



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

עע"ם 2966/19

לפני :
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופטת י' וילנר

המערערים :
1. HUMAN RIGHTS WATCH
2. עומר שאקר

נ ג ד

המשיבים :
1. שר הפנים
2. משרד הפנים – הממונה על מתן ההיתרים
3. קרן צדוק אורבך
4. שורת הדין
5. הפורום המשפטי למען ישראל
6. המכון לחקר ארגונים לא ממשלתיים

ידידי בית המשפט :
1. Amnesty International
2. אילן ברוך
3. אלון ליאל
4. אלי בר-נביא

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים מיום 16.4.19
בעת"ם 36759-05-18 שניתן על ידי כב' השופטת ת' בזק
רפורט

תאריך הישיבה :
כ"ד באלול התשע"ט (24.9.19)

בשם המערערים :
עו"ד מיכאל ספרד, עו"ד אמילי שפר עומר-מן

בשם המשיבים 1-2 :
עו"ד קובי עבדי ; עו"ד רון רוזנברג

בשם המשיבים 3-4 :
עו"ד אבי סגל ; עו"ד אבי גז

בשם המשיב 5 :
עו"ד הראל ארנון

בשם המשיב 6 :
עו"ד מוריס הירש

בשם ידידת בית המשפט 1 : עו"ד כרמל פומרנץ

בשם ידידי בית המשפט
מר אלון ליאל
: 4-2

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

במוקד הערעור ניצב פסק הדין בו דחה בית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (עת"ם 18-05-36759; השופטת ת' בזק-רפפורט), את עתירת המערערים – והותיר על כנה את החלטת משיב 1 (להלן: שר הפנים) שלא להאריך את היתר ההעסקה שניתן לעותר 1 עבור עותר 2 (להלן, בהתאמה: הארגון, ו-שאקר, או המערער), ולהרחיק את האחרון מישראל. זאת, בנימוק שמדובר "באדם התומך באופן אקטיבי ומתמשך באסטרטגיה הקוראת לחרם, משיכת השקעות והטלת סנקציות על ישראל".

רקע וטענות הצדדים

1. בשנת 2016 בחר ארגון זכויות האדם Human Rights Watch – אשר זכה בשנת 1997 בפרס נובל לשלום, פועל בעשרות מדינות ומתאר את עצמו כ"אחד מארגוני זכויות האדם הגדולים, הוותיקים והחשובים הפועלים כיום בעולם" – בעומר שאקר לתפקיד "חוקר הארגון בנושא ישראל ופולסטין". בעקבות החלטה זו, שהתקבלה נוכח "ניסיונו העשיר" של שאקר "בבדיקת עובדות בשטח ובתיעוד", פנה הארגון אל המשיבים בבקשה להתיר את העסקתו כעובד זר מומחה. ביום 20.2.2017 נדחתה הבקשה, "לאור עמדת משרד החוץ", שציין בחוות דעתו כי הארגון עוסק "בפוליטיקה בשירות התעמולה הפלסטינית, תוך הנפת דגל 'זכויות אדם' לשווא". אולם, זמן קצר לאחר מכן שינה משרד החוץ את טעמו, "משיקולים מדיניים", ובהתחשב בעמדתו העדכנית החליטו המשיבים להעניק לשאקר רישיון ישיבה ועבודה בישראל עד ליום 31.3.2018. או-אז עתרו קרן אורבך וארגון שורת הדין – שצורפו בהמשך כידידי בית המשפט לדיון בעתירה מושא הערעור הנוכחי – נגד ההחלטה (עת"ם 17-04-47430; להלן: העתירה הראשונה), והדבר הוביל לתפנית נוספת: המשרד לנושאים אסטרטגיים המליץ לשלול משאקר את רישיונו, ולמנוע ממנו לשוב לישראל. צעד כזה, הודה המשרד, אמנם יוביל לביקורת נגד ישראל, אך "נראה לנו לא סביר לאפשר לאדם שפועל בעקביות במשך שנים רבות לפגוע במדינת ישראל להמשיך לעבוד במדינה כאילו דבר לא קרה". בהקשר זה, הוצגו בחוות הדעת "פעילויות בולטות" של שאקר בתחום החרם, לרבות מעורבות בניסיון להשפיע על

התאחדות הכדורגל הבין-לאומית (להלן: FIFA) לנקוט צעדים נגד שישה מועדוני כדורגל ישראליים. על רקע המלצה זו, החליט שר הפנים לבחון מחדש את מעמדו של שאקר – ובתום שימוע שנערך לו בכתב הגיע למסקנה שלא ניתן "לאשר היתר להעסקתו והמשך שהייתו בישראל", למרות עמדתו המנוגדת של משרד החוץ (להלן: החלטת השר). במכתבו לב"כ המערערים הבהיר מנהל אגף ההיתרים כי ההחלטה מבוססת על פעילותו האישית של שאקר בתחום החרם, ואינה מבטאת סירוב גורף להעסקת מומחה זר מטעם הארגון. לדידו, "עצם העובדה שממועד הצטרפותו לא עלו נתונים אודות פעילות כאמור אינה מבטלת את כל פעילותו של הנדון לפני מועד זה (וזאת אף אם לא נתייחס למידע בנוגע לפיפ"א)", ומשכך אין לאפשר לשאקר לשהות בישראל "בכסות של נציג ארגון".

2. בעקבות החלטת השר נמחקה העתירה הראשונה, והוגשה העתירה מושא הערעור הנוכחי – שבה העלו המערערים שורת טענות כלפי חוקתיות, חוקיות, מידתיות וסבירות ההחלטה. בפסק דינו, סקר בית המשפט לעניינים מינהליים בהרחבה את מעורבות המערער בפעילות לקידום חרם על ישראל, בהתבסס על חוות הדעת של המשרד לנושאים אסטרטגיים, ועל ראיות נוספות שהציגו הגורמים שצורפו להליך כידידי בית המשפט. מן הסקירה עולה כי מדובר בפעילות שיטתית ומתמשכת שהחלה כבר בשנת 2006, והתבטאה, בין היתר, בהקמת ארגון סטודנטים הקורא לחרם על ישראל, ובשורת הרצאות ופעילויות שבהן קידם את רעיונות החרם. פעילות זו, כך נקבע, נמשכה גם לאחר שמר שאקר נכנס לישראל – וכללה מעורבות, "יחד עם הארגון", במאמצים "להחרמת מועדוני כדורגל מישראל" בחודש מאי 2017; התבטאויות בחשבון הטוויטר שלו בנוגע לדוחות ופעילויות של הארגון וגופים אחרים בתחום החרם; וכן "מאות ציטוטים [...] המלמדים על עידוד ברור ועקבי לחרם גם לאחרונה".

לאור ממצאים אלה, דחה בית המשפט לעניינים מינהליים את עתירת המערערים, וקבע כי החלטת השר באה בגדרי סמכותו לפי סעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה), עומדת במבחן הסבירות – ולמעשה, אף "מתבקשת מאליה".

בית המשפט עמד על שורשי ההסדר שבסעיף 2(ד) לחוק הכניסה, ועל הקשר המהותי בינו ובין החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: חוק החרם). הוא הזכיר כי עתירה נגד חוקתיות חוק החרם נדחתה בעיקרה – תוך שנקבע כי הקריאה לחרם פוגעת בשוק הדעות, כך שדוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת

מצדיקה נקיטת צעדים נגדה – וציין כי עתירה נגד חוקתיות סעיף 2(ד) עצמו תלויה ועומדת בפני בית המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ 5092/18; להלן: העתירה החוקתית).

לפיכך, התמקד הדיון בשאלת יישומו של ההסדר הכללי במקרה שלפנינו, בראי הפרשנות והעקרונות הכלליים ששורטטו בבר"ם Alqasem 7216/18 נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (18.10.2018) (להלן: עניין Alqasem) – לרבות הקביעה כי הסמכות למנוע כניסת פעילי חרם לישראל נועדה למנוע ניצול לרעה של הביקור, ולא לשמש כאמצעי ענישה. בית המשפט לעניינים מינהליים פסק שאין מניעה לזקוף לחובת המערער את ההתבטאויות והמעשים שביצע לפני כניסתו לישראל, משום שהלה לא הרים את הנטל, ולא הוכיח שחדל מפעילותו השיטתית והמתמשכת לקידום תנועת החרם. יתר על כן, למרות שניתנה לו הזדמנות לעשות זאת, שאקר בחר להימנע מלהצהיר כי הוא זונח את קריאותיו לחרם, ומתחייב שלא לקדם את תנועת החרם במהלך שהותו בישראל – ומן הראיות שהוצגו עולה כי "החשש מניצול השהות בארץ לעידוד פעילות חרם התממש" בפועל. אמנם, המערערים טענו כי הפעילות המיוחסת לשאקר אינה מהווה קריאה לחרם כהגדרתו בחוק, הואיל והיא התמקדה בגופים המעורבים, לשיטתם, בהפרות קונקרטיים של זכויות אדם – ולא הופנתה כלפי מדינת ישראל "כשלעצמה". אולם, בית המשפט קמא קבע כי פרסומו של שאקר, העמדות שהביע בעבר, והאופי הגורף של הפעולות שנקט לאחר קבלת הרישיון, מלמדים שמדובר בהבחנה "מלאכותית", וכי בפועל מדובר בקריאה לחרם רק מחמת זיקה לאזור שבשליטת מדינת ישראל. לפיכך, גם בהנחה שהמערער פעל לאחר כניסתו ארצה בכובעו כנציג הארגון, אשר אינו מוגדר כארגון חרם לאור הקשת הרחבה של תחומי העיסוק שלו, לא נפל פגם בהחלטת שר הפנים למנוע את כניסתו למדינה.

טענות המערערים

3. מכאן הערעור הנוכחי, המתמקד, לדברי המערערים, "בחוקתיותו ובפרשנותו" של חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 28), התשע"ז-2017, ס"ח 2610, 458 (להלן: תיקון 28) – המגביל כניסת בני אדם המעורבים בפעילות חרם נגד המדינה: במישור החוקתי, המערערים גורסים כי מניעת הכניסה לישראל על בסיס עמדה פוליטית פוגעת "בליבתו של חופש הביטוי הפוליטי", חותרת תחת עקרון השוויון – ומאימת על גרעין האופי הדמוקרטי של המדינה. אף על פי כן, סעיף 2(ד) לחוק הכניסה אינו מתנה סנקציה זו בקיומו של נזק כתוצאה מן הקריאה לחרם, ומכאן שמדובר בפגיעה לא מידתית בזכויות היסוד – הן של הזרים שכניסתם נמנעת, והן של אזרחי ישראל ותושבי האזור המעוניינים באינטראקציה עמם. זאת, בהתאם לפסיקה בבג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת (15.4.2015)

(להלן: עניין אבנרי) ביחס לסעיף 2(ג) לחוק החרם. בד בבד, המערערים תוקפים את החלטת השר במישור הפרשני, וטוענים כי המערער כלל אינו בא בגדרי סעיף 2(ד) לחוק הכניסה, משום שקריאותיו לחרם לא נשאו אופי "פוליטי", ואינן מבוססות על עצם הזיקה למדינת ישראל או לאזור הנמצא בשליטתה. הם מזכירים כי סעיף 2(ד) עוסק באדם הקורא לחרם "כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם" – דהיינו, לפי סעיף 1 לחוק החרם, "הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה". לשון ההגדרה, כמו גם הצורך למזער את הפגיעה בחופש הביטוי, מובילים, לדעת המערערים, למסקנה כי חרם שאינו מוטל רק מחמת הזיקה למדינת ישראל – דוגמת חרם סלקטיבי על גורמים הפוגעים בזכויות אדם – אינו בא בשעריה, וממילא גם לא בגדרי סעיף 2(ד) לחוק הכניסה. הם מוצאים להבחנה זו אישוש בעניין אבנרי, ומסכמים כי פעולותיו של שאקר – כאדם פרטי, ועל אחת כמה וכמה כעובד הארגון – אינן מהוות חרם על ישראל, משום שהן נועדו להגן על זכויות אדם, ומופנות כלפי גורמים שהתנהלו בצורה פוגענית. במובן זה, מדובר, לדעתם, בפרקטיקה נפוצה ולגיטימית של ארגוני זכויות, התואמת את מגמת ההרחבה של תחולת המשפט הבין-לאומי על תאגידים עסקיים.

