

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

מחלקת יעוץ וחקיקה

(המחלקה למשפט ציבורי-חוקתי)

ל' בסיוון התשע"ח

13 ביוני 2018

לכבוד

משתתפי הדיון

שלום רב,

הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם (תיקון- פיצוים ללא הוכחת נזק),
התשע"ז- 2017 (פ/4555) של חבר הכנסת יואב קיש

"מקום בו נדרש לבצע איזון עדין כדי לפגוע באופן מינימלי בזכות היסוד של חופש הביטוי, ולהימנע ככל הניתן, מעבר לנדרש, מליצור "אפקט מצנן" לביטויים פוליטיים ולדיון חברתי ער – אין להשתמש בכלים חריגים למשפט האזרחי, ולסטות מדרישת הנזק הקלאסית, שהיא בד"כ תנאי לחיוב אזרחי ואחת ההצדקות העיקריות – בתורת המשפט – לאישור התערבות המדינה בחיי הפרט (עיינו: Mill, On Liberty; פרשת Holder)."
(בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, (ניתן ביום 15.4.2015) להלן- פס"ד אבנרי; פסקה 43 לפסק דינו של השופט מלצר)

לקראת הדיון שעתיד להתקיים מחר במסגרת ישיבת המשנים בנושא הצעת החוק שבנדון, להלן מסמך המציג את עמדת המחלקות למשפט אזרחי ולמשפט ציבורי-חוקתי ביעוץ וחקיקה, על דעת המשנים העומדים בראשן. תחילה מוצגים עיקריה של הצעת החוק, ולאחר מכן מוזכרים עקרונותיה של החוק המקורי, הליך חקיקתו ופסק הדין בעתירות שהוגשו נגד חוקתיותו. לבסוף מוצג ניתוח של הצעת חוק מבחינת דיני הנזקין והמשפט החוקתי. נומר כבר עכשיו כי לעמדתנו הצעת החוק סותרת את הקביעות של בית המשפט העליון בפס"ד אבנרי ואיננה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. לפיכך, קיימת מניעה חוקתית לחוקק אותה.

א. תיאור הצעת החוק

ביום 26.7.2017 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם (תיקון- פיצוים ללא הוכחת נזק), התשע"ז- 2017 (פ/4555) של חבר הכנסת יואב קיש.

הצעת החוק כוללת שני תיקונים לחוק מניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן - חוק החרם), הנוגעים לעוולה האזרחית הקבועה בסעיף 2 לחוק (ראו הרחבה בהמשך). ראשית, מוצע להוסיף אפשרות לפיצויים ללא הוכחת נזק של עד 100,000 ₪, ובלבד שלא הקריאה לא הייתה חד-פעמית ושהקריאה הייתה בזדון; ושנית, מוצע לקבוע כי אם מצא בית המשפט שנעשתה עוולה לפי חוק זה בזדון, בצורה שיטתית ומאורגנת, רשאי הוא לחייב את עושה העוולה בתשלום פיצויים לדוגמה בסכום שלא יעלה על חצי מיליון שלקים.

הצעת החוק נדונה בוועדת השרים לענייני חקיקה בישיבתה מיום 5.11.2017. בחוות הדעת לוועדת השרים – שנכתבה לאחר ליבון הדברים בישיבת המשנים - נכתב כי ההצעה "מעלה קושי משפטי חוקתי משמעותי וספק רב אם היא עוברת את המבחנים החוקתיים". כמו כן, נכתב ש"אם בכל זאת תבקש הוועדה לקדם את ההצעה נבקש לדחות את הדיון על מנת שניתן יהיה להביא את ההצעה לפני היועץ כדי לקבל הכרעה לגבי עמידתה של ההצעה במבחני החוקתיות". למרות בקשה זו, ועדת השרים החליטה לתמוך בהצעת החוק. כמו כן נקבע בהחלטה שהמשך הליכי החקיקה יקודמו בהסכמת שרת המשפטים, השר לענייני אסטרטגיים והסברה ושר ירושלים ומורשת, וכי הצעת החוק תוחזר לדיון בוועדת השרים לפני הקריאה הראשונה.

בשבוע שעבר, ביום 6.6.2018, התקיים דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעניין הצעת החוק לצורך הכנתה לקריאה ראשונה. בדיון הבהיר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אזרחי), ארז קמניץ, את עמדת המחלקה כפי שהובאה בפני ועדת השרים. זאת, בהמשך להצגה על ידי היועץ המשפטי לוועדת החוקה של הקשיים החוקתיים הכרוכים בהצעת החוק ושל הסתירה החזיתית בינה לבין פסק הדין בעתירה נגד חוקתיות החוק. יו"ר הוועדה וחבר הכנסת המציע הביעו את עמדתם כי עובדת היותה של הצעת החוק נוגדת את פסקת בית המשפט העליון אינה מעלה או מורידה שכן הכנסת היא בעלת הסמכות לחוקק. בסופו של הדיון, הצביעו חברי ועדת החוקה על הצעת החוק לצורך הבאתה לקריאה ראשונה בפני המליאה, ללא כל שינוי. עם זאת, יו"ר הוועדה הגיש רביזיה על מנת לאפשר למציע ולגורמים הרלוונטיים בממשלה לפעול בהתאם להחלטת ועדת השרים. בעקבות זאת, מתוכננת פגישה עם חה"כ קיש ביום רביעי הבא.

