

על עוולות וחרמות (בעקבות בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת)

מאת

אסף יעקב*

סעיף 2(א) לחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, אשר שרד את המבחן החוקתי בבג"ץ אבנרי נ' הכנסת, יצר עוולה חדשה של פרסום קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל. עוולה זו מצטרפת למארג החקיקה הנויקי הקיים במשפט הישראלי, ועל בתי המשפט יהיה ליישמה ולפרשה במסגרת הדין הרווח. מטרת המאמר היא להתוות כלים לפרשנותה של עוולה זו בתוך כדי השוואתה לעוולות נזיקיות אחרות ולחשיבה הנזיקית המקובלת בהקשרים דומים. המאמר מותח ביקורת על פרשנותה של העוולה בבג"ץ אבנרי ומצביע על הסיכונים הכרוכים באופן הפרשנות שאומץ בבית המשפט בהקשר הנויקי, הן באשר לחוק החרם והן באשר לעוולות נזיקיות אחרות. המאמר מראה כי ניתן להגיע לתוצאות דומות לאלו שאליהן הגיע בית המשפט באמצעות פרשנות מסורתית של דיני הנזיקין, בהתבסס על דרך עיצובם במשפט המקובל. נוסף על זה, המאמר מראה שגישתו הדוגמטית של בית המשפט בפרשת אבנרי באשר למתן צווים מכוח חוק החרם, אשר נסמכת על פסיקה ישנה בנושא לשון הרע, מחמירה מדי עם התובע. פסיקה ישנה זו אינה מתאימה ליישום מכאני בהקשר של חוק החרם לא רק בשל השוני הקיים בין עולת הקריאה לחרם לבין עולת לשון הרע אלא גם בשל השינויים הטכנולוגיים והתקשורתיים אשר עברו על העולם מאז ניתנה, לפני שנים רבות.

מבוא. א. עולת החרם כפי שבאה לידי ביטוי בבג"ץ 5239/11. ב. פרשנות פקודת הנזיקין.
1. ההבחנה בין "פגיעה" ל"נזק" והשלכותיה על התגבשות העוולה; 2. משמעות היסוד הנפשי של "כוונה" ו"ביודעין"; 3. הגנות; ג. פרשנותה של עולת פרסום הקריאה לחרם.
1. אפיון העוולה והיקף ההגנה; 2. יסוד ה"ביודעין"; 3. סיבתיות. ד. תביעה לפיצוי לעומת תביעה לקבלת סעד אחר. 1. מסלול הפיצוי; 2. ומה בהיעדר יכולת להוכיח קשר סיבתי או בהיעדר נזק?; 3. פסיקת צו מניעה בהקשר של חופש הביטוי – הכצעקתה?; 4. זכות הנפגע מול אינטרס הציבור; ה. פרשנות טקסטואלית – יסודות עובדתיים של עולת החרם.
1. אפקטיביות החרם ואפקטיביות הקריאה; 2. מהו פרסום ומהי זהות המפרסם?; סיכום.

* פרופסור-חבר בבית הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות לריבי וויל, ליוני לבני, לאריאל פורת, לדור פסקא ולגליה שניבוים על שיחות והערות חשובות ומועילות לטיוטה קודמת של מאמר זה. ברצוני להודות גם לעוזרות המחקר גילי פרהדיאן ואור כהן על עזרה מצוינת במחקר. כמו כן ברצוני להודות לחברי וחברות כתב העת משפטים: אלדר גילרן, אורי הס ונועה צוקר וכן לעורך נדב ישראלי, על עבודת עריכה מעולה.

מבוא

הדיון בבג"ץ 5239/11 בשאלת תקפותו של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם² עמד במרכז של מחלוקת ציבורית חריפה ובעין הסערה של השקפות פוליטיות מתנגשות.³ הוא הביא לדיון משפטי עמדות חוקתיות הנוגדות זו את זו ואף חייב בחינה של איזונים שונים בין חופש הביטוי, חופש העיסוק ועוד. הכרעת הדין, בדעת רוב של חמישה שופטים כנגד ארבעה, הייתה כי חוק החרם ימשיך לעמוד על כנו לבד מסעיף אחד שנפסל, הוא סעיף 2(ג), שחשף את המעוול שמפרסם קריאה לחרם בזדון לתשלום פיצויים לדוגמה.⁴ בית המשפט הותיר על כנו את סעיף 2(א), שקבע עוולה חדשה של פרסום קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל.⁵ מהלך זה התאפשר לאחר שבדעת רוב ניתנה פרשנות מצמצמת לסעיף זה המגדיר את יסודות העוולה. לפיכך התוצאה לאחר הכרעת בית המשפט בבג"ץ היא כי נוספה לדיני הנזיקין עוולה חדשה, ועל בתי המשפט יהיה ליישמה ולפרשה בתוך כדי שילובה במארג הנזיקי הקיים במשפט הישראלי. משימה זו לא תהיה פשוטה היות שבפרשו את החוק מיקד בית המשפט העליון (בשבתו כבג"ץ) את עיקר מאמציו בפרשנות החוקתית של סעיפיו, מתוך כוונה – כך נראה – לצמצם את השלכותיו, ואגב כך יצר חוסר בהירות בהקשר הנזיקי. אחת הסיבות לחוסר בהירות זה היא הפניית העדשה בדיון בבג"ץ למשפט הציבורי, אולם לטעמי לזו נתווספה עוד סיבה, והיא טמונה בשינוי השיח הנזיקי בשנים האחרונות ובמיעוט הדיון בעולות הפרטיקולריות, ביישומן ובשימוש בהן, שעליו כבר עמדתי במקום אחר.⁶ חוסר הבהירות הנזיקי שנוצר בעקבות פסק הדין הוא בעייתי במיוחד בשל העובדה שההכרעה בבג"ץ התקבלה בהרכב מורחב, והפרשנות ליסודות העוולה שאימצו השופטים בהקשרים הנזיקיים עלולה להשפיע לא רק על עולות החרם החדשה אלא גם על פרשנותן של עולות אחרות – כאלו הממוקמות בחוקים "חיצוניים" לפקודת הנזיקין, אך גם כאלו המנויות בה. כמו כן להחלטת בית המשפט עלולה להיות השפעה על פרשנותם של מרכיבים משפטיים חשובים אחרים בתחום הנזיקי, כגון דרישת הקשר הסיבתי והנזק, וכן על הסעדים הניתנים בשל הפרת זכויות. נראה כי זהו אפוא מקרה מובהק של "Hard cases make bad law".

- 1 בג"ץ 5239/11 אבנר נ' הכנסת (פורסם בנבו, 15.4.2015) (להלן: בג"ץ חוק החרם).
- 2 החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011 (להלן: "חוק החרם" או "החוק למניעת חרם").
- 3 עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר "חוות דעת – הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011" המכון הישראלי לדמוקרטיה (25.6.2011) bit.ly/2LaQ73n; יהונתן ליס "הכנסת אישרה את חוק החרם; המאבק יגיע בקרוב לבג"ץ" הארץ (5.9.2011) bit.ly/2ZytUiO; שלמה פיוטרקובסקי "יועמ"ש הכנסת: 'חוק החרם' לא חוקתי" ערוץ 7 (10.7.2011) bit.ly/2VBA0Qe.
- 4 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1.
- 5 ס' 2(א) לחוק למניעת החרם. למעשה, מדובר בעוולה העוסקת בקריאה לחרם ולא בפעולת ההחרמה כשלעצמה, אך לשם הנוחות תכונה העוולה ברשימה זו "עולות החרם" כפי שכונתה בפי השופטים בבג"ץ חוק החרם (ראו שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט מלצר).
- 6 אסף יעקב "שתלטנות הרשלנות" משפטים מז 227 (2018).

ברשימה זו אינני מעוניין להכניס ראשי לזיוכוח הפוליטי שבבסיס החוק או לתהות על חוכמתו.⁷ ניתן לתהות מדוע חל איסור דווקא על פרסום קריאה לחרם בהקשר של זיקה למדינה, למוסדותיה או לשטחי יהודה ושומרון ("האזור"), ואין איסור דומה על קריאה לחרם בהקשרים אחרים דוגמת קריאה להחרים מפעל שפועל בשבת או שמעסיק עובדים בלבוש לא צנוע. גם אינני מתכוון להביע עמדה באשר לשאלה אם היה צורך לפסול את חוק החרם כולו או את חלקו, ואף לא להיכנס לעומקה של הבחינה החוקתית של הסוגיה. בעמודים הבאים ברצוני להתמקד בדיון הנזיקי ולהציג את המציאות המשפטית הנזיקית שנוצרה לאחר הכרעת בית המשפט, ובתוך כך להצביע על הבלבול שעלול להיווצר בשל פסיקתו של בית המשפט העליון בנוגע לפן הנזיקי של החוק. לדיון זה כאמור יכולה להיות משמעות נרחבת לא רק בהקשר של עוולת החרם אלא גם בהקשר רחב הרבה יותר של העוולות הפרטיקולריות כולן.

הרושם שנוצר בעקבות קריאה ביקורתית של פסק הדין הוא כי למעשה קיימים שני יקומים מקבילים – זה החוקתי וזה הנזיקי – וביניהם פערי שיח שקשה לגשר עליהם. התמקדותו של בית המשפט בשיח החוקתי של חופש הביטוי מקשה עליו לראות את הפן הנזיקי ה"רגיל" ואת יישומו הקונוונציונלי. העלאת חופש הביטוי על נס מייצרת נקודות עיוורות בפסק הדין בכל הקשור לשיח של זכויות במובן הנזיקי וכן התעלמות משינויים טכנולוגיים אשר עשויים להשפיע על האופן שבו בית המשפט מבנה את האחריות הנזיקית ואת הסעדים בגין הפרתה. דומה שנקודות עיוורות אלו מתרחבות בשל השימוש הדומיננטי כיום בשיח הסבירות שמאפיין את עוולת הרשלנות – שליטת-העל של דיני הנזיקין בשנים האחרונות – ונטישת העוולות הפרטיקולריות והאינטרסים הקנייניים שעליהם מגינים דיני הנזיקין המסורתיים מקדמת דנא. ברשימה זו ברצוני למקד את הזרקור דווקא בנקודות עיוורות אלו, שאינן זוכות להתייחסות מספקת בפסק הדין, אם בכלל, ובניתוח משפטי נזיקי "קונוונציונלי". אין לראות ברשימה זו או לקרוא לתוכה הצדקה נורמטיבית של חוק החרם ככזה, אלא ניסיון לבחינת העוולה הנזיקית הקבועה בחוק החרם באספקלריה של פקודת הנזיקין ושל יתר העוולות הנזיקיות הפזורות בחקיקה האזרחית מתוך רצון להאיר גם פן זה. זאת, במנותק מהיקום החוקתי, ובאופן דומה לזה שבו בתי המשפט מיישמים את דיני הנזיקין כשגרה מתביעה נזיקית אחת לרעותה. דהיינו, ניתוחה של עוולת החרם ברשימה זו נעשה בתוך כדי השוואתה לעוולות נזיקיות אחרות ולחשיבה הנזיקית המקובלת, אשר מטבע הדברים מאזנת גם היא בין זכויות של פוגעים ונפגעים, ובכלל זה הזכות לשלמות הגוף, לחופש התנועה ולחופש הביטוי.

הטענה במאמר זה היא כי טיפולו של בית המשפט בעיצוב יסודות עוולת החרם היה שגוי. לכך השפעה ישירה על פרשנותה של עוולת החרם עצמה אך גם סיכון להשפעה עקיפה על פרשנותן של עוולות נזיקיות אחרות ועל התרופות הנזיקיות הניתנות בגינן. מהלך הרשימה יהיה כדלקמן: ראשית אציג את עמדותיהם השונות של השופטים בפסק הדין ככל

7 וזאת בפרפרזה על דבריו של השופט מלצר בתחילת פסק הדין: "אפתח בהערה מתבקשת. בבירור שאערוך להלן – לא תבחן תבונת החוק (שאפילו חלק מנציגי הממשלה ערערו עליה, כמפורט בפסקה 3 שלעיל), אלא חוקיותו בלבד" (בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 20 לפסק דינו של השופט מלצר).

שאלו נוגעות לפן הנזיקי של העוולה.⁸ לאחר מכן תיבחנה אלה במבט בוחן ביקורתי. במסגרת זו יוצג כרקע המבנה המסורתי של העוולות הפרטיקולריות ולאורו ייבחן המבנה המשפטי של עוולת החרם, וכיצד מבנה זה משתלב במסגרת הכוללת של העוולות הנזיקיות. אגב כך אעמוד על יסודות עוולת החרם כפי שבאו לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט, אציע קווים מנחים לפרשנותה ואראה כיצד פרשנויות שונות של יסודות עוולת החרם יכולות להשפיע על פרשנותן של עוולות נזיקיות אחרות. מייד בהמשך אעבור לדון בשאלת התרופות שלהן זכאי הנפגע או הניזוק בגין הפגיעה בזכויותיו ומגבלותיהן. בתוך כך אבחן במבט ביקורתי את שאלת הפיצוי לנוכח נסיבותיה הייחודיות של עוולת החרם ואת גישתו הדוגמטית של בית המשפט באשר למתן צו להפסקת פרסום הקריאה לחרם. אטען כי גישה זו מחמירה מדי ונסמכת על פסיקה ישנה בנושא לשון הרע שאינה מתאימה ליישום בהקשר של קריאה לחרם – לא מבחינת מהות העוולה ואופייה ולא מבחינת שינויים טכנולוגיים ותקשורתיים שעברו על העולם מאז נפסקה. לאחר דיון בנקודה זו אתיחס לכמה יסודות נוספים של עוולת החרם שלא עלו לדיון בפסיקת בית המשפט ואשר עשויים לעלות בפסיקה עתידית. בסוף אסכם.

א. עוולת החרם כפי שבאה לידי ביטוי בבג"ץ 5239/11

עוד בטרם אציג את עמדות השופטים ברצוני להביא את סעיף החוק שבו אתמקד ברשימה זו. שילובן של הגדרת המונח "חרם" בחוק למניעת חרם⁹ עם העוולה הקבועה בו בסעיף 2(א) מוביל לנוסח הזה:

המפרסם ביוזעין קריאה פומבית ל[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], ועל פי תוכנה 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.

בפסק הדין הוקדשו שורות רבות לניסיון לאפיין עוולה זו, לעמוד על יסודותיה המשפטיים ולבחון את השאלה מתי יהיה ניתן לקבל בגינה פיצוי, ומי יהיה זכאי לו. לאפיונים אלו הייתה כמובן השפעה על השאלה החוקתית אם לפסול את הסעיף בשל היקף תחולתו. מובן כי הדיון החוקתי הוביל במידה רבה לתוצאה במישור הנזיקי, אולם המסלול שבו רוצה אני לצעוד הוא אחר – לפתוח בפן הנזיקי ולראות עד כמה הניתוח הנזיקי נתמך ומעוגן בדין

8 מכיוון שהדיון ברשימה זו נועד להבהיר את המצב המשפטי לאחר שהוכרע כי דינו של ס' הפיצויים העונשיים (ג2) להיפסל, יתמקד הדיון, ולפיכך גם הצגת עמדות השופטים, בס' 2(א) לחוק החרם.

9 ס' 1 לחוק למניעת חרם, שהוא סעיף ההגדרות לחוק, מכיל את ההגדרה של "חרם על מדינת ישראל". בנוסח שיופיע להלן הגדרה זו משולבת, לצורך ההצגה ובתוך סוגריים מרובעים, בנוסח העוולה.

הנזיקי הרווח בישראל.¹⁰ מעניין כי בניגוד לשאלות החוקתיות, שבהן נחלקו השופטים, הניתוח הנזיקי הנוגע לסעיף 2(א) ולפרשנותו נהנה מהסכמה כמעט גורפת בין שופטי הרוב והמיעוט, שהצטרפו לדעתו של השופט מלצר, שכתב את דעת הרוב בפסק הדין המוביל, ונחלקו ביניהם, אם בכלל, רק בניואנסים מעטים בלבד.

כאמור פסק הדין אישר את חוקתיותו של סעיף 2(א) בדעת רוב מול מיעוט. שופטי הרוב הובילו מהלך פרשני מצמצם לחוק מתוך רצון לתת לחלקו המכריע תוקף ולמנוע את פסילתו.¹¹ דומה שמהלך זה קבע מבחינת השופטים כמה צעדים פרשניים בהקשרה של העולה הנזיקית החדשה:

צעד פרשני אחד עסק בתחולת פקודת הנזיקין על חוק החרם.¹² חוק החרם היצוני לפקודת הנזיקין. מכיוון שלעומת חוק העונשין, אין בפקודה סעיף תחולה כללי, ניתן להחילה על חוקים היצוניים רק באמצעות חקיקה ספציפית או על דרך של פרשנות.¹³ במקרה של חוק החרם הייתה הוראה ספציפית שלפיה העובר על הוראות סעיף 2 "עושה עוולה אזרחית והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליו". לכאורה, מבחינה מילולית, סעיף זה מחיל את הוראות הפקודה על המעוול בלבד, אולם נאמן לגישתו המצמצמת פירש השופט מלצר את הסיפה לסעיף "הוראות פקודת הנזיקין יחולו עליו" פירוש שלפיו הוראות הפקודה חלות לא רק על המעוול אלא גם על העולה.¹⁴ המהלך אפשר ייבוא הוראות מפקודת הנזיקין, החלתן על הסיטואציה כולה וריסון האחריות.¹⁵ למהלך זה הסכים גם השופט עמית.¹⁶

צעד פרשני שני נעשה כאשר ליסודות הקשר הסיבתי והנוק. נקודה זו הייתה חשובה מאוד בהכרעת הדין בשל ההשלכות האפשריות שהיו לה על קביעת היקף העולה. גם את המהלך העיקרי בעניין זה התווה השופט מלצר. לגישתו, החלת כללי פקודת הנזיקין על עולות החרם מביאה לכך "שחלק מיסודות העולה – הקבועה בסעיף 2(א) לחוק – יכללו דרישות לנוק ולקשר סיבתי בין מעשה העולה לנוק, כתנאי לקבלת סעד".¹⁷ במקום אחר

10 ראו למשל את גישתו של השופט עמית בבג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, שלפיה ס' 2 לחוק יוצר עולה נזיקית חדשה, שמיתוספת לרשימת העולות הסגורה בפקודה, ומשכך, הוא מחייב דיון ראוי באספקלריה של דיני הנזיקין.

11 להסברו של השופט מלצר על ההיגיון שבבסיס מהלך זה ראו שם, פס' 56 לפסק דינו של השופט מלצר. שם, פס' 39.

12 ראו ס' 34 כג לחוק העונשין, התשל"ז-1977, והוא מחיל את החלק המקדמי והכללי על עבירות קיימות המעוגנות מחוץ לדיני העונשין.

13 ראו ס' 34 כג לחוק העונשין, התשל"ז-1977, והוא מחיל את החלק המקדמי והכללי על עבירות קיימות המעוגנות מחוץ לדיני העונשין. השופט מלצר מציע (בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 39 לפסק דינו של השופט מלצר) כי על אף לשון החוק השונה מחוקים דומים אחרים, יש להחיל על העולה כולה את הוראות פקודת הנזיקין ולא רק על המעוול. בחירתו של השופט מלצר מתיישבת עם גישה פרשנית מצמצמת, שכן היא מחייבת, לשיטתו, שיסודות העולה יכללו גם דרישה לנוק ולקשר סיבתי בין העולה לנוק.

14 אף אם אין מכירים בתחולה ישירה של פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: "פקודת הנזיקין" או "הפקודה"), היה ניתן לנקוט דרך של החלה עקיפה של הוראות הפקודה, וראו קביעתו של השופט (כתוארו אז) ברק בע"א 804/80 Sidaar Tanker Coroporation נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט(1) 393, פס' 27-31 לפסק דינו (1985) (להלן: פרשת סידאר טנקר קורפורציה).

15 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1.

17 שם, פס' 39 לפסק דינו של השופט מלצר.

הוא מוסיף כי "פרשנות סבירה של החוק מובילה למסקנה שהעוולה שנוצרה בו, בסעיף 2(א) לחוק, דורשת, כתנאי לקבל סעד, נזק וקשר סיבתי, ואין די ב'קשר סיבתי פוטנציאלי' בלבד".¹⁸ לדעתו של השופט מלצר, "דרישת האפשרות הסבירה" שהקריאה לחרם עלולה להביא למימוש, הכלולה בסעיף, מתווספת לקשר הסיבתי הרגיל המתחייב בדיני נזיקין, "והיא מקשה על התגבשותה של העוולה, ולא מקלה עליה".¹⁹ הוא מסכם נקודה זו באומרו: "מכאן עולה כי בענייננו, בו עוולת החרם מצמיחה זכות לקבלת סעד רק לאחר התגבשות הנזק – אין עוד טעם לבחון את ההסתברות להתרחשות הפגיעה באינטרס המוגן, שכן הטלת האחריות מותנית בפגיעה שגרמה לנזק".²⁰

במהלך פרשני זה מסתמך השופט מלצר, בין היתר, על דברי השופט חשין בפרשת ברזני (בהקשר של סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן),²¹ שלפיהם "אין בכך שדרישות הקשר הסיבתי והנזק לא מופיעות במפורש בסעיפים הנ"ל כדי לאיין דרישות אלו".²² מלצר מוסיף כי "תפיסה זו מתיישבת עם עקרון הנזק של הפילוסוף ג'ון סטיוארט מיל [...], עם עקרונות של צדק מתקן [...] והיא תורמת אף לאבחנה [המוצעת] בין תקפות סעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק לבין בטלות סעיף 2(ג) לחוק".²³

לניתוח הקשר הסיבתי שהציג השופט מלצר מסכים גם השופט דנציגר. גם הוא סבור כי סעיף 2 מוסיף על דרישת הקשר הסיבתי הרגיל דרישה של "קשר סיבתי פוטנציאלי" (general causation), הבוחן "אם ההתרשלות עלולה היתה לגרום לנזק מהסוג שבו נפגע התובע". דנציגר מבהיר כי לדעתו "הקשר הסיבתי הפוטנציאלי אינו מחליף את דרישת הקשר הסיבתי הסטנדרטי".²⁴

אף השופט הנדל, אשר מעלה בחוות דעתו תהיות בדבר פרשנותו של השופט מלצר, לבסוף מקבל אותה.²⁵ בעניין זה הוא גורס כי –

לכאורה ניתן יהא לחייב בנוזיקין אף בלא שיוכחו חלק מרכיבי העוולה הקלאסיים – קשר סיבתי וגרימת נזק [...] דהיינו, אין דרישה להוכחה של קשר סיבתי בין הקריאה לחרם לבין הנזק, על פי מאזן ההסתברויות, אלא הוכחה של אפשרות סבירה.²⁶

ואולם, היות שיש לדידו טעם לפגם בהקלה בהוכחת העוולה הנזיקית, מציע השופט הנדל לאמץ את פרשנות מלצר שלפיה דרישת הקשר הסיבתי הפוטנציאלי מתווספת לקשר

18 ש.ס.

19 ש.ס.

20 על ההבחנה שבין סעד לפיצוי ראו הסבר להלן בפרק ב ("פרשנות פקודת הנזיקין").

21 דנ"א 5712/01 ברזני נ' בוק, חברה ישראלית לתקשורת, פ"ד נז(6) 385 (2003) (להלן: עניין ברזני).

22 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 39 לפסק דינו של השופט מלצר.

23 ש.ס.

24 ש.ס.

25 הגם שלדידו פרשנות מצמצמת זו אינה מאפשרת לס' 2(א) לצלוח את המבחן החוקתי (ש.ס, פס' 6 לפסק דינו של השופט הנדל).

26 ש.ס.

הסיבתי הרגיל.²⁷ לדבריו – "פרשנות זו מביאה לביטול סעיף 2(ג), לעניין הטלת פיצויים לדוגמא, ואילו סעיף 2(א) – חרם כעוולה נזיקית – נותר על כנו, תוך דרישה להוכחת קשר סיבתי ונזק כמקובל בדיני הנזיקין".²⁸

נקודה חשובה נוספת בהקשר של הקשר הסיבתי שעולה בפסק דינו של השופט הנדל קשורה ליחס שבין הקשר הסיבתי העובדתי, שנבחן בדיעבד, ובין מבחן הוודאות הקרובה, שנבחן בעת הקריאה לחרם. הוא ממחיש יחס זה באמצעות דוגמה שלפיה קריאה לחרם בפורום סטודנטים סגור ומצומצם זלגה החוצה וגרמה נזק. ודאות קרובה לנזק נעדרה בשעת הדיבור, אך קשר סיבתי עובדתי עשוי להתקיים בדיעבד.²⁹

השופט עמית אף הוא מתחבט בסוגיית הקשר הסיבתי. לדבריו, בחינה ראשונה של הסעיף עשויה להעלות כי מדובר בעוולת התנהגות ולא בעוולת תוצאה, אך עיון מעמיק יותר מגלה שאין זה כך, שכן מדובר בעוולה שבאה להגן מפני נזק כלכלי טהור, אשר דיני הנזיקין מתייחסים אליו בזהירות.³⁰ לגישתו, היות שמדובר בעוולה שבה הנזק הפרדיגמטי הוא נזק כלכלי טהור, שיקולי מדיניות מחייבים זהירות בפסיקת הפיצוי עד כדי אי-הסתפקות ברמת ההוכחה הרגילה בדיני הנזיקין.³¹ אומנם השופט עמית סבור כי מבחינה לשונית לכאורה אין דרישה בסעיף להוכחת קשר סיבתי בין הקריאה לחרם לבין הנזק בעקבות החרם, ודי בפוטנציאל להטלת חרם בלבד ("אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת החרם"), כאשר הקשר הסיבתי הנדרש הוא בין הקריאה לחרם לבין הטלת החרם, בשונה מקשר סיבתי בין הקריאה לחרם לבין הנזק שנגרם בעקבותיו, ועם זאת הוא אינו מקבל פרשנות זו ומצטרף לגישת השופט מלצר כי יש לקרוא לתוך העוולה דרישה לקשר סיבתי לנזק.³² מייד לאחר מכן הוא גם מציין שלא בנקל יהיה ניתן להוכיח קשר סיבתי בין הקריאה לחרם לבין הנזק בשל אופיו הכלכלי של הנזק ובשל חוג התובעים הרחב.³³

27 שם: "לשם הוכחת העוולה שנקבעה בחוק החרם – יידרש התובע להוכיח קיומו של נזק, וכן קשר סיבתי בין הקריאה לבין הנזק שנגרם".

28 שם (ההדגשה הוספה).

29 שם, פס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל. בדוגמה המדוברת מתוארת קריאה לחרם בפורום סגור ומצומצם של סטודנטים שעלולה "לזלוג" החוצה ולגרור לחרם על חברה מסחרית גדולה. לגישתי, במקרה זה קיים קשר סיבתי עובדתי, אך ככל הנראה לא התקיימה ודאות קרובה בשעת הדיבור. מבחן הקשר הסיבתי המשפטי נועד להתמודד עם קושי זה ולבחון את מצב הדברים בעת הקריאה עצמה. הוא יגביל את הזיקה הסיבתית רק למצבים שנכנסים למתחם הסיכון שאליה נתכוון המחוקק.

30 לדבריו, העוולה המגולמת בס' 2 "על פי ניסוחה, ממחישה מספר בעיות אופייניות לעוולה של נזק כלכלי טהור, כמו ריבוי תביעות, הרתעת-יתר, קשר סיבתי, מיהות הניזוק (ניזוק ישיר מול עקיף) ועוד" (בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 25 לפסק דינו של השופט עמית).

31 שם, פס' 27 לפסק דינו של השופט עמית. השופט עמית מפנה בעניין זה לפרק בספרו של אריאל פורת הדין בנזק כלכלי טהור ומסביר מהם ההגיונות שבבסיס צמצום המצבים שבהם ייפסק פיצוי בגין נזק כלכלי טהור. להרחבה, ראו אריאל פורת נזיקין כרך א 223–257 (2013), ובפרט ראו שם בעמ' 228–230.

32 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק דינו של השופט עמית.

33 שם. השופט עמית מציין כי ניתן לחשוב על סיבות רבות לירידה במכירות של מפעל באזור שקראו להחרמתו, ועל מנת להעריך את הנזק יש לבודד את רכיב הקריאה לחרם מכלל הסיבות.

לאחר שקרא לתוך העוולה דרישה לקשר סיבתי לנזק מהחרם, השופט עמית קורא לתוכה גם את יסוד הנזק עצמו, בין היתר על רקע דברי ההסבר להצעת החוק שמהם עולה כי החוק נועד לפצות על נזק שנגרם למושאי החרם.³⁴ השופט עמית אומנם מודע לכך שהחלת הפקודה על העוולה אינה מחייבת לקרוא לתוכה דרישה להוכחת נזק, שהרי בפקודה קיימות כמה עוולות שאינן דורשות נזק כיסוד מיסודותיהן (דוגמת תקיפה וכליאת שווא), וכאשר המחוקק רוצה לקבוע נזק כיסוד מיסודות העוולה הוא עושה זאת מפורשות,³⁵ אבל הוא סבור שעוולת הקריאה לחרם אינה נמנית עם עוולות אלה.³⁶ על כך הוא למד בין היתר מהפרשנות לחוק הגנת הצרכן ולחוק עוולות מסחריות, "שם מפרט המחוקק שורה של עוולות פרטיקולריות תוך הפניה לפקודת הנזיקין ומאליו מובן כי יסוד הנזק הוא אחד מיסודות העוולות".³⁷

צעד פרשני שלישי נגע בקביעת חוג התובעים. באשר לחוג התובעים, ומכוח תחולתם של עקרונות פקודת הנזיקין על עוולת החרם, גוזר השופט מלצר, בהסתמך על סעיף 3 לפקודה,³⁸ כי "מובן הדבר שרק הניזוק הישיר מן העוולה רשאי לתבוע בגינה".³⁹ השופט מלצר אינו מפרט כיצד הגיע למסקנה זו. בפרשנות זו תומך גם השופט עמית, אשר חושש מהרחבה יתרה של חוג התובעים. גם לדידו תחולת פקודת הנזיקין אינה רק על המעוול אלא גם על העוולה, שכן הסעיף נועד "לאפשר תביעה למי שניזוק כתוצאה מחרם" ולא לכולי עלמא.⁴⁰

צעד פרשני רביעי נגע בפרשנות המונח "ביודעין". אשר ליסוד נפשי זה קובע השופט מלצר כי הוא בא לצמצם – "דהיינו שבין יסודות העוולה, אשר לגביהם נדרשת מודעות – יש להוכיח ש'על פי תוכנה של הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהקריאה תביא להטלת חרם".⁴¹

דומה כי השופט עמית מוטרד מדרישת ה"ביודעין" הרבה יותר. הוא משווה בין דרישת ה"ביודעין" הקבועה בסעיף 2(א) לדרישת הזדון שהייתה קבועה בס"ק (ג) ומזהיר מיצירת היקש מדיני עונשין לדיני נזיקין. השופט עמית גם מתריע ש"קשה שלא ליצוק למונח 'ביודעין' תוכן של כוונה", כפי שפורשו סעיפים נוספים בפקודת הנזיקין, שבהם נעשה שימוש בנוסח זה.⁴² מכך מסיק השופט עמית כי "המחוקק מייחד את המונח 'ביודעין' "

34 שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט עמית.

