

חרם, משפט ומרחב ציבורי – מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם

מאת

אסף יעקב* וגליה שניבויים**

תקציר

מאמר זה מציג שפה חדשה להמשגת העוול המשפטי הטמון בחרם, תוך דיון בשני אקטים משפטיים ישראליים – החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, משנת 2011 ("חוק החרם"), ופסק-הדין של בית-המשפט העליון שדן בחוקתיותו של החוק (בג"ץ אבנרי). בעוד שהדיון בפסק-הדין המשיג את החרם כצורת ביטוי (או מחאה) אישית, ודן באיסור המשפטי של החרם כמונחים של פגיעה בחופש הביטוי של הפרט, טענת המאמר היא כי חרם הוא תופעה המתרחשת במרחב הציבורי, וכי יש לדון בחרם כמונחים של שימוש לגיטימי או לא-לגיטימי בכוח קיבוצי. המאמר יוצר שורה של אנלוגיות בין האיסור המשפטי של חרם לבין עברות פליליות האוסרות ביטוי במרחב הציבורי (כגון הסתה לגזענות ופרסומים פורנוגרפיים) וכן דוקטרינות נזיקיות העוסקות בשימוש קיבוצי בכוח (ובראשן השביתה), וגוזר מהן מסקנות לעניין האסדרה המשפטית של חרמות. מסקנה אחת היא שיש להבחין בין סוגים שונים של חרמות על-פי מידת הלגיטימציה של השימוש בכוח הטמונה בהם. מסקנה נוספת היא שבחרמות פוליטיים, המערבים שימוש לא-לגיטימי בכוח, טמונה – מלבד הפגיעה בנמענים הישירים של החרם – אף פגיעה באינטרסים ציבוריים מובהקים, כגון דילולו של השיח הפוליטי ופגיעה בפרוצדורות הדמוקרטיות. מסקנה שלישית היא שאינטרסים אלה מהווים ערכים מתחרים לחופש הביטוי, שיש להביאם בחשבון בעת גיבוש האסדרה המשפטית של חרם, וכי הגדרתם כערכים ציבוריים משליכה על שאלת הענף המשפטי הראוי לטיפול בחרם (אם רק הדין האזרחי או אף הדין הפלילי).

* פרופסור-חבר, בית-ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

** מרצה, בית-ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

ברצוננו להודות למשה הלברטל, לריבי וייל, לענת רוזנברג, לירם שחר ולאדם שנער, וכן למשתתפי הסמינר המחלקתי בבית-ספר הארי רדזינר למשפטים במרכז הבינתחומי בהרצליה ולמשתתפי הסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בראילן, על שידחות והערות חשובות ומועילות לטיוטה קודמת של מאמר זה. ברצוננו להודות גם לעוזרות-המחקר אור כהן ומעיין קריטנשטיין על עזרה מצוינת במחקר. כמו-כן ברצוננו להודות לחברי כתב-העת איה אומסי, תומר זליבנסקי וגלעד קירז'נר וכן לעורכת טל אבולוף על עבודת עריכה מעולה.

מבוא

א. חרמות, חוק החרם ובג"ץ אבנרי

1. החזית הראשונה: התייחסות השופטים לטענת העותרים כי חוק החרם פוגע בחופש הביטוי
 2. החזית השנייה: התייחסות השופטים לטענה כי בחוק טמונה הפליה
 3. החזית השלישית: התייחסות השופטים לטענה שבחוק טמון כשל לוגי
- ב. האומנם קיים "כשל לוגי" בחוק? היש לראות באיסור הקריאה לחרם עוולת סיכון?
- ג. הגיונה של האסדרה המשפטית של חרם
1. חרם כביטוי פוגעני במרחב הציבורי
 - (א) עברות ביטוי במרחב הציבורי לאור עקרון הנזק ועקרון הפגיעה (offense) במשפט הפלילי
 - (ב) עברות ביטוי במרחב הציבורי והגנה על אינטרסים ציבוריים
 2. חרם כניצול לרעה של כוח קיבוצי
 - (א) אסדרה משפטית של כוח
 - (ב) המעבר מהפרטי לציבורי – המקרה של חרם ושבתה
 3. חרם וחופש הביטוי
- ד. השלכות דוקטריניות – בחזרה לחוק החרם ולבג"ץ אבנרי
1. מהו המעשה האסור – קריאה לחרם או חרם?
 2. מהו הענף המשפטי הראוי לטיפול בחרם – דין אזרחי או דין פלילי?
 3. חרם כעוולה במשפט הפרטי – האם הדרישה להוכחת נזק ראוייה?

סיכום

מבוא

בקיץ 2011 חוקקה הכנסת את "חוק החרם", או בשמו הרשמי – "חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם".¹ התמקדותו של החוק בחרם מסוג מסוים (חרם נגד מדינת ישראל או נגד בני-אדם בשל זיקתם למדינה או ל"אזור" – השטחים הכבושים), זהותם של מציעי החוק² וההקשר הפוליטי הרחב שבו הוא בא לאוויר העולם הובילו לדיון פוליטי וציבורי שהתפלגות העמדות בו תואמת במידה רבה את קווי המתאר של המפה הפוליטית

1 חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, ס"ח 972 (להלן: חוק החרם).

2 תהליך החקיקה החל בהצעת חוק פרטית שהוגשה על-ידי חבר הכנסת זאב אלקין, חברת הכנסת דליה איציק ושורה של חברי כנסת נוספים, רובם ממפלגות הימין או המרכז. ראו הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, פ/2505/18 (להלן: הצעת החוק לדיון מוקדם).

בישראל. החוק עבר בקריאה שלישית ברוב של 47 מול 38 מתנגדים; התומכים היו מסיעות הקואליציה, והמתנגדים – מסיעות האופוזיציה. במקביל לחלוקה ימין/שמאל, נטו המתנגדים לחוק לנסח את עמדתם במונחים רחבים יותר, שנוגעים לא רק בשאלת זכותה של המדינה להגן על עצמה בהקשר של הסכסוך הישראלי-פלסטיני, אלא גם בחשיבותו של חופש הביטוי כערך במדינה דמוקרטית.³ טיעון זה הוא שהוביל להשמטת הסעיף הפלילי מהגרסה הסופית של החוק,⁴ והוא אף שעמד במרכזה של עתירה שהוגשה לבג"ץ ותקפה את חוקתיותו (להלן: בג"ץ אבנרי),⁵ מתוך ציפייה שבית המשפט העליון ימלא את ייעודו המסורתי וירסן את כוחן של רשויות השלטון האחרות כאשר יש סכנה שהן יפגעו בחירויות יסוד של הפרט. ציפייה זו נכזבה, כידוע, לאחר שמותב מורחב של תשעה שופטים דחה את רוב טענות העותרים ואישר את חוקתיותו של החוק, למעט הסעיף המאפשר הטלת פיצוי עונשי.

מעבר לשורה התחתונה של פסק הדין, עניינו של מאמר זה הוא בסוג הטענות והמונחים שבהם השתמשו הצדדים לדיון ושופטי המותב כדי לדון בסוגיה שעל הפרק. מטרתו של המאמר היא להציע תחתם מונחים אחרים, ולהניח יסודות חדשים לחשיבה על חרם ולהמשגתו כעוול במשפט. נקודת המוצא לדיון זה היא ההנחה כי האסדרה המשפטית של חרם היא סוגיה עקרונית המצדיקה דיון מעל ומעבר להקשר הפוליטי המיידי שבו נחקק חוק החרם בישראל. דיון כזה נחוץ לא רק לנוכח דלותה של הספרות התיאורטית והמשפטית בתחום,⁶ אלא גם לנוכח השימוש בחרמות מסוגים שונים בישראל ומחוץ לה, שאינם מוגבלים לחרם נגד מדינת ישראל או בשל ההשתייכות אליה.

בג"ץ אבנרי מהווה נקודת מוצא חשובה לפיתוח דיון עקרוני על האסדרה המשפטית של חרם, משום שלצורך הדיון החוקתי היו השופטים מוכרחים להניח תיאוריה בדבר הגיונו או מטרתו של איסור החרם, מחד גיסא, ובדבר מחיריו האפשריים ומידת הלימתו להגנה על זכויות הפרט, מאידך גיסא. פסק הדין מחזיק עמודים רבים ומכיל עמדות שונות של חברי המותב, אולם השימוש במונחים של חופש הביטוי והמשגת החרם עצמו כצורה של ביטוי או מחאה עוברים כחוט השני ביניהן. אם יש קו משותף בין דעותיהם של היושבים לדיון, זוהי ההנחה שחרם הוא אמצעי ביטוי שננקט על-ידי גופים או בני-אדם אחדים (המחרימים) ואשר עשוי להשפיע לרעה על גופים או בני-אדם אחרים (המוחרמים). מתוך הנחה זו דומה

3 מכתב ממדרכי קרמיניצר ומעמיר פוקס, המכון הישראלי לדמוקרטיה, לדוד רותם, יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט (23.6.2011) - _____ - _____ .pdf (23.6.2011) - _____ .www.idi.org.il/media/6420/

4 ס' 4 להצעת החוק לדיון מוקדם קבע כי חרם הוא עברה פלילית שעונשה קנס. לאחר-מכן הוחלט להשאיר את הסעיף הפלילי ב"צריך עיון", ולדון בו לקראת הקריאות השנייה והשלישית בחוק. בסופו של דבר לא הוכלל הסעיף הפלילי, מחשש שהפללה תפגע יתר על המידה בחופש הביטוי. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 416 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 11 (27.6.2011) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 416 של ועדת החוקה, חוק ומשפט).

5 בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015).

6 חיפוש שערכנו מעלה כי ניתן לספור על אצבעות כפי-יד אחת מקורות (בני-זמננו) הדנים בתיאוריה משפטית של חרם. ככל שמקורות אלה יהיו רלוונטיים, נפרטם במקומות המתאימים לאורך המאמר.

7 חלק מהשופטים אומנם דיברו על חרם לא רק כאמצעי ביטוי, אלא גם כצורה של כפייה או כוח, אבל ההנחה שיש בחרם מן הביטוי משותפת לכולם. ראו דיון להלן בפרק א.

שהשאלה התובעת מענה, ואשר עליה ניסה כל אחד משופטי המותב להשיב בדרכו, היא אם ראוי להעדיף את האינטרס/הזכות של הראשונים להתבטא או את אלה של האחרונים לא להיפגע. אלא שעיון בחוק החרם חושף פרדוקס שעניינו הפער בין המטרה הלכאורית של הגנה על מוחרמים לבין העובדה שהחוק אינו מטפל במה שעשוי להיתפס כליבת החרם. כמסתבר מלשונו, החוק אוסר רק קריאה לחרם, ולא את אקט ההחרמה עצמו.⁸ מכיוון שהחוק מספק הגדרה לחרם אבל אינו אוסר אותו (אלא רק את הקריאה לחרם כאמור), קשה להניח כי השמטה זו היא מקרית. העותרים, שזיהו פער זה, כינו אותו "כשל לוגי", וטענו כי עליו להוביל לפסילת החוק. טענה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט, אולם לדעתנו יש להקדיש לה תשומת-לב רבה יותר מזו שהקדישו לה השופטים, וזאת לא רק על-מנת להגיע לשורה תחתונה כזו או אחרת של פסילת החוק או הכשרתו, אלא כדי להפיק תובנה חשובה על האסדרה המשפטית של חרם ותנאי האפשרות שלה.

החוק מגדיר חרם על מדינת-ישראל כ"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". מתוך הגדרה זו ניתן להעלות השערות שונות מדוע בחר המחוקק לא לאסור את החרם עצמו, אלא רק את הקריאה לחרם – מקצתן נוגעות בקשיים ראייתיים צפויים בהוכחת ההימנעות מקשר והמניעים לה (להבדיל מהוכחת קריאה לחרם), ומקצתן נוגעות ברצון לא לפגוע בחירותו של אדם לפעול על-פי צו מצפונו ולהימנע מקשר, להבדיל מאיסור תחום יותר של הקריאה לחרם. מאמר זה מציג הסבר אחר, שלטענתנו יש בו מפתח להבנת האסדרה המשפטית של חרם ולעיצוב גבולותיה הראויים. טענתנו בתמצית היא שחרם במהותו הוא תופעה קיבוצית, אשר לא נכון להמשיגה במונחים של אקטים אישיים של הימנעות מקשר או החרמה. להנחה זו יש השלכות חשובות על האסדרה המשפטית של חרם, ובפרט על שאלת הענף המשפטי הראוי לאסדרת החרם, דהיינו, אם הענף המתאים הוא המשפט הפרטי – כקבוע בנוסח הנוכחי של החוק ובעולה מהלכת אבנרי – או שמא המשפט הציבורי-הפלילי.

הדיון יתמקד בחרמות פנימיים, דהיינו, חרמות הננקטים על-ידי קבוצות במדינה נתונה נגד קבוצות או פרטים אחרים באותה מדינה. זאת, להבדיל מ"חרמות חוץ", דהיינו, חרמות המופעלים בין מדינות או כאלה שננקטים על-ידי אזרחיה של מדינה אחת כלפי אזרחיה של מדינה אחרת. בהקשר זה של "חרמות חוץ" קיימת כתיבה אקדמית⁹ ויש גם שיח משפטי,¹⁰

8 נוסף על איסור הקריאה לחרם, החוק קובע, בס' 3 ו-4, כי התחייבות להשתתף בחרם היא אסורה, אולם התחייבות כזו תהווה עילה לנקיטת צעדים מנהליים מצד המדינה (דוגמת מניעת השתתפות במכרזים), ולא תבסס עילה לתביעה נזיקית.

9 ראו, למשל, את מאמרה של מרתה נוסבאום, המונה טעמי התנגדות עקרוניים לחרם אקדמי: Martha Nussbaum, *Against Academic Boycotts*, 54 DISSENT 30 (2007).

10 לחקיקה אמריקנית בתחום זה ראו The Export Administration Act of 1979, 50 U.S.C. חוק זה קבע, בין היתר, איסורים באשר לסירוב לנהל עסקים עם המדינה המוחרמת, תושביה או אזרחיה, ובצידם סנקציות פליליות של מאסר עד חמש שנים. חוק זה הוחלף בשנת 2018 על-ידי רפורמה בשם The Export Control Reform Act of 2018, שבמסגרתה אומץ ה-Anti-Boycott Act of 2018. בניגוד לחוק הקודם, החוק בגרסתו הנוכחית קובע סנקציות אזרחיות ומנהליות אך אינו מטיל ענישה פלילית על העובר עליו. לכתובה משפטית על תנועת ה-BDS

אך אלה מערבים סוג שונה של אינטרסים ושיקולים, אשר אינם רלוונטיים לדיון בחרמות פנימיים, ועל-כן הם חורגים ממסגרת הדיון של מאמר זה.

להבדיל מהדיון הנרחב שהתקיים בבג"ץ אבנרי בנוגע לחופש הביטוי ולספרות בתחום זה, המתודולוגיה שאנו ננקוט כדי לדון באסדרה המשפטית של חרמות היא יצירת שורה של אנלוגיות בין האיסור המשפטי של חרם לבין דוקטרינות משפטיות אחרות בדיון הפלילי והנזיקי שעניינן ביטוי ציבורי ושימוש קיבוצי בכוח. באופן ספציפי נציע אנלוגיה בין האיסור המשפטי של חרם לבין קבוצה של עברות במשפט הפלילי אשר אוסרות ביטוי במרחב הציבורי, ביניהן המרדה, הסתה לגזענות, הכחשת השואה, פגיעה ברגשי דת ופורנוגרפיה. נצביע על האתגר שעברות אלה מציבות לתיאוריה של המשפט הפלילי, ונציג טיעונים המצדיקים את הפללתן תוך המשגת הפגיעה הטמונה בהן במונחים החורגים מנזק לפרט. נוסף על כך נציג אנלוגיה בין אסדרה של חרמות לבין אסדרה של שבתות, המלמדת כי עניינו של חרם, כמו של שבתה, הוא שימוש קיבוצי בכוח, וכי בחרם, כמו בשבתה, יש חשיבות להבחנה בין שימוש לגיטימי בכוח לבין שימוש לא-לגיטימי בו. הבחנה זו עשויה להצדיק איסור של ממש רק לגבי חלק מן החרמות, ואסדרה מתונה יותר – שעניינה במידתיות ובסבירות של השימוש בכוח – לגבי חלק אחר. שאלת ההבחנה בין סוגים שונים של חרמות נדונה בבג"ץ אבנרי בעיקר על-ידי השופט מלצר, שהעיר כי לחרם יש אופי של זיקית – דימוי שנועד להמחיש את השתנתו של החרם ושל מידת הלגיטימציה שלו בהקשרים שונים. הדיון שלהלן אינו מתיימר להציב תיאוריה שלמה של הבחנה בין סוגים שונים של חרמות ומידת הלגיטימציה שלהם, אלא רק להציע כי שאלת הלגיטימציה של חרמות היא למעשה שאלת הלגיטימציה של שימוש בכוח קיבוצי, וכן כי שאלה זו נגזרת מהחפיפה או מהעדר החפיפה בין המרחב שבו נעשה שימוש בכוח לבין המרחב שעליו הוא מתיימר להשפיע. המסקנה שיש לגזור מדיון זה היא שיש טעמים טובים להבחין בין חרם צרכני לבין חרם פוליטי, וכי בניגוד לחרם צרכני, חרם פוליטי המכוון נגד גופים או אנשים פרטיים כרוך לרוב בשימוש לא-לגיטימי בכוח. מכיוון שעניינו של חוק החרם הוא אך סוג אחד של חרם פוליטי, יש ממש בטענת העותרים כי בבסיס החוק טמונה הפליה, בכך שהוא מתייחס רק לחרמות פוליטיים מסוג מסוים ומכיוון אחד של המפה הפוליטית.

אלא שלטעמנו לא כאן מסתיים הדיון. המסקנה המרכזית שנציע במאמר היא שבאותם מקרים שבהם איסור החרם מוצדק, עניינו של האיסור אינו רק – ואפילו לא בעיקר – מניעת נזק לגוף/לפרט המוחרם, אלא לא פחות מכך מניעת פגיעה באינטרסים ציבוריים. פגיעה זו יכולה להתבטא בדילול המרחב הפוליטי, בהגבלת השיח הציבורי-הדמוקרטי ובחבלה בערוצי הפעולה הפוליטיים במדינה דמוקרטית. הבנה זו של טיב הפגיעה הטמונה בחרם מחייבת שקילה מחודשת של רציות אסדרתו וחשיבה מחודשת על הענף המשפטי המתאים לאסדרתו. באופן ספציפי, הניתוח שנציע במאמר מטיל ספק בכך שהמשפט הפרטי הוא הכלי המשפטי המתאים לטיפול בחרם. טענתנו היא כי קיומו של החרם במרחב הציבורי, השפעתו על השיח הציבורי-הדמוקרטי ופוטנציאל הפגיעה שלו באינטרסים ציבוריים

מחייבים את שקילת אסדרתו באמצעות המשפט הציבורי, וזאת אף מבלי שניתן להצביע על פגיעה בפרט כזה או אחר.

המאמר ממשיך כדלקמן: פרק א מתאר את הטיועונים המרכזיים של העותרים בבג"ץ אבנרי, וממפה את עמדות השופטים ביחס אליהם בהתאם לשלוש קטגוריות: שאלת הפגיעה של חוק החרם בחופש הביטוי; שאלת ההפליה הטמונה בחוק; ושאלת "הכשל הלוגי" הנובע מההתמקדות בקריאה לחרם ומההימנעות מאיסור החרם עצמו. להבדיל מהשופטים בבג"ץ אבנרי, שהקדישו את מירב תשומת-הלב לדיון בחופש הביטוי (הקטגוריה הראשונה), פרק ב של המאמר יתמקד דווקא ב"כשל הלוגי" של החוק, הטמון בפער שבין ההתייחסות לקריאה לחרם לבין ההתייחסות לחרם עצמו (הקטגוריה השלישית). המאמר מתייחס לאותו "כשל" כאל קושי התובע ליבון, אך הצפתו אינה מסיימת את הדיון, אלא סוללת דרכים חדשות להבנת האסדרה המשפטית של החרם. בפרק נציג קושי זה, ונציע שורה של הסברים מוסכמיים (קונוונציונליים) המתמודדים איתו. הסברים אלה יוצאים מנקודת מוצא שלפיה ה"קריאה לחרם" היא עוולת סיכון, כלומר, איסור פריפריאלי המרחיב את הליבה, שהיא איסור החרם עצמו. לאחר שנצביע על חולשותיהם של הסברים אלה, יציע פרק ג ראייה חדשה של היחסים בין החרם לבין הקריאה לחרם. דיון זה ייערך באמצעות פיתוח אנלוגיה בין האיסור המשפטי של חרם לבין עברות ביטוי במרחב הציבורי, וכן בין חרם לבין שביתה. פרק זה יוביל למסקנה כי ראיית החרם כהימנעות אישית מקשר וכליפת האיסור שהקריאה לחרם היא הפריפריה שלו היא שגויה. תחת זאת נציע כי מתן ביטוי קיבוצי או ציבורי לחרם הוא ליבת האיסור. פרק ד ידון בהשלכות האפשריות של דיון זה על האסדרה המשפטית של חרם, ויציע ביקורת הן על החוק והן על בג"ץ אבנרי.

א. חרמות, חוק החרם ובג"ץ אבנרי

חרם הוא תופעה חברתית עתיקת-יומין. שימוש בחרמות היה נפוץ כאמצעי ענישה – למשל, בקהילות יהודיות שנעדרו אמצעים שלטוניים לאכיפת החלטות שיפוטיות ונורמות של הקהילה.¹¹ על-פי אחת ההגדרות הרחבות, חרם הוא הימנעות מקשר כלכלי, תרבותי או אחר עם גוף/אדם, לרוב כדי להביע מורת-רוח או מחאה.¹² דומה כי בעשורים האחרונים התעצם השימוש בחרמות לנוכח זמינותם של אמצעים טכנולוגיים, כגון רשתות חברתיות, המשפרים את יכולתם של יוזמי החרם לגייס ציבור רחב ליוזמתם. אחד מסוגי החרם הנפוצים כיום הוא חרם צרכני, שהוא ניסיון של אדם או קבוצה להשיג מטרות מסוימות באמצעות עידוד צרכנים להימנע מרכישה או מצריכה של מוצר מסוים בשוק. עם זאת, חרם צרכני הוא רק אחד מסוגי החרמות הקיימים, ואף במסגרת החרמות הצרכניים קיימות הבחנות משנה,

11 שמחה אסף "העונשין אחרי חתימת התלמוד" סוגיות במשפט העברי כרך א 498, 517 (חנינה בן מנחם ושמרון אטינגר עורכים, 2006).

12 ראו, למשל, את ההגדרה המופיעה בוויקיפדיה: <https://en.wikipedia.org/wiki/Boycott> (Oct. 11, 2019), "A *boycott* is an act of voluntary and intentional abstention from using, buying, or dealing with a person, organization, or country as an expression of protest, usually for moral, social, political, or environmental reasons" (ההדגשה במקור).

דוגמת ההבחנה בין חרם צרכני שנועד להשיג הפחתה במחיר המוצר לבין חרמות צרכניים שמונעים מביקורת על התנהלותם האתית של עסקים, ואשר מיועדים להפעיל לחץ על-מנת להשיג שינוי חברתי או שינוי נורמות.¹³

אף שחרמות הם תופעה נפוצה ומרכזית, דומה כי המחקר המשפטי בנוגע אליהם ואף האסדרה שלהם לוקים בחסר. בעניין זה קיימת הבחנה בולטת בין חרמות המופעלים בגבולותיה של מדינה נתונה (להלן: חרמות פנימיים) לבין חרמות המופעלים על-ידי אזרחים, גופים או אף מדינות נגד אזרחים או גופים במדינות אחרות, דוגמת תנועת החרם על ישראל (BDS)¹⁴ (להלן: חרמות חוץ). בעוד בכל הנוגע בחרמות חוץ, בלגיטימציה שלהם ובחוקיותם קיימת אסדרה משפטית ויש אף כתיבה אקדמית, לחרמות פנים ולאסדרתם המשפטית קיימת התייחסות מועטה בלבד, אם בכלל.¹⁵ בארצות-הברית, למשל, כחלק מאכיפת מדיניות החוץ שלה, חוקק ה-Anti-Boycott Act of 2018, המטיל איסורים על חרמות הננקטים על-ידי אזרחים או גופים אמריקניים נגד מדינות ידידותיות לארצות-הברית. לעומת זאת, חרמות פנימיים, לרבות חרמות צרכניים הננקטים על-ידי אזרחים או גופים אמריקניים אחרים אינם מוגבלים בחקיקה, למעט גזרה צרה של חרמות הננקטים על-ידי ארגוני עובדים, המכונים "חרם משני" (או "חרם עקיף").¹⁶ זאת, מתוך תפיסה שפרקטיקת החרם, להוציא מקרים חריגים, מהווה הגשמה של חופש הביטוי, ואף הובילה לשינויים חברתיים רצויים, דוגמת המאבק בהפרדה הגזעית ("חרם האוטובוסים של מונטגומרי").¹⁷ על רקע זה, חוק החרם הישראלי מהווה חריג ביחס לחקיקה הנהוגה בעולם באשר לחרמות פנימיים, שכן הוא מטיל איסורים על חרמות פנים-ישראליים או חרמות מבחוץ

13 ראו, לדוגמה, את החרם הצרכני נגד רשת המזון Chick-Fil-A בשל התבטאויות של בכירים בה נגד זכויות להט"בים: Nick Wing, Sarah Palin: Chick-Fil-A President Getting 'Crucified', *Boycott Has 'Chilling Effect' On First Amendment*, HUFFPOST (Aug. 1, 2012), https://www.huffpost.com/entry/sarah-palin-chick-fil-a-boycott_n_1727965.

14 <https://bdsmovement.net>.

15 בבדיקה שערכנו לא מצאנו דוגמאות לאסדרה כללית של חרם פנימי, למעט ביחס למגזרים מסוימים, דוגמת ארגוני עובדים, או בהקשר של הגבלת מסחר, תחת האכסנייה של חוקי התחרות הכלכלית. כמו-כן, חלק מן המצבים שאנו עוסקים בהם מטופלים במשפט המשווה על-ידי חוקים שונים למניעת הפליה. למסקנה דומה ראו גלעד נוה איסור הטלת חרם והשתתפות בחרם – סקירה משווה (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2010) -2d566b58-2d566b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977_11_7325. e9f7-e411-80c8-00155d010977/2_2d566b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977_11_7325.pdf.

16 חרם משני או עקיף (secondary boycott) הוא חרם שנקט על-ידי ארגון עובדים כלפי צד שלישי הקשור בקשר עסקי עם המעביד, על-מנת להפעיל לחץ על המעביד לשיפור תנאי העסקתם של העובדים. על-פי הדין האמריקני, חרם כזה מהווה פרקטיקה פסולה (unfair labor practice). ראו Irving Kovarsky, *A Social and Legal Analysis of the Secondary Boycott*, 35 OR. L. REV. 11, 223 (1956); Barbara J. Anderson, *Secondary Boycotts and the First Amendment*, 51 U. CHI. L. REV. 811 (1984).

17 J. Mills Thornton, *Montgomery, Ala., Bus Boycott*, 4 ENCYCLOPEDIA OF AFRICAN-AMERICAN CULTURE AND HISTORY 1471 (Colin A. Palmer ed., 2nd ed. 2006).

הננקטים כלפי מדינת ישראל עצמה, ובג"ץ אבנרי, אשר דן בהרחבה בחוק החרם הישראלי, הוא חריג בנוף הפסיקה העולמית הדנה בחקיקה נגד חרמות.¹⁸ בג"ץ אבנרי¹⁹ ריכז עתירות של כמה גורמים שהעלו טענה משותפת שלפיה חוק החרם אינו עומד, מטעמים שונים, במבחנים החוקתיים שנקבעו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק, ועל-כן יש לבטלו. ככל שניתן למצוא מכנה משותף לטעמים שבעטיים הוגשו העתירות, ניתן לומר כי הם התמקדו בכך שהחוק מגביל את חופש הביטוי הפוליטי ביחס למדיניות הממשלה.²⁰ לחוק החרם, כפי שאושר לבסוף, ואף לפני הדיון בבג"ץ, היו שני ערוצי פעולה אופרטיביים: האחד, במישור המשפט הפרטי, הוא הקביעה כי פעולה בניגוד להוראות החוק תהווה עוולה נזיקית; והאחר, במישור המשפט הציבורי/המנהלי, הוא הגבלת השתתפותו של העובר על הוראות החוק במכרזים מטעם המדינה ומניעת הטבות שבהן היה יכול לזכות מטעם המדינה בהקשרים שונים. ערוץ פעולה נוסף, ציבורי/פלילי, היווה חלק מהצעת החוק בשלביה הראשונים.²¹ הכוונה על-פי ערוץ זה הייתה שקריאה לחרם על מדינת ישראל תהיה בגדר עברה פלילית שעונשה קנס. אולם לבסוף הוחלט כי סעיף פלילי בהקשרים אלה מחמיר מדי ואין בו צורך, ועל-כן הוא הושמט מהצעת החוק שנוסחה לקראת הקריאה הראשונה.²² במקומו הוחלט כי במישור הציבורי יחוזקו הסנקציות המנהליות שיושגו על העוברים על החוק.²³

ביתר פירוט, החוק קבע הגדרה ל"תקלה" שעמה הוא נועד להתמודד, דהיינו, "חרם על מדינת ישראל". הגדרה זו משמשת את החוק הן ביחס לערוץ הפרטי והן ביחס לזה הציבורי. החוק הגדיר כי משמעות המונח "חרם על מדינת ישראל" היא "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".²⁴ באשר לפן הפרטי, החוק קבע עוולה נזיקית חדשה, שלל תחולת הגנה אפשרית בגין גרם הפרת חוזה, והוסיף הוראה שמאפשרת לבית-המשפט לפסוק פיצויים לדוגמה במקרים שבהם הפרת הוראות החוק נעשית בזדון. על-פי העוולה החדשה שקבועה בסעיף 2(a) לחוק, "המפרסם ביועין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, ועל פי תוכנה

18 ראו עם זאת את פסק-הדין האמריקני בפרשת *Claiborne* משנות השמונים, אשר פסל חקיקה נגד חרמות בטענה שהיא פוגעת בזכות לחופש הביטוי המעוגנת בתיקון הראשון לחוקה האמריקנית. ראו *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982).

19 בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5.

20 בפסק-הדין התעורר ויכוח באשר לשאלה מהי ליבתה של הפגיעה בחופש הביטוי הפוליטי ועד כמה היא רחבה. כך, בעוד שהעתירות עצמן התמקדו בכך שהגבלת הביטוי מתייחסת למדיניותה של ממשלת ישראל ביחס לשטחי האזור, ובכך שהחוק מונע אפשרות לקרוא להטלת חרם מחמת זיקתו של אדם לשטחי האזור, ועל-כן יש להשמיט את התייחסותו של החוק לקריאה לחרם בשל זיקה לאזור, בשלב הדיון הרחיבו חלק מן העותרים את הטענות באשר לחוק בכללותו. ראו בעניין זה פס' 8 לפסק-דינו של השופט מלצר, שם.

21 ראו ס' 4 להצעת החוק לדיון מוקדם.

22 הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, ה"ח 112.

23 ס' 3 ו-4 לחוק החרם. לעניין הסנקציות המנהליות ראו דברי ההסבר להצעת החוק, שם.

24 ס' 1 לחוק החרם.

של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת החרם, והמפרסם מודע לאפשרות כאמור, עושה עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליו".²⁵ באשר לפן הציבורי, בסעיף 3 לחוק נקבעו הנחיות לגבי סמכותו של שר האוצר, בנוקטו הליכים מסוימים, לקבוע הוראות כאשר ל"הגבלת השתתפותו במכרז של מי שפרסם ביועין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל או של מי שהתחייב להשתתף בחרם כאמור". כמו־כן קבע סעיף 4 לחוק הוראות שמקנות לשר האוצר סמכות למנוע מהקורא לחרם הטבות מהמדינה.

טענות העותרים בדיון בבג"ץ נגד אי־חוקתיותו של החוק התמקדו בשלוש חזיתות עיקריות. החזית הראשונה הרגישה את הפן של חופש הביטוי.²⁶ בהקשר זה טענו העותרים כי חרם הינו כלי דמוקרטי לגיטימי לכל דבר ועניין, וכי הוא דומה בהקשרים אלה להפגנה או לתהלוכה, שגם הם הליכים דמוקרטיים לגיטימיים.²⁷ ככאלה, הם מאפשרים לאזרחים דרכים חלופיות להביע התנגדות למדיניות של גוף פרטי או ציבורי. על־כן הטלת איסור על קריאה לחרם משמעותה פגיעה גורפת בחופש הביטוי, אשר אינה עוברת את מבחני החוקתיות ואת תנאיה של פסקת ההגבלה. עניינה של החזית השנייה שהציגו העותרים הוא ההפליה בין חרמות מסוגים שונים וביחס לגורמים שונים. במסגרת זו נטען כי החזית הצרה של חרם שאותה בחר המחוקק להסדיר אינה לגיטימית, ולא תשרוד את מבחן החוקתיות, שכן יש בה משום הפליה בין סוגים שונים של חרמות. על־פי טענה זו, אי־אפשר להסדיר סוג מסוים של חרמות, בגזרה צרה ובהקשרים פוליטיים מובהקים, מבלי להסדיר גם סוגים אחרים של חרמות. כך, לטענתם, חוק החרם אינו יוצא נגד חרמות באשר הם, אלא מתמקד רק בסוגי חרמות ספציפיים הקוראים להחרים את מדינת־ישראל ומוסדותיה או פעילויות הנעשות ב"אזור הנמצא בשליטתה". לגישת העותרים, אין מקום להבחין בין חרם לחרם, וכשם שחרמות שנובעים ממניעים צרכניים, דתיים, מצפוניים ואחרים מתקבלים בהבנה, כך ראוי שהדין ינהג גם בעניינם של אלה הקוראים להטיל חרם על מדינת־ישראל, כמשמעותו בחוק.²⁸ טענת העותרים בהקשר זה הייתה, אם כן, שבהוראות החוק יש כדי לפגוע רק בחלקים מסוימים בחברה, וזאת בשל עמדתם הפוליטית. החזית השלישית של העותרים טיפלה בכשל הלוגי שקיים לדעתם בחוק. בהקשר זה טענו העותרים כי החוק קובע הלכה למעשה נורמה שלפיה קריאה לחרם חמורה מן החרם עצמו. בעוד החוק מטיל סנקציות שונות על הקורא לחרם, בחירתו של אדם לנקוט חרם, כמשמעותו בחוק, אינה נחשבת על־פי החוק

25 ההגנה שהחוק שלל בס' 2(ב) מהקורא לחרם היא ההגנה הקבועה בס' 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] כאשר לגרם הפרת חוזה. על־פי החוק, קריאת לחרם שתוביל לגרם הפרת חוזה לא תזכה בהגנה כנגד עוולה זו, שכן בקריאה כזו אין לראות צידוק מספיק לגרם הפרת חוזה. לבסוף, ההוראה בדבר פיצויים לדוגמה, שנקבעה בס' 2(ג), הייתה כי במקרים של זדון בית־המשפט רשאי "לחייב את עושה העוולה בתשלום פיצויים שאינם תלויים בנזק", וכי בבואו לקבוע את גובה הפיצוי "יתחשב בית המשפט, בין השאר, בנסיבות ביצוע העוולה, חומרתה והיקפה".

