

**המכללה לביטחון לאומי**

**מחזור מ"ח**

**2020-2021**

**חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 28), התשע"ז–2017**

**חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, תשע"א-2011**

**שם הקורס: מבוא למשפט ציבורי**

**מוגש ל: פרופסור אמנון רייכמן**

**מדריכה מלווה: נצ"מ בשורה רגב**

**מגיש/ה: שם, ת.ז אמיר אופק**

 **מרץ, 2021**

**רקע**

**קמפיין ה-BDS** החל דרכו בשנת 2005. למרות שבשיח הציבורי נוטים להתייחס לתופעה כ'תנועת ה-BDS' הרי שאין מדובר בתנועה בהיבטי מבנה או חברות, אלא בקמפיין רעיוני שכל אדם או ארגון יכולים היו לאמץ ולקדם במשאביהם, עם או בלי קשר לאחרים שפעלו בדומה. הרעיון המייסד היה ליצור קמפיין של ארגוני חברה אזרחית שיפעלו, כל אחד במסגרתו ובמרחב הפעילות שלו, על מנת לעודד ולהוביל ל- **B**oycott, **D**ivestment and **S**anctions – היינו חרם, מניעת השקעות, ועיצומים כנגד מדינת ישראל. בישראל ובקרב תומכיה וידידיה, משך הקמפיין תשומת לב רבה. מבדיקה שנערכה שנים הראשונות של התנעת הקמפיין, עלה שכשבעים אחוז מהשיח אודות התופעה, מתנהל במעגלים ישראלים ויהודים. קבוצות מיקוד ובחינות שנערכו בתחילת הדרך -בעיקר בבריטניה ובארה'ב - העלו כי הרוב המוחלט של הציבור הכללי לא מכיר ולא שמע על הקמפיין. מסקנה נוספת שעלתה מן הבדיקה הייתה כי חלק ניכר מן הנחשפים ליוזמה לא ראו בה פסול, ככל שהדבר נוגע לחרם כלכלי. הרעיון לחרם תרבותי או אקדמי היה פחות מקובל. לפיכך ברור היה כי למדינת ישראל ולידידיה אין שום הצדקה לעודד או ליזום פעילות שתעניק חשיפה גדולה יותר לתנועה. יחד עם זאת, העוסקים במלאכה, לכשניסו להציג את הנתונים ואת המסקנה האמורה, שגם הייתה להנחיית עבודה לגורמי השטח, נתקלו בשיח ציבורי ישראלי שנטה לכיוון ההפוך בדיוק. בשל העניין הרב שעורר הקמפיין, ארגונים אזרחיים, פוליטיים ואחרים שפעלו כנגדו, נטו להבליט פעולתם ולזכות לתפיסתם, בהון ציבורי במעגלי התמיכה שלהם. מתוך המציאות המתוארת לעיל, התגבשו שתי אסכולות התייחסות לתופעה. האחת דגלה בפעילות פומבית והשנייה בפעילות מוצנעת מאחורי הקלעים.

**הזירה הבינלאומית** - מרחב הפעילות המרכזי כנגד קמפיין החרם, היה מטבע הדברים בזירה הבינלאומית. לפיכך, בעיקר הנטל נשא משרד החוץ באמצעות נציגויותיו וקשרי העבודה שלהן עם מעגלי ידידיה של ישראל. לעובדה זו הייתה חשיבות מרכזית, שכן לכל הצעדים הרשמיים שננקטו כנגד הקמפיין היו משמעויות גם לגבי מיתוגה של מדינת ישראל ותדמיתה. מעבר להיבטי החוקיות שבנקיטת פעולות המנע, אלו האחרונות נבחנו בדקדקנות.

אולם גם המישור המשפטי לא יצא פטור בלא כלום. פסיקות מערכת המשפט הישראלית בסוגיות ובעתירות שעסקו במערכה הממשלתית כנגד קמפיין ה-BDS , נבחנו בדקדקנות, והיוו אף הן כלי בידי מבקריה של ישראל. זאת במסגרת הניסיון של מבקרי ישראל לטעון כי התנהלות מוסדותיה אינה עולה בקנה אחד עם ערכי הדמוקרטיה. פסיקות שזכו לאמון הציבור, שימשו ככלי בידי תומכיה, וכאלו שהיו מי שמצאו בהן פגם, בידי מתנגדיה.

השאלה היא ראשית, באיזו מידה אם בכלל צריך להיות בית המשפט מודע לצורך באמון הציבור בפסיקותיו. בסוגיית זו ישנן שתי אסכולות מרכזיות. מחד ישנו מיעוט כשופט חיים כהן השואף לנתק את הפסיקה מאמון הציבור. במאמרו 'הרהורי כפירה באמון הציבור' מנתח שופט כהן את הסוגייה ואומר ש״נראה כי הקונצפציה של ׳אמון הציבור׳ מיותרת היא בשיטת השפיטה, ואף עלולה להזיק על ידי הסחת הדעת מגופם של עניינים". יתרה מכך, השופט כהן מסיק כי "תורת ׳אמון הציבור׳ תורת שווא היא ונטע זר בתורת המשפט ומן הראוי לנטשה כליל" [חשין, 2004] ומן העבר השני אומר השופט מישאל חשין כי "בתי המשפט בתוך עמם הם יושבים" .. והצדק שהם עושים מזין עצמו בצורכי העם, בצורך לעשות צדק לעם מסוים ובמקום מסוים. תוצר הם של העם, של התקופה ושל המקום... בית המשפט לא יוכל שלא ליתן דעתו לדעות הנשמעות בציבור... בקדרה זו של ה"ציבור" נועד מקום מיוחד לכלי התקשורת המלווים את בתי המשפט, וכוונתי היא, בעיקר, לכתיבת הביקורת על בתי המשפט (שם)

זירת העיסוק בנושא קמפיין החרם היא כאמור הזירה הבינלאומית, וגם בה מטבע הדברים הצדק שעושים בתי המשפט "מזין עצמו בצרכי העם" כדברי חשין, וצרכיו של העם יש להם ביטוי גם בזירה הבינלאומית. גם רעיון זה מצא דרכו אל הפסיקה בדברי השופט י' עמית: "סוגיית הדה-לגיטימציה היא בעלת חשיבות רבה בכל הנוגע למעמדה הבין-לאומי של המדינה, באשר "חוסנה של מדינה נגזר, בין היתר, ממעמדה בקרב אומות העולם, מהלגיטימציה לקיומה ולפעולותיה, ומחוסנה הכלכלי" (בג"ץ 11/5239). מה גם שברור שדעת הקהל איננה 'אדונה של השפיטה', אולם נתינת הדעת בחקיקה ובשפיטה לזירה הבינלאומית, כורח מציאות היא. משנה תוקף מקבלת הקביעה הזו, בעצם הימים האלו בהם מעמדו של בית המשפט הישראלי עשוי לשחק תפקיד חשוב בהחלטת בית המשפט הפלילי הבינלאומי בהאג, בנושא פתיחת חקירה בחשד לביצוע פשעי מלחמה בשטחי יהודה ושומרון וירושלים.

הטיפול בסוגיית הדה-לגיטימציה הוטל בשנת 2015 על המשרד לנושאים אסטרטגים.

במסמך זה ארצה להתייחס לשלושה נושאים. הבחינה העומדת במרכזו של נייר זה, היא התיקון ה- 28 לחוק הכניסה לישראל, (להלן 'חוק מניעת הכניסה') שעיקרו חיובו של שר הפנים למנוע כניסתם לישראל של מי שקראו או השתייכו לארגון שקרא לחרם על ישראל, כהגדרתו בחוק החרם. יחד עם זאת, כמתבקש, אפתח בהתייחסות לעצם הרכבת המערך שייעודו מאבק בקמפיין הדלגיטימציה כנגד מדינת ישראל, ובמרכזו המשרד לנושאים אסטרטגים. אבחן בקצרה את דברי ימי המשרד עד לנקודה בה הוענקה לו הסמכות המרכזית להוביל את המאבק בקמפיין הדלגיטימציה. ככלל מדובר בהליך ביורוקרטי שאינו מאתגר את החוק יתר על המידה, אלא בעיקר את דעת הקהל וייסקר כאן בהתאם. ומתוך שתיקון 28 לחוק הכניסה נסמך על החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, תשע"א-2011, (להלן 'חוק החרם') הרי שגם בו יעסוק מסמך זה. חוק החרם מאפשר לראשונה, בנסיבות המופרטות בו, להטיל סנקציה על אזרח ישראלי הקורא לחרם על מדינת ישראל או על שטחים שבשליטתה.

