

1. קואליציית נשים לשלום (ע"ר 580431799)
2. ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל באמצעות היו"ר מוחמד זידאן ת"ז 20967303
3. מרכז ירושלים לסיוע משפטי וזכויות אדם (ע"ר 580307593)
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל (ע"ר 580011567)
5. הוועד הציבורי נגד עינויים (ע"ר 580168854)
6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר 580163517)
7. המרכז הרפורמי לדת ומדינה – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל (ע"ר 580282853)
8. יש דין – ארגון מתנדבים לזכויות אדם (ע"ר 580442622)
9. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (ע"ר 580312247)

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או סאוסן זהר ו/או ארנה כהן
ו/או סוהאד בשארה ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או ראמי ג'ובראן
ו/או רימא איוב ו/או אראם מחאמיד
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 31090
טל': 04-9501610; (נייד: 052-6399147) פקס: 04-9503140

וכן ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר
פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או עודד פלר
ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או תמר פלדמן ו/או אשרף
אליאס ו/או נסרין עליאן ו/או קרן צפריר ו/או ראוייה
אבורביעה ו/או משכית בנדל ו/או נירה שלו ו/או רגד
ג'ראיסי ו/או מיכל פומרנץ ו/או אן סוצ'יו
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, ת"א 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

נגד

1. שר האוצר
2. שר המשפטים
ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים
3. הכנסת
ע"י היועץ המשפטי, הכנסת, ירושלים

עתירת למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע, כי החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 בטל.

1. עניינה של עתירה זו הוא בשאלת חוקתיותו של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011 (להלן - חוק החרם). החוק מגדיר "קריאה לחרם" כקריאה מכוונת ופומבית להימנעות מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינה, למוסד ממוסדותיה או לאזור הנמצא בשליטתה. הגדרות החוק נתונות לפרשנות רחבה, אך ברור כי תכליתו היא לפגוע ביוזמות לחרם פוליטי, תרבותי ואקדמי ככלי למאבק בלתי אליים במדיניות הכיבוש ו/או במדיניות ההפליה כלפי המיעוט הערבי בישראל. לפיכך, החוק מכוון כלפי פרסומם של ביטויים פומביים מסוימים אשר יהיו צפויים להיכנס לגדר החוק בגלל תוכנם הפוליטי.
 2. הלכה למעשה, חוק החרם מאפשר להטיל סנקציות על מי שקורא להימנע מרכישת מוצרים מההתנחלויות או להימנע מלהגיע לאירועי תרבות המתקיימים שם. כל קריאה להחרים גוף ממשלתי, עסק ממשלתי ואפילו כל גוף או עסק "ישראלי" יכולה להוביל לתביעה ולהטלת פיצוי משמעותי.
 3. חוק החרם מוסיף לעולה האזרחית הנ"ל גם סנקציות כלכליות חמורות נגד תאגידים הקוראים לחרם. כמו כן, הוא "מעניש" מוסדות ציבור וגופים ציבוריים למיניהם בכך ששולל מהם כליל את הזכאות לתקציבים שונים כפי שהם מוגדרים בגוף החוק. במקרים אלה מסתפק החוק בהתחייבות להשתתף בקריאה לחרם ולא דווקא בעצם הקריאה לחרם.
 4. חוק החרם זכה לביקורות נוקבות הן טרם אישורו והן אחרי אישורו בכנסת. ארגוני החברה האזרחית, הטיחו ביקורות חריפות כנגד מהותו של החוק, ערכיו, תכליתו והפגיעה בזכויות החוקתיות באופן לא מידתי. גם בזירה הבינלאומית נשמעו ביקורות חריפות כנגד החוק, הן מטעם ארגוני זכויות בינלאומיים והן מטעם האיחוד האירופאי ואף מטעם הממשל האמריקאי. לא זו בלבד, היועץ המשפטי לכנסת הביע את עמדתו החריפה נגד החוק ולדבריו:
- "בנסיבות אלה אנו סבורים כי ההגדרה של "חרם על מדינת ישראל" בנוסח רחב זה, בצירוף העולה הנזיקית, הינן בבחינת פגיעה בליבת חופש הביטוי הפוליטי במדינת ישראל, המביאה **מרכיבים אלה** בהצעת החוק אל סף אי-חוקתיות ויתכן אף מעבר אליו." (ההדגשה במקור)
5. במהותו של החוק, פוגע הוא בזכות החוקתית לחופש ביטוי, לשוויון ולכבוד האדם. הוא מגביל את חופש הביטוי הפוליטי בשל סתירתו לדעה והשקפת הרוב במדינה ובכך מטיל "תג מחיר" על התבטאות הנוגעת לנושאים השנויים ביותר במחלוקת בחברה הישראלית, לגביהם צריך להתקיים דיון ציבורי נוקב וחופשי. בכך פוגע החוק בגרעין הקשה של חופש הביטוי הפוליטי, שזכאי להגנה החוקתית הרחבה ביותר.
 6. לתמיכה בטיעוניהם אודות הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי, מסתמכים העותרים בעתירה זו גם על משפט משווה ממדינות דמוקרטיות שונות: ארה"ב, גרמניה וקנדה. במדינות אלה נדונו חוקתיותם של חוקים והחלטות שונות הדומים לתכליתו של חוק החרם ואשר נועדו להגביל את חופש הביטוי הפוליטי של קבוצות אנשים ו/או ארגונים שונים. בתי המשפט

במדינות אלו פסלו את הפגיעה בחופש הביטוי וקבעו, כי קריאות לחרם או נקיטה בו כאמצעי למאבק בלתי אלים במדיניות ציבורית ופוליטית, מצוי בגרעין של חופש הביטוי הפוליטי הזכאי להגנה חוקתית.

7. החוק גם פוגע בזכות לשוויון בכך שהוא מגביל את חופש הביטוי של קבוצת מיעוט ופוגע בתחולה השווה של זכויות האזרח. כך למשל, הוא שולל הטבות תקציביות וכלכליות הגורמות לפגיעה כלכלית בקוראי החרם על ידי מניעת השתתפותם במכרזים ציבוריים והוא גם שולל את זכאותם של תאגידי לקבלת זיכוי ממס בשיעור 35% עבור התרומות המתקבלות ע"י התאגיד – והכל על רקע השקפתם הפוליטית והאידאולוגית בדבר הקריאה לחרם. כל זאת בניגוד לתכליתם הדומיננטית של דיני המכרזים, דיני המסים וחוקי התקציב, המתבססת על עקרון איסור ההפליה ומתן הזדמנות שווה לכל.

8. החוק פוגע אף בזכות לכבוד בכך שהוא מייחס ערך שלילי לאידאולוגיה מסוימת ומטיל סנקציות בגינה. החוק משתיק, מדכא, רודף ומשפיל את מי שעושה מעשה, המהווה ביטוי פוליטי מובהק ובכך פוגע בזכות לכבוד. כאשר המדינה מתירה לפעול נגד אדם בשל השקפותיו הפוליטיות היא משדרת את המסר החמור, לפיו בשל עמדותיו הפוליטיות, לאותו אדם פחות ערך בעיני המדינה, ולמרבה הצער עמדותיו אינן ראויות לכיבוד ולשמירה בידי המדינה.

9. תכליתו של חוק החרם אינה לתכלית ראויה במדינה דמוקרטית בהיותה תכלית ענישתית המבקשת להטיל סנקציות בגין התבטאויות פוליטיות על בסיס תוכן ובמיוחד כאשר ביטויים אלה נמצאים בלב המחלוקת הציבורית והפוליטית בישראל. החוק קובע את הקריאה לחרם כעוולה אזרחית ומאפשר ריבוי של תביעות וזאת בהעדר צורך בהצבעה על ניזוק ספציפי ובהעדר הגדרה לנזק, שכן הוכחת העוולה אינה מותנית בהוכחת הנזק. החוק אף מטיל פיצוי עונשי ובכך נהפכת עוולה זו לעוולה האזרחית היקרה ביותר. לכן חוק זה סותר גם את התכליות והעקרונות הבסיסיים של דיני הנזיקין המחייבים קונקרטיזציה וקשר סיבתי בין המזיק, הניזוק והנזק.

10. יודגש, כי חוק החרם מטיל סנקציות על קריאה לחרם, כשהן הקריאה עצמה והן פעולת החרם הן פעולות חוקיות לחלוטין, וזאת בניגוד לסנקציות בשל קריאה לביצוע פעולות בלתי חוקיות ופליליות כגון הסתה לאלימות או אי ציות וכיוצא, שם עצם הקריאה הינה בלתי חוקית. על כן הסנקציות מוטלות על הבעת עמדה פוליטית ועל הניסיון לשכנע בנכונות עמדה זו ובכך החוק מנוגד לערכי הדמוקרטיה הבסיסיים המחייבים לאפשר השמעת שלל העמדות הפוליטיות כחלק מחופש הביטוי.

11. בסופו של דבר, ובשל הסנקציות החריפות שחוק החרם מטיל על ביטויים פוליטיים כאמור בעתירה זו, נוצר "אפקט מצנן" המרתיע מראש את כל מי שמבקש לעשות שימוש בדרכי שלום באמצעי החרם להבעת עמדה פוליטית הנוגדת את מדיניות הממשלה שהיא כלשעצמה מצויה במחלוקת ציבורית ואידאולוגית בקרב הציבור. אפקט מקפיא זה לביטויים פוליטיים מצדיק הכרעה בעתירה אף אם טרם הופעל החוק הלכה למעשה.

== ראו תצהיר מטעם גב' מחאסן ראבוס, רכזת כללית שותפה אצל העותרת מס' 1 אודות האפקט המצנן הנגרם לעותרת מס' 1 כתוצאה מאישור החוק, מסומן ת/2.

12. העותרים יטענו כי נגד חוקתיות חוקם החרם הוגשו שלוש עתירות נוספות שמספרן בג"ץ 5239/11, 5392/11 ו- 5549/11 שהינן תלויות ועומדות בפני בית המשפט הנכבד. העותרים כאן מבקשים שבית המשפט הנכבד יורה על **איחוד הדיון של כל העתירות** הנ"ל, לרבות עתירה זו.

העותרים

13. העותרת מס' 1, **קואליציית נשים לשלום**, הינה עמותה פמיניסטית, והיא מאגדת נשים ממגוון קבוצות האוכלוסיה ופועלת בדרכי שלום לסיום הכיבוש וליצירת חברה צודקת, להרחבת מעורבותן והשתתפותן של נשים בשיח הציבורי ולפיתוח והטמעה של שיח פמיניסטי בכל זירות החברה. במהלך פעילותה למדה העותרת מס' 1 שפעילותם העסקית של גופים שונים במשק הישראלי והעולמי מונעת על ידי פירותיו הכלכליים של הכיבוש ואולם לחברה האזרחית כוח ויכולת להשפיע עליהם וזאת בדרך של מאבק בלתי אלים במטרה לגרום להם לשנות את מדיניותם, לכבד את החוק הבינלאומי ולחדול מהפרת זכויות אדם. לצורך כך פיתחה העותרת מס' 1 פרויקט מחקר שכותרתו "מי מרוויח מהכיבוש?", המציע מאגר נתונים ייחודי על מעורבותם העסקית והכלכלית של חברות מסחריות, ישראליות ובינלאומיות, המרוויחות מהכיבוש הישראלי בשטחים הפלסטיניים וברמת הגולן. בנוסף העותרת מס' 1 הצטרפה לקריאות לחרם נגד מוצרים, המיוצרים בהתנחלויות שבשטחים הכבושים, ולהימנעות מהשקעות ומשיתוף פעולה עם גורמים הנהנים במישרין או בעקיפין מפירות הכיבוש.