המערערים מוסיפים כי גם אם תידחה פרשנותם לסעיף 2(ד) לחוק הכניסה, לא יהיה בכך כדי לרפא פגמים אחרים שנפלו בהחלטת השר. הם מזכירים כי ראשיתה של הפרשה בדחיית בקשת Human Rights Watch להעסיק את שאקר, בנימוק שהארגון עוסק "בפוליטיקה בשירות התעמולה הפלסטינית, תוך הנפת דגל 'זכויות אדם' לשווא" – החלטה שממנה נאלצו, לדעתם, המשיבים לסגת עקב הסערה שחוללה. בנסיבות אלה, הם סבורים כי החלטת השר הנוכחית, שנתלתה בהתבטאויות ופעולות מעברו הרחוק של שאקר, אינה אלא ניסיון לשוב ולהשתיק את קולו הביקורתי של הארגון בדרך עוקפת – באמצעות פסילת נציגו. רושם זה התחזק, לדידם, במהלך הדיון בעתירה, כאשר המשיבים הציבו במוקד את התנהלות המערער כנציג הארגון בישראל, ובכך חשפו כי פעילותו הביקורתית של הארגון, ולא דווקא מאפייניו האישיים של שאקר, הם שהיו לצנינים בעיניהם. הנה כי כן, החלטת השר נגועה בחוסר תום לב, מבוססת על שיקולים זרים של השתקת ביקורת, ואינה יכולה לעמוד.

זאת ועוד, המערערים טוענים כי החלטת השר אינה עולה בקנה אחד עם התבחינים הרלוונטיים (רשות האוכלוסין וההגירה "תבחינים למניעת כניסה לישראל של פעילי חרם" (24.7.2017); להלן: התבחינים) – הקובעים, על פי השקפתם, כי כניסת פעילי ארגונים ארצה תיבחן בראי פעילות ארגוניהם. לדברי המערערים, חשבון הטוויטר

של שאקר – זירת ההתרחשות של חלק ניכר מפעילות החרם שיוחסה לו – מהווה "כלי עבודה", שהפרסומים בו מייצגים את עמדות הארגון ונעשים בשמו. ממילא, נוכח העובדה שמדינת ישראל אינה מגדירה את Human Rights Watch כארגון חרם – ובפסק הדין אף הובהר כי בקשה להעסקת נציג אחר תיבחן לגופה – לא ניתן לראות בפרסומים אלה משום קריאה לחרם. אכן, לו היה שאקר מנצל את מעמדו ונוקט פעולות אישיות לקידום חרם, התמונה הייתה שונה, אלא שבמצב הדברים הקיים לא ניתן להרחיקו מישראל בשל פעילותו הארגונית. אשר להתבטאויות ה"אישיות" שעליהן עמד בית המשפט קמא – לא זו בלבד שבחלק מהמקרים מדובר בניתוח ולא בקריאה לפעולה, אלא שכל ההתבטאויות קדמו לכניסת המערער ארצה בראשית שנת 2017. על כן, אין בהן כדי להעיד על פעילות חרם "עקבית ורציפה", העומדת בקריטריונים שנקבעו בתבחינים ביחס לפעילי חרם "עצמאיים".

לבסוף, המערערים תוקפים את שיקול הדעת של שר הפנים, וטוענים כי החלטתו אינה מידתית, ואולי אף עולה כדי ענישה פסולה (להבדיל ממניעה של פעילות חרם). כך או כך, בעניינו של שאקר מתקיימים, לשיטתם, טעמים מיוחדים למתן אשרה ורישיון ישיבה, לפי סעיף 2(ה) לחוק הכניסה – שכן הרחקתו תפגע בו, בארגון, באוכלוסייה הנהנית משירותיהם ההומניטריים, ובמעמדה של מדינת ישראל.

טענות המשיבים

4. מנגד, משיבי המדינה סומכים את ידם על הכרעת הערכאה הדיונית, וגורסים כי דין הערעור להידחות – בהעדר עילת התערבות בקביעות העובדתיות לגבי פעילות החרם העקבית והמתמשכת של המערער, או בשיקול הדעת שהפעיל שר הפנים על בסיס נתונים אלה.

בפתח דבריהם, הזכירו המשיבים כי העתירה החוקתית לגבי תיקון 28 לחוק הכניסה עודנה תלויה ועומדת – וטענו כי השגות המערערים על החלטת השר במישור החוקתי הועלו בעתירה המינהלית "רק באופן אגבי". אשר על כן, הם סבורים כי יפה עשה בית המשפט קמא כשהתמקד בהיבטיה המינהליים של ההחלטה, וטוענים כי המשקל הרב שהעניקו המערערים לפן החוקתי בהליך דנן מהווה "הרחבת חזית אסורה". לגופם של דברים, הם גורסים כי המערערים כלל לא הוכיחו פגיעה בזכויות חוקתיות: לזרים אין זכות חוקתית להיכנס לישראל, וספק רב האם קמה למערערים זכות עמידה בנוגע לטענות המבוססות על הפגיעה, כביכול, באוכלוסייה המקומית. בכל מקרה, הפגיעה העקיפה בציבור הישראלי – שיכול לנהל שיח עם הפעיל הרלוונטי באמצעים

אחרים – בוודאי אינה מצויה בליבת הזכות לחופש הביטוי. זאת ועוד, אף אם נניח שהסדר הקונקרטי שבסעיפים 2(ד) ו-1(ה) אינו חוקתי, החלטת השר תעמוד על כנה מכוח סמכותו הכללית למנוע כניסה לישראל.

5. אשר לפן המינהלי – המשיבים מדגישים כי שאקר מיצה את תקופת רישיון הישיבה שניתן לו, כך שאין לפנינו החלטה על ביטול הרישיון אלא רק על אי חידושו. הם מזכירים כי כבר בהמלצתו העדכנית של המשרד לנושאים אסטרטגיים, מיום 28.3.2018, הופיעה התייחסות לפעילות החרם שביצע שאקר לאחר כניסתו לישראל – ומכאן שנימוק זה אינו מהווה "התאמה" מלאכותית לפסק הדין בעניין Alqasem, כפי שטענו המערערים. המשיבים פורטים בקצרה את ממצאי הערכאה הדיונית לגבי פעילות החרם השיטתית שביצע המערער, אף לאחר כניסתו לישראל – ומציינים כי בית המשפט קמא פסע בתלם שנחרש בעניין Alqasem, כאשר יחס משקל מכריע לכך שהחשש "מניצול השהות בארץ לעידוד פעילות חרם התממש הלכה למעשה".

על פי השקפת המשיבים, שיקול הדעת הרחב שבו מחזיק שר הפנים בנוגע למניעת הכניסה לישראל, עומד בעינו גם לאחר חקיקת ההסדר הקונקרטי לגבי פעילי חרם (תיקון 28). נוכח ממצאי הערכאה הראשונה, החלטת השר מגנה על זכותה של ישראל להיאבק באיום החרם, מבלי לפגוע בזכות קנויה או באינטרס מהותי של המערער – ומכאן שהיא "נטועה עמוק-עמוק במרכזו של מתחם הסבירות", ואין מקום להתערב בה. במילים אחרות, די בסמכותו הכללית של שר הפנים כדי להכשיר את החלטתו בעניין שאקר.

לצד זאת, המשיבים מציינים כי עניינו של המערער נבחן גם בראי ההסדר הקונקרטי שבחוק הכניסה, ונמצא כי הוא בא בגדרי סעיף 2(ד) לחוק – משום שהפעולות שנקט עובר לכניסתו לישראל, ולאחר מכן, מתלכדות לכדי עילה רבת משקל לאי חידוש אשרת השהייה שלו. המשיבים מצביעים בהקשר זה על ההיקף והאינטנסיביות של הפעילות המוקדמת, ומזכירים כי המערער ייסד ועמד בראש ארגון הקורא לחרם על ישראל, ובהמשך נטל חלק בשורה ארוכה של פורומים שבהם הילל את תנועת ה-BDS. כאשר הדברים משתלבים בסירובו להצהיר בפני בית המשפט קמא על נטישת דרך החרם, ובמעורבותו – לאחר הכניסה לישראל – בניסיון להביא לשלילת החסות של ארגון FIFA למשחקי כדורגל באזור, הם מלמדים כי פעילות החרם של המערער מעולם לא פסקה. לפיכך, בהתאם לפרמטרים שנקבעו בעניין Alqasem אין בחלוף הזמן כדי להוציא את שאקר מגדרי סעיף 2(ד) לחוק הכניסה. מכל מקום, פעולות המערער לאחר כניסתו ארצה

– החל בזירת הכדורגל, וכלה בהתבטאויות ובפרסומים השונים בחשבון הטוויטר שלו – ממשיכות את הרצף, ומעידות כי הוא עודנו "ממשיך לקרוא לחרם בעקביות".

לדברי המשיבים, מבחן העושה ומבחן המעשה מלמדים כי המערער קרא לאורך השנים לחרם גורף על מדינת ישראל – כך שאין ממש בניסיון להציג את פעילותו כקריאה לחרם סלקטיבי עקב פגיעה בזכויות אדם. בין היתר, המערער חתם על עצומה השוללת מגע עם מדינת ישראל, ומייחסת לה פשעי מלחמה; מיוחסות לו אמירות רבות שבהן תוארה מדיניותה הכללית של ישראל כמדיניות "אפרטהייד"; והוא קרא להסרה גורפת של נכסים ישראלים המצויים באזור מאתרי אינטרנט מסחריים. בנסיבות אלה, הם סבורים שאין ספק כי המערער פועל בהתמדה לקידום חרם על "עסקים, מפעלים, חברות ועוד, רק מחמת זיקתם למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה" – ובא בגדרי סעיף 2(ד) לחוק הכניסה.

לשיטת המשיבים, הפרסומים וההתבטאויות בחשבון הטוויטר של שאקר נעשו בכובעו האישי, כפי שקבע בית המשפט קמא – ודי בכך כדי לשמוט את הקרקע מתחת לטענה כי המערער אינו בא בגדרי התבחינים. זאת ועוד, נוכח פעילותו העצמאית הממושכת של שאקר בתחום החרם, אין זה מתקבל על הדעת כי התבחינים ביקשו להעניק לו חסינות אך משום שהוא מבצע כעת את מעשיו בחסות Human Rights Watch, שאינו מוגדר כארגון חרם. אכן, כאשר העיסוק בזירה הישראלית-פלסטינית מהווה מרכיב זניח בפעילותו של ארגון הוא לא יכלול, בהכרח, ברשימת ארגוני החרם – אלא שמדיניות מידתית זו לא נועדה לתת לפעיליו יד חופשית לקידום חרם על ישראל, בניגוד לתכלית סעיף 2(ד) לחוק הכניסה. כך או כך, גם אם המערער אינו בא בגדרי התבחינים, המשיבים סבורים כי שר הפנים רשאי להרחיקו מישראל מכוח סמכותו הכללית.

המשיבים דוחים את הטענה כי הם מונעים משיקולים זרים, ומדגישים שהחלטת השר מופנית רק כלפי שאקר – כפי שגם הובהר בפסק הדין – ולא נועדה לפגוע בפעילות הארגון כולו. לשיטתם, המערערים לא הוכיחו שאי חידוש רישיונו של שאקר יסב לו, או לארגון, נזק ממשי, והלה אף אינו בא בגדרי החריגים שבסעיף 2(ה) לחוק הכניסה: לא הוצג כל טעם הומניטרי אישי המצדיק את כניסתו, ואין עילת התערבות בעמדת המדינה – שמשרד החוץ שותף לה כעת – בדבר אי קיום החריג המדיני. כפועל יוצא, הם גורסים שדין הערעור להידחות.

6. במהלך הדיון בעתירת המערערים צורפו להליך קרן צדוק-אורבך וארגון שורת הדין – שהגישו את העתירה הראשונה – יחד עם הפורום המשפטי למען ארץ ישראל, והמכון לחקר ארגונים לא ממשלתיים, כידידי בית המשפט. בהחלטתי מיום 24.7.2019 צורפו להליך ידידים נוספים, בדמות ארגון Amnesty International (להלן: Amnesty) ושלושה בכירים לשעבר במערך שירות החוץ – אילן ברוך, אלון ליאל ואלי בר נביא.

