



4 ביוני 2018

לכבוד

ח"כ ניסן סלומינסקי

יו"ר וועדת חוקה חוק ומשפט

כנסת ישראל

שלום רב,

**הנדון: הצ"ח למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם (תיקון - פיצויים ללא הוכחת נזק),
התשנ"ז-2017 – נייר עמדה**

1. לקראת הדיון בוועדת החוקה ביום רביעי 6.6.18 בשעה 9:00 בהצ"ח למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם (תיקון - פיצויים ללא הוכחת נזק), התשע"ז-2017, רצ"ב עמדת האגודה לזכויות האזרח.
2. הצעת החוק שבנדון עניינה הוספת תיקון לחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות החרם (להלן: חוק החרם), שמטרתו להוסיף סעיף של פיצוי ללא הוכחת נזק לחוק.
3. יאמר מיד, כי אנו מתנגדים לתיקון המוצע, אשר נפסל פה אחד ע"י הרכב של תשעה שופטי בימ"ש העליון בהיותו בלתי חוקתי. הצעת החוק מהווה עקיפה בוטה של פסיקת בית המשפט העליון, והתעלמות מאמירתו הנחרצת בדבר אי חוקתיותו של מנגנון הפיצוי ללא הוכחת נזק המוצע.
4. יודגש עוד, כי אין בתיקונים המוצעים לנוסח המקורי של החוק כדי לתקן את אי חוקתיות הסעיף כפי שהצביע עליו בית המשפט העליון.

רקע

5. חוק החרם, שנכנס לתוקף ביולי 2011, מאפשר לתבוע פיצויים ממי שקורא לחרם על ישראל ואו על השטחים, ומסמיך את שר האוצר להטיל סנקציות כלכליות על כל מי שקורא לחרם או מתחייב להשתתף בו.
6. במרץ 2012 הוגשה עתירה לבג"ץ נגד החוק, בין השאר ע"י האגודה לזכויות האזרח. העותרים טענו שהחוק מטיל "תג מחיר" על התבטאויות פוליטיות לגיטימיות ופוגע בדיון הציבורי, דווקא בנושאים הבווערים והשנויים ביותר במחלוקת. בכך הוא פוגע בזכויות החוקתיות לחופש ביטוי, לכבוד ולשוויון. כן טענו, כי הסנקציות החריפות שהחוק קובע, יוצרות "אפקט מצנן", המרתיע מראש את מי שיבקשו להביע עמדה פוליטית באמצעות קריאה לחרם, ועל כן פגיעתו של החוק קיימת עוד בטרם הוגשה תביעה על בסיסו.

7. הדיון בעתירה אוחד עם שלוש עתירות נוספות, והתקיים בהרכב מורחב של תשעה שופטים. פסק הדין ניתן ב-15.4.2015. בית המשפט דחה את העתירות ברובן, והשאיר על כנם את סעיפי החוק המאפשרים לתבוע פיצויים ממי שקורא לחרם, והמאפשרים לשר האוצר להטיל סנקציות כלכליות שונות על מי שקורא לחרם.

8. עם זאת, **תשעת שופטי בית המשפט שישבו בהרכב ביטלו פה אחד** את הסעיף המאפשר לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק, הוא סעיף 2(ג) לחוק.

9. אלא שלמרות פסיקת בית המשפט הברורה והחד משמעית, אשר התקבלה כאמור ללא שום מחלוקת ע"י ההרכב המורחב כולו, תומכת הממשלה כעת בקידום תיקון לחוק אשר מחוקק מחדש את אותו הסעיף שנפסל, בשינוי נוסח קטנים שאינם משנים את מהות הבעיה עליה הצביע בית המשפט העליון בפסיקתו.

החלטת בית המשפט העליון בנוגע לפסילת סעיף 2(ג) לחוק החרם

10. כל אחד מתשעת שופטי העליון בהרכב המיוחד שדן בעתירה התייחס לנושא של פסילת סעיף 2(ג), שעניינו כאמור, פיצויי ללא הוכחת נזק. כל אחד מהם, בלי יוצא מן הכלל, הסכים שיש לפסול את הסעיף בהיותו בלתי חוקתי, וזאת בהיותו כלי חריג לדיני הנזיקין, עונשי במהותו ומתקרב לדין הפלילי, כלי קיצוני ובלתי מידתי, בעל אפקט מצנן קשה שיש בו כדי לפגוע בגרעין הקשה של חופש הביטוי.¹

11. השופט מלצר, שכתב את פס"ד העיקרי, קבע כי יש לפסול את סעיף 2(ג) מהטעמים הבאים:

"...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 מושתתים הן על תכליות מן העולם האזרחי והן על תכליות מן העולם הפלילי...

פיצויים עונשיים אינם ניתנים על דרך הכלל. בתי המשפט נרתעים מלהעניק לניזוקים פיצויים שכאלו, המושתים על המזיק במקרים חריגים בלבד ... גם כאשר בחר המחוקק לקבוע פיצויים שאינם תלויים בנזק, הוא עשה זאת ככלל תוך תיחום שיעור הפיצוי, ולא "מבלי גבול" כמו במקרה שלפנינו ...

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...