35 שם. בעניין זה מביא השופט עמית לדוגמה את עולת הרשלנות שבה נקבע כי: "והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה"; לצד עוולה זו מציין השופט עמית גם את העוולות של הסגת גבול במקרקעין והסגת גבול במיטלטלין, שם קבע המחוקק כי "אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במקרקעין/במיטלטלין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון".

36 שם.

37 שם.

38 ס' 3 לפקודת הנזיקין.

39 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 39 לפסק דינו של השופט מלצר.

40 שם. אם כי גם בפרשנות מצומצמת זו הוא רואה פוטנציאל להרחבה של חוג התובעים הפוטנציאלי יתר על המידה.

41 שם.

42 שם, פס' 29 לפסק דינו של השופט עמית. כך, לדוגמה, עולת התקיפה בס' 23 לפקודת הנזיקין, שהיא עוולה של אחריות חמורה, מוגדרת כלהלן: "תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד

ליסוד נפשי של כוונה לגרום נזק".⁴³ בשל פרשנות זו תוהה השופט עמית: "אם מפרשים אנו את המונח 'ביודעין' בס"ק (א) ככוונה לגרום נזק, עולה מאליה השאלה מה בין 'ביודעין' בס"ק (א) לבין 'זדון' בס"ק (ג)?"⁴⁴ ועל כך הוא משיב:⁴⁵

המונח "זדון" הוא עמום, ולא ברור אם משמעותו גרימת נזק מכוונת מתוך מניע פסול או כל גרימת נזק בכוונה ואף באדישות תחשב כזדון [...], או שרק נזק שמקורו בשאיפה להרע לאחר הוא "זדון" לעומת "כוונה" לגרימת נזק שאינה מונעת להרע לאחר [...]. אכן, המונח "זדון" מרמז על אשם מוסרי גבוה יותר, על שאיפה להרע לאחר, ואני נכון אפוא להניח כי המחוקק ביקש להבחין בין "זדון" לבין "ביודעין", כאשר המונח האחרון מרמז על יסוד נפשי נמוך יותר. אלא שקשה להלום כי קריאה לחרם תיעשה ברשלנות או בפזיזות או באדישות ולא בכוונה. במצב הדברים הרגיל, מי שקורא לחרם עושה זאת בכוונת מכוון, כך שלא ברור מה בין "ביודעין" לבין "במזיד". קיים אפוא חשש כי כל קריאה לחרם תשתבץ מאליה בס"ק (ג) המאפשר חיוב בפיצוי עונשי, כך שהחריג יהפוך לכלל, ולכך נלווה אפקט מצנן "עודף".

גם מטעם זה מצטרף השופט עמית לשופט מלצר למסקנה שיש לבטל את ס"ק (ג), דבר שיאפשר לפרש את המונח "ביודעין" בס"ק (א) במשמעות של כוונה לגרום נזק מבלי לחשוש מהפעלה "אוטומטית" של סעיף 2(ג). לדבריו, כדי "להיכנס לגדר העוולה של קריאה לחרם על ישראל, יש צורך שהקריאה תיעשה מתוך 'מניע' או 'כוונה' או 'רצון' או 'מטרה' להשיג תוצאה".⁴⁶

לבסוף, צעד פרשני חמישי נגע בסעד בגין הפרת הזכות. בהקשר זה מתייחס השופט מלצר לחשש שהועלה בדיון שלפיו ניתן להגביל את הקריאה לחרם מראש באמצעות צו מניעה.⁴⁷ השופט מלצר דוחה חשש זה בטענה שהוא אינו מבוסס, שכן בנושא קרוב נפסק שמניעה מוקדמת בנושאים של חופש הביטוי תיעשה בצמצום רב.⁴⁸ לכך מסכים גם השופט

גופו של אדם]...]. אך נסחי הקודיפיקציה החדשה של המשפט האזרחי בישראל בחרו להחליף את המונח 'במתכוון' שבעולות התקיפה, למונח 'ביודעין'. נוסחה החדש של עולות התקיפה, המופיעה בס' 388 בה"ת דיני ממונות, התשע"א-2011, הוא זה: "תקיפה היא שימוש ביודעין בכוח כנגד גופו של אדם, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמתו, או איום ממשי לשימוש בכוח כאמור". בדומה לזה, ס' 7א(א) לפקודת הנזיקין מעניק חסינות לעובד ציבור מפני אחריות בנזיקין אלא אם המעשה "נעשה ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור" (שם).

43 ש.ם.

44 ש.ם.

45 ש.ם.

46 ש.ם, פס' 29 לפסק דינו של השופט עמית.

47 ש.ם, פס' 56 לפסק דינו של השופט מלצר.

48 לעניין המניעה המוקדמת הפוגעת בחופש הביטוי, מפנה מלצר לע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840 (1989), שם עסק בית המשפט בתביעת לשון הרע שבה הוגשה בקשה לצו מניעה לפרסום ספר.

עמית, שאומר כי "בית המשפט יימנע מליתן סעד מקדים של צו מניעה לאור ההלכות הנוגעות למניעה מוקדמת של ביטוי".⁴⁹

לאחר המהלך הפרשני שנקטו השופטים מסכמים הם את עמדתם באשר לאופי העוולה הקבועה בחוק החרם ומרכיביה. כך קובע השופט מלצר כי "העולה מן המקובץ מלמד כי היקף ההגבלה על הקריאה לחרם מכוח סעיף 2(א) לחוק למניעת חרם הוא מצומצם. רק ניזוק ישיר, אשר יוכיח קשר סיבתי בין הקריאה לבין הנזק שנגרם לו, ומודעות של המזיק בדבר אפשרות סבירה לקרות הנזק בעטיו של החרם, יוכל לזכות בסעד".⁵⁰ ובמקום אחר: "כדי שתגבש עילת תביעה לקבלת סעד לפי העוולה נדרשים יסודות רבים: הוכחת נזק, קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק, ומודעות בדבר אפשרות סבירה לקרות הנזק".⁵¹ דומה שלמרות דעתו החולקת בהיבט החוקתי,⁵² גם השופט דנציגר מקבל את גישתו של השופט מלצר בעניין רכיבי העוולה הנזיקית החדשה,⁵³ אך הוא סבור כי "פרשנות זו, מצמצמת ככל שתהיה, אינה מפחיתה באופן ניכר את האפקט המצנן שבחוק". ההוראות ה"מצמצמות" לדעתו הן חלק מדיני הנזיקין הכלליים. "הן חלות, כדרך כלל, על מרבית העולות הנזיקיות".⁵⁴

בדומה לזה, השופט הנדל, למרות הסכמתו העקרונית עם פרשנותו של השופט מלצר, מגיע למסקנה, בהקשר של סעיף 2(א), שהנזק שנגרם מן הפגיעה בזכות לחופש ביטוי פוליטי והחשש שבתי המשפט שמבררים תביעות נזיקיות ייאלצו להתעמק ולהכריע בנושאים פוליטיים, גוברים על התועלת שצומחת מחוק החרם, ועל כן יש לפסול.⁵⁵ בהקשר זה השופט הנדל מדגיש בפסק דינו את הקלות היחסית שבהגשת תביעה נזיקית ובניהולה ואת האפקט המרתיע שיש לתביעה שכזו על חופש הביטוי. לגישתו, תביעות רבות תהפוכנה מכשיר ליצירת מציאות חדשה ועל כן תרסנה באופן שאינו ראוי את חופש הביטוי.⁵⁶

לעומת זאת השופט עמית מחליט לאור מסקנותיו שלא לפסול את סעיף 2(א). אך בד בבד הוא מותיר כמה שאלות פתוחות, כגון היחס בין עולות הרשלנות לעוולה החדשה, ואם

49 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק דינו של השופט עמית.

50 שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט מלצר.

51 שם, פס' 53.

52 יש לפרש את החוק פירוש שלפיו יחול רק על קריאות להחרמת מדינת ישראל כולה אך לא על קריאות להחרמה באשר לאזור בלבד (ראו שם).

53 בהקשר של ס' 2(א) הוא מסביר: "הציע חברי כי התגבשות 'עולות החרם' תותנה בקיומו של נזק; קיומו של קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק; קיומה של מודעות לאפשרות הסבירה כי תוכן הקריאה ונסיבות פרסומה יביאו להטלת חרם; וייחוד האפשרות לתבוע רק לניזוק הישיר מהעוולה" (שם).

54 שם, פס' 40 לפסק דינו של השופט דנציגר (ההדגשה הוספה).

55 שם, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל.

56 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט הנדל. השופט הנדל מבהיר את דבריו בדוגמה שלפיה אדם קורא לחרם באופן הנופל בגדרי הסעיף, ולאחר כמה חודשים ניכרת ירידה ברווחי מפעלים באזור מושא הקריאה לחרם. לכאורה, די בכך כדי להכשיר את הגשת התביעה הנזיקית נגד הקורא, שכן על פני הדברים קיימת קריאה וקיים נזק. התובע יטען אז כי לפחות חלק מהירידה ברווחיו נבעה מהקריאה לחרם.

ניתן לעקוף את הדרישה ליסוד נפשי של כוונה או רצון להשיג תוצאה באמצעות עוולת הרשלנות.⁵⁷ כמו כן השופט עמית מעלה את השאלה אם יהיה ניתן להשתמש בהגנות שבפקודה, ובמיוחד בהגנת האשם התורם הקבועה בסעיף 68 או בהגנה הניתנת במצבים שבהם התנהגות התובע הביאה לידי אשמו של הנתבע הקבועה בסעיף 65.⁵⁸ אף הנשיאה נאור מצטרפת לפרשנותו המצמצמת של השופט מלצר בעניין סעיף 2 לחוק ומותירה אותו בתוקף (לבד מסעיף 2(ג)),⁵⁹ וכך גם הנשיא בדימוס גרוניס⁶⁰ והמשנה לנשיאה רובינשטיין.⁶¹ גם השופט פוגלמן מצטרף לגישתו של השופט מלצר לעניין תחולת הפקודה על עוולת החרם ולעניין פרשנות סעיף 2 לחוק, ועל כן הוא תומך בפסילת סעיף 2(ג) ובהותרתו של סעיף 2(א) על כנו.⁶² עם זאת בדומה לשופט דנציגר, השופט פוגלמן סבור כי הפגיעה הנובעת מאיסור על קריאות לחרם הנוגעות לאזור אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה. על כן יש להשמיט מן ההגדרה את החלק שמתייחס ל"איזור הנמצא בשליטתה".⁶³ גישתו של השופט פוגלמן בהקשר זה היא כי החוק יחול רק על הביטויים הקרובים במהותם לביטויים מפלים, רק כאשר הקריאה לחרם נעשית בנוגע לזיקה למדינת ישראל או למוסד ממוסדותיה, ורק כאשר הטעם היחיד לקריאה לחרם הוא אותה זיקה.⁶⁴

השופט ג'ובראן סבור, בדומה לשופט דנציגר, כי יש להגביל את תחולת העוולה לקריאה לחרם על מדינת ישראל כולה ולא להחילה על קריאה לחרם על האזור לבדו. את זאת יש לעשות, לדידו, על דרך של פרשנות מצמצמת של סעיף 1, הוא סעיף ההגדרות. כמו כן סבור השופט ג'ובראן כי יש לפסול את סעיף 2(ג). הוא אינו נוקט עמדה מפורשת באשר לשאלת פסילתו של סעיף 2(א).⁶⁵

ב. פרשנות פקודת הנזיקין

כפי שעולה מעמדות השופטים שתוארו לעיל, בפרשה זו נדרש בית המשפט ליחס שבין העוולות וההסדרים הכלליים המנויים בפקודת הנזיקין לאלה שמחוצה לה וליסודותיהן המשפטיים – אם בחוקים שהם בעיקרם נזיקיים ואם בכאלה שבהם מצוי סעיף "נזיקי"

57 שם, פס' 30 לפסק דינו של השופט עמית.

58 שם, פס' 31. השופט עמית חושש כי: "העלאת טענות מעין אלה על ידי נתבע על פי עוולת החרם, עלולה לגרור את בתי המשפט בעל כורחם לזירה הפוליטית [...] [נ]לכן, לדוגמה, תידחה טענת נתבע כי יש ליחס לתובע אשם תורם, מאחר שבחר להקים את מפעלו באזור, או מאחר שבחר לכתוב באותיות קידוש לבנה על גבי המדבקה שעל המוצר כי מקור המוצר בישראל".

59 ראו שם, פסק דינה של הנשיאה נאור.

60 הנשיא (בדימ') גרוניס מוסיף בעניין זה גם קריאה לשופטים לעתיד לבוא שלפיה בשל הפגיעה בחופש הביטוי יש לפרש את החוק פירוש מצמצם (ראו שם, פסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס).

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

62 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

63 שם, פס' 8.

64 שם, פס' 9–13 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

65 ראו שם, פסק דינו של השופט ג'ובראן.

הקובע כי הפרת החוק, או סעיפים מסוימים בו, ייחשבו עוולה נזיקית.⁶⁶ אומנם אין זה פסק הדין הראשון שבו בית המשפט עוסק בשאלת יחס זה,⁶⁷ אולם בשל ההרכב המורחב שבו דן בית המשפט בחוק החרם וכן בשל חשיפתו הצפויה יש לפסק הדין בפרשה זו פוטנציאל להשלכה נרחבת על פסיקתם של בתי המשפט דלמטה, הן באשר לעולות החרם הן באשר לעולות אחרות. בשל קביעתו הפרשנית של בית המשפט שלפיה הוראות פקודת הנזיקין חלות על עולות החרם, הרי שקביעות פרשניות שנעשו ביחס לעולות החרם עלולות להתפרש כחלות ביחס לפקודת הנזיקין ככלל. לכן בשל הבעייתיות שבקביעות פרשניות אלו נדרש לעמוד על הפרשנות המסורתית של פקודת הנזיקין ועל ההגיונות שבבסיסה.

נראה כי מתוך רצון לצמצם את היקף עולות החרם במידה שתאפשר לא לפסול את סעיף 2(א) סטה בית המשפט מהנתיב המוכר של פרשנות "עולות הכוונה" ופסע בנתיב שעלול לגרום לצמצום זכויות נפגעים בעולות החרם ובמקרים אחרים.⁶⁸ מאפשרות זו יש להישמר. דומה שהתמקדותו של בית המשפט בפן החוקתי של ההכרעה הביאה לכך שפרשנותו לעולות החרם, באשר לחלק ממרכיביה, אינה עולה בקנה אחד עם הפרשנות המסורתית של הפקודה. בעמודים הבאים אבקש לעמוד על הפרשנות הנזיקית הרווחת לעולות הכוונה, ומייד לאחר מכן להדגים את הפערים בינה לבין פסיקת בית המשפט. כמו כן אראה כיצד היה ניתן לפרש את החוק לצורך השגת תוצאות דומות לאלו שקבע בית המשפט – של צמצום היקפה של עולות החרם – מבלי לפגוע בפרשנות המקובלת של עולות נזיקיות אחרות ובזכויותיהם של הנפגעים.

1. ההבחנה בין "פגיעה" ל"נזק" והשלכותיה על התגבשות העולה

ברצוני לפתוח את הדיון בהבחנה הקיימת בפקודה בין "פגיעה" ל"נזק".⁶⁹ הבחנה זו היטשטשה בשנים האחרונות בשל מיעוט השימוש בעולות הפרטיקולריות ו"שתלטנותה" של עולות הרשלנות, שעליה עמדתי במקום אחר.⁷⁰ סעיף ההגדרות בפקודה מבחין בין שני מקרים שונים שיכולים להקנות עלילת תביעה נזיקית: פגיעה (injury), שמוגדרת כ: "נגיעה שלא כדין בזכות משפטית", ונזק (damage), אשר מוגדר כ: "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות,

66 רבים החוקים ה"חיצוניים" שבהם מופיעות עולות נזיקיות. ראו לדוגמה ס' 31 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; ס' 31 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ס' 50 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988; ס' 5 לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשמ"א-2000; ס' 6 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; ס' 11 לחוק עולות מסחריות, התשנ"ט-1999; ס' 19א(א) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1988.

67 ראו למשל פרשת סידאר טנקר קורפורשין, לעיל ה"ש 15, והטקסט הנלווה לה.

68 חלק ניכר מן העולות הפרטיקולריות הן עולות כוונה כמשמעותן במשפט המקובל, המקנות לנפגע "זכויות קנייניות", והכול כפי שיפורט להלן.

69 ראו John C.P. Goldberg & Benjamin C. Zipursky, *The Strict Liability in Fault and the Fault in* (2016) 85 *FORDHAM L. REV.* 743, 780, שם מסבירים הכותבים כי אף שדיני הנזיקין עוסקים בפגיעות (injuring), עיסוק זה אינו מסתכם בנוזקים (losses), ומצביעים כדוגמה על עולות הסגת גבול שבמסגרתה לא נגרם נזק. לפיכך דיני הנזיקין מציעים מגוון סעדים מלבד פיצוי על נזקים, כדוגמת פיצויים נומינליים, פיצויים עונשיים וצווי מניעה.

70 יעקב, לעיל ה"ש 6.

רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה".⁷¹ נוסף על כך, מגדירה הפקודה תת קבוצה של נזק ממון ("pecuniary damage"), המוגדר כ: "הפסד או הוצאה ממשיים הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים".⁷² היכולת להגיש תביעה קמה מכוח סעיף 3 לפקודה שמבטח כי העניינים שמנויים בפקודה הם עוולות, ואז מוסיף כי "כל הנפגע או הניזוק על ידי עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה" (ההדגשות הוספו).⁷³ בעניין זה מבחין הסעיף בין נפגע לניזוק, כמפורט, לפי הגדרות הפקודה. לשון אחר, על פי הפקודה, בהתקיים יסודות העוולה, אדם יכול להיפגע או להיזוק ובשל כך תקום לו זכות לתרופה. מכאן, כמובן, אין משתמע כי פגיעה עולתית ללא נזק בצידה תניב פיצוי בלתי מוגבל, או אף פיצוי כלשהו, ועל כך להלן. עם זאת הפקודה רואה לנגד עיניה מצבים שבהם אדם שנפגע אך בשל "נגיעה שלא כדין" בזכותו המשפטית, בלי שנגרם לו נזק פיזי או נזק ממון, יהיה זכאי לתרופה.⁷⁴ העוולה במצבים אלו מגבשת את זכותו של הנפגע ומגינה עליה. הפגיעה בזכות היא דבר אסור כשלעצמו ומקימה לניזוק סעדים גם בהיעדר נזק.⁷⁵ במישור זה ניתן לדבר על סעדים אחרים מלבד פיצוי כספי, ובהם צו מניעה, צו להחזרת נכס שנלקח, צו להשבת רווחים ועוד.⁷⁶ עניין זה מקבל ביטוי בסעיף 71 לפקודה שקובע כי "כל בית משפט אזרחי יהיה מוסמך [...] ליתן תרופה לעוולה על פי פקודה זו [...] ורשאי הוא ליתן ציווי בשל עוולה גם כשלא נתבעו או לא נפסקו פיצויים או סעד אחר". במצבים אלו קיומה של עוולה מנביע אפוא זכות תביעה גם בהיעדר נזק, כדי להסיר את תוצאות הפגיעה.⁷⁷

בשים לב לאפשרות לקבל תרופה בגין עצם קיומה של עוולה קמה חשיבות לשאלה מהם יסודותיה – אם העוולה כוללת יסוד של נזק אם לאו. ודוק, ללא קיום כל יסודות העוולה היא אינה מתגבשת, אין קמה זכות תביעה, ואין מגיעים כלל לדיון בשאלת הסעד.⁷⁸ בעניין זה הבחין המשפט המקובל, ובעקבותיו גם פקודת הנוזיקין, בין עוולות שדורשות נזק כחלק אינטרינזי מיסודותיהן לכאלה שאינן דורשות נזק. לעומת עוולת הרשלנות, הדורשת נזק וקשר סיבתי כחלק מיסודותיה, ובלעדיהם אין מתגבשת כלל עוולה, וממילא אין קמה זכאות

71 ס' 2 לפקודת הנוזיקין.

72 שם.

73 שם, ס' 3.

74 ראו Goldberg & Zipursky, לעיל ה"ש 69.

75 להרחבה על הבחנה זו ראו יעקב, לעיל ה"ש 6, ובייחוד בעמ' 279 בטקסט הסמוך לה"ש 239.

76 בעניין זה ראו למשל את עוולת הגזל המנויה בס' 52 לפקודת הנוזיקין. אחד הסעדים המפורשים המצוינים בפקודה לעוולת הגזל הוא של החזרת הגזלה, נוסף על תרופות אחרות המנויות בפקודה או במקומן (שם, בס' 55). אף בהקשר של צווי המניעה יש הבחנה חשובה בין צו מניעה הניתן בטרם התגבשות הנזק (quia timet) לצו מניעה שניתן לאחר התגבשות נזק ראשוני ועל מנת למנוע את המשך התפשטותו, ועל כך בהמשך.

77 היכולת לתבוע אף בלא קיומו של נזק מונחת בבסיס ההבחנה שבין עוולות הכוונה לעוולות התקלה במשפט המקובל. להרחבה על מהות ההבחנה, ראו יעקב, לעיל ה"ש 6, פרק א ("מקומן של העוולות הפרטיקולריות במשפט המקובל").

78 שאלה היא אם ניתן להעניק סעד זמני גם במצבים שבהם העוולה טרם התממשה, וכאשר חסר אחד מיסודותיה בעת הדיון, אך סביר שיסוד זה (דוגמת הנזק) יתקיים בעתיד. בעניין זה ראו להלן ה"ש 155.

לתרופה,⁷⁹ הרי שהגישה המקובלת בעוללות הקנייניות המסורתיות היא שאין צורך בנזק לביסוס זכות תביעה; כי הסיכון ניצב לפתחו של הפוגע; וכי האחריות בגינן היא חמורה.⁸⁰ היינו, בשל הפגיעה בזכות תקום לנפגע זכות תביעה,⁸¹ אפילו הפגיעה נעשתה בסבירות ואין בצידה כל נזק.⁸² מכאן גם ההבחנה שבסעיף 3 לפקודה בין נפגע לבין ניוזק. על בסיס גישה זו אין במשפט המקובל דרישה לנזק כחלק מיסודותיהן של עוללות התקיפה, כליאת שווא, גנבת עין, עיכוב נכס שלא כדין, גזל, הסגת גבול ולשון הרע.⁸³ יש הסוברים כך גם באשר לעוללות המטרד.⁸⁴ בעניין זה יפה דרש טדסקי כי ה"הכרה באחריות בנוזקין ללא נזק היא אופיינית לשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, שבה דיני הנוזקין אינם מיועדים רק למתן פיצוי על נזקים. הם ממלאים, כאמור, תפקיד חיוני בהגנה על זכויות קנייניות ואישיות מפני הפרה כלשהי".⁸⁵ הוא הוסיף כי "גישה זו נתקבלה גם על ידי המחוקק המקומי. הוא יצר לשם כך ביטוי מיוחד, 'פגיעה', הבא לציין כל הפרה של זכות".⁸⁶

79 זאת ניתן ללמוד מלשונו של ס' 35 לפקודת הנוזקין, המציב את התנאי שלפיו "הגורם ברשלנות נזק לזולתו עושה עוולה".

80 ראו Goldberg & Zipursky, לעיל ה"ש 69, בעמ' 748 (שם מוסבר כי עוללות הכוונה הוגדרו ועודן מוגדרות כיום בנוסח המאפשר הטלת אחריות גם במקרים שבהם המעוול נהג בסבירות וכראוי). לעניין ההבדל שבין כוונה במובנה הנוזקי לבין מובנה במשפט הפלילי, ראו גם ה"ש 91 להלן.

81 ראו Gregory C. Keating, *Is There Really No Liability Without Fault: A Critique of Goldberg & Zipursky*, 85 FORDHAM L. REV. 24, 31–32 (2017), שם מוסבר מרוע נכון לראות במשטר האחריות החל במסגרת עוללות הכוונה, כדוגמת הסגת גבול ותקיפה, משטר של אחריות חמורה: ראשית, מדובר בעוללות המגינות על זכויות שאמורות להקנות למחזיק בהן כוח להפעיל את שיקול דעתו הבלעדי בתחום מסוים. שנית, ניתן להטיל במסגרת עוללות אלה אחריות אף אם לא היה כרוך בכך נזק והמעשה היה ראוי. כלומר, העוולה התרחשה ברגע שזכותו של התובע נפגעה, והבסיס לתביעה הוא עצם העובדה שזכותו של הנפגע הופרה. על כן כל מעשה מודע שתוצאתו הפרת הזכות יגבש את העוולה אף אם נעשה ללא כוונה לגרום לנזק ואף אם היה מוצדק מבחינה חברתית ומוסרית.

82 העוללות הקנייניות הן כל אותן עוללות פרטיקולריות המספקות הגנה רחבה, "קניינית", לזכויותיו של הנפגע באמצעות הכפפת הפוגע למגוון הסדרים נזיקיים מגבילים במיוחד המחייבים אותו להתחשב בהעדפותיו האישיות של הנפגע אף אם אלה נבדלות לעיתים מההעדפות החברתיות הרחבות יותר. על ההבדלים הדוקטרינריים והתאורטיים שבין העוללות הקנייניות לעוללות הרשלנות עמדתי בהרחבה במקום אחר, וראו יעקב, לעיל ה"ש 6, בפרק שכותרתו "על תקלות, תאונות ומעשים מכוונים – עוללות כוונה ורשלנות במשפט המקובל".

83 ראו יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנוזקין – תורת הנוזקין הכללית, 173–174 (מהדורה שנייה, ג' טדסקי עורך, 1976); וכן דבריו של המלומד ג'ון פלמינג (John G. Fleming) בהקשר של עוללות הסגת הגבול, שלפיהם: "Intentional invasions are actionable whether resulting in harm or not. Neither the intruder's motive is material nor the fact that his entry actually benefits the occupier" (JOHN G. FLEMING, THE LAW OF TORTS 40 (8th ed. 1992)).

84 ראו לדוגמה דבריו של השופט שמגר בע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785, פס' 15 לפסק דינו (1976): "המטרד ליחיד יכול, כזכור, שייוצר מבלי שהתהווה או הוכח נזק, שהוא בדרך-כלל המדרד הקלאסי (אם כי לא הבלעדי) לפסיקת הפיצויים. הווה אומר, ביסודותיה של עוולה זו יש הדגמה בולטת של מהותה ומגמתה כאמצעי להגנתו של הפרט בפני פגיעה מוגדרת, ללא זיקת-חובה לתוצאה מזיקה מוחשית דוקא".

85 אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 83, בעמ' 173–174.

86 שם.

העוולה הנזיקית נועדה להגן על זכות או על אינטרס מוגן.⁸⁷ ככזו היא אף מגדירה את היקף ההגנה על הזכות או האינטרס. עוולת כליאת השווא למשל קובעת כי שלילת חירות מוחלטת ושלא כדין למשך זמן כלשהו, בין באמצעים פיזיים או באמצעות הופעה כבעל סמכות, מקימה עוולה.⁸⁸ הזכות המוגנת כאן היא חירותו של האדם, והעוולה קובעת את אופן הפגיעה בה שיהיה בו כדי להקים זכות תביעה. בדומה לעוולות הקנייניות האחרות, גם באשר לכליאת שווא מדובר באחריות חמורה שאינה תלויה בסטייה מסטנדרט סבירות כלשהו.⁸⁹ דוגמה יפה אחרת בעניין זה היא עוולת התקיפה. אף היא מכוננת משטר של אחריות חמורה ומתגבשת כאשר יש שימוש בכוח נגד גופו של אדם באחד מהאמצעים שנקובים בסעיף.⁹⁰ הסעיף אומנם דורש כי השימוש בכוח ייעשה במתכוון, אולם הכוונה הנדרשת איננה לגרום נזק אלא לעצם השימוש בכוח.⁹¹ כך התפרשה עוולה זו במשפט המקובל, וכך גם בשיטתנו.⁹² המופע הטוב ביותר להדגמת נקודה זו הוא התקיפה הרפואית. ברוב המכריע של המקרים כוונתו של הרופא התוקף אינה לגרום נזק, אך בכל זאת הוא יבצע תקיפה אם יטפל במטופל בניגוד להסכמתו או בלעדיה.⁹³

87 המלומד קולמן (Coleman) מבחין בין אינטרסים, לאינטרסים לגיטימיים ולזכויות ככאלה הזוכים, או שאינם זוכים, להגנה במשפט הנזיקי, ובסוג ההגנה השמורה לכל קטגוריה. אינטרסים "סתם" אינם ראויים להגנה, אולם אינטרסים לגיטימיים וזכויות יזכו למעטפת הגנה נזיקית, ויידלדו ביניהם בהיקפה. החלוקה ביניהם תבצע, כמובן, לפי תפיסות חברתיות חיצוניות לדיני הנזיקין, אשר אמורים אך לשקף אותן. במסגרת זו זכויות משקפות ערכים הראויים בעיני החברה להגנה רחבה ועמוקה יותר, ועל כן הן תהיינה מוגנות בעוולות קנייניות לעומת האינטרסים המוגנים שיזכו להגנה "חלשה" יותר בעוולות הרשלנות, המכפיפה את האינטרס המוגן לסטנדרט של סבירות. להרחבה ראו, JULES L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS 329–342 (1992). כן ראו יעקב, לעיל ה"ש 6, בת-הפרק 1א ("שיקולי צדק מתקן").

88 ס' 26 לפקודת הנזיקין.

89 ניתן ללמוד זאת מלשון העוולה, שאינה מציינת כי על המעשה להיעשות, לדוגמה, בחוסר סבירות.

90 ס' 23 לפקודת הנזיקין.

91 ראו Goldberg & Zipursky, לעיל ה"ש 69, בעמ' 748–750, שם מסבירים הכותבים כי הכינוי "עוולות כוונה", שיוצר את הרושם כי מדובר בעוולות המבוססות יסוד-נפשי, הוא כינוי מטעה. הם נותנים כדוגמה את עוולת התקיפה, שעלולה ליצור את הרושם כי היא מסתכמת בפגיעות שמידת האשם בהן גבוהה כזו של עבירת התקיפה מתחום דיני העונשין. אומנם גם תקיפה שנועדה לפגוע נכנסת בהגדרת עוולת התקיפה, אך תחומיה אינם מוגבלים לכך ומתפרסים אף על מצבים שבהם המעוול נגע בגופו של אחר ללא רשות, אך גם ללא כוונה לפגוע, ואף במצב שבו המעוול ניסה בכל מאודו שלא להזיק במסגרת המגע. כלומר, מוקד העוולה הוא באוטונומיה של בעל הזכות ולא בכוונותיו של המעוול. בדומה לזה, עוולת הסגת הגבול מתמקדת באוטונומיה של בעל הזכות שלא לאפשר לאחרים להסיג את גבולו ולא בכוונותיו של מסיג הגבול שייתכן שאף לא היה מודע לעובדה שהוא מפר את זכותו של אחר בפעולותיו.