בעיקרי הטעון מטעמו, סמך המכון לחקר ארגונים לא ממשלתיים את ידיו על קביעות פסק הדין באשר לטיב פעילות החרם של שאקר – והוסיף עליהן. במקביל, הוא ביקש להוכיח כי שיח זכויות האדם שבו מנופפים המערערים אינו אלא עלה תאנה המכסה על עוינותם כלפי מדינת ישראל. לדעת המכון, הרחקת שאקר מישראל נחוצה משום "שהוא מנצל ומעוות את תחום זכויות האדם על מנת לקדם פעילות חרם נגד מדינת ישראל" בצורה שיטתית ומתוכננת – ואין יסוד לחשש שהדבר יפגע בארגוני זכויות אחרים.

קרן צדוק-אורבך וארגון שורת הדין הוסיפו כי שורש הרע אינו בהתבטאויות האישיות של שאקר, אלא דווקא בהיותו נציג ארגון Human Rights Watch – החותר, לטעמם, תחת קיומה של מדינת ישראל, וקורא בין היתר לנקיטת סנקציות נגד חיילי צה"ל. למעשה, גורמים אלה סבורים כי בהעדר זכות קנויה להיכנס ארצה, למערערים כלל אין זכות עמידה.

7. לעומתם, בכירי העבר במערך שירות החוץ טוענים כי החלטת השר תגרום "נזק עצום ולטווח ארוך ליחסי החוץ של מדינת ישראל ולתדמיתה כמדינה דמוקרטית ופתוחה". לדבריהם, הרחקת שאקר מישראל בגין פעילות להסתת השקעות מההתנחלויות תשדר "חוסר סובלנות וכבוד" לעמדה רווחת במערב – היונקת מן התפיסה בדבר אי חוקיותן – ותיצור את הרושם שהמדינה מוכנה להקריב את ערכי היסוד הדמוקרטיים על מזבח ההתנחלויות. הם קוראים, אפוא, להבחין בין קידום חרם כללי על מדינת ישראל, תוך הטלת ספק בזכותה להתקיים – ובין פעולות ממוקדות הנוגעות לאזור, ומטרתן שכנוע עסקים שלא ליטול חלק בהפרת זכויות אדם.

ארגון Amnesty גורס כי לכל חברה עסקית "אחריות לכבד את המשפט הבינלאומי ההומניטרי ואת זכויות האדם בכל מקום שבו היא פועלת". לשיטתו, הקמת ההתנחלויות באזור מפרה את הדין הבין-לאומי, ופוגעת בזכויות אדם – הן כשלעצמה,

והן כזרו לפגיעות נוספות. בנסיבות אלה, "כל פעילות עסקית" בהתנחלויות תורמת "באופן מובהק ובלתי נמנע" להפרות של המשפט הבינ-לאומי – כך ש"פרשנות סבירה של העקרונות המנחים של האו"ם משמיעה שעל חברות עסקיות להימנע מלקיים פעילויות כלשהן בהתנחלויות אלו". הרחקת "מגן זכויות אדם" שקרא לגופים עסקיים לפעול בהתאם – פרקטיקה מקובלת ולגיטימית בקרב ארגוני חברה אזרחית וזכויות אדם – מעוררת, אפוא, קושי. היא אינה עולה בקנה אחד עם החובה לאפשר למגיני הזכויות לפעול בצורה חופשית, וללא חשש מנקמה (לפי הכרזת האו"ם בדבר זכותם ואחריותם של יחידים, קבוצות ואורגנים בחברה לקדם ולהגן על זכויות אדם וחירויות יסוד שזכו להכרה בין-לאומית); היא עלולה ליצור אפקט מצנן רחב; והיא פוגעת בצורה בלתי סבירה ובלתי מידתית בזכויות לחופש ביטוי והתאגדות, המוכרות בדין הבינ-לאומי, וחיוניות לביצוע עבודתם של מגיני הזכויות. Amnesty סבור כי קריאה לגופים עסקיים לכבד את הדין הבינ-לאומי אינה בגדר קריאה לחרם, ובכל מקרה "יש להרשות לאלו המקדמים ותומכים בקריאות כאמור להביע את דעותיהם באופן חופשי".

מנגד, משיבי המדינה סבורים כי עמדת Amnesty "מורכבת כולה מטענות כלליות", המנותקות מן העובדות הקונקרטיות שעליהן התבססה הערכאה הראשונה. כך, בניגוד לתיאור המוצג בעמדת Amnesty, בית המשפט קמא קבע כי שאקר לא הסתפק בקריאה "להימנע מפעילות עסקית התורמת להפרת זכויות אדם". משמע, לא מדובר ב"מגן זכויות אדם" שקרא לנטילת אחריות תאגידית, אלא בפעיל המקדם חרם אך בשל הזיקה למדינת ישראל ולאזור הנמצא בשליטתה – ומכאן שהטענות התיאורטיות לגבי חשיבות ההגנה על "מגיני זכויות אדם" אינן רלוונטיות. המדינה שבה ומדגישה בהקשר זה כי החלטת השר מוגבלת לעניינו של שאקר, וכי ארגון Human Rights Watch לא הוגדר כארגון חרם – כך שבקשה להעסקת נציג אחר מטעמו תיבחן לגופה. בד בבד, המשיבים מציינים כי עמדת Amnesty מתעלמת לחלוטין מן הדין הישראלי הפנימי, לרבות ההוראות הרלוונטיות בחוק הכניסה ובחוק החרם – ומבקשת לעורר סוגיות שכבר הוכרעו בפסיקת בית משפט זה, בכובעיו השונים, בפרשות אבנרי ו-Alqasem. לפיכך, הם סבורים שאין בעמדה זו כדי להשפיע על תוצאת ההליך, ועומדים על כך שדין הערעור להידחות.

המערערים השיבו להשלמת הטיעון מטעם משיבי המדינה, וטענו כי היא מבוססת על "עובדות אלטרנטיביות" באשר לטיב הפעילות של שאקר והארגון. הם מדגישים כי ארגון Human Rights Watch מתמקד בהטמעת כללי אחריות תאגידית בתחום זכויות האדם, אך אינו קורא לחרמות, ואינו חבר בתנועת ה-BDS. המערער מחויב, לדבריהם, למדיניות זו, ומאז הצטרפותו לארגון הוא לא חרג ממנה "כמלוא

הנימה"; משמע, פעילותו כנציג הארגון אינה נעשית מחמת הזיקה למדינת ישראל או לאזור שבשליטתה – כפי שטוענים משיבי המדינה, וכפי שעולה מפסק הדין מושא הערעור – אלא כדי למנוע הפרות של זכויות אדם. יתר על כן, הם סבורים כי גם עובר להצטרפותו לארגון שאקר לא קרא לחרם גורף על ישראל, ומדגישים כי בכל מקרה אין לדברים רלוונטיות נוכח הזמן שחלף.

המערערים חותמים את תגובתם בהתייחסות למישור החוקתי, ועומדים על כך שאין בעתירה החוקתית כדי לייתר את הדיון בעניין בהליך דנן. אדרבה, הערעור מספק לדיון מסגרת קונקרטית, חושף זוויות שאינן קיימות בעתירה, ולא ניתן להכריע בו מבלי להידרש לפן החוקתי. יצוין כי בשלהי הדיון שהתקיים בפנינו הציגה המדינה נימוק נוסף לדחיית הטענות החוקתיות – אי צירוף כנסת ישראל להליך, בניגוד להוראת סעיף 17(ג) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994. לעומתה, המערערים סברו כי ענייננו בתקיפה עקיפה, שהרי הסעד שביקשו מתמצה בביטול ההחלטה המינהלית לגבי העותר, ומכאן שלא היה צורך לצרף את הכנסת כמשיבה.

8. ערב הדיון בערעור דחתה חברתי, הנשיאה א' חיות, בקשה שהגישו המערערים לפי סעיף 26(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (חלף סעיף קטן (1) לו, שהיה רלוונטי באותה עת), וקבעה כי "בשלב זה" אין מקום להרחבת ההרכב הדן בערעור. הבקשה הועלתה, אפוא, בשנית במהלך הדיון בפנינו, אך לאור אופיין הנקודתי של הסוגיות המחייבות הכרעה בהליך הנוכחי – כפי שיובהר להלן – לא מצאתי עילה לסטות מהחלטת הנשיאה, ולחרוג מן הכלל לפיו "בית המשפט העליון ידון בשלושה" (סעיף 26 לחוק בתי המשפט). על כן, אפרוש כעת את התשתית הנורמטיבית הנחוצה להכרעה בענייננו, תוך פיתוח והרחבה של העקרונות שאומצו בעניין *Alqasem* – שם נדרש בית משפט זה לראשונה לפרשנות תיקון 28.

דיון והכרעה

9. עובר לחקיקת תיקון 28, הטיפול בבקשותיהם של פעילי חרם להיכנס למדינת ישראל נעשה במסגרת סמכותו הכללית של שר הפנים למתן אשרות ורישיונות ישיבה, לפי סעיף 2(א) לחוק הכניסה. סעיף זה אינו מכיל קווים מנחים להפעלת הסמכות, ומותר לשר שיקול דעת רחב – אך לא בלתי מוגבל. ראשית, בידיו לשקול אך ורק שיקולים העולים בקנה אחד עם תכליות חוק הכניסה: עקרון ריבונות המדינה, המעניק ליחידה הפוליטית זכות להגביל את הכניסה לתחומיה, על מנת לשמור על הזהות, התרבות, האינטרסים הכלכליים של תושביה, והסדר הציבורי בה; הגנה על ביטחון המדינה ושלום

אזרחיה; והצורך להגן על זכויות המחזיקים ברישיונות ישיבה (בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פסקה 6 לחוות דעתי (13.9.2017)). בנוסף, השר נדרש לאזן כהלכה בין מכלול השיקולים הרלוונטיים, החותרים לעיתים לכיוונים מנוגדים, שכן החלטתו – כמו החלטות אחרות של רשויות המינהל – כפופה למבחן הסבירות (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 527-528 (1992)).

אולם, על רקע התגברות הקריאות לחרם על מדינת ישראל, החליט המחוקק להרחיב את המענה שנתן חוק החרם במישור הפנים-ישראלי (עניין Alqasem, פסקאות 12-14 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן), ועיגן בסעיף 2 לחוק הכניסה את ההוראות הבאות:

"(ד) לא יינתנו אשרה ורישיון ישיבה מכל סוג שהוא, לאדם שאינו אזרח ישראלי או בעל רישיון לישיבת קבע במדינת ישראל, אם הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל בעבורם, פרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, או התחייב להשתתף בחרם כאמור.
(ה) על אף האמור בסעיף קטן (ד), שר הפנים רשאי לתת אשרה ורישיון ישיבה כאמור באותו סעיף קטן, מטעמים מיוחדים שיירשמו".

הסדר זה – שתכליתו הקונקרטית היא מאבק בתנועת החרם על ישראל, ועל פרטיו אעמוד בסמוך – מצמצם את שיקול הדעת הרחב שהיה בידי שר הפנים מכוח סמכותו הכללית, בשני מישורים: ראשית, הוא מגדיר את מניעת הכניסה של פעילי חרם הבאים בשעריו כברירת המחדל, ומתיר לשר לסטות מן הכלל רק "מטעמים מיוחדים שיירשמו". שנית, גם בהנחה שתיקון 28 אינו יוצר הסדר שלילי באשר לתחולת סמכותו הכללית של שר הפנים על בני אדם המעורבים בפעילות חרם, ברי כי אמות המידה המהותיות שנקלטו בהסדר זה "משליכות" על אופן הפעלת הסמכות הכללית, ומקרינות על היקף שיקול הדעת של השר במסגרתה (עניין Alqasem, פסקה 13 לחוות דעתי; ראו גם פסקאות 16-17 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן). על כן, יש להעמיד את החלטת השר במבחן ההסדר הקונקרטי הקבוע בחוק הכניסה.

ההיבט החוקתי

10. אכן, המערערים תוקפים גם את תיקון 28 עצמו, וטוענים כי הוא פוגע בצורה לא מידתית בזכויות החוקתיות לשוויון ולחופש ביטוי, ואף חותר תחת עקרונות יסוד של

המשטר הדמוקרטי. אולם, דווקא נוכח חשיבותן של טענות אלה, מקומן בתקיפה ישירה של סעיפים 2(ד) ו-1(ה) לחוק הכניסה בהליך המתאים – ואין להידרש להן בתקיפה עקיפה, אגב הפעלתה הקונקרטית של הסמכות בעניין שאקר.