14. העותרת מס' 1 הזמינה חוות דעת משפטית אודות הסוגיות החוקתיות אותן מעלה הצעת החוק מאת עו"ד מיכאל ספרד אשר הוגשה לעותרת מס' 1 בחודש נובמבר 2010 והעתק ממנה נשלח לחברי וועדת החוקה, חוק ומשפט בטרם ההצבעה על החוק בקריאה ראשונה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שהתקיימה בתאריך 26.2.11.

== רצ"ב העתק מחוות הדעת של עו"ד מיכאל ספרד מתאריך 8.11.10 מסומנת ע/1.

15. העותרת מס' 2, **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל**, באמצעות היו"ר שלה מר מוחמד זידאן, הינה גוף ציבורי המאגד את כל נבחרי הציבור הערבי ובכלל זה את חברי הכנסת הערבים מטעם הרשימות הערביות כולל חדי"ש, ראשי הרשויות המקומיות הערביות, ונציגי תנועות פוליטיות חוץ פרלמנטריות. העותרת עוסקת בכל הסוגיות הנוגעות לאוכלוסיה הערבית בישראל מול רשויות המדינה והיא נחשבת בקרב הציבור הערבי בישראל בתור הגוף הציבורי העליון של האוכלוסיה הערבית בישראל. מאז הקמתה התנגדה העותרת מס' 2 באופן נחרץ לכיבוש הישראלי של השטחים שנכבשו בשנת 1967. היא שבה והצהירה, כי הכיבוש פוגע בזכות העם הפלסטיני להגדרה עצמית; כי מפעל ההתנחלות מנציח את הכיבוש ומנשל את הפלסטינים מאדמותיהם; כי רוב ההנהגה הפוליטית של מפעל זה תומכת בחוקים מפלים נגד האזרחים הערבים בישראל וכי האזרחים הערבים לא ישיגו שוויון מלא במדינת ישראל כל עוד הכיבוש נמשך. לכן הצטרפה העותרת מס' 2 לקריאה להחרמת כלכלת ההתנחלויות, אותה היא רואה כאמצעי לגיטימי

למאבק בלתי אלים למען סיום הכיבוש מחד גיסא ולמאבק למניעת פגיעה במעמדם של האזרחים הערבים בישראל מאידך גיסא.

16. העותרת מס' 2 פנתה ביום 10.7.11, בטרם אישורו של החוק בקריאה שנייה ושלישית, אל יו"ר הכנסת, שר האוצר ושר המשפטים בדרישה להתנגד להצעת החוק.

== רצ"ב העתק פניית העותרת מס' 2 אל יו"ר הכנסת, שרי האוצר והמשפטים והיועץ המשפטי לממשלה מתאריך 10.7.11, מסומן ע/2.

17. העותר מס' 3, **מרכז ירושלים לסיוע משפטי וזכויות אדם**, החל לפעול בשנת 1974 כמרכז לסיוע משפטי עבור הפלסטינים בשטחים הכבושים כחלק מהמרכז לסיוע משפטי של הקוויקרים ובשנת 1997 התאגד כעמותה, שמשרדיה נמצאים בירושלים המזרחית וברמאללה. מאז היווסדו פועל העותר מס' 3 לקידום זכויות האדם של הפלסטינים בשטחים הכבושים וזאת בהתבסס על המשפט המקומי, המשפט ההומניטארי ומשפט זכויות האדם הבינלאומי. בהסתמך על המשפט הבינלאומי רואה העותר מס' 3 בתושבי ירושלים המזרחית תושבים מוגנים, הזכאים להגנות המוקנות במשפט ההומניטארי, שכן סיפוחה החד צדדי של ירושלים המזרחית על ידי ישראל אינו מוכר במשפט הבינלאומי ואינו משנה את מעמדה הבינלאומי כשטח כבוש וכי הם רשאים להתנגד לכיבוש בדרכי שלום. על כן, וכחלק ממאבק לגיטימי, בלתי אלים בדרכי שלום כנגד הכיבוש, הצטרף העותר מס' 3 לקריאה לחרם על כלכלת ההתנחלויות. לקריאה זו שותפים כמעט כל הארגונים הפלסטינים בירושלים ובגדה המערבית.

18. העותרים 4-9 הינם ארגוני זכויות אדם, המאוגדים כעמותות בישראל והפועלים בין היתר למימוש זכויות האדם והשוויון בין האזרחים בישראל.

החוק נשוא העתירה

19. ביום 13.7.11 התפרסם ברשומות החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: "החוק"). החוק יוצר עולה נזיקית חדשה, המאפשרת לאדם או לתאגיד שניזוק מחרם שהוטל עליו, מחמת זיקתו למדינת ישראל או לאזור הנמצא בשליטתה, לתבוע פיצויים שאינם תלויים בנזק ופיצויים בשל נזק שנגרם בפועל למושא החרם. החוק מסמיך את שר האוצר להגביל את השתתפותם של גופים, שהתחייבו להשתתף בחרם, במכרזים שנערכים לפי חיקוק. עוד מסמיך החוק את שר האוצר להתקין תקנות, המטילות סנקציות מינהליות ותקציביות על ארגונים השותפים לקריאה לחרם.

20. סעיף 1 לחוק מגדיר חרם על מדינת ישראל בזו הלשון:

"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."

21. בהגדרה רחבה זו, מחייב החוק מחד כוונה ומודעות בפועל לקריאה לחרם כך שהנזק הנגרם אינו יכול להיות תוצאה של התרשלות. מאידך, ההגדרה הרחבה של החרם כוללת טווח רחב של התנהגויות, והוא עלול לחול על העותרים מס' 1 עד 3. למעשה, כפי שמציינים פרופ' ברק מדינה וד"ר אילן וסבן במאמרם מיום 12.7.2011 "הגנה מן החוק", ההגדרות הרחבות של

החוק מטשטשות את הגבול שבין הטלת ספק בלגיטימיות של מדינת ישראל לבין הטלת ספק במדיניות כלשהי של ממשלתה.

המאמר המלא פורסם באתר העוקץ:

<http://www.haokets.org/2011/07/12/%D7%94%D7%92%D7%A0%D7%94-%D7%9E%D7%9F-%D7%94%D7%97%D7%95/>

22. סעיף 2 לחוק מגדיר את יסודות העוולה בזו הלשון:

"2(א) המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטיל חרם על מדינת ישראל, ועל פי תוכנה של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת חרם כאמור, והמפרסם מודע לאפשרות כאמור, עושה עוולה אזרחית והוראות פקודות 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 להטיל חרם על מדינת ישראל כמי שפעל מתוך צידוק מספיק.

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

== רצ"ב העתק החוק מסומן ע/3.

23. סעיף 3 לחוק מסמיך את שר האוצר לקבוע הוראות לעניין הגבלת השתתפותו במכרז של מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם או של מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור.

24. סעיף 4 מסמיך את שר האוצר להתקין תקנות שישללו הטבות ממי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם או ממי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור. הטבות אלו כוללות הקלות במס למוסדות ציבורי מכוח סעיף 46 לפקודת מס הכנסה שם מלא; זכאות לקבלת כספים מכוח סעיף 9 לחוק הסדר ההימורים בספורט, התשכ"ז-1967; תמיכה במוסדות ציבורי מכוח סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; ערבויות מטעם המדינה לפי חוק ערבויות מטעם המדינה התשי"ח-1958; והטבות לעידוד השקעות מכוח חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 או חוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה התשמ"ד-1984. הסעיף אינו קובע תקרה לפגיעה בתקציב של אותו גוף, אלא מאפשר שלילת מלוא התמיכה, גם אם המדובר במלוא התקציב של המוסד. כל זאת ללא קשר הכרחי להוצאות שהוצאו מכספי המדינה.

25. יוצא אם כן, סעיפים 3 ו-4 לעיל מעניקים לפוליטיקאים כוח רב להתעמרות במוסדות ציבור, לרבות ארגוני המגזר השלישי, בשל ביטויים פוליטיים. על כך כותבים פרופ' מרדכי קרמניצר ועו"ד עמיר פוקס במאמרם מיום 29.6.2011 "חוק החרם מסוכן לישראל":

"במסווה של סנקציה "מידתית", שאינה פלילית, ניתן שיקול דעת רחב לפוליטיקאים לפגוע קשות בגופים בעקבות ביטוי שהוא במובהק פוליטי.

זאת, ללא שיקול דעת של הפרקליטות האם להעמיד לדין; ללא צורך להביא ראיות מעבר לספק סביר; ללא צורך במסננת של בית משפט שיכול לצמצם את תחולת

החוק; וכן ללא מסננת של גזר דין של בית משפט שיכול לפסוק גם קנס סמלי כמחאה.

המאמר המלא פורסם באתר מעריב:

<http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/254/768.html>

ההיסטוריה החקיקתית והביקורת

26. בתאריך 11.7.11 אישרה הכנסת בקריאה שניה ושלישית את החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א – 2011 ברוב של 47 מול 38 מתנגדים. החוק פורסם ברשומות בתאריך 13.7.11.

27. על פי דברי ההסבר שצורפו להצעת החוק, מטרת החוק הינה:

"חוק זה מטרתו למנוע נזקים הנגרמים בשל תופעת החרמות המוטלות על גורמים שונים מחמת זיקתם למדינת ישראל. החרמות עלולים לפגוע בפעילות העסקית, התרבותית או האקדמית של מושא החרם, ולגרום לו נזקים כבדים, הן כלכלית והן למוניטין ולשמו הטוב."

28. בישיבת וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת אשר התקיימה בתאריך 15.2.11 הדגיש ח"כ זאב אלקין מיוזמי החוק את היבט ההגנה על מדינת ישראל מהחרמות הפוליטיות שהקריאה להן גברה בשנים האחרונות, כדלקמן:

"פעם אולי לא העלנו על דעתנו שמתוכנו יהיו מי שיובילו קמפיינים של החרמת מדינת ישראל, היום, לצערי מדובר בתופעה שהולכת ומתרחבת. אתמול זה פסטיבל אילת, שלשום או לפני חודש זו יכלה להיות אוניברסיטה ישראלית כזאת או אחרת, אחר כך הייתה חברה ישראלית, אחר כך היכל תרבות באריאל, אחר כך חברה שפועלת ביהודה ושומרון, ואין לזה גבול. פעם זה כאן ופעם זה שם, אבל התופעה הזאת, של הובלת קמפיינים של חרם על – ידי אזרחים ישראלים התופעה הזאת הולכת ומתרחבת. הגיע הזמן לשים קץ, והחוק הזה בא להגן על מדינת ישראל, לפחות בצורה מינימאלית. אזרח ישראל שפועל כנגדנו צריך לדעת שהוא יישא בתוצאות." (הדגשה אינה במקור).

עמוד 3 לפרוטוקול ישיבת וועדת החוקה, חוק ומשפט מתאריך 15.2.11 (נספח ע/4).

== רצ"ב העתק פרוטוקולי ישיבות וועדות החוקה, חוק ומשפט של הכנסת שנערכו בהליכי חקיקתו של החוק מתאריך 15.2.11 מסומן ע/4; מתאריך 28.2.11 מסומן ע/5; ומתאריך 27.6.11 מסומן ע/6.

