו של החוק על מי שמפרסם קריאה להטלת חרם על מדינת ישראל, או על מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור, ומאידך גיסא – לבטל את סעיף 2(ג) של החוק, שהתיר לבית המשפט לחייב את מי שקורא, בזדון, להטלת חרם על מדינת ישראל, בתשלום פיצויים שאינם תלויים בנזק, ללא הגבלת סכום. 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, המגדירים את העוולה הנזיקית, וזאת בניגוד לדעות החולקות של השופטים: ס' גובראן, י' דנציגר ו-ע' פוגלמן ולדעה הנפרדת של השופט נ' הנדל.

להלן תמצית חוות דעת שופטי ההרכב, לפי סדר הופעתן בפסק הדין.

#### תמצית חוות דעתו של השופט ח' מלצר

השופט ח' מלצר כתב את חוות הדעת המרכזית בדעת הרוב. השופט ח' מלצר סקר בהרחבה את תהליך חקיקתו של החוק, על "גלגוליו" השונים, עד לגיבוש הנוסח הסופי שלו, ואת הרקע לחקיקתו. בתוך-כך, הזכיר השופט ח' מלצר כי מדינת ישראל נחלצה מ"החרם הערבי" הכלכלי שהוטל עליה בשעתו והסב נזקי עתק למדינה, בין השאר, הודות לחקיקה אמריקאית ואירופאית פרטנית, שעודנה בתוקף, אשר אסרה על השתתפות בחרם, או כניעה לו.

לדעת השופט ח' מלצר, קשה לחלוק על כך שהחוק אכן פוגע בחופש הביטוי. יחד עם זאת, לגישתו של השופט ח' מלצר, אין בחוק כדי לפגוע "במרכיב הגרעיני של חופש הביטוי", מה גם שמדובר בפגיעה מידתית, שנועדה לתכלית ראויה, אשר ניתן להכיר בחוקתיותה, בכפוף לפרשנות הוראותיו של החוק (ולביטול מקצתו), וזאת בדומה לדברי חקיקה אחרים שהוכרו כתקפים חרף פגיעתם בחופש הביטוי ככזה.

השופט ח' מלצר עמד על כך שהמשפט רואה ב"חרם" – "מושג זיקית", שפעמים הוא מותר ופעמים הוא אסור, ומתפיסה זו נגזר גם דין "הקריאה לחרם", שאף הוא תלוי-הקשר. משכך, חרם צרכנים, למטרות צרכניות, עשוי להיות אפשרי למשל (עם זאת, "חרם מודעות" הפוגע בחופש העיתונות נחשב בדרך כלל כאסור), בעוד שחרם למטרות פוליטיות יהיה בנסיבות מסוימות פסול. לדידו של השופט ח' מלצר, החוק עונה על הצורך של המדינה להתגונן מפני הקמים עליה לכלותה, או מפני אלה המבקשים לשנות את אופייה, באמצעים כוחניים שונים, לרבות חרם, והוא כלי שהדוקטרינה של "דמוקרטיה מתגוננת", אשר קנתה לה שביתה בשיטת המשפט הישראלית וכן בעולם – מכירה באפשרות לעשות בו שימוש.

לגישתו של השופט ח' מלצר, החוק מטיל עיצומים על קריאות לחרם על מדינת ישראל, אשר מבקשות לכפות עמדות על אחרים על-ידי שימוש באמצעים כלכליים ונוספים – ובכך הן חורגות מחופש הביטוי הטהור ומהתכלית הקלאסית שלו: להפרות את השיח הציבורי ולהציג עמדות גם אם אינן מקובלות, כדי שהחלטות הפוליטיות בחברה תתקבלנה באופן חופשי ומושכל, באמצעות שכנוע, בסובלנות ותוך כיבוד האוטונומיה של האחר. לשיטתו של השופט ח' מלצר, כאשר השימוש בחירות הביטוי, מהווה כלי לפגיעה בזכות הפרט של האחר להכריע במרחב הפוליטי על פי דעותיו ואמונתו ללא שייגרם לו נזק – ניתן לצמצם במקצת את ההגנה על חופש הביטוי המוחלט. בהקשר זה מציין השופט ח' מלצר כי בקריאה לחרם ובהשתתפות בו יש לעיתים אפילו משום "טרור פוליטי", אשר מוצדק להגביל את זכויותיו של מי שמבקש ליטול בו חלק. בתוך-כך, מדגיש השופט ח' מלצר כי הדברים נכונים במיוחד כאשר מדובר בקריאה להחרמת הקהילה האקדמית בישראל, שכן קריאה שכזו חותרת תחת החופש האקדמי עצמו ומונעת מחקר והוראה, שמטרתם, בין השאר, היא חיפוש אחר האמת. לגישתו של השופט ח' מלצר, בהסתמך על דברי מלומדים: "זוהי למעשה החרמה של האינטלקטואליות עצמה, שכן חרם משתיק את השיח".

