

בעניין:

1. אורי אבנרי ת.ז.

2. גוש השלום, ע.ר. 580233534

באמצעות ב"כ עו"ד גבי לסקי ו/או לימור גולדשטיין
ו/או נרי רמתי

מרחה בן אביגדור 18, ת"א – יפו 61570

טל: 03-6243215 פקס: 03-6244387

נייד: 0544-418988 דוא"ל: laskylaw@yahoo.com

העותרים

- נגד -

כנסת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

המשיבה

עתירה למתן צו על תנאי

זוהי עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבה והמורה לה ליתן טעם כדלקמן:

1. מדוע לא תבטל המשיבה את החוק למניעת פגיעה בישראל באמצעות חרם (להלן: "חוק החרם" או "החוק").

הצדדים:

2. העותר מס' 1 הינו פעיל שלום ותיק, ואחד המייסדים של העותרת. העותר כיהן כחבר כנסת בכנסות ה-6, 7 וה-9 מטעם המפלגות העולם הזה-כח חדש ושל"י.

3. העותרת הינה עמותה רשומה, הפועלת לקידום פתרון שלום צודק ובר קיימא בין מדינת ישראל לבין העם הפלסטיני ולמען הפסקת הכיבוש הצבאי בשטחים.

4. המשיבה הינה הרשות המחוקקת של מדינת ישראל.

הרקע העובדתי:

5. מאז הקמתה של עותרת 2 בשנת 1992 קוראים העותרים לפתרון של שתי מדינות לשני עמים כנוסחה לסיום הסכסוך בין מדינת ישראל לעם הפלסטיני. כחלק מהפעולות הרבות אשר נקטו העותרים במשך השנים לצורך קידום פתרון זה, הם מפרסמים באתר האינטרנט של העותרת, רשימה מלאה של מוצרים המיוצרים בהתנחלויות וקוראת להחרים. עמדה זו של העותרים הינה עמדה מצפונית אותה נוקטים העותרים שנים רבות, זוהי עמדה המבקשת לממש את הזכויות של הפלסטינים ולמנוע המשך הנישול והפגיעה בזכויותיהם הנגרמת עקב המשך הכיבוש ומפעל ההתנחלויות.

6. ביום 11.07.11 הוציאה כנסת ישראל תחת ידיה, דבר חקיקה אשר במהותו נועד למנוע מאזרחי המדינה לממש את זכותם להתנגד למדיניות הממשלה באמצעות כלי לגיטימי, בלתי אליים ומקובל לאורך ההיסטוריה אף בקרב הקהילות היהודיות השונות בארץ וברחבי העולם. זאת על אף שהיועץ המשפטי של הכנסת קבע בחוות דעת משפטית כי הצעת החוק הינה "אל סף האי חוקיות וייתכן אף מעבר אליו. בלתי חוקתית".

מצ"ב נוסח החוק כפי שהתקבל ביום 11.7.11 המסומן כנספח 1.

מצ"ב חוות דעתו של יועמ"ש הכנסת ומסומנת כנספח 2.

7. במסגרת רצף החוקים הבאים להצר את צעדי החברה האזרחית בישראל, אשר נחקקו על ידי הכנסת ה-18, חוק החרם מהווה נדבך נוסף של נסיון הרוב הפרלמנטארי בישראל, להשתיק כל ביקורת כנגד מדיניות הממשלה בכלל ומדיניות הממשלה בשטחים הכבושים בפרט ולמנוע שיח פוליטי פתוח ומפרה, המהווה התשתית לקיומו של המשטר הדמוקרטי.

8. מדברי ההסבר לחוק עולה, כי מטרתו היא למנוע הן הטלת חרם על ישראל על ידי פרטים, קבוצות או גופים אשר מחוץ למדינה והן הטלת חרם על ידי אזרחים ישראלים כנגד מוצרים ושירותים הניתנים בהתנחלויות. מאחר וכפי שיפורט בהמשך, אין כלל ביכולתו של החוק להשפיע על החרמות המוטלים על ישראל מחוץ לישראל, הרי שמטרתו העיקרית הינה למנוע מאזרחים ישראלים לפעול על פי צו מצפונם תוך הטלת סנקציות כלכליות חמורות על מי שבוחר שלא לרכוש מוצרים ושירותים שמקורם בהתנחלויות ו/או קורא לאחרים לעשות כמותו.

9. עם חקיקת חוק החרם, נאלצה העותרת 2 למחוק את קריאותיה להטלת חרם, רשימת המוצרים המיוצרים בהתנחלויות, וכל פרסום דומה הנמצא באתרה וזאת על מנת למנוע הפעלת החוק החדש כנגדה.

10. ומכאן העתירה.

הטיעון המשפטי:

11. העותרים יטענו כי חוק החרם הינו חוק בלתי חוקתי ואנטי דמוקרטי, באשר הוא פוגע פגיעה קשה בזכות לחופש הביטוי, בזכות לשוויון ובזכות לחופש העיסוק שהן זכויות יסוד של אזרחי מדינת ישראל.

12. העותרים יוסיפו ויטענו כי, הפגיעה הקשה בזכויות אינה עומדת בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: חופש העיסוק, מאחר והפגיעה איננה לתכלית ראויה ואינה עומדת בשלושת מבחני המידתיות כפי שנקבעו בפסיקה של בית משפט נכבד זה. על כן, תטען העותרת כי דינו של חוק החרם להתבטל.

הפגיעה בזכויות:

13. העותרים יטענו כי חוק החרם פוגע פגיעה ממשית ומשמעותית במספר זכויות יסוד כפי שיפורט להלן:

הפגיעה בחופש הביטוי:

14. בית משפט נכבד זה קבע זה מכבר כי, חופש הביטוי ובכלל זה חופש הביטוי הפוליטי, הנו חלק אינטגרלי מזכותו היסודית של כל אדם לכבוד וכי פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי מהווה פגיעה בכבוד האדם. כך נקבע בבג"צ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באתר נבו), מפי כב' השופטת מ' נאור:

"דומה שהתמונה המצטיירת ממכלול פסקי הדין עליהם עמדתי היא שחופש הביטוי הפוליטי נכלל בזכות החוקתית לכבוד האדם הזכות נשוא ענייננו, חופש הביטוי הפוליטי, קשורה על פי תפיסתנו המשפטית "בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם" שהרי:

"מהו כבוד האדם על פי גישתו של בית המשפט העליון?... ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים" (שם, פסקה 35). מתפישה זו של כבוד האדם, עולה 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).

15. את פגיעתו הקשה של חוק החרם בחופש הביטוי, ניתן לבחון הן במובן הרחב והן במובן הצר. במובן הרחב, יטענו העותרים כי עצם האמצעי של הטלת חרם הינו כלי מחאה לגיטימי ודמוקרטי מן המעלה הראשונה וחלק בלתי נפרד מהשיח במדינה דמוקרטית. במובן הצר, יטענו העותרים כי הטלת מגבלות על אלו הקוראים ומפרסמים קריאות לחרם, הינה פגיעה ישירה בחופש הביטוי.

השימוש בחרם ככלי דמוקרטי:

16. סעיף 1 לחוק קובע את ההגדרה למושג "חרם על מדינת ישראל":

1. "בחוק זה, "חרם על מדינת ישראל" – 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."