29. הצעת החוק זכתה לביקורות רבות מצד חברי הכנסת במהלך הדיונים שנערכו בוועדות הכנסת. לא זו בלבד, אלא שיום לפני אישור החוק בכנסת, שלח היועץ המשפטי של הכנסת, עו"ד איל ינון, מכתב אל ח"כ יוחנן פלסר ובו מבהיר את עמדתו אודות חוקתיותו של חוק החרם. במכתב זה נטען, כי החוק אינו חוקתי בהיותו פוגע בלב ליבו של חופש הביטוי באמצעות הטלת סנקציה של חרם – שהינו אמצעי לגיטימי להבעת עמדה מדינית ופוליטית ואשר הוגדר בהצעת החוק באופן רחב ביותר, בכך שהקריאה לחרם מהווה עוולה אזרחית. כך נכתב:

"ואכן, חה"כ זאב אלקין, יוזם הצעת החוק, טרח רבות בניסיון למצוא נוסחה שכזאת. אולם, לדעתנו, ישנו מרכיב אחד מבין מרכיבי ההצעה הלוקה בפגם חוקתי ממשי, אשר אליו התייחסה כבר במהלך הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט, המשנה ליועץ המשפטי לכנסת והיועצת המשפטית לוועדה, גב' סיגל קיגונט. נפרט:

2. מעבר לשורה של סנקציות שנקבעו בהצעת החוק, אשר הפעלתן תלויה בשיקול הדעת של שר האוצר ושרים נוספים, ההצעה מוסיפה עוולה נזיקית, שאכיפתה נתונה בידי כל אדם....

3. עוולה זו, 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 שטח יהודה ושומרון ייחשבו למעשה פסול המצדיק תשלום פיצויים.

כפי שציננה היועצת המשפטית לוועדה בדבריה לוועדה: "... יש הבדל בין כל הנימוקים האלה, בין המטרייה של הנימוקים שמדברים על פגיעה במדינה או על פגיעה באזרח בהיותו אזרח ישראלי לבין להחיל את כל מטריית הנימוקים האלה של ויכוח פוליטי, בשעה שחרם נחשב כלי לגיטימי גם כשמדובר בנימוקים ערכיים. כמו שמדובר על חרם בגלל אי-קיום דיני עבודה, חרם בגלל אי-קיום דיני דת, גם יש חרם, שכשלעצמו יכול להיות כלי לגיטימי בגלל מאבקים מדיניים או פוליטיים. וכאן מוציאים מהשיח את הוויכוח, כלומר, מוציאים מהלגיטימיות באמצעות תשלום פיצויים את הוויכוח. וזה הבדל מאוד גדול בין חרם נגד המדינה ואזרח המדינה ובין חרם בגלל זיקה לאזור המצוי בשליטתה. זה הקושי המרכזי החוקתי שיש בעוולה הזאת. אני חושבת שחברי הכנסת צריכים להביא את זה בחשבון." (עמ' 61 לפרוטוקול הדיון מיום 27.6.11).

5. בנסיבות אלה אנו סבורים כי ההגדרה של "חרם על מדינת ישראל" בנוסח רחב זה, בצירוף העולה הנזיקית, הינן בבחינת פגיעה בליבת חופש הביטוי הפוליטי במדינת ישראל, המביאה מרכיבים אלה בהצעת החוק אל סף אי-חוקקיות ויתכן אף מעבר אליו. (ההדגשה במקור)

== רצ"ב מכתבו של עו"ד איל ינון אל חה"כ יוחנן פלסר מתאריך 10.7.11, מסומן ע/7.

30. ארגוני זכויות האדם הביעו אף הם התנגדות לאישור החוק ופנו לרשויות הרלוונטיות בדרישה שלא לאשרו בהיותו פוגע בזכויות חוקתיות באופן בלתי מידתי. בתאריך 7.9.10 פנתה העותרת מס' 4 אל חה"כ דוד רותם, יו"ר וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת וכן לחברי הוועדה ובו קראה לחברי הוועדה להתנגד להצעת החוק בהיותה פוגעת בחופש הביטוי, המחאה וההתארגנות של אזרחי ותושבי המדינה המבקשים למחות על מה שנתפס בעיניהם כעוול חברתי או פוליטי וזאת במיוחד כאשר החרם מתבצע בדרכי שלום.

== רצ"ב העתק פניית העותרת מס' 4 אל וועדת החוקה, חוק ומשפט מתאריך 7.9.10 מסומנת

ע/8.

31. בתאריך 11.7.11 פנו העותרים מס' 1, 5 ו-9 אל יו"ר הכנסת חה"כ ריבלין, שר המשפטים פרופ' יעקב נאמן ושר האוצר מר יובל שטייניץ בדרישה שלא לפעול לאישורה של הצעת החוק. בפניה זו הודגשה הפגיעה בזכויות החוקתיות לרבות אלו של תושבי מזרח ירושלים שהחוק יחול עליהם וזאת בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי. עבור תושבי מזרח ירושלים, הצעת החוק תייצר מצב אבסורדי שבו תושבי השטח הכבוש ע"י המדינה יאלצו לשתף פעולה עם הכח הכובש וזאת בניגוד לאיסור הברור הקבוע בדין הבינלאומי. בתשובה לפניה זו ציין יו"ר הכנסת מר ראובן ריבלין, כי עוד בהליכי החקיקה של הצעת החוק הביעו גורמים במשרד המשפטים ובכנסת את עמדתם אודות הקשיים החוקתיים שהצעת החוק מעוררת אך בשל הגשת עתירה כנגד חוקתיות החוק לאחר אישורו, נתונה ההכרעה כעת בידי בג"ץ.

== רצ"ב העתק פניית העותרים מס' 1, 5 ו-9 מתאריך 11.7.11 מסומנת ע/9 וכן מכתב התשובה מאת יו"ר הכנסת מתאריך 24.7.11, מסומן ע/10.

32. הצעת החוק לוותה בביקורות קשות גם מקרב ארגונים מקומיים ובינלאומיים כאחד. המכון הישראלי לדמוקרטיה פנה בתאריך 13.2.11 אל יו"ר וועדת החוקה, חוק ומשפט, חה"כ דוד רותם בדרישה להימנע מתמיכה ואישור החוק תוך הדגשה, כי "אין מקום במדינה דמוקרטית לחוק שכזה, החותר תחת חופש הביטוי הפוליטי, במובנו הגרעיני והמוגן ביותר." פניית המכון הישראלי לדמוקרטיה הדגישה, כי:

"הצעת החוק שבנדון אינה ראויה. ההצעה פוגעת פגיעה קשה בחופש הביטוי והמחאה הפוליטית במדינה. ההצעה מגדירה עבירה רחבה ביותר, תוך שימוש במושגים עמומים, והיא אוסרת טווח התנהגויות גדול, שרובן נמצאות בגרעין הקשה של הביטוי הפוליטי. מעבר לכך, היא עלולה ליצור אפקט מצנן לגבי התנהגויות נוספות הגובלות באלה המוגדרות בעבירה, ובכך להעצים עוד את הפגיעה בחופש הביטוי. כמו כן, ההצעה משתמשת בטכניקה של ענישה רטרואקטיבית שאין לה מקום במדינה דמוקרטית, המכבדת את עקרונות החוקיות."

== רצ"ב העתק פניית המכון הישראלי לדמוקרטיה מתאריך 13.2.11 מסומן ע/11.

33. ביום 14.7.2011 התפרסמה עצומתם של 36 פרופסורים למשפטים נגד החוק. להלן נוסח העצומה, שנשלחה ליועץ המשפטי לממשלה:

"אנו פרופסורים למשפטים במוסדות ההוראה בישראל קראנו בקפידה את החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011. אנו משוכנעים ללא צל של ספק כי חוק זה איננו חוקתי באשר הוא פוגע אנושות בחופש הביטוי הפוליטי ובזכות המחאה בישראל פגיעה שיש בה כדי לפגוע בכבוד האדם.

ניבה אלקין קורן; דוד אנוך; מיכאל בירנהק; איל בנבנשיתי; חנינה בן מנחם; צילי דגן; חיים גנז; מירי גור אריה; עמנואל גרוס; אייל גרוס; חנוך דגן; משה הירש; אלון הראל; נטע זיו; עלי זלצברגר; אסף חמדני; רון חריס; עמרי ידלין; יונתן יובל; פניה עוז-זלצברגר; משה אליה כהן; אסף לחובסקי; מנחם מאוטנר; גיא מונדלק; סיליה פסברג; אריאל פורת; אוריאל פרוקצ'יה; אלון קלמנט; מיכאל קריאני; רועי קרייטנר; קלוד קליין; מרדכי קרמניצר; יורם רבין; פרנסס רדאי; יורם שחר; יובל שני."

ראו: <http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.1180334>

34. האיחוד האירופי הביע דאגה לחופש הביטוי של אזרחי ישראל בעקבות חקיקת החוק. מחלקת המדינה בארה"ב פרסמה הודעה חריגה, לפיה חופש ההתארגנות וההפגנה הם ערכים דמוקרטיים מהותיים, שארה"ב וישראל חלקו לאורך ההיסטוריה.

הדיווח על תגובת מחלקת המדינה והליגה נגד השמצה כפי שפורסם באתר הארץ:

<http://www.haaretz.com/news/diplomacy-defense/u-s-on-israeli-boycott-law-freedom-to-protest-is-a-basic-democratic-right-1.372884>

הדיווח על עמדת האיחוד האירופי כפי שפורסם באתר NRG מעריב:

<http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/259/715.html>

35. גם הארגון הבינלאומי Human Rights Watch הוציא בתאריך 13.7.11 הודעה לפיה, באישור החוק הנ"ל, פגע המחוקק הישראלי בזכות החוקתית לחופש הביטוי כאשר פגיעה זו מכוונת במיוחד כנגד ארגוני החברה האזרחית. לטעם הארגון הצעת החוק הינה ניסיון ישיר וברור לחסום דיון ציבורי ובלשון הארגון:

"Whatever one thinks about boycotts, a law that punishes peaceful advocacy in opposition to government policies is a bald-faced attempt to muzzle public debate... This law attacks Israeli civil society and will turn back the clock on freedom of expression and association."

== רצ"ב הודעת ארגון Human Rights Watch מתאריך 13.7.11 מסומנת ע/12.

36. קואליציה נוספת של ארגוני זכויות בינלאומיים הכוללת את APRODEV, The Observatory for the Protection of Human Rights Defenders, Euro-Mediterranean Human Rights Network, Quaker Council for European Affairs, Frontline – Protection of Human Rights Defenders, the International Federation for Human Rights, הביעו את ביקורתם החדה נגד החוק בהיותו ניסיון בלתי מקובל להשתקה והגבלת פעילות החברה האזרחית בישראל. בהודעה הנ"ל פנתה קואליציית הארגונים לאיחוד האירופאי ודרשה ממנו לגנות בפומבי את הצעת החוק ולהגן על הזכויות החוקתיות בישראל, ביניהם חופש הביטוי וההתאגדות של ארגוני החברה האזרחית. הודעת גינוי דומה נגד הצעת החוק פורסמה מטעם הארגון הבינלאומי "ARTICLE 19", אשר עיקר פעילותו ועיסוקו הוא בהגנה על חופש הביטוי ברחבי העולם.

== רצ"ב העתק הודעת הקואליציה מתאריך 15.7.11 מסומנת ע/13 וכן רצ"ב העתק הודעת ארגון "ARTICLE 19" מתאריך 21.7.11, מסומנת ע/14.

הטיעון המשפטי

הפגיעה בזכויות חוקתיות

37. כפי שיפורט להלן, החוק פוגע בחופש הביטוי לרבות חופש ההתאגדות, בחופש העיסוק, בזכות לשוויון ובזכות לכבוד, והכל כמפורט להלן:

הפגיעה בחופש הביטוי, ההתאגדות והעיסוק

38. חופש הביטוי הינו מהזכויות הראשונות שהוכרו על ידי בית משפט העליון כזכות יסוד והוא הוכר בפסיקה לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כזכות חוקתית (בג"ץ 2557/005 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל** (12.12.06), פיסקה 13 סיפא לחוות דעתו של הנשיא ברק). תוכנו של חופש הביטוי "משתרע על כל דרך וצורה של ביטוי כאשר "ביטוי" כולל בחובו כל פעילות המבקשת להעביר מסר או מובן – הוא משתרע על ביטוי פוליטי, ספרותי או מסחרי." (בג"ץ 4804/94 **חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד נ(5) 661, 673 (1997); וכן ראו: בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נגד היועץ המשפטי לממשלה** (פסק דין מיום 20.8.89) (להלן: "עניין המפקד הלאומי").