92 ראו יעקב, לעיל ה"ש 6, בתת-הפרק "אפיון ה'כוונה' ואפיון האחריות ב'עוולות כוונה' כאחריות חמורה". שם הסברתי כי אלמנט הכוונה בעוולות הכוונה, לעומת הכוונה במשפט הפלילי, פירושו שדי בכך שהנתבע עשה מעשה כלשהו, ואין זה משנה אם נתקיים בו רצון לפגוע אם לאו. במילים אחרות, די כי הנתבע ביצע פעולה (acted at all). מטרת הגדרה זו היא לשלול את האפשרות שהעוולה נגרמה מתנועת גוף בלתי נשלטת. רצון לגרום לנזק או אפילו להביא למגע גוף אינו רלוונטי לכינונה של כוונה נזיקית. עניין זה יסייע בהמשך דיון זה כאשר נידרש להקבלה שבין יסוד "ביודעין" בעוולת הקריאה לחרם לבין הכוונה בעוולות הפרטיקולריות. על כך בהמשך.

93 ראו לדוגמה ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497 (1993). סוגיית הכוונה תופל בהרחבה בהמשך רשימה זו.

בהקשר הזה יש להבחין בין קיום יסודות העוולה לבין התנאים לקבלת פיצוי. למשל, עוולת המטרד אינה דורשת נזק כחלק מיסודותיה, אך היא מתנה את הזכות לקבל פיצויים בכך שנפגע "סבל ממנו נזק".⁹⁴ ואילו העוולה של הסגת גבול – הן במקרקעין והן במיטלטלין – קובעת כי לא ניתן להיפרע פיצויים אלא אם סבל הנפגע נזק ממון.⁹⁵ כלומר, קיומה של העוולה והפגיעה בזכויותיו המוגנות יקנו לנפגע זכות תביעה, למשל לקבלת צו לסילוק של מסיג הגבול מהמקרקעין, אך ללא נזק ממון הוא לא יזכה לפיצוי. לעניין זה יפה ההבחנה שעורך טדסקי בין עצם האחריות הנזיקית, שבאה לכלל ביטוי במילוי יסודות העוולה, לבין הזכות לפיצוי שתלויה בשאלת הסיבתיות וריחוק הנזק, אם אכן נגרם כזה.⁹⁶ שלא כשאלת הפיצוי, שאלת האחריות תלויה רק במילוי כל יסודות העוולה. לא התמלא אחד היסודות – לא נתקיימה עוולה, ולא קמה כלל עילת תביעה. התמלאו כל היסודות, קמה האחריות הנזיקית, אך לא בהכרח זכות לפיצוי.

לשם מתן פיצוי כספי העוולות כולן צריכות לעמוד בדרישות הפיצוי הכלליות הקבועות בסעיפים 64 ו-176(1) לפקודת הנזיקין.⁹⁷ סעיף 64, שכותרתו "גרם נזק באשם", מגדיר את הקשר הסיבתי בין המעשה לנזק שנגרם, קשר שבלעדיו לא ייחשב הפוגע לגורם לנזק וממילא לא יצטרך לשאת בו גם אם ביצע עוולה.⁹⁸ הסעיף מתייחס למעשים או למחדלים שהם עוולה כשלעצמם או עוולה שלצידה נזק וקובע כי רואים אדם שגרם לנזק באשמו אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק.⁹⁹ סעיף 176(1) מוסיף בעניין זה את ההוראה המרסנת בדבר ריחוק הנזק.¹⁰⁰ הוא מאפשר לבית המשפט לקבוע פיצוי כסעד נוסף או חלופי לצו, אך מגביל את הפיצוי למצב שבו נגרם נזק לתובע וקובע שהפיצוי יינתן "רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבה במישרין מעוולת הנתבע". היינו, הפיצוי הנזיקי ושיעורו לכל עוולה שעליה משתרעת פקודת הנזיקין מותנים בנזק שנגרם, שקשור בקשר סיבתי למעשה המזיק (סעיף 64) ושאינו מרוחק מדי

94 ס' 44(א) סיפה לפקודת הנזיקין.

95 שם, בס' 29 סיפה ו-31 סיפה.

96 ראו אנלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 83, בעמ' 187–189. יש לציין כי המשפט המקובל הכיר באפשרות המוגבלת להעניק פיצוי בעוולות הקנייניות אף בלא קיומו של נזק "ממשי", אלא בשל הנזק שבעצם הנגיעה בזכות. פיצוי זה מכונה במשפט הרווח "פיצוי דיגניטרי". לעניין זה ראו DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS 79–80 (2003), שם מסביר דובס כי: "The invasion of the plaintiff's rights is regarded as a harm in itself and subject to an award of damages". דובס קושר רעיונית בין נזק זה לבין התפיסה של נזק נפשי.

97 זאת, בין שמדובר בעוולות שהן חלק מהפקודה ובין שמדובר בעוולות חיצוניות לפקודה, מכוח תחולתה הישירה או העקיפה של הפקודה עליהן.

98 ס' 64 רישה לפקודת הנזיקין ("אשם" הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק").

99 ובצד אמירה זו חריגים לסעיף, שהחשוב שבהם לענייננו הוא ס' 64(2), שמנתק את הקשר הסיבתי כאשר אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק.

100 ס' 176(1) לפקודת הנזיקין.

(סעיף 76(1)).¹⁰¹ זאת, כמובן, בהיעדר הוראה ספציפית נוגדת, למשל כזו הקובעת פיצוי ללא הוכחת נזק (כדוגמת זו הקיימת בעוולה של לשון הרע)¹⁰² או פיצוי לדוגמה, בדומה להוראה שהייתה קבועה בסעיף 2(ג) לחוק החרם, שנפסל. לסיכום נקודה זו, ניתן לומר כי חלק מן העוולות, כגון רשלנות והפרת חובה חקוקה, מציבות את רכיב הנזק והקשר הסיבתי כחלק מיסודות העוולה, ובהיעדרם אין מתגבשת כלל עוולה.¹⁰³ עוולות אחרות מאפשרות הגשת תביעה נזיקית גם ללא הוכחת נזק וקשר סיבתי, אך לשם קבלת הפיצוי בגינן יצטרך הפוגע לעמוד בקריטריונים נוספים – ספציפיים לעוולות מסוימות או כלליים מכוח העקרונות השיוריים של הפקודה.¹⁰⁴ במקרים אלו אי-הוכחת הנזק לא תשולל מן הנפגע אפשרות לקבל תרופה מתאימה נגד הפגיעה, או ה"נגיעה" בזכות, כגון צו מניעה או צו אחר להפסקת הפעילות העוולתית.¹⁰⁵ לעיתים עצם קיום העוולה אף מקנה לנפגע זכויות לסעד עצמי, שאותן הוא יכול לממש ללא התערבות בית המשפט.¹⁰⁶

2. משמעות היסוד הנפשי של "כוונה" ו"ביודעין"

קודם שאעבור לדון בעוולת החרם אבקש לייחד כמה מילים לעוולות ה"מכוונות". גם בהקשר זה נראה שיש חוסר בהירות טרמינולוגית. כפי שמציין השופט עמית בפסק הדין, השימוש במונחים "כוונה", "ביודעין" ו"זדון" אינו נחלת דיני הנזיקין בלבד, והם משמשים דרך קבע בחקיקה ובפסיקה הפלילית.¹⁰⁷ אולם השימוש בהם בהקשר הפלילי אינו זהה לשימוש במונחים אלו בדיני הנזיקין ועלול לבלבל. מכיוון שה"כוונה" הנזיקית אינה דומה ל"כוונה" הפלילית יכולים להיווצר פערים בין הפרשנות הפלילית לנזיקית (בדומה לבלבול הקיים בכיוון ההפוך בין הרשלנות הנזיקית לרשלנות הפלילית).¹⁰⁸

101 המקרים שמעריבים עוולות הדורשות נזק כחלק ממהותן הם מסובכים יותר, שכן שם לרכיב הסיבתי תפקיד כפול: "מצד אחד, יש לקבוע את קיום הקשר הסיבתי בין האשם ובין הנזק לשם התהוות האחריות, היינו, לשם התגבשות העוולה; ומאידך – שאלת קיומו של הקשר הסיבתי גורלית אף לתחמת היקף האחריות. כי הרי המזיק אחראי רק לגבי אלה מן התוצאות המזיקות שנגרמו על ידי מעשה הנזיקין שלו" (ראו אנגלרד, ברק וחשין, לעיל ה"ש 83, בעמ' 187).

102 ראו ס' 7א לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

103 בדומה לעולות הרשלנות, רכיב הנזק מופיע מפורשות גם בעוולת הפרת החובה החקוקה בס' 63(א) רישא לפקודת הנזיקין.

104 לדוגמה, בעוולת הסגת גבול במקרקעין, המנויה בס' 29 לפקודת הנזיקין, רישה, הסעיף מלמד כי העוולה מתגבשת עם עצם מעשה הכניסה למקרקעין שלא כדיון; סיפת הסעיף מוסיפה על כך עוד קריטריון ספציפי הרלוונטי לעניין הפיזיים במסגרת העוולה – גרימת נזק ממון.

105 דברים אלו נכונים במיוחד כאשר לעוולה יש אופי נמשך. לדוגמה כאשר מדובר בעוולת המטרד ליחיד, לשון הרע או הסגת גבול חוזרת, אף אם לא נגרם נזק בר-פיצוי, יכול בית המשפט לבחור בסעד הנתפס כטבעי במקרים אלה ולתת צו מניעה.

106 לדוגמה, פקודת הנזיקין מאפשרת לאדם הסובל או עומד לסבול מהסגת גבול למקרקעין שברשותו לסלק את מסיג הגבול בעצמו, בתנאים מסוימים, ואין דרישה שייגרם לו קודם נזק. במצב זה לא ייחשבו פעולותיו של בעל המקרקעין לתקיפה (ראו ס' 24(2) לפקודת הנזיקין).

107 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק דינו של השופט עמית.

108 וראו את ההסבר לעיל ה"ש 91.

בהקשר הנזיקי של עוולות הכוונה מתעוררת השאלה כיצד ניתן לדבר מצד אחד על מעשה מכוון או על עוולת כוונה, ומן הצד האחר על כך שהאחריות היא חמורה, היינו אינה תלויה-אשם.¹⁰⁹ התשובה לכך היא שכאשר מדובר בעוולת כוונה, גם מעשה סביר יכול לחייב באחריות, ובמובן זה הסטנדרט הנדרש מצד הפוגע גבוה מזה שבעוולת הרשלנות. כלומר, במסגרת עוולת הרשלנות פעולה סבירה פוטרת את המזיק מאחריות, אך אין הדבר כך כשמדובר בעוולת הכוונה.¹¹⁰

ברצוני להבהיר נקודה זו – בצדק ציין השופט עמית כי בהקשר הנזיקי השימוש במונח "כוונה" והשימוש במונח "ביודעין" הם במידה רבה חופפים זה את זה.¹¹¹ שניהם משמשים לציין את העובדה שהפוגע עשה מעשה רצוני שאינו בגדר תקלה, שמכניס אותו למתחם האחריות החמורה, בין שהפוגע רצה לגרום נזק, בין שרצה לפעול לטובתו של הנפגע או של אדם אחר, ובין שהוא ממוקם במקומות שונים על כל טווח האפשרויות שבין אופציות אלה. זאת בשונה ממעשה שאינו רצוני או שנובע מתאונה. בניגוד לתפיסה המקובלת של המונח "כוונה" הנובעת מהמשפט הפלילי, הרצון או היעדר הרצון לגרום נזק אינו משחק תפקיד. יסוד הכוונה נדרש לעצם עשיית המעשה ולא לתוצאתו.¹¹²

ניתן בנקל להדגים את ההבחנה שבין כוונה לבין תקלה באמצעות שתי דוגמאות – עוולת הסגת הגבול ועוולת התקיפה. כך, אם רכבתי באי-זהירות על אופניי ונפלתי לחלקה של אדם פרטי, מדובר בתקלה רשלנית שאינה עולה כדי מעשה רצוני או מכוון. לעומת זאת אם דרכתי במכוון על פיסת אדמה בבעלות פרטית, שבעליה לא הסכים כי אדרוך שם, משום שטעיתי לחשוב שהשטח הוא ציבורי או בבעלותי, אז ביצעתי עוולה של הסגת גבול. אף שבמקרה האחרון דריכתי על פיסת האדמה נעשתה בטעות, המשפט המקובל יראה בכך פעולה "ביודעין" או "בכוונה", אשר עולה כדי הסגת גבול.¹¹³ ניתוח זה לא יהיה תקף באשר לנפילה למקרקעין בטעות חרף ההתנהלות הבלתי זהירה. ניתוח דומה חל גם על עוולת התקיפה. אם רכבתי בחוסר זהירות, החלקתי ונפלתי על אדם אחר ופגעתי בו בחזוקה, אין מדובר בתקיפה אלא בפגיעה תקלתית שעלולה לעלות כדי רשלנות שאינה רצונית, שלא נעשתה ביודעין או מתוך כוונה. במקרה כזה אם אין מתמלאים רכיבי הנזק או הקשר הסיבתי, לא תקום אחריות. לעומת זאת נגיעה מכוונת באדם נגד רצונו, גם אם מתוך מחשבה שהוא מסכים לכך, תיחשב תקיפה, שכן עצם המגע נעשה "ביודעין" או "במכוון", ודי בכך לשם גיבוש העוולה.¹¹⁴

109 זאת אף שגם כאן קיים בלבול מונחים, שכן ס' 64 לפקודת הנזיקין נוקט את הלשון "גרם נזק באשם" ומכליל במסגרתו את כל העוולות.

110 וראו לעיל ה"ש 80, 81.

111 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק דינו של השופט עמית.

112 ראו את ההסבר לעיל ה"ש 92.

113 FLEMING, לעיל ה"ש 83, מסביר זאת בעמ' 40. פלמינג כמובן מציין כי במקרים של טעות, כאשר לא נגרם נזק, יינתנו פיצויים נומינליים בלבד, ועם זאת עדיין יש חשיבות להכרה הנזיקית בפגיעה בזכות, בין היתר על מנת למנוע תביעה לזכות נוגדת במקרקעין מצד מסיג הגבול או אחרים.

114 ראו לדוגמה White v. University of Idaho, 768 P.2d 827 (Ida. App. 1989), שם דובר במורה לפסנתר שלימד תלמידה בביתה. בעודה יושבת ליד השולחן הגיח הנתבע מאחוריה ונגע בגבה בשתי ידיו בתנועת נגינה על פסנתר. בעקבות זאת נגרם לתובעת נזק רב אך בלתי צפוי. אף שכוונתו של המורה לא

בעניין זה חשוב להבין כי אשר לעוולות הכוונה הקנייניות, ובניגוד לעוולות הרשלנות, אין משמעות לשאלה אם המעשה היה סביר או אולי אפילו רצוי מבחינה חברתית. המטרה של אחריות חמורה היא שבניגוד לעוולות הרשלנות לא ייבדקו בעניין הפעולה שיקולי תועלת חברתית כוללת, אלא יינתן ביטוי מרכזי לאוטונומיית הרצון של הנפגע ולזכויותיו וכן למערך היחסים שבינו לבין הפוגע. גם מעשים סבירים, ואפילו כאלו הראויים להוקרה ציבורית, יכולים לעלות כדי הסגת גבול או תקיפה.¹¹⁵ כך למשל כניסה ללא רשות לחצרו של אדם כדי לבצע פעולת הצלה של גוף או רכוש היא בבחינת הסגת גבול. בדומה לזה, רופא שיטפל בחולה טיפול סביר ללא הסכמתו ייחשב לתוקף, ולא יהיה בסבירות כדי להכשיר את עצם המעשה. במקום שבו האחריות חמורה, סבירות הפעולה אינה מעלה ואינה מורידה לעניין עצם קביעת האחריות. הסיכון מוטל לפתחו של המעוול. הפגיעה בזכות היא העולה, ועל כן היא מקימה את עילת התביעה הנזיקית.¹¹⁶ אם וכאשר רוצה המחוקק להעניק הגנה, הוא עושה כן נקודתית ומביא בחשבון את האינטרסים הצרים של הצדדים המעורבים, ועל כך להלן.

זאת ועוד, מכיוון שסבירות הפעולה אינה מעלה ואינה מורידה לעניין עצם ביסוס יסודות העולה (שלא כמתן הגנה), כך גם אין משמעות לשאלה אם לפעולה נלווה רצון לפגוע. כאמור לעיל, במשפט המקובל ואף בישראל ניתנו פסקי דין רבים שבהם רופאים שלא

הייתה לגרום נזק, הייתה נגיעה שלא ברצון. בית המשפט פסק כי בוצעה תקיפה, שכן די היה במעשהו המכוון של המורה על מנת לגבש את יסודות העולה למרות תום ליבו. כמו כן ראו Vosburg v. Putney, 50 N.W. 403 (Wisc. 1891), שהיא אחת מהפסיקות המעניינות בארצות הברית העוסקות בתקיפה. בפסק הדין נדון מקרה שבו תלמיד בית ספר הושיט את רגלו ובעט קלות ברגל חברו לכיתה, כנראה כדי לעורר את תשומת ליבו. הבעיטה לא הותירה סימן ובתחילה נראה כי לא הייתה לה השפעה כלל, אולם לאחר כמה דקות החל הנבעט לחוש כאבים חזקים, ונראה שהבעיטה החמירה מצב רפואי קיים וגרמה לנזק קבוע. בית המשפט אומנם קיבל את טענת התלמיד הנובעט שהכחיש כל כוונה לפגוע בחברו, ועם זאת קבע כי הוא אחראי לתקיפת חברו, בהתמקדו במעשה הבעיטה שללא ספק נעשה במודעות אף אם לא הייתה כוונה לפגוע. ראו גם Ariel Porat, *The Future of Law and Economics and the Calabresian External Moral Costs*, 16 JRSML. REV. LEGAL STUD. 153 (2017) המסייע בחיבור נקודה זו מפרספקטיבה מעניינת. פורת מסביר כי לא היה יכול למצוא ולו מקרה אחד בארצות הברית ומחוצה לה שבו בית משפט פטר מאחריות מזיק בשל גרימת נזק גוף, כאשר הסיכון להתממשות הנזק היה גבוה מאוד, למשל סיכון של 50% למוות, ובד בבד הוצאות מניעת הנזק היו גבוהות גם הן (מה שמחייב, לכאורה, אי-הטלת אחריות לפי נוסחת LH, שאומצה בדיני הנזיקין בארצות הברית). לגישתו, מקרים אלו כמעט אינם מתבררים בבית המשפט. הוא מוסיף כי גם במקרים של סיכון גבוה לרכוש בתי המשפט נוטים לפסוק פיצוי אם התממש הנזק ללא קשר לשאלה אם התנהגותו של המזיק הייתה סבירה או לא במונחים אלו. הסבר אפשרי לתופעה זו, ברוח הדברים שהוצגו לעיל, טמון בהבנה כי מעבר להסתברות לסיכון מסוים, המקרה מפסיק להיות "תקלה" והופך להיות אירוע שונה, קרוב יותר באופיו להתנהגות מכוונת, שמצדיק טיפול בכלים אחרים. במובן זה עולות הרשלנות אינה מתאימה עוד לטיפול בהתרחשויות, ונוסחת LH, באשר לאופן בחינת הרשלנות, הופכת ללא רלוונטית. בסוג זה של מצבים נועדו לטפל עוולות הכוונה ובמיוחד הסגת הגבול למיניהן – הן אלו שישמשו להגנה נאותה על זכויות הנפגע.

115 להרחבה ראו יעקב, לעיל ה"ש 6, פרק ב (שכותרתו "ניתוח תיאורטי, צדק מתקן ושיקולי יעילות").
116 כזכור, מסיבה זו נערכת ההבחנה בס' 3 לפקודת הנזיקין בין נפגע לניזוק, ומכוחה ההגדרה של פגיעה כנגיעה שלא כדין בזכות משפטית.

ביקשו לפגוע ואף רצו לסייע למטופל נחשבו תוקפים, שכן לא קיבלו את הסכמת המטופל. עצם הפעולה המכוונת או המודעת שכרוכה בנגיעה – די היה בה כדי לפגוע בזכות.¹¹⁷ מכך, כמובן, אין להסיק כי הרצון לפגוע או להזיק הוא נטול כל משמעות. הרצון לגרום נזק או להרע או רצון שבצידו כוונה רעה באים לידי ביטוי פעמים רבות בשימוש במילה "זדון" (malice). בשונה מהמונחים "כוונה" או "מודעות", שבהקשר הנזיקי אינם טעונים בהכרח רצון להזיק, המילה "זדון" (או המונח "כוונה לגרום נזק", כפי שמופיע למשל בפקודת הנזיקין בהקשר של עובד ציבור)¹¹⁸ טעונה בקונוטציה שלילית שמושפעת מהמוטיבציה של הפוגע. במקרים אלו ניתן למצוא חריגים לכלל הנזיקי שלפיו על המזיק לשלם רק על הנזקים שאותם גרם, ובהם יפסוק בית המשפט לעיתים פיצויים ללא הוכחת נזק ואף פיצויים עונשיים. זאת בשל הפגיעה הבוטה בזכות, מטעמים של הרתעה או גמול.¹¹⁹ במקרים אלו היה המשפט המקובל נכון אף לבחון את הקשר הסיבתי בחינה מקילה ולהטיל אחריות גם על נזקים מרוחקים יותר.¹²⁰ טיב המעשה וסבירותו וכן הרצון לפגוע או להזיק אינם חסרי רלוונטיות גם במקרים אחרים, שבהם העוולה אינה משתמשת במונחים של זדון או כוונה להזיק. יש בהם לעיתים כדי להשפיע על תחולתן של חלק מן ההגנות שעומדות לפוגע ואף על הערכת מידת הנזק.¹²¹

3. הגנות

נקודה זו מעבירה אותי לעניין האחרון שבו אבקש לדון לפני שאפנה לפרשנות עוולת החרם והוא סוגיית ההגנות. כזכור, נקודה זו עולה לדיון בפסק דינו של השופט עמית.¹²² אשר לעוולת הקנייניות מתעוררת לא אחת שאלת טיב ההגנות הקמות לפוגע והנסיבות שבהן הן תקומנה. במשך השנים קמו בנוגע לעוולת הקנייניות הגנות ספציפיות שהביאו בחשבון את מהותה המיוחדת של כל עוולה ועוולה, את נסיבות האירוע ועוד.¹²³ במסגרת עוולות אלו נעשה בדרך כלל ניסיון לשמור על התייחסות פרטיקולרית לאינטרסים של הצדדים בתוך כדי שמירה על העדפותיהם הסובייקטיביות ככל שאלו היו רלוונטיות. שיקולים חברתיים רחבים יותר באו לכלל ביטוי רק בהתייחס לאלמנטים מסויימים ובמקרים חריגים. ההגנות

117 ראו עניין רייבי, לעיל ה"ש 93.

118 ס' 7א(א) סיפה לפקודת הנזיקין.

119 אומנם פיצויים אלו אינם שמורים רק למקרים אלו, שכן לעיתים עצם הפגיעה בזכות שלא בדרך של תאונה או תקלה, במיוחד במצבים שבהם היה ניתן שלא לפגוע בה, מצדיק פיצויים מוגברים, אך הדבר נכון שבעתים בנסיבות שבהן המעשה מלכתחילה לווה במוטיבציה להזיק. ראו לדוגמה ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט(2) 1331 (1955); ע"א 277/55 רבינוביץ נ' "סלע" חברת שיכון בע"מ, פ"ד יב 1261 (1958).

120 להרחבה ראו יעקב, לעיל ה"ש 6, בתת-הפרק שכותרתו "סיבתיות, היקף האחריות ומהות הפיצוי".
121 וכן על הסעדים העצמיים שעומדים לרשות הנזוק – כגון סילוק המזיק, חסינות מפני פגיעה בו במקרים שהסגת הגבול נעשתה על מנת לגרום לנזק, למעט מקרים של פגיעה מכוונת וכו'. להרחבה, ראו שם, בתת-הפרק שכותרתו "הגנות".

122 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 31 לפסק דינו של השופט עמית.

123 ראו למשל את ההגנות המיוחדות הקבועות בס' 24 לפקודה בנוגע לעוולת התקיפה ואת אלו הקבועות בס' 27 לפקודה בנוגע לעוולת כליאה השווא. הגנות אלו הן בבחינת ביטוי חלקי לסט של הגנות מיוחדות שנתפרו במשפט המקובל לעוולות הקנייניות.

לעוולות הקנייניות היו מצומצמות באופיין, בחנו את מערך היחסים שבין הפוגע לנפגע וביקשו לבדוק נקודתית היכן ומתי יש לפטור את הפוגע מאחריות.¹²⁴ ומה באשר להגנות הכלליות יותר, כגון אשם תורם והסתכנות מרצון?¹²⁵ במשפט הישראלי לא ניתן למצוא הגבלה פורמלית על תחולתן על עוולות כלשהן, אולם במשפט המקובל לא היה נהוג להשתמש בהגנות אלה באשר לעוולות הקנייניות, והן היו שמורות בעיקר לעוולות הרשלנות. קצרה היריעה מלהרחיב על כך ברשימה זו ועמדתי על כך במקום אחר.¹²⁶ אתיחס רק לכמה דוגמאות אינטואיטיביות – העובדה שהגדר מסביב לחצר ביתי הייתה פרוצה אינה עולה כדי הסתכנות מרצון או אשם תורם לעניין ביצוע הסגת הגבול בדיוק כפי שלבוש שאינו צנוע אינו מקנה לפוגע הגנה מפני תקיפה. בדומה לזה, ברי כי העובדה שדלת בית הנפגע הייתה פתוחה אינה יכולה לשמש הגנה של אשם תורם מפני עוולת הגזל לפוגע שלקח מביתו את הטלוויזיה, ושלא יראו בכך אפוא סוג של הסתכנות מרצון.¹²⁷ זאת בראש ובראשונה משום שבמסגרת העוולות הקנייניות לא אפשרו לרוב שימוש בהגנות אלו, אשר מטיבן בוחנות את מעשי הפוגע באספקלריה חברתית רחבה יותר, אך גם משום שפעמים רבות יש במוטיבציה השלילית של הפוגע כדי לשלול את תחולת ההגנה.¹²⁸

ג. פרשנותה של עוולת פרסום הקריאה לחרם

בשלב זה, לאחר הנחת היסודות התאורטיים הרלוונטיים, ניתן לבחון את עוולת החרם ולנסות לאפיין אותה בכלים המסורתיים של המשפט הנזיקי. אגב כך יובהר כיצד פרשנות עוולת החרם בפרשת אבנרי עלולה לעצב מחדש את ההגנה הנזיקית בעוולות פרטיקולריות אחרות באופן שיהיה בו כדי לגרום לצמצום זכויות נפגעים.

1. אפיון העוולה והיקף ההגנה

ראשית, יש להבין כי הזכות או האינטרס המוגנים מכוח חוק החרם הם חיצוניים לדיני הנזיקין עצמם. דיני הנזיקין הם במידה רבה כלי המשמש לעיצובה של הזכות ולהגדרת

124 מסיבה זו למשל מופיעות בפקודת הנזיקין ההגנות לעוולות הקנייניות מייד לאחר הגדרת העוולה, משויכות אליה ומוגדרות כהגנה מיוחדת. ראו למשל ס' 24, 27, 45 לפקודה.

125 ראו ס' 5, 68 לפקודת הנזיקין.

126 ראו יעקב, לעיל ה"ש 6, בתת-הפרק שכותרתו "הגנות", וכן בפרק שכותרתו "ניתוח תיאורטי, צדק מתקן ושיקולי יעילות".

127 לבחינה ביקורתית של גישה זו ראו Avihay Dorfman & Assaf Jacob, *The Fault of Trespass*, 65 U. TORONTO L.J. VOL. 48 (2015).

128 ראו לעיל ה"ש 126. הגנות האשם התורם והסתכנות מרצון, בדומה לעוולת הרשלנות, נוטות להביא בחשבון שיקולים רחבים מאלו שנוגעים ישירות למזיק ולניזוק. על אף האמור ניתן לטעון כי הגנות אלה, הגם שלכאורה לא נעשה בהן שימוש כאשר מדובר בעוולות קנייניות, חודרות חדרה לא פורמלית למשפט ומשפיעות על הכרעות השופטים. לניתוח דומה המתייחס להגנת האשם התורם במשפט הפלילי ראו אלון הראל "יעילות וצדק במשפט הפלילי" משפטים כב 499 (1992).

גבולותיה, אך הם אינם מתווים מתוכם את שיקולי המדיניות שבבסיס קביעתה.¹²⁹ ניתן להתווכח על השאלה מהי הזכות שהעניק המחוקק ואם היא לגיטימית, אולם במגרש הנזיקי ובהינתן קביעתה של הזכות, הרי שפגיעה בה עולה כדי עוולה.

שנית, בשונה מהמקרים הפרדיגמטיים של עוולת הרשלנות העולה החדשה אינה עוסקת במצבים של תאונה או תקלה. לקריאה לחרם אין בדרך כלל אופי של תאונה, בדומה למשל לעוולה של פרסום לשון הרע. בכך היא מצטרפת לשורה ארוכה של עוולות פרטיקולריות שנמצאות בפקודת הנזיקין עצמה או מחוצה לה. המעשה העולתי נעשה מתוך רצייה, והוא פוגע בזכות שהוענקה לנפגע. במסגרת זאת סעיף 2(א) דומה בניסוחו, באופיו ובמבנהו לרבות מהעוולות הפרטיקולריות, ובהן הסגת גבול, תקיפה, כליאת שווא ועוד. הוא מתייחס למערכת נסיבות מוגדרת – העושה ביודעין X מבצע עוולה נזיקית, והוראות פקודת הנזיקין יחולו עליו.

כאמור, בשונה ממצבים של תקלה או תאונה, בעוולות הכוונה מבקש המחוקק להגדיר סיטואציה שניתנת להסדרה מראש. ניתן כמובן לתהות באשר לאופן שבו בחר המחוקק להגדיר את הסיטואציה ולמוטיבציה שהניעה אותו. אך גיבושה לכלל עוולה נזיקית, העברתה כחוק ואישור תחולתו בבג"ץ קיבעו את גבולות המשחק. ואולם, בניגוד לעוולות פרטיקולריות אחרות, הקושי הפרשני באשר לחוק החרם נובע מעצם הגדרת המעשה העולתי. בכליאת שווא, הסגת גבול ואפילו תקיפה, המעשה העולתי הוא אינטואיטיבי וקל יחסית להגדרה, ואילו בעוולת הקריאה לחרם ההגדרה מורכבת. כך, אם ראובן חצה את קו הגבול של החלקה של שכנו שמעון שלא כדין, הוא פגע בזכות הקניינית של שמעון ולפיכך ביצע עוולה. ומה המקבילה בעניין החרם? מהי הזכות המגולמת בעוולה החדשה של חוק החרם – או במילים אחרות מהו אותו X שאסור לעשותו? בעמודים הבאים ננסה לענות על שאלה זו דרך דיון ביקורתי בפרשנות שהעניק בית המשפט ליסודות העוולה.