**הקמת המשרד לנושאים אסטרטגים**: החלטה מס. 802 של ממשלת ישראל מיום 03.12.2006 הקימה לראשונה את המשרד לנושאים אסטרטגיים. בהצעת המחליטים נאמר בסעיף א': בהתאם לסמכות הממשלה לפי סעיף 31(ג) לחוק יסוד: הממשלה, [מחליטים] להקים משרד חדש אשר ייקרא המשרד לנושאים אסטרטגיים. בדיון בכנסת, ביום שלמחרת הצעת המחליטים האמורה, אישר חבר הכנסת אלקין [ממשלה-קדימה], כי מדובר במשרד שהוקם לצרכים פוליטיים באומרו כי: "הממשלה עושה את זה כי היא אמרה מהרגע הראשון.. אנחנו רוצים קואליציה רחבה; אנחנו רוצים קואליציה מאוזנת, עם שמאל מצד אחד וימין מצד שני.. הייתי מציע לחברי חברי הכנסת להתאחד סוף-סוף ולהביע את שמחתם על סיום הצער שחצי שנה הם היו שותפים לו, שלא היה בממשלה שר נציג המגזר הרוסי."

**הצידוק שבהקמה**: בהתייחס לדברי ההסבר הברורים של חבר הכנסת אלקין שלעיל, הרי שגם אם אין מדובר בהצדקה מהותית, המתייחסת לייעדי המשרד החדש, הרי שזו אינה מפירה את לשון החוק במובהק, שכן סעיף 31 (ג) בחוק יסוד הממשלה, קובע כי "הממשלה רשאית, באישור הכנסת, לאחד משרדים, לחלקם, לבטלם ולהקים משרדים חדשים." אין בחוק שום סייג או הגבלה העוסקים בצידוק להקמת משרד ממשלתי. לפיכך כמתבקש ההחלטה היא בתחום הסמכות על פי החוק.

**תכלית המשרד**: יחד עם זאת, סעיף 1 לחוק ייסוד הממשלה, קובע את מהותה של הממשלה והיא: "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". לפיכך, ייתכן ויהיו מי שיטענו כי שאר הסעיפים תכליתם היא הנחת התשתית המאפשרת לממשלה לקיים את מהותה, ולהיות רשות מבצעת. משום כך, יאמרו המבקרים, הקמת משרד שייעודו פוליטי ולא ביצועי, היא שימוש לרעה בסמכות, שלא למטרתה – שהיא הביצוע. אולם נקל להבין כי על מנת שהממשלה תוכל לבצע את ייעודה, ראשית חוכמה עליה להתקיים. ובהינתן המערכת הפוליטית הישראלית הרי שתנאי הכרחי זה לא יתקיים, אלא אם יתאפשר לממשלה להעניק תפקידי שרים לשותפות קואליציוניות שיאפשרו בסיס שלטוני יציב, והדבר לעיתים כרוך בהקמת משרדים. לפיכך לא סביר כי הפרה זו לכאורה של סמכות שניתנה לצורך תכלית אחת, גם אם יתקבל הטיעון, תגיע עד כדי הפרה בוטה שתצדיק פסילת החלטתה הממשלה על הקמתו של המשרד. יתרה מכך תיקון מספר 3 [2015] לחוק ייסוד: הממשלה, קובע בסעיף 5 (ג) " שר יהיה ממונה על משרד, ואולם יכול שיהיה שר בלי תיק." כלומר הממשלה רשאית למנות שר גם ללא תכלית של משרד בעל ייעוד מסוים, וחוק ייסוד הממשלה נותן צידוק למינוי שר רק לשם היותו חבר הקבינט. התיקון אמנם מאוחר למועד הקמתו של המשרד בהחלטה 802 מ- 2006, אולם ככל שהדבר נוגע להקמת משרדים נוספים בצידוק פוליטי, הרי שאין הדבר מצטבר לכדי עילה לביטול ההחלטה, ויתרה מכך הרי שלדעת יוזמיו, הקמת משרד בצידוק פוליטי נעשית כתנאי הכרחי לקיומה של הממשלה.

**ריבוי משרדים** – חוות דעת אחרות עסקו בהתנגדותן לריבוי משרדי ממשלה ושרים. לשם הדיון אשתמש בחוות הדעת (המאוחרת) של המכון הישראלי לדמוקרטיה, כנגד תזכיר חוק: חוק-יסוד: הממשלה - שעסק בביטול המגבלה על מספר השרים וסגני השרים. חוות הדעת הזו מרכזת מספר טיעונים בעניין, המשקפים את ההתנגדות לריבוי משרדים ומשרדים 'שלא לצורך'. הרקע להגשת חוות הדעת היה הניסיון, בו עסק התזכיר, לבטל באופן קבוע, ולא רק בהוראת שעה שתקפה היתה רק לכנסת ה-20, את ההגבלה על מספר הסגנים וסגני השרים אותם רשאית הממשלה למנות. על פי ההגבלה האמורה, שנקבעה בתיקון מס' 1 לחוק יסוד: הממשלה מ-2014 ,מספר חברי הממשלה, לרבות ראש הממשלה, מוגבל ל-19, ומספר סגני השרים – לארבעה. ב-2015 ,לאחר הבחירות לכנסת ה-20 ,הושעתה הגבלה זו בהוראת שעה למשך תקופת כהונתה של הכנסת ה-20 ,ותזכיר החוק שבנדון ביקש כאמור לבטלה לגמרי.

על פי חוות הדעת, ממשלה מרובת שרים: 1. פוגמת ביעילות הדיונים ובתהליך קבלת ההחלטות. 2. מספר השרים הביא בעבר להקמתם של משרדים חדשים שנחיצותם מוטלת בספק, בין השאר ציינו במפורש גם את המשרד לנושאים אסטרטגיים. 3. ממשלות קטנות חוסכות כספי ציבור. 4. חלק מהשרים וסגני השרים מכהנים גם כחברי כנסת, אך למעשה אינם עוסקים כמעט בעבודה פרלמנטרית. 5. מדובר בתיקון חוק יסוד, שחייב להיעשות בשום שכל, על סמך חשיבה ומחקר, ולא על סמך גחמות ובהינף יד – וזאת ללא קשר כלל לתכנו של החוק, כך על פי חוות הדעת [קניג, שפירא 2019] טיעוניה של חוות הדעת יהיו תקפים גם במקרים אחרים, אולם את הדעת ניתן למקרה המדובר של תזכיר החוק האמור.

**ריבוי שרים – כורח השיטה?** ההסבר והצידוק לריבוי שרים היה, גם כאן, הצורך שנובע מהשיטה הפוליטית. בהצעת התיקון עצמה [שלבסוף לא קודמה] הוסבר כי הרקע לתיקון היה האילוצים הפוליטיים שהתעוררו במסגרת הקמת הממשלה ה-34 ,שהתבססה על סיעות ומפלגות רבות. בדברי ההסבר נטען כי "במשטר הפרלמנטרי הרב-מפלגתי הנוהג בישראל, ממשלות ישראל היו מאז ומעולם ממשלות קואליציוניות, כאשר הקמת ממשלה קואליציונית כאמור מצריכה פעמים רבות שיתוף מספר רב של סיעות בקואליציה. במצב דברים זה, ועל אף היתרונות הגלומים בקיומה של ממשלה קטנה כמוסבר לעיל, קיים קושי משמעותי לכונן ממשלה כאמור הלכה למעשה ולהבטיח יציבות שלטונית" ובנוסף טענו, מציעי ביטול ההגבלה, כי האיזון בין השיקולים התומכים בקיומה של ממשלה קטנה לבין הקשיים המעשיים לכונן ממשלה כאמור, ולהבטיח באמצעותה יציבות שלטונית לאורך זמן, מוביל למסקנה כי מוטב להותיר גמישות ביחס למספר המרבי של השרים וסגני השרים ולא לקבוע בחקיקת-היסוד מגבלות נוקשות בנושא זה.

מדובר בשתי אסכולות מתנגשות שאין טיעוני האחת בהכרח ובאופן מובהק גוברים על האחרת. היציבות השלטונית, גם אם אין בנמצא הוכחה כי היא מושגת על ידי ממשלות רחבות, חשובה לקיום מהות הרשות המבצעת כפי שמציין חוק יסוד הממשלה בפתיח שלו. לפיכך השאיפה לקיים ממשלה, גם מתוך התקווה המוצהרת לדאוג ליציבותה, מהווה טיעון שווה ערך לשאר הטיעונים. הטלת ספק בתום הלב בהם נטענת טענת היציבות בבואה להצדיק הגדלת ממשלה, מצריכה בסיס עובדתי רחב יותר מזה הקיים, בכדי שתהיה ראויה לשמש כהצדקה לתעדף את טיעוני המתנגדים לעומת טיעוני התומכים. ומשכך, הרי שהטיעונים, באופן בו ניתן לבססם כיום, אין מקומם להידון בזירה המשפטית, אלא בזו הפוליטית. האמור נתמך גם בעצם העובדה שלבסוף היה זה, ככל הניתן להבין, שיקול פוליטי בעטיו הפסיקו את התהליך להעברת התיקון האמור, משום מציאת, מה שכינו פירצה משפטית, שאיפשרה להאריך את הביטול הזמני של המגבלה. בתקשורת התייחסו למשיכת הצעת התיקון כפרשנות המתירנית של משרד המשפטים, אשר "מבחינתם הוראת השעה פקעה עם סיום הכנסת ה-20, אבל.. הממשלה ה-34, מכהנת מתוקף הכנסת ה-20, ולכן לכאורה לא חלה עליה המגבלה.." [שניידר, 2019].