אמת – מן הבחינה העקרונית, ערכאה שיפוטית הדנה בעניין שהובא לפניו כדין מוסמכת לדון בחוקתיות הנורמה הרלוונטית במתכונת של תקיפה עקיפה, ולהכריע בה לצורך אותו עניין (ראו, למשל, בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פסקאות 23 ו-28 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014) (להלן: עניין סבח); בג"ץ 9369/19 אה"ל ארגון המתמחים לרפואה נ' שר העבודה הרווחה והשירותים החברתיים, פסקה 10 (5.1.2017); בג"ץ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נח(2) 943 (2003)). למעשה, ניתן לטעון כי חלופת התקיפה העקיפה אף נהנית מיתרונות מסוימים – דוגמת כריכתה המובנית במסכת עובדתית קונקרטית, להבדיל מן האופי המופשט של תקיפה ישירה, העשויה ללקות בחוסר בשלות (ראו והשוו, עניין סבח, פסקאות 23 ו-28 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס; בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500, פסקה 9 (2010); יצחק זמיר הסמכות המינהלית: סדרי הביקורת המשפטית כרך ד 2675 (2017) (להלן: זמיר)). ההכרה העקרונית בסמכות לדון ולהכריע בחוקתיות חוק במסגרת תקיפה עקיפה "התקפית" יפה גם לגבי בית המשפט לעניינים מינהליים (עניין סבח; ראו יגאל מרזל "הדיון בעתירות לעניין תוקף החוק" 99 אליהו מצא 167, ה"ש 12 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים; 2015)) – ומשכך, היה בידי הערכאה הדיונית להידרש לטענותיהם החוקתיות של המערערים למרות שהיא נעדרת סמכות לדון בהן בתקיפה ישירה של חוקתיות תיקון 28 (לדיון כללי בסוגיית "ריכוזיות" הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית, ראו אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת" הפרקליט מז 5, 6-7 (2005); יגאל מרזל "מעמד הכנסת בעתירות בעניין חוקתיות החוק" משפטים לט ה"ש 98 (2010) (להלן: מרזל); ואורי אהרונסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" משפט וממשל טז 57-59 (2015) (להלן: אהרונסון)). יתר על כן, מאחר שהתקיפה העקיפה מופנית כלפי נורמה חקיקתית כללית, הנחת המוצא היא כי "אין זה הוגן להטיל על הפרט את הנטל להשיג עליה דווקא בתקיפה ישירה" – כך שיש להפעיל את הסמכות הקיימת, ולדון לגופן בטענות המערערים במישור החוקתי (דנ"א 1099/13 מדינת ישראל נ' אבו פריח, פסקה 9 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (12.4.2015) (להלן: עניין אבו פריח); הדברים עשויים להיות נכונים ביתר שאת כשמדובר בגורמים זרים, שנראה כי אין להטיל עליהם את נטל תיקון החקיקה המקומית).

11. אף על פי כן, סמכות לחוד ושיקול דעת לחוד. הגם שקיימת סמכות לדון בטענות המערערים בתקיפה עקיפה, בחינת מכלול השיקולים הרלוונטיים מובילה למסקנה שיש להימנע מכך – ולהותיר את ההיבט החוקתי של תיקון 28 לבירור בהליך של תקיפה ישירה (בדמות העתירה החוקתית התלויה ועומדת לפני בית המשפט הגבוה לצדק). כפי שציין המלומד זמיר, מן הראוי לבכר את התקיפה הישירה –

”בין השאר, כאשר ההחלטה המינהלית מעוררת שאלות נכבדות של מדיניות משפטית, חברתית או מדינית; כאשר יש לה השלכה רחבה וחשובה, ולכן חשוב שבית המשפט יאפשר לגורמים נוספים הקשורים לעניין הנדון להשמיע את טענותיהם; כאשר קיים חשש ממשי מפני ריבוי הכרעות סותרות באותו עניין על ידי בתי משפט שונים, ולכן גם חשש לפגיעה בוודאות וביציבות; כאשר מהות העניין הנדון הולמת יותר ביקורת ישירה; כאשר קיים אינטרס ציבורי אחר האומר כי בנסיבות המקרה ראוי לקיים ביקורת ישירה ולא ביקורת עקיפה” (זמיר, בעמ' 2687-2688; לקולות שונים, בכיוונים שונים, כאשר לאופן הפעלת שיקול הדעת בנוגע לתקיפה עקיפה ראו חוות דעתם של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופטת ד' ברק-ארז בעניין אבו פריח).

הנה כי כן, דווקא השאלות הנכבדות שמעוררים המערערים במישור החוקתי מצדיקות פנייה למסלול התקיפה הישירה – קרי, תקיפת תיקון 28 באמצעות עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, שהוא הערכאה המוסמכת ובעלת המומחיות לדון בהיבטיו החוקתיים של התיקון, ובפגיעתו-לכאורה בעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי.

תוצאה זו מתבקשת גם לאור המשקל המכריע שהעניקו המערערים לפגיעה, כביכול, בזכויותיהם החוקתיות של אזרחי ישראל ותושבי האזור – מעבר לפגיעה בשאקרו ובזרים אחרים שכניסתם ארצה נמנעת. שעה שהמערערים מתיימרים לייצג את הציבור הרחב, ולהגן על אינטרסים וזכויות החורגים מעניינו האישי של שאקר, עליהם לעשות זאת בתקיפה ישירה – ולא אגב הדיון בהחלטת השר הספציפית שבמוקד ההליך דנן.

12. המסקנה כי אין להידרש בהליך דנן לטענות החוקתיות מתחזקת נוכח אי צירופה של כנסת ישראל כמשיבה להליך – הן בגלגולו המקורי, והן בערעור דנן. אכן, בסוגיה זו טרם נקבעו כללים ברורים, ומלומדים מצביעים על פער בין הרובד הפרשני-תיאורטי – המצדד, לשיטתם, בצירוף הכנסת כמשיבה להליכי תקיפה עקיפה של חקיקה ראשית, מכוח סעיף 17(ג1) לחוק הכנסת – לבין הפרקטיקה הקיימת (ראו, למשל, אהרונסון, בעמ' 61-63; מרזל, בעמ' 372-374). אולם, גם אם אניח שהמערערים לא נדרשו לצרף את

כנסת ישראל כמשיבה לעתירתם – על אף שהם אלה שיזמו את הדיון בשאלה החוקתית, ועשו בה שימוש "התקפי" (והשוו, אהרונוסון, בעמ' 62) – לא ניתן להתעלם מן החשיבות של שמיעת עמדתה, בהתחשב בהשלכות הרוחב של הכרזה על בטלות החוק (גם אם מבחינה פורמלית, קביעת הערכאה הדיונית בסוגיה תחול רק ביחסי הצדדים להליך). נתון זה מצדיק אף הוא את העדפת מסלול התקיפה הישירה – ולמצער, מלמד כי לא ראוי להידרש לראשונה לפן החוקתי בשלב הערעור (שההכרעה בו אף יוצרת תקדים מחייב), שעה שעמדת המחוקק כלל לא נשמעה.

זאת ועוד, המקום הנרחב שניתן לסוגיה החוקתית בכתבי הטענות בגלגולו הנוכחי של ההליך, בהם הוצג הערעור כמי שעניינו "בחוקתיותו ובפרשנותו" של תיקון 28 (פסקה 2 להודעת הערעור), מעורר ספק ממשי בשאלה האם מדובר בשאלה שהתעוררה "בדרך אגב", ובאה בגדר סמכותו הנגזרת של בית המשפט לעניינים מינהליים. כפי שציין חברי, השופט נ' סולברג, בהקשר אחר –

"יש ליתן את הדעת אף על שאלת מרכזיותן של הטענות שנטענו בתקיפה עקיפה ביחס ליתר הטענות שנטענו במסגרת אותו הליך. סעיף 74 לחוק בתי המשפט משמיענו, כי הסמכות לדון בשאלה נגזרת, קמה מקום שבו השאלה מתעוררת בדרך אגב. בענייננו, שאלות חוקיות וסבירותו של כלל 8(א) התעוררו אמנם בדרך אגב, כטענות הגנה מטעמן של הרשויות; אולם הלכה למעשה מפאת משקלן, הן 'השתלטו' על ההליך, הותירו את יתר הטענות בצלן, ואף תפסו בפועל את עיקר תשומת לבו של בית המשפט בפסק הדין. בהקשר זה נקבע אך לאחרונה: "בהכללה ניתן אפוא לומר, כי מקום בו מרכז הכובד של ההליך הוא ענין שבסמכות בית המשפט האזרחי או הפלילי, והתקיפה העקיפה מתייחסת לשאלה משנית העולה באופן אינצידנטלי לסוגיה העיקרית, ושההכרעה בה דרושה לצורך ההכרעה בענין הנדון בפני בית המשפט, הנטייה היא לאפשר תקיפה עקיפה, בהעדר סיבה מיוחדת לשלול. יצוין כי המצב האופייני לתקיפה עקיפה הוא העלאת הטענה נגד האקט המינהלי כטענת הגנה. לעומת זאת, מקום שמהותו האמיתית של ההליך או מרכז הכובד שלו הוא בהכרעה בשאלת תוקפו וחוקיותו של אקט שלטוני, ובמיוחד כאשר מושא התקיפה הוא שיקול הדעת השלטוני לגופו, או כאשר מדובר בסוגיה שלטונית מורכבת או רגישה או בעלת השלכה רחבה, יש להימנע בדרך כלל מבירור הענין במסגרת תקיפה עקיפה" (ע"א 4291/17 אלפריח נ' עיריית חיפה, פסקה 15 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (6.3.2019)). כאמור, בענייננו השאלות שהתעוררו בתקיפה העקיפה אינן אגביות ומשניות ביחס לעניין העיקרי שנדון בהליך, ואף מן הטעם הזה לא היה נכון לאפשר תקיפה עקיפה

בנסיבות" (רע"א 2933/18 עיריית אור עקיבא נ' מקורות
חברת מים בע"מ, פסקה 24 (1.8.2019)).

דברים אלה יפים בקל וחומר לתקיפה עקיפה של חקיקה ראשית, המחייבת זהירות מיוחדת. המערערים העלו מיוזמתם את השאלה החוקתית, עשו בה שימוש "התקפי", והעניקו לה מקום מרכזי בהליך דנן – ומכאן שיש קושי רב בסיווגה כשאלה שהתעוררה "דרך אגב", ובאה בגדרי סעיף 76 לחוק בתי המשפט (עם זאת, אעיר כי נימוק זה אינו רלוונטי על פי הגישה הגורסת שתקיפה עקיפה של חוק אינה מתבצעת מכוח הסמכות הנגזרת של הערכאה הרלוונטית, שכן "שאלת תוקפו של חוק אינה מצויה בסמכותו הייחודית של בג"ץ" (אהרונוסון, בעמ' 56-57)).

13. נסכם ונאמר כי הדיון שנערך בפסקאות הקודמות מצביע על הייחודיות של שיטת המשפט הישראלית בכל הקשור למנגנון הפעלת הביקורת השיפוטית החוקתית. אם נרים את מבטנו אל העולם הגדול, נגלה, מן הצד האחד, את הגישה האמריקאית המקנה לכל ערכאה שיפוטית את הסמכות להכריז – במסגרת מערכת היחסים שבין הצדדים להליך, ואף מעבר לכך – על אי החוקתיות של נורמה חקיקתית מסוימת. על פי גישה זו, הדיון החוקתי מתחיל, כמו כל הליך אחר, בערכאות הנמוכות, ומטפס אט אט בשלבי הליכי הערעור עד הערכאה העליונה, הקובעת תקדים מחייב כלפי כולי עלמא. תפיסה דומה קיימת במדינות נוספות המשתייכות לעולם המשפט המקובל. מן הצד האחר, ניצבת גישה ריכוזית שאינה מאפשרת לערכאות הדיוניות להידרש לחוקתיות החוק, וקובעת כי טענות כאלה יועלו אך ורק על שולחן הערכאה העליונה – אם בדמותו של בית משפט עליון, ואם בדמות טריבונל חוקתי ייעודי, דוגמת ה- Bundesverfassungsgericht הגרמני. Judge Wald, שופטת בית המשפט לערעורים במחוז קולומביה, תיארה את ההבדל בין שתי הגישות בצורה הבאה: "The Hungarian (or European) system of constitutional adjudication has been characterized as a 'Mt. Sinai'-like control by the constitutional court over all other courts whereas ours has been called a 'Judge and Company' approach involving close cooperation among all court levels in developing constitutional law" (Patricia M. Wald, *Upstairs/Downstairs at the Supreme Court: Implications of the 1991 Term for the Constitutional Work of the Lower Courts*, 61 U. CIN. L. REV. 771, (1993) 776. דהיינו, גישת "הר סיני", המרכזת את הביקורת השיפוטית החוקתית בידי ערכאה אחת, ממנה תצא תורת החוקה, אל מול גישת "שופט ושות'" הדוגלת במתן הסמכות לשופט לפי העניין – ולא על סמך הערכאה בה הוא מכהן – כשותף במלאכת הביקורת, כאשר בית המשפט העליון עומד בראש הפירמידה (עוד בנוגע לגישות שהוצגו ראו, למשל, ALLAN R. BREWER-CARIAS, JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE

LAW 127-55 (1989); Robert F. Utter and David C. Lundsgaard, *Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some Thoughts from a Comparative Perspective*, 54 OHIO ST. L.J. 559, 583-585 (1993); Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why It* ברק ; *May Not Matter*, 101 MICH. L. REV. 2744, 2770-2771 (2003) "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת" מבחר כתבים: על בית המשפט ושופטי 71 (כרך ד, 2017); אהרונסון, בעמ' 15-13).