2. יסוד ה"ביודעין"

סעיף 2(א) קובע כי כדי שמפרסם הקריאה לחרם יעוול על הפרסום להיעשות ביודעין. כיצד יש לפרש דרישה זו על רקע פסק דינו של בית המשפט? והאם פרשנות בית המשפט עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט המקובל ועם אלו שנהגו בפרשנותן של עוולות נזיקיות אחרות במשפט בישראל טרם מתן פסק הדין?

ראשית, במסגרת העוולה נעשה פעמיים שימוש ברכיב המודעות: פעם אחת בסיפה של הסעיף כאשר הדרישה היא כי המפרסם יהיה מודע לאפשרות הסבירה שהקריאה תביא להטלת חרם, ופעם שנייה ברישה של הסעיף, סביב המילים "המפרסם" ו"קריאה". ברכיב המודעות הנדרשת בסיפה אטפל בהמשך. עם זאת אציין כבר כאן כי רכיב זה של המודעות מתייחס לאפקטיביות של הקריאה לחרם והוא חלק מהגדרת המעשה האסור. ללא מודעות לאפקטיביות אין לראות בפרסום הקריאה הפומבית מעשה אסור.

לעומת זאת רכיב ה"ביודעין" המופיע בתחילת הסעיף מתייחס לעצם הפרסום – על הפרסום להיעשות ביודעין. כפי שהראיתי, שימוש זה במונח "ביודעין" או במונח "כוונה"

129 ראו לעיל ה"ש 87.

מאפיין רבות מ"עוולות הכוונה", אך יש בו כדי להטעות, שכן פרשנות המונחים בדיני הנזיקין שונה מזו שנהוגה במשפט הפלילי. דיני הנזיקין אף משתמשים בהם לעיתים ללא הבחנה. כפי שהראיתי בעבר,¹³⁰ השימוש במונחים אלו בדיני הנזיקין נועד להבחין בין מצבים של תאונה או תקלה לבין מצבים שבהם יש התנהגות שאינה תקלתית.¹³¹ את ההבחנה בין מצבים שבהם מדובר בתקלה לכאלו שאינם כאלה ניתן בנקל להבהיר באמצעות הדוגמה שעליה עמדתי לעיל.¹³² על כן אם כתבתי דבר מה במחשב, ואף חשבתי שיש בו, אם יפורסם, כדי להביא לחרם, ומישהו אחר לחץ ללא ידיעתי על לשונית המשלוח ובכך הביא לפרסום הכתוב, או שתוכנת זדון העתיקה את המסמך ושלחה אותו עצמאית לתפוצה רחבה של אנשים – מדובר, ככל שהדברים רלוונטיים לעניין הפרסום, בתקלה, ולכן אין מתקיים רכיב ה"ביודעין". לשם הטלת אחריות במקרה זה יודקק בית המשפט לעוולת הרשלנות כדי לבחון אם מעשים אלו חרגו מאמות המידה של האדם הסביר.¹³³ הדרישה כי הפרסום ייעשה ביודעין מצמצמת אפוא במובן מסוים את הטלת האחריות הנזיקית. צמצום זה אף תואם את האינטואיציה.¹³⁴

אולם במובנים אחרים השימוש במונחים "כוונה" או "ביודעין" עלול דווקא להרחיב את האחריות. כפי שהראיתי, על פי המסורת של המשפט המקובל, הדרישה שהמעשה ייעשה "ביודעין" או ב"מכוון" אין פירושה שיעשה בכוונה רעה או בכוונה לגרום לנזק. די בכך שהמעוול התכוון לעשות את המעשה. במצב דברים זה אין משמעות לשאלה אם המעוול טעה בהבנת הסיטואציה. מבחינה זו עוולות הכוונה מחמירות עם הפוגע יותר משעוולת הרשלנות מחמירה עימו, שכן הסיכון מוטל לפתחו. עוולות אלו מטילות עליו משטר משפטי של אחריות מוגברת. כלומר, אם אין מדובר בתאונה, הרי שגם אם המעוול טעה או שכונתו הייתה להיטיב עם הנפגע או עם אדם אחר, טעות זו או הרצון להיטיב לא יזקפו בדרך כלל לטובתו,¹³⁵ הוא יחוב באחריות נזיקית, ובדרך כלל יעמוד לרשותו רק מספר מצומצם של הגנות.¹³⁶ כפי שצוין לעיל, הרחבת האחריות בעוולות הכוונה המסורתיות נובעת מכך

130 ראו יעקב, לעיל ה"ש 6, בפרק "אפיון ה'כוונה' ואפיון האחריות ב'עוולות כוונה' כאחריות חמורה".
 131 ראו Keating, לעיל ה"ש 81, בעמ' 31–32, שם מוסבר כי אם אדם ייכנס לשטח שבבעלותי ללא רשותי, תהיה זו הפרה של זכותי להפעיל שליטה על קנייני, המתגבשת לכדי הסגת גבול, הגם שבנסיבות אחרות היה מעשה הכניסה נחשב לסביר. העוולה נובעת מהעובדה כי לא כיבד את זכותי. גישה זו מתחדדת על רקע העובדה שהכניסה האסורה תיחשב להסגת גבול אף אם היה בה כדי להועיל לבעל השטח (לדוגמה, אם מסיג הגבול השביח את הקרקע בהיותו שם), ואף אם הסגת הגבול נעשתה בשל טעות בדבר היקף האישור שניתן לכניסה ושהייה בשטח.

132 ראו לעיל ה"ש 110–112 והטקסט הצמוד אליהן. ראו גם ס' 33 לפקודת הנזיקין באשר לטעות, ואפילו נעשתה בתום לב, בעניין חזקה או בעלות.

133 שימוש בעוולת הרשלנות במקרים כגון אלה אינו טריוויאלי בגלל הקשיים שיעמדו בפני התובע בביסוס החובה ובהפרכתה. לא ברור כלל אם במקרים אלו יש להכיר בחובת זהירות בין השולח לבין הנפגע.

134 הבעיה היא שבין שני מצבי הקצה מצויה סדרה ארוכה של מצבים שעל בתי המשפט יהיה לפרשם – האם מדובר במעשה שהוא מכוון או בתקלה? למשל, כיצד יש לסווג מקרה שבו ראובן חושב שהוא שלח באמצעות דוא"ל עותק גיבוי לעצמו אך בסופו של דבר שלח לרשימת תפוצה רחבה.

135 במובן זה, שוב, הסיכון במשפט המקובל הוטל לפתחו של הפוגע, ולכן גם אם למשל עשה טעות באשר לעצם קבלת ההסכמה בעוולת התקיפה או הסגת גבול, הוא בכל זאת ייחשב מעוול.

136 בעניין זה ראוי לציין כי בהקשר של עוולת החרם לא נקבעו כל הגנות ספציפיות.

שההגנה על בעל הזכות אינה דורשת סטייה מסטנדרט של סבירות כדי לחייב את המעוול. הרעיון שעומד מאחורי גישה זו הוא כי גם אם המעשה סביר ואף ראוי לשבח, הרי שלא ראוי שהדבר ייעשה על גבו של הנפגע או הניזוק או בתוך כדי הפרת האוטונומיה שלהם. איזו פרשנות מקבל המונח "ביודעין" בפרשת אבנרי? נראה כי פרשנותו של בית המשפט סוטה מהקו המקובל בדיני הנזיקין בהקשרים אחרים. היצמדות לפרשנות המסורתית של עוולות הכוונה, שתעלה בקנה אחד עם פרשנותן של העוולות הפרטיקולריות עד כה, הייתה מבחינה בין פרסום שהוא בגדר תקלה לבין פרסום שאינו כזה. יסוד ה"ביודעין" שבעוולת החרם לא יחול כאשר מדובר בתקלה, אך כאשר אין מדובר בתקלה, גם אם אין רצון לפגוע, ואפילו הפרסום רצוי מבחינה חברתית, הרי שהאחריות, בהתקיים יתר יסודות העוולה, מוטלת על כתפי מפרסם הקריאה לחרם. אולם מתוך רצון לצמצם את תחולת הסעיף, לא זו הגישה שהתקבלה בפסק הדין. כאן ניכרים פערי השיח בין המשפט החוקתי למשפט הנזיקי, ומכאן הצורך "לעוות" את המרחב הנזיקי כדי "להתאימו" לזה החוקתי. כזכור, בפסק הדין מתלבטים השופטים בדבר היחס שבין דרישת הביודעין הקבועה בסעיף 2(א) לדרישת הזדון שהופיעה בסעיף 2(ג) שנפסל. כך, למשל, ציין השופט עמית כי המונח "ביודעין" מרמז לידעה סובייקטיבית, היינו לצד השכלי, ואילו המונח "זדון" מרמז לצד הרגשי – כלומר לתוצאה. לגישתו, המונח "זדון" מעיד על "אשם מוסרי גבוה יותר"; "על שאיפה להרע לאחר", ועל כן הוא נכון להניח שהמחוקק התכוון להבחין בין השניים כאשר המונח "ידיעה" מרמז על יסוד נפשי בעל חומרה פחותה. אולם לדעת השופט עמית, "קשה להלום כי קריאה לחרם תעשה ברשלנות בפזיזות או באדישות ולא בכוונה". מסיבה זו הוא נכון כאמור גם לבטל את סעיף 2(ג), מה שיאפשר לדעתו לפרש את המונח "ביודעין" במשמעות של "כוונה לגרום נזק". הוא מוסיף כי כדי שיתקיימו יסודות העוולה יש צורך שהקריאה לחרם תיעשה מתוך מניע או כוונה או מתוך רצון או מטרה להשיג תוצאה.¹³⁷

השופט עמית מצביע, ובצדק, על ההבחנה התאורטית שבין כוונה לזדון, אך חבל שהוא מצמצם הבחנה זו למישור התאורטי וטוען כי קשה לעגנה בעולם המעשה. בעניין זה הוא מפנה לעוולות שונות, ובהן לתקיפה ואף לסעיף 7א(א) לפקודת הנזיקין שעוסק בחסינות עובד ציבור וקובע כי החסינות לא תחול במצבים שבהם נעשה מעשה "ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק". מכך הוא מסיק כי המחוקק מייחד את המונח "ביודעין" ליסוד נפשי של כוונה לגרום נזק.¹³⁸

לטעמי, גישה זו היא, בכל הכבוד, מוטעית ואינה עולה בקנה אחד עם המשפט המקובל ואף לא עם גישת המשפט בישראל. נתחיל בחסינות עובד ציבור – דווקא משימוש של המחוקק גם במונח "ביודעין" וגם במונח "כוונה לגרום נזק" ניתן ללמוד כי רכיב הביודעין מציב דרישה שונה, מרחיבה יותר, שאם לא כן, מדוע היה על המחוקק להוסיף את הביטוי "מתוך כוונה לגרום נזק"?¹³⁹ כפי שהראיתי לעיל, קריאה מסורתית של דרישת

137 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 29 לפסק דינו של השופט עמית.

138 שם.

139 גם מבחינה לשונית גרידא, נראה שגישה זו אינה נכונה. לו היה פסיק בין המילה "ביודעין" לבין הביטוי "מתוך כוונה לגרום נזק", היה ניתן לגרוס כי הביטוי היה הסבר או ביאור של המילה "ביודעין", ומבנה המשפט משמיע שקילות תוכנית בין שתיהן: היינו "ביודעין, מתוך כוונה לגרום נזק", יכול להתפרש כ

הביודעין היא באשר לביצוע המעשה ללא קשר לנזק שייגרם. זאת, משום שעוולה זו של קריאה לחרם, בדומה לעוולות הפרטיקולריות האחרות, נועדה להגן על זכות שהוקנתה לנפגע, אשר עצם הפגיעה בה מגבשת את יסודות העוולה. בדומה לעוולות התקיפה או הסגת גבול, שם אין צורך בכוונה לגרום נזק, כך גם כאן, יסוד הביודעין אינו מתייחס לתוצאה ולמניע אלא לעצם עשיית המעשה. בעניין זה ניתן להשוות גם להבדל שבין העבירה הפלילית לעוולה הנזיקית בחוק איסור לשון הרע. לעומת העבירה הפלילית הדורשת בין היתר פרסום "בכוונה לפגוע"¹⁴⁰, לצורך העוולה הנזיקית אין נדרשת כוונה שכזו ודי בעצם הפרסום.¹⁴¹

במובן זה היה ניתן להבחין בין יסוד הביודעין לבין יסוד הזדון גם בפרקטיקה במונחים של רצון לגרום נזק. אומנם ייתכן שההבדל בין השניים, בהקשר של עולות החרם, קטן, שכן יש שיטענו שמפרסמי הקריאה לחרם מתכוונים הלכה למעשה לגרום למוחרם נזק כלכלי, אך ליסודות אלו אין אותה משמעות בהקשרים אחרים, והסכנה היא שפרשנותו של בית המשפט את המונח "ביודעין" תקרין גם על פרשנות המונח בהקשרים אחרים.¹⁴² כיום, לדוגמה, על מנת שתיפגע זכותי על גופי אין צורך בנזק או בכוונה לגרום אותו. די בכך שנעשתה נגיעה ביודעין, בניגוד לרצוני, אף אם זו נעשתה בסבירות ואף אם כוונה לטובתי. אימוץ פרשנותו של בית המשפט בפרשת אבנרי עלול למשל לצמצם ולהצר זכות זו של נפגעי תקיפה.

בעניין זה ברור ההקשר הפוליטי – "מעוולים" רבים המפרסמים קריאה לחרם יטענו כי הרצון לא היה להזיק או לגרום נזק אלא לקדם מטרה ציבורית חשובה וצודקת, ועל כן דרישת הזדון אינה מתקיימת ואין מתקיימים יסודות סעיף 2(ג).¹⁴³ על פי הפרשנות שהצגתי

כ"ביודעין, כלומר מתוך כוונה לגרום נזק" ולא כ"ביודעין ומתוך כוונה לגרום נזק". הביטוי מפריד בין יודעין, שמשמעותו עצמאית-עובדתית ולא רגשית-שאיפתית, לבין הדרישה הנוספת שהיא שאיפתית. היעדר הפסיק מעיד מבחינה לשונית שהביטוי "ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק" צריך להתפרש כ"ביודעין וגם מתוך כוונה לגרום נזק", כלומר הכוונה לגרום נזק אינה מוכללת במשמעותו הטבעית של "ביודעין", אלא המחוקק נדרש אקטיבית להוסיפה.

140 ראו ס' 6 לחוק איסור לשון הרע.

141 להרחבה על אודות ההבדל בין העבירה לעוולת לשון הרע ראו פסק דינו של השופט ברק בע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205 (1985), ובמיוחד פס' 15. יש לציין כי אף שס' 7 לחוק, הקובע את העוולה האזרחית בדבר פרסום לשון הרע, אינו מציין זאת מפורשות, יש המפרשים אותו כדורש יסוד נפשי של מודעות לקיומם של היסודות המקימים את העוולה. וראו ש"ז פלר "לשון הרע – עבירה ומשמעות הדרישה 'בכוונה לפגוע' – מחשבה שנייה (ע"פ 506/89) משפטים כג 515, 518 (1994). לעמדה החולקת על כך ראו אורי שנהר דיני לשון הרע 143–145 (1997).

142 בעניין זה ניתן לטעון כי ייתכן שרכיב הביודעין נבלע בזדון ומתקיים בו, שכן כאשר אדם פועל מתוך כוונה לפגוע הוא יודע זאת ומתכוון לכך במעשיו.

143 בהקשר זה מתייחס השופט עמית בבג"ץ חוק החרם (לעיל ה"ש 1) לעוולה של גרם הפרת חוזה והיחס שבינה לבין שביתה. זוהי השוואה מעניינת. ודוק, טיבה של שביתה הוא בהיותה מקדמת אינטרס אישי של השוכת על חשבון נזק שנגרם לציבור. אולם השביתה עצמה אינה מוגדרת עוולה נזיקית. למעבידים או לציבור אין זכות להיות חסינים משביתה משום האינטרסים החברתיים החיוביים שטמונים בה. זאת ועוד, ניתן לטעון גם כי השוכתים אינם רוצים לגרום לנזקים במזיד. עם זאת שביתה הייתה עלולה להיחשב גרם הפרת חוזה משום שעוולה זו אינה דורשת כוונת זדון אלא שגרם ההפרה ייעשה "ביודעין ובלתי צידוק מספיק". כדי למנוע חשש זה קבע המחוקק הגנה מיוחדת שלפיה שביתה והשבתה לא

לעיל, ניתן לטעון נגדם כי הם עדיין בגדר מעוולים, וכי התקיימו יסודות סעיף 2(א), שכן פרסום הקריאה נעשה ביודעין. במובן זה, ההיגיון הפנימי של הסעיף הוא כי קידום מטרה שעשויה להיתפס ראויה מבחינה ציבורית/פוליטית אינו צריך לבוא על חשבון הנפגע רק בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת. דעתי היא כי פרשנות זו מתבקשת מכוונת המחוקק, וכי על מנת למנוע זכות זו מהנפגע היה על בית המשפט לפסול את סעיף 2(א) בדומה לפסילה של סעיף 2(ג) (כפי שסברו חלק מן השופטים).¹⁴⁴ עם זאת ההכרה בזכות הנפגע הנובעת מסעיף 2(א) אינה מעידה בהכרח על זכות לפיצוי שנגזרת ממנה, שכן כאמור לעיל, פיצוי דורש הוכחת נזק. שאלה נפרדת שיש לדון בה היא מה המשמעות של הפגיעה בזכות מבחינת הסעדים האחרים השמורים לנפגע, אם בכלל, גם ללא הוכחת נזק. בכך אדון בהמשך.

3. סיבתיות

הסוגיה הבאה שיש לדון בה בפרשנות עוולת החרם, ושמתעוררת בפרשת אבנרי, היא דרישת הסיבתיות. כזכור, העוולה אינה מתייחסת כלל ליסוד הקשר הסיבתי וליסוד הנזק, בדומה לעוולות פרטיקולריות רבות אחרות, ובשונה מעוולת הרשלנות¹⁴⁵ ומהפרת חובה חקוקה.¹⁴⁶

יחשבו הפרת חוזה, וזאת בדיוק מהטעם שעצם מעשה ההשבתה, שיוביל לגרם הפרת חוזה, עלול להיחשב עוולה גם אם לא ייגרם נזק כלל, וגם אם הדבר ייעשה ללא רצון לגרום נזק, שכן הוא נעשה ביודעין ואינו בבחינת תקלה. זאת ועוד, הסעיף גם דורש לשם תחולתו כי גרם ההפרה ייעשה ללא צידוק מספיק. כך, אם מעשה נעשה ביודעין – היינו המעוול עשה מעשה שאינו תקלתי וידע זאת – הרי שללא התוספת של "ללא צידוק מספיק" הוא היה אחראי בגין העוולה ללא קשר לנזק שנגרם. אומנם הזכות להיפגע פיצויים הייתה קמה רק אם נגרם לניזוק נזק ממון, אך הפגיעה בזכותו של הניזוק, בדומה ליתר העוולות הפרטיקולריות, הייתה נגרמת גם אם לא נגרם לו נזק ממון וגם בלא נזק כלל. משכך הוסיף המחוקק את הרכיב של צידוק מספיק, שמאפשר לקרוא לתוך העוולה, בניגוד לעוולות פרטיקולריות אחרות, שיקולים רחבים יותר. לכן אם הפעילות הייתה מוצדקת, היא לא תהיה עוולתית הגם שנעשתה ביודעין. הגדרת העוולה כך מצמצמת את תחולתה, ובהתחשב בהגנה הרחבה, מאפשרת את זכות השביתה במידה נרחבת. יתרונו של מבנה זה הוא בכך שבניגוד לסייג של שביתה והשבתה, הדרישה הנוגעת ל"ללא צידוק מספיק" אינה חלה רק על מצבים של שביתה אלא גם על מצבים אחרים של גרם הפרת חוזה שבהם יש הצדקה למעשה הגם שנעשה ביודעין. דיון בהקשר זה, של רכיב הביודעין, לא יהיה שלם ללא התייחסות לתהייה שאותה מעלה השופט עמית כי מבחינה עובדתית קשה לחשוב על מצבים שבהם קריאה לחרם תיעשה ברשלנות. תהייה זו היא אכן במקומה, שכן מקרים של קריאה רשלנית לחרם, מטבע הגדרת החרם ככזה שאינו תאונתי, הם מצומצמים, ונראה שאף לא יחסו בצל העוולה החדשה.

144 דומה כי פרשנות זו מתבקשת מקריאה מסורתית של פקודת הנוזיקין, אשר נראה כי גם המחוקק מכיר בה. בעניין זה ראו למשל את דברי ההסבר לס' 388 להצעת החוק הנוגע לעוולת התקיפה, שם נכתב כי "השימוש בביטוי 'ביודעין' במקום בביטוי 'במתכוון' מצביע על כך שההתייחסות בסעיף היא לקיום המודעות לעצם השימוש בכוח כלפי אדם אחר. העיקר הוא המודעות לעצם המעשה, ולא השאלה, אם הייתה כוונה לגרום לנזק" (דברי ההסבר לס' 388 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–211, ה"ח 712, 860).

145 כזכור קובע ס' 35 לפקודת הנוזיקין את מרכיב הנזק כחלק מיסודות העולה, וראו לעיל ה"ש 79.
146 גם ס' 63(א) לפקודת הנוזיקין קובע את מרכיב הנזק כחלק מיסודות העולה בקובעו את התנאי כי "ההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוג או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק".

האם ניתן להסיק מכך כי העוולה החדשה משנה את כללי הדין הנזיקי, ולשם קבלת פיצוי אין עוד צורך בהוכחת קשר סיבתי? התשובה היא כמובן בשלילה. המהלך הפרשני של בית המשפט שלפיו פקודת הנזיקין תחול על העוולה החילו עליה ממילא גם את דרישות הקשר הסיבתי וריחוק הנזק. אולם לפי הפרשנות המסורתית לדין הנזיקי, דרישות אלה אינן אמורות לחול כחלק מיסודות העוולה.

ראשית, באשר לתחולת פקודת הנזיקין – הרי שנקבע כבר בעבר כי לא ייתכן שתעמודנה הוראות נזיקיות ללא תחולה של החלק הכללי של הפקודה.¹⁴⁷ על כן אך מתבקשת הפרשנות של בית המשפט כי הפקודה חלה על העוולה ולא רק על המעוול, ונראה כי בחוק החרם נפלה טעות ניסוח. במאמר מוסגר יצוין כי גם אם היה נקבע שאין תחולה ישירה לפקודה, היה ניתן להחילה מכוח מודל התחולה העקיפה, כפי שזו באה לידי ביטוי בדברי השופט ברק בפרשת סידאר טנקר קורפורשין.¹⁴⁸

שנית, וקונקרטי לסוגיית הקשר הסיבתי, נראה כי יש להיזהר בקריאתו של פסק הדין. על פי רוב, במקומות שבהם הקשר הסיבתי והנזק הם חלק מיסודות העוולה, המחוקק מציין זאת מפורשות. הדוגמאות המובהקות לכך הן עוולת הרשלנות והפרת חובה חקוקה. זאת ועוד, גם הכתיבה שאליה מפנה בית המשפט ושעליה הוא מסתמך, לדוגמה פרשת ברזני, לא סברה שהקשר הסיבתי הוא חלק מן העוולה אלא רק כי לא ניתן לקבל פיצוי ללא הוכחתו.¹⁴⁹ כך באשר לחוק הגנת הצרכן,¹⁵⁰ חוק הבנקאות (שירות ללקוח),¹⁵¹ חוק עוולות מסחריות,¹⁵² וכמובן גם במרבית העוולות הקנייניות המסורתיות. על כן הסתמכותו של השופט מלצר בפסק הדין על דברי השופט חשין בפרשת ברזני אינה מדויקת. באותה פרשה לא ראה השופט חשין ברכיב הקשר הסיבתי וברכיב הנזק חלק מיסודות העוולה אלא רכיבים הנדרשים לצורך קבלת פיצוי בלבד (להבדיל מסעד). במילים אחרות, השופט חשין רצה לומר אך שקיומה של עוולה נזיקית מחוץ לפקודה אשר אינה מתייחסת ישירות לנזק כאחד מרכיביה, אינו מנביע פיצוי ללא הוכחת נזק. כבכל מקרה נזיקי, הכלל הוא כי הניזוק הטוען לפיצוי בכל זאת ידרש לבסס קיומו של נזק ולהוכיח כי זה קשור בקשר סיבתי

147 ראו עניין ברזני, לעיל ה"ש 21.

148 ראו פרשת סידאר טנקר קורפורשין, לעיל ה"ש 15. אולם יש לשים לב שהשימוש בשתי הטכניקות אינו זהה: המסלול של ס' 63 לפקודה, שעניינו הפרת חובה חקוקה, מחייב מעבר דרך הוכחת הקשר הסיבתי ונזק כחלק מיסודות העוולה, ואילו הפניה ישירה לפקודת הנזיקין מכפיפה את העוולה להוכחת קשר סיבתי ונזק לשם קבלת פיצוי (בשונה מסעד). על כן בהיעדרו של קשר סיבתי המסלול של ס' 63 לא היה מזכה את התובע בסעד כלשהו, שכן לא נתקיימו יסודות העוולה, ואילו המסלול הנוכחי עשוי לזכות בסעדים אחרים (אם כי לא בפיצוי בגין נזק). במילים אחרות, המסלול של ס' 31 לחוק הגנת הצרכן, שבו נערך דיון בפרשת ע"א ברזני, להלן ה"ש 153, והמסלול של הפרת חובה חקוקה אינם סימטריים כאשר יישום כל אחד מהם היה מעצב אחרת את אופי העוולה. ס' 31 אינו מכפיף את האיסור הקבוע בחוק הגנת הצרכן לדרישה של קשר סיבתי ונזק כחלק אינהרנטי מהסעיף, ואילו שימוש בס' 63 דורש לצורך יישומו קשר סיבתי ונזק, ובלעדי אלו אין מתקיימת כלל העוולה.

149 ראו עניין ברזני, לעיל ה"ש 21.

150 ראו חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981.

151 ראו חוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981.

152 ראו חוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999.

למעשה העולתי ועומד בתנאים של ריחוק הנזק, בשונה מעצם גיבושה של העוולה, שאינו טעון הוכחתם של אלה.¹⁵³

נקודה זו יכולה אולי להסביר גם את מה שנראה כבלבול בפסק דינו של השופט עמית, הכורך יחדיו את עוולת הרשלנות ועולת הסגת גבול כעולות שדורשות נזק.¹⁵⁴ אכן, נזק הוא יסוד נדרש לגיבוש עולת הרשלנות, שכן התנהגות שאינה סבירה אינה עולה כדי רשלנות כפי שזו מוגדרת בפקודה ללא נזק בצידה.¹⁵⁵ לעומת זאת ניתן לעוול בהסגת גבול גם בלי שנגרם כל נזק. כל שהחוק אומר בעניין זה הוא כי בהיעדרו של נזק ממון לא יהיה ניתן להגיש תביעת פיצוי.¹⁵⁶ אין ללמוד מכך כי בהיעדרו של נזק ממון או נזק ככלל אין קמה עוולה של הסגת גבול, או במילים אחרות, כי נזק וקשר סיבתי הם שניים מיסודותיה. **שלישית**, ובשל הנאמר, עולה השאלה מדוע חשוב להבחין בין מצבים שבהם דרישת הסיבתיות והנזק הם חלק מן העוולה לכאלה שבהם הם רק מתווספים לה כתנאי לקבלת פיצוי.

חוק החרם אינו מעניק לתובע זכות כללית שלא להיות מוחרם, שכן חרם שמטיל אדם כפרט, מבלי שהפר הוראות חוק אחרות ושאינו כולל קריאה ציבורית לחרם, מותר. עם זאת נשאלת השאלה אם במצבים שבהם קיים פרסום קריאה פומבית לחרם הזכות המוגנת היא הזכות לא להיות מוחרם – היינו תלוית-תוצאה – או הזכות שלא להיחשף לקריאה פומבית לחרם כמושא הקריאה, כאשר יש סיכוי שקריאה זאת תהיה אפקטיבית.

אם הזכות היא שלא להיות מוחרם בעקבות פרסום הקריאה, הרי שלצורך פגיעה בה יש צורך להראות כי אכן הניזוק חווה חרם. לשם כך יש להראות כי צד שלישי החרים, וכי הקריאה היא שגרמה לכך, היינו כי הוכח קשר סיבתי בין פרסום הקריאה האפקטיבית לחרם

153 גם הנשיא ברק סבר בע"א 1977/97 ברזני נ' בוק בינלאומי בע"מ, פ"ד נה (4) 584 (2001) (להלן: ע"א ברזני) כי "מטרתו של החוק [...] הינה להעניק פיצויים למי שהסתמך על הפרסום המטעה והסתמכותו זו גרמה לו נזק. מי שלא נחשף לפרסום המטעה ממילא אינו זכאי לפיצויים". ושוב הדגש הוא על קבלת פיצוי בגין נזק ולא על עצם העוולה. זאת ועוד, בהקשר זה מתייחס הנשיא אף ליחס שבין העוולה בחוק הגנת הצרכן לבין פקודת הנוזיקין. בדומה לס' 2(א) סיפה בחוק החרם, אף חוק הגנת הצרכן קובע בס' 31 כי הפרת ס' 2 בו מקימה עוולה. בעניין זה אומר הנשיא ברק: "מכוחה של הוראה זו נוצר הקשר בין האיסור על הטעיה (בסעיף 2 לחוק) לבין פקודת הנוזיקין [...] נקבע כי איסור הטעיה מהווה עוולה. יש מקום לטענה שלמסקנה זו היינו מגיעים גם בלעדי הוראת סעיף 31 לחוק. ביסוד טענה זו עומדת התפיסה כי הפרת איסור הטעיה היא הפר חובה חקוקה, המהווה עוולה [...] על-פי גישה זו, מטרתו של סעיף 31 לחוק הינה למנוע הצורך בהכרעה שיפוטית בשאלה אם איסור הטעיה (המעוגן בחוק, והוא מצוי מחוץ לפקודת הנוזיקין) הוא עוולה תוך קביעה חקיקתית כי איסור הטעיה אכן מהווה עוולה (כאמור בסעיף 63 לפקודת הנוזיקין)". שם. מדברים אלו ניתן ללמוד כי אף לו נמנע המחוקק מקביעה מפורשת שלפיה עשיית מעשה שעלול להטעות הוא בבחינת עוולה, היה בית המשפט מגיע לאותה תוצאה דרך המסלול של הפרת חובה חקוקה.

