



04 יוני 18
כ"א סיון תשע"ח

המכון הישראלי
לדמוקרטיה

www.idi.org.il

מר אמיר אלשטיין

יו"ד הוועד המנהל

מר יוחנן פלסנר

נשיא

מר ברנרד מרכוס

יו"ד בינלאומי

פרופ' גרהרד קספר

יו"ד המועצה הבינלאומית

ד"ר ג'ורג' שולץ

יו"ד של כבוד

חברי הוועד המנהל

אלוף (מיל') אורנה ברביבאי

מר חן ליכטנשטיין

גב' מול מועלם

מר סלי מרידור

מר אבינועם נאור

עו"ד אבי פישר

מר אביעד פרידמן

ד"ר מיכל צור

מר יוסי קוצ'יק

מר עימאד תלחמי

המועצה הבינלאומית

השופטת רוזלי סילברמן אבליה, קנדה

מר אליזאבט אברמס, ארה"ב

ד"ר מרטין אינדיק, ארה"ב

גב' אן אפלכאוס, ארה"ב

פרופ' ורנון בוגדנור, בריטניה

השופטת דורית ביניש, ישראל

השופט סטיבן ברייד, ארה"ב

ד"ר אימי גוטמן, ארה"ב

ד"ר ג'וזף ג'ופה, גרמניה

השופטת דליה דורנר, ישראל

פרופ' רונלד דניאלס, ארה"ב

השגריר צ'ארלס היל, ארה"ב

פרופ' משה הלברטל, ישראל

פרופ' מייקל וולצר, ארה"ב

פרופ' רוברט מנוקין, ארה"ב

פרופ' כריסטוף מרקשיס, גרמניה

השופט אברהם סופר, ארה"ב

מר ברט סטפנס, ארה"ב

פרופ' ארווין קוטלר, קנדה

פרופ' יהודה ריינהרץ, ארה"ב

פרופ' גבריאלה שלו, ישראל

השופט מאיר שמגר, ישראל

סגני נשיא

ד"ר ישי ג'סיס, פרס, אסטרטגיה

פרופ' יודייה צ' שטרן, מחקר

פרופ' יובל שני, מחקר

עמיתים בכירים

אלוף (מיל') עמית אילון

פרופ' חנוך דגן

פרופ' תמר הרמן

פרופ' מוסטפא כבהא

פרופ' עמיתיה כהן

פרופ' יותם מרגלית

פרופ' יובל פלדמן

פרופ' מרדכי קרמניצר

פרופ' גדעון רהט

ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר

פרופ' איתן שיינסקי

מייסד ונשיא לשעבר

ד"ר אריק כרמון

לכבוד:
ח"כ ניסן סלומינאסקי
יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט
כנסת ישראל

הנדון: הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם (תיקון – פיצויים ללא הוכחת נזק)

לקראת הדיון שיערך בוועדה ביום 6.6.18, להלן עמדתנו בנוגע לחוק שבנדון:

אנו מתנגדים להצעה שבנדון. נדגיש – בעינינו הטלת חרם היא, ככלל, דרך רעה לנהל דיון ציבורי, ובמיוחד כאשר המוחרם אינו מעוול וכאשר יש דרכים חלופיות להעברת המסרים בשיח הציבורי. **אנו מתנגדים בכל לבנו לחרם פוליטי וכלכלי נגד מדינת ישראל, בין אם על ידי אזרחים ישראלים ובין אם על ידי זרים.** עם זאת, מכאן ועד להטלת סנקציות על קריאות להטלת חרם, הדרך ארוכה. חופש הביטוי מטבעו כולל ביטויים קשים ומרגיזים ואף מקוממים ביותר.

הצעת החוק היא במהותה נסיון לחוקק מחדש סעיף שנפסל בבג"צ, בבחינת "אותה גברת בשינוי אדרת". הסעיף נפסל פה אחד על ידי תשעה שופטי בית המשפט העליון, כאשר גם סעיפים נוספים ובעיקרם עניין תחולת העוולה בחוק על קריאה לחרם כלפי "האזור" נפסלו על ידי מיעוט של שלושה מן השופטים. מכאן, שבהצעה יש משום נסיון לתקן חוק הפוגע במתכונתו הנוכחית בחופש הביטוי הפוליטי גם כך, ולחזק את פגיעתו בחופש הביטוי, תוך החזרת האלמנט שנפסל בפסק הדין: פיצויים ללא הוכחת נזק.

