

הצד האפל של החרם:

על פגיעה בפרוצדורות דמוקרטיות והצורך באסדרה משפטית

מאת

אסף יעקב* וגליה שניבוים**

שינויים טכנולוגיים, בעיקר הקמתן של רשתות חברתיות, הקלו את ההתארגנות ושיתוף-הפעולה הדרושים לחרם והפכו את השימוש בו לנפוץ יותר ויותר. על-פי המחשבה המשפטית המקובלת חרם מהווה כלי לגיטימי ובלתי-אלים להשגת שינוי חברתי, החוסה תחת חופש הביטוי. לפיכך, להוציא חריגים מצומצמים דוגמת החוק למניעת חרם על מדינת ישראל, השימוש בחרמות הוא מותר ולא חלות עליו הגבלות משפטיות. מטרתו של מאמר זה היא לערער על התפיסה המקובלת בדיון המשפטי, באמצעות עיון בספרות אתית וסוציולוגית העוסקת במתח שבין פרקטיקות של חרם לבין פרוצדורות רשמיות של קבלת הכרעות במדינה דמוקרטית. ראשית, המאמר עומד על כך שראייתו של החרם כביטוי גרידא לוקה בנקודות עיוורון רבות, שכן בחרם טמונה הפעלת כוח בנוסף להיותו ביטוי. שנית, המאמר מראה כי חרם הוא תופעה מרובת פנים, ומצביע על המניעים המגוונים לנקיטה בחרמות: החל ברצון לשפר עמדת מיקוח כלכלית (למשל ביחסים בין צרכנים ליצרנים), המשך ברצון שלא להיתפס כמשתפ/ת פעולה עם פרקטיקה פסולה בעיני המחרימ/ה, וכלה בגינוי פומבי של המוחרם על מעשיו, או הפעלת לחץ לצורך השגת שינוי פוליטי. שלישי, המאמר טוען כי סוגים מסוימים של חרמות – חרם ענישתי וחרם פוליטי – מהווים הפעלת כוח קולקטיבית המצויה במתח עם הפרוצדורות הרשמיות של ענישה וקבלת הכרעות פוליטיות במדינה דמוקרטית. כך למשל, חרם ענישתי עשוי לתפקד כמשפט-שדה – justice lynch – שהפעלתו הבלתי-מבוקרת חותרת תחת המונופול של המדינה בענישה הפלילית, ועלולה לפגוע באופן בעייתי במוחרם ובזכויותיו. במקרה של חרם פוליטי, לצד הפוטנציאל שלו לשמש כוח-נגד לשמרנותם וקיבעונם של המוסדות הפוליטיים הרשמיים, הוא עשוי לכפות שינוי פרטיזני ובלתי-מאוזן תוך פגיעה בשוויון הפוליטי ובאינטרס הציבורי של דיון וליבון עמדות מתחרות. המאמר עומד על התנאים בהם חרמות

* פרופסור חבר, בית-ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן.

** מרצה, בית-ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. ברצונו להודות לטל אלמקיס, טום ערמון, ואיה קדור, על עזרה מעולה במחקר. כמו כן ברצונו להודות לענת רחנברג, אדם שנער, רועי שפירא, ומשתתפים בסמינר המחלקתי בבי"ס רדזינר למשפטים באוני' רייכמן (2021), ובסדנה למשפט פלילי באוני' העברית בירושלים (2022) על הערותיהם על טיטות מוקדמות של המאמר. לבסוף, ברצונו להודות לעורכי כתב העת משפטים, נועה דדון רוה ועדו שלזינגר, ולחברי המערכת, על עבודת עריכה מצוינת.

ניתן לרתום ציבור גדול של אנשים לפעולה משותפת להשגת יעדים מוגדרים.⁴ הוצאתו של החרם המסורתי אל מחוץ למסגרתה של קהילה תרבותית מסוימת מביאה לשינוי אופיו. כך, חרמות רבים כיום ננקטים בידי צרכנים אשר כלל אינם מכירים האחד את האחר ואשר לעיתים כל המשותף להם הוא חוויה צרכנית בודדת, אשר עד להצפתה ברשת החברתית לא היו מודעים כלל להשפעותיה הרוחביות.⁵ אף על פי כן, הוצאת החרם מדלת אמות הקהילה אינה מגבילה את אקט החרם למטרות צרכניות צרות, דוגמת השפעה על מחיר המוצר או על תכונותיו הפונקציונליות. נהפוך הוא: במסגרת תופעה המכונה צרכנות פוליטית,⁶ אנו עדים לחרמות רבים שמטרתם אינה צרה ופעמים אף רחבה מזו של החרם המסורתי – השגת השפעה פוליטית כמו גם קידום סוגיות אתיות וסביבתיות.⁷

על-פי הדעה המקובלת חרם מהווה כלי לגיטימי לשינוי חברתי. ככזה הוא נתפס כמכשיר יעיל ובלתי אליים, ליצירת השינוי.⁸ החרם מתווסף לסט הכלים הקיים של פעולה באמצעות הערוצים הפוליטיים הרשמיים (שינוי חוק, שינוי מדיניות), שהנגישות אליהם במקרים רבים מוגבלת או בלתי אפשרית כלל.⁹ ההיסטוריה משופעת בדוגמאות להיותו של חרם קטליזטור

<https://www.themarker.com/advertising/2014-07-03/ty-article/0000017f-e60c-da9b-a1ff-ee6f4aac0000>. דוגמה נוספת היא החרם על חברת סלקום במהלך מבצע "שומר החומות", בעקבות מחאתה (באמצעות שביתת עובדים) לדר-קיום ולאחווה בימי לחימה. אנשים שלא היו מרוצים מנרטיב זה ניתקו בצעד החלטי ומיהרו את המנוי שלהם בחברה. נתגלגל גאמס ורפאלה גוכימן "סלקום קראה לקיום משותף ואחווה – וספגה פגיעה ישירה" **TheMarker** (18.5.2021) www.themarker.com/career/premium-1.9819726 (להלן: "מקרה סלקום").

⁴ Keum, H, Devanathan, N, Deshpande, S, et al. (2004) The citizen-consumer: media effects at the intersection of consumer and civic culture. *Political Communication* 21(3): 369–391. לצד ההכרה בתרומתה של המדיה החדשה והרשתות החברתיות לשגשוגם של חרמות, התמונה לגבי מידת השפעתם ואופני האפקטיביות היא מורכבת. ראו, Kelm O, Dohle M. Information, communication and political consumerism: How (online) information and (online) communication influence boycotts and boycotts. *New Media & Society*. 2018; 20(4): 1523-1542.

⁵ Monroe Freedman, CONSUMER BOYCOTTS: EFFECTING CHANGE THROUGH THE MARK. Meredith A. Katz, *Boycotting and Buycotting in Consumer*; TPLACE AND MEDIA (1999) *Cultures: Political Consumerism in North America* in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL CONSUMERISM (2018).

⁶ Dietland Stolle & Michele Micheletti, Political consumerism: Global Responsibility in Action (2013). שאלת ההשפעה של מדיה ואמצעי שנוע המונים ואופן בירורה כמובן לא החלה עם הרשתות החברתיות. להיסטוריה שלה ראו למשל Anat Rosenberg, *The Rise of Mass Advertising: Law, Enchantment and the Cultural Boundaries of British Modernity* (2022), esp. chs. 1 & 7.

⁷ עומרי שמיר "על נגישות ורגישות: צרכנות פוליטית, יזמות חברתית-פוליטית וצדק חברתי בישראל" **ביטחון סוציאלי** 137, 129 92 (2013). לדוגמה מהעת האחרונה, ראו למשל קריאה לחרם של מיליון אימהות, ארגון נוצרי קונסרבטיבי, אשר קרא להחרים את הסרט החדש בסדרת מרוול, "תור", בטענה של הצגת תכנים להט"בים בוטים; John Russell "Christian conservatives call for a boycott of "Thor" for being too gay" **LGBTQNATION** (July 14, 2022) <https://www.lgbtqnation.com/2022/07/christian-conservatives-call-boycott-thor-gay/>. (להלן: "קריאה לחרם על הסרט תור").

⁸ Valentin Beck, *Consumer Boycotts as Instruments of Structural Change*, 36 JOURNAL OF APPLIED PHILOSOPHY 543 (2019) (להלן: "Beck"); יניב מנו "חרם צרכנים: כלי הנשק האתי של הצרכנים" **המשפט** טו(2) 729, 731, 749 (התשע"א) (להלן: "יניב מנו, חרם צרכנים").

⁹ ראו, לדוגמה, עדי דברת-מזריץ "סחטנים או גיבורי האומה? ברשתות החברתיות קוראים לחרם על הרשתות הגדולות" **TheMarker** (28.4.2020) www.themarker.com/consumer/1.8804994.

לשינויים חברתיים "מלמטה" (grassroots) והובלת מהלכים פרוגרסיביים שהיוו ערוץ-שינוי משמעותי לקיבעון הפוליטי ולשמרנותם של המוסדות הפוליטיים הממלכתיים. כך, לדוגמה, "חרם האוטובוסים של מונטגומרי" הניע את התנועה האמריקאית לשוויון זכויות האזרח ואת המאבק למיגור האפליה הגזעית.¹⁰ זאת ועוד, על-פי התפיסה המשפטית הרווחת חרם הוא על-פי רוב מותר בהיותו חוסה תחת ההגנה של חופש הביטוי.¹¹ אולם לחרם גם צד אפל; לא אחת הוא מביא לפגיעה קשה כמוחרם ובזכויותיו ואף בצדדים שלישיים. מטרתו של מאמר זה היא לערער על התפיסה המקובלת בדיון המשפטי המעניקה לגיטימציה כמעט גורפת לשימוש בחרמות, באמצעות עיון בספרות אתית וסוציולוגית העוסקת במתח שבין חרם לבין פרוצדורות רשמיות של קבלת הכרעות במדינה דמוקרטית.¹² דיון זה מניח כי שאלת הלגיטימציה של חרמות צריכה להבחן לא רק במונחים של האיזון בין זכויותיהם של פרטים (המחרים והמוחרם), אלא בפרספקטיבה רחבה יותר, השוקלת אינטרסים ציבוריים הנוגעים לקבלת הכרעות במדינה דמוקרטית.¹³

לאורך שנים הדין הישראלי לא הקדיש תשומת לב מיוחדת לתופעת החרמות. זאת להוציא התייחסות צרה ומצומצמת לקריאות להחרמת מדינת ישראל.¹⁴ לעומת זאת, בארה"ב זכה החרם להתייחסות משפטית נרחבת יותר שגם תוצאתה היא שהחרם נתפס, לרוב, כלגיטימי ומוגן תחת התיקון הראשון לחוקה.¹⁵ על-פי הדין האמריקאי, להוציא מספר מצומצם של חריגים שעניינם חרמות הננקטים על-ידי ארגון עובדים במסגרת יחסי עבודה או חרמות המכונים "משניים" (secondary); חרמות עסקיים המטופלים במסגרת דיני ההגבלים העסקיים ורגולציה של חרמות שעניינה שמירה על יחסי-חוץ עם מדינה ידידותית¹⁶ – הטלת חרם והשתתפות בו היא מותרת.¹⁷ יתרה מזאת, במקרים רבים, שבהם חרמות עוסקים בסוגיות

¹⁰ Mulford Quickert Sibley, *Quiet Battle: Writings on the Theory and Practice of Non-Violent Resistance* 288 (1963).

¹¹ Barbara Ellen Cohen, *The Scope of First Amendment Protection for Political Boycotts: Means and Ends in First Amendment Analysis: NAACP v. Claiborne Hardware Co*, 1984 WIS. L. REV. 1273 (1984).

¹² למאמר הנוכחי קדם מאמר אחר של המחברים, שטען כי מסגרת חופש הדין היא צרה מדי לדין בחרמות וכי יש לדון בלגיטימציה של חרמות במונחים של לגיטימציה של שימוש בכוח. ר' אסף יעקב וגליה שניבויים "חרם, משפט ומרחב ציבורי – מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם" **עיוני משפט** מב 531, 537 (2020) (להלן: "יעקב ושניבויים, מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם"). המאמר הנוכחי מהווה פיתוח תאורטי של בחינת הלגיטימציה של חרמות, תוך חקירת האופנים בהם חרמות עשויים לסכן ערכים דמוקרטיים פרוצדורליים.

¹³ טיעון בדבר השלכתו של החרם על אינטרסים ציבוריים מעבר לזכויות האינדיבידואליות של יעד החרם הופיע במאמרנו הקודם ראו שם, עמ' 537.

¹⁴ חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: "חוק החרם"); בג"ץ 5239/11 **אבנר נ' כנסת ישראל** (אר"ש, 15.4.2015) (להלן: "בג"ץ אבנר").

¹⁵ ראו, NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458 U.S. 886, 934 (1982), פסק הדין המנחה של ביהמ"ש העליון האמריקאי בסוגיית החרם, הקובע כי חרם חוסה תחת התיקון הראשון לחוקה האמריקאית, המעגן את הזכות לחופש הביטוי (להלן: "עניין קלייבורן").

¹⁶ האמור למשל בחקיקה הקיימת בחלק ממדינות ארה"ב, האוסרות על עסקים אמריקאים להתקשר בחושים עם גופים המחרימים את ישראל כחלק מתנועת ה-BDS. לפסק-דין שניתן לאחרונה בסוגיה זו ראו, Ark Time LP v. Waldrip, 2022 BL 214599, 8th Cir. en banc, No. 19-1378, 6/22/22.

¹⁷ לפרוט לגבי הדין האמריקאי, ראו יעקב ושניבויים, ה"ש 12 לעיל, בעמ' 537.

אתיות ושנויות במחלוקת, נתפס החרם כראוי במיוחד להגנה משפטית,¹⁸ בהיותו חוסה תחת חופש הביטוי הפוליטי – הזוכה להגנה משפטית חזקה.¹⁹

למרות הרטוריקה הליברלית של חופש הביטוי, ככל שקיים עיסוק משפטי ביחס לחרמות של הוא חסר החלטיות.²⁰ השיח המשפטי מלמד על מבוכה תאורטית ביחס ללגיטימיות של חרמות והמקורות הנורמטיביים להצדקתם. מבוכה זו קיבלה ביטוי בולט בבג"ץ אבנרי – פסק-הדין המנחה של בית-המשפט העליון בסוגיית החרם.²¹ פסק הדין מלמד על חוסר בהירות באשר לרציונל האיסור על חרמות – מתי חרמות יהיו מותרים ומתי אסורים.²² בדומה לפסיקה אמריקאית, גם בישראל אופיין החרם כ"זיקית" – דימוי המעיד על צבעו המשתנה על בסיס הרקע שלאורו הוא נבחן.²³ אף הספרות המשפטית שעוסקת בחרמות דלה.²⁴ זאת, בניגוד בולט לכתיבה עדכנית שבוחנת את האתיקה של חרמות בספרות הפילוסופית והסוציולוגית. מאמר זה מבקש לגשר על הפער בין הספרות החוץ-משפטית העוסקת באופן ביקורתי בחרמות לבין הדין המשפטי הרווח.

נקודת המוצא לניתוח המוצע הינה כי חרם אינו מהווה ביטוי גרידא, ולכן התבוננות על חרם דרך הפריזמה הבלעדית של חופש הביטוי לוקה בחסר. ההגדרה הבסיסית לחרם היא הימנעות מקשר עם הצד המוחרם, המשקפת מורת רוח של המחרימים כלפי התנהגותו.²⁵ אכן, לחרם היבט אקספרסיבי מרכזי, המבטא חוסר הסכמה של המחרימים עם פעילות או עמדה מסוימת. ואולם זיהוי חד-ערכי של חרם כצורה של ביטוי הינו שגוי. להבדיל מביטוי, לחרם יש מימד נוסף של קריאה לפעולה ויצירת שינוי ביחס למצב שקדם לחרם. בהקשר זה יש להבחין בין חרם למחאה. בעוד מחאה הינה ביטוי של ביקורת ומורת רוח, חרם הוא אקט של ניתוק-קשר.²⁶ בכך הוא חורג מהתחום של הוקעה גרידא.²⁷ תפיסת חופש הביטוי במקרה של

Theresa J. Lee, "Democratizing The Economic Sphere: A Case for the Political Boycott," 18

WEST VIRGINIA LAW REVIEW 115 (2012): 531

"מבין סוגי הביטויים השונים, ההגנה הניתנת לחופש הביטוי הפוליטי – שהוא תנאי הכרחי לקיומו של הליך דמוקרטי –

היא רחבה במיוחד". ראו בג"ץ אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד נו(2) 157, 164 (2003). ראו גם Dennis

v. United States 341 U.S. 494 (1951) ("clear and present danger").

Gary Minda, "The Law and Metaphor of Boycott" 41 BUFF. L. REV. 807 (1993) (להלן: "Minda")

21

בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 12.

22 יעקב ושניכרים, מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם, לעיל ה"ש 12.

23 בג"ץ אבנרי, לעיל ה"ש 12, עמוד 68.

24 ספרות זו תיסקר להלן.

25 *Boycott*, CAMBRIDGE DICTIONARY

<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/boycott> ("to refuse to buy a product or

take part in an activity as a way of expressing strong disapproval")

26 כמובן, יש גם פונקציות חופפות בין חרם למחאה. כך למשל, הן חרם והן מחאה הם בעלי יזמרה לשנות את המציאות ולא

רק ערוץ לביטוי או איורור מורת-רוח. ואולם ההבדל בין השניים הוא במהותה של הפעולה הננקטת: מחאה היא בעיקרה

אקט שיחני של התרסה וביקורת, ואילו חרם הוא בעיקרו התארגנות להפסקת הקשר. מהותו הוא מניעת השיחה ולא

כינונה. להרחבה ר' אסף יעקב וגליה שניכרים, **חרם, משפט, ומרחב ציבורי: מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות**

בעקבות חוק החרם, עיוני משפט מכ 531, 587-88 (2020).

27 רכיב הפעולה מבחין גם בין חרם לביוש. בעוד עניינו של ביוש הוא גינוי פומבי, חרם כרוך בקריאה להימנעות מקשר עם

מושא החרם. חרם אפוא יכול לכלול ביוש, אך הוא חורג ממנו ומכיל מימד נוסף של קריאה לפעולה.

החרם, הפכה לטענתנו, לשמש בוהקת, שמשתלטת על הדיון המשפטי, מתעלמת מהנוזקים הצפויים מחרם, ולוקה בנקודות עיוורון רבות.²⁸

הנחה נוספת של הניתוח המוצע היא כי יש להבחין בין "החרמה פרטית" לבין חרם, המהווה במהותו פעולה משותפת (collective action).²⁹ לפיכך, לאמירה בשפה היומיומית לפיה "אני מחרימ/ה" אין משמעות בכל הנוגע לחרם כתופעה חברתית. המונח חרם מצייין שורה מצומצמת יותר של מצבים, בהם קבוצת בני-אדם חוברת יחדיו בהחלטה משותפת להימנע מקשר עם אדם/גוף אחר. כפי שטענו במאמר קודם, היות החרם פעולה קולקטיבית ומשותפת היא מהותית לצורך בחינת הלגיטימציה של חרמות³⁰ שכן, פעולה שיכולה להיות לגיטימית ברמת הפרט, עשויה להיות בלתי-לגיטימית כאשר היא ננקטת באופן מתואם בידי אוסף של פרטים. כך למשל, קביעת מחיר על-ידי מתחרה ואפילו באופן שרירותי או אסטרטגי נחשבת, בהעדר נסיבות מיוחדות, פעולה לגיטימית. ואולם תיאום מחירים בין מתחרים נחשב פעולה אסורה פר-סה ונוגד את חוקי ההגבלים העסקיים.³¹ בדומה, בחלק מהמדינות סרבנות מצפון אינדיבידואלית מותרת, ואולם קריאה לאחרים לסרב מצפונית עולה כדי מרי אזרחי וככזו אסורה ומהווה עברה פלילית.³²

²⁸ ישנם חריגים מועטים להתייחסות לחרמות דרך הפרספקטיבה הבלעדית של חופש הביטוי בספרות המשפטית. ראו, Oona Hathaway & Scott J. Shapiro, *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law*, 121 YALE L. J. 252 (2011) (המחברים טוענים כי יש להבחין חרמות בזירה הבינלאומית ככלי לאכיפת המשפט הבינלאומי). ראו גם, רבקה ווייל "עיון מחודש בתפיסת הדמוקרטיה המתגוננת של ישראל" **דין וחברים** 369, 365, 345 (2017) (פרופ' ווייל מבקרת את אישור חוקתיותו של חוק החרם הישראלי בידי בית-המשפט העליון בהישענות על התפיסה של דמוקרטיה מתגוננת. השופט מלצר שכתב את דעת הרוב בעניין **אבנרי**, קבע במפורש כי ראוי להגביל את זכויותיו של מחרימ הפוגע בדמוקרטיה באמצעותה. ווייל סבורה כי השימוש שעשה בית המשפט בערוך הדמוקרטיה המתגוננת הוא בעייתי ומדי רחב, שכן מצבים אלה לא בהכרח עולים עד כדי שלילת קיומה של המדינה או ערכיה).
²⁹ המימד הקולקטיבי נתפס כמרכזי אף בחלק מפסקי-הדין שעסקו בחרמות. ראו, למשל, עניין **קלייבוון**, לעיל ה"ש 13; ראו גם, עניין **אבנרי**, לעיל ה"ש 12.

³⁰ יעקב ושניכרים, מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם, לעיל ה"ש 12.
³¹ על פי הדין האמריקאי, הדין האירופי והדין הישראלי, תיאומים מסוג זה הם אסורים כשלעצמם, מבלי שנדרשת הוכחת פגיעה בתחרות. דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין" **חוזים – כרך ג'** 635, 643–644, 686 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003) (להלן: "דיויד גילה, חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין"). לדין האמריקאי ראו, 594, *NCAA v. Alston*, 15 U.S.C. § 1–7; *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 1 (1958) (now TFEU art. 81, 85 (as in effect)). לדין האירופי ראו, 101, 104. לדין הישראלי ראו ס' 2 ו-4 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988; ע"פ 2929/02 **מדינת ישראל נ' סבירסקי** (אר"ש, 2.4.2003).

³² כך, למשל, הדין הישראלי הכיר אך ורק בסרבנות מצפונית מלאה ואינדיבידואלית, בדומה לארצות-הברית (J) 6 § 1967 (Selective) Service Act (ולאנגליה § 17 (National Service Act 1948, c.64)). ראו, בג"ץ 2383/04 **מילוא נ' שר הביטחון**, פ"ד נט(1) 166 (2004). לעומת זאת, ס' 109–110 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, מפלילים "הסתה להשתמטות" ו"הסתה לאי ציות", ללא דרישת יסוד נפשי. לפי ג'ון רולס, אחד היסודות המרכזיים המבחינים בין סרבנות מצפון לבין מרי אזרחי הוא הפנייה אל "חוש הצדק של הרוב", שכן סרבנות מצפון נותרת בעולמו הפרטי של הסרבן. ראו, 324, 322 (1999) *JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE*. הבחנה זו באה לידי ביטוי, למשל, בעניין **משפטי הסרבנים**, מט/150/03 (צבאי מטכ"ל) **התובע הצבאי נ' מטר** (16.12.2003). שם, ניכר כי עצם העובדה שהסרבנים פרסמו לציבור מכתב הצהרה על הסירוב שנשלח לשרי הממשלה ולרמטכ"ל, הובילה את בית הדין למסקנה כי אף אם הסירוב נעשה בהתאם לצו מצפונם, הוא מבטא, בדומה למרי אזרחי, רצון להביא לשינוי בדעת הקהל ולכן הוא איננו חוקי.

באופן בסיסי אין, כמובן, פסול, בפעולה משותפת של בני-אדם להשגת מטרה משותפת. זאת במיוחד במקרים בהם הפעילות המשותפת מאיינת את כפות המאזניים ומצמצמת פערים בין החלש לחזק. בחברה הדמוקרטית אנו עדים למיזמים רבים אשר מאגדים באופן פורמאלי ושאינו פורמאלי מספר גדול של אנשים להשגת מטרת שונות. חברה ליברלית מעניקה חשיבות גדולה לא רק לחירות הביטוי, אלא אף לחירות ההתאגדות,³³ וחרם יכול להיתפש כמיוזם מסוג זה. ואולם ככל כלי רב עוצמה יש בחרם צדדים שליליים ובעיתיים. חרם אינו רק כלי של מיעוטים או קבוצות מוחלשות, ואינו משמש רק לקידום אג'נדה פרוגרסיבית. יש דוגמאות רבות לכך שהוא ננקט בידי קבוצות חזקות ושמרניות.³⁴ הוא אף יכול להינקט בידי קבוצת מיעוט כנגד קבוצת מיעוט אחרת.³⁵ בנוסף, היכולת לחבר בין צרכנות פוליטית וטכנולוגיות חדשות לגיוס המונים מייצר אמפליפיקציה שעשויה לשנות את מאזני הכוח. אם בעבר המחרימים נתפסו כחלשים שיש להגן עליהם, כיום, פעמים רבות הם מהווים מוקדי כוח מאיימים באופנים שלא נצפו קודם לכן.

במאמר זה אנו טוענים כי שאלה מרכזית לעניין מידת הלגיטימציה של חרמות צריכה להבחן במונחים של היחס בין החרם כפעולה קולקטיבית-אזרחית, לבין פרוצדורות דמוקרטיות-ממלכתיות של קבלת החלטות. הספרות הסוציולוגית עומדת על כך שלהשתתפות בחרם עשויות להיות מוטיבציות מגוונות:³⁶ החל מרצון או צורך לשפר את עמדת המיקוח במערכת יחסים כלכלית (לדוגמה: חרם צרכנים להורדת מחיר המוצר);³⁷ חוסר-הרצון לשתף פעולה או להיתפס כמשתפי-פעולה עם פרקטיקה הנקוטה בידי המחרימים³⁸ (לדוגמה: הימנעות מרכישת מוצרים שנוסו על בעלי-חיים); רצון לחשוף ולהוקיע באופן

K. Preuß, "Associative Rights (The Rights to the Freedoms of Petition, Assembly, and Association)" in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW

לדוגמה, ב-1977 החל חרם בארצות הברית מצד ארגון קואליציית פורמולת התינוקות (INFACT), המועצה הלאומית לנכסיות וארגוני כנסיות אחרים, נגד חברת "Nestlé" בגין שיווק תחליפי הנקה מלאכותיים. ראו Shannon shipp, *Modified Vendettas as a Method of Punishing Corporations*, 6 J. BUS. ETHICS 603, 607 (1987) (להלן: "shipp"). לדוגמה מהמציאות הישראלית ראו, החרם שהתארגן בידי חרדים וקבוצות דתיות אחרות נגד צריכת החטיף דוריטוס בעקבות פרסומת שהציגה משפחות חד-מיניות. ענת בייך-לובוביץ' "המהלך המחושב של שטראוס: הקמפיין "השנוי במחלוקת" עלה בדיגטל בלבד" **גלובס** (30.1.2022) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001400439> (להלן: "חרם הדוריטוס").

Jill Gabrielle Klein, N. Craig Smith & Andrew John, *Why We Boycott: Consumer Motivations for Boycott Participation and Marketer Responses*, CENTRE FOR MARKETING (Working Paper No. 02-701, 2002).

למשל, חברת "אסם" הוחרמה על ידי פעילי "מחאת האפודים הצהובים" כאשר פורסם כי היא צפויה להעלות את מחירה בשיעור של עד 4.5%. החרם לבסוף הביא להקפאת העלאת המחירים. הדר קנה וגבריאלה דוידוביץ'-ויסברג "בעקבות מחאת האפודים הצהובים: אסם דוחה את העלאת המחירים" **TheMarker** (19.12.2018) www.themarket.com/consumer/1.6761821

Suzanne C. Makarem & Haeran Jae, *Consumer Boycott Behavior: An Exploratory Analysis* clean hands של *of Twitter Feeds*, 50 J. CONSUMER AFF. 193, 198 (2016); חרם כזה נדון אף תחת הכותרת של *Is Ethical Consumerism an Impermissible Form of Vigilantism?* ראו consumerism Philosophy & Public Affairs, Waheed Hussein (2012), עמוד 113.

פומבי את התנהגותו הפסולה של המוחרם,³⁹ ואף רצון להפעיל לחץ ולהביא לשינוי חברתי-פוליטי רחב⁴⁰ (דוגמת מיגור האפליה הגזעית באמצעות חרם האוטובוסים). ואולם למרות השוני והגיוון במוטיבציות להשתתפות בחרם, לחרם כתופעה קבוצתית קולקטיבית כמה מאפיינים משותפים ודפוס-התנהגות דומה. ראשית, חרם מתחיל בקריאה לחרם, הכולל מצג עובדתי שעניינו תיאור התנהלותו (הפסולה, בעיני המחרימים) של יעד החרם. המצג דרוש כרקע הכרחי לקריאת המארגנים לציבור להצטרף לחרם וליצירת מכנה משותף כבסיס להסכמה לפעולה. בהעדר מכנה משותף זה שיתוף הפעולה לא יתאפשר.

שנית, החרם מתאפיין בקביעת עמדה נורמטיבית-שיפוטית ביחס למצג העובדתי שנקבע על-ידי יוזמי החרם. הקריאה לחרם מכילה, מעבר לקביעה העובדתית לגבי התנהגותו של המוחרם, אף מורת רוח או הנחה כי התנהגותו של המוחרם פסולה. שלישית, פעמים רבות הקוראים לחרם מבקשים להשתמש בו על-מנת לעשות צדק – להצהיר באופן הפגנתי על פסולתה של התנהגות המוחרם, לגמול לו עליה, ולאכוף באמצעות החרם נורמה קיימת או לקדם שינוי נורמטיבי. אכיפת הנורמה הרצויה יכולה להתבצע באופנים שונים ומטעמים שונים: לעיתים ההימנעות הקולקטיבית מקשר עם מושא החרם נועדה להשיג שינוי בהתנהגותו של המוחרם, לעיתים היא נועדה להענישו למען יראו וייראו, ולעיתים יש בה משום נקיטת צעד-זהירות הגנתי על מנת לשמור על הקבוצה מפני מהלכיו ופעולתו של המוחרם.

בהינתן מאפיינים אלה, טענתנו היא כי חרמות מסוימים מעוררים את שאלת היחס שבין החרם כאכיפה פרטית לבין הפרוצדורות הממלכתיות לקביעת נורמות ואכיפתן במדינה דמוקרטית. לצורך מתן מענה לשאלת הלגיטימציה של חרמות, אין להתייחס אליהם כאל מקשה אחת. לפיכך, נבחן חרמות המשתייכים למספר קטגוריות שונות, ונדון ביחס לכל אחת מהן בלגיטימציה של החרם, ובאיזו מידה הוא מאיים על הפרוצדורות הרשמיות לקבלת

³⁹ Dietlind Stolle, Michele Micheletti & Jean-Francois Crepault, *Does Political Consumerism Matter? Effectiveness and Limits of Political Consumer Action Repertoires*, in POLITICAL CONSUMERISM: GLOBAL RESPONSIBILITY IN ACTION 204, 242 (2013) (להלן: "Stolle, Micheletti & Crepault").
 ("The primary goal of political consumerism is to reveal the "hidden politics of "products")

⁴⁰ Hussain, "Social Change ethical consumerism" הכותרת כזו תחת הכותרת "Is ethical consumerism an impermissible form of vigilantism?." *Philosophy & Public Affairs* 40.2 (2012): 111, 112 (להלן: "Hussain"). דוגמה מקומית למהלך שכזה ניתן למצוא בקריאה לחרם על מד"א בשל העובדה ששינוי את הטפסים הנדרשים לצורך תרומת דם מניסוח שבו יש לפרט את שם האב ושם האם לניסוח שבו יש לפרט את שם ההורה הראשון ושם ההורה השני. זאת מתוך מטרה להכיר בעובדה שיש גם משפחות שמורכבות מבני אותו מין. הציבור הדתי שלא אהב את הרעיון קרא להחרים את מד"א ולא לתרום דם עד לחיקון השינוי ולהחזרת המצב לקדמותו. יאיר שרקי "מחסור במנות דם בשיא המגפה: החרם הדתי נגד התרומות" **חדשות** 12 (6.2.2022) https://www.mako.co.il/news-lifestyle/2022_q1/Article-7ae832e2890de71027.htm; מקרה זה יכול גם להוות דוגמה טובה לכך שלחרם הייתה השפעה שכן בעקבות החרם מד"א החזירה את הטופס למצבו המקורי. יהונתן גוטליב "החרם עבד: מד"א יחזיר את "אב" ו"אם" לטפסים" **ערוץ 7** (16.11.2021) <https://www.inn.co.il/news/531895>; וכן ראו, עידו אפרתי "בשל מחאה בציבור הדתי, מד"א חזר בו מהגדרת "הורה 1" ו"הורה 2" בשאלון תרומת דם" **הארץ** (16.11.2021) <https://www.haaretz.co.il/health/2021-11-16/ty-article/premium/0000017f-f284-d497-a1ff-f284da080000>.

החלטות. מטרתו של דיון זה אינה להציע מודל רגולטורי מפורט וקונקרטי באשר לאסדרתם של חרמות באופן כללי או חרם כזה או אחר באופן ספציפי, אלא להציע חשיבה מחדשת על המחשבה המשפטית הקיימת, ולערער על הפטור הכמעט-גורף שניתן לחרמות מהתערבות משפטית.

המאמר ממשיך כדלקמן: הפרק השני יסקור מספר דוגמאות-מבחן לחרמות שעשויים להתחרות באופן בעייתי בפרוצדורות דמוקרטיות של קבלת הכרעות. דוגמאות אלה יהוו תשתית לדיון התאורטי במאמר. הפרק השלישי יציג פרספקטיבה ביקורתית על חרמות מן הזווית של פוטנציאל הפגיעה בפרוצדורות דמוקרטיות. פרק זה יבחין בין שלושה סוגים של חרמות – חרם ענישתי, חרם פוליטי, וחרם צרכני וידון בכל אחד מהם בנפרד, תוך הדגשת אופני הפגיעה של כל אחד מהם בפרוצדורות דמוקרטיות של ענישה, שיפוט וכינון נורמות. בפרק הרביעי, שעוסק בקווים לרגולציה של חרמות, נעמוד על מספר ישומים פרקטיים לאסדרתו של החרם, ככל שאלו עולים מהדיון התיאורטי אותו ערכנו לעיל. הפרק החמישי והאחרון יסכם, תוך הדגשת הצורך באסדרה משפטית של חרמות מעבר להיקף הצר המקובל כעת.

בטרם נתחיל את הדיון לגופו, ברצוננו להוסיף הבהרה באשר להיקף המאמר. המאמר עוסק בחרמות אזרחיים "פנימיים". לפיכך, הוא אינו עוסק בחרמות בקהילות קטנות או במוסדות (כגון חרם חברתי בבית-ספר). מאידך, הוא אף אינו מתיימר לטפל בחרמות בין מדינות דוגמת ה-BDS. המוטיבציה המחקרית בבסיס המחקר הינה בחינת מערכת היחסים שבין החברה הדמוקרטית והליכיה המוסדיים לבין אזרחי אותה מדינה והמתח הקיים בין שימוש אזרחי בכוח החרם לבין הליכים דמוקרטיים של קבלת החלטות. חרמות שמוטלים בין ילדים או נערים,⁴¹ חרמות בין מדינות (מדינה א' ב' וג' מחרימות את מדינה ד')⁴², על נגזרותיהם השונות או בין אזרחים של מדינה אחת לבין תושבים של מדינה אחרת חורגים מהיקפו של מאמר זה. יחד עם זאת, חלק מחרמות אלו נושאים מספר מאפיינים של חרמות בהם אנו עוסקים במאמר זה, וככל שמאפיינים אלה רלוונטיים להם ובאים לכלל ביטוי ניתן להחיל לגביהם את הניתוח בו עסקינן בשינויים המחויבים.⁴³

א. דוגמאות מבחן

את הבעייתיות הכרוכה בחרמות במונחים של פגיעה בפרוצדורות הדמוקרטיות ניתן להמחיש באמצעות מספר דוגמאות שיבהירו את הסיכונים הפוטנציאליים שבמופעי החרם השונים. ברצוננו להתחיל דווקא ממקרים שאינם מערבים טכנולוגיה גבוהה ורשתות חברתיות ולאחר

⁴¹ בעניין זה, ראו למשל, הצעת חוק למניעת חרם חברתי בבתי ספר, התשפ"ב–2021, ס"ח התש"ט, עמוד 287.

⁴² דוגמת החרם הערבי שהנהיגה הליגה הערבית נגד ישראל כבר עם קום המדינה, במסגרתו מדינות ערב מחרימות מוצרים ושירותים שמיוצרים בישראל, מוצרים המכילים רכיבים המיוצרים בישראל או מוצרים המועברים דרך שטחה. *Developing the Occupied Territories: An Investment in Peace, Vol III WORLD BANK REPORT*, (1993) 58-59.

⁴³ לדוגמה, חרם צרכני על חברה בינלאומית שמייצרת במדינה מסוימת בה תנאי ההעסקה אינם מנוגדים לחוק. כך, למשל, חברת "Apple" הבינלאומית התמודדה עם קריאות לחרם משום שייצרה חלק ממוצריה במפעל Foxconn שבסין, הידוע בתנאי עבודה מחפירים. Paul Harris, *Apple hit by boycott call over worker abuses in China*, THE GUARDIAN (Jan. 29, 2012) (להלן: "מקרה Apple").