המשפט הישראלי אינו אוחד בקצוות. הוא מכיר (בוודאי מן הבחינה הפורמלית) בשני מסלולים לביקורת שיפוטית חוקתית. מסלול התקיפה הישירה מאפשר לאדם לעתור במישרין לבית המשפט הגבוה לצדק כנגד חוקתיות חקיקה ראשית. במקרה זה, הדיון יתמקד בהיבט החוקתי, ותוצאתו תקפה כלפי כולי עלמא. בד בבד, מסלול התקיפה העקיפה מאפשר לערכאות הנמוכות להידרש לשאלת החוקתיות אגב דיון בסוגיות המצויות בסמכותן – ולהכריע בסוגיה לצורך העניין שבפניהן, מבלי שתהיה לכך השפעה על גורמים חיצוניים להליך. מסלול זה עשוי להביא את הסוגיה לפתחו של בית המשפט העליון במסגרת הליכי ערעור – ובמקרה כזה, פסיקתו של בית המשפט תיצור תקדים מחייב.

לא באתי לומר כי ההכרה בשני המסלולים בשיטתנו היא ללא העדפה. בכל מקרה, יש מורכבות בעניין. למשל, לא תמיד ניתן יהיה לבחור בין שני המסלולים; כך, העדר בשלות עשוי לחסום את מסלול התקיפה הישירה, ולהביא להעדפת תקיפה עקיפה של החוק בשלבי יישומו (עניין סבח, פסקאות 23 ו-28 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס). נקודה נוספת, שיש לה חשיבות רבה בענייננו, היא כי בהליכי תקיפה עקיפה בית המשפט העליון יידרש לסוגיה במגבלות הנובעות ממעמדו כערכאת ערעור, הבוחנת האם קיימת עילת התערבות בהכרעת הערכאה הדיונית – להבדיל מדיון *de novo*. מגבלה זו מצדיקה את העדפת מסלול התקיפה הישירה כאשר ניצבות על הפרק סוגיות עקרוניות ובעלות השלכות רוחב, דוגמת זו שלפנינו, הראויות לבירור מקיף וממצה יותר של הערכאה העליונה.

נדמה כי מבחינת הסוציולוגיה של המשפט יש ערך לכך שהסמכות לבטל חוקים בלתי-חוקתיים תופעל בזהירות ובצורה ריכוזית. הקהילייה המשפטית, ואף הציבור הרחב, תופסים סמכות זו כחידוש, ובמדינת ישראל עודנו מצויים בשלבים הראשונים של גיבושה – מה שמקרין גם על היחס הראוי לביטול חקיקה ראשית על ידי ערכאה שאינה בית המשפט העליון.

14. מן הטעמים הללו, ומאחר שלמעוררים הייתה אפשרות מעשית לעתור במישרין נגד תיקון 28, אין להידרש בהליך דנן לחוקתיות התיקון – העתידה להתברר בקרוב במסגרת העתירה החוקתית – כך שהביקורת על החלטת השר תבצע בראי החקיקה הקיימת.

ההיבט הפרשני

15. סעיף 2(ד) לחוק הכניסה חל על שתי קטגוריות של זרים המעורבים בקידום חרם, "כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011". הראשונה – אדם שפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל, או התחייב להשתתף בו, כך שמעשיו מעוררים חשש מוכנה מפני ניצול לרעה של הביקור בישראל. השנייה – אדם שלא ידוע על מעורבות אישית שלו בקידום החרם, אך פעילותו במסגרת ארגון או גוף הדוגלים בחרמות על מדינת ישראל, "מעידה על השתייכותו והזדהותו של המבקש עם רעיונות הארגון", ומבססת, אפוא, חשש דומה מפני פגיעה במדינה (עניין Alqasem, פסקה 15 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן, ופסקאות 9-11 לחוות דעתי). אכן, הקטגוריה השנייה נועדה להקל על המדינה, ולאפשר לה להתגונן מפני ארגוני חרם המבקשים לפעול בה בחסות האנונימיות של פעיליהם –

"הכוונה הבסיסית היא שאם יש ארגון שהוא ארגון שמוביל BDS, בסדר? ארגון שזה עניינו עכשיו: להוביל - - - לחרם. הנציג של הארגון לא מגיע, כחלק מהעניין. עכשיו, הוא עצמו, אין לי כרגע ראיות, כי הוא נציג חדש. איך אומרים? הוא רק עכשיו. אתמול הוא התקבל לעבודה בארגון. אבל עניינו: הוא בא לפה בשביל לקדם את החרם הזה. הרי על זה אנחנו מדברים" (דברי ח"כ בצלאל סמוטריץ'; פרוטוקול ישיבה מס' 276 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-20, 45-46 (7.11.2016) (להלן: פרוטוקול ועדת הפנים)).

הנה כי כן, שתי הקטגוריות (פעילות חרם אישית וארגונית) נועדו להגשים את אותן תכליות – שמירה על הריבונות של מדינת ישראל, ועל ביטחונה, לצד תכלית קונקרטית שעניינה "קידום המאבק הצודק שמנהלת מדינת ישראל בתנועת החרם – בהסתמך על דוקטרינת הדמוקרטיה המתגוננת, וזכות המדינה להתגונן, ולהגן על אזרחיה, מפני הפלייה לרעה" (עניין Alqasem, פסקה 10 לחוות דעתי). לפיכך, שתיהן כפופות לקביעה העקרונית בעניין Alqasem, לפיה ההסדר שעוגן בחוק הכניסה במסגרת תיקון 28, נושא "אופי מניעתי ולא עונשי". משמע – סעיפים 2(ד) ו-ה) לחוק מונעים את כניסתם ארצה

של פעילי חרם שיש חשש כי ינצלו לרעה את שהותם בישראל, וירתמו אותה לעגלת הדה-לגיטימציה שדוחפת תנועת החרם. אולם, אם עלה בידי פעיל כלשהו להוכיח בצורה משכנעת כי הוא אינו עוסק עוד בקידום מדיניות החרם, סגירת שערי המדינה בפניו אינה תורמת להגנה על הדמוקרטיה הישראלית – ובנסיבות אלה, אין "להעניש" אותו במניעת כניסה בגין מעשיו הפסולים בעבר (שס, פסקה 9 לחוות דעתי). כמובן, נטל הוכחת זניחת פעילות החרם מוטל על המבקש, והוא משתנה בהתאם למכלול הנסיבות הרלוונטיות, דוגמת התפקיד שמילא בארגוני חרם, משך הפעילות, וכיוצא באלה:

"קיומו של נתק בין הפעיל לארגונו, או בין הפעיל לפעילותו, עשוי להוציא אותו מגדרי הסדר זה. הכלי של בחינת העושה והמעשה עשוי לסייע כאן. המעשה מכתים את העושה, וצובע אותו כיעד לתחולת סעיף 2(ד). כמובן, אין בכך לקבוע כללים נוקשים. יש רמות של בכירות ועשייה בארגון, ויש נתונים שונים של העושה. למשל, הבחינה של אדם הממלא תפקיד בכיר בארגון BDS במשך עשרות שנים תהיה זהירה יותר מהבחינה של אדם שאף אם הוא בא בגדרי סעיף 2(ד) פעל רק תקופה קצרה יחסית, ובדרג זוטר יחסית. הנטל המוטל על הראשון להוכחת ההתנתקות מפעילות החרם כבד יותר מזה שבו נושא השני. הבחינה תהיה אינדיבידואלית, בהתאם לתכלית החוק" (שס, פסקאות 11 ו-13 לחוות דעתי; ראו גם פסקה 7 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן).

במקרים שבהם עלה בידי אדם להרים את הנטל ולהוכיח כי חדל מפעילות החרם, כך שאין חשש שכניסתו ארצה תנוצל לפגיעה במדינה ובמוסדותיה, הוא אינו בא בגדרי סעיפים 2(ד) ו-1(ה) לחוק. ודוקו, מקצת האינדיקציות הפרשניות שהובילו למסקנה זו בעניין Alqasem מתמקדות בקטגוריה השנייה – לרבות לשון ההווה שנוקט החוק בתיאור הזיקה שבין המבקש לארגונו (שס, פסקה 9 לחוות דעתי, פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת ע' ברון, ופסקאות 9-3 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן) – אך התכלית האובייקטיבית של החקיקה מלמדת כי הדברים יפים גם ביחס לבני אדם הבאים בגדרי הקטגוריה הראשונה.

16. לצד ההבחנה בין פעילי חרם בהווה ובעבר, יש לתת את הדעת גם על טיב פעילות ההווה – שהרי אין דין ארגון המקדיש את עצמו לפעילות BDS כדין ארגון שנדרש לנושא באופן אקראי ונקודתי, ואין דין פעיל בולט המפיץ את משנת החרם בפומבי כדין אדם פרטי הפועל בחוג משפחתו. אם להידרש למילותיו של יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה דאז, ח"כ דוד אמסלם, "אנחנו מדברים על המנהיגים שבהם, שהם אנשים מפורסמים וכולם יודעים את דעותיהם. הם, בגלל הפרסום שלהם, גם מגיעים לבמות האלה כדי להכפיש

אותנו בטלוויזיה. הרי הוא לא מכפיש אותנו וקורא לחרם עלינו אצלו בבית, עם ילדיו, אשתו ושכניו; הוא מגיע לטלוויזיה בדרך כלל, כי הוא איש בעל השפעה, והוא קורא שם לציבור שלהם להחרים אותנו. אז לכן אנחנו מדליקים טלוויזיה, רואים אותו, רואים אותם. אז על האנשים האלה אנחנו מדברים" (פרוטוקול ישיבה מס' 213 של הכנסת ה-20, 228 (6.3.2017); ההדגשה אינה במקור (להלן: פרוטוקול המליאה)). מטעמים דומים, נקבע בתבחינים שאושרו על ידי שר הפנים והשר לנושאים אסטרטגיים כי רק פעילים של ארגון הפועל "באופן אקטיבי, רציף ומתמשך" לקידום חרמות על מדינת ישראל יבואו בגדר החוק. יתר על כן, הובהר כי כניסתם של פעילי ארגונים אלה – או של פעילי חרם "עצמאיים" – לישראל, תימנע רק אם הם עומדים באחד מן הקריטריונים הבאים:

"נושאי תפקידים בכירים או משמעותיים בארגונים – ממלאי תפקידים רשמיים בכירים בארגונים הבולטים (כגון, יו"ר וחברי דירקטוריון). הגדרת התפקידים תשתנה בהתאם לאופיו של כל ארגון. פעילים מרכזיים – אנשים הנוקטים בפעילות ממשית, עקבית ורציפה לקידום חרמות במסגרת ארגוני הדה-לגיטימציה הבולטים או באופן עצמאי. גורמים ממסדיים (כגון ראשי ערים) המקדמים חרמות באופן אקטיבי ומתמשך. "גורמים מטעם" – פעילים שמגיעים לישראל מטעם אחד מארגוני הדה-לגיטימציה הבולטים. לדוגמה, פעיל המגיע כמשתתף במשלחת מטעם ארגון דה-לגיטימציה בולט" (ההדגשות במקור).

הבחנות אלה מתבקשות, כמובן, מתכליתו האובייקטיבית של החוק, המבקש להגן על מדינת ישראל מפני איום הדה-לגיטימציה, ולא לבוא חשבון עם בני אדם שלא נשקף מהם כל סיכון.