מהות ההצעה

1. ההצעה מבקשת להחליף את סעיף 2(ג), שנפסל בבג"צ **אורי אבנרי נ' הכנסת** (ניתן ביום 15.04.2015) לפיו:

"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, חומרנות והיקפה"

בסעיף חדש, לפיו:

"(1) מצא בית המשפט כי נעשתה עוולה לפי חוק זה בזדון, רשאי הוא לחייב את עושה העוולה בתשלום פיצויים בלא הוכחת נזק בסכום שלא



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

יעלה על 100,000 שקלים חדשים בבואו לקבוע את גובה הפיצויים, יתחשב בית המשפט, בין השאר, בנסיבות ביצוע העוולה, חומרתה והיקפה”

(2) סעיף זה לא יחול על מעוול שהתבטא באופן חד-פעמי.

ד. מצא בית המשפט כי נעשתה עוולה לפי חוק זה בזדון, בצורה שיטתית ומאורגנת, רשאי הוא לחייב את עושה העוולה בתשלום פיצויים לדוגמה בסכום שלא יעלה על 500,000 שקלים חדשים.”

פיצויים לדוגמא ופיצויים ללא הוכחת נזק

2. מציעי החוק מייחסים נפקות רבה לכך שבחוק המקורי שנפסל נכתב "פיצויים לדוגמה" לאחר התיבה "פיצויים שאינם תלויים בנזק", בעוד שבחוק המוצע כתוב רק "פיצויים בלא הוכחת נזק". לפי דברי ההסבר, בעוד ש"פיצויים לדוגמה" ("פיצויים עונשיים") הם חריג לעקרון הבסיסי של השבת המצב לקדמותו, שקיים בחקיקה במקרים מעטים ומיושם לעתים נדירות, המודל שהם מציעים, של "פיצויים ללא הוכחת נזק" הוא "סעד נורמטיבי מקובל", שניתן למצוא לו מקבילים בחוק לשון הרע, חוק זכויות יוצרים (ואנו יכולים לעזור ולהוסיף עוד: חוק למניעת הטרדה מינית, חוק הגנת הפרטיות).

3. אלא, שבמהות, אין נפקות רבה לתיקון (אולי למעט הגבלת תקרת הסכום). מהותו של הסעיף המקורי היתה פיצויים ללא הוכחת נזק, והמלים "פיצויים לדוגמא" לא הם המהות, אלא העובדה שניתן לתבוע (ועקב כך, להרתיע ולגרום לאפקט מצנן) גם ללא שנגרם נזק וללא שניתן להוכיח אותו. לא הכותרת היא שגרמה לבית המשפט להכריע כי הסעיף הוא לא חוקתי, אלא מהותו – ומהותו היא בדיוק זו שמוצעת גם בסעיף החדש – פסיקה של פיצויים מבלי צורך להוכיח נזק, **וקשר סיבתי בין הקריאה הספציפית לחרם לבין הנזק שנגרם**. לאמתו של דבר, האפשרות להיפרע בפיצויים מאדם ללא הוכחת קיומו של נזק כלל וללא הוכחת קשר סיבתי בין מעשהו לבין הנזק שהתקיים כעובדה מפקיעה את ההוראה הזו מן המתכונת המקובלת ומן ההיגיון היסודי של דיני הנזיקין. היא עושה למעשה במקרה זה שימוש לרעה בדוקטרינה הנזיקית כתחליף לענישה, מקום שזו אינה באה בחשבון. על הקושי הזה העיר גם השופט הנדל בפסק דינו, ואלמלא הפתרון שהניח השופט מלצר לקושי זה, אין ביטחון שהיה מצטרף לשופטי הרוב (שלא פסלו את הסעיף העוסק בחרם על "האזור"). דברי ההסבר של המציעים עצמם מוכיחים גם הם כי התכלית לתיקון היא "הרתעתית", ולא תכלית של תיקון או של השבת מצב לקדמותו.