¹ לפסק הדין המלא

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". (ההדגשה לא במקור)

12. השופט דנציגר סבר שהחוק פוגע בגרעין חופש הביטוי אבל שניתן לפתור זאת פרשנית וללא צורך בפסילת החוק. עם זאת, לנוכח העובדה שעמדתו הפרשנית לא התקבלה, הצטרף השופט דנציגר לעמדת רוב חברי המותב לפיה סעיף 2(ג) סוטה מעקרונות המשפט האזרחי הבסיסיים, והינו בעל מאפיינים של קנס עונשי ועל-כן דינו להתבטל מחמת אי חוקתיותו.

13. השופט הנדל סבר שיש לבטל את כל סעיף 2 של החוק הקובע את העוולה הניזקית, ולא רק את סעיף 2(ג) האמור, הקובע כאמור את הפיצוי ללא הוכחת נזק, וזאת בשל הפגיעה בחופש הביטוי.

14. המשנה לנשיאה רובינשטיין אימץ את פסק דינו של השופט מלצר והסכים שיש לפסול את סעיף 2(ג) לחוק. לעמדתו:

"סעיף 2(ג) לחוק – פיצויים ללא הוכחת נזק – הינו צעד אחד יתר על המידה. פיצויים ללא הוכחת נזק הם בגדר חריג לדיני הניזקין, 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) לחוק ו-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. ... 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."

15. השופט עמית הצטרף לדעתו של השופט מלצר, לפיה החוק עומד, בקושי רב, במבחן המידתיות, למעט ס"ק 2(ג) לחוק, שלגביו קבע שמדובר בפיצויים עונשיים, אשר יש בהם כדי ליצור "אפקט מצנן" של ממש לחופש הביטוי ופגיעה העולה על הנדרש. השופט עמית הסביר בפסק דינו את פסילת הסעיף כדלקמן:

"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 2(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-נוזיקתית 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 שזכרו לעיל בהם נקבעה תקרה לפיצוי לדוגמה), מה שמגביר עוד יותר את ה"אפקט המצנן" ...

...סיכום ביניים: בהתחשב בכך שהיסוד של כוונה הוא אינהרנטי לקריאה לחרם כן 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 בגדר 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." (ההדגשה לא במקור)

16. השופטים פוגלמן וג'ובראן סברו 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 5 לחוק החרם (עמדה שלא נתקבלה).

17. הנשיאה נאור והשופט (בדימי) גרוניס הצטרפו לדעתו של השופט מלצר, שלפיה החוק קובע הסדר מידתי, פרט לסעיף 2(ג) לחוק, אשר לא צולח את מבחני המידתיות.

הנוסח המתוקן של הסעיף אינו מרפא את אי חוקתיותו

18. נראה כי מנסחי הצ"ח סבורים, כי די בתיחום סכום הפיצוי ללא הוכחת נזק, וכן בקביעה שאין די בקריאה חד פעמית לחרם, כדי להפוך את הסעיף לחוקתי. אלא שלא כך עולה מקריאת דברי כל אחד ואחד משופטי בג"ץ שישבו בהרכב, כמפורט לעיל. זאת מבלי לקחת בחשבון אפילו את הסכומים המופרזים שמוצעים בהצ"ח – 100 אלף ₪ ו-500 אלף ₪, שעל פניו אינם סכומים סבירים כאשר עוסקים במאטריה של חופש ביטוי, שיש לדון בה באופן רגיש וזהיר.

19. נכון, שחלק משופטי העליון התייחסו לסוגיה של העדר תיחום סכום הפיצוי בסעיף 2(ג) המקורי². אלא שבניגוד לעמדת מנסחי הצ"ח דנן, סעיף 2(ג) המקורי לא נפסל ע"י השופטים רק בשל אי תיחום הסכום. מקריאת פסק הדין עולה באופן ברור ומפורש שהעדר התיחום הוא בבחינת "על אחת כמה וכמה" אשר בשלה יש לפסול את הסעיף. מדברי השופטים השונים,

² נוסח סעיף 2(ג) לחוק החרם שנפסל ע"י בימ"ש עליון: "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".

כמצוטט לעיל בהרחבה, עולה בבירור שגם ללא סוגיה זו של תיחום הפיצוי, הם סבורים כי הסעיף לא חוקתי בהיותו חריג לדיני נזיקין שאינו מתאים למאטריה נשוא החוק, מהווה ענישה קיצונית ובלתי מידתית, מהווה אפקט מצנן ופוגע באופן לא ראוי בחופש הביטוי.

סיכום

20. מכל האמור לעיל, עולה כי הצעת החוק סותרת את פסיקת בית המשפט העליון. התיקון המבוקש דומה במהותו לזה שנפסל ע"י בית המשפט העליון, ולפיכך הינו בלתי חוקתי.

21. לפיכך אנו קוראים לכם שלא לאשר את הצעת החוק האמורה.

בברכה,
דבי גילד-חיו, עו"ד
מקדמת מדיניות וחקיקה

העתקים :
חברי ועדת חוקה
חברי הכנסת המציעים
היועץ המשפטי לממשלה
יועמ"ש הכנסת
יועמ"ש ועדת חוקה