המשרד לנושאים אסטרטגים, עבר מספר תהפוכות נוספות בתולדותיו שהיו במסגרת מה שמתיר החוק, ויסקרו בקצרה להלן:

**העברת סמכות**: בסעיף ד' של החלטה 802 מיום 3.12.2006 נאמר: [מחליטים] בהתאם לסמכות הממשלה לפי סעיף 31(ד) לחוק יסוד: הממשלה, להעביר ממשרד ראש הממשלה למשרד לנושאים אסטרטגיים את שטח הפעולה של לשכת הקשר "נתיב". על פי חוק ייסוד הממשלה סעיף 31 (ד'): "הממשלה רשאית להעביר שטחי פעולה ממשרד למשרד".. לממשלה אכן הסמכות להעביר למשרד סמכות ממשרד אחר.

**פירוק המשרד**: המשרד פורק בשנת 2008 בהחלטה מס. 3433 של הממשלה מיום 13.04.2008 בהצעת המחליטים נאמר (א) .. [מחליטים] להעביר  למשרד  ראש  הממשלה  את  שטח הפעולה: לשכת הקשר "נתיב". ובסעיף (ב) לבטל את המשרד לנושאים אסטרטגיים. הסמכויות לפרק משרד מעוגנות בחוק ייסוד הממשלה בסעיף 31 (ג'): "הממשלה רשאית, באישור הכנסת, לאחד משרדים, לחלקם, לבטלם ולהקים משרדים חדשים." ולהעביר סמכויות כאמור סעיף 31 (ד') לחוק ייסוד הממשלה כמוזכר לעיל: "הממשלה רשאית להעביר שטחי פעולה ממשרד למשרד".

**הקמה מחדש**: בהחלטה מס. 69 של הממשלה מיום 03.05.2009 הוקם המשרד מחדש בהתאם לסמכות הממשלה. אין בהחלטה הגדרת התפקיד של המשרד החדש, אולם אין מדובר בשר ללא תיק. יתרה מכך סעיף 1 ג' בהחלטה האמורה קובע כי: לטובת מימוש החלטה זו יקצו נציבות שירות המדינה ומשרד האוצר משרות, כמקובל בלשכת שר המופקד על משרד ולשכת מנכ"ל. יחד עם זאת עדין לא מוגדר תחום עיסוק המשרד זולת הנגזרת משמו. בנוסף הרי שמובהר (סעיף 1 א') כי הקמת המשרד מחדש אין בה כדי לגרוע מסמכויות ותחומי אחריות שהוקנו לשרים אחרים או למשרדיהם. קרי, אין אף סמכויות הקיימת במסגרת תחומי העיסוק של שאר משרדי הממשלה שיועברו למשרד החדש. לא מצוין כי זו הקמה מחדש – או אז ניתן היה להניח כי סמכויות עבר של המשרד יהיו בתחום אחריות המשרד החדש, וגם כאן מטבע הדברים רוך הדבר בתהליך של העברת סמכויות או האצלתן, אלא מדובר בהקמה של משרד ממשלתי חדש. בחוק ייסוד הממשלה סעיף 5 (א) מצוין כי "הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים", היינו אין עיסוק בתכני הסמכויות ואין הממשלה מחויבת בחוק לדאוג למשרדים שיעסקו בתחומים מסוימים. לפיכך גם ההחלטה הזו אינה חורגת מן הסמכות שמעניק החוק.

**איחוד**: בהחלטה מספר 2255 של הממשלה מיום 30.11.2014 .הוחלט על איחוד המשרד לענייני מודיעין והמשרד לנושאים אסטרטגיים למשרד אחד שייקרא משרד המודיעין. ההחלטה נמצאת כאמור בתחום סמכות הממשלה לפי סעיף 31(ג) לחוק יסוד: הממשלה, המסמיכה לאחד משרדים.

**פיצול**: בהחלטה מספר 14 של הממשלה מיום 19.05.2015 הוחלט על חלוקת [פיצול] משרד המודיעין למשרד לנושאים אסטרטגיים ולמשרד המודיעין. גם כאן נעשה הדבר מכוח סמכות הממשלה לפי סעיף 31(ג) לחוק יסוד הממשלה.

**לסיכום** דברי ימי המשרד לנושאים אסטרטגים עד כה. השימוש השכיח בסעיף 31 לחוק ייסוד הממשלה, להקמה, פיצול, העברת סמכויות, פירוק, השבת סמכויות, ביטול והקמתו מחדש של המשרד לנושאים אסטרגים, עומד בכל מבחני החוק. הביקורת על עצם ההתנהלות, הצורך למצוא את נקודת האיזון במתח בין בניית קואליציות לשימוש במשאבי ציבור ופגיעה ביעילות הממשלה, דינם להיות נדונים במרחב הציבורי ,הפוליטי והתקשורתי אך לא במשפטי.

**החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011**בתאריך 11.7.2011 התקבל בכנסת החוק למניעת חרם. עיקרו של החוק הוא החלת הוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] על ישראלי המפרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל. על מנת שהקריאה תיכלל במסגרת פקודת הנזיקין מותנה הדבר בעובדה שהישראלי או תושב הקבע קרא לחרם, בעודו מודע לאפשרות שסביר וקריאתו זו אכן תביא להטלת חרם. בנוסף קובע החוק שיש לראות במעשה עוולה אזרחית. בנוסחיו הראשונים היה החוק רחב מאוד וכלל התייחסות גם לקריאות לחרם מצד מי שאינו אזרח או תושב ישראל.

**חרם וחופש הביטוי** - קביעת סייגים לשימוש בזכות הקריאה לחרם, מעלה סוגייה באשר להגבלת חופש הביטוי של הקוראים לחרם. משום כך ראשית חכמה יש לתת את הדעת האם הקריאה לחרם נופלת תחת ההגדרה של חופש ביטוי, שכן אלמלא כן, אין בהצרת צעדי הקוראים לחרם, משום פגיעה בו. ישנן שתי אסכולות מרכזיות בנוגע ללגיטימיות של השימוש בכלי החרם. מחד גיסא יהיו מי שיטענו כי חופש הביטוי מאפשר גם ביטוי קיצוני, ובכלל זה קריאה לחרם. (נווה, 2010) יחד עם זאת דעת הקהל – כפי שעולה מקבוצות מיקוד – איננה מקבלת את הכלי בכל הנסיבות. חרם כלכלי למשל, מקובל יותר מאשר חרם תרבותי או אקדמי. חרם נקודתי, למשל כנגד תוצרת התנחלויות, מקובל יותר מאשר חרם גורף כנגד כל ישראלי למשל. כך שגם בקרב המקבלים את כלי החרם כאמצעי למימוש חופש הביטוי, ישנן דרגות שונות של לגיטימציה ציבורית, על פי מאפייניו. מאידך גיסא לטענות כי קריאה לחרם אינה יכולה לחסות באופן גורף תחת חופש הביטוי, לקוחות מתחום התיאוריות בדבר דמוקרטיה מתגוננת (שם). משכך הרי בנסיבות מסויימות מקובל כי קריאה לחרם נופלת תחת ההגדרה של חופש ביטוי. לפיכך יש לבחון את הנסיבות בהן מתקיימת הקריאה לחרם ואת מאפייניה.

**אזור הנמצא בשליטת ישראל**

הרחבת המרחב המשפטי אל המרחב הפוליטי – בתאריך 10.07.2011 בתשובתו לחה"כ פלסנר, מאותו יום, הבהיר היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד אייל ינון, את הבעייתיות שהוא מוצא בהחלת עוולה אזרחית על מי שקורא לחרם כנגד אדם בשל זיקתו ל"אזור הנמצא בשליטתה" של מדינת ישראל, כפי שהופיעה בחוק. עו'ד ינון כתב: "עוולה זו [שבחוק], ביחד עם ההגדרה הרחבה של המונח "חרם על מדינת ישראל" [...] יוצרת עילת תביעה נזיקית לתשלום פיצויים בגין קריאות לחרם שמטרתן להשפיע על הוויכוח הפוליטי בנוגע לעתיד יהודה ושומרון, ויכוח המצוי בליבת המחלוקת הפוליטית במדינת ישראל כבר למעלה מארבעים שנה". מתוך דבריו של דברי היועץ ינון, משתמע כי לדעתו ההתייחסות הספציפית לשטחים בשליטתה של מדינת ישראל, מייצרת השפעה לא מידתית על הדיון הפוליטי. במילים אחרות הקריאה לחרם גורף על ישראל אחת היא, וההתייחסות הספציפית לסוגייה שבליבת מחלוקת פוליטית ענין אחר הוא ועלולה לייצר את הסייג הראשון על לשון החוק, או פרשנותו המשפטית.