ב. רקע : החוק הקיים ופס"ד אבנרי

1. חוק החרם

חוק החרם, בנוסחו כפי שהתקבל בכנסת ביום 11.7.2011, מטיל אחריות נזיקית וקובע הגבלות מינהליות שונות כנגד מי שמפרסם ביוזעין קריאה פומבית להטלת "חרם על מדינת ישראל", שמשמעותו בחוק הינה: "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" (סעיף 1 לחוק). זאת, כמפורט להלן: **ראשית**, החוק מטיל אחריות נזיקית על מי שמפרסם ביוזעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כאשר על-פי תוכנה של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהיא תביא להטלת החרם והמפרסם מודע לאפשרות זו (סעיף 2 לחוק).

שנית, החוק מתיר לשר האוצר, בהסכמת שר המשפטים ובאישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע הוראות לעניין הגבלת השתתפותו במכרז של מי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או של מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור (סעיף 3 לחוק); **ושלישית**, החוק מתיר לשר האוצר, בהתייעצות עם שר המשפטים, להחליט למנוע ממי שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם כאמור לעיל או התחייב להשתתף בחרם כאמור הטבות כלכליות שונות מן המדינה, כגון מענקים ממשלתיים, פטורים ממס, תמיכות וכיוצא בזאת (סעיף 4 לחוק).

2. הליך החקיקה

יש לציין כי חוק החרם נחקק בהליך חקיקה מורכב, אשר במסגרתו ובמהלכו עמד משרד המשפטים, לא פעם ולא פעמיים, על קשיים משמעותיים רבים ושונים שהצעת החוק שקדמה לו – בגלגוליה השונים – עוררה, וזאת בהיבט החוקתי, בהיבט הפלילי, בהיבט הנזיקי ובהיבט הבינלאומי. מצ"ב לעניין זה עמדת מחלקת ייעוץ וחקיקה כפי שהוגשה לשר המשפטים ביום 22.6.11, לצורך דיון בהצעת החוק בוועדת השרים לענייני חקיקה, לקראת הדיון שנקבע בעניינה בוועדת החוקה, חוק ומשפט מספר ימים לאחר מכן, במסגרת הכנתה לקריאה השנייה והשלישית. בחוות-דעת זו פורטו תמצית הקשיים שהעלתה הצעת החוק בהיבטים השונים וכן תנאים שהוצעו לצורך אישור "מתווה הפשרה" שגובש בעניינה. יתרה מכך, אף שנוסחו של החוק כפי שהוא התקבל בכנסת קיבל את אישורו של היועץ המשפטי לממשלה, הובהר **כי מדובר במתווה גבולי ביותר**, המעורר קשיים לא מבוטלים (וראו לעניין זה את תיאור השתלשלות הליך החקיקה בפסקה 3 לפסק דינו של השופט מלצר), ואשר נמצא "על הקו האדום". בדיון בוועדה החוקה אף הדגיש המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי) דאז, רז נזרי, ש"כל שינוי נוסף בהקשר הזה, בעינינו הוא כבר מסכן את המבנה הרעוע הזה ממילא".¹ בהתאם לכך, הביע היועץ המשפטי לממשלה גם בתגובתו לעתירות את העמדה כי קיימים קשיים חוקתיים בחוק, על אף היותו חוקתי.

3. פס"ד אבנרי

חוקתיותו של החוק נתקפה במספר עתירות שהוגשו כנגדו בבית המשפט העליון, בהן נטען, בתמצית, כי החוק פוגע בזכויות חוקתיות שונות מבלי לעמוד בתנאים הקבועים בפסקאות ההגבלה הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן גם: **חוק-היסוד**) ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. ביום 15.4.15 פסק בית המשפט בפס"ד אבנרי – בהרכב מורחב של תשעה שופטים – כדלקמן: **ראשית**, בית המשפט החליט, **פה אחד**, לבטל את סעיף 2(ג) לחוק, אשר התיר לבית המשפט לחייב את מי שעשה בזדון עוולה אזרחית כהגדרתה בסעיף 2(א) לחוק (היינו – קרא, בזדון, להטלת חרם על מדינת ישראל) בתשלום פיצויים שאינם תלויים בנזק וללא הגבלת סכום. **שנית**, בית המשפט החליט, **פה אחד**, לדחות את העתירות ככל שמדובר

¹ ראו את התייחסות של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט פלילי) דאז, רז נזרי בדיון על הצעת החוק בוועדת החוקה ביום 27.6.2011, עמ' 15-16.