4. כך מסביר השופט רובינשטיין, בפסק הדין, מדוע המהות (שהיא שהביאה לפסילת הסעיף) שבי"פציזיים עונשיים" וב"פציזיים ללא הוכחת נזק" היא אותה המהות:

"פציזיים ללא הוכחת נזק – או בשם האחר פציזיים סטוטוטוריים, ובאופן דומה גם פציזיים 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". (בג"ץ אבנרי, סעיף טז לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

אכן, במספר חוקים קיימת הפרקטיקה של פציזיים ללא הוכחת נזק. עדיין זהו מצב יוצא דופן בדיני הנוזיקין. גם בית המשפט העליון היה ער לכך שישנם חוקים שבהם קיימת דוקטרינה של פציזיים ללא הוכחת נזק. חוקים אלה אינם דומים לעולה הנוכחית, מדובר בהם בעולות מובהקות, מבוססות ומוכרות במשפט העמים, יש בהם ניזוק ספציפי, ואין הם עוסקים בהגבלת חופש הביטוי הפוליטי. עוד מתוך פסק הדין:

"מדובר אינא במעשים [בחוקים שבהם יש פציזיים ללא הוכחת נזק – מ.ק. וע.פ.] שלגביהם ישנה הסכמה רחבה כי אינם ראויים וכי יש להרתיע אחרים מביצועם, אף במחיר של סטיה כאמור מהעיקרון הבסיסי של דיני הנוזיקין, והוא פיצוי הנפגע על הנזק שנגרם לו ועליו בלבד ...

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 להחרים, נושא שנוי במחלוקת בציבוריות הישראלית. לכך כאמור משמעות בהקשר הפציזיים ללא הוכחת נזק והפציזיים העונשיים (ראו גם א' רובינשטיין "פציזיים עונשיים – מבט מכס המשפט" ספר אור 97, 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 להחרים הופנתה אליהם אף כאשר לא נגרם להם נזק. " (שם, פסק הדין של השופט רובינשטיין סעי' טז-יז).

5. ניתן אם כן לראות בבירור, כי בית המשפט לא נתלה באבחנה שמבקשים המבצעים לעשות, בין פיצויים עונשיים ופיצויים ללא הוכחת נזק, וההיפך – הבהיר את ההבדל בין הנסיון להחיל פיצויים ללא הוכחת נזק בחוק זה, העוסק בביטוי שעצם הפעלת הסנקציות כנגדו שנוייה במחלוקת עמוקה, ובין מקרים אחרים שבהם נעשה שימוש בתרופה זו, כגון הטרדה מינית, לשון הרע וכו'.

6. אנו ערים כי בחוות הדעת של השופט עמית כן נזכרה עובדת הפיצוי "פיצוי עונשי" ללא תקרה כטעם לביטול הסעיף. אך יש לזכור כי סעיף 2(ג) נפסל **פה אחד על ידי תשעה שופטים, וחוות דעתו זו של השופט עמית היא למעשה דעת יחיד, באמרת אגב**, שגם לגביה אין וודאות כי ניסוח בדומה לזה המוצע היה "מציל" את הסעיף מפסילה ("יכולה היתה להקרות במידת מה את הפגיעה", סעיף 39 לפסק דינו של השופט עמית).

עניין המגבלה עד 100,00 שקלים וכן החרגת מקרה חד פעמי

7. אמנם, סעיף שאינו מוגבל הוא פוגעני יותר בפוטנציה, מסעיף מוגבל (והעניין גם מוזכר בחוות דעתו של השופט מלצר – אך לא בתור לב העניין). אך שוב, הפגיעה הקשה בחופש הביטוי הפוליטי בחוק, לא נובעת מכך שהסכום הינו בלתי מוגבל אלא דווקא משום היותו בלתי-תלוי בנזק, ובלתי-תלוי במעוול ספציפי. בניגוד לכל אחד מהמקרים האחרים בהם נקבעה תביעה ללא הוכחת נזק, כאן מדובר בקריאה שיכולה להיות כללית ולכן להקים תביעות מצד אינספור תובעים, להם לא נגרם כל נזק כלל, מה שעלול לגרום לריבוי תביעות ולאפקט מצנן נרחב. מכאן שהגבלת הנזק היא פורמלית בלבד, אך אין בה מגבלה אמיתית.

8. גם החרגת המקרה "החד פעמי" אינה מקהה מפגיעתו של החוק. חופש הביטוי לא מתבטא בכך שניתן לאדם להתבטא, בוודאי בנושא פוליטי שנוי במחלוקת כה עמוקה, "חד פעמית". האפקט המצנן, והרתעת היתר שייצור החוק בשל האיום ב"פיצויים ללא הוכחת נזק" גם אם יישמר למקרים שאינם התבטאות חד פעמית, בעינו עומד.