בנוסף, מציין השופט ח' מלצר כי החוק, המבקש לאסור קריאה להימנעות

במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, "רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה" – מקדם גם ערכים של שוויון ואיסור הפליה. לגישתו של השופט ח' מלצר, בסיס החרם, שהקריאה לו מהווה עוולה לפי החוק, היינו: "זיקה למדינת ישראל" – דומה מאוד לבסיס איסור הפליה מחמת זיקתו של אדם ל"ארץ מוצא", אשר מוכר בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000 (ובחוקיהן של מדינות אחרות בעולם) כעילה מוצדקת להטלת אחריות נזיקית. בהקשר זה מציין השופט ח' מלצר כי הפליה על בסיס זיקה לארץ מוצא – פוגעת בפרט על בסיס מעשים והתנהגויות, אשר אינם תלויים בו, ומהווה מעין "ענישה קולקטיבית", שאיננה ראויה.

זאת ועוד, לגישתו של השופט ח' מלצר: "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 הקורים לחרם את הסטנדרט שהם עצמם מציעים".

בהמשך, קובע השופט ח' מלצר, בין היתר לאחר סקירת הפסיקה במדינות אחרות בעולם בסוגיות קרובות לאלה שמעורר החוק, כי סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק, כמו-גם סעיפים 3 ו-4 לו – צולחים את "מבחני המידתיות" המעוגנים ב"פיסקאות ההגבלה" שבחוקי-היסוד הערכיים, ונמצאים בתוך "מרחב התמרון החקיקתי". בהקשר זה מטעים השופט ח' מלצר כי החוק איננו מטיל איסור פלילי על ביטויים פוליטיים, וגם העוולה הנזיקית אותה הוא מקים נוגעת רק לקריאה להטלת חרם, אך איננה מחייבת באחריות נזיקית את מי שמביע את העמדות הפוליטיות הניצבות בבסיס הקריאה לחרם. יתר על כן, גם הפגיעה שנגרמת לקורא-לחרם, מכוח החוק – היא מוגבלת יחסית. לדידו של השופט ח' מלצר, ניתן להחיל גישה פרשנית מצמצמת להוראותיו הנ"ל של החוק, אשר תאפשר מתן תוקף חוקתי להן – ויש לבכר את השימוש בדרך זו במקרה הנדון. לפי גישתו הפרשנית של השופט ח' מלצר, כדי שתתגבש עילת תביעה לפיצויים לפי העוולה המוגדרת בחוק – נדרשת הוכחתם של: נזק, קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק, ואף מודעות בדבר אפשרות סבירה לקרות הנזק. בנוסף כפופה התביעה מכוח העוולה המוגדרת בחוק להגנות הקבועות בפקודת הנוזקין, ולהוראות בה, התוחמות את היקף הפיצויים שניתן לפסוק בגין נזק – להיקפו של הנזק, שבא במישרין כתוצאה מפעולת המעוול.

גם ההגבלות המנהליות המוטלות על הקורא לחרם, לפי סעיפים 3 ו-4 לחוק,

הינן מידתיות, לפי קביעתו של השופט ח' מלצר. זאת בהתחשב בשיקול הדעת הרחב המוקנה לממשל בהקשר למתן הטבות ומענקים, מחד גיסא, ולנוכח ההליך הנדרש לאישורם של העיצומים על פי החוק, המערב גורמי פיקוח מטעם הממשלה ומטעם הכנסת, מאידך גיסא. בהקשר זה עמד השופט ח' מלצר גם על כך שהתכלית העומדת ביסוד ההגבלות המנהליות הינה: "האינטרס למנוע מימון מגופים, או אנשים הקוראים לחרם כנגד מדינת ישראל, באופן המפלה את אזרחי המדינה, בעזרת אמצעי כוחני, אשר למעשה פוגע בשוק החופשי של הדעות ומבקש לכפות על הנפגעים מהחרם את עמדותיהם של המחרמים. בנוסף, ההגבלות המנהליות מבקשות למנוע מצב בו אדם, או גוף יפגעו ביד שהם מבקשים כי תאכיל אותם ויתנהלו מראש באופן כפוי טובה, תוך שהם מבקשים לנצל את ההטבות שתתקבלנה כך שיתאפשר להם להרחיב את פעילותם כנגד מי שהעניק להם אותן הטבות". לגישתו של השופט ח' מלצר: "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".

יחד עם זאת, השופט ח' מלצר קובע כי החלת משטר של "פיצויים עונשיים", שאינם מתוחמים, כפי שנעשה בסעיף 2(ג) לחוק – חורגת מ"מתחם המידתיות". במישור זה ציין השופט ח' מלצר כי: "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".