מכן להראות כיצד סיכונים אלה יכולים להתעצם באמצעות שילובה. המקרה הראשון שנציג הוא זה של הפדופיל. הניחו כי ג'ון נשפט בבית-משפט בעברות של קיום מגע מיני עם קטינים, הורשע, וריצה את עונשו במאסר מספר שנים. כעת ג'ון מנסה להשתלב בשכונת מגורים חדשה ולפתוח דף חדש בחייו. ג'ון עבר הערכה פסיכולוגית שמעידה על חרטה אמיתית ושינוי דרכיו. לצורך הדוגמה, הניחו כי הסיכון לחזרתו לפעילות העבריינית זניח. בקהילה המקומית מתארגנת יוזמה לנדות את ג'ון מלהשתלב בחיי הקהילה. הקוראים לחרם סבורים כי ג'ון הוא אדם מסוכן שלא נענש דיו בשל חומרת מעשיו. בשונה מחרמות מסחריים, הנוגעים לגזרה מצומצמת יותר, ובעיקר כלכלית, של החיים, החרם על ג'ון משפיע על היבטים רבים ומרכזיים בחייו ומונע את היטמעותו בקהילה. על-פי הדין הקיים, וההתייחסות המשפטית הקונבנציונלית לחרמות, בקריאה זו להחרים את ג'ון אין פסול. ואולם האם עמדה זו מבטאת נכון את האינטואיציות המוסריות שלנו? בחינת התנהגות הקהילה במונחים של ביטוי, והזכות לחופש הביטוי, בוודאי אינה מספקת בהקשר זה. מארגני היוזמה לא רק פרסמו ברבים את פשעיו של ג'ון – בבחינת ראו הוזהרתם; הם קראו להחרים, והחרם היה אפקטיבי במובן זה שג'ון אכן לא השתלב בקהילה. כיצד אם כן, יש לחשוב על הלגיטימציה של פעולת הקהילה ולעצב את הדין ביחס לדוגמה מסוג זה, מחוץ למסגרת של חופש הביטוי?

האינטואיציה החזקה בדוגמה זו היא שלמרות שג'ון עבר על החוק, החרם בעייתי. הבעייתיות במקרה זה נובעת, בין היתר, מהעובדה שהקהילה חוברת באופן קולקטיבי ליצירתו של אקט עונשי הנוסף לזה שנקבע על ידי המדינה באמצעות מוסדותיה. במדינה דמוקרטית הדיון באשר למידת הענישה הראויה בגין עבירה כזו או אחרת הוא דיון ציבורי שמשקף החלטה קולקטיבית רחבה בדבר העונש הראוי בעת מסוימת, בהתייחס לשיקולים מגוונים. אקט החרם מערער על ההחלטה הציבורית באשר למידת העונש הראויה, תוך יצירת דין עצמי לקהילה אשר חורג מן ההסכמה החברתית הרחבה שהתקבלה בדבר אופי הענישה. ניתן להסתייג מדוגמה זו ולטעון כי החרם במקרה זה אינו שקול לאקט ענישתי, משתי סיבות. ראשית, משום שהוא אינו כולל שלילה פיסית של חירות (אינו כולל אלימות פיסית). לכך יש להשיב כי העובדה שאינו כולל אלימות פיסית אינה שוללת את אופיו הענישתי. נקל להבין זאת באמצעות השוואה לעונשים שמוטלים על ידי המדינה – שכן, כידוע, המדינה מטילה לא רק עונשים פסיים (מאסר) אלא גם עונשים כלכליים, דוגמת קנס או עיצום כספי. זאת ועוד, אם נחזור למקורות, במשפט העברי חרם נחשב אפילו לעונש חמור ממלקות ומאסר, ושימש מכשיר ענישתי רב עוצמה שהוטל על ידי הקהילה כלפי חבריה.⁴⁴ שנית, ניתן לטעון כי חרם אינו שקול לענישה משום שהוא לא מתבצע על-ידי מוסדות המדינה. ואולם העובדה שהחרם כעונש לא מוטל על-ידי מוסדות המדינה הרשמיים אינה מסיימת את הדיון אלא רק פותחת אותו. זאת משום שהשאלה המתעוררת, נוגעת ליחס בין הליך ענישתי פלילי פורמלי – שאותו ריצה ג'ון בכלא – לבין ענישה קהילתית שאינה מתבצעת על-ידי מוסדות המדינה.

⁴⁴ אחד המקורות המרכזיים לעניין החרם הוא מדברי הכתוב (עזרא י, ח): "וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים ... יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה (ירושלמי, מו"ק דף ב, ב). ראו גם ערך חרם (נידוי, שמתא), אליו הפנה השופט מלצר בעניין **אבנר**, לעיל ה"ש 12, לתיאור מוסד הנידוי ביהדות, במסגרתו מי שפעלו בניגוד לכללי הקהילה הוחרמו ולעיתים הוגלו. ראו גם "החרם והלכותיו" **תורה והוראה** 110 (2012). בתקופת התנאים החרם הופעל כאמצעי לשמירה על מרות הנשיאות ולהבטחת משמעת בהכרעות ההלכה, כאשר הסיפור הבולט הוא סיפור תנורו של עכנאי, המספר על החרמתו של רבי אליעזר עקב אי הסכמתו עם הרוב (בבא מציעא נט, ב).

הדוגמה של ג'ון מעלה אפוא שאלות ביחס לסוגיה של ענישה פרטית, והאם על מדינה המוקרטית לאפשר ענישה מחוץ למוסדותיה הרשמיים.⁴⁵

טענה נוספת שיכולה לעלות מצד קבוצת המחרימים היא כי אקט החרם אינו מהווה קריאת תיגר על מוסדות הצדק של המדינה ודרך פעולתם, אלא הוא בבחינת אקט של התגוננות – אם תרצו, "הגנה עצמית" של הקהילה מפני אדם מסוכן שנמלט מאימת הדין. במובן זה, החרם הוטל על-ידי הקהילה לא מתוך רצון להעניש את ג'ון על מעשי העבר, אלא מתוך צורך להתגונן מפני הסכנה העתידית הטמונה בנוכחותו בקרב חברי הקהילה. לאור הגדרת הדוגמה הראשונה, טענה זו בעייתית. זכרו כי הדוגמה נבנתה באופן שבו הסיכוי שג'ון יהווה גורם סיכון בעתיד הוא אפסי. ואולם במציאות, המקרים ברורים פחות, והקהילה יכולה להיאחז בחשש זה כמכשיר להצדקתו של החרם. טענה זו נשמעת במבט ראשון משכנעת. הקהילה אינה רוצה להיחשף לסיכון הנתפס בעיניי חבריה כמיותר. ואולם יש לשאול האם אינטרס זה של הקהילה הוא לגיטימי באופן שמצדיק את הפגיעה במוחרם. ראשית, יש להבחין בין מצב שבו הקהילה מיידעת את חבריה על נוכחותו של פדופיל בתחומה, לבין התסריט שתואר לעיל, שבו הקהילה מתארגנת באופן אקטיבי וקולקטיבי לנתק כל מגע עם המוחרם. חרם הוא תופעה מובחנת מבידוד/פרסום/יידוע. האלמנט המבחין חרם מתופעות אלה, הוא נקיטת פעולה אפקטיבית של בידוד המוחרם. דבר אחד הוא ליידע את חברי הקהילה על סיכון כזה או אחר לדעת חבריה; דבר אחר הוא להפעיל כוח, ואפילו מדובר בכוח מגן, כנגד המוחרם. אומנם נראה שאין פסול בכך שאנשים כפרטים, ינקטו אמצעי זהירות נוספים מפני סכנות המטופלות על-ידי המדינה.⁴⁶ רבים בחברה ניחנים בסף שונה של רגישות לסיכון ועל כן אך טבעי הוא שבשל רגישות זו ינקטו בצעדי זהירות נוספים על אלו בהם נוקטת המדינה להפחתת סיכונים על מנת למנוע את התממשותם. אדם יכול להחליט למשל שלא לשוטט בשעות הלילה באזור הידוע כמוכה פשיעה, גם אם המשטרה נטלה על עצמה לטפל בנגע הפשיעה באזור זה. על כן, אם בני-אדם מתגוננים באופן זה *כפדטים*, הדבר נתפס כלגיטימי. ואולם חרם מהווה מצב שבו ההתגוננות הופכת מעצמית לקולקטיבית – היא ננקטת באופן מתואם וכוחני על-ידי הקהילה כנגד פרט. אפשר להבין את רצונה של הקהילה להתגונן מפני סיכונים שונים. ואולם מהות השאלה בה אנו דנים היא האם קהילה רשאית להתגונן באופן קולקטיבי באמצעות חרם כנגד אדם. אכן, גם כאשר אדם הורשע בדין וריצה את עונשו בכלא משתחרר, יש בשחרורו משום סיכון. ואולם באיזון שבין זכותו של האדם

⁴⁵ ראו הרחבת הדיון בשאלות אלה בהמשך המאמר, פרק ג.1. השאלה האם יש לאפשר לקהילות להפעיל ענישה בנוסף/מחוץ לענישה הפלילית נדונה בהקשרים נוספים ולא רק בהקשר לתופעת החרם. כך לדוגמה, הצביעה נילי כהן על הסכנה שבהפיכת קהילות וארגונים פרטיים ל"גופי משפט" עצמאיים בהקשר להפרטת בתי-סוהר, או פעולתו של פורום תקנה במגזר הדתי. ראו, נילי כהן "אסירים, ענישה קהילתית וחינוך – בין "סמכותה הטבעית" של המדינה לבין הפרטה, קהילתיות ופרטיות" *משפט ועסקים* יד 595, 607 (2012) (להלן: "נילי כהן, ענישה קהילתית וחינוך"). להבדיל מפורום תקנה, בדוגמה המתוארת לעיל אין מדובר בחרם שנקט על-ידי קהילת מיעוט תרבותית אלא על-ידי המשתייכים ל"שכונה" גאוגרפית. לפיכך מתעוררת ביתר שאת שאלת היחס בין החרם כענישה פרטית לבין הענישה הממוסדת, שכן הטעמים למתן כבוד או אוטונומיה למיעוטים תרבותיים אינם קיימים כאן.

⁴⁶ זאת, להבדיל מנקיטת אלימות פיזית שהיא אסורה באופן ברור למעט חריגים מעטים וברורים, דוגמת ההגנה על החזקה במקרקעין בס' 18 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969; סילוק מסיג גבול בס' 24 לפקודת הנויקין [נוסח חדש]; הגנה עצמית במשפט הפלילי, ס' 34 לחוק העונשין; זכות העיכוב בס' 11 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971; וביטול חרזה עקב טעות, כפייה או עושק בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

לשקם את חייו לבין הסיכון לקהילה קיבלה המדינה הכרעה מסוימת לגבי אופי הענישה, חומרתה ומשכה. נשאלת השאלה האם מותר לקהילה, באמצעות שימוש בכוח החרם, לשנות איזון זה.⁴⁷

בעוד ההסתייגות הקודמת שללה את אופייה הענישתי של ההתארגנות ניתן לחשוב על הסתייגות נוספת, לפיה, גם אם החרם מתאפיין באופי ענישתי אין בכך פסול, משום שגופים רבים שאינם המדינה נוהגים באופן תדיר להטיל סנקציות או להעניש. בעניין זה הכוונה למשל היא לסמכות של הורים להעניש את ילדיהם כמכשיר חינוכי לגיטימי. על פי הטענה מכיוון שגם כאן מדובר באקט ענישתי, הרי שהקהילה, בדומה להורה, יכולה להשתמש באקט החרם כדרך להעניש את הפרופיל על מעשיו. ואולם, גם דינה של טענה זו להידחות. ראשית, בעוד שבעבר הייתה קיימת סמכות הורית ענישתי לגיטימית רחבה הרי שזו הצטמצמה עם השנים⁴⁸ – בראש ובראשונה לגבי ענישה פיסית אשר נאסרה לשימוש במדינות רבות (לרבות ישראל)⁴⁹ – אך גם בהקשרים אחרים של ענישה שאינה כוללת אקט של אלימות פיסית.⁵⁰ כמו כן, הלגיטימציה הענישתי להורים היא בבחינת חריג לסמכותה הבלעדית של המדינה להעניש. אכן, גם בחברה דמוקרטית קיימים גופים שאינם מדינתיים שלהם פרוטגטיבה להטיל עונש. ואולם זו, ככל שהיא קיימת ומוסדרת בחוק, מוגבלת לתחומי פעילות מוגדרים ומפוקחת על-ידי המדינה על-מנת שבתהליך תישמר זכותו של הנענש

⁴⁷ ראו למשל, חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת העברה התשס"ה-2005; חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין תשס"ו-2006. המדינה יצרה בחקיקתה מגבלות שונות על השתלבותם של עבריין מין בקהילה, ואולם בשונה מן החרם נלקחו בחשבון אינטרסים שונים ונערך איזון ביניהם. בדוגמה המתוארת לעיל, לעומת זאת, הקהילה מחליטה על נידוי של המוחרם, וניתן לטעון גם כי במקרים אלו מנגנון החרם מחציץ את עלויות הסיכון על קהילות אחרות. היה והחברה מוכנה לקחת את הסיכון שבשחרור הרי שעצם פעולת ההחרמה משחררת את חבריה ממנו תוך הטלת/הגברתו על ציבור אחר/קהילות אחרות בחברה. בכך כמובן טמונה בעייתיות שכן ההנחה הבסיסית בנטילת הסיכון הייתה פיזור הסיכון על פני החברה וזאת לאור התועלת והנוק שטמונים בשחרור מוקדם יותר, שינוי כללי הראיות ורף ההוכחה הנדרש וכו'.

⁴⁸ מעצם טיב היחסים במשפחה והיותם מוצנעים במידה רבה מהמדינה, יכולתה של המדינה להתערב ביחסים מסוג זה מוגבלת. אף על פי כן היא עושה כן יותר ויותר בשל שיקולים של הגנה על טובת הילד וזכויותיו. זאת ועוד, ענישה פיסית חינוכית, מחוץ לתא המשפחתי, הגם שהייתה מקובלת בעבר, למשל במוסדות חינוך, כיום אסורה בתכלית ברוב המכריע של המדינות המתוקנות, גם בכאלה שבהן ענישה הורית עדיין מותרת. מעבר לכך, ספק רב אם ניתן בכלל להשוות את הענישה ההורית לענישה המדינתית, שכן הדגש בהפעלת הכח על ידי המדינה כריבון אינו שקול לענישה ההורית ומקדם מטרות אחרות. לבסוף, הדוגמה של ג'ון נעדרת גם את הפן החינוכי שכן ההנחה היא שג'ון לא יחזור על מעשיו. מטרת הטלת החרם הינה בראש ובראשונה נקם (רטריביטבית) ואם נוספת לה מטרה אחרת, ייתכן שהינה הרתעתית – הרצון למנוע אנשים אחרים מלהשתתף בפעילות דומה על חשבוננו של ג'ון – מאפיין מובהק של ענישה אשר יישומו שנוי במחלוקת גם כשמופעל באופן זהיר על ידי המדינה..

⁴⁹ ע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד (נר1) 145 (2000) (להלן: "ע"פ 4596/98 פלוגית"). לסקירת המשפט המשווה בנוגע לאיסור ענישה פיסית במדינות השונות, ראו בנימין שמואלי "מהפך בעקבות מהפכה: מהפך בסוגיית הכאת ילדים ותלמידים לשם חינוכם בעקבות המהפכה החוקתית" קריית המשפט ח 289, 297 (התשס"ט).

⁵⁰ בע"פ 4596/98 פלוגית, נקבע כי מלבד האיסור על ענישה גופנית כלפי ילדים, אסורים גם השפלה וכיוזי כבודם כשיטת חינוך מצד הוריהם. שם, פס' 29 לפסק דינה של השופטת ביניש.

להגינות ומידתיות.⁵¹ פיקוח דומה לא קיים בדוגמה שלפנינו. בנוסף, ברוב המקרים, מלאכת הענישה, גם כאשר היא מתבצעת מחוץ למוסדות המדינה, מוטלת על נושאי תפקידים מוגדרים.⁵² בכך נוצר חיץ בין מילוי תפקיד הענישה באמצעות הסוכן החברתי לבין פעולתו, מחשבתו, רגשותיו, ודעותיו הפרטיים של המעניש כאדם. בדוגמה של ג'ון, לעומת זאת, החרם כעונש מוטל בידי ציבור המחרימים בכובעם כחברי הקהילה, ללא הפרדה או חיץ בין זהותם כחברי קהילה לבין תפקידם כסוכני-ענישה. עלינו לזכור גם כי אקט החרם בדוגמה זו נועד להעניש את ג'ון בשל התנהגות המצויה באופן מובהק תחת סמכותה הפלילית של המדינה – עברות מין. לכך משמעות רבה שכן אקט החרם נקט *בנוסף*, ו*מעבר* לענישה שקבעה המדינה באמצעות מוסדותיה הרשמיים. על-כן במקרה זה לא ניתן לטעון שהמדינה הותירה בידי הציבור סמכות ענישתית שירית. לפיכך, מתעוררת שאלת התחרות בין סמכותה הענישתית של המדינה, לבין פעילותם של המחרימים וזכותם לענישה "פרטית".

בדוגמה בה פתחנו הנחנו כי ג'ון אכן עבר על החוק, נשפט, ריצה את עונשו, שוחרר ואז הוחרם. דוגמה זו העלתה את שאלת היחס בין החרם כענישה קהילתית-פרטית לבין הענישה הפלילית וניתן לראות בה נקודת חיכוך מובהקת בין מוסד החרם לבין סמכות הענישה של המדינה. אלא שניתן להמחיש נקודות חיכוך נוספות בין פרקטיקת החרם להליכים ממלכתיים של אכיפת חוק. כך למשל, הניחו כי בשונה מהתרחיש המתואר לעיל, ג'ון הפדופיל לא נענש על-ידי המדינה. בווריאציה אחת ג'ון הועמד למשפט פלילי וזוכה בדין. בווריאציה אחרת החליטה הפרקליטות שלא להעמידו לדין פלילי כלל וזאת בשל היעדר ראיות מספיקות. האם במצב דברים זה נקיטה בחרם כנגדו על-ידי הקהילה מעוררת את אותן דילמות? נפרט ביחס לכל אחת מהווריאציות. בראשונה ג'ון הועמד לדין באשמת פדופיליה וזוכה בשל העובדה שחלק מן הראיות שהובאו בפני השופט לא עבר את מבחן הקבילות המשפטי; או בשל העובדה שלא הובאו נגדו מספיק ראיות משכנעות ואמינות; או בשל העובדה שבסוף הדין המשפטי נותר ספק סביר באשמתו והוא זוכה. לעומת זאת, חברי הקהילה בה חפץ ג'ון להשתלב סבורים כי ג'ון עבר על החוק וביצע מעשים חמורים, ואך בשל כשל משפטי-אכיפתי מצא את דרכו החוצה מהמערכת הפלילית ללא כל עונש. לפיכך הם קוראים לחרם נגדו על מנת שיענש באופן שהולם את התנהגותו ומעשיו.

האם במקרה זה, העובדה שהחרם נועד לתקן את ה"טעות" שנעשתה על-ידי רשויות המדינה הופכת את החרם ללגיטימי יותר מאשר בדוגמה הראשונה? גם כאן, אם כי באופן שונה, קיימת התנגשות בין החרם כמנגנון אכיפה פרטית לבין מוסדותיה הרשמיים של המדינה, אשר במקרה זה קבעו לאחר בירור, כי ג'ון אינו אשם בעברה שיוחסה לו. הקריאה לחרם, על-פי הבנה זו, מבטאת חוסר-אמון בפרוצדורת בירור האשמה על ידי המדינה, וניסיון להעמיד את הנאשם מחדש לדין בפני הקהילה. כידוע, מערכת המשפט בנויה על איזון עדין בין הצורך להרשיע אשמים לבין הצורך לזכות חפים מפשע. היא מיישמת שורה של כללי

⁵¹ נילי כהן, ענישה קהילתית וחינוך, לעיל ה"ש 41; מרדכי מירוני "ענישה כאמצעי לאכיפת משמעת בעבודה" *שנתון משפט העבודה* ג 111, 117 (1992); סע"ש (אזורי חיפה) 66711-11-20 *דיצי נ' טכנולוגית להבים בע"מ*, פס" 30 (נבו, 22.12.2020).

⁵² דוגמת נשיאתו של מאסר בעבודת שירות, שגם אם מוכרע על פי החלטה של רשות מרשויות המדינה, יכול בפועל להתבצע במוסדות פרטיים. ס' 51א לחוק העונשין ("עבודת שירות"); בג"ץ 2605/05 *המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר*, פ"ד סג(2) 693, 545 (2009).

פרוצדורה שתפקידם לאזן בין מטרות אלה. החרם, מנגד, אינו כפוף לאיזונים הפרוצדורליים שנועדו להבטיח הפעלה הוגנת של האכיפה הפלילית. עצם העובדה שהמחרימים מתעלמים מתנאים אלו ומנסים להציב תחתם תנאים אחרים עשויה להיות בעייתית. למעשה, בשונה מהדוגמה הראשונה, ניתן לטעון כי הבעיה הקיימת כאן חמורה אף יותר, שכן כעת לא מדובר "רק" בהוצאה לפועל של עונש נוסף לזה שהוטל על ידי המדינה. יש בחרם כדי ליצור תחליף פרטי למערכת השיפוטית הציבורית על מגוון הליכיה, להבדיל מרכיב הענישה לבדו.⁵³ יתרה מזאת, במקרה כזה – ובשונה מן התסריט איתו פתחנו – בבסיס החרם טמונה קביעה עובדתית שנויה במחלוקת באשר למעשיו ואשמתו של ג'ון.

ומה באשר לוריאציה שבה הוגשה נגד ג'ון תלונה במשטרה ולאחר חקירה המשטרה/הפרקליטות החליטה כי אין די ראיות להעמידו לדין, וחרף החלטה זו, במקומן השכונתי מתפרסמת מודעה הנוקבת בשמו של ג'ון, מזהירה כי הוא אדם מסוכן וקוראת לנתק עמו כל מגע? שוב, במקרה זה הקהילה שבה מתגוררת המתלוננת אינה מקבלת עליה את קביעת מערכת אכיפת החוק, יוזמת פרוצדורה מקבילה משל עצמה, וקוראת להחרים את ג'ון. גם כאן ניכרת ההתנגשות בין מוסדות השילטון לבין הקהילה. במיוחד במצב בו העילה לסגירת התיק היא חוסר אשמה⁵⁴, הקביעה כי יש להחרים את ג'ון קובעת למעשה מציאות עובדתית אלטרנטיבית – כזו שסותרת את הקביעה של מוסדות התביעה ובמידה ונוהל דיון משפטי, כזו שגם סותרת את הקביעה של בית המשפט. הטלת החרם מערערת על מנגנון קבלת ההחלטות של מערכת אכיפת החוק הרשמית.

הבעיה של קביעת מציאות אלטרנטיבית, פרסום עובדות בלתי נכונות או בלתי מבוססות, אינה ייחודית לתופעת החרם. בעידן של "פייק ניוז"⁵⁵ מוצגות לא פעם עובדות שאינן נכונות ומשכך הן יכולות לשמש מצע לחרם שאינו מוצדק.⁵⁶ זאת מבלי שיש מנגנון אובייקטיבי

⁵³ אלמנט נוסף בחוזה החברתי שמצדיק את העברת הענישה לידי המדינה באופן בלעדי הוא הצורך לשמור על הליך הוגן (due process) במהלך הענישה ביחס לכל אחד מן האזרחים. לשם כך נקבעו כללים והוקמו מוסדות שיבטיחו זאת. כאשר מדובר בחרם כאקט ענישתי אין מנגנוני ביקורת שיבטיחו את ההליך ההוגן שבהטלתו – לא לעניין מידת העונש ולא לעניין עצם ביצועו. ללא מנגנונים מפקחים שכאלו, זכויותיו של הנפגע לקבל ענישה הולמת אינן מובטחות כפי שצריכות להיות מובטחות במדינה דמוקרטית. ברור שהטלת החרם על ידי הקהילה נעדר מנגנונים כגון אלה ועל כן יש בו משום מעשה לינין.

⁵⁴ במצב בו העילה לסגירת תיק פלילי הינה חוסר ראיות, החרמת החשוד אינה בהכרח קביעה של מציאות עובדתית אלטרנטיבית, אלא יותר מציאות משפטית אחרת. במקרים מסוימים היא עשויה לבטא קריאת תיגר על רף ההוכחה הדרוש לענישה פלילית.

⁵⁵ התופעה של פייק-ניוז נתונה בדיון ציבורי ואקדמי ער בשנים האחרונות. דיון זה אינו נטול-מחלוקת. לסקירה בסיסית של מאפיינים וגישות ראו, Bente Kalsnes, *Fake News*, Oxford Research Encyclopedia on Communications (להלן: "Kalsnes"), (26 September, 2018).

⁵⁶ כך, למשל, באתר אחד דווח כי שרה פילין קוראת להחרים קניון לפני חג המולד בטענה שסנטה מאז ומעולם היה לבן ובקניון משתמשים בסנטה שחור. *Lauren Carroll, Fake news site says Sarah Palin to boycott Mall of America over black Santa*, POLITIFACT (Dec. 21, 2016).

<https://www.politifact.com/factchecks/2016/dec/21/politiconocom/fake-news-site-says-sarah-palin-boycott-mall-america/>. כך, גם נעשתה קריאה לחרם על משפחה אשר נטען כי הבעל, רופא מנתח במקצועו, המשיך לטפל בחולים לאחר שחלה בקורונה. לשמועה זו לא היה שחר ועל מנת להסיר את סכנת החרם נדרשה התערבות והצהרה מצד הרשות העירונית שהרופא לא נדבק בוירוס. Anshuman Phadikar, *Covid-19 rumour*.

ומאוזן לשפוט את עצם המעשה.⁵⁷ ואולם כאשר למצג העובדתי נלווית קריאה להחרים אדם, נוצרת בעייתיות נוספת, החורגת מן הבעיה של מידע שקרי או דיסאינפורמציה. במקרה של ג'ון, המחרימים אינם "רק" מפיצים שמועה לפיה ג'ון הוא פדופיל או עברייך, הם אף חוברים לנדונו מהקהילה על בסיס מצג עובדתי זה, על אף שכאמור, המערכת המשפטית סברה אחרת.

ניתן לסבור כי אין להפריז בחומרתה של בעיה זו שכן ג'ון יכול להתעמת עם תפיסת המציאות של הקהילה באמצעות חוקי לשון הרע.⁵⁸ זאת אם יש באמירה העובדתית כדי להוציא לשון הרע או להטעות.⁵⁹ ואכן, לפחות במידה מוגבלת, דיני לשון הרע יכולים לעמוד לצידו. ואולם, לשון הרע עוסקת בעצם האמירה, בעוד חרם קורא לאנשים להימנעות אפקטיבית מקשר עם המוחרמ/ת. הפסקת האמירה לא מכוונת בהכרח אל הגורם המחרים ולא בהכרח תפסיק את פעילות החרם שעה שהתחיל. זו עומדת פעמים רבות על רגליה היא בנפרד מעצם האמירה הראשונית. בנוסף, הגישה הנהוגה ביחס ללשון הרע היא כי יש להעדיף פתרון לפיו הביטוי יותר ופגיעה בשם הטוב, ככל שתתרחש, תניב פיצוי בדיעבד.⁶⁰ ואולם, במקרה של החרם בפיצוי בדיעבד אין די לאור גודלה של הפגיעה ולאור העובדה שהמציאות בשטח פעמים רבות אינה ניתנת לתיקון. לכך מצטרף הקושי לאתר, לתבוע ולחייב את קבוצת המחרימים. אלו מפורזים במקומות רבים ושונים, קשה לאתרם וקשה עוד יותר להפסיק את פעולתם שכן לא ניתן לכפות על כל אחד מהם, באופן אינדיווידואלי להתקשר עם המוחרם ואכיפת התקשרות על כלל הקבוצה לרוב אינה ישימה. בנוסף, פעמים רבות, מעבר לנפגעי החרם הישירים קיימים גם נפגעים עקיפים.⁶¹ לאלו הגנת לשון הרע לא תמיד תמצא מזור.⁶²

triggers boycott of doctor & kin, THE TELEGRAPH ONLINE (Jul. 28, 2020)
<https://www.telegraphindia.com/west-bengal/coronavirus-pandemic-rumour-triggers-boycott-of-doctor-kin-in-tamluk/cid/1787541>
 ("Phadikar" (להלן: "Phadikar").

ויובהר כי הצגת העובדות יכולה לנבוע לאו דווקא מכוונת מכוון אלא אף מטעות שלא נבדקה, או ממעשה רשלני. מכל מקום ההסתמכות והויראליות של הקריאה לחרם יכולה לתפוש תאוצה ללא קשר למידת האמת של התוכן המוצג.
 חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק איסור לשון הרע").

כך, למשל, פורסמה קריאה לחרם על קוקה קולה בשל כך שהציגה על פחיות קולה שייצרה סיסמא 'try to be less white'. בדיעבד הסתבר שהקריאה בוססה על עובדות שאינן נכונות, שכן הסיסמא הוספה בתמונות על ידי מספר משתמשי פייסבוק שרצו לבקר את מדיניות החברה ולא הוטבעה על הפחיות על ידי החברה עצמה. ראו, "Fact Check" REUTERS "Coca-Cola can with 'try to be less white' slogan not produced by the company" (June 10, 2021) <https://www.reuters.com/article/factcheck-cocacola-can-idUSL2N2NS2C9>.

חוק איסור לשון הרע, לעיל ה"ש 55.

שם, ס' 14 ("הגנת אמת דיברתי").

יובל קרינאל ועמירם ברקת, "הפיצויים בדיני לשון הרע: השם והשמן" עלי משפט ב 205, 208 (תשס"ב).

בעוד שבלשון הרע ברוב המקרים קהל היעד הנפגע ברור ומוגדר, במקרה של חרם אין זה כך ובגלל אפקט האדווה מספר הנפגעים יכול להיות גדול מבלי שיש לפוגע יכולת לפצות. מעבר לכך הבעייתיות היא גם בהגדרת הפוגע – מי יהיה הנתבע במצבים שבהם ציבור גדול של אנשים מחרים אדם או בית עסק.

אם לא ניתן ללמוד מפרסום מיהו הנפגע, לא ניתן להגיש בגינו תביעת לשון הרע. ראו, אורי שנהר דיני לשון הרע 123 (1997); תא"מ (שלום י-11-02-47685) שרגאי נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ ואח', פס' 25 (נבו, 15.1.2012); ת"א (מחוזי י-8069/06 החברה לאוטומציה במינהל השלטון המקומי בע"מ נ' גור, פס' 30 (נבו, 13.7.2009).

דוגמת הפדופיל איתה פתחנו עסקה במצבים שבהם הפעילות שבעטיה נקרא הציבור להחרים הייתה כזו שנגדה את החוק (או שלכאורה נגדה את החוק). במצב זה הפעילו המחרימים כוח, ואולם לא הייתה סתירה בין הנורמה שאותה התיימרו המחרימים לאכוף (איסור פדופיליה) לבין הנורמה אותה אוכפת המדינה. מאפיין מרכזי בדוגמה זו היה ההיבט הענישתי: החרם ננקט על ידי הקהילה על-מנת להעניש את הפדופיל על מעשיו מתוך תחושה של המחרימים כי המערכת המשפטית נמנעה מקיומו של הליך ענישתי ראוי, על כל אחד משלכיו. ואולם לא כל ענישה על ידי הקהילה חייבת לעלות בקנה אחד עם הנורמות המהותיות שנקבעו על-ידי המחוקק.⁶³ יתרה מזאת, אפיון החרם בדוגמה כענישתי אינו מייצג את כל מנעד החרמות הקיימים. הוא לא יתאם חרמות רבים אחרים, בהם המוטיבציה של המחרימים אינה בעיקרה לגנות ולגמול למוחרם על התנהלותו הפסולה בעבר, אלא להביא לשינוי התנהגותו העתידית, ולעיתים אף להביא באופן רחב יותר לשינויה של נורמה חברתית, באופן ההולם את תפיסתם האתית/מוסרית של המחרימים. לגבי חרמות כאלה, מתעוררת שאלה שונה במהותה מבחינת הלגיטימציה של הפעלת כוח החרם על-ידי הקבוצה.

כדי להבחין בבעייתיות שכרוכה בחרמות מהסוג האחרון, נתבונן על הדוגמה הבאה. הניחו כי מסעדה בשכונה חרדית מעסיקה מלצר הומוסקסואל. משנודע הדבר בקרב ציבור המבקרים במסעדה, מופצת קריאה להחרים אותה בשל העובדה שבחרה להעסיק את אותו מלצר. מטרת המחרימים הינה לאלץ את המסעדה לשנות את התנהלותה ולפטר את המלצר, והמטרה הרחבה יותר הינה לבסס את ערכי המשפחה המסורתיים.⁶⁴ הניחו כי באותה מדינה, החוקים אוסרים על אפליה מטעמים שונים ובכלל זאת אפליה מטעמי העדפה מינית. בשונה מדוגמת הפדופיל, לא ניתן כעת לטעון כי המחרימים מתחרים במוסדות הענישה של המדינה, שכן המדינה (כמובן) לא ביקשה לאסור העסקת עובדים הומוסקסואליים. אלא שבנקיטת החרם, המחרימים מערערים על נורמת התנהגות שנקבעה על-ידי המדינה. למעשה, החרם יוצא חזיתית נגד הנורמה שנקבעה על-ידה: בעוד המדינה קבעה כי יש איסור חוקי להפלות, עצם הטלת החרם למעשה כופה נורמה אחרת. הצמדות לקיום החוק כופה לפיכך על המסעדה הפסד כלכלי משמעותי, כשעליה לבחור בין היענות ללחץ החרם תוך הפרת החוק, לבין ספיגת ההפסד הכלכלי שגוזר החרם. מעבר לנזק האינדיבידואלי שנגרם למסעדה (ולמלצר), תרחיש זה מעורר שאלה רחבה יותר, בעלת השלכות ציבוריות, דהיינו: הלגיטימיות של אכיפת שינוי פרטזני ביחס לשאלה פוליטית-ציבורית, שהוכרעה בהליך דמוקרטי.

גם אם במקרה המתואר יימצא פתרון למצב באמצעות דוקטרינות מן המשפט הפלילי, בטענה כי המחרימים משדלים את המסעדה להפר את החוק,⁶⁵ ולכן ניתן להפסיק את פעילותם, ספק אם יש בכך פתרון לאור העובדה שלא ניתן לתור אחר הצרכנים הפוטנציאליים ולחייב אותם לצרוך מזון במסעדה זו. מעבר לדוגמה זו ניתן לחשוב על מצבים נוספים, חמורים פחות במובן זה שהחרם אינו כופה על המוחרם פעולה בניגוד לחוק, אך הוא שולל ממנו חירות או זכות שניתנה לו על ידי המדינה. חישבו לדוגמה על מצב שבו בעל עסק מחליט כי הוא סוגר את בית העסק בשבת מטעמים של אמונה דתית. קהל המחרימים, חילוניים

⁶³ ראו, נילי כהן, ענישה קהילתית וחינוך, לעיל ה"ש 41.

⁶⁴ בעניין זה ראו לדוגמה גם את חרם הדוריטוס, לעיל ה"ש 31; וכן את הקריאה לחרם על הסרט תור, לעיל ה"ש 7.

⁶⁵ מעשה הנעה שיש בו כדי להביא אדם אחר לעשיית עבירה. ע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65, 82 (2001).

באופיים, מחליטים כי אופי החיים בשכונת המגורים אינו תואם את סגירתה של המסעדה ביום שבת ועל כן הם קוראים להחרים אותה. החרם במקרה זה אינו דוחף את המסעדה לכיוון של הפרת החוק אך הוא מונע מן הבעלים האפשרות לממש את חופש הדת והמצפון שלו. כעת על בעל העסק לבחור בין קיום אמונתו לבין ספיגה של נזק כלכלי משמעותי.⁶⁶ כמובן, הזכות שלא לפקוד את המסעדה נתונה לכל אחד מתושבי השכונה שאינם חייבים להיכנס לבית עסק זה ובאפשרותם להעדיף בית עסק אחר הפתוח בשבת. אך הפעולה המתואמת של החרם מפעילה כוח קבוצתי על המסעדה וציווי לפיו, או שיישמעו לתכתיב של הקבוצה או שיפסידו ואולי אף יקרוסו מבחינה כלכלית.

מקרים אלו יהיו בוטים במיוחד במקום שבו הנורמה החברתית שונתה זה לא מכבר בעקבות ויכוח ודיון פוליטי פורה, וכעת באמצעות החרם רוצים בכל זאת לשמר את הנורמה הישנה למרות ההפסד בזירה הפוליטית. בתסריט זה הבעייתיות שבחרם נוגעת לא רק למוחרם ולזכויותיו, אלא לאופן שבו החרם מתחרה בפרוצדורות הרשמיות ליצירת נורמות. בהקשר זה חישובו על חרם שננקט נגד רשת מרפאות המבצעות הפלות, בידי ארגון דתי שמרני שמתנגד להפלות.⁶⁷ אם הפלות הן אסורות על-פי החוק, דוגמה זו דומה לדוגמת הפדופיל, במובן זה שהמחרימים מבצעים מהלך של אכיפה פרטית של נורמה, שנאסרה על-ידי המחוקק. אם, לעומת זאת, החוק מתיר הפלות, יש לשאול האם החרם חותר תחת ההכרעה הפוליטית שהתקבלה בערוצים הדמוקרטיים הרשמיים בדבר הנורמה הראויה לעניין הפלות. שאלה זו מתעצמת במצב בו סוגיית הפלות נתונה בדיון פוליטי ער במוסדות הדמוקרטיים וההכרעה בעניין זה נעשתה זה לא מכבר (למשל, אם במהלך של ליברליזציה, בוטל לאחרונה איסור שהיה קיים במשך שנים רבות על ביצוע הפלות). במצב זה, המחרימים שהפסידו בזירה הפוליטית, מנסים לשנות את ההכרעה הפוליטית דרך שימוש בכלי החרם.

אם בפסקאות הקודמות דילגנו בין מצב שבו המחרימים פעלו לאכיפת נורמה שנקבעה על-ידי המדינה, לבין מצב בו הם פעלו נגדה, קיימים חרמות אשר אינם משתבצים לאף אחד מן המצבים האלו. חשבו למשל על חרם צרכני הנוגע למחיר המוצר – דוגמת "חרם הקוטג'⁶⁸ – שהוטל בעקבות המחאה החברתית על העלייה המתמשכת במחירי המזון בישראל.⁶⁸ החרם הוכרז על-ידי קבוצת פייסבוק ביוני 2011 ותוך זמן קצר הצטרפו אליו למעלה מ-100,000 גולשים. הוא הסתיים רק לאחר שהוביל להוזלה משמעותית במחיר המוצר.⁶⁹ אין

⁶⁶ דוגמה להמחשת נקודה זו בהקשר הישראלי ניתן למצוא בקריאה לחרם כנגד רשת אגאדיר בגין פתיחת סניף בירושלים שאינו פועל בשבת. על פי קריאה זו "חובה על הציבור החילוני בירושלים להחרים את רשת אגאדיר" בשיחות עם "כל העיר" תקפו הארגונים החילוניים את אגאדיר ואמרו: "חרמות כאלה הכרחיים מצד הקהל החילוני, בלעדיהם בעלי העסקים ימשיכו להיכנע לציבור החרדי". בעניין זה ראו, יפעת ראובן "חובה על הציבור החילוני בירושלים להחרים את רשת אגאדיר" **כל העיר ירושלים** (28.5.2019) <https://www.kolhair.co.il/jerusalem-news/92666>.