26 דיון זה באסדרה המשפטית של חרם במונחי חופש הביטוי מאפיין אף את השיח המשפטי האמריקני. ראו Gordon M. Orloff, *The Political Boycott: An Unprivileged Form of Expression*, 1983 Duke L.J. 1076.

27 בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' 10 לפסק־דינו של השופט מלצר.

28 שם.

עוולה נזיקתית, ואף אינה גוררת בעקבותיה עיצומים עונשיים או מנהליים. חסר זה, לטענת העותרים, הוא כשל שיש בו כדי להשליך על חוקתיותו של החוק.²⁹ ביושבו כבג"ץ בהרכב של תשעה שופטים, הגיע בית-המשפט למסקנה, ברוב של חמישה מול ארבעה, כי אין לבטל את החוק באופן גורף, וכי רוב הוראותיו יישארו על כנן, שכן הן שורדות את מבחני החוקתיות מכוח חוקי-היסוד. אף-על-פי-כן, כל השופטים הסכימו כי יש לבטל את סעיף 2(g) לחוק, שעניינו כאמור פיצוי ללא הוכחת נזק, וזאת משום שהוא אינו עובר את מבחן המידתיות החוקתית. ההחלטה שנתן בית-המשפט בעניין אבנרי ארוכה מאוד – היא מחזיקה יותר ממאתיים עמודים, והמחלוקת בה רבות. אחד מאיתנו עסק בהן בהקשרים אחרים.³⁰ אולם לצורך הדיון במאמר זה נסקור בקצרה את עמדות השופטים בשלוש החזיתות שתוארו לעיל, עם דגש מיוחד בחזיתות הראשונה והשלישית. להבדיל מהחזית השנייה, שתי חזיתות אלה עוסקות באופן ישיר בהגיונו של האיסור המשפטי המוטל על חרם ובהגדרתו הראויה, ודיון זה ישמש מצע לדיון הביקורתי ולפיתוח תפיסה חלופית להמשגת החרם כעוול משפטי, שיערכו בהמשך המאמר.

1. החזית הראשונה: התייחסות השופטים לטענת העותרים כי חוק החרם פוגע בחופש הביטוי

ההנחה כי איסור החרם כאמצעות חוק החרם מהווה פגיעה בחופש הביטוי משותפת לכלל השופטים שישבו לדין בבג"ץ אבנרי. הנחה זו אולי אינה מפתיעה בהתייחס לעמדתם של שופטי המיעוט, שביקשו לצמצם מאוד את תחולתו של החוק באמצעות יצירת הבחנה בין חרם נגד המדינה לבין חרם נגד גופים אחרים.³¹ אולם גם שופטי הרוב, שהכשירו את מירב הוראותיו של החוק וסברו כי הן עומדות במבחנים החוקתיים, יצאו מנקודת הנחה שאיסור חרם מהווה פגיעה בחופש הביטוי. כך, למשל, אמר השופט מלצר – שכתב את פסק-הדין המוביל – כי "קשה אפוא לחלוק על כך כי החוק למניעת חרם אכן פוגע בחופש הביטוי"³², והשופט עמית הוסיף כי חוק החרם "פוגע בחופש הביטוי הפוליטי, הנמצא בליבת הזכות לחופש הביטוי".³³ כיצד היו השופטים מוכנים לאשר את חוקתיותו של החוק לאחר שהכירו בפגיעתו בחופש הביטוי? מכיוון שהדעה הרווחת היא שחופש הביטוי הינה זכות-יסוד המעוגנת בחוקי-היסוד,³⁴ התורה החוקתית הסטנדרטית דורשת שבית-המשפט יבחן את עמידתו של החוק במבחניה של פסקת ההגבלה, דהיינו, ראשית וקודם לכל, יגדיר

29 שם, פס' 17 לפסק-דינו של השופט מלצר.
 30 אסף יעקב "על עוולות וחרמות" משפטים מט 515 (2019).
 31 שותפים לעמדה זו היו השופטים דנציגר, הנדל ופוגלמן. השופט פוגלמן ניסח את הדברים בצורה החדה ביותר, באומרו כי רק חרם נגד המדינה ראוי לאיסור בנימוק של דמוקרטיה מתגוננת, ואילו כאשר מדובר בחרם נגד גופים אחרים בתוך המדינה, ניתן לאסור אותו רק כאשר ההגנה לחרם היא באופן מובהק זיקתו של הגוף למדינה, להבדיל מעמדותיו הפוליטיות. שם, פס' 15-11 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.
 32 שם, פס' 21 לפסק-דינו של השופט מלצר.
 33 שם, פס' 2 לפסק-דינו של השופט עמית.
 34 הלל סומר, לטם בן כשט וגבריאלה שוורץ "מסמך רקע מקוצר בנושא: חופש הביטוי" (הוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 2.3.2005) main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/

תכלית ראויה שבגינה מוצדק לפגוע בחופש הביטוי באמצעות החוק. אלא שקריאת פסק־הדין מגלה כי למעט הטיעון בדבר "דמוקרטיה מתגוננת", המוגבל לפלח מסוים בלבד של חרמות והועלה על-ידי חלק מהשופטים,³⁵ לא עסק בית־המשפט באופן מפורש באותה "תכלית ראויה", והרושם המתקבל הוא שגם אם השופטים פעלו מתוך שכנוע פנימי עמוק כי אכן קיימת תכלית כזו, הם חסרו את הכלים המושגיים לנסחה.³⁶

כך, למשל, במקום לנסח את הפסול בחרם (הגם שהוא מהווה ביטוי), השופט מלצר טוען כי סוגיית החרם נושאת אופי של זיקית.³⁷ הוא מסביר כי גם בארצות־הברית – מעוז חופש הביטוי ומקום שבו הוא מקבל בכורה על הזכויות האחרות – החרם והקריאה לו אינם מקבלים טיפול אחיד על-ידי המשפט: פעמים הקריאה לחרם נכללת במסגרת חופש הביטוי ונחשבת מותרת, אך פעמים היא מוגבלת או אסורה אף שהיא חוסה בצילה של הגנת חופש הביטוי. בהקשר זה מסביר השופט מלצר כי הקריאה לחרם היא תלוית־הקשר וכרוכה, בין היתר, ב"חוקיות" החרם שבו מדובר. על־כן, לדבריו, יש הבדל ברור בין חרם צרכנים למטרות צרכניות, אשר לרוב מותר וכך גם הקריאה לו, לבין חרם למטרות פוליטיות, שהוא לרוב פסול ולכן גם הדרך לפסילת קריאה לחרם כזה היא קצרה.³⁸

תחת ניסוח הערך המוגן שבבסיס איסור החרם, חוזר השופט מלצר, בחלקים אחדים של פסק־דינו, לעיין בעצם ההנחה שהאיסור פוגע בחופש הביטוי. הוא מציין כי קריאה לחרם אינה עונה על התכלית הקלסית של חופש הביטוי, שכן קריאה זו אינה מקדמת "שיח פוליטי פתוח ומפרה". למעשה, קריאות מסוג זה אינן מעוניינות בקבלת הכרעות פוליטיות על בסיס רצון חופשי, אלא מבקשות לכפות עמדות, וזאת באמצעות אמצעים כלכליים ואחרים. לפיכך, טוען מלצר, אין הרי הבעת דעה או הפגנה כהרי חרם.³⁹ תנועה זו בין הקביעה כי חרם הוא ביטוי (של המחרים) לבין הקביעה כי חרם גם פוגע בחופש הביטוי (של המוחרם) מאפיינת אף שופטים נוספים. המשנה לנשיאה רובינשטיין, למשל, מזהה בחוק את הפגיעה האפשרית בחופש הביטוי, אך כנגד זה הוא מזהה גם את האפשרות לפגיעה בביטוי הטמונה בעצם הקריאה לחרם, אשר עלולה להשתיק את השיח ולפגוע בחופש הביטוי, לגישתו, באופן שימנע מן המוחרמים מתן ביטוי אמיתי לעמדותיהם מחשש לפרנסתם ולקניינם. הוא מוסיף

Documents/H06-03-2005_8-52-35_freedom.pdf; בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם

בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 680 (1997).

35 לדין בעניין זה ראו רבקה ווייל "עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל" דין ודברים י 345, 365–369 (2017).

36 בפסק־הדין קיים אומנם דיון בשאלה אם התכלית של "דמוקרטיה מתגוננת" היא תכלית ראויה להגבלת חופש הביטוי, אולם דומה שטיעון זה, על-פי הגדרת השופטים, מוגבל לחרמות פוליטיים המופנים כלפי המדינה, שמפניהם מותר למדינה להתגונן, ואינו תקף לגבי סוגי חרמות אחרים. הדגש בטיעון "הדמוקרטיה המתגוננת", אשר מופיע בפסק־הדין לעיתים כטיעון בדבר "מדינה מתגוננת", הוא בחרם המופנה כלפי המדינה. עניין אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' 30 לפסק־דינו של השופט מלצר. לביקורת על טענת הדמוקרטיה המתגוננת בהקשר של חוק החרם ובג"ץ אבנרי ראו ווייל, לעיל ה"ש 35.

37 ראו, למשל, את דבריו של השופט מלצר בעניין אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' 24 לפסק־דינו.

38 שם.

39 שם, פס' 30 לפסק־דינו של השופט מלצר.

כי חרם הוא "אמצעי כופה מעצם טבעו", וכי "כאשר מבקש הפרט לכפות את דעתו על גורם אחר בצורה בוטה של קריאה להחרימו, בשונה משכנוע – ברי כי הגנת חופש הביטוי על עניינו פחותה מעיקרה".⁴⁰ השופט עמית, בנימה דומה, מפקפק בהיות החרם ביטוי גרידא: "הקריאה לחרם בהיותה הנעה לפעולה, אינה ביטוי רגיל, אלא נמצאת במשרעת שבין ביטוי גרידא לבין התנהגות."⁴¹ השופט עמית מוסיף כי החרם הוא "כלי יוצא דופן בארגו הכלים של חופש הביטוי", משום שהוא נועד "לכפות שינויים באופן פוגעני", במקום "להתעמת ולהתאמת עם דעות סותרות". השופט עמית מסביר כי מטרתו של החרם היא אומנם לפעול נגד מדיניות מסוימת, אך החרם עושה זאת על-ידי השתקת הדעות האחרות – אם בדרך כלכלית ואם בדרך של נידוי תרבותי ואקדמי. חרם, לדבריו, אינו מכבד את דעות האחר ואינו נותן להן את מקומן בשוק החופשי של הדעות. על-כן "הקורא לחרם נוטל מבעל הדעה השונה את הלגיטימציה, ומוציא אותו אל מחוץ למחנה".⁴²

דומה שבדברים נוקבים אלה של השופט עמית גלום ערעור של ממש על עצם הנחת-המוצא של השופטים שאיסור החרם מהווה פגיעה בחופש הביטוי. מדבריו אלה משתמעת הנחה הפוכה כמעט, שלפיה החרם עצמו פוגע בחופש הביטוי. היה אפשר אפוא לנסח טיעון שלפיו גם אם איסור החרם מהווה פגיעה בחופש הביטוי (של המחרימים), תכליתו (הראויה) היא דווקא להגן על חופש הביטוי (של המוחרמים). אולם השופטים אינם פוסעים בנתיב זה, ותעיד על כך, בראש ובראשונה, העובדה שכל השופטים כולם (כולל שופטי הרוב, שהכשירו כאמור את רוב הוראותיו של החוק) סברו כי יש לפסול את סעיף הפיצוי העונשי בחוק בנימוק שהוא יוצר אפקט מצנן ופוגע יתר על המידה בחופש הביטוי.⁴³ השאלה שנתרת חסרת מענה לנוכח ניתוח זה היא כיצד השופטים מאזנים בין חופש הביטוי של המחרימים לבין חופש הביטוי של המוחרמים, בשים לב לאינטרסים הציבוריים, ומדוע נקודת האיזון מתייצבת דווקא בפסילת סעיף שנועד להגן על חופש הביטוי של המוחרמים, גם אם במחיר פגיעה בחופש הביטוי של המחרימים. שאלה זו אף מתחדרת לנוכח ההכרה כי בבסיס ההגנה על חופש הביטוי ניצבים אף אינטרסים ציבוריים בקיומו של שיח, החורגים ממחרימים או מוחרמים ספציפיים, ולפיכך לא ברור מדוע בחר בית-המשפט להציב את נקודת האיזון היכן שבחר.

2. החזית השנייה: התייחסות השופטים לטענה כי בחוק טמונה הפליה

טענה מרכזית נוספת של העותרים, שבה לא נרחיב במאמר זה, הייתה כי מעבר לפגיעה בחופש הביטוי הטמונה בחוק, טמונה בו גם הפליה, משום שהחוק מסדיר רק גזרה צרה של חרמות, ואינו מטפל בסוגיית החרם באופן כללי. טענה זו מציבה בקדמת הבמה את ההקשר הפוליטי המסוים שבו נחקק חוק החרם בישראל של שנת 2011, ומתרגמת את תנאי-הרקע הללו לטענה משפטית שעניינה הפליה שנקט המחוקק בהחילו את האיסור באופן מוטא (biased) רק על חרם כלפי המדינה עצמה או כלפי גופים או בני-אדם כשל זיקתם ל"אזור",

40 שם, פס' יב לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

41 שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט עמית.

42 שם, פס' 12 לפסק-דינו של השופט עמית.

43 שם, פס' 40 לפסק-דינו של השופט עמית.

דהיינו, לשטחים הכבושים. השופט מלצר דוחה טענה זו מבחינה פרוצדורלית.⁴⁴ גם אם אסדרה חלקית היא בעייתית ומפלה, אי-אפשר להעלות טענת הפליה נגד המחוקק רק בשל העובדה שהוא בחר להסדיר בחוק את החרם נגד מדינת ישראל, כמשמעו בחוק, ולא יצר הסדר דומה בחקיקה לגבי חרמות אחרים. דחייתה של טענה זו נעשתה על רקע העובדה שלא קיימת עילה מנהלית של הפליה שאפשר להעמיד נגד המחוקק בגין אסדרה של נושא מסוים מול הימנעות מאסדרה כזו בהקשר של סיטואציה דומה אחרת. השופט דנציגר, אשר מתייחס אף הוא לנקודה זו, מוטרד ממנה יותר.⁴⁵ הוא מדגיש את העובדה שחוק החרם אינו אוסר את כל סוגי החרמות, אלא רק חרמות מסוג מסוים המבטאים עמדה פוליטית מסוימת. בכך, לגישתו, חוק החרם יוצר הפליה על בסיס עמדה – איסור קריאות שנשמעות מצד אחד בלבד של המפה הפוליטית. הוא רואה בכך הפרה של הניטרליות של המאסדר, אשר עולה כדי הפליה על בסיס עמדה – כזו שמעניקה יתרון לצד אחד של המתרס הפוליטי.⁴⁶ לבסוף, באשר לנקודה זו יש להביא את דעתה של הנשיאה נאור, אשר אינה מתייחסת אומנם להחלטת המחוקק להסדיר את הגזרה הצרה של חוק החרם בלבד אל מול חרמות אחרים, אך מדגישה את העובדה שגם בגזרה צרה זו אין מקום להתערבות בהחלטת המחוקק לא להבחין בין קריאה לחרם על המדינה לבין קריאה לחרם בשל הזיקה לאזור הנמצא בשליטתה של המדינה.⁴⁷ כאמור, חזית שנייה זו, העוסקת בהפליה, מתמקדת בהקשר הפוליטי הספציפי של המחוקק ובגזרתו הצרה של החיקוק. נקודה זו אינה בליכת הדיון במאמר זה, אולם נחזור לבחון אותה בראי התובנות החדשות שיתגבשו בפרק הסיכום.

3. החזית השלישית: התייחסות השופטים לטענה שבחוק טמון כשל לוגי

על קשיים אלה שבפניהם ניצבו השופטים היתוספה טענתם של העותרים כי מעבר לפגיעה בחופש הביטוי ולהפליה טמון בחוק כשל לוגי, בכך שהוא אינו אוסר את החרם עצמו, אלא רק את הקריאה לחרם. לא כל השופטים הקדישו תשומת-לב לטענה זו, ואלה מביניהם שהתייחסו אליה לא ראו בה עילה לפסילת החוק. תחת זאת הם ניסו ליישב את הפרדוקס הנטען באמצעות חזרה על טיעונים מתחום חופש הביטוי, תוך הבחנה בין חופש הביטוי והמצפון בספרה הפרטית (ההחרמה האישית) לבין חופש הביטוי בספרה הציבורית

44 שם, פס' 59 לפסק-דינו של השופט מלצר.

45 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

46 בהקשר של היסוד המפלה מבחין השופט דנציגר בין חרם בשל זיקה למדינה לבין חרם בשל זיקה לאזור. לגישתו, זיקת אדם למדינה עשויה להיתפס כמאפיין שאינו תלוי-בחירה, אך לא כך באשר למקום מגוריו. בשל סיבה זו הוא דוחה את הטענות שהחוק בא למעשה למנוע אקטים מפלים. לדיון, למדינה יש אינטרס מוצדק למנוע הפליה של אזרחיה ותושביה, אך הדבר אינו נכון באשר לזיקה לאזור. הוא מדגיש בהקשר זה כי "חוק החרם אוסר אך על קריאה לחרם מחמת מגורים באזור. לפיכך, אין מדובר בחקיקת איסור אפליה 'קלאסית', אלא במעורבות מדינתית בזירת הוויכוח הפוליטי. הניסיון לעטות מעורבות זו במחלצות של מניעת אפליה דינו להיכשל. חקיקת מניעת אפליה צריך שתהא, מעצם טיבה ככזו, ניטראלית". שם, פס' 39 לפסק-דינו של השופט דנציגר. לגישתו, כאמור, החוק במתכונתו הנוכחית אינו עומד בניטרליות זו.

47 שם, פס' 4 לפסק-דינה של הנשיאה נאור.

(הקריאה לחרם). כך, למשל, המשנה לנשיאה רובינשטיין מסביר כי חופש הפעולה של הפרט במרחב הפרטי צריך להיות רחב בהרבה מזה שבזירה הציבורית, וזו הסיבה להבחנת החוק בין המחירים באופן אישי לבין הקורא לחרם. לדבריו, אי-אפשר "למנוע מאדם להחרים גורם זה או אחר, יהיו סיבותיו אשר יהיו, ותהא דעתנו על כך אשר תהא. הסיבות לכך נמצאות הן במישור החוקתי – החופש הרחב המוקנה לפרט בעודו פועל במרחב הפרטי, והן במישור הראייתי – חוסר היכולת המעשית להתחקות אחר כוונתו של פלוני בבחרו שלא לרכוש מוצר מידי של אלמוני". בעוברו מנקיטת חרם אל קריאה לחרם, ממשיך המשנה לנשיאה רובינשטיין, הפרט מוציא את עצמו במידה רבה מהספירה הפרטית אל עבר הספירה הציבורית. על-כן, לגישתו, "אין זה בלתי סביר כל עיקר כי המחוקק ימצא להטיל עליו חובות גדולות יותר בשל כך", בדומה לאיסורי הפליה שחלים על גופים המספקים שירות לציבור, להבדיל מבני-אדם פרטיים.⁴⁸

גם השופט עמית, בדומה למשנה לנשיאה רובינשטיין, עוסק בפרדוקס הלכאורי שעליו הצביעו העותרים ומציע דרך ליישב אותו. הוא טוען, ראשית, כי מכיוון שהחוק מתמקד רק בקריאה לחרם, פגיעתו בחופש הביטוי פחותה מהנטען על-ידי העותרים, משום שהחוק אינו מונע איש מלהביע את דעתו ואף מלהחרים באופן אישי גופים בשל זיקתם לאזור, אלא אוסר רק פרסום של קריאה פומבית לחרם.⁴⁹ נוסף על כך, השופט עמית מנסה להסביר מדוע דרכו של החוק בצמצום הפגיעה בחופש הביטוי היא ליצור דווקא את ההבחנה בין ההחרמה האישית לבין הקריאה הפומבית לחרם. הוא טוען כי החרמה אישית עשויה להיות ביטוי לצו מצפוני של אדם, ובכך המחוקק אינו מתערב, כשם שהוא אינו מתערב בהחלטתו של אדם המתנגד לניסויים בבעלי-חיים להימנע משימוש במוצרים שיוצרו על בסיס ניסויים בבעלי-חיים. הוא מוסיף כי "המצפון מאוים כאשר אדם נדרש ונכפה באופן אקטיבי לפעול בניגוד לעקרונות בהם הוא מאמין", אולם "הגבלת אדם מלקרוא לאחרים או מלמנוע מאחרים לפעול באופן שהוא תופס כפסול, אינה בגדר פגיעה במצפון".⁵⁰ השופט עמית אף יוצר אנלוגיה בין חוק החרם לבין איסור ההסתה לגזענות, ומסכם נקודה זו באמרו כי "רשאי אדם להחרים ולהשתתף בחרם אך לא לקרוא בפומבי לחרם, כפי שרשאי אדם להחזיק בדעות גזעניות אך לא לפרסם על מנת להסית לגזענות, וכפי שרשאי אדם להזדהות עם מעשה טרור או אלימות אך לא לקרוא או לתמוך במעשים אלה".⁵¹

לסיכום נקודה זו, ניתן לראות כי שני השופטים – המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט עמית – דחו אומנם את טענת הכשל הלוגי של העותרים, אולם לא פטרו את עצמם מלהתייחס לפרדוקס הלכאורי הטמון בחוק. המשותף לשניהם הוא שגם בדונם בטענת הכשל הלוגי

48 שם, פס' יג לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

49 "החוק לא חל על אדם המחרימ את מדינת ישראל או אזור בשליטתה... החוק (גם) לא מונע מאף אדם או גוף להביע את דעתו בשאלת המשך השליטה הישראלית באזור, ואינו מונע מאף אדם להחרים מחלבה פלונית ויקב אלמוני בשל זיקתו לישראל או לאזור. החוק איננו אוסר או מגביל בדרך כלשהי את הביטוי נגד מוסד או מפעל פלוני, ואפילו אינו מונע פעולה לחרם... החוק אוסר אך את הפרסום של קריאה פומבית." שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט עמית (ההדגשות במקור).

50 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט עמית.

51 שם, פס' 8 לפסק-דינו של השופט עמית.

נמנעו השופטים מלנתח את הפער בין ההחרמה לבין הקריאה לחרם על בסיס תיאוריה כלשהי בדבר הערך המוגן באיסור החרם ודבר ההבדל או הרמיון שבין החרמה אישית לבין קריאה פומבית לחרם. לדידם, ההבדל בין הטיפול של החוק בהחרמה האישית לבין טיפולו בקריאה הפומבית נעוץ בצד האחר של המשוואה, כלומר, בשאלה כיצד יפגע האיסור בחופש הביטוי של המחרים, ובנסיגונו של המחוקק לצמצם פגיעה זו למינימום באמצעות החלת האיסור "רק" על הקריאה הפומבית, להבדיל מההחרמה האישית.

* * *

כאמור, הכרעת השופטים הייתה כי החוק, למעט סעיף הפיצוי העונשי, יעמוד על כנו. פסק-הדין מותיר את הקורא עם שאלות עקרוניות רבות ומשמעותיות שנתרו ללא מענה מספק: האם אסדרה של חרם ראויה במדינה דמוקרטית, ואם כן – באילו תנאים ומגבלות? כיצד יש להבין את הפסול בחרם, והאם מודל האסדרה צריך להיות בעיקרו כזה שנבנה על השוק הפרטי או לחלופין כזה שפועל במסגרת המשפט הציבורי? מה היחס בין האסדרה של חרם לבין מידת הפגיעה הלגיטימית/המותרת/החוקתית בחופש הביטוי, ואילו מגבלות יחולו על האסדרה בהקשרים שונים? האם כל החרמות עשויים מקשה אחת, ועל-כן ראוי שהם יהיו כפופים כולם לאותה רמה ואופן של אסדרה, או שמא יש להבחין בין חרמות מסוגים שונים? כיצד ניתן להסביר את הפרדוקס שבפסק-הדין שלפיו "ההחרמה האישית" מותרת אך הקריאה לחרם אסורה?⁵² על שאלות אלה ננסה לענות במאמר זה, אגב התייחסות למישורים שאותם התווה בית-המשפט בהחלטתו.

עוד בטרם ניכנס לדיון בעובי הקורה של תופעת החרם, ובפתח דברינו, ברצוננו להתייחס לחזית השנייה שעלתה בדיון בבג"ץ, שלפיה המחוקק בחר להסדיר רק ערוץ צר ומסוים מאוד של חרם. כזכור, הטענה שהועלתה בפסק-הדין הייתה כי עצם האסדרה החלקית הופכת את התוצר, דהיינו החוק, לכזה שאינו חוקתי, ודעת השופטים באשר לגטימימות של אסדרת חזית צרה זו הייתה חלוקה: בעוד שחלק מן השופטים סברו כי אסדרה חלקית היא חלק מזכותו של המחוקק, חלקם סברו כי יש בכך משום הפליה פסולה. במאמר זה איננו מתיימרים להביע עמדה עקרונית באשר לשאלה אם מותר למחוקק מבחינה חוקתית להסדיר גזרה כה צרה, ואם לבית-המשפט יש היכולת לחייבו להסדיר גזרה רחבה יותר או לחלופין לפסול את החוק. האופן שבו ברצוננו לבחון את הדברים הוא לא מבעד לפריזמה של "הפליה" במובנה הרחב. אף אין בכוונתנו לגדור או להגדיר את סמכויותיו של בית-המשפט אל מול אלה של המחוקק. זאת ועוד, לצורך הדיון אנו רוצים גם להתנתק מהגוון הפוליטי שהחוק צבוע בו. על-כן אנו מבקשים לצאת מהחוק כנקודת מוצא לבחינה רחבה יותר של תפיסת החרם. במילים אחרות, בין אם ניתן לפסול את החוק בשל אסדרה צרה וחלקית של מוסד החרם ובין אם לאו (ואיננו מביעים כאן עמדה עקרונית בשאלה זו), יש עדיין צורך להתמודד עם השאלות הכלליות יותר, והן עד כמה ראוי ורצוי שהמחוקק יסדיר את תופעת החרם באסדרה משפטית, מה צריך להיות אופי האסדרה, ועד כמה אסדרה כזו תהיה תלויה נסיבות ותושפע מאופיו של החרם.

52 עם חלק מן השאלות אומנם ניסו השופטים להתמודד בפסק-הדין, אך הם עשו כן באופן מוגבל בלבד, ללא הנחיות או מסקנות באשר לשאלות הכלליות של החרם שבהן נעסוק במאמר זה.

לאחר שהבהרנו נקודה זו ברצוננו לחזור אל החזית השלישית שהועלתה בדיון בבג"ץ, דהיינו, הפרדוקס שלפיו עצם הקריאה לחרם אסורה בעוד אקט ההחרמה האישי מותר. גישתנו, חזית שלישית זו היא נקודת המוצא לדיון בתופעת החרם. הבנת נקודה זו והבהרת מערכת היחסים שבין הקריאה לחרם לבין אקט החרם היא תנאי מוקדם לניתוח מעמיק ומלומד יותר של שאלת ההפליה ולבחינת האיזון הנדרש מבחינה חוקתית בין אקט החרם ואסדרתו לבין חופש הביטוי. האופן שבו נפתח את הטיעון יהיה כדלקמן: בתחילה תיבחן השאלה אם בחוק אכן קיים כשל לוגי, ואם יש לראות באיסור הקריאה לחרם עוולת סיכון. מטעמים שעליהם נעמוד בהמשך נטען כי לא טמון בחוק כשל, וכי אין לראות בקריאה לחרם עוולת סיכון במובנה המקובל. לאחר-מכן נציע שתי המשגות נבדלות לתופעת החרם ולתופעת הקריאה לחרם: הראשונה, במונחים של ביטוי פוגעני; והשנייה, במונחים של שימוש פסול בכוח קיבוצי. לאחר ביסוסן של המשגות אלה נשתמש בהן על-מנת לבחון כמה מההשלכות הדוקטרינריות של הדיון המושגי כפי שהתעוררו בהקשר הישראלי בבג"ץ אבנרי ובחוק החרם.

ב. האומנם קיים "כשל לוגי" בחוק? היש לראות באיסור הקריאה לחרם עוולת סיכון?

ראינו כי חוק החרם אינו אוסר את ההחרמה האישית, אלא את הקריאה הפומבית להטלת חרם על מדינת-ישראל. נקודה זו מעוררת את השאלה הבאה: אם המחוקק מודאג מהחרם כתופעה, מדוע הוא מטפל דווקא בקריאה לחרם? אפשרות אחת היא להבין את עוולת החרם הקבועה בחוק כעוולת סיכון: תופעת החרם מטרידה את המחוקק, והוא אוסר את הקריאה לחרם משום שהיא יוצרת סיכון להטלתו. המחוקק מבקש למנוע את הסיכון עוד בשלב שבו הוא טרם התממש, ומשכך הוא הופך את הקריאה למעשה עוולתי. טכניקה חקיקתית זו, שבה המחוקק אוסר מעשה שמגביר את הסיכון לתופעה שהמחוקק מעוניין למנוע, היא טכניקה מוכרת הן במשפט הפרטי והן במשפט הפלילי. לעניין זה ניתן לראות דמיון בין חוק החרם לבין חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, ועוד.⁵³ גם בחוקים אלה המחוקק מקנה עילת תביעה בשל הסיכון שעלול להיווצר, ואינו ממתין לתוצאה הסופית, שהיא ההטעיה. כך, למשל, חוק הגנת הצרכן נוקט את הלשון הבאה: "לא יעשה עוסק דבר... העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה".⁵⁴ באופן דומה, חוק הבנקאות קובע כי "לא יעשה תאגיד בנקאי... דבר העלול להטעות לקוח בכל ענין מהותי למתן שירות ללקוח".⁵⁵ גם בחוקים אחרים, שבהם הלשון שונה, עצם החשש להטעיה נתפס כמעשה עוולתי שמרחיב את הטריטוריה של המעשה הנזיקי האסור – ההטעיה. חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, לדוגמה, קובע כי פרט מטעה הוא "לרבות דבר העלול להטעות משקיע סביר וכל דבר חסר שהעדרו עלול להטעות משקיע סביר".⁵⁶ באופן דומה, פקודת סימני מסחר

53 בית-המשפט מזכיר זאת בבג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' 39 לפסק-דינו של השופט מלצר.

54 ס' 2 (א) רישא לחוק הגנת הצרכן.

55 ס' 3 רישא לחוק הבנקאות (שירות ללקוח).

56 ס' 1 לחוק ניירות ערך.

קובעת בכמה מקומות כי אם יש בסימן המסחר כדי להטעות, די בכך לשלול את השימוש בו.⁵⁷ גם המבחן המשפטי להפרת סימן מסחר הוא של "חשש להטעיה".⁵⁸

ההיגיון העומד מאחורי הרחבה זו הוא שרוב הסיכויים הם שהחשש להטעיה יתממש, לפחות ביחס לחלק מן הנחשפים אל המעשה המעורר את החשש הזה, ולכן יש לנסות למנוע אותה בעוד מועד.⁵⁹ הטעיה היא בבחינת עוולה, והמחוקק מרחיב את "תחום המשיכה" של העוולה גם לפריפריה ומחזק את כוח הכבידה שלה. במישור הסעדים, אם העוולה מוגדרת כהטעיה, אזי ללא הוכחת נזק שקשור בקשר סיבתי למעשה העוולה לא יהיה אפשר לקבל בגינה פיצוי משמעותי. היתרון שבהרחבת מרחב המחיה של העוולה הוא בכך שניתן לנסות למנוע את ההטעיה בעוד מועד, ובמקרים כגון אלה לא יצטמצם מכלול הסעדים הנתון בידי התובע לכדי פיצוי בלבד, שכן בהעדר נזק אין לפיצוי משמעות פעמים רבות. מכיוון שברוב המקרים ההטעיה גלומה במעשה נמשך או שחוזר על עצמו, ניתן למונעה בעוד מועד, למשל, על-דרך הוצאת צו מניעה ביחס למעשה או קביעת הנחיות נוספות באשר לאופן עשייתו. אף במשפט הפלילי ניתן למצוא עברות שהגיון נעוץ במניעת סיכון של נזק⁶⁰ או של פגיעה בזכות. עברות החזקה האוסרות, למשל, החזקה של סמים⁶¹ או נשק⁶² הן דוגמה טובה לכך, שכן ברור כי ההחזקה כשלעצמה אינה פוגעת באינטרס חברתי מוגן. הסיבה לכך שההחזקה אסורה נעוצה בפוטנציאל הנזק שלה: החזקת סמים מטרידה את המחוקק משום שהיא עלולה להוביל לשימוש פסול או לסחר בסמים; והחזקת נשק עלולה להוביל לשימוש בו, שעלול לסכן את חייהם של בני-אדם. שתי דוגמאות נוספות להפללת התנהגויות בשל הסיכון הטמון בהן, ואשר קרבתן לאיסור הקריאה לחרם רבה יותר, הן הטפה להתאגדות אסורה והסתה לאלימות ולטרור. העברה הפלילית של "התאגדות אסורה" קבועה בסעיף 145 לחוק העונשין. הסעיף קובע מצבים שבהם אסורה התאגדות מסוגים שונים שבסיסה מטרות שאינן לגיטימיות. אך המחוקק לא הסתפק בכך והרחיב את גבולות האיסור גם להטפה להתאגדות אסורה, שכן הטפה להתאגדות כזו, אם תתאפשר, עלולה בסופו של דבר לקדם התאגדות שתפר את הוראות החוק.⁶³ דוגמה נוספת היא כאמור העברה העוסקת

57 ראו, לדוגמה, ס' (6)11, (9)11 ו-13 לפקודת סימני מסחר (נוסח חדש), התשל"ב-1972.
58 לפירוט על-אודות מבחני החשש מהטעיה ראו ע"א 1611/07 דנציגר נ' מור (פורסם בנבו, 23.8.2012).

59 עוד חשוב לציין כי חוקים אלה עוסקים אף הם במקרים שבהם הנזק שנוצר הוא נזק כלכלי, ואף-על-פי-כן ניאות המשפט להסדיר אותם באופן רחב. זאת, בניגוד לעמדת השופטים כפי שהוצגה בחלקו הראשון של המאמר, ובפרט לעמדתו של השופט עמית, שלפיה העובדה שמדובר בנזק כלכלי טהור מחייבת אסדרה צרה ומצומצמת של גבולות העוולה. ראו יעקב, לעיל ה"ש 30.

60 בתיאוריה של המשפט הפלילי עברות אלה מכוננות עברות של remote harm. ראו Andrew Von Hirsch, *Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation*, in HARM AND CULPABILITY 259 (A.P. Simester & A.T.H. Smith eds., 1996).