הטענה מעלה נקודה רגישה החוזרת על עצמה בדברי ימי החקיקה וביתר שאת בשנים האחרונות בישראל, ומתייחסת לחשד ולביקורת כנגד שימוש בחקיקה ככלי המכוון להקשות על מחנה פוליטי אחד באופן המגביל את זכויות הייסוד שלו ובהן חופש הביטוי, חופש העיסוק ואף את עיקרון השוויון לדעתם של מעבירי הביקורת. חקיקה הינה פוליטית בעיקרה אך גבולותיה הן ההצדקה לקיים הגבלה של זכות ייסוד, גבולות שאין לחצות מבלי לעמוד במבחנים הנדרשים.

הטיעונים המתרבים מאתגרים כמובן את הצורך של חקיקה מגבילה להיות לתכלית ראויה. עיקרה הביקורת מתייחסת לעובדה שהצגת התכלית אינה אלא כסות לניסיון להצר צעדיו של מחנה רעיוני מסוים. בין שאר המקרים ניתן למנות את חוק חובת גילוי, לגבי מי שנתמך על ידי ישות מדינית זרה [מתוקן] התשע"ו-2016\*, שמבקריו טענו שמטרתו אינה אחרת זולת ניסיון לבצע בִּיּוּשׁ ["שיימינג"] לעמותות, ויהווה פגיעה בחופש ההתאגדות והביטוי. החוק, טענו מתנגדיו בניסיון להוכיח טענתם, לא מתייחס לשקיפות באשר לעמותות במימון פרטי מחו"ל. [המכון הישראלי לדמוקרטיה]. חוק נוסף היה חוק חינוך ממלכתי (תיקון מס' 17) התשע"ח-2018\* השר יקבע כללים לשם מניעת פעילות במוסד חינוך של אדם או של גוף שאינו חלק ממערכת החינוך (בסעיף קטן זה - גורם חיצוני) שפעילותו עומדת בסתירה חמורה ומשמעותית למטרות החינוך הממלכתי שפורטו בסעיף 2-א-13 והן לחנך לשירות משמעותי בצבא הגנה לישראל או לשירות לאומי-אזרחי כהגדרתו בחוק שירות לאומי-אזרחי, התשע"ד-2014. החוק כונה "חוק שוברים שתיקה", על שום טענת מתנגדיו, שייעודו היה להשתיק קולות ביקורת לגיטימיים על פעילות צה'ל. חוק נוסף כונה 'חוק נאמנות בתרבות' וכמוהו ניסיונות נוספים לרתום את החקיקה כדי לצמצם, לטענת המבקרים, את חופש הביטוי של מחנה פוליטי מוגדר. אלא שהדיון על התכלית אינו זר למחוקקי החוקים שיש בהם משום הגבלת זכות ייסוד, והם נותנים דעתם להגדרת תכלית ברורה העומדת בקנה אחד עם ערכים לאומיים שלכאורה מצויים בליבת הקונצנזוס.

תכליתו של חוק החרם היא הגנה אל האינטרסים הכלכליים של מדינת ישראל, תכלית ראוייה בהגדרתה, ולפיכך יש לבחון את מידה ההלימה בין הגדרת התכלית לאירוע עצמו. ולכן על מנת לנתק את המרכיב הפוליטי בחקיקה, החוק חייב לייצר זיקה בלשונו בין ההגבלה על חופש הביטוי לתכלית ההגנה על כלכלת ישראל. ולכן לייצר זיקה ברורה בין האמצעי של הגבלת חופש ביטוי, לנסיבות המקרה שיכולות להיות רק קריאה לחרם כללי על מדינת ישראל ולא פרטני, או לכל הפחות במסגרת קריאה כללית לחרם גורף. קריאה לחרם קולקטיבי איננה יכולה לחסות תחת ההגנה על חופש הביטוי, וכמוה כאפליית אדם על רקע מוצאו או אזרחותו. הזיקה בין הקריאה להחרמה לבין מדינת ישראל בכללותה צריכה להיות ברורה, שאם לא כן נפגעת תכלית החוק ולא ניתן להגביל בגינו את חופש הביטוי.

מעבר לתכלית יש כמובן לבחון האם עצם הקריאה לחרם אכן יש בה בכדי לפגוע בכלכלת ישראל שאת מניעתה זו של הפגיעה מבקש החוק להשיג על ידי הגבלת הביטוי. גם כאן, לדעתי, ספק אם זהו המקרה. אין מדובר במדינה המכריזה על חרם כבמקרה החרם הערבי, אלא בארגוני חברה אזרחית ומשום כך עצמת הפגיעה גם אם תאומץ, תהיה נמוכה עד כדי בטלה בשישים. לפיכך התכלית למניעת האיום אינה מתקיימת בהעדרו של איום ממשי וודאי, ובוודאי לא כזה שפגיעתו קשה. ולפיכך מרכיב הקשר הרציונלי של יחס אמצעי מטרה איננו עומד ברף הנדרש בכדי להצדיק פגיעה בזכות ייסוד. השופט מלצר טען כי הקריאה לחרם באה לכפות עמדות פוליטיות, אולם אני סבור כי הקריאה היא הזדמנות לכל אדם לאמץ את ההימנעות מקשר כלכלי מסחרי עם מדינת ישראל ואף אין בה בכדי לאלץ אדם לנטוש עיסוקו משום העובדה שהיא איננה מגיעה לכדי היזק ממשי. הבעייה היא בעצם החריגה מאקט 'הקריאה' ומעבר לנסיונות למניעה והיזק םיסי על מנת לפגוע בזכות האחר למכור או לקנות. או אז כבר לא מדובר בקריאה אם כי בונדליזם והגבלת זכות האחר. כשם שלא ניתן להכריח אדם לקנות מוצר לא ניתן להכריחו שלא לקנות אותו ויהיו נימוקיו אשר יהיו. הקריאה עצמה אינה מצטבר לכדי פגיעה ממשית המצדיקה הגבלתה.

לפיכך ניתן לזהות כאן תחילתם של תהליכים אחרים וזאת מבלי לשייך למחוקקים כוונת מכוון בהתנעתם. עלול להיווצר כאן תהליך של שחיקה בחשיבות תכלית החוק, והחקיקה הופכת פלטפורמה להצהרות פוליטיות ולא לייעודה הראוי ככלי עזר של רשות מבצעת. חקיקה דקלרטיבית, שיש לה לעיתית משמעות חשובה משל עצמה, עלולה להתדרדר לכדי חקיקה פוליטית, כפי שמתארת חברת הכנסת לשעבר נעמי בלומנטל: ח"כ יודע שגם אם אין שום סיכוי להעביר את הצעת החוק, עדיין כשיגיש הצעת-חוק הוא יזכה לתשומת לב תקשורתית, והציבור שבחר בו ידע שהוא עשה משהו. (פרלמנט, 2000) וכנ'ל גם חקיקה שתכנס לספר החוקים, אבל תגיע אליו מרוקנת מן התכנים שעשו את הכותרות בתקשורת, ולבסוף גם במתכונתו המדוללת, פסיקות בעתירות לבג'צ תצמצמנה משמעותית את תחולת החוק ואת היקף המקרים עליהם יוכל להיות מוחל החוק, אם בכלל. חוק החרם משיק למרחב הזה, וככזה, נותר גם הוא בעיקרו חקיקה דקלרטיבית. השימוש בחקיקה כפלטפורמת יחסי ציבור ולא ככלי ביצועי, הופך לנורמה ולתרבות פוליטית, שספק אם בסמכות וביכולתו של בית המשפט לעצרה.

**מחוק החרם למניעת הכניסה**. בסעיף 5 בהצעת החוק המקורית נקבע, כי במקרה של אדם שאינו אזרח או תושב ישראל הפועל בכדי ליזום חרם על מדינת ישראל, לעודד השתתפות בו, או לספק סיוע או מידע במטרה לקדם אותו. [סעיף 2 של אותו הנוסח המוצע], או שקבעה הממשלה ברוב חבריה כי אדם כאמור מטיל חרם על מדינת ישראל, או אז רשאי שר הפנים לפנות לבית המשפט המחוזי בבקשה לשלול לאותו אדם את זכות הכניסה לישראל לתקופה של עשר שנים לפחות. אולם בית המשפט יהיה רשאי לקבוע תקופה קצרה מכך מטעמים מיוחדים שיירשמו;

אולם בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (15 בפברואר 2011), ציין חבר הכנסת אלקין כי לצערו ועל פי הדרישה של ועדת השרים לחקיקה, הוא חוייב לוותר על הסעיפים בהצעת החוק המבקשים להחיל אותו גם על "אדם או גוף בחוץ לארץ או ישות מדינית זרה". לכן, במסגרת ההתחייבות הזאת, הצהיר חבר הכנסת כי "מה שנשאר מבחינתי זה החלק שמטפל בחרמות שמובלות על-ידי אזרחים או גופים ישראלים." [ו. החוקה, חוק ומשפט, 2011] וכך לבסוף, מושאי החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, היו אזרחים או תושבי ישראל בלבד.

אלא שתומכי החוק, סברו כי הסרת הסעיפים המדוברים מהצעת החוק, הותירה חלל שיש לתת עליו את הדעת. מחשבה זו היא שהובילה לבסוף לתקון 28 לחוק הכניסה, שהוא עיקרו של מסמך זה.