בסעיפים 3 ו-4 לחוק, שעניינם כאמור באפשרות להטיל עיצומים מינהליים, תוך שהוא עומד על כך שניתן יהיה לתקוף בעתיד את ההסדרים שייקבעו, ככל שייקבעו, מכוח סעיפים אלו. **ושלישית**, בית המשפט החליט, **ברוב דעות**, לדחות את העתירות באשר לסעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק, אשר מגדירים את העוולה הנזיקית על-פי החוק. השופט מלצר, אשר כתב את חוות-הדעת המרכזית בדעת הרוב, קבע כי החוק אמנם פוגע בזכות לחופש ביטוי ועל כן הוא עומד בניגוד לזכות החוקתית לכבוד האדם כעיונה בחוק-היסוד. יחד עם זאת, מצא השופט מלצר, ואליו הצטרפו יתר שופטי הרוב, כי סעיף 2(ג) הינו הסעיף היחיד בחוק שאינו עומד באמות-המידה הקבועות בפסקת ההגבלה של חוק-היסוד בכל הנוגע למידתיותה של הפגיעה. זאת, בכפוף לגישה פרשנית מצמצמת שיש לנקוט ביחס לסעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק, אשר בהתאם לה ניתן לקבוע כי אלו צולחים את מבחני המידתיות. על-פי פרשנות מצמצמת זו, התגבשות עוולת החרם תותנה בקיומו של נזק; בקיומו של קשר סיבתי בין העוולה לנזק, לרבות קיומה של מודעות לאפשרות הסבירה כי תוכן הקריאה ונסיבות פרסומה יביאו להטלת חרם; ותוך ייחוד האפשרות לתבוע רק לניזוק הישיר מהעוולה.²

כאמור, חוקתיותו של החוק נבחנה על-ידי בית המשפט העליון, ובהכרעתו הותיר בית המשפט על כנו את מרבית סעיפי החוק והורה על בטלותו של סעיף 2(ג). ראוי לציין כי גם שופטי הרוב הביעו בחוות-דעותיהם את הקשיים הטמונים בסעיפי החוק שלא בוטלו, וכך למשל הטעימו כי החוק צולח ברובו את הדרישות החוקתיות "אם כי לא בנקל" (פסקה 29 לפסק דינו של השופט מלצר); כי החוק עומד "בקושי רב" במבחן המידתיות (פסקה 2 לפסק דינו של השופט עמית); וכי סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק צולחים את המבחן החוקתי "אם כי בדוחק ובקושי" (פסקה 2 לפסק דינו של הנשיא (בדימו') גרוניס). זאת, בדומה כאמור לעיל לעמדת היועץ המשפטי לממשלה כפי שהוצגה בכנסת.

4. יוזמות המשרד לנושאים אסטרטגיים

במסגרת הרחבת טיפולו בנושא המאבק בחרמות נגד מדינת ישראל, הציף המשרד לנושאים אסטרטגיים בפני היועץ רשימה של הצעות לתיקוני חקיקה. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ניהול ותפקידים מיוחדים) דאז אבי ליכט ריכז את הטיפול והגיש ליועץ חוות דעת שגובשה יחד עם המחלקות הרלוונטיות ביועץ וחקיקה בה נותחה חוקתיותן של הצעות אלה. בעניין פיצויים ללא הוכחת נזק, המסקנה הייתה כי "הצעת המשרד בנושא זה אינה עומדת באיזונים שנקבעו בפסק הדין לחוקתיות החוק ולא ניתן לקדמה. סביר להניח כי אם תחוקק הוראה זו היא תיפסל." (פסק 35 לחוות הדעת).

סוגיית הפיצויים העונשיים לא עלתה בבקשות המשרד לנושאים אסטרטגיים בפני היועץ, אך עלתה בדיון פנימיים שקדמו. לפיכך קיימת בחוות הדעת התייחסות קצרה לנושא זה: "בפסק הדין שפסל את סעיף 2(ג) ניתנו שני נימוקים מרכזיים לפסילה- תכליתו העונשית והיעדר תקרה.

² חלק זה של המסמך מבוסס בעיקרו על תיאור הדברים כפי שסיכמה אותם נטע קניגשטיין בחוות דעתה להצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם (תיקון – ביטול החוק), התשע"ה-2015, (פ' 1285) של חבר הכנסת גטאס ואח'. ועדת השרים לענייני חקיקה התנגדה להצעת החוק.

לכן ייתכן ואם תיווסף לסעיף תקרה הוא יצלח את המבחן החוקתי בדוחק. גם הצעה זו קשה מאוד מבחינה משפטית וכיוון שהמשרד לא העלה לדיון בקשה זו לא נדרשנו לנושא מעבר לכך". (פסקה 36 לחוות הדעת).

יצוין כבר עתה כי במסגרת הבחינה המעמיקה יותר של סוגיית הפיצויים העונשין, ובין היתר לאור ניתוח עמדות השופטים בפס"ד אבנרי, לטעמנו חקיקת סעיף כאמור עם תקרה משמעותית, אף אם תהיה מצומצמת יותר מאשר זו המוצעת בהצעת החוק הנוכחית, גם היא פוגעת בחופש הביטוי מעבר לנדרש. עם זאת, יכול להיות שתקרה נמוכה באופן משמעותי מהמוצע כעת תעבור כפי שצוין בחוות הדעת של אבי ליכט את מבחן החוקתיות בדוחק, כפי שיוצג בהמשך.