61 ס' 7 לפקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973.

62 ס' 144(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

63 ס' 146 לחוק העונשין.

בהסתה לאל־ימות או לטרור.⁶⁴ מעשי טרור או אלימות הם עברה.⁶⁵ אין מחלוקת שמדובר בפעולה בלתי־חוקית. אולם המחוקק אינו רוצה להמתין לביצועו של המעשה האלים, ועל־כן הוא מרחיב את תחולת האיסור גם להסתה הקורמת למעשה, שכן יש בה כדי להגדיל את הסיכוי שהוא יבוצע.⁶⁶

אולם הדמיון בין דוגמאות אלה לבין איסור הקריאה לחרם הוא חלקי בלבד. למרות המבנה הדומה של עוולת הקריאה לחרם, שאף היא מטפלת בסיכון, יש בינה לבין הדוגמאות שמנינו הבדל משמעותי, והוא שבעוולת הקריאה לחרם רק הסיכון מוגדר כעוולתי, בעוד החרם עצמו אינו מוגדר כעוולה. במילים אחרות, בעוד בדוגמאות שהובאו לעיל המחוקק אוסר ליבה כלשהי ומרחיב את האיסור גם לפריפריה – דהיינו, גם לאותן התנהגויות המגבירות את הסיכון להתקיימותו של העוול שבליבה – איסור הקריאה לחרם הוא שונה שכן מעשה החרם עצמו אינו אסור. בית־המשפט מגיע בצדק למסקנה כי על־פי החוק מעשה ההחרמה האישי, אם אין בו קריאה לאחרים להחרים, אינו נחשב עוולה רק מכוח הגדרתו כחרם, ומשכך לא קמה זכות נגדית גורפת לא להיות מוחרם. היה אם אוסף של פרטים בוחרים כל אחד באופן אישי לא לצרוך מוצר מסוים בשל היותו מיוצר באזור, למשל, אין במעשיו של איש מהם כדי להוות עוולה נזיקית על־פי החוק החדש, ועל־כן איש מהם לא יוכל להיתבע מכוחו. ספק רב אם קיימת בכלל עוולה נזיקית כלשהי נגדם.⁶⁷

64 ס' 2ד144(א) לחוק העונשין, שלשונו: "המפרסם קריאה לעשיית מעשה אלימות, או דברי שבח, אהדה או עידוד למעשה אלימות, תמיכה בו או הזדהות עמו (בסעיף זה – פרסום מסית), ועל פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשית שיביא לעשיית מעשה אלימות, דינו – מאסר חמש שנים."

65 ס' 2ד144(ב) מגדיר מעשה טרור או אלימות כ"עבירה הפוגעת בגופו של אדם או המעמידה אדם בסכנת מוות או בסכנת חבלה חמורה".

66 על־כן נקבע בסעיף כי המפרסם קריאה למעשה אלימות או טרור, שעל־פי תוכנה ונסיבותיה טמונה בה אפשרות ממשית להביא לידי עשיית מעשה אלימות או טרור, עובר עברה שרינה חמש שנות מאסר.

67 בהקשר זה מעניין שגישתו של בית־המשפט לאפיון החרם אינה ברורה עד תום. מצד אחד, בעת הדיון בקריאה לחרם, לפחות חלק מן השופטים צבעו את החרם עצמו באור שלילי. לגישתם, "קריאה להשתתפות בחרם נגד מדינת ישראל, כמשמעו בחוק... היא בבחינת עידוד להשתתפות בפעולה בלתי חוקית, או להתנהלות שיש בה יסודות אסורים של: הפליה, התערבות שאיננה מותרת ביחסים חוזיים, או אפילו הגבל עסקי (הכל בהתאמה להוראות הדין הרלבנטי)". בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' 25 לפסק־דינו של השופט מלצר (ההדגשות במקור הוסרו). הצביעה בצבע שלילי של יסודות שונים במעשה החרם מעוררת תהיות באשר לאופן הטיפול בו, שכן אם החרם עצמו מהווה פעילות "בלתי חוקית", היינו מצפים שהמחוקק יאסור פעילות זו כשלעצמה, ואת זאת המחוקק לא עשה. זאת ועוד, בכמה מקומות נבנה בית־המשפט בניתוח הקריאה לחרם (להבדיל מהחרם עצמו) מהשוואה לדוקטרינות נזיקיות מכוח ס' 12 לפקודת הנזיקין. כך, למשל, בפס' 48 לפסק־דינו עורך השופט מלצר אנלוגיה בין הסיטואציה של קריאה לחרם לבין אחריות של משתף ומשדל, באומרו כי "הטלת אחריות נזיקית על מי שבקריאתו עלול לגרום נזק לזולת איננה חריגה בנוף המשפט הישראלי", תוך הפניה לס' 12 לפקודת הנזיקין וכן לפסק־הדין בעניין ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד(3) 740 (2011), העוסק בהרחבת חוג הנתבעים במקרים של

זהו הכשל הלוגי שעליו הצביעו העותרים בבג"ץ אבנרי, ונשאלת השאלה מדוע בחר המחוקק דווקא במבנה זה, שלפיו בעוד הקריאה לחרם אסורה, החרם האישי מותר. על-אף "מוזרותו" של מבנה משפטי זה, ניתן למצוא בחקיקה הישראלית דוגמאות נוספות לכך שהמחוקק אוסר הליך של הסתה בעוד המעשה הסופי שאליו הוא מוביל מותר או לפחות אינו אסור באופן קטגורי. דוגמה אחת ניתן למצוא בהקשר של הסתה לגזענות. "גזענות" מוגדרת כ"רדיפה, השפלה, ביוזי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני".⁶⁸ בגזענות קיים כמובן פסול מוסרי. זאת ועוד, חלק מהפעולות שנעשות באופן גזעני עלולות להוות עברה פלילית – למשל, כאשר אדם נוהג באלימות כלפי אדם אחר מטעמים גזעניים. לא זאת אף זאת, העובר עברה פלילית מתוך מניע של גזענות חושף את עצמו לכפל העונש בגין העברה או למאסר של עשר שנים.⁶⁹ אף-על-פי-כן, בעצם היותו של אדם גזען הוא אינו עובר עברה פלילית. אין עוולה או עברה כללית של גזענות. לאדם מותר להיות גזען כל עוד הוא אינו עובר על איסורים ספציפיים שהמחוקק מונה כחריגים למעשה הגזעני ה"גנרי". למרות זאת החוק קובע עברה נפרדת שעניינה איסור פרסום הסתה לגזענות, שלפיה "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים".⁷⁰ הסעיף העונשי מחמיר עוד יותר בקובעו כי לעניין ההסתה אין זה משנה אם הפרסום אכן הוביל לגזענות ואם הייתה בו אמת.⁷¹

הפרה תורמת. אולם, להבדיל מן המקרה דנן, הפעלתן של הלכות אלה במקרה הפרדיגמטי היא במקום שבו המעשה הסופי הינו מעשה עוולתי, ואיסור השידול או הסיוע נגזרים ממעשה עוולתי זה. כאמור, לא זה המצב כאשר לחרם, שכן החרם עצמו, לפחות בהתאם לקביעות בפסק-הדין, אינו בבחינת עוולה עצמאית. מן הצד האחר, וכפי שעולה מפרשנותו של בית-המשפט, להטלת חרם יכולים להיות גם יתרונות, והעוולה בחוק החרם אינה שוללת מהפרט את זכותו להחרים (ראו, לדוגמה, בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' 6 לפסק-דינו של השופט דנציגר). זאת, למשל, להבדיל מיסוד ההטעיה בחוקים שצוינו לעיל, אשר אין בה יתרונות כלשהם שהחברה מוכנה לאפשר. בית-המשפט מודע לדו-ערכיות (לאמביוולנטיות) שבחרם עצמו, ומונה את חסרונותיו אך גם את יתרונותיו. הוא גם מודע לכך שבהעדר הפרת חוזה או הפרת הגבל עסקי אי-אפשר להצביע על אי-חוקיות גורפת שעומדת בכיסו. בעניין זה בית-המשפט גם מכיר בדמיון שבין החרם לתופעת הפליה (בג"ץ אבנרי, שם, פס' 32-34 לפסק-דינו של השופט מלצר ופס' יג לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין). אולם גם בהקשר של הפליה ההסדר במשפט הישראלי אינו איסור הפליה גורף, שהופך את עצם הפליה לדבר שאינו חוקי. החוקים שאוסרים הפליה הם חוקים נקודתיים, שמצביעים דווקא על הכלל הרחב יותר שלפיו הפליה במקרים רבים, ובמיוחד כאשר היא מופעלת על-ידי אנשים פרטיים, היא אולי פסולה מבחינה מוסרית אך אינה אסורה מבחינה משפטית.

86 ס' 144א לחוק העונשין.

87 ס' 144א(א) לחוק העונשין קובע כי "העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א' או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא ערתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר".

88 ס' 144ב(א) לחוק העונשין.

89 ס' 144ב(ב) לחוק העונשין.

העברה של המרדה דומה אף היא במהותה להסדר בחוק החרם ולעברה הפלילית של הסתה לגזענות. חוק העונשין אוסר מעשי המרדה⁷² ופרסומי המרדה.⁷³ להמריד משמעו, בין היתר, "להביא לידי שנאה, בוז או אי-נאמנות למדינה או לרשויות השלטון", "לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ" וכן "לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין".⁷⁴ במובן זה ניתן לתפוס את ההמרדה כההליך אסור, ועל-כן כעברה פלילית, בעוד התוצאה הסופית מצד זה שהומרד אינה נחשבת – או למצער אינה נחשבת בהכרח – עברה פלילית. מהו ההיגיון העומד מאחורי דוגמאות אלה, והאם הוא ישים גם לגבי איסור הקריאה לחרם, להבריד מהשתתפות בו, וזאת להבריד מהמתכונת המקובלת של הרחבת הפריפריה של מעשה אסור?

להלן נעמוד על טעמים אפשריים לאיסור הפריפריה בעוד הליבה פטורה.⁷⁵ הקריאה לגזענות, הקריאה למרד ובאופן דומה אף הקריאה הציבורית לחרם מעלות את הסיכויים שאלה יתרחשו. העלאת הפוטנציאל יוצרת סיכון מיוחד, שהמחוקק מעוניין להתמודד עימו. עצירת המומנטום בעוד מועד יכולה לעצור את התופעה (בין שמדובר בגזענות, במרד או בחרם) או להפחית את הסיכון לה ואף להקטין את היקפה והשלכותיה. במובן זה, במונחים של נוסחת Learned Hand, מניעת הקריאה הציבורית לחרם משפיעה הן על הסיכון והן על גובה הנזק.⁷⁶ בדברים אלה יש כדי להסביר מדוע המחוקק רוצה להרחיב את ההגנה גם על הפריפריה, דהיינו על הקריאה לחרם, אשר נושאת עימה פוטנציאל סיכון מיוחד, אולם אין בהם עדיין כדי להסביר מדוע המחוקק אינו הופך גם את הליבה – החרם עצמו – לעולתית. במצב הדברים ה"רגיל" היינו מצפים כי אסדרת פוטנציאל הסיכון בפריפריה לא תשפיע על הליבה, וכי הן הפעולה בפריפריה של העוולה והן זו שבליבתה ייחשבו עולתיות. כאמור, לא כך הדבר ביחס לעולת החרם. במילים אחרות, ההסבר שניתן לעיל באשר לפוטנציאל הנזק יכול לענות על השאלה מדוע יש לחייב את הקורא לחרם באחריות נזיקית, אך אין בו כדי להסביר מדוע יש לפטור את המחרים עצמו מאחריות.

כאשר מתבוננים על חוק החרם לצד מקרים דומים שבהם הליבה אינה אסורה בעוד הפריפריה אסורה, ניתן לחשוב על שני סוגי טעמים שהובילו את המחוקק לאופי אסדרה זה – טעמים מעשיים וטעמים מהותיים. ראשית, ניתן לטעון כי קשיי אכיפה ושיקולים

72 ס' 133 לחוק העונשין.

73 ס' 134 לחוק העונשין.

74 ס' 136 לחוק העונשין.

75 חלק מטעמים אלה הועלו על-ידי השופטים בבג"ץ אבנרי, אולם הדיון שנערך בהם היה חלקי בלבד.

76 בהקשר זה ניתן לחשוב על ההקבלה המעניינת לעוולת לשון הרע, המנויה בחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965. עוולת לשון הרע מוגדרת כעוולה רק כאשר הפגיעה מתרחשת בספרה הציבורית, לעיני אחרים. עם זאת, הפגיעה שהמחוקק מתייחס אליה היא פגיעתו האישית של החשוף לעוולה, ועל-כן הנזק מתוחם ומצומצם באופן יחסי. לעומת זאת, בעוולת הקריאה לחרם, המתרחשת גם היא רק בספרה הציבורית, הנזק הפוטנציאלי מאפקט ההחרמה הציבורית הוא רחב-היקף וקשה לעצירה. אף שנזק גדול יכול להיגרם גם אם אנשים רבים יחרימו כל אחד באופן אישי, ולא כחלק ממומנטום ציבורי משותף, בדרך זו לא ייווצר חלק מהאפקט המזיק שהמחוקק מנסה למנוע.

ראייתיים הם המונעים את אכיפת האיסור על הליכה, אף שמבחינה מהותית, כחברה, היינו רוצים לאסור את הפעילות. במילים אחרות, במקרים אלה יכולה להיות הסכמה רחבה כי פעילות מסוימת אינה ראויה אך אוזלת-היד של המדינה בגילוייה ובאכיפתה מונעת את הטלת האיסור על הליכה, על-מנת לא ליצור חוק שיהיה למראית-עין בלבד, מחד גיסא, וכדי למנוע הטלת סנקציות במקרים לא-ראויים מתוך טעות, מאידך גיסא. כך, למשל, הסבר אפשרי לפער שבין התרת גזענות (ליכה) לבין איסור ההסתה לגזענות (פריפריה) הוא שאף-על-פי שתופעת הגזענות אינה ראויה בחברה מתוקנת, יכולתה של המדינה לאכוף איסור גזענות ולאסוף ראיות לקיומה של התופעה ברמה האישית היא מוגבלת, ועלותה גבוהה מדי. על-כן במדינות רבות אנו מוצאים שהאיסור הפלילי חל על הסתה לגזענות בלבד, בעוד הגזענות כשלעצמה אינה אסורה.⁷⁷ אף-על-פי-כן, גם לעיקרון כללי זה יש חריגים, ומקום שהמשפט מזהה מופעים של גזענות שקל לאוכפם ואשר ניתן למצוא להם ראיות בקלות יחסית – למשל, הפליה על בסיס שיוך אתני – הוא אוסר אותם.⁷⁸

אולם המחיר החברתי שהחברה מסרבת לשלם על הפללה כוללת של גזענות אינו חייב להיבחן במונחים צרים של עלויות אכיפה ומציאת ראיות. הטעמים עשויים להיות מהותיים יותר, ולהתייחס בעיקרם לגבולות התערבותה של מדינה ליברלית בחיי הפרט.⁷⁹ על-פי קו מחשבה זה, גם אם בדרך כלשהי יהיו בידי המדינה כלים לאכוף את האיסור על פרט כזה או אחר, המדינה בוחרת, מטעמים מהותיים שונים, לחסן את הליכה מהתערבות ולאפשר את האיסור רק בפריפריה.

77 כך, למשל, החוק בבריטניה אוסר על אדם להתבטא באופן מעליב מתוך כוונה לעורר שנאה על בסיס גזעי ("stir up racial hatred") או אם יש סיכוי משמעותי שדבריו יעוררו שנאה. Public Order Act, 1986. מדינות רבות משתמשות בחקיקתן בביטוי "להסית לשנאה" (או לגזענות) – to incite hatred – וחקיקתן אינה אוסרת על אדם להיות גזען, אלא רק להסית לגזענות. ראו, לדוגמה, את הקוד הפלילי הגרמני, האוסר Volksverhetzung, שהיא הסתה המונית (incitement of the masses) לשנאה על בסיס גזעי. Federal Ministry of Justice, and Consumer Protection: Criminal Code (in German), Federal Ministry of Justice, Germany, para. 130 sec. 1.

78 ראו, למשל, חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, וכן חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. חקיקה זו אוסרת הפליה, בין היתר, על בסיס שיוך אתני.

79 טעם מהותי אחר, שאינו נוגע בהתערבות פסולה בחיי הפרט, הוא הגנה על קבוצות מוחלשות. דוגמה טובה בעניין זה היא העיסוק בזנות. במצב הנוכחי בישראל, וגם במדינות רבות אחרות בעולם, עצם העיסוק בזנות אינו פלילי. הליכה, גם במקומות שבהם הזנות נתפסת כמעשה שאינו לגיטימי, פטורה מאחריות, והחוק נוקט גישה של הטלת אחריות על מי שמסדרל לזנות, להבדיל ממי שעוסקת בזנות. במילים אחרות, כוונת המשפט היא להביא לידי צמצום הזנות בחברה באמצעות אסדרת הפריפריה, מתוך תקווה שזו תביא לידי צמצום התופעה. החברה אינה רואה לנכון להפליל את עצם מעשה הזנות שכן בפעולה כזו מי שתשלם את המחיר החברתי תהיה הקבוצה המוחלשת שהחברה רוצה להגן עליה. ככל שהפרטים בליכה ייתפסו כקבוצה חלשה יותר וראויה יותר להגנה כן תהיה הנטייה לפטור את הליכה גדולה יותר. יש לציין כי קיימת כיום יוזמה להפללת לקוחות של זנות, אך יוזמה זו טרם הבשילה לכלל חקיקה. ראו הצעת חוק איסור צריכת זנות וטיפול בקהילה (תיקוני חקיקה), התשע"ו-2016, פ/2483/20.

ברונו בחוק החרם כבג"ץ אבנרי, מבטא המשנה לנשיאה רובינשטיין טעמים משני הסוגים האמורים, וזאת באמצעות טיעון המבחין בין הספֵרה הפרטית לספֵרה הציבורית. הוא עורך הבחנה בין ההחרמה האישית, השייכת לספֵרה הפרטית, לבין הקריאה לחרם, המתרחשת בספֵרה הציבורית, וטוען כי באמצעות הקריאה לחרם הפרט מוציא את עצמו מהספֵרה הפרטית אל עבר הספֵרה הציבורית.⁸⁰ הוא מדגים טענה זו באמצעות אנלוגיה לתופעה הפסולה של הפליה. אדם, הוא מסביר, "יכול להחליט, מטעמיו שלו, כי אינו רוצה לרכוש במכולת פלונית כי נטייתו המינית של המוכר אינה לרוחו, או כי מוצאו האתני שונה משלו, או כי אינו שותף לאמונותיו הדתיות; אפשר לבקר זאת ולהסתייג מכך נמרצות, ועדיין זו הפרוגנוטיקה של אותו אדם".⁸¹ מוכר, לעומת זאת, אינו יכול לנהוג באופן דומה. כדברי רובינשטיין, "חלה עליו חובה למכור, ללא הפליה על רקע – בין השאר – נטיה מינית, מוצא אתני או דת",⁸² וזאת מכוח חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000. רובינשטיין מסביר כי "הסיבה לכך אינה – כמובן – כי המחוקק מבקש לעודד את הפעילויות המתוארות... אלא כיון שחופש הפעולה של הפרט במרחב הפרטי רחב בהרבה מזה שבזירה הציבורית".⁸³

ביישום לחוק החרם, וכחלק מהטיעון בדבר ספֵרה פרטית וספֵרה ציבורית, מוסיף המשנה לנשיאה רובינשטיין כי עולם שבו רשויות האכיפה ינסו להתחקות אחר כוונתו של פלוני הוא בעייתי במדינה דמוקרטית – הן במישור העקרוני והן במישור הראייתי.⁸⁴ בדבריו אלה של המשנה לנשיאה רובינשטיין משולבים טעמים מעשיים וטעמים מהותיים להבחנה בין הספֵרה הפרטית לספֵרה הציבורית ולחיסון הספֵרה הפרטית (ההחרמה האישית) מפני התערבות המדינה. להבחנה בין שני סוגי הטעמים עשויה להיות חשיבות באשר למעשה

80 כבג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' יג לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

81 שם.

82 שם.

83 שם. ראו משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ובשירותים" **עלי משפט** ג 15, 27-28 (2003), שם מסביר כהן-אליה כי תכלית ההבחנה הליברלית בין ה"ציבורי" ל"פרטי" היא צמצום התחומים שבהם מותר למדינה להשתמש בכוחה הכופה וחזוק חירותם של האזרחים בתחומים הפרטיים של חייהם. זאת, על-מנת לבסס את זכותם לפרטיות ולאוטונומיה מסוימת, המעניקה להם תחושת ביטחון מפני חדירה שלטונית לתחומים האינטימיים ביותר שבהם הם מגבשים את השקפתם הערכית ואת עמדותיהם.

84 "מצב בו רשויות האכיפה והשפיטה יחלו להתחקות אחר כוונתו של פלוני או אלמוני שלא לרכוש במקום זה או אחר הוא מצב בעייתי במדינה דמוקרטית, שלא לדבר על הקושי המעשי..." כבג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' יג לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין. ועוד הוא מוסיף: "איננו יכולים... למנוע מאדם להחרים גורם זה או אחר, יהיו סיבותיו אשר יהיו, ותהא דעתנו על כך אשר תהא. הסיבות לכך נמצאות הן במישור החוקתי – החופש הרחב המוקנה לפרט בעודו פועל במרחב הפרטי, והן במישור הראייתי – חוסר היכולת המעשית להתחקות אחר כוונתו של פלוני בכחרו שלא לרכוש מוצר מידי של אלמוני." שם. אולם אם אדם בוחר לצאת אל המרחב הציבורי באמצעות קריאה לחרם, "אין זה בלתי סביר כל עיקר כי המחוקק ימצא להטיל עליו חובות גדולות יותר בשל כך, לרבות האיסור לקרוא על החרמת אדם או גורם אחר אך בשל המקום בו הוא מתגורר או פועל". שם.

החרם ולאקט ההחרמה האישי. על-פי ההסבר הראשון (המעשי), אין לאסור על הפרט את החרם בשל קושי אמיתי לדעת את הסיבות שבגינן הוא אינו צורך מוצר מסוים, ולכן כאשר סיבות אלה מתבררות – למשל, אם הוא מצהיר כי הוא פועל מטעם מסוים – אין עוד מקום לפטור אותו מאחריות משיקולים אלה. לעומת זאת, פנייה להסבר השני (המהותי) תגרוס כי המחיר החברתי הרחב הגלום בעצם ההתערבות הכופה בספירה הפרטית הוא גבוה, ועל-כן יש להימנע מאכיפת הליכה גם במקרים אלה.

כאמור, המשנה לנשיאה רובינשטיין מבססת את ההבחנה בין תחום המותר לתחום האסור על ההבחנה בין הספירה הפרטית לספירה הציבורית. הבחנה זו אמורה להסביר מדוע משני הטעמים – המעשיים והמהותיים – יש לאסור רק את הקריאה לחרם. אלא שיש לשים לב לכך שהבחנה זו של המשנה לנשיאה רובינשטיין אינה מסבירה את כל המקרים של הפטור לליבת העוולה של החרם. חשבו, למשל, על אדם שמגיע לארוחת-ערב, וכאשר מציעים לו יין מהשטחים, הוא מסרב, בהפריחו לחלל האוויר שסירובו נובע מכך שהיין יוצר בשטחים. ואם הפורום בדוגמה זו אינו "ציבורי" דיו, חשבו על אדם שהולך עם חולצת-טי ועליה הדפס המצהיר כי הוא אינו קונה יין מהשטחים או לחלופין על אדם המצהיר זאת על-גבי המרשתת, ואף שוטח את טעמיו לכך, אך מבלי לקרוא מפורשות לאחרים להצטרף אליו. אמירות אלה פוטרות את המחוקק מהדילמה הראייתית מדוע אותו אדם אינו צורך יין מהשטחים (אף שיתכן שגם אילו יוצר אותו יין במקום אחר הוא לא היה צורך אותו שכן הוא אינו אוהב את טעמו).⁸⁵ נוסף על כך, אמירות אלה חורגות לכאורה מהספירה הפרטית. האם במצב זה הוא ייחשב מעוול? על-פי החוק הוא יכול להיחשב מעוול רק אם יראו במעשיו קריאה פומבית לחרם (ובהתקיים יתר התנאים). כל עוד אין בדבריו קריאה מפורשת לאחרים, יש לראות בו מחרים באופן אישי, ועל-כן גם אם הדבר נעשה בספירה הציבורית, להבדיל מהחרמה בחדרי-חדרים, אין לראות בו מעוול. ניתן אומנם לחשוב על פרשנות שלפיה פעולותיו המתוארות של המחרים ייחשבו קריאה פומבית לחרם, שהרי מדובר באדם המתהלך בספירה הציבורית, והצהרתו על כוונותיו עלולה לעודד אחרים הקוראים את הכתוב להסכים עימו ולהצטרף אליו. מבחינה זו ניתן לראותו כמי שביקש להשפיע על אחרים על-ידי החצנת דעותיו בפומבי. אולם, אף שהאפקט הציבורי עלול להיות דומה, נראה כי פרשנות סבירה יותר, המאזנת באופן ראוי בין חופש הביטוי הלגיטימי לבין קריאה אסורה, היא שדרוש מעשה אקטיבי – פנייה יזומה לאחרים – על-מנת שמעשיו של אדם יעברו מהתבטאות

85 שאלה מעניינת, אף היא במישור הראייתי, עשויה להתעורר כאשר הקריאה אינה להחרים מוצר מסוים, אלא לצרוך מוצר מסוים באופן בלעדי: האם הקריאה לצריכה בלעדית משולה לקריאה להחרים מוצרים אחרים ומהווה מעין מכבסת מילים לחרם? לעניות דעתנו, הקריאה יכולה לקבל צביון כזה או אחר כתלות במבנה השוק. בעולם שבו קיימים רק שני מוצרים מאותו סוג, קריאה לצריכה בלעדית של מוצר אחד עשויה להתפרש פעמים רבות כקריאה להחרמת המוצר האחר. במקרים שבהם קיימים בשוק מוצרים רבים מאותו סוג, המצב יהיה שונה לכאורה, משום שקריאה למוצר אחד אינה שוללת את כל שאר המוצרים. אולם גם הנחה זו מצריכה מחשבה נוספת, שכן ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם גם בשוק מרובה מוצרים קריאה לצריכה "פוליטיבית" תהא אנלוגית לקריאה לחרם, לפחות מהפרספקטיבה של הכוח הקיבוצי וההשפעה הפוליטית בערוצים מתחרים, דוגמת "רכשו רק יין המיוצר בשטחים" או לחלופין "רכשו רק יין המיוצר בתוך גבולות הקו הירוק".

אישית לניסיון לשכנע אחרים. אם כן, ההבחנה המופיעה בבג"ץ אבנרי בין הספרה הפרטית לספרה הציבורית טעונה פיתוח נוסף, ואין בה כדי לתת הסבר מספק לַפְטוֹר שהחוק מעניק להחרמה האישית לעומת הקריאה הפומבית לחרם.⁸⁶

בפרקים הבאים נרצה להציע כיוון שונה מזה שהציעו השופטים רובינשטיין ועמית בבג"ץ אבנרי להבחנה שהחוק יוצר בין ההחרמה האישית לבין הקריאה הפומבית לחרם. אנו סבורים כי ההבחנה בין הספרה הפרטית לספרה הציבורית חשובה להבנת ההיגיון של האיסור המשפטי של חרם, אלא שבניגוד לגישת השופטים בבג"ץ אבנרי, אנו טוענים כי התמקדותו של המחוקק בספרה הציבורית אינה נובעת מהצורך לחסן את הספרה הפרטית, אלא מהבנת החרם כתופעה שהיא ציבורית במהותה, ולכן אין לה משמעות בספרה הפרטית. נרחיב על כך בפרקים הבאים.

ג. הגיונה של האסדרה המשפטית של חרם

כפי שראינו עד כה, בדיון שנערך בבג"ץ אבנרי אין כדי להסביר באופן ממצה את הפער שבין הליבה לפרפריה בכל הנוגע באיסור הקריאה לחרם. גם בהסברים המוסכמים (הקונוונציונליים) לעוולות סיכון, כפי שנסקרו לעיל, אין כדי להסביר באופן מניח את הדעת את התמקדותו של החוק בקריאה לחרם בעוד החרם עצמו פטור. כעת ננסה להציע הסברים נוספים לכך שקריאה לחרם עשויה להיות פסולה, וכן לכך שחרם כתופעה ציבורית, כפי שאנו מבינים אותה, עשוי אף הוא להיות פסול.

כפי שראינו, הדפוס של איסור התנהגויות בשל הפוטנציאל לנזק או הסיכון לנזק הכרוכים בהן אינו זר למשפט. אולם במשפט קיימים איסורים, דוגמת העברה של הסתה לגזענות, שבהם ההיגיון של האיסור נעוץ רק לכאורה בהגברה של סיכון או נזק מרוחק (remote harm), כפי שהוא מכונה בתיאוריה של המשפט הפלילי.⁸⁷ ההשוואה בין הסתה לאלימות לבין הסתה לגזענות מאלפת בהקשר זה: בעוד במקרה של הסתה לאלימות איסור ההסתה מצטרף לאיסור "ליבתי" של האלימות עצמה (ואז ניתן לראות את עברת ההסתה כהרחבה פריפריאלית של איסור האלימות), במקרה של הסתה לגזענות ההסתה אסורה מבלי שקיים לצידה איסור של הגזענות עצמה. לפיכך איסור ההסתה לגזענות ואיסור הקריאה לחרם מעוררים שאלה דומה: מהו ההיגיון של איסור הקריאה ל... או של איסור ההסתה ל... אם ההתנהגות עצמה מותרת? האם פרשנות האיסור כפריפריאלי עודנה הגיונית לנוכח העדרה המוחלט של ליבה שהפריפריה סובבת אותה כביכול?

אנו טוענים כי בעיה פרשנית זו מהווה מפתח להבנת חוק החרם ולפרשנות מעמיקה יותר של ההיגיון. אנו מסכימים עם העותרים כי אותו פער בין איסור הקריאה לחרם לבין אי-איסור ההחרמה עצמה, אשר כונה על-ידיהם "כשל לוגי", אכן ראוי לתשומת-לב. מאידך גיסא, ולהבדיל מהעותרים, אנו סבורים כי פער זה אינו כשל. נהפוך הוא, יש בו כדי לסייע בגיבוש הבנה מעמיקה יותר של ההיגיון של החוק, באופן המחייב דיון מחודש בחוקתיותו.

86 השופט מלצר אומנם מפנה, בפס' 32 לפסק-דינו, אל המלומד Ulrich K. Preuß, ומבחין בין מחאה פוליטית-אישית לבין קריאה לפעילות קבוצתית אסורה, שאותה הוא מדמה לקשר פלילי, אולם אי-אפשר למצוא בפסק-דינו תיאוריה המסבירה מדוע "קשר" זה הוא בעייתי או פסול.

87 ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 38–39 (6th ed. 2009)

כפי שנראה בהמשך, איננו נוקטים במאמר זה עמדה לגבי חוקתיות או אי-חוקתיות של חוק החרם בסופו של חשבון, אלא מציעים שפה חדשה לנהל בה את הדיון.⁸⁸ אנו טוענים כי אותו פער הוא מפתח להבנת החוק, וצריך לשמש נדבך שרק אחריו יש לשקול את חוקתיותו של החוק, להבדיל מנתון המנביע מסקנה כמו-ברורה-מאליה לגבי אי-חוקתיותו. את המשך הדיון ננהל על בסיס ההנחה הבאה: חרם במהותו הוא תופעה קיבוצית בספרה הציבורית. ככזו יש לה השלכות רבות בספרה הציבורית הן ברמת השיח והן ברמת ההתנהגות והפעולה. טיעוננו במאמר זה הוא כי החוק אינו לוקה בכשל לוגי. ככל שניתן להציג את הקריאה לחרם כפריפריאלית לאקט אחר, היא פריפריאלית לחרם כתופעה ציבורית, ולא ל"החרמה האישית". על-אף השימוש הקרוב בשפה, אקט של החרמה אישית אינו נתפס בעינינו כלל כחרם, שכן הוא חסר את המימד הציבורי, החיוני למהותו. במילים אחרות, קיים הבדל עקרוני בין מחאה כביטוי אישי לבין חרם, שהוא תופעה חברתית-קיבוצית. יתרה מזו, ייתכן אף שעל-פי חלק מההסברים, כפי שיפורט להלן, ניתן לראות את הקריאה לחרם כמשתייכת לליבה עצמה. אנו סבורים כי הבנה מעמיקה של תופעת החרם הציבורי והמשגתה כעוול במשפט מחייבות פנייה ל"קרובי-משפחה" ספציפיים בענפי המשפט הפלילי והנוזקי, כפי שיפורט להלן. ניתוח אנלוגי מסוג זה עשוי להעשיר את המחשבה המשפטית באשר לאסדרה של חרם. בתת-פרק הבא נעייין בשורה של עברות במשפט הפלילי, בניסיון לבסס דיון המדגיש את החרם כצורת שיח פוגענית. התת-פרק שלאחריו יבחן את תופעת החרם מבעד לפריזמה של שימוש בכוח.

1. חרם כביטוי פוגעני במרחב הציבורי

בחלק זה של המאמר אנחנו מציעים לערוך אנלוגיה בין איסור החרם לבין שורה של עברות בחוק העונשין החולקות עם איסור החרם שני מאפיינים: האחד – ההתנהגות האסורה היא ביטוי (expression); והאחר – האיסור מתמקד בנוכחותו של הביטוי בספרה הציבורית, להבדיל מנוכחותו בהתייחסות-גומלין (אינטראקציה) בין-אישית. בהשראת אנלוגיה זו אנו טוענים כי היחס בין הקריאה לחרם לבין ההחרמה האישית אינו יחס של פריפריה לליבה, אלא החרם הציבורי והקריאה לו משתייכים למשפחה נפרדת מן האקטים הפרטיים, ועניינה של האסדרה המשפטית של חרם היא במופעים הציבוריים שלו. נוכחותו של החרם במרחב הציבורי היא קונסטטיטטיבית לחרם (כתופעה בעולם), ולכן גם לאיסור עליו (כתופעה משפטית). לתובנה זו יש השלכות על הניתוח החוקתי של חוק החרם ועל פרשנותו, כפי שיפורט להלן.

עברות של ביטוי במרחב הציבורי, כפי שנכנה אותן כאן, מהוות אתגר מתמיד למשפטנים פליליים.⁸⁹ הסיבה לכך היא שהתיאוריה המודרנית של המשפט הפלילי היא ליברלית בעיקרה, ולכן מתקשה להצדיק הפללה של ביטויים, להבדיל ממעשים, וכן להצדיק (או

88 לפיכך, נוסף על הביקורת שיש לנו על העותרים, יש לנו גם ביקורת על פסק-הדין שאישר את החוק, כמפורט בהמשך.