154 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 28 לפסק דינו של השופט עמית.

155 ייתכן שגם אשר לעולת הרשלנות יהיה ניתן להוציא צו מניעה עוד טרם התרחשות הנזק רק בהסתמך על הצפי שאכן יתרחש, אולם גם אם אפשרות זו קיימת, היא חורגת ממכלול הסעדים שניתנים במפורש בפקודה.

156 בכך המחוקק מטיל מגבלה נוספת על הזכות לקבלת פיצוי, שכן בדרך כלל ניתן לקבל פיצוי בגין נזק כלשהו שקשור בקשר סיבתי ואינו מרוחק. לעומת זאת בהסגת גבול דורש המחוקק נזק ממון. ניתן ללמוד זאת מס' 31 סיפה לפקודת הנוזיקין.

שהוטל ותוצאותיו.¹⁵⁷ נקודה זו חשובה כי ייתכן שהקריאה הציבורית השפיעה על קבוצה מסוימת של אנשים, אך פרטים רבים אחרים לא נחשפו אליה ובכל זאת החליטו להחרים מטעמים אינדיווידואליים שאינם קשורים לקריאה הספציפית לחרם. לפי קריאה זו של הסעיף, אשר לנזקי החרם שגרמו אותם פרטים המזיק אינו נחשב מעוול, שכן אפילו נגרם נזק – לא הופרה זכותו של הנפגע בידי המזיק. זאת ועוד, ייתכנו מצבים שבהם פורסמו כמה קריאות לחרם כאשר כל אחת מהן השפיעה על קבוצה אחרת שבתורה החרמה נפגע שונה. על כל נפגע יהיה לבסס את האחריות הנזיקית על המפרסם שהשפיע על הקבוצה שהחרמה אותו.¹⁵⁸

לעומת זאת אם זכותו של "המוחרם הפוטנציאלי" היא הזכות שלא להיחשף לקריאה אפקטיבית לחרם נגדו, הרי שפרסום הקריאה האפקטיבית לחרם עצמו מפר את זכותו של המוחרם הפוטנציאלי ללא קשר לשאלה אם חרם זה התממש ואם נגרם נזק כלשהו.¹⁵⁹ פרשנות זו עושה את מלאכתו של התובע קלה יותר, שכן לשם ביסוס העוולה הוא יידרש להוכיח פחות יסודות. ברם נראה שלמרות יתרון זה מבחינת התובע, הגדרת הזכות כך לא רק שאינה פותרת את מרבית השאלות שהועלו לעיל – שכן כפי שאראה להלן, גם עתה לשם קבלת פיצוי יהיה צורך להידרש לשאלות מתחום הסיבתיות וריחוק הנזק – אלא שהיא מסבכת עוד יותר את השאלה מי רשאי לתבוע מכוחה. לדוגמה, במקרה של קריאה כללית לחרם על יין שמוצר בשטחים – האם בעליו של אחד היקבים שמייצר יין בשטחים אך עדיין אינו מוחרם יוכל להגיש תביעה נזיקית משום שזכותו נפגעה? ומה יהיו הסעדים שיבקש? האם יש צורך בקריאה ממוקדת יותר כדי להקנות לו זכות תביעה? בשונה מהעוולות הפרטיקולריות המסורתיות, שם בדרך כלל ברור לבית המשפט זכותו של מי

157 אם בית המשפט היה מעוניין לצמצם את תחולת העוולה ולקבוע שהנזק והקשר הסיבתי הם חלק מיסודותיה, היה מוטב לעשות זאת דרך הגדרת הזכות הנזיקית ולא דרך הקביעה שלפיה החלת פקודת הנזיקין על העוולה מנביעה כשלעצמה כי הנזק והקשר הם יסודות בעוולה (כפי שקבע בית המשפט בפועל), שכן הקביעה האחרונה נוגדת את ההבנה הנזיקית המקובלת ועלולה להוביל לצמצום לא רצוי של זכויות נפגעים בעוולות אחרות.

158 במקרים אלו תתעורר השאלה אם תקום עוולה, כלפי מי, מי אחראי לה, ואם הנזק ניתן לחלוקה בין מפרסמי הקריאה לחרם גם כשקיים קושי או גם שלא ניתן לייחס את החלטתו של כל מחרימ לקריאה הספציפית לחרם. בנקודה זו אולי אף יהיה על בית המשפט לפנות לדוקטרינות דוגמת Market Share Liability חרף הקושי לעשות כן בהקשר שאינו מסחרי. לחלופין יהיה עליו לבחון בחינה פרטנית את אפקטיביות הקריאות מבחינת רמת השכנוע שהייתה בהן באשר לכל אחת מהקבוצות שאליהן כוונו ואולי גם באשר לכל אחד מן החברים בהן – הן לעניין בחינת הקשר הסיבתי שבלעדיו, על פי פרשנות זו, אין מתקיימת העוולה הן לעניין סכום הפיצוי. כאן עלולות להתעורר שאלות נוספות של אחריות הסתברותית. זאת ועוד, ניתן לחשוב על מקרים שבהם ההשפעה על קבוצה או על פרט אינה נובעת כולה מקריאה כזו או אחרת אלא משילוב של כמה גורמים וכמה פרסומים של קריאות לחרם שהופנו מכמה מקורות. על בית המשפט יהיה להידרש לשאלת הסיבתיות ולאופן חלוקת הנזק גם במקרים כגון אלה. ייתכן שאל כל אלה תצטרף גם זכות תביעה ישירה של הנפגע את המחרימים אם האחרונים הפרו אגב החרם הוראות חוק כלשהן, שהפרתן עולה כדי עוולה או נופלת במסגרת העוולה של הפרת חובה חקוקה.

159 גישה דומה למשל נהוגה בחוק איסור לשון הרע, כאשר לצורך עמידה בתנאי העוולה די בכך שנעשה פרסום ש"עלול" לפגוע בשמו של אדם, ועל כן למילוי יסודותיה אין צורך להראות פגיעה בפועל אף שהוכחת האחרונה תלמד ברוב המקרים על מילוי של תנאי זה.

נפגעה גם אם לא נגרם לו נזק,¹⁶⁰ בעוולת החרם, שעניינה פעמים רבות בנוק כלכלי טהור, המצב מורכב יותר. אזכיר שבמקרה הדומה של הוצאת לשון הרע נגד קבוצה או נגד יחיד שהוא חלק מקבוצה, נקבעו הסדרים פרטניים המתמודדים עם מורכבותו של מצב זה.¹⁶¹ כפי שראינו לעיל, בפרק שעסק בפרשנות הפקודה, סעיף 3 מאפשר למעשה שני מסלולי תביעה – לנפגע העוולה או לניזוק, אשר זכאים שניהם לתרופה מידי מבצע העוולה או האחראי לה. הנפגע כאמור הוא שנפגע "בנגיעה שלא כדין בזכות משפטית", ואילו הניזוק הוא מי שהעוולה גרמה לו נזק. הסעדים ששמורים לכל אחד מהתובעים שונים אלה מאלה באופיים. סעיף 71, אשר מסמיך את בית המשפט ליתן תרופה לעוולה, מאפשר מתן ציווי אף כשלא נתבע פיצוי או סעד אחר, אך הרוצה לקבל פיצוי בגין נזק יצטרך לעבור תחילה דרך המסלול של סעיף 64 שמסדיר גרם נזק באשם. ראינו כי סעיף זה מתייחס הן לעוולות שדורשות נזק כחלק מיסודותיהן הן לאלו שאינן דורשות נזק. הכלל הקבוע במקרים אלו הוא כי רואים באדם מי שגרם נזק באשמו אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק. סעיף 76 כאמור מוסיף את מגבלת ריחוק הנזק. הקביעה כי פקודת הניזוקין משתרעת על חוק החרם, מכפיפה את הוראותיו, בין היתר להוראות אלו של הפקודה. על כן לא חשוב מהו המודל הפרשני שמאומץ לצורך פרשנות הסעיף – בין שמדובר בעוולה שדורשת תוצאה ובין שמדובר בעוולת התנהגות – לצורך קבלת פיצוי יהיה על התובע להראות כי הנזק שנגרם קשור בקשר סיבתי למעשה העולתי וכן כי אינו מרוחק מדי. השוני בין המודלים רלוונטי לפן ההצהרתי וכן ליכולתו של הנפגע לקבל סעדים נוספים. לפי הפרשנות הראשונה, המעשה העולתי עצמו הוא תלוי-תוצאה, וככזה מלוא הסעדים הנובעים ממנו תלויים בהתקיימותה של תוצאה זו. בשונה מזה, לפי הפרשנות השנייה, המעשה העולתי אינו תלוי-תוצאה לשם גיבושו, וכפועל יוצא גם הסעדים אינם תלויים בכך. הגדרת הזכות כמגינה מפני עצם החשיפה לקריאה אפקטיבית לחרם תאפשר תביעה גם ללא הוכחתו של נזק כלשהו. לנקודה זו אגיע בהמשך.

דעתי בעניין פרשנות העוולה היא כי בדומה למבנה של רוב העוולות הפרטיקולריות, הסעיף אינו דורש במפורש, כחלק מיסודות העוולה, נזק וקשר סיבתי. בהגדרת הזכות על פי המחוקק בעל הזכות מוגן בפני החשיפה לקריאה האפקטיבית לחרם, קרי כזו הטומנת בחובה אפשרות סבירה שתביא לחרם. אולם אם פורסמה קריאה שאינה אפקטיבית מבחינה משפטית, היינו שמבחינה משפטית אקס אנטה אין בה אפשרות סבירה שתביא לחרם, ובסופו של דבר הוטל בעטיה חרם, מפרסם הקריאה לחרם לא ביצע כל עוולה, שכן הקריאה אומנם הובילה לחרם מבחינה עובדתית אך לא מבחינה משפטית.¹⁶²

160 הדבר נכון לדוגמה לתקיפה, להסגת גבול ולגזל, שם עצם פעולת המעוול פוגעת בזכות של ניזוק ספציפי אף אם טרם התגבש או שלא צפוי כלל להתגבש נזק מהפעולה.

161 בהקשר זה ראו לדוגמה את הקביעה בס' 4 לחוק איסור לשון הרע. המצב בהקשר של עוולת החרם מורכב מזה שבעוולות הקנייניות הרגילות, משום שלשם הכרעה בשאלה זו בעוולת החרם נדרש לקבוע אם יש להחשיב את הקריאה כ"אפקטיבית" אקס אנטה.

162 זאת משום שהמעשה לא ייפול במתחם הסיכון שאותו ביקש המחוקק למנוע.

ד. תביעה לפיצוי לעומת תביעה לקבלת סעד אחר

1. מסלול הפיצוי

ראינו אפוא שבין שמקבלים פרשנות אחת ובין שאחרת, תביעה לשם קבלת פיצוי צריכה לעמוד בדרישת הקשר הסיבתי – הן העובדתי והן המשפטי – וכן יש להוכיח קיומו של נזק שאינו מרוחק מדי. קריאה לחרם יכולה להביא למגוון גדול של נזקים, לרבות פגיעה במוניטין עסקי, פגיעה בשם טוב, מניעת שיתופי פעולה בין-מוסדיים, פגיעה במחקר אקדמי ועוד. לחלק גדול מנזקים אלו אופי כלכלי.¹⁶³ אולם אין לבלבל בין תרגומם של הנזקים כולם לידי פיצוי כספי לבין אופיים הכלכלי. פיצוי נמדד ומתורגם תמיד לערך כספי, אולם דבר זה אינו הופך אותו לנזק כלכלי בהגדרה. כך, למשל, פיצוי בגין נזק גוף הוא תרגום של נזק הגוף לידי סכום כסף קצוב. חרף זאת אין לראות בו נזק כלכלי, שלא לומר נזק כלכלי טהור.¹⁶⁴ בעולם הנזיקי המסורתי דברים אלו ברורים ושגורים. כשמדובר בעילות תביעה חדשות כמו במקרה של תביעה בשל חרם הכלליים ברורים פחות. נזקים כלכליים טהורים שכיחים בסיטואציות אלו, והם יבואו בדרך כלל לידי ביטוי במונחים של ירידה במכירות, אובדן פלח שוק ועוד. לעומת זאת פגיעה במוניטין העסקי קשה יותר לסיווג ועשויה להיחשב, לפחות לצרכים מסוימים, כפגיעה בנכס ולא כנזק כלכלי טהור.¹⁶⁵

בהחלטה שניתנה בבית המשפט העליון בפרשת אבנרי, ובעיקר בפסק דינו של השופט עמית, ניכר החשש מהרחבת יתר של הפיצוי הנזיקי לאור הגישה הכללית שרווחה במשפט המקובל והתייחסה בחשדנות לנזק הכלכלי הטהור.¹⁶⁶ ואכן, חשש זה מוצדק בעיקרו. המשפט המקובל נוקט זהירות רבה כלפי נזקים שאינם כרוכים בפגיעה פיזית בגוף או ברכוש ואשר מסתכמים בהפסד כלכלי גרידא או במניעת רווח. במידה רבה פיצויים בגין נזקים אלו הם מעין בן חורג להלכות הרגילות בדבר מתן פיצוי נזיקי. כדי לצמצם את ההכרה בנזקים אלה למקרים המתאימים ולהתוות את גבולותיהם נעשה לרוב שימוש בכלי של

163 פגיעה במוניטין העסקי, לדוגמה, עלולה לפגוע בחוג הלקוחות של עסק ועל כן לפגוע ברווחיו; מניעת שיתופי פעולה בין-מוסדיים עלולה גם היא לפגוע ביכולת לגייס מענקי מחקר וכדומה, מה שיתורגם לנזק כספי.

164 נזק כלכלי טהור הוא נזק שאין בצידו כל נזק מוחשי – גוף או רכוש – ועניינו הפסד כלכלי גרידא, בשונה ממצבים שבהם הנזק הכלכלי מצטרף לנזק גוף או רכוש.

165 שאלה היא האם במקרים אלו ניתן לתבוע גם בגין נזק דיגיטרי, בדומה לזה הנפסק בעניינין של רבות מן העוולות הקנייניות. בעניין זה ראו למשל יעקב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 238–239.

166 ראו לעיל ה"ש 31 והמקורות שאליהם היא מפנה, וכן תמר גדרון "חובה הזהירות בעוולת הרשלנות ונזק כלכלי טהור" הפרקליט מב 126 (1995); תמר גדרון "בין רשלנות בנק (באנגליה) לרשלנות המדינה (בישראל): נזק כלכלי טהור בעוולת הרשלנות בראי הפסיקה החדשה, ניתוח והערכה במבט השוואתי" הפרקליט נ 95 (2008) (להלן: גדרון "רשלנות הבנק"); דוד רונן "נזק כלכלי טהור במבט השוואתי" הפרקליט מד 505 (1998); Anita Bernstein, *Keep It Simple: An Explanation of the Rule of No Recovery for Pure Economic Loss*, 48 ARIZ. L. REV. 773 (2006); Mario J. Rizzo, *A Theory of Economic Loss in the Law of Torts*, 11 J. LEGAL STUD. 281, 310 (1982).

חובת הזהירות.¹⁶⁷ החשש מהכרה בפיצוי בשל נזקים אלו היה כי הקמת חובת זהירות בגינם או הרחבתה עלולות לפתוח פתח להגשת תביעות נזיקיות רבות, דבר שיביא להצפה בתביעות ולהרחבת חוג התובעים במידה כזאת שהמזיק, אך גם בתי המשפט, יתקשו לעמוד בה.¹⁶⁸ לאלו נתווספו גם חששות אחרים, ובהם קשיי כימות הנזק, הסגת גבול של דיני החוזים על ידי דיני הנזיקין באמצעות התערבות מאוחרת בהקצאת הסיכונים החוזית ועוד.¹⁶⁹ על כן נקבעו בעולת הרשלנות תנאים מגבילים לשם קבלת פיצוי בגין נזקים כלכליים טהורים מעין אלה.

מנגד, ולמרות חששות אלו, יש להיזהר גם מהרחבת יתר של ההלכות המבקשות לרסן את ההכרה בנזק כלכלי ושל ההגבלות המוטלות עליו. העולם המודרני והמהפכה התעשייתית שינו במידה ניכרת את סוגי הנזקים הפרדיגמטיים וחייבו את המחוקק ואת בתי המשפט כאחד לבחון מחדש את המגבלות המוטלות על קבלת פיצוי בשל נזקים כלכליים, במיוחד טהורים, ולרכך אותן. נזקים רבים אשר נראים במבט ראשון כסוג של "wash" – הרווח של האחד הוא הנזק של האחר – ומכאן כבעלי הצדקה פחותה להגנת הדין, מתגלים במבט נוסף ככאלו שמייצרים עלות חברתית אמיתית שיש להביאה בחשבון. ואכן, חוקים חדשים רבים יוצרים עולות נזיקיות שכל תפקידן הוא להתמודד עם נזקים כלכליים טהורים. חשבו למשל על חוק הבנקאות (שירות ללקוח),¹⁷⁰ על חוק ניירות ערך¹⁷¹ או על חוק הגנת הצרכן¹⁷² ואפילו על חוק איסור לשון הרע.¹⁷³ סוג הנזקים הפרדיגמטי שמאפיין את העולות שקבועות בחוקים אלו הוא נזק כלכלי טהור. פרשנות מצמצמת יתר על המידה והטלת מגבלות כבדות מדי על קבלת הפיצוי עלולות לעקר חוקים אלו ואת המטרות שהם נועדו להשיג מכל תוכן. על כן לא רק המחוקק הקל עם הזמן, במידה מדודה ושקולה, את המגבלות על קבלת פיצוי בגין נזק כלכלי טהור אלא גם בתי המשפט עשו זאת, באמצעות צמצום ואף השמטה של תנאי סף קשיחים לקבלת פיצוי אשר נהגו בעבר.¹⁷⁴

בהתחשב בדרישה שנפגע החרם שמבקש פיצוי יצטרך להראות כי נגרם לו נזק, עומדת בפניו משימה לא פשוטה, שכן יהיה עליו לעבור את המשוכה של הוכחת הקשר הסיבתי העובדתי והמשפטי, הוכחת הנזק עצמו ואומדן שיעורו, וכן לעמוד במגבלות ריחוק הנזק.

167 בעניינים אלו אף ניכרת התערבות משפטית מצמצמת באמצעות בחינה מצמצמת של שאלת הקשר הסיבתי ויישום דוקטרינות בדבר ריחוק הנזק, כפי שמזכיר השופט עמית בבג"ץ חוק החרם (לעיל ה"ש 1, פס' 27 לפסק דינו של השופט עמית). כן ראו בעניין זה ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 696–643 (2012).

168 בין היתר מהסיבה שבמסגרת דיני הנזיקין התובע אינו מחויב בשקילתם של שיקולים חברתיים שחורגים מגבולות המקרה הפרטי ובהפעלת שיקול דעת כלשהו בעניינם טרם הגשת התביעה, בשונה מהתובע במסגרת המשפט הפלילי.

169 ראו גדרון "רשלנות בנק", לעיל ה"ש 166.

170 ראו חוק הבנקאות (שירות ללקוח) (המגדיר עוולה אזרחית בס' 15).

171 חוק ניירות ערך, התשכ"ח–1968, שתפקידו למנוע נזק כלכלי שנגרם מהשקעה בתנאים של מחסור במידע (לדוגמה בס' 32, 34, 52 ד).

172 חוק הגנת הצרכן, המגדיר עוולה אזרחית בס' 31.

173 חוק איסור לשון הרע, שבין היתר מגן מפני פגיעה במוניטין ובשם הטוב שעלולים להתגבש גם לכדי נזקים כלכליים טהורים.

174 ראו לדוגמה פורת נזיקין, לעיל ה"ש 31, בעמ' 241–250.

כאמור, דרישת הקשר הסיבתי מציבה לפחות מכנה משותף אחד לכל אחד מן הנזקים והוא כי לשם קבלת פיצוי אין די להראות מתאם (קורלציה) בין המעשה לבין הנזק, היינו כי היה פרסום קריאה לחרם ולאחר מכן נגרם נזק, אלא יש להראות סיבתיות, היינו כי הקריאה היא שהביאה לגרם הנזק – בשלמותו או בחלקו.

ניתן לחשוב על שני מצבים טיפוסיים שבהם מתרחשים הנזקים בעקבות הקריאה לחרם: האחד, נזקים שנגרמים בעקבות התממשות הקריאה לחרם. כאן, מבחינת הסיבתיות העובדתית, אין די להראות כי היה פרסום וכי הוטל חרם, אלא יש להראות כי המניע לחרם הוא כאמור, לפחות בחלקו, הקריאה. כלומר, מבחינה סיבתית יש כאן מהלך תלת-שלבי שבו היה פרסום קריאה לחרם; הקריאה היא שהובילה לחרם; והחרם גרם בתורו לניזוק נזק. כפי שציינתי לעיל, שאלות מעניינות מבחינת סיבתיות עובדתית עלולות להתעורר כשהקריאה השפיעה בחלקה אך לצידה פעלו גורמים נוספים – נשאלת השאלה כיצד יוכל בית המשפט לבודד את הקריאה מהמרכיבים האחרים שגרמו לנזק? האם ישתמש במבחן הדיות?¹⁷⁵ ועל מי יהיה הנטל להוכיח איזה חלק מהנזק נגרם בעקבות הקריאה ואיזה בעקבות גורמים אחרים – מעוולים בפני עצמם או שאינם כאלה.¹⁷⁶ כך, לדוגמה, במצב שבו נשמעת קריאה להפסקת שיתופי פעולה אקדמיים – האם הנטל יוטל על התובע להראות כי העובדה שלא שיתפו עימו פעולה או זימנו אותו לכינוסים היא תוצאה של הקריאה לחרם ולא, למשל, תוצאה של רמה אקדמית ירודה, של רצון בגיוון אקדמי וכו', או שהנטל יוטל דווקא על הנתבע?¹⁷⁷

במצב האחר לא הוטל חרם ואולי אף לא פחת נתח השוק של התובע, אך בכל זאת הוא יטען שנגרם לו נזק מפרסום קריאה אפקטיבית לחרם. כאן מתעוררת השאלה הזאת – האם האפקטיביות של הקריאה נלמדת בדיעבד מעצם העובדה שהוטל חרם, או שלעיתים קריאה עשויה להיחשב אפקטיבית גם ללא הטלתו של חרם בפועל או כשזה הוטל חלקית בלבד? בהמשך לכך עולה השאלה אם הנזק צריך תמיד להתממש מימוש סיבתי דרך החרם או שמא ייתכן שיתממש גם בדרכים אחרות. ניתן לתהות בהקשר זה אילו סוגי נזק יכולים להיגרם מכוח עצם הקריאה לחרם אף אם זו לא נסתיימה בהטלת חרם בפועל. אפשר לחשוב על מצבים רבים שכאלו. לדוגמה מצב שבו בשל פרסום קריאה לחרם על מוצר/שירות החליט ניזוק פוטנציאלי, כדי למנוע את הטלת החרם או להקטין את השפעתו, להוריד מחירים כדי להפוך את המוצר או השירות לאטרקטיבי יותר, או להשקיע ממון בפרסום וליצור אפקט חיובי שישנה את דעת הקהל.¹⁷⁸ אלמלא פרסום קריאה לא היה צורך לשאת בהוצאות אלו. במילים אחרות, התובע יטען כי הוא נדרש לשאת בהוצאות כדי לאיין אפקטים שליליים שיהיו לקריאה לחרם או לפחות את חלקם. האם ניתן לראות בהוצאות אלו חלק ממתחם

175 על פי מבחן הדיות השאלה היא אם היה די במעשה המזיק על מנת לגרום לנזק.

176 בהקשר זה אפשר שתיווצרנה סיטואציות מגוונות כגון השפעה חלקית של הקריאה בצד גורמים שאינם עוולתיים, היותה "הקש ששבר את גב הגמל" (המצטרף למטען עבר מצטבר שאינו קשור למזיק או overtaking cause), היותה אחת מתוך כמה קריאות לחרם ועוד.

177 כך למשל במצבים מסוג זה ניתן לחשוב על כלים שונים להעברת נטל הראייה, ובהם שימוש בס' 41 לפקודת הנויקין או במנגנון של נזק ראייתי.

178 בהקשר זה ניתן לחשוב על פגיעה במוניטין כדוגמה טובה למצב זה.

הסיכון שנוצר מן העוולה? ואם כן, האם יש לראות בהן נזק, או שהניזוק יכול לטעון כי פעל להקטנת הנזק שהיה עלול להיגרם לו, או למניעת התרחשותו, ולבקש בגין השקעתו זו פיצוי כספי?¹⁷⁹ המענה על שאלות אלה יחייב החלתו של מבחן משפטי – הן במונחים של סיבתיות, הן במונחים של ריחוק הנזק – שיתחום את מרחב/מתחם הסיכון שאליו מתייחסת העוולה.

גם במקרים שבהם הוטל החרם בעקבות פרסום הקריאה, והניזוק לא השקיע דבר למניעתו, יצטרך בית המשפט לאמוד את הנזק ולנטרל את השפעות השוק או תוצאות אחרות שנגרמו שלא בעקבות הקריאה לחרם. כך, למשל, ייתכן כי ירידה בהיקף המכירות היא תוצאה של ירידה כללית בפעילות המשק או ירידה נקודתית בסקטור מסוים. ייתכן גם שהיא נובעת מכניסתו של מתחרה חדש, ממלחמת מחירים או ממוצר משופר שנכנס לשוק. אין לזקוף כמובן מצבים אלו לחובת המזיק, שכן הם אינם נובעים, לפחות לא ישירות, מעצם פרסום הקריאה לחרם. אולם נשאלת השאלה אם ניתן לבודד אותם מן הנזק שהוא תוצאה של החרם. בהקשר זה עולה גם השאלה אם יש לקזז מהפיצוי רווחים שנגרמו מן הקריאה לחרם. לעיתים, קריאה לחרם יכולה להוביל לתגובת נגד של חלק מהציבור, שיקנה יותר מן המוצר המוחרם כדי להפגין את תמיכתו בעסק המוחרם. מבחינה עובדתית רווחים אלו לא היו נוצרים ללא החרם, והשאלה היא אם יש לקזזם כנגד ההפסדים.¹⁸⁰

תהיות אלה מעלות את השאלה אם בית המשפט לא יתקשה בתפעול "אזמל המנתחים" באשר לחלקי הנזק השונים ובייחוס כל אחד מהם לגורם שונה. לדעתי, התשובה לכך היא בשלילה. ייחוס נזקים שונים לגורמים שונים אינו חדש לבית המשפט, והוא עושה זאת למשל בתחום ניירות הערך, שם נבחנת השפעתו של מידע מטעה על הנזק שנגרם לרוכשי נייר ערך.¹⁸¹ אגב, שימוש ב"אזמל המנתחים" להפרדת הנזקים השונים אינו האפשרות היחידה שעומדת לשופטים. אפשרות אחרת היא לראות בנזק כזה שאינו ניתן לחלוקה ולראות בגורם המעוול ובגורמים האחרים (כשידוע שהגורמים האחרים מעוולים גם הם) חייבים ביחד ולחוד – דבר שיאפשר לניזוק לתבוע את הגורם המעוול על סכום הנזק כולו,

179 יש לתת את הדעת על ההבדל בין שני המצבים האפשריים בכל הנוגע לנטל הקטנת הנזק והסתברותו: במקרה הראשון התובע מוציא כספים על מנת למנוע את הנזק, ובמקרה השני התובע נוקט דרכים על מנת להקטינו. במצב הראשון, שבו לא התממש הנזק, יהיה קשה הרבה יותר להוכיח שההשקעות למניעת הנזק היו סבירות, משום שבלא התממשות הנזק יהיה קשה לו להוכיח שהקריאה הייתה אפקטיבית מלכתחילה.

180 בהתבסס על טענת קיוויו הסיכונים, שלפיה במצבים שבהם מעוול עומד בפניו שתי אפשרויות פעולה, וכל אחת מהן כרוכה בסיכונים מסוימים, אם בחר באחת והתירש, יש מצבים שבהם יהיה ראוי להפחית מאחריותו את הסיכונים שהפחית בכך שלא בחר בדרך הפעולה השנייה. להרחבה, ראו פורת נזיקין, לעיל ה"ש 31, בעמ' 495–509. באשר לפיצוי – ייתכן כי דווקא הקריאה לחרם הביאה לקנייה יזומה של צרכנים שלולא הקריאה לא היו רוכשים את המוצר או לחלופין כי היו צורכים ממנו פחות. בשונה ממצבים אחרים, מדובר בקבוצת צרכנים אחת שמזיקה באמצעות החרם וקבוצה אחרת שמיטיבה את הנזק, ובית המשפט יצטרך לדון בשאלת מערכת היחסים שבין הזכויות ומי צריך לזכות מן ההטבה.

181 להרחבה ראו שרון חנס ואלון קלמנט "חישוב הנזק בתובענה ייצוגית בגין הטעיה בניירות ערך" עיוני משפט לה 702 (2013). כן השוו יובל פרוקצ'יה ואלון קלמנט "הסתמכות, קשר סיבתי ונזק בתובענות ייצוגיות בגין הטעיה צרכנית" עיוני משפט לו 7 (2014).