**מניעת כניסה לפעילי חרם – תיקון חוק הכניסה לישראל**

בתאריך 14.3.2017 פורסם ברשומות תיקון מספר 28 לחוק הכניסה לישראל התשע"ז-2017\* [תיקון סעיף 2. בחוק הכניסה לישראל](https://fs.knesset.gov.il/20/law/20_lsr_381202.pdf), התשי"ב-1952 אחרי סעיף קטן (ג) יבוא: 1 "(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 עבורם, 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."

הדיון במשמעויות החוק ובאתגרים שהוא מציב, נעשה – בעבודה זו - תוך ידיעה ברורה שלזרים אין זכות קנויה להיכנס לישראל. יחד עם זאת, מכיוון שהחוק עוסק באזרחים זרים הרי שיש לו נגיעה ישירה ליחסי החוץ של ישראל. מתוך שכך הדיון במימושו, הגם שהתרחש גם בישראל, משך תשומת לב רבה בעולם וזכה לביקורת אף במעגלי ידידנו. משום האמור לעיל, הדיון שארצה לקיים בהקשרו יגע בכל האספקטים שעלו בדיון בזירה הבינלאומית בין אם מול מעגלי ידידנו ובין אם בקרב מבקרינו. ראוי לציין, שלעתים תכופות עלו אותן הנקודות, מדאגה או כביקורת.

**מרכיב חופש הביטוי** – תיקון 28 לחוק הכניסה נוגע במישרין בחופש הביטוי, בתחמו את קבוצת התחולה של התיקון, כקבוצה בלתי מוגדרת של אנשים שנכלל בה כל מי שקרא או היה חבר בארגון שקרא לחרם על ישראל.

חופש הביטוי משמעו, קיומו של הליך, שבמסגרתו יכול אדם לעצב דעה עצמאית בעניינים שונים ומגוונים, ולהשמיעה באזני אחרים. על המרכיבים השליליים, של הליך עיצוב והשמעת הדעה, נמנה גם הדיכוי הישיר או העקיף של דעות בלתי מקובלות ואילו על המרכיבים החיוביים, של חירות זו, נמנה מתן ההגנה למשמיעים דעות אלו. היקפו של חופש הביטוי בחברה מסוימת הוא נגזרת של הפער בין המרכיבים השליליים לחיוביים. (להב, 2018)

**חופש הביטוי בישראל** - במדינת ישראל אימוצו של עקרון חופש הביטוי נובע מעצם היותו של המשטר בה דמוקרטי. המסמך המכונן שלה, מגילת העצמאות, אינו מזכיר את חופש הביטוי עצמו כאחת מן החירויות אותה אמורה המדינה להבטיח, אלא מציין כי מדינת ישראל תַּבְטִיחַ חֹפֶשׁ דָּת, מַצְפּוּן, לָשׁוֹן, חִנּוּךְ וְתַרְבּוּת. יחד עם זאת, נהוג להתייחם לעקרון של חופש הביטוי כאל עקרון הנשאב ממנו. מן הבחינה הפורמלית, המסמך איננו בעל ערך קונסטיטוציוני, אולם כפי שקבע השופט אגרנט מעצם העובדה שהמגילה ׳מבטאה את חזון העם ואת האני־מאמין שלו׳... מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על־ידי המדינה. ומכיוון ש: מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות, ובפרט בדבר השתתת המדינה ׳על יסודות החירות׳ והבטחת חופש המצפון — פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש״ [בג'צ 53/73 קול העם]

תכליתו של חופש הביטוי , אומר פרופ׳ תומס אמרסון, הנחשב לאחד החוקרים החשובים בנושא, נעוצה ארבע סיבות מרכזיות להגנה על העקרון בחברה דמוקרטית ופתוחה. אלא שבמקרה שלפנינו אין במניעת הכניסה על רקע הקריאה לחרם – היינו אקט של חופש ביטוי – משום פגיעה באחת מארבע ההצדקות הללו.

1.הגשמת ה'אני' - העקרון של חופש הביטוי משמש ערובה הכרחית (גם אם לא מספקת) לקיום התנאים הבסיסיים, בהם יכול אדם לפתח אמונה ודעות עצמאיות ובלתי תלויות, על מנת לפתח את הפוטנציאל הגלום באישיותו. עצם מניעת הכניסה לישראל היא אכן מגבלה המושתת רק על אותם מי שעשו שימוש בחופש הביטוי שלהם בהקשריו של התיקון לחוק. יתרה מזאת, מימושו של חופש הביטוי הוא מה שהבדיל אותם מהשתייכותם לקבוצה הבלתי מסוימת שזכות הכניסה שלהם לישראל היתה ברירת המחדל, טרם הכללתו של התיקון. יחד עם זאת, הכניסה לישראל אינה מוקנית להם כאזרחים זרים, ובוודאי שלא כזכות אדם בסיסית. יתרה מכך קריאתם מונגשת בקלות באמצעים טכנולוגים גם בישראל ולפיכך מניעת כניסתם איננה מונעת את חשיפת המסרים שלהם, גם לא בפני ציבור המתגורר בישראל. לפיכך הכניסה לישראל איננה תנאי הכרחי לביטוי, לכן, מניעתה היא מידתית ואינה פוגעת בחופש הביטוי שלהם וכתוצאה, במימוש העצמי שלהם. כך שהתיקון לחוק איננו מפר את הייסוד של מימוש העצמי בהקשר זה.

**חופש הפולחן** – במפגשים עם קהלים יהודים ולא יהודים כאחת, בניסיון להשתמש בתיקון לחוק, ככלי ביקורת על ישראל והוכחה על כך שאינה מקיימת זכויות ייסוד כשאר האומות ,הועלתה גם טענת הפגיעה לכאורה בחופש הפולחן. ולפיכך, הרי שמי שיכולים לטעון לפגיעה לכאורה קשה יותר, בזכות המימוש העצמי, הם אותם מי שיטענו כי כאנשים מאמינים, יהודים, נוצרים או מוסלמים, מניעת הנגישות למוקדי הפולחן החשובים ביותר עבורם, על רקע קריאתם לחרם, היא פגיעה לא מידתית בחופש הפולחן שלהם.

חופש הפולחן מעוגן באמנות בינלאומיות לזכויות אדם. המקורות העיקריים לחופש הפולחן במשפט הבינלאומי מעוגנים בסעיף 18 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם. גם אם אמנם מדובר באזרחים זרים, הרי שמן הראוי הוא שלא תוטל עליהם הגבלה המונעת מהם לממש זכויות ייסוד של כל אדם באשר הוא אדם, והמקובלות ככאלו גם בחקיקה ובפסיקה הישראלית.

**חופש הפולחן בישראל** - חופש הפולחן הוא חלק מחופש הדת. חופש הדת, מה גם שאינו מעוגן במפורש בחקיקה הישראלית, נסמך בישראל על מספר מקורות. במסמך המכונן הוא מגילת העצמאות, אותה תיאר השופט ברק [בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו] כ"מגילת ערכיה של האומה" , מוזכר בפירוש כי המדינה "..תבטיח חופש דת..". ב'דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947', ("דבר המלך במועצתו 1922") בסעיף 83 חופש המצפון מציין: "כל האנשים בישראל ייהנו מחופש-המצפון המוחלט ומהשימוש החופשי של צורות פולחנם..". ולבסוף הפסיקה עצמה רווייה אף היא איזכורים חוזרים ונשנים של קיומו של חופש דת ופולחן בישראל אזכיר רק אחת מיני רבות המשנה לנשיא השופט מ' אלון (בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות) שאמר: ".. עקרון חופש הדת והמצפון כלל יסוד הוא במערכת משפטנו.."

מכאן אם כן, עוברת למרכז הדיון השאלה האם ההגעה הפיסית לכותל המערבי, עבור יהודים, היא אקט מחוייב מציאות עבור מי שרוצה לקיים את יהדותו ובעצם מניעתה, תהיינה ההצדקות אשר תהיינה, יש מניעת חופש פולחן. התשובה היא כמובן לאו מוחלט. יהודים רבים מקיימים יהדותם וקיימוה לאורך הדורות, מבלי שביקרו בכותל המערבי ולו פעם אחת. יתרה מכך, התפילה בכותל עניין של נוהג היא, ולא הלכה, כך הוא אף באיסלם עצמו, מצוות העלייה לרגל היא למכה ולא לירושלים, והיא נחשבת לאחת מ'חמשת עמודי האיסלם' ( ארכאן אל-אסלאם אל-ח'מסה) ואף במקרה זה יש באסלאם הטוענים שאפשר לקיים את מצוות העלייה לרגל (החג') באמצעות שליח. ואם אדם לא הצליח לקיים מצווה זו בחייו – חובה על יורשיו לקיים אותה במקומו לאחר מותו. כך שגם כאן אין שום פגיעה משמעותית בקיום הפולחן. בדומה גם שאר הדתות לא יוכלו מאמיניהם לטעון, שהביקור במקומות הקדושים, חוויה מרגשת ואף מעצימת אמונה, ככל שתהיה וודאי שאינה הכרח היא על מנת שיוכל אדם לקיים פולחן בהתאם לדת אליה הוא משתייך. כפי שקבע השופט זילברג באומרו: חופש הדת אין פירושו: החופש לעשות מה שהדת מתירה, אלא: החופש למלא את אשר הדת מצווה". (בג"צ 54/49 מלחם נ' השופט השרעי) ולפיכך, אין בטענה משום הצדקה לערער על ההגבלות שמטיל השינוי המדובר בחוק הכניסה.

2. שמירה על ההליך הדמוקרטי - היכולת של חברה לשלוט בעצמה, משמעותו הליך קבלת החלטות רציונאלי המתבסס על הכרת העובדות הרלוונטיות. חשיפה לעובדות אלו מבוססת על רמה גבוהה של חופש ביטוי. אולם מכיוון שמדובר באזרחים זרים שאינם בעלי זכות בחירה, הרי שבהקשר של שמירה על ההליך הדמוקרטי, הערך המוסף של הבעת עמדתם מתייתר, מעבר לעובדה שהנגישות לדעתם לא נחסמת שכן זו מובעת באמצעים שאינם מצריכים הימצאות פיסית בישראל, וכן על ידי אזרחים או תושבי ישראל, שהתיקון לחוק אינו חל עליהם. ולפיכך הצדקה זו אינה נפגעת על ידי מניעת הכניסה.

 3. גילוי האמת - באשר ל'גילוי האמת על מנת להימנע ככל האפשר מהחלטות מוטעות', כאן יהיה אולי מי שיטען כי כיוון שאותן 'ההחלטות המוטעות' שהקריאה לחרם באה למנוע, עלולות לפגוע בזכויות אדם, של תושבים "החיים תחת כיבוש" – להן מחויבת המדינה, הרי שתיתכן הצדקה לחייב את המדינה להגן על חופש הביטוי של האזרח הזר גם בנסיבות הללו. אלא שגם כאן, החשיפה לקריאה לחרם על ידי אזרחים זרים אינה נמנעת רק בשל האיסור על כניסתם. לפיכך טענת 'גילוי האמת..' אף היא איננה תקיפה.

4. האיזון בין יציבות לשינוי. מאותם הטעמים שלעיל, גם הוא אינו נפגע,

לשון החוק איננה פוגעת אם כן בחופש הביטוי של מנועי הכניסה, במידה המצדיקה ביטולו של התיקון.

**תחולה** - לשם ביצועו של החוק המתוקן - בהתאם לאמור בחוק ייסוד הממשלה סעיף 37 (א) שר הממונה על ביצועו של חוק מוסמך להתקין תקנות לביצועו - פרסמה רשות האוכלוסין וההגירה, את נוהל מספר: 6.4.0010: **נוהל** **הטיפול בעוברים במעברי הגבול הבינלאומיים של ישראל 2.12.2018** הנוהל מבהיר לבקרי הגבול, כי "אין לאדם שאינו אזרח ישראלי או תושב קבע זכות קנויה להיכנס לישראל, בין אם הוא נתין מדינה שישראל חתמה עמה על הסכם המקנה לנתיניה פטור מאשרת כניסה לישראל ובין אם לאו." כן מגדיר הנוהל את הגורמים המוסמכים לסרב הכניסה, והם בקרי הגבול [קציני ביקורת הגבולות] ובעלי התפקידים שהוסמכו לכך על ידי שר הפנים. בחינת העילות לסירוב הכניסה, מעלה את החלוקה הבאה (אל מניעת הכניסה בשל הקריאה לחרם, אתייחס כסנקציה, בניגוד להתייחסויות אחרות, שכן זו היתה כוונת המחוקק בתהליך החקיקה ואף בניסיונות הרשות המבצעת לעשות שימוש בתיקון):

**סיבות לסירוב כניסה**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | טכני | פעילות צפויה בישראל | סנקציה על פעילות עבר |  |
| 1 | העובר הגיע לישראל ולא הוזמן כנדרש בנוהל הטיפול במתן אשרות כניסה מסוג ב/2 | קיימת בעניינו מניעה ביטחונית או פלילית. | פעילות BDS. |  |
| 2 | העובר שיקר בגבול | התעורר חשש מהשתקעות העובר |  |  |
| 3 | אי שיתוף פעולה | העובר הגיע לבקר את מי שאינו אזרח או תושב קבע |  |  |
| 4 | אשרה לא מתאימה | מטרת כניסתו של העובר אינה ברורה |  |  |
| 5 | העובר הגיע ללא אשרת כניסה | בני משפחת העובר מדרגה ראשונה מועסקים בישראל כעובדים זרים |  |  |
| 6 | העובר הגיע ללא הזמנה מראש כנדרש. | העובר הגיע למטרת עבודה שלא כחוק |  |  |
| 7 | הגיע ללא רישיון ביקור כנדרש (במעבר אלנבי) | חשד להפרת סדר ציבורי. |  |  |
| 8 | הפרת הסדר הציבורי | חשד להשתקעות. |  |  |
| 9 | התחזות, זהות שאולה, או החלפת זהות | חשד לנטל על המדינה. |  |  |
| 10 | התנהגות אלימה | חשד לפעילות מיסיונרית |  |  |
| 11 | אי עמידה בדרישות סף. | מטרת כניסה אינה ברורה. |  |  |
| 12 | הכללה קודמת לסירוב כניסה | שהיה בלתי חוקית בעבר |  |  |
| 13 | העובר סיים שהות מרבית כעובד זר |  |  |  |
| 14 | העובר עבד בארץ בעבר אולם הגיע כתייר |  |  |  |
|  | שהות יתר |  |  |  |

מניעת כניסה בעילת BDS, נובעת כאמור, מהתיקון ה-28 לחוק הכניסה שמחייב את שר הפנים כברירת מחדל למנוע כניסתו של אדם אם הוא, הארגון או הגוף שהוא פועל עבורם, פרסם ביודעין קריאה פומבית להטלת חרם על מדינת ישראל... או התחייב להשתתף בחרם כאמור. הן במקרה של "פרסם" והן במקרה של "התחייב", לשון החוק מתייחסת לפעילויות שהעובר היה מעורב בהן בעבר. כלומר אל מול כל עילות מניעת הכניסה טרם החלת התיקון ה-28, שצפו פני עתיד, התיקון ככל שהדבר נוגע בחלקים הלא טכניים או פרוצדורליים שלו, מוסיף לו אלמנט בעל תחולה רטרואקטיבית. השימוש בזמן עבר לא מנע מהשופט הנדל לתהות בכל זאת האם סמכותו של שר הפנים, מוגבלת לבני אדם הפועלים בהווה למען הטלת חרם על מדינת ישראל, או שגם חטאי עבר עשויים להביא לסגירת שערי המדינה. (בג'צ 7216/18 Lara Alqasem).

בשלבים המאוחרים של הדיונים אודות החוק בוועדות הכנסת, היו מבין יזמיו מי שקבעו שהתיקון בא למנוע פעילות עתידית, חבר הכנסת סמוטריץ' אמר שהחוק חשוב שכן מבהיר כי לא נאפשר למי שנלחם נגדנו בעולם וקורא לחרמות נגד מדינת ישראל, להיכנס אלינו כאן פנימה ולנצל את הבסיס הקדמי שלנו כדי להילחם נגדנו ולקרוא לחרם ול-BDS. (ישיבת הכנסת 164, 14.11.16) יחד עם זאת, הטריגר למניעת הכניסה היא פעולת עבר, וככזו קשה להתעלם ממאפייניה כסנקציה.

**תכלית ראויה**

הגנה על מדינת ישראל, כלכלתה, חירויות אזרחיה ובהן הזכות לקניין, לשם טוב, למוניטין מקצועי, לחופש העיסוק ומניעת הפגיעה בו ועוד, הן תכלית ראויה לכל הדעות. השאלה הנשאלת היא אם כך האם החוק הקים לעמו מטרות ראויות לשרת את תכליתו.

הדיון אודות מטרת החוק, בבחינת האמצעי להשגת התכלית, כפי שהתקיים במעגלים פנימיים לא היה ממוקד. ההצדקה לחקיקתו נעה על ספקטרום רחב של טיעונים. גם בשלבים המאוחרים כשכבר קרם עור וגידים, והיה לנוסח שהובא לקריאות בכנסת, הרי שהטיעונים עדיין נבדלו זה מזה באופן מהותי. למרות שכבר קבע השופט ברק כי: "איננו מתעניינים בשיפוטם של חברי הגוף המחוקק, אלא במעשה החקיקה שלהם... הנתונים על תכלית החקיקה העולים מתוך ההיסטוריה הפרלמנטרית אינם "מחייבים".. אין הם גוברים על תכלית העולה מלשון החקיקה או ממקורות אחרים" (בג'צ 11/5239 ונוספים), אולם גם אם אינם גוברים על לשון החקיקה הרי שכפי שקבע השופט ברק תכליתו הסופית של החוק נקבעת על סמך שני יסודות: התכלית הסובייקטיבית – "כוונת המחוקק" – והתכלית האובייקטיבית – "כוונת החוק". אם סינתזה בין התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית אינה אפשרית לנוכח סתירה שאינה ניתנת ליישוב ביניהן, יינתן משקל מכריע לאחת מהן לפי שיקול דעתו של הפרשן ובשים לב למכלול הנסיבות האופפות את החוק. (דנג"ץ 5026/16, גיני ועוד נגד הרבנות הראשית ועוד) והיות ובבנייר זה איננו עוסקים בשפיטה אלא בדיון התיאורטי שגבולותיו גמישים הם, ייתן הפרשן, החתום מטה, דעתו גם לתכלית הסובייקטיבית.

חבר הכנסת יינון מגל, - מיזמי החוק בגלגוליו הראשונים, אמר: הצעת החוק הזאת אומרת, שמי שקורא לחרם על מדינת ישראל "לא ייכנס לפה. פשוט מאוד. יישאר בחוץ. לא יהיה יותר שאנשים קוראים לחרם על מדינת ישראל... ומי שקורא לחרם על מדינת ישראל יישאר בחוץ, לא ייכנס לפה..." חבר הכנסת מגל אומר בסיום דבריו כי אותו מי שקורא לחרם "יכול לנסוע לסוריה, הוא יכול לנסוע לעיראק, הוא יכול לקנות שם בדיוטי-פרי ממתקים וסיגריות ולצעוק מסוריה ומעיראק שאנחנו פאשיסטיים, גזעניים, פושעי מלחמה, אבל את זה הוא יעשה מסוריה ומעיראק, לא מכאן. לא ייכנס לכאן מי שקורא להחרים את מדינת ישראל.".. וכדברי ביקורת על המתנגדים לחוק אומר: במחנה הציוני חושבים שאפשר להכניס את מי שקורא לחרם על מדינת ישראל, אנחנו צריכים להכניס אותו, לתת לו להיכנס לתוך מדינת ישראל" (מליאת הכנסת 11.11.15) גם כאן ניכר שמניעת ההתבטאות כנגד ישראל משטחה איננה מיקודו של החוק אליבא ד-יזמיו.

חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' - בדיון להכנה לקריאה שנייה ושלישית בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת, בהתייחסו לתכלית החוק הבהיר כי מדובר בהמשך ישיר להצעה שהעלה חבר הכנסת יינון מגל, באומרו "הצעת החוק הזאת נוסחה על-ידי חבר הכנסת לשעבר ינון מגל, אצלנו, בתוך סיעת הבית היהודי, ויש לי הזכות הגדולה לקדם אותה, בהיעדרו", והסביר כי מטרת החוק היא: לא לאפשר למי שנלחם נגדנו בעולם וקורא לחרמות נגד מדינת ישראל, להיכנס אלינו כאן פנימה ולנצל את הבסיס הקדמי שלנו כדי להילחם נגדנו ולקרוא לחרם ול-BDS. אלא שעם אישורו של החוק צוטט ח"כ סמוטריץ’ כמו שהבהיר ש: “מפסיקים להפנות את הלחי השניה. החוק הזה משקף בריאות טבעית של מדינה שאוהבת את אוהביה ונלחמת באוייביה. מניעת כניסתם של תומכי ה-BDS זה המינימום הנדרש מאתנו לעשות נגד שונאי ישראל. (מעריב, 6.3.17) גם כאן, מניעת פעילות בארץ איננה המרכז.

חבר הכנסת אמסלם - גם הוא מיזמי החוק אמר: אני חושב שיש פה אמירה ערכית של המדינה (ישיבת הכנסת 164, 14.11.2016) ובדיוני וועדת הפנים של הכנסת שנה אחר כך אמר: "הרעיון הבסיסי הוא שאחד שהוא לא אזרח ישראלי, שאין לו זכויות בחוק מוקנות, ומכפיש את מדינת ישראל, פוגע במדינת ישראל, למה שנקבל אותו פה? אם מישהו פוגע בי, למה שאכניס אותו אליי הביתה?" [ועדת הפנים והגנת הסביבה, 11.1.17) בדיון במליאה לקריאה שנייה ושלישית התייחס למטרת החוק באומרו כי: מטרתה של הצעת החוק היא למנוע מנציגים של ארגונים וגופים הקוראים לחרם על ישראל לפעול בתוך שטחי מדינת ישראל לקידום רעיונותיהם" אם כי בהמשך הדיון הסביר כי לטעמו: "לא מדובר רק בזכותה הדמוקרטית של מדינת ישראל, או זכותנו, אלא בעיקרון בסיסי שלפיו המדינה אינה מעניקה פרסים למעוניינים לפגוע בה.." (מליאת הכנסת, 6.3.17) ובהתבטאות אחרת: "יש דבר בסיסי ויסודי, מי שמשפיל אותי אני לא נותן לו להיכנס אלי הביתה. יש לנו כבוד, מי שמעליב אותנו אנחנו מגיבים." (חדשות הכנסת, 6.3.17)

הבנת תכליתו של החוק, אם כן היא משימה מאתגרת. שכן אין הלימה מלאה בין מטרת החוק בדברי ההסבר כפי שפורסמו, לבין המינעד הרחב של הצידוקים שנתנו לו יזמי החוק על גילגוליו.

במידה והתכלית היא למנוע קריאות לחרם מתוך מדינת ישראל, במסגרת המלחמה בחרם – הרי שרוב הפעילות של קמפיין ה -BDS מתנהלת בזירה המקוונת, ומכאן שאין לנוכחות בארץ משקל משמעותי בפעילות. הפעילות הפיסית עצמה לכשמתקיימת, הרי שהיא מתקיימת כנגד גופים לא ישראליים מחוץ לגבולותיה של ישראל. ולכן עצם הנוכחות בארץ, היא מאפיין שולי וזניח בפעילות הקמפיין שרוב חבריו מעולם לא ביקרו בה.

יתרה מכך, במהלך הדיונים, הוצגו לא אחת מקרים, בהם כניסה ויציאה של פעיל חרם מישראל, לא מייצרת תשומת לב ותהודה. עיקר ה'סיקור' של פעילות פעילי BDS בישראל, מקבל ביטוי ברשתות חברתיות, ושם מעצם טבען של הרשתות החשיפה היא מוגבלת ומגיעה בעיקר לפלח פעילי הקמפיין ממילא. אולם מניעת כניסה, גוררת בעקבותיה תשומת לב רבה של אמצעי תקשורת לאומים במדינת המוצא של מסורב הכניסה, ומסריו מקבלים במה המכפילה לאין שיעור את התהודה והחשיפה לה הם זוכים. כך שאם תכלית החוק היא כלי ללחימה בחרם, הרי שבהסתמך על מקרים מהעבר, הוא לא יוכל באמת להשיג את המטרה, שלא לומר ההפך הוא הנכון. הניסיון לעצור חברת פרלמנט אירופי לשעבר, שהוגדרה כפרופיל הקלאסי שאליו מתכוון החוק, כשל, והיא נכנסה לישראל. האירוע שימש שלא ברצותו, מקרה מבחן לבחינת הנזק שאותו יכולה היתה לחסוך מניעת הכניסה לו מומשה. הייבול של הפרסום השלילי על ישראל כלל בעיקר סרטון יוטיוב ובו כ-75 צפיות ותו' לא. ללא התייחסות של תקשורת וללא תהודה אחרת מחוץ למעגלי תומכיה. אלא שמניעות כניסה שכן מומשו, זכו להתייחסות התקשורת העולמית כמו בעיתון הגרדיאן הבריטי שם במסגרת דיווח על מניעת הכניסה שולבו בכתבה משפטים כמו A number of vocal Jewish critics without BDS links have also been detained and interrogated about their political views while entering the country this year, או אף רמיזות בעייתיות כמו: become the focus of a debate around the country’s growing intolerance of critics [אתר הגרדיאן, 10.10.18) גם רשת CNN התייחסה למקרה בכתבה שכותרתה: Israel tells US student to renounce views or leave the country, ובה ביקורת נוקבת בישראל על החלטת הגירוש מצד האוניברסיטה ואף מצד גורמים בכירים בממשלה עצמה. (אתר CNN, 10.10.18) ועוד כהנה. העובדות היו מובהקות. מניעת כניסה מעניקה למסרי ה-BDS חשיפה חסרת תקדים בתקשורת הלאומית והעולמית. כך שהחוק אינו משיג את מטרתו להילחם בתנועת החרם.

במידה והמטרה היא שמירה של דימוייה של מדינת ישראל ככזו שאינה מתקפלת ואינה פוחדת מאויביה. הרי שגם כאן חלוקות הדעות. אל מול מי שטוען שיש במניעת הכניסה משום מסר של שמירה על הכבוד הלאומי, יש מי שסבירים שעוצמתה של דמוקרטיה נמדדת בין השאר גם ביכולתה להכיל דברי ביקורת כחלק מהשיח הציבורי. בעמדת האוניברסיטה העברית כפי שהוצגה בעתירתה של מי שהוגדרה כפעילת BDS בעברה הסטודנטית האמריקאית Lara Alqasem לבית המשפט העליון נטען: " פתיחת שערי האקדמיה הישראלית לסטודנטים ומלומדים זרים היא הדרך הטובה ביותר לחזק את תדמיתה של האוניברסיטה ושל מדינת ישראל בעולם כמדינה דמוקרטית, נאורה ושוויונית – בעוד מניעת כניסתם גורמת "נזק בלתי הפיך לקשרים הבינלאומיים אותם האוניברסיטה מטפחת" (בג'צ 7216/18 Lara Alqasem) לפיכך מטרה זו היא לכל הפחות שנויה במחלוקת.