89 "Liberal theorists... have tended to struggle when it comes to the question of how far the law should go in the criminalization of behavior that is deemed to be offensive." Lindsey Farmer, *Disgust, Respect, and the Criminalization of Offence*, in *CRIME*,

אפילו להמשיג) עברות אשר אינן דורשות כתנאי להתהוותן נזק לפרט או אינן עוסקות באופן ישיר בהגנה על פרטים.⁹⁰ ובכל-זאת, שורה ארוכה של עברות פליליות העוסקות בנושאים מגוונים אוסרות ביטוי במרחב הציבורי⁹¹ מבלי לייחד מקום מרכזי לפגיעה הנחווית בעקבות הביטוי אצל קורבנות פרטניים, דוגמת זו הקיימת ברצח, בגנבה או באונס. ניתן לחלק באופן גס את העברות המשתייכות לקטגוריה זו לשתי תת-קטגוריות: קטגוריה אחת כוללת עברות שתכליתן הגנה על מוסדות השלטון או על היבטים מובהקים של החיים הציבוריים-הפוליטיים;⁹² וקטגוריה אחרת כוללת עברות אשר רואות אומנם לנגד עיניהן קורבנות פרטניים אולם מאתגרות במובנים חשובים את רעיון הנזק לפרט הניצב במרכזה של התיאוריה הליברלית של ההפלה. לקטגוריה הראשונה משתייכות עברות כגון המרדה,⁹³ זילות בית-המשפט,⁹⁴ איסורים הקשורים לתעמולת בחירות⁹⁵ ועוד. הקטגוריה השנייה כוללת עברות כגון ביטויי שנאה (hate speech),⁹⁶ הסתה לגזענות,⁹⁷ פגיעה ברגשי דת⁹⁸ ופרסום פורנוגרפיה.⁹⁹ בתיאוריה של הפלה (theory of criminalization), העוסקת בשאלת ההצדקות להטלת איסורים פליליים על התנהגויות מסוימות לעומת כאלה שאינן מופללות, העברות בקטגוריה השנייה נדונות תחת המונח offense, או בניסוח השגור מבית-מדרשו של ג'ואל

PUNISHMENT, AND RESPONSIBILITY : THE JURISPRUDENCE OF ANTONY DUFF 273, 274 (Rowan Cruft, Matthew H. Kramer & Mark R. Reiff eds., 2011)

- 90 "Offensive conduct does not readily fall within the scope of the harm principle—indeed it may be the very absence of harm to an identifiable individual that seems to mark out the area of offence to others as being subject to a different kind of principle". שם.
- עד כמה שזה נשמע מוזר, גם תחום שנמצא באזור קונסנזואלי יותר של הפלה – עברות שחיתות – הוא תחום שאין לו תיאוריה מקיפה במשפט הפלילי המודרני. חסר זה ניתן לייחס, לפחות בחלקו, להטיה הליברלית של התיאוריה של המשפט הפלילי, אשר מעמידה במקורה את הפרט ומתקשה להמשיג עברות המגינות על אינטרס ציבורי כללי שאי-אפשר לתרגמו למטבע של נזק לפרט או פגיעה בזכויות הפרט. לתיאור חסר זה ראו Nicola Lacey, *Punishment and the Liberal World*, 11 BULL. AUSTRAL. SOC'Y LEGAL PHIL. 70, 80 (1987).
- 91 אולם יש עברות האוסרות ביטויים שאינן מתמקדות במרחב הציבורי, ולכן אין חפיפה בין הקטגוריה המכונה "עברות ביטוי" לבין העברות שאנו עוסקים בהן כאן. כך, למשל, עברת האימים, הקבועה בס' 192 לחוק העונשין, אוסרת גם היא ביטוי, אך אינה מחייבת את קיומו של הביטוי במרחב הציבורי.
- 92 קיימות כמובן עברות העוסקות בהגנה על אינטרסים ציבוריים שעניינם אינו ביטוי במרחב הציבורי, כגון עברת השוחד.
- 93 ס' 133-138 לחוק העונשין.
- 94 ס' 255 לחוק העונשין.
- 95 ראו, למשל, ס' 5 לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959.
- 96 כינוי מקובל נוסף ל-hate speech הוא fighting words – ביטוי שתורגם בעברית ל"דברי מצה" או ל"דברי עימות". לשימוש בביטויים אלה ראו דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 23 (2011).
- 97 ס' 144 לחוק העונשין.
- 98 ס' 173 לחוק העונשין.
- 99 ס' 214-214 לחוק העונשין.

פיינברג (Feinberg) – the offense principle¹⁰⁰, שמשמעו בהקשר זה אינו "עברה", אלא עלבון או פגיעה. להלן נתייחס לעברות בקטגוריה זו כאל "עברות פגיעה"¹⁰¹. הבסיס לאנלוגיה בין חוק החרם לבין עברות פליליות של ביטוי במרחב הציבורי הוא שבדומה לעברות של המרדה, זילות בית-המשפט ותעמולת בחירות (מהקטגוריה הראשונה), ובדומה לעברות של הסתה לגזענות ופגיעה ברגשי דת (מהקטגוריה השנייה), גם חוק החרם אוסר ביטוי במרחב הציבורי – פרסום פומבי של קריאה להטלת חרם.¹⁰² מכיוון שההתנהגות המוגדרת כאסורה בחוק היא ביטוי, השיח המרכזי בבג"ץ אבנרי נוגע בחופש הביטוי, והוא בנוי במתכונת המוכרת של איזון חוקתי, המדגיש את הפגיעה בחופש הביטוי ואת ההכרח לספק לה צידוק ראוי שבלעדיו אי-אפשר להכשירה.¹⁰³ שיח חוקתי בנוגע לחופש הביטוי קיים בספרות ובפסיקה גם לגבי העברות הפליליות הנזכרות לעיל, אולם בתיאוריה של המשפט הפלילי קיימת גם צורת ניתוח אחרת, שמוקדה אינו מציאת האיזון הנכון בין חופש הביטוי לבין ערכים מתחרים, אלא ניסוח הערכים המתחרים עצמם כחלק מבידור של שאלה שהיא מרכזית בתיאוריה של הפללה, ואשר נשאלת לגבי כל עברה פלילית באשר היא, גם אם היא אינה פוגעת בחופש הביטוי: כיצד יש להבין את הגיונה של העברה (תיאוריה דסקריפטיבית של הפללה), והאם היגיון זה מהווה טעם מספיק להפללה (תיאוריה נורמטיבית של הפללה)? דיון זה המתקיים במשפט הפלילי הוא שימושי לדיון בחוק החרם, ולכן נביא אותו כאן.

(א) עברות ביטוי במרחב הציבורי לאור עקרון הנזק ועקרון הפגיעה (*esneffo*) במשפט הפלילי

נקודת המוצא לדיון בשאלות של הפללה במשפט האנגלו-אמריקני הוא עקרון הנזק שניסח ג'ון סטיוארט מיל בסוף המאה התשע-עשרה, ולפיו:

"[T]he only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others."¹⁰⁴

100 האמור רלוונטי לדיון האנגלו-אמריקני בהפללה. במשפט האירופי קיימים ניסוחים אחרים. כך, למשל, בדין הגרמני הדיון בעברות מסוג זה נעשה תחת רעיון-גג של *social harm* או *common good*. ראו Tatjana Hörnle, *Legal Regulation of Offence, in* INCIVILITIES: REGULATING *OFFENSIVE BEHAVIOUR* 133 (Andrew von Hirsch & A.P. Simester eds., 2006).

101 יש לציין כי קיימות עברות שנדונות תחת הקטגוריה של פגיעה שאינן עוסקות בביטויים, כגון סרסרות לזנות. אולם גם עברות פגיעה שבהן ההתנהגות האסורה אינה ביטוי פראקסלנס נתפסות כאסורות בגלל האקספרסיביות של ההתנהגות והמשמעות שמוחסת לה על-ידי הנחשפים לה, להבדיל מנזק שנגרם ממנה באופן ישיר. כך, למשל, הזנות נתפסה במשך שנים רבות – תחת הקטגוריה של פגיעה – כמהווה מטרד לציבור, במובן זה שעצם נוכחותם של מופעי זנות במרחב הציבורי עלולה לעורר אי-נוחות, דחייה או גועל אצל בני-אדם הנחשפים אליהם.

102 ס' 2 לחוק החרם: "המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל..."
103 ראו את הטקסט ליד ה"ש 75-86 לעיל, המציג את הדיון שנערך בבג"ץ אבנרי באשר לחופש הביטוי.

104 JOHN STUART MILL, *ON LIBERTY* 21–22 (Oxford University Press 2008) (1859)

אותו "נזק לאחרים" פורש בתיאוריה הליברלית של ההפללה כמתייחס בעיקר לפרטים, ומתוך תפיסה זו עברות פליליות העוסקות בהגנה על אינטרסים ציבוריים קיבוציים – כאלה שאי־אפשר לתרגם למונחים של נזק לפרט או פגיעה בזכויותיו – מצויות בעמדת נחיתות. בוודאי כך הדבר לגבי חלק מהעברות שצוינו לעיל ואשר עניינן הגנה על "השלטון כשלטון" או על כבודו של השלטון או כבודם של מוסדות שלטון מסוימים, כגון עברת ההמרדה, האוסרת את ביזויה של המדינה, או העברה של זילות בית־המשפט, העוסקת בהגנה על כבודם של בתי־המשפט או כבודם של שופטים.¹⁰⁵ אכן, חלק משמעותי מעברות אלה, כגון המרדה או זילות בית־המשפט, מצויות בתהליך הדרגתי של אוכדן הלגיטימציה שלהן, המוביל לביטולן להלכה או למעשה בישראל ובעולם.¹⁰⁶ לגבי עברות אלה נטען כי הן מהוות שיירים של משטרים פוליטיים ומשפטיים טרום־מודרניים, טרום־ליברליים או קולוניאליסטיים, וכי אי־אפשר עוד להצדיקן במשטרים דמוקרטיים עכשוויים.¹⁰⁷ אולם תהיה זו טעות לראות בכל עברות הביטוי שתוארו לעיל מקשה אחת, וטעות חמורה לא פחות לנבא עמדות של תמיכה בהן או התנגדות להן על־פי חלוקה פשוטה בין ליברלים לשמרנים. בעיקר הקטגוריה השנייה – של עברות פגיעה – מעוררת מחלוקות בתוך המחנה הליברלי עצמו, והדיון סביב הפללתן עשוי להאיר באור חדש את איסור החרם.

עברות פגיעה מעוררות קושי מבחינת התיאוריה הליברלית של ההפללה, משום שליברלים רבים תומכים בהפללתן אף שהן אינן תואמות את עקרון הנזק של מיל, אשר גורס, כאמור, כי המטרה היחידה שלשמה מותר למדינה להפעיל את כוח ההפללה שלה הוא מניעת נזק לאחרים. כמובן, העובדה שהתנהגות מסוימת גורמת נזק אינה מהווה טעם מספיק להפללתה, ועשויים להתקיים מצבים שונים שבהם ההפללה תהיה בלתי־ראויה חרף קיומו של נזק.¹⁰⁸ אולם קיומו של נזק, על־פי מיל, הוא תנאי־סף, דהיינו תנאי הכרחי, גם אם לא תנאי מספיק. מכלל ההן של "נזק לאחרים" משתמע כלל הלאו, שלפיו בהעדר נזק אין הצדקה להפללה. מכיוון שהנוסח של מיל מדבר על "נזק לאחרים", אמירה זו נחשבת במסורת האנגלו־אמריקנית כשוללת א־פריורית שני סוגים של הפללה שבהם לא מתקיים "נזק לאחרים": הפללה פטרנליסטית, כלומר, הפללה של התנהגויות שגורמות אומנם נזק אך רק לעושה עצמו, ולא "לאחרים", ולכן הפללתם – לרוב בהסתמך על הטעוץ כי הדבר דרוש כדי להגן על העושה מפני עצמו – מהווה אקט של פטרנליזם מצד המדינה, ואינה מוצדקת; והפללה מוסרנית (criminalizing morality), כלומר, הפללה של התנהגויות אשר

105 זאת, להבדיל מעברות האוסרות התנהגויות המחבלות בתקינותו של הליך השיפוט, כגון עדות־שקר או שיבוש הליכי משפט.

106 לתיאור אוכדן הלגיטימציה של העמדה לדין בגין המרדה בדין האנגלי ובמדינות המשפט המקובל ראו ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 162–63 (2nd ed. 2005). לביקורת על עברות האוסרות ביטוי נגד מוסדות השלטון (רוגמת המרדה או סובוידיצה) בדין הישראלי ראו ראם שגב ומרדכי קרמניצר חופש הביטוי נגד רשויות המדינה – הצעה לביטול האיסורים על ביטויים הפוגעים במעמדם של שופטים ועובדי ציבור (2001).

107 לביקורת ברוח זו ראו שגב וקרמניצר, שם.

108 כך, למשל, עמדתו המפורסמת של פיינברג היא כי נזק כשלעצמו, כמונה נורמטיבי, מחייב גם פגיעה בזכות ("wrongful setback to interests"). ראו JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW – VOLUME 1: HARM TO OTHERS 36 (1984).

נתפסות בחברה כלא-מוסריות או כלא-אסתטיות אך אין בהן נזק לאחרים ולכן לא ראוי להפליילן על-פי השקפת העולם הליברלית. דוגמה אופיינית לאיסור פטרנליסטי היא החובה לחגור חגורת-בטיחות. דוגמה אופיינית לאיסור מוסרני היא האיסור הפלילי של מגע מיני הומוסקסואלי בהסכמה.¹⁰⁹ עברות-הליבה של המשפט הפלילי – רצח, שוד, גנבה, תקיפה ואונס – הן עברות הנתפסות כתואמות את עקרון הנזק, אם כי יש החולקים על נכונותו או מועילותו של המונח "נזק" בהקשר זה, ומבכרים את הדיבור על עוול (wrong) או פגיעה בזכות (violation of right).¹¹⁰ כך או כך, יש הסכמה בקרב משפטנים ליברלים כי הפללה פטרנליסטית והפללה מוסרנית – כלומר, הפללת מעשים שאין בהם נזק ואין בהם עוול – אינן ראויות. הקטגוריה של עברות פגיעה, שאליה אנו מגיעים כעת, מעוררת מחלוקת עזה. המחלוקת, כפי שנראה מייד, נוגעת לא רק בשאלה העקרונית והמופשטת אם ראוי או לא-ראוי להפלייל התנהגויות שאין בהן נזק ואין בהן פגיעה בזכויות אך יש בהן פגיעה באחרים – offense to others, כפי שניסח זאת פיינברג בעבודתו המונומנטלית על הפללה.¹¹¹ המחלוקת נוגעת גם בשאלה הקונקרטית יותר כיצד יש להבין את ההיגיון העומד בבסיסן של העברות השונות בקטגוריה זו, כגון פורנוגרפיה, הסתה לגזענות ועוד. הדיון בעברות אלה אינו מתמצה לפיכך בדיון "מלמעלה למטה", המחיל על העברות הללו את המונחים המופשטים של נזק או פגיעה ומסיק מכך מסקנות לעניין הפללתן, אלא מתקיים גם דיון "מלמטה למעלה", שבו עברות אלה משמשות מקרה-בווחן לכירור השאלה מהו נזק ומהי פגיעה, וכיצד יש להבין מונחים אלה בהקשרים שונים. מייד ניגש לרדן בתוכנו של עקרון הפגיעה כפי שנוסח על-ידי פיינברג וביקורות שהושמעו עליו, אולם לפני כן חשוב להבין כי לגבי חלק מן העברות קיימת מחלוקת בשאלה אם דרוש בכלל עקרון הפללה נפרד כדי להצדיקן או שמא יש לראותן בכל-זאת כעוסקות במניעת נזק ולכן כמוצדקות על-ידי עקרון הנזק. שתי עברות כאלה הן הסתה לגזענות ואיסורי פורנוגרפיה. הדיון בהן רלוונטי במיוחד לאיסור החרם, שכן איסור זה – כפי שנראה בהמשך – פורש כבג"ץ אבנרי במונחים של מניעת נזק, ואילו אנו נטען כי פרשנות זו של האיסור, כמו ביחס לפורנוגרפיה ולביטויי שנאה, היא רק פרשנות אפשרית אחת.

השאלה בדבר הגיון ההפללה של הסתה לגזענות או ביטויי שנאה ובדבר הגיון ההפללה של פרסומים פורנוגרפיים נתונה במחלוקת בין משפטנים פליליים. במקרה של הפללת פורנוגרפיה הוויכוח מתחיל באזור המוכר של ההבחנה בין משפט למוסר, עם הטענה

109 עברה שכונתה במשפט הישראלי "מין שלא בדרך הטבע", ואשר כללה גם איסור מין בין בני-אדם לבעלי-חיים. העברה בוטלה בשנות השמונים.

110 הטענה המקובלת בהקשר זה היא שעברות כגון אונס, תקיפה או הסגת גבול (להבריל מרצח או מהצתה) אינן גורמות נזק של ממש, שכן תיתכן תקיפה או אפילו אינוס ללא נזק לקורבן (למשל, אינוסה של אישה מחוסרת הכרה). מכיוון שמובחן שהתנהגויות אלה פליליות – וצריכות להיות פליליות – אף בהעדרו של נזק מוחשי, המסקנה המתבקשת היא שהמשפט הפלילי אינו עוסק בגרימת נזק, אלא בגרימת עוול, שמהותו פגיעה באוטונומיה של בני-אדם. לעמדה זו ראו Hörnle, לעיל ה"ש 100, וראו גם Alan Brudner, *Agency and Welfare in the Penal Law*, in *THE UNITY OF THE COMMON LAW: STUDIES IN HEGELIAN JURISPRUDENCE* 211 (1995).
111 JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW – VOLUMES 1-4* (1984-1990)

הליברלית הרווחת שהפללה של פורנוגרפיה היא לא יותר מאשר הפללה מוסרנית,¹¹² שכן אין בה נזק. לטענה זו יש תימוכין מסוימים בהיסטוריה של איסורי פורנוגרפיה, אשר בשמם הקודם נקראו איסורי "תועבה" (obscurity)¹¹³ – כינוי המרמז על תפיסה מוסרנית של האיסור, הנכונה לגייס את חוק המדינה כדי לשלול התנהגויות מגונות, גם אם הן אינן גורמות נזק שניתן לזהותו. אולם החל בשנות השמונים החלו פמיניסטיות לתמוך בהפללה של פורנוגרפיה מטעמים שהוצגו כנוגעים בנזק, ולא במוסר. ראשית, נשמעה הטענה כי פורנוגרפיה גורמת נזק לאנשים (בעיקר לנשים) המועסקים בתעשיית הפורנוגרפיה.¹¹⁴ שנית, הועלתה הטענה כי פורנוגרפיה עלולה להזיק לנשים בכלל, משום שהיא מגבירה את הסכנה לאלימות מינית בחברה.¹¹⁵ על-פי תפיסה זו, פורנוגרפיה צריכה להיות אסורה כעברה של remote harm, בדומה לעברה של הסתה לאלימות. קו טיעון דומה הושמע גם לגבי הסתה לגזענות. להבדיל מאיסורי פורנוגרפיה, העברה של הסתה לגזענות חשופה פחות לביקורת של הפללה מוסרנית. אולם בדומה לאיסורי פורנוגרפיה, קיים קושי לנסח את הגיון ההפללה של ההסתה לגזענות, וקיים ויכוח ער לגבי הלגיטימציה שלה, גם אם מוסכם שאין מדובר במקרה של הפללה מוסרנית. אחד הכיוונים של תומכי ההפללה הוא להסתמך על טיעונים של נזק, ולטעון כי הרציונל לאיסור טמון בפוטנציאל של התבטאויות גזעניות להוביל למהומות אלימות או לגילויי אלימות אחרים.¹¹⁶ על-פי פרשנות זו, העברה של הסתה לגזענות היא וריאציה על העברה של הסתה לאלימות,

- 112 כפי שפיינברג מראה, בשנות השבעים הובעה רוב ההתנגדות לפורנוגרפיה על-ידי מורליסטים ושמרנים. JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW – VOLUME 2: OFFENSE TO OTHERS* (להלן: FEINBERG, *OFFENSE TO OTHERS* 143 (1985)).
- 113 זהו עדיין הכינוי בחוק העונשין שלנו. ראו לימור עציוני "מפטרנליזם מוסרי לניהול סיכונים: על גישה ראויה יותר להתמודדות עם פורנוגרפיה במשפט הפלילי הישראלי" *מחקרי משפט* ל 837 (2016).
- 114 ראו, לדוגמה, CATHARINE A. MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW* (1987); CATHARINE A. MACKINNON, *ONLY WORDS* 37 (1993).
- 115 Caroline West, *The Free Speech Argument Against Pornography*, 33 *CAN. J. PHIL.* 391 (2003); *Pornography and Censorship*, *THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY* (Edward N. Zalta ed., Fall ed. 2005), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2005/entries/pornography-censorship>.
- 116 ראו Hörnle, לעיל ה"ש 100, בעמ' 135. הרלי רוז מראה כי בארצות-הברית, שבה מוענקת חשיבות ויצאת-דופן לחופש הביטוי, ההצדקה האפשרית היחידה להטלת איסורים על ביטוי שנאה היא הוכחת סכנה קרובה ומיידית לנקיטת אלימות או לגרימת נזק פיזי: "In early free expression jurisprudence in the United States, requirement of an imminent threat of physical harm was identified as the threshold for restricting speech." Hadley Rose, *Speak No Evil, Hear No Evil, Do No Evil: How Rationales for the Criminalization of Hate Speech Apply in Transitional Contexts*, 22 *WILLAMETTE J. INT'L. L. DISP. RESOL.* 313, 318 (2015).

ושתייהן אוסרות התנהגות בשל הפוטנציאל שלה להוביל להתנהגות אסורה אחרת (אלימות) החוסה באופן מוסקמי תחת עקרון הנזק.¹¹⁷

בד בבד עם הנסיונות להצדיק איסורי פורנוגרפיה ואיסורי גזענות על בסיס טיעוני נזק, הודגשה בספרות ובפסיקה גם מוגבלותם.¹¹⁸ בהקשר של פורנוגרפיה, למשל, נטען כי לא הוכח קשר של ממש בין פרסומים פורנוגרפיים לבין עלייה ברמת האלימות המינית בחברה,¹¹⁹ ולפיכך מניעת אלימות אינה יכולה לשמש הצדקה להפללת פורנוגרפיה. מעבר לשאלת התמיכה או אי-התמיכה בהפללה, נטען כי נימוקי נזק אינם לוכדים באופן מספק את ייחודם של האיסורים הללו,¹²⁰ בוודאי אם הנזק המדומיין הוא נזק מוחשי בדמות אלימות פיזית. בהקשר של הסתה לגזענות ניתן לתהות אם מניעת אלימות פיזית היא אכן המטרה היחידה או אפילו העיקרית של האיסור, ומדוע הוגדרה הסתה לגזענות כעברה עצמאית אם כל תפקידה הוא לשמש תת-קטגוריה של הסתה לאלימות.¹²¹ לפיכך, אם אכן קיים פסול בפורנוגרפיה או בביטויי גזענות המצדיק את הפללתם, אין זה נזק מוחשי בדמות אלימות, אלא משהו אחר. חוסר הנחת מנימוקי נזק בעברות אלה ובעברות נוספות הוביל לפיתוחו של דיון חלופי, אשר מציב תחת המונח "נזק" את המונח "פגיעה" ומנסה לנסח את הגיון ההפללה של עברות אלה במונחים של "פגיעה באחרים" (offense to others), להבדיל מ"נזק לאחרים" (harm to others).¹²²

דיון זה לרוונטי לחוק החרם. ההנחה המרכזית של שופטי בג"ץ אבנרי הייתה כי מכיוון שאיסור הקריאה לחרם פוגע בחופש הביטוי, הדרך היחידה להכשירו היא להראות שהוא נועד למנוע נזק לבני-אדם, ולדרוש הוכחת נזק כזה כתנאי לקיומה של עילת תביעה בגין הפרת האיסור. המחלוקת בין שופטי המותב התמקדה אפוא בשאלה אם ראוי לאסור את חופש הביטוי כדי למנוע את נזקי החרם, וגם שופטים שתמכו באיסור והכשירו את חוקתיותו עשו זאת על בסיס נימוקי נזק. אולם מרכזיותו של שיח חופש הביטוי העלימה מעיני

117 כך, למשל, הקוד הפלילי בהולנד אוסר ביטויי שנאה רק כאשר גלום בהם סיכון להסתה לאלימות. ראו Rose, שם, בעמ' 319.

118 ברנרד הרקורט, למשל, ביקר את השימוש הבלתי-מוכחן במונח "נזק" כדי להצדיק הפללה של התנהגויות שבעבר נתפסו כלא-מוסריות ותו לא. ראו Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109 (1999).

119 ראו Edward N. Zalta, *Freedom of Speech*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., May 1, 2017), <https://plato.stanford.edu/entries/freedom-speech/>: "If those arguing that pornography causes harm are right, we should expect to see a large increase in physical abuse against women and a hefty decrease in their civil rights, employment in the professions, and positions in higher education. The evidence does not seem to show this and social conditions for women today are better than 30 years ago when pornography was less prevalent"

120 ראו Harcourt, לעיל ה"ש 118.

121 לביקורת ברוח זו ראו Rose, לעיל ה"ש 116, בעמ' 319-320.

122 לטיעון ביקורתי בדבר עקרון הפגיעה, ולטענה כי עקרון הפגיעה מוכל למעשה בעקרון הנזק ואינו מהווה קטגוריה נפרדת, ראו Thomas Søbirk Petersen, *No Offense! On the Offense*, *Principle and Some New Challenges*, 10 CRIM. L. & PHIL. 355 (2016).

השופטים אפשרויות פרשניות נוספות להבנת איסור החרם, שאינן ממוקדות-נזק. השאלה אם פרשניות אלה מצדיקות פגיעה בחופש הביטוי היא רלוונטית, כמובן, אולם לטענתנו יש להפוך את הסדר ולהשיב עליה רק לאחר שנבהיר לעצמנו אפשרויות נוספות להבנת איסור החרם ונבאר את הגיונו.

בעבודתו החשובה על הפללה וגבולות המשפט הפלילי טבע פיינברג את "עקרון הפגיעה", שאותו הציע כהצדקה עצמאית להפללה לצד עקרון הנזק. טענתו הידועה בהקשר זה היא כי יש התנהגויות שראוי להפילין גם אם הן אינן גורמות נזק, ובלבד שהן גורמות עלבון/פגיעה חמורים (serious offense) לאחרים.¹²³ פיינברג הגדיר "פגיעה" כקשת של מצבים מנטליים (disliked mental states) הנעה בין גועל, דחייה, עלבון, רוגז, בושה, מבוכה וחרדה, וטען כי במקרים מסוימים התנהגות אשר אינה גורמת נזק אך מובילה לאחד מהתוצאים המנטליים הללו ראויה להפללה. הדוגמאות שפיינברג דן בהן בהקשר זה הן עברות של זנות,¹²⁴ התערטלות פומבית, מעשים מיניים בהסכמה בפרהסיה, פורנוגרפיה וביטויי שנאה.¹²⁵ ההנחה בבסיס עמדתו של פיינברג היא כי בני-האדם הקשורים באופן מיידי לפרקטיקות החברתיות הללו (למשל, הנשים העובדות בזנות או בפורנוגרפיה) אינם מושאי ההגנה של הפללתן, אלא בני-האדם במרחב הציבורי הנחשפים לאותן פרקטיקות. הנחה נוספת היא שראוי להגדיר עקרון הפללה נפרד, שלא יתבסס על המונח "נזק", כדי לדון בלגיטימציה של עברות אלה. להבדיל מנזק, המצבים המנטליים של עלבון, גועל או דחייה אינם ארוכי-טווח או קבועים לרוב, אולם לעיתים יהיה בהופעתם הרגעית או קצרת-הטווח כדי להצדיק את הפללת ההתנהגות שהובילה אליהם.¹²⁶ נוסף על כך, בניגוד לעברות החוסות באופן סטנדרטי תחת עקרון הנזק, כגון רצח או גנבה, ההתנהגויות שקטגוריית הפגיעה מטפלת בהן אינן מובילות באופן טיפוסי לפגיעה אחידה ואובייקטיבית, בדמות פגיעה בשלמות הגוף או הקניין, אלא לפגיעה שהיא תלוית-חוויה: חלק מבני-האדם עשויים לחוות את ההתנהגות כפוגענית, ואילו אחרים יהיו אדישים אליה.¹²⁷ לנוכח מאפיינים אלה הציע פיינברג מודל לשקילת ההפללה של עברות פגיעה הבנוי במתכונת של מאזן נוחות, בהשראת דיני המטרדים. מכיוון שברוב עברות הפגיעה יש מרכיב של ביטוי, עיקרו של המודל הוא איזון אינטרסים

123 "It is always a good reason in support of a proposed criminal prohibition that it would probably be an effective way of preventing serious offense (as opposed to injury or harm) to persons other than the actor, and that it is probably a necessary means to that end." ראו FEINBERG, OFFENSE TO OTHERS, לעיל ה"ש 112, בעמ' 1.

124 הדיון המתפתח כיום באשר לנזק שהזנות מסיבה לעובדות בתעשיית שירותי המין, ובאשר לשאלה אם יש לראות בזנות פגיעה באוטונומיה המינית של הזונות, לא התקיים בשעתו. השאלה שעמדה על הפרק, ואשר במסגרתה נדונה הזנות תחת הקטגוריה של פגיעה, היא הפגיעה שהזנות מסיבה לאלה הנחשפים אליה במרחב הציבורי, והיא נתפסה כסוג של מטרד.

125 FEINBERG, OFFENSE TO OTHERS, לעיל ה"ש 112.

126 ראו Hörnle, לעיל ה"ש 100, בעמ' 137.

127 למימד הסובייקטיבי של פגיעה, להבדיל מנזק, ראו Andrew von Hirsch & A.P. Simester, *Penalising Offensive Behaviour: Constitutive and Mediating Principles*, in INCIVILITIES: REGULATING OFFENSIVE BEHAVIOUR 115, 119 (Andrew von Hirsch & A.P. Simester eds., 2006).

בין פוגעים פוטנציאליים לנפגעים פוטנציאליים, שבמסגרתו יובאו בחשבון ערכו החברתי של הביטוי; מניעי הדובר; מספר האנשים הצפויים להיפגע ועוצמת הפגיעה הצפויה; עד כמה ההיחשפות לביטוי מצויה בשליטתם של הנפגעים הפוטנציאליים; וכן אינטרסים כלליים של הקהילה.¹²⁸ על-פי תפיסה זו, קיים טעם טוב להפלת פורנוגרפיה וביטויי שנאה, גם אם אין כל הוכחה שהתנהגויות אלה מובילות לאלומות פיזית או לנזקים אחרים, וזאת בשל הפגיעה המנטלית – העלבון, תחושת הדחייה או הגועל – שבני-אדם הנחשפים לפרסומי פורנוגרפיה או לביטויי שנאה עלולים לחוות.¹²⁹

פיינברג הגדיר את עבודתו כפרשנות והרחבה של עקרון הנזק של מיל, אולם עקרון הפגיעה שהציע לא התקבל במידה שווה של אהדה על-ידי כל מי שמגדירים את עצמם ליברלים. עיקר הביקורת התמצתה בטענה כי אם אכן יש להבין את עברות הפגיעה כעוסקות בתחושות של סלידה, עלבון או אי-נחת, אזי יש לראות בהפלתן מקרה של הפללה מוסרנית ותו לא. תיאוריית הפגיעה של פיינברג אומנם אינה מבוססת על שיפוט ערכי עצמאי של ההתנהגויות האמורות על-ידי מערכת המשפט, אלא מתיימרת לשקף מוסכמות מוסריות רווחות בחברה, משל היו "עובדה" שהמשפט רק מכיר בה; אולם נטען כי לא מתפקידה של המדינה לעסוק אף בזה, וכי הפללת התנהגויות הסוטות ממוסכמות מוסריות רווחות כרוכה בהכרח במתן תוקף לתפיסות מוסר מסוימות ובהעדפתן על אחרות, באופן הסוטה ממחויבותה של המדינה לניטרליות ערכית בין תפיסות שונות של טוב.¹³⁰

טיעון זה הוביל חלק מהליברלים לדחיית המודל הפיינברגיאני של הפללת פגיעה, אולם דחייתו של מודל זה לא הנביעה בהכרח מסקנה השוללת הפללה. חלק מן הכותבים פסעו בנתיב שונה, שעיקרו ניסיון לבסס הצדקה אחרת לקטגוריית הפגיעה, המבוססת על ארגומנטציה שונה. אותם כותבים שותפים לדחיית עקרון הנזק כמסביר/מצדיק עברות המשתייכות לקטגוריה זו, אך דוחים את התיאוריה הפיינברגיאנית המבינה את המונח פגיעה/עלבון כעוסק בחוויה או בפגיעה ברגשות. תחת זאת הם מציעים לבסס את ההפללה של עברות הפגיעה על ערך כבוד האדם.¹³¹ לדידם, הפללתן של חלק מעברות הפגיעה מוצדקת לא משום שמניעת פגיעה ברגשות היא יעד ראוי של המשפט הפלילי (ולטענתם, כאמור, היא אינה יעד כזה), ואף לא משום שראוי לתת תוקף משפטי לעמדות מוסריות של סלידה, אלא משום שחלק מההתנהגויות שבהן מדובר – למשל, ביטויי שנאה – מהוות

128 Feinberg, *Offense to Others*, לעיל ה"ש 112, בפרק השמיני לספרו.

129 שם, בפרק השביעי לספרו.

130 Hörnle, לעיל ה"ש 100, בעמ' 140. ראו גם A.P. Simester & Andrew von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation* 91–97, 100 (2011).

131 ראו, למשל, מרדכי קרמיצר "פרשת אלבה: ביורור הלכות הסתה לגזענות" משפטים ל 105, 109.

(1999). כן ראו A.P. Simester & Andrew von Hirsch, *Rethinking the Offense Principle*,

8 *LEGAL THEORY* 269 (2002). לטענתם, הפסול בהתנהגויות הכלולות בקטגוריה של פגיעה

הוא שיש בהן "lack of respect and consideration" (שם, בעמ' 294). ביסוס ההצדקה של

עברות שנאה על נימוק של כבוד האדם נפוץ מאוד אף באירופה. ראו Rose, לעיל ה"ש 116.

להרחבה על כבוד האדם כערך מוגן במשפט הפלילי ראו Miriam Gur-Arye & Thomas

Weigend, *Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity*

and Liberty: German and Israeli Perspectives, 44 *ISR. L. REV.* 63 (2011).