17. למעשה, החוק יוצא כנגד השימוש אשר עושים קבוצות ויחידים בחרם כלכלי, תרבותי או אקדמי וזאת רק כאשר החרם נובע מהזיקה של המוחרם למדינת ישראל, מוסדותיה או אזור שבשליטתה. דהיינו, המחוקק בחר שלא להכליל בתוך חוק החרם, חרם הנובע בין היתר מגזענות, דעות קדומות או תחרות בלתי הוגנת. העותרים יטענו כי, היכולת להחרים ו/או לקרוא להחרמתו של מוצר, חברה או מקום, מהווה חלק מהותי מהמשחק הדמוקרטי. החרם הוא כלי חשוב המאפשר לקבוצה של אזרחים להשמיע את קולם אל מול גוף ציבורי או פרטי אשר למדיניותו הם מתנגדים. יחודו של החרם על פני כלים דמוקרטיים אחרים כגון הפגנות או תהלוכות, שהוא במהותו בלתי אלים בעליל, כמו כן, מאפשר החרם לפרטים אשר אין כל קשר ביניהם להביא את מחאתם המשותפת לאורך זמן.

18. יש הבוחרים להחרים מתוך צו מצפון אישי אשר אינו מאפשר להם להשתמש במוצר מסוים, כך לדוגמא ישנם אנשים המחרימים מוצרים אשר יצורם דורש שימוש בבע"ח לצורך ניסויים ושימוש במוצר שכזה ינגוד את צו מצפונם. יש הבוחרים להחרים על מנת להפעיל לחץ על הגוף המוחרם כך שישנה את דרכו.

19. כך או כך, בישראל ובעולם כולו מטילים ציבורים ממגזרים שונים חרמות שונים על גופים ומוצרים מגוונים. בישראל, הופעלו בהצלחה מספר חרמות ע"י ציבורים שונים אשר הביאו

להתחשבות בקולם של המחרימים. כך, רק לאחרונה הצליח חרם הקוטג' להביא להורדה של מחיר המוצר ולדיון ציבורי נוקב במחירי המזון הבסיסי.

20. הציבור החרדי בישראל נוהג מזה שנים להפעיל את מוסד החרם כלפי גופים אשר פועלים לטעמם בניגוד לדעת תורה. כך הצליחה העדה החרדית להביא לסגירתה של רשת AMPM בשבתות ולגרום לחברת אלקטרה בנייה, למשוך את ידה מפרויקט אשר היה כרוך בהזזתם של קברים. כך גם הרבנות הראשית מפרסמת באתר הרשמי שלה שמות של עסקים שיש להימנע מכל קשר כלכלי עמם.

מצ"ב שתי כתבות אשר התפרסמו בעיתונים הארץ וגלובס המסקרות את סיפור החרם ומסומנות

כנספח 3.

מצ"ב פרסומים המופיעים באתר הרבנות הראשית והקוראים להימנע מקשר עם עסקים ומסומנים כנספח 4 .

21. דוגמאות אלו ממחישות היטב את החשיבות של החרם ככלי במשחק הדמוקרטי בישראל. אולם, חשיבותו של מוסד החרם מתבהרת אף יותר כאשר סוקרים חרמות מן העבר והשפעתם על אירועים היסטוריים. כך לדוגמה ניתן למנות את החרם הכלכלי שהטיל הקונגרס היהודי של ארה"ב על גרמניה הנאצית בשנת 1933, חרם אשר החל את התעוררות דעת הקהל כנגד הסכנות הטמונות בגרמניה הנאצית; החרם אשר הטיל מהטמה גאנדי על מוצרים בריטים אשר החל את תהליך הפיכתה של הודו למדינה עצמאית; החרמות השונים שהטילה הקהילה האפרו-אמריקאית בשנות ה-60 על חברות אשר תמכו בחוקי הפרדה אשר הביאו בסופו של דבר לביטול נוהג הפרדה; והחרמות הכלכליים והאקדמאים אשר הטילו ציבורים שונים בעולם על דרום אפריקה כמחאה על מדינות האפרטהייד אשר הייתה נהוגה במחוזותיה, חרמות אשר תרמו תרומה משמעותית להכחדתו של משטר אפל זה. אם כן, עולה כי מוסד החרם היה ועודנו כלי מהותי ורב חשיבות המהווה חלק בלתי נפרד מחופש הביטוי.

22. עוד יש לציין, כי הדמוקרטיה מעצם טיבה, צריכה להכיל גם חרמות אשר אינם נושאים חן בעיני הרוב, כפי שעליה להתמודד עם דעות אשר מעוררות אי נחת בקרב הרוב. למעשה, הדמוקרטיה וחופש הביטוי נבחנים דווקא באותם רגעים בהם על הרוב להתמודד עם דעות הנוגדות מהותית את תפיסת עולמו. כך פסק כב' הש' ריבלין **בבע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ', פ"ד נח(3) 558, עמ' 573 :**

"...שהרי כידוע, עיקר תכליתו של חופש הביטוי להבטיח הגנה לביטויים קיצוניים ומעוררי מחלוקת. דברי נועם, הערבים לאוזן והקלים לעיכול, אינם זקוקים להגנה של חופש הביטוי. דווקא אותן אמירות המעוררות תחושות שליליות – הן אלה שחשופות לפגיעה, ולכן הן זקוקות למעטה ההגנה של הזכות הבסיסית – זכות שהיא "ציפור נפשה" של הדמוקרטיה (בג"ץ 75/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים [13]; בג"ץ 153/83 הנ"ל

[4]; בג"ץ 4804/94 הנ"ל [5]]. אכן, "גסות הביטוי של האחד היא פואטיקה בפיו של אחר" ([27] (Cohen v. California (1971)). איש איש ודרך ביטוי (ראו גם בג"ץ 6226/01 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים [14]).

23. לכן, כפי שבתקופת ההתנתקות מרצועת עזה, השכילה המדינה להתמודד ללא צורך בחיקוק חוקים עם החרמות אשר הטילו חלק מציבור המתנחלים על קצינים ופקידי ציבור אשר לקחו חלק בפעולת ההתנתקות וסרבו להתפלל עימם באותו בית הכנסת, כך גם עליה להתמודד עם בחירתם של חלק מאזרחיה שלא לרכוש מוצרים ושירותים מהשטחים.

24. בנוסף, יש לציין כי חרם ציבורי הינו כלי דמוקרטי המהווה חלק מחופש הביטוי, ממש כמו הפגנה, אסיפה, תהלוכה, פרסום מנשרים ונשיאת שלטים. כמו כלים דמוקרטיים אלו, גם החרם, מקבץ קבוצת אנשים בעלי אינטרס זהה על מנת לקדם רעיון, דעה או אג'נדה, בתקווה שמחאתם תביא לשינוי.

25. כאשר משווים בין הכלים הדמוקרטיים של חופש הביטוי, ההפגנה והחרם, עולה במלוא עוזה הפגיעה הקשה בחופש הביטוי של אזרחי ישראל בעקבות חיקוקו של חוק החרם. הישווה לעצמו ביהמ"ש הנכבד כי יחוקק חוק בישראל אשר יעניק עילה נזיקית כנגד אנשים הקוראים להפגין כנגד המדינה, מוסד ממוסדותיה, או איזור הנמצא בשליטתה?

26. למעשה, נדמה כי חוק החרם מעצם מטרתו, הינו חוק אשר נועד לפגוע פגיעה מהותית וממשית באחד מהכלים הדמוקרטיים החשובים ביותר הנמצאים בידיו של האזרח.

הפגיעה בחופש הביטוי במובן הצר

27. בנוסף על כן, חוק חרם פוגע בהיבט נוסף של חופש הביטוי על ידי כך שהמחוקק בחר לייצר עוולה אזרחית חדשה אך רק ורק כנגד מי שקורא לחרם ואשר קריאתו עשויה להביא להחרמה ולא כנגד המחרים בפועל.