כאשר האחרון יוכל לחזור על המעוולים האחרים.¹⁸² מבחינה תאורטית אפשר אף להרחיק לכת ולהטיל על הגורם המעוול את האחריות לנזק כולו גם בהיעדר גורמים מעוולים אחרים, בדומה להכרעת בית המשפט בפרשת נגר נ' וילנסקי.¹⁸³ זאת, למשל, אגב פיתוח טענה שלפיה הקורא לחרם גורם לא רק נזק אלא גם נזק ראייתי שאינו מאפשר לתובע להראות איזה חלק מהנזק נגרם לו בעוולה. אולם על גישה זו נמתחה ביקורת רבה.¹⁸⁴ כמו כן נראה כי גישה זו, שיושמה בהקשר של נזק גוף בטיפול רפואי, אינה מתאימה ליישום במצבים פרדיגמטיים של נזק כלכלי, שמשקף דרגת פגיעה חמורה פחות. מכל מקום, אף אם תאומץ האפשרות להשתמש בדוקטרינות אלה, הרי כשמדובר בנזק כלכלי, ממילא יוכל בית המשפט למצוא קריטריונים סבירים לחלוקה של הנזק בין המעוולים השונים, בדומה להלכה שיצאה מלפני בית המשפט בפרשת גינוסר נ' דחאברה.¹⁸⁵

בעיה מרכזית אחרת שמתעוררת בהקשר של פיצוי בשל פרסום קריאה לחרם, כמו שקורה פעמים רבות כשעסקינן בנזק כלכלי, היא כי בשונה מהעוולות המסורתיות שמכוונות כלפי נפגע מסוים וגורמות פגיעה ישירה בזכותו, כאן קבוצת הנפגעים גדולה הרבה יותר.¹⁸⁶ עצם העובדה שיש התייחסות לקבוצה ולא לאדם מסוים עלולה לעורר בעיות שונות במובנים של הענקת זכויות תביעה. למשל, למי במקרים אלו תהיה זכות עמידה בגלל הקריאה; עד כמה הקריאה צריכה להיות ממוקדת כדי להקנות לגורם מסוים את זכות העמידה; וכו'. זאת ועוד, בהקשר של החרם ניכר גם כי אחד החששות הגדולים הוא מהצפה של בתי המשפט בתביעות, מכמות הנזקים ומשיעורם. חשש זה מהרחבת חוג התובעים ומהצפה בנזקים אינו חשש בעלמא, אולם נראה שניתן להתמודד עימו, ולו חלקית, במסגרת שאלת היריבות והקשר הסיבתי המשפטי. ודוק, הוכחתו של הקשר הסיבתי העובדתי במקרה זה היא רק תחילתו של תהליך, שכן על התובע פיצוי להראות גם קיומו של קשר סיבתי משפטי. הגישה המקובלת בשנים האחרונות היא כי מבין שלושת המבחנים שנמנו בעבר להוכחת קשר סיבתי משפטי: מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר, מבחן הסיכון משמש מבחן-על לקביעתו של הקשר הסיבתי המשפטי.¹⁸⁷ על כן בית המשפט יצטרך לבחון את הנזקים שיש לכלול בסעיף – אותם נזקים שבאים במתחם הסיכונים שביקש החוק להסדיר ולברור אותם מבין נזקים אחרים שלא יהיו בני-פיצוי. במסגרת סוגיה זו של קשר סיבתי משפטי יהיה ניתן להסדיר לא רק את סוגי הנזקים הראויים לפיצוי ואת

182 כלומר שהנטל יוטל על המעוול שנמצא חייב לתבוע את המעוולים האחרים אם ירצה לקבל מהם שיבוב.
183 ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי, פ"ד מג(3) 284 (1989), שם בשל נזק ראייתי שגרמו המעוולים לא הייתה אפשרות היפותטית להפריד בין חלקי הנזק ולבחון מה חלקם בו ומה נגרם בשל תאונה עצמאית. משום כך עבר נטל ההוכחה לחלקם בנזק לכתפיהם של המעוולים, מה שהוביל לקביעה כי עליהם לשאת במלוא הנזק.

184 פורת נויקין, לעיל ה"ש 31, בעמ' 401.

185 ראו ע"א 304/68 גינוסר, קבוצת הנוער העובד להתיישבות שיתופית בע"מ נ' דחאברה, פ"ד כג(1) 366 (1969).

186 בית המשפט עצמו, בבג"ץ חוק החרם (לעיל ה"ש 1, פס' 26 לפסק דינו של השופט עמית) הביע את עובדת היותו מוטred מהרחבת חוג התובעים במסגרת העולה החדשה.

187 ראו לדוגמה יישום של מבחן הסיכון לשם קביעת הקשר הסיבתי המשפטי בע"א 358/83 שולמן נ' ציון חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מב(2) 844 (1988).

דרך התרחשותם, אלא גם את סוגי הניזוקים שלהם תרצה המערכת המשפטית להעניק פיצוי. אחת המשמעויות החשובות היא כי בהיעדר יריבות לא יהיה כלל טעם בהגשת תביעה בידי נפגעים או ניזוקים מסוימים – בין שמדובר בפיצוי בשל נזק ובין שמדובר בסעדים אחרים כפי שיפורט בהמשך.¹⁸⁸ מכשיר נוסף לסינון נזקים מרוחקים הוא סעיף 76(1) אשר כבר הוזכר לעיל.

2. ומה בהיעדר יכולת להוכיח קשר סיבתי או בהיעדר נזק?

השאלה אם רכיבי הקשר הסיבתי והנזק הם יסוד מיסודות העוולה הופכת חשובה במיוחד במצבים שבהם לא נגרם נזק כתוצאה מהעוולה או במקרים שבהם נזק זה אינו ניתן להוכחה.¹⁸⁹ היה והעוולה אינה דורשת קשר סיבתי ונזק כחלק מיסודותיה, הרי שהתובע, בהנחה שהתמלאו שאר יסודות העוולה, ייחשב לנפגע גם בלעדיהם, שכן נפגעה זכותו המשפטית. לכך יש משמעות, בראש ובראשונה, לעניין עצם ההכרה בכך שזכותו נפגעה – ההכרה החברתית והמשפטית כי בוצעה כלפי הנפגע עוולה.¹⁹⁰ מלבד זאת, יש בעובדה זו גם כדי להשפיע על זכאותו של הנפגע לסעדים אחרים, ובהם צו עשה או אל תעשה, התנצלות (בדומה ללשון הרע) ועוד.¹⁹¹ דומה שבפרשת אבנרי הפער בהקשר זה בין השיח החוקתי ומעמדו של חופש הביטוי לבין השיח הניזוקי היה בשיאו. כובד משקלו של השיח החוקתי מנע בכלל מבית המשפט לנסות ולרדת לבחינה אמיתית ומעמיקה של שיח הזכויות המקובל במסגרת דיני הניזוקין.

החשיבות שנעוצה בדיון מעמיק בהקשר זה נובעת מכמה גורמים: ראשית, למקרים אלו יש משמעות הצהרתית (אקספרסיבית) במובן של ההכרה בכך שזכותו של אדם נפגעה גם אם לא נגרם לו נזק, והדבר מבצר את מעמדה של הזכות. שאלה אחת היא אם ראוי להעניק זכות מסוימת ולמי – פרטים, קבוצות, חברות וכו', אולם מרגע שהוענקה הזכות, פגיעה בה מצדיקה הכרה והגנה. שנית, במקרים של פגיעה בזכות הכיר המשפט המקובל בסעדים אחרים, כגון צו לקבלת רווחי הצד המעוול.¹⁹² מנגנון סעדים זה, אשר אומץ בעיקר במצבים של עוולות הכוונה, נועד לעקר מתוכן את התמריצים לפגוע בזכותו של הנפגע גם במקרים

188 בהקשר לכך מבחן הסיכון יקבע מי נכנס למתחם ההגנה של החוק ובאיזה אופן – אם הוא זכאי לקבל סעד, פיצוי, את שניהם או אף אחד מהם.

189 קביעה כי הקשר הסיבתי והנזק הם יסוד מיסודות העוולה תביא לידי כך שבלעדיהם לא תתגבש כל זכאות, ואילו קביעה כי העוולה אינה דורשת נזק תאפשר להעניק לתובע זכות תביעה שבה יאוזנו זכויותיו אל מול זכויות אחרים ואל מול האינטרס הציבורי.

190 הדוגמה המשכנעת ביותר בעניין זה היא אולי עוולת התקיפה (המוזכרת גם בבג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 28 לפסק דינו של השופט עמית).

191 התנצלות מופיעה בס' 19 לחוק איסור לשון הרע (אולם במסגרת קלות), וסעדים נוספים בס' 9 לחוק.

192 להרחבה ראו יעקב, לעיל ה"ש 6, בתת-הפרק שכותרתו "סיבתיות, היקף האחוריות ומהות הפיצוי". בהקשר הזה השורר ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221 (1988).

שבהם לא נגרם לו נזק או שאינהרנטית לא ניתן להוכיחו.¹⁹³ זאת, כמובן, לצד סעדים מסורתיים יותר. שלישית, מכיוון שרוב המקרים הללו מערבים התנהגות רצונית של המזיק, יש להכרה בזכות גם היבטים פרקטיים, למשל אפשרות לבקש צו מניעה למניעת המשך הפעילות הפוגענית. במקרים הפרדיגמטיים של העוולות הקנייניות כדוגמת תקיפה, הסגת גבול, כליאת שווא, גזל, מטריד ועוד, דומה שרצונו של הנפגע, בראש ובראשונה, עוד טרם קבלת הפיצוי, יהיה לקבל צו שיפסיק את ההתנהגות העוולתית – בין שמדובר בהפסקת הפעילות, בסילוק מהמקרקעין או בהחזרת הגזל. פעמים רבות הנפגע אף עשוי להסתפק בכך. במקרים אלו ייטה בית המשפט להעניק לו את מבוקשו,¹⁹⁴ במיוחד כשהצו נועד למניעתו של נזק כמעט ודאי.¹⁹⁵ למותר לציין כי במקרים מסוג זה דחיפותו של הצו היא פעמים רבות גבוהה, שכן הרצון הוא להפסיק את הפעילות העוולתית בעודה נמשכת. כמו כן בשל חשיבות האינטרסים הנפגעים והצורך בפעולה מהירה הוקנתה במקרים המתאימים לנפגע עצמו אפשרות לסעד עצמי עוד טרם הפנייה לערכאות המשפטיות,¹⁹⁶ לא כל שכן אם כבר נעשתה פנייה לבית המשפט. במקרים אלו ניתנים דרך קבע צווים עוד לפני סיומו של ההליך המשפטי. ברי כי כאשר אדם נכלא, קשה להצדיק המתנה לסוף ההליך המשפטי לשם קבלת צו בטענה שאם אכן יתברר כי היה מדובר בכליאת שווא או בתקיפה שאינה מוצדקת, הוא יקבל פיצוי הולם. במצבים אלו אפוא הצו הוא התרופה ה"ראשית", והפיצוי הוא התרופה ה"משנית".

לא במקרה הדוגמאות הראשונות שעליהן חושבים בהקשר זה הן של העוולות הקנייניות והמצבים האופייניים הם של פגיעה בגוף או ברכוש. במקרים אלו ברור שבמאזן האינטרסים ידו של התובע לרוב על העליונה בשל פוטנציאל הנזק הישיר שטמון בהמשך המעשה העוולתי. אולם אין במקרים אלו בשום פנים ואופן כדי לגדור את המקרים שבהם יינתן ציווי להפסקת הפעילות העוולתית או אף למניעתה מלכתחילה. העולם המודרני מביא עימו סדרה ארוכה של מצבים חדשים שבהם הפגיעה בזכות זוכה להכרה, ואפילו אין מדובר בפגיעה גוף או רכוש, שכן גם פגיעה שכזו עלולה להיות קשה ומכאיבה אף יותר מהפגיעה הפיזית. אין זה המקום להרחיב בנקודה זו, אבל פטור בלא כלום לא אצא. חשבו על התופעה שזכתה לשם "פורנוגרפיית נקמה" (Revenge Porn): בן או בת זוג מחליטים, בדרך כלל בעקבות

193 כך למשל ייתכנו מקרים שבהם מתחרה עסקי קורא להחרים גורם מסוים מטעמים פוליטיים על מנת להשיג יתרון עסקי בהגדלת נפח המכירות שלו על חשבון נפח עסקיו של המוחרם. הנפגע במקרים אלו עלול להתקשות בהמשך לקשור את נזקיו מבחינה סיבתית להתנהגותו של המזיק.

194 אלעד פלד מסביר כי בית המשפט הישראלי, בעקבות המשפט האנגלו-אמריקאי, נוטה לראות בצו מניעה צו ראוי במקרים הכוללים הפרת זכות קניינית, לרבות בגין מעשים הנכנסים לגדר עוולות נזיקיות של פגיעה בקניין, כדוגמת הסגת גבול ומטרד. זאת כדי לסכל ככל האפשר את ההפרעה לתובע עוד לפני התרחשותה או לכל הפחות לעוצרה באיבה (ראו אלעד פלד צווי עשה בדיני לשון הרע 159 (2012)).

195 ראו פסק דינו של השופט לנדוי בע"א 407/54 בית משותף ג' פתח-תקה בע"מ נ' למפרט, פ"ד י(2) 1004 (1956), שם הוא מסביר כי "אכן, היה זה משונה מאד אילו בעל אדמה, שאדמתו צפויה לסכנה של ממש בעתיד הקרוב עקב פעולת חברו, היה נטול סעד עד שיקרה נזק ממש, ואדמתו עם הבנוי עליה תתמוטט לעיניו. הרי עצם רעיון המניעה המונח ביסוד תרופת צו המניעה – בין צו לא-תעשה ובין צו-עשה – מחייב, במקרה מתאים, את מתן הצו לא רק לשם מניעת המשך הנזק שכבר התחיל, אלא גם את מניעתו עוד בטרם התחיל".

196 ראו למשל ס' 18 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

מריבה או פרדה טראומטית, לפרסם ברשת תמונות אינטימיות של בת או בן הזוג כדי לפגוע בהם;¹⁹⁷ או מקרים שבהם בוצעה פריצה למחשב או לטלפון ונגנבו ממנו תמונות עירום.¹⁹⁸ במקרים אלו קל לשער כי בעקבות פנייה של הנפגע יוציא בית המשפט ציווי מראש למניעת פרסום תמונות אלו, ולחלופין יורה על הסרתן המיידית, ככל שזו תהיה אפקטיבית. בית המשפט לא ימתין להוכחתו של נזק כלשהו – גדול או קטן – או לסימו המלא של הבירור המשפטי כדי למנוע את הפרסום,¹⁹⁹ במיוחד משום שבמצבים אלו האיזון עם זכויות אחרות הוא בדרך כלל פשוט, בשים לב לפגיעה הברורה והנחזית בזכות המוגנת.²⁰⁰

דוגמאות אלה מייצגות רק את קצה הקרחון, והן מעידות שהעולם המודרני מאתגר את בתי המשפט ואת המערכת המשפטית באיזונים חדשים שיש להביאם בחשבון. מצד אחד, היכולת להתבטא ולהיחשף בחופשיות בערוצים חלופיים לערוצים המסורתיים חשובה לקידום ערכים דמוקרטיים ולשמירה על חופש ביטוי מהותי. מצד אחר, ערוצים אלו מעצימים גם את יכולת גרימת הנזק והפגיעה של אנשים פרטיים באחרים.²⁰¹ בשונה מגופים ציבוריים או מחברות העוסקים בפרסום, הנוטים לגלות אחריות מסוימת, פרסום פרטי עלול להיות יצרי, לא אחראי ומזיק במיוחד, ועל כן מחייב ריסון חיצוני באמצעות המערכת השיפוטית. לא זו אף זו, לעיתים ההתערבות שהייתה שמורה בעבר לבית המשפט מואצלת, לפחות חלקית, לגורמי ביניים אשר יכולים "לספק את הסחורה" במהירות ובנחישות רבות עוד יותר. כאן עובר הדגש מהמפרסם אל הפרסום²⁰² אגב ויתור על מידה מסוימת של אובייקטיביות ופומביות בהליך ההסרה של החומרים הפוגעניים והעברתו לידיים פרטיות שאינן מקצועיות. כוונתי בעיקר למנגנוני הודעה והסרה אשר על בעלי פלטפורמות אינטרנטיות להפעיל, בין היתר, לשם קבלת חסינות מתביעה משפטית נזיקית.²⁰³ מה ניתן ללמוד מגישה זו לעניין חוק החרם? האם גם כאן, בדומה לעוללות הקנייניות, הגישה צריכה להיות שמתן צו מניעה ייעשה כדבר שבשגרה? השוני בין המקרה של חרם לעוללות הקנייניות המסורתיות הוא כמובן גדול. מצד אחד, הזכות שניתנה לנפגע אינה

197 ראו לדוגמה ת"א (שלום ת"א) 11831-03-10 חסויה נ' קושמרו (פורסם בנבו, 16.6.2013), שם נדונה תביעה נזיקית נגד בן זוג לשעבר על פרסום סרט אינטימי שבני הזוג יצרו יחד והועלה בידי הנאשם לאחר הפרדה לאתר פורנוגרפי.

198 ראו לדוגמה ת"פ (שלום פ"ת) 33837-09-13 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 2.6.2015), שם הורשע הנאשם בגין פרסום תמונות של נשים במצבים אינטימיים, שבחלקן צולמו ללא ידיעתן ובחלקן נוצרו באופן פיקטיבי, הפצת התכנים באינטרנט בתוך כדי חשיפת זהותן וקישור בין התכנים לזהותן.

199 יש לציין כי על אף האינטואיציה הברורה להסרת התכנים מבעוד מועד בבית המשפט, כמעט שאין מגיעים לפתחו מקרים שבהם היה ניתן למנוע את הפרסום בשל היעדר הידיעה המוקדמת. לכן מרב התביעות בנושא נדונות לאחר הפרסום, וההסרה מאבדת מהאפקטיביות שלה בשל ויראליות רשת האינטרנט.

200 ראו הדר הנציג-רוזנברג ורוני רוזנברג "פורנוגרפיית נקם כהטרדה מינית" חוקים ט 265, 311–265 (2017), שם נדונה התופעה ומצוין כי פרסום מסוג זה איננו זכאי להגנה כביטוי לגיטימי.

201 וראו דיון בנושא הוויראליות וזרימת המידע ברשת, להלן ה"ש 253.

202 וראו חיים ויסמונסקי "אכיפה אלטרנטיבית של עבירות ביטוי במרחב הסייבר" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים (אלון הראל עורך, 2017).

203 להרחבה על אודות מנגנון ההודעה וההסרה, ראו JENNIFER URBAN, JOE KARAGANIS, & BRIANNA L. SCHOFIELD, NOTICE AND TAKEDOWN IN EVERYDAY PRACTICE (2016).

מגינה על אינטרס גופני ולרוב גם לא על אינטרס רכושי אלא בעיקר על אינטרסים כלכליים (אם כי היא אינה מסתכמת באלו בלבד).²⁰⁴ מצד אחר, גם אשר לנזק זה, פוטנציאל הפגיעה הכלכלית הוא גדול ופעמים רבות בלתי הפיך. החרמת מפעל לאורך זמן עלולה למשל להביא אותו לכדי פשיטת רגל. מלבד זאת, ההחלטה את מי להחרים היא במידה רבה שרירותית ואינה נגזרת בהכרח מאלמנטים ייחודיים למוחרם. זאת למשל בשונה מחרם צרכני אשר מופעל בעקבות התנהלות "בלתי מקובלת" של המוחרם, ועל כן במידה רבה במקרה של עוולת החרם, המוחרם אינו יכול להימלט מפניו באמצעות שינוי התנהגותו.²⁰⁵ מנגד, איסור על הקריאה לחרם מערב גם אינטרסים ציבוריים רחבים יותר, ובהם שאלות של חופש הביטוי ועוד. אולם דווקא מאפיינים אלו עלולים לשייך את העוולה לתחום "האיזונים החדשים", שכן כבר ראינו שקריאות מסוימות, אשר מקבלות הגברה באמצעות פלטפורמות אינטרנטיות דוגמת פייסבוק, טוויטר ועוד, עלולות להפוך ויראליות ואף לאיים על השלטון ולעיתים על הדמוקרטיה. אין מחלוקת שהן עלולות באותה מידה להביא לפגיעה בפרטים בחברה, שכן הן טומנות בחובן פעמים רבות הסתה והשפעה לא הוגנת במובן של "קול ההמון הוא הקול הנכון".

3. פסיקת צו מניעה בהקשר של חופש הביטוי – הכצעקתה?

במסגרת בחינת חוקתיותה של עוולת הקריאה לחרם התעוררה בפרשת אבנרי השאלה באשר לאפשרות להוציא מכוחה צו מניעה. החשש שאליו התייחסו השופטים היה כי אם העוולה תוכר כחוקתית "ניתן יהיה כביכול להגביל מראש, באמצעות צו מניעה, את הקריאה לחרם".²⁰⁶ בכך, רמז בית המשפט, יש משום מגבלה חמורה מדי על חופש הביטוי שעלולה להביא לפסילת סעיף זה בחוק. כזכור, לעניין זה התייחסו הן השופט מלצר הן השופט עמית. השופט מלצר קבע כי חשש זה אינו מבוסס, "שכן בנושא קרוב נפסק שמניעה מוקדמת בנושאים של חופש ביטוי תעשה בצמצום רב",²⁰⁷ בהפנותו לפרשת שפירא שעסקה בהוצאת לשון הרע.²⁰⁸ גם השופט עמית מרגיע בעניין זה, באומרו כי "בית המשפט יימנע מליתן סעד מקדים של צו מניעה לאור ההלכות הנוגעות למניעה מוקדמת של

204 הקריאה לחרם מובילה לרוב לנזק כלכלי שבא לידי ביטוי בהפסד מכירות. אולם לעיתים הפגיעה תפגע גם ברכוש משום שסחורה שנמצאת בבעלות המוחרם תרד לטמיון. זאת ועוד, ניתן לחשוב אף על מצבים שבהם הטלת החרם, שבאה בעקבות פרסום הקריאה, תביא לנזק גוף אצל המוחרם – למשל ילקה בליבו או בבריאותו בגלל החשש מקריסת עסקיו.

205 לדוגמה, צרכנים רבים החליטו להחרים את חברת Nike בעקבות פרסום המאשים אותה בניצול עובדיה ובהעסקתם בתנאים לא ראויים במסגרת "סדנאות יזע", וראו Monica Prasad, Howard Kimeldorf, Rachel Mayer & Ian Robinson, *Consumers of the World Unite: A Market-Based Response to Sweatshops*, 29 LABOR STUD. J. 57 (2004).

206 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 56 לפסק דינו של השופט מלצר.

207 שם.

208 ראו פרשת שפירא, לעיל ה"ש 48.

ביטויי".²⁰⁹ מייד לאחר מכן הוא מציינ כי גם בחלוף יותר מעשרים שנה לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא סתתה הפסיקה מהלכת שפירא.²¹⁰ שוב, וגם בעניין זה, הפער בין השיח החוקתי לנוזיקי היה לבית המשפט לרועץ ומנע לטעמי אפשרות לדיון כלשהו, שלא לומר דיון ממצה, בשאלה הנוזיקית. מהדברים שהובאו לעיל ניתן ללמוד כי בית המשפט היה סבור שה"סיכון" שצפוי למפרסם הקריאה לחרם מצו מניעה הוא קטן עד אפסי. נשמע מדברי השופטים גם שתוצאה זו צודקת בשל חשיבותו הרבה של חופש הביטוי אל מול הזכות הנפגעת. לדעתי, התבססות זו על פרשת שפירא דורשת בחינה מעמיקה יותר באשר לשינויים שחלו באמצעי התקשורת וההתפתחויות הטכנולוגיות; באשר לדמיון ולשוני בין חוק איסור לשון הרע לבין חוק החרם והזכויות שהוקנו מכוחם; באשר לאופי האיזון בכל אחד מהחוקים ובאשר לשאלת הוצאת צו מניעה על ידי בית המשפט. הדמיון שבית המשפט ראה בין המצבים הביא את בית המשפט למסקנה, אולי קצת נחפזת, באשר לשאלה אם ראוי להוציא מכוח חוק החרם צו מניעה ובאילו נסיבות. טענתי היא כי אף שייתכן שהסיכון להוצאת צו מכוח חוק החרם הוא קטן, אין מדובר בתוצאה מתחייבת גורפת כפי שסברו חלק משופטי הרוב. זאת ועוד, הדרך לתוצאה זו ואיזון הזכויות המשפטי שמביא אליה צריכים להיות שונים מאלו שנקט בית המשפט בעניין לשון הרע בפרשת שפירא.

בפרשת שפירא כתב הנתבע ספר המתאר את פעילותו של שפירא, תעשיין ואיש עסקים מראשי מפלגת אגודת ישראל. הספר עמד לראות אור סמוך לבחירות ושפירא ביקש למנוע זאת.²¹¹ בית המשפט מסרטט בפרשת שפירא את קווי המתאר של הסיטואציה כמצב שבו טרם הוכרעה שאלת האחריות במקרים שבהם הוא צריך להפעיל את שיקול דעתו בנוגע לציווי לשעה, באשר לאמירה שלרוב עוד טרם פורסמה. השאלה שנדונה היא אם בסיטואציה שכזו יש לתת צו מניעה.²¹² התשובה שבית המשפט משיב לשאלה זו בפרשת שפירא היא שלילית,²¹³ למעט במקרים חריגים בודדים.²¹⁴ לדעת בית המשפט, "צמצום

209 בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 32 לפסק דינו של השופט עמית.
210 ש.ם.

211 לשם כך פנה שפירא לבית המשפט יומיים לפני הוצאת הספר וביקש ציווי לשעה האוסר על פרסום הספר בנימוק שיש בו כדי להציגו באור שלילי, להשפילו ולשים אותו לבוז בפני הבריות. בית המשפט העליון קבע כי אף שבסמכותו לתת צו שכזה, הרי ש"זכותו של הנפגע לפיצויים אינה זהה, מבחינת עוצמתה, לזכותו של נפגע לציווי". לדברי בית המשפט, חולשתו של הציווי נובעת מאופיו, שכן "ציווי לפוגע לנהוג בדרך מסויימת עשוי לפגוע קשות בחופש האישי [של הנתבע] ולהוות מעשה התעמרות כלפיו". הוא גם עשוי לפגוע באינטרס הציבור ובאכיפת החוק. על כן מתן צו מניעה יהיה תמיד עניין לשיקול דעת של בית המשפט, ולצורך זה מותר לו להביא בחשבון גורמים שונים, נוסף על מידת הנזק הצפוי (פרשת שפירא, לעיל ה"ש 48, פס' 13 לפסק הדין).

212 או כדבריו שם, פס' 26: "מתקיים הליך שיפוטי שעניינו לשון הרע. ההליך טרם הסתיים. בית המשפט לא הכריע באחריותו של המפרסם. תוך מהלך המשפט – ולעתים אף לפני תחילתו – מתבקש צו לשעה. הוא נועד לרוב למנוע פרסומו של דבר שטרם פורסם. הוא בא לעתים למנוע המשך פרסומו של דבר שכבר פורסם. האם יוענך הציווי (לשעה) בנסיבות אלה?".

213 השופט ברק מוסיף כי "אכן, קיים הבדל מהותי בין השלב שבו הוכרעה אחריות של המפרסם לבין השלב שבו טרם הוכרעה אחריותו. כאשר הוכרעה שאלת האחריות, נחלש משקלו של האינטרס בדבר חופש

האפשרות לקבל ציווי לשעה עשוי לפגוע קשות בנפגע". עם זאת זה המחיר הנדרש לשמירה על חופש הביטוי בנסיבות שבהן טרם הוכרעה שאלת האחריות ללשון הרע.²¹⁵ עוד הוסיף השופט ברק ואמר כי בשונה מהעיסוק בחוזים, בדיני הנזיקין תרופת הציווי היא משנית. משניות זו, כך לדבריו, באה לידי ביטוי בכך "שהציווי יינתן בדרך כלל, רק אם הפיצוי אינו נותן סעד מספיק להפרה".²¹⁶ בית המשפט מתייחס לאינטרס הציבורי ומרבה לצטט אסמכתאות באשר לתפקידו הציבורי של עיתון בגילוי ובחשיפה של מידע שלציבור יש זכות לדעת ולהגיב עליו. בהקשר זה הוא מפרט את הגישה הרווחת באנגליה שלפיה לרוב יימנע בית המשפט ממתן צו לשעה בטרם הוכרעה שאלת האחריות.²¹⁷ במקרים אלו, מאחר שהפרסום עצמו טרם נעשה, מודגש החשש לחופש העיתונות ומצנזורה מוקדמת.²¹⁸ אם לסכם, ההלכה שעולה מפרשת שפירא היא כי אשר לפרסום שטרם נעשה בעניין בעל אופי ציבורי²¹⁹ ייזהר בית המשפט מלתת צו מניעה זמני לשעה כל עוד לא נתקבלה הכרעה בתיק, וטענתו של הנתבע כי ביכולתו להגן על הפרסום אינה טענת שווא.²²⁰ זאת, כדי לא לפגוע יתר על המידה בחופש הביטוי ולשלול התנהגות אסטרטגית של נפגעים פוטנציאליים שמיועדת לצנזר מידע טרם פרסומו.²²¹

הביטוי לאור הפגיעה המוכחת באינטרס לשם הטוב [...] גם הצידוק לחופש ביטוי בנסיבות אלה נחלש בדרך כלל" (שם, פס' 28).

214 שם, פס' 30: "כל עוד לא הוכחה לשון הרע, המשקל של הערך בדבר חופש הביטוי מכריע [...] אין זה מספיק שהתובע טוען בשלב זה, כי יש לו סיכוי להצליח בתביעתו, או אף סיכוי ממשי לכך. עליו להראות, כי לכאורה אין לו לנתבע הגנה של ממש [...] בכך הוא יקדם את עניינו למצב הדברים שבו הוכרעה כבר האחריות בגין לשון הרע, ובכך הוא יצדיק מתן הציווי אף בטרם הכרעה".

215 הוא מוסיף כי "בהימנעות ממתן ציווי לשעה במשפטי לשון הרע בטרם הוכרעה שאלת האחריות ניתן הביטוי לאיזון הראוי בין חופש הביטוי לבין הזכות לשם הטוב בשיטתנו המשפטית. איזון זה מעניק את מלוא הסעדים לנפגע, מקום שנקבעה אחריותו של המפרסם. במצב זה יד הערך בדבר השם הטוב על העליונה. איזון זה מעניק את מלוא התוקף לחופש הביטוי, כל עוד לא נקבעה אחריות המפרסם. במצב זה יד הערך בדבר חופש הביטוי על העליונה".

216 שם, פס' 12.

217 שם, פס' 29: "אין לקיים חופש ביטוי, ואין אפשרות להעניק לחופש הביטוי את מקומו המרכזי בשיטתנו, אם ניתן יהיה, בדרך של ציווי, למנוע פרסום, וזאת בטרם הכרעה בדבר האחריות של המפרסם. משטר צווי מניעה כזה יפגע בתיפקודה של העיתונות, הספרות, השירה ושאר אמצעי הביטוי".

218 שם, פס' 28–31.

219 שם, פס' 25: "באיזון הראוי בין חופש הביטוי בכלל וחופש הביטוי בענייני ציבור בפרט מזה, לבין השם הטוב בכלל ושמו הטוב של איש ציבור בפרט מזה, יש ליתן משקל רב לאינטרס הציבורי בהחלפה חופשית של מידע בענייני ציבור הנוגעים לאישי ציבור".

220 שם, פס' 28: "כל עוד לא הוכרעה שאלת האחריות בגין לשון הרע, ידה על העליונה כנגד הזכות לשם הטוב. כל עוד הפרסום אינו אסור, יש ליתן לו את מלוא החופש. מכאן, שאין להגביל את חופש הביטוי בדרך של ציווי לשעה, ובלבד שהנתבע מעלה טענה, שאינה טענת סרק, כי בידו להגן על הפרסום".

221 לצד זאת אומר בית המשפט גם כי "אם הדבר שטרם פורסם מצוי בידי התובע או בידיעתו, הוא רשאי לתבוע – על בסיס המידע שבידו – מניעת פרסומו בעתיד. אם בית המשפט יקבע, על בסיס חזית המריבה העולה מכתב התביעה ומכתב ההגנה, כי אכן יש בדברים העתידיים להתפרסם משום לשון הרע, הוא יהא רשאי ליתן ציווי לתמיד כנגד פרסום בעתיד של אותה לשון הרע" (שם, פס' 35), מתוך הבנה שהחוק קבע איזון מסוים, וברגע שאמירה מסוימת עולה כדי לשון הרע – חופש הביטוי ייסוג.