פגיעה בכבוד האדם של הקורבנות מנקודת-מבט אובייקטיבית של המערכת המשפטית.¹³² זאת, אף אם לא הייתה פגיעה כזו בפועל (או לא הוכחה פגיעה כזו), ואף ללא תלות במספר הנפגעים הצפוי.¹³³

בחירתו של איסור החרם לאור הניתוח לעיל מעלה על הדעת אפשרות – שנעלמה מעיני השופטים בבג"ץ אבנרי – להבין את האיסור לא כעוסק במניעת נזק קונקרטי שצפוי להיגרם לנמעני החרם, אלא כמיועד למנוע פגיעה ברגשותיהם או בכבודם. על-פי תפיסה זו, את תופעת החרם אין הכרח להבין כנוגעת בנזקים קונקרטיים, וכפועל יוצא מכך אין הכרח להבין את הרציונל לאיסור החרם כנוגע במניעת נזק. עיקרו של החרם הוא בהימנעות מקשר. מובן שהימנעות מקשר עלולה להוביל לנזק בדמות ביטול עסקאות או הימנעות מהן, אולם יש לחשוב על הימנעות מקשר במונחים החורגים מנזק קונקרטי. יש בהימנעות זו, ובעיקר בקריאה המופנית לאחרים לחבור להימנעות זו, משום הרחקה, הוצאה אל מחוץ למחנה ונידוי.¹³⁴ מכאן שעצם הידיעה כי קריאה לחרם ממוענת כלפי אדם, ועצם ההיחשפות אליה, עלולות ליצור תחושת פגיעה. זאת, גם אם החרם לא התמש בפועל או אם אי-אפשר להוכיח כי נזק כלכלי שהתרחש – למשל, ירידה בהיקף המכירות – קשור אליו בקשר סיבתי. על-פי תפיסה זו, הקריאה לחרם חשובה לא פחות מן החרם עצמו, וניתוח בהשראת עברות הפגיעה במשפט הפלילי יכול להסביר מדוע החוק מתמקד בקריאה לחרם. הקריאה חשובה שכן הפגיעה נובעת מעצם הביטוי, ולא ממימוש החרם ותוצאותיו.

בנקודה זו ברצוננו להסביר כיצד הדיכוטומיה שבין חרם לבין קריאה לחרם משתלבת בטיעון בדבר ליבה ופריפריה. למרות חשיבותה של הקריאה לחרם, יש להבהיר כי היא יונקת את אופייה השלילי – את הפסול שבה – מן החרם עצמו. לכן, במסגרת היחסים שבין חרם לבין קריאה לחרם, החרם הוא ליבת האיסור והקריאה לחרם היא הפריפריה. כאמור לעיל, קריאה לחרם היא ביטוי פוגעני, אולם הצביון הפוגעני שלה נובע ממושא הקריאה – חרם. על-מנת להבין נקודה זו, חשבו על קריאה להענקת פרס: אף שזו "קריאה", היא אינה טעונה כל מטען שלילי (ואפילו להפך), משום שבהענקת פרס אין פסול.¹³⁵ לפיכך הפסול בקריאה

132 לביקורת על גישה זו ראו Hörmle, לעיל ה"ש 100, בעמ' 142.

133 הורנלה, למשל, ביקרה את טיעון הפגיעה ברגשות ואת התמקדותו בפגיעה הצפויה בפועל, בין היתר בשל כך שטיעון זה מתקשה להסביר – וממילא גם להצדיק – הפללה של התנהגויות הפוגעות במיעוטים. זאת, משום שמספרם המועט (באופן יחסי) של הנפגעים היה אמור לכאורה לשלול הפללה, בשל היותו משקל-נגד נמוך מדי לפגיעה בחופש הביטוי. אולם לדבריה, התומכים בהפללה אינם תולים באמת את תמיכתם במספר כזה או אחר של נפגעים, אלא בעצם הפגיעה הצפויה בהם, גם אם הם מעטים. Hörmle, לעיל ה"ש 100, בעמ' 138.

134 הביטויים "נידוי" ו"אל מחוץ למחנה" מופיעים בחוות-דעתו של השופט עמית (בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' 12 לפסק-דינו), אולם הוא סבור כי בהעדר נזק אין לאפשר תביעה.

135 בעניין זה ניתן להשוות להלכות מתחום לשון הרע. כך, אמירה שלפיה אדם פלסטיני משתף פעולה עם השלטונות הישראליים יכולה אולי להיתפס בקרב הציבור היהודי כקריאה למתן פרס, אך יכולה בהחלט להוות מקור ללשון הרע בקרב הציבור הפלסטיני, כפי שאכן נפסק בע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 734 (1986) (זאת, הגם שבאותו מקרה נקבע, לגופו של עניין, כי אין לראות את האמירה מושא הערעור כמקיימת את יסודותיה של עוולת לשון הרע, בשל קיצוניות עמדותיה של קבוצת ההתייחסות המצומצמת). לפיכך גם פרסום בדבר

לחרם נובע מן הפסול הטמון בחרם עצמו. עם זאת, ואף שקריאה לחרם היא פריפריאלית לחרם עצמו, יש להבהיר כי האיסור המשפטי של קריאה לחרם עומד על רגליו-הוא, ואינו מהווה "עוללת סיכון" במונחה המקובל. זאת, משום שהפסול שבקריאה לחרם אינו מותנה במימוש החרם עצמו או אפילו בסיכוייו. קשבו, למשל, על חרם בבית-ספר. גם אם הילד החלש ביותר בכיתה קורא לחרם על הילד החזק ביותר בכיתה, הקריאה לחרם מכתימה את השיח גם אם אין סיכוי כלשהו שהקריאה תשיג את התוצאה והחרם יתממש. עם זאת, אין להסיק מכך שלאקט החרם עצמו אין משמעות במישור השיח. לכל חרם יש רכיב של ביטוי שהינו חלק בלתי-נפרד ממנו, וככזה טמונה בו פוגעניות, ועל-כן הוא צריך להיות מוסדר על-ידי המחוקק. זאת ועוד, טענתנו היא כי חרם, כתופעה קיבוצית, זקוק לתיאום, וקריאה לחרם היא מינימום התיאום הנדרש להשגתו. משמע, אם מוטל חרם, הייתה גם קריאה לחרם, ולכן החרם מהווה "קריאה פלוס", שהיא יותר מהקריאה עצמה.

(ב) עברות ביטוי במרחב הציבורי והגנה על אינטרסים ציבוריים

אם נחזור לשאלה שעימה פתחנו – הבנה של איסור הקריאה לחרם, להבדיל מאיסור החרם – התובנה שפותחה לעיל חסרה מרכיב חשוב, שכן החוק אינו מסתפק באיסור קריאה לחרם, אלא דורש שהקריאה תהיה פומבית ("המפרסם בידועין קריאה פומבית להטלת חרם..."). אם כל עניינו של חוק החרם הוא מניעת פגיעה בנמעני החרם, מדוע יש לדרוש שהקריאה תהיה פומבית? במילים אחרות, מדוע הופעתה של הקריאה לחרם במרחב הציבורי, להבדיל מנוכחותה בהתייחסות-גומלין בין-אישית, היא יסוד מרכזי של איסור החרם?¹³⁶ יסוד הפומביות המופיע בחוק החרם משותף לרבות מעברות הפגיעה במשפט הפלילי, ובדיוק אותה שאלה – דהיינו, כיצד יש להסביר את מרכזיותו של יסוד זה, ואם אכן נכון להתעקש עליו – מלווה את חקר הקטגוריה של עברות פגיעה בתיאוריה של המשפט הפלילי.¹³⁷ דיון זה רלוונטי במיוחד לאיסור החרם. רבות מעברות הפגיעה כוללות דרישה שהביטוי האסור יופץ בפומבי.¹³⁸ כך, למשל, איסור ההסתה לגזענות דורש יסוד של

הענתק פרס עלול להיות פוגעני, כתלות בהקשר החברתי והתרבותי. מכיוון ששיתוף-פעולה עם שלטונות ישראל בקרב החברה הפלסטינית טעון במטען שלילי, גם האמירה על כך טעונה במטען שלילי ועשויה להוות לשון הרע.

136 נבקש להזכיר לקוראים כי רובינשטיין ביקש להסביר את ההבחנה בין הספרה הפרטית לבין הספרה הציבורית, וכן בין איסור הקריאה לחרם לבין איסור החרם עצמו, באמצעות הטעמים המעשיים והטעמים המהותיים שעליהם עמדנו לעיל ליד ה"ש 76-86. טענת המאמר היא, כאמור, כי הסבר זה לוקה בחסר.

137 כך, למשל, Farmer, לעיל ה"ש 89, פותח את מאמרו, העוסק בעברות פגיעה, בהצגת שאלות כגון אם ראוי להפליל עברות בקטגוריה זו ובאיזה היקף, ואז ממשיך ושואל (שם, בעמ' 273): "Should it [the criminal law – A.J. & G.S] apply only to public conduct, or also conduct .that takes place in private where some other public values or sensibilities are offended?"

138 בחלק מהמקרים הדרישה לפומביות היא חלק מהיסוד ההתנהגותי, ובמקרים אחרים זו נסיבה. זו, למשל, נוסחת העברה של ביטויי שנאה בקוד הפלילי הקנדי: "[e]very one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred

פרסום,¹³⁹ איסורי פורנוגרפיה מכילים יסוד של פרסום,¹⁴⁰ עברת ההתערטלות דורשת נוכחות במרחב הציבורי,¹⁴¹ וכך גם העברה של פגיעה ברגשי דת.¹⁴² אף איסורי זנות מכילים רכיבים של פומביות.¹⁴³

בספרות המשפטית הוצעו שני הסברים עיקריים למרכזיותו של המרחב הציבורי בעברות פגיעה. מקורו של הסבר אחד בתפיסה הפיינברגיאנית שתוארה לעיל, שלפיה עניינן של עברות אלה הוא ביצירת תחושות של דחייה ואי-נוחות, כלומר, בפגיעה ברגשות. מכיוון שהאינטרס של מניעת פגיעה ברגשות מצוי בעמדת נחיתות ככל הנוגע במוכנות להגן עליו באמצעות המשפט הפלילי, אחד הפרמטרים המטים את הכף בעד או נגד הפללה, לדידו של פיינברג, הוא מידת שליטתו של הפרט בהיחשפות לביטוי הפוגעני. על-פי תפיסה זו, כאשר הביטוי מופיע במרחב הציבורי, שליטתו של הפרט בהיחשפות אליו פחותה,¹⁴⁴ ולכן יש לו אינטרס חזק יותר להגנה על רגשותיו אם חשיפה כזו אכן מתרחשת. לפיכך יש לדרוש כתנאי להפללה שהביטוי יופיע במרחב הציבורי. זאת ועוד, ייתכנו צורות הופעה שונות במרחב הציבורי, ועל המשפט הפלילי (כך לפי הטענה) להיות רגיש לניואנסים אלה בעת עיצוב האיסורים בתחום זה. כך, למשל, בהקשר של איסורי פורנוגרפיה יש הבדל – מבחינת מידת שליטתו של הפרט בהיחשפות לביטוי – בין ביטוי פורנוגרפי המופיע על שלטי חוצות לבין ביטוי המופיע בספר המופץ בחנויות (שלפרט יש שליטה אם לפתוח אותו ולהציץ בו או להימנע מכך).¹⁴⁵ ההסבר האחר מתרחק מן הפרט אל עבר הקהילה הפוליטית, ומציע שינוי מהותי באופן שבו מגדירים את קורבן העברה. על-פי תפיסה זו, איסורי פגיעה מיועדים להגן על הקהילה הפוליטית כולה, להבדיל מפרטים או מקבוצות מסוימות. ניתן אומנם לטעון כי קהילה היא לא יותר מאשר אוסף של פרטים, אולם על-פי התפיסה שתפורט להלן, הקהילה היא יחידה שונה מסך מרכיביה. יתרה מזו, על-פי הסבר זה, בחלק מעברות הפגיעה יש לראות את כלל הפרטים המשתייכים לקהילה הפוליטית – להבדיל מהנמענים הישירים של הביטוי – כנפגעים פוטנציאליים של העברה.¹⁴⁶ יסוד הפומביות, לפי שיטה זו, הוא לא רק רכיב בעל

"against any identifiable group", R.S.C. 1985, c. C-46, ראו Criminal Code of Canada, s. 319(2) (ההדגשה הוספה).

139 ס' 144ב(א) לחוק העונשין, המתייחס לאדם "המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות".

140 ס' 214 לחוק העונשין, שכותרתו "פרסום והצגת תועבה".

141 ס' 349(א) לחוק העונשין, המתייחס לאדם "העושה מעשה מגונה בפומבי בפני אדם אחר, ללא הסכמתו".

142 ס' 173 לחוק העונשין, המתייחס לאדם אשר "מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע בפגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים" או "משמיע במקום ציבורי ובתחום שמיעתו של פלוני מלה או קול שיש בהם כדי לפגוע בפגיעה גסה באמונתו או ברגשותיו הדתיים".

143 ראו, למשל, ס' 205 ו-205 לחוק העונשין.

144 ראו Hörnle, לעיל ה"ש 100, בעמ' 144.

145 להתייחסות להבחנה זו בישראל ראו, למשל, בג"ץ 5432/03 ש.י.ן – לשוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, פ"ד נח(3) 65 (2004).

146 השראה לטיעון זה לקוחה במידה רבה מהתפתחויות עכשוויות בתיאוריה של המשפט הפלילי, אשר נשענות על תיאוריה פוליטית (להבדיל מפילוסופיה של המוסר) ומתמקדות בתיאורטיזציה של העוול הפלילי כ-"public wrong". לשתי דוגמאות מייצגות ראו Malcolm Thorburn, *Criminal*

ערך אינסטרומנטלי או פונקציונלי המהווה קירוב (proxy) לפגיעה משמעותית ברגשות הפרט, אלא יש להבינו ככריח התיכון של העברה.

הסבר זה הוא "טבעי" ביחס לעברות המשתייכות לקטגוריה הראשונה שתוארה לעיל, כגון המרדה, בהיותן עברות שאי-אפשר לחשוב על מושא ההגנה שלהן אלא במונחים קיבוציים. אולם טיעון דומה מושמע גם ביחס לעברות אחרות, דוגמת העברה של הכחשת השואה, האוסרת ביטוי פומבי של הכחשת השואה.¹⁴⁷ איסור זה נתפס כהגבלה חמורה מדי על חופש הביטוי במדינות אחדות, ובראשן ארצות-הברית, אולם מדינות אחרות – בעיקר באירופה – כוללות עברה זו בקודים הפליליים שלהן.¹⁴⁸ לצורכי הדיון שלנו השאלה החשובה היא לא אם ראוי להפליל את הכחשת השואה, אלא כיצד הוסבר הגיון ההפללה של עברה זו במדינות שאימצו אותה לתוך הקודים הפליליים שלהן ובספרות המשפטית. דרך אחת להבין את האיסור היא לראות בפרקטיקה של הכחשת השואה התנהגות פוגענית כלפי אוכלוסייה מסוימת המהווה מיעוט – ציבור ניצולי-השואה. על-פי הבנה זו, הכחשת השואה מהווה פגיעה ברגשותיהם של ניצולי-השואה, וראוי להפלילה על-מנת למנוע פגיעה זו.¹⁴⁹ אולם קיימת דרך נוספת להבין את האיסור, והיא כאיסור שנועד להגן על ערכים ציבוריים, כגון שלום הציבור¹⁵⁰ או השיח הציבורי-הדמוקרטי. באמצעות הוקעת ביטויים המכחישים את עברה הטוטליטרי של גרמניה ואת משטר-הזוועות שנלווה אליו, העברה של הכחשת השואה מיועדת להגן לא רק על ניצולי-השואה, אלא על החברה כולה. לפיכך יש טעם בקיומה גם אם איש מהניצולים אינו צפוי להיפגע, וגם שנים לאחר מותם של הניצולים כולם ובני משפחותיהם.

דיון דומה, הנע בין הבנת האיסור כמיועד למנוע פגיעה ברגשותיהם של בני-אדם המשתייכים לקהילת מיעוט לבין הבנתו כמיועד להגן באופן רחב יותר על שיח ציבורי-דמוקרטי, מתנהל ביחס לעברות פורנוגרפיה ולעברות שנאה. כך, למשל, ניתן להבין איסורי פורנוגרפיה כמיועדים למנוע פגיעה ברגשותיהן של כלל הנשים עקב היחשפות לביטויים שבהן הן מוצגות באופן מבזה ומשפיל. במקביל פותחו טיעונים שלפיהם איסורי פורנוגרפיה דרושים כדי להגן על השיח הציבורי-הדמוקרטי, אשר אחד מעמודי התווך שלו הוא ערך השוויון. נטען כי פרסומים פורנוגרפיים מערערים את הנחת השוויון, בהציגם נשים כנחותות

Law as Public Law, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW 21 (R.A. Duff & Stuart P. Green eds., 2011); R.A. DUFF, *THE REALM OF CRIMINAL LAW* (2018)

147 הקוד הפלילי הגרמני אוסר "Whosoever publicly or in a meeting approves of, denies or downplays an act committed under the rule of National Socialism of the kind indicated in section 6(1) of the Code of International Criminal Law, in a manner capable of disturbing the public peace shall be liable to imprisonment not exceeding five years or a fine". STRAFGESETZBUCH [StGB] [PENAL CODE] § 130(3) (Ger.) ראו

148 מלבד ישראל, חקיקה מפורשת נגד הכחשת השואה קיימת באוסטריה, בבלגיה, בשווייץ, בגרמניה, בצרפת, בספרד, בסלובקיה, בפולין, באיטליה ובלוקסמבורג. להרחבה ראו תומר דרור מסמך רקע בנושא: חקיקה נד אנטישמיות והכחשת השואה – מבט משווה (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2005) knesset.gov.il/committees/heb/material/data/alia2006-11-02.doc

149 Hörnle, לעיל ה"ש 100, בעמ' 136.

150 שם, בעמ' 137. הורנלה מבקרת את הארגומנטציה הזו, וטוענת כי היא מהווה אך מסווה לאכיפה מורליסטית ופטרנליסטית של ערכים.

באופן שיטתי מגברים.¹⁵¹ דיון בקווים דומים מתקיים לגבי ההפללה של ביטויי שנאה. על-פי תפיסה אחת, הפסול בביטויי שנאה הוא פוגעניותם כלפי קבוצות מסוימות בחברה – לרוב מיעוטים – וכלפי בני-האדם המשתייכים לקבוצות אלה. אולם במקביל לתפיסה זו פותח טיעון שלפיו נוסף על האינטרס של הקבוצה הנפגעת ראוי להגן על הציבור כולו, ועל ערך השוויון כערך דמוקרטי יסודי, מפני ביטויי שנאה, וכי בכך טמונה הצדקה נפרדת להפללתם.¹⁵² ההשלכות של הדיון לעיל על האסדרה המשפטית של חרם הן שבצד הפגיעה הפרטית קיים בחרם פסול נוסף שיש לנסחו במונחים של פגיעה באינטרס ציבורי מובהק (פגיעה ב"ציבור כציבור"). באופן ספציפי, אנו טוענים כי קריאה לחרם עלולה לחבל בשיח הדמוקרטי, וזאת באותם מצבים שבהם מדובר בקריאה להימנע מקשר צרכני או מקצועי כדי לבטא מורת-רוח או התנגדות בספרה הפוליטית. על ההבחנה בין סוגים שונים של חרמות – ובפרט בין חרם "לגופו של עניין" לבין חרם פוליטי – נרחיב בהמשך המאמר. בשלב זה נסתפק בדוגמה לקריאה לחרם פוליטי, דוגמת הקריאה להחרים מוצרים שיוצרו בשטחים או הקריאה להחרים עסקים בבעלותם של ערבים בוואדי ערה בעקבות מהומות אלימות שהתרחשו באזור.¹⁵³ בשני המקרים הללו ניתן להסתכל על הקריאה לחרם כבעייתית לא רק במונחי הפגיעה בפרטים או בקבוצות המוחרמות, אלא גם במונחים של הכתמת השיח הדמוקרטי. הקריאה לחרם צרכני כדי לבטא עמדה פוליטית מהווה הסטה או התמרה של שיח פוליטי – שאמור להתנהל במונחים פוליטיים – לשיח צרכני ולקווי פעולה צרכניים.¹⁵⁴ במונחים ארנדטיאניים משמעה

Rae Langton, *Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornographers*, 19 PHIL. 151 & PUB. AFF. 311 (1990). ראו גם את הערך *Freedom of Speech* באנציקלופדיית סטנפורד לפילוסופיה, לעיל ה"ש 119: "it [pornography – A.J. & G.S.] should be prevented because it is incompatible with democratic citizenship to portray women as submissive sexual objects, who seem to enjoy being violently mistreated"

152 כך, למשל, רוז מפנה לפסיקה הקנדית בתחום של הפללת ביטויי שנאה ככזו שמעוגנת לא רק בזכות לכבוד של חברי הקבוצות שהביטוי ממוען אליהן, אלא גם באינטרס הציבורי-הקיבוצי בקיומה של חברה סובלנית והרמונית: "The Canadian approach is unique in that it found a rational reason to characterize hate speech not as an individual harm, but as harm against the fabric of society as a whole". ראו Rose, לעיל ה"ש 116, בעמ' 336. קיימות גם עמדות-ביניים – ראו, למשל, JEREMY WALDRON, *THE HARM IN HATE SPEECH* (2012). טיעונו של וולדרון מתמקד בפגיעה הטמונה בביטויי שנאה בקבוצות מיעוט, אך להבדיל מפיינברג ומאחרים, הוא מדגיש לא את הפגיעה ברגשותיהם או בכבודם, אלא את זכות ההשתתפות שלהם בחיים הפוליטיים והדמוקרטיים, הנפגעת עקב נוכחותם של ביטויים פומביים של שנאה וגזענות.

153 מדובר בקריאתו של שר החוץ אביגדור ליברמן בעקבות אירועי "יום הזעם" בדצמבר 2017. ליברמן אמר כי הוא "קורא לאזרחי ישראל להחרים את ואדי ערה, לא לקנות שם חנויות, לא לצרוך את השירותים שם. לתת להם להרגיש שהם לא רצויים כאן". חדשות 2 "ליברמן: 'להחרים את תושבי ואדי ערה, שירגישו שהם לא רצויים כאן'" [www. 10.12.2017 mako](http://www.mako.co.il/news-military/security-q4_2017/Article-af21631edde3061004.htm)

154 בשנים האחרונות מקובל לדבר על התופעה של צרכנות פוליטית – אסטרטגיית פעולה צרכנית הננקטת על-ידי יזמים חברתיים-פוליטיים המבקשים להשפיע על הנורמות המקובלות בחברה ועל עיצובה של מדיניות ציבורית. ראו עומרי שמיר צרכנות פוליטית, יזמים חברתיים-פוליטיים,

של הסטה זו הוא דלדולה של הספרה הפוליטית לטובת הספרה החברתית-הכלכלית.¹⁵⁵ במקום לנסח טיעונים, להתעמת ולהתווכח עם עמדות פוליטיות מתחרות, הקריאה לחרם צרכני מהווה נתיב נוח – נוח מדי – לעקיפת הוויכוח ולנטישת המונחים הפוליטיים. על-פי תפיסה זו, הפגיעה גלומה בעצם הקריאה לחרם, ללא קשר לאפקטיביות שלה, במובן של מספר האנשים שייענו לה ויימנעו מרכישת מוצרים מבעלי עסקים יהודים בשטחים או מבעלי עסקים ערבים בוואדי ערה. זאת, משום שהפגיעה נוגעת במישור של עצם היתכנותו או סכנת הידלדלותו של שיח דמוקרטי בסוגיות פוליטיות שנויות במחלוקת, ועצם הקריאה לחרם היא שמולידה סכנה זו.

כמובן, את האינטרס בקיומו של שיח דמוקרטי, אשר מועמד בסכנה בעקבות הקריאה לחרם, יהיה צורך לאזן מול הפגיעה בחופש הביטוי, הצפוייה מעצם הגבלת הביטוי הגלומה באיסור הקריאה לחרם. משטרים רבים ומערכות משפט רבות מתלבטים בשאלת האיזון הנכון בין שמירה על חופש הביטוי לבין הגנה על אינטרסים מתחרים, וניתן לטעון כי דילמה זו מחריפה כאשר שוקלים את הגבלת חופש הביטוי של הקוראת לחרם על-מנת להגן על לא אחר מאשר האינטרס הציבורי בשיח דמוקרטי. אלא שתפקידו של הדיון במאמר זה אינו להכריע בשאלת האיזון האמורה, אלא לנסח את הזכויות והאינטרסים העומדים אל מול הזכות של המחריים או הקורא לחרם לחופש הביטוי. בניגוד להתמקדותם של שופטי בג"ץ אבנרי במניעת נזק לפרט, האנגלוגיה שערכנו לעברות פליליות של ביטוי במרחב הציבורי מלמדת כי נזק לפרט אינו המוקד היחיד של איסורים אלה, וכי עניינם חורג מהתייחסות-גומלין בין-אישית בין פרטים בחברה.¹⁵⁶ לפחות בחלק מן המקרים יש לחשוב על איסורים אלה כמונחים של פגיעה באינטרסים ציבוריים מובהקים, החורגים מהשפעה על פרט כזה או אחר.¹⁵⁷ פגיעה כזו נובעת ישירות מנוכחותו של הביטוי במרחב הציבורי, המכוונן עוול

מדיניות ציבורית בישראל: מסגרת מושגית ומקרי בוחן (סדרת ניירות מחקר במנהל ומדיניות ציבורית, גיא בן פורת עורך, 2012) in.bgu.ac.il/fom/PublicDep/Documents/%D7%A0%D7%A8%20%D7%9E%D7%97%D7%A7%D7%A8%205.pdf; יניב 7;99%D7%99%D7%A8%20%D7%9E%D7%97%D7%A7%D7%A8%205.pdf. מנו "חרם צרכנים: כלי הנשק האתי של הצרכנים" המשפט טו 729 (2010). טענתנו במאמר זה היא שנקיטת חרם פוליטי כחלק מצרכנות פוליטית מהווה עוול שעל המשפט להתמודד עימו. להרחבה בעניין זה ראו תת-פרק 3 להלן.

HANNAH ARENDT, THE HUMAN CONDITION ch. 2 (1958) 155

156 היה אפשר לטעון כי כל העברות הפליליות, מעצם הגדרתן כעברות פליליות, עוסקות באינטרסים ציבוריים, להבדיל מזכויות הפרט, שכן אחת הדרכים המקובלות להגדיר את העוול המשפטי הכרוך בעברות פליליות היא לראותן כעוסקות ב-"public wrong", להבדיל מדיני הנויין, העוסקים ב-"private wrong". נכון שעברות פליליות עוסקות תמיד ב-"public wrong", אך יש הבחנה בין עברות פליליות שבהן המעשה האסור מתקיים בהתייחסות-גומלין בין-אישית, כגון רצח או תקיפה, לבין עברות פליליות שבהן המעשה האסור מתקיים במרחב הציבורי (כגון עדות-שקר). עברות משני הסוגים עוסקות ב-"public wrong", אך בעברות מהסוג הראשון המימד הציבורי נובע מחומרת המעשה או מהיסוד הנפשי הגלווה אליו. אנחנו טוענים כי האיסור המשפטי של חרם שייך לסוג השני, ואינו מתמקד בהתייחסויות-גומלין בין-אישיות.

157 ראו את הדיון שערכנו לעיל בעברות של הסתה לגזענות, הכחשת השואה וגם פורנוגרפיה (אשר יש הטוענים כי גם עליה יש לחשוב כמונחים של פגיעה באינטרסים ציבוריים).

משפטי (legal wrong) אשר מובחן מפגיעה בזכויות אישיות או מנזק לפרט. מנקודת-המבט של הגנה על אינטרסים ציבוריים אלה, חשיבותה של עצם הקריאה לחרם אינה פחותה מחשיבותו של החרם עצמו, ואינה תלויה בהתקיימותו של חרם בעקבות הקריאה.

2. חרם כניצול לרעה של כוח קיבוצי

(א) אסדרה משפטית של כוח

עד כה ראינו כי בהקשרים שונים, וגם ביחס לחוק החרם, המשפט מבחין בין הספּרה הפרטית לציבורית.¹⁵⁸ ראינו גם כי בספּרה הפרטית המשפט מעניק חופש ומרחב תמרון גדולים יותר מאלה שהוא מאפשר לפרט במסגרת הספּרה הציבורית.¹⁵⁹ בית-המשפט בבג"ץ אבנרי הסביר את התמקדותו של חוק החרם בספּרה הציבורית במונחים של רצון לחסן את הספּרה הפרטית מהתערבות המדינה. בפרק הקודם הצענו הסבר שונה, המתמקד בקריאה לחרם כעברה של ביטוי ציבורי בעל השלכות פוגעניות כלפי הפרט וכלפי אינטרסים ציבוריים. כעת ברצוננו לצרף להסברים שניתנו בדבר ההבחנה שבין הספּרה הפרטית לספּרה הציבורית הסבר נוסף. הסבר זה יינתן מבעד לפרזומה של צבירת כוח ואסדרה של המדינה בנוגע להליכי צבירתו ומימוש. לפי הסבר זה, העדר האסדרה של חרם בספּרה הפרטית אינו משקף רצון לחסן ספּרה זו מהתערבות, אלא נובע מכך שתופעת החרם אינה קיימת כלל בספּרה הפרטית, שכן היא תופעה קיבוצית המחייבת שיתוף-פעולה לצורך מימושה. מכאן שיש לחשוב על האסדרה המשפטית של חרם באותם מונחים שבהם אנו חושבים על אסדרת השימוש בכוח קיבוצי, כפי שיפורט להלן. לפיכך העובדה שהחוק אוסר את הקריאה לחרם אך מתיר למעשה את ההחרמה האישית אינה מהווה "כשל לוגי", כפי שטענו העותרים, שכן עניינה של אסדרה משפטית של חרם נוגעת רק בהתארגנות קיבוצית, להברידל מפעולה אישית.

אין זה סוד שבחברה המודרנית המדינה מנכסת לעצמה כוח, ובמידה רבה יש לה מונופול על השימוש בו.¹⁶⁰ אמירה זו אינה אמירה תיאורית בלבד, אלא משקפת תפיסה נורמטיבית שלפיה תפקידה של המדינה לרכז בידיה כוח על-מנת לאפשר חיים משותפים של האזרחים ללא הפעלת אלימות וכוח בין הפרטים. המדינה כריבון היא היחידה שרשאית להפעיל כוח באופן לגיטימי, והיא מאפשרת את הפעלתו המוגבלת על-ידי האזרחים בכפוף לפיקוח צמוד ובהתאם לחוק ולתקנות.¹⁶¹ הפעלת כוח בניגוד לחוק או לתקנות תעלה פעמים רבות כדי עברה פלילית ואף עוולה נזיקית.¹⁶² כך, למשל, בעוד המדינה רשאית לאסור אדם או

Henry J. Friendly, *The Public-Private Penumbra – Fourteen Years Later*, 130 U. Pa. 158 (L. Rev. 1289 (1982)).

159 ראו, למשל, אסף לחובסקי "קטיגוריות של מין ומעמד ביניי מס ההכנסה" עיוני משפט כד 205, 215 (2000); איילת בלכר-פריגת "מה למשפט ולמשפחה?" האם המשפט חשוב? 275, 286-278 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, במסגרת סדרת הספרים משפט, חברה ותרבות בעריכת מנחם מאוטנר, 2010).

Dieter Grimm, *The State Monopoly of Force*, in INTERNATIONAL HANDBOOK OF VIOLENCE 160 (RESEARCH 1043 (Wilhelm Heitmeyer & John Hagan eds., 2003)).

161 ש.ם.

162 ש.ם.

להפעיל עליו כוח אגב מעצרו או באמצעות ענישתו, פעולה דומה אינה אפשרית מצידו של אדם פרטי, למעט בנסיבות חריגות ומוגדרות היטב – נסיבות שבהן הפרט נכנס בדרך-כלל לנעלי המדינה, במיוחד במצבים שבהם היא אינה יכולה לפעול כנדרש.¹⁶³

צבירה משמעותית של כוח על-ידי גורם פרטי במדינה נתפסת לרוב כמצב בעייתי. לכן המדינה מכוננת מנגנונים רבים ומגוונים על-מנת לווסת את צבירת הכוח על-ידי הפרט, תוך שליטה בפרוטנציאל השימוש בו. ויסות הכוח נעשה בערוצים שונים. כך, למשל, בהקשר העסקי המדינה שולטת בהתעצמות וברכישת הכוח באמצעות דיני התחרות הכלכלית (שמם החדש של דיני ההגבלים העסקיים).¹⁶⁴ בהקשר האישי הכוח הכלכלי מוסת באמצעות כלים דוגמת מנגנון המיסוי, אשר דואג, בין היתר, לצמצם את הליכי התחזקותם של פרטים מסוימים בחברה, ואף של חברות, על-חשבון פרטים אחרים.¹⁶⁵ מובן שלא רק הליך הצבירה של הכוח נתון בפיקוח, אלא גם אופן השימוש בו.¹⁶⁶ בהקשר זה למשפט הפלילי יש תפקיד מרכזי כמציב מגבלות משמעותיות בנוגע לשימוש בכוח. אולם מגבלות אלה מוטלות לא רק על עצם השימוש בכוח, דוגמת איסור השימוש בנשק חם, אלא גם על הגישה אליו, או במילים אחרות – על צבירתו.¹⁶⁷ דוגמה טובה לכך היא החזקת נשק חם.¹⁶⁸ זו מוסדרת באמצעות רשיונות ומנגנוני פיקוח קפדניים, על-מנת למזער ולמשטר את רכישת הכוח בידי פרטים בחברה, ולוודא כי אלה שיקבלו לידיהם נשק יפעלו בהתאם להנחיות המדינה ולחוקיה.¹⁶⁹

- 163 כך, למשל, ס' 18(ב) לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, מאפשר לבעל מקרקעין להפעיל כוח סביר נגד מסיג גבול; וס' 34 לחוק העונשין מאפשר לאדם פרטי להגן על עצמו. אולם אם התנאים המנויים בחוק אינם מתקיימים, אותו אדם עלול לעמוד לדין בגין תקיפה כמשמעה בס' 379 לחוק העונשין. באופן דומה, ס' 23 לפקודת הנזיקין מטיל אחריות נזיקית אם ההגנה המצוינת בפקודה אינה חלה.
- 164 ס' 4 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, אוסר על אדם לערוך הסדר כובל אלא אם כן קיבל אישור, היתר זמני או פטור לפי התנאים המנויים בחוק.
- 165 **צדק חלוקתי בישראל** (מנחם מאוטנר עורך, 2000).
- 166 כך, למשל, המדינה מאפשרת מתן תרומות אך קובעת הגבלות שונות בעניין זה. ראו ס' 46א לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], הקובע כי ניתן לקבל זיכוי בגין תרומות או השתתפות במחקר ופיתוח, אך מציג תקרה של עד 50% מהכנסת הנישום.
- 167 בעניין זה ניתן להשוות גם לתחום התחרות הכלכלית, שם המדינה מפקחת על צבירת הכוח בכמה ערוצים. בין היתר אסורה התנהגות שמטרתה להוביל למונופול (להגדרת monopolization בחוק האמריקני ראו The Sherman Antitrust Act of 1980, 15 U.S.C.), ומיזוגים חייבים באישורה של הרשות, על-מנת לפקח על צבירת הכוח של החברות המתמזגות לחברה הממוזגת, אשר עתידה להיות בעלת כוח שוק והשפעה גדולים יותר.
- 168 ס' 5(א) לחוק כלי היריה, התש"ט-1949 (להלן: חוק כלי היריה), אוסר החזקת כלי ירייה אלא ברישיון.
- 169 חוק כלי היריה מטיל הגבלות רבות על אופן השימוש. כך, למשל, ס' 5(א) קובע כי רישיון להחזקת נשק יינתן רק לאחר בדיקת תקינותו של הנשק, וס' 7 אוסר אימון בנשק מחוץ למטווח קליעה.