28. סעיף 2 לחוק מגדיר את העוולה האזרחית. גם בסעיף זה קיימת הרחבה יתרה ובלתי מוצדקת הנוגדת לא רק את הלכות ביהמ"ש בנוגע לחופש הביטוי, אלא אף מנוגדת במהותה לדיני הנזיקין. סעיף זה קובע כי די בכך שהייתה " אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת חרם" כדי להקים את העוולה. מכאן, שדי בכך שמי שתובע בגין עוולה זו יוכיח כי הקריאה לחרם הייתה עשויה להביא אדם בודד להימנע, נניח, מלרכוש מוצרים המיוצרים בהתנחלות, מבלי שיבצר הצורך להוכיח כי אכן הוטל בפועל חרם על המפעל, או כי למפעל נגרם נזק מחרם שכזה.

29. השילוב בין תנאי זה לבין העובדה כי אין התובע צריך כלל להוכיח נזק כפי העולה מסעיף 2 (ג), עלול להביא לכך שהתובע יקבל פיצויים על אף שלא נגרם לו כל נזק. מצב זה נוגד את הבסיס עליו מושתתים דיני הנזיקין, דהיינו החזרת המצב לקדמותו. ויודגש כי, רק מספר מצומצם מאוד של חיקוקים מאפשרים פיצוי ללא הוכחת נזק וזאת כאשר העולה האזרחית מהווה גם עבירה פלילית כפי הדבר בחוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965, חוק הגנת הפרטיות תשמ"א-1981, וחוק זכויות יוצרים תשס"ח-2007.

30. מצב דברים זה, יוצר מציאות חדשה המנוגדת באופן חד משמעי להלכות ביהמ"ש נכבד זה בכל הנוגע לחופש הביטוי ומהותו.

31. עקרון חופש הביטוי הוכר בפסיקה כזכות יסוד ו"עקרון על" של המשטר. כחוט השני, הגן ביהמ"ש על זכות זו והציב את קיומה כתנאי מרכזי לקיומה של הדמוקרטיה. עוד מקדמת דנא, **בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים פ"ד פ"ד ז' (2) 876-877**, קבע כב' הנשיא (בדימי) אגרנט:

"העיקרון של חופש הביטוי הוא עיקרון הקשור קשר אמיץ עם התהליך הדמוקרטי... הדמוקרטיה מהווה בראש וראשונה משטר של הסכמה – היפוכו של משטר המתקיים בכוח האגרופ; והתהליך הדמוקרטי הוא, אפוא, תהליך של בחירת המטרות המשותפות של העם ודרכי הגשמתן, על ידי ליבון גלוי של הבעיות העומדות של סדר יומה של המדינה והחלפת דעות עליהן בצורה חופשית... עד עתה עמדנו על האינטרס החברתי אשר העיקרון של חופש הביטוי בא להגן עליו – האינטרס של בירור האמת. ואולם חשיבותו של העיקרון נעוץ גם בהגנה שהוא נותן לאינטרס פרטי מובהק, דהיינו, לעניינו של כל אדם, כאשר הוא אדם, לתת ביטוי מלא לתכונותיו ולסגולותיו האישיות: לטפח ולפתח, עד הגבול האפשרי, את האני שבו; להביע את דעתו של כל נושא שהוא חושבו כחיוני בשבילו; בקיצור-להגיד אשר בלבו, כדי שהחיים ייראו כדאיים בעיניו".

וכך קבע כב' הנשיא (בדימי) ברק בפס"ד בגץ 399/85 **חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255**:

"הנה כי כן החיפוש אחר האמת, הרצון ליתן ביטוי להגשמתו העצמית של האדם והצורך לקיים את המשטר הדמוקרטי, המבוסס על סובלנות ויציבות חברתית, מבססים את חופש הביטוי כזכות יסוד מרכזית במשפטנו החוקתי."

32. טעמים אלו נכונים ומתאימים גם למקרה דנן. אל מול הציבור הקורא לחרמות ישנו ציבור המתנגד לכך, כאשר האמת תצמח אך ורק מתוך הוויכוח בין הצדדים. השתקת קולו א-פריורי

של צד אחד על ידי צד אחר, מהווה פגיעה ממשית בחופש הביטוי וסממן ברור להיחלשותו של המשטר הדמוקרטי.

הפגיעה בשוויון:

33. הזכות לשוויון בפני החוק נגזרת מהזכות החוקתית לכבוד האדם. כך נפסק בהרחבה ע"י הנשיא (בדימ') א' ברק בבגץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619:

"אני סבור כי המודל הראוי, להבניית היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין השוויון, הוא מודל הביניים. לדעתי, אין לאמץ את המודל המצומצם. הטעמים לכך הם שלושה: ראשית, עמדת הביניים התקבלה לעניין קביעת תחום התפרסותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נקבע על-פיה, בין השאר, כי את מידותיה החוקתיות של כבוד האדם אין לצמצם אך לעינויים ולהשפלה (פרשת אדם טבע ודין, עמ' 518). איני רואה טעם לצמצם את היבט השוויון שבחוק היסוד להשפלה בלבד; שנית, ההכרזה על הקמת מדינת ישראל קובעת כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". דברים אלה – גם אם אין בהם מקור ישיר לזכות החוקתית לשוויון (שאלה שכשלעצמה שנויה היא במחלוקת ואשאירה בצריך עיון (ראו פרשנות חוקתית, עמ' 301; פרשת כלל, עמ' 465; פרשת מועצה איזורית חוף עזה, עמ' 769 לפסק דינו של השופט לוי) – בוודאי יש בהם כדי להשפיע על פירושה של הזכות לכבוד האדם ככוללת היבטים של שוויון שמעבר להשפלה וביזוי. אכן, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע במפורש כי זכויות היסוד של האדם בישראל "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (סעיף 1); שלישית, התפיסה הראויה לכבוד האדם – המעמידה במרכז את האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, השלמות הפיזית והרוחנית של האדם ומכלול אנושיותו – מצדיקה לכלול בגדרו של כבוד האדם אותם היבטים של השוויון אשר מבטיחים את התפיסה הראויה הזו של כבוד האדם. עמד על כך ח' כהן בציינו:

"הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו כשווה בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות ובגידופים, אלא גם בהפליה וקיפוח, במשוא-פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפליה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה" (ח' כהן, ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, עמ' 32). וכפי שמציין חברי השופט לוי בחוות דעתו

"אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלו של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט שעה שבחירותיו משרתות גם את עניינם של אחרים זולתו, והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא טעם ממשי לדבר, הוא ללא ספק אדם שכבודו נפגע" (פסקה 4 לפסק דינו).

34. ניסוחו של חוק החרם, דברי ההסבר לחוק, ופרוטוקולי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת אשר הכינה את החוק לקריאה ראשונה ולקריאה שנייה ושלישית, מצביעים באופן ברור כי מטרתו של החוק היא למנוע מאלו המתנגדים למדיניותה של ישראל בכל הנוגע ליחסיה עם הפלסטינים לקרוא להחרמתה או להחרמת ההתנחלויות.

35. חוק החרם, באופן ברור, אינו יוצא כנגד החרמות באשר הן (כפי שצוין כבר לעיל, המחוקק בחר שלא להכליל בתוך חוק החרם, חרם הנובע בין היתר מגזענות, דעות קדומות או תחרות בלתי הוגנת וכו'), אלא מתמקד באלו הקוראים להחרים את ישראל, או "איזור הנמצא בשליטתה" והרי ברור לכל כי "איזור הנמצא בשליטתה" מתייחס לשטחים הכבושים.

36. לישיבת ועדת החוקה מיום 15.02.11 אשר דנה בהכנת החוק לקריאה ראשונה, הוזמן על ידי חברי הוועדה המציעים את החוק, מר דני דיין, ראש מועצת יש"ע. בעקבות הזמנתו לדיון התפתח דיון בין ראש ועדת החוקה, ח"כ דוד רותם מיוזמי החוק ובין ח"כ דב חנין. וזו חלופת הדברים כפי שמופיעה בפרוטוקול הדיון מיום 15.2.11 :

"היו"ר דוד רותם :

אדוני היקר, דב חנין, החוק הזה בא להגן על ההתנחלות, שאתה קורא לה "בלתי חוקית" ואני קורא לה "התיישבות".