את חוות-דעתו מסכם השופט ח' מלצר, במשפט הבא:

"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".

תמצית חוות דעתו של השופט י' דנציגר

השופט י' דנציגר קבע כי חוק החרם פוגע פגיעה של ממש בזכות לחופש ביטוי. נקבע כי פגיעה זו אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חרף מסקנה זו, קבע השופט דנציגר כי ניתן להפחית את מידת פגיעתו של החוק באופן ניכר בדרך של פרשנות, באופן שיאפשר לחוק לצלוח את מבחני החוקתיות. לפיכך, נקבע כי פרשנותו הראויה של החוק, המתיישבת עם ערכי היסוד של שיטתנו המשפטית, היא 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" שאיננו חלק מחרם על מדינת ישראל לא ייתפס בהגדרה שבחוק. בשונה מעמדתם של שופטי הרוב, סבור השופט דנציגר כי חוק החרם פוגע במרכיב הגרעיני של חופש הביטוי, שהינו זכות חוקתית ראשונה במעלה בשיטתנו המשפטית. הקריאה לחרם פוליטי היא כלי להשגת מטרות פוליטיות בדרכי שלום והוא מאפשר לכל אדם לבטא את עמדותיו הפוליטיות, להשפיע על עתידו ולהחליט מהם הערכים שראוי שיקודמו באמצעות משאביו. הדרך שבה הוגדר הביטוי "חרם על מדינת ישראל" בחוק, מחילה את הוראותיו גם כאשר מדובר בחרם על שטחי יהודה ושומרון (להלן: האזור) בלבד, אף כאשר לא נלווית אליו החרמה של המדינה כולה. מאחר שגורל האזור וההתנחלויות המצויות בו נתונה בישראל במחלוקת פוליטית וציבורית נוקבת, סבור השופט דנציגר כי אלו המעוניינים להביע את מורת רוחם ממדיניות הממשלה באשר לאזור והקוראים לאחרים להתנגד למדיניות זו, זכאים למלוא ההגנה המוקנית במשטרנו החוקתי להתבטאות פוליטית.

השופט דנציגר קבע כי חוק החרם פוגע בחופש הביטוי הפוליטי באופן ישיר וחסור במיוחד, שכן הפגיעה בחופש הביטוי במסגרתו מבוססת על תוכנו של הביטוי הפוליטי. בנוסף קבע השופט דנציגר כי הסנקציה המנהלית בחוק החרם, בדמות מניעת השתתפות במכרז והגבלה על קבלת הטבות, פוגעת פגיעה ממשית בחופש הביטוי הפוליטי ובעקרון השוויון. השופט דנציגר הוסיף כי ההרשאה הכללית הנתונה לשר האוצר בסעיף 4 לחוק, למנוע תמיכה מכל גוף הקורא להטלת חרם על מדינת ישראל, ובכלל זה מכל גוף הקורא להטלת חרם על אדם בשל זיקתו לאזור, מתירה אפריורית התחשבות בעמדותיו הפוליטיות של הגוף הנתמך, במנותק מתכלית התמיכה הקונקרטית, תוך פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי של הגוף הנתמך ובעקרונות הפלורליזם והשוויון.

השופט דנציגר קבע כי על-מנת להצדיק פגיעות אלה בזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי, נדרשת התועלת החברתית שבחוק לעלות על נזקיו. ואכן, נקבע כי החוק מקדם כמה אינטרסים ציבוריים חשובים. ואולם, הודגש כי התועלת החברתית שבחוק משתנה בהתאם לאופי החרם בו מדובר. כך, מניעת חרם על מדינת ישראל עולה בקנה אחד עם זכותה של המדינה להתגונן מפני אלו המבקשים לפגוע בה, אלא שלא כך הדבר באשר לחרם המכוון, לדוגמא, כלפי האזור בלבד. חרם מסוג זה עוסק בסוגיה פוליטית ישראלית פנימית ואיננו יכול להיחשב כהתבטאות כנגד קיומה של המדינה ככזו.

על-מנת להימנע מן התוצאה החמורה של בטלות החוק לנוכח אי-חוקתיותו, או מן השימוש בדוקטרינת "העפרון הכחול" – במסגרתה משרטט בית המשפט אל מחוץ לחוק את אותן ההוראות הלוקות בפגם החוקתי, תוך הותרת יתר ההוראות בתוקפן, באופן הדומה לחקיקה שיפוטית – קבע השופט דנציגר כי ניתן להשיג מטרה דומה בדרך של פרשנות, ומבלי להורות על ביטול הוראה מהוראות החוק. השופט דנציגר הדגיש כי הפתרון הפרשני הינו פתרון מידתי המצמצם את מידת ההתערבות השיפוטית בדבר חקיקה של הכנסת, ונותן משקל ראוי לעקרון חלוקת הסמכויות שבין הרשויות.