חשוב להבין כי הפיקוח על צבירת הכוח או הגבלתה אינם חייבים לעלות כדי הטלת איסור מוחלט על השימוש בו.¹⁷⁰ אומנם, במצבים שבהם המדינה מזהה סיכון בשימוש בכוח ללא כל תועלת בצידו היא תאסור את השימוש בו באופן קטגורי.¹⁷¹ אולם במקרים אחרים, שבהם יש תועלת בשימוש בכוח, היא תאפשר את הפעלתו תחת פיקוח או בכפוף לתנאים שיאפשרו את התועלת תוך ויסות או הפחתה של הנזק הטמון בעצם השימוש. כך, לדוגמה, כאשר אזרח א מגן על אזרח ב הנמצא בסיכון מצד ג, החוק מאפשר ל־א להפעיל כוח על ג, ובלבד שיעמוד בתנאים בסיסיים שהחוק מכתב.¹⁷²

לצד האסדרה הכללית הנוגעת בצבירת כוח ובהפעלתו, אשר מסדירה סיטואציות רבות ומגוונות בחברה, דומה שניתן להבחין בין סוגים שונים של אסדרה ורמות שונות של התערבות של המדינה בספּרה הפרטית ובזו הציבורית. מדינה דמוקרטית מתוקנת מאפשרת לאדם מרחב תמרון נרחב בספּרה הפרטית.¹⁷³ רוב המעשים מותרים כל עוד הם אינם פוגעים באחרים או בציבור.¹⁷⁴ הגישה היא שהתנהגות מותרת כל עוד היא אינה אסורה מכוח חוק או דין מסדיר אחר.¹⁷⁵ זאת, בין היתר, על־מנת לצקת תוכן אמיתי ומשמעותי לזכויות האדם הבסיסיות, כמו־גם לזכויות נוספות הניתנות לאזרחים מכוח החוקה, החוק או הסדר משפטי אחר.¹⁷⁶ העמדה הרווחת היא כי פעילותו ה"רגילה" של הפרט בספּרה הפרטית אינה נתפסת כאיום על המדינה או על תושביה האחרים, ועל־כן יש לאפשר לו לממש באין מפריע את זכויותיו, כגון זכות הקניין, חופש העיסוק, חופש הביטוי ועוד.¹⁷⁷ אולם במקרים שבהם התנהגותם של פרטים פוגעת בפרטים אחרים או בחברה, יפעיל המאסדר את סמכויותיו.¹⁷⁸ על־כן הוא יכול לאסור פעילויות שונות, הגם שהן נעשות במסגרת הספּרה הפרטית, מתוך רצון לצמצם פעילות כוחנית – כזו שעלולה לגרום פגיעה או נזק לפרטים בציבור, לחלקים מהציבור או לציבור בכללותו. אסדרה זו יכולה להיעשות באמצעות המשפט הפרטי ודיני הנוזיקין, באותם מקרים שבהם ההתנהגות היא כזו שגורמת נזקים לפרטים אחרים; היא יכולה

170 דוגמה לכך היא החזקת נשק, המתאפשרת בהינתן רישיון. ס' 5(א) לחוק כלי הירייה. דוגמה נוספת ניתן למצוא בס' 2 לחוק להגנת חיית הבר, התשט"ו-1955, אשר אוסר ציד חיות־בר אלא בהינתן היתר.

171 כך, למשל, סעיפים בחוק העונשין העוסקים בעברות אלימות הם סעיפים המגבילים שימוש בכוח שאין תועלת בצידו.

172 חוק העונשין מאפשר לאדם להפעיל כוח כאשר הוא נדרש להגן על עצמו (ס' 34 לחוק), על בית מגוריו (ס' 134 לחוק) או על חיי זולתו (ס' 34 לחוק).

173 ראו, למשל, Alan Freeman & Elizabeth Mensch, *The Public-Private Distinction in American Law and Life*, 36 BUFF. L. REV. 237 (1987).

174 ס' 17 לחוק המקרקעין מגביל את זכויותיו של אדם כאשר הוא מפריע (או עשוי להפריע) לאדם אחר. באופן דומה, חופש התנועה תקף עד לנקודה שבה אדם מסיג גבול למקרקעין של אחר. ס' 29 לפקודת הנוזיקין.

175 אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" *משפט וממשל* ה' 375, 380 (2000).

176 MILL, לעיל ה"ש 104.

177 שם.

178 כך, למשל, ס' 14 לחוק המקרקעין מגביל את הזכות במקרקעין כאשר היא גורמת נזק או אי־נוחות לאחר.

להיעשות באמצעות המשפט הפלילי, כאשר הפגיעה נוגעת באינטרסים ציבוריים שונים; והיא יכולה לשלב את המשפט הפרטי עם המשפט הפלילי וליישם במקביל.¹⁷⁹ נקל להמחיש זאת באמצעות דוגמאות. טלו, לדוגמה, אדם שמבקש לתקוף את חברו, שגר סמוך אליו, מכיוון שהאחרון העליב אותו ביום האתמול. פעולה זו אסורה, הגם שהיא נעשית בספרה הפרטית.¹⁸⁰ הפגיעה בשכן מכניסה את המשפט לתמונה בשני ממדים. האחד הוא הגנה על הפרט כפרט, ולשם כך מוענקת לנפגע זכות לתבוע בנוזיקין על עצם הפגיעה בו ועל הנזק שנגרם לו.¹⁸¹ אולם מעבר לאינטרס הפרטי של הנפגע קיים גם אינטרס ציבורי במניעת פעילות כזו, מכיוון שהתנהלות עבריינית פוגעת בביטחון הציבורי ובאורח החיים הבטוח.¹⁸² זהו אינטרס ציבורי שנובע מעצם הפגיעה בפרטים.¹⁸³ על-כן, נוסף על האסדרה הנזיקית, יוסיף המחוקק גם רובד פלילי אשר ישקף את ההגנה על האינטרס הציבורי, שנגזר מהרצון הציבורי למנוע פגיעה בפרטים. אולם לעיתים השימוש בכוח אינו נגד פרטים מסוימים, וגם אז המשפט מתערב – הפעם בשם האינטרס הציבורי העומד על הפרק, שאינו נגזר מפגיעה בפרט מסוים.¹⁸⁴ כך, למשל, אם החלטתי לבנות לי בית על אדמת מדינה, לא נגרם נזק לאדם מסוים, אך יש בכך משום פגיעה בציבור כציבור. היכולת של המדינה להתנהל באופן תקין נגזרת, בין היתר, מאסדרה כוללת של הבעלות על הקרקע ומשמירה על כללי תכנון ובנייה, ועל-כן עצם הקמתו של בית על אדמת מדינה ללא אישור שקולה להפעלת כוח פסולה. מעשה כזה יהווה עברה פלילית, והמדינה אף תדאג לאיין את תוצאותיו.¹⁸⁵ למדנו, אם כן, כי הפעלת כוח במישור הפרטי יכולה להיעשות נגד פרטים או נגד ציבור, אולם לעיתים אותו מעשה יפעל בשני הממדים גם-יחד. במילים אחרות, לעיתים פעולה מסוימת במרחב הפרטי תפגע הן בפרט והן בציבור. במצב כזה יתמחר המשפט את הפגיעה ביתר חומרה. טלו, לדוגמה, פשע שנאה – אדם יורה באדם אחר בכר בשל השתייכותו לקהילה ההומוסקסואלית.¹⁸⁶ הפגיעה היא בראש ובראשונה בפרט – בשני המישורים – הפרטי והציבורי. במישור הפרטי הוא נפגע כי הופרה זכותו לחיים כפרט, ובמישור הציבורי הוא נפגע כאדם בשל ההשתייכות הקבוצתית שלו. על-כן ירי באדם אחר בשל היותו הומוסקסואל הוא אסור, והפרת האיסור כרוכה בעונש. אולם יש כאן גם יסוד

179 לדוגמה, כליאת-שווא, כמשמעותה בס' 377 לחוק העונשין, עשויה להוביל למאסרו של העבריין ובמקביל לזכות את הקורבן בפיצויים מכוח ס' 26 לפקודת הנזיקין.

180 ס' 379 לחוק העונשין.

181 ס' 23 לפקודת הנזיקין.

182 הסדר הציבורי, הזכות לחיים והזכות לשלמות הגוף מהווים ערכים מוגנים בכל מערכת משפט פלילית מודרנית. להרחבה ראו Ashworth, לעיל ה"ש 87, בעמ' 315-317.

183 Andrew Ashworth & Mike Redmayne, *The Criminal Process* (4th ed. 2010).

184 כך, למשל, המחוקק בחר בתחולה אקס-טריטוריאליה בכל הנוגע בעברות נגד המדינה או נגד העם היהודי. ס' 13 לחוק העונשין.

185 ס' 4(א) לחוק מקרקעי ציבור (פינוי קרקע), התשמ"א-1981, מאפשר הוצאת צו לסילוק הפולש. נוסף על כך, ס' 5(ב) לחוק מטיל עליו אחריות פלילית, וקובע עונש של עד שנתיים מאסר או קנס.

186 ס' 144 לחוק העונשין קובע כי עברות שנעשו ממניע של גזענות או של עוינות מחמת דת, מוצא עדתי, נטייה מינית או היות הקורבנות עובדים זרים דינן כפל העונש הקבוע לאותה עברה.

של פגיעה בקבוצת ההומוסקסואלים. בשל כך ייחשב מעשה זה גם כפשע שנאה, וככזה יחשוף את הפוגע לתוספת ענישה, מעבר לעונש הרגיל המושת בשל פגיעה באדם כלשהו, וזאת על-מנת שתשקף את הפגיעה בקבוצה הרלוונטית.

הגבלת השימוש בכוח יכולה להיעשות – ונעשית באופן תדיר – בספרה הפרטית גם כאשר יש בהגבלת הכוח כדי לנגוד או להגביל זכויות אחרות. ניטול, לדוגמה, את הזכות לחופש הביטוי, שהיא אחת הזכויות החשובות במדינה דמוקרטית.¹⁸⁷ אם, למשל, ראובן מתנגד למדיניות הממשלה בשטחים הכבושים וחושב שמעשיו של שמעון, אשר מגדל גידולים חקלאיים ביישוב תקוע, אינם עולים בקנה אחד עם המשפט הבין-לאומי, מה יש ביכולתו לעשות? הוא יכול לבקר מעשים אלה באופן חריף, אולם נסיון העבר מלמד כי התועלת בכך קטנה. הוא יכול להביע את עמדתו הנחרצת על מעשיו של שמעון גם על-ידי כך שישרוף את חלקתו וישמיד אגב כך עשרות טונות של יבול. מובן שהמדינה תראה בכך מעשה פסול, ותפעל להגביל את יכולתו של ראובן לעשות כן. זאת, בראש ובראשונה, כנגזרת של הגנת הפרט של שמעון (על המימד הציבורי והמימד הפרטי שבה), אך אולי גם מטעמים של פגיעה בציבור כציבור. מכל מקום, גם אם נסבור כי במעשיו של ראובן אין כדי לפגוע בציבור כציבור, או כי פגיעה זו קטנה יחסית אל מול הגשמת זכות הביטוי של ראובן, יעמדו עדיין לנגד עינינו שמעון, הנפגע, ורכושו שירד לטמיון בשל מעשיו של ראובן. לרוב די יהיה בטעם זה להגביל את השימוש של ראובן בכוח.¹⁸⁸

נקודה נוספת שיש לעמוד עליה היא שהפעלת הכוח שהמדינה מסדירה, גם בספרה הפרטית, אינה מוגבלת לכוח פיזי, ואף לא להפעלה באמצעים ישירים. כך, מסירת מידע לאויב היא סוג של הפעלת כוח אסורה הגם שהיא נעשית באמצעים עקיפים, ואף שהאיסור מגביל את חופש הביטוי של מוסר המידע, אשר נשללת ממנו צורה מסוימת של ביטוי. במקרה זה אומנם אין פגיעה בפרט מסוים, אך העברת המידע פוגעת בציבור כציבור, והמדינה מתערבת על-מנת למנוע פגיעה זו.¹⁸⁹

עד כה הבהרנו כי לפרט המתנהל בספרה הפרטית יש חופש פעולה נרחב, אולם הראינו גם כי יש מצבים שבהם הפעולה בספרה הפרטית מחייבת אסדרה, בין כעוולה נזיקתית ובין כעברה פלילית, בין כדי להגן על פרטים אחרים ובין כדי להגן על אינטרסים ציבוריים אחרים. כעת ברצוננו לטעון כי יש פעולות או מעשים אשר כל עוד הם נשואים בספרה הפרטית הם אינם מאיימים על המדינה במונחים של צבירת כוח או הפעלתו, אולם המעבר מהספרה הפרטית לציבורית מייצר למדינה סיכונים אחרים, שאיתם היא תרצה להתמודד באמצעות אסדרה. המעבר מהספרה הפרטית לציבורית מייצר פעמים רבות העצמה או הגברה של הפעילות, באופן שמעורר אצל המדינה חשש ממנה. במקרים אלה ניתן לחשוב על הופעת ההתנהגות במרחב הציבורי כעל סף להתערבות המאסדר.

187 אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 707 (2014).

188 מכוח ס' 448 לחוק העונשין.

189 תרומת בחירות היא דוגמה נוספת של מקרה שבו המדינה רוצה לפקח על השימוש הפרטי בכוח על-מנת לא לפגוע בציבור כציבור. תרומה פרטית למועמד מסוים עלולה לייצר פגיעה בהליכים הדמוקרטיים של הבחירות ולהקנות לצד מסוים יתרון לא-הוגן.

המעבר לספרה הציבורית מאפשר פעילות קיבוצית, ובמידה רבה הוא תנאי לקיומה. בלא שיה בין אנשים אי-אפשר לדבר על פעולה משותפת של קבוצה, ואפשרויות התיאום מוגבלות. על-כן גם אם כמה אנשים פועלים כפרטים בספרה הפרטית באותו אופן, אין בכך כדי לאפיינם כקבוצה מתואמת, ועל-כן גם הסיכון הנשקף לחברה מפעילותם הוא נמוך. מרגע שהפעילות עוברת מהמרחב הפרטי לציבורי, היא מאפשרת תיאום ושיתוף-פעולה. אלה מעצימים את כוחם של הפועלים, ומאפשרים להם עמדת פתיחה חזקה ומאיימת יותר – כלפי המדינה או כלפי פרטים אחרים – מאשר זו הנתונה לפרט יחיד.

בבג"ץ אבנרי השופט מלצר מפנה למלומד גרמני בשם Ulrich K. Preuß, אשר מבחין בין מצבים שבהם מדובר במחאה פוליטית-אישית מותרת לבין קריאה לפעילות קבוצתית אסורה, בין היתר בשל הפן הקבוצתי, שיש בו יסודות של קשר פסול. אכן, ההתייחסות לפעילות קיבוצית כנבדלת באופן איכותי מפעולה אישית שהיא לכאורה מאותו סוג מוכרת לנו מאזורים רבים במשפט. המשפט הפלילי, למשל, מייחס סכנה מיוחדת לפעילות עבריינית קיבוצית.¹⁹⁰ מעבר לדוקטרינות המיוחדות שפותחו לטיפול בשותפות לדבר עברה,¹⁹¹ החוק הפלילי מכנה את עצם ההידברות והתכנון המוקדם בין בני-אדם לקראת ביצועה של עברה ככינוי מיוחד – "קשר" (conspiracy) – ועל הקושרים מוטלת אחריות פלילית בגין הקשר עצמו, גם אם העברה מושא הקשר לא בוצעה, ובמנותק מהאחריות לה.¹⁹² נוסף על כך, החוק הפלילי אוסר התאגדויות והתקהלויות אסורות, את עצם החברות בהתאגדות שמטרותיה מסכנות את החברה,¹⁹³ וכן התקהלויות שקיים חשש כי יפרו את הסדר והשלום.¹⁹⁴ זאת, גם אם המטרות הפסולות לא הוצאו אל הפועל והסדר לא הופר. אסדרה משפטית של פעילות קיבוצית קיימת אף מחוץ למשפט הפלילי. הדינים המיוחדים החלים על שביתות¹⁹⁵ ועל תובענות ייצוגיות,¹⁹⁶ וכן הענף של דיני תאגידים, הם כולם דוגמאות להסדרים משפטיים שמיועדים לטפל בפעילות אנושית קבוצתית, מתוך מודעות לסכנות הכרוכות בה, לצד הפוטנציאל החיובי הטמון בה.

190 ס' 29 לחוק העונשין קובע כי כל המשתתפים בעברה הם מבצעים בצוותא, במנותק מהשאלה איזה חלק בוצע על-ידי כל אחד מהם בפועל.

191 סימן ב לפרק ה בחוק העונשין. ראו גם את מאמרו של אולריך פראוב, אשר טוען כי ההתאגדות הכרוכה בחרם עשויה להפוך אותה להתאגדות אסורה, ועורך אנלוגיה בין התאגדויות אסורות לקשר פלילי. Ulrich K. Preuß, *Associative Rights (The Rights to the Freedoms of Petition, Assembly, and Association)*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 948, 963 (Michel Rosenfeld & András Sajó eds., 2012).

192 ס' 499 לחוק העונשין.

193 ס' 149-145 לחוק העונשין.

194 ס' 151 לחוק העונשין.

195 חוק יישוב סכסוכי עבודה, התשי"ז-1957; בג"ץ 1074/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד מט(2) 485 (1995).

196 חוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. חלק מההסדרים של חוק תובענות ייצוגיות מיועדים באופן מובהק לטפל בסכנות הכרוכות בקיבוץ הכוח של חברי הקבוצה המיוצגת, ולהגן על נתבעים מפני שימוש לרעה בכוח זה. אלון קלמנט "התביעה הייצוגית כמכשיר לנטרול יתרונותיו של נתבע יחיד על-פני תובעים רבים" מחקרי משפט כא 387 (2004).

האיסור החל על קריאה פומבית לחרם דומה לאיסור החל על המרדה והסתה לגזענות, בכך שבשלושת המקרים נאסרת קריאה פומבית לפעולה או לתחושה מסוימת הגם שקיומן של אלה ברמה האישית אינו אסור.¹⁹⁷ החוק אינו אוסר תחושת בוז כלפי השלטון; האיסור חל רק במצב שבו אדם מדרבן בני־אדם אחרים לחוש בוז כלפי השלטון.¹⁹⁸ באותו אופן, החוק אינו אוסר על אדם להיות גזען, אלא אוסר רק הסתה לגזענות. באופן דומה, אין – ולא צריך להיות – איסור משפטי לגבי הימנעות אישית מקשר עם אדם אחר, אבל יש איסור לגבי קריאה ציבורית המופנית לבני־אדם אחרים לחבור לפעולה קיבוצית של החרמה. בהקשר זה חשוב להבחין בין קריאה לאחרים להצטרף לחרם לבין מסירת מידע על כך שהדובר עצמו מחרים. ההבדל בין השניים עשוי להיות דק בנסיבות עובדתיות מסוימות, אולם קיימת הבחנה עקרונית ביניהם.

כאמור, לדעתנו, המעבר מן הספירה הפרטית לזו הציבורית מעמיד את המאסדר על המשמר, וזאת על־מנת לווסת את צבירת הכוח והשימוש בו. אולם על־פי תפיסת הכוח המוצגת כאן, ובניגוד לדבריו של המשנה לנשיאה רובינשטיין בבג"ץ אבנרי, לא כל מעבר מהספירה הפרטית לספירה הציבורית יהיה חשוד, אלא רק כזה המערב שימוש (או סיכון לשימוש) בכוח מאורגן וקיבוצי. נוסף על כך יש להבין כי התערבות המחוקק במעבר מהמימד הפרטי לציבורי לא תהיה זהה בכל המקרים. היא תלויה בנסיבות, ואלה משתנות ממקרה למקרה. נסיבות אלה ישפיעו על אופן צבירת הכוח ועל הסיכונים הטמונים בצבירתו ביחס למדינה ולציבור. אולם נסיבות אלה ישפיעו גם על התועלת שעשויה לצמוח מצבירת הכוח – לקבוצה ה"מתחזקת" ולחברה בכללותה. האסדרה תהיה תוצאה של איוון בין הסיכונים והתועלות שנובעים מן ההימצאות בספירה הציבורית ומאופן צבירת הכוח. אין ספק שכאשר מדובר באקט עברייני, דוגמת פשיעה מאורגנת, ייטה המחוקק להתערב יותר מאשר במצבים של חרם צרכני על פירמה בשל העובדה שהיא אינה מקפידה על תנאי העסקה ראויים. בכך, כפי שנראה, טמון אחד ההסברים לכך שהחרם מאופיין על־ידי בית־המשפט כזיקת, אשר משנה את צבעיה בהקשרים שונים.

באמצעות אנלוגיה למשפט הפלילי הראינו כי קיים תחום שלם של איסורים המתמקדים בנוכחותם של ביטויים אשר אסורים במרחב הציבורי, להבדיל מהמרחב הפרטי. חרם – בדומה לקשר, להסתה, להמרדה או לשביתה – הוא פעולה אשר מפאת אופייה הקיבוצי נתפסת כראויה לאסדרה משפטית. אומנם גם הימנעות אישית מקשר עם אחרים עלולה לפגוע באינטרסים של מושאי החרם ולהוביל לפגיעה כלכלית בהם, אולם בדרך־כלל הימנעות כזו אינה מושא לאסדרה משפטית. על־פי תפיסת הכוח המוצגת כאן, חרם הוא צורה קיבוצית של הפעלת כוח, ולכן הוא ראוי להסדרה משפטית. על־פי תפיסה זו, החרם הציבורי הקיבוצי הוא הליכה של איסור החרם, וקריאה לחרם היא פסולה בשל הסיכון שטמון בה להוביל לחרם ציבורי. במובן זה, הקריאה לחרם היא פריפריאלית לחרם עצמו, המהווה את הליכה. להבדיל מהטעון לגבי קריאה לחרם כביטוי פוגעני במרחב הציבורי, בהיבט של

197 זאת, להבדיל מהסתה לאלמות, שם האיסור החל על הסתה מצטרף לאיסור החל על אלימות ברמה האישית.

198 איסור זה אינו גורף, כמובן, אלא מסויג בהגנות דוגמת פרסום שמיועד להפנות את תשומת־הלב לטעויות השלטון או להצביע על פגמים בהתנהלותו. ראו ס' 138 לחוק העונשין.

הכוח הנדרש כאן לשאלת האפקטיביות יש חשיבות. דהיינו, השאלה מה הסיכוי שהקריאה לחרם תוביל לחרם של ממש היא שאלה רלוונטית. במונחים של כוח, ללא אפקטיביות אין חשש מהתוצאה ולכן אין הצדקה להגבלת חופש הביטוי באמצעות אסדרה משפטית.

(ב) המעבר מהפרטי לציבורי – המקרה של חרם ושבתה

מטרתו של חלק זה היא השוואה בין תופעת החרם לתופעת השבתה, על-מנת ללמוד מההסדרה המשפטית של שבתה להסדרה המשפטית של חרם. חרם, כפי שאנו תופסים אותו, הוא פעולה קיבוצית בספרה הציבורית. בדומה לחרם, גם עניינה של שבתה הוא שימוש קיבוצי בכוח. יתרה מזו, בחרם, כמו בשבתה, מדובר בפרקטיקה חברתית של הימנעות – בשבתה זו הימנעות מעבודה, ואילו בחרם זו הימנעות מקשר אחר (פעמים רבות צריכה). במבט ראשון, האנלוגיה בין שבתה לבין חרם עשויה להצביע על כך שראוי להעניק את "כוח החרם" לצרכנים, באתו אופן שבו מעניקים את "כוח השבתה" לעובדים, שכן בשני המקרים מדובר בקבוצות חברתיות מוחלשות אל מול גופים חזקים יותר (צרכנים ועובדים לעומת יצרנים ומעבידים, בהתאמה). אלא שלטענתנו, גם אם באופן ראשוני מעניקים כוח לקבוצה חברתית מוחלשת על-מנת לחזקה מול גוף חזק יותר, המדינה אינה יכולה לעצור בנקודה של מתן הכוח, אלא עליה להבטיח שהכוח אינו מנוצל לרעה. כך הדבר בשבתות, וכך אמור להיות, לטענתנו, גם במקרה של חרמות. טענתנו היא אפוא כי בחרם, כמו בשבתה, איסור הפעילות הקיבוצית אינו – ולא צריך להיות – גורף, אלא קיימת הבחנה בין סוגים שונים של אותה פעילות, וסוג האסדרה המשפטית שישוּם ייגזר מסוג הפעילות שעל הפרק.¹⁹⁹ כאמור לעיל, אנו מבחינים בין "ההחרמה האישית", אשר נעשית בספרה הפרטית, לבין "ההחרמה הקיבוצית", אשר נעשית בספרה הציבורית. המחוקק אינו מתייחס בחוק החרם להחרמה הציבורית, אשר מהווה לדעתנו תופעה שראויה להיות מושא לאסדרה. הוא גם אינו מגדיר כעוולה את ההחרמה האישית, שאליה התייחס בית-המשפט. המחוקק מתייחס רק לאקט הקריאה לחרם כהתנהגות שמחייבת את התערבותו. התפיסה הגלומה בחוק החרם היא שרק הקריאה הפומבית לחרם היא תופעה הראויה לאסדרה משפטית. הקריאה הפומבית והאפקטיבית לחרם מעבירה את הפרט מהספרה הפרטית לספרה הציבורית. היא מייצרת כוח שיכול להיות מנוצל בדרכים שונות ואשר מחייב על-כן אסדרה. אולם אופייה הקיבוצי של הפעולה, כשלעצמו, אינו מסביר או מצדיק את אופי האסדרה המשפטית הנדרשת. כידוע, במדינות דמוקרטיות קיימת זכות-יסוד לפעילות אנושית קבוצתית – זכות ההתאגדות. פעילות קיבוצית נתפסת אם כן לא רק כמסוכנת או כחשודה, אלא גם כמגשימה היבטים מרכזיים של חירות²⁰⁰ וכחיונית לחיים הפוליטיים.²⁰¹ על-כן טיב האסדרה המשפטית של הפעילות בספרה הציבורית ישתנה לפי אופי הפעולה. טענתנו היא כי כדי להבין טוב יותר את טיב האסדרה הראויה באשר לחרם, יש לשקול את אופי החרם ואת הנסיבות שבהן הוא נערך.

199 להגדרת סוגים שונים של שבתות, ולתיאור המשטר המשפטי החל על כל אחד מהם, ראו עניין

היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 195, בעמ' 500-501.

200 ראו Preuß, לעיל ה"ש 191.

201 שם.

אולם עוד בטרם ניכנס לבחינה זו, ועל-מנת לקבל מושג טוב יותר בדבר האיזונים הראויים בהקשר של חרם, אנו מבקשים להשוות בין האסדרה המשפטית של חרם לאסדרה המשפטית של שביתה. לדעתנו, הדמיון בין שביתה לבין חרם הוא רב, וניתן ללמוד מהטיפול בשביתה לעניין הטיפול הראוי בחרם. השוואה זו קורצת במיוחד לנוכח העובדה שתופעת השביתה אינה חדשה, ומוסדרת במשפט הישראלי זה שנים רבות, ועל-כן קיים בעניינה כבר נפח רב של פסיקה²⁰² ודיון אקדמי מעמיק.²⁰³ אנו מודעים לכך שאין זהות בין שביתה לחרם. כך, למשל, בעוד במקרה של שביתה מדובר בזכות של עובדים, במקרה של חרם עסקינן בפעילות מאורגנת של לקוחות פוטנציאליים. כמו-כן, בעוד במקרה של שביתה המחוקק או בית-המשפט הם המעניקים את הכוח לקבוצת העובדים, באמצעות חוק או פסיקה, והם אף מפקחים עליה, במקרה של חרם מדובר בהתארגנות קיבוצית עצמאית שאינה נובעת מזכות שניתנה על-ידי המחוקק. נוסף על כך, במקרה של חרם נשמעת בדרך-כלל קריאה לצד שלישי – שאינו קשור ישירות לליבת הסכסוך – להתייצב לימין אחד הצדדים שבמחלוקת, על-מנת לשרת את האינטרסים של אותו צד. אף-על-פי-כן, בהקשרים שבהם עסקינן במאמר זה רב הדמיון בין השביתה לבין החרם לפחות במובן הבא: חרמות שונים באופן איכותי מהחלטה צרכנית אישית להימנע מצריכת מוצר, שכן יש בהם פעולה ציבורית, קיבוצית ומאורגנת, שאינה בגדר חובה להימנע באופן קיבוצי מצריכת מוצר. במובן זה, הדינמיקה שמלווה את החלטת הפרט אם להצטרף לקבוצה אם לא דומה במקרה של חרם ובמקרה של שביתה, וכך גם הכוח הקיבוצי שנובע מפעולה משותפת זו של המשתתפים, להבדיל מפעולה של פרט או של צבר פרטים.²⁰⁴

את ההשוואה בין השביתה לחרם ברצוננו להתחיל דווקא מהספרה הפרטית. זאת, משום שהן ההחרמה האישית והן "השביתה האישית" אינן מצדיקות התערבות מיוחדת מצד המחוקק. כל עוד הן נשמרות בספרה הפרטית, הטיפול בהן נעשה בכלים המשפטיים הרגילים המתאימים למצבים אלה. לעומת זאת, מעבר מהספרה הפרטית לספרה הציבורית מחייב בשני המקרים את התערבותו של המחוקק בדרך של אסדרת הפעילות באמצעות כללים אסדרתיים – כל אחת בהתאם לאפיוניה השונים. בדומה לחרם, גם שביתה מערבת שיקולים של חופש הביטוי מול נזק לצדדים שלישיים, וגם היא מערבת צבירה של כוח (למשל, שביתת רופאים בבתי-חולים). ברוב המקרים גם האפקטיביות של השביתה, בדומה לזו של החרם, נגזרת מגרימת נזק – למעביד או לצדדים שלישיים.

כל שביתה מתקיימת בספרה הציבורית, וככזו היא מחייבת התייחסות מיוחדת מצד המחוקק. הדין מבחין בין שביתה רגילה לשביתה פוליטית. אומנם שתי השביתות – הן הרגילה והן הפוליטית – כפופות לאסדרה, שכן הן מהוות צבירה של כוח שיש לה היבטים

202 עניין היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 195; ע"ס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (2000); ס"ק (ארצי) 20/07 מדינת ישראל – ארגון המורים בכתי הספר העל יסודיים (פורסם בנבו, 4.12.2007); ס"ק (ארצי) 53/05 איגוד הבנקים בישראל ע"ר – הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע מ 537 (2005).

203 רות בן-ישראל שביתה והשבתה בראי הדמוקרטיה (2003).

204 Sankar Sen, Zeynep Gürhan-Canly & Vicki Morwitz, *Withholding Consumption: A Social Dilemma Perspective on Consumer Boycotts*, 28 J. CONSUMER RES. 399 (2001)

פוטנציאליים של פגיעה בצדדים שלישיים. אולם בעוד השביתה הרגילה מותרת (הגם שהיא מפוקחת), שביתה פוליטית אסורה. בטרם נעסוק בשביתה הפוליטית ובשאלה מדוע היא אסורה, חשוב להבהיר כי גם השביתה הרגילה כפופה לאסדרה קפדנית מצד המחוקק. זאת, משום שכל שביתה באשר היא מייצרת כוח ומשתמשת בו, והמחוקק רוצה להגביל כוח זה או לנתב אותו לאפיקים מסוימים. אסדרה זו של השביתה מובילה לתוצאה שלפיה שביתה רגילה מותרת – ועל-כן תיחשב מוגנת – רק אם השוכתים עומדים בפרוצדורה מסוימת שאותה קבע המחוקק, ורק אם הם מכפיפים את עצמם לכללי המשחק שנקבעו על-ידי. כך, על-מנת ששביתה תהיה מוגנת, על השוכתים, בין היתר, להודיע עליה זמן מספיק מראש, לציית לכללים של בית-הדין לעבודה באשר לצווי מניעה, לאזן בין התועלת שבהשגת המטרות של הציבור השוכת לבין הנזק הציבורי שנגרם, ועוד. רק לאחר שעמדו בכל הדרישות יהיו השוכתים זכאים להגנות המיוחדות שהמחוקק מעניק להם. פעולה שאינה עומדת בתנאים שנקבעו על-ידי המחוקק לגבי שביתה תוביל לקביעה כי השביתה אינה מוגנת (שביתה פראית), וככזו היא תחשוף את העובדים לתשלום בגין הנזקים שנגרמים למעביד או לצדדים שלישיים, ואף לסנקציות פליליות. במילים אחרות, בשביתה – על-אף היתרונות הטמונים בה – יש פוטנציאל רב לפגיעה בפרטים או בציבור. על-מנת למזער נזקים אלה, המחוקק מתערב באמצעות אסדרה, ומכתיב תנאי-סף למתן פטור מן הנזקים הנגרמים. זאת ועוד, גם אם השוכתים עומדים בתנאים והשביתה מוכרת כמוגנת, בית-המשפט רשאי להתערב ולקבוע כי נזק שנגרם לצד שלישי בעקבות השביתה בכל-זאת אינו מוצדק, וכי השוכתים יישאו כלפיו באחריות בעוולת הרשלנות אם לא הביאו בחשבון את האינטרסים של אותו צד שלישי שנפגע.²⁰⁵

להבדיל משביתה רגילה, שביתה פוליטית היא אסורה, כאמור. כדי להבין את ההבחנה בין שביתה רגילה לשביתה פוליטית, יש להבין את השימוש במילה "פוליטי" בהקשר זה. על-פי הגדרות מסוימות, כל שימוש בכוח הוא פוליטי, בוודאי בתחום כגון יחסי עבודה, אשר רווי מאבקי כוח. היה אפשר אפוא לומר כי כל שביתה היא פוליטית. אולם בהקשר של שביתות המילה "פוליטי" מציינת באופן ספציפי יותר את תחום העניינים ששייכים ליחסים שבין האזרח לשלטון. שביתה פוליטית היא שביתה שבה נעשה שימוש בכוח השביתה על-מנת להשיג מטרות שאינן שייכות למערך היחסים בין עובדים למעבידים, אלא חורגות ממנו לתחום היחסים שבין האזרח לשלטון.²⁰⁶ דוגמה לכך היא שביתה בנמל אשרוד במטרה ללחוץ על הממשלה לשנות את מדיניות הייבוא שלה. שביתה כזו נתפסת כלא-לגיטימית משום שהעובדים משתמשים בכוחם כקבוצה כדי להפעיל לחץ על המדינה לשנות את מדיניותה, להבדיל מהפעלת לחץ על המדינה כמעבירה. לחץ זה נתפס כבעייתי שכן הוא מתחרה בערוצי ההשפעה הפוליטיים הלגיטימיים, ומעניק לציבור העובדים מינוף שאינו קיים לאחרים בציבור ואשר עלול להטות את מדיניותה של המדינה באופן שסוטה מכללי המשחק הדמוקרטיים.