דב חנין :

אז תגידו את האמת.

"היו"ר דוד רותם :

על ההתיישבות היהודית ביהודה, שומרון וחבל עזה.

דב חנין :

על זה הוויכוח. נכון, אתה אומר את האמת לפחות.

"היו"ר דוד רותם :

לכן אין בכלל ויכוח. אין בעיה. "

מצ"ב הפרוטוקול מהדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 15.2.11 ומסומן כנספח

5.

37. דברים כנים אלו של יו"ר הוועדה ואחד מיוזמי החוק ודברים דומים אשר נאמרו ע"י תומכי החוק בדיון הוועדה, מצביעים על כך כי מטרת החוק אינה להגן על חברות ישראליות באופן כללי מחרם אשר יכול להיות מוטל עליהם, אלא "להגן" על אלו הנפגעים מקריאות להחרמת מוצרים המיוצרים בהתנחלויות ולהגן על מוסדות תרבות ואקדמיה הפועלות בשטחים מקריאות חרם המגיעות מהצד השמאלי של המפה הפוליטית, מהצד המתנגד להמשך השליטה הישראלית על הגדה המערבית.

38. כפי שכבר נטען לעיל, כלי החרם הינו כלי מקובל בישראל. ישנם חרמות הזוכים לשבחים כמו חרם הקוטג' אשר זכה לתהודה רבה. ישנם חרמות הנוגעים לציבור סקטוריאלי כגון הציבור החרדי, אשר מחרים חברות אשר אינן עומדות בדרישות הכשרות או הצנעה. ישנם חרמות המונעים מגזענות כגון החרם הקורא למנוע השכרתם של דירות לערבים בעיר צפת. ישנם חרמות הנובעים מקונפליקט הפוליטי בין ימין ושמאל, כגון החרמתם של זמרים אשר לא שירתו בצבא על ידי חלק מתושבי ההתנחלויות והחרמת מוצרים ושירותים מההתנחלויות ע"י חלק מפעילי השמאל.

39. על אף כל האמור לעיל, חוק החרם, מטיל סנקציות אך ורק על הקוראים לחרם על ההתנחלויות ולא על אף ציבור מחרים אחר. לפי ההגדרות והאיסורים שבחוק, לחרדים מותר להמשיך ולהחרים, לצרכנים מותר להמשיך ולהחרים, לפעילי זכויות בעלי החיים מותר להמשיך ולהחרים ולמתנחלים מותר להמשיך ולהחרים, רק למי שמתנגד להמשך הכיבוש הישראלי בשטחי הגדה המערבית אסורה ההחרמה, רק פיותיהם יסתמו.

40. אין וממילא לא יכול להיות כל הסבר המניח את הדעת מדוע קבע המחוקק הסדר תחיקתי המאפשר לבעל מפעל בהתנחלות לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק ממי שקרא להחרים את מוצרי ההתנחלויות אך מצד שני, נמנע מלתת בידי סטודנט ערבי אזרחי, המעוניין להתגורר בצפת, אותו כלי ממש, על מנת לאפשר לו לתבוע את רב העיר צפת אשר קרא לבעלי בתים בעיר להמנע מלהשכיר דירות לערבים. מצב דברים זה, בו רק מתנגדי הכיבוש אינם רשאים לפעול על פי צו מצפונם ולקרוא לתומכיהם להחרים חברות וארגונים הפועלים בהתנחלויות, מהווה פגיעה ברורה וזועקת בשוויון.

41. העותרים יוסיפו ויטענו, אין כל שוני רלוונטי היכול להצדיק אפליה שכזו בזכויות. העובדה שהרוב הפרלמנטארי מורכב בתומכי מפעל ההתנחלויות אינה יכול להוות צידוק לפגיעה בשוויון, נהפכה, בדמוקרטיה אמיתית, יש להקפיד דווקא על זכויותיהם של אלו הנמצאים במיעוט ובוודאי על זכותם לחופש הביטוי.

42. כאמור, העותרת 2 הנה עמותה הקוראת לנסיגתה של ישראל מן השטחים. בין השאר, קוראת העותרת 2 להחרמת מוצרים מההתנחלויות ומפרסמת באתר העמותה רשימה של מוצרים אשר

מיוצרים בהתנחלויות. בעקבות העברת חוק החרם בקריאה שנייה ושלישית, נאלצו העותרים להפסיק את כל פעילותם בתחום זה, בעוד שראשי עיריות ממשיכים להחרים אמנים שלא שירתו בצבא, אנשי השירות הלאומי ממשיכים להחרים אמנים מהקהילה הגאה וחרדים ממשיכים להחרים מפעלים המחללים את השבת.

43. הויכוח ארוך השנים בציבוריות הישראלית בין אלו המתנגדים להמשך הכיבוש בשטחים ובין אלו התומכים בו, ראוי שיתנהל ויוכרע באמצעים דמוקרטיים. כנסת ישראל רשאית לקבוע כי אין היא מעוניינת לצאת מן השטחים הכבושים, אולם אל לה לעשות שימוש בכוחה על מנת להשתיק צד אחד של המפה הפוליטית. התנהגות זו מהווה אפליה ברורה ופגיעה חמורה בשוויון, פגיעה הפוגעת בכבוד האדם של מאות ואלפים מאזרחי ישראל.

הפגיעה בחופש העיסוק:

44. הזכות החוקתית לחופש העיסוק זכתה להכרה חוקתית עם חיקוקו של חוק יסוד: חופש העיסוק. את היקפה ומשמעותה של הזכות לחופש העיסוק ניתח בהרחבה כב' הנשיא (בדימ') ברק בבג"ץ 1030/99 **חבר-הכנסת חיים אורון נ' יושב-ראש הכנסת חבר-הכנסת דן תיכון**, פד"י נו (3), 657-658:

"היקף הזכות לחופש העיסוק"

25. הזכות לחופש עיסוק נמנית עם זכויות היסוד הבסיסיות אשר הוכרו ככאלה עוד טרם חקיקתם של חוקי היסוד. כך כבר בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר-המשטרה [2] אומר השופט ש' ז' חשין:

"...לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק... זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה" (שם, בעמ' 82-83).

בעקבות פסק-דין זה הלכו רבים, והזכות לחופש עיסוק הפכה לזכות יסוד אשר אינה כתובה "עלי ספר". על זכות זו נאמר בבג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר [3], בעמ' 466:

"זכות יסוד זו ממה היא נובעת אם לא מהעיקרון הערכי של חירות הבחירה הניתנת לו לאדם, בהיותו בן-חורין – חירות אישית שהיא יסוד היסודות **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**. מהי הזכות לחופש העיסוק אם לא מתן שוויון ההזדמנויות לכל אזרח באשר הוא לבחור לעצמו את עיסוקו ואת מקור פרנסתו, והרי השוויון בפני החוק והשוויון בין אדם לאדם הם מעיקרי העיקרים של מגילת העצמאות, ולמעשה, על-פי רוח, הדברים גם **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, שהרי כל אדם נולד בצלם, כל אדם, בהיותו אדם, זכאי לאותן הגנות על חירותו, על כבודו, על קניינו, על צנעת

פרטיותו". "זכות יסוד זו לחופש עיסוק עוגנה בחוק-יסוד: חופש העיסוק. סעיף 3 שבו קובע: "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד". בכך קנתה לעצמה הזכות לחופש עיסוק מעמד נורמטיבי חוקתי. בבג"ץ 1715/97 הנ"ל [1], בעמ' 383 נאמר בהקשר זה על-ידי חברי הנשיא ברק: "חופש העיסוק כזכות חוקתית נגזר מהאוטונומיה של הרצון הפרטי. הוא ביטוי להגדרתו העצמית של האדם. באמצעות חופש העיסוק מעצב האדם את אישיותו ואת מעמדו ותורם למירקם החברתי. כך על-פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. כך על-פי ערכיה כמדינה יהודית. המלאכה מייחדת את האדם ומהווה ביטוי לצלם אלוהים שבו (ראו משנת רבי אליעזר פרשה כ)".

45. סעיפים 3 ו-4 לחוק החרם קובעים כדלקמן:

- | | |
|---|--|
| <p>3. שר האוצר רשאי, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה הגבלת השתתפות במכרז בהם תוגבל/ הגבלת השתתפותו של מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או של מי שהתחייב להשתתף בחרם במכרז שיש לערוך לפי חיקוק.</p> | <p>הוראות בדבר הגבלת השתתפות במכרז</p> |
| <p>4. (א) שר האוצר, בהסכמת שר המשפטים, רשאי להחליט לגבי מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או לגבי מי שהתחייב להשתתף בחרם [במקרים מיוחדים] כי –</p> | <p>הוראות בדבר מניעת הטבות</p> |

(1) לא יראו בו מוסד ציבורי לעניין סעיף 9(2) לפקודת מס הכנסה;

(2) הוא לא יהא זכאי לקבל כספים מהמועצה להסדר ההימורים בספורט לפי סעיף 9 לחוק להסדר ההימורים בספורט, התשכ"ז-1967;

(3) הוא לא ייחשב כמוסד ציבורי לעניין קבלת תמיכה לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985;

(4) הוראות חוק ערבויות מטעם המדינה, התשי"ח-1958 לא יחולו לגביו;

(5) הוא לא יהיה זכאי להטבות לפי החוק לעידוד השקעות הון, התשי"ט-1959 ולפי החוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984.

46. סעיף 3 לחוק מאפשר למנוע ממי שקורא לחרם או מי שהתחייב לקחת חלק בחרם, להשתתף במכרז ציבורי. אין כל ספק כי מניעה מחברה או אדם להשתתף במכרז פתוח לכל, מהווה פגיעה קשה בחופש העיסוק שלו. עוד יצוין כי סעיפים 3-4 מרחיבים את אחריות החוק ומטילים אותה גם על אלו ה"מתחייבים לקחת חלק בחרם".

47. מכאן, כי די ואדם יחתום על עצומה הקוראת להחרמת תוצרת או שירותים של התנחלויות כדי למנוע ממנו להשתתף במכרז. כך לדוגמא, לא יוכל שחקן החותם על עצומה שלא להשתתף בהצגות במרכז התרבות המוקם בקריית ארבע, להתמודד על ניהול מועצת התרבות של עירו.

48. סעיף 4 לחוק החרם, מאפשר לממשלה למנוע מאזרח או חברה הקוראת להטלת חרם על מדינת ישראל, או אשר התחייבה לעשות כן, הטבות כלכליות שונות. העותרים יטענו כי סעיפים אלו מהווים פגיעה קשה בחופש העיסוק ומטילים נטל בלתי אפשרי ובלתי ראוי, על חברות ישראליות אשר יבקשו תמיכה לפי החוק לעידוד השקעות הון התשי"ט-1959 או החוק לעידוד מחקר ופיתוח בתעשייה, התשמ"ד-1984 ועל עמותות ישראליות אשר יבקשו תמיכה מוסדית מן המדינה.

49. בשנים האחרונות, אנו עדים ליותר ויותר מדינות המסתייגות באופן גלוי מהכיבוש הישראלי בשטחים ומהשפעותיו על האוכלוסיה המוגנת. יותר ויותר מדינות וחברות, מסרבות לבצע עסקאות עם חברות הפועלות בשטחים ומטילות מגבלות רבות על יבוא מוצרים מן ההתנחלויות.

50. כך למשל, ביום 03.03.09 הודיעה שרת ממשלת נורווגיה, על משיכת השקעותיה מחברת "אלביט מערכות", בעקבות מעורבותה בבניית מכשול התפר, זאת בשל הפרת החוק הבינלאומי הכרוכה בו, כפי שנקבע בין היתר בחוות הדעת המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק שמושבו בהאג. החלטה זו נתקבלה על סמך המלצתה מיום 15.05.09 של ועדת האתיקה שבמשרד האוצר הנורווגי, שתפקידה להבטיח כי ההשקעות הממשלתיות בחו"ל, המבוצעות במסגרת קרן הפנסיה הממשלתית, עולות בקנה אחד עם קווים אתיים מנחים.

מצ"ב המלצתה מיום 15.05.09 של ועדת האתיקה שבמשרד האוצר הנורווגי ומסומנת כנספח 6.

51. בנוסף, ביום 25.02.10 קבע הרכב בן 5 שופטים בבית הדין האירופי לצדק (European Court of Justice, ECJ), במסגרת תיק 386/08-C, Brita GmbH v Hauptzollany Hamburg-Hafen, במסגרת בירור תביעת חברת "בריטה" הגרמנית כנגד רשויות המס בגרמניה על רקע בקשתה של הראשונה לייבא את מוצריה של חברת "סודה קלאב" המיוצרים בשטחים הכבושים, קבע בית הדין כי מוצרים אלו אינם נופלים בגדרו של הטווח הטריטוריאלי עליו מושתת הסכם הסחר בין האיחוד האירופאי לישראל, ומכאן כי אין להחיל על מוצרים המיוצרים בהתנחלויות את הטבות המס שישודן בהסכם זה:

"On those grounds, the Court (Fourth Chamber) hereby rules:

1. The customs authorities of the importing Member State may refuse to grant the preferential treatment provided for under the Euro-Mediterranean Agreement establishing an association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the State of Israel, of the other part, signed in Brussels on 20 November 1995, where the goods concerned originate in the West Bank. Furthermore, the customs authorities of the importing Member State may not make an elective determination, leaving open the questions of which of the agreements to be taken into account – namely, the Euro-Mediterranean Agreement establishing an association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the State of Israel, of the other part, and the Euro-Mediterranean Interim Association Agreement on trade and cooperation between the European Community, of the one part, and the Palestine Liberation Organisation (PLO) for the benefit of the Palestinian Authority of the West Bank and the Gaza Strip, of the other part, signed in Brussels on 24 February 1997 – applies in the circumstances of the case and of whether proof of origin falls to be issued by the Israeli authorities or by the Palestinian authorities.
2. For the purposes of the procedure laid down in Article 32 of Protocol No 4 appended to the Euro-Mediterranean Agreement establishing an association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the State of Israel, of the other part, the customs authorities of the importing State are not bound by the proof of origin submitted or by the reply given by the customs authorities of the exporting State where that reply does not contain sufficient information, for the purposes of Article 32(6) of that protocol, to enable the real origin of the products to be determined. Furthermore, the customs authorities of the importing State are not obliged to refer to the Customs Cooperation Committee set up under Article 39 of that protocol a dispute concerning the territorial scope of that agreement."

מצ"ב הכרעת ביה"ד האירופאי לצדק מיום 25.02.10 ומסומנת כנספח 7.

52. זאת ועוד, ביום 09.05.11 הודיעה "דויטשה באן", חברת הרכבות הממשלתית של גרמניה, כי תפרוש מפרויקט בניית קו הרכבת המהיר תל-אביב – ירושלים, לנוכח העובדה כי עובר בחלקו בשטחי הגדה המערבית. בנסיבות דומות, ביום 14.10.10 סיכמה חברת התחבורה הצרפתית "ואוליה" על מכירת חלקה בפרויקט הרכבת הקלה בירושלים והעברתו לחברת "אגד".

מצ"ב מכתבו מיום 16.02.11 של ד"ר פטר רמסאור, שר התחבורה הגרמני, למר רודיגר גרובה, מנכ"ל חברת "דויטשה באן" (מקור בגרמנית ותרגום לאנגלית) ומסומן כנספח 8.

מצ"ב כתבה מיום 15.10.10 מאתר דה מרקר ומסומנת כנספח 9.

53. מצב דברים זה, מביא לכך כי חברות המעניינות לפרוץ לשווקים בחו"ל להגדיל את תפוצתן, ישראליות והכנסותיהן, עשויות להידרש ולהתחייב כי הן אינן מייצרות או רוכשות מוצרים מן השטחים ואינן פועלות בהם. סעיף 4 לחוק החרם יביא לכך כי ימנעו מהן הטבות כלכליות משמעותיות מצידה של המדינה.

54. הכנסתם של המעסיקים והעובדים בין הפטיש לסדן בוויכוח הפוליטי, שלא באשמתם ושלא מרצונם, מהווה פגיעה קשה בזכותם החוקתית לעסוק במקצועם.

הפגיעה בזכויות אינה עומדת במבחניה של פסקת ההגבלה:

55. כאמור, חוק החרם טומן בחובו פגיעה קשה הן בזכות לחופש הביטוי ולשוויון החוסות תחת הזכות לכבוד האדם, והן בזכות לחופש העיסוק. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, אוסרים על פגיעה בכבוד האדם ובחופש העיסוק אלא באם הפגיעה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה. על מבנה פסקת ההגבלה ומשמעותה נכתב רבות בפסיקה וכך סיכמה לאחרונה כב' הנשיאה בייניש בבג"צ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר** (פורסם בנבו):

"הזכויות לחירות אישית ולכבוד האדם, זכויות האדם האחרות המוכרות במשפטנו החוקתי, אינן מוחלטות, ואין די בכך שדבר חקיקה מסוים פוגע בזכות חוקתית כדי להפוך את דבר החקיקה לבלתי-חוקתי. הפגיעה של תיקון 28 בזכויות החוקתיות לחירות ולכבוד האדם תהא כדין אם היא תעמוד בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובעת בזו הלשון:

"פגיעה בזכויות

8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

פסקת ההגבלה מבטאת את האיזון שנקבע במשפט החוקתי הישראלי בין זכויות הפרט לבין צרכי הכלל וזכויותיהם של פרטים אחרים. היא משקפת את תפיסתנו החוקתית לפיה זכויות האדם הן יחסיות וניתנות להגבלה. פסקת ההגבלה ממלאת, אפוא, תפקיד כפול - היא קובעת כי זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד לא ייפגעו אלא בהתקיים תנאים מסוימים, אולם בד בבד היא מגדירה מהם התנאים בהם הפגיעה בזכויות האדם תהיה מותרת (ראו: בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 52 (2005); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 546 (2005) (להלן:

פרשת המועצה האזורית חוף עזה)). פסקת ההגבלה קובעת כי ארבעה תנאים מצטברים צריכים להתקיים על מנת שפגיעה בזכות חוקתית, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תהיה כדין: הפגיעה בזכות צריכה להיעשות בחוק (או מכוח הסמכה מפורשת בחוק); החוק צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל; על תכלית החוק להיות תכלית ראויה; והפגיעה בזכות החוקתית צריכה להיות במידה שאינה עולה על הנדרש. היה ואחד מארבעת התנאים הללו אינו מתקיים, משמעות הדבר היא כי הפגיעה בזכות החוקתית אינה כדין, וכי הוראת חוק הפוגעת בזכות החוקתית היא בלתי-חוקתית. משמצאנו כי תיקון 28 פוגע בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם, עלינו לבחון האם מתקיימים לגביו תנאי פסקת ההגבלה.

56. העותרים ימקדו את טענותיהם כלפי שני תנאים עיקריים בפסקת ההגבלה. ראשית יטענו העותרים כי תכליתו של החוק אינה ראויה. שנית יטענו העותרים כי החוק אינו עומד באף לא אחד ממבחני המידתיות.

חוק החרם אינו חוק לתכלית ראויה:

57. על מנת לבחון האם חוק הינו חוק לתכלית ראויה כפי הגדרתה בחוקי היסוד, יש לבחון האם החוק נועד לקדם את זכויות האדם או מטרה ציבורית ראויה. כך נפסק ע"י כב' הנשיאה בייניש עוד בפס"ד בג"ץ 4769/95 מנחם נגד שר התחבורה (פורסם בנבו):

"על-פי פסקת ההגבלה, חוק הפוגע בזכות חוקתית צריך להיות לתכלית ראויה. כבר נקבע בפסיקתנו כי תכלית היא ראויה אם נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על-ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט. זאת ועוד, תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן."

58. מדברי ההסבר להצעת חוק החרם שפורסמה לקריאה הראשונה, קשה להבין במדויק מהי תכליתו של החוק. עם זאת מנוסחו של החוק ניתן בהחלט להבין כי מטרת החוק היא מחד למנוע חרמות על ישראל ע"י גורמים חיצוניים, ושנית למנוע מישראלים לקרוא ולהחרים מוצרים ושירותים הניתנים בהתנחלויות. העותרים יטענו, כי תכליתו זו, דהיינו מניעת החרם על ההתנחלויות, היא התכלית העיקרית של החוק וכי מטרתו האמיתית של חוק החרם הינה להלך אימה על צד של המפה הפוליטית – מטרה אשר אין ספק שאינה תכלית ראויה. לא זו אף זו, האיסור על השימוש בכלי דמוקרטי חשוב כחרם כשלעצמו, מהווה תכלית בלתי ראויה.

59. החוק אינו עונה על הדרישות הבסיסיות ביותר שמעלה דרישת התכלית הראויה, דהיינו הוא אינו "מגן על זכויות אדם" אלא פוגע בהם, ואין הוא קובע "איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים" או "משרת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא".

60. כאן המקום להבהיר את ההבדל המהותי בין זכותה של כנסת ישראל להשתמש ברוב הקואליציוני למנוע או לקיים מעשה פוליטי מדיני אשר יפגע בזכויות יסוד, לבין חוסר סמכותה להפעיל את הרוב הקואליציוני כדי למנוע את השיח הפוליטי בעניין אותו מעשה תוך פגיעה בזכויות יסוד.

61. כך לדוגמא, כנסת ישראל מתוקף היותה הריבון המייצג את קולו של העם, יכולה להחליט כי העם אינו מעוניין בשלום עם הפלסטינים ולקבוע בחוק כי אסור לנהל עוד משא ומתן עם הפלסטינים. שאלה זו, האם ישראל מעוניינת בשלום אם לאו, הינה שאלה פוליטית שבמחלוקת ואשר סביבה מתנהל דיון ציבורי אשר מוכרע באמצעות הבחירות.

62. מנגד, יטענו העותרים, אין הכנסת יכולה לחוקק חוק המגביל את הכלים הדמוקרטיים העומדים בפני המיעוט להביע את התנגדותו כלפי החלטה שכזו. הדמוקרטיה אינה נעצרת בתהליך בחירות בכל מספר שנים, וחלק מרכזי ממנה הוא היכולת להכיל עימותים בין תומכי ומתנגדים בכלים הדמוקרטיים הראויים, הפגנות, מחאות, שביתות ואף חרמות.

63. בישראל קיים ציבור לא מבוטל הרואה במפעל ההתנחלויות מפעל פסול המאיים על עתידה של מדינת ישראל. כנסת ישראל רשאית לאשר הקמתן של עוד ועוד התנחלויות והזרמת כספים עבורן, אך אסור לה למנוע מן הציבור המתנגד להן את זכותו הדמוקרטית, להתחייב שלא לקנות מתוצרתן. התערבות שכזו נוגעת לכללי המשחק עצמם ולא לתוצאתו ולכן אסורה.

64. מכל האמור, עולה כי על פי מבחני הפסיקה, חוק החרם לא חוקק לתכלית ראויה ולכן נכשל במבחן הראשון זה של פסקת ההגבלה ולו מסיבה זו, דינו להתבטל.

חוק החרם אינו עומד במבחן המדתיות הראשון – מבחן הקשר הרציונאלי:

65. מבחן הקשר הרציונאלי נועד לבדוק האם החוק עונה על תכליתו המוצהרת. וכך קבע כב' הנשיא (בדימי) ברק בע"א 6821/93, רע"א 1908/04, רע"א 3363/04 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי פ"ד מט (4) 221, עמ' 436:**

"מבחן המשנה הראשון קובע כי אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם חוקתית, הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. זהו מבחן "ההתאמה" (FIT, GEEINGNAT) או מבחן "הקשר הרציונאלי.

נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי צריך להיות גזור להשגת המטרה".

66. העותרים יטענו כי גם אם יחליט ביהמ"ש הנכבד כי תכליתו של חוק החרם הינה למנוע חרמות בינלאומיים על ישראל ותכלית זו ראויה, הרי שההסדרים בחוק לא יביאו למימושה של אותה תכלית. טענה זו הושמעה במלא התקיפות בדיוני וועדת החוקה טרם קבלת החוק ע"י הגורמים השונים במשרדי הממשלה. כך לדוגמא הציג נציג יועמ"ש משרד החוץ, מר אהוד קינן, את עמדת משרד החוץ בפני חברי הוועדה בפרוטוקול הדיון מיום 15.2.11 (ר' נספח 5' לעתירה):

" אנחנו חושבים שככלי במאבק נגד החרם הצעת החוק הזאת לא מועילה במאבק נגד החרם הבין-לאומי ועלולה אפילו לפגוע בו, זאת משורה של נימוקים שנפרט: גם מדיניים, גם הסברתיים, גם מעשיים וגם משפטיים. לדעתנו, המאבק צריך להתקיים בעיקרו במקומות שבהם החרם ניזום. אני מודע לעובדה שיש גם קולות בשיח הישראלי, אבל אנחנו חושבים שעיקר המאמץ הוא דווקא בחוץ לארץ במדינות שונות ושם אנחנו פועלים. אני חושב שזאת הפעולה הנכונה להתמודד עם החרם הזה, שכאמור יש לו גם קולות בשיח הפנימי ואנחנו מודעים לזה.

אנחנו גם חושבים שיש כלים שניתן להשתמש בהם, גם כלים משפטיים בחוץ לארץ וגם כלים קיימים במדינת ישראל. ניתן למנוע כניסה למדינת ישראל כבר כיום לנתין זר שרוצה לבוא להטיל חרמות או לפגוע במארג החיים בישראל; ניתן לא לתת רישוי לגוף שרוצה להתאגד במדינת ישראל וכו'.

מבחינת הנימוקים - כעיקרון, אחד הכלים העיקריים שלנו במאבק בחרם זה העובדה שיש פה מדינה דמוקרטית, חופשייה, רשויות שלטון, בתי משפט וכו'. זה מה שאנחנו מנסים למכור, זה אחד הכלים העיקריים שלנו.

.....

הנימוקים המדיניים הוסברו – אנחנו חושבים שזה לא יסייע במאמץ לפעול מול הדה-לגיטימציה. גם מול רשויות, החקיקה פה מעורפלת. לכאורה, זה עלול לפגוע גם באיחוד האירופי, למשל, שזו גם ישות מדינית. אנחנו לא בטוחים שאנחנו רוצים לפגוע בקשרים שלנו עם האיחוד האירופי או לתת לגופים אירופים או ארגונים לא ממשלתיים שונים כלים לתקוף את מדינת ישראל. כאמור, אנחנו חושבים שיש בידי מדינת ישראל כלים לפעול במישור הפנימי, ועיקר המאמץ המשפטי, המדיני וההסברתי צריך להיות בחוץ לארץ. הערה אחת בהיבט של ניהול יחסי החוץ - בסופו של דבר, זה חוק שמטיל מגבלה מסוימת או במידה מסוימת פוגע בחופש הפעולה של

הממשלה, לפחות של משרד החוץ בתחום תפקידו. לכן, היינו מבקשים שהוועדה תיקח את העמדה הזאת, שזו עמדת משרד החוץ, בחשבון. תודה."

67. על דעה זו חזרה הגב' קרין דוזורץ ממשרד היועמ"ש במשרד החוץ בפרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מיום 27.6.11, כאשר דנה הוועדה בנוסחו הסופי של החוק:

"באופן עקרוני אנו סבורים שהצעת החוק עשויה לגרום לנזק מדיני, ואף להגביר את תופעת החרמות. אף-על-פי שאנחנו, כמובן, שותפים לרצון שגלום בה להילחם בתופעה, ואנחנו עושים את זה בהרבה כלים מדיניים ואחרים, אנחנו סבורים שהצעת החוק הזאת, אם תעבור, עשויה לגרום לתוצאה הפוכה מהמטרה שלה ולהגביר את תופעת החרמות."

מצ"ב פרוטוקול ועדת החוקה מיום 27.6.11 המסומן כנספח 10'

68. מכאן, כי הגורם המקצועי העיקרי האחראי למאבק הדיפלומטי אותו מנהלת ישראל בעולם, קובע כי, החוק לא יעזור לעצירת החרם הבין לאומי; החוק עלול להזיק לו; החוק מופנה כלפי הגורמים הלא נכונים; ישנים מספיק כלים משפטיים כבר היום להילחם בתופעה; והעברת החוק תפגע בתדמיתה של ישראל כמדינה דמוקרטית.

69. עוד יצויין כי בישיבת ועדת החוקה מיום 15.2.11 (נספח 5') דיבר גם מר נתנאל היימן ראש תחום רגולציה, בהתאחדות התעשיינים, את עמדת התאחדות התעשיינים כדלקמן:

"בסך הכול אנחנו חושבים ששיקולים העלות-תועלת של החוק הזה מוטלים בספק. החוק הזה יכול לפגוע בכלכלה הישראלית יותר מאשר להועיל לה."

70. מדברים אלו עולה כי, אף אותם תעשיינים אשר החוק נועד לכאורה להגן עליהם, רואים בחוק נטל ולא תועלת ואינם מאמינים כי ביכולתו להשיג את תכליתו למניעת חרמות בין לאומיים. העותרת תטען כי די בדברים אלו של אנשי המקצוע בכדי לבסס כדבעי את טענתה כי חוק החרם לא רק שאינו מגשים את תכליתו אלא אף פועל בצורה כחרב פיפיות וגורם ליותר נזק מאשר לתועלת.

71. עוד יוסיפו העותרים כי במידה ותכליתו היחידה של החוק הינה שישראלים לא יחרימו מוצרים מההתנחלויות, הרי שגם תכלית זו אינה יכולה להיות מושגת ע"י האמצעים בחוק. בחירתם של אלו המחרמים את מוצרי ההתנחלויות הינה בחירה אידיאולוגית ומצפונית, ולכן אין הדבר סביר כי העברתו של החוק תגרום להם להפסיק להחרים מוצרים אלו.

72. כפי שחוק האוסר קריאות להחרים את תעשיית הבשר, לא יגרום לצמחונים להפסיק להיות צמחונים, וכפי שחוק האוסר קריאות להחרים חברות המייבאות בשר לא כשר לא יגרום לציבור הדתי לאכול אוכל לא כשר, כך גם חוק האוסר על קריאה להחרמת מוצרים ושירותים מההתנחלויות לא יגרום למתנגדים להתנחלויות להתחיל ולצרוך מוצרים אלו.

73. בשל כל האמור יטענו העותרים כי חוק החרם אינו מגשים את תכליתו ובשל כך אינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי ולכן אינו חוקתי.

חוק החרם אינו עומד במבחן המדתיות השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה :

74. העותרת טוען כי חוק החרם אף אינו עומד במבחן המידתיות השני, דהיינו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. לגבי מבחן זה קבע כב' הנשיא בדימו' ברק בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח' פ"ד נא (4), עמ' 385 :

"מבחן המשנה השני, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. האמצעי החקיקתי הפוגע בזכות אדם חוקתית – ולענייננו הפוגע בחופש העיסוק הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על-ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם תהא קטנה יותר (ראו בג"ץ 3477/95 בן-עטיה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט פ"ד מט(5)1; ע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 436). האמצעי החקיקתי משול לסולם, שעליו מטפס המחוקק להשגת התכלית החקיקתית. על המחוקק לעצור באותו שלב משלבי הסולם, שבאמצעותו מושגת התכלית החקיקתית, ואשר פגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. "על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם" (ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, רע"א 3363/04 הנ"ל, בעמ' 444). "אם בנסיבות העניין התנאי המתון, הגורם פחות נזק, אינו מספיק כדי להשיג את המטרה, תוכל הרשות לקבוע תנאי מכביד יותר, ככל הנדרש להשגת המטרה" (י' זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב' (תשנ"ד-תשנ"ה), בעמ' 131).

75. העותרים יטענו כי על-אף התנגדותם העקרונית לתכלית החוק, הרי שקיימים כלים היכולים להבטיח את אותן תכליות גם מבלי להפעיל את האמצעים הדרקוניים המנויים בחוק החרם.

76. כך למשל, יכולה המשיבה להחליט על מנגנון המפצה את אלו הנפגעים מן החרם מקופת המדינה. כך תשמור המשיבה הן על זכויותיהם החוקתיות של המחרמים והן על תכלית החוק.

77. בנוסף לכך העותרים יטענו, כי קיימים בחוק מנגנונים היכולים להביא לאותן תכליות. ראשית, פקודת הנזיקין מאפשרת גם היום לבעל מפעל בהתנחלות לתבוע ישירות את מי שפוגע לטעמו בעסקיו באם אכן יצליח לבסס פגיעה שכזו. כך גם לגבי מכרזים, יכולה מדינת ישראל לקבוע במכרזים תנאים ספציפיים האוסרים על השתתפות בחרמות נגד מדינת ישראל ואין צורך בחקיקה ראשית לצורך כך.

78. עוד יצוין, כי כפי שהובא בעתירה זו מפיו של נציגי יועמ"ש משרד החוץ, מר אהוד קינן, הרי שגם הגורמים המקצועיים מודעים לכך כי קיימים כלים מספיקים מספיק כדי להתמודד עם תופעת החרם הבינלאומי.

79. מכאן, כי קיימים כלים אחרים היכולים לשמש את תכלית החוק, כלים אשר לא יפגעו לשווא בזכויותיהם החוקתיות של העותרים ורבים אחרים המזדהים עם דעותיהם..

80. בשל האמור, העותרים יטענו כי חוק החרם אף אינו עומד במבחן השני של המידתיות ולכן אינו חוקתי.

חוק החרם אינו עומד במבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות "במובן הצר":

81. העותרים יטענו כי חוק החרם אף אינו עומד במבחן המידתיות השלישי, דהיינו מבחן המידתיות במובן הצר. לגבי מבחן זה קבע כב' הנשיא בדימו' ברק בבג"צ 3477/95 בן-עטייה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט פ"ד מט(5)1, עמ' 13 :

"מבחן המשנה השלישי, הוא מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר). האמצעי הנבחר אפילו היסוד השלישי במבחן המידתיות קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו אינו ראוי, אם פגיעתו בפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשמת התכלית. זהו מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). כותב פרופ' זמיר :

"היסוד השלישי הוא המידתיות עצמה. לפי יסוד זה, אין די בכך שהרשות המינהלית בחרה באמצעי המתאים והמתון להשגת המטרה, אלא עליה להוסיף ולשקול את התועלת שתצמח לציבור כנגד הנזק שייגרם לאזרח עם הפעלת האמצעי הזה בנסיבות העניין. עליה לשאול את עצמה אם בנסיבות אלה קיים יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לאזרח. היחס בין התועלת לבין הנזק, ואפשר לומר גם היחס בין האמצעי לבין המטרה, צריך להיות מידתי (פרופורציונלי), כלומר, יחס שאינו חורג מן המידה הראויה. אם בנסיבות של עניין מסוים, יגרום השימוש באמצעי מסוים, שהוא מתאים ומתון, נזק כבד לאזרח, ואילו התועלת הצפויה

לציבור אינה אלא מזערית, המסקנה עשויה להיות שאסור לרשות לשתמש
בנסיבות אלה אפילו באמצעי זה" (זמיר, במאמרו הנ"ל, בעמ' 131).

82. על מנת לבחון האם חוק החרם עומד במבחן המידתיות השלישי יש להעמיד זה מול זה את הזכויות הנפגעות ע"י החוק אל מול האינטרסים או הזכויות הנפגעים ממנו לכאורה. מכאן שראשית יש לבחון, מה הוא האינטרס עליו מנסה חוק החרם להגן. נדמה כי האינטרס היחיד אשר ניתן להציגו באופן ברור הינו האינטרס כי אזרחים ישראלים לא יקראו להחרמת תוצרת של ההתנחלויות.

83. מכאן שעל ביהמ"ש לבחון האם התועלת העשויה לנבוע מכך שישראלים לא יוכלו לקרוא בפומבי להחרמת תוצרת ההתנחלויות, עולה על הפגיעה בזכויות היסוד של אלו המאמינים כי מפעל ההתנחלויות הוא מכשול לשלום ולעתידה של מדינת ישראל.

84. כפי שכבר נטען לעיל, הרי שאין החוק יכול למנוע את החרמתם של מוצרים ושירותים מההתנחלויות ע"י אלו המעוניינים להחרים אותם. יכולתו של החוק היא להגביל את יכולתם של אלו להביע את דעותיהם בפומבי. על-כן, לטעמם של העותרים גם בעניינו של המבחן השלישי, אין כל ספק שהפגיעה בזכויות רבה ועמוקה מכל תועלת אשר עשויה לצמוח מהפעלת החוק.

85. יישומו של חוק החרם ככתבו וכלשונו יביא במקרה הטוב להשתקתם של מספר פיות בישראל תוך פגיעה קשה בזכויותיהם, אך לא יעזור בסיומה של תופעת החרם בישראל או בעולם. חוק זה אינו ערוך להתמודד עם חוסר שביעות רצונו של העולם ממדיניות ישראל ואינו יכול לשנות את תפיסת עולם של אלו המחרימים תוצרת התנחלויות בישראל. סתימת פיותיהם של חלק מאזרחי ישראל אל מול הפגיעה החמורה בדמוקרטיה, בחופש הביטוי ובשוויון יכולה להביא רק לתוצאה אחת אפשרית, והיא הקביעה כי חוק החרם אינו מידתי גם "במובן הצר" ולכן אינו חוקתי ויש לבטלו.

לסיכום:

86. חוק החרם הינו חוק פסול, מפלה ואנטי דמוקרטי הפוגע פגיעה קשה בזכויותיהם של העותרים ושל אלו המזדהים עם דעותיהם. על מנת להגן על ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל מפני

חוקים שכאלו חוקקו חוקי היסוד המגינים על כבוד האדם וחופש העיסוק. חוק החרם פוגע בזכויות יסוד בסיסיות מבלי לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה ואינו עומד במבחנים אשר נקבעו בפסיקה ולכן יש לבטלו.

גבי לסקי, עו"ד
ב"כ העותרים