17. על רקע ההבחנות האמורות, יש לתת את הדעת על השאלה מהו, בדיוק, טיב החרם שקידומו מצדיק את סגירת שערי המדינה. ובכן, סעיף 2(ד) לחוק הכניסה חל על אדם המקדם חרם, "כהגדרתו בחוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011". דהיינו –

"הימנעות במתכוון מקשר כלכלי, תרבותי או אקדמי עם אדם או עם גורם אחר, רק מחמת זיקתו למדינת ישראל, מוסד ממוסדותיה או אזור הנמצא בשליטתה, שיש בה כדי לפגוע בו פגיעה כלכלית, תרבותית או אקדמית" (סעיף 1 לחוק החרם).

מלשון ההגדרה עולה כי היא מכילה רק מעורבות בחרם שהמניע לו הוא זיקת הגוף המוחרם למדינת ישראל, למוסדותיה או לאזור הנמצא בשליטתה. לעומת זאת, השתתפות בחרם על גוף מסוים בשל התנהלותו הפגומה – שאינה קשורה, בהכרח, בזהותו הישראלית – אינה באה בגדרי ההסדר שלפנינו, ואין בה כדי להגביל את הכניסה לישראל. אכן, במסגרת הדיון בחוקתיות חוק החרם, הובהר בעניין אבנרי כי קריאות להחרמת מפעל השוכן בשטחי יהודה והשומרון בשל פעילות לא ראויה כלפי האוכלוסייה המקומית, פגיעתו באיכות הסביבה או עריכת ניסויים בבעלי החיים, כלל אינן באות בגדרי החוק – הואיל והן אינן נעשות "רק מחמת זיקתו" למדינת ישראל ולאזור שבשליטתה (פסקה י לחוות דעתו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, ופסקה 48 לחוות דעתו של השופט י' עמית). באופן דומה, ציינה הנשיאה מ' נאור כי –

אם, למשל, מפעל הנמצא באזור שבשליטת המדינה מפלה בין יהודים וערבים, ומטעם זה יש קריאה להחרימו, אין הדבר גורר הפעלת הסנקציות שבחוק. הוא הדין, לדעתי, אם המפעל נמצא במאחז בלתי חוקי מסוג המאחזים שפוננו או שיש לפנות, על פי פסיקתו של בית משפט זה, בגין הקמתם על קרקע פרטית של תושבים פלסטינים. להשקפתי, קריאה לחרם על מפעל כזה בשל הקמתו הלא חוקית של היישוב אינה גוררת את הסנקציות שבחוק. אין המדובר בקריאה לחרם בשל זיקה לאזור אלא בשל פעילות לא חוקית (פסקה 4 לחוות דעתה; ההדגשה במקור. ראו גם פסקאות 24(ג) ו-33 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח' מלצר, ופסקה 45 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר).

עם זאת, ראוי לציין כי הפרשנות לפיה סעיף 1 לחוק החרם מכיל רק חרמות המבטאים ביקורת על עצם קיומה של מדינת ישראל, להבדיל מחרמות שמקורם בביקורת על מדיניות ממשלתה, נותרה במיעוט בעניין אבנרי (ראו פסקאות 14-12 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן). לפיכך, חרם על רקע התנגדות למדיניות כללית של ממשלת ישראל, בנוגע לאזור שבשליטתה, בא בגדרי חוק החרם – משום שהוא מבטא את שלילת הלגיטימציה של המדינה נוכח פעילות, ואינו נובע מהתנהלות ספציפית של הגוף המוחרם.

שעה שתיקון 28 מאמץ את הגדרת החרם שבסעיף 1 לחוק החרם, הפרשנות שניתנה לאחרון בעניין אבנרי מקרינה במישרין על ההסדר שלפנינו – ומבהירה כי סעיף 2(ד) לחוק הכניסה מגביל אך ורק את כניסתם של פעילים המקדמים חרם על גופים ישראליים בשל זיקתם למדינה, למוסדותיה או לאזור שבשליטתה, ולא בגין התנהלות נקודתית פסולה שלהם.

מן הכלל אל הפרט

18. על פני למעלה מעשרה עמודים פרש בית המשפט קמא את קביעותיו העובדתיות לגבי פעילותו האקטיבית, השיטתית והממושכת של שאקר לקידום חרמות על מדינת ישראל – וגופים בעלי זיקה כלפיה, או כלפי אזור שבשליטתה. ראשיתה של הפעילות בשנת 2006, אז ייסד המערער באוניברסיטת סטנפורד ארגון סטודנטים (SCAI), ולאחר מכן (SPER) שפעל למניעת השקעות בחברות הקשורות לאזור. יצוין כי בפסק הדין יוחסה לארגון זה קריאה להסטת ההשקעות "From companies profiting from Israel's occupation of the Palestinian territories". ברם, המערער טוענים כי הציטוט לקוח מאתר SJP, שאליו חבר SPER לאחר ששאקר סיים את פעילותו בו – וכי באתר SPER נאמרו דברים שונים לחלוטין: הובהר כי לא מדובר בקריאה גורפת לשלילת השקעות בישראל, אלא ב- "Selective divestment from companies engaged in specific practices that violate human rights and support apartheid. We are not advocating the end of the state of Israel; rather, we are advocating an end to the state of apartheid that Israel enforces". כך או כך, בשנים שלאחר מכן שב המערער וקרא, במסגרות שונות, לקידום ה-BDS, אותו הציג כדרך זמינה, אפקטיבית ומוסרית לשינוי מאזן הכוחות בין ישראל לפלסטינים, ולקידום פתרון צודק לסכסוך. כך, למשל, קרא העותר למניעה סלקטיבית של השקעות בחברות מסחריות שלהן ייחס הפרות של זכויות אדם והדין הבין-לאומי, על רקע פעילותן בישראל ובאזור; חתם, בשנת 2015, על עצומה המכילה, בין היתר, התחייבות "To engage with the Palestinian struggle and to do so honoring the BDS call"; ונטל, בשנת 2016, חלק בפאנלים שונים שבהם דרש כשבח תנועת החרם, ועמד על יתרונות אסטרטגיית ה-BDS. לדברי המערער, נפלו בקביעות הערכאה הראשונה בעניין שגיאות שונות – בין היתר, משום שהמערער אמנם ביקר בחריפות את מדיניותה של ממשלת ישראל, והצביע על אפקטיביות החרם, אלא שלא ניתן לראות בדבריו "קריאה לחרם של אף גורם". כשלעצמי, סבורני כי נדרשת מידה רבה של היתממות כדי להציג את הדברים שצוטטו בפסק הדין כניתוח אקדמי-תיאורטי של כלי החרם – ואילו ביתר ההשגות אין כדי לשנות את התמונה הכללית.

מכל מקום, על פי ממצאי פסק הדין, המערער המשיך בפעילותו גם לאחר הצטרפותו לשורות Human Rights Watch, וכניסתו לישראל כנציג הארגון. בהקשר

זה, הוזכרו מעורבותו, "יחד עם הארגון", במאמצים לשלילת חסותה של FIFA למשחקי כדורגל המתקיימים בהתנחלויות – לצד פרסומים שונים שבהם התייחס שאקר, בחשבון הטוויטר שלו, לפעילות הארגון. כך, למשל, עדכן המערער, בחודש ספטמבר 2017, על פרסום דוח הקורא, למעשה, למשיכת השקעות מבנקים ישראליים – ובחודש מרץ 2018 דיווח על פעילות הארגון מול מועצת זכויות האדם של האו"ם, בניסיון לקדם גיבוש "List of businesses operating in settlements, who contributes to serious abuses". בחודש נובמבר 2018, בירך שאקר על החלטת חברת Airbnb להסיר מאתר האינטרנט שלה נכסים המצויים באזור, קרא לחברות נוספות ללכת בעקבותיה – ומסר על פרסום קרוב של דוח שערך הארגון בעניין ("Bed and Breakfast on Stolen Land"). המערער שב על מסרים אלה בראיונות שהעניק בראשית שנת 2019, וב"עשרות אמירות" נוספות בחשבון הטוויטר שלו.

19. האם יש בתשתית עובדתית זו כדי להכשיר את החלטת השר? אזכיר כי ההחלטה המדוברת נוגעת אך ורק להעסקתו של שאקר עצמו – והיא מבוססת על פעילותו השיטתית, הממושכת, ה"איכותית" ורבת ההיקף לקידום אסטרטגיית החרם. לעומת זאת, כפי שהובהר בהחלטה עצמה, בפסק הדין מושא הערעור, ובכתבי הטענות של המדינה בהליך דנן, Human Rights Watch אינו מסווג כארגון חרם – והוא יוכל לבקש העסקה של נציג אחר, שאינו מעורב עד צוואר בפעילות BDS.

למעשה, די באמור כדי לדחות את טענת המערערים לגבי השיקולים הזרים שביסוד החלטת השר, ולהבהיר כי לא מדובר בניסיון מוסווה לפגוע בארגון. למעלה מן הצורך, אציין כי הבדיקה המחודשת שבסיומה הוחלט שלא לחדש את רישיון הישיבה של שאקר לא נערכה ביוזמת משיבי המדינה, אלא בעקבות העתירה הראשונה שהגישו משיבים 3-4 בהליך הנוכחי. נתון זה מחליש עוד יותר את הטענה הקונספירטיבית לפיה החלטת השר, שהתקבלה לאחר בירור יסודי ומתן זכות טיעון למערערים, נועדה להשיב על כנה את החלטתו המקורית, תוך "עקיפת" הלחץ הציבורי שמנע פעולה ישירה וגלויה נגד הארגון. מעבר לכך, היחס השונה למערער ול- Human Rights Watch אינו מעורר כל קושי – הן משום שהעיסוק בזירה הישראלית-פלסטינית מהווה רק רכיב בודד בפעילותו הגלובלית של הארגון, כך שבכל מקרה אין בו כדי להצדיק את סיווגו כארגון חרם, והן לאור הרקורד האישי שצבר שאקר בתחום החרם עובר להצטרפותו לארגון. שני אלמנטים אלה מבססים את ההבחנה שערך השר, ומאשררים כי לפנינו החלטה המוגבלת למערער עצמו – ואינה חלה על כל נציג של Human Rights Watch באשר הוא.

20. לגופם של דברים, המערערים טוענים כי בהתאם לתבחינים לא היה מקום להידרש לפעילות החרם העצמאית שביצע שאקר עובר להצטרפותו לארגון – שכן כניסתם של פעילי ארגונים לישראל נבחנת אך ורק על בסיס פעילות הארגון שבו הם חברים. לשיטתם, שעה שמישיבי המדינה חזרו והבהירו כי Human Rights Watch אינו מוגדר כארגון חרם, לא ניתן לזקוף לחובת שאקר את הפעולות שביצע כנציג הארגון – ומאחר שכל ההתבטאויות שיוחסו לו לאחר כניסתו ארצה עונות להגדרה זו, הרי שראוי היה לאפשר לו להיכנס ארצה.

לא מצאתי ממש בטענה זו. כפי שהבהרתי לעיל (פסקה 15), הקטגוריה הארגונית שהמחוקק כלל בסעיף 2(ד) לחוק הכניסה נועדה לאפשר למדינה להתגונן מפני בני אדם שלא קיים מידע לגבי מעורבותם האישית בקידום חרם – כך שאלמלא שיוכם הארגוני לא ניתן היה למנוע את כניסתם לישראל. אולם, כשידוע שפלוני נטל חלק פעיל בעידוד החרם על ישראל, די בכך כדי להעיד על הזדהותו עם רעיון זה, ולעורר חשש מפני ניצול לרעה של ביקורו בישראל. על כן, הוא בא בגדרי הקטגוריה הראשונה שמונה סעיף 2(ד), בין אם הפעילות בוצעה בכובעו כאזרח מודאג של העולם, ובין אם במסגרת ארגונית כלשהי. במילים אחרות, השיוך הארגוני מחמיר עם מבקשים שזוהי העדות היחידה להזדהותם עם תנועת החרם, אך אינו מעניק חסינות לאדם שמעשיו מעידים על תפיסת עולמו – ועל כן, יוצרים עילה עצמאית למניעת כניסתו לישראל.