על-כן, הציע השופט דנציגר כי סעיף 1 לחוק החרם, המהווה את פתח הכניסה אל החוק והמשרטט את היקף פרישתו, יפורש בצמצום, באופן שיאפשר רק ל"סוג" מסוים של חרמות לחצות את סיפו של החוק – חרם כולל על מדינת ישראל ככזו. כך, לא כל החרמה של מוסד או של אזור ה"שייכים" באופן פיזי למדינה תיכנס להגדרה שבחוק, אלא רק החרמה של מוסד או של אזור בשל החרמתה של המדינה כולה. נקבע כי פרשנות זו עולה גם עם תכלית אזכורם של המוסדות והאזורים בסעיף 1 לחוק, אשר נועדה לעבות את ההסדר העוסק בחרם הטיפוסי עימו נועד החוק להתמודד – חרם על מדינת ישראל. בכדי להגשים תכלית זו, ובה בעת שלא להרחיב את תחולת החוק מעבר לנדרש, קבע השופט דנציגר כי יש לפרש את קשר השייכות שבין ה"מוסד" וה"אזור" לבין מדינת ישראל כקשר ענייני. נפקותה המעשית של דרך פרשנית זו היא כי קריאה לחרם על מוסד ממוסדות המדינה, או קריאות להחרמת שטחים המצויים בשליטת המדינה, שאינן מלוות בקריאה לחרם כולל על המדינה, לא תיכנסנה בגדרו של החוק.

עם זאת, לנוכח העובדה שעמדתו הפרשנית לא התקבלה, הצטרף השופט דנציגר לעמדת רוב חברי המותב לפיה סעיף 2(ג) לחוק החרם – המאפשר להשית

פיצויים ללא הוכחת נזק בגין ביצוע העוולה – סוטה מעקרונות המשפט האזרחי הבסיסיים, הינו בעל מאפיינים של קנס עונשי ועל-כן דינו להתבטל מחמת אי חוקתיותו.

#### תמצית חוות דעתו של השופט נ' הנדל

לגישתו של השופט נ' הנדל, העתירה מציבה זה מול זה את חופש הביטוי הפוליטי של הפרט - מחד גיסא, ואת רצונה של החברה הישראלית להתגונן מפני פעולות קשות ופוגעניות - מאידך גיסא. השופט הנדל סבור כי על מנת לאזן בין הזכויות והאינטרסים השונים יש להורות על ביטול סעיף 2 לחוק – עוולה נזיקית, ולהותיר על כנם את סעיפים 3 ו-4 לחוק – השתתפות במכרזים ושליטת הטבות.

חופש הביטוי הוא נשמת אפה של הדמוקרטיה, ומבדיל בין חברה דמוקרטית לחברה שאיננה כזו. נקודת המוצא של הדיון בכללותו היא שקריאה לחרם מהווה הבעת דעה – ביטוי פוליטי. חופש הביטוי הפוליטי הוא בעל חשיבות מיוחדת. במישור החברה הדמוקרטית, חופש הביטוי הפוליטי מסייע להחלפת דעות בארנה שבה נקבעים ההסדרים הנורמטיביים המשמעותיים ביותר בחיי הציבור. הוא מסייע להגשמת הרכיב הדמוקרטי של הכרעת הרוב, ומהווה אמצעי לפיקוח על החלטות הרשויות. במישור של כבוד האדם, קריאה לחרם היא, לעיתים, קריאה לאדם לנהוג לפי צו מצפוננו ולהגשים את ערכיו. על רקע זה בחן השופט הנדל את שלושת סוגי הסנקציות שמופיעות בחוק.

סעיף 2 לחוק מעניק אפשרות להגיש תביעה נזיקית כנגד מי שקורא לחרם. השופט הנדל סבור כי סעיף זה אינו צולח את המבחן החוקתי. לגישת השופט הנדל, "הפרטת" האפשרות להגן על האינטרס הציבורי והפקדתה בידי היחיד – עלולה ליצור אפקט מצנן משמעותי כנגד חופש הביטוי הפוליטי. תביעות רבות תהפוכנה למכשיר ניגוח פוליטי, שיופעל בין כותלי בית המשפט, במטרה ליצור מציאות חדשה וקשה. הנזק שבמציאות זו ייגרם אף אם התביעה לא תצלח. יישום סעיף 2 לחוק אף ידרוש מבתי המשפט להתעמק בנושאים פוליטיים מורכבים, ולהתמודד עם העמימות המובנית ממנה סובל חוק החרם. מוטב שמלאכה כזו לא תיעשה בין כותלי הערכאות הדיוניות.

סעיף 3 לחוק עניינו מניעת השתתפות במכרז ממי שקורא לחרם. השופט הנדל סבור כי סעיף זה צולח את הביקורת החוקתית. כאן מדובר בהגבלת השתתפות במכרז



ציבורי, ולא ביצירת עוולה נזיקית חדשה. הסנקציה מופעלת בידי רשות ציבורית, על פי אמות המידה של המשפט הציבורי והמנהלי, ובהתאם להוראות שייקבעו בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת חוקה, חוק ומשפט. בד בבד, השופט הנדל הדגיש כי יש לוודא שהסעיף יופעל בצורה רציונלית. לדוגמא, טול מקרה בו בעל חברת הסעות, הקורא לחרם על שטחי יהודה ושומרון, ניגש למכרז להסעות תלמידים באריאל, לעומת מקרה בו הוא ניגש למכרז דומה להסעות תלמידים בתל אביב. נדמה שקל יותר להצדיק את שלילת ההשתתפות במכרז הראשון, מאשר את שלילת ההשתתפות במכרז השני.

סעיף 4 לחוק עניינו מניעת הטבות שונות, למשל הטבות מס. אף סעיף זה עובר את מבחן הביקורת החוקתית, וזאת בעיקר בשל הטעמים שפורטו ביחס לסעיף 3 לחוק. השופט הנדל מוסיף כי מומלץ להפעיל את הסמכות לפי סעיף 4 רק לאחר התקנת תקנות, ולכל הפחות יש לקבוע הוראות או נהלים עובר להפעלת הסמכות. תוצאה אחרת תביא בפועל לכך ששר האוצר יהא רשאי להטיל סנקציות בנושא רגיש זה על פי שיקול דעתו הבלעדי.

השופט הנדל סקר בהרחבה את החקיקה והפסיקה בעולם, ובעיקר בארצות הברית. סקירה זו מעלה כי לא הובאה דוגמא לתביעה נזיקית בגין קריאה לחרם, ודומה כי אין אפשרות ליחיד לתבוע יחיד אחר בגין קריאה כזו. כוח זה להילחם נגד תופעת החרם שמור בידי המדינה, באמצעות סנקציות מינהליות. המדינה ולא היחיד כפופה למשפט המינהלי, שמחייב אכיפה סבירה, הגונה ושוויונית. זאת ועוד, ההסדרים המרכזיים ברחבי העולם נוגעים לאיסור השתתפות בחרם, ולא בקריאה לחרם המהווה ביטוי פוליטי. השופט הנדל סבור כי מצב זה משתלב עם התוצאה האופרטיבית המוצעת – ביטול סעיף 2 בלבד, ועם הרציונל המרכזי שעומד מאחוריה: הבחנה בין הטלת סנקציה מינהלית מידתית על ידי המדינה, לבין קביעת עוולה נזיקית חדשה הנתונה לשיקול דעתו של כל פרט. כך יישמר האיזון בין הזכות של המדינה להתוות מדיניות בנושא החרם והן שמירה על חופש הביטוי הפוליטי – היהלום שבכתר חופש הביטוי. 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 המבחיך בין מדינה דמוקרטית למדינה שאיננה כזו.

תמצית חוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין

המשנה לנשיאה השופט א' רובינשטיין הצטרף לעמדתו של השופט ח' מלצר, לפיה יש לאשר את חוק החרם בכפוף לפסילת סעיף 2(ג) לחוק. לדידו של המשנה לנשיאה, על בית המשפט לנקוט משנה זהירות בהתערבות בנושאים מדיניים במובהק, כפי שנרתע בעבר מהתערבות בפרשת ההתנתקות, ב-בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, בהקשר ההחלטה על ההתנתקות עצמה. עוד מציין המשנה לנשיאה, כי יש לבחון את הנושא בפריזמה ההיסטורית, המדינית והפוליטית הייחודית למדינת ישראל, אשר היתה חשופה לחרם הערבי בראשית ימיה, וכיום חשופה לקריאות לחרם על-ידי ארגונים שונים ובראשם ה-BDS, שבכל דור ודור עומדים עלינו לכלותנו. מכאן, אף שהחוק פוגע במידה מסוימת בחופש הביטוי הנתון לעותרים ולארגונים נוספים, פגיעה זו מידתית ברובה וצולחת את מבחני פסקת ההגבלה.

המשנה לנשיאה סבור כי הקריאה לחרם איננה כשאר הביטויים המוגנים תחת יריעתו הרחבה של חופש הביטוי; כך, כיון שהקריאה לחרם מטיבה ומטבעה פוגעת בחופש הביטוי של האחר ומשתיקה את השיח, תוך שימוש באמצעי הכופה את עמדתו של המחרים על אלה המתנגדים לעמדתו, בשונה ממאמץ משכנוע האחר. הוא נדרש אף למשפט האמריקאי בעניין זה, ומציין כי אף ששיטת המשפט האמריקאית מעניקה את ההגנה הרחבה ביותר לחופש הביטוי, ניתן להבחין כי ההגנה הרחבה המוענקת לחרם פוליטי מוענקת במקרים בהם בבסיס החרם עומדת מחאה על ערכים המוגנים בחוקה או בחוק, למשל הפליה על רקע גזעי, להבדיל מחרמות פוליטיים מסוגים אחרים, כבענייננו.

עוד סבור המשנה לנשיאה כי יש להבחין בין הקריאה לחרם לבין החרם עצמו, כאשר בעוד הראשון פועל בספירה הפרטית, האחרון פועל, בעצם הקריאה לאחרים לנקוט בפעולה – היא החרם – בספירה הציבורית. בהמשך לכך, כאשר מחרים הפרט אדם או חברה מטעמיו שלו, פועל הוא במגרש הפרטי ולכן אין המדינה יכולה להתערב במערכת שיקוליו. מנגד, כאשר קורא הפרט לאחרים את מוצריהם של אחרים, מוציא הוא עצמו מן המגרש הפרטי לציבורי, ולכן אין זה בלתי סביר, לדעת המשנה לנשיאה, כי בכך יהיה חשוף לחובות גדולות יותר בשל כך, כפי שעשה המחוקק בעבר בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, וכפי שנעשה בענייננו בעצם הטלת הסנקציה הנזיקית כאשר מדובר בחרם הנעשה

אך על בסיס מקום המגורים או הפעולה של המוחרם. מטעמים אלה, מצא המשנה לנשיאה כי הסנקציה הנזיקית הקבועה בסעיף 2(א) ובסעיף 2(ב) לחוק עומדת במבחני החוקתיות.

דברים דומים קבע המשנה לנשיאה בכל הנוגע לסנקציות המנהליות הקבועות בסעיף 3 וסעיף 4 לחוק. לדידו, ככל שמדובר בסעיפים אלה העתירות טרם הבשילו לדיון – שר האוצר טרם קבע הוראות ותקנות רלבנטיות, ולכן אין מקום להתערבותו החריגה של בית משפט זה בפסילת חוקים טרם מתבררת עצמת הפגיעה, אם בכלל, בחופש הביטוי של העותרים בהקשר זה. לגופם של דברים סבור הוא, כי זכותה של המדינה לקבוע כי אינה מתקשרת עם גורמים פרטיים הפועלים כנגד מדיניותה של המדינה, ולמעשה נגד המדינה עצמה; ובמילותיו: "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." על כן אין מקום להתערבות בסעיפים אלה. ואולם, מעיר המשנה לנשיאה כי אף שסעיף 4(ב) לחוק מאפשר לשר האוצר להגביל את מתן ההטבות לקורא לחרם אף מבלי התקנת תקנות רלבנטיות, יש מקום להחיש התקנת תקנות, כדי שדברים יהיו דבורים על אופניהם.

עם זאת, אשר לסעיף 2(ג) לחוק – פיצויים ללא הוכחת נזק – סבור המשנה לנשיאה כי מדובר בצעד אחד יתר על המידה. פיצויים ללא הוכחת נזק הם בגדר חריג לדיני הנזיקין, אשר 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. שונים הדברים בכל הנוגע לסעיף 2(ג) לחוק נשוא ענייננו. הסיבה העיקרית – אם גם לא היחידה – לשמה בא החוק בו עסקינן לאויר העולם היא הגנה על תושבי שטחי יהודה ושומרון מן הנזק הנגרם להם כתוצאה מפעילותם של הקוראים להחרים, נושא שנוי במחלוקת בציבוריות הישראלית. לשם השגת המטרה האמורה די בסעיף 2(א) ובסעיף 2(ב) לחוק – סעיפים אלה פוגעים במידה שאינה עולה על הנדרש, כאמור, בחופש הביטוי של העותרים, במובן של הטלת חובה לפצות את הניזוקים בעבור הנזק שגרמו. לדעת המשנה לנשיאה סעיף 2(ג) לחוק מפר איזון עדין זה; הוא מגביל באופן ניכר את חופש הביטוי המוקנה לעותרים על-ידי יצירת אפקט מצנן ברמה מוגברת, ומנגד הוא מגן על אלה אשר הקריאה להחרים 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, על ידי הוכחת נזק – ודי בכך כדי לקבוע כי סעיף 2(ג) לחוק אינו חוקתי.

#### תמצית חוות דעתו של השופט י' עמית

השופט י' עמית הצטרף לדעתו של השופט ח' מלצר, ולפיה החוק עומד – אם כי בקושי רב – במבחן המידתיות, למעט ס"ק 2(ג) לחוק שעניינו פיצויים עונשיים.