⁶⁷ עוצמתו הכלכלית של חרם כזה תהיה גדולה עוד יותר אם החרם קורא לצרכנים להימנע מביצוע הפלות אלא להימנע מכל טיפול בהן, באשר הוא – דבר שיפעיל לחץ כלכלי גדול על המרפאות, שעיקר רווחיהן נובע מטיפולים שכיחים יותר מהפלות.

⁶⁸ Igal Hendel, Saul Lach & Yossi Spiegel, *Consumers' activism: the cottage cheese boycott*, 48 *RAND J. Econ.* 972 (2017).

⁶⁹ אפקטיביות החרם בכל הנוגע למחיר הקוטג' נמשכות עד היום. מחיר גביע קוטג' לפני המחאה היה בין 7 ל-8 ש"ח, ובעקבותיה ירד ל-5.75 ש"ח. כיום, המחיר הגבוה ביותר של קוטג' הוא 5.90. ראו מירב קריסטל "החברות עדיין מפחדות

ספק כי במקרה זה הופעל כוח צרכני משמעותי ואפקטיבי כנגד יצרנית המוצר (תנובה). האם הפעלה זו של כוח החרם מעוררת קשיים דומים לאלו שתוארו לעיל? בשונה מהמקרים הקודמים, נושא החרם – קביעת מחיר המוצר – נתון באופן שגורתי לקביעת השוק. זאת, להבדיל מהכרעה פוליטית באמצעות מוסדות המדינה. מאפיין זה בולט במיוחד בדוגמה זו, לאור העובדה שבשלהי 2008 החליט משרד האוצר על הסרת הפיקוח הממשלתי ממחיר גבינת הקוטג',⁷⁰ מתוך רצון להשאיר את קביעת המחיר למיקוח שוקי תחרות. הפעלת כוח החרם במצב זה היא סוג של מיקוח קולקטיבי, והשאלה המתעוררת בה נוגעת למרחב המיקוח הקולקטיבי של צרכנים מול יצרנים.

מהצד של היצרנים (ההיצע), אנו עדים לא אחת לכך שהמדינה מפעילה רגולציה המאסדרת את הפעלת הכוח במסגרת השוק. זאת, במיוחד כאשר מדובר בגופים ריכוזיים ובצבירה מונופוליסטית של כוח אך גם במקרים אחרים בהם היצרנים מנסים למשל לתאם מחירים, או תנאים אחרים של עסקה, אשר יטו את השוק באופן מלאכותי לטובתם.⁷¹ להבדיל ממקרים אלה, הצרכן נתפס כגורם חלש ובאופן מסורתי, יש פחות התערבות בהפעלת כוח צרכנית. אף-על-פי כן, במקרים של חרם צרכני יש הפעלה מרוכזת של הכוח, המשנה את מערך הכוחות. ניתן לחשוב על מקרים דומים בהם המדינה מאסדרת כח מאורגן או קולקטיבי המופעל על ידי "החלש", וזאת על מנת שלא יחרוג מרף מסוים ויהווה ניצול לרעה של כוח. כך, למשל, מפקחת המדינה על הפעלת כוח השביתה על ידי עובדים. זכות השביתה אומנם באה לחזק את העובדים כקבוצה אך לא ניתן להפעילה באופן שרירותי.⁷² על-כן יש לשאול האם אין מקום לאסדר חרמות צרכניים ולהעמידם לבחינה רגולטורית. ואולם חשוב להבחין כי השאלה במקרים אלה נוגעת לאיזון יחסי הכוחות בין שחקנים בשוק, להבדיל מן השאלה של פגיעתו של החרם בפרוצדורות רשמיות של קבלת החלטות.

לא כל חרם צרכני מכוון להשגת תוצאה אפקטיבית בתחום המחיר. חרם צרכני יכול להיות מכוון להשגת מטרת החורגות ממסגרת השוק במובן הצר – דוגמת חרמות הנוגעים לאתיקה של יצור המוצר (דוגמת העסקה נצלנית של עובדים;⁷³ שימוש בניסויים בבע"ח בתעשיית הקוסמטיקה וכיו"ב). חרמות מסוג זה הפכו נפוצים יותר ויותר במסגרת התופעה של צרכנות פוליטית. במקרים אלו השאלה תחרוג ממסגרת הדין של אסדרת כוח במסגרת השוק, ותתעורר שאלה הנוגעת ליחסים בין השוק לבין הספירה הפוליטית/ציבורית.⁷⁴ כך למשל, יש

מהצרכנים: מה קרה למחירי המזון מאז המחאה? Ynet (3.7.2021) www.ynet.co.il/economy/article/SksWP693O.

מבקר המדינה הפיקוח על מחירי מוצרי חלב 45 (2012).

חוק התחרות הכלכלית התשמ"ח-1988.

מגבלות על שביתה כדוגמת הודעה מוקדמת, מו"מ, איזון בין תועלת לנזק שנעשה הן על ידי המחוקק והן על ידי בית המשפט. ראו, למשל, ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ נ' אדם ציוק ז"ל, פ"ד מא(3) 169 (1987) (להלן: "עניין ציוק"). במקרים אלו בית המשפט יכול לפסוק כי השביתה אינה חוקית ולהורות על הפסקתה או על מתן פיצויים לנפגעים ממנה.

הכונה היא להעסקה נצלנית שהינה בהתאם לחוק במדינת היצור, דוגמת מקרה Apple, לעיל ה"ש 40.

האמור לעיל יוצא מנקודת הנחה שקיימת הבחנה משמעותית בין ספירת הפעילות של השוק לספירה הפוליטית. הבחנה זו אינה נקיה מספקות ויש הכופרים בעצם קיומה. עם זאת, אנו מניחים, כאמור, שיש להבחין בין פוליטיקה לשוק, ושכלל ספירה היגיון פעילות שונה וייחודי. לעבודה סמינלית על ההבחנה בין הספירה הפוליטית, השוק, וספירות נוספות ראו,

70

71

72

73

74

לשאל האם, ובאיזו מידה, חרמות צרכניים מסוג זה מסיגים את גבולם של המוסדות הפוליטיים בקביעת נורמות. אומנם העובדה שהמדינה לא אסרה את הפעילות (לדוגמה: ניסויים בבע"ח) היא במידה רבה סוג של הרשאה, אך מתעוררת השאלה האם העדר הרגולציה של המדינה בנושא זה אינה נובעת מהעדר רצון להשפיע, בבחינת "החליטה שלא להחליט" ומהי ברירת המחדל. כך, למשל, המדינה יכולה לקבוע כי היא מסדירה באופן מסוים ניסויים בבעלי חיים לצרכים דוגמת ייצור מוצרים קוסמטיים או תרופות. לעומת זאת במצב אחר, המדינה יכולה להחליט כי היא אינה מקדמת רגולציה בתחום והיא משאירה זאת לכוחות השוק, ובלבד שיהיה סימון מתאים על המוצרים. השאלה המתעוררת בנוסחה אלה היא האם יש להתיר לקבוצה מסוימת באוכלוסייה לאכוף, באמצעות השוק, נורמה של איסור מוחלט על שימוש בבעלי חיים לצרכי ניסוי באמצעות החרם. לכאורה, השוק אמור להחליט באשר לכמות הצריכה של מוצר מסוים ולכן אין פסול בכך שהשוק אומר את דברו. ואכן פעמים רבות זו תהיה התוצאה, כאשר הצרכנים באופן אינדיבידואלי יעדיפו מוצר שלא נוסה על בעלי חיים על פני מוצר שעשה בהם שימוש.⁷⁵ אך כאן השאלה היא האם החרם כהפעלה קולקטיבית של כוח צרכני מהווה פעולה לגיטימית במסגרת השוק.⁷⁶

ב. חרם ופגיעה בפרוצדורות דמוקרטיות

השיח המשפטי הקיים עוסק בלגיטימציה של חרמות בעיקר דרך הפריזמה של חופש הביטוי. ואולם הטענה כי חרם הוא פשוט "ביטוי" ולכן אמור ליהנות מ"חופש הביטוי" אינה משכנעת.⁷⁷ ראשית, חברה ליברלית מטילה מגבלות רבות גם על ביטויים – דוגמת האיסור על הוצאת דיבה, האיסור על סחיטה באיומים, האיסורים על פורנוגרפיה, על ביטויים גזעניים ועוד. שנית, בנוסף להיבט האקספרסיבי, בחרם טמון גם שימוש בכוח. הרגולציה המשפטית הקיימת, הגם שבאופן מוגבל, כבר מגלמת את האינטואיציה שחרם מהווה שימוש פסול

Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality* (1983) (להלן: "Walzer").

⁷⁵ ואולם בעניין זה יש לשים לב כי מערכות היחסים הרלוונטיות הן לא רק בין היצרן לצרכנים אלא גם בין קבוצות שונות של צרכנים. באמצעות מנגנון החרם על היצרן, קבוצה אחת של צרכנים יכולה לכפות את רצונה על קבוצה אחרת. ראו דיון להלן בתת הפרק שעוסק בלגיטימציה של חרם צרכני.

⁷⁶ אחת מהשאלות המעניינות בהקשר זה היא עד כמה אפשר למתוח את הגדרת המוצר. גם במקרים שבהם נרצה לאסור חרם הרי שהמצבים שבהם החרם קשור למוצר יאוסדרו תחת הפרדיגמה של השוק לרוב באופן מוגבל ובסלחנות אל מול מצבים שהחרם אינו קשור למוצר אלא לתופעות אחרות שבגינן הוא בא למחות. בשנת ה-90, Nike העולמית הואשמה ב"סדנאות יזע" קרי ייצור והעסקה בתנאים קשים, משכורות רעב, שעות ארוכות ועבודת ילדים. ראו, Max Nisen, *How Nike Solved Its Sweatshop Problem*, INSIDER (May, 2013) <https://www.businessinsider.com/how-nike-solved-its-sweatshop-problem-2013-5>. במקרה זה עולה השאלה האם החרם כלפי Nike מהווה חלק מן המוצר או חלק מההזדהות הפוליטית הצרכנית וכיצד ניתן להבחין בין השניים. ראו דיון להלן בפרק על חרם צרכני.

⁷⁷ דנו בנקודה זו בהרחבה במאמר קודם, ראו יעקב ושניבויים, *מחשבה מחדשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם*, לעיל ה"ש 12.

בכוח, משום שהיא אוסרת על חלק מסוגי החרמות.⁷⁸ כנגד זאת, אינטואיציה אחרת, הבולטת במסגרת הדיון על חרמות פוליטיים דוגמת "חרם האוטובוסים" הינה שחרם מהווה אמצעי לגיטימי (ואפילו רצוי) לשינוי חברתי "מלמטה". הספרות המשפטית הקיימת מתקשה להסביר היכן הקו המבחין בין חרמות מותרים לחרמות אסורים.⁷⁹

גם האיפיון של חרם כ"שימוש בכוח" אינו מנביע מסקנה ברורה לעניין הלגיטימיות שלו. אם נלך להגדרה רחבה של כוח – לפיה כוח הוא כל צורה של השפעה מכוונת⁸⁰ – ברור כי צורות רבות של שימוש בכוח מותרות בחברה (דוגמת שכנוע אפקטיבי של אדם או קבוצה). כותבים בתחום החרם מתארים אותו לעיתים כ"כפיה".⁸¹ ואולם גם תיוג זה אינו מקדם את הדיון. ניתן לטעון כי חרם באשר הוא "מהווה כפיה במובן זה שהוא מבקש ללחוץ על המוחרם לשנות את התנהגותו בניגוד לרצונו/בחירתו. מחקרים בתחום החרם מצביעים על חרמות כפוגעים בחירויות הפרט של המוחרם,⁸² דוגמת חרם בשל התבטאות כלשהי של המוחרם שאינה לרוחם של המחרימים, אשר כתוצאה ממנה הם מדירים רגליהם מעסקו או משלח-ידו.⁸³ במקרים אלה החרם עלול לאלץ את המוחרם לוותר על חירויות בסיסיות (כגון חופש הביטוי, חופש הדת) שמוקנות לו מכוח החוק, או לפחות קובעות תג מחיר משמעותי בגין מימוש זכותם. ניתן לתאר חרם כ"כופה" אף במובן זה שהוא מפעיל לחץ מסוים על ציבור הנקראים להחרים להצטרף לחרם ולקחת בו חלק. ואולם אפיון זה של החרם ככופה אינו מסייע להבחין בין חרמות לגיטימיים לבלתי לגיטימיים, שכן חלק מהחרמות הכופים נחשבים למותרים וחלקם אסורים. זאת אולי בדומה לאופן שבו איומים הם כופים, אך לא כל איום הוא אסור.⁸⁴ בעוד השיח הקיים משתמש במילה "כפיה" כ-self-evident, השאלה המרכזית בה עלינו להכריע במקרה של החרם נוגעת ללגיטימיות או היעדר-הלגיטימיות של השימוש באמצעי הכפיה.

⁷⁸ חרמות כלכליים המקבלים ביטוי בדיני ההגבלים העסקיים, ראו דייוויד גילה, חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין, לעיל ה"ש 28; חרמות חוץ וחרמות פנים מסוימים כפי שמסדיר חוק החרם, לעיל ה"ש 12. ראו גם גלעד נוה **איסור הטלת חרם והשתתפות בחרם – סקירה משווה** (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2010) fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/2d566b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977/2_2d566b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977_11_7325.pdf.

⁷⁹ Minda, לעיל ה"ש 18, עמודים 814–815.

⁸⁰ Dennis H. Wrong, Power: Its Forms, Bases, and Uses 32 (1995).

⁸¹ בג"ץ **אבנר**, לעיל ה"ש 12, עמוד 39.

⁸² Hussain, לעיל ה"ש 37, עמודים 117–118.

⁸³ דוגמת שביתת המחאה של סלקום ועובדיה. ראו מקרה **סלקום**, לעיל ה"ש 3. החרם אינו חייב להיות מופנה כלפי בעל עסק. קיימים חרמות צנזוריאליים כלפי ספקי תוכן כגון אמזון או רשתות השידור בשל כך שפורסמו תכנים שאינם מוצאים חן בעיני המחרימים. *Emanuella Grinberg, Amazon.com title defending pedophilia sparks boycott* (November 11, 2010) *call* CNN (להלן: <https://edition.cnn.com/2010/US/11/10/amazon.pedophile.guide/index.html>); "Grinberg". כמו כן ראו מקרה חרם הדוריטוס, לעיל ה"ש 31. שם, כזכור, הקריאה לחרם נעשתה בתגובה למצג הליבראלי שהוצג בפרסומת, של תמיכה במשפחות להט"ביות, ובו מסר לפיו יש משפחות מסוגים שונים ולכולם יש מקום.

⁸⁴ לדוגמה: אם לא תוריד את מחיר הדירה, לא אקנה אותה; אם לא תשיב לי את החוב, אתבע אותך בבית-המשפט – הם איומים מותרים. לדיון בהבחנה בין איומים לגיטימיים לאיומים בלתי לגיטימיים ראו, ע"פ 103/88 **ליכטמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(3) 373 (1989).

מה שעשוי לקדם את הדיון הוא האיפיון של חרם כפעולה משותפת. האתגר המרכזי בהנהרת חוסר הלגיטימיות של החרם הוא להסביר מדוע התנהגות מסוימת, שהיא מותרת כאשר היא נעשית על-ידי פרט, עשויה להיות בלתי לגיטימית כאשר היא מתבצעת באופן קבוצתי. אם נסתכל מנקודת מבטו של המוחרם, הרושם הראשוני שעשוי להיווצר הוא, שמכיוון שלמוחרם אין זכות קנויה למכור את המוצר/שירות לאדם מסוים במחיר מסוים (ובאופן רחב יותר – למוחרם אין זכות קנויה לקשר כלשהו עם בני-אדם אחרים) אזי קיימת לצד שכנגד חירות להחרים. ואולם אנו יודעים כי לא תמיד המשפט מתרגם העדר-זכות של אחד לחירות בלתי מוגבלת של האחר.⁸⁵ השאלה שחרם מעורר אינה נוגעת לחובה של פרט לקיים קשר אינדיבידואלי עם פרט אחר, אלא ללגיטימציה של חבירה משותפת של פרטים לצורך הימנעות מקשר.

חרם מהווה הפעלה קולקטיבית של כוח. יש לכך שני מימדים: *המימד הראשון* נוגע ליצירת בסיס הכוח – עצם הצבירה מהווה נקודה משמעותית בהתהוות של החרם שכן על מנת שהחרם יהיה אפקטיבי, צריך שיהיו שותפים לו מספיק אנשים על מנת ליצר את בסיס הכח. *המימד שני* הוא אופן השימוש בכח שנצבר. מהלך של חרם אינו ננקט מתוך תקווה ערטילאית להעברת מסר לקהל ידוע יותר או פחות, והוא אינו משמש רק כמנגנון להעברת אינפורמציה. אקט החרם מהווה מהלך תכליתי וממוקד, שנועד להפעיל לחץ.⁸⁶ ידוע כי הן צבירת כוח והן הפעלתו ללא אמצעים מרסנים מטעם המדינה, עלולים להציב איום במדינה דמוקרטית. הטיפול במנגנוני צבירת-כוח אינו חדש למשפט ומקומות שבהם המשפט זיהה בעבר דפוסים חוזרים וצורות מאורגנות של שימוש בכוח הם זכו, זה לא מכבר, לאסדרה משפטית. דוגמאות ניתן למצוא בתחום ההגבלים העסקיים, דיני עבודה – באמצעות הטלת מגבלות על פעילות של ארגוני עובדים, וכן בפיקוח על תאגידים. הטיפול המדינתי במצבים אלה שולל לעיתים את עצם היכולת להפעיל את הכוח, את היכולת להפעילו בדרך מסוימת, או שהוא מציב תנאים מקדמיים שיש למלא טרם הפעלתו (תאום מחירים, שביטה פראית, וכו).⁸⁷ אסדרת הפעילות בידי המדינה מקטיין את החששות לניצולו של הכוח לרעה.

במאמר זה אנו מתמקדים בפלח מסוים של חרמות – הננקטים בידי קבוצת המחרימים כסנקציה על הפרת נורמה. החרם במצבים אלה ננקט כתגובה להתנהגות הפסולה של המוחרם, והחרם מצטייר בעיני המחרימים כאקט של התגוננות קהילתית או עשיית צדק, החורג מהשאת האינטרסים שלהם כפרטים.⁸⁸ חרמות מסוג זה נבדלים מסוג אחר של חרמות,

⁸⁵ Wesley. N. Hohfeld, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, in AMERICAN LEGAL REALISM 45, 45-46 (William W. Fisher et al., eds., 1993); Alexander, Consumer Boycotts and Freedom of Association: A Comment on a Recently Proposed Theory, 22 SDLR 555, 556 (1985).

⁸⁶ באופן מסורתי, הצלחת החרם תלויה באופן מכריע בתיאום הפעולה הקולקטיבית. בנוסף, היא תלויה בגודלה של הקבוצה המחרימה. Philippe Delacote, *On the Sources of Consumer Boycotts Ineffectiveness*, 18 J. ENV'T. & DEV. 306, 307-308 (2009). במובן זה, ברור כי פוטנציאל הגדילה של הקבוצה המחרימה הוא משמעותי יותר בעידן הרשתות החברתיות. ראו יניב מנו, חרם צרכנים, לעיל ה"ש 8, עמוד 747.

⁸⁷ פרנסס רדאי וגיל-עד נועם "ארגוני עובדים ומשא ומתן קיבוצי בישראל – מבט אל המאה ה-21" משפטים לד 39, 46 (2004); דיוד גילה, חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומנופולין, לעיל ה"ש 28; אסף חמדני "ריכוזיות השליטה בישראל – היבטים משפטיים" מחקר ומדיניות 9, 78 (2009).

⁸⁸ Radzik, לעיל ה"ש 3, עמוד 108.

הננקטים כטקטיקת מיקוח במו"מ, דוגמת חרם שתכליתו להביא להורדה במחיר של מוצר. כך לדוגמה, בחרם שננקט כנגד תאגיד בתגובה לשימוש שהוא עושה בניסויים בבע"ח, המחרימים אינם פועלים רק להשאת אינטרס צר הממוקד בהורדת מחיר המוצר או שינוי בתכונותיו הפונקציונליות, אלא הם מעוניינים לגרום למוחרם לחדול מהתנהגות המפרה נורמה אתית/מוסרית רחבה, שעניינה יחס פוגעני לבעלי-חיים.

חרמות המהווים סנקציה על הפרת נורמה עשויים להיתפס כפרקטיקה ראויה, אפילו נאצלת, שכן המחרימים מוכנים לשלם מחיר מסוים בהשתתפותם בחרם, הכרוך למשל באי-צריכת מוצר שאהוב עליהם. ניתן לצייר את המחרימים כאידאליסטים ואף כנותני שירות לציבור, הנכונים להתגייס ביוזמתם לאכיפת נורמות מוסריות. ואולם טענתנו במאמר זה הינה, שחרמות מסוג זה מעוררים שאלות כבדות-משקל מבחינת הלגיטימציה שלהם. בספרות סוציולוגית ופילוסופית מהעת האחרונה, החלו חוקרים לדון בסוגים מסוימים של חרמות במונחים של פגיעתם בערכים דמוקרטיים, דוגמת שוויון פוליטי ופגיעה בזכויות אדם בסיסיות כגון הזכות להליך הוגן. אנו מבקשים לקרב דיון זה לזירה המשפטית ולהציע הבחנות נוספות שיהוו תשתית לפיתוח אסדרה משפטית.

לחרמות הננקטים כסנקציה על הפרת נורמה כמה מאפיינים. ראשית, הקריאה לחרם מלווה בקביעה עובדתית ביחס למצבו/התנהגותו של המוחרם, המהווה את הבסיס להפעלת הסנקציה כנגדו. הקריאה הטיפוסית לחרם בנויה באופן הבא: "החרימו את X, כי – ...". שלוש הנקודות שומרות מקום לתיאור מצג עובדתי שלאורו מתבקשים הנקראים להחרים לפעול כנגד המוחרם. מטבע הדברים, המצג העובדתי המהווה בסיס לקריאה לחרם, אינו מאומת בידי רשות מוסמכת,⁸⁹ וכפי שנראה להלן הוא עלול להיות שקרי, או פשוט מוטעה.⁹⁰ שנית, ובהמשך להצגת המצע העובדתי, החרמות שנעסוק בהם מתאפיינים בקביעת עמדה נורמטיבית-שיפוטית ביחס למוחרם והטלת סנקציה עליו. על-פי הדין הנוהג היום, הליך זה אינו מבוקר ואינו מחויב לסטנדרטים כלשהם של מידתיות. משני המאפיינים שלעיל נובע מאפיין שלישי והוא, שבחרם מהסוג של הטלת סנקציה בגין הפרת נורמה, המחרימים הם שקובעים את המצע העובדתי, הם שמכריזים על הפרת הנורמה מצד המוחרם, הם שמטילים עליו את הסנקציה, והם שמוציאים אותה לפועל – הכל בעת ובעונה אחת. לפיכך, בחרמות המהווים הטלת סנקציה מתקיימת תופעה של "איחוד רשויות" במובן זה שפעולתם של המחרימים מאגדת פונקציות שונות שכאשר הן מתבצעות בידי המדינה – הן מתבצעות בידי גופים שונים. כך, כמובנים רבים החרם מתפקד כבית-דין שדה שבו באבחה אחת מוכרע ונגזר דינו של המוחרם וזאת לרוב ללא יכולת להתגונן או להציג את עמדתו (שכן כלל לא נעשתה פניה אליו טרם הנקיטה בחרם)⁹¹, וללא קריטריונים מוסכמים של שיפוט והכרעה. הקיבוץ של מאפיינים אלה תובע דיון בלגיטימיות של חרם כאקט אזרחי של אכיפה וכינון נורמות.⁹²

⁸⁹ זאת, בניגוד לעיתונאים למשל, שעליהם להקפיד ככל הניתן על דיוק, אמינות ושלמות המידע. ראו ס' 3 לתקנון האתיקה המקצועית של העיתונות (מעודכן לספטמבר 2020).

⁹⁰ כך למשל, קריאה להחרמת רופא שנטען כלפיו כי הוא מטופל בחולים בשעה שהוא עצמו חולה קורונה. זאת, ללא כל בסיס עובדתי. ראו Phadikar, לעיל ה"ש 55.

⁹¹ Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 62.

⁹² כפי שנפרט בהמשך, איננו מתעלמים מליקויים וכשלים קיימים במערכות הציבוריות-ממלכתיות של קבלת הכרעות. כידוע, אלה רחוקות מלהיות מושלמות. ואולם לטענתנו יש לדון בשאלת היחס בין האכיפה הפרטית הטמונה בחרם לבין ההליכים הממוסדים, דיון הנערך כיום כליל מהעיסוק המשפטי בחרם.

הדיון שלהלן יבחין בין סוגים שונים של חרמות תחת גג זה, המעוררים שאלות נבדלות מבחינת פגיעתם בפרוצדורות דמוקרטיות. הקטגוריה הראשונה היא חרמות ענישתיים (punitive boycotts); הקטגוריה השנייה היא חרמות פוליטיים, הנקטים על-מנת לייצר שינוי נורמטיבי רחב בסוגיות פוליטיות מובהקות; המשותף לקטגוריה הראשונה והשנייה הוא שבשתייהן, כך נטען, החרם מסכן ערכים דמוקרטיים של שיפוט וקבלת החלטות ובשתייהן קיימים טעמים טובים להטיל ספק בלגיטימיות של החרם. הקטגוריה השלישית שנדון בה היא חרמות צרכניים. במסגרת זו נבחין בין חרמות צרכניים "מיקוחיים" – דוגמת חרמות להורדת מחיר המוצר – לבין חרמות צרכניים הנקטים כסנקציה על הפרת נורמה, והם בעלי היבטים פוליטיים. נראה כי האחרונים מעוררים שאלות מורכבות מבחינת לגיטימיות השימוש בכוח, שכן מצד אחד אלה חרמות הנקטים במסגרת השוק ועוסקים ביחסים בין השחקנים בספירה זו (יצרנים/ספקים מול צרכנים), ומצד שני, הם שואפים להשפיע על הספירה הפוליטית, המצויה מחוץ לשוק, נוגעים ליחסים בין הצדדים כאזרחים, ובעלי השפעה רחבה על צדדים שלישיים מחוץ למערכת-היחסים השוקית.

1. חרם ענישתי

הגדרה בסיסית של חרם היא הימנעות מאורגנת/קולקטיבית מאינטראקציה כלכלית/מסחרית/תרבותית עם אדם/קבוצה.⁹³ הספרות הסוציולוגית והאתית מאפיין חלק מן החרמות כענישתיים (punitive),⁹⁴ משום שבחרמות אלה ההימנעות מקשר נועדה לגמול למוחרם על התנהגותו הפסולה, ולגנות אותה באופן פומבי. זאת, להבדיל ממוטיבציות אחרות של החרמה, כגון הרצון שלא להיתפס כמשתף פעולה עם פרקטיקה מסוימת, או נקיטה בחרם כאמצעי לחץ לצורך שיפור עמדת מיקוח במערכת יחסים כלכלית.⁹⁵ דוגמה ישראלית אקטואלית לחרם ענישתי היא הקריאה להחרים את השחקן והבמאי משה איבגי – דמות מרכזית בתעשיית הבידור הישראלית – שנשפט בגין הטרדות מיניות. לאחר שפורסם גזר-דינו, הושמעה ביקורת ציבורית רבה על קלות העונש (בעיני המבקרים) ופורסמה קריאה להחרים את איבגי בעיתון יומי מרכזי בישראל בזו הלשון: "בית המשפט כשל. עכשיו תורו של הציבור להעניש את משה איבגי".⁹⁶

הספרות החוץ-משפטית זיהתה מספר קשיים ביחס לחרמות ענישתיים. קושי אחד נוגע למידת ההלימה בין עוצמת החרם ומשכו לבין חומרתה של ההתנהגות המוחרמת – שאלת

⁹³ Radzik, לעיל ה"ש 3, עמוד 103.

⁹⁴ Minda, לעיל ה"ש 18; Carmen-Maria Albrecht et al., *Exploring Why Consumers Engage in* Boycotts: Toward a Unified Model, 13 J. PUB. AFF. 180, 183-184 (2013) (להלן: "Albrecht et al."); ראו, Monroe Friedman, Consumer Boycotts: Effecting Change Through the Marketplace and Media 13 (1999) (להלן: "Friedman") (דיון בחרמות עונשיים כתגובה אינסטרומנטלית-אקספרסיבית לעובדות מוגמרות, כלומר הענשה על העבר).

⁹⁵ Minda, לעיל ה"ש 18; Carmen-Maria Albrecht et al. שם.

⁹⁶ נירית אנדרמן "בית המשפט כשל. עכשיו תורו של הציבור להעניש את משה איבגי" הארץ (23.7.2020) www.haaretz.co.il/gallery/opinion/premium-1.9016609

ה"מידתיות" של החרם כעונש.⁹⁷ מכיוון שהחרם אינו ננקט בידי מוסדות המדינה, אין פיקוח על מידתו או משכו.⁹⁸ הידע הרב שנצבר לגבי חרמות מלמד כי גם כאשר החרם מאורגן על-ידי גוף מרכזי, פעמים רבות קשה לשלוט על הדינמיקה שבה הוא מתפתח ומתנהל.⁹⁹ וזאת בניגוד לענישה המוטלת בידי המדינה, הכפופה לעקרון המידתיות.¹⁰⁰ פרידמן מעיר בצדק כי בחרמות ענישתיים:¹⁰¹

the boycott group may decide to act like a judge in a criminal court proceeding and 'sentence' the boycott target to a specific period of punishment, often a year.

קושי נוסף המתואר בספרות הסוציולוגית הוא שחרם ענישתי הוא לעיתים בגדר אכיפה סלקטיבית, שכן הבחירה ביעד החרם איננה תוצר של מדיניות עקבית של אכיפה, אלא נוגעת בעיקר לשיקולים של היכולת לגייס ציבור גדול של מחרימים, והפוטנציאל של החרם לעורר הד תקשורתי.¹⁰² למעשה, כפי שמציין פרידמן בהקשר של חרמות צרכניים, פעמים רבות הסימון של מותג אחד בלבד כיעד לחרם היא בחירה אסטרטגית המונעת משיקולי אפקטיביות (העדפת בחירה ביעד אחד על-פני "התפזרות" על כמה מותגים).¹⁰³ תופעה זו מכונה לעיתים בספרות scapegoating.¹⁰⁴

כאמור, ההמשגה של חרמות מסוימים כענישתיים מופיעה בספרות החוץ-משפטית. ואולם מתעוררת השאלה כיצד המשגה זו משליכה על הלגיטימציה של חרמות, והאם היא מובילה למסקנות כלשהן לעניין הצורך באסדרתם. גם בשיח המשפטי מוזכרת לעיתים המוטיבציה העונשית של חרמות.¹⁰⁵ אך לרוב, הספרות הקיימת לא גוזרת מהאופי הענישתי

⁹⁷ Beck, לעיל ה"ש 8, עמוד 552; ראו גם Scott Altman, *Are Boycotts, Shunning, and Shaming Corrupt?*, Oxford Journal of Legal Studies 1, 15 (2021) <https://doi.org/10.1093/ojls/gqab015> (להלן: "Altman") עמד על כך שהענישה לעיתים עלולה להיות מופעלת בחוסר פרופורציה או כלפי מי שלא ביצע עוולה).

⁹⁸ כך למשל, במקרה של חרם הדוריטוס, לעיל ה"ש 31, לקריאות לחרם הצטרף בד"צ העדה החרדית, הנותן אישורי כשרות למוצרי שטראוס. הרבנים בקשו מהצרכנים ומרשתות השיווק להימנע מקניית חטיפים אלה, והכריזו על כך שחרם הצרכנים כנגדה צפוי להימשך מספר חודשים, עד לאחר חלוף חג הפסח. ראו, "בנפשנו הוא": בד"ץ העדה החרדית מצטרף לחרם על דוריטוס" הידברות (14.2.2022) <https://www.hidabroot.org/article/1165215>.

⁹⁹ Radzik, לעיל ה"ש 3, עמוד 117; Jim Salas & Gabriel Gonzalez, *Strategies for Managing in the Age of Boycotts: Are Boycotts Prone to Factors That May Make Them Ineffective?*, 22 *Graziadio Bus. Rev.* 1, 3 (2019).

¹⁰⁰ כמובן שקיימת ביקורת רבה על הפעלת מוסדות ענישה בידי המדינה, וספציפית, על סטיות מעקרון המידתיות. מערכות אלה רחוקות מלהיות מושלמות. ואולם הן רואות עצמן כפופות לסטנדרטים של מידתיות ואילו חרם אינו כפוף לסטנדרט כזה.

¹⁰¹ Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 9.

¹⁰² כך, למשל, במקרה של החנות הקוריאנית החרם סוקר באינטנסיביות בתקשורת. ראו שם, עמודים 108, 219, 221.

¹⁰³ Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 27.

¹⁰⁴ Beck, לעיל ה"ש 8, עמוד 549.

¹⁰⁵ ראו *Hartford Fire Ins. Co. v. California* 509 U.S. 2891, 2911 (1993) ("to 'boycott' means 'to combine in refusing to hold relations of any kind, social or commercial, public or private, with [a neighbor], on account of political or other differences, so as to punish him for the position he has taken up, or coerce.'") לעיל ה"ש 18, עמוד 810.

של חרמות מסקנות לעניין הרגולציה המשפטית שלהם.¹⁰⁶ במידה רבה, האפיון של החרם כענישתי מעורר אינטואיציות מוסריות סותרות. מצד אחד, חרם כזה ננקט מתוך מחשבה מודעת – למעשה כוונה – לגרום נזק למוחרם ולהכאיב לו, שכן גרימה מכוונת של סבל או כאב היא אלמנט מרכזי של כל ענישה.¹⁰⁷ מאידך, דווקא אם חושבים על החרם במונחי ענישה, הוא אינו מצטייר כאלמות גרידה או התאכזרות לשמה, אלא כאקט של צדק. כל ענישה כרוכה בגרימת כאב ואולם מטרתה היא להוות תגובה הולמת למעשה פסול. לפיכך, הנוקטים חרם ענישתי מציגים עצמם כמי שממלאים פונקציה חברתית, לעיתים על חשבון טובתם האישית, תוך ויתור על קשר עם המוחרם או על טובת הנאה. הם נתפסים כמי שאינם משרתים את עצמם בלבד, אלא כנותני שירות לכלל החברה, בכך שהם נכונים לאכוף עקרונות כלליים של צדק.¹⁰⁸ להלן נטען כי שאלת הלגיטימציה של חרם ענישתי נוגעת ליחס בין חרם כצורת ענישה חברתית, לענישה הפלילית הננקטת בידי מוסדות המדינה. באופן ספציפי, נטען כי חרם ענישתי הוא בלתי לגיטימי אם בנסיבות שבהן הוא ננקט, הוא חוצה את הגבול בין ענישה חברתית לענישה פלילית, באופן הפוגע במונופול (המוצדק) של המדינה על הענישה הפלילית.

ראוי להתחיל את הדיון בלגיטימציה של חרם ענישתי בבחינה מעמיקה יותר של עצם ההנחה שחרמות (מסוימים) הם ענישתיים. האם תיוג זה נותר ברמה המטאפורית בלבד ("חרם מתנהג כמו עונש") או שיש לומר כי חרם ענישתי אכן מהווה עונש? בספרות הפילוסופית קיימת רתיעה מניסיון לספק הגדרה אנליטית ממצה לענישה - כזו שתמנה את כל התנאים ההכרחיים ו/או המספיקים לתופעת הענישה בכללותה.¹⁰⁹ ובכל זאת, ניתן לחלץ מספרות זו כמה הבחנות מועילות לדיון בחרם. דומה כי האלמנטים המשותפים לכל צורות הענישה הם (1) גרימת סבל; (2) המהווה תגובה על מעשה פסול או הפרת נורמה.¹¹⁰ ענישה פלילית (או

¹⁰⁶ קרוב לוודאי שהחריג היחיד לכך הוא הספרות המשפטית-כלכלית, הדנה בחרמות כסנקציה בלתי פורמלית (אם כי חרמות אינם במוקד הדיון, אלא רק מוזכרים בנוסף לאמצעים אחרים). ההנחה בספרות זו היא שאכיפה בלתי פורמלית של נורמות חברתיות היא אמצעי משלים ולא מתחרה לאכיפה פורמלית באמצעות מוסדות המדינה. כפי שידון להלן, גישתנו שונה. לדוגמה מייצגת של הספרות בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט הדנה באופן אהוד בסנקציות בלתי פורמליות ראו Eric A. Posner, *The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action*, 63 *University of Chicago Law Review* 133 (1996).

¹⁰⁷ ראו Grant Duncan, *The Meanings of 'Pain' in Historical, Social, and Political Context*, 100 *THE MONIST* 514, 515 (2017) ('Pain' derives from the Latin *poena*, which is the precursor of, and translatable as, penalty and punishment).

¹⁰⁸ Radzik, לעיל ה"ש 3, עמוד 104.

¹⁰⁹ כך למשל, מציין אנתוני דאף באחת מעבודותיו המרכזיות על ענישה כי:

"I do not engage here in the kind of discussion of the definition of punishment that is doomed to futility if it is intended to produce a definition capturing all and only those practices that properly count as 'punishment', and that must rapidly become a normative discussion of how punishment can be justified if it is to produce a useful account of what we *should* mean by punishment."