ג. ניתוח חוקתי של הצעת החוק

נקודת המוצא כפי תואר לעיל היא שחוק החרם הוא חוק הפוגע כבר היום פגיעה לא פשוטה כלל וכלל בחופש הביטוי, שמעדתנו לגביו – מאז תהליך החקיקה שלו- היא שהוא כרוך בקשיים חוקתיים משמעותיים. כך גם קבע בית המשפט העליון בפסק דין אבנרי (כפי שהובא לעיל). על כן, מלכתחילה ספק רב אם כל שינוי בו המעצים את הפגיעה בחופש הביטוי עומד במבחני פסקת ההגבלה. במקרה של ההצעות הספציפיות המצויות בהצעת החוק של חה"כ קיש, יש בהן סתירה חזיתית עם העקרונות שנקבעו בפס"ד אבנרי לפרשנות מצמצמת של סעיף 2, ושעל בסיסן נפסל סעיף 2(ג) בעניין פיצויים עונשיים. לפיכך, כפי שיוצג להלן, לעמדתנו קיימת מניעה לחוקק אותן.

ראשית, יצוין כי לא ברור מהצעת החוק מדוע ההרחבות המוצעות בה נדרשות ואת איזה חסר בחוק או בעיה ספציפית הן באות לפתור. הדבר היחיד המתייחס לתכלית ההצעה בדברי ההסבר הוא כי "הפעילות הגוברת ברחבי העולם ואף בישראל, בין היתר של תנועת ה-BDS שמטרתה להחרים, למנוע מלהשקיע ולהטיל סנקציות על מדינת ישראל ואזרחיה, טומנת בחובה נזק עצום אשר מחובתו המוסרית של המחוקק להגבילה ולהרתיע את אלו המבקשים לסייע לה." אם התכלית היא אכן להרתיע מעצם הבעת קריאות לחרם, ללא קשר לרצון להתמודד עם נזק שנגרם לתובע ספציפי באופן ישיר, נראה כי לא ניתן לראות בכך תכלית ראויה.

1. פיצויים ללא הוכחת נזק:

סעיף כאמור נכלל בהצעת חוק החרם המקורית והוסר ממנה לנוכח התנגדותנו. להלן יובהר מדוע אנו מתנגדים לסעיף זה בדרך כלל וגם כאן ומדוע לדעתנו תיקון מעין זה פוגע בחופש הביטוי מעבר לנדרש לפיכך לא יצלח את דרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה.

המונח "פיצויים ללא הוכחת נזק" אינו מונח רגיל בדיני הנזיקין. דיני הנזיקין מכירים בפיצויים תרופתיים, האומדים את הנזק שנגרם לתובע לפי ראשי הנזק שנגרמו לו (נזקים ממוניים, בשל הנזק לגוף או לרכוש, וכן נזקים לא ממוניים, בשל הכאב וסבל או עגמת הנפש כתוצאה מהעוולה). במקרים חריגים וקיצוניים מכירים דיני הנזיקין גם בפיצויים עונשיים (שיידונו בהמשך) ואשר

ניתנים באותם מקרים חריגים ויוצאי דופן שבהם פעל המזיק בזדון ובית המשפט (או המחוקק) מבקש להביע את סלידתו מהתנהגות זו. פיצויים ללא הוכחת נזק הוכרו במשפט הישראלי במקור בתחום הקניין הרוחני, שם נקבעה בחקיקה הוראה המקנה למי שהופרו זכויות הקניין הרוחני שלו ונגרמו לו נזקים כלכליים טהורים עקב כך, ונזקים אלו אינם ניתנים להוכחה מדויקת, זכות לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק, המוגבל בסכום. משום הועתק מונח זה לחקיקה אשר ביקשה להקל עם תובעים המשתייכים לרוב לאוכלוסיות חלשות, שנגרמה להם פגיעה בכבודם או פגיעה בזכויותיהם כעובדים ולאפשר להם לתבוע פיצויים על הנזק הלא-ממוני שנגרם להם עקב הפרה של חוק מסוים (הטרדה מינית, פגיעה בשוויון בעבודה, אפליה בכניסה למקום ציבורי, וכו'). זאת, גם במטרה להרתיע את המזיק.³

עמדתנו המסורתית והעקבית היא, שאין מקום לפיצויים "ללא הוכחת נזק" במשפט הישראלי. לשיטתנו, במקרים אלו הנזק הטיפוסי של העוולה הוא נזק לא-ממוני, שהוא נזק אינהרנטי למעשה העוולה ומעצם טיבו נפסק על דרך האומדן וללא הוכחה מדויקת כהוכחת הנזק הממוני. לרוב, ניתן לדעתנו לזכות בפיצויים "תרופתיים" בשל הנזק הלא ממוני בסכום גבוה יותר. כמו כן, המבקש להרתיע את המזיק ממעשה העוולה צריך לשיטתנו לפנות לסעד של הפיצויים העונשיים, הניתנים במקרה של פעולה זדונית.

עמדתנו הייתה והינה, כי המקרה של עוולת חוק החרם אינו המקרה המתאים לפיצויים ללא הוכחת נזק כפי שנקבעו בחקיקה (שכאמור, גם ממנה אנו איננו שבעי רצון). אין מדובר כאן באוכלוסייה חלשה התובעת מזיק חזק שיש מולו פערי כוחות גדולים; הנזק הטיפוסי בעוולה זו הוא נזק כלכלי טהור, בשל הפסד עסקה או התקשרות כלשהי או אובדן רווחים עקב ירידת רכישה של המוצר או השירות ובמקרה זה דווקא אין זה קשה להעריך אותו או לכמתו. לכן, מטעמים של דיני הנזיקין, אין מקום להוראה זו בעולת חוק החרם. בנוסף, הרצון להרתיע את המזיק כאן הוא בעייתי ביותר, בשל הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי והאפקט המצנן שייגרם כפועל יוצא מקיומו של סעד מעין זה.