השופט עמית קבע כי החוק פוגע בחופש הביטוי הפוליטי, הנמצא בליבת הזכות לחופש הביטוי. עם זאת, השופט עמית הדגיש כי בניגוד לרושם העלול להיווצר מקריאת העתירות, החוק לא חל על אדם המחריס את מדינת ישראל, אזור בשליטתה או גוף בעל זיקה אליהם, ואינו מונע מאף אדם או גוף להביע את דעתו בשאלת המשך השליטה הישראלית באזור. החוק אוסר אך את הפרסום של קריאה פומבית להטלת חרם. השופט עמית קבע כי הקריאה לחרם, בהיותה הנעה לפעולה, אינה ביטוי רגיל, אלא נמצאת במשרעת שבין ביטוי גרידא לבין התנהגות. משכך, אף שהפגיעה של החוק בחלק מן הטעמים הניצבים בבסיסו של חופש הביטוי אמנם קיימת, עוצמתה פחותה. עוד קבע השופט עמית כי קריאה פומבית להטיל חרם שניוני על אדם רק בשל זיקתו למדינת ישראל, פוגעת בגרעין הקשה של כבוד האדם, בשל השימוש בו כאמצעי להשגת מטרה פוליטית על לא עוול בכפו, וככזו אינה נמנית על סוג הביטויים המצדיקים את ההגנה החזקה ביותר של חופש הביטוי.

בדונו בעוולה הנזיקית המעוגנת בסעיף 2 לחוק, עמד השופט עמית על העמימות וחוסר הבהירות הנובעים מלשון הסעיף, בין היתר בשאלת הקשר הסיבתי, הנזק, היסוד הנפשי, היחס בין עוולה זו לעוולות מסגרת, הגנות אפשריות לנתבע והסעדים העומדים לרשות התובע. עם זאת, לנוכח הפתרונות הפרשניים הממתנים שהוצעו, הצטרף השופט עמית לדעתו של השופט מלצר כי אין בכך להצדיק פסילתו של החוק. ואולם, בכל האמור בסעיף 2(ג) לחוק העוסק בפיצויים לדוגמה, קבע השופט עמית כי מדובר בפיצויים עונשיים, אשר יש בהם כדי ליצור "אפקט מצנן" של ממש לחופש הביטוי. זאת, בפרט לנוכח השילוב בין העמימות לגבי היקף פרישתה של העוולה, לבין העדר תקרה לגובה הפיצויים וקריטריונים לפסיקתם. מצב זה, העלול ליצור הרתעת יתר, מוביל לכך שהפגיעה של ס"ק 2(ג) לחוק בחופש הביטוי עולה על הנדרש.

תמצית חוות דעתו של השופט ע' פוגלמן

השופט ע' פוגלמן סבר כי הסעד החוקתי שאותו יש להעניק הוא הכרזה על בטלותו של סעיף 2(ג) לחוק, כמו גם מחיקת התיבה "או אזור הנמצא בשליטתה" הנזכרת בסעיף 1 לחוק החרם. עוד עמד השופט פוגלמן על כך ששמירה 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 (כלומר עמדה ביקורתית ביחס למדיניותה של מדינת ישראל, לרבות ביחס להחזקתה באזור יהודה ושומרון (להלן: האזור), לא תיכלל בגדרי האיסור על הקריאה לחרם).

השופט פוגלמן ציין כי קריאה לחרם על האזור היא ביטוי פוליטי מובהק, והחוק עשוי להשתייך. נקבע כי הפגיעה בחופש הביטוי נעשית בדרך של הכבדה על האפשרות להתבטא בשל כך שבגין 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. עוד צוין כי העובדה שהמחוקק בחר ליצור הסדרים פרטיקולריים ביחס לביטויים האמורים מקימה פגיעה בחופש הביטוי, בשל כך שרוב האזרחים – שומרי החוק – יבחרו לפעול בדרך שתתיישב עם הוראותיו.

בחוות דעתו ציין השופט פוגלמן כי ההגבלות שהוטלו בחוק לקריאה לחרם על האזור פוגעות בכל אחת מתכליותיו של חופש הביטוי: הן מונעות דיון ציבורי ואינן מאפשרות תחרות הוגנת בין עמדות אידיאולוגיות שונות; הן פוגעת בהליך הדמוקרטי בשל כך שהחוק פוגם באפשרותו של אדם להפיץ ולהשמיע את עמדותיו, כולל עמדות המנוגדות לעמדת השלטון, בפני אחרים וכן באפשרותם של אחרים להגיב ולהחליט כיצד ברצונם לנהוג; והן פוגעות ביכולת של הפרט – השומע והדובר כאחד – לממש את האוטונומיה שלו, שהיא יכולתו לספר את סיפור חייו.

בשל כל אלה הצטרף השופט פוגלמן למסקנתו של השופט דנציגר שלפיה בכל הנוגע לביטויים הנוגעים לאזור, הפגיעה בחופש הביטוי אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. עם זאת, להשקפתו, בהעדר עיגון לשוני מספק לא ניתן לפתור קושי זה בדרך פרשנית, והסעד המתאים הוא מחיקת התיבה "או אזור הנמצא בשליטתה" מחוק החרם, באופן שיפריד בין חלקו הפסול לבין חלקו התקף והבריא של אותו חוק.

בהמשך חוות דעתו עמד השופט פוגלמן על כך שניתן למצוא מתווה פרשני שיאפשר לשמור על תקפו של החוק (בנוסח שהוא פועל יוצא של הסעד החוקתי המוצע על ידו), שמירה העדיפה על פני הכרזה על בטלותו. פרשנות זו, כך נקבע, תוביל לכך שרק חרם המכוון למדינת ישראל או מוסד ממוסדותיה ככאלה "ייתפס" בגדרי חוק החרם. כך, ביטוי "מעורב" המבטא עמדה ביקורתית ביחס למדיניותה של מדינת ישראל (או של מוסד ממוסדותיה) בתחום מסוים לא יכלול בגדר האיסור הקבוע בחוק החרם; ואילו ביטוי ביקורתי ביחס לעצם הקיום של מדינת ישראל "ייתפס" בו. הודגם כי קריאה נוסח "אל נא תקנו תוצרת כחול-לבן. מדיניות ישראל ביחס לאזור יהודה ושומרון היא פסולה" לא תבוא בגדרי חוק החרם, בשל כך שקריאה זו מבטאת עמדה ביקורתית כלפי התנהלות המדינה.

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 מצא השופט פוגלמן עילה להכריז על בטלותו המלאה של החוק נושא דיונו.

#### תמצית חוות דעתה של הנשיאה מ' נאור

הנשיאה מ' נאור הצטרפה לדעתו של השופט ח' מלצר, שלפיה החוק קובע הסדר מידתי, פרט לסעיף 2(ג) לחוק. עמדתה של הנשיאה היא, כי אף שקריאה לחרם נופלת בגדרי חופש הביטוי הפוליטי, אין מניעה להגבילה בהתקיים תנאי פסקת ההגבלה. בנוגע לתכלית החוק, ציינה הנשיאה כי מדינת ישראל מוצאת עצמה במגננה מפני חרמות בזירה הבינלאומית וניסיונה להתגונן מפני הנזקים השונים העלולים להיגרם כתוצאה מכך הינו לתכלית ראויה. הנשיאה הוסיפה וציינה, כי בחירתו של המחוקק שלא להבחין לעניין זה בין קריאה לחרם על המדינה לבין קריאה לחרם על מה שמכנה החוק "אזור הנמצא בשליטתה" של המדינה, מצויה במסגרת מיתחם שיקול הדעת המסור לו. על כן, אין מקום לכך שבית המשפט יתערב בהחלטת המחוקק להגן מפני חרם לא רק על המדינה עצמה, אלא גם על מפעלים ומוסדות שהוקמו בהסכמת המדינה ולעתים בעידודה באזור. בשאלת מידתיות ההסדר, ציינה הנשיאה כי היא רואה עין בעין עם חבריה שקבעו שסעיפים 3 ו-4 לחוק קובעים הסדר מידתי, תוך הבהרה שניתן יהיה בעתיד לתקוף את ההסדרים שייקבעו, אם ייקבעו, מכוח שני הסעיפים

האמורים. אשר לסעיף 2(ג) לחוק, דעתה של הנשיאה היא כדעת חבריה, כי סעיף זה לא צולח את מבחני המידתיות. לפני סיום העירה הנשיאה כי היא התלבטה לגבי יתר הוראות סעיף 2 לחוק וזאת בעיקר בשל השאלה שהעלה השופט נ' הנדל בעניין השארת האכיפה בידי פרטים, להבדיל מאשר בידי המדינה. אולם, לדעתה של הנשיאה הפרשנות שניתנה על ידי השופט ח' מלצר לסעיף זה מצמצמת את היקפו למינימום ההכרחי, ומוטב לפרשו כפי שפירשו השופט מלצר מאשר לבטלו. על כן, הצטרפה כאמור הנשיאה מ' נאור לדעתו של השופט ח' מלצר ולשופטים האחרים שהצטרפו אליו.

תמצית חוות דעתו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס

הנשיא (בדימ') א' גרוניס הצטרף לפסק-דינו של השופט ח' מלצר.

תמצית חוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן

לעמדת השופט ס' ג'ובראן, יש לבטל את סעיף 2(ג) לחוק ולדבוק בגישה הפרשנית שנקט השופט י' דנציגר בעניין הקריאה לחרם על אדם מחמת זיקתו לשטח הנמצא בשליטת המדינה. אשר לסעיפים 3 ו-4 לחוק, לגישתו הם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה ואין מקום לבטלם.