בניגוד לטענת המערערים, התבחינים עולים בקנה אחד עם קביעה זו – שכן ההבחנה שהם עורכים בין פעילים "עצמאיים" לפעילי ארגונים מתייחסת אך ורק למבקשים שלא ניתן לסגור בפניהם את שערי המדינה על בסיס מעורבותם האישית בקידום חרמות כלפיה. במקרים אלה, התבחינים צועדים בעקבות סעיף 2(ד) לחוק הכניסה, וקובעים כי די בשיוך הארגוני כדי למנוע את כניסתם של מבקשים אלה, אם הם "נושאי תפקידים בכירים או משמעותיים בארגונים", או מגיעים ארצה "מטעם אחד מארגוני הדה-לגיטימציה הבולטים". לעומת זאת, כאשר מדובר על פעילים "הנוקטים בפעילות ממשית, עקבית ורציפה לקידום חרמות", התבחינים עושים דין אחד לפעילות שנעשתה במסגרת "ארגוני הדה-לגיטימציה הבולטים או באופן עצמאי", ורואים בה, כשלעצמה, עילה גורפת לסגירת השערים. הנה כי כן, שעה שהמערער שלח את ידו בפעילות הבאה בגדרי סעיף 1 לחוק החרם, אין צורך להיתלות בשיוכו הארגוני – ויש לבחון את עמידתו בתבחינים על בסיס מכלול פעילותו האישית, בכובעיו השונים, לאורך השנים. ודוק, יתכן בהחלט שאין במעשיו של שאקר כנציג הארגון כדי להביא לסיווג Human Rights Watch כארגון חרם – אם משום שמדובר, כאמור, במרכיב זניח בפעילותו הגלובלית של הארגון, ואם מחמת תוכנם. אולם, כאשר מעשים אלה מצטרפים

לפעילותו האישית המוקדמת, די במכלול כדי להעיד על מעורבות "ממשית, עקבית ורציפה" של שאקר בקידום חרמות, ולהביא אותו, באופן אישי, בגדרי סעיף 2(ד) לחוק הכניסה.

21. לפיכך, יש לתת את הדעת על טענתם החלופית של המערערים – הסבורים כי הפעולות הקונקרטיות שעליהן התבססו החלטת השר והכרעת בית המשפט קמא כלל אינן באות בגדרי סעיף 2(ד) לחוק הכניסה. לדידם, ביסוד הפעילות של שאקר ניצבה, למצער מאז הצטרפותו לארגון, תכלית ההגנה על זכויות אדם – ומכאן שהחרמות שקידם אינם נובעים מן הזיקה מן הזיקה למדינת ישראל או לאזור הנמצא בשליטתה, כמתחייב מן ההגדרה שבסעיף 1 לחוק החרם.

דין טענה זו להידחות. אכן, לשונו של סעיף 1 לחוק החרם מעידה בבירור כי הוא אינו עוסק בחרם שהמניע להטלתו אינו עצם הזיקה למדינת ישראל, למוסדותיה או לאזור הנמצא בשליטתה – אלא התנהלות פגומה של הגוף המוחרם. בהתאם, הובהר, כאמור, בעניין אבנרי כי הסנקציות שמטיל חוק החרם לא יחולו על קריאות לחרם נגד מפעל השוכן באזור בגין התנהלותו הפסולה – תהיה זו פגיעה באיכות הסביבה, או השתלטות בלתי חוקית על קרקעות פרטיות – להבדיל מעצם פעילותו באזור. שסעיף 2(ד) מתבסס על הגדרת החרם בסעיף 1 לחוק החרם, הרי שגם הוא אינו חל במקרים אלה, ובכך יש, לכאורה, כדי לתמוך בעמדת המערערים.

דא עקא, עיון בפרוטוקולים הרלוונטיים מלמד כי המחוקק היה מודע לכך שתנועת החרם אינה נשענת רק על נימוקים "פוליטיים" במובנם הצר – וביקש לפעול גם כנגד פעילי חרם העושים שימוש בשיח זכויות האדם ובמשפט הבין-לאומי. כך, למשל, מן הדיון שהתקיים בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת במהלך הכנת תיקון 28 לקריאה ראשונה, עולה בבירור שהן תומכי התיקון והן מתנגדיו יצאו מנקודת הנחה שהוא עתיד לחול גם על "פעילי זכויות אדם" הקוראים לחרם –

"יוסף ג'בארין (הרשימה המשותפת):
האמת היא שאני רואה בחוק הזה כעוד פרק במסע של רדיפה פוליטית. והפעם הרדיפה הפוליטית מכוונת לא רק לפעילי זכויות אדם, אגב.

רועי פולקמן (כולנו):
זה לא אוסר על פעילי זכויות אדם להיכנס לישראל.

יוסף ג'בארין (הרשימה המשותפת):
בטח שהוא. בטח שזה.

רועי פולקמן (כולנו):
למה? - - -

יוסף ג'בארין (הרשימה המשותפת):

מספיק שהם בעד החרם. אבל אגב, זה לא רק פעילי זכויות אדם. זה גם - - -. לא רק הארגונים שלהם. ואני לא אפתיע אותך אם אני אומר לך: כשאני נמצא בחוץ לארץ ואני פוגש את הקהילה הפלסטינית שם והקהילה האירופית וכדומה, אני פשוט קורא את זה ונחרד. מה, כל אלה, עכשיו יתחילו לרדוף אותם? שלא יאפשרו להם להיכנס לישראל - - - הפוליטיות שלהם?

היו"ר בצלאל סמוטריץ':
הם קוראים לחרם? אני שואל אותך: הם קוראים לחרם? לא הדעות הפוליטיות. הם קוראים לחרם על ישראל? הם שותפים לדה-לגיטימציה נגד ישראל?

[...] יוסף ג'בארין (הרשימה המשותפת):
אני רוצה להגיד לכם, וגם חבר הכנסת רועי פולקמן לא השיב על השאלה הזו. עמדה מאוד מקובלת. עמדה מאוד מקובלת בעולם, שכל השטחים הכבושים מ-67, כל ההתנחלויות זה בכלל במעמד לא חוקי לפי הדין הבינלאומי. ולכן מעמדה מאוד מקובלת בעולם, פשוט נגד ההתנחלויות הלא חוקיות.
ולכן אני שואל: אז מחר, כל מי שיגיד שהוא רוצה להחרים את ההתנחלויות כי הוא רק כי הוא נגד מדינת ישראל - - - נגד הכיבוש?

מיכל רוזין (מרצ):
כן, כן. אז הוא לא ייכנס. כן" (פרוטוקול ועדת הפנים, בעמ' 34-35).

תמונה דומה עולה גם מן הדיאלוג הבא, שבמהלכו הבהיר יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה דאז, ח"כ דוד אמסלם, כי תיקון 28 חל גם על פעילים הקוראים להחרמת תוצרת ההתנחלויות בשל הפגיעה המגולמת בה, לשיטתם, בזכויות אדם –

"תמר זנדברג (מרצ):
כשאני באה לסופר, אני בודקת כל מיני דברים – מאילו מוצרים זה מיוצר, שזה לא מהחי, כי אני לא אוכלת מוצרים מהחי, אני בודקת שזה לא יוצר בתנאים של העסקה לא הוגנת, ואני בודקת מה המיקום הפוליטי שהמוצר הזה יוצר, ומוצרים שיוצרו תחת כיבוש ובמצב של כיבוש והפרת זכויות אדם והעוולות הקשות ביותר שיש במדינת ישראל, אני לא קונה.

היו"ר דוד אמסלם:

אני משיב לך. את דיברת, אבל מעניין אותי להבהיר לך את הרציונל שלנו בעניין. אין לי בעיה – יכול להיות שגם את, בסופר כשאת נכנסת, ואת רואה מוצר שיוצר ביהודה ושומרון, גם את לא קונה אותו.

תמר זנדברג (מרצ):
נכון.

היו"ר דוד אמסלם:
אבל אנחנו כאן כרגע, בעצם בקואליציה, באים לפי תפישתנו להגן על מדינת ישראל. לא לפי תפישתכם. לכן אנחנו חושבים שמי שמחרים מוצרים במדינת ישראל וקורא חרם על מדינת ישראל כולה – לא משנה איפה – לא צריך להיכנס למדינת ישראל" (פרוטוקול ישיבה מס' 334 של ועדת הפנים והגנת הסביבה, הכנסת ה-20, 14-15 (11.1.2017); ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 164 של הכנסת ה-20, 172-173 (14.11.2016), ופרוטוקול המליאה, בעמ' 163-164, 195, ו-198).

נמצא כי תכליתו הסובייקטיבית המפורשת של תיקון 28, שוללת את עמדת המערערים – ומלמדת כי קריאה לחרם על ישראל עשויה לבוא בגדרי סעיף 2(ד) לחוק הכניסה, גם אם היא נתלית בנימוקים של הגנה על זכויות אדם, או בהוראות המשפט הבין-לאומי. למעשה, נראה כי האפשרות לכסות את ערוות הקריאה לחרם באמצעות רטוריקת זכויות אדם תרוקן את תיקון 28 מתוכן, ותפגע גם בתכליתו האובייקטיבית – מאבק בתנועת החרם. תכליות אלה מלמדות, אפוא, כי המונח "רק מחמת זיקתו למדינת ישראל [...]" או אזור הנמצא בשליטתה", אינו מוגבל לחרם שביסודו התנגדות "פוליטית" לשליטה זו – והוא עשוי להכיל גם חרמות המבוססים על זיהוי השליטה הישראלית באזור כהפרת המשפט הבין-לאומי.

22. מטבע הדברים, בתוך שבין התנגדות גורפת לשליטה זו בשל תפיסתה כפוגעת בזכויות המקומיים, ובין חרם נקודתי על גורם המפר את זכויות תושבי האזור, קיים מרחב אפור משמעותי. מן הצד האחד, ברור שאדם הקורא לחרם על מפעל ישראלי משום שהוא מעורב בהעסקה כפויה של ילדים, אינו בא בגדרי חוק החרם – או בגדרי תיקון 28 (וראו לעיל, פסקה 17). לעומת זאת, אין ספק כי אדם השולל את הלגיטימציה של מדינת ישראל או של שליטתה באזור, ומבקש לערער אותה באמצעות חרם, נכלל בהגדרת סעיף 1 לחוק החרם, גם אם הוא מסווה את עמדתו ברטוריקה של הגנה על זכויות אדם או על המשפט הבין-לאומי. המבחן הוא מבחן מהותי, והמילים שבהן עטוף מסע הדה-לגיטימציה אינן מעניקות לדובר חסינות. המורכבות מתעוררת במצבים שבהם קיימת פעילות ממשית להגנה על זכויות אדם, אלא שישנו קשר מובנה וישיר בין עצם קיומה של מדינת ישראל – או שליטתה באזור – לבין הפגיעה-לכאורה בזכויות.

מן הפירוט הנרחב בפסק הדין מושא הערעור – שעיקריו הובאו בקצרה לעיל – עולה כי פעילותו של שאקר נעוצה בהתנגדותו הגורפת לשליטה הישראלית באזור, ובאה, אפוא, בגדרי סעיף 2(ד) לחוק הכניסה. כך, מלבד התמיכה השיטתית בתנועת ה-BDS עובר לתחילת עבודתו בארגון, הרי שגם התנהלותו מול FIFA, וגם קריאותיו החוזרות ונשנות להחרמת נכסים ישראליים באזור, מבוססות על שלילה גורפת של לגיטימיות ההתיישבות הישראלית. בנסיבות אלה, אין מקום להתערב בקביעת הערכאה הראשונה לפיה מדובר בחרם שהוטל רק מחמת הזיקה לאזור – להבדיל מהתנהלות קונקרטי של גוף כזה או אחר – כך שהחלטת השר אינה חורגת מגבולות סמכותו.