איני רואה מקום להרחיב במאמר זה בנוגע לאיזון הבסיסי שנעשה במסגרת חוק איסור לשון הרע.²²² טענות רבות יכולות לעלות באשר להשפעתן של המרשתת והטכנולוגיה על אופי הפרסום, על הערוצים החלופיים לפרסום ועל היחס שבין הנגשתו ונגישותו הציבורית לבין הנזקים שפרסום שכזה יכול לגרום, במיוחד אם הוא נעשה על ידי פרטים לא אחראיים. ייתכן שבהקשר זה יש לחדד את ההבדל בין נטלי הוכחה שמוטלים על המדינה כדי להצדיק צנזורה כללית של אמצעי התקשורת והאינטרנט לבין אלה שמוטלים על פרטים או ספקי פלטפורמות ושירותים ברשת. מצד אחד, גישתו של השופט ברק בפרשת שפירא – כי אין לחייב את המפרסם להעביר את החומרים טרם הפרסום לרשות הנפגע כדי שזה לא יהפוך לצנזור – עדיין תקפה במקרים רבים, אך אולי אפשר לסייגה במקרים מסוימים בשל פוטנציאל הנזק הכרוך בפרסום במרשתת. מכל מקום, נראה שגישתו של ברק לא תעמוד, לפחות לא באותו האופן, מקום שהפרסום כבר עלה לאוויר.

נקודה אחרונה זו חשובה במיוחד כי הפרסום העכשווי אינו עוד בינארי. בעבר הייתה "המלחמה הגדולה" על הפרסום הראשוני (בדרך כלל בעיתון אך גם בספר או בטלוויזיה), שלו הייתה השפעה גדולה מבחינת האפקט הציבורי (במיוחד לכותרת הראשית בעיתון) אך זו לעיתים הייתה קצרת זמן (כפי שמלמדת האמירה הפרדיגמטית "החדשות של היום הן עטיפת הכריך של מחר"). לעומת זאת, היום החשיפה הראשונית באינטרנט עשויה להיות לעיתים דרמטית פחות אך לצבור מומנטום בהמשך שיעצים את הפגיעה. השאלה אפוא אינה נוגעת עוד רק לעצם הפרסום אלא להשפעתו המצטברת על פני זמן. בהקשר זה מתעוררות סוגיות חדשות דוגמת הזכות להישכח ועוד.²²³ אומנם חלק מהציבור כבר נחשף למידע, אך הנפגע רוצה למנוע את המשך החשיפה ובכך לצמצם את נזקו העתידי והמצטבר. לכן ייתכן שהאיזון הראשוני באשר לעצם הפרסום שעליו דיבר בית המשפט בפרשת שפירא ישנה כיום מאופיו משום ש"המפרסמים" הם פעמים רבות גופים פרטיים ולא מוסדיים; בשל השינויים שחלו במשך חיי הפרסום; ובשל השפעתו והיכולת להסירו בדיעבד. טיעון זה הוא כללי ונוגע לפרסום באשר הוא, ללא התייחסות פרטיקולרית לחומרים המפורסמים או לנסיבות הפרסום. הוא כמובן גם אינו מוגבל לדיון בקריאה לחרם.

זאת ועוד, גם אם האיזון הראשוני לא ישנה את אופיו, המשך הפרסום מקבל צביון אחר. שלא כעיתון, כיום ניתן להסיר מהרשת תכנים. העובדה כי תכנים הועלו לרשת ולאחר מכן ניתן להסירם ממנה יוצרת מקום למצבי ביניים, שבהם הביטוי אינו מוגבל מלכתחילה, אך

222 על פסק הדין בפרשת שפירא (לעיל ה"ש 48) ועל האיזון שנערך במסגרתו בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב נמתחה ביקורת. כך למשל ביקר אריאל בנדור במאמרו "חופש לשון-הרע" משפטים כ 549 (1990) את עמדתו של השופט ברק שלפיה על אף קיומה של סמכות למתן ציוויים במשפטי לשון הרע יש למעט במיוחד בשימוש בה, שכן היא אינה מתיישבת עם כוונת המחוקק להעניק לתרופות הציווי מעמד מיוחד דווקא במשפטים של לשון הרע. כמו כן בנדור טען כי הטעמים שהובאו להצדקת החולשה היחסית של תרופת הציווי הם חלשים כאשר מדובר בציווי להימנעות מעשיית עוולה, שכן קשה לראות התעמרות בציווי על אדם להימנע ממעשים שהדין אסר עליו לעשותם. גישתו של בנדור בעניין היא כי בכל מקרה "התשובה לשאלה המהותית – האם על הפרסום חל חופש הביטוי או שמא הזכות לשם טוב גוברת – עתידה להינתן בהכרעה בחביעה העיקרית, ותפקיד הסעדיים הזמניים הוא לסייע בהגשמתה של הכרעה זו" (שם, בעמ' 562).

223 ראו Jeffrey Rosen, *The Right to be Forgotten*, 64 STAN. L. REV. ONLINE 88 (2011).

יש אפשרות להסירו בדיעבד.²²⁴ במוכן זה אין לבית המשפט רק שתי אפשרויות – החלטה על פרסום ראשוני או גניזה – וניתן להורות גם על הסרת הפרסום מהרשת בכל נקודת זמן, גם לאחר פרסומו הראשוני, בהתחשב בפוטנציאל הנזק שעלול להיגרם, או שהוכח שכבר נגרם.²²⁵ הטענה כי במקרים אלו יהיה בפיצוי העתידי כדי לתת ביטוי מלא לנזק שנגרם ועל כן אין לתת צו, פעמים רבות אינה במקומה – לא מבחינת המסר באשר לעצם הפגיעה בזכות ולא מבחינת הערכת הנזק שבסופו של דבר נגרם לניזוק. בשל כך ניתן, למשל, לבחון בעת עריכת האיזון בנוגע להוצאת הצו אם מדובר בפרסום שכבר עלה לאוויר, ועכשיו מתבקש בית המשפט להורידו, או בפרסום שלא עלה לאוויר כלל. בדומה לזה ניתן לבחון את התקדמות ההליכים המשפטיים ואת רמת השכנוע של בית המשפט באשר לעצם הפגיעה בזכות. אל לנו לשכוח כי בפרשת שפירא אומר בית המשפט כי מקום שבו נפגעה הזכות והוכחה לשון הרע, חופש הביטוי ייסוג. בית המשפט אומר גם כי מקום שבו ישתכנע, מלכתחילה, כי הראיות מלמדות שמדובר בלשון הרע, סוף המשפט "יודקם", ובית המשפט ייטה לתת את צו המניעה כבר במהלך ההליך.²²⁶ מכיוון שכיום מדובר פעמים רבות על הורדת פרסום שכבר פורסם, הרי שכפי שראינו, לבית המשפט הזדמנויות רבות לשקול את הורדתו – לא רק טרם מועד הפרסום. הוא יכול לעשות כן בכל נקודת זמן במשפט שבה הוא משתכנע מספיק בעצם הפגיעה בזכות. ויודגש, השאלה הכללית באשר לעצם ההכרעה אם להוציא צו מניעה – ובתוך כך גם בנוגע לעוולת החרם – היא שאלה מורכבת שמאזנת בין אינטרסים רבים, ואך ראוי היה לדון באינטרסים אלו טרם הסתמכות על הלכת שפירא הסתמכות גורפת ללא התאמתה לסביבה המודרנית שבה נערך הדיון.

מכל מקום, גם אם נסבור כי דינה של הלכת שפירא, שנקבעה בעניין לשון הרע, להוסיף לעמוד ללא שינוי, האם הדבר מחייב גם באשר לחוק החרם? האם ניתן להגיע, ללא איזון ממוקד יותר, למסקנות המרחיבות שנקבעו בבג"ץ החרם, בשל העובדה שהחוק מטיל מגבלות על חופש הביטוי? האם תמיד, כאשר מדובר בחופש הביטוי, האיזון יהיה שונה מזה שנערך בעוולות הקנייניות הרגילות ומוטה לטובת פיצוי ונגד מתן צו מניעה? והאם אין מקום לצווי מניעה במקרים שבהם הפגיעה בזכות חמורה?

לדעתי התשובה אינה פשוטה. היא מחייבת בחינה מקיפה של מאפייני הזכות שמוגנת מכוח חוק החרם ואופן הפגיעה בה אל מול חופש הביטוי. ראינו לעיל, אם כי על קצה המזלג, מצבים שבהם חומרת הפגיעה בזכות תצדיק הוצאת צוים גם טרם הפרסום או

224 יש לציין כי לעיתים אין די בהסרה מהרשת משום שאפקט הוויראליות מפיץ את המידע הלאה בפרק זמן קצר ומאפשר פרסומים חוזרים וכן העובדה שהמידע "נצרב" באופנים שונים כדוגמת מנועי חיפוש לתקופה מסוימת, מה שעלול לגרום להם לצוץ שוב ברשת למרות הציווי.

225 כאמור לעיל ה"ש 224, קשה להסיר לחלוטין תכנים מן הרשת, ולכן אפקטיביות צו ההסרה איננה מוחלטת, אך עם זאת הסרה מאתר הפרסום הראשי עשויה לצמצם במידה רבה את החשיפה לתוכן. כמו כן ניתן לחייב במצבים שונים מנועי חיפוש להסיר תוצאות בעייתיות או למנוע השלמה אוטומטית של חיפושים מסוימים, מה שיצמצם למינימום את החשיפה לתוכן של משתמשים אקראיים או לא מתוחכמים.

226 פרשת שפירא, לעיל ה"ש 48.

למצער את הסרת הפרסום מאוחר יותר. ניתן לחשוב על מקרים רבים נוספים.²²⁷ השאלה אם להוציא צו מניעה קשורה בראש ובראשונה להגדרת הזכות ולדרך הוכחת הפגיעה בה. כזכור, בפרשת שפירא חלק מהבעייתיות שעמדה בפני בית המשפט הייתה אם זכותו של התובע בכלל נפגעה במובן העוולתי שקבע המחוקק או עומדת להיפגע. במקרה שכזה, כאשר בית המשפט אינו משוכנע בפגיעה בשם הטוב שמקיימת את יסודות העוולה, וכאשר לצורך הבדיקה יש להעביר את הפרסומים לבדיקה טרם פרסומם, משמעותו של צו היא הטלת צנזורה מוקדמת על הפרסום. לעומת זאת דרך הפגיעה במקרה של החרם היא שונה, וכמוה גם יכולת הבדיקה של בית המשפט. נראה כי במקרים אלו, בשל מיקוד העוולה, בית המשפט יכול להתרשם ביתר קלות מהשאלה אם הייתה הפרה של הזכות ומהן השלכותיה.²²⁸

המצב הפרידגמטי של הקריאה לחרם הוא כזה שכבר נעשה בו פרסום של הקריאה, ועכשיו המוחרם הפוטנציאלי מבקש את הפסקתו. היינו, בשונה מפרשת שפירא, הגבלת הביטוי מצומצמת יותר וממוקדת יותר, שכן הדברים עצמם כבר נאמרו והקריאה כבר פורסמה. זאת ועוד, בשונה מפרשת שפירא, אין בהגדרת הזכות שלילה של החופש לבקר תופעה כזו או אחרת בדרכים אחרות, אלא רק שלילת ערוץ אחד מסוים של ביטוי – הקריאה לפגיעה (לרוב כלכלית) במוחרם.²²⁹ כאמור, יש גם לזכור כי "החרם האינדיווידואלי" עצמו, כאקט של ביטוי, אינו אסור אלא רק הקריאה הפומבית לו. כמו כן בשל אופי הביטוי המסוים – כזה הדורש פעולה – החשש בגינו לנזק גדול.²³⁰ גם יכולתו של המזיק לפצות בגינו, אם ייגרם, מוטלת בספק. אכן, כפי שמציין בית המשפט בהקשר הנוזקי, ההלכות המסורתיות בדבר נזק כלכלי הן בעלות אופי מרסן, אך הדבר נוגע פחות להקשרים שבגינם עוצבה העוולה של הקריאה לחרם, דבר שעשוי להצדיק הרחבה של תחולתה.²³¹ מתן צו מניעה ימנע את הנזק הכלכלי מבעוד מועד. זאת ועוד, דומה שגם הבדיקה עצמה אם מתקיימים יסודות העוולה פשוטה הרבה יותר מבמקרים של עוולת לשון הרע, באופן המקל להעריך את מידת הסיכון מבעוד מועד. בלשון הרע האיזון הפנימי של החוק והבניית הזכות

227 דוגמה מהשנים האחרונות ניתן למצוא בע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 24.4.2014), שם אישר בית המשפט, מפי השופט סולברג, צנזור ספר על דרך של צו מניעה מקדים וקבוע על מנת לשמור על פרטיותה ועל שמה הטוב של בת זוגו לשעבר של הסופר אשר פרטים אינטימיים עליה נחשפו בספר. הסתרת שמם וזהותם של נחקרים היא דוגמה נוספת למצב שבו עצם הפרסום המלא עלול לפגוע בפרטיות, וזכות הפרסום נסוגה.

228 למעשה המבנה של ה"קריאה לחרם" מקטין סיכוי לטעויות שיפוטיות אשר מפניהן לדעתי הובע עיקר החשש בפרשת שפירא (לעיל ה"ש 48).

229 בהקשר זה מעניין להפנות לפסק דינו של השופט חשין בבג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999). במסגרת פסק דינו מבחין השופט חשין בין אלמנטים שונים החוסים בחופש הביטוי – חלקם חשובים יותר וחלקם חשובים פחות (שם, פס' 11 לפסק דינו). זאת ועוד, בפרשת שפירא (לעיל ה"ש 48) דובר על צנזור של מידע רלוונטי לציבור כחלק מחופש העיתונות, בשונה מהמקרה של עוולת החרם.

230 אומנם לרוב אין מדובר בנזק גוף או רכוש, אך כפי שאמרתי לעיל, הנזק יכול להיות גדול ובלתי הפיך.
231 בעניין זה ראו הדיון על נזק כלכלי – לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 166. שאלה מעניינת היא אם העובדה שלרוב חרם משפיע על פעילות עסקית, שבה לכאורה הנזקים קלים יותר להערכה, תוביל להרחבת השימוש בצווי מניעה או לצמצומו.

דורשים התייחסות לפרמטרים רבים ולהגנות אשר פוטרות את המזיק מהפגיעה,²³² אולם באשר לחוק החרם, בשל עיצוב הזכות, העוולה קלה יותר לבדיקה וליישום. במצב דברים זה דומה שבית המשפט יכול לאמוד את הפגיעה המסתברת בזכות ביתר קלות. שוני נוסף בין לשון הרע לבין החרם הוא כי בקריאה לחרם הסיכוי לנזק יותר גדול, שכן פעמים רבות מטרתה הישירה של הקריאה היא גרימת נזק למוחרם.²³³ האם יש בכך כדי להשפיע על האיזון בכל הקשור להוצאתו של צו?

השיקול בדבר קידום אינטרסים של הפוגע, לגיטימיים או לא, והעדפתם על פני אלו של הנפגע אינו זר למשפט הישראלי. במקרים אחרים שבהם יש חשש דומה המשפט מנסה לאזן בין הזכויות ואינו מצדד חד-צדדית בפוגע או בנפגע.²³⁴ על כן ניתן לחשוב על מגבלות כאלו או אחרות שיש להטיל על הקוראים לחרם בפסיקה ומימושן באמצעות צו כזה או אחר. דומה כי היה ראוי כי גם שיקולים כגון אלו יובאו בחשבון במסגרת הדיון בפרשת אבנרי בסוגיית הוצאת צו מניעה.

שתי שאלות נוספות שמתעוררות בעניין צו הן יכולתו של מפרסם הקריאה לחרם לשאת בפיצוי בשל הנזקים שייגרמו בעקבות החרם ויכולתו של בית המשפט, בדיעבד, להעריך את גודל הנזקים האמיתיים שנגרמו. בעולם שבו לרוב הפעילות אינה מבוטחת,²³⁵ השיקול אם המזיק יכול לשאת בנזק הוא מרכזי, שאם לא כן כל פסיקה בדבר פיצוי שתצא מלפני בית המשפט ממילא לא תקיים. כמו כן חשוב שיושתו על המזיק כל הנזקים שגרם.

ראשית, לעניין יכולתו של המזיק לשאת בנזקים – כשידוע שהזכות הופרה, הרי שלעיתים הפיצוי בגין הנזק יכול להיות גדול מאוד. למשל, ניתן לחשוב על הנזק בקריסתו של בית עסק שתביא להפסדים של מיליונים רבים של שקלים – לא רק למפעל עצמו או לבעליו אלא גם לאחרים, כגון נושים של העסק, העובדים שיוותרו ללא עבודה ועוד. במצב דברים זה פעמים רבות ההנחה של בית המשפט שלפיה ניתן להמתין להתרחשות הנזק ואז להשית אותו במלואו על המזיק לא תעמוד, שכן למזיק לא יהיו משאבים מספיקים כדי לשאת במלוא הפיצוי. צו מניעה במקרים כגון אלו עשוי לשנות את התמונה ולמנוע את הנזק או לפחות לגדור אותו. שיקול זה יכול לפעול הן לטובת המפרסם קריאה לחרם הן לטובת המוחרם. באשר למוחרם – הדברים ברורים. לפי הכללים הרגילים של דיני הנזיקין התובע

²³² ראו בעניין זה פרק ג לחוק איסור לשון הרע, העוסק בהגנות.

²³³ זאת הגם שמבחינת האידאולוגיה של המזיק גרימתו של הנזק באה לשרת תכלית גדולה יותר של שינוי בשדה הפוליטי. כאשר קיימת כוונה לגרום נזק, מטבע הדברים הסיכוי לגרימתו גדול מבמקרה של תקלה.

²³⁴ כך, למשל, באשר לזכות השביתה. בשביתה המצב הרגיל הוא כי השוכת זוכה בקידום אינטרסים שלו על חשבון הפגיעה בציבור. בדומה לחוק החרם, השביתה פוגעת בציבור מסוים רק בשל השינוי הציבורי על מנת לקדם מטרות אחרות. בדרך כלל אין מעורבים בשביתה אלמנטים אישיים או טעמים שקשורים לפרטים הנפגעים. יש כאן מחיר ציבורי שמשלמים אנשים פרטיים. בכל הקשור לשביתה, בשל איזון זה פיתח המחוקק דיני שביתה והטיל עליה מגבלות, על מנת שלא לפגוע בציבור יתר על המידה.

²³⁵ פעילות מכוונת או פזיזה לרוב אינה נכנסת בגדר ביטוח, שכן החשש הוא מפני סיכון מוסרי (moral hazard) מצד המזיק הפרטנציאלי, כלומר שמשום שיהיה מבוטח יקטנו תמריציו להימנע מהמצב המסוכן מתחת לסף היעיל. קושי נוסף באשר לביטוח פעילויות הוא מהיווצרות מצב של adverse selection, כלומר שרק מי שמתכוונים לעולל יבטחו את עצמם. להרחבה על אודות שני האפקטים הללו ראו גלעד, לעיל ה"ש 167, בעמ' 269–274 ובה"ש 48 שם.

יכול להיפרע מהמזיק בלבד, ואם המזיק חסר משאבים ייוותר הניזוק ללא פיצוי. יוצא אפוא שייתכנו בהחלט מצבים שבהם הנפגע, לעיתים רק בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת, יצטרך לשאת בנזק כלכלי גדול בעצמו ללא אפשרות לקבלת פיצוי מהפוגע. במקרים כגון אלה המערכת המשפטית יכולה לצאת להגנתו באמצעות הגדרה מדויקת של הצו שהיא תיתן. לצד זאת ניתן לחשוב על הצו גם כפועל בפטרנליזם בעבור האינטרסים של המזיק.²³⁶ כאן הטענה היא כי המפרסם קריאה לחרם לעיתים אינו מודע כלל לגודל הנזק שעלול להיגרם ממעשיו, והצו, בפטרנליזם, יכול למנוע ממנו לחוב בגינו. על כן ייתכן שלמניעה זו של הקריאה באמצעות הצו יהיו יתרונות לא מבוטלים גם מבחינתו.

שנית, לעניין הערכת הנזק בדיעבד. נראה שהגישה המנחה את בית המשפט במקרים אלו היא כי ככל שיכולתו לאמוד את הנזק בדיעבד טובה ומדויקת יותר, ואם הנזק אינו גופני או רכוש, והפיצוי אפוא "מחזיר באמת" את מצבו של הניזוק לקדמותו, כך ניתן "להמתין" עם צו המניעה. למעשה, מדובר בשתי שאלות נפרדות אך פעמים רבות הן קשורות זו בזו – האחת אם יהיה בפיצוי הכספי כדי להחזיר את המצב לקדמותו, והשנייה אם בידי בית המשפט כלים מדויקים למדוד את הנזק הסובייקטיבי שנגרם לניזוק הספציפי.²³⁷ ככל שמשמית אומדן הנזק, שמטבעה נעשית באובייקטיביות בבית המשפט, מסובכת יותר, כך ייטה בית המשפט לכיוון של מתן צו. במקרה של נזק כלכלי שניתן למדידה מדויקת אפשרות תיקון העוולה באמצעות אומדן פיצוי מדויק נראית קלה יחסית. כסף כפיצוי שקול להפסד כספי שנגרם מירידת מכירות. ניתן לאמוד אותו גם אובייקטיבית. במקרים שבהם הנזק זולג לכיוון נזקי גוף, רכוש או נזקים אחרים שאינם ניתנים למדידה ולתיקון, ובמקרים שבהם השונות בין נפגעים גדולה, יכולתו של בית המשפט להחזיר את המצב לקדמותו באמצעות מתן פיצוי פוחתת ועל כן מאלצת אותו, במקרים שאפשר לנהוג כן, לבחור במתן צו מניעה.²³⁸ על פני הדברים הנזקים בקריאה לחרם קלים לאומדן, להערכה ולתיקון יותר מהנזקים בעוולת לשון הרע – הערכת הפגיעה ב"השם הטוב", בשל היותה רב-ממדית, קשה יותר לאומדן ולתיקון באמצעות פיצוי, ולרוב היא גם בעלת תכונות סובייקטיביות.²³⁹ על כן

236 אומנם ניתן להחזיק בעמדה שלפיה לא ברור כלל אם הניזוק היה צריך לקבל זכות מלכתחילה, אולם מרגע שניתנה לו מעם המחוקק זכות שכזו, ומרגע שזו צלחה את המבחנים החוקתיים, יש בהפרתה כדי לזכות אותו בסעד.

237 ניתן לראות זאת כך: אם הנזק הסובייקטיבי הצפוי מתמזג עם זה האובייקטיבי, כלומר אין ממדים סובייקטיביים המקשים על הערכת הנזק בדיעבד והפיצוי צפוי להיות מלא, נראה כי אין כל יתרון לפסיקת צו מניעה על פני פיצוי מאוחר, שכן הניזוק ממילא יפוצה במלואו וייוותר אדיש. כלומר, כאשר הנזק הצפוי קל להערכה, יש הצדקה פחותה לצו מניעה, לעומת המצב השונה שבו קיים נזק סובייקטיבי צפוי שיש להעריכו. השוו לכלל קנייני ולכלל אחריות אצל Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

238 מובן שכאשר מדובר במצב של תקלה, אין משמעות לצו משום שלא ניתן למנוע את התקלה בצו, לעומת מעשה מכוון.

239 מנגד, יש לתת את הדעת על כך שעצם ההכרה בכך שהייתה הוצאת דיבה היא תיקון של חלק מהנזק שנגרם לשם הטוב, שכן משמעות הקביעה המשפטית היא לרוב כי הדברים אינם אמת או שאינם מדויקים. כמו כן יש לשים לב כי אף שבחינת הפגיעה בשם הטוב תהיה אובייקטיבית (כפי שהוכרע

ניתן לצפות כי שיקול זה יוביל להפחתת השימוש בצו במקרה של עוולת החרם ביחס לשימוש שנעשה בו בעניין לשון הרע. מנגד, גם נזקי החרם אינם מסתכמים בנזקים כלכליים בלבד. הם יכולים להשתרע על היבטים רחבים יותר וקשים יותר להערכה.²⁴⁰ החרם יכול להביא גם לנזקים שאינם ממוניים, שאותם יתקשה בית המשפט להעריך. שיקולים אלו רלוונטיים באשר להחלטה אם להוציא צו מניעה, ונראה שהיה ראוי לבית המשפט לשיקול אותם בפרשת אבנרי במהלך הדיון בסוגיה.

4. זכות הנפגע מול אינטרס הציבור

משנפגעה הזכות עולה כאמור השאלה אם להוציא צו מניעה. ראינו כי בין עוולת החרם לבין האיסור על הוצאת לשון הרע קיים שוני רב בכל הקשור ליכולת ההערכה המוקדמת של בית המשפט את סיכויי הפגיעה בזכות, לחשש מקיומה של צנזורה מוקדמת ועוד. נראה ששוני זה מביא לכך שיכולתו ונטייתו של בית המשפט להפסיק את הקריאה לחרם באמצעות צו אמורה להיות גדולה מכפי שהיא בתחום של לשון הרע. אולם בהקשר זה יכולה לעלות טענה נוספת והיא כי גם אם צולחים את הבחינה/האומדן הראשוני/ת בעניין החשש להפרת הזכות ומצליחים לבסס את הפגיעה בה מבחינה משפטית – בכל זאת יש לאזן בין זכותו של הנפגע לבין אינטרסים ציבוריים אחרים, רחבים יותר. על פי טענה זו, העובדה עצמה שמתקיימים יסודות העולה אינה מחייבת מתן סעד מסוג מסוים, שכן סעד זה צריך להישקל ביחס לנסיבות המקרה ולהביא בחשבון את מרכזיותו וחשיבותו של חופש הביטוי. בית המשפט אכן מודע היטב בפרשת אבנרי לחשיבות חופש הביטוי. בהקשר זה הוא פוסע בנתיב המוכר שסללה פסיקה קודמת. אף על פי כן דומה שהאמירות של בית המשפט באשר לנדירות סעד מקדים בדמות צו המניעה עד כדי איונו, המתיימרות להסתמך על איזונים קודמים שנערכו בפסיקה, הן מרחיקות לכת.

עיון בפסיקה מלמד כי במקרים המתאימים נכונים השופטים להוציא צווי מניעה אף אם אלו כרוכים בהגבלת חופש הביטוי. כך למשל מדגיש הנשיא ברק בפרשת שנס כי בדומה לכך שחופש התנועה של האחד מסתיים במקום שבו החוטם של האחר מתחיל, כך חופש הביטוי של אחד מתפרס בפועל עד למתחם שבו ההתבטאות היא בבחינת הוצאת לשון הרע על הזולת²⁴¹ ומסתיים במקום שההגנה על השם הטוב של אחר מתחילה.²⁴² מבלי להיכנס לעובי הקורה בשאלה אם מבחינה חוקתית חופש הביטוי בכלל משתרע גם על מעשים שיש בהם פגיעה בשמו הטוב של האחר,²⁴³ הרי שכשהדברים אמורים במעשים שעולים כדי

בע"א 4534/02 רשת שוקן בע"מ נ' הרציקוביץ (פורסם בנבו, 4.3.2004), הרי שגם לבחינה אובייקטיבית יש מאפיינים סובייקטיביים כדוגמת קבוצת השיוך הרלוונטית שלפיה נבחנת הפגיעה ועוד. 240 כאן ניתן לחשוב על נזקים כגון פגיעה במוניטין, נזק נפשי למוחרמים שעסקיהם קרסו או לעובדים בהם, נזק למשפחות העובדים שפוטר ועוד.

241 ראו עניין שנס, לעיל ה"ש 229, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק.

242 שם.

243 בעניין זה קיימת מחלוקת. הדין הישראלי דהיום מצדד בגישה שלפיה חופש הביטוי כשלעצמו, ללא קשר לאיזון שיש לעשות לו עם זכויות אחרות, משתרע על כל ביטוי, גם אם שקרי וגם אם מהווה לשון הרע (ראו פרשת שפירא, לעיל ה"ש 48, פס' 18). לעומת זאת הדין האמריקאי מבוסס בעניין זה על הגישה שלפיה פגיעה בשמו הטוב של אדם אינה מוגנת כלל בתיקון הראשון לחוקה העוסק בחופש הביטוי,

עוולה נזיקתית או עבירה פלילית, אין הם מוגנים בחופש הביטוי. בעניין זה מבחין השופט ברק בפרשת סנש בין הפן הציבורי והדיון בחופש הביטוי לבין הפן של המשפט הפרטי. בפן הציבורי ייערך איזון אנכי שיביא בחשבון מגוון אינטרסים ציבוריים, ואילו בפן הפרטי ייערך איזון אופקי אל מול הזכויות הנפגעות של האחר.²⁴⁴ בהקשר של לשון הרע אומר השופט ברק כי הן חופש הביטוי הן שמו הטוב של האדם יונקים מאותו מקור והוא כבוד האדם, וכי האיזון ביניהם מוצא את ביטויו בדינים בדבר לשון הרע.²⁴⁵ דיני לשון הרע הם שעורכים את האיזון בין הזכויות – "הם ה'צינור' אשר דרכו מזרם האיזון הראוי בין חופש הביטוי לשם הטוב אל המרקם של שיטת המשפט".²⁴⁶ הוא מוסיף כי "כל שנתפס בגדריו של איסור לשון הרע מוצא מההגנה על חופש הביטוי, ומוסיף להגנה על השם הטוב". בהקשר זה התרופות על הפרת זכות הן חלק מן המשפט הפרטי. נקודה זו חשובה משום שבפרשת סנש קובע השופט ברק, בסרבו להוציא צו מניעה למניעת פרסום, כי לשם הכרעה במתן צו הוא אינו צריך לדון באיזון האופקי, שכן העותרים לא תבעו מכוח דיני לשון הרע. לכן הוא מגביל עצמו לדיון ברמה הציבורית, שם שקלל אינטרסים שונים ומגוונים ובכללם חופש הביטוי.²⁴⁷ בהקשר זה אומר השופט ברק כי את התרופה על הפגיעה בכבודה של חנה סנש יש לחפש במשפט הפרטי. הוא אף מפנה לפרשת מפיסטו בגרמניה, שם ניתן בנסיבות דומות צו מניעה, ומציין שהסעד שנדרש באותו מקרה היה במסגרת המשפט הפרטי, ואילו בעתירה שבפניו מתנגשת הזכות לביטוי וליצירה עם אינטרס הציבור, וכי האיזון בין המצבים השונים עשוי להיות שונה.²⁴⁸ דעת המיעוט בעניין סנש סברה כי גם ברמה של

וראו שם. כן ראו *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1963). שאלה זו היא שאלה כללית מתחום המשפט החוקתי. להרחבה ראו אהרן ברק "הערכה ביקורתית של אלכסי (Alexy) לעניין היחס בין זכויות חוקתיות כעקרונות ותורת המידתיות" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 765 (2017).