39. אין ספק, כי חוק החרם מכוון בראש ובראשונה נגד קבוצת הפעילים, שהינה קבוצת מיעוט במדינה, המבקשת לקרוא תיגר פומבי על מדיניות הממשלה בעיקר בסוגיית הכיבוש ומפעל ההתנחלויות. בית המשפט דן במספר פעמים בסוגיית הגבלת חופש הביטוי של קבוצות מיעוט, שעמדותיהן ניצבו בקצוות הקשת הפוליטית ואשר איתגרו את העמדות הפוליטיות הרווחות. עמד על כך השופט מצא בבג"ץ 2888/97 **נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פ"די נא(5) 193, 201 (1997): "...חופש הביטוי נועד להגן לא רק על דעות מקובלות ואהודות, המושמעות בתנאים של שלוה וביישוב הדעת, אלא גם – ובכך עיקר מבחנו של חופש הביטוי – על דעות חריגות, מקוממות ומכעיסות, המושמעות על רקע מאורעות מסעירים ובסגנון בוטה וצורם".

40. בפסיקה עניפה פסל בית המשפט העליון הגבלות שהוטלו על חופש הביטוי למרות הטענות שהועלו בדבר הפגיעה בקונצנזוס הציבורי, בלכידות החברתית, ברגשות הציבור או ביחסי החוץ של מדינת ישראל. כך למשל ביטל בג"ץ את החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לפסול תשדיר תעמולה מטעם רשימה ערבית, שכלל את הדגל הפלסטיני (בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16**, פ"ד נז(2) 62 (2003)). בג"ץ ביטל את החלטת עיריית ירושלים לא לאפשר הקמת תבנית בובה בדמות מנהיג אש"ף יאסר ערפאת מול הקונסוליה של ארצות-הברית עליה הוצמדו דגלים של ארצות-הברית (בג"ץ 953/89 **אינדור נגד עיריית ירושלים**, פ"ד מה(4) 683 (1991)). בג"ץ ביטל הוראה של רשות השידור שאסרה על שידור ראיונות עם פעילי אש"ף מהנימוק שאין להעניק במה לאויבי ישראל להסית נגד המדינה ואזרחיה ולפגוע ברגשות הציבור (בג"ץ 243/82 **זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד לז(1) 755 (1983)). בג"ץ ביטל החלטת המועצה לביקורת סרטים ומחזות אשר אסרה על הצגת מחזה בשל הפגיעה ברגשות הציבור עקב ההשוואה שהועלתה במחזה בין הממשל הישראלי לבין ממשל

הכיבוש הנאצי ואף נקבע, כי "במשטר דמוקרטי, קיומה או חדלונה של יצירה הוא ביטוי לכוח הפנימי הטמון בה ולא ביטוי לכוח השלטון המפקח עליה." (בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות פ"ד (מא(1) 421, 433 (1987)). בג"ץ גם ביטל את החלטת המועצה לביקורת סרטים שפסלה הקרנת סרטו של מוחמד בכרי "ג'נין, ג'נין", המתייחס לכניסת הצבא למחנה הפליטים ג'נין במסגרת מבצע חומת מגן. בג"ץ קבע, כי "אכן מסריו של הסרט "ג'נין ג'נין" כרוכים בפגיעה של ממש ברגשות חוגים רחבים של הציבור בישראל", ואולם "המועצה אינה רשאית להגביל השמעתם של ביטויים שמעיקרם הם אידיאולוגיים או פוליטיים אך משום שרשויות השלטון, חלק מהציבור או אף רובו חולקים על ההשקפות המובעות בגדרם" (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 272, 266 (2003)). ובעניין סטיישן פילם, אשר דן בחוקיות החלטת המועצה לביקורת סרטים להגביל הקרנתו של סרט "אימפריית החושים" הכולל קטעים פורנוגרפיים, נקבע כי חופש הביטוי הוא תנאי לקיומו של משטר מדיני ולא רק חברתי (עמ' 675).

41. כאמור לעיל, תכליתו הסובייקטיבית של חוק החרם היא, בין היתר, למנוע פגיעה בשמו הטוב של הנפגע מהחרם. גם פגיעה זו אינה מצדיקה הגבלת חופש הביטוי שכן הסוגיה בגינה מוטל החרם נוגעת למחלוקת ציבורית בת עשרות שנים כך שעצם הטיעון בדבר פגיעה בשם הטוב מוטלת בספק ומבחינת המבקרים של מדיניות הממשלה, אין בקריאה לחרם פגיעה כלשהי בשם הטוב בהיותה מופנית נגד מדיניות פוליטית כללית. בכל מקרה לצורך קניסת ביטויים הפוגעים בשם הטוב, קיים אמצעי חוקי אחר המיועד במיוחד – חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 - המסדיר את הדינים המיוחדים לבחינת האחריות בגין הפגיעה בשם הטוב, אחריות המזיק, סוגיית הקשר הסיבתי ומבצע את האיזונים הדרושים בין חופש הביטוי לבין שמו הטוב של הטוען לפגיעה, אותם יבדוק בית המשפט במסגרת תביעה אזרחית לפי דיני סדר הדין האזרחי ודיני הראיות הקבועים בחוק. אדם שנגרם לו נזק עקב החרם יוכל לתבוע את נזקיו במסגרת הליך זה ואין כל הצדקה חוקית ואף לא הגיונית להגבלת חופש הביטוי בגין נזק ערטילאי ובלתי ממומש. על הקשר בין החוק ולשון הרע נרחיב בפרק התכלית הלא ראוייה של החוק.

42. כמו כן, האמצעי הנוסף בו נוקט חוק החרם להגבלת חופש הביטוי הינה באמצעות שלילת הטבות תקציביות וכלכליות, הגורמות לפגיעה כלכלית בקוראי החרם ולמניעת השתתפותם במכרזים ציבוריים. הכבדה כלכלית זו אף היא פסולה ואינה עומדת במבחני הפסיקה להגבלת חופש הביטוי. בהקשר זה יפים דבריו של הנשיא ברק בעניין **מטה הרוב**, אשר דן בהתניות הכלכליות שהטילה משטרת ישראל על העותרים שביקשו לערוך הפגנה בתמיכה בתוכנית ההתנתקות מעזה :

"מדובר אפוא בפגיעה קשה, על בסיס יכולת כלכלית או על בסיס תוכן הביטוי ומידת ההתנגדות שהוא מעורר, בחופש הביטוי ובזכות ההפגנה והתלוכה. תוצאתה של פגיעה זו, מעבר לפגיעה הישירה בזכויותיהם החוקתיות של המבקשים להפגין, הינה שנפגע הדיון הציבורי. מידלדל שוק הדעות והרעיונות. נפגע האופי הדמוקרטי של המשטר. אכן, כדברי

השופט בלקמן (Bluckman), שופט בית המשפט העליון של ארצות הברית: "Speech cannot be financially burdened, any more than it can be punished or banned" (Forsyth County v. The Nationalist Movement, 505 U.S. 123, 135, 1992).

פיסקה 16 לפסק הדין של הנשיא ברק.

43. אמנם לעותרים לא ידוע על תביעות נזיקין שהוגשו על פי החוק, ואולם בכל מקרה עצם חקיקתו של החוק, שיוצר סיכון הכרוך בהתמודדות עם שורה של תביעות אזרחיות, והמשאבים שנדרשים כדי להתגונן מולן יוצרים אפקט מקפיא לביטוי פוליטי באופן המצדיק הכרעה בעתירה עוד בטרם יופעל החוק הלכה למעשה.

44. הגבלת חופש הביטוי במקרה זה פוגעת גם **בחופש ההתאגדות**. הצפה בתביעות אזרחיות בגין עוולות נזיקיות והטלת סנקציות תקציביות כמו גם הגבלת ההשתתפות במכרזים הציבוריים, יגרמו להכבדה כלכלית על העותרים מס' 1 עד 3 ועל פעילים אחרים שיפגעו מהחוק ובכך יביאו לתוצאה של שיתוק פעילותם עד כדי פירוקם. ההגבלה חמורה במיוחד בנוגע למלכ"רים, שכן סעיף 4(1) לחוק החרם שולל מהם את ההכרה כ"מוסד ציבורי" לעניין סעיף 46 לפקודת מס הכנסה. סעיף 46 הנ"ל מאפשר הלכה למעשה לתורמים לארגונים לקבל זיכוי ממס בגין הכנסה מתרומות בשיעורים גבוהים המגיעים עד כדי 35% מסכום ההכנסה לצורך חישוב המס. אין ספק, כי זיכויי המס הינם אחד הכלים המעודדים ביותר לתורמים לארגוני החברה האזרחית. שלילת הזכאות מקבלת זיכוי ממס עלולה לגרום לאובדן תרומות קיימות ו/או אי קבלת תרומות עתידיות, דבר העלול להביא לפירוקם של הארגונים או לכל הפחות להכבדה חמורה על יכולת ההישרדות הכלכלית שלהם.

45. החוק גם פוגע בזכות הציבור לשמוע טיעונים מגוונים בונשאים פוליטיים בוערים, פוגע בזכות הציבור לקבל החלטות פוליטיות ודמוקרטיות לאחר שנחשפו לכל הטיעונים הרלוונטיים, פוגע בכבודם לא רק של אלה שמשתיקים אותם אלא של הציבור בכללו, אותו מכפיפים לניסיון למשטר את מחשבותיו ואת הדעות שהוא רשאי להיחשף אליהם. כאזרח חופשי, זכותו של אדם להיחשף גם לקריאות לחרם למיניהן ולקבל החלטה אוטונומית כיצד הוא רוצה לפעול. בהקשר זה החוק מתייחס לכלל הציבור כאל אנשים, אשר אינם ראויים לקבל החלטות פוליטיות אוטונומיות לאחר שמיעת כל מגוון הדעות.

46. גם הזכות החוקתית **לחופש עיסוק** נפגעת כתוצאה מהגבלת חופש הביטוי וזאת כתוצאה מהגבלת ההשתתפות במכרזים ציבוריים. החוק מתנה את ההשתתפות במכרז ציבורי מטעם המדינה בהשקפה הפוליטית והאידיאולוגית של המציע והופכת שיקולים זרים ובלתי רלוונטיים אלה לתנאי סף, החוסמים מציעים בעלי השקפה פוליטית ספציפית מלהשתתף במכרזים. התוצאה הינה הגבלה על עיסוקם של חברות וארגונים, המנוגדת לחוק יסוד: חופש העיסוק ולהלכה אשר קבעה את מעמדה והיקפה של הזכות החוקתית לחופש העיסוק (ראו: בג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 471, 441 (1994)).

47. סקירת ההלכות העיקריות שנפסקו בארצות הברית, בגרמניה ובקנדה במקרים, שבהם בתי המשפט התבקשו לפסוק פיצויים נגד הקוראים לחרם, מגלה כי במקרים כאלו בתי המשפט קבעו, כי נזקים הנגרמים מחרמות פוליטיות או בעלות מניע פוליטי אינם בני שיפוי בניזקין, וזאת בהיות ההגנה עליהם עומדת בבסיס התכלית הלגיטימית שבהגנה על הזכות לחופש הביטוי.