כמו כן, חשוב להבהיר כי יצירה של עוולה חדשה כפופה ככל חוק חדש לפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הטלת אחריות בנזיקין על אדם משמעה פגיעה בזכות הקניין שלו (משום שהיא חושפת אותו לתשלום פיצויים) ועשויה לפגוע גם בזכות יסוד חוקתית נוספת, תלוי בתוכן העוולה. לפיכך, ככך חקיקה, טעונה יצירת עוולה חדשה הוכחה של תכלית ראויה ומידתיות. מתי הטלת אחריות היא מידתית? לעמדתנו, דרישת המידתיות מתבטאת בדרישה, שכדי שתוטל אחריות, יש להוכיח נזק וקשר סיבתי. רק עמידה בדרישות אלה מייצרת עמידה במבחני המידתיות קשר רציונלי בין התכלית לאמצעי ואמצעי שמידתו פחותה וכן במבחן התועלת מול הנזק. כמובן, צריך שתהיה הצדקה לעצם הגדרת מעשה מסוים כמעשה עוולתי, וגם הגדרה זו צריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה.

באותם מקרים בחקיקה שיש כבר פיצוי ללא הוכחת נזק, ההנחה היא שעצם קיומו של נזק מובלעת במעשה – שהנזק – הלא ממוני – הוא אינהרנטי לפגיעה בשם הטוב, בפרטיות, בכבוד

³ ראו פסקה 36 לפסק דינו של השופט עמית.

(כתוצאה מפגיעה בשוויון) וכו'. כך גם בקניין רוחני – עצם נטילת הקניין ממני גורמת לי נזק כלכלי. לכן, הוראת החוק שמזכה בפיצוי ללא הוכחת הנזק עוסקת למעשה רק בכימות הנזק. כך צולחות הוראות אלה את מבחן החוקתיות.

המקרה שבפנינו אינו אחד המקרים הללו. הנזק הטיפוסי כאן הוא נזק כלכלי ואין הנחה של נזק אינהרנטי. העובדה שקראו נגדי לחרם בגלל היותי ישראלית אינה מצמיחה מינה וביה את ההנחה שנגרם לי נזק. העוולה אינה מיועדת לטפל בנזק לא ממוני – זאת למדים מלשונה, המחייבת פגיעה כלכלית, אקדמית או תרבותית ואי אפשר להניח שהקריאה לחרם נגדי גרמה לי נזק. על התובע-הנפגע – להוכיח את קודם כל את עצם קיומו, שכאמור אינו נובע באופן ישר מעצם פרסום הקריאה לחרם. כמו כן, כאמור הנזק הטיפוסי יהיה כלכלי ולכן אין מקום לוותר על דרישת הוכחת שיעורו- וגם אין קושי להוכיח זאת אם קרה בפועל.

לפיכך, לעמדתנו הוראה כאמור לא תעמוד במבחני פסקת ההגבלה. כאמור, הוכחת הנזק היא אחד היסודות המרכזיים אשר אפשרו לשופטי בג"ץ להעביר אם כי בקושי את חוק החרם במבחן המידתיות. כמעט כל השופטים שתמכו בחוק הדגישו נקודה זו בצורה מפורטת וברורה.

כמו כן, בפס"ד אבנרי, השופט רובינשטיין מציין כי לשיטתו באותם מקרים שבהם מצא המחוקק לנכון לאפשר פסיקת פיצויים כאלה קיים מכנה משותף והוא הסכמה רחבה כי מעשי העוולה אינם ראויים וכי חוק החרם אינו אחד המקרים הללו.⁴

הנוסח של הצעת החוק מהווה ניסיון להתגבר על בעיה זו, בכך שהעוולה ה"רגילה" נשארת עם קשר סיבתי ונזק אבל רק במקרה של קריאה לחרם בזדון שאינה חד פעמית, אפשר יהיה לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק (שכאמור חוסכים גם את הקשר הסיבתי). לטעמנו, אין בכך כדי להתגבר על הקשיים שתוארו לעיל. זאת, משום שכפי שציין השופט עמית, בהנמקתו מדוע יש לפסול את סעיף הפיצויים העונשיים, קשה לראות מקרה שבו המצב הבסיסי של העוולה אינו עולה למעשה בגדר "זדון" כפי שמקובל לפרש מונח זה בדיני הנזיקין, דהיינו, כהתנהגות שמכוונת לגרימת נזק. כלומר, נראה שכמעט כל מקרה שבו מתקיים המעשה העולתי הבסיסי שמקים את העוולה, ובלבד שהוא לא חד פעמי, ייחשב כמקרה של זדון שניתן לתבוע בגינו פיצויים ללא הוכחת נזק. זו הייתה אחת ההנמקות לפסילת סעיף 2(ג) לחוק המקורי, שעסק בפיצויים עונשיים ולדעתנו היא תקפה גם ביחס לתיקון המוצע כעת. במובן זה הצעתו של חה"כ קיש לעניין פיצויים ללא הוכחת נזק היא בעצם סוג של פיצוי עונשי, שבה להתווסף על הפיצוי בגין הנזק שנגרם בפועל ושהטלת פיצוי בגינו יחזיר את המצב לקדמותו, בהתאם לעקרונות דיני הנזיקין. חריגה מכללים אלה בנוגע לקריאה לחרם כהגדרתה בחוק, העוסקת בנושאים שמחלקות פוליטיות שבלב הזכות לחופש הביטוי, אינה מידתית בהתאם לפס"ד אבנרי.

בהתאם לכל האמור, מתן האפשרות לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק בחוק זה הוא לדעתנו, לא מידתי ולפיכך לא חוקתי.⁵

⁴ פסקאות ט"ז-י"ז לפסק דינו.

⁵ פסקה 37 לפסק דינו של השופט מלצר: "ברי איפוא, שהחוק, ולו לשיטת יוזמיו, מקדם את מטרתו, לפחות באופן חלקי, בכך שהוא פועל ומסייע למניעת נזק, אשר לשיטתי, רק אם הוא נגרם – מושלמת

2. פיצויים עונשיים:

כאמור לעיל, ההוראה היחידה שבית המשפט העליון קבע לגביה שהיא איננה מידתית ולפיכך לא חוקתית בחוק החרם הייתה הוראת סעיף 2(ג) לחוק, אשר זיכתה את מי שניזוק מקריאה פומבית לחרם בזדון בפיצויים עונשיים, מבלי שנקבעה תקרה לפיצויים אלה. לפיכך סעיף קטן זה נפסל על ידי בית המשפט העליון הוא איננו בתוקף היום. חה"כ קיש מציע אפוא לחוקק מחדש סעד זה ולהגבילו, הפעם בתקרה בסך 500,000 ₪ (לא צמוד). וזאת, רק במקרים של קריאה זדונית "שיטתית ומאורגנת".

מבחינת נוסח, לא ברור מה ההבדל בין קריאה בזדון לחרם שאינה חד פעמית המזכה "רק" בפיצויים ללא הוכחת נזק בסך 100,000 ₪, לבין קריאה בזדון לחרם שהיא "שיטתית ומאורגנת" המחייבת הוכחת עוולה על כל יסודותיה אך מזכה בפיצוי עונשי בסך עד 500,000 ₪. על פני הדברים קיימת חפיפה גדולה בין שדני הסעיפים. גם לא לגמרי ברור מדוע במקרים שבהם הקריאה הזדונית תהיה שיטתית ומאורגנת, יהיה צורך בהוכחה של כל יסודות העוולה כדי לקבל פיצויים עונשיים, אך לא במקרה של קריאה זדונית שאינה חד פעמית – אלא אם כן הכוונה היא, שבמקרה של קריאה זדונית שאינה חד פעמית, שגם נעשתה בצורה שיטתית ומאורגנת, לא יהיה צורך בהוכחת נזק (וקשר סיבתי) ואפשר יהיה לקבל גם פיצויים ללא הוכחת נזק וגם פיצויים עונשיים.

לעמדתנו, גם סעיף זה, 2(ד) המוצע, כשהוא עומד לעצמו פוגע מעבר לנדרש בחופש הביטוי. יצויין כי במסגרת הליך חקיקת החוק המקורי, נציגי המחלקה האזרחית ביעוץ וחקיקה לא סברו שהסעיף שעניינו הטלת פיצויים עונשיים, אותו סעיף 2(ג) שנפסל בבג"ץ אבנרי אכן היה לא חוקתי – בהיותו העתקה מלאה של סעיף הפיצויים העונשיים המצוי בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (הקודקס האזרחי). עם זאת, בג"ץ פסק אחרת. כעת מוצע כאמור להתנות את האפשרות

בגדרו העוולה המוסדרת בחוק, בדרך המאפשרת להיפרע מהקורא-לחרם ולכן אין היא פסולה, שהרי הברירה בידי המעוול; פסקה 39 לפסק דינו של השופט מלצר: "קשר סיבתי ונזק: אם תתקבל גישתי הנ"ל, ואכן נחיל את כללי פקודת הנזיקין על עוולת החרם, דומה כי מכאן אף נובע, שחלק מיסודות העוולה – הקבועה בסעיף 2(א) לחוק – יכללו דרישות לנזק ולקשר סיבתי בין מעשה העוולה לנזק, כתנאי לקבלת סעד (ההדגשה במקור, ת.ק.)."

את דנציגר גם זה לא שכנע (פסקה 30): "סבורני כי פרשנות זו, מצמצמת ככל שתהיה, אינה מפחיתה באופן ניכר את האפקט המצנן שבחוק. ההוראות ה"מצמצמות" שלעיל, כפי שציין גם חברי, הן חלק מדיני הנזיקין הכלליים. הן חלות, כדרך כלל, על מרבית העוולות הנזיקיות. הואיל ודיני הנזיקין נתפסים כמקדמים הרתעה וככאלו המסוגלים להכווין התנהגויות אנושיות, אני סבור כי אין בהחלת המגבלות הנזיקיות ה"רגילות" על עוולת החרם כדי להפחית במידה ניכרת את האפקט המצנן שבחוק."