הסעיף המבקש לקבוע תקרת נזק גבוהה יותר

9. בהצעה כלול גם סעיף מחמיר, המבקש לקבוע "פיצויים לדוגמה" שלא יעלו על 500,000 ש"ח אם מדובר בקריאות שנעשו בצורה "שיטתית ומאורגנת" (עניין הזדון כלול ממילא גם בסעיף הפחות מחמיר). הטיעונים שהשמענו לעיל חלים כ"מקל וחומר" גם כלפי הסעיף הזה. הנסיון לקבוע פיצויים גבוהים ביותר כסנקציה על ביטוי, ללא הוכחת נזק וקשר סיבתי, גם אם מדובר בהפרה "שיטתית ומאורגנת" לוקה באי מידתיות אף ביתר שאת מהסעיף הקודם. ככל שאכן מדובר בפגיעה שיטתית ומאורגנת, סביר כי פגיעה זו תבוא לידי ביטוי בנזק



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הנגרם ממנה, ולכן ההגנה על הנפגע תבוא לידי ביטוי בפיצוי גם לפי החוק הנוכחי.

חקיקה מחדש של חוק שנפסל

10. אם כן, יש כאן נסיון לחוקק מחדש עם מגבלת תביעה, סעיף דומה מאד לסעיף שנפסל בבג"צ. רק מן הטעם הזה ראוי להמנע מחקיקתו. חקיקה מחדש, תוך שימוש בסמנטיקה מעט שונה, של אותו חוק לאחר שבג"צ פסל אותו, יש בה משום זלזול כלפי פסק הדין של בית המשפט העליון וכלפי המוסד שפסק.

החוק המקורי

11. נזכיר בקצרה, את הטעמים שעל יסודם התנגדנו לחוק המקורי, וגם לחלקים שלא נפסלו בבג"צ כלא-חוקתיים (על פי דעת הרוב, בניגוד לדעתם של שלושה שופטים). טעמים אלה הם טעמים טובים גם כדי להסביר מדוע אסור להרחיב עוד את הסנקציות הכלולות בחוק.

הפגיעה בחופש הביטוי: הגדרת החרם

12. ראשית, הגדרת "חרם על מדינת ישראל" בחוק, כוללת התנהגויות רבות, אשר הקשר בינן למונח המילולי "חרם", אינו מובהק. המונח "חרם" יוצר בקרב יהודים תחושה שמדובר באמצעי קשה וחריף ביותר: שכן בתודעה היהודית מדובר בנידוי טוטאלי של בן הקהילה היהודית בגולה, שמשמעותו המעשית הייתה, מבחינתו, מוות חברתי. ברור שלא בכך מדובר, אך הזיכרון ההיסטורי יוצר התנגדות טבעית למה שמכנים אותו "חרם". הימנעות מכוונת מ"קשר כלכלי" (כגון החלטה שלא לרכוש מוצרים מיצרן כלשהו) או קשר תרבותי (כגון החלטה שלא להופיע במקום כלשהו) – עם אדם – כוללת טווח התנהגויות רחב. החלטה מאורגנת (למשל של אזרחים ערבים) שלא ללמוד במכללה באריאל או לא לקנות תוצרת ממפעל ביהודה ושומרון או החלטה שלא לבקר בהתנחלויות, עשויה להכנס להגדרת החוק ל"חרם". לבני אדם יש חירות יסודית, אלמנטרית, להחליט היכן הם מבקרים והיכן לא, עם מי הם נפגשים ועם מי לא. חירות זו כוללת גם את החירות למחות בדרך זו באופן קולקטיבי, ואף להתארגן לצורך כך.

13. מעבר לטווח ההתנהגויות, גם המוטיבציה להטלת החרם מוגדרת באופן רחב למדי - "מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה". יוצא, כי "חרם על מדינת ישראל" כולל גם הימנעות מקשר כלכלי או תרבותי עם אדם משום קשריו עם אזור שבשליטת ישראל – משמע אזור יהודה ושומרון או כל אזור ספציפי אחר. ברור שבמובן רחב זה, נתפסים מעשים שאינם מכוונים כלל כנגד מדינת ישראל, אלא כנגד מדיניות הממשלה. מעשים שהם



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מחאה פוליטית – בדומה לארגון הפגנה - מתוייגים על ידי הגדרה רחבה ולא מייצגת זו כ"חרם על מדינת ישראל" אף שאינם כאלה.