**אמצעי שפגיעתו פחותה** – אלא שאת שתי המטרות ניתן להשיג גם באופן אחר שפגיעתו פחותה, וזאת על ידי ההחלטה לגרש מהארץ אזרח זר או לא תושב, במידה ובמהלך הימצאו קרא קריאה לחרם. מנגנון הניטור שהקימה המדינה בתקציבים נדיבים, יכול לזהות פעילות פומבית מהסוג הזה על נקלה. לאפשרות זו התייחס אף בית המשפט העליון בעד שדן בערעורה של Lara Alqasem כשאמר בפסק הדין: "..אם זו תשוב לסורה ותנצל את שהותה בישראל לקידום פעילות חרם, יהיה בידי השר לבטל לאלתר את רישיונה ולהרחיקה מגבולות המדינה." (בג'צ 7216/18 Lara Alqasem)

לאלטרנטיבה המוצעת לעיל, ישנו ערך מוסף. בקרב מי שעסקו ועוסקים בשיפור תדמיתה ומיתוגה החיובי של ישראל, אין כלל עוררין בדבר הכלי הטוב ביותר להשגת המטרה והוא הביקור בארץ. ולפיכך כניסת אדם שבעברו השתייך לקבוצה הבלתי מוגדרת של מנועי כניסה, יכולה להניב את הערך המוסף הגדול ביותר במסגרת המלחמה בקמפיין החרם, והיא 'החזרה בתשובה'. פעילי חרם שהגיעו לארץ והבינו שהולכו שולל ושהמידע שנחשפו אליו לא שיקף נכונה את המציאות, חזרו למדינות מוצאם ובמקרים מסוימים הפכו פעילים כנגד מחוללי הקמפיין. כולל בדרום אפריקה. Lara Alqasem שהגיעה ללימודים בישראל ונקבע כי כניסתה תסורב בשל השתייכותה בעבר לארגון שתמך בקמפיין החרם טענתה בעתירתה לבית המשפט העליון כי עצם נחישותה להשתלב באקדמיה הישראלית מהווה אנטיתזה לפעילות חרם. (בגצ 7216/18 Lara Alqasem) לפיכך נדמה שמאפייני הקבוצה הבילתי מוגדרת שיש למנוע כניסת חבריה, אינה ממלאת ייעודה. כך שלא זו בלבד שניתן להשיג את המטרות באמצעי פוגע פחות אלא שזה האחרון מעלותיו עולות על הראשון.

אולם, בידי המחוקקים נותרת הזכות לחוש שהמסר הדקלרטיבי, חשיבותו עולה על כל המושג באמצעים שנזקם – במונחי לחימה בחרם – פחות. ולפיכך במונחי יחס אמצעי מטרה – מכיוון שבדברי ההסבר לחוק מוגדרת המטרה מניעת פעילות כנגד מדינת ישראל משטחה, הרי שמניעת כניסה לשטחה היא אכן אמצעי המשיג את המטרה. אלא שלימים, אימצה הפרקטיקה את האסכולה הרואה במניעת הכניסה אקט שנזקו עולה על תועלתו, ושכיחות מניעת הכניסה צנחה פלאים. וכך מצטרף התיקון ה- 28 אל חוק החרם עליו הוא נסמך, בהיותם שני חוקים שחוקקו בקול תרועה רמה, ושבפועל, נותרו כמעט אות מתה בהיבטי הפרקטיקה. תרומתם המרכזית הייתה ביכולת לנהל דיון ציבורי ששימש פלטפורמה עבור האסכולה שהוזכרה בפתיח של נייר זה, זו המעוניינת בעיסוק פומבי בנושא, בשעה שעם הגיעה לרגע האמת, אימצה כאמור את הפרקטיקה בה תמכה האסכולה השנייה.

**מקורות**

בג'צ, 73 / 53 חברת "קול העם " בע"מ נגד שר הפנים.

בג"ץ 5239/11, בג"ץ 5392/11, בג"ץ 5549/11, בג"ץ 2072/12, החוק למניעת פגיעה במדינת

ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011,

בג'צ עע"מ 662/11 סלע נ' ראש מ"מ כפר ורדים (09/09/2014)

בג'צ בר'מ 7216/18, Lara Alqasem נגד משרד הפנים רשות האוכלוסין וההגירה ועוד (8.10.17)

דנג"ץ 5026/16, שי גיני ויהונתן ודעי נגד הרבנות הראשית ועוד, (21.2.17)

הכנסת מאגר החקיקה הלאומי

הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011

<https://fs.knesset.gov.il/18/law/18_ls1_174858.pdf>

*הצעות חוק פרטיות*, ראיון עם ח"כ נעמי בלומנטל פרלמנט | גליון 28, 19 במאי 2000,

<https://www.idi.org.il/parliaments/11552/11558>

ועדת החוקה, חוק ומשפט, פרוטוקול מס' 342, (15 בפברואר 2011).

ועדת הפנים והגנת הסביבה, פרוטוקול מס' 334, 11 בינואר 2017, ירושלים.

חוק העונשין, תשל"ז-1977

חוק ייסוד הממשלה

חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, תשע"א-2011

חשין, מ' (2004). אמון הציבור בבית המשפט - תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי

הכפירה שלו במושג אמון הציבור, *המשפט כתב עת לענייני משפט (שנתון) , 9: 491-500.*

טיוטת חוק-יסוד: הממשלה )תיקון מס' ...( )ביטול המגבלה על מספר השרים וסגני השרים.

<https://www.gov.il/BlobFolder/reports/seder_gov160519/he/Seder_Gov_n750.pdf>

חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011

כנסת 20, פרוטוקול ישיבה 192, 16 בינואר 2017, ירושלים.

כנסת 20, פרוטוקול ישיבה 164, 14 נובמבר 2016, ירושלים.

כנסת 20, פרוטוקול ישיבה 213, 6 במרס 2017, ירושלים.

להב פ' [2018], *על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון*, כתב העת משפטים, ירושלים

נוהל הטיפול בעוברים במעברי הגבול הבינלאומיים של ישראל מספר 6.4.0010 נדלה מאתר

<https://www.gov.il/he/departments/policies/israeli_international_borders_passby_handling_procedure>

נווה ג., (2010), *איסור הטלת חרם והשתתפות בחרם*, מרכז המידע של הכנסת.

עע"מ 18/6863 קובי סניץ ואחרים נגד משרד המשפטים

פוקס ע., בלאנדר ד. וקרמניצר מ, (2015), *חקיקה אנטי דמוקרטית בכנסת ה-18 (2009-13)*, המכון

הישראלי לדמוקרטיה, [גרסה אלקטרונית] אוחזר <https://kotar-cet-ac-il.ezproxy.haifa.ac.il/KotarApp/Viewer.aspx?nBookID=103848227#4.4787.6.default>

קניג ע., (2015), להגביל או להגדיל? הדיון על מספר השרים, נדלה המכון הישראלי לדמוקרטיה.

<https://www.idi.org.il/articles/3440>

קניג ע, (2020). צמצום מספר משרדי הממשלה: ניתוח, מבט השוואתי וחלופות, נדלה מאתר המכון

הישראלי לדמוקרטיה <https://www.idi.org.il/articles/31182>

שניידר, ט. *במקום לפטר, ממנים יותר: כך עוקף נתניהו את מגבלת 19 השרים הקבועה בחוק יסוד*,

גלובס 13.6.2019. <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001289314>

שפירא א, קניג ע,. (2019), ביטול הגבלת מספר השרים בממשלה - פגיעה במשילות הממשלה

ובעבודתה, אתר המכון הישראלי לדמורקטיה, <https://www.idi.org.il/knesset-commities/26761>

שפירא א, קניג ע. ורהט ג.,(2020),חוות דעת בעניין מספר השרים וסגני השרים בממשלה ה-35,

 נדלה מאתר המכון הישראלי לדמוקרטי<https://www.idi.org.il/media/14168/havad.pdf>

JPost sraff, (2015), *South African president who helped end apartheid opposes*

*boycott of Israel*, Retrieved From <https://www.jpost.com/israel-news/politics-and-diplomacy/last-south-african-president-under-white-rule-opposes-boycott-of-israel-406672>

Holmes O., (2018) *US student barred from Israel over alleged BDS to fight case in*

*court*, Retrieved from <https://www.theguardian.com/world/2018/oct/10/us-student-barred-from-israel-over-alleged-bds-support-to-fight-case>

Lee I., (2018), Israel tells US student to renounce views or leave the country, Retrieved

From <https://edition.cnn.com/2018/10/10/middleeast/israel-denies-student-entry-intl/index.html>