היגיון דומה מאפשר להבחין בין סוגים שונים של חרמות. תיאוריה שלמה של הבחנה בין חרמות מסוגים שונים היא מעבר להיקפו של מאמר זה, אולם בבג"ץ אבנרי עמד השופט

205 ע"א 593/81 מפעלי רכב אשרוד בע"מ נ' ציזיק, פ"ד מא(3) 169 (1987).

206 עניין היועץ המשפטי לממשלה, לעיל ה"ש 195.

מלצר על כך שלחרם יש אופי של זיקית.²⁰⁷ המילה "זיקית" משקפת את אופיו המשתנה של החרם, ואולי אף את מבוכתו של המתבונן על החרם, המתקשה לצפות מראש את ההשתנות הזו ולסווגה באופן ברור לתחומים שונים.²⁰⁸ אף-על-פי-כן, הבחנה בין סוגים שונים של חרמות קיימת, והדיון שלהלן נועד לבסס את קיומה כדי לאפשר את המשך הדיון בשאלת העוול המשפטי הכרוך בחרם.

ראשית, ברצוננו לחזור ולהבהיר כי הדיון להלן בחרם אינו מתייחס לתופעה של "החרמה אישית" שנערכת בספרה הפרטית על-ידי אדם יחיד או אפילו על-ידי כמה אנשים. היא מתייחסת למצבים שיוצאים מגדר הספרה הפרטית ועוברים לספרה הציבורית, לרוב באמצעות קריאה אפקטיבית לחרם, ואשר מובילים, בסופו של דבר, ליצירת קבוצה של אנשים שפועלת באופן מאורגן על-מנת להחרים גורם מסוים. חרם, לדעתנו, מהווה בהגדרתו פעולה קיבוצית של כמה אנשים על-מנת להניע לפעולה גורמים מסוימים. הוא כרוך מטבע הווייתו בצבירת כוח, שנובעת מעצם המעבר מהספרה הפרטית לציבורית, ובהפעלת כוח על הגוף המוחרם. כאמור, צבירת כוח זו והפעלתו מייצרות מקור דאגה למחוקק. אומנם לחרם יכולים להיות היבטים חיוביים רבים, דוגמת היכולת לייצר שינוי חברתי, אך בהכמדה ייתכן שיהיו לו גם מאפיינים שליליים (למשל, החרמה של קבוצה מסוימת בשל שיוכה הגזעי). נוסף על כך, גם אם מטרת החרם "ראויה", הפעלת הכוח, כמו במקרה של שביתה, יכולה להיעשות בדרכים שונות ומגוונות, ולגרום נזקים לפרטים ולציבור. ככזו היא מחייבת פיקוח.

רק על-מנת לסכר את האוזן, אחת הדוגמאות שביתת-המשפט מתייחס אליה בג"ץ אבנרי היא של מסיבת התה של בוסטון. באותו מקרה נזרק לים מטען תה שיובא לארצות-הברית, ואחר כך הוחרמו סחורות בריטיות שונות על-ידי האמריקנים, שביקשו לעצמם חופש ושחרור מאנגליה. כמאתיים וחמישים שנה לאחר-מכן נתקשה לראות כיצד קיומו של חרם, גם אם למטרה מוצדקת ולקידום אינטרסים ציבוריים ראויים, יצדיק פעולה מעין זו. חשבו, למשל, על הטבעת ספינה ועליה מטען חקלאי מהשטחים. קיומה של מטרה ראויה לא יצדיק את הפגיעה בבעל הרכוש ואת הפעלת הכוח באופן זה על-ידי הקבוצה. אם על כך יש הסכמה, עולה השאלה עד כמה האסדרה צריכה להתערב ולאפשר החרמת תוצרת חקלאית באופן שיוביל לירידתה לטמיון.

מעצם העובדה שהחרם כפוף לאסדרה אין ללמוד כי הוא אסור או כי המחרימים יהיו חשופים לכל הנזקים הנגרמים על-ידיהם, וזאת בדומה לאופן שבו המשפט מתייחס לאקט השביתה. אולם אין להיתפס גם למסקנה שהחרם מאפשר שימוש בלתי-מוגבל בכוח ולכל מטרה שהיא ללא התערבות המחוקק. כך, למשל, תיאוריה של שימוש לגיטימי/לא-לגיטימי בכוח עשויה לבסס את ההבחנה בין חרם לגיטימי ללא-לגיטימי. ברוב המקרים אין מדובר

207 בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' 24 לפסק-דינו של השופט מלצר. השימוש במונח "זיקית" אומץ על-ידי השופט מלצר אך נטבע על-ידי השופט סטיבנס (Stevens) בפרשת *Claiborne Hardware Co.*, לעיל ה"ש 18. להרחבה ראו Gary Minda, *The Law and Metaphor of Boycott*, 41 *Buff. L. Rev.* 807 (1993); GARY MINDA, *BOYCOTT IN AMERICA: HOW IMAGINATION AND IDEOLOGY SHAPE THE LEGAL MIND* (1999). מינדה מבקר את השיפוט הלא-עקבי של חרמות מסוגים שונים בשיח המשפטי האמריקני.

208 לביקורת על העדר שיח קוהרנטי באשר לסיווג חרמות לסוגים שונים ועל השימוש במטפורות בתחום זה ראו את כתיבתו של מינדה, שם.

בהבחנה דיכוטומית בין השניים, אלא ברצף שלאורכו ניתן למקם חרמות מסוגים שונים. בקצה האחד של הרצף נמצא החרם הצרכני, דוגמת אותה קריאה לחרם בשנת 2011 נגד חברת תנוכה בשל מחירה הגבוה של גבינת הקוטג'. במקרה זה ההפעלה הקבוצתית של הכוח הצרכני משמשת להשגת מטרת בספרה הצרכנית. בקצה האחר של הרצף נמצא חרם פוליטי, דוגמת קריאה להחרמת יקב בשל מיקומו בשטחים או קריאה לאזרחי ישראל להחרים עסקים ערביים בוואדי ערה בשל עימותים אלימים עם המשטרה. במקרה כזה הכוח הצרכני משמש לביטוי עמדה פוליטית ולהפעלת לחץ על הצד האחר או על צדדים שלישיים בשל עמדתם הפוליטית. את החרם מן הסוג הראשון ניתן לכנות חרם "לגופו של עניין" (on the merits). החרם מהסוג האחר הוא פוליטי, במובן זה שהוא מגייס כוח של ספרת פעילות אחת (צרכנות) כדי להשיג מטרת בתחום אחר. הבחנה זו אינה מוגבלת רק להקשר הצרכני, אלא ישימה גם לספרות נוספות של פעילות. טלו, למשל, חרם אקדמי: הימנעות מקשר אקדמי (סירוב להשתתף בכנסים, הימנעות משיתוף-פעולה מחקרי וכיוצא בהם) עם אוניברסיטת אריאל בשל כך שהליכי הקידום בה אינם לפי סטנדרטים אקדמיים מקובלים או נגועים בשחיתות היא חרם "לגופו של עניין"; לעומת זאת, החרמת אוניברסיטת אריאל בגלל מיקומה בשטחים (או החרמה של כל אוניברסיטה ישראלית אחרת בשל מיקומה בישראל) היא חרם פוליטי. ייתכנו כמובן מקרים שסיווגם לקצה האחד או האחר של הרצף מורכב יותר, כגון החרמת עסק על-ידי דתיים בשל העובדה שהוא פתוח בשבת (או החרמת עסק על-ידי חילונים משום שהוא סגור בשבת).

חרמות משני הסוגים צריכים להיות כפופים לאסדרה, אולם יהיה הברדל בסוג האסדרה ובעומקה. כך, למשל, גם כאשר מדובר בחרם צרכני ייתכן שלא נרצה שהוא יביא לידי קריסתו המוחלטת של העסק המוחרם, ובשל כך נטיל על המחרימים מגבלות. אולם בחרם פוליטי נדרשת התערבות משמעותית יותר של המדינה, משום שבמקרים אלה הכוח הקבוצתי ממונף מספרה אחת לספרה אחרת, שבה השימוש בכוח החרם משנה את חלוקת הכוח הבסיסית. החשיבה על הפעלת כוח בספרות פעילות שונות, והחשש מדומינציה של כוח באמצעות התקנתו מספרת פעילות אחת לאחרת, מוכרים מעבודתו החשובה של מייקל וולצר "ספרות של צדק" (SPHERES OF JUSTICE).²⁰⁹ וולצר מחזיק בתפיסה מורכבת של שוויון, שלפיה השוויון שעל החברה לחתור אליו אינו שוויון בתוצאות, שכן סוגים מסוימים של משאבים, כגון כישרון אישי, אמורים להנביע חלוקה לא-שוויונית של משאבים נוספים (כגון כסף). אולם המדינה, לטענתו של וולצר, צריכה להקפיד שלא יהיה משאב מסוג מסוים שיכתיב את חלוקת המשאבים/הכוח בכל ספרות הפעילות. הדוגמה המובהקת לכך היא האסדרה של המדינה ביחס לקשר בין הון לשלטון. בני-אדם בעלי משאבים כלכליים רשאים לעשות שימוש במשאבים אלה בספרה הכלכלית/המסחרית כדי לצבור לעצמם הון נוסף, אולם אין זה ראוי שמשאבים אלה יעניקו לבעליהם יתרון בשדה הפוליטי או בזכאות לשירותי בריאות, למשל. לכן על המדינה לכונן פיקוח על מימון בחירות, ולקדם מנגנון בריאות ציבורי שבו הזכאות לטיפול רפואי אינה נגזרת מיכולתם הכלכלית של הנזקקים לטיפול.

.MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (1983) 209

באופן דומה, אנו טוענים כי בחרם פוליטי נעשה שימוש פסול במשאבים השייכים לתחום פעילות מסוים לצורך השפעה פסולה בספרות אחרות.²¹⁰ ניטול, לדוגמה, את הקריאה להימנעות מרכישת מוצרים ממפעל הממוקם בשטחים. דוגמה אחרת היא מצב שבו יוטל חרם על עסקים בכפר ערבי מסוים על-מנת להביא לידי כך שהם יפנו קרקע שאינה שייכת להם לדעת הציבור בישראל או שהם יסגירו פושע שמתגורר בכפר ואשר הציבור חושב שביכולתם להסגיר. פעולות מסוג זה משתמשות בכוח הכלכלי של צרכנים כדי להשיג מטרות בספרה הפוליטית. ערבוב זה בין ספרות הפעילות יוצר בעיה כפולה: ראשית, הפעולה במישור הצרכני מהווה עקיפה של מנגנוני ההשפעה הפוליטיים ומובילה לדלדולה של הספרה הפוליטית. במובן זה היא מציבה תחרות למודל ההכרעה הפוליטית, אשר משנה את מערכת יחסי הכוחות בחברה ואת ההליכים הדמוקרטיים שיכולים להביא לידי שינויה. היא מאפשרת לקבוצת מיעוט חזקה בעלת השפעה כלכלית לשנות הכרעות שהתקבלו על-ידי הרוב בהליך דמוקרטי ראוי.²¹¹ שנית, הפעלת הלחץ על בעלי עסקים בשל עמדותיהם הפוליטיות פוגעת לרעה במעמדם בשדה הכלכלי על בסיס שיקולים פוליטיים. במובן זה נעשה בנמעני החרם שימוש כאמצעי לקידום מטרות חיצוניות לפעילותם. ערבוב זה מהווה פגיעה הן בספרה הפוליטית והן בספרה הכלכלית, ויש לראותו כפוגע הן באינטרסים ציבוריים והן באינטרסים הפרטיים של הציבור המוחרם.²¹²

דומה שהדים לניתוח זה ניתן למצוא בפסק-דינו של השופט עמית בבג"ץ אבנרי. מבין השופטים היה זה עמית אשר הדגיש לא רק את הלחץ שהחרם יוצר על המוחרם, אלא אף את הלחץ המופנה לציבור הנקרא להחרים. עמדה זו של השופט עמית מציגה גישה ייחודית

210 אינטואיציה דומה, המוטרדת מהערבוב בין הספרה הפוליטית לספרה הצרכנית, קיבלה בשנים האחרונות ביטוי בישראל בעבודתה של דפנה ברק-ארוז על היחלשותן של צורות ההשתתפות הפוליטיות של אזרחים בישראל ועל תפיסתם כצרכנים. ראו דפנה ברק-ארוז אורח, נתין, צרכן – משפט ושלטון במדינה משתנה (2012).

211 טיעון זה שונה מן הטיעון שנטען לעיל באשר לפגיעה הטמונה בקריאה לחרם כביטוי פוגעני בשיח הציבורי-הדמוקרטי. בעוד הטיעון בפרק הביטוי הדגיש את הפגיעה ברמת השיח – כלומר, את הפגיעה ביכולת לנסח טיעונים במונחים פוליטיים, להבריל מצרכניים – הטיעון הנטען כאן מדגיש את אפשרות ההשפעה של החרם על ההכרעות הפוליטיות עצמן בדרך של הפעלת לחץ.

212 ניתן לערוך אנלוגיה בין מצבים אלה למצבים שבהם המחוקק מאסר את השימוש בכוח במגזר העסקי. אחת הדוקטרינות הידועות במסגרת דיני התחרות הכלכלית היא הדוקטרינה של tie-in, או בשמה העברי – קשירה של מוצר למוצר, מוצר לשירות, שירות לשירות וכולי. הרציונל העומד בבסיס דוקטרינה זו הוא שלבעל כוח שוק במימד אחד יש אפשרות למנף אותו גם לממדים אחרים ולזכות בכוח שוק גם בהם אף שבאותם ממדים אחרים אין ברשותו מוצר או שירות טובים יותר או כאלה שיש להם ביקוש רב יותר, ובכך הוא פוגע בתחרות. זאת, משום שתנאי לרכישת המוצר/השירות המבוקש הוא שהקונה ירכוש גם מוצר/שירות שמצוי בתחרות (וזאת לרוב במחיר שאינו תחרותי). בכך ה"קושר" צובר כוח גם במימד האחר ומעמיק את חוסר התחרות בשוק. לדוגמה, אם חברת מייקרוסופט תחליט, כעניין שיווקי, כי מעתה ואילך היא תמכור את מערכת ההפעלה Windows רק לאלה שיקנו מחשבים מתוצרתה, תהיה בכך קשירה אסורה של המוצר שבו אין לחברה כוח שוק (מחשבים) למוצר שבו יש לה כוח שוק (מערכת הפעלה).

להבנת התמקדותו של החוק ב"קריאה לחרם", להבדיל מההחרמה האישית. לפיה יש להסתכל על המעשה של קריאה לחרם לא כהרחבה של האקט הפרטי של הטלת חרם, אלא כמעשה שעלול ליצור השפעה לא-הוגנת. נקודה זו מדגישה לא את החרם שמוטל בסופו של דבר על-ידי הפרט, אלא את התהליך של עיצוב עמדתו של הציבור באמצעות אותה קריאה פומבית לחרם. אכן, השופטים בבג"ץ אבנרי מדגישים את ההשפעה הלא-הוגנת של החרם על המוחרם ואת הניסיון של המחרימים לכפות את דעתו על המוחרם באמצעים אגרסיביים, באופן שחורג מביטוי רגיל, ומכאן ההצדקה להגבלתו.²¹³ כאמור, ניתוח זה, הגם שיש בו היגיון, אינו מסביר מדוע אין למנוע את המחרימים מלהחרימים, שכן גם בעצם ההחרמה, להבדיל מהקריאה הציבורית לחרם, ניתן לומר שיש השפעה לא-הוגנת. אולם השופט עמית מוסיף בהקשר זה טיעון מעניין. אומנם גם הוא מאמץ את גישותיהם של יתר השופטים בדבר השפעתו של החרם על המוחרם, אך הוא מוסיף ומפרט על הלחץ המוטל לא רק על המוחרם, אלא דווקא על אלה הנקראים להחרימים. במובן זה הוא מעניק למעשה הסבר לפער שבין הקריאה הציבורית לחרם לבין החרם האישית: בעוד החרם האישית מפעיל לחץ רק על המוחרם, ואינו מפעיל לחץ (לפחות לא ישיר) על אחרים להחרימים, הקריאה להחרימים מפעילה לחץ גם על אחרים. בלשונו של השופט עמית:

"...הקריאה לחרם, כביטוי שמטרתו להניע פעולה ספציפית בקרב הזולת, היא ביטוי המוכוון כלפי חוץ. תכליתה של הקריאה לחרם היא בהנחלת שינוי התנהגותי בקרב אחרים: לגרום לחלק מהציבור להחרימים ולגרום למושאי החרם לשנות את התנהגותם בגינה מוטל החרם."²¹⁴

טיעון זה של השופט עמית מתחבר לטיעון כללי יותר בדבר הדרכים הלגיטימיות והדרכים הלא-לגיטימיות לעיצוב דעתו של הציבור בעניין מסוים, שאף הוא חלק משאלת השימוש הלגיטימי (או הלא-לגיטימי) בכוח. במערכת היחסים שבין המחרימים למוחרם יש איזון חברתי עדין. מצד אחד, החברה רוצה לאפשר את אקט ההחרמה הפוגע במוחרם. היא רוצה לעשות כן מטעמים שמתייחסים למערכת היחסים שבין הצדדים, תוך מתן עדיפות להחלטתו הכנה של המחרימים. מצד אחר, החברה גם רגישה לדינמיקות של כוח שעשויות לעצב את בחירתם של בני-אדם להחרימים בני-אדם אחרים. הנחת המחוקק היא שקריאה ציבורית לחרם עלולה ליצור לחץ לא-לגיטימי, בעלת אפקט "עדרים", המשנה את טבעה של ההחלטה הפרטית להחרימים. כל החלטה מצד המחרימים היא לגיטימית אם היא נובעת מרצונו שלו, ולא מלחץ של אחרים המשתמשים בו לקידום מטרות אחרות. הבעיה היא שאין דרך לדעת באופן אמיתי מה הסיבות להחלטת המחרימים, ואין יכולת לפקח עליהן, לא

213 ראו, למשל, בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' יב לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

214 היבט זה של הקריאה לחרם אינו בליבת הרציונל של ההגשמה העצמית והאוטונומיה של האדם: "...אכן, אין חולק כי גם היכולת להניע אנשים אחרים ולגרום לשינוי בהתנהגותם היא חלק מהגשמת האני העצמי של האדם, אך הפגיעה ברציונל זה היא חלשה יותר, בהתחשב בכך שעומדות לרשותו דרכים רבות להביע את דעתו בשוק הרעיונות ואפשרויות אחרות של הסבר ושכנוע של הזולת בצדקת דרכו... הגבלת אדם מלקרוא לאחרים או מלמנוע מאחרים לפעול באופן שהוא תופס כפסול, אינה בגדר פגיעה במצפון..." בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' 9 לפסק-דינו של השופט עמית.

לפני ההחרמה ואף לא בדיעבד, שכן לעיתים התנהגות מסוימת יכולה לנבוע מסיבות שונות ומגוונות. כלומר, מצד אחד, החברה רוצה לאפשר החלטה אוטונומית, חופשית מהשפעות מסוימות, אך מצד אחר, אי-אפשר להתחקות בדיעבד אחר המניע להחלטה תוך נטרול של אותן השפעות חיצוניות. על-כן יש חשיבות רבה בשמירה על ההליך, דהיינו, בשמירה על סביבה סטרילית ככל האפשר להחלטה. בסביבה כזו כל החלטה תהיה לגיטימית. אסדרה של הסביבה שבה הפרט מחליט בעניין החרם מבטיחה שהחלטתו ביחס לאחר תהיה לגיטימית. הגבלת הקריאה בספרה הציבורית נועדה, בין היתר, להבטיח את קיום זכויותיהם של המחרים והמוחרם, ולכך יש גם פן אישי (שהמוחרם לא ייפגע) וגם פן ציבורי (של תקינות הפעילות). בהקשר זה ניתן אולי ללמוד על ההיגיון העומד בבסיס ההסדר הקבוע בחוק החרם מהסדרי הסובידיצה הקבועים במשפט המקובל ואף במשפט הישראלי,²¹⁵ וכן מהאנלוגיה לחוק הבחירות²¹⁶ (אנלוגיה שמועלית על-ידי בית-המשפט בבג"ץ אבנרי, אם כי באופן שונה ובהקשר אחר). גם בהקשרים אלה במוקד הדיון מצויה ההבחנה שבין הקריאה הציבורית לבין המעשה הפרטי. נסכיר: בבסיסו של עקרון הסובידיצה עומד הרציונל שלפיו על השופט להחליט בתיק באופן הוגן, עצמאי ובלתי-מוטה. החלטתו של השופט, תהא אשר תהא, היא לגיטימית,²¹⁷ ובלבד שהיא אינה מוטית כתוצאה מהשפעות חיצוניות, דוגמת אלה של התקשורת. מניעת השפעות כאלה תבטיח את זכותם המהותית של המתדיינים להליך משפטי הוגן.²¹⁸ הרצון הוא, אם כן, ששופטים (וגם מושבעים) שיושבים כדין יקבלו החלטה אוטונומית המונעת משיקולים ענייניים, ללא השפעה של גורמי התקשורת. באופן דומה יש להתייחס לאיסורים הקבועים בסעיף 122 לחוק הבחירות. הליך הבחירות והצבעת הבוחר הינם לבי-ליבה של הדמוקרטיה, ויש לאפשר לבוחר הצבעה אוטונומית לפי צו מצפונו. החלטה זו אסור שתהא מושפעת משיקולים זרים שאינם ממין העניין. על-כן נסיונות שידול שאינם לגיטימיים במסגרת גבולות המשחק מוצאים אל מחוץ למסגרת החוק.²¹⁹

215 ס' 71(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

216 חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הבחירות).

217 ס' 8 לפקודת הנוזיקין; דפנה אבניאלי "מי יבקר את השופטים וכיצד?" **משפט וממשל** ט 387, 394 (2006).

218 זאב סגל "איסור פרסום מטעמי 'סוב יודיצה': הצעה להיתר ולהסדר אלטרנטיבי" **מחקרי משפט** ד 105 (1985); אליהו הרנון "חופש הביטוי בעניינים שהם סוביודיצה (ע.פ. 126/62, דיסנצ'יק ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י י"ד, 169)" **הפרקליט** כ 11 (1963). להרחבה על תולדותיו של איסור הסוביודיצה ראו Galia Schneebaum & Shai J. Lavi, *The Riddle of Sub-judice and the Modern Law of Contempt*, 2 **CRITICAL ANALYSIS** L. 173 (2015).

219 ניתן אומנם לטעון כי ההסדרים בעניין תעמולת בחירות וסוביודיצה מיועדים למנוע השפעה פסולה על בני-אדם בקבלת החלטה פורמלית בעלת חשיבות ציבורית (בחירות, הכרעה שיפוטית), וכי אין לגזור גזרה שווה מתחומים אלה ל"החלטה" בעניין חרם. אולם לטענתנו, חלק מהבעייתיות בחרם הוא היותו מנגנון עוקף לקבלת הכרעות דמוקרטיות המתחרה במנגנונים הפוליטיים המרכזיים. יתרה מזו, דווקא משום שהנקראים להחרים אינם בעלי תפקיד ציבורי רשמי ראוי להגן עליהם מפני לחץ פסול לא פחות, ואולי אף יותר, מכפי שמגינים על נושאי תפקיד רשמי, שכן מה שעומד על הפרק הוא לא רק כשירות ההחלטה, אלא אף הלגיטימציה של רתימת בני-אדם פרטיים תוך הפעלת לחץ עליהם.

מהו הדמיון בין שני הסדרים אלה לבין חוק החרם? הטענה במאמר זה היא כי רצון המחוקק הוא לאפשר לאנשים לפעול על-פי צו מצפונם, ואפילו לאפשר להם להחרים גורמים כלשהם משיקולים כאלה או אחרים, שכן חופש הפעולה במקרים אלה הינו משמעותי להליך הדמוקרטי. עם זאת, החשש הוא שעצם הקריאה לחרם תייצר דינמיקה שתשנה את טיבה של הבחירה האישית – דינמיקה שממנה חשש המחוקק גם במקרים של סוביורדיזמה ובחירות. לא זאת אף זאת, הקושי במקרים של השפעה חיצונית הוא בהחזרת הגלגל לאחור לשם ניתוח אופי הבחירה ומניעה. הלכה למעשה, בכל שלושת המקרים – בחירות, הכרעה שיפוטית וחרם – קשה מאוד לעמוד בדיעבד על ההניעה (המוטיווציה) שהובילה לעצם ההחלטה לפעול בדרך מסוימת. לעיתים, באופן ספורדי, יהיה אפשר למצוא ראיות תומכות להטיית שיקול-הדעת, אולם ברוב המצבים לא יימצאו כאלה. זאת ועוד, ההתערבות בדיעבד מסוכנת כשלעצמה, שכן החשש הוא שהתערבות כזו, במיוחד מצד גורם שלטוני, אינה באה רק/תמיד לנטרל את השיקולים הזרים והלא-ענייניים בבחירה, אלא נובעת מרצון לשנות את ההחלטה, גם אם המניע לה היה לגיטימי והיא מימשה את רצונו האוטונומי והאמיתי של הסוכן החברתי. על-כן בכל שלושת המקרים יש חשיבות רבה לעצם ההליך. מכיוון שאין אפשרות מעשית נוחה להחזרת הגלגל לאחור, רק הליך "נקי" מהשפעה חיצונית לא-לגיטימית יכול להכשיר את הבחירה של הסוכן החברתי. במילים אחרות, אם פרט כלשהו רוצה להחרים גורם כזה או אחר, החברה תכבד את החלטתו, ובלבד שהיא אינה נובעת מסחף ציבורי שקורא באופן אפקטיבי להטלת החרם. יכולה כמובן להתערור מחלוקת סביב השאלה מהי השפעה לגיטימית. בדומה לדיון בשאלת האסור והמותר בהקשר של תעמולת בחירות ובהקשר של סיקור תקשורת של הליך משפטי, כך יש לעסוק גם בשאלה באילו נסיבות יש צורך באסדרה של קריאה ציבורית לחרם.

חשוב לציין כי החשש החברתי מהפעלת לחץ על המחרימים הפוטנציאליים נוגע לא רק באינטרסים של מוחרמים פוטנציאליים, אלא אף באינטרסים של אלה הנקראים להחרים. על-פי התפיסה שהוצגה לעיל, בקריאה לחרם טמונים היבטים של לחץ חברתי פסול, העלול לפגוע הן ביעד החרם והן בציבור הנקרא להחרים. ראשית, על-פי התפיסה המוצעת כאן, ולהבדיל מאקט שיחני רגיל המעלה טעמים לפעולה, קריאה לחרם אינה מהווה "שכנוע" גרידא, אלא יש בה היבטים של לחץ חברתי, שעלול להיות פסול.²²⁰ ככל שהלחץ על ציבור המחרימים הפוטנציאליים אפקטיבי יותר כן הסיכוי להתממשותו של החרם גדול יותר, וכתוצאה מכך הסיכון למושא החרם גדל. נקודת-מבט זו מתעניינת אף בעצם הלחץ המופעל על הנקראים להחרים, מתוך רצון להגן על האוטונומיה שלהם וחירותם לעצב את בחירותיהם. טלו, לדוגמה, מקרה שבו לקריאה לחרם נלווה איום קונקרטי על הנקראים להחרים. הדוגמה האינטואיטיבית ביותר היא של ילד בכיתה שחבריו קוראים להחרים, ומאיימים על אלה שלא יצטרפו לחרם שהם ייהפכו בעצמם למושא לחרם. ברור שבמקרה מסוג זה תרצה

220 מהמחקרים הפסיכולוגיים בתחום זה ניתן ללמוד כי ללחץ חברתי יש השפעה ניכרת על החלטתם של הנקראים להחרים להצטרף אל החרם. ראו, למשל, Sen, Gürhan-Canly & Morwitz, לעיל ה"ש 204, *Why We*; Jill Gabrielle Klein, N. Craig Smith & Andrew John, *Boycott: Consumer Motivations for Boycott Participation and Marketer Responses*, 68 J. MARKETING 92, 97 (2004)

מערכת החינוך למנוע את הפעלתו של הלחץ משני הטעמים שעליהם עמדנו לעיל – הן בשל הסיכון שנסקף למוחרם והן בשל "כפיית" הילדים האחרים להשתתף בחרם. טענתנו היא כי בחרמות רבים קיים בקריאה לחרם איום מוסווה שאי-ההצטרפות תיענה בסוג של סנקציה חברתית. סנקציה זו, המוטלת על-ידי הקבוצה, יכולה להיות מקור לדאגה ועל-כן לספק טעם להתערבות אסדרתית. זאת ועוד, גם אם אין מדובר באיום מפורש או משתמע, לעיתים די בלחץ החברתי כשלעצמו להניע אדם לפעול בכיוונים שהוא אינו חפץ בהם, והדבר מחייב הטלת ספק בלגיטימציה של דינמיקת הלחץ.

3. חרם וחופש הביטוי

בפרקים שלעיל תיארנו שתי הצדקות אפשריות לאסדרה משפטית של חרמות. אולם טענה שיכולה להישמע נגד אסדרה משפטית של חרמות נוגעת בפגיעתה של אסדרה כזו בחופש הביטוי. דומה כי אי-אפשר להפריז בחשיבותו של חופש הביטוי במדינה דמוקרטית, ובמאמר זה אין כוונתנו להמעיט בחשיבותו.²²¹ עם זאת, יש להבחין בין חופש הביטוי כטיעון מהותי לבין שימוש בשפה של חופש הביטוי כמתודולוגיה חובקת-כל. מטרתו של מאמר זה היא, ראשית וקודם לכול, להמשיג את תופעת החרם והאסדרה המשפטית המסדירה אותה. לטענתנו, מרכזיותם של הטיעונים מתחום חופש הביטוי מנעה עמידה על חשיבותם של ערכים מתחרים והמשגתם. מטרתנו היא להציע חשיבה מחודשת על אקט החרם ועל הצורך באסדרתו, כשלב הכרחי שרק לאחרי ייהיה אפשר לדון ולהכריע בשאלת האיוון מול חופש הביטוי. אולם כבר בשלב זה ברצוננו להתייחס לכמה טענות ושיקולים אשר מצדיקים לדידנו התייחסות מיוחדת לשאלת האסדרה המשפטית של חרם, להבדיל מסוגים אחרים של ביטויים.

כפי שטענו לעיל, חרם הוא צורה של פעולה קיבוצית שכרוכה בהפעלת כוח. על-פי רוב מטרתו של החרם היא להביא לידי שינוי בהתנהגותו של המוחרם, אולם לא באמצעות פרישת טעמים באשר להתנהגות שאינה ראויה, אלא על-ידי הפעלת לחץ, בדיוק בשל ההנחה שאין די בשכנוע במילים. לפיכך מהותו של חרם היא בהכנעתו של המוחרם. לפיכך, הגם שבחרם קיימים היבטים אקספרסיביים, היבטים אלה נלווים לאופיו כפעולה כוחנית. אפיונה של הפעולה ככוחנית מצדיק פעמים רבות הטלת מגבלות, וזאת חרף הגבלת הביטוי. כך, לדוגמה, ברור לכל כי אדם אשר מתנגד למדיניות הממשלה בשטחים אינו רשאי להצית מפעל באזור זה על-מנת להביע את מחאתו. המעשה הכוחני מצדיק את התערבות המחוקק, הגם שיש בהתערבות כזו משום הגבלה של הביטוי. מובן שדוגמה זו היא קיצונית, ושאין בהכרח זהות בין הנזק הצפוי למפעל מוחרם לבין הנזק הצפוי למפעל שעלה באש. אולם חרם עשוי להוביל להתמוטטות כלכלית ולסגירת מפעל, באופן שאינו שונה מבחינה מהותית ממפעל העולה באש. עם זאת, בניגוד לשרפת המפעל, ברור כי במקרה של חרם, ודווקא משום שמדובר בפעולה קיבוצית, קיימים מצבים שבהם המדינה תרצה לאפשר את ההתארגנות, בשל חשיבותה של חירות ההתאגדות במדינה דמוקרטית. לפיכך אין בנאמר

221 לסקירה כללית של ההצדקות לחופש הביטוי במדינה דמוקרטית ראו ראם שגב ומרדכי קרמניצר *חופש הביטוי – הצדקות וסייגים* 80-159 (2008).

לעיל כדי להצדיק הטלת איסור מוחלט על חרמות, אלא רק להצדיק את אסדרתם באופן המאזן בין הערכים המתנגשים ומטיל מגבלות על ניצול לרעה של הכוח הקיבוצי. ומחרם לקריאה לחרם – אם חרם הוא פעולה קיבוצית, קריאה לחרם היא ניסיון לגייס בני־אדם לפעולה משותפת. כ"קריאה" מדובר אומנם בביטוי, ופשיטא שאיסור קריאה לחרם מהווה הגבלה של ביטוי, אך כפי שהראינו לעיל, קריאה לחרם היא השלב הראשון והחיוני בתהליך הוצאתו של חרם לפועל. כל חרם חייב לעבור שלב של תיאום, והקריאה לחרם היא המהלך המאפשר את התיאום.²²² לפיכך אי־אפשר להתייחס לקריאה לחרם כאל ביטוי גרידא. יתרה מזו, גם אם נתייחס לקריאה לחרם כאל ביטוי, חשוב לעמוד על המאפיינים הייחודיים של הקריאה לחרם כצורת שיח. אפיונה של הקריאה לחרם כשיח אינו מחסן אותה מהתערבות אסדרתית. קיימות צורות רבות של שיח שמוסדרות על־ידי המחוקק, דוגמת פרסום לשון הרע, פרסום הפוגע בפרטיות וביטויי שנאה (הסתה לגזענות). הגבלת הביטוי או שלילתו עשויות להיות מוצדקות מטעמים שונים, ביניהם זכותם של בני־אדם לא להיות חשופים לביטויים פוגעניים במרחב הציבורי או הגנה על ערכים דמוקרטיים. כפי שהראינו לעיל, שני טעמים אלה רלוונטיים לתופעה של קריאה לחרם, ועשויים להצדיק את האסדרה המשפטית של חרמות.