244 ראו עניין סנש, לעיל ה"ש 229, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק. כמו כן ראו אריאל בנדור "חופש לשון-הרע", לעיל ה"ש 222, בעמ' 560 (שם מסביר בנדור כי לגישתו, אם נקבע כי ביטוי מסוג מסוים הוא עוולה או עבירה, הרי שהמחוקק סבר כי מתקיימים ערכים נוגדים המצדיקים את איסורו וגוברים ממילא על צידוקיו של עקרון חופש הביטוי. לכן על ביטוי כזה לא חל חופש הביטוי). ראו גם אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי" משפטים לב 549, 641 (1990).

245 ראו עניין סנש, שם, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא ברק. בהקשר זה מציין ברק כי לעיתים מתברר כי דיני לשון הרע אינם תואמים את אמות המידה הראויות לאיזון בין הערכים המתנגשים, ובמקרה זה עשוי לחול שינוי בדיני לשון הרע כדי לשקף את האיזון הראוי (שם).

246 שם. כן ראו מאמרה של תמר גדרון "חופש הביטוי בחוק איסור לשון הרע תשכ"ה–1965 – נקודת איזון חדשה?" המשפט ה' 9, 17 (2000) (שם היא מסבירה כי "חוק איסור לשון הרע, האחריות אותה הוא יוצר וההגנות אותן הוא קובע [...] משקף את נקודת האיזון הנורמטיבית בין הזכות לשם טוב לבין חופש הביטוי". ועל כן "מידת ההתערבות הפסיקתית באיזון עדין זה צריכה להיות מינימלית").

247 עניין סנש, שם, פס' 16–17 לפסק דינו של הנשיא ברק. במקום נוסף הוא מציין כי: "איננו עוסקים כאן באיזון אופקי בין זכותו האדם של הדובר והיוצר לבין זכות האדם של הנפגע והמושם. עוסקים אנו כאן בהגבלת חופש הביטוי מטעמים של אינטרס הציבור, וכחלק מהפגיעה ברגשות הציבור" (שם, פס' 23 לפסק הדין).

248 שם, פס' 28.

הניתוח הציבורי היה ניתן להוציא צו מניעה, שכן אחת מהעיתרות שימשה למעשה תחליף למימוש עילת התביעה במישור הפרטי.²⁴⁹

ואכן, במקרים שבהם מדובר באיזון אופקי בין זכויות קיימות, פעמים רבות מוטלות מגבלות על חופש הביטוי והן נאכפות בקביעות.²⁵⁰ כמו כן סעדים בצורת צווי מניעה ניתנים גם במצבים של זכויות מתנגשות אחרות, חשובות אולי לא פחות מחופש הביטוי, אשר מעוגנות במשפט הפרטי.²⁵¹ מכאן שכאשר הזכות על פי כללי המשפט הפרטי נפגעת, המחוקק מבקש להביא להפסקת הפגיעה. בעניין זה עיצוב הזכות והיחס שבינה לבין זכויות אחרות בא לידי ביטוי בניסוח החוק, בהגנות מפני הטלת אחריות בגין הפרת הזכות ובסעדים שאותם רשאי בית המשפט לתת מכוח החוק. אלו, כפי שאמר השופט ברק בפרשת **סנש**, הם הצינור שבאמצעותו נשאבים הערכים מן המשפט הציבורי למשפט הפרטי. המחוקק הוא שיוצר את האיזון במסגרת החוק, ובית המשפט הוא שמיישם אותו, ולחלופין – זה שקובע כי האיזון אינו עומד במבחני החוקתיות. בהתחשב בעובדה שחוק החרם יצר זכות במסגרת המשפט הפרטי, הרי שאכן ייתכנו מצבים שבהם פגיעה בזכות תצדיק הוצאת צו מניעה.

מהדברים שהובאו לעיל עולה אפוא כי היעדר התייחסות מצד בית המשפט למגוון שיקולים – כמו הבדלים בין לשון הרע לעוולת החרם; להתפתחויות טכנולוגיות; לכך שהדין הנזיקי מאזן דרך קבע בין זכויות חשובות, לרבות חופש הביטוי – הובילה אותו למסקנה גורפת מדי באשר לשאלת היתכנותה של פסיקת צו מניעה מכוח עוולת החרם. ויודגש, ומבלי לנקוט עמדה פוליטית כלשהי, גם אלו שסוברים כי המאבק הפוליטי מוצדק ברמה הציבורית, יסכימו כי מכך לא ניתן לגזור שצריך לקדם אותו באמצעות בחירת שער לעזאזל במשפט הפרטי.

ה. פרשנות טקסטואלית – יסודות עובדתיים של עוולת החרם

לפני סיכום ברצוני לנצל רשימה זו על מנת להתייחס לכמה נקודות שלא עלו לדיון מעמיק בפרשת אבנרי אך יש בהן כדי להשפיע על פרשנותה של עוולת החרם בפסיקה עתידית.

249 בעניין זה מעניינת דעת המיעוט של השופט חשין בעניין **סנש** אשר סבר כי אחי המנוחה מחזיק בזכות פרטית בתחום המשפט הציבורי, וזו מאפשרת לו לקבל את הצו המבוקש אפילו בתחום הציבורי. כך, למשל, באשר לחופש הביטוי ולאיסור פרסום מידע רפואי או מידע פרטי אחר על מטופל, הגבלת חופש הביטוי ופגיעה בעקרון פומביות הדין אגב סגירת דלתות של בית המשפט על מנת שלא לפגוע בפרטיות של מתדיינים, פרסום פסיקה בעילום שם ועוד. כן ראו למשל בג"ץ 2481/93 דיין נ' וילק, מח(2) 456 (1994); ע"א 4963/07 ידיעות אחרונות בע"מ נ' עו"ד פלוני (פורסם בנבו, 27.2.2008); ע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 24.4.2014); ע"א 9185/03 טננבוים נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 359 (2003); רע"א 1412/94 הסדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, מט(2) 516 (1995).

251 כך, למשל, כאשר זכותה של בת זוג עלולה להיפגע משום שבן זוגה עלול לברוח מן הארץ, יעניק לה בית המשפט במקרים רבים צו מניעה האוסר על בן הזוג לצאת מן הארץ עד לבירור המחלוקת. באיזון בין חופש התנועה של בן הזוג לבין זכותה של האישה, גוברת פעמים רבות זכותה של האישה על חופש התנועה. ראו למשל יפה זילברשץ "זכות היציאה מהמדינה" משפטים כג 69 (1994). כן ראו תק' 384 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

ברמת הפרשנות הטקסטואלית נשאלת השאלה מה דורש הסעיף לצורך תחולתו. ראשית ראינו כי יש צורך בקריאה פומבית לחרם, שכן הספירה הפרטית והחרם האישי אינם מוסדרים בגדרה של עוולה זו. שנית נדרש כי הקריאה היא להימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי רק מחמת זיקה לישראל, למוסד ממוסדותיה או לאזור, אשר יש בה כדי לפגוע כלכלית, תרבותית או אקדמית. הסעיף אינו מגדיר את מהות הפגיעה, אך על פני הדברים ומנוסחו עולה כי היא אינה מצטמצמת להפסד רווח ואף לא לנזק כלכלי טהור. למשל, החרמת האקדמיה בישראל עלולה להביא לנזקים שאינם כלכליים גרידא כמו האטת פיתוח המדע. בדומה לזה, בשל החרם עלולים להיגרם נזקים תרבותיים ניכרים. אלו כמובן קשים לשומה כספית ואינם מוגבלים דווקא לנזק כלכלי טהור.²⁵² שלישית המחוקק קובע בסעיף דרישה של פוטנציאל לאפקטיביות במובן זה שיש אפשרות סבירה שהקריאה תוביל לחרם. רביעית, המחוקק דורש כי המפרסם יהיה מודע להיותה של הקריאה אפקטיבית, היינו מודע לכך שיש אפשרות סבירה שהקריאה תוביל להטלת חרם. לבסוף דורש הסעיף כי על הפרסום להיעשות בידעין.

1. אפקטיביות החרם ואפקטיביות הקריאה

ניתוח העוולה שבחוק משאיר את הרושם כי הגדרתה רחבה אך לא חסרת גבולות – ראשית, אם אין קריאה פומבית, או שאין בהימנעות כדי לפגוע כלכלית, תרבותית או אקדמית, הרי שאין מתבצעת כלל עוולה. אין מתמלאים היסודות של X – היינו המעשה האסור. שנית, הדרישה לאפקטיביות של קריאת החרם נועדה לצמצם את העוולה עוד יותר. כך, גם במקרים שבהם ניתן עקרונית לראות בהימנעות ככזו שיש בה כדי לפגוע באינטרסים שעליהם החוק מגן, על התובע להראות כי על פי תוכן הקריאה והנסיבות שבהן פורסמה יש אפשרות סבירה שהיא תביא להטלת חרם. דהיינו, גם אם לקריאה יש ברמה העקרונית והמופשטת פוטנציאל לגרום לחרם, אך בשל התוכן ונסיבות הפרסום אין אפשרות סבירה שהיא תביא להטלת חרם, הרי שאין מתקיים יסוד אפקטיביות הקריאה, ולפיכך אין מתבצעת כלל עוולה. שלישית, המחוקק לא הסתפק באפקטיביות אובייקטיבית ודרש כי למפרסם תהיה מודעות לאפשרות הסבירה של קיום החרם כתוצאה מקריאה. כלומר, אם מפרסם הקריאה לחרם אינו מודע לכך שהקריאה אפקטיבית, הרי שגם אם קיימת אפשרות סבירה לחרם אין בכך כדי לקיים את יסודות העוולה. בהקשר זה ניתן לחשוב למשל על הבחנות רלוונטיות בין אנשי ציבור ועיתונאים, אשר סביר להניח כי הם מודעים יותר לכך שפרסום שלהם של קריאה פומבית לחרם עשוי להיות אפקטיבי, לבין אנשים פרטיים או אפילו אקדמאים אשר פרסום שלהם של קריאה לחרם עשוי להיות אפקטיבי, אך בשל חוסר ניסיונם, או לחלופין בשל ניסיון העבר, לא יהיו מודעים לאפקטיביות של פרסום הקריאה. זאת ועוד, תופעות שהן תולדה של העידן הטכנולוגי הנוכחי עלולות להביא לעיתים

252 נזקים אלו יכולים תאורטית לזכות את הנפגעים בפיצוי בדיעבד. השאלה המעניינת היא אם ניתן להשתמש בעוולה על מנת לעצור את הפרקטיקה מבעוד מועד, ועל כך להלן.

להגברת האפקטיביות של אמירות מסוימות והפיכתן ויראליות, בניגוד גמור לכל תחזית מוקדמת – של המפרסם או של אחרים.²⁵³

2. מהו פרסום ומהי זהות המפרסם?

בניגוד לחוקים אחרים, חוק החרם אינו מבהיר מהו פרסום לצורך תחולתו. הוא אינו כולל הגדרת פרסום בסעיף ההגדרות ואף אינו מאמץ הגדרת פרסום מחוק אחר, בדומה למשל לאופן שבו המחוקק פועל במסגרת סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות, אשר מפנה לחוק איסור לשון הרע.²⁵⁴ מה ניתן ללמוד מכך על דרישות החוק באשר לרכיב ה"פרסום"? דומה שמטרת המחוקק בהקשר זה הייתה לצמצם את המונח "פרסום". במקרה של לשון הרע, פגיעה בפרטיות או שקר מפגיע,²⁵⁵ נראה שהנחת המחוקק הייתה כי די בכך שאדם אחד נחשף לאמירה הפוגעת (או עלול להיחשף אליה) כדי לגבש את הפגיעה בשם הטוב, בפרטיות או בעסקים, ומשהחלה האמירה להתגלגל, יהיה קשה לעצור את כדור השלג ולמנוע את העצמת הפגיעה, אולם במקרה של חוק החרם נקודת המוצא שונה. המשמעות האפקטיבית של חרם, על פי הגדרת החוק, תלויה בקיומה של "מסה" של נחשפים, ועל כן דומה שאין די בפרסום לאדם אחד כדי לייצר אותה מסה שממנה חושש המחוקק, ואף לא כדי להניע את התהליך של הטלת חרם, במיוחד כאשר שוקלים איסור זה אל מול הפגיעה בחופש הביטוי של המפרסם. הצימוד של דרישת הפרסום עם הדרישה הנוספת לקריאה פומבית אפקטיבית מלמד אף הוא שכדי למלא אחר דרישת הפרסום בחוק החרם, לא יהיה ניתן להסתפק בדרישה המינימלית של חוק איסור לשון הרע בדבר פרסום לאדם אחד בלבד. נקודה אחרונה זו מעלה שאלה נוספת בדבר פרשנות העוולה והיא היעדר הזהות הפרסונלית המתחייבת בין הקורא לחרם לבין המפרסם אותו ביודעין. אם הדיון בפסקה הקודמת עסק בקורא לחרם שאינו נחשב למפרסם ביודעין, תמונת הראי היא של המפרסם ביודעין שאינו הקורא. כזכור, סעיף 2(א) מטיל את האחריות לעוולה על מפרסם ביודעין של קריאה פומבית לחרם. במובן זה, מהלך הדברים הוא כזה שהאיסור שמוטל מכוח החוק הוא לא על החרם ואף לא על הקריאה הפומבית לו, אלא למעשה על פרסום הקריאה. האם

253 קריין נהון מסבירה כי אפקט הוויראליות יכול לשנות לעיתים את יחסי הכוחות בין מוסדות שונים, כדוגמת המדינה או התקשורת, לבין הפרטים בחברה, שכן לכל אורח יש גישה לפלטפורמה נוחה לביטוי דעותיו ולהפצתן ברבים. בכוחות משותפים אפשר ליצור מאסה של אנשים אשר יביעו ביקורת לא אמצעית על הממשל, או יציבו לו דרישות לפעולה. ראו קריין נהון "הפוליטיקה של מהפכת המידע" פכ"מ 2, 9, 11 (2016). להרחבה נוספת על אודות אפקט הוויראליות ויכולתו להעצים פרסומים ברשת האינטרנט ראו KARINE NAHON & JEFF HEMSLEY GOING VIRAL (2013). ראו גם John Wihbey, *The Challenges of Democratizing News and Information: Examining Data on Social Media, Viral Patterns and Digital Influence*, in SHORENSTEIN CENTER ON MEDIA, POLITICS AND PUBLIC POLICY DISCUSSION PAPER SERIES, D-85 (2014).

254 או בדומה להפניה שקבועה בעוולה של שקר מפגיע. ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות, שהוא סעיף ההגדרות, מפנה בהגדרת "פרסום" לס' 2 לחוק איסור לשון הרע, הקובע כי פרסום יכול שיהיה בעל פה, בכתב או בדפוס, לרבות ציור, דמות, תנועה, צליל וכל אמצעי אחר. בהקשר של שקר מפגיע ראו עוולת שקר מפגיע המנויה בס' 58 לפקודת הנויקין.

255 בעניין זה ראו ס' 58 לפקודת הנויקין.

הבחנה זו בין המפרסם לקורא נעשתה במתכוון, או שמא מדובר בתקלת ניסוח? בחינת הסביבה החקיקתית עשויה ללמד שאין מדובר במהלך אקראי. כמו חוק החרם, גם חוק איסור לשון הרע מבחין בין ההגדרה של מהי לשון הרע, שקבועה בסעיף 1, לבין העוולה הקבועה בסעיף 7 שעניינה פרסום של לשון הרע. פיצול זה מאפשר למשל לחייב את המפרסם ה"חוזר" של לשון הרע, הגם שאינו מקור הדיבה, רק בשל עצם הפרסום.²⁵⁶ ומה באשר לחוק החרם? האם המחוקק התכוון ליצור הבחנה פרסונלית בין המפרסם לבין הקורא לחרם? האם ניתן לחייב בנזיקין במקרה שכזה שני גורמים שונים או רק את המפרסם ולא את הקורא? האם מי שמפרסם בפרסום חוזר קריאה לחרם שכבר פורסמה בידי הקורא מעולה בעוולה עצמאית?

המחוקק אינו משיב על שאלות אלה. מצד אחד ייתכן שההבחנה בין הקורא לבין המפרסם מקורה בטעות ניסוח, אך מצד אחר ייתכן שהמחוקק רואה בעצם הפרסום של הקריאה את עיקר הבעיה, שכן שם "מקור הסכנה" שעלולה להוביל לחרם הציבורי. המקרה הפרדיגמטי שעליו ניתן לחשוב הוא סיקורה של הקריאה הפומבית לחרם באמצעי התקשורת השונים באופן שעשוי להגביר את האפקטיביות שלה במידה ניכרת. אולם זו לא הדרך היחידה לפרסום קריאה לחרם. בשנים האחרונות אנו עדים לשימוש מוגבר ברשתות חברתיות לשם הפצת קריאות פומביות להפגנות וכו'. במקרים אלו להליך הפרסום שותפים החברים ברשת החברתית אך גם הפלטפורמה עצמה, כגון פייסבוק, אינסטגרם ועוד. רבות דובר בעניינים אלו בשנים האחרונות ואף נערכו מחקרים על עוצמתן של פלטפורמות בעיצוב דעת הקהל והשפעתן על הדמוקרטיה המודרנית.²⁵⁷ מעורבותן בהקשר של החרם עלולה לחשוף אותן לסיכון בשל היותם מפרסמים. דיון דומה ניתן למצוא בהקשרים אחרים שבהם צדדים שלישיים משתמשים בפלטפורמה, אך התביעה מוגשת נגד בעל הפלטפורמה בשל היותו קל לזיהוי ודרך כלל בעל הכיס העמוק – כגון בתחום של לשון הרע, פרטיות, זכויות יוצרים ועוד.²⁵⁸ מטבע הדברים, במקרים שבהם מדובר בחרם, האפשרות לתבוע פלטפורמות אלו תעניק יתרון ניכר לתובע בשל זמינותן, יכולת איתורן הקלה באינטרנט ועמידותן הכלכלית.

לטעמי, קריאה מילולית של הסעיף עשויה להביא למסקנה כי ניתן לחייב את אמצעי התקשורת או את הפלטפורמה, בהיותם מפרסמים, בנפרד מהקורא לחרם. במובן זה ייתכנו גם מצבים שבהם הקורא לחרם והמפרסם ייחשבו למעולים במשותף לנזק – בין מכוח העובדה שפעלו למען מטרה אחת או הפרו חובה משותפת, או מכוח העובדה שהנזק אינו ניתן לחלוקה.²⁵⁹ אם ימצא שהנזק ניתן לחלוקה, הרי שניתן לראות בהם מעולים בנפרד

256 על פי הגדרת הפרסום לצורך העוולה הנזיקית – די בפרסום לאדם אחד או יותר זולת הנפגע. לפיכך, הנחשף לתוכן לשון הרע ימלא ברוב המקרים, בעצם חשיפתו לחומר, את התנאי של הפרסום באשר למפרסם הראשוני (לבד מקרים של "תקלה", שאז אולי יחשב הוא עצמו למפרסם הראשוני). לכן הפרסום על ידיו הוא פרסום חוזר. לכך חשיבות ניכרת בעולם הדיגיטלי, שבו חדשות לבקרים אנו מעבירים הלאה ולעיתים לתפוצה גדולה, הודעות דוא"ל, WhatsApp וכו'.

257 ראו למשל Clay Shirky, *The Political Power of Social Media: Technology, the Public Sphere, and Political Change*, 90 FOREIGN AFFAIRS 28 (2011).

258 להרחבה ראו מיכאל בירנהק מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט טכנולוגיה 377–373 (2010).

259 ראו למשל ע"א 22/75 אדרי נ' עזויאן, פ"ד (1) 701 (1976); ס' 11–15 לפקודת הנוזיקין.

שכל אחד אחראי לחלקו.²⁶⁰ ואכן, השופט עמית מתייחס לנקודה זו, כאשר הוא דן בשאלה אם ניתן לראות באמצעי התקשורת המפרסם ובקורא פומבית לחרם מעוולים במשותף. הוא משיב על כך בשלילה מהטעם שלו רצה המחוקק להטיל אחריות על אמצעי התקשורת, היה עליו לעשות כן במפורש, בדומה לאופן שבו נהג בסעיף 11 לחוק איסור לשון הרע, אשר מסדיר ספציפית את אחריותם של אמצעי התקשורת.²⁶¹ אולם נקודה זו לא זכתה לדיון מקיף ואף לא להסכמת יתר השופטים. מנגד, ניתן לראות כי בהקשרים אחרים, כדוגמת איסור לשון הרע, שבהם חויבו פלטפורמות אינטרנטיות – בשונה מאמצעי תקשורת – בגין פרסום חוזר, לא תמיד נעשה שימוש בסעיף שעוסק בפרסום באמצעי התקשורת.²⁶² האם מכך ניתן ללמוד כי יש לחייבם באחריות לעוולת החרם? ואם כן, באילו מקרים?

נראה שדעתו של השופט עמית בנוגע לאמצעי התקשורת, גם אם אינה מחייבת מבחינת טקסטואלית, היא העמדה הנכונה. מבחינה טקסטואלית היה ניתן לכאורה לראות במפרסם המאוחר בבחינת מעוול עצמאי או מסייע לביצוע העוולה, אולם נראה כי העובדה שקיים בהקשר זה סעיף נפרד בחוק איסור לשון הרע שאינו קיים בחוק החרם, מקימה "הסדר שלילי" ומלמדת על כוונה לצמצם את גבולות האחריות, במיוחד כאשר מביאים בחשבון שיקולים של חופש הביטוי כמו גם של חופש העיתונות ותפקידיה. כאמור, במרבית החוקים האחרים שדנים בסוגיה זו יש הסדרה ספציפית של הפרסום באמצעי התקשורת והבחנה בין מפר ישיר למפר עקיף. הדוגמה של חוק איסור לשון הרע אינה היחידה, וניתן למצוא לכך דוגמאות נוספות בהקשר של הפרת זכויות יוצרים, צווי איסור פרסום ועוד.²⁶³ באשר להפצה שלא באמצעות כלי התקשורת המסורתיים,²⁶⁴ גם אם אין חקיקה המסדירה את הנושא, יש בדרך כלל פסיקה מסדירה.²⁶⁵ המגמה הכללית, בשל אותם שיקולים של חופש הביטוי, היא שלא להטיל אחריות מוחלטת על המפרסם, אם בכלל, וההסדרה המשפטית

260 העובדה שמדובר בנוק כלכלי תקל מציאת קריטריון לחלוקה, בשונה מנוק גוף. ראו עניין גינור, לעיל ה"ש 185; ד"ג 15/88 מלך נ' קורנהוייזר, פ"ד מד(2) 89 (1990).

261 ס' 11 לחוק איסור לשון הרע; בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 33 לפסק דינו של השופט עמית.
262 ראו למשל את הדיון בע"א 51326-10-15 (מחוזי ת"א) לבנה נ' ליגמנט בע"מ (פורסם בנבו, 26.9.2016); ת"א (מחוזי חי') 7685-10-16 אבישר נ' פוטר (פורסם בנבו, 27.9.2018). כן ראו ת"א (שלום ת"א) 12281/07 הופמן נ' תפוז אנשים בע"מ (פורסם בנבו, 24.7.2011), שם הוגשה תביעה נגד מפעילה של אתר אינטרנט בגין פרסום לשון הרע שביצע צד ג במסגרת פורום אינטרנטי שלה. הטענה הייתה כי הנתבעת התרשלה באופן שבו ניהלה את הפורום, באמצעות מנהל פורום מתנדב שלא ביצע את תפקידו ולא הסיר מייד מן האתר את הפרסומים הפוגעים. בפסק הדין נקבע כי ס' 11 לחוק איסור לשון הרע אינו כולל אתר אינטרנט כאמצעי תקשורת, וכי ה"מפרסם" בהקשר זה הוא צד ג שהשתמש בפלטפורמה והגה את המסר הפוגעני.

263 לדוגמה, האחריות להפרה עקיפה המוגדרת בס' 48 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007, המסדיר מצבים של ביצוע פעולה אסורה בעותק מפר שיצר המפר הישיר, בנפרד מ"הפרה תורמת" ומגדירה מצב שבו בוצעה פעולה שהיא תרומה גדולה לדבר ההפרה הישירה של צד שלישי, וראו ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ, פ"ד סד(3) 740 (2011).

264 בעניין זה ניתן לחשוב על פייסבוק, טוויטר, אינסטגרם ווטסאפ ועוד.

265 הדוגמאות הבולטות בהקשרים אלו הן חוק הגנת הפרטיות והפסיקה בנושא של פרסום חוזר המתייחסת לחוק זה, וכן חוק איסור לשון הרע, חוק זכות יוצרים ועוד. ראו עניין פוטר, לעיל ה"ש 262. כמו כן ראו למשל בהקשר של זכויות יוצרים את הפסיקה בהקשרים של הודעה והסרה ת"א (מחוזי מר') 567-08-09 א.ל.י. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ ונ' רוטר.נט בע"מ (פורסם בנבו, 8.8.2011).

נעה בין חסינות מוחלטת כאשר נעשה בפלטפורמה שימוש כדי להפיץ חומרים שמקורם בצד ג, לבין מנגנון של הודעה והסרה (אשר גם לגביו יש מחלוקת), שמחייב את הפלטפורמה, על מנת לקבל חסינות, להסיר תכנים מפירים לבקשת הנפגע.²⁶⁶ נראה כי באותו אופן יש לנהוג גם במקרה של פרסום הנוגע לחרם.²⁶⁷

1. סיכום

השופט עמית מסכם את הדיון בהחלטתו בבג"ץ אבנרי במילים אלה:²⁶⁸

באספקלריה של דיני הנזיקין, העוולה הפרטיקולרית של קריאה לחרם מעלה שלל סוגיות הנובעות מהלשון העמומה בה נקט המחוקק בניסוח העוולה. אלא שעמימות ובעיות של פרשנות אינן מצדיקות פסילה חוקתית של חוק. עמד על כך חברי השופט מלצר, אשר [...] הציע פתרונות פרשניים לחלק מהסוגיות שהועלו לעיל, תוך מתן פרשנות ממתנת ליסודות העוולה.

ואכן, ניסוחו של חוק החרם והרקע הפוליטי שממנו נולד משאירים מקום רב לפרשנות שיפוטית. בהקשר זה ניתן לתהות אם החלטת בית המשפט להותיר את העוולה הנזיקית בתוקף, בשונה מפסילת סעיף הפיצוי העונשי, הייתה הדרך הנכונה להתמודד עם החוק. מכל מקום, התוצאה של הותרת העוולה על כנה תחייב בעתיד את בתי המשפט להתמודד עם תביעות שיגישו "נפגעי הקריאה לחרם". במובן זה קשה להתכחש לכך שהמדינה הקנתה לנפגע זכות – בין שהזכות היא שלא להיות מוחרם בעקבות הקריאה ובין שהיא הזכות שלא להיחשף לקריאה אפקטיבית לחרם. כמובן, היקף ההגנה שמעניקה עולת החרם ייגזר מהגדרת הזכות שבבסיסה.

יש הרואים בחוק החרם הגבלה לא לגיטימית של חופש הביטוי. לעומת זאת הפניית המבט אל הפרט הנפגע מהקריאה לחרם תלמד שבשם קידום אינטרסים חברתיים-פוליטיים מוקרבים פרטים על מזבח הכלל, והשאלה היא אם אין זה תפקידה של המדינה לספק להם מגן.

כפי שהראיתי במאמר, בית המשפט ניסה להתמודד עם העוולה ועם החשש מפגיעה בחופש הביטוי באמצעות פרשנות יצירתית שחורגת מעקרונות יסוד של הדין הנזיקי. פרשנות זו צמצמה את זכותו של הנפגע. לא ברור כלל אם בהקשר של המשפט הפרטי זכותו של הנפגע במקרים אלו ראויה להגנה פחות מזכותו של הפוגע. אולם אפילו נניח שזה המצב בעניין הפגיעה שנובעת מפרסום הקריאה לחרם ודרכי התרחשותה, הרי שהסכנה היא שפרשנות היסודות המצויים בעוולה זו תשפיע גם על העולות הנזיקיות הפרטיקולריות האחרות בתוך כדי צמצום זכותם של הנפגעים במקרים שונים. דומה כי השאלות הפרשניות

²⁶⁶ ראו ע"א (מחוזי ת"א) 44711-11-14 סביר נ' בר נוי, פס' 16-17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.6.2015), שם הסכים בית המשפט כי אין לחייב את Google לבצע צנזורה מוקדמת של התכנים המוצגים באמצעותה ודן באחריותה האפשרית לפי מנגנון ההודעה והסרה.

²⁶⁷ לדיון באשר לפרסום חוזר בעניין המהווה לשון הרע ראו שנהר, לעיל ה"ש 141, בעמ' 191.

²⁶⁸ בג"ץ חוק החרם, לעיל ה"ש 1, פס' 35 לפסק דינו של השופט עמית.

דלהלן: מהי עוולת כוונה, כיצד היא מאופיינת, ואילו עוולות דורשות קשר סיבתי ונזק לצורך הגשת תביעה נזיקית, עלולות לעצב מחדש את זכותם של נפגעים בדיני הנזיקין בכלל.

כפי שהראיתי במאמר זה, היה ניתן לשמר את המבנה המסורתי של עוולות הכוונה ובתוך כך להשיג תוצאה דומה לזו שהשיג בית המשפט ולשמר את הפרשנות המסורתית. גם קריאה כזו של החוק הייתה מחייבת את הניזוק להוכיח נזק וקשר סיבתי לשם קבלת פיצוי. אולם היא הייתה נותנת בידו אפשרות לשכנע את בית המשפט להביא להפסקת הקריאה באמצעות צו כדי למנוע את הנזק מבעוד מועד. היערתו של בית המשפט למתן צו שכזה צריכה להיעשות בצמצום ולהביא בחשבון מרכיבים שונים, ובהם כמובן חופש הביטוי. אולם לדעתי, אין מקום לפטור אפשרות זו להוצאת צו לטובת הנפגע באמירה גורפת שהוצאת צו שכזה אינה "מעשית" מבחינה משפטית על דרך של הפניה לפרשת שפירא, בהתעלם משיקולים בעלי רלוונטיות רבה.

את החלטת בג"ץ החרם יש אפוא לנתח בשתי רמות: האחת – והמיידית – השפעת פרשנותו של בית המשפט על האופן שבו תיושם עוולת הקריאה לחרם במקרים שיבואו בפניו בעתיד; השנייה – והרחבה יותר – השפעת הפרשנות של בית המשפט על יישומן ופרשנותן של עוולות נזיקיות אחרות הבנויות ממרכיבים דומים לאלו שמהם בנויה עוולת הקריאה לחרם. ייתכן שפרשנותו של בית המשפט בבג"ץ החרם תשיג את המטרה של צמצום עוולת הקריאה לחרם, אך הסיכון הוא שצמצום זה יבוא על חשבון פגיעה רחבה בזכויות של נפגעים בהקשרים אחרים. על כך יש להצר.