תכלית החוק והצורך בו

14. הצעת החוק מרחיקה לכת מעבר למקובל בהקשר זה. יש לציין כי כאשר מצטרפים לקריאה להטלת חרם מימדים נוספים, ההופכים אותה להתנהגות פוגענית ומזיקה, עשויה שיטת המשפט להטיל איסור; ובלבד שמתקיימים כל המאפיינים הנוספים המקנים למעשה, בכללותו, את מהותו הפוגענית. כך למשל, במקרים בהם חרם צרכני המסתמך על מידע שקרי או מסולף והוא עלול לפגוע בשמו הטוב של אדם או במשרתו, אפשר והנפגעים מן החרם יהיו זכאים לפיצוי כספי מיוזמיו או מפיציו, מכוח העוולה האזרחית המעוגנת בחוק איסור לשון הרע. כאשר מטרת הקריאה היא להחרים ציבור מסוים על יסוד השתייכות לגזע לאום דת וכדומה היא להסית לגזענות ניתן יהיה, במקרים מתאימים, להעמיד את יוזמי החרם ומפרסמיו לדין פלילי בגין הסתה לגזענות. בדומה לכך, ניתן להצדיק הטלת מגבלות על חרמות הפוגעים בדיני ההגבלים העסקיים או היוצרים הפליה אסורה הפוגעת בעקרונות הסחר החופשי (זאת, בדומה לאיסורים הקיימים במדינות אחרות, ועל כך להלן).

15. ההגדרה הגורפת של קריאה לחרם כעוולה אזרחית, תביא ליצירת הסדר בלתי מידתי ובלתי מאוזן, המזניח במפגיע את חשיבותה הרבה של מחאה ציבורית בלתי אלימה ואת מעמדו המרכזי של חופש הביטוי. יתר על כן, האופי הכוללני של האיסור מלמד כי ההצדקה העומדת בבסיסו איננה מעוגנת בשאיפה להגן על קבוצות מסוימות בחברה מפני הסתה גזענית, או ברצון להגן על כלכלת השוק החופשי. המסקנה הבלתי נמנעת היא כי מטרתה של הצעת החוק היא השתקה בכפייה של ביקורת על מדיניות הממשלה. ביקורת מסוג זה, אף כאשר היא טומנת בחובה טענות והאשמות קשות המצריכות התמודדות מורכבת, מצויה בלב לבו של חופש הביטוי. גם בהגדרות הצרות ביותר של דמוקרטיה, חופש הביטוי הפוליטי חייב להיות מוגן. אם משתיקים ביקורת ומחאה פוגעים בציפור הנפש של הדמוקרטיה.

החוק פוגע במעמדה של ישראל כדמוקרטיה

16. הצעה זו פוגעת באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל. בכך שהיא מעלה על שולחן הכנסת הצעה הפוגעת בחופש הביטוי הפוליטי, שתכליתה הגלויה היא השתקת ביקורת על מדיניות הממשלה מדינת ישראל ההצעה פוגעת במעמדה של ישראל כדמוקרטיה. לכן, בניגוד גמור לרטוריקה העומדת מאחוריו, חוק זה דווקא מסייע למסע הדה-לגיטימציה שנעשה לישראל בעולם, בכך שהוא מספק

דוגמה נוספת לפגיעה בזכויות אדם ובשיח פוליטי חופשי בישראל. **לא בכדי לא תמכו נציגי משרד החוץ בחוק בעת הדיון בוועדת החוקה**. ההצעה משווה בין סוגים שונים של התנהגויות: קריאה לחרם מחמת זיקה למדינת ישראל וקריאה לחרם מחמת זיקה לאזור שבשליטת ישראל. ההצעה מנסה למשוך את שמיכת הלגיטימיות של ישראל על השטחים שבשליטתה. התוצאה עלולה להיות הפוכה: פגיעה בלגיטימיות של ישראל עצמה.

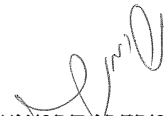
17. יש לתהות מדוע מבקשים מציעי החוק להאדיר ולנפח את האיום הנשקף לישראל ממתן-המעט הקוראים לחרם נגד ישראל. הצעת החוק, אם תתקבל, תשדר חולשה, כאילו זקוקה ישראל לשימוש באמצעי כפייה כדי להתמודד עם המעטים הקוראים להחרים את ישראל.

לסיכום: הצעת החוק פוגע פגיעה קשה בחופש הביטוי הפוליטי. ההצעה היא נסיון לחוקק מחדש, גם אם בנוסח מעט שונה, סעיף שנפסל בבג"צ. היא מבטאת חוסר כבוד כלפי פסק הדין וכלפי הרשות השופטת.

בכבוד רב ובברכה,



ד"ר עמיר פוקס, עו"ד
המכון הישראלי לדמוקרטיה



פרופ' מרדכי קרמניצר
המכון הישראלי לדמוקרטיה