נקודה נוספת שנשמעת בהקשר של חופש הביטוי היא כי חרם, ועל־כן גם הקריאה לחרם, הינם מכשירים דמוקרטיים לקידומו של שיח חברתי ופוליטי, וככאלה ראוי לא להגבילם. אנו מודעים לטענה זו, המגובה בשנים האחרונות בכתיבה מן הסוגה של צרכנות פוליטית. אולם ההנחה המובלעת בניתוחים אלה, המזהה חרם עם שיח ציבורי־דמוקרטי ער ומפרה, היא שגויה מיסודה.²²³ כדי להבהיר נקודה זו, חשוב לזהות את ההבדל המשמעותי בין חרם וקריאה לחרם לבין צורות אחרות של ביטוי, ובעיקר חשוב להבחין בין חרם לבין מחאה. מחאה משמעותה הבעת ביקורת, לרוב באופן הפגנתי שיש לו הד ציבורי. לכאורה היה אפשר לטעון כי חרם דומה למחאה (או שהוא צורה של מחאה), וכי ההנחה העיקרית של המחרימים היא להביע ביקורת על אופן התנהלות שאינו ראוי בעיניהם. אולם לטעמנו יש שני הבדלים עיקריים בין מחאה לבין חרם. ראשית, בעוד מחאה יכולה להתקיים ברמת הפרט ("אני מוחה"), חרם מחייב פעולה מתואמת, ואינו יכול להתקיים ברמה האישית. לפיכך, אם אדם מחליט לא לצרוך יין מהשטחים, ואף מצהיר על כך בציבור, מדובר במחאה, ולא בחרם, כל עוד הוא אינו מגייס אנשים נוספים לפעולה משותפת של אי־צריכה. בהשאלה ניתן לחשוב על חרם בבית־הספר: יש הבדל בין האמירה "אני לא חבר של..." לבין האמירה "בואו לא נהיה חברים של...". גם אם חלק מילדי הכיתה אינם מקיימים קשרי חברות עם ילד מסוים, ואפילו אם

222 בעניין זה חשוב לעמוד שוב על ההבחנה שבין פעולה המונית וזהה אך בלתי־מתואמת לבין פעולה מתואמת להשגת מטרה משותפת. כך, אם כמה חברות קובעות באופן עצמאי מחיר זהה למוצר, פעולה זו נתפסת כפעולה לגיטימית; רק תיאום בין החברות מהווה עברה על חוקי התחרות הכלכלית. באופן דומה, הימנעות מצריכה או מקשר אינה מהווה חרם, גם אם היא נעשית במקביל על־ידי רבים, כל עוד אין תיאום ביניהם.

223 לא למותר לציין כי טענה דומה נטענת גם בהקשר של הסתה לגזענות, דהיינו, שביטויים גזעניים מהווים סוג של ביטוי פוליטי, אשר לא ראוי להגבילם, וכי המעוניינים להתווכח עם העמדות הגזעניות צריכים לעשות זאת בדרך של הצגת שיח מתחרה, להבדיל מהגבלת הביטוי מלכתחילה. ראו Barendt, לעיל ה"ש 106, בעמ' 171-172.

רוב הכיתה נוהגת כך, אין מדובר בחרם. חרם הוא תופעה מובחנת, וקיים הבדל חשוב בין ילד "לא מקובל" לבין ילד מוחרם. שנית, הבדל נוסף בין חרם למחאה הוא שחרם, להבדיל ממחאה, אינו מהווה אך ביקורת על התנהלותו של מאן דהוא, אלא משקף החלטה להימנע מקשר עימו. לפיכך, בעוד תפקידה של מחאה הוא לעורר שיח, חרם נועד לחסום אותו. חרם אינו מאפשר שיח, אלא עניינו בסירוב לקיים דיאלוג ענייני עם הצד שכנגד, בבחינת "איני מתכוון לדבר איתך, שכן דבריך אינם ראויים לתגובה ולשיח". אף שנהוג לייחס לחרם פעמים רבות משמעות של שיח פוליטי, הראוי לכאורה להגנה מיוחדת בשל היותו ביטוי פוליטי,²²⁴ שיח זה אינו ניהן באיזונים ובבלמים שהשיח הפוליטי המוספמי (הקונוונציונלי) ניהן בהם. זאת ועוד, הגבלת האפשרות להחרים שוללת ערוץ ביטוי מסוים מאוד, ואינה מונעת הבעת מחאה וביקורת, בין בדרך של מחאה אישית ובין בדרך של הפגנה קבוצתית המתרחשת במרחב הציבורי. עם זאת, יושם אל לב כי גם כאשר להפגנה קיימת הסדרה משפטית בשל הצורך להגן על אינטרסים מתנגשים, דוגמת שמירה על הסדר הציבורי. כפי שהראינו לעיל,²²⁵ ייתכנו מקרים שבהם ההבדל בין מחאה, הפגנה וקריאה לחרם יהיה דק, דוגמת אדם המתהלך במרחב הציבורי עם חולצת-טי ועליה הצהרה כי הוא מחריס מוצר/גוף מסוים. אולם מן העובדה שלעיתים הפער המעשי בין מחאה להפגנה קשה להבחנה אין ללמוד כי ברמה המושגית אין הבחנה כזו.

ד. השלכות דוקטרינריות – בחזרה לחוק החרם ולבג"ץ אבנרי

בדיון שערכנו לעיל הצענו כלים לחשיבה מושגית חדשה על תופעת החרם. למדנו כי ניתן לחשוב על חרם כאקט של כוח וכביטוי בשני ערוצים עיקריים: כאקט של כוח שמוביל לתוצאות ברמת הפרט וברמת הציבור, אך גם כאקט שיחני. המסגרות וההצדקות לאסדרה הציבורית של החרם – מסגרת הכוח ומסגרת השיח – הן נפרדות ועצמאיות. המשותף להן הוא ששתיהן מתמקדות באסדרה של פעילות בספרה הציבורית, מתוך הבנה שקיומו של חרם הוא במימד הציבורי, ולכן אין לחשוב על החרמה אישית כעל חרם. עם זאת, כל אחת מהמסגרות עומדת על רגליה שלה ומהווה הצדקה עצמאית. כעת ברצוננו לעבור מהרמה הכללית של הדיון לרמת הקונקרטי, ולדון בהשלכות הדוקטרינריות האפשריות באשר לחוק החרם ולפסיקת בית-המשפט בעניינו.

1. מהו המעשה האסור – קריאה לחרם או חרם?

כנטען לעיל, יש לחשוב על חרם כתופעה קיבוצית, שהופעתה במרחב הציבורי עשויה להצדיק – ולעיתים אף לחייב – אסדרה משפטית. המופע של החרם בספרה הציבורית עשוי ללוש צורות שונות, אולם חשיבותו היא בכך שמדובר באקט קיבוצי. במונח זה, "ההחרמה

224 על-פי התפיסה המקובלת, חירותם של בני-אדם להתבטא ראוייה להגנה באופן כללי, אולם לביטויים בעלי תוכן פוליטי יש מעמד מועדף ביחס לביטויים שאינם בעלי תוכן פוליטי, וזאת לנוכח הערך הרב המיוחס למחלוקות ולוויכוחים מבחינת המשטר הדמוקרטי. ראו שם, בעמ' 155.

225 ראו לעיל ליד ה"ש 85-86.

האישית" – גם אם היא נעשית על-ידי כמה פרטים ואפילו על-ידי פרטים רבים – אינה עולה כדי חרם, שכן היא חסרה את המימד הקבוצתי. אין לראות את ההחרמה האישית ואת ההחרמה הציבורית כנקודות שונות על רצף אחד, אלא יש למקם בצד אחד של המתרס את ההחרמה האישית ובצד האחר את ההחרמה הציבורית. האופן שבו בחר המחוקק להסדיר את החרם – ובכך למעשה מסגר את הסוגיה עבור בית-המשפט – הוא כזה שלא הביא לידי ביטוי מלא את מהותו הציבורית-הקיבוצית. כך, למשל, מהגדרת המונח "חרם על מדינת ישראל"²²⁶ אי-אפשר ללמוד שמדובר באקט ציבורי קבוצתי; הגדרה זו מניחה כי גם אקט אישי של אי-צריכה מהווה חרם, הגם שהוא אינו נכנס לגדר עוולה או עברה. לדעתנו, הימנעות מצריכה או מקשר באופן אישי אינה שקולה לחרם, גם אם היא נעשית על-ידי אוסף של פרטים, ואף-על-פי שבשפת היומיום אנו נוהגים לעיתים להגדירה כאקט של החרמה ("אני מחרים יין מהשטחים").

בניגוד להגדרה המופיעה בחוק למונח "חרם על מדינת ישראל", העובדה שהמחוקק בחר להגדיר כעוולה רק את הקריאה הפומבית לחרם משקפת את התובנה שהחרם פועל בספירה הציבורית באמצעות הקריאה לחרם. במובן זה "זיהוי" הבעיה על-ידי המחוקק הוא נכון. הקריאה הפומבית מעבירה אותנו מהספירה הפרטית לזו הציבורית. אלא שחוק החרם אינו מסתפק בקביעה כי קריאה פומבית לחרם היא אסורה, אלא מוסיף לאיסור דרישה של אפקטיביות. סעיף 2 לחוק קובע כי האיסור חל על "המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, ועל פי תוכנה של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת החרם". כיצד יש להבין את דרישת האפקטיביות, והאם היא ראויה? מהניתוח שקיימנו לעיל עולה שקיימות שתי דרכים עיקריות להבין את הפסול שבקריאה לחרם: האחת היא "תוצאתנית", במובן זה שהקריאה לחרם עלולה להוביל לחרם שהמדינה מוטרת ממנו בהיותו שימוש קיבוצי בכוח; והאחרת רואה בעצם הקריאה לחרם שיח פוגעני, שהשלכותיו אינן מתמצות בסיכוי להתממשות החרם או בגרימת נזק כלשהו. על-פי התפיסה הראשונה, הקריאה לחרם אסורה משום שהיא מייצרת סיכון לכך שחרם קיבוצי אכן יתרחש. האפקטים הכלכליים והאחרים של החרם יהיו משמעותיים רק בהתקיים ציבור גדול מספיק שיחרים, והקריאה לחרם עלולה לקדם זאת. הקריאה הציבורית מגבירה לא רק את היתכנות המעשה, אשר מעצם טבעו דורש מספר מעורבים רב,²²⁷ אלא אף את עוצמת התוצאה במונחים של הצלחתה. היא יוצרת דינמיקה עם מומנטום משל עצמה.²²⁸ מבחן של אפקטיביות הוא הגיוני במונחי התפיסה הראשונה, אלא שאנו סבורים

226 ס' 1 לחוק.

227 אחיזה לגישה זו אפשר לראות בדבריו של השופט עמית, אשר קובע כי "הקריאה לחרם היא ביטוי שמטרתו להניע פעולה ספציפית (חרם) בקרב הזולת". בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 5, פס' 10 לפסק-דינו.

228 רק בשנים האחרונות היינו עדים בזירה הבין-לאומית לכמה אירועים ציבוריים משמעותיים שהחלו את דרכם כקריאה ציבורית באמצעות הרשתות החברתיות, ובראשם ההפיכות שהתרחשו בעולם הערבי. אכן, נראה כי ביקורתו האישית של אדם אינה מהווה איום משמעותי על השלטון, בניגוד לאפקט שקריאה כזו יכולה לייצר בציבור כולו. במובן זה, ייתכן שגורמי השלטון יעדיפו לעצור את ההתבטאות הביקורתית בעוד מועד על-מנת לאיין את הסיכוי ליצירת מומנטום כזה. דוגמה נוספת היא חרמות הצרכנים שמקורן ברשתות החברתיות, אשר החלו גם הן, במקרים

כי את הדרישה ל"אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת חרם" אין להבין כנוגעת בסיכוי שייגרם נזק לפרט, אלא כנוגעת בסיכוי שהקריאה תוביל לחרם קבוצתי, המחייב אסדרה. במובן זה, המחוקק בחר להסדיר את התופעה רק אם הסיכוי לקיומה סביר. על-כן הופעה במרחב הציבורי של אדם יחיד אשר מצהיר כי הוא "מחרים" מוצר מסוים אינה מהווה קריאה לחרם, משום שבמקרה הפרדיגמטי אין בה סיכוי סביר לפעולה הקבוצתית האסורה. על-פי התפיסה התוצאתנית, המחוקק מרחיב למעשה את הגדרת החרם הקבוצתי אל עצם הקריאה לו, משום שאקט הקריאה הוא נקודה בזמן ובמרחב שניתן "ללכוד" אותה, ויש לה סיכוי טוב להוביל לחרם כתופעה חברתית, שממנה המדינה מוטרדת ואשר אותה היא רוצה לאסור. שאלה נפרדת היא אם היה ראוי לאסור את עצם ההשתתפות בחרם קבוצתי. השראה לכיוון זה עשויה להימצא בדוקטרינות של המשפט הפלילי העוסקות בעבריינות קבוצתית או קבוצתית, אשר דורשות, כתנאי להשתכללותן, מודעות של השותפים לכך שהם פועלים בצוותא.²²⁹ בירור מעמיק של שאלה זו חורג מהיקפו של מאמר זה. מה שברור לצורכי הדיון שלנו הוא שאם החרם כתופעה קבוצתית מטריד את המחוקק, יש היגיון באיסור הקריאה לו, בבחינת איסור פריפריאלי שנועד למנוע את הליכה, המובנת כחרם ציבורי. אלא שבמצב זה, כאמור, האפקטיביות של הקריאה אינה צריכה להימדד במונחים של נזק לפרט, אלא במונחים של הסיכוי "להיכנס בדלת" של הפעולה הקבוצתית שעליה המדינה מעוניינת לפקח. האם דרישת האפקטיביות הגיונית גם במונחי הלא-תוצאתנית של איסור הקריאה לחרם? דהיינו, האם יש פסול בקריאה לחרם גם מקום שברור כי דינה של הקריאה להיכשל? לדעתנו, מהפרספקטיבה הרואה בקריאה לחרם שיח פוגעני אין מקום לדרישת האפקטיביות. דרישת האפקטיביות כתנאי לאיסור הקריאה לחרם נעוצה בהבנה צרה מדי של הגיונה כאיסור תוצאתני. השאלה אם יש להתנות את האיסור במבחן של אפקטיביות מוכרת מהדיון בעברות ביטוי במשפט הפלילי. ראינו במשפט הפלילי כי מבחן של אפקטיביות הוא הגיוני אם הרציונל הוא מניעת נזק, אבל אינו הגיוני אם האיסור מובן כמיועד למנוע פסול שעניינו פגיעה באינטרסים ציבוריים או פגיעה בפרט אשר אינה מתמצה בנזק ואינה דורשת הוכחת נזק כתנאי להתהוותה. באופן דומה ניתן לחשוב על תופעת הקריאה לחרם: אם הרציונל לאיסור הקריאה הוא קיומו של חרם, אזי יש היגיון בדרישת האפקטיביות; אולם אם מקורו של הפסול כבר בעצם הקריאה לחרם, ללא תלות בהתקיימותו של החרם עצמו, אזי אין מקום לדרישת האפקטיביות.²³⁰ במובן זה, האיסור אכן צריך להתמקד בקריאה לחרם, ולא רק בחרם כתופעה קבוצתית, שכן בקריאה לחרם טמונה פגיעה אינהרנטית בשיח הציבורי-הדמוקרטי, וכן פוגעניות כלפי הפרט הנחשף לאותו שיח, בדומה ל"עקרון הפגיעה" שנוסח במשפט הפלילי. אלא שבעוד ההתניה של איסור הקריאה לחרם באפקטיביות של הקריאה מוצדקת מטעמים של אסדרת כוח, היא אינה מוצדקת מטעמים של מניעת שיח פוגעני בספירה

רבים, בקריאה אישית שהלכה והתרחבה בקרב הציבור עד שהתהווה אפקט צרכני משמעותי שהספיק ליצירת השפעה על השוק.

229 ראו ס' 29(ב) לחוק העונשין, העוסק באחריותם של בני-אדם שביצעו עברה במשותף ("מבצעים בצוותא").

230 למרות דעתנו המובעת לעיל, שלפיה אין צורך בתוצאה מסתברת, יש צורך במידה מינימלית של תהודה ציבורית לקריאה לחרם לשם קיום הדרישה של השפעה על השיח. היה אם הקריאה לא תעבור רף זה, נראה שלא יהיה אפשר לדבר על פגיעה בשיח.

הציבורית, שכן לעיתים גם קריאה של פרט שאינה אפקטיבית יכולה להוות פגיעה בשיח, שעליה תרצה המדינה ליישם אסדרה. כך, למשל, אם נחשוב על חרם בין כותלי בית-הספר, ברור שקריאה לחרם היא בעייתית לא רק כאשר היא באה מצד ילד חזק כלפי ילד חלש, אלא גם במקרה ההפוך, שבו ילד חלש מבחינה חברתית קורא לחרם על ילד חזק יותר, כלומר, היא בעייתית גם אם היא אינה צפויה להיות אפקטיבית במונחים של מימוש פוטנציאל החרם. באופן דומה, אף בזירה החברתית-הפוליטית קריאה לחרם היא בעייתית ופוגענית ללא קשר לסיכויי מימושה בפועל. לבסוף, ברצוננו להבהיר כי לנוכח המובחנות בניתוח ההצדקות לאסדרה המשפטית של הקריאה לחרם, מבחינה מעשית/דוקטרינרית יש למדינה הצדקה לגיטימית לאסדר חרם גם בהעדר תוצאה ישירה או נזק. עם זאת, מידת האיסור, צורת האכיפה ואפילו הענישה עשויות להיות מושפעות ממידת האפקטיביות של החרם.

2. מהו הענף המשפטי הראוי לטיפול בחרם – דין אזרחי או דין פלילי?

שאלה נוספת המתבקשת לנוכח הניתוח שהצענו לעיל היא מהו הענף המשפטי הנכון לאסדרת החרם. אם נסתכל על חוק החרם, נראה כי בעוד בשלבי החקיקה המוקדמים כלל החוק רובד פלילי ורובד נזיקי, מהגרסה הסופית של החוק הושמט החלק הפלילי, בין היתר בשל החשש שהאיסור הפלילי יהווה פגיעה חמורה מדי בחופש הביטוי, שתיצור אפקט מצנן.²³¹ תפיסת המחוקק התמקדה בפגיעה הפרטית הטמונה בחרם, והמחוקק נתן תרופה בידי הנפגע הפרטי לקבל פיצוי על נזקו. בעקבות המחוקק התמקד אף בית-המשפט בפגיעה הפרטית שהוסדרה בחוק, ופסק-הדין כבג"ץ אבנרי עוסק בפגיעתו של חוק החרם בחופש הביטוי ובפרשנותה של העוולה הנזיקית. מתוך רצון לצמצם את הפגיעה בחופש הביטוי, פורשה העוולה הנזיקית בצמצום, ונפסל סעיף הפיצוי העונשי, שהוגדר על-ידי בית-המשפט כבלתי-חוקית. אלא שחרם, כפי שראינו במאמר זה, הוא תופעה קיבוצית שעיקר פועלה בספירה הציבורית. יתרה מזו, לחרם יש השפעה רב-ממדית, החורגת מהאינטרסים הצרים של המחרים וחירויותיו ושל המוחרם וזכויותיו. לפיכך אנו סבורים כי מהלך הדברים בחשיבה על האסדרה המשפטית של חרם אמור להיות הפוך מדרך הפעולה שנקט המחוקק. החרם קיים בעיקרו בספירה הציבורית, מכוון אליה ככזו, ויש לו השפעות ציבוריות.²³² אסדרה ציבורית ואף פלילית של חרמות קיימת אף במשפט המשווה, אם כי אסדרה זו, כפי שהראינו לעיל, חלה בעיקר על חרמות חיצוניים, להבדיל מפנימיים.²³³ לטענתנו, אף אסדרה משפטית של חרמות פנימיים צריכה להיות מטופלת במישור המשפט הציבורי/פלילי, ולא רק בזה האזרחי. כפי שהסברנו, השפעתו של החרם בספירה הציבורית עשויה להתקיים בשני ממדים. ראשית, החרם עצמו, כפעולה משותפת, מהווה צבירת כוח שיש לה השפעה על הספירה הציבורית, אשר חורגת מהפרט המוחרם. שנית, החרם והקריאה לחרם עלולים להשפיע באופן

231 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 416 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 4, בעמ' 53.

232 השוו להלכות בדבר הפרת חובה חקוקה. כדי לקיים תביעה אזרחית בדבר הפרת חובה חקוקה, יש להראות לא רק כי החוק הופר, אלא כי הייתה כוונה להעניק עילת תביעה פרטית, נוסף על האסדרה הציבורית המתייחסת לעצם הפרת החוק.

233 ראו, למשל, נוה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 10-12, אשר סוקר את חוק סחר החוץ הגרמני, המטיל סנקציות פליליות בגין הטלת חרם על מדינות מחוץ לגרמניה.

לא־ראוי על השיח הציבורי־הדמוקרטי. בעניין זה יש להבהיר כי הדבר אינו תלוי בתוצאה כלשהי במישור של הטלת החרם, אלא הפגיעה היא בשינוי השיח וביצירת סיכון לעצם היתכנותו. על־מנת להדגים נקודה זו, על שני היבטים, ניתן לחשוב על דוגמה מן המציאות הישראלית שבה קראו רבנים להחרים את הרב הראשי אליהו בקשי דורון בשל ביקורתם על עמדתו בנושא מחלוקת השמיטה.²³⁴ ניתן להבין כי הפגיעה ברב הראשי משקפת חלק קטן מן הבעיה, שבעיקרה היא בעיה במישור הציבורי, להבדיל מפגיעה פרטית בזכויותיו של הרב. מקרה זה מביא לידי ביטוי את הממדים שעליהם דיברנו לעיל. ראשית, כאשר למימד הכוח, ברור לכל כי הרבנים הפעילו את כוחם באופן המסכן את ערוצי הפעולה הממלכתיים־הדמוקרטיים, וזאת על־מנת להביא לידי שינוי מדיניות. מטרתה של הקריאה לחרם הייתה להפעיל לחץ לשינוי החלטה שלא עלה בידם לשנותה בערוצים הפוליטיים. מכיוון שלא עלה בידם לשכנע בדרך של שיח, הופעל כוח החרם כדי "לסחוט" את הרב לשנות את עמדתו.²³⁵ שנית, עצם הקריאה לחרם שינתה את אופיו של השיח ואפשרה בריחה ממנו. פגיעה זו נגרמת ללא קשר לתוצאה שאותה ביקש החרם להשיג ולשאלה אם המדיניות שונתה בסופו של דבר אם לאו.²³⁶

ניתן לטעון כי הסדר של פיצוי עונשי, שאותו ביקש המחוקק לכלול בחוק החרם, נותן מענה מסוים לפן הציבורי של אסדרת החרם, ועל־כן לא היה מקום לפוסלו. עם זאת, אסדרת הפן הציבורי באמצעות פיצוי עונשי היא חלקית לכל־היותר, ועשויה אף לא לשקף באופן ראוי את האינטרס הציבורי. כך, למשל, ניתן לחשוב על מצבים שבהם היה ראוי לאכוף את איסור החרם אך אי־אפשר לזהות נפגע ספציפי שיגיש תביעה ויפעיל את המנגנון העונשי. מאידך גיסא, ניתן לחשוב על מצבים שבהם האינטרס הציבורי לא יצדיק הגשת תביעה, אך מכיוון שמדובר במנגנון של המשפט הפרטי, לא יהיה אפשר "לסמוך" על התובע הפרטי שיביא בחשבון שיקולים ציבוריים שאינם מעניינו, וזאת להבדיל משיקולי־הדעת שהתביעה הכללית הייתה מפעילה.

המסקנה המתבקשת מדברים אלה היא שיש מקום לשקול טיפול משפטי בחרם בכלים של המשפט הציבורי והפלילי, ולכן ראוי לחשוב מחדש על ההחלטה להשמיט את החלק

234 ראו הצעת חוק איסור הטלת חרמות, התשס"ט-2009, פ/786/18.

235 שם, בעמ' 2: "...החרם הינו אמצעי אנכרוניסטי ומיותר אשר כל תכליתו נותרה לשמש בידו גורמים אינטרסנטיים בקהילה החרדית בכדי לסחוט אישי ציבור ולא לצם לשנות החלטות שאינן מוצאות חן בעיני רבנים; מגמות אלו מבקשות לפגוע באנשי ציבור ואנשים פרטיים, המעוררים את עניין הציבור, מטעמים שונים. האיומים בחרם על הרב הראשי, אליהו בקשי דורון אשר הביאו אותו לשנות את עמדתו בנושא מחלוקת השמיטה הינם התערבות בוטה של רבנים חרדיים בהחלטותיהם של אישי ציבור ואין מנוס מהשוואתם לסחיטה תחת איומים, עבירה פלילית בספר החוקים הישראלי; מטילי החרמות ועושי דברם לוקחים את החוק ליריהם וחורצים דינם של חפים מפשע, מחוץ לכותלי בית המשפט. מדינה, המבקשת להיות שומרת חוק, אינה יכולה לעבור לסדר היום, בעוד נוהגות בה מסכות הסתה מעין אלו, אשר סופן להסתים בהשתלחות המון זועם על אדם או קבוצת אנשים, וחלילה באובדן חיי אדם."

236 אכן, הצעת החוק הפרטית שהגיש חבר הכנסת אופיר פינס בעקבות מקרה זה משקפת תפיסה של החרם כתופעה ציבורית, ומציעה לטפל בו באמצעות המשפט הפלילי, ללא סעד נזיקי. ראו הצעת חוק איסור הטלת חרמות, לעיל ה"ש 234.

הפלילי מהחוק. יובהר כי אין בכוונתנו לספק הצדקה לאיסור כל מופעי החרם בספרה הציבורית. כפי שראינו בפרקים הקודמים, קיימת הבחנה בין סוגים שונים של חרמות לעניין הלגיטימציה של איסורם. אסדרת החרם לעולם תהיה תלויה-הקשר. אין דין אסדרה של חרם צרכנים כדון אסדרה של חרם פוליטי. אלא שבמקרים שבהם איסור החרם מוצדק, אסדרתו תהיה קודם-כל פונקציה של פגיעתו ותועלתו בספרה הציבורית. לפיכך, ובכפוף לאיזון בין הפגיעה (הציבורית) הטמונה בחרם לבין פגיעת איסורו בחופש הביטוי, דרך-המלך למניעת הפגיעה הציבורית הטמונה בחרם מצויה במשפט הפלילי, ולא במשפט הפרטי.

לבסוף, ניתן לכאורה לטעון כי החוק כבר כולל בתוכו אסדרה ציבורית, בדמות סנקציות מנהליות כלפי נוקטי החרם. על כך יש להשיב כי סנקציות אלה הן חלקיות בלבד, ומוגבלות למצבים שבהם המחירים נזקק להטבות מן המדינה, אשר יישללו ממנו בשל פעולתו המחרימה. שנית, אסדרה זו אינה מהווה למעשה אסדרה ציבורית אמיתית. פעילותה של המדינה כשוללת הטבות במסגרת החוק היא לא בכובעה כמאסדר, אלא יותר כשחקן שנפגע ואשר מוענק לו סעד עצמי של שלילת הטבות; לא דמוקרטיה מתגוננת לפנינו, אלא מדינה מתגוננת כשחקן.²³⁷ שלישית, וחשוב מכל, אסדרה מנהלית מעניקה למדינה את הכוח "לשפוט חרמות". להבדיל מהמצב הפרדיגמטי במשפט הפלילי, שבו ההכרעה אם החוק הופר נתונה לשיפוטו של בית-המשפט, ובחינת אשמתו של הנאשם כפופה לערובות הפרוצדורליות שהמשפט הפלילי מעניק, כאשר מקנים למדינה את הסמכות המנהלית לשלול הטבות, פוגעים בערובות אלה. אומנם, פעולתה המנהלית של המדינה תהיה נתונה, ככל פעולה מנהלית, לביקורתו של בג"ץ, אולם ביקורת זו היא מטבעה פיקוחית, ולא ערעורית.

3. חרם כעוולה במשפט הפרטי – האם הדרישה להוכחת נזק ראויה?

חרף האמור בחלק הקודם, אין להתעלם מכך שלחרם עשויה להיות השפעה גם על הספרה הפרטית ועל ניווקים פרטניים. השפעה זו יכולה להיות מתורגמת לזכויות במשפט הפרטי, שיצטרפו לאסדרתו הציבורית.²³⁸ בשל הפגיעה הפרטית הטמונה בחרם ניתן לחשוב על אסדרה נזיקית שתעניק לנפגעי החרם תרופה במקרים הראויים. כפי שראינו, חוק החרם התמקד באסדרה פרטית. האם האופן שבו פורש החוק על-ידי בית-המשפט עולה בקנה אחד עם הטיעונים שהועלו במאמר? החוק מגדיר את הקריאה הפומבית לחרם כעוולה נזיקית, ומאפשר לנפגע לתבוע בגינה פיצוי על הפרת זכותו. החוק אינו כולל דרישה מפורשת לנזק כחלק מיסודות העוולה.²³⁹ זאת, ברומה לעוולות נזיקיות אחרות המגינות על פגיעה בזכויות, כגון תקיפה, הסגת גבול ועוד. אולם בית-המשפט, בפרשו את החוק, קרא דרישת נזק וקשר סיבתי לתוך העוולה, מתוך שאיפה למזער את הפגיעה בחופש הביטוי. צמצום הפגיעה בחופש הביטוי הוא יעד ראוי, כמובן, אלא שהניתוח שערכנו לעיל מלמד כי יש טעמים טובים לאסדרה של החרם.

237 לביקורת מכיוון אחר על האמצעים המנהליים של החוק ראו ווייל, לעיל ה"ש 35.

238 להרחבה באשר ליתרונות אסדרתו של אקט החרם במסגרת המשפט הפרטי ראו יעקב, לעיל ה"ש 30.

239 וזאת להבדיל מעוולות נזיקיות אחרות, דוגמת עוולת הרשלנות והפרת חובה חקוקה, שבהן נזק הוא יסוד הכרחי.

כאשר מדובר בחרם פוליטי, הנטייה תהיה לאסור אותו לחלוטין ולהגן באופן חזק על זכויות הנפגעים. לעומת זאת, כאשר מדובר בחרם "לגופו של עניין", דוגמת חרם צרכני, טיטה המדינה לאפשר אותו, בד בבד עם החלת אסדרה שתמנע שימוש בלתי-מידתי בכוח. על-אף גזרתו הצרה, החרם שמוסדר בחוק החרם הוא חרם פוליטי – חרם שאינו "לגופו של עניין". ככזה ראוי לאוסרו, מתוך התפיסה שחרם כזה מהווה פגיעה בערכים ציבוריים, לצד הפגיעה בזכויות המוחרמים. נראה שבמצב דברים זה דרישת בית-המשפט להוכחת נזק וקשר סיבתי ממצמת את ההגנה הפרטית יתר על המידה. כפי שניתן ללמוד מהדיון בעקרון הפגיעה במשפט הפלילי, חרם במקרים אלה עשוי להיות פוגעני כלפי נמעניו גם אם אין ביכולתם להוכיח נזק. צמצום הפגיעה בחופש הביטוי במצב זה יגבה מחיר בדמות כרסום משמעותי בזכויות הנפגעים, כשם שדרישה להוכחת נזק כתנאי לקיום העוולה של הסגת גבול או תקיפה תהווה כרסום משמעותי בהגנה המשפטית על הזכות.²⁴⁰ אנו מודעים לכך שההבחנה המוצעת במאמר זה בין חרם "לגופו של עניין" לבין חרם "פוליטי" אינה דיכוטומית, וכי למעשה מדובר ברצף ובו שני מקרי-קצה. סיווגם של מצבי חרם שונים עשוי לעורר קשיים מעשיים ומהותיים, כשם שההבחנה בין שביטה "רגילה" לשביטה "פוליטית" אינה נקייה מקשיים. עם זאת, עצם העובדה שבמקרי-גבול ההבחנה אינה פשוטה אינה חותרת תחת עצם קיומה של ההבחנה. לא זו אף זו, גם מבחינה מעשית ההבחנה הדיכוטומית אינה מתחייבת, שכן ניתן להשתמש בסוגים שונים של אסדרה שיותאמו למיקום התופעה על הרצף. כך, למשל, גם כאשר יותר חרם לגופו של עניין ייתכנו מגבלות זמן והיקף, ולעומת זאת, במקרים המתקרבים לקוטב של חרם פוליטי (שאינו לגופו של עניין) ניתן לחשוב על מגבלות שיהיו פחותות מאיסור מוחלט.

סיכום

במאמר זה ביקשנו להרחיב את הפרספקטיבה של הדיון באסדרה המשפטית של חרם אל עבר סוגים מגוונים של חרמות, ולהתרחק מההקשר הפוליטי הספציפי שבו נחקק חוק החרם. בג"ץ אבנרי והספרות המועטה שקיימת בתחום זה נוטים להדגיש את ערך חופש הביטוי ואת הסכנה הנשקפת לו מאיסור משפטי של חרם. בשיח זה קיים חסר בולט, שכן הוא נעדר כלים להמשיג את הדבר הניצב מול חופש הביטוי, דהיינו, את הנזק האפשרי בחרם ואת הפסול הטמון בו. אפשר שחסר זה אינו מקרי, שכן אסדרה של אקטים קבוצתיים/קיבוציים מאתגרת את המחשבה המשפטית המוסכמת, אשר מניחה בבסיסה פעולות על-ידי פרטים ופגיעות בפרטים.²⁴¹ מזווית מוסכמת זו קל לראות את החרם כביטוי של פרטים, ולהבין את הפגיעה הטמונה בו במונחים של פגיעה בפרטים אחרים. אולם כפי שהצענו לעיל, יש לחשוב על החרם כתופעה קיבוצית במהותה, שיש לה השלכות לא רק על הפרט, אלא גם על הציבור בכללותו. לפיכך, כאשר החרם הוא לא-גליטימי, טמונה בו פגיעה באינטרסים ציבוריים נוסף על אינטרסים פרטיים.

240 ראו יעקב, לעיל ה"ש 30.

241 כך, לדוגמה, במשפט הפלילי מתקיים דיון באשר לאחריות הפלילית של תאגידים, כמרגם של ארגוני פשיעה, וכן במצבים של עבריינות קיבוצית, אולם דיון זה אינו מוביל לתוצאה חד-משמעית כאשר לאופי האסדרה.

מהפרספקטיבה המוצעת חוק החרם צר מדי, וזאת ביותר ממובן אחד. המובן שעליו הצביעו העותרים הוא שהחוק מתמקד בסוג אחד בלבד של חרם, ועל-כך מפלה. על-פי הניתוח שהצענו, יש להבחין באופן בסיסי בין חרמות שהם "לגופו של עניין" לבין חרמות פוליטיים, ולפיכך חוק החרם אכן אוסר סוג אחד בלבד של חרם פוליטי במקום לאסור באופן רחב יותר את כל החרמות הפוליטיים. אולם החוק צר מדי במובנים נוספים. ראשית, החוק מתמקד בראייה תוצאתנית של הקריאה לחרם, ועיוור לפוגעניות הטמונה בקריאה לחרם ובחרם ביחס לשיח הדמוקרטי. שנית, החוק מתמקד בפגיעה הפרטית הטמונה בחרם, ועיוור לפגיעות הציבוריות הטמונות בו. שלישית, ייתכן שחרם פוליטי אינו החרם היחיד שהמדינה תרצה להסדיר. גם חרמות אחרים ראויים לאסדרה, הגם שאופי האסדרה יהיה שונה. כך, חרמות "לגופו של עניין" שכוללים שימוש בלתי-מידתי בכוח עשויים אף הם להצדיק אסדרה של המחוקק.

מטרתו של מאמר זה אינה הנעה מיידית של גלגלי החקיקה לכיוון של הרחבת חוק החרם. עם זאת, ברצוננו להציע שפה חדשה למחשבה על חרם, שבאמצעותה יהיה אפשר לגשת למלאכת האיזון החוקתי. מלאכה זו קשה ומורכבת, ומטרתנו לא הייתה להכריע בה, אלא להציע מונחים חדשים שיאפשרו את קיומה.