Antony Duff, *Punishment, Communication, and Community* (2001) p. xiv

¹¹⁰ כך למשל, באנציקלופדיה בריטניקה ענישה מוגדרת כך:

punishment, the infliction of some kind of pain or loss upon a person for a misdeed (i.e., the transgression of a law or command). <https://www.britannica.com/topic/punishment> ;

ענישה חוקית – legal punishment) היא "מקרה מרכזי (או סטנדרטי) של ענישה", כפי שמכנה זאת הארט.¹¹¹ היא מוגדרת כתגובה כואבת ומגנה¹¹² שנקטת בידי המדינה, בגין הפרת חוק, כלפי העבריין.¹¹³

בניגוד בולט להעדרה של הגדרה אנליטית ממצה למהי ענישה, בספרות הפילוסופית והמשפטית מתקיים במשך עשורים רבים דיון ער בהצדקות לענישה הפלילית בידי המדינה. באופן בסיסי ענישה פלילית נתפסת כפרקטיקה כופה, הטעונה הצדקה חזקה כדי להכשיר את השימוש בה בידי המדינה. דיון שגור זה, המונה לרוב הצדקות תועלתניות ו/או גמולניות לענישה הפלילית, לכאורה אינו משליך במישרין על הדיון בחרם, משום שחרם אינו נקט על-ידי המדינה¹¹⁴ ולפיכך אינו עונה להגדרה הפורמאלית של ענישה פלילית. לפיכך, גם אם חרם אכן מהווה ענישה, לא ברור שהוא טעון הצדקה באופן דומה לענישה הנקטת בידי המדינה. ואולם בנקודה זו אנו ממליצים להיזהר מכשל שהארט כינה "definitional stop" – מצב בו צורות ענישה שאינן עונות על כל הפרמטרים של הענישה הפלילית כפי שאלה הוגדרו מראש, מקבלות חסינות מפני דיון נורמטיבי בלגיטימיות שלהן.¹¹⁵ הסכנה היא יצירת רשימה סגורה של תנאים הכרחיים לענישה פלילית "סטנדרטית", תוך הנחה כי מקרים שנעדרים חלק ממאפיינים אלה יוגדרו כמצויים מחוץ לקטגוריה של ענישה פלילית ועל כן פטורים, כביכול, משאלות של הצדקה.¹¹⁶ ואולם הארט מזהיר כי מתן פטור שכזה יהווה כשל, הלוקה בהנחת המבוקש, משום שהוא מונע דיון בטעמים שבגינם עוצב המוסד של הענישה הפלילית כפי שעוצב. קחו לדוגמה מקרה שבו המדינה תחליט לנקוט בפרקטיקה של הטלת עונש קולקטיבי על בני-משפחתו או קהילתו של עבריין. מצב זה אינו נופל להגדרת הענישה הפלילית הסטנדרטית, משום שאחד התנאים לענישה פלילית הוא שהעונש מוטל ישירות על מי שביצע את העברה. כמובן שאין מדובר במקרה שיש להעניק לו חסינות מדיון נורמטיבי בתואנה כי הוא אינו מהווה בהגדרתו ענישה פלילית. מדברים אלה ניתן ללמוד כי גם אם תופעה מסוימת אינה עונה לכלל מרכיבי הגדרת הענישה הפלילית הסטנדרטית, ואולי דווקא בשל כך, עדיין יש צורך לדון בהצדקתה.

H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* 6 (1968) ¹¹¹
מאפיין הגיוני מבחין בין ענישה לתגובות כואבות אחרות שהמדינה נוקטת בגין הפרת חוק, כגון הליך הדחה ¹¹²
(impeachment) שמטרתו טיוב השירות הציבורי. George Fletcher, *Rethinking Criminal Law* ¹¹³
"המקרה המרכזי" של ענישה כולל עפ"י הארט 5 אלמנטים: (1) גרימת כאב או חוסר נעימות; (2) הענישה מושתת בשל עבירה על החוק (legal rules); (3) ענישה מושתת על עבריין – כלומר על מי שביצע את העבירה; (4) ענישה מושתת כאקט מכוון על-ידי בני-אדם שאינם העבריין; (5) ענישה מושתת על-ידי גוף סמכותי שכוון על-ידי מערכת המשפט שהעבירה בוצעה כלפיה. באופן דומה, דאף גורס כי ענישה (פלילית) היא כואבת או משיתה נטל (burdensome), היא מושתת על עבריין בגין עברה, ע"י מי שיש לו סמכות להעניש. בנוסף, הענישה מכוונת להביע גינוי. דאף, ה"ש 109 בעמ' xiv-xv.

במאמר זה איננו עוסקים בחרמות המוטלים בידי טריבונלים שיפוטיים. ¹¹⁴

H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* 6 (1968) ¹¹⁵
הארט מכנה את מקרי הענישה שבהם לא מתקיים אחד (או יותר) מהמרכיבים אותם מנה לענישה חוקית (או פלילית) - מקרים "תת סטנדרטיים" של ענישה.

גם אנתוני דאף מציע תובנה דומה, לפיה הדיון בהגדרה האנליטית של ענישה הופך מהר מאוד לדיון נורמטיבי במהי ענישה ראויה, פעמים רבות מבלי שמבחינים בכך. ר' ה"ש 109 לעיל. ¹¹⁶

בסדרת מאמרים עוסקת לינדה רדזיק באתיקה של ענישה חברתית.¹¹⁷ היא מגדירה חרם ענישתי כצורה של עונש חברתי בלתי פורמלי.¹¹⁸ צורות נוספות של עונש חברתי בלתי פורמלי כוללות ביוש פומבי (למשל ביוש ברשתות החברתיות) או אף נזיפה באדם אחר (rebuke) במסגרת יחסים בינאישיים כגינאי על התנהגותו.¹¹⁹ עונשים כאלה הם בלתי פורמליים משום שהם אינם ננקטים בידי גורם בעל סמכות להעניש.¹²⁰ ואולם דווקא אפיונו של חרם כעונש בלתי פורמלי, מעורר שאלה ייחודית בנוגע לגיטימציה שלו והסכנות הטמונות בו. כפי שמראה רדזיק, ג'ון סטיוארט מיל הוא אחד ההוגים הליברלים היחידים שהפנו את המבט לקשיים הטמונים בענישה חברתית פופולרית – זו שאינה ננקטת בידי גוף מוסמך אלא נתונה בידי מה שהוא כינה "דעת הקהל". מיל טען כי:¹²¹

Society can and does execute its own mandates: and if it issues wrong mandates instead of right, or any mandates at all in things with which it ought not to meddle, it practises a social tyranny more formidable than many kinds of political oppression, since, though not usually upheld by such extreme penalties, it leaves fewer means of escape, penetrating much more deeply into the details of life, and enslaving the soul itself

מהי אותה עריצות חברתית שמיל חשש ממנה, לעיתים אף יותר מצורות ידועות של דיכוי פוליטי? בנסיבות מסוימות, ענישה חברתית עשויה להוביל למצב דמוי-ליניץ'. המונח "ליניץ'" יוצר לרוב קונוטציה של מעשי אלימות קטלניים – של הוצאה פומבית להורג בידי המון. אכן, מקרי הליניץ' הידועים ביותר בהיסטוריה התרחשו במפנה המאה ה-20, כאשר לבנים בדרום ארה"ב עשו מעשי ליניץ' אלימים באפרו-אמריקאים שנחשדו בעבירות פליליות, לרוב

¹¹⁷ Radzik, לעיל ה"ש 3, עמודים 114–118 (דיון בחרמות כ"ענישה חברתית" מכוונת בתגובה למעשים הנתפסים כעוולות) וכן Linda Radzik et al, *The Ethics of Social Punishment* (2020)

¹¹⁸ ר' 5. Radzik, *Defining Social Punishment*, in *The Ethics of Social Punishment*, p. 5.

¹¹⁹ ר' שם. להבדיל מענישה חברתית בלתי פורמלית, רדזיק טוענת כי ענישת ילדים בידי הוריהם, או ענישת עובדים בידי מעבידים היא ענישה חברתית פורמלית, משום שהיא מתרחשת במסגרת מוסדית שבה קיימת הכרה פורמלית בסמכות של המעניש להעניש. ר' שם, עמ'

¹²⁰ כפי שרדזיק מראה, יש שיחנגדו להגדרת התנהגויות אלה כענישה, משום שהם סבורים כי מאפיין הכרחי של כל ענישה הוא שהיא מושתת על-ידי גורם מוסמך. על-פי תפיסה זו, ענישה בידי המדינה וענישה בידי הורית הן שתיהן צורות של ענישה – האחת מדינתית והשניה חברתית. ואילו תופעה כמו חרם אינה מהווה ענישה כלל. רדזיק חולקת על גישה זו וטוענת כי גם ענישה בלתי פורמלית למעשה נעשית בידי מי שמוסמך לכך, מכיוון שהיא גורסת שסמכות אינה מחייבת יחס היררכי ומוסדי. ר' שם.

¹²¹ John Stuart Mill, *On Liberty*, in *Collected Works of John Stuart Mill*, vols, I.5., ed. J. M. Robson (1977)

(Toronto: University of Toronto Press). יוער כי מיל לא קבע עמדה לפיה ענישה חברתית כזו היא בלתי לגיטימית. כאמור להלן, נביע עמדה שונה.

אונס.¹²² דוגמאות דומות ניתן אף למצוא בהיסטוריה המקומית.¹²³ ואולם המונח ליניץ אינו מחייב נקיטה של אלימות פיסית דווקא. לבה של תופעת הליניץ הוא היותה ריטואל של צדק חוץ-שיפוטי, הננקט בידי ההמון כנגד העברייין/מורשע.¹²⁴ המונח "צדק חוץ שיפוטי" מסמן כי לא זו בלבד שמדובר בענישה בלתי פורמלית, כלומר כזו שאינה ננקטת בידי גוף רשמי של המדינה, אלא מדובר בענישה שעילתה הוא (טענה ל) מעשה בלתי-חוקי של קורבן הליניץ (להבדיל, למשל, מענישה חברתית בגין מעשה שהמחרימים רואים בו עוול מוסרי, גם אם הוא חוקי).¹²⁵ גם בספרות המשפטית נעשה שימוש במונח ליניץ בהקשרים שאינם כוללים אלימות פיסית, למשל כדי לתאר פרקטיקה של ענישה באמצעות ביוש בידי ההמון, בהוראתו של בית-משפט.¹²⁶

ואולם האם כל חרם ענישתי מהווה ליניץ, והאם תיוג זה מוביל למסקנה ברורה לעניין הצורך באסדרה משפטית של חרמות ענישתיים? שאלה דומה לשאלה שאנו עוסקים בה כאן ביחס לחרמות ענישתיים, נדונה בשנים האחרונות בנוגע לביוש ברשתות החברתיות של המואשמים בהטרדות מיניות כחלק מתנועת מי-טו.¹²⁷ הדמיון בין ביוש במסגרת תנועת מי-טו לבין חרם ענישתי הוא שבשני המקרים מדובר בצורה בלתי פורמלית של גינוי או ענישה.

David Garland, Penal Excess and Surplus Meaning: Public Torture Lynchings in Twentieth Century America 39 L. & SOC'Y. REV. 793, 891-804 (2005) ¹²²

ביום השני למאורעות תרפ"א, נפוצו שמועות שיהודים הרגו ערבים. בנו של השוטר מחמוד זית נהרג בנסיבות לא ברורות, ובבית הקברות שייח' מוראד פרץ ליניץ: ארבעה יהודים נרצחו במוטות ובגרזנים, שניים אחרים נורו. אורי קסלר "בחזרה לפוגרום הראשון בארץ הקודש" **זמן ישראל** (17.5.2021) www.zman.co.il/221899. בשנת 1951, ניסים לוי הותקף במעשה ליניץ' בשל האשמתו שווא שייחסה לו גניבה ונרצח. מאוחר יותר, קברצת אנשים הסתערה על ביתם של החשודים ברצח של ניסים, במטרה לבצע על פי הדיווחים "משפט-ליניץ" בבני המשפחה, תוך ניסיון להצית את ביתם. ראו ד"ר א. פלינט "לוי נרצח על-ידי מעשה ליניץ" **שערים** ב' (4.3.1952); "המון נרגז הסתער על בית החשודים ברצח בגבעת-עלייה" **על המשמר** 1 (5.9.1951); בשנת 1959, רוכל ממתקים בישראל הואשם ברצח ילד, ואנשי השכונה ניסו לעשות בו מעשה ליניץ, עד שנתפסו על ידי המשטרה. ראו "רוכל נאשם ברצח ילד בן 8" **דבר** 6 (23.2.1959).

שם, עמודים 1059, 1089. Whitman מאפיין את הביוש כסוג של ליניץ-צדק הכרוך בחוסר שליטה על האופן שבו הציבור מפעיל את כוח האכיפה שלו. ראו גם The definition of *Lynch-Law* in Encyclopedia Britannica: "LYNCH LAW, a term loosely applied to various forms of executing rough popular justice, or what is thought to be justice, for the punishment of offenders by a summary procedure, ignoring, or even contrary to, the strict forms of law" Walter Lynwood Fleming, Lynch Law, 17 Encyclopedia Britannica (1911) ¹²⁴

באופן מעניין, התרגום העברי לליניץ הוא "מעשה-שפטים" – מעשה המתיימר לשפוט אדם מחוץ למערכת הצדק. מילון ווליש ¹²⁵

<https://www.wellisch.co.il/%D7%A4%D7%A9%D7%9E%D7%A2%D7%A9%D7%A4%D7%A9%D7%A4%D7%98%D7%99%D7%9D>

שפטים" גם בהגדרת הוויקיפדיה של ליניץ: <https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A0%D7%A5%27>

James Whitman, *What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?*, 107 YALE L. J. 1055, 1059 (1998) ¹²⁶

יוער כי בשנים האחרונות קיים דיון נרחב בספרות הקרימינולוגית והפילילית ביחס לפרקטיקות של ביוש כאמצעי בלתי-פורמלי לאכיפת נורמות, יעילותן, והלגיטימציה שלהן. דיון זה אינו מוגבל לתנועת מי-טו. ראו למשל Makkai, T., & Braithwaite, J. (1994). Reintegrative shaming and compliance with regulatory standards. *Criminology*, 32(3), 361-373. ¹²⁷

קו-דמיון נוסף, שחשוב במיוחד להדגישו, הוא שבשני המקרים מתעוררת שאלת היחס בין הפרקטיקה החברתית הבלתי-פורמלית¹²⁸ לבין הליכי שיפוט פורמליים במסגרת ההליך הפלילי. אין מדובר בשאלת הלגיטימציה של עונש חברתי באשר הוא, אלא בשאלת הלגיטימציה של עונש חברתי בגין התנהגות המצויה בתחום האסדרה הקיימת של החוק. כידוע, חלק גדול מההניעה של ביוש הפוגעים במסגרת תנועת מי-טו היא ביטוי אכזבתם של הקורבנות מאופן פעולתם של מוסדות האכיפה הרשמיים בטיפול בפגיעות מיניות. חשיפת הפוגע ברשת החברתית מבקשת פעמים רבות למלא חסר, או לתקן ליקוי בהליך הרשמי.¹²⁹

מבלי להמעט מחשיבותה של הביקורת כלפי מערכת המשפט, בעת האחרונה נשמעת ביקורת נוקבת כלפי תנועת מי-טו. לצד היתרונות הטמונים בה לקורבנות ההטרדה המינית, הזוכים להשמיע את קולם באופן אותנטי בזירה אוהדת (או לפחות בלתי חשדנית),¹³⁰ קיימות בעיות רבות בפרקטיקת הביוש. כך למשל, טוענת טטיאנה הורנלה כי הביוש ברשתות החברתיות במסגרת מי-טו כרוך בפוגענות עבור הנאשמים/חשודים במונחים של העדר קיומה של חזקת חפות, העדר יכולתם להתגונן, והיותם נתונים לתוצאות קשות, ולעיתים בלתי מידתיות ובלתי הפיכות, כתוצאה מהחשיפה ברשת החברתית (פיטורין מהעבודה למשל).¹³¹ בישראל, טענה אורית קמיר, מי שניסחה וקידמה את החוק למניעת הטרדה מינית, כי לצד היתרונות הטמונים בתנועת מי-טו, "השילוב של תרבות הקורבנות ביחד עם התקשורת הווירטואלית מזמין השתקה ואף רדיפה חסרות מעצורים של מי שמזוהים כשייכים לקבוצה חזקה. כשיסודות אלה מחלחלים לגל פמיניסטי, הם מאיימים על זכויות אדם וחווה ועל פמיניזם הכבוד".¹³² עד כה, הדיון הקיים בספרות בתנועת מי-טו מתאפיין בזהירות מאמירה מפורשת השוללת את הלגיטימציה של הביוש ברשתות החברתיות, וזאת, גם מצד אלה המזהים את הפוגענות הטמונה בה. תשובה מרכזית של התומכים בביוש החברתי נוסח תנועת מי-טו הינה, שכהליך בלתי פורמלי

¹²⁸ Hadar Aviram, Progressive Punitivism: Notes on ראו ענישה חברתית the Use of Punitive Social Control to Advance Social Justice Ends, 68 Buffalo Law Review 199 (2020).

¹²⁹ ראו דוגמת משה איבגי לעיל.

¹³⁰ הדר דנציג רוזנברג וענת פלג, Naming, Blaming, Shaming - עמדותיהן של נפגעות עבירות-מין כלפי ביוש תוקפיהן ברשתות החברתיות, **משפט וממשל** כא 69 (תש"ף).

¹³¹ Tatjana Hornle, #MeToo – Implications for Criminal Law, 6 Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 115 (2018). ר' גם Akel הטוען כי בעידן ה-MeToo, #, הציבור לא ממתין למערכת המופקדת על ביורר אמיתות ההאשמות, ומציין כי ב"בית המשפט של דעת הקהל", לא מתקיים הליך הוגן. ראו Akel Mimi, *The Good, the Bad, and the Evils of the #MeToo Movement's Sexual Harassment Allegations in Today's Society: A Cautionary Tale Regarding the Cost of These Claims to the Victims*, the *Accused, and Beyond*, 49 CAL. W. INT'L L.J. 103, 124 (2018). בניגוד למדיה המסורתית, פוטנציאל הטעות בעידן המדיה הוא גבוה יותר כיוון שמתפרסמות עובדות ללא בדיקה מקדימה. מיכל לביא "ביוש לנצח?" **משפטים** מט 439, 452 (2019). נראה כי גם בתי המשפט ערניים להשלכות של העידן המקוון על זכויות נאשמים. בעניין **זהבי נ' שטייף**, בית המשפט ציין כי עידן ה-MeToo מחייב עיתונאים לנקוט משנה זהירות ביחס לכל ידיעה המגיעה אליו. ת"א (שלום ת"א) 17-11-17 43552-11-17 **זהבי נ' שטייף**, פס' 89 (7.4.2019).

¹³² אורית קמיר, #MeToo מפיה בפמיניזם הישראלי ובמאבק בהטרדה מינית רוח גבית, אבל גם ציידית, משפטים על-אתר די, 27, תש"ף.

ביוש אינו אמור להיות כפוף לחובה להליך הוגן.¹³³ אלא שטענה זו לוקה באותו כשל שהארט דיבר עליו. יתרה מזאת, אם נחזור לענייננו כאן, חרם הוא לרוב פוגעני יותר מביוש גרידא משום שבנוסף לחשיפה הפומבית של המוחרם ומעשיו הפסולים, המחורמים אף מכריזים על מהלך אפקטיבי של הימנעות מקשר עמו, ולעיתים אף בידודו.

אנו מציעים כי הפרמטר הקריטי בהערכת הלגיטימיות של חרם כענישה חברתית טמון בשאלה באיזו מידה יש בו הסגת גבול לעבר המונופול של המדינה בענישה הפלילית. כדי לבסס טענה זו אין צורך לגבש פרספקטיבה כוללת לגבי הלגיטימציה של כל הצורות של ענישה חברתית. מוקד הטענה הוא הבחנה בין חרמות ענישתיים הננקטים בגין הפרה (נטענת) של המוחרם את החוק הפלילי, לבין חרמות ענישתיים הננקטים כדי לגנות מעשה הנתפס פסול, הגם שאינו מהווה הפרה (נטענת) של החוק הפורמלי. כאשר מדובר בסוג הראשון, הענישה החברתית הבלתי פורמלית נכנסת לתחום המונופול של המדינה על הענישה הפלילית, וראוי להטיל עליה ערבות של צדק שאינן חלות על סוגים אחרים של ענישה חברתית.

כדי להבין נקודה זו, יש להעמיק את הדיון בטעמים המונחים בבסיס הענקת מונופול למדינה בתחום הענישה הפלילית. לא נוכל להיכנס במסגרת הנוכחית לעובי הקורה של כל הדיון התאורטי בהצדקות למונופול של המדינה על הענישה הפלילית. אולם נבאר כיצד דיון זה, המתקיים כיום בעיקר אגב יוזמות הפרטה שונות של הענישה הפלילית, רלוונטי לעיסוק שלנו בחרמות.¹³⁴ טענתנו תהיה שמכיוון שיש טעמים טובים להעניק למדינה בלעדיות בכל הנוגע לענישה פלילית, חרם ענישתי הננקט בתגובה על הפרת חוק נטענת מצד המוחרם, מסיג את תחום המונופול שהמדינה תובעת, בצדק, על הענישה הפלילית.

הדיון שמתקיים בשנים האחרונות בהצדקות למונופול של המדינה על הענישה הפלילית לא החל כעניין תיאורטי, אלא נערך אגב התפתחויות מעשיות מאד שעניינן יוזמות הפרטה של היבטים שונים של הענישה הפלילית – למשל הקמת בתי-סוהר פרטיים,¹³⁵ שירותי מבחן פרטיים וכיו"ב. התפתחויות אלה חייבו את העוסקים בפילוסופיה של הענישה לחרוג מהדיון המסורתי בהצדקות לעצם קיומה של ענישה פלילית בידי המדינה (למה להעניש?) – ולדון בשאלה אחרת, שלא נדונה בהרחבה קודם לכן, ונוגעת למי מעניש, והאם קיימות סיבות טובות להפקיד את הענישה באופן בלעדי בידי המדינה וסוכניה הישירים.¹³⁶ החל דיון בשאלה שלוסייה זדנר מנסחת אותה – who has standing to punish¹³⁷ – ובהצדקות למונופול שהמדינה תבעה לעצמה ביחס לענישה ב-200 השנים האחרונות.¹³⁸

נקודת המוצא של רוב המתנגדים להפרטת הענישה – למשל, הפרטת בתי-הסוהר – היא סירוב לדון בסוגיה במונחים אינסטרומנטליים של אפקטיביות הענישה או יעילות ההרתעה.

¹³³ Lesley Wexler, 2018 Symposium Lecture: #MeToo and Procedural Justice, 22 Rich. Pub. Int. L. Rev. 13 (2019). תשובה מקובלת נוספת היא כי לנפגע עומדים הכלים הקונבנציונליים של דיני לשון הרע אם רצונו להתגונן מפני האשמות.

¹³⁴ למיטב ידיעתנו החיבור בין שני תחומים אלה נעדר, נכון להיום, מהספרות המשפטית.

¹³⁵ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ע"ר נ' שר האוצר (הידוע בכינויו "בג"צ הפרטת בתי-הסוהר")

¹³⁶ Lucia Zedner, *What is Lost When Punishment is Privatized?*, in PRIVATIZING PUNISHMENT IN EUROPE? 167, 167 (Tom Daems & Tom Vander Beken eds., 2018) (להלן: "Zedner").

¹³⁷ שם, עמוד 168.

¹³⁸ שם.

אכן, אילו רק שאלת יעילות הענישה במונחים של מניעת פשיעה עתידית עמדה לנגד עינינו, הם טוענים, יתכן שהיה יעיל יותר להפקיד את מנגנוני הענישה (או חלקים מהם) בידיים פרטיות, שפעמים רבות פועלות ביתר יעילות בהשוואה למנגנונים מדינתיים בירוקרטיים.¹³⁹ באופן דומה, אם מאמצים גישה של מורליזם חוקי (legal moralism) ומתכוונים על עברה כעל מעשה בלתי מוסרי שהענישה היא פשוט הגמול המוסרי ההולם לו- ניתן בקלות להגיע למסקנה שפחות חשוב מי הוא זה אשר מעניש, כל עוד העונש עצמו הוא תגובה מוסרית הולמת לעוול שבוצע בידי העבריין.¹⁴⁰ גם לגבי חרמות, ניתן היה להחזיק בעמדה כי כל עוד מעשהו של המוחרם פסול, והחרם מהווה גמול הולם מבחינה מוסרית, ראוי לאפשר אותו.¹⁴¹ ואולם המבקרים את הפרטת הענישה הפלילית מסרבים לראות בענישה פרטית אמצעי משלים לשימוש בענישה פלילית-רשמית. הם רואים בענישה פלילית תופעה השייכת באופן מרכזי לספירה הפוליטית – למישור היחסים שבין האזרחים לבין המדינה ככזו. ענישה פלילית, לדידם, היא לא רק צורת טיפול בפשיעה, המגשימה תכלית אינסטרומנטלית של מניעה או הרתעה, ושהמדינה נבחרה מטעמי יעילות לנהל הוציאה אל הפועל; זוהי פרקטיקה ציבורית מן המעלה הראשונה המופקדת, ואף מזוהה, עם המוסדות הרשמיים של המדינה. ניכוס זה של הענישה לידיה של המדינה נועד בעקרו לשרש – הן מעשית והן סמלית – פרקטיקות של נקמה, ולמנוע מעגלי אלימות של נקמה ונקמת-נגד. לפיכך, המתנגדים להפרטת הענישה טוענים שאפילו מסירת ההיבטים הביצועיים של הענישה לידיים פרטיות, כלומר מצב בו, לאחר שנגזר על הנאשם העונש בבית-המשפט, הוא רק מרצה את אותו עונש בבית-סוהר פרטי, עשויה להיות בעייתית. ראשית, קיימת סכנה לפגיעה בזכויות הנאשמים/אסירים, שכן בעוד המדינה מבצעת את תפקיד הענישה כתפקיד ציבורי, ומחויבת לאובייקטיביות וניטרליות, גופים פרטיים אינם כפופים לחובות ציבוריות, כגון החובה להבטיח הליך הוגן ומידתיות בענישה באותו אופן שהמדינה כפופה להן.¹⁴² שנית – וטוען זה חשוב מאד בענייננו – גם ללא קשר לזכויותיהם האינדיבידואליות של הנאשמים/אסירים, לא ניתן (ואף לא ראוי) להפריד בין סמכותה (הבלעדית) של המדינה לחוקק איסורים פליליים, ובין סמכותה לאכוף את החקיקה הפלילית באמצעות ענישה.¹⁴³ הפקדתו של מוצר ציבורי כמו ענישה פלילית בידיים פרטיות תפגום בחשיבותו של המשפט הפלילי כולו כמוסד ציבורי ובאמון שהציבור רוחש לו.¹⁴⁴ כשם שלא היה עולה בדעתנו להפריט את הפרלמנט, טוענת

Tom Daems & Tom Vander Beken, *An agenda for research and policy, in* PRIVATIZING PUNISHMENT IN EUROPE? 1, 5 (Tom Daems & Tom Vander Beken eds., 2018)

Zedner, לעיל ה"ש 126, עמוד 170.

כך, למשל, Beck טוען כי עמידה בסטנדרטים מסוימים, מהותיים ופרוצדורליים כאחד, יכולה לבסס לגיטימיות של חרמות. ראו Beck, לעיל ה"ש 8, עמוד 553.

Zedner, לעיל ה"ש 126, עמוד 180.

זאת, מאחר שהלגיטימיות של ענישה קשורה ללגיטימיות של הנורמה המענישה ושל המוסד האוכף אותה. ראו Gyora Binder, *Punishment theory: Moral or political?*, 5 BUFF. CRIM. L. REV. 321, 322 (2002).

Zedner, לעיל ה"ש 126, עמוד 176; אלון הראל טען כי ענישה על ידי גורמים פרטיים מעניקה להם את הכוח לקבוע, במקום המדינה, את חומרת הסנקציה ואת הטמעתה, באופן שמערער את הלגיטימיות של מערכת המשפט הפלילי כולה. כך, גם פעולת ביוש לאדם שביצע עוולה היא בפועל פסק דין פרטי; תחושות הנקם,

זדנר, כך אין להפריט את הענישה הפלילית.¹⁴⁵ לבסוף, ביצוע עונש פלילי בידי ידיים פרטיות במקום בידי office-holder עשוי להטיל גם על האזרחים-מענישים נטל מוסרי בלתי ראוי.¹⁴⁶

על בסיס דיון זה, אנו טוענים כי מקרה מובהק שבו חרם ענישתי הוא בלתי לגיטימי, הוא כאשר הוא ננקט כעונש על הפרת החוק הפלילי בידי המוחרם,¹⁴⁷ שכן במצב זה נוצר ערבוב מסוכן בין תחום פעולתה של המדינה לבין ביצוע העונש בידי ידיים פרטיות. זאת, להבדיל ממקרים שבהם החרם הוא ענישתי באופיו, אך המעשה הפסול לא הוגדר כעברה בידי המוסדות הדמוקרטיים הרשמיים.¹⁴⁸ ראוי להפנות, בהקשר זה, לסעיף 269 לחוק העונשין, הקובע כי: "לא ימלא אדם תפקיד בהליך של שפיטה משהתעורר, תוך כדי שפיטה, חשש עבירה פלילית, אלא אם ניתנה הודעה ליועץ המשפטי לממשלה או לבא כוחו". סעיף זה מבטא מתן עדיפות עקרונית למוסדות המדינה בניהול הליך שפיטה פלילי כלפי אדם בגין עברה פלילית¹⁴⁹ – על-פני ניהול הליך השפיטה בהליכים אחרים, דוגמת הליכים משמעתיים.¹⁵⁰ באופן פורמלי הסעיף חל רק כאשר קיימת כוונה לקיים "הליך שפיטה" –

הכעס והשנאה עלולות להובילו להטיל סנקציות בלתי הולמות. שיקולים של שמירה על הסדר הציבורי אם כך, מצדיקים את השאת סמכות זו בידי המדינה. ראו Alon Harel, *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions*, 14 LEGAL THEORY Neil MacCormick & David Garland, *Sovereign states* 113, 115, 118-119, 132 (2008) and *vengeful victims: The problem of the right to punish, in THE FUNDAMENTALS OF SENTENCING THEORY* 11, 24 (Andrew Ashworth & Martin Wasik eds., 1998).

¹⁴⁵ Zedner, שם, עמוד 177; אלון הראל מציין כי המשפט הפלילי מייצר בפועל אספקה של טובין ציבוריים, וכי רק המדינה רשאית לספק טובין אלה, שכן ערכם מותנה בזהות הסוכן ובמקרה זה המדינה היא שמסוגלת לבצע חלוקה יעילה וצודקת. ראו ALON HAREL, *WHY LAW MATTERS* 3, 65-67 (2014).

¹⁴⁶ נטל זה בא לידי ביטוי בעיקר בתחושות המצפון של הפרט המעניש. אלון הראל טוען במאמרו כי נטל זה הוא תולדה של הפיצול האמור בין הסוכן שאחראי על קביעת נורמות הענישה (המדינה), לבין הסוכן שמפעיל את הענישה עצמה (היחיד). ראו Alon Harel, *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Argument from Moral Burdens*, 28 Cardozo L. Rev. 2629, 2631 (2007).

¹⁴⁷ לכאורה, גם במצב שבו החרם מעניש את הקורבן על התנהגות חוקית שהיא אינה הולמת בעיני המוחרמים, הקשיים של מידתיות, חוסר הוגנות וכו', קיימים, ואולי אף ביתר שאת, כי המוחרם "נענש" על משהו שהוא אפילו לא בלתי חוקי בעיני המדינה. אבל במאמר זה אנחנו מתמקדים ביחס בין החרם לבין פרודורות רשמיות של קבלת הכרעות. אנו טוענים שכאשר החרם פועל להעניש את המוחרם על התנהגות שהחוק ממילא מגדיר אותה כפסולה, יש לאפשר למדינה להפעיל את המנגנון שלה ולא לעקוף אותו. לאינטואיציה הפוכה, ראו Altman, לעיל ה"ש 96, עמודים 15-16. המאמר מציג התנגדות עקרונית לחרם, ביוש, וניודי, על בסיס הטענה כי הם מובילה להשחתה. ואולם Altman טוען כי דווקא כאשר מדובר בחרם (או ביוש) המהווים תגובה להתנהגות המוגדרת כעבירה פלילית או עוולה נזיקית על-ידי המדינה, ייתכן כי זה מותר או אפילו ראוי.

¹⁴⁸ חרם כזה עשוי להוות גם חרם פוליטי, ככל שיש בו יומרה להביא לשינוי חברתי ולהשלטת נורמה שאינה מצויה כיום בחוק (ר' דיון בפרק הבא). לפיכך, חרם שאינו מהווה תגובה על הפרת חוק יכול להיות חרם ענישתי לגיטימי, או אף חרם פוליטי (שהלגיטימציה שלו תידון בהמשך). הנקודה החשובה בשלב זה של הדיון היא שמן הפרספקטיבה של ענישה חרמות ענישתיים הננקטים בתגובה להפרת חוק הם בלתי לגיטימיים באופן המצדיק את איסורם בחוק.

¹⁴⁹ סעיף 270 לחוק העונשין מוסיף וקובע כי: "נמסרה הודעה כאמור בסעיף 269, או הואשם אדם בעבירה לפי סימן זה, והחליט היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו לנקוט הליכים בבית משפט, רשאי היועץ המשפטי לממשלה לצוות על הפסקת השפיטה האמורה עד לגמר ההליכים בבית המשפט".

¹⁵⁰ כך למשל, פורום תקנה העוסק בבירור תלונות על הטרדות מינית במגזר הדתי, נוהג להודיע ליועמ"ש על כוונתו לפתוח בהליך בירור בהתאם לסעיף 269. ראו גילי כהן, ענישה קהילתית וחינוך, לעיל ה"ש 41, עמוד 604.

ואילו המצב האופייני בחרם, כפי שהראינו לעיל, הוא איחוד של פונקציית השיפוט, הענישה, והוצאה לפועל של העונש. ואולם גם אם סעיף 269 אינו חל באופן פורמלי על סיטואציה של חרם, יש בו השראה לחשיבה על הלגיטימציה של חרם ענישתי אשר ננקט בגין הפרה (נטענת) של המוחרם את החוק הפלילי.

חרם ענישתי הננקט בגין הפרה (נטענת) של החוק על ידי המוחרם מהווה חתירה בעייתית תחת המונופול של המדינה בענישה. הנוקטים בחרם אינם נושאים בכל אחריות ציבורית בקשר לאקט הענישה.¹⁵¹ הם נהנים מן היכולת להשית על המוחרם אפקט של גינוי עונשי-ציבורי מבלי שחלות על הליך זה כל ערובות חוקיות. יודגש כי לטענתנו אין, ולא צריכות להיות, מגבלות על הימנעות אינדיבידואלית מקשר עם אדם מתוך ביקורת, או כגמול מוסרי הולם, על מעשה פסול שביצע (לדעת הפרט "המחרים"). לא צריכה להיות כל הגבלה על חירותי כאינדיבידואל שלא לקיים קשרים עם פדופיל מורשע (או אפילו אם אדם שאני מאמינה בטעות כי הוא פדופיל). ואולם חרם הוא אקט קולקטיבי, וכאשר המחרים פועלים יחד הם מתקרבים לתחום-הבלעדיות של המדינה בענישה הפלילית. במקרים בהם החרם ננקט בתגובה על הפרת חוק שהמדינה הגדירה כפלילי, יש בחרם משום ענישה חברתית ה"רוכבת" על הגינוי הטמון בענישה הפלילית מבלי להיות מחויבת בערובות שהמדינה מחויבת להן כאשר היא נוקטת בענישה. חרם כזה הוא פסול משום שהוא יוצר מה שוויטמן כינה "שותפות בין המדינה לבין ההמון" (complicity between state and crowd).¹⁵²

אם נחשוב על דוגמת החרם נגד הפדופיל שנדונה לעיל, נראה כי היא עונה להגדרה זו. המחרים את הפדופיל מחליטים להשית עליו גמול עונשי בשל מעשיו באמצעות פעולת ההחרמה,¹⁵³ וזאת מעבר לעונש שהוטל עליו בבית-המשפט. בהטלת חרם עליו, המונע ממנו להשתלב מחדש בחיי הקהילה, יש לא רק משום "ביצוע" העונש בידיים פרטיות, אלא אף החמרת העונש אל מעבר למה שנגזר עליו בהחלטה הרשמית של מוסדות המדינה. במדינה דמוקרטית בתי-המשפט הם אלו שאמונים על מלאכת הענישה, מתוך הנחה שהשופטים, שזהו מקצועם, שקלו את כל השיקולים הרלוונטיים כגון: הגמול הראוי לעבירה על-פי חומרתה, השיקול ההרתעתי, שיקולי שיקום, וכיו"ב, וקבעו את העונש שקבעו. כמוכך, קיימת לעיתים ביקורת ציבורית נוקבת ביחס לאופן שבו בתי-המשפט מפעילים את שיקול-דעתם.¹⁵⁴ אחד מהתחומים הבולטים שבהם מושמעת ביקורת ציבורית בשנים האחרונות הוא הענישה על עבירות-מין.¹⁵⁵ חשוב שביקורת זו תישמע, וחשוב שיתקיים דיון ציבורי בעקבותיה. ואולם הטלת חרם כנוסף לעונש שנקבע על-ידי בית-המשפט איננה ביקורת או מחאה גרידא; גם אם

¹⁵¹ ניתן לטעון שמשום שנוקטי החרם אינם פורמליים בעלי סמכות להעניש, יש להתנגד לעצם הסיווג של חרם כ"ענישה", משום שענישה חייבת להיות סמכותית. ראו דיון בכך להלן.

¹⁵² וויטמן, ה"ש לעיל.

¹⁵³ לכאורה, טענה אפשרית היא כי החרם במקרה כזה מהווה אקט של הגנה עצמית (קבוצתית) ולא עונש. אולם הכוונה המתכוננת להעניש, ולא רק הדיפה של התקפה, היא זו שמבחינה בין אקט של ענישה לבין אקט של הגנה עצמית. ראו GEORGE P. FLETCHER, THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW: VOLUME ONE: FOUNDATIONS 14 (2007) (להלן: "FLETCHER").

¹⁵⁴ ביקורת זו הובילה בישראל לרפורמה משמעותית בתחום שיקול-הדעת השיפוטי בענישה – תיקון 113 לחוק העונשין שהתקבל בשנת 2012.