כן ראו אצל עמית (פסקה 28), המדגיש את הצורך בהוכחת נזק: "חברי תולה מסקנתו לגבי דרישת הנזק גם בכך שסעיף 2(ג) לחוק אינו דורש נזק מקום בו העוולה בוצעה בזדון, ומכך הוא מסיק כי נדרש נזק בס"ק (א). תיאורטית, פיצויים עונשיים יכולים להפסק גם בהיעדר נזק, מקום בו מבקש המחוקק להעניש ולגמול על התנהגות זדונית. אולם ברגיל, פיצויים עונשיים נפסקים בעוולות שיש נזק בצידן, והפיצוי העונשי הוא מעבר לנזק. ס"ק (ג) לחוק מאפשר לבית המשפט לחייב בפיצוי עונשי שאינו תלוי בנזק, אולם אין בהכרח להסיק מכך שהמחוקק ויתר על דרישת הנזק. אדרבה, אחד השיקולים לפסיקת פיצויים עונשיים – לצד התנהגותו העוולתית הזדונית של המעוול – הוא הנזק שנגרם כתוצאה מעוולת המזיק."

להטיל פיצויים עונשיים בקיומו של יסוד של פעילות שיטתית ומאורגנת וכן להוסיף תקרה של חצי מיליון שקלים לפיצוי העונשי שייקבע. לעמדתנו, אין בתנאים האמורים כדי לרפא את הפגמים שעליהם הצביע בית המשפט העליון בפס"ד אבנרי.

מסקירת עמדות השופטים נראה שעצם קיומו של סעד הפיצויים העונשיים היה לצנינים בעיניהם. חלק מן השופטים לא התייחסו דווקא להיעדר התקרה ורק מיעוטם ציינו שיקול זה. כך למשל, נעדרה ההתייחסות לסוגית התקרה מעמדתו שלה השופט דנציגר,⁶ ומעמדתו של רובינשטיין.⁷ השופט מלצר מזכיר נימוק זה אך אינו שם עליו את הדגש ואינו רואה בו שיקול מכריע, אלא בעצם הטלת פיצויים עונשיים בעוולה רגישה ובעייתית זו, הפוגעת בחופש הביטוי הפוליטי.⁸ למלצר הצטרפו גם נאור ופוגלמן.

השופט עמית אכן שם דגש על היעדר התקרה כאחד הנימוקים לבעייתיות הטמונה בסעיף הפיצויים העונשיים בחוק החרם,⁹ אך זהו אינו השיקול היחיד. הוא הצביע על העובדה, שקשה יהיה מאוד למצוא מקרה שבו הקריאה הפומבית ביוזעין לחרם – היא המעשה העוולתי – לא תהיה "בזדון", כנדרש בסעיף הפיצויים העונשיים ולפיכך לכאורה כל מקרה של עוולת חוק החרם יזכה את התובע בפיצויים עונשיים, שהם כאמור חריג שבחריג בדיני הנזיקין.¹⁰ גם השופט הנדל עמד על נקודה זו.¹¹ לכן, גם בקביעת התקרה אין כדי להועיל, לנוכח הנזק הרב שגורמת עצם האפשרות להטלת פיצויים עונשיים.¹² מעבר לכך, תקרה של חצי מיליון שקלים היא בעלת אפקט

⁶ פסקה 32 לפסק דינו.

⁷ פסקה י"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁸ פסקה 43 לפסק דינו של השופט מלצר: "הנה כי כן – החלת משטר של פיצויים עונשיים בענין עוולת החרם, שאינם מתוחמים, חורגת לדעתי מן המידתיות הראויה. מקום בו נדרש לבצע איזון עדין כדי לפגוע באופן מינימלי בזכות היסוד של חופש הביטוי, ולהימנע ככל הניתן, מעבר לנדרש, מליצור "אפקט מצנן" לביטויים פוליטיים ולדיון חברתי ער – אין להשתמש בכלים חריגים למשפט האזרחי, ולסטות מדרישת הנזק הקלאסית, שהיא בד"כ תנאי לחיוב אזרחי ואחת ההצדקות העיקריות – בתורת המשפט – לאישור התערבות המדינה בחיי הפרט (השתתפות פיצויים עונשיים, תקרב איפוא, מעבר למתחייב, את עוולת החרם לתחום הפלילי ותרתיע, באופן העולה על הנדרש, את המבקשים להתבטא (ככל שאין בכוחה של דרך זו לגרום לנזק שיוכח – לחברה, או לפרט))."

⁹ פסקה 39 לפסק דינו של השופט עמית: "חשש זה הוא עוצמתי במיוחד לגבי ס"ק (ג) המאפשר הטלת פיצויים לדוגמה, ללא כל קריטריונים וללא תקרה לגובה הפיצויים. השילוב של עמימות העוולה עם סנקציה שאין לה שיעור לא למעלה ולא למטה ולא לצדדים, יש בו כדי להכפיל ולשלוש את ההילה של האפקט המצנן הנלווה לחוק, בבחינת הרתעת-יתר."