48. **בארה"ב** נקבע מפורשות, כי חופש הביטוי חל על פעילות לא מילולית בעלת היבט תקשורתי מטבעה, הכוללת גם חרם פוליטי.¹ בעניין **NAACP**² (הארגון האמריקאי המוביל למען זכויות האפרו-אמריקאים) נדונה האחריות בניזקין של הארגון בגין נזקים שנגרמו עקב הטלת חרם על סוחרים לבנים, אותו יזם הארגון במחוז קליפורן שבמדינת מיסיסיפי, ארה"ב. החרם נועד לגרום למנהיגים במחוז להבטיח שוויון זכויות ומימוש של עקרון הצדק לאזרחים האפרו-אמריקאים. העניין הגיע עד לבית המשפט העליון אשר קבע, כי במסגרת מימוש זכותם לחופש ביטוי, ביקשו העותרים בדרכי שלום וללא אלימות להביא לשינוי פוליטי, חברתי וכלכלי, ובהיות החרם חלק מהזכות החוקתית לחופש ביטוי המעוגן בחוקה האמריקאית, הנזקים שנגרמו עקב הקריאה וההשתתפות בחרם ראויים להגנה ולא ניתן לחייב את המחרמים באחריות על נזקי העסקים המוחרמים.

49. בעניין אחר נתבע ארגון ה-**NAACP**³ על ידי מדינת אלבמה בשל פעילות בלתי חוקית שלכאורה ניהל הארגון בשל אי עמידה בדרישות החוק במדינת אלבמה, הנוגעות למתן אישור לפעילויות של ארגונים ועסקים. המדינה טענה, בין היתר, כי אין לאשר לארגון לפעול בתוכה, בשל מעורבותו בתמיכה בחרם בלתי חוקי על מערכת התחבורה במונטגומרי ובמימון החרם. חרם זה הוטל על ידי הארגון כאמצעי להובלת שינוי המדיניות הגזענית שנקטה המדינה נגד התושבים האפרו-אמריקאים שהתגוררו בה. בית המשפט קבע, שגם אם תתקבל ההנחה המוטלת בספק של המדינה, שלפיה סירוב מאורגן לעשות שימוש בתחבורה הציבורית של המדינה כאמצעי במאבק נגד מדיניותה מהווה הפרה לחוקי המדינה, הפרה זו אינה יכולה להוות בסיס חוקתי לפגיעה בחופש ההתאגדות של הארגון מהנימוק שמימוש הדעות והאמונות הוא היבט בלתי נפרד מחופש הביטוי.

50. גם בעניין **הארגון הארצי לנשים בארה"ב (NOW)**⁴ הגן בית המשפט לערעורים בארה"ב על הזכות לקריאה ולהשתתפות בחרם פוליטי, שגרם הפסדים כלכליים לבעלי עסקים במדינת מיזורי. במקרה זה אירגן NOW קמפיין להחרמת המדינות שטרם אישרו את התיקון לחוק שוויון זכויות (Civil Rights Act) כאשר החרם כלל הימנעות מעריכת כנסים במדינות אלו, וכך נגרמו נזקים כספיים למלוונות ולמסעדות שיכלו להעניק את השירות במסגרת כנסים אלו. המדינה טענה כי החרם הוא שילוב של קונספירציה

¹ *Kids Against Pollution v. California Dental Association*, 108 Cal. App. 4th 1003, 1024 (Cal. Ct. App. 2003).

² *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982).

³ *NAACP v. Alabama ex rel. Flowers*, 377 U.S. 288 (1964).

⁴ *State of Missouri v. Nat'l Org. for Women, Inc.*, 620 F.2d 1301 (8th Cir. 1980)

וקומבינציה להגבלת הסחר אשר גרמו נזקים כלכליים ללא כל צידוק. בית המשפט לערעורים במדינת מיזורי קבע, כי הקמפיין לא היה בלתי חוקי והואיל והוא מכוון נגד המדינה בתור יריבה פוליטית, אזי הפעילות הנ"ל מוגנת בהיותה חלק מחופש הביטוי המעוגנת בחוקה.

51. **בקנדה** העניק בית המשפט הגנה חוקתית לחרם, שיזם ארגון הפועל לקידום ולמימוש זכויות השבת האינדיאני לוביקון במחוז אלברטה בקנדה.⁵ ארגון ידידי הלוביקון קרא לחרם על חברה עסקית (התובעת), שעסקה בבניית מטחנת עצים שצפוי היה כי תמלא בעצים כרותים מהיער שגדל בשטח השבת ובכך תביא לפגיעה באיכות הסביבה באדמות השבת. בית המשפט קבע כי אכן, לחרם שהטילו הנתבעים יש השלכות כלכליות חמורות, אולם מה שעומד מאחורי החרם הוא חשיפת סוגיה ציבורית והצגת תרומתה של התובעת להגברת הפגיעה בזכויות חברי השבת ואף ניסיון לשינוי עמדתה של התובעת. בית המשפט הקנדי סיכם וקבע, כי חרם פוליטי ופעילויות שהצביעו על אנשים הממשיכים לנהל עסקים עם החברה הפוגעת הינם חוקיים בחברה דמוקרטית, המציבה את חופש הביטוי כערך עליון.

52. **בגרמניה** דן בית המשפט החוקתי בעתירתו של **לותר (Luth)**,⁶ שהיה פעיל באגודה להבנה הדדית בין נוצרים ליהודים. בהיותו נשיא מועדון המבורג לעיתונות, הוא נאם לפני מפיצי ומפיקי סרטים וקרא להחרים את סרטו החדש של במאי הסרטים הרלן שנודע בעבר בתמיכתו בדעות נאציות. בעקבות קריאתו של לותר לחרם, פנו מפיצי הסרט לבית המשפט האזרחי בדרישה למנוע ממנו לקרוא להחרמת הסרט. בערכאות קמא נקבע שלותר ביצע עוולה אזרחית, אך בית המשפט החוקתי קיבל את עתירתו והגן על זכותו לקרוא לחרם בהיותה חלק משיח ציבורי פתוח בנושאים הקשורים לחיים הציבוריים במדינה. חשיבותו החוקתית של פסק הדין זה מתבטאת בקביעתו לגבי היקף תחולת המשפט החוקתי על המשפט הפרטי, לפיה פרשנותם של חוקים במשפט הפרטי תהיה ברוח השמירה על זכויות האזרח כך שהיקף זכות יסוד ספציפית תחול על כל תחומי המשפט.

53. הנה כי כן, גם במשפט המשווה ההגבלה על זכויות היסוד ובראשן חופש הביטוי הפוליטי למען השמירה על אינטרסים כלכליים, עסקיים ומוניטין לא התקבלה כהגבלה לגיטימית, המשרתת תכלית ראויה במדינה דמוקרטית.

הפגיעה בזכות לשוויון

54. האבחנה שהחוק מבצע בין מקבלי תמיכות והטבות על רקע השקפה חברתית או פוליטית אינה רלוונטית כלל ועיקר לצורך קבלת ההטבה והיא מאבחנת באופן פסול בין קבוצות המבקשות תמיכה מהמדינה שאין ביניהן כל שוני רלוונטי. לכן הגבלת חופש הביטוי על בסיס השקפה פוליטית ותוכן מביאה הלכה למעשה **לפגיעה** בזכות החוקתית לשוויון. הזכות לשוויון הוכרה ע"י בית המשפט העליון כזכות חוקתית בהיותה כלולה בזכות החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 6427/02 **התנועה**

⁵ *Re Daishowa Inc. v. Friends of the Lubicon Et Al.*, 39 O.R. (3d) 620, (Ont. Rep. 1998).

⁶ BVerfGE 7, 198 (1958)

לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פסק דין מתאריך 11.5.06); בג"ץ 7053/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (פסק דין מתאריך 14.5.06); בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (פסק דין מתאריך 21.2.12).

55. בעניין **המפקד הלאומי** הודגשה שוב חשיבותה של דוקטרינת ההגנות, שהפכה לחלק מהמשפט המקובל נוסח ישראל, ולפיה יש לאפשר פרסום שווה למכלול הרעיונות והדעות השונות במטרה להעניק הזדמנות ראויה ושוויונית למגוון הדעות בחברה דמוקרטית (פיסקה 40-42 לפסק דינה של השופטת נאור בעניין **המפקד הלאומי**). החוק מאפשר הלכה למעשה פרסומים לחרמות פוליטיים, התואמים את ההשקפה הפוליטית של הרוב בכנסת (כמו למשל, התנגדות לתוכנית ההתנתקות מרצועת עזה), ואוסר על חרמות פוליטיים שנוגדים את השקפת הרוב (כמו למשל קריאה להפסקת פרויקט ההתנחלויות). אבחנה זו פוגעת בזכות לשוויון ומהווה הפליה פסולה נגד ביטויים מטעים קבוצות המיעוט. חשוב להדגיש בהקשר זה, כי פסק דין **המפקד הלאומי** אישר בסופו של דבר את הגבלת הביטוי הן בשל אי התאמת הביטוי לתכלית המסחרית של תשדירי הפרסומות והן בשל הפגיעה בזכות לשוויון. נקבע, כי יש להגביל את פרסום הביטוי הפוליטי במסגרת תשדירי הפרסומת דווקא על מנת לשמור על השוויון. לעומת זאת במקרה של חוק החרם ההיפך הוא הנכון, הגבלת הביטוי הפוליטי תגרום לפגיעה בזכות לשוויון. כך נקבע בעניין **המפקד הלאומי** לגבי הקשר בין הזכות לשוויון לבין מימוש חופש הביטוי והצורך לעיתים בהגבלת חופש הביטוי:

"בעוד שלעיתים קרובות יושג השוויון על ידי הסרת חסמים בפני ביטויים בפורומים בהם הנגישות לקהל הביטוי היא גדולה והביטוי בהם הוא אפקטיבי (ראו והשוו: עע"מ 3307/04 קול אחר בגליל נ' המועצה המקומית משגב (פורסם בנבו), מיום 4.4.2005), לעיתים, באופן פרדוקסלי לכאורה, תידרש דווקא פעולה מגבילה על מנת להבטיח את השוויון המהותי בין הביטויים הפוליטיים. גישה זו נסמכת במישור העיוני על התיאוריה הדמוקרטית של חופש הביטוי (דיין-אורבך 388-391, 395-404), על חשיבות עקרון השוויון (גיא פסח "משאבי ביטוי – קווים לדמותם ומתווה להקצאתם" **שקט, מדברים! התרבות המשפטית של חופש הביטוי בישראל** 299, 333, 353-354 (מיכאל בירנהק עורך, 2006)) ועל תפקידה של התקשורת כפועלת ב"מתחם ציבורי" (פסח הבסיס העיוני 970-974):

"פרדיגמת השיח... רואה באופן חיובי דרגה מסוימת של הסדרה שלטונית בתחום התקשורת והביטוי... מעורבות כזו נתפסת כהכרחית כדי להבטיח שיח וסביבת ביטוי נאותים מבחינת דרגת הביזור, הגיוון וריבוי הדעות והמידע" (פסח משאבי ביטוי 330).

פסקה 44 לקביעת השופטת נאור.

56. למעשה החוק מבקש ליצור קשר בין מימון למימוש חופש הביטוי תוך התעלמות מהזכות לשוויון. על חשיבות השוויון בין בעלי השיח הפוליטי וסוגיית הממון עמד גם הנשיא ברק:

"קביעת 'תג מחיר' למימושה של זכות משמעותה פגיעה בזכותם של אלה שאינם יכולים לעמוד במחירה"

עניין **מטה הרוב**, פיסקה 16 לפסק דינו של הנשיא ברק.

57. ראשית, חוק החרם יביא לשלילת הזכאות של מלכ"רים לקבלת זיכוי ממס עבור התרומות המתקבלות, וזאת כפי שנקבע בהוראות סעיף 46 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש). מעבר לפגיעה בחופש ההתאגדות, שלילת הטבה זו – זיכוי ממס מהכנסה מתרומות בשיעורים המגיעים לכדי 35% – פוגעת בזכות לשוויון. בהקשר דומה לעניין הפגיעה בזכות לשוויון הורה בג"ץ לאחרונה על ביטול תיקון מס' 146 לפקודת מס הכנסה, אשר הקנה הטבות בבחינת פטורים ממס הכנסה ליישובים באופן אשר הדיר והפלה היישובים הבדואים בנגב ומבלי להישען על קריטריונים שוויוניים, ברורים וחד משמעיים (בג"ץ 6901/05 נסר נ' שר האוצר, החלטה מיום 15.9.10).

58. שנית, ההגבלה המוטלת מכח חוק החרם על השתתפות במכרזים ציבוריים, המתפרסמים מכח חוק חובת מכרזים, התשנ"ב-1992 יוצרת הפליה המנוגדת לחוק חובת מכרזים עצמו. סעיף 2(א) לחוק חובת מכרזים מחייב מתן הזדמנות שווה למשתתפי המכרז וסעיף 2(ב) לאותו חוק קובע מפורשות, כי עורך מכרז לא יפלה בין המציעים, בין היתר על רקע לאום, דת והשקפה או חברות במפלגה, וזו לשון הסעיף:

"לא יפלה עורך המכרז בין מציעים מחמת מוגבלות, מין, נטיה מינית, מעמד אישי, הורות, גזע, דת, לאומיות, ארץ מוצא, השקפה או חברות במפלגה; בסעיף קטן זה, "מוגבלות" - לקות פיסית, נפשית או שכלית כמשמעותה בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998."

59. פסיקת ביהמ"ש העליון הדגישה את חשיבות יישומה של הזכות לשוויון במכרזים ציבוריים לצורך שמירה על תחרות הוגנת בין המציעים וכן נקבע, כי לצורך השגת אינטרס ציבורי חשוב הנוגע ליעילות המינהל וחיסכון בכספי הציבור יש להתחשב באיכות ההצעה, מחירה ותנאיה. השקפה פוליטית מעולם לא נחשבה כאחת הקריטריונים הרלוונטיים למימוש אינטרס ציבורי זה. לעניין זה ראו עניין לשכת שמאי המקרקעין שם צוין:

"סעיף 2(א) לחוק חובת המכרזים, תשנ"ב-1992, קובע כי חובתה של הרשות המינהלית לקיים "...מכרז פומבי הנותן לכל אדם הזדמנות שווה להשתתף בו". בכך מיישם המכרז הציבורי את עקרון היסוד בדבר הזכות לשוויון. כמו כן נועד המכרז הציבורי להגשים אינטרס חשוב אחר, שעניינו יעילות המינהל וחיסכון בכספי ציבור. מבחינה זו אמור המכרז להעניק לרשות את מרב היתרונות בכל הנוגע לאיכות ההצעה, למחירה ולתנאיה באמצעות מנגנון התחרות, שהינו לב לבו ועיקר תמציתו של המכרז (ראו: ע"מ 1966/02 המועצה המקומית מגיאר נ' אבראהים; בג"ץ 368/76 גוזלן נ' המועצה המקומית בית-שמש (להלן – עניין גוזלן), בעמ' 511; ג' שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (להלן – שלו חוזים ומכרזים), בעמ' 161). הנחת הבסיס בהקשר זה היא כי "תחרות הוגנת בתנאי שוויון" (ראו בג"ץ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר-החקלאות, בעמ' 27) תעמיד לבחירת עורך המכרז את ההצעות המיטביות האפשריות, אולם יש שאינטרסים של יעילות וחיסכון מתנגשים בהגשמה מלאה ושלמה של עקרון השוויון. או אז נדרשת הרשות המינהלית לאזן ביניהם (על שאלת האיזון בין עקרון השוויון לאינטרס היעילות ראו: שלו חוזים ומכרזים, בעמ' 163; ע"א 6283/94 "מנורה" איזי אהרון בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון, בעמ' 26).

ע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(3) 293, 301 (2004).

60. שלישית, חוק החרם שולל ממי שקוראים לחרם או מתחייבים להשתתף בו את הזכאות לקבל כספים בהתאם לחוק להסדר ההימורים בספורט, התשכ"ז-1967. המשמעות הינה חסימת הזכאות מקבלת תקציבים ממפעל הפיס. בעניין יתח נקבע, כי מפעל הפיס הינו גוף דו מהותי כאשר חלוקת המשאבים שלו כפופה לדיני המינהל הציבורי. בנוסף, החיל בית המשפט את עקרון תום הלב על החלטות מפעל הפיס (ע"א 467/04 יתח נגד מפעל הפיס (פסק דין מיום 1.9.05)).

61. רביעית, חוק החרם שולל זכאות מקבלת תקציבים מהמדינה מכח חוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 ובכך מתיר הקצאת משאב ציבורי חשוב זה עפ"י השקפה פוליטית ואידיאולוגית שהינה זרה ובלתי רלוונטית לצורך הקצאת התקציבים מכוח החוק ומובילה לפגיעה בזכות לשוויון. פגיעה זו מנוגדת הן לסעיף 3 לחוק יסודות התקציב עצמו הקובע, כי ההקצאה תבצע באופן שוויוני והן להלכה הפסוקה אשר קבעה את מעמד הזכות לשוויון כזכות חוקתית. בעניין עדאלה קבע השופט זמיר מפורשות, כי אסור להפלות בהקצאת משאבי המדינה:

"אולם אין די בכך שחוקי המדינה מקיימים את עקרון השוויון, אלא חשוב לא פחות מכך שביצוע החוקים יהיה תואם עיקרון זה. כך לגבי כל חוק, וכך גם לגבי חוק התקציב. אכן, כיוון שחוקי המדינה מקיימים בדרך-כלל את עקרון השוויון, האיום העיקרי על עיקרון זה נובע מביצוע החוקים. האיום חמור במיוחד בביצוע חוק התקציב. מבחינה מעשית, בביצוע חוק התקציב קיימת אפשרות קלה באופן יחסי, לעתים עד כדי פיתוי, להפלות בהקצאת משאבים על-ידי רשויות המדינה, בין היתר מחמת דת או לאום. הפליה כזאת, במיוחד אם היא שיטתית, עלולה לפגוע באופן קשה ביותר לא רק באדם מסוים או בגוף מסוים, אלא גם במרקם החברתי ובתחושת השותפות שהיא תנאי לחיים ראויים בצוותא. מכל מקום, הפליה כזאת פסולה מיסודה, מבחינה מוסרית ומבחינה משפטית גם יחד."

בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 171 (2000).

ראו גם בג"ץ 9657/03 מגן דוד אדום בישראל נ' הממונה על השכר והסכמי עבודה במשרד האוצר, פ"ד נח(6) 794 (2004); בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות, פ"ד נא(4) 258, 273-274 (1997); פ"ד נד(2) 164, 171 (2000); בג"ץ 4124/00 יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות (פסד דין מתאריך 14.6.10).

62. בעניין התמיכה התקציבית לקבוצות חברתיות ותרבותיות שונות בתוך החברה והחלת שוויון גמור ביניהן ציין השופט זמיר:

"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."

בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 376-377 (1999); כן ראו ע"ם 343/09 הבית הפתוח לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים (פס"ד מתאריך 14.9.10); ובג"ץ 11020/05 פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך, התרבות והספורט (16.7.06).

63. חמישית, חוק החרם שולל זכאות לערבויות מהמדינה עפ"י חוק ערבות מטעם המדינה, התשי"ח-1958. גם כאן קובע חוק החרם את העיקרון האבסורדי, לפיו ערבות להלוואה מטעם המדינה תינתן עפ"י השקפה פוליטית. שיקול זה מנוגד לתכלית חוק ערבות מטעם המדינה, הקובע בסעיף 1 שהמטרה של הענקת הערבויות מטעם המדינה הינה סיוע בפיתוחו או בעידודו של ענף משק בעל חשיבות כלכלית או סיוע לכל תכלית אחרת שיש בה עניין לכלל:

"שר האוצר מורשה לערוב בשם מדינת ישראל למילוה, לערבות למילוה, לעסק יצוא או להתחייבות כספית אחרת, אם לדעת שר האוצר יש בערבות זו לסייע לפיתוחו או לעידודו של ענף משק בעל חשיבות כלכלית או לסייע לכל תכלית אחרת שיש בה עניין לכלל."

64. בעניין קניאל, אשר דן בסבסוד קרנות פנסיה ותחולת חוק ערבויות מטעם המדינה, התשי"ח-1958, קבעה השופטת (דאז) ביניש כי "משהחליטה הממשלה לסבסד את פלוני חייבת היא מכוח עקרון השוויון להעניק סבסוד לכל מי ששווה לפלוני בתכונותיו הרלוונטיות לעניין הסבסוד." (בג"ץ 3975/05 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 506 (1999)).

65. שישיית, הזכאות גם תישלל מקבלת הטבות עפ"י חוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 וזאת בניגוד למטרתו הכלכלית גרידא של החוק כפי שהיא קבועה בסעיף 1:

"מטרת חוק זה היא עידוד השקעות הון ויוזמה כלכלית, באופן שבו תינתן עדיפות לחדשנות ולפעילות באזורי פיתוח, לשם –

(1) פיתוח כושר הייצור של משק המדינה;

(2) שיפור יכולתו של המגזר העסקי להתמודד בתנאי תחרות בשווקים בין-לאומיים;

(3) יצירת תשתית למקומות עבודה חדשים ובני-קיימא."

66. יוצא אם כן, כי שלילת ההטבות לעיל פוגעת בזכות לשוויון על בסיס השקפה פוליטית ואידאולוגית. פגיעה זו מנוגדת לעקרון זכות החוקתית לשוויון. בכל מקרה עצם האבחנה בין מקבלי ההטבות הנ"ל על רקע השקפה חברתית או פוליטית אינה רלוונטית כלל ועיקר לצורך קבלת ההטבה והיא מאבחנת באופן פסול בין קבוצות המבקשות תמיכה מהמדינה שאין ביניהן כל שוני רלוונטי (ראו בהקשר זה בג"ץ 4124/00 יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות (פסק דין מיום 14.6.10)).

הפגיעה בזכות לכבוד

67. מעצם הפגיעה בחופש הביטוי פוגע החוק גם בזכות החוקתית לכבוד, שכן נקבע בפסיקת ביהמ"ש העליון, כי חופש הביטוי הפוליטי קשור על פי תפיסתנו המשפטית "בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם". בעניין המפקד הלאומי קבעה השופטת נאור, כי:

"מתפישה זו של כבוד האדם מתבקשת המסקנה, כי חופש הביטוי הפוליטי הוא חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם (ראו גם ברק המסורת של חופש הביטוי ובעיותיה 231; ברק פרשנות במשפט 427). אכן, חופש הביטוי הפוליטי הוא מרכיב חיוני של כבוד האדם. וכאמור, נאמר כבר כי

חופש הביטוי הפוליטי הוא ב"גרעין" הזכות לחופש הביטוי (פרשת שינוי, פסקה 3 לפסק דינו של השופט ריבלין).."

פיסקה 26 לפס"ד השופטת נאור בעניין **המפקד הלאומי**.

68. ובעניין **מנאע** התייחס השופט פוגלמן למרכיבים הגרעיניים של הזכות לכבוד הקשורים אל ההשפלה, וקבע: "נראה שלא קיימת מחלוקת בדבר מרכיביה הגרעיניים של הזכות, ובכלל זה, בדבר האיסור לבייש, להשפיל או לבזות אדם; בדבר האיסור להלבין את פניו ברבים ולגרום לו תחושה של עלבון; ובדבר האיסור להעמידו במצב של חוסר אונים כשהוא נתון לשרירות רצונם של אחרים."

בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים** (לא פורסם, ניתן ביום 20.12.10) פסקה 31 (להלן: פס"ד **מנאע**); כן ראו בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995).

69. בית המשפט העליון אימץ את מודל הביניים, כדברי השופט פוגלמן אשר מסכמים את ההלכה הפסוקה והספרות בענין זה, ש"אינו מתמצה רק בפגיעות מובהקות בכבוד הכוללות מרכיבים של השפלה וביזוי אך גם אינו משתרע על פני זכויות האדם כולן" (פס"ד **מנאע**, פסקאות 29-30). ובעניין **התנועה לאיכות השלטון** הבהיר הנשיא ברק, כי:

"מודל הביניים אינו מצמצם את כבוד האדם אך להשפלה וביזוי, אך הוא גם אינו מרחיבו לכלל זכויות האדם. על פיו, נכללים בגדר כבוד האדם אותם היבטים של כבוד האדם אשר מוצאים בחוקות שונות ביטוי בזכויות אדם מיוחדות, אך המתאפיינים בכך שהם קשורים, על פי תפיסתנו, בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם (אם בגרעינו ואם בשוליו). על פי גישה זו, ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפליה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית".

בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, פסקה 38 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

70. בנוסף, לאחרונה התייחס השופט רובינשטיין לנושא ההדרה בהקשר להפרדה כפויה בין נשים לגברים בקווי אוטובוס וקבע, כי היא מהווה השפלה הפוגעת ישירות בליבת הזכות לכבוד (בג"ץ 746/07 **רגן נ' משרד התחבורה** (לא פורסם, ניתן ביום 5.1.11)). בהקשר זה מתאימים דבריו של פרופ' דניאל סטטמן, המגדיר את הזכות לכבוד במובן של יחס משפיל כאשר "המאפיין החשוב ביותר של השפלה הוא התחושה של הדרה חברתית (social exclusion). כאשר משפילים אדם, מעבירים לו מסר שהוא אינו שייך, או אינו ראוי להיות שייך, לקבוצה מסוימת שההשתייכות אליה חשובה בהערכה העצמית של הקורבן." פרופ' סטטמן מוסיף, כי "לא ניתן לדבר על פגיעה בכבוד בלא להתייחס למצב הנפשי של הקורבן." לכן לדידו המבחן של ההשפלה הוא סובייקטיבי אך עם מאפיינים אוניברסליים שניתן ללמוד אותם ולנתחם, אף שיש להם גם יסוד אינדיווידואלי המשתנה מאדם לאדם. פרופ' אבישי מרגלית מגדיר את ההשפלה כפעולה המספקת טעם טוב עבור אדם לסבור שכבודו העצמי נפגע.

דניאל סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541, 559, 564 (1991). וכך :

Avishai Margalit, *The Decent Society* (Harvard University Press, 1996) page 9.

71. החוק דגן הופך לעוולה נזיקית מעשים, המהווים ביטוי פוליטי מובהק ומתיר לחייב בגינם בתשלום פיצויים לדוגמא שאינם תלויים בנוזק. בכך מכריז החוק על מעשים אלה כפסולים מוסרית ומדיר ומכתים את מי שעושה אותם. החוק מעניש על יסוד עמדות פוליטיות את מי, שכמו העותרים מס' 1-3, קוראים לחרם כחלק מזהותם הפוליטית, וכחלק מ"האני מאמין" וההגדרה העצמית שלהם. בכך פוגע החוק דגן פגיעה קשה בזכות לכבוד.

72. העותרת מס' 1 פועלת מזה שנים לפי תפיסה פמיניסטית, השוללת את כל צורות האלימות ומאמינה, כי המשך הכיבוש הוא רע הן לחברה הישראלית והן לחברה הפלסטינית. הקריאה לחרם הינה אמצעי מאבק לא אלים לקידום מטרתה, ואולם כעת, לאחר חקיקת החוק, באם תנקוט בו היא תהא עלולה למצוא את עצמה, ואת חברותיה, נאלצות להתגונן מתביעות אזרחיות על כל הכרוך בכך, כמו צווי עיכוב יציאה מהארץ, עיקולים, הוצאה לפועל וכו'. הדבר עלול לשתק את פעילותה, להרתיע את חברותיה מלנקוט עמדה ולסכן את עצם קיומה כעמותה באם לא תיכנע ולא תחדל לקרוא לחרם. אך למעשה גם אם בשל החוק תיכנע העותרת מס' 1 ולא תקרא עוד לחרם בדרכי שלום הרי שלמעשה הפגיעה בה תהא אנושה – היא וחברותיה יאבדו את *reason d'etre* שלהן, הן ישתקו, יושפלו ויבוזו.

73. כך אף באשר לעותר מס' 2, המחרימים את ההתנחלויות ורואה באזרחים הערבים קורבנות להפליה ממוסדת, בין היתר בגלל המשך הכיבוש. חבריו ימצאו עצמם כחייבים לשלם פיצויים לדוגמא, ליחידים ולגופים רבים התומכים הן בהמשך הכיבוש והן בהפליה נגד האזרחים הערבים. גם העותרת מס' 3 הנמצאת תחת כיבוש מאז 1967 והמתייחסת אל עצמה כקורבן הכיבוש, תמצא את עצמה עקב ריבוי התביעות הצפויות נגדה כמשותקת וגם כחייבת לשלם פיצויים עונשיים למי שבעיניה מייצג את הכיבוש ומקיים אותו.

74. לפיכך החוק דגן משתיק, מדכא, רודף ומשפיל את מי שעושה מעשה, המהווה ביטוי פוליטי מובהק ובכך פוגע בזכות לכבוד בניגוד להוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה זו בזכות לכבוד מתגבשת, כפי שהוסבר לעיל, מהפגיעה המשולבת בחופש הביטוי הפוליטי ובזכות לשוויון שנגרמת מהסנקציות החמורות שהחוק הנדון מטיל על מי שקוראים לחרם ואשר מובילות להדרתם, הטרדתם, רדיפתם והשפלתם.

75. כאשר המדינה מתירה לפעול נגד אדם בשל השקפותיו הפוליטיות היא משדרת את המסר החמור, לפיו בשל עמדותיו האדם שווה פחות בעיני המדינה, ולמצער עמדותיו ראויות פחות לכיבוד ולשמירה בידי המדינה.

76. מכל האמור לעיל עולה, כי חוק זה נוגד את מעמדה החוקתי של זכות היסוד לכבוד האדם, וכי פגיעתו בעותרים מס' 1-3 הינה פגיעה ברכיבים הגרעיניים של הזכות לכבוד ומכאן קיצוניות פגיעתו של החוק.

החוק לא לתכלית ראויה

77. החוק אינו מקיים את מצוות פיסקת הגבלה, שלפיה תכליתו של חוק המבקש להגביל זכויות יסוד חייבת להיות ראויה ולגיטימית במדינה דמוקרטית.

78. התכלית של החוק שצוינה בהצעת החוק היא כדלקמן :

"חוק זה מטרתו למנוע נזקים הנגרמים בשל תופעת החרמות המוטלות על גורמים שונים מחמת זיקתם למדינת ישראל. החרמות עלולים לפגוע בפעילות העסקית, התרבותית או האקדמית של מושא החרם, ולגרום לו נזקים כבדים, **הן כלכלית והן למוניטין ולשמו הטוב.**" (ההדגשה לא במקור).

79. נקודת המוצא של מבחני הבדיקה של "התכלית הראויה" היא חיוניותה לחברה דמוקרטית המקדמת את זכויות האדם והנותנת משקל רציני לזכויות היסוד. הנשיא ברק ציין שני היבטים לבחינת השאלה מהי תכלית ראויה של חוק :

"תכלית היא ראויה אם היא מבקשת לאזן בין האינטרסים של הכלל לבין הפגיעה בפרט... בבחינת השאלה אם תכלית היא ראויה יש לבחון שני היבטים : ההיבט האחד, תכלית היא ראויה אם היא מטרה חברתית הרגישה לזכויות האדם או אם היא נועדה להשיג תכליות חברתיות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור; ההיבט השני עניינו מידת הצורך בהגשמת התכלית, ותכלית היא ראויה אם הצורך בהגשמתה הוא חשוב לערכיהן של החברה והמדינה."

בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 נ' רע"נ היתרי עבודה בשבת, פ"ד ס(1) 38, פסקה 19 לפסק דינו של השופט ברק (2005).

80. מאחר שהתכלית בדבר השמירה על שמו הטוב של אדם מצאה את הגנתה בחקיקה, אין צורך חברתי ואין חיוניות כלשהי לחקיקה נוספת המגבילה את זכויות היסוד כדי שתקיים את התכלית הזו. השמירה על שמו הטוב של כל אדם הוכרה כתכלית חיונית ולגיטימית בחברה דמוקרטית והיא היוותה התכלית העיקרית והדומיננטית לחקיקת חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע").

81. ועוד התכלית העומדת ביסוד החוק נשוא העתירה אינה מהתכליות המשרתות אינטרס ציבורי הנוגע לכלל הציבור כמו למשל שלום הציבור, או מדיניות חברתית כללית או תכלית חברתית "הרגישה לזכויות האדם" כגון הגבלה על מעשים או פרסומים מסוימים מטעמים של שמירה על רגשות דתיים. השמירה על אינטרסים כלכליים של סקטורים מסוימים מפני סיכונים הנוצרים עקב מימוש חופש הביטוי, לא הוכרה כתכלית ראויה. חופש הביטוי מטבעו יוצר סיכונים כלפי צדדים שלישיים. הסיכון כשלעצמו אינו מהווה טעם לפגוע בחופש הביטוי. כפי שאין הצדקה לאיסור נגד הפגנה ברחוב מרכזי בשל היותה מפריעה לעסקים שם; וכפי שאין מקום לאיסור על פרסום ביקורת שלילית על הצגה בשל היותה פוגעת במוניטין של התיאטרון או בתדמיתו, כך גם בענייננו, שבו התכלית מבקשת לפגוע בזכויות יסוד למען שמירה על אינטרסים כלכליים או מוניטין של סקטורים מסוימים. במקרים אלה הזכות לחופש ביטוי כזכות יסוד פועלת כטעם מוציא כדבריהם של פרופ' ברק מדינה וד"ר אילן סבן :

"התפיסה המקובלת בהקשר זה היא כי אחת ההשלכות החשובות של הכרה בזכות יסוד היא שלילה של הלגיטימיות של פגיעה בה לשם קידום מטרות מסוימות. במובן זה, ההכרה באינטרס כזכות יסוד היא "טעם מוציא" (exclusionary reason) ביחס למטרות חברתיות מסוימות. כך, למשל,

ההכרה בזכות היסוד לחופש ביטוי מביאה לכך שאין זה לגיטימי כלל להגביל חירות זו לשם מניעת ביקורת כנגד השלטון, ואין כל צורך בעריכת "איזון אינטרסים". באופן דומה, אין מקום לערוך "איזון" בין הפגיעה בשוויון הנגרמת עקב הפליה בעבודה נגד בני קבוצה מסוימת בחברה לבין האינטרס של המעביד להפלות מחמת אידאולוגיה גזענית שבה הוא דוגל. תפיסה זו מתמקדת בתכלית של הפגיעה בזכות היסוד, והיא זו שבאה לידי ביטוי בדברים שצוטטו לעיל מפסק דין **עדאלה**, לפיהם 'כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון הפגיעה בכבוד האדם – תכליתו של החוק הפוגע תצדיק הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ'."

ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, "תיוג אתני" ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק-דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט, 92-93 (2009).

82. ד"ר עידו פורת מספק במאמרו דוגמאות מהפסיקה האמריקאית, שבהן חופש הביטוי מהווה **טעם מוציא**. זאת כאשר התכלית העומדת מולו אינה לגיטימית ולכן במקרים אלו אין מקום לערוך איזונים מול זכות זו. דוגמאות אלה עוסקות בהגבלה סלקטיבית על ביטויים בשל תוכנם הפוליטי כגון ביטויים נגד מלחמה, ביטויים פרו-סוציאליסטיים או פרו-קומוניסטיים. המקרה נשוא העתירה כאן דומה למקרים אלה משום שהוא מבקש לייחד הגנה מיוחדת מפני החרמות על ידי הטלת איסור סלקטיבי על ביטוי פוליטי או חברתי בגלל תוכנו.

ראו:

Iddo Porat "The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law" 27 Cardozo L. Rev. 1393, 1420 (2006).

83. למעשה הכשל של החוק נובע, בין היתר, מכך שהחוק מתכוון להגביל חירויות פוליטיות בנושאים שבטבעם נמצאים במחלוקת ציבורית שקשה מאוד להצביע בהם על קשר סיבתי קונקרטי ישיר וודאי בין פעולת "הקריאה לחרם" לבין הנזק שייגרם כתוצאה מקריאה זו. כך, למשל, לא ניתן להצביע בוודאות על קשר סיבתי ישיר בין קריאתו של אדם ספיציפי הקורא להחרמת פעילויות בהתנחלויות לבין הנזק הכלכלי שייגרם עקב כך. האם הנזק הכלכלי נגרם בגלל הצהרתו של נשיא מדינה ידידותית נגד לגיטימיות מפעל ההתנחלויות או בגלל עמדתו של המשפט הבינלאומי המתייחס לעצם קיומן של ההתנחלויות כעבירה בוטה, או בגלל עמדת חלק מחברי כנסת הקוראים להחרמת ההתנחלויות (שמימלא החוק לא ייאכף עליהם משום שהם נהנים מחסינות עניינית), או בגלל שהחרם דווקא נגרם כתוצאה ישירה מקריאתו של אזרח רגיל ללא קשר לשאר העמדות? הנשיאה ביניש קבעה **בעניין המפקד הלאומי**, כי לא ניתן לעשות איזון אופקי בענין חופש הביטוי הפוליטי כשעומד מולו אינטרס כללי וערטילאי:

"אל מול חופש הביטוי הפוליטי של המבקשים לפרסם פרסומות פוליטיות לא ניצבת זכות של פרט או של קבוצה מוגדרת של פרטים בציבור, אלא אינטרס ציבורי-כללי של בני החברה לקבלת מידע אמין ומאוזן מכלי התקשורת. בהתחשב בכך, האיסור המוחלט על שידור פרסומות פוליטיות מצריך בעיקרו של

דבר איזון אנכי בין זכות אדם לבין אינטרס ציבורי-כללי, ולא איזון אופקי בין שתי זכויות שוות-מעמד כנטען על-ידי בא-כוח המדינה." פסקה 7 לפס"ד הנשיאה ביניש בעניין **המפקד הלאומי**.

84. דברים אלה מתחזקים לאחר שלאחרונה פירסמה וועדת האו"ם האחראית על יישום האמנה לזכויות פוליטיות ואזרחיות, שישראל חתמה ואישרה, הערה כללית מספר 34 הנוגעת לפרשנות סעיף 19 לאמנה העוסק בחופש הביטוי. לפי סעיף 35 להערה כללית זו, מדינה יכולה להגביל את חופש הביטוי של הפרט רק כאשר ניתן להצביע על פגיעה ישירה, מסויימת, ודאית וספציפית:

"When a State party invokes a legitimate ground for restriction of freedom of expression, it must demonstrate in specific and individualized fashion the precise nature of the threat, and the necessity and proportionality of the specific action taken, in particular by establishing a direct and immediate connection between the expression and the threat."

CCPR/C/GC/34, Human Rights Committee, 102 Session, 21.7.11.

85. לא במקרה החוק מתנגש עם עקרונות דיני הנזיקין במישור המהותי ובמישור התרופתי, דבר המביא למסקנה חד משמעית שתכלית החוק הינה **תכלית ענישתית**. דיני הנזיקין נשענים על משולש שבו **מזיק**, **ניזוק ונזק**, והם מבוססים על העקרון שאין פיצוי ללא נזק. אולם החוק נשוא העתירה לא מתייחס לניזוק ספציפי וגם לא לנזק ספציפי ומוגדר, וזאת כמצוות סעיף 76 לפקודה, הקובע לאמור:

"פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם--
סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושלא במישורין מעולת הנתבע;
סבל התובע נזק ממון, לא יינתנו לו פיצויים בשל הנזק אלא אם מסר פרטים עליו בכתב התביעה או בצירוף לו."

86. יוצא, כי על פי החוק הנדון, בהעדר ניזוק ונזק, קורא החרם עלול למצוא את עצמו מול תביעות רבות בגין "העוולה". תוצאה זו אינה מוכרת ואינה מתיישבת עם דיני הנזיקין.

87. במאמר מוסגר יצוין, כי קיימות עולות אזרחיות אחדות שלגיבהן לא נדרשת הוכחת הנזק הלא ממוני, כגון חוק איסור לשון הרע או החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. אך חוקים אלו מגדירים מהו הנזק שנגרם, בין אם זה הפגיעה בשם הטוב ובין אם זה הנזק הנגרם עקב ההטרדה המינית עצמה. בשניהם נפגעות באופן ישיר זכויות יסוד של הקורבן, שבבסיסן עומדות הזכות לכבוד והזכות לפרטיות.

88. בנוסף לכל האמור לעיל החוק הנדון מבקש להטיל פיצויים עונשיים, וזאת למרות שפיצויים עונשיים נפסקים לאחר הוכחת הנזק וקביעת הפיצוי בגין הנזק בפועל ורק במקרים חריגים ביותר לצורכי הרתעה וענישה כנגד פעולות שרוב החברה סולד מהן. על מהותם של פיצויים עונשיים שהשימוש בו הינו חריג ונדיר עמד השופט רובינשטיין:

"פיצויים אלה "לא באו להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו. הם מעניקים לו פיצוי העולה על נזקו. הם נועדו לשקף את סלידתה של החברה

מהתנהגותו של המזיק" (ע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' בהג'את (לא פורסם) פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא ברק). ברם, "בית המשפט לא ייטה לפסוק פיצויים עונשיים במסגרת הליך אזרחי, אלא במקרים חריגים" (ע"א 8382/04 הסתדרות מדיציניית הדסה נ' מזרחי (לא פורסם) פסקה 32 - השופט ג'ובראן). בעבר נדרשתי לטעמה של הגישה המצמצמת: "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..." (עניין עזבון מרציאנו, פסקה לד(1)). ובמקום אחר: "מטרתם של הפיצויים העונשיים היא להעניש את המזיק... ובמיוחד להרתיע את המזיק ואחרים... הם ניתנים ככלל בנסיבות חריגות" (רע"א 1497/06 פלוני נ' פלוני (לא פורסם) פסקה ד(4); להלן עניין פלוני; לעמדת המשפט העברי בנושא הפיצויים העונשיים, ראו עניין עזבון מרציאנו, פסקה לד(4)).

רע"א 9670/07 **פלונית נ' פלוני**, פסקה כ"ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (6.7.2009).

89. החוק קובע את הקריאה לחרם כעולה האזרחית היקרה ביותר מבין כל העוולות, והוא מפלה אותה לטובה כייחודית משאר העוולות. כך, למשל, למרות ש"עוולת התקיפה" היא גם עבירה פלילית, היא אינה זוכה ליחס מיוחד השווה ליחס לעוולה עפ"י החוק הנדון. לעומת זאת, ה"עוולה" לפי החוק הנדון מאפשרת ריבוי תביעות, העדר צורך בהצבעה על ניזוק ספיציפי, העדר הגדרה לנזק ובנוסף לכל האמור לעיל, התרופה בגינה הינה דווקא פיצוי עונשי. בכך החוק מפר את הזכות לשוויון ולצדק החלוקתי, שהם הבסיס בדיני הנזיקין בכל הקשור להגדרת נזקיהם של האזרחים, היחס השוויוני אליהם והחלוקה בנטל של הנזק שנגרם.

90. החוק אינו מסתפק בהגדרת המעשה של הקריאה לחרם כעוולה אזרחית אלא הוא מוסיף אליה סנקציות כלכליות חמורות נגד תאגידים, שיוטלו מינהלית כמפורט בסעיף 4 לחוק. בכך העוולה מקבלת מעמד דומה לעבירות פליליות המוגדרות גם כעוולות אזרחיות. ההצדקה לסעיף זה תהיה אם הקריאה לחרם תאובחן כסטייה מסטנדרט התנהגותי שהציבור זכאי להעניש בגינו באמצעות מנגנונים מינהליים. אולם, וכפי שצוין לעיל, לא ניתן להצביע על סטייה מהותית בהתנהגות המכתימה את קורא החרם כאשר הנושא עצמו נמצא במחלוקת ציבורית לגיטימית. זכויות היסוד העלולות להיפגע, ממשיכות לפעול גם כאן **כטעם מוציא**, לכן אין הצדקה כלשהי לסנקציות המופיעות בסעיף 4 לחוק, במיוחד כשהגבלה על הקריאה לחרם כשלעצמה אינה יכולה להיחשב לתכלית ראויה במדינה דמוקרטית.

91. הוספת הסנקציות יחד עם הגדרת הקריאה לחרם כעוולה עם הייחוד שהוענק לה מעידה, כי התכלית היא **ענישתית**, והיא מבקשת לפגוע בביטויים פוליטיים מסוימים בגלל תוכנם הלא מקובל על השלטון. הייחוד שהחוק מעניק לקריאה לחרם הוא כה קיצוני באופן המסגיר את מניעה של התכלית כמניעים פוליטיים ללא קשר לאינטרס הציבור. עבירות המבקשות להגן על זכויות אדם של קבוצות שונות כדוגמת העבירה הפלילית של הסתה לגזענות המסווגת כעבירת ביטוי לא זוכה, על אף היותה עבירה פלילית, למעמד של עוולה אזרחית כמו הקריאה לחרם שבגינה גם מתווספות סנקציות מינהליות. המחיר שקורא

החרם עלול לשלם בגין הקריאה לחרם אף עולה על המחיר שעלול לשלם מי שעובר עבירות ביטוי פליליות (כמו הסתה לגזענות והסתה לאלימות).

92. לאחר שהעותרים פירטו את שלל הפגיעות החוקתיות שגורם החוק והראו כי החוק אינו לתכלית ראויה, הנטל עובר למשיבים להראות שהחוק עומד בתנאי המידתיות.

בג"ץ 8035/07 אליהו נ' ממשלת ישראל (פסק דין מתאריך 21.5.08); אהרן ברק **מידתיות במשפט, הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010) 529-542.

לאור כל האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על מתן צו על תנאי כמפורט במבוא לעתירה זו ולאחר קבלת תשובתם של המשיבים להפכו למוחלט.

דן יקיר, עו"ד

סאוסן זהר, עורכת דין

חסן ג'בארין, עו"ד

ב"כ העותרים

מרץ 2012