¹⁵⁵ ראו למשל, דורון ויינרייך "עבירות מין: האם פסיקת בתי המשפט הפליליים מרתיעה עברייני מין?" מעריב (9/6/2020) <https://www.maariv.co.il/news/law/Article-770253>

יש לה היבט אקספרסיבי, היא משבשת באופן אפקטיבי את ההכרעה הציבורית ביחס לענישה, שהתקבלה בהתאם לפרוצדורה הדמוקרטית. נכון הוא, שלהרשעה פלילית קיימות באופן סטנדרטי השלכות היקפיות (collateral consequences) החורגות מהעונש שהטיל בית-המשפט.¹⁵⁶ כך, לאור פומביותו של המרשם הפלילי¹⁵⁷ אדם שהורשע בפלילים עשוי לחוות הוקעה ובושה, להיתקל בקשיים במציאת עבודה,¹⁵⁸ ולעיתים להיות נתון למגבלות נוספות כגון איסור להתגורר במקום מסוים.¹⁵⁹ ואולם הדעה המקובלת היא כי ככל שניתן, השפעות אלה צריכות להיות נתונות לפחות במידת-מה לפיקוח של המדינה.¹⁶⁰ ההשקפה המקובלת לגבי חרמות, לעומת זאת, היא כי הם חוסים תחת הזכות לחופש הביטוי ולא אמורים להיות נתונים לרגולציה כלל. יתרה מזאת, הווריאציות האחרות של דוגמת הפדופיל שנדונה לעיל – מצב בו הוא נשפט וזוכה, או נחקר אך הוחלט שלא להעמידו לדין מחוסר ראיות – מעוררות בעיות החורגות מ"השפעות היקפיות". במצבים אלה מעורב לא רק שלב ביצוע העונש, אלא אף שלבי קביעת האשמה שקדמו לו, שמופקדים במדינה דמוקרטית, באופן בלעדי, בידי רשויות ציבוריות. הטלת חרם על אדם בנסיבות אלה, גם אם היא מונעת ממוטיבציה מוסרית גבוהה מצד המחרימים, מהווה קריאת תיגר על עקרון פרודורלי של ברור אשמה פלילית, ופגיעה בזכות להליך הוגן.¹⁶¹ יתרה מזאת, הפסול במצב כזה נוגע לא רק למוחרם/נענש, אלא גם לציבור הנקראים להחרים, הנדרשים למלא תפקיד ענישתי כאזרחים, להבדיל ממילוי תפקיד ענישתי בידי מי שזהו תפקידו, ותוך הפרדה ברורה בין תפקידו כנציג הסדר הציבורי ואוכף החוק, לבין חייו כאדם פרטי. חרם ענישתי מבטל הפרדה חיונית זו, ופעמים רבות אף יוצר לחץ לא

Chin, Gabriel J. "Collateral Consequences of Criminal Conviction." *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*, vol. 18, no. 3, 2017, pp. 1-17

¹⁵⁶ לשינויים העדכניים בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים בישראל ר' יצחק עמית, "מרשם פלילי ותיקי חקירה", *חסיונות ואינטרסים מוגנים - הליכי גילוי ועיין במשפט האזרחי והפלילי*, שער שלישי פרק כז (2021)

¹⁵⁷ בג"ץ 1935-93 שלמה מחפור נ' השר לענייני דתות, מח(1) 752

¹⁵⁸ ר' למשל חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה התשס"ה-2004

¹⁵⁹ כך למשל, סעיף 3 לחוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה קובע כי במתן צו "יביא בית המשפט בחשבון, בין השאר, את הפגיעה שתגרום לעבריין המין בשל הטלת המגבלות". סעיף זה אמנם מניח כי חלק מההשלכות ההיקפיות של ההרשעה הפלילית הן בגדר "נתחן" שבת-המשפט לא מתיימרים לשלוט בו באופן מלא. ואולם לשיטתנו קיים פער משמעותי בין העדר כל מגבלה על נקיטה בחרמות, לבין הנחה (מפוכחת) שלא ניתן יהיה למנוע מבני-אדם כאשר הם פועלים באופן בלתי-מאורגן, להימנע מקשר או להכביד באופן אחר על מי שהורשע ויצא לחופשי.

¹⁶⁰ Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 41, 190; Akel; טוען כי בעידן ה-#MeToo, הציבור לא ממתין למערכת המופקדת על ביורר אמיתות ההאשמות, ומציין כי ב"בית המשפט של דעת הקהל", לא מתקיים הליך הוגן. ראו Akel Mimi, *The Good, the Bad, and the Evils of the #MeToo Movement's Sexual Harassment Allegations in Today's Society: A Cautionary Tale Regarding the Cost of These Claims to the Victims, the Accused, and Beyond*, 49 CAL. W. INT'L L.J. 103, 124 (2018). בניגוד למדיה המסורתית, פוטנציאל הטעות בעידן המדיה הוא גבוה יותר כיוון שמתפרסמות עובדות ללא בדיקה מקדימה. מיכל לביא "בייש לנצח?" *משפטים* מט 452, 439 (2019). נראה כי גם בתי המשפט ערניים להשלכות של העידן המקוון על זכויות נאשמים. בעניין *זהבי נ' שטייף*, בית המשפט ציין כי עידן ה-#MeToo מחייב עיתונאים לנקוט משנה זהירות ביחס לכל ידיעה המגיעה אליו. ת"א (שלום ת"א) 43552-11-17 *זהבי נ' שטייף*, פס' 89 (7.4.2019).

הוגן על קבוצת האנשים הנקראת להצטרף לחרם.¹⁶² לבסוף, קושי מרכזי בחרמות ענישתיים הוא שהקביעה העובדתית בדבר התנהגותו של המוחרם, הקביעה הנורמטיבית כי התנהגות זו פסולה, והטלת העונש, מתבצעים כולם בידי גוף אחד ויחיד, ללא "הפרדת רשויות" וללא מתן זכות טיעון למוחרם, שאינו רשאי להתגונן מפני החרם.¹⁶³

שאלה אחרת היא כיצד יש להעריך את הלגיטימציה של חרם הננקט כנגד גוף מסחרי בעטיה של התנהגות המיוחסת לאדם הקשור אליו, מזוהה עמו, או משמש בתפקיד מסוים.¹⁶⁴ דוגמה לכך הוא חרם שננקט נגד קבוצת "ארקדיה" – רשת אופנה – בשל האשמות בגין הטרדות מיניות, גזענות ותוקפנות כלפי פיליפ גרין, המחזיק ברשת. החרם קודם באמצעות טוויטר (פונקציית ה-hashtag), וצבר תאוצה טרם הוכחו הטענות בבית המשפט.¹⁶⁵ לכאורה, ניתן לטעון שאין מדובר בחרם ענישתי, משום שאין מדובר בגמול המושת על העברייני עצמו.¹⁶⁶ ואולם לטענתנו אף בחרם כזה יש פסול. המוטיבציה של המחרימים היא ענישית, והחרם הוא תגובה להפרת חוק. כאשר הם משתמשים בכוחם הכלכלי כדי להעניש את העברייני המחרימים מנצלים פריבילגיה שאינה נתונה למדינה בענישה הפלילית, דהיינו הטלת סנקציות על גופים הקשורים לעברייני.¹⁶⁷ בעוד צעד כזה עשוי להיות צעד הרתעתי

¹⁶² טיעון דומה, אם כי לא זהה, נמצא אצל חוסיין, המצביע על סכנת הפגיעה בערך של "managed politicization" הטמונה בחרמות ובפרקטיקות נוספות של אתיקה צרכנית. על פי ערך זה, על האזרחים להגביל את המידה בה הם מאפשרים לאג'נדות הפוליטיות שלהם לבוא לידי ביטוי מחוץ לערוצי הפוליטיקה הרשמיים. ראו Hussain, לעיל ה"ש 37, עמוד 123.

¹⁶³ Friedman מראה כי, פעמים רבות המוחרם אינו זוכה אפילו ל"פניה מוקדמת" אלא המחרימים פונים ישר לתקשורת (בשונה משביתה). Friedman, לעיל ה"ש 42, עמודים 41, 186–187, 190.

¹⁶⁴ להמחשת נקודה זו ניתן להביא את הקריאות לחרם כנגד חברת פוקס לאחר שבחדשות 10 פורסמו עדויות על הטרדות מיניות לכאורה מצדו של בעלי רשת פוקס הראל ויזל. הדר קנה "קריאות לחרם צרכנים על חנויות פוקס בעקבות העדויות נגד הראל ויזל" **TheMarker** (22.8.2018) <https://www.themarker.com/consumer/1.6408942> (להלן: "הדר קנה, קריאות לחרם צרכנים של חנויות פוקס").

¹⁶⁵ Daniel Thomas, *Sir Philip Green businesses face boycott over harassment claims*, BBC (Oct. 26, 2018) <https://www.bbc.com/news/business-45988584> #PinkNotGreen hashtag; Chavie Lieber, *Topshop*, *billionaire Philip Green is at the center of a #MeToo scandal*, VOX (Oct. 25, 2018) <https://www.vox.com/the-goods/2018/10/25/18024504/philip-green-topshop-sexual-harassment-claims-metoo>.

harassment-claims-metoo. דוגמא נוספת היא החרם נגד הסרט "הג'וקר", על השימוש בפסקול של המוזיקאי Gary Glitter שהואשם בפרופיליה. *Moviegoers call for Joker 'boycott' after film uses song of convicted paedophile in soundtrack*, EURONEWS (Oct. 7, 2019) <https://www.euronews.com/2019/10/07/moviegoers-call-for-joker-boycott-after-film-uses-song-of-convicted-paedophile-in-soundtra>.

¹⁶⁶ Radzik, לעיל ה"ש 3, עמוד 119 (While punishment may only be imposed on perceived wrongdoers, it not the case that coercion may only be applied to the guilty").

¹⁶⁷ למדינה יש סמכות לחילוט רכוש בנסיבות מסוימות, בעיקר כאשר מדובר בנכס שסייע לביצוע העבירה או הושג בזכותה. ס' 21 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000, קובע כי אם הורשע אדם בעבירה של הלבנת הון (לפי ס' 3 או 4 לחוק), למדינה סמכות לחלט רכוש בבעלותו שקשור עם ביצוע העבירה; ראו גם ס' 39 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969; וס' 35 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973. ואולם חילוט הוא מעין סעד של השבה, ובוודאי אינו מהווה ענישה על עבירות מין. ע"פ 8312/17 בנימין נ' מדינת ישראל, פס"ב 6-8 לפסק דינו של השופט עמית (אר"ש, 17.4.2018).

יעיל, הוא סוטה מעקרונות יסוד של הענישה הפלילית, בדומה לעונש קולקטיבי שאף הוא עשוי להיות יעיל, אך חורג מעקרון האשם ולכן אינו מהווה חלק מארסנל הכלים המותר בשימוש במסגרת ענישה פלילית.

2. חרם פוליטי

עסקנו לעיל בקטגוריה של חרם ענישתי וכעת נעבור לקטגוריה נוספת – חרם פוליטי. כאמור, ההגדרה הרחבה לכל חרם היא הימנעות מאורגנת, קבוצתית, מקשר עם אדם/גוף אחר. לחרם פוליטי שני מאפיינים המייחדים אותו מסוגים אחרים של חרמות. ראשית, החרם ננקט בעטיה של התנהגות/התנהלות פסולה בסוגיה חברתית-פוליטית טעונה ולרוב שנויה במחלוקת, כגון: אפליה גזעית, איכות הסביבה, אתיקה מינית וערכי המשפחה, זכויות בע"ח, וכיו"ב. שנית, המחרימים שואפים להביא לשינוי חברתי רחב באמצעות השימוש בחרם, לעיתים תוך הצבת דרישות כתנאי להפסקת החרם.¹⁶⁸ מהנאמר עד כה עולה שיש קרבה בין חרם ענישתי לחרם פוליטי: שניהם מבטאים מורת-רוח אתית-מוסרית של המחרימים, ובשניהם המחרימים נוקטים סנקציה נגד המוחרם בתקווה להשיג צדק. זאת, בשונה משימוש בחרם כטקטיקת מיקוח, כגון במקרה של חרם צרכני הנועד להוריד את מחיר המוצר.¹⁶⁹ ההבדל המרכזי בין חרם ענישתי לבין חרם פוליטי הוא שבעוד חרם ענישתי מניח קיומה של נורמה מבוססת, חרם פוליטי מכוון ליצירת שינוי נורמטיבי או כינון נורמה חדשה.¹⁷⁰ הסנקציה של הפעלת החרם נועדה לתמרץ את המוחרם לשנות את התנהגותו ובאופן רחב יותר לבסס נורמה חדשה שהיא ראויה בעיני המחרימים.¹⁷¹ לפיכך, ההנחה הרווחת בחרם פוליטי היא ששינוי התנהגות מצד המוחרם, או היענות לדרישות מוגדרות של המחרימים עשויים להביא לסימו של החרם.¹⁷² זאת ועוד, גם אם לא יושג שינוי ברור בהתנהגותו של המוחרם הספציפי, תקוותם של המחרימים היא להביא, באמצעות פרסום אקט החרם, לשינוי נורמטיבי רחב.¹⁷³

¹⁶⁸ כך למשל, חוסיין דן בחרמות מסוג זה תחת הכותרת של *Social Change Ethical Consumerism (SCEC)* וטוען כי להבדיל מסוגים אחרים של פרקטיקות של צרכנות אתית – כלומר צרכנות המושפעת משיקולים אתיים – פרקטיקות של SCEC מיועדות להשיג שינוי חברתי-פוליטי רחב. ראו Hussain, לעיל ה"ש 37, עמוד 112.

¹⁶⁹ יתכנו חרמות צרכניים שנוקטים בעקבות העלאת מחירים ומטרתם העיקרית היא עונשית או פוליטית – למשל כדי לגנות עסק המנצל לרעה את מעמדו בשוק. ואולם סוג עיקרי של חרמות צרכניים בעקבות העלאת מחירים הם מיקוחיים באופיים: נוקטי החרם לא יסתפקו באפקט הענישתי אלא ישאפו להוביל להורדת מחירים בפועל בעקבות לחץ החרם.

¹⁷⁰ מכאן שחרם פוליטי יכול להיות מופנה לקבוצת מוחרמים אך גם למוחרם אחד, אולם גם כאשר הוא מופנה למוחרם מסוים הוא מהווה חרם פוליטי אם מיקוד תשומת-הלב ב"אשם" אחד נועדה ללכוד את תשומת-הלב הציבורית ולהביא באמצעות החרם לשינוי נורמטיבי רחב. Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 207.

¹⁷¹ דוגמה מקומית לקריאה לחרם כזה מהעת האחרונה בישראל, היא היוזמה של הצל, יואב אליאסי, להחרים את מפעל הפיס בשל העובדה שהצהיר כי יממן הופעה של הראפר המגדיר עצמו פלסטיני, תאמר נאפר. בשל קריאה זו לחרם איבד מפעל הפיס תוך יממה מאות מנויים. "מפעל הפיס ממשיך לסבול? חרם המנויים לא נעצר" *ice* (12.7.2022). <https://www.ice.co.il/social/news/article/869051>

¹⁷² בלשונו של פרידמן, חרם כזה הוא אינסטרומנטלי ומטרתו – "to persuade a target to take "corrective" action" rather than function as "an expressive response to a seemingly irreversible fait accompli". Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 13. חרמות הנדונים כאן כחרמות פוליטיים הם חרמות אינסטרומנטליים במובן שתואר לעיל, אך חשוב לציין שיש חרמות אינסטרומנטליים שאינם פוליטיים, דוגמת חרמות מיקוחיים שידונו להלן.

¹⁷³ Beck, לעיל ה"ש 8.

בחרם ענישתי, לעומת זאת, עיקר העניין הוא במתן גמול הולם למוחרם על הפרת נורמה קיימת, או אכיפתה עליו באמצעותו.¹⁷⁴

הדוגמה הפרדיגמטית לחרם פוליטי הינה חרם האוטובוסים של מונטגומרי בשנות ה-60. כיום קשה שלא להזדהות עם האג'נדה הצודקת של המחרימים, ואין ספק שהחרם היה קטליזטור חשוב במאבק כנגד אפליה גזעית.¹⁷⁵ ואולם מטרתנו הינה לפתח פרספקטיבה על הלגיטימיות של חרמות פוליטיים במנותק מצדקתה של עמדת המחרימים גופה.¹⁷⁶ חרמות פוליטיים ננקטים מכל הכיוונים של המפה הפוליטית. חישבו למשל על חרם שננקט על-ידי הקו-קלוקס קלאן כנגד סוחרים במטרה "לעודד" אותם להצטרף ללובי המתנגד למדיניות של מיגור אפליה שננקטת על-ידי העיר/מחוז.¹⁷⁷ באופן דומה, השאלה האם יש סיבה להטיל מגבלות חוקיות על חרם נגד מרפאות המבצעות הפלות אינה יכולה להיות תלויה רק בשאלה האם אנו תומכים בזכות האישה על גופה (pro choice) או בזכות העובר לחיים (pro life). ייתכן שמבחינת ההזדהות הפוליטית אחזיק בעמדה שמרנית התומכת בזכות העובר לחיים ואולם, חשוב לפתח רגישות לסוג אחר של טיעונים הבוחנים את עצם הלגיטימיות של חרמות מסוג זה, וככל שטיעונים אלה מערערים על הלגיטימיות של חרם בסוגיית ההפלות, הם יערערו באופן דומה את הלגיטימיות של חרם שננקט נגד רשת סטארבקס בשל סירובה לאפשר לעובדיה לענוד סיכות של תמיכה בתנועת black lives matter (המבטא עמדה פוליטית פרוגרסיבית).¹⁷⁸ לפיכך ובמנותק מהשיוך הפוליטי, אנו גורסים כי פרמטר מרכזי לקביעת הלגיטימיות של חרם פוליטי נוגע לשאלה האם, ובאיזו מידה, מחבל החרם בפרוצדורות דמוקרטיות של קבלת החלטות.

ההנחה כי חרם עשוי לחבל בפרוצדורות דמוקרטיות קרוב לוודאי מנוגדת לאינטואיציות הראשוניות של רבים, וזאת משני טעמים. ראשית, חרמות פוליטיים נתפסים כעולים בקנה אחד עם חופש הביטוי.¹⁷⁹ שנית, חרמות פוליטיים נתפסים כערוץ לגיטימי, אפילו חיוני, לפעולה פוליטית "מלמטה". כך, נאמר בבג"צ אבנרי כי "בהקשר הדמוקרטי, החרם הפוליטי הוא כלי להשגת מטרות פוליטיות בדרכי שלום".¹⁸⁰ לא רק שחרם פוליטי נחשב בלתי אלים, הוא אף עשוי להיתפס כאחד מהאמצעים הדמוקרטיים המשלימים את הפרוצדורות

¹⁷⁴ כמובן, כמו בכל ענישה אפשר של חרם ענישתי קיימת בנוסף למטרה הגמולית, שצופה פני-עבר, אף תכלית צופה פני-עתיד של מניעה או הרתעה. ואולם עיקרו של החרם הוא בגינוי הפומבי של המוחרם גם אם אין סכנה כי יחזור על התנהגותו בעתיד.

¹⁷⁵ שם, עמודים 127–129; Radzik, לעיל ה"ש 3, עמוד 107.

¹⁷⁶ גם בספרות החוץ משפטית ניתן לאתר נציגים המבקשים לפתח פרספקטיבה על הלגיטימציה של חרמות באופן בלתי-תלוי בתכנם, להבדיל ממחקרים אחרים, הקושרים בין תוכנה של האג'נדה של המחרימים לבין הלגיטימציה של החרם.

¹⁷⁷ Gordon M. Orloff, *The Political Boycott: An Unprivileged Form of Expression*, 1983 DUKE L.J 1076, 1076 (1983) ("Orloff").

¹⁷⁸ Amy Kuperinsky, *People call for Starbucks boycott after staff told not to wear Black Lives Matter pins, T-shirts*, NJ (Jun. 11, 2020) <https://www.nj.com/news/2020/06/people-call-for-starbucks-boycott-after-staff-told-not-to-wear-black-lives-matter-pins-t-shirts.html>

¹⁷⁹ כך למשל אומר השופט דנציגר בבג"צ אבנרי כי "הקריאה לחרם הפוליטי והחרם הפוליטי גופו עולים בקנה אחד עם שלוש התכליות המרכזיות של חופש הביטוי" וכי "הקריאה לחרם מוסיפה את העמדה האידאולוגית שבבסיס החרם אל שוק הרעיונות". בג"צ אבנרי, ה"ש לעיל, פסקה 6 לחוות-דעתו של השופט דנציגר.

¹⁸⁰ שם.

הדמוקרטיה הממלכתיות¹⁸¹ דוגמת קיום בחירות, החלטות רובניות בידי הרשות המחוקקת, קביעת מדיניות בידי הרשות המבצעת והכרעות בידי הרשות השופטת. כך למשל גרסה נילי כהן כי "חרם ציבורי הוא כלי במשחק הדמוקרטי: הוא מבקש לחולל שינוי בדרך לא אלימה, והוא יכול להיות אפקטיבי כמו סנקציה משפטית".¹⁸² טיעון משמעותי נוסף המופיע בספרות המשפטית האמריקאית קושר בין חיוניותו של חרם פוליטי להצדקה הדמוקרטית של חופש הביטוי, שעניינה שמירה על שיח ציבורי על-מנת לאפשר את ההשתתפות הפוליטית של האזרחים ולטייב את דרכי ההכרעה הפוליטית.¹⁸³ ואולם לטענתנו חרמות פוליטיים מסוימים מהווים פגיעה בדמוקרטיה, וזאת בניגוד לאינטואיציה הראשונית.¹⁸⁴ הטעם לכך הוא האופן שבו חרמות אלה פוגעים בערכים דמוקרטיים פרוצדורליים. במקרים אלה, העובדה שהחרם פועל "מלמטה" וזוכה לגיבוי פופולרי אינה הופכת אותו לדמוקרטי, בדיוק כשם שאקט של לינץ' אינו דמוקרטי רק בשל העובדה שהוא זוכה לתמיכה פופולרית. להלן נדון בשתי בעיות שמעוררים חרמות פוליטיים: האחת - פגיעה בשוויון הפוליטי, והשנייה - פגיעה בדיון הציבורי.

(א) חרם ושוויון פוליטי

החשש כי חרמות מסוימים עלולים לשבש הכרעות פוליטיות מובע בשנים האחרונות בספרות החוץ-משפטית, וזאת כחלק מהדיון הרחב יותר באתיקה צרכנית ובתופעת הצרכנות הפוליטית. ספרות זו מדגישה את הפגיעה של חרמות מסוימים בהליכים ממוסדים של קבלת הכרעות דמוקרטיות.¹⁸⁵ במאמר משפיע דן ווהיד חוסיין בשאלה האם צרכנות אתית מהווה צורה פסולה של נטילת החוק לידיים (vigilantism).¹⁸⁶ המאמר עוסק בשורה של פרקטיקות צרכניות בעלות השלכות פוליטיות, וביניהן סרטיפיקציה, buycott וחרם.¹⁸⁷

¹⁸¹ דיון זה קשור לדיון רחב יותר, החורג מגדרו של מאמר זה, שעניינו היחס בין החברה האזרחית לבין המוסדות הפוליטיים של המדינה. לסקירה כללית של עמדות שונות ביחס לתפקידה של החברה האזרחית במשטר דמוקרטי ר' למשל Simon Chambers and Jeffery Kpopstein, *Civil Society and the State in The Oxford Handbook of Political Theory* (2008)

¹⁸² נילי כהן, משחק ומשפט, הפרקליט, עמ' 433

¹⁸³ תרזה לי מונה שלוש הצדקות מקובלות לחופש הביטוי: טיעון שוק הרעיונות, דמוקרטיה ושלטון עצמי, וזכות הפרט לאוטונומיה. היא מדגישה כי חרם פוליטי עולה בקנה אחד לא רק עם זכותו של הפרט לאוטונומיה, אלא גם עם הערך הציבורי של דמוקרטיה, לרבות (ואולי במיוחד) דמוקרטיה השתתפותית. Theresa J. Lee, *Democratizing the Economic Sphere: A Case for the Political Boycott*, 115 W. Va. L. Rev 531, 553-555 (2012)

¹⁸⁴ ראו למשל תיאורו של ולנטין בק את ה"התנגדות המוסדית" – institutional objection לחרמות פוליטיים על תאגידים ר' שם. במאמרה מייצגת לי תפיסה מקובלת זו.

¹⁸⁵ ראו למשל תיאורו של ולנטין בק את ה"התנגדות המוסדית" – institutional objection לחרמות פוליטיים על תאגידים: "On this view, corporate compliance with social and environmental standards should be achieved through national and international regulatory frameworks that incentivize and sanction corporate behaviour via democratically enacted legislation and policies, not by boycotting single corporations"

¹⁸⁶ Hussain, לעיל ה"ש 37.

¹⁸⁷ לפיכך, ספרות זו אינה מתמקדת רק בחרמות, אלא בכל פרקטיקה של אתיקה צרכנית. Hussain מגדיר "צרכנות אתית" כך: "Ethical Consumerism is the practice of choosing to buy certain goods and services at least partly on the basis of ethical considerations". עמוד 112. על פרשנות מונחים אלה ראו להלן הערה 237.

הטיעון שיפוח להלן שואב השראה מספרות זו, אלא שבשונה מחוסיין ואחרים,¹⁸⁸ אנו מקרבים דיון זה למשפט, ומנסים לאתר את הנקודה שבה פגיעתו של חרם בהליכים הממוסדים של קבלת הכרעות פוליטיות צריכה להפוך אותו לכזה שאינו רק בלתי ראוי אתית, אלא מועמד לאסדרה משפטית. זאת לא רק בזירה הצרכנית אלא אף מחוצה לה.¹⁸⁹ הציבוריות של החרם וצבירת הכוח תובעים דיון לא רק באתיקה שלו; הם הופכים אותו למועמד להתערבות משפטית. בהקשר שבו אנו עוסקים כאן – דהיינו התחרות או הפגיעה של חרם בפרוצדורות דמוקרטיות ממלכתיות – לעניין זה רלוונטיות מיוחדת: גם אם ברמת הפרט נגרוס שלכל פרט זכות שלא להיות בקשר עם גוף אחר בשל עמדותיו הפוליטיות, הרי שהחרם מייצר סוג שונה של דיון. כפעולה ציבורית יש בו כדי להוות אתגר מובחן (ומועצם) לדרכי-המלך של ההשפעה הפוליטית. השאלה שיש לשאול בכל הנוגע ללגיטימיות של החרם היא באילו מקרים החרם, כתופעה ציבורית, מתחרה באופן לא רצוי בפרוצדורות הממוסדות של קבלת ההחלטות הפוליטיות.¹⁹⁰

בעיה מרכזית בחרמות פוליטיים נוגעת לשוויון הפוליטי. אחד העקרונות שלפיהם מתנהלת מדינה דמוקרטית הינו שהחלטות בתחום הציבורי-פוליטי מתקבלות באופן שוויוני ועל-פי שורה של כללי הכרעה מפורטים. כך למשל, כינון נורמות הנוגעות לכלל החברה או ל"טוב המשותף" (common good) מתבצע בידי מוסדות נבחרים, והעקרון בבחירת נציגיו של הציבור למוסדות אלה הוא שלכל אזרח קול שווה לכל אזרח אחר, ללא תלות במעמדו או מצבו הכלכלי. עקרון נוסף הוא שאמורה להיות הפרדה בין כוח כלכלי (או יכולת תשלום) לבין יכולת הכרעה פוליטית, כך שיכולת תשלום או עוצמה כלכלית לא אמורים להיתרגם לכוח פוליטי (ולכן, למשל, קיימת רגולציה על מימון בחירות).¹⁹¹ בנוסף, קיימת

¹⁸⁸ Nicole Hassoun, CONSUMPTION AND SOCIAL CHANGE, 35 ECO. & PHILOSOPHY 29 (2019) (להלן: "Hassoun"); Birte Gundelach, Political Consumerism as a Form of Political Participation: Challenges and Potentials of Empirical Measurement, 151 SOC. INDICATORS RES. 309 (2020); Michele Micheletti, Consumer Choice as Political Participation, 105 STATSVETENSKAPLIG TIDSKRIFT 218 (2002). בניגוד לרוב הספרות, Beck מדגיש את ההיבט הקולקטיבי בחרמות, ומכיר בכך שלא ראוי כי אלה יהיו מחופש פעולה מוחלט. Beck, לעיל ה"ש 8, עמוד 546.

¹⁸⁹ דוגמת החרם על היכל התרבות באריאל (מעבר לקו הירוק), שם סירבו שחקנים ויוצרים בולטים להופיע. ראו מרב יודילוביץ' "נסרב להופיע בהיכל התרבות באריאל" *Ynet* (27.8.2010) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3944733,00.html. דוגמה נוספת לחרם שאינו צרכני היא חרם הסיוע המשפטי שנקט על ידי איגוד עורכי הדין הפליליים באונטריו על מנת לשפר את תנאיהם (Ontario Criminal Lawyers' Association), והתפשט במהרה עד שנאשמים נותרו ללא ייצוג. לבסוף, הושג הסכם עם הממשלה שסיפק 80 מיליון דולר נוספים לתקצוב הסיוע המשפטי. ראו *Legal Aid boycott snares murder accused*, THE HAMILTON SPECTATOR (Oct. 7, 2009) <https://www.thespec.com/news/hamilton-region/2009/10/07/legal-aid-boycott-snares-murder-accused.html>; *Ontario lawyers end legal aid boycott*, CBC (Jan. 24, 2010) <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/ontario-lawyers-end-legal-aid-boycott-1.886295>.

Beck, לעיל ה"ש 8, עמוד 554.

¹⁹⁰ ראו את תיאוריית "השוויון המורכב" של Walzer, לפיה חוסר שוויון הוא המרה של טובין מסוים לטובת שליטה על טובין אחר. לפיכך, בלתי ראוי שטובין חברתי דומיננטי בתחום הכלכלי יובילו לשליטה – דומינציה – בתחום הפוליטי MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY 17-22 (1983).

מערכת מורכבת של פרוצדורות לקבלת הכרעות בידי הגופים הנבחרים (למשל, החלטות המחוקק צריכות להתקבל בהצבעה ברוב-דעות). לפיכך, קיימת סכנה שחרם אפקטיבי בסוגיה פוליטית מובהקת יהווה עקיפה (bypass) של הפרוצדורות הדמוקרטיות. כפי שאומר חוסיין:¹⁹²

Citizens should be able to participate as equals in deciding how society will address important issues of common concern ... When everyone is authorized to use their market power to advance a social agenda, this effectively allows those who are better organized and better endowed to play a disproportionate role in deciding how society will address issues of common concern.

שאלה מכרעת לעניין לגיטימיות של חרמות היא, אפוא, האם לחרם פוטנציאל להשליך על נורמה הנוגעת לחיים הציבוריים, או השייכת לספירה הפוליטית. אולם האם משמעותה של בעייתיות זו היא שיש לשלול כל חרם פוליטי? לדעתנו, מקרה מובהק שבו יש לשקול אסדרה משפטית הוא כאשר המוסדות הדמוקרטיים הכריעו באופן מסוים בנקודת זמן מסוימת, ובסמוך לכך ננקט חרם שנועד לשנות את הנורמה, תוך עקיפה של הפרוצדורות הדמוקרטיות.¹⁹³ במקרים אלה החרם אינו מהווה כלי דמוקרטי משלים אלא מתחרה באופן פסול בפרוצדורות הדמוקרטיות הממלכתיות.¹⁹⁴ בנסיבות אלה החרם אף אינו ניתן להצדקה

¹⁹² Hussain, לעיל ה"ש 37, עמודים 118–119.

¹⁹³ שם, עמוד 126. אנו טוענים כי למרות שאפשר להתיר החלטות רכישה בודדות, יש לאסור קריאה לחרם בנסיבות כאלה.

¹⁹⁴ ניתן להעלות טענה נגדית, לפיה קיימים מצבים בהם החרם פוליטי אינו מתחרה באופן פסול בפרוצדורות הדמוקרטיות וכי ההחלטה להתיר בחוק התנהגות מסוימת עשויה שלא להיות החלטה על ביסוסה של נורמה (למשל כי הפלות הן דבר רצוי), אלא החלטה האם להשתמש בכלים משפטיים על מנת לאסור תופעה כלשהי. לפי גישה זו, מדינה יכולה להחזיק בעמדה לפיה, למשל, הפלות הן תופעה שלילית מבחינה חברתית אך לא שלילית מספיק על מנת לאסור אותן בחוק, או שהן אסורות ברמת העיקרון אך הכלי המתאים לאכיפת האיסור אינו משפטי אלא חברתי. על פי טענה זו, החרם הפוליטי אינו שולל את עצם ההכרעה הדמוקרטית אלא משלים אותה בכלים אחרים מאלה שמשמשים את המוסדות הדמוקרטיים הממלכתיים. אנו נכונים לקבל את הטענה במישור העובדתי, לפיה יהיו מצבים, אולי אפילו לא מעטים, בהם אי האסדרה מראש באמצעות המשפט או בכלים משפטיים, משמעה כי המחוקק רצה להותיר מצבים אלו ל"שוק" הדעות. אנו מוכנים גם להכיר בכך שקיימים מצבים בהם ביטול איסור חקיקתי רווח, עדיין לא מעיד על כוונת המחוקק הפוליטי להתיר את ההתנהגות תוך אמירה כי מעתה ואילך – זו הנורמה הרצויה, ובהתאם על הציבור הרחב לישר קו עם נורמה מוסרית זו. אף על פי כן, אנו סבורים כי גם אם זה הוא המצב, היינו - הורדת האיסור מתוך רצון שלא לכפות התנהגות באמצעות המשפט לא באה לקבע נורמה חדשה - היא לא מנביעה כשלעצמה מתן לגיטימציה לכפיה קולקטיבית כלכלית או אחרת על מנת להגיע לתוצאה מסוימת. במילים אחרות, השמטת ההסדר המשפטי, גם במצבים בהם המחוקק לא התכוון ליצור הסדר נוגד או לשנות סטטוס קוו, ובכוונתו להותיר את הפעילות לשוק, אינה מנביעה מסקנה לפיה הכפייה הכלכלית באמצעות החרם הינה לגיטימית. שאלת הכפייה נפרדת משאלת ביטול האיסור. דבר אחד הוא להותיר לציבור, כל אחד באופן אישי, מרחב התנהגות רחב שאינו נשלל על ידי החוק. דבר אחר הוא לאפשר לכפות על חלקים בציבור, באמצעות החרם, נורמה מסוימת. זאת גם אם המחוקק לא ביקש בחיקון החקיקתי לשנות את הסטטוס קוו. השגת המטרה בכפיה מחייבת, על כן, דיון נוסף והצדקתה או שלילתה דורשים הסברים נוספים לעצם "התרת" הפעילות. טענתנו היא כי ייתכנו מצבים ונסיבות בהם אמצעי הכפייה יהיו לגיטימיים ומצבים בהם לא יעמדו בקריטריונים של חברה דמוקרטית.

כקטליזטור של דיון פוליטי ש(לכאורה) לא היה מתקיים בלעדיו,¹⁹⁵ משום שהסוגיה כבר מצויה בדיון ציבורי.

דוגמה לחרם המהווה עקיפה פסולה של הפרוצדורות הדמוקרטיות הממלכתיות היא חרם ההפלות שתואר לעיל. במקרה זה המוסדות הדמוקרטיים קיבלו החלטה בסוגיה פוליטית שנויה במחלוקת (הזכות לבצע הפלה) והחלטת המחוקק התקבלה לאחר מאבק לשינויה של נורמה קודמת. בסיומה של הפרוצדורה הדמוקרטית עמדה מסוימת ניצחה, שכן הוחלט כי יותר לבצע הפלות בתנאים מסוימים ובוטלה ההפלה של הפלות. במצב זה הטלת חרם על רשת מרפאות המבצעת הפלות היא עקיפה ברורה של ההכרעה הפוליטית, החותרת תחת הפרוצדורה הדמוקרטית. אלה שידם הייתה על התחזונה במאבק הפוליטי משתמשים כעת בכוחם הכלכלי כלקוחות המרפאה כדי ללחוץ עליה שלא לקחת חלק בפרקטיקה שבעבר הייתה אסורה, וכעת מותרת. תקוותם היא שמינוף כוח הקנייה הכלכלי עשוי להצליח היכן שהכוח הפוליטי כשל. כוח זה אכן עשוי להיות אפקטיבי ביותר, כפי שמעיד הציטוט הבא מפיו של בכיר בחברת נסטלה, בעניין החרם שהוטל עליה החל בשנות ה-70 בגין השייוק של תמ"ל (breastfeeding substitutes):¹⁹⁶

When I came to Nestle last year, I realized that the company's highest priority is to establish a dialogue with those church leaders who were supporting, or who might support, the activist boycott against us.

לחרם כזה יש השלכות ציבוריות רחבות מעבר ליחסים בין המחרים למוחרם. הוא עלול להשפיע באופן בעייתי לא רק על המוחרמים הישירים (המרפאות, או חברת נסטלה בדוגמאות שלעיל) אלא אף על צדדים שלישיים, תוך פגיעה בחופש הפעולה שלהם ובחירותיהם הבסיסיות (זכותן של נשים המעוניינות לבצע הפלות על גופן; הורים המעוניינים לרכוש תמ"ל);¹⁹⁷ הוא גם מייצר לעיתים קרובות מאזן אימה הרתעתי לפיו גופים רבים חוששים לפעול בדרך מסוימת מחשש שיחשפו לסנקציות כלכליות דומות מצד המחרמים. דוגמה קיצונית אף יותר, היא דוגמת החרם נגד חנויות המעסיקות עובדים הומוסקסואלים, במדינה שבה קיים איסור על הפליה מטעמי נטייה מינית. במקרה כזה שאלת העסקת עובדים הומוסקסואלים נדונה על-ידי המחוקק וההכרעה שהתקבלה אוסרת על הפלייתם בהעסקה. במצב בו קיים איסור משפטי על אי-קבלה לעבודה על בסיס נטייה מינית, החרמת עסקים שמעסיקים עובדים הומוסקסואליים למעשה מונעת מהמוחרם למלא את חובתו החוקית. לא זו בלבד שהחרם פוגע בחירותו של המוחרם לעשות את שהותר לו על-

¹⁹⁵ כך למשל טוענת תרזה לי כי:

Boycotts make the perhaps otherwise latent dissent visible to a greater number of participants in the marketplace of ideas, highlighting not only their position but also the very existence of the debate.

¹⁹⁶ Rafael Pagan, Carrying the fight to the critics of multinational capitalism: Think and act politically, VITAL SPEECHES OF THE DAY, 48, 19 (Jul. 15, 1982) אומנם החרם גינה בעיקר את שיטות השייוק של נסטלה (שהמחרמים כינו "אגרסיביות"), אולם הוא התנהל על ידי המועצה הלאומית לכנסיות וארגוני כנסיות אחרים. ראו shipp, לעיל ה"ש 31.

¹⁹⁷ כך למשל בהינתן קיומו של חרם אפקטיבי היצע המרפאות המטפלות בנשים המעוניינות לבצע הפלה יקטן באופן משמעותי.

ידי המחוקק (דוגמת ההפלות), אלא החרם לוחץ עליו לעשות את שנאסר מפורשות על-ידי המחוקק.¹⁹⁸

יודגש כי כאשר הוא עוסק בסוגיות פוליטיות טעונות החרם עלול להיות בעייתי גם אם אינו סותר חזיתית הכרעה שהתקבלה על-ידי המוסדות הפוליטיים; די בכך שהוא עוסק בסוגיה הנמצאת בדיון פוליטי או הייתה עד לא מזמן נושא לדיון כזה. כך, אפילו במקרים בהם נדמה שהחרם "מיישר קו" עם המדיניות הפוליטית, נקיטתו מעוררת קושי במונחים של פגיעה בפרוצדורות הדמוקרטיות. דוגמה טובה לכך היא חרם שהוכרז נגד רשת טרגט ע"י ה-AFA (American Family Association) בשנת 2016.¹⁹⁹ הרקע הפוליטי לנקיטתו של החרם הוא קידום חקיקה בצפון קרוליינה המחייבת בני-אדם להיכנס לחדרי-שירותים התואמים את המגדר שלהם כפי שבא לידי ביטוי בתעודת-הלידה.²⁰⁰ החקיקה עוררה מחלוקת בצפון קרוליינה, ויוזמות חקיקתיות דומות עוררו מחלוקת ברחבי ארה"ב.²⁰¹ בתגובה לחקיקה הודיעה רשת טרגט:²⁰²

We welcome transgender team members and guests to use the restroom or fitting room facility that corresponds with their gender identity.

החרם של ה-AFA הוכרז בתגובה להצהרתה של טרגט, בטענה כי מדיניות זו עשויה לעודד עברייני מין ולסכן נשים וילדות (משום שהיא מאפשרת לגברים להיכנס לחדרי השירותים של נשים).²⁰³

לכאורה, החרם שהוכרז נגד טרגט תואם את המדיניות של המחוקק בצפון קרוליינה, ואילו רשת טרגט היא זו המפרה את עמדת המחוקק. ואולם חרם כזה בכל זאת מעורר קושי

¹⁹⁸ ייתכן שההבדל בין שתי הדוגמאות נוגע רק למישור הפגיעה במוחרם ופחות למישור הציבורי; כמו-כן, לעיתים הפעלת לחץ לעשיית דבר עבירה, לכשעצמה יכולה להתגבש לכדי עבירה פלילית, גם בלי קשר לאיסור על נקיטת חרם, דוגמת הניסיון לשידול, ראו ס' 33 לחוק העונשין.

¹⁹⁹ . The #BoycottTarget Campaign, *Sign the Boycott Target Pledge!* <https://www.afa.net/target>
²⁰⁰ החוק חל רק במבנים ציבוריים או כאלה שנוגעים שירות לציבור. Public Facilities Privacy & Security Act (House Bill 2 / SL 2016-3) <https://www.ncleg.gov/BillLookup/2015E2/H2>

²⁰¹ Michael Gordon, Mark S. Price & Katie Peralta, Understanding HB2: North Carolina's newest law solidifies state's role in defining discrimination, THE CHARLOTTE OBSERVER (Mar. 30, 2017) <https://www.charlotteobserver.com/news/politics-government/article68401147.html>; JEFF BRADY, When A Transgender Person Uses A Public Bathroom, Who Is At Risk?, NPR (May 15, 2016) <https://www.npr.org/2016/05/15/477954537/when-a-transgender-person-uses-a-public-bathroom-who-is-at-risk>; Letitia Stein, Americans oppose bathroom laws limiting transgender rights: poll, REUTERS (Mar. 10, 2017) <https://www.reuters.com/article/us-usa-lgbt-poll-idUSKBN16H1A4>

²⁰² Robert Mclean "Target says transgender customers can use bathroom that matches their gender identity" CBS Philadelphia (April 20, 2016) <https://www.cbsnews.com/philadelphia/news/target-says-transgender-customers-can-use-bathroom-that-matches-their-gender-identity>

²⁰³ Hadley Malcolm, *More than 700,000 pledge to boycott Target over transgender bathroom policy*, USA TODAY (Apr. 25, 2016) ("a man can simply say he 'feels like a woman today' and .enter the women's restroom")

בלתי מבוטל. ראשית, טרגט היא רשת ארצית והחרם שהוכרז כלפיה הוא גורף ואינו ממוקד בסניפיה בצפון-קרוליינה. ככל שהצהרתה של טרגט מהווה הפרה של החוק במדינת צפון קרוליינה, ניתן, כמובן, לטפל בכך באמצעות אמצעי האכיפה שעומדים לרשות המדינה. ואולם החרם הוא ניסיון לייצר השפעה בשדה הפוליטי באמצעות שימוש בכוח כלכלי – הדרת רגליהם של צרכנים מרשת טרגט. השיח הפוליטי בסוגיה הנדונה היה (ועדיין) סוער וטעון ברחבי ארה"ב, והוא מערב מחוקקים, דיונים במדיה, ואף את בתי-המשפט.²⁰⁴ הסוגייה של זהות מגדרית וביטויה במרחב הציבורי כמובן שאינה נוגעת רק לרשת טרגט, וכן אינה מוגבלת ליחסים שבין צרכנים לקמעונאים.²⁰⁵ השאלה שיש לשאול בהקשר זה היא האם ראוי לאפשר לקבוצה שמרנית, מצד אחד של המפה הפוליטית, להשתמש בכוח הקניה הצרכני שלה כדי לייצר השפעה בסוגיה זו.²⁰⁶

כמובן שכנגד דוגמה זו של ניסיון לייצר השפעה פוליטית באמצעות חרם בתחום של זכויות להט"ב, ניתן להביא דוגמאות אחרות, מן הכיוון ההפוך של המפה הפוליטית. כך, למשל, בראשית שנות ה-90 הכריז ה-Tennessee Gay and Lesbian Alliance and the Queer Nation חרם על רשת המסעדות Cracker Barrel, בשל כמה מקרי פיטורין של עובדים להט"בים. החרם היה תגובה לא רק לפיטורין עצמם, אלא להצהרת מדיניות מטעם הרשת, לפיה היא לא תעסיק עובדים "whose sexual preferences fail to demonstrate normal, heterosexual values".²⁰⁷ רבים יסברו כי מדיניות זו של המסעדה מקוממת. ואולם מקוממת ככל שתהיה, השאלה שעלינו לדרון בה היא האם חרם הוא תגובה לגיטימית למדיניות זו. זאת, גם בהנחה שהתנהגותה של המסעדה היא בלתי לגיטימית בהיותה הפליה בתעסוקה. סוגיית האיסור על הפליה בתעסוקה בשל נטייה מינית שנויה במחלוקת בארה"ב, וזאת בניגוד לקונצנזוס רחב שקיים באיסור על אפליה תעסוקתית מחמת מין. אף המצב המשפטי בסוגיה זו מורכב.²⁰⁸ כתנאי להסרתו של החרם הציבו מחירימי

²⁰⁴ בשנת 2017, בעקבות פשרה בין המושל הדמוקרטי לבין המחוקקים, בוטל החוק בצפון קרוליינה. ראו Alexander Smith, *North Carolina Lawmakers Announce Deal to Repeal 'Bathroom Bill'*, NBC (Mar. 30, 2017) <https://www.nbcnews.com/news/us-news/hb2-repeal-north-carolina-legislature-votes-overtum-controversial-bathroom-bill-n740546>.

²⁰⁵ כך, למשל, סוגיית הזכות של טרנסג'נדרים לבחור חדרי-שירותים התואמים את הזהות המגדרית שלהם הועלתה בקונטקסט של מוסדות חינוך ואוניברסיטאות. ראו Almond A. Seals & Melissa C. Gonzales, *Legal Rights of Transgender Students in Education*, 3 DIVERSITY, SOC. JUST., & EDUC. LEADER 1, 1-2 (2019).

²⁰⁶ בשלב מסוים ה-AFA התגאה כי מיליון וחצי בני-אדם חתמו על תמיכתם בחרם, וכאשר טרגט הודיעה על סגירת 12 חנויות הועלתה ההשערה כי החלטת הסגירה קשורה לנוקי החרם. Dale Hurd, *Target Closing 12 Stores: Is it Because of the Boycott?*, CBN NEWS (Nov. 13, 2017) <https://www1.cbn.com/cbnnews/us/2017/november/target-closing-12-stores-is-it-because-of-the-boycott-nbsp-nbsp>.

²⁰⁷ John Howard, *The Cracker Barrel Restaurants*, in CAROL HARVEY & M. JUNE ALLARD, UNDERSTANDING AND MANAGING DIVERSITY 187, 188 (5th ed. 2011).

²⁰⁸ *ARE LGBT WORKERS PROTECTED FROM DISCRIMINATION? Unravelling the Patchwork of Federal, State, and Local Employment Protections*, MOVEMENT ADVANCEMENT PROJECT (2018) <https://www.lgbtmap.org/file/Brief-Employment-Landscape-Final.pdf>. ביוני 2020, בית המשפט העליון האמריקני קבע כי אפליה על רקע נטייה מינית אסורה מכוח חוק זכויות האזרח (Civil Rights Act). ראו ___ (2020) Bostock v. Clayton Ct., U.S. 590.

Cracker Barrel כלפי המסעדה שורת דרישות, ביניהן שינוי המדיניות, החזרה מידידת לעבודה של העובדים שפוטרו, ופרסום התנצלות. החרם היה אפקטיבי במידת מה, משום שהרשת הצהירה על נסיגה ממדיניותה הכללית. ואולם מכיוון שלא פרסמה התנצלות הודיעו המחרימים כי החרם ימשך משום שלא כל דרישותיהם נענו.²⁰⁹

ניתן לגרוס כי קיימות נסיבות שבהן לא ראוי להגביל חרמות, גם אם הם פוליטיים, וגם אם הם נוגעים לסוגיה המצויה בדיון במוסדות הפוליטיים. זאת, במצבים בהם המוסדות הפוליטיים סובלים מליקוי דמוקרטי כה חמור במישור השוויון הפוליטי, עד כי אין הצדקה להגן על השוויון שלכאורה טמון בהם באמצעות איסור על חרם. דוגמה מובהקת למצב כזה היא האפליה הממוסדת כלפי האפרו-אמריקאים בארה"ב בשנות ה-60, שהיה בה כדי להצדיק נקיטה בנשק של חרם האוטובוסים. יש מקום לדיון דומה אף במציאות העכשווית שבה תאגידים פרטיים צוברים כוח פוליטי רב-עוצמה, וחרם שננקט כלפיהם (כך ניתן לטעון) אינו מהווה עקיפה של המוסדות הפוליטיים הרשמיים (שכן אלה ממילא שבוים בידיהם של בעלי-ההון), אלא יש לראות בו משקל-נגד הכרחי לכוחם המופרז של מונופולים עסקיים.²¹⁰ אכן, אם עסקינן במצב דברים שבו ממילא המוסדות הפוליטיים אינם שוויוניים, וכאשר מדובר בליקוי יסודי של אפליה בחסות החוק, אזי לא ראוי להעניק להליך הדמוקרטי הממוסד חסינות מפני חרמות. ואולם מקרים אלה יהוו יוצא מן הכלל, המעיד על הכלל. מכל מקום, טיעונים ברוח זה מחייבים יציאה מהמסגרת הקונבנציונלית של חופש הביטוי לעבר הערכה של המידה שבה חרמות עשויים לפגוע בהליכים דמוקרטיים רשמיים. יתרה מזאת, הנחת הניתוח המוצע כאן היא שמשטרים דמוקרטיים מבוססים על ההכרה בערכן של פרוצדורות מסוימות של קבלת החלטות במסגרת הממוסדת של גופים ייצוגיים ורשויות ציבוריות, וזאת ללא תלות ישירה בתוצאות המתקבלות באותם תהליכים. דומה כי מחיר זה, של ויתור על ערכן הפנימי של פרוצדורות דמוקרטיות לקבלת הכרעות, נעדר כליל מהדיון המשפטי בחרמות פוליטיים.

(ב) חרם ודיון ציבורי

התומכים ב"זכות להחרים"²¹¹ מדגישים את מעלותיהם של חרמות בליבון רעיונות ב"שוק הרעיונות", ואף בתרומתו לחשיפת האמת. כך, טוענת תרזה לי כי חרמות הם כלי שכנוע – אם החרם הצליח, הוא הצליח בשל יכולתו להציג טיעונים משכנעים, ואם הוא נכשל זוהי עדות לכך שלא הצליח לשכנע.²¹² כפי שהראינו במאמר קודם, טיעון זה הוא בעיית משום

²⁰⁹ Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 149–150.

²¹⁰ ראו דיון נוסף בסוגיה זו להלן, בפרק על חרם צרכני.

²¹¹ Michael C. Harper, *The Consumer's Emerging Right to Boycott: NAACP v. Claiborne Hardware and Its Implications for American Labor Law*, 93 Yale L.J. 409 (1984) (להלן: "Harper").

²¹² תרזה לי, ה"ש לעיל:

"a boycott asserts itself into the public sphere to be tested in the marketplace of ideas. In an "uninhibited marketplace" the truth of a boycott can be tested. If the originators of a boycott cannot persuade others to the rightness of the boycott to the rightness of their position, then the boycott will fail"

שהוא מערפל את ההבדל בין חרם למחאה.²¹³ אף מחאה מהווה צורה של הבעת ביקורת שתכליתה לעורר שיח ולשכנע, ואולם בניגוד למחאה, חרם כרוך בהפעלת לחץ והוא משקף החלטה לוותר על שיח בבחינת "איני מתכוון לדבר איתך, שכן דבריך אינם ראויים לתגובה ולשיח".²¹⁴ לפיכך הצגתו של חרם כאמצעי שכנוע היא במידה רבה מטעה. ואולם גם לאלה הסבורים כי חרמות ממלאים פונקציה שכנועית בשיח הציבורי, אמור להיות קושי להעניק הכשר לתת-קטגוריה של חרמות פוליטיים שאנו מכנים חרמות צנזוריאליים. חרם צנזוריאלי הוא כזה שננקט כדי לחוץ על המוחרם להודל מהתבטאויותיו או על-מנת להפסיק את השיווק או ההפצה של מוצרים תרבותיים כגון סרטים או ספרים. על-פי הגישה השלטת, אף חרמות כאלה נהנים מחסינות משפטית. הטיעון שבשמו מוענקת חסינות זו הוא כי חרם נכלל במסגרת ההגנה החוקתית על חופש הביטוי.²¹⁵ ההנחה המקובלת היא שבשל אלמנט זה של ביטוי, הגבלת החרם בידי המדינה היא אסורה. לעומת זאת הגבלת הביטוי שנובעת מאקט החרם היא מותרת. כפי שאמר באופן קולע אחד ממארגני החרם נגד רשתות השידור בשנות ה-90:²¹⁶

When the networks cry censorship, they're usually speaking
But] We are not official, not a government [of an official act.
organization. We're a citizens group.

ואולם טיעון זה לוקה בנקודות עיוורון רבות, שכן חרם הננקט כנגד גופים/אזרחים בעטיה של התבטאות מטעמם שאינה נושאת חן בעיני המחרימים הוא אקט צנזוריאלי גם אם אינו ננקט בידי הממשלה. ניקח לדוגמה קריאה לחרם על רשת home-depot בשל התבטאות של אחד ממייסדי הרשת על תמיכתו בדונלד טראמפ לכהונה שניה כנשיא ארה"ב.²¹⁷ העמדה המיתממת שמגנה על חופש הביטוי בהקשר זה הינה כי "זכותו של המייסד של home depot לתמוך בכל מועמד פוליטי, וזכותם של המחרימים להחליט שלא לצרוך מוצרים של home depot בתגובה לכך". אכן, לכל פרט יש חירות האם לצרוך מוצרים של רשת

²¹³ יעקב ושניכרים, עמ' 587-588

²¹⁴ שם

²¹⁵ עניין קליבון, לעיל ה"ש 13.

²¹⁶ KATHRYN C. MONTGOMERY, TARGET: PRIME TIME: ADVOCACY GROUPS AND THE STRUGGLE OVER ENTERTAINMENT TELEVISION 161-162 (1989). ראו Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 167.

²¹⁷ Charisse Jones, *On social media, calls for boycott of Home Depot because co-founder supports Donald Trump*, USA TODAY (Jul. 8, 2019) <https://www.usatoday.com/story/money/2019/07/08/support-donald-trump-prompts-calls-home-depot-boycott-twitter/1677966001/>; דוגמה נוספת ניתן לראות בחרם שהוטל על יצרן נקניקיות בשל הזדהותו הפוליטית לכאורה עם בוריס ג'ונסון לקראת הבחירות בבריטניה. ראו Greg Heffer, *#BoycottHeck: Sausage firm faces backlash after being visited by Boris Johnson* sky news (8 July, 2019) <https://news.sky.com/story/boycottheck-sausage-firm-faces-backlash-after-being-visited-by-boris-johnson-11759077> (להלן: "Heffer"). ברשתות החברתיות נכתב שהברת הנקניקיות תומכת בג'ונסון ובתגובה התעוררה קריאה להחרים את המפעל. *MADOLINA GRANT, The Remoaner sausage boycott shows the shape of things to come*, The Telegraph (Jul. 9, 2019) [HTTPS://WWW.TELEGRAPH.CO.UK/POLITICS/2019/07/09/REMOANER-SAUSAGE-BOYCOTT-/SHOWS-SHAPE-THINGS-COME](https://www.telegraph.co.uk/politics/2019/07/09/remoaner-sausage-boycott-shows-shape-things-come)

depot, וזאת מסיבות שונות ומגוונות, לרבות סלידתו מעמדתו הפוליטית של אחד ממייסדיה. ואולם חרם אינו בבחינת החלטה אינדיבידואלית אלא הסתה קולקטיבית.²¹⁸ יתרה מזאת, חרם כזה אינו מהווה ביטוי גרידא,²¹⁹ שאחרת לא היה צורך לגייס את נשק החרם: די היה לפרסם מסרים ביקורתיים כלפי מועמד מסוים בתקופת בחירות, כלפי עמדה מסוימת ב"שוק הרעיונות", או ביחס למוסריותה של פרקטיקה מסוימת. הנקיטה בחרם נועדה להפעיל לחץ – לאלץ את המוחרם לחדול מהתבטאויותיו, להשתיק או לפחות לקבוע תג מחיר להתבטאויות אלה.²²⁰ ניקח כדוגמאות קריאות משתמשים ברשתות החברתיות להחרמת אמזון בשל פרסום ספר המגן על פדופיליה;²²¹ או – אם נלך כמה עשרות שנים אחורה – החרם של ה-AFA נגד דיסני בשנות ה-90, בשל תכני-שידור שהם gay-friendly (דוגמת תכנית הטלוויזיה "אלן", שהמנחה שלה לסבית מוצהרת).²²² העובדה שנגקט חרם מעידה על שאיפתם של המחרימים לא רק להוסיף לשדה הפוליטי את עמדתם שלהם, אלא להביא להשתקתה האפקטיבית של העמדה היריבה, באמצעות קביעת תג-מחיר כלכלי להבעת עמדות או הפצת תכנים מסוימים שאינם לרוחם של המחרימים.

הבעיה עם חרם צנזוריאלי אינה נוגעת רק למוחרם וחירותו להתבטא, אלא לערך הדמוקרטי של קיום דיון ציבורי בשאלות של הטוב המשותף (common good). הדיון הציבורי חשוב לא רק כאפיק "לאורר" את תחושותיהם/עמדותיהם/העדפותיהם של פרטים. חשיבותו גם בעצם יצירת השיח שכן ראוי שסוגיות פוליטיות תוכרענה על-בסיס טיעונים משכנעים.²²³ חרם צנזוריאלי הוא במהותו חוסם-דיון, שכן הוא מבטא קריאה שלא לקיים קשר עם המוחרם. בכך הוא פוטר את ציבור המחרימים מן הצורך להתמודד עם עמדותיו של

²¹⁸ דוגמה נוספת מישראל ניתן למצוא במקרה של הקריאה לחרם כנגד השחקנית ענת וקסמן. האחרונה התראיינה על ידי דני קושמרו. בראיון השווה ווקסמן בין מצביעי הליכוד לנוסעי טיסת השוקולד וטענה כי אנשי הפריפריה "לא באים להצגות". בשל התבטאות זו עלו קריאות רבות להחרימה. ארגון אומני ישראל נחלץ להגנתה באמצעות פרסום הבהרה, לפיה "במדינת ישראל מותר לכל אדם גם אם הוא אמן להביע את דעתו, ומותר לחברה לא להסכים עמו ולבקר אותו", וכי "גלי הביקורת ממהרים לרכוב גורמים מסוימים, לרוב פוליטיים בשלטון המקומי, שקוראים להחרים את כל מי שלא מתיישב עם העמדה ה"נכונה" לטעמם. " זהו מדרון חלקלק ומסוכן, ואין לכך מקום בחברה דמוקרטית". "סערת ענת וקסמן: הקריאה לחרם מסוכנת" *חדשות* 12 (15.4.2015) https://www.mako.co.il/news-israel/local-q2_2015/Article-c3600fd5dfbbc41004.htm.

²¹⁹ לתמיכה בטיעון זה ראו Orloff, לעיל ה"ש 160, עמוד 1083 ("a political boycott is not pure speech. Instead, it is expressive conduct").

²²⁰ בשנות ה-90, חרמות של ה-AFA וארגון דתי נוסף – Clear-TV (Christian Leaders for Responsible TV) נגד בורגר קינג כספונסרית בתכנית טלוויזיה, היו אפקטיביים כי הגיעו להסכם שבורגר קינג תשים דגש על התמיכה שלה בתכניות שמציגות "ערכי משפחה מסורתיים". ראו Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 170.

²²¹ Heffer, לעיל ה"ש 188. דוגמה נוספת היא החרם נגד המוציא לאור של הספר "American Psycho" בטענה שהוא מכיל תיאור גרפי של אלימות כלפי נשים. ראו שם, עמוד 155.

²²² Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 171. עילת החרם הייתה הן מדיניות העסקה והטבות לעובדים או בני-זוגם, והן התכנים של הבידור. חרמות נוספים פעלו נגד מפרסמים שמימנו תוכניות שלא נשאו תן בעיני המחרימים.

בספר של Putnam מצוטט Robert Igre, הנשיא של ABC, שטען כי חרמות של ארגונים אלה כנגד המפרסמים גורמים ל-ABC הפסדים של מיליוני דולרים. TODD PUTNAM, BOYCOTT REPORT: WARNER-LAMBERT, BOYCOTT QUARTERLY 42 (1994). בנוסף, חרמות בשנות ה-30 נגד תעשיית הקולנוע המתהווה, מלווים בהאשמות כי היא מובילה לשחיתות מוסרית ציבורית. Friedman, שם, עמוד 161.

²²³ ולא רק על בסיס הכוח היחסי של האנשים המעורבים. ראו Hussain, לעיל ה"ש 37, עמוד 120.

מי שאינם מסכימים איתו ולשכנע אחרים בצדקת עמדתם. יתרה מזאת, חרם צנזוריאלי ה"מעניש" את מי שמחזיק בעמדה ההפוכה בסוגיה פוליטית שנויה במחלוקת עשוי להוביל לחוסר אמון הדדי, למעגל של חרמות וחרמות-נגדיים ואף לאלימות.²²⁴ לפיכך אנו סבורים כי קיימים טעמים טובים לשקול איסור משפטי על חרמות פוליטיים צנזוריאליים. דווקא ההיתר לקיים חרמות אלה – ולא האיסור עליהם – הוא אשר מוביל לפגיעה משמעותית בחופש הביטוי.

3. חרם צרכני

חרמות צרכניים ננקטים על-ידי מגוון של קבוצות וארגונים, ועוסקים במנעד רחב של סוגיות ואג'נדות חברתיות.²²⁵ כגון יוקר המחיה, אקלים ואיכות הסביבה, זכויות עובדים, אפליית מייעוטים, זכויות בעלי חיים, ערכי המשפחה ועוד.²²⁶ קיימות אינדיקציות רבות לכך שנוכחותם של חרמות צרכניים הולכת וגוברת בשנים האחרונות, בזכות הזמינות והקלות שבה ניתן להתארגן ולגייס תומכים לחרם באמצעות הרשתות החברתיות.²²⁷ לאור הנוכחות המשמעותית של חרמות צרכניים במציאות העכשווית, ראינו לנכון להקדיש פרק נפרד לדיון בהם. ואולם, טרם שנתחיל בדיון גופו, הערה על ההבחנה בין חרם צרכני לבין קטגוריות אחרות של חרם בהן דנו עד כה. בפרק זה אנחנו משתמשים בביטוי "חרם צרכני" כדי לתאר כל חרם שנקט בידי צרכנים. הקטגוריות של חרם צרכני מחד גיסא, וחרם פוליטי וענישתי מאידך גיסא אינן מוציאות זו את זו. חרם צרכני יכול להיות פוליטי באופיו (לדוגמה: חרם של צרכנים מהקהילה החרדית כנגד מפעל הזכוכית פניציה בשל עבודת המפעל בשבת)²²⁸; חרם צרכני יכול להיות גם ענישתי באופיו (לדוגמה: חרם צרכני כנגד רשת פוקס בשל עדויות על הטרדות מיניות מצד המנכ"ל הראל ויזל)²²⁹ והוא יכול להיות מיקוחי באופיו – כלומר כזה הנוגע לשיפור תנאי העסקה תוך דרישה להורדת המחיר או תכונות המוצר (לדוגמה: חרם צרכנים כנגד בתי-הקולנוע בישראל בשל גביית עמלת דמי טיפול על הזמנה מקוונת של כרטיסים).²³⁰ ההבחנה בין חרם פוליטי, חרם ענישתי, וחרם מיקוחי נוגעת למוטיבציה או המטרה של החרם. תיוג חרם כצרכני, לעומת זאת, מבוסס על הזיהוי של הנוקטים בחרם כקבוצה חברתית. תפקידו של הדיון שלהלן הוא לדון באופן ראשוני בהשלכות הדיון שנערך לעיל באשר לגיטימציה של חרמות פוליטיים וענישתיים, על חרמות הננקטים בידי צרכנים. דיון מלא בשאלה זו חורג מהיקפו של המאמר; ואולם דיון ראשוני הוא חיוני, במיוחד לאור ההנחה הרווחת בשיח המשפטי הקיים, לפיה אין פסול בחרמות צרכניים, והם מהווים ערוץ לגיטימי לאקטיביזם אזרחי, ומכשיר חשוב לשינוי חברתי ופוליטי.

²²⁴ Altman, לעיל ה"ש 96, עמוד 17. יוער כי אלטמן עוסק בחרמות עונשיים ולא בחרמות צנזוריאליים.

²²⁵ Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 2.

²²⁶ ראו יניב מנו, חרם צרכנים, לעיל ה"ש 8.

²²⁷ Beck, לעיל ה"ש 8, עמוד 543 ("In the digital age, calls for boycotts have become considerably more frequent").

²²⁸ נורית זומר, חשש לסגירת מפעל פניציה בירוחם בעקבות חרם חרדי, לעיל ה"ש 2.

²²⁹ הדר קנה, קריאות לחרם צרכנים של חנויות פוקס, לעיל ה"ש 148.

²³⁰ מיקי רוזנטל "האם מחאה בפייסבוק תצליח לשבור את בתי הקולנוע" גלובס (24.4.2014) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000933345>

על-פי הדין הקיים חרם צרכני הוא על-פי רוב מותר, שכן אינו נכנס לגדר האיסורים הספציפיים על חרמות בתחום העבודה,²³¹ ואף אינו נכלל, על-פי רוב, תחת האיסורים של דיני ההגבלים העסקיים, שבאופן מסורתי הטילו מגבלות על יצרנים/עסקים/מתחרים, ולא על צרכנים. מעבר לדין המצוי, השיח המשפטי האקדמי מציג עמדה כמעט אחידה ביחס לחרמות צרכניים פוליטיים, לפיה ראוי לאפשר חרמות כאלה בהיותם חוסים תחת חופש הביטוי,²³² גם אם טמון בהם נזק עבור המוחרמים. יתרה מזאת, על-פי העמדה השלטת, חרמות צרכניים פוליטיים מהווים מכשיר חשוב לשינוי חברתי.²³³ כדי לתת קונטקסט רחב יותר להנחות הרווחות בדבר התפקיד החברתי של חרמות צרכניים, ראוי לעיין בתופעה של אקטיביזם צרכני, וספציפית בתופעה המכונה "צרכנות פוליטית" – כפי שהן נדונות כיום בהרחבה בספרות סוציולוגית, האתית, והפילוסופית.

(א) אקטיביזם צרכני וצרכנות פוליטית

כחלק מהמגמה הכללית של שימוש ברשתות חברתיות אנו עדים בשנים האחרונות לעליה בתופעה של אקטיביזם צרכני. במונח אקטיביזם צרכני יכולות להיכלל מספר רב של תופעות משנה. סוג אחד הוא הקמת אגודות צרכנות למיניהן שמנסות לשפר את תנאי הרכישה עבור אוכלוסיית צרכנים מסוימת באופן שמגדיל את כוחם בניהול משא ומתן לשם קבלת הנחה על קניה מאורגנת ומרוכזת או שיפור אחר של תנאי הרכישה.²³⁴ לצד האגודות הפורמליות, אנו עדים ליותר ויותר דוגמאות בהן השימוש ברשתות החברתיות מאפשר לקהל צרכנים שאינו מאורגן באופן פורמלי להפעיל את כוחו במקובץ לצרכי מיקוח, למשל באמצעות חרם. גם בעבר, בעיקר בשנות ה-70, היו מקרים בולטים של חרמות מסוג זה, למשל חרמות כנגד רשתות שיווק מזון שמטרתם להוריד את מחירי המוצרים.²³⁵ חרם מיקוחי הוא אחד הכלים של אקטיביזם צרכני, ואולם בפרק זה אנו מעוניינים למקד את עיקר תשומת הלב בסוג אחר של חרמות צרכניים פוליטיים, ובהיבט מסוים של אקטיביזם צרכני המכונה צרכנות פוליטית. לצרכנות פוליטית יכולות להיות הגדרות שונות, ואולם מה שמאפיין אותה הוא כי צריכת המוצר מונעת לא רק מהיבטים שקשורים למוצר, לפחות לא באופן ישיר, אלא מהיבטים אתיים, חברתיים או פוליטיים של יצור וצריכת המוצרים. על-פי תפיסה זו פרקטיקות צרכניות חורגות מהיחסים "הפרטיים" בין יצרן לצרכן, וצרכנים עוסקים, וצריכות לעסוק, במערך רחב

²³¹ למעט מקרים נדירים בהם מערכת הנסיבות חורגת מסכסוך העבודה. כך, למשל, בית המשפט העליון בארצות הברית קבע כי מקרה בו ארגון עובדים קרא לצרכנים שלא לתת חסות לחנויות במרכז המסחרי מכיוון שהוא מסוכסך עם חברת הבנייה של המרכז (כלומר, לחנויות אין כל קשר לסכסוך העבודה), לא ייחנה מההגנה על חרמות צרכניים בתחום העבודה. ראו Edward J. De Bartolo Corp. v. NLRB, 463 U.S. 147 (1983).

²³² Theresa J. Lee, Democratizing The Economic Sphere: A Case for the Political Boycott, 115 W. Va. L. Rev. (2012).

²³³ Michael C. Harper, *The Consumer's Emerging Right to Boycott: NAACP v. Claiborne Hardware and Its Implications for American Labor Law*, 93 Yale L.J. 409 (1984) (להלן: "Harper").

²³⁴ לי סיביליה "השוואה: מה מציעים מועדוני הצרכנות בישראל?" וואלה: (2.6.2021) <https://finance.walla.co.il/item/3439279>.

²³⁵ Friedman, לעיל ה"ש 42, עמוד 13.

של שיקולים, מעבר לניתוח צר של עלות-תועלת בהתבסס על מחיר ותכונות המוצר.²³⁶ כך, למשל, על פי תפיסה זו על צרכנים להתחשב בעת קבלת החלטות רכישה בשאלה האם הפקת חומרי היצור נעשתה תוך הקפדה על איכות הסביבה, האם נשמרו זכויות עובדים בתהליך היצור, ואף בשאלות פוליטיות רחוקות יותר מתהליכי היצור עצמם, כגון, המיקום הגיאוגרפי של היצור באזורי סכסוך פוליטי ועוד. במילים אחרות הצרכן עשוי – וצריך – לשנות את העדפותיו על בסיס תכונות שאינן קשורות ישירות למוצר, באופן שאקט הצריכה ישקף או יעלה בקנה אחד עם העדפותיו הפוליטיות ויקדם אותן. כך, למשל, בארצות הברית צרכנים רבים, בעיקר בקרב המעמד הסוציאקונומי הגבוה, משנים את הצריכה הפרטית שלהם בהתאם להעדפותיהם הפוליטיות בנוגע לנושאים שונים. מסיבות אלו הם נוהגים לבקר ברשתות מזון שמחויבות למזון בריאות או אורגניות או כאלו ששומרות על איכות סביבה, קונים מותגי הלבשה שמחויבים למחזור וצמצום החותם התעשייתי וממעטים בצריכת מוצרים מזהמים כגון מוצרי פלסטיק ובמיוחד מוצרים חד פעמיים שזמן התכלותם ארוך והשימוש בהם קצר.

במסגרת התופעה של צרכנות פוליטית צרכנים עושים שימוש במגוון כלים, כגון חרם, boycott וסרטיפיקציה.²³⁷ בשיח האתי והסוציולוגי קיים כיום דיון ער בשאלת האתיקה של צרכנות פוליטית (ובכלל זה, נקיטה בחרם צרכני). סוג אחד של דיונים עוסק ביחס שהצרכנות הפוליטית מניחה או מנביעה בין היות אדם צרכן, לבין היות אדם אזרח.²³⁸ סוג נוסף של דיונים מציב את הצרכנות הפוליטית בתוך שבין ספירות – הפוליטיקה והשוק – ובוחר את השפעותיה על כל אחת מהן.²³⁹ עיון בספרות מגלה כי קיימות עמדות מורכבות ביחס לצרכנות הפוליטית.²⁴⁰ עמדה אחת חוגגת את הצרכנות הפוליטית כביטוי של השתתפות אזרחית בחיים

²³⁶ THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL CONSUMERISM 2 (Magnus Bostrom, ראו Michele Micheletti & Peter Oosterveer eds., 2018) ("Most prominent therein is the relationships among goods offered on the consumer market and political events and developments, environmental and human rights problems and worries, and the ethics of production and manufacturing practices")

²³⁷ boycott (כלומר במקום הימנעות מרכישה, תמיכה על ידי קניית מוצרים) או certification (התארגנות שמטרתה להקים מעין גוף שיקבע תקן מסוים, מוסרי, חברתי או סביבתי, ויעריך האם מוצרים עומדים בתקן זה) ראו Hussain, לעיל ה"ש 37, עמודים 113–114.

²³⁸ כך למשל, BARBER טוען כי האזרח כצרכן יכול להשיג באמצעות "הדולר שלו", יותר משיכול היה להשיג אי פעם באמצעות פתק ההצבעה שלו. BENJAMIN R. BARBER, CONSUMED: HOW MARKETS CORRUPT CHILDREN, INFANTILIZE ADULTS, AND SWALLOW CITIZENS WHOLE 126, 143 (2007) (להלן: "BARBER"). ראו גם Josee Johnston, *The Citizen-Consumer Hybrid: Ideological Tensions and* (להלן: "Johnston") *the Case of Whole Foods Market*, 37 THEORY & SOC'Y 229, 246 (2008)

²³⁹ Dietlind Stolle, *Politics, Products, and Markets: Exploring Political Consumerism Past and Present* (2004); עומרי שמיר *מהקלפי אל השוק: צרכנות פוליטית בישראל* (2017).

²⁴⁰ Meredith A. Katz, *Boycotting and Buycotting in Consumer Cultures: Political Consumerism in North America*, in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL CONSUMERISM 515 (Magnus Bostrom, Michele Micheletti & Peter Oosterveer eds., 2018); Young Min Baek, *To Buy or Not to Buy: Who are Political Consumers? What do They Think and How do They Participate?*, 58 POL. ST. 1065, Abstract (2010).

הפוליטיים.²⁴¹ ואולם קיימות גם עמדות אחרות, מימין ומשמאל, המבקרות את הצרכנות הפוליטית, הגם שנעשית באופן אישי על ידי הצרכן הבודד. כך למשל וונדי בראון מזהירה משמאל מפני כלכול הספירה הפוליטית והפיכתם של מוסדות הדמוקרטיה לשוקיים באמצעות רדוקציה של מוסדות אלו לפעילות כלכלית במסגרת השוק. פעילות שכזו, לטענתה, משנה את העומק והמהות של הפעילות הפוליטית ולדבריה מוסדות ליבראליים דמוקרטיים לא בהכרח ישרדו את המעבר. כך, טוענת בראון כי:²⁴²

The replacement of citizenship defined as concern with the public good by citizenship reduced to the citizen as homo economicus also eliminates the very idea of a people, a demos asserting its collective political sovereignty.

כותבים נוספים טוענים כי האקטיביזם הצרכני מפריט את הספירה הפוליטית.²⁴³ מהצד השני של המפה הפוליטית אנשי השוק החופשי מזהירים מפני "זיהומו" של השוק בהעדפות פוליטיות מזיקות ולא רלוונטיות אשר עלולות לעוות את פעולתו של השוק. לשוק, על-פי גישה זו, יש אופי מטהר מפוליטיקה ומדעות קדומות. הדמוקרטיה הליבראלית נועדה לנקות את השוק מפוליטיקה ודעות קדומות וצריך להפריד בין השניים. מעבר לכך מנגנון השוק נותן מקום להעדפות שקשורות למוצר, כך שאם הציבור מעדיף למשל מזון אורגני בשל היותו בריא יותר, הביקוש לו יעלה, וכתוצאה מכך גם נכונות הציבור לשלם יותר. זאת ועוד, על פי גישה זו הרצון לשלש באופן אסטרטגי על הספירה הפוליטית באמצעות הצריכה נדון לכישלון לאור העובדה שהפרט אינו מסוגל לראות את התמונה הכוללת והשפעות פעולתו על מכלול הגורמים השונים במשק.²⁴⁴ שילובן של ההעדפות הפוליטיות במסגרת השוק לא יאפשר את פעולתו התקינה באמצעות מנגנון המחיר וימנע אלוקציה יעילה של משאבים. הוא גם עלול לחייב את המדינה להתערב בהחלטות פוליטיות במסגרת השוק – סיכון משמעותי בפני עצמו שלא בהכרח עדיף על פעולתו של שוק תקין ללא התערבות חיצונית על ידי המדינה.²⁴⁵ אין לשכוח כי ההעדפות הפוליטיות יכולות לפעול במובנים שונים ובכיוונים

²⁴¹ עמוד 516 "The mere idea of 'voting with your dollar' has its limits and aligns with a (neoliberal) ideology that shifts responsibility from the state to individuals to eradicate systemic injustices" ראו גם Emily Eaton, *How Canadian farmers fought and won the battle against GM wheat*, in THE NEW FOOD ACTIVISM: OPPOSITION, COOPERATION AND COLLECTIVE ACTION 55, 63 (Alison Hope Alkon & Julie Guthman ed., 2017); T. H. BREEN, THE MARKETPLACE OF REVOLUTION: HOW CONSUMER POLITICS SHAPED AMERICAN INDEPENDENCE (2004).

²⁴² Wendy Brown, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution* 39 (2015).
²⁴³ BARBER, לעיל ה"ש 209. האקטיביזם הצרכני מביא לידי טשטוש ואולי אף למחיקה של ההבחנה בין התפקיד שממלא האזרח כפרט לבין התפקיד שהוא ממלא במגזר הציבורי. בתוך כך, האזרחות והצרכנות נטמעות האחת בתוך השנייה. ראו Johnston, לעיל ה"ש 209.

²⁴⁴ ניב מנו, חרם צרכנים, לעיל ה"ש 8, עמוד 735. להרחבת הטענה כי צרכנות פוליטית מעוותת את ההיגיון בפעילות השוקיים ראו Stolle, Micheletti & Crepault, לעיל ה"ש 36, עמודים 206–207. למשל, קניית קפה בסחר הוגן על מנת להגן על זכויות החקלאים, מעודדת בפועל את הגדלת הייצור באופן מלאכותי, כך שנגרם ייצור יתר שפוגע בסופו של דבר בכיס של החקלאים עצמם.

²⁴⁵ Leonardo Becchetti, Luigino Bruni & Stefano Zamagni, *The Microeconomics of Wellbeing and Sustainability: Recasting the Economic Process* 254 (2019) (אלה הם מצבים של "כשלי ממשל" [government failure], המוכיחים כי הממשלה לא בהכרח מתרגמת נכונה העדפות של פרטים לתועלת ציבורית).

שונים. אומנם, ההעדפות הצרכניות הפוליטיות יכולות לבוא לכלל ביטוי בהקשרים של ביטוי פוליטי של צרכנים מקבוצות חלשות אך גם לעמוד לצידם של צרכנים המשתייכים לקבוצות רוב חזקות אשר יקבלו החלטות שלא לצורך מוצרים מסוימים מקבוצות מיעוט כאלו או אחרות מטעמים פוליטיים שאינם קשורים במוצר עצמו. לפי גישה זו: ²⁴⁶

Consumer activism undermines the salutary neutrality of prices by infusing them with controversial political content.

למרות שאנו ערים לביקורת על הצרכנות הפוליטית, הן מהשמאל והן מהימין לדעתנו, כל עוד מדובר בצרכן בודד ובניסיונות שכנוע וחינוך המופעלים עליו – אין לראות בתופעת הצרכנות הפוליטית תופעה שלילית. על אף הטיעון של Incommensurability ²⁴⁷ בין השיקולים הצרכנים/כלכליים לפוליטיים, בסופו של דבר מנגנון השוק והמחיר משקפים לפחות במידה מסוימת, אגרזיה של העדפות צרכניות, ואת אלו ניתן לקבל כל עוד קיים קשר בינם לבין המוצר. ²⁴⁸ ברור לנו גם שבעניין זה תמיד ניתן להקשות ולשאול מתי תכונה מסוימת קשורה למוצר ואיכותו בעיני הרוכש ומתי היא חיצונית לו ונובעת מהעדפות פוליטיות כאלו או אחרות. ²⁴⁹ ואולם נראה כי בכל זאת ניתן לסווג את המקרים השונים על רצף. מבחינתנו הבעיה המשמעותית נוצרת או מחריפה כאשר אין מדובר עוד בצרכן אינדיבידואלי שמבטא את העדפותיו בשוק לפי מצפוננו, אלא בקריאה לציבור שלא לצורך מוצר מסוים. ²⁵⁰ טענתנו בעניין זה היא כי יש לחשוב על הלגיטימציה של חרמות באופן מובחן משאלות אחרות שמעוררת תופעת הצרכנות הפוליטית.

²⁴⁶ Michele Micheletti & Dietlind Stolle, *Political Consumerism's Scope and Challenges*, in POLITICAL CONSUMERISM: GLOBAL RESPONSIBILITY IN ACTION 244, 248-251 (2013) (תחת

“Complexity and Scale of Political Consumer Causes”).

²⁴⁷ המונח Incommensurability הוא מונח מתחום הפילוסופיה של המדע המציין כי “היחס בין שתי מערכות מדעיות הוא כזה שגם כאשר הן אינן סותרות זו את זו מבחינה לוגית, אין ביניהן מצע משותף לדיון ולהשוואה. על-פי תפיסה זו, אין אפשרות לתרגם מערכת חשיבה אחת למערכת חשיבה אחרת” ראו [/https://haraayonot.com/idea/incommensurability](https://haraayonot.com/idea/incommensurability)

²⁴⁸ ניתן להגדיר צרכנות פוליטית כהתקשרות מכוונת-שוק. ראו THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL CONSUMERISM 2 (Magnus Bostrom, Michele Micheletti & Peter Oosterveer eds., 2018). במובן זה, צרכנים העוסקים בצרכנות פוליטית בוחרים בחירה מכוונת במוצרים וביצרנים מסוימים באופן שמשקף את ההעדפות שלהם. ראו Dietlind Stolle, Marc Hooghe & Michele Micheletti, *Politics in the Supermarket*, 26 IPSR 245, 246 (2005).

²⁴⁹ כך, למשל, קיים קושי להבחין בין פעולה צרכנית הננקטת כנגד צריכת בשר בשל סיבות בריאותיות טהורות, לבין פעולה צרכנית הננקטת לטובת מטרות החורגות בהרבה מעבר לאינטרס האישי של הצרכן, דוגמת הדאגה לרווחת בעלי החיים וביקורת על המדינה שלא מספקת להם הגנה. ראו Michele Micheletti & Dietlind Stolle, *Reconfiguring Political Participation*, in POLITICAL CONSUMERISM: GLOBAL RESPONSIBILITY IN ACTION 31, 43-46 (2013).

²⁵⁰ Hassoun עומדת על ההבחנה בין תיאוריות דמוקרטיות הפוסלות שימוש במניפולציות המערערות את חירות המחשבה החופשית של הפרט, לבין תיאוריות הגורסות כי כל עוד ניתן לזהות פגיעה בטובת הכלל, לא יהיה זה בלתי-דמוקרטי להפעיל לחץ על צרכנים שיימנעו מפעילות מסוימת, ואף לקרוא לחרם על פעילות זו. ראו Hassoun, לעיל ה"ש 166, עמוד 34. כך, למשל, בניגוד לצרכן הישראלי הממוצע, הצרכן החרדי פועל בכפוף ל“מנהיגי דרך” המזהים אינטרסים שיש להיאבק עבורם, ומכריזים על חרם מתוכנן ושקול. ראו יניב מנו, חרם צרכנים, לעיל ה"ש 8, עמוד 762.

(ב) הלגיטימציה של חרם צרכני

חרם מתאפיין בהפעלה קולקטיבית של כוח. לפיכך, בהקשר של אקטיביזם צרכני חרם מעורר שאלות מובחנות של לגיטימציה, שכן, בעוד צרכנים זכאים ליהנות מחירות לבצע החלטות-רכישה אינדיבידואליות על-פי מיטב שיפוטם ומצפונם, יש לשאול האם אותה חירות צריכה להיות מוענקה למי שקורא לאחרים להחרים.²⁵¹ טיעון חופש הביטוי, המתמקד בחירותם של המחרימים לבטא עצמם באמצעות החרם, הוא רק תחילתו של הדיון ולא סופו, שכן הוא אינו לוקח בחשבון את הכוחנות הקבוצתית הטמונה בחרם. באופן ספציפי, טיעון חופש הביטוי אינו לוקח בחשבון את מלוא ההשלכות של חרם צרכני הן על השוק, הן על הספירה הפוליטית (במקרה של חרמות צרכניים פוליטיים), והן על זכויות הפרט של המוחרמים.

אם נחשוב על חרם צרכני שהוא ענישתי נראה שהוא עלול להיות בעייתי מאד בכל הנוגע לפגיעה בזכויות המוחרם. זהו אמנם אינו המקרה השכיח של חרם צרכני – אולם קיימים בהחלט מקרים כאלה – למשל, חרם שהוכרז נגד Peabody pizza בצפון קרוליינה, שהתברר כי אחד מבעליה החדשים הורשע בעבר בעבירות מין, ובעקבות כך הייתה קריאה לחרם צרכנים על הרשת.²⁵² במקרים בהם החרם הצרכני נועד להעניש את המוחרם על הפרת החוק, הוא מהווה ענישה נוספת מעבר לענישה שהוטלה בידי המדינה. גם אם החרם מוטל כנגד עסקו של המוחרם-עבריו, להבדיל מחרם רחב יותר בעל אופי חברתי-קהילתי, יש בכך משום ענישה בלתי-מרוסנת, וזאת בניגוד לאופן שבו אמורים לפעול מוסדות האכיפה והשיפוט של המדינה.

אם נתבונן כעת על חרם צרכני פוליטי דרך הפריזמה שפותחה לעיל לעניין חרמות פוליטיים, נצטרך לשאול האם חרם פוליטי מסוג זה, הגם שהוא ננקט על-ידי צרכנים, מהווה פגיעה בפרוצדורות הדמוקרטיות של קבלת החלטות. כאמור, במקרה של חרם צרכני פוליטי הפעלת כוח על ידי קבוצת המחרימים חורגת מהפן של השוק ומתחום המשא ומתן הצרכני להורדת המחיר או לשיפור תנאי הרכישה. בעוד שמו"מ לצורך שיפור תנאי הרכישה רואה לנגד עיניו עסקה עתידית ומנסה לשפר את תנאיה, ברוב המקרים של הצרכנות הפוליטית הקבוצתית, המטרה היא לא שיפור עסקה מסוימת אלא שינוי תוואי התנהגות, פעמים רבות ללא קשר לעסקה נתונה. המטרה לשמה פועלת קבוצת המחרימים היא לשנות נורמה חברתית/פוליטית, להבדיל משיפור תנאי הרכישה של מוצר או שירות. אכן, לעיתים, גם במסגרת השוק, במהלך משא ומתן צרכני לקראת כריתת עסקה נעשה שימוש לא ראוי בכח ועל כן יש מקום להתערבות המדינה.²⁵³ ואולם, המצב הוא אחר במקרים של צרכנות פוליטית קבוצתית שבעקבותיה קריאה לחרם. כאן הלחץ מופעל על ידי הקבוצה על מנת לייצר השפעה חורגת מן השוק, ונוגעת לסוגיות ציבוריות-פוליטיות.²⁵⁴

²⁵¹ ראו Beck, לעיל ה"ש 8, עמודים 545–546.

²⁵² LENA GELLER, *Should You Boycott Peabody Pizza Place Because One of the New Co-Owners Is a Sex Offender?*, INDY WEEK (May 22, 2019) <https://indyweek.com/food-and-drink/news/co-owner-peabodys-pizza-sex-offender>

²⁵³ Stefano Zamagni, *The Microeconomics of & Leonardo Becchetti, Luigino Bruni* Wellbeing and Sustainability: Recasting the Economic Process 254 (2019)

²⁵⁴ כאמור לעיל, הניתוח המוצע במאמר זה מניח כי קיימת הבחנה משמעותית בין ספירות-פעילות שונות בחברה, וספציפית – קיימת הבחנה שראוי לשמר אותה בין הספירה של השוק לספירה הפוליטית. ראו Walzer, לעיל ה"ש 73.

חרם צרכני פוליטי עמד בבסיס פסק-הדין המנחה של בית המשפט העליון האמריקאי לעניין חוקיות הנקיטה בחרמות – *NAACP v. Claiborne Hardware*, מראשית שנות ה-80. פסק-הדין עסק בחרם על סוחרים לבנים במחוז קליפורן במיסיסיפי, שנועד לחוץ עליהם לתמוך בדרישות לביטול הפרדה גזעית שהופנו למושלי המחוז. מדינת מיסיסיפי קבעה בחוק כי חרם מסוג זה אינו חוקי ובית המשפט העליון של מיסיסיפי העניק פיצוי לעסקים המוחרמים. ואולם בבית המשפט העליון של ארה"ב הפסיקה התהפכה ונקבע כי מדינת מיסיסיפי אינה רשאית לאסור פעילות פוליטית "בדרכי שלום".²⁵⁵ פס"ד קליפורן מצטרף לשורה של חרמות צרכניים מכווננים בתרבות האמריקאית – הבולט שבהם הוא חרם האוטובוסים של מונטגומרי בשנות ה-60 – הנחגגים לרוב כעדות לפוטנציאל להשיג שינוי חברתי צודק "מלמטה" שעה שהמוסדות הפוליטיים הרשמיים מקובעים בתפיסות שמרניות, או מנעו מלחולל שינוי, תוך שמירה על הסדר החברתי הקיים. ואולם כפי שמראה הארפר, למרות הדיון הנפוץ בפסק-הדין במונחים של זכותם של המחרימים לחופש ביטוי תחת התיקון הראשון לחוקה,²⁵⁶ ההיגיון של עמדת בית המשפט לא נגע רק לביטוי הטמון בחרם, אלא לראייתו כפעולה פוליטית.²⁵⁷

ראיית חרם צרכני פוליטי כפעולה פוליטית, הובילה את הארפר לטעון כי יש להכיר בזכות מוגנת-חוקתית לחרם פוליטי. זכות זו, לטענתו, אינה מוגבלת למקרים של חרם המופנה לממשלה, משום שגם חרם פוליטי המופנה כלפי גופים פרטיים זכאי ליהנות מכוח השפעה פוליטי, דוגמת זה הנלווה להצבעה בבחירות, תרומת כסף למימון קמפינים פוליטיים או השתתפות במשאל-עם.²⁵⁸ למרות שאיננו שותפים למסקנתו של הארפר, החשיבה על חרם צרכני פוליטי כפעולה פוליטית, היא צעד בכיוון הנכון. זאת ועוד, בדומה להארפר, ובשונה מקולות הנשמעים בספרות של הצרכנות האתית, אנו סבורים כי יש לפתח דיון בלגיטימציה של חרמות צרכניים שאינם תלוי בתוכן של החרם,²⁵⁹ ואינו נובע ממידת התמיכה באג'נדה נקודתית כזו או אחרת, של המחרימים. בחינה שכזו מאפשרת גם רגולציה רחבה יותר של המדינה בתופעת החרם, שכן היא תיעשה על בסיס ניתוח שאינו תלוי בתוכן כזה או אחר של החרם, דבר שאף מרחיב באופן בעייתי את שיקול-דעתה של המדינה ביצירת רגולציה על חופש הביטוי.

אפיונו של החרם הצרכני כפעולה פוליטית אמור לדעתנו להתניע דיון באשר לגיטימציה שלו כאלטרנטיבה לפעולה פוליטית ממוסדת – פעילות מפלגתית, השתתפות בהליכי חקיקה, והצבעה בבחירות. בעניין זה דרוש ניתוח שמשקף דקויות ומבחין בין חרמות צרכניים פוליטיים שונים. התפיסה השלטת בכתיבה המשפטית הנוכחית היא כי חרם פוליטי

²⁵⁵ עניין קליפורן, לעיל ה"ש 13, עמוד 913.

²⁵⁶ U.S. CONST. amend. I (Freedom of speech).

²⁵⁷ Harper, לעיל ה"ש 204, עמוד 421.

²⁵⁸ שם, עמוד 409.

²⁵⁹ לעמדות הסבורות כי השאלה האם החרם ראוי/אתי נגזרת מהתוכן שלו, ראו Scott Clouder & Rob Harrison, *The Effectiveness of Ethical Consumer Behaviour*, in THE ETHICAL CONSUMER 89, 90 (2005); ניב מנו, חרם צרכנים, לעיל ה"ש 8; Beatriz Palacios-Florencio et al., *Explaining the boycott behavior: A conceptual model proposal and validation*, J. CONSUMER BEHAVIOR ONLINE 1, 3 (2021) <https://doi-org.ezprimo1.idc.ac.il/10.1002/cb.1937> (דיון על כך שהלגיטימיות של חרמות מושפעת מההלימה של התנהגות מסוימת לנורמות והערכים של הצרכן).

הוא תמיד אלטרנטיבה ראויה, ויש לראות בו חלק מהחיים הפוליטיים התקינים במדינה המוקרטית. ואולם כאמור לעיל בפרק הקודם, חרם פוליטי הוא בעייתי באופן מובהק כאשר המוסדות הדמוקרטיים המרכזיים הכריעו באופן מסוים, או כאשר עניין נמצא תחת דיון פעיל במוסדות הדמוקרטיים, והחרם משמש כדי לעקוף את הפרוצדורות הדמוקרטיות הרשמיות. דוגמת החרם הצרכני נגד טרגט שנדונה לעיל היא דוגמה טובה לכך. סוג נוסף של חרם צרכני פוליטי שהוא בלתי-לגיטימי, לדעתנו, הוא חרם צרכני צנזוריאלי – דוגמת חרם שהוכרז ברשתות החברתיות נגד אמזון בשל פרסום ספר, שנדון לעיל.

ואולם ישנם חרמות צרכניים – וזה כנראה המקרה הנפוץ יותר – העוסקים בסוגיה פוליטית שטרם נדונה או טרם הוכרעה על-ידי המוסדות הדמוקרטיים הרשמיים. חישוב למשל על חרם צרכני נגד חברת קוסמטיקה המשתמשת בניסויים בבעלי חיים, כאשר המחוקק או הרגולטור לא דן בסוגיות אלה. האם במצב זה החרם מהווה עקיפה של הפרוצדורות הדמוקרטיות? ייתכן שהגורם המכריע הוא לא האם היה דיון בפועל בסוגיה מסוימת, אלא האם מדובר בסוגיה השייכת כאופן עקרוני לספירה הפוליטית. במצב שבו המחוקק/רגולטור טרם דן בסוגיה, ומוכרז חרם צרכני פוליטי בנוגע אליה, אחד מתפקידיו של החרם הוא לעורר מודעות לסוגיה ואפילו לכוון נורמת התנהגות, גם אם המחוקק אינו עושה זאת באופן פורמלי. השאלה המתעוררת במצב כזה היא האם יש לומר שהכוח לכוון נורמות בסוגיות פוליטיות צריך להיות מופקד באופן אקסקלוסיבי בידיהם של המוסדות הפוליטיים הרשמיים,²⁶⁰ או שיש לתת מקום לפעילות לא-פורמלית המקדמת שינוי "מלמטה".²⁶¹ סוגיית השוויון הפוליטי מתעוררת גם במקרים דוגמת אלה, במיוחד ככל שהחרם הוא אפקטיבי, שכן כוח הקנייה הצרכני מתרגם לכוח השפעה פוליטי, וזאת בניגוד לעקרון השוויון הפוליטי הגורס כי לכל אזרח צריך להיות קול ללא קשר לכוחו הכלכלי.

אחת ההצדקות הנפוצות להעצמת צרכנים באמצעות חרם היא נחיתותם המוסדית לעומת תאגידיים עתירי עוצמה. במובן זה, העצמת הצרכן משמשת משקל-נגד מאזן לכוח שמביא לניצול על-ידי החברות.²⁶² אבל יש לזכור כי חרם צרכני של קבוצה צרכנית אחת עלול לפגוע בקבוצת צרכנים אחרת. אומנם, המקרה הפרדיגמטי שאליו אנו פונים בדרך כלל הוא של חרם צרכני שמייצג את כלל הצרכנים ("חרם הקוטג'"). במקרה זה, אם יש ליצרן כוח שוק שאותו הוא מנצל, יכול חרם הצרכנים לסייע בחלוקה מחדש של העוגה, באופן שיגדיל את חלקם של המחרמיים. אולם, חרם צרכני יכול להינקט גם על-ידי קבוצת צרכנים מסוימת, שאינה מייצגת את האינטרסים של כלל הצרכנים, אלא אינטרסים סקטוריאליים של תת הקבוצה. במקרה שכזה, הפרקטיקה של נקיטה בחרם, עלולה אומנם להביא לחלוקה מחדש של העוגה אך זו תחלק באופן שאינו שוויוני כלפי קבוצות הצרכנים האחרות. היא אף עלולה להביא

²⁶⁰ Hussain דן בשאלה זאת במאמרו, וסבור כי בתנאים מסוימים ניתן לנגוס באקסקלוסיביות של מוסדות המדינה. ראו Hussain, לעיל ה"ש 37, עמוד 112. Beck עונה על שאלה זו בהקשר של התמודדות עם הפרות נורמות על ידי תאגידיים, וטוען כי על מנת שתאגידיים יעמדו בסטנדרטיים חברתיים וסביבתיים, יש לייצר מסגרות רגולטוריות באמצעות חקיקה דמוקרטית וכוללת, ולא באמצעות חרמות שנקטים כלפי תאגידיים בודדים. Beck, לעיל ה"ש 8, עמוד 547.

²⁶¹ עומרי שמיר צרכנות פוליטית, יזמים חברתיים-פוליטיים – מדיניות ציבורית בישראל: מסגרת מושגית ומקרי בוחן (נייד מחקר 5, המחלקה למנהל ומדיניות ציבורית, 2012).

²⁶² Beck טוען כי ייתכן שחרמות הם מוצדקים ככל שהם מכוונים לתאגידיים האשמים בהפרות קשות של הסטנדרטים החברתיים או הסביבתיים. Beck, לעיל ה"ש 8, עמוד 549.

להקטנת העוגה המצרפית באופן שאינו יעיל כלכלית.²⁶³ חששות אלה מעוררים את השאלה האם החרם הוא האמצעי הטוב ביותר להתמודד עם הכוח העודף של היצרן בשוק, או שעדיף שהמחוקק יתמודד עם בעיות של כוח עודף, בדרכים אחרות, למשל במסגרת דיני ההגבלים העסקיים. קבוצת הצרכנים המצומצמת משקפת אינטרסים סקטוריאליים וממנפת את כוחה כדי להביא לתוצאות שלא בהכרח מיטיבות עם כלל המשק או עם קבוצות צרכנים אחרות. היא אינה רואה את התמונה הכוללת ואף לא מתיימרת לקדמה תוך שימוש בכוחה בשוק. על כן, ייתכן שיהיה זה ראוי שדווקא המדינה, אשר מחויבת לצרכנים כולם ולעקרונות יסוד

דוגמת שוויון, היא זו שתסדיר את פערי הכוח בין היצרן לצרכן.²⁶⁴

הדברים נכונים במיוחד במקומות בהם שיקולים של השוק מעורבים ובלתי נפרדים משיקולים פוליטיים. להלן דוגמה להמחשת הדברים. נניח קיומה של קבוצת צרכנים השוללת ניסויים בבעלי חיים ביצור מוצרים קוסמטיים, ועל כן מחרימה יצרן המבצע ניסויים כאלה. כמו כן נניח שבעקבות החרם, היצרן מפסיק להשתמש בהליכי הייצור בניסויים בבעלי חיים. הדבר מייקר את הליכי הייצור וכעת, היצרן מייקר בהתאם את המוצר. לכך יכולה להיות השפעה על קבוצות אחרות באוכלוסייה שאינן תומכות באג'נדה הפוליטית של מניעת ניסויים בבעלי חיים וכעת נדרשות לשלם יותר על המוצר או להפסיק לצרוך אותו. התהליך כולו לא נעשה בתיווך המחוקק, בזירה הפוליטית ולאחר שיח ציבורי מקיף בנושא, אלא דרך הפריזמה של קבוצות סקטוריאליות חזקות ובעלות השפעה צרכנית משמעותית. תוצאת החרם אינה משקפת את אגרגט הצרכנים על שלל העדפותיהם. למעשה ההחלטה הפוליטית מתקבלת באמצעות הפעלת הכוח באמצעות השוק. הדגש בניתוח זה הוא בכך שהצרכנים אינם פועלים כפרטים על פי העדפותיהם האישיות, אלה קונים או מחרימים כקבוצה. לכן היצרן אינו בוחן את הפרטים אלא את הפסד המכירות הצפוי ביחס לקבוצה כולה, שאותה הוא עלול לאבד במקום, למשל, לייצר שני סוגי מוצרים שלגבי האחד נעשה שימוש בבעלי חיים ולגבי האחר לא, היצרן נאלץ לבחור על פי התכתיב של קבוצת המחרימים. אמנם, בשוק תחרותי סכנת הפגיעה ברווחה החברתית מצטמצמת, שכן בהינתן ביקוש, צפוי שיצרנים אחרים יתפסו את מקומו של היצרן שהפסיק לעשות שימוש בבעלי חיים לצורך ניסויים, ועל כן יוכלו להציע את המוצר במחיר נמוך יותר. ואולם, בשוק תחרותי ממילא כוחו היחסי של היצרן על הצרכן מוגבל, ולכן הנחת היסוד ששימשה להצדיק את החרם מלכתחילה פחות משכנעת. זאת ועוד, יצרנים אחרים עלולים לחשוש מפעולה דומה ביחס אליהם ולמוצרים דומים שאותם הם מייצרים ועל כן יחשבו פעמיים טרם יכנסו וייצרו תחת אותו יצרן שהוחרם. אנו רואים אם כן כי השפעת החרם יכולה להיות משמעותית. ניתן לטעון אולי כי כל עוד שיקולי הצריכה הם שיקולים הנותרים אך ורק במסגרת השוק, השפעתם מוגבלת, גם אם הם מושפעים מהעדפות שונות של תתי-קבוצות וגם אם הם מונעים משיקולים מוסריים או אתיים. יחד עם זאת, כאשר

²⁶³ הטענה היא שלא ניתן להפקיד בידי הצרכנים את האחריות לפתרון בעיות חברתיות וכלכליות. בפועל, הצרכנים מתפקדים כסוכני מחיר, ולכן הם אינם פוליטיים. אף אם חלקם מובלים גם על ידי ערכים חברתיים ואתיים, עדיין מדובר בפעולה של ניהול סיכונים הכרוכה ברכישת מוצרים שמועילים לצרכנים עצמם ולא בהכרח לרווחה המצרפית כולה. בנוסף, הם אדישים להשפעות בלתי שוויוניות שמתקבלות מהתמונה הרחבה. ראו Stolle, Micheletti & Crepault, לעיל ה"ש 36, עמודים 205–206.

²⁶⁴ על הפן הכלכלי של השימוש בכח החרם ראו שם, עמודים 206–207. ראו גם Paul G. Mahoney, A Market Power Test for Noncommercial Boycotts, 93 The Yale L.J. 523, 525 (1984).

מדובר בחרם שזולג לספירה הפוליטית, השפעתו הפוטנציאלית נרחבת יותר ולכן לדעתנו יש לשקול מגבלות יותר משמעותיות עליו.

ג. קווים לרגולציה והסדרה של חרמות

לחרם היבטים חיוביים רבים. ואולם מטרתו של המאמר אינה לדון באלה. היבטים אלה ובראשם, היותו של החרם חלק מעולם של ביטוי מוגן, זכו להתייחסויות רבות במקומות שונים בספרות. זו הנורמה הרווחת. במאמר קודם - שהתמקד בחוק החרם הישראלי ובבג"צ אבנרי - ובמאמר הנוכחי, אנו טוענים כי לחרמות יש גם צד אפל. תובנה זו מעוררת שאלות ישומיות: כיצד על המשפט להגיב לתופעת החרם, והאם תגובה זו צריכה להיות אחידה או שונה ביחס לסוגי חרמות שונים? ביתר פירוט, האם צידו האפל של החרם מצדיק לאסור חרמות, במקומות בהם החושך גובר על האור? לשלול או להגביל את חלקם? ובכלל, כיצד יש להסדירם ולאסדרם? אומנם מטרתו של מאמר זה אינה פרקטית. מטרתנו העיקרית היא להמשיג את הדיון בתופעה ובוודאי שאין אנו מתיימרים להתוות, לא כל שכן למצות, את הדרכים המשפטיות שבהן יש להסדיר את החרם. אף על פי כן פטור בלא כלום אי אפשר, ולהלן נציין קווים לדמותה של אסדרה רגולטורית וכמה דרכי פעולה אפשריות. בעוד החלק הראשון של הדיון יתבסס על כתיבה קודמת ויתווה מושכלות ראשונים לאסדרה משפטית של חרמות, החלק השני יתייחס באופן ממוקד יותר לחרמות ענישתיים ופוליטיים – שעמדו במרכזו של המאמר הנוכחי.

נקודה ראשונה עליה עמדנו כבר בעבר, ואליה יש לשים לב,²⁶⁵ היא כי החרם במהותו הוא תופעה קיבוצית-ציבורית אשר אין זה נכון להמשיגה במונחים של אקטים אישיים (ואפילו מצבור של אלה), של הימנעות מקשר או "החרמה". החרמה במישור הפרטי-אישי אינה שקולה לחרם שכן החרם יונק את מהותו מההתארגנות בזירה הציבורית, הצבירה של הכח והפעלתו על ידי הקבוצה. המונח "חרם" לשיטתנו מציין שורה מצומצמת יותר של מצבים, בהם קבוצת בני-אדם חוברת יחדיו בהחלטה משותפת להימנע מקשר עם אדם/גוף אחר.²⁶⁶

²⁶⁵ יעקב ושניבוים, מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם, לעיל ה"ש 12. אנו מודעים לכך שלעיתים, הגבול בין "חרם אישי" לחרם קולקטיבי, יכול להיות אפור (דמיינו, למשל, אדם הלוכש חולצה שמתנוסס עליה הכיתוב "אני מחרימ את X, ואתם?"). כך גם הגבול בין אמירות ביקורת לגיטימיות לקריאה לחרם. דבר זה עלול לעורר קושי במונחים של אסדרה והגבלה של חרמות, שכן חוסר הוודאות עלול להביא לידי כך שסיווג הפעולה כלגיטימית או כחרם קולקטיבי אסור לא יהיה חד משמעי ועל כן לא צפוי לגמרי מראש. אף על פי כן – גבול אפור זה אינו סיבה טובה מספיק להתעלם מהפער הגדול והמהותי -ברמה העקרונית – שבין התופעות השונות שמוסדרות על ידי המחוקק. על מאפייניו השונים של החרם האסור עמדנו כבר בכתיבה קודמת. ראו יעקב ושניבוים, מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם, לעיל ה"ש 12. מעבר לכך, ובדומה לאסדרה של תחומי משפט אחרים, וודאות, גם בתחומים האפורים תושג לאורך זמן באמצעות פיתוח "כללי המשחק" על ידי המחוקק ובתי המשפט. בהקשר זה כבר כיום בתי המשפט נדרשים להתמודד עם שאלות דומות כמו הבחנות בין קביעה אישית של מחיר שהינה מותרת לבין תיאום מחירים מוסווה שהינו אסור. ברור שתופעות הקצה קלות להסדרה וככל שמתקרבים לתחומי הגבול חוסר הוודאות יעלה. לחרם הקולקטיבי ולקריאה האסורה לחרם פעמים רבות מאפיינים ברורים. חוסר הוודאות, אם קיימת, היא לרוב תלויה נסיבות ספציפיות. לטעמנו אין בחוסר וודאות זה כדי לשלול את עצם ההתייחסות המשפטית להיבטיו הלא רצויים של החרם. לכל היותר ניתן לגרוס כי חוסר הוודאות יכול/צריך להוביל את המערכת המשפטית לשמור על שולי בטחונות רחבים יותר, לפיהם גם מעשה שעלול היה ליפול לגדר הגדרת חרם אסור, לא יפול למסגרתו בשל שולי הבטיחות וחופש התמרון שנרצה לאפשר בחברה בזמן נתון.

על כן, אסדרת ה"החרמה הפרטית", למרות שייתכן שראוי להצדיקה מטעמים אחרים, אינה נופלת למסגרת האסדרה המשפטית אותה נרצה לראות בחרם הציבורי.

נקודה שניה עוסקת במערכת היחסים המורכבת שבין חרם לביטוי. כאמור כתיבה רבה קיימת על כך שחרם הוא בבחינת ביטוי ועל כן זכאי להגנה כזוה במסגרת ההגנה על חופש הביטוי. ואולם כפי שצינו בעבר, אפשר לנסח טיעון לפיו גם אם איסור החרם מהווה פגיעה בחופש הביטוי של המחרימים תכליתו הראויה היא דווקא להגן על זכויות ואינטרסים אחרים הראויים להגנה, לרבות חופש הביטוי של המוחרמים.²⁶⁷ על כן יש לאזן בין חופש הביטוי של המחרימים והמוחרמים והכל בשים לב לאינטרסים הציבוריים המעורבים שנובעים מכך שהתופעה מתרחשת בספירה הציבורית. מדובר באיזון אפקטי בין זכות המחרימים וזכות המוחרם שדורש מזעור הפגיעה בזכויות כל אחד מהם על רקע השיקולים של האינטרס הציבורי ומאפשר הגבלת זכות האחד לשם קידום זכותו של האחר. בהקשר זה של איזון יש לזכור כי אומנם חרם נתפש פעמים רבות כנשקו של החלש אבל, כפי שהראינו לעיל, אין מניעה שגם החזק יעשה בו שימוש יעיל ומסיבי באופן שעוקף את מגבלות הכח שמטיל עליו השלטון.²⁶⁸ זאת ועוד, גם כאשר החרם מופעל על ידי החלש, הוא יכול להיות מכוון כלפי קבוצה חלשה אחרת ולא דווקא כלפי החזק.²⁶⁹ במצב דברים זה, שוב, מלאכת האיזון בהקשר של הפגיעה היחסית בזכויות תוטל לפתחו של בית המשפט. וגם כאן ברצוננו להדגיש כי מטרת האסדרה אינה רק לפעול בשל הצורך לאזן בין המחרימים והמוחרמים וזכויותיהם הבסיסיות אלא גם לצרף להחלטה את שיקולי הפן הציבורי והשפעתו של החרם על מרקם החיים הדמוקרטי.

נקודה שלישית נוגעת לתובנה הבסיסית שמעבר להיותו ביטוי, חרם מהווה אקט של שימוש קיבוצי בכח, ואסדרתו צריכה להיות מושתת על רעיון זה. מכאן, אין כמובן להסיק כי כל הפעלה של כח על ידי קבוצה אסורה. הפעלה של כח על ידי קבוצה יכולה במקרים שונים להיות לגיטימית (שכן מדובר בשימוש לגיטימי בכח), ובאחרים לנגוד את האינטרס הציבורי. לפיכך, כפי שטענו במאמר קודם,²⁷⁰ שאלת הלגיטימציה של החרמות, ומכאן אפיונם כזיקית, היא למעשה שאלת הלגיטימציה של השימוש בכח קיבוצי, והיא נגזרת בין היתר מהחפיפה או העדר החפיפה בין המרחב שבו נעשה השימוש בכח לבין המרחב שעליו הוא מתכוון להשתרע.²⁷¹ לכן, גם ביחס לחרם ניתן לחשוב על מצבים בהם החברה תרצה לאסור את אקט ההחרמה ומקרים אחרים, לאפשרו, אגב אסדרתו, על מנת להגביל את השימוש בכח לאופן הראוי.

יתרה מזאת, אנו סבורים כי את ההשראה לאסדרתו של החרם ניתן לשאוב ממקומות אחרים בהם המשפט מטפל בצבירה דומה של כח. *מקום אחד* הוא אקט השביתה, בו עסקנו גם כן בכתיבה קודמת.²⁷² שביתה, בדומה לחרם, מעניקה זכות שימוש קיבוצית בכח לקבוצת

²⁶⁷ יעקב ושניבוים, מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם, לעיל ה"ש 12, עמוד 542.

²⁶⁸ ראו דיון דוגמאות לעיל, עמודים 45-46, 6.

²⁶⁹ ר' לעיל, ה"ש 263-264 והטקסט הנלווה.

²⁷⁰ יעקב ושניבוים, מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם, לעיל ה"ש 12, עמ' 570-586.

²⁷¹ שם, עמ' 535.

²⁷² שם, עמודים 577-586.

עובדים. כח זה ניתן על ידי המחוקק על מנת לחזק קבוצה זו אל מול כוחו של המעביד.²⁷³ אף על פי כן, כח זה הינו מוגבל. ברור לכל כי גם מתן כח לקבוצה מוחלשת, על מנת לחזקה מול הגורם החזק, אינו שקול להפעלתו ללא מגבלות ועל כן על השוכתים מוטלות מגבלות שלא לפגוע יתר על המידה במעביד ובצדדים שלישיים.²⁷⁴ המגבלות עליהן חלות הן מכח החקיקה והן מכח הפסיקה.²⁷⁵ מסיבה זו קיימים מצבים רבים ומגוונים בהם אין זכות לשבות כלל או זכות השביתה מוגבלת באופן משמעותי. מקום נוסף בו ניתן לחשוב על אסדרה של כח הוא במקרים של הפגנה. הפגנות נתפסות כזכות יסוד בחברה דמוקרטית ואולם קשה לחשוב על מימוש הזכות להפגין ללא מגבלות כלשהן כאשר זו פוגעת באינטרסים או בזכויות אחרות של מעורבים. ואכן בישראל, כמו גם במקומות אחרים בעולם, זכות ההפגנה מאוסדרת באופן שימוזערו הסיכונים והפגיעות בזכויות מתנגשות.²⁷⁶ בדומה לשביתה ולהפגנה ניתן אף לחשוב על ההסדרה של החרם – מצד אחד, יהיו חרמות בהן המגבלות הרגולטוריות שתולנה תהינה מזעריות, אם בכלל, ומנגד מצבים שנתונים להתערבות רגולטורית עמוקה יותר והטלת מגבלות על פי ההקשר הרלוונטי.

ואולם במאמר זה עמדנו על כך שבשונה משביתה ומהפגנה, החרם מהווה למעשה התארגנות אד הוק שבה מופעלות כמה "פונקציות" בו זמנית. הקוראים להחרים מציגים מצג עובדתי, שופטים את המוחרם ביחס לאותו מצג באופן נורמטיבי, קוראים להטלת סנקציה ועוסקים באכיפתה. אילו המדינה הייתה מעורבת במילוי תפקידים דומים לאלה, הרי שהפעילות הייתה מתבצעת על ידי גופים שונים, על מנת לשמר את עקרון הפרדת הרשויות. לעומת זאת, במקרה של החרם המהלך כולו מרוכז ומופעל על ידי המחרימים ובמידה רבה פעולתו שקולה לגזירת דין בבית דין שדה ללא כל פרוצדורה ראויה. "איחוד רשויות זה", עוד יותר מאשר במקרה של השביתה או ההפגנה, מעצים את כוחם של המחרימים ומחייב אסדרה של קריטריונים נוספים שיבטיחו הגנה כלשהי למוחרם והטלת מגבלות על השימוש בכח.²⁷⁷

נקודה רביעית נוגעת לענף המשפטי הראוי לאסדרה המשפטית של חרמות – משפט פרטי או ציבורי.²⁷⁸ כפי שראינו לחרם פוטנציאל השפעה משמעותית על המוחרם והוא יכול לגרום לו נזק. בשל נזק זה המוחרם יבקש לקבל פיצוי. מהלך מחשבתי זה מכוון את הזרקור אל החרם כעוולה במסגרת המשפט הפרטי.²⁷⁹ דוגמה להסדרה שכזו ניתן למצוא למשל בחוק

²⁷³ "ראשיתה של זכות השביתה ברצון לאזן בין עמדתם הנחותה של העובדים לבין כוחם הדומיננטי של המעבידים. הדין התערב כדי לאן את האינטרסים ההדדיים, כאשר ידם של העובדים הייתה על התחתונה" (עניין ציזיק, לעיל ה"ש 72, עמוד 196).

²⁷⁴ רונן פרי, אחריות שוכתים בגין נזקי צד ג', **עבודה, חברה ומשפט** כרך טו (2018).

²⁷⁵ ראו דין לעיל, עמודים 16 ו-47.

²⁷⁶ ר' סעיפים 83-90 לפקודת המשטרה, המסדירים קבלת רישיון בגין הפגנה.

²⁷⁷ הגנה זו יכולה לבוא לידי ביטוי למשל ברמה הבסיסית של זכות טיעון למוחרם בפוטנציה אשר ייתכן שמואשם לשווא בדברים שלא עשה.

²⁷⁸ שם, עמ' 591.

²⁷⁹ בהקשר זה ראוי אף להגיב לטענה כי אין צורך באסדרה של חרמות, שכן דיני לשון הרע ממילא מסדירים את המקרים הבעייתיים בכך שהם "קונסים" אמירות שקריות. ואולם כפי שהראינו לעיל, אין זה כך. ראשית, עצם הקביעה שמדובר בלשון הרע מכוונת לאימרה אך אינה משפיעה על כלל המחרימים אשר פועלים על סמך האמירה ויכולים להמשיך

החרם. אף על פי כן, טענתנו היא כי הגדרתו של החרם כתופעה ציבורית קיבוצית מחייבת התייחסות רחבה יותר וממחישה את הצורך בטיפול רגולטורי נוסף, ואולי עיקרי, במסגרת המשפט הציבורי. בהקשר זה ניתן לחשוב על המשפט הפלילי, המנהלי וכו'. הנקודה שברצוננו להדגיש היא כי עצם קיומו של החרם במרחב הציבורי, השפעתו על השיח הציבורי-דמוקרטי ופוטנציאל הפגיעה שלו באינטרסים ציבוריים מחייבים את שקילת אסדרתו באמצעות המשפט הציבורי גם בהעדר פגיעה בפרט כזה או אחר. אסדרה שכזו תשים לנגד עיניה את השפעותיו הרחבות של החרם על החברה הדמוקרטית במנותק, או בנוסף, להשפעות הפרטיות שיש לו על המוחרם.

נקודה חמישית עלינו עמדנו בעבר, נוגעת להגדרת המעשה האסור במסגרת רגולציה משפטית של חרמות. לפי הבנתנו, מכיוון שהחרם פועל במימד הציבורי הרי שהוצאתו מהספירה הפרטית לציבורית כרוכה, ואף מחויבת מבחינה פרקטית, באקט של קריאה וארגון. כאמור, אקט של "החרמה אישית" חסר את המימד הציבורי. רק לאחר אקט הקריאה, החרם יכול לקרום עור וגידים ולכן *הקריאה לחרם* מהווה למעשה חלק מליבתו.²⁸⁰ הקריאה לחרם, על כן, יונקת את עוצמתה והצורך בהסדרתה מהחרם הפומבי הציבורי. אף על פי כן, טענתנו היא כי האיסור על הקריאה עומד על רגליו הוא ואינו צריך להיות מותנה בהצלחת החרם או בסיכויי להתממש. לפיכך, במקרים הראויים, דעתנו היא כי אין להמתין עד לשלב התגבשותו של החרם בפועל וניתן לפעול נגדו כבר משלב הקריאה עצמה. קריאה זו, עלולה בשל אופיה להיות גורם מחבל בשיח הדמוקרטי ועל כן לפגוע באינטרס הציבורי כבר מעצם היותה עמדה פוליטית מדרבנות לפעולה בערוצים שאינם לגיטימיים פוליטית וחותרים תחת השיח בזירות הנכונות.²⁸¹

עניינה של **הנקודה השישית** הוא תיזמון ההתערבות. אפיון החרם ואסדרתו דורשים חשיבה משפטית יצירתית כמונחים של עיצוב האסדרה על ידי המדינה תוך שמירה על פרוצדורה נאותה. בהקשר לכך יש לבחון היטב את נקודת הזמן הנכונה להתערבות. ראינו כי מבחינה כרונוולוגית מהלך החרם הוא כזה, שראשית, מתקיים הליך של צבירת בסיס הכח ורק לאחר מכן מתקבע אופן השימוש בו – על כן הליך ההסדרה הרגולטורית יכול להתמקד בכל אחד מן השלבים. בעוד שרגולציה של קריאה לחרם תשתייך למהלך צבירת הכח, מניעתו המאוחרת או הגבלתו תתייחס לשלב הפעלתו. האסדרה של החרם לא בהכרח צריכה להמתין לשלב הפעולה והיא יכולה להיות כזו שתיכנס לתוקף כבר בשלביו המוקדמים. דוגמה לכך ניתן לראות במקרים בהם מתבקשת הסרת קריאה לחרם מן המרשתת מחשש להתעצמות ההתארגנות. הסרת קריאה לחרם שכזו יכולה, למשל, להיעשות באמצעות צו של בית משפט. האתגר המשפטי הגדול שמוצב לפתחו של בית המשפט במקרים אלה הוא כמובן לנסות למנוע התארגנות בעייתית תוך ניסיון למעט באקטים צנזוריאליים מיותרים.

את פעילותם. זאת ועוד, פעמים רבות אין מוקד אחד לעצם ההחרמה (גם אם גורם אחד קרא לחרם, לעיתים זה יצא משליטתו) ולכן ההתערבות המשפטית נדרשת כבר בשלב הקריאה או התהוות החרם, וזאת בשונה מדיני לשון הרע. שנית, וחשוב יותר, חרם עשוי להיות בעייתי ובלתי לגיטימי גם אם אינו מבוסס על מידע שקרי (דוגמת משה איבגי למשל). שם, עמוד 555.

280

אנו מודעים לעובדה כי בין יידוע הציבור לבין קריאה לחרם עובר לפעמים קו גבול עדין. אף על פי כן, האפיון המהותי של כל אחד מהשניים הוא שונה ותחום אפור יחייב את בית המשפט לסווג מקרים אלה לקטגוריה אחת או אחרת. לאבחנה בין הקריאה לחרם לאקט החרם עצמו ראה יעקב ושניבוים, מחשבה מחודשת על אסדרה של חרמות בעקבות חוק החרם, לעיל ה"ש 12, עמ' 588-591.

281

הנקודה השביעית מבקשת להבהיר את הקשיים בהגדרת אופי ההתערבות המשפטית במונחים של סוג הסעדים ועיתוי השימוש בהם. מובן כי שיקולי אסדרתו של החרם צריכים להביא בחשבון גם את אופי הסעדים הרלוונטיים בכל אחד מן השלבים, וכשמבחינה פרקטית קצרה היד להתערבות בשלב מאוחר הדבר עשוי לדחוף לאסדרה של שלב מוקדם. אם, למשל, סעד ברמה של ציווי על גורם פרטי שלא להחרים אינו אפשרי, שכן כחברה איננו רוצים לפגוע בחירותו של פרט לנקוט על פי צו מצפוננו ולשלול ממנו את הזכות שלא לרכוש מוצר או שירות מסויים (מסיבות שונות ששמורות עימו, כלכליות-צרכניות פוליטיות, עונשיות), יש לחשוב על אלטרנטיבות. על כן, מכיוון שקשה לדרוש מפרט מתוך קבוצת המחרימים לחדש באופן פרסונלי את הקניה מהגורם המוחרם, או להורות על כך בצו, התערבות מאוחרת, באמצעות צוים, תהיה מוגבלת ואפקטיבית הרבה פחות מהתערבות מוקדמת, בשלב של מניעת צבירת הכח.

זאת ועוד, יש גם להבין כי במקרים רבים של חרם, פיצוי הנפגע והשבת המצב לקדמותו אינה אפשרית. גובה הנזקים במקרים אלה יכול להיות גבוה עד מאוד (חשבו על עסק שבעקבות אקט החרם פשט את הרגל) בעוד שהיכולת לדרוש פיצוי מכל אחד מן המחרימים, באופן שיהיה בו מספיק כדי לפצות את הניזוק, או להחזיר את המצב לקדמותו, מוגבלת. בהינתן שזה המצב הפרדיגמטי, ושבשל אופי הנזקים והעדר יכולת תיקונם ההתערבות המאוחרת מוגבלת בהשפעתה התרופתית, חשוב להדגיש ולהעלות על סדר היום את ההתערבות המניעתית המוקדמת. לצד זאת שוב אסור לשכוח כי הסעדים הרלוונטיים חיוניים אומנם להסדרת היחסים שבין המוחרם למחרים, אך להם גם השפעה על הציבור בכללותו. כאן חוזר למשוואה אפיונו של החרם כתופעה ציבורית שלאסדרתה משמעויות ציבוריות נרחבות ומגוונות שחורגות מהצדדים הישירים המעורבים בחרם ולכן גם את אלה יש להביא בחשבון במסגרת עיצוב הסעדים בהם יעשה שימוש.

נקודה שמינית עוסקת בזהות הגורמים שאמורים להיות אחראים לשיפוט והאכיפה של הרגולציה של החרם. השאיפה כמובן היא לנטרל את השיקולים הפוליטיים עד כמה שאפשר, ולהעביר את הפיקוח והשליטה לגוף מקצועי שיבחן את התארגנות הפעילות. בעניין זה ניתן לחשוב למשל על המודל של רשות התחרות אשר אחראית על שמירת פעולתו התקינה של השוק החופשי ומתערבת באופן מוקדם כדי למנוע השפעה לא הוגנת עליו. פעילות זו של פיקוח מטופלת באופן מקצועי, תוך השגת מטרות ויעדים ברורים. גם את החרם ניתן לאסדר באופן דומה – באמצעות רשות ייעודית או גוף נפרד שיקומו לצורך הטיפול בנושא או תוך שילוב האסדרה והאכיפה כתת מחלקה במסגרת רשות התחרות.

עד כה דנו בקווים כלליים לדמותה של האסדרה המשפטית של חרמות. כעת נרצה לחבר דיון כללי זה לדיון הממוקד שנערך במאמר זה בלגיטימציה של חרמות ענישתיים ופוליטיים. סיווג חרמות יכול להיעשות בצורות שונות. במאמר עמדנו על כמה מהן, אך בוודאי שלא התיימרנו להציג קטגוריזציה ממצה. שאלה קריטית שעליה יש לענות לעניין לגיטימציה של חרמות, מעבר למערכת היחסים שבין המחרימים והמוחרם, היא באשר ליחס שבין החרם לבין פרוצדורות דמוקרטיות ממלכתיות. אופי והיקף ההתערבות של המדינה, אם בכלל, צריכים להיגזר מכל אלה. כך, בהתאם לסוג החרם ואפיונו, ניתן להגיע לתוצאה לפיה במקרים רבים לא תהיה כלל התערבות מדינתית, באחרים התערבות ואסדרה מוגבלים ועד למצבים בהם המדינה תרצה להגביל עד מאוד את הזכות להחרים ואף לשלול אותה לחלוטין.

מהדיון שנערך לעיל אנו יכולים לחשוב על שני סוגים של חרמות – ענישתי ופוליטי – כמועמדים טובים לאסדרה משפטית, משום שטמון בהם פוטנציאל משמעותי לשימוש בלתי לגיטימי בכוח. לדעתנו חרמות אלה דורשים אסדרה ולעיתים אף יש לאסור אותם באופן מוחלט. דוגמה לחרם אחד שכזה הוא חרם ענישתי שמופעל כעונש על הפרת חוק נחזית שנעשית על ידי המוחרם, לאחר שהמדינה פטרה את המוחרם מאחריות (ברמת זיכוי על ידי המערכת המשפטית או החלטה שלא להעמיד לדין מלכתחילה) או לאחר שזה ריצה את עונשו – חרם שכזה לדעתנו יש לאסור או להגביל באופן משמעותי שכן הוא חותר תחת מונופול המדינה. חרם שכזה גם מאתגר במיוחד אם הוא נבחן מבעד לפריזמה של "איחוד הרשויות". כפי שהראנו, מדובר למעשה במערך שהינו שקול לענישה שהשליטה בה והאיזונים בהטלתה נתונים באופן בלעדי בידי המדינה. מהלך שכזה מעבר לאופיו הענישתי פוגע גם במטרות שבבסיס המרשם הפלילי, דיני ההתיישנות ועוד. גם אם חלק מהקוראים יסברו כי אין להטיל איסור מוחלט על חרם שכזה הרי שלכל הפחות צריכה להיות לגביו אסדרה, בדומה לאסדרה לגבי השלכות היקפיות של ההרשעה הפלילית (collateral consequences).

קטגוריה נוספת אותה יש לאסור או להגביל באופן משמעותי היא זו של חרמות פוליטיים שמהווים עקיפה של סמכויות המדינה או כאלו שחותרים תחת ערוצי ההכרעה המוסכמים להשגת הכרעה פוליטית. הסכנה בחרמות מסוג זה היא שמדובר בניסיון לקדם תוצאה במישור הפוליטי באמצעות החרם והכוח הכלכלי/חברתי וזאת, תוך עקיפת הדיון הפוליטי בערוצים שמיועדים לכך. חשבו למשל בהקשר זה על דוגמת המסעדה שלא מפלה עובדים הומוסקסואלים. דוגמה נוספת יכולה להיות זו של "מרפאת ההפלות" במקום שבו הפלות הותרו אך לאחרונה. הנטייה שלנו בשלב זה היא לאסור את החרם או להגבילו באופן משמעותי, שכן בעניין זה נערך דיון ציבורי והתקבלה הכרעה. כמובן שמשמעות הדברים אינה כפיה על ביצוע הפלות או על תמיכה במרפאות המבצעות אותו באופן פרטי. כל אחד ואחת רשאי שלא לפקוד מרפאות אלו. האיסור או המגבלות תוטלנה על רתימת הכח הכלכלי באופן קיבוצי על מנת ליצור תגובת נגד להכרעה הפוליטית מתוך רצון לשנותה בערוצים עוקפים.

לעומת השניים האחרונים החרם הצרכני קשה יותר לאסדרה. ראינו כי אפיונו של החרם כצרכני עדיין לא מוציא אותו מהגדרתו כפוליטי או עונשי. אכן, באשר לחרמות צרכניים העוסקים בגובה מחירים או באיכות מוצרים, הנטייה תהיה פחות להתערב, אם בכלל. ואולם, גם אם מדובר בשיקולים כלכליים בלבד ייתכן שכחברה נרצה לגדור את גבולותיו. במילים אחרות רתימת הכח הכלכלי להישגים צרכניים יכולה להיתפס במקרים רבים כלגיטימית אך יש להגדיר גבולות גזרה. אין זה ברור כי בשל אינטרסים כלכליים ראוי להביא עסק לידי פשיטת רגל, במיוחד לא כאשר מהלך זה מהווה מהלך ענישתי לגורמים אחרים בשוק למען יראו ויראו.

לבסוף, האיסור או ההגבלה על חרמות לא צריכים לחול במצבים שיוגדרו כזוטי דברים.

ד. סיכום

הגם שחרם נתפס בעיני רבים כחלק בלתי נפרד מהאתוס הדמוקרטי וככלי לקידומן של מטרות חברתיות, יש בו פוטנציאל לפגיעה בזכויות ולשינוי מאזן הכוחות החברתי באופן

שלא ניתן להתעלם ממנו. בהיסטוריה האמריקאית חרמות שימשו לא אחת לקדם אינטרסים של קבוצות מוחלשות. ואולם הם שימשו גם קבוצות חזקות יותר. רק מהעת האחרונה בישראל, ניתן למנות את החרם החרדי על אנג'ל בעקבות השתתפותו של המנכ"ל (עומר בר-לב) בהפגנה נגד חוק הגיוס – חרם שהסב נזק כלכלי משמעותי לחברה.²⁸² יש להתייחס לחרם כאל מכשיר, שאין כל ערובה לכך שלא ייעשה בו שימוש פוגעני.²⁸³ אחת האמירות

²⁸² רונית מורגנשטרן, "שינוי משגה חמור: מאפיית אנג'ל נכנעת לחרם החרדי ומתנצלת" (5.6.23), מאקו <https://www.mako.co.il/finances-consumer/Article-77dd925cabb8881027.htm>. חרם אפקטיבי נוסף שננקט ע"י החרדים בישראל בשנים האחרונות הוא נגד מפעל פניציה, בשל הפעלתו בשבת. טלי חרותי-סובר "חסירות גור הטילה חרם על פניציה בגלל השבת - 240 עובדים יפוטרו?" **TheMarker** (30.4.2019) www.themarker.com/career/1.7185056. בעלון למגור החרדי נכתב: "פניציה, מפעל הזכוכית היחיד בארץ, עובד כל השנה כולל שבתות וימים טובים... ואם תשאלו איזו השפעה כבר יש לנו בנידון? הרי לכם עדות מפי מנהל המפעל בעצמו, כפי שאמר בראיון עמו: 'אם יוכרו על חברתנו 'חרם' ע"י הציבור החרדי, הרי שהחברה 'פושטת רגל' לאלתר!'... אשריכם ישראל, שכל אחד ואחד, בקנייתו הביא לשינוי עצום בשטח תוך פחות מחצי שנה...". ראו "המפעל שומר שבת?" **שומרי שבת - חוברת שימושית** ניסן (תשע"ח) <https://simla.otzar.org/download/file.php?id=59364>.

²⁸³ ראו, למשל, מקרה **סלקום**, לעיל ה"ש 3. הסיכון במכשיר החרם הוא שיעשה בו שימוש לא רק על ידי החלש אלא גם על ידי החזק להעצימו עוד יותר. לכאורה לחזק יש פחות צורך בחרם שכן לרשותו עומדים מכשירים אחרים בהם יכול לעשות שימוש. ואולם, לעיתים, דווקא בגלל העובדה שהחזק חזק, מוטלות על השימוש בכוחו מגבלות רגולטוריות או בלמים שמונעים ממנו לעשות שימוש בכוחו בכלל או שהשימוש בכך מוגבל לדרך מסוימת. במצב כזה החרם יכול להיות מפלטו של החזק באופן שבו החזק רותם את כח ההמון לשרת את האינטרסים שלו. דוגמה מעניינת לכך מהעת האחרונה יכולה להיות המקרה של טיק טוק וטראמפ. "טראמפ הכריז: חרם בארה"ב על טיקטוק, יש לי את הסמכות" **כלכליסט** (1.8.2020) www.calcalist.co.il/world/articles/0,7340,L-3842850,00.html. טראמפ, שנמצא בתפקיד החזק בעולם, מרוסן מכח מגבלות התפקיד ואינו יכול לעשות שימוש בכך בכל דרך שבה יתפוגג. על כן הוא פונה לדרך החרם ומבקש מן הציבור להחרים את טיק טוק כדי להשיג אפקט משמעותי וכוחני מבלי להיות כפוף לבלמים שמוטלים על השימוש בכך. דוגמה נוספת היא קריאתו של טראמפ להחרים את CNN. ראו Zuri Davis, *Trump calls for CNN boycott after network refuses White House Christmas party invite*, THE ATLANTA JOURNAL-CONSTITUTION (Nov. 30, 2017) <https://www.ajc.com/news/national/trump-calls-for-cnn-boycott-after-network-refuses-white-house-christmas-party-invite/Me6cZmaHnI2EZFFZbtqIFK>.

בעניין זה מעניין לחשוב שאולי אין זה מקרה שטרמפ שהגיע מהעולם העסקי מכיר את כוחו של ההמון והעוצמה הכלכלית שטמונה בחרם ועל כן מנסה לרתום כח זה לטובתו על מנת להשיג את מטרותיו ללא מתן דין חשבון או תשובה לביקורת כזו או אחרת שיכולה להיות מוטלת עליו. לדיון ביקורתי נוסף בקריאתו של טראמפ לחרם על טיקטוק ר', Packin, Nizan Geslevich and Jabotinsky, Hadar Yoana and Jabotinsky, *Hadar Yoana, Blocking as Regulating? Blacklisting Generative AI*, 73 Am. U. L. Rev. (forthcoming 2024).

מקרה נוסף הוא הקריאה לחרם על חברת H&M, על ידי הרשויות הסיניות בשל מגבלות סחר שמוטלות על סין. אין מחלוקת באשר לעוצמת הכח שבידי השלטונות הסינים. אף על פי כן, השלטונות בחרו בערוץ החרם, היינו הפעלת כח לא פורמאלי באמצעות הציבור, כדי לייצר לחץ על החברה מתוך תקווה שהדבר ישפיע בכיוון של הקלה במגבלות הסחר. גם כאן נראה כי הפניה לערוץ הלא פורמאלי של החרם נעשתה על מנת להפעיל כח או לחץ משמעותיים ללא פיקוח וריסון ואולי תוך מניעת תשלום מחירי על ידי מפעיל הכח. *Eva Dou "China's state media outlets call for boycott of H&M for avoiding Xinjiang cotton"* **The Washington Post** (March 24, 2021) <https://www.washingtonpost.com/world/chinas->

המפורסמות בספרות על חרמות היא כי "חרם הוא נשקן של החלש".²⁸⁴ ואולם בדיוק משום שהוא כלי-נשק, יש לפקח עליו. ביחס לכל כלי נשק - החשש לשימוש פוגעני הוא בראש ובראשונה מצד קבוצות חזקות. ואולם גם כאשר הוא משמש קבוצות חלשות, נשק החרם עשוי להיות מנוצל לרעה.²⁸⁵ כך, למשל, כשמדובר בהפעלת כוח פיסי ברור לנו מיד שגם על החלש מוטלות מגבלות רבות משום שהוא עשוי לקחת את החוק לידי ולפגוע פיסית באדם המשתייך לקבוצה חברתית חזקה יותר.

שאלת הלגיטימציה המשפטית של חרמות בוערת במיוחד בתקופה הנוכחית. בעוד שבעבר הליך ההתאגדות וצבירת הכח הדרוש לחרם לווה בעלויות עסקה משמעותיות, כיום עלויות אלו פחתו בצורה משמעותית. במציאות הטכנולוגית הנוכחית מכשיר החרם זמין יותר מבעבר. באמצעות הקמת עמוד בפייסבוק ניתן ליצור באופן מהיר מצע עובדתי להסכמה ממוקדת, ומשם הליך ההתארגנות ליישומו של אותו מצע באמצעות התנהגות המחרימים קצר. הרשת אף מאפשרת מתן הוראות והנחיות פעולה זמינות ושוטפות כיצד לנהוג בהפעלת הכוח בכל רגע נתון.²⁸⁶ זאת ועוד, הבעייתיות שבחרם מתעצמת בעידן של רשתות חברתיות – עידן שהצמיח את המונח "פייק-ניוז".²⁸⁷ לנמעני המצג העובדתי הכלול בקריאה לחרם לרוב אין יכולת לברר את אמיתות הדברים והם נדרשים לפעול על סמך מידע שאינו מאומת. להסתמכות זו יכולות להיות תוצאות קשות במקרה של חרם המוטל על בסיס האשמה עובדתית ללא כל אחיזה במציאות. ואולם כפי שהראינו, הבעייתיות בחרם אינו מוגבלת למצבים של הסתמכות על מידע שקרי או מוטעה, ואינה נוגעת אך למוחרמ/ת עצמם. דיון בחרמות בעת הנוכחית חייב אפוא להיות מובחן מן הדיון הכללי בתחלואיהן של הרשתות החברתיות ופוטנציאל הנזק שלהן לפרט, או לזכויות אינדיבידואליות.

state-media-calls-for-boycott-of-handm-for-avoiding-xinjiang-cotton/2021/03/24/41a3ef4a-8d07-11eb-aff6-4f720ca2d479_story.html

JAMES C. SCOTT, WEAPONS OF THE WEAK: EVERYDAY FORMS OF PEASANT RESISTANCE (1985) ²⁸⁴

באיון הכוחות כשלעצמו עלול להיגרם אי צדק במונחים של שימוש בכח מוגזם. כך למשל זכות השביתה שנתונה לעובדים בסקטורים מסויימים מגבילה את יכולת השימוש של העובדים בה לפרוצדורות מסוימות ותנאים מסויימים, ובסקטורים אחרים היא אסורה לחלוטין. זאת על מנת שלא יעשה בה שימוש פוגע מדי ולא מאוחר או שייפגע אינטרס חיוני לחברה. מחוץ לפרוצדורה זו השביתה נתפסת כבלתי חוקית ויכולה לחשוף את המשתתפים בה לתשלום פיצוי בגין הנזקים שנגרמים בעטיה ואף לדין פלילי. ²⁸⁵

כך, למשל, בשנת 2016 צמח מפעילות ב-Twitter, בעקבות התבטאויותיו של דונלד טראמפ ביחס לנשים, האתר "GrabYourWallet" שסיפק רשימה של חנויות שיצרו קשר עם ממשל טראמפ בדרכים שונות ואף טופס הכרזה על ההחרמה. האתר סבר תאוצה בעיקר באמצעות פונקציית ה-"Hashtag" (וקיבל מעל 950 מיליון שיתופים כבר בשנת 2017). ראו: #GrabYourWallet's Anti-Trump Boycott Looks to Expand Its Reach, NPR50 (Apr. 16, 2017) <https://www.npr.org/2017/04/16/523960521/grabyourwallets-anti-trump-boycott-looks-to-expand-its-reach>, חושפת משתמשים לתוכן התיגים בהתאם לתחומי העניין שלהם, ובלחיצת כפתור משתמשים אלה הופכים לחלק מקהילה מסוימת. Olivia Johnson ואחרים, מראים כיצד פונקציה זו משמשת גם להפצה ולתחזוקה של אקטיביזם צרכני. Olivia Johnson et al., *Are You Connected Through Consumption? The Role of Hashtags in Political Consumption*, 5 Soc. Media + Soc. 1 (2019) ²⁸⁶

ראו Kalsnes, לעיל ה"ש 54. ²⁸⁷

במציאות הישראלית נעשה ניסיון מסוים לאסדר את תופעת החרם אולם ניסיון זה נתפס כפוליטי וכמיועד לטפל בגזרה צרה של חרמות הנוגעים לקיומה של מדינת ישראל ולסכסוך הישראלי-פלסטיני. ניסיון זה עורר אנטגוניזם משפטי לאור הקונטקסט הפוליטי שבו התקבל החוק. אף-על-פי-כן, במציאות הישראלית אנו עדים לא אחת לחרמות שאינם מטופלים כלל על-ידי המשפט ושאינם מוגבלים לסוגיות שחוק החרם עוסק בהן. כך למשל, הוטל חרם על חברת אל-ארז המייצרת טחינה, בשל תמיכתה בלהט"בים.²⁸⁸ טענתנו היא כי מתן הכשר גורף לחרמות אלה, תחת המטריה של חופש הביטוי, היא רחבה מדי, ויש לחשוב מחדש על אסדרה כוללת של מוסד החרם.

שקילת אסדרה משפטית כזו צריכה לשאוב השראה ראשונית מן האסדרה המשפטית של מוסד התובענה הייצוגית ושל זכות השביתה. בשני המצבים מדובר בקבוצות מוחלטות – צרכנים ועובדים. אף על-פי-כן, ולמרות הרצון להגן על הקבוצה החלשה, הטילה המדינה מגבלות על השימוש בכוח בידי אותה קבוצה. כך, למשל, אי-עמידה במגבלות שבאות לכלל ביטוי בתנאים שהציבה המדינה טרם הפתיחה בשביתה או פגיעה מופרזת במעביד או בצדדים שלישיים במהלכה הופכת את השביתה לשביתה בלתי-חוקית וחושפת את העובדים לסנקציות משפטיות.²⁸⁹ בדומה, אי-עמידה בתנאים להגשת תובענה ייצוגית מעמידה את התובעים בסיכון למחיקת התביעה, אי-אישורה כתובענה ייצוגית ולעיתים פסיקת הוצאות, תוך יצירת מעשה בית-דין ששולל אפשרות להגשת תביעה עתידית.²⁹⁰ על-כן, גם בחרם למדינה יש אינטרס לגיטימי באסדרה אשר תשרטט את הגבולות בין האסור והמותר לעניין השימוש בו ולתוצאות להן הוא עלול להביא.

כמובן שאין בידינו להציע בשלב זה מודל מפורט לאסדרה כוללת של חרמות. במאמר זה הצענו סיווג לחרמות מסוגים שונים ודיון במידת הלגיטימציה שלהם מכיוון שלא נדון עד כה – פגיעתם בפרוצדורות ממלכתיות של קבלת החלטות במדינה דמוקרטית. עמדנו על כך שבחרמות ענישתיים ופוליטיים מסוימים טמונה סכנה לפרוצדורות הדמוקרטיות, שקיומן הוא אינטרס ציבורי מובהק. אכן, קווי הגבול בין חרמות ענישתיים ופוליטיים לחרמות שאינם כאלה אינם תמיד בהירים וברורים. המציאות לעולם תהיה מורכבת יותר ממפת הסיווג העיונית, וימצאו בה חרמות שמשתייכים בו-זמנית למספר קטגוריות או לאף אחת מהן. כך, למשל, במאמר עמדנו על כך שחרם צרכני יכול להיות בו-זמנית גם פוליטי וגם ענישתי. פעמים גם החרם כמהלך פוליטי עשוי להיות תגובת-נגד לאקט פוליטי אחר שננקט על-ידי גורם פרטי, חברה ציבורית, או מי מעובדיה.²⁹¹ כמו כן מובן כי האסדרה של חרם במקרים השונים אמורה לשקף נסיבות משתנות ואיזון מורכב בין שיקולים שונים, הן ברמה הציבורית-הדמוקרטית והן ברמה של זכויות הפרט. בנוסף, יש להתמודד עם שאלות כגון האם כוח החרם לגיטימי יותר לשימוש כאשר הוא מופעל כנגד גופים חזקים כגון

²⁸⁸ אסף גבור "קו סיוע ללהט"ב ערבי: טחינת אל ארז תומכת, המגור הטיל חרם" **מקור ראשון** (9.7.2020) www.makorrishon.co.il/news/245867.

²⁸⁹ עניין **ציוק**, לעיל ה"ש 71, עמודים 191, 196-195.

²⁹⁰ אביאל פלינט והגי וינצקי, **תובענות ייצוגיות**, עמודים 110-109 (נבו, 2017).

²⁹¹ ניתן לחשוב על החרם שננקט נגד מפעל נקניקיות שבו הצטלם בוריס ג'ונסון כחלק ממסע הבחירות שלו. ראו Heffer, לעיל ה"ש 188. במקרים אלה החרם מגיע כתגובה למצב שבו המוחרם השתמש בעצמו בספונסר כלכלי כדי "לתגבר" את עמדתו בשוק הדעות. ואז נשאלת השאלה מדוע לא לאפשר את החרם ככוח נגדי.

קונגלומרטים בעלי עוצמה כלכלית, תעשיית הבידור, ועוד. ואולם מכאן ועד "הרמת ידיים" והתעלמות גורפת מן התופעה הדרך רחוקה. יש לשקוד על פיתוחם של כללים מסדירים שישקפו את מורכבות התופעה ותוצאותיה.

אין לכתוד כי אסדרה משפטית של חרמות מציבה בפני המדינה אתגר ייחודי. חרם מופעל לרוב באופן לא-ממוסד, באמצעות התארגנות נקודתית כאשר לא תמיד ניתן להצביע על גורם מסוים או על גוף שאחראי לו (הגם שלעיתים יש גורם אחד שמושך בחוטים ו"מנצח" על החרם). הן צבירת הכוח והן הפעלתו נעשים באופן אד-הוק והשותפים לחרם אינם פועלים במסגרת מקצועית או מוסדית אחרת.²⁹² יחד עם זאת, חרמות מתארגנים באמצעות פרסום פומבי של קריאה לחרם. במקרים בהם מדובר בחרם בלתי לגיטימי כמונחים של חרם ענישתי ו/או פוליטי, יש לאסור על הקריאה לחרם גם אם לא הובילה להתממשותו. הפוגענות הטמונה בקריאה לחרם אינה מתמצה אך בירידה מוכחת ממכירות או בנזקים מדידים אחרים,²⁹³ אלא באה לידי ביטוי אף באווירת האיום שהחרם יוצר כלפי המוחרמ/ת ואחרים מלבדו/ה, וכן פגיעתו בערכים ציבוריים.²⁹⁴ בהמשך לכך, הענף הראוי לאסדרה המשפטית של חרמות אינו רק המשפט הפרטי אלא אף המשפט הציבורי. בנוסף, יש לשקול את הפקדת סמכויות האסדרה בידי רשות מנהלית לצורך מתן צווים-מראש במקרים המתאימים, שכן הסתפקות בפיוצי או ענישה בדיעבד עשויה להיות בעייתית לאור הדינמיקה של החרם ותוצאותיו.

לבסוף, בחינתו של החרם אינה יכולה להתקיים בואקום פוליטי. ניתן לגרוס במידה רבה של צדק, כי הלגיטימיות של החרם בעולם שבו רשויות השלטון אינן מתפקדות באורח קיצוני, גדולה יותר מאשר במקרים בהם הדמוקרטיה מתפקדת כראוי, הגם שלא באופן מושלם.²⁹⁵ ואולם היחס המתירני לנוכחי לחרמות, אינו ער לאופן שבו חרמות מערערים על

²⁹² Radzik, לעיל ה"ש 3, עמוד 105.

²⁹³ ראה למשל מקרה **סלקום**, לעיל ה"ש 3. החרם במקרה זה לא הוביל לנזק כלכלי קבוע, שכן במקרה זה, לאחר כמה ימים של ירידת ערך ערכה של המניה עלה שוב. גד פרץ "חרם על סלקום? מה קרה למניה ביום שאחרי המשבר" **גלובס** (23.5.2021) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001371831>. ואולם גם למחרמים קשה לצפות מראש האם, ובאיזו מידה, יתוקן הנזק שהסב החרם.

²⁹⁴ כך למשל, לחרם הדוריטוס, לעיל ה"ש 31, היתה גם מטרה מחנכת מוצהרת. מדברי המחרימים ניתן ללמוד כי כוונתם היתה גם לשדר מסר בבחינת יראו וייראו "וכדי שלא יהיה חלילה זלזול ע"י אחרים לפרוץ פרץ בדברים הנוגעים לצניעות וקדושת ישראל וכדו". עידו יוסף "מכה לשטראוס: בד"ץ הכריז חרם צרכנים זמני" **News1** (15.2.2022) <https://www.news1.co.il/Archive/001-D-450363-00.html>. על השפעת האיום בחרם ומשמעותו, גם ביחס לחברות גדולות ואיתנות מבחינה כלכלית ועל היכולת לנתב באמצעותו פעילות פוליטית לכיוונים שונים, ניתן ללמוד גם ממקרה שהתרחש לאחרונה בג'ורג'יה ארצות הברית. בעקבות ביקורת וקריאה לחרם כנגד חברות דלתה וקוקה קולה על כך ששאר דוממות ולא לקחו צד במאבק כנגד הצעת חוק חדשה שמקשה על הליכי ההצבעה במדינת ג'ורג'יה ארה"ב, הן שינו את מדיניותן ונקטו בקו מוצהר ולוחמני הרבה יותר כנגד החוק החדש, תוך גינוי באופן חריף ופומבי. ראו, David Gelles "Delta and Coca-Cola reverse course on Georgia voting law, stating 'Crystal Clear' opposition" **The New York Times** (March 31, 2021) <https://www.nytimes.com/2021/03/31/business/delta-coca-cola-georgia-voting-law.html%201/2>.

²⁹⁵ כך, למשל, Hassoun טוענת כי כאשר רשויות השלטון לא ממלאות את תפקידן, איסור על אקטיביזם צרכני של פרטים ימנע שינוי חיובי, הגם שהוא אינו דמוקרטי. Hassoun, לעיל ה"ש 166, עמודים 38–39.

פרוצדורות דמוקרטיות חשובות. התפיסה לפיה בכל מצב בו קיימת אכזבה מהערוצים הפוליטיים הרשמיים, ראוי ולגיטימי לנקוט בחרמות כדי להוביל שינוי נורמטיבי או להוקיע התנהגות בלתי ראויה – היא תפיסה בעייתית. היא עלולה להוביל לאובדן מקומם וחשיבותם של המוסדות הפוליטיים ולהפוך את היאוש מדרך פעולתם לנבואה המגשימה את עצמה.