¹⁰ פסקה 29 לפסק דינו של השופט עמית: "אכן, המונח "זדון" מרמז על אשם מוסרי גבוה יותר, על שאיפה להרע לאחר, ואני נכון אפוא להניח כי המחוקק ביקש להבחין בין "זדון" לבין "ביוזעין", כאשר המונח האחרון מרמז על יסוד נפשי נמוך יותר. אלא שקשה להלום כי קריאה לחרם תיעשה ברשלנות או בפזיזות או באדישות ולא בכוונה. במצב הדברים הרגיל, מי שקורא לחרם עושה זאת בכוונת מכוון, כך שלא ברור מה בין "ביוזעין" לבין "במזיד". קיים אפוא חשש כי כל קריאה לחרם תשתבץ מאליה בס"ק (ג) המאפשר חיוב בפיצוי עונשי, כך שהחריג יהפוך לכלל, ולכך נלווה אפקט מצנן "עודף" עליו אעמוד בהמשך. גם מטעם זה, אני מצטרף לחברי, השופט מלצר, כי יש מקום לבטל את ס"ק (ג), מה שיאפשר לפרש את המונח "ביוזעין" בס"ק (א) במשמעות של כוונה לגרום נזק."

¹¹ פסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל.

¹² סיכום ביניים: "בהתחשב בכך שהיסוד של כוונה הוא אינהרנטי לקריאה לחרם כך שקיים חשש שכל קריאה לחרם תיפול ברשתו של [סעיף 2\(ג\)](#) לחוק ותעמיד את הנתבע בסיכון של פיצויים עונשיים; בהתחשב בכך שפיצוי עונשי הוא בן חורג למטרות הרגילות של דיני הנזיקין והוא נפסק עד היום במקרים חריגים ומקוממים המעוררים גינוי וסלידה; בהתחשב בכך שקריאה לחרם נופלת בגדרי חופש הביטוי ומגשימה חלק מהרציונלים של חופש הביטוי כך שלא ניתן לומר כי בקריאה לחרם יש אפס תועלת חברתית; בהתחשב במרכזיותו של חופש הביטוי; בהתחשב בכך שפיצוי עונשי ללא תקרה עשוי להביא להתרעה מוחלטת, ולמיצער לאפקט מצנן רחב בבחינת הרתעת-יתר – בהתחשב בכך אלה, ס"ק [2\(ג\)](#) לא עומד כלל במבחן המשנה השלישי של המידתיות. בשורה התחתונה אני מצטרף אפוא לפסק דינו של חברי השופט מלצר כי הפגיעה של ס"ק [2\(ג\)](#) לחוק בחופש הביטוי עולה על הנדרש."

מצנן מיוחד, שאף ספק אם השפעותיו על הביטוי מצומצמות יותר מאשר קביעה בחוק של סעיף עונשי ללא תקרה כלל, כפי שהיה בסעיף 2(ג) שנפסל.

לאור האמור, לעמדתנו הסעיף המוצע לעניין פיצויים עונשיים אף הוא אינו חוקתי.

עם זאת, יובהר כי לעמדת המחלקה למשפט ציבור-חוקתי, ככל שהדבר יעלה במסגרת השיח עם המציעים או עם הדרג המיניסטריאלי, ניתן יהיה לשקול אפשרות להגן על תיקון שיקבע תקרה נמוכה משמעותית מהתקרה המוצעת כעת, וזאת בעיקר על רקע דברי השופט עמית בפסקה 39 לפסק דינו. יובהר שגם אז התיקון יהיה כרוך בקשיים חוקתיים משמעותיים, נוכח האמירות של חלק מהשופטים האחרים, אך עדיין בהינתן דברי השופט עמית וחוסר ההתייחסות של חלק מהשופטים האחרים, הרי שככל שהסכום יהיה מצומצם, קשה לומר בוודאות כי קיימת מניעה חוקתית.

ז. הערה על שילוב ההצעות: ויתור על קשר סיבתי, הוכחת נזק והוספת פיצויים עונשיים

מעבר לנדרש, נבקש להדגיש, כי מעבר לחוסר המידתיות של כל סעיף לחוד, השילוב המוצע בהצעת החוק ביניהם כרוך בפגיעה קשה ומיוחדת בחופש הביטוי, ואין ספק שאין בה כדי להלום את המבחנים החוקתיים. המשמעות תהיה, שאדם עשוי להיות זכאי לפיצויים ללא הוכחת נזק ע"ס 100,000 ₪ בנוסף על פיצויים עונשיים בסך 500,000 ₪, כשכל שהוא צריך להוכיח הוא שנקראה כלפיו קריאה לחרם. יש בשילוב זה כדי להפוך את חוק החרם לחוק מעין עונשי, רק שמצבו של הנתבע יהיה נחות מזה של הנאשם בפלילים. ראשית - בשל נטל ההוכחה הנמוך יותר בדין האזרחי. שנית - מאחר שבדין האזרחי אין את כל ההגנות העומדות לנאשם בדין פלילי. שלישית - מאחר שההליך הפלילי ננקט על ידי המדינה בעוד שתביעה אזרחית-נזיקית יכול ליזום כל אחד. מובן כי בעייתיות זו של המשפט האזרחי ביחס לחופש הביטוי משפיעה גם על כל אחד מהסעיפים לחוד.

גאל אזריאל
המחלקה למשפט ציבורי-חוקתי

ד"ר תמר קלהורה
המחלקה למשפט אזרחי