ניתן להמחיש את חומרת הפעילות של שאקר באמצעות השוואה, במישורי העושה והמעשה, לעובדות עניין Alqasem. במרכז אותה פרשה ניצבה Lara Alqasem, סטודנטית "בראשית דרכה", שלא יוחסו לה פעולות אישיות של קריאה לחרם, ומניעת כניסתה ארצה נבעה רק מהשתייכותה לארגון חרם. לא זו בלבד, אלא שה"ארגון" המדובר היה תא סטודנטים דל משתתפים, שפעילותו בתחום החרם נשאה "אופי מינורי ומצומצם", והתפרשה על פני תקופה קצרה יחסית. מן הצד השני, נזקפו לזכות Alqasem פרק הזמן שחלף מאז תום פעילותה המוגבלת, נכונותה "לנהל דיאלוג פתוח ומכבד – העומדת בניגוד מובהק לרעיון החרם", ורצונה לחבוש את ספסלי האקדמיה הישראלית, שאף הוא מהווה אנטי-תזה לתנועת ה-BDS (שם, פסקאות 14-16). זאת ועוד, Alqasem הצהירה כי אינה תומכת עוד בתנועת החרם, והתחייבה "כי בתקופת שהותה בישראל לא תקרא לחרם על ישראל או להשתתפות בפעילות BDS" (שם, פסקה 2). להצהרה זו צורפו ראיות נוספות, בין היתר, בדמות עדויות אנשי אקדמיה שנחשפו אליה במהלך לימודיה באוניברסיטה. המערער דנן, שאקר, מהווה מעין תמונת מראה של תיאור זה. הוא מעורב באופן שיטתי, עקבי, ארוך שנים ורב פרופיל וחשיפה בקידום תנועת החרם והסטת ההשקעות מישראל. מצודתו פרושה מאולמות אוניברסיטת סטנפורד ועד משרדי FIFA בבחריין, ועל יחסו לדיאלוג עם ישראל מלמדת בעיקר עצומה שאליה הצטרף בשנת 2015, ובה ביקורת על יוזמת הידברות מוסלמית-ישראלית, והבעת מחויבות ל-BDS. שאקר סירב לספק הצהרה דומה לזו של Alqasem, ולאור עיסוקו הנוכחי, ודרך התנהלותו, ניתן לומר כי הוא עודנו פועל במרחב האפור של מחוזות החרם – באופן שאינו מאפשר לשלול את החשש מניצול לרעה של שהותו בישראל.

אשר על כן, ובהתחשב בהבהרות הנחרצות של המדינה לפיה החלטת השר עוסקת אך ורק בעניינו של שאקר – בעוד Human Rights Watch אינו מוגדר ואינו

נתפס כארגון חרם – סבורני כי די במכלול התנהלות המערער לאורך השנים כדי לחרוץ את גורל הערעור לשבט.

בשולי הדברים, אוסיף כי מן הנימוקים עליהם עמדו משיבי המדינה (ראו לעיל, פסקה 5) איני מוצא ממש בטענות המערערים בנוגע למידתיות החלטת השר, או קיומם של חריגים לפי סעיף 2(ה) לחוק הכניסה – והן נדחות.

טיכום

23. נסיים, אפוא, בנקודה שבה פתחנו: לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים, אשר דחה את עתירת המערערים על החלטת שר הפנים שלא לחדש את אשרות השהייה והעבודה של המערער. המסגרת מדברת ומחייבת. בית המשפט אינו רשות מינהלית, ואל לו להתיימר למלא את תפקידה. מלאכתו בשדה המשפט. יש לזכור כי –

”הביקורת השיפוטית היא בעלת אופי משפטי. בית המשפט אינו עושה עצמו רשות שלטונית-על. בית המשפט אינו בוחן את יעילותה של ההחלטה השלטונית. השופט אינו שואל עצמו, אם הוא היה מקבל החלטה זו אילו הוא היה חבר ברשות השלטונית המחליטה. השאלה היחידה אשר בית המשפט שואל עצמו היא, אם ההחלטה השלטונית היא חוקית. הביקורת השיפוטית היא ביקורת החוקיות ולא ביקורת התבונה. על-כן, אם החלטת הרשות השלטונית היא במיתחם הסבירות או החוקיות, היא לא תיפסל. תפקידה של הביקורת השיפוטית הוא אך לשמור שלא תהא חריגה מגבול החוקיות, תהא תבונתה של ההחלטה אשר תהא” (בג”ץ 1843/93 פנחסי נ’ כנסת ישראל, פ”ד מט(1) 661, פסקה 37 לחוות דעתו של הנשיא א’ ברק (1995); השוו, עניין אבנרי, פסקה 20 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ח’ מלצר ופסקה 14 לחוות דעת השופט י’ עמית).

גם במקרה שלפנינו, אין להצביע או להביע עמדה בדבר המחלוקת העניינית שנפלה – בזמן אמת – בין שר הפנים, שהוא בעל הסמכות, ובין משרד החוץ. ככלל, המיקוד המשפטי הוא במלא התפקיד שהמחוקק בחר בו כגורם המחליט. כך או כך, נדמה כי יסכימו כולי עלמא שהסוגיות המתעוררות בנידון מורכבות. בכל מקרה, עולה, כאמור, כי בניגוד לחששות שהביעו ידידי בית המשפט בהליך דנן, שר הפנים ערך הבחנה ברורה בין עצם פעילותו של Human Rights Watch בישראל ובאזור לבין עניינו האישי של מר שאקר. הבחנה זו נומקה במאפייני הפעילות של המערערים, ועולה ממנה כי לא יהיה

בהחלטת השר – וממילא, בהכרעה הנוכחית – כדי לסגור את שערי המדינה בפני נציגים אחרים של הארגון, או ארגונים דומים אחרים. די בכך כדי להקהות את עוקץ החשש שהביעו ידידי בית המשפט, מפני פגיעה קשה בפעילותם של ארגוני זכויות אדם המבקרים את המדיניות הישראלית בשטחים. אכן, כאשר ביקורת כזו גולשת לקריאות לחרם, ויוצרת דה-לגיטימציה לישראל ולמדיניותה, היא עלולה ליצור קושי במונחי חוק החרם ותיקון 28. אולם, במקרה שלפנינו אין צורך לשרטט בצורה מדויקת את גבולות סעיפים 2(ד) ו-1(ה) לחוק הכניסה, ולהתמודד עם השאלות המורכבות הכרוכות בכך. שר הפנים פעל נגד אדם שמכלול פעילותו מבסס, כאמור, חשש ממשי מפני ניצול שהותו בישראל לרעה, לצורך קידום תנועת החרם נגדה, כך שאין בהחלטה מושא הערעור כדי להקרין על ארגוני ופעילי זכויות אדם אחרים. ככזו, היא מצויה במתחמי הסמכות, הסבירות והמידתיות, ואין עילה להתערב בה.

24. אשר על כן, אציע לחבריי לדחות את הערעור, ולקבוע כי לא נפל פגם בהחלטת שר הפנים שלא לחדש את רישיון הישיבה של שאקר בישראל. זאת, כמובן, מבלי להביע עמדה בשאלות החוקתיות התלויות ועומדות בפני בית המשפט הגבוה לצדק במסגרת העתירה החוקתית.

הסעד הזמני שניתן למערערים ביום 30.5.2019 בטל, אפוא – ועל המערער לעזוב את מדינת ישראל בתוך 20 יום ממועד מתן פסק דין זה. המערערים יישאו בשכר טרחת ב"כ משיבי המדינה ובהוצאותיהם בהליך דנן בסך 7,500 ₪.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

חוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל, ממצה ומשכנעת; דעתי כדעתו.

אעיר אך זאת, בהתייחס לדברי חברי בפסקה 11 לחוות דעתו, בדברו על המשקל המכריע שהעניקו המערערים בטיעוניהם, לפגיעה, כביכול, בזכויותיהם החוקתיות של אזרחי ישראל ותושבי האזור, מעבר לפגיעה בעומר שאקר ובזרים אחרים שכניסתם לארץ נמנעת. "שעה שהמערערים מתיימרים לייצג את הציבור הרחב, ולהגן על אינטרסים וזכויות החורגים מעניינו האישי של שאקר, עליהם לעשות זאת בתקיפה ישירה" (שם).

משתמע מדברי חברי, כי דלתות בית משפט זה פתוחות לרווחה לשימוע את טענותיו של שאקר, לא רק בשמו ולמענו, אלא למען אזרחי ישראל ותושביה, על מנת למנוע פגיעה בחופש הביטוי שלהם. כשלעצמי, מסופקני אם אכן כך הוא. אזרחי ישראל ותושביה מסוגלים ורשאים לעמוד על משמר זכויותיהם, ולעתור לבית המשפט בגין פגיעה בחופש הביטוי. לא אלמן ישראל, ולא עומר שאקר צריך להיות לאזרחי ישראל לפה. באין לשאקר זכות חוקתית להיכנס לישראל, אין הצדקה לאפשר לו מעקף, כניסה ארצה לשם מניעת פגיעה נטענת בחופש הביטוי של אזרחי ישראל ותושביה, בהיותם ה"מוטביים" (כלשון המערערים בפסקה 13 לעיקרי הטיעון) של כניסתו ארצה; ומחמת הפגיעה, לטענתו, בזכותם-שלהם למגע ישיר עמו, להחשף למוצא-פיו, כדי לשימוע את דבריו במישרין (שם). מסופקני אפוא אם יש לו, לשאקר, זכות עמידה, לעתור נגד פגיעה בחופש הביטוי של אזרחי ישראל ותושביה.

חברי התמקד במישור המינהלי, גישתו ומסקנתו מקובלים עלי, ולכן גם אני לא אכביר במילים לגבי ההיבט החוקתי. ברם, משהיפנה חברי את הטיעון החוקתי של המערערים, כולו, למסלול של 'תקיפה ישירה', ראיתי להעיר את אשר הערתי על מחסום, לכאורה, בשערי בית המשפט, כמה שנוגע לזכות העמידה של זרים, דוגמת עומר שאקר, לטעון טענות חוקתיות לביטול חקיקה ראשית של הכנסת על סמך טענה לפגיעה בחופש הביטוי של אזרחי ישראל ותושביה.

לבד מהסתייגות זו, אני מסכים, כאמור, לחוות דעתו של חברי, השופט נ' הנדל, למסקנתו ולנימוקיו.

ש ו פ ט

השופטת י' וילנר:

"Held 18 hrs, denied entry to Baharain. Hoped to press FIFA on matches in illegal Israeli settlements" (10.5.2017)

"Airbnb stops brokering rentals on West Bank land stolen from the Palestinians who are barred from staying there. @bookingcom, all eyes now on you-delisting only way to meet your human rights responsibilities under UN Guiding Principles" (נובמבר 2018)

"Spanish company rejects tender for Jerusalem light rail project, saying it 'refuses to build a section of the railway... [on] Palestinian land that will be confiscated' & 'must respect... human rights' & int'l law. Other companies should follow it's lead" (4.2.2019)

האמירות שלעיל מהוות באופן מובהק קריאות להטלת חרם על גורמים הפועלים בישראל ובאיו"ש, אך מחמת זיקתם למדינת ישראל או לאזור הנמצא בשליטתה – כל אחת מהן בנפרד, ועל אחת כמה וכמה כולן במצטבר. נדמה כי לא יכולה להיות מחלוקת של ממש על כך.

ציטוטים אלה מובאים מתוך חשבון הטוויטר האישי של המערער, נכתבו בעיקרם לאחר כניסתו לישראל, ושלא כנציג Human Rights Watch (להלן: הארגון), זאת כפי שקבע בית המשפט המחוזי (ראו פסקאות 59-61 לפסק דינו), קביעה שאין מקום להתערבות ערכאת הערעור בה.

לפיכך, אני מסכימה עם חברי, השופט נ' הנדל, כי אין להתערב בהחלטת שר הפנים שלא לחדש את רישיון הישיבה של המערער בישראל, וזאת, לדידי, גם אלמלא היינו נדרשים לשאלה, המורכבת כשלעצמה, בדבר זהות הגורם לו יש לייחס קריאות לחרם מצד אדם הפועל בשם ארגון אשר אינו מוגדר כארגון חרם. כאמור, האמירות המצוטטות לעיל ואמירות אחרות נוספות, מיוחסות למערער כמי שפעל באופן אישי ולא כמייצג של הארגון (וזאת, לצד התבטאויות ופרסומים אחרים שנעשו על-ידו בכובעו כנציג הארגון בישראל). לכך מצטרף "עברו" העשיר של המערער המלמד כי ידיו רב לו בקידום ובעידוד חרמות על גורמים ישראלים, והלה אף לא טען כי בכוונתו לחדול מפעילות זו במהלך שהייתו בישראל. כל אלה יוצרים, בעיני, מסה קריטית המעידה על כך שההשתייכות הארגונית לה טוען המערער משמשת, במקרים מסוימים, אך כסות לפעילות החרם הענפה אותה הוא קידם זה מכבר ועודו מקדם – כאדם פרטי.

אני מסכימה, אפוא, לפסק דינו המקיף של חברי, השופט נ' הנדל, ולמסקנתו כי אין להתערב בהחלטת שר הפנים שלא לחדש את רישיון הישיבה של המערער בישראל, על-פי הוראת סעיף 2(ד) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. כמו כן, אני מסכימה להערתו של חברי, השופט נ' סולברג, לגבי הקושי שמתעורר ביחס להכרה בזכות עמידה של תושב חוץ לטעון לפגיעה בזכויות אזרחי מדינת ישראל.

ש ו פ ט ת

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ז' בחשון התש"ף (5